



STUDIE ZUM ANSPRUCH ANERKANNTER FLÜCHTLINGE AUF RECHTSVERBEISTÄNDUNG IM ERSTINSTANZLICHEN VERWALTUNGSVERFAHREN

Geschrieben von Raffaella Massara, Rechtsanwältin

Veröffentlicht mit Unterstützung von UNHCR

Diese Publikation wurde mit Unterstützung des UNHCR erstellt. Die darin dargestellten Ansichten sind die der Autorin und entsprechen nicht notwendigerweise denen des UNHCR. Die Publikation darf ohne vorherige Genehmigung des UNHCR für akademische, bildungsbezogene oder andere nicht-kommerzielle Zwecke frei zitiert und kopiert werden, vorausgesetzt, dass die Quelle und die Autorin genannt werden. Sie ist online verfügbar auf der Seite www.unhcr.ch.

AUTORINNENVERZEICHNIS

Raffaella Massara war von 2014 bis November 2019 bei der Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not (RBS) tätig. Von 2019 bis 2021 arbeitete sie als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR). Seit 2019 arbeitet sie als selbständige Rechtsanwältin mit Schwerpunkt im Migrationsrecht. Neben ihrer Tätigkeit als Anwältin doktoriert sie zum Thema Rechtsschutz im beschleunigten Asylverfahren am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern, wo sie auch als wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für Völkerrecht beschäftigt ist.

VERDANKUNG

Die Autorin bedankt sich bei der UN-Flüchtlingsorganisation (UNHCR) und humanrights.ch für die Unterstützung sowie ihre Begleitung im Entwicklungsprozess dieser Studie. Besonderer Dank gebührt auch Bendicht Tellenbach, Prof. Jörg Künzli und Dr. iur. Barbara von Rütte für die aufmerksame Lektüre des Dokuments und ihre Kommentare dazu. Für Fehler oder Unklarheiten, die im Text verbleiben, ist die Autorin verantwortlich.



In Zusammenarbeit mit



IMPRESSUM

UNHCR Büro für die Schweiz und Liechtenstein
Weltpoststrasse 4
CH-3015 Bern
Tel: +41 31 309 60 80
Email: swibe@unhcr.org

TITELBILD

© UNHCR/Anna-Tia Buss

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	4
Kurzfassung	6
Einleitung	9
1 Flüchtlinge nach internationalem und schweizerischem Recht	15
2 Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nach internationalem Recht	17
2.1 Flüchtlingsrecht	17
2.2 Menschenrechte	21
2.3 Europäisches Recht	26
3 Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung im nationalen Recht	29
3.1 Verfassungsrechtlicher Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung	30
3.2 Verwaltungsrechtlicher Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Flüchtlings- und Migrationsrecht	33
4 Straf- und zivilrechtlicher Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung zum Vergleich	41
4.1 Strafverfahren	42
4.2 Zivilverfahren	45
5 Schlussfolgerungen und Empfehlungen	49
Literaturverzeichnis	53
Materialienverzeichnis	58

Abkürzungsverzeichnis

aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz) vom 16. Dezember 2005, SR 142.20
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31
Asylverfahrensrichtlinie	Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABI. L 180/60
Aufnahmerichtlinie	Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, ABI L 180/96
BBI	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005, SR 173.110
BSG	Systematische Sammlung der Gesetze des Kantons Bern
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGE	Entscheid(e) des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
CCPR	UN-Menschenrechtsausschuss (englisch <i>Human Rights Committee</i> , CCPR)
Dublin-Verordnung III	Verordnung Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung), ABI. L 180/31
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKM	Eidgenössische Migrationskommission
EMARK	Entscheide und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, für die Schweiz in Kraft getreten am 28. November 1950, SR 0.101
GFK	Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, für die Schweiz in Kraft getreten am 21. April 1955, SR 0.142.30; <i>United Nations Treaty Series</i> , Vol. 189, S. 137, verfügbar unter: https://www.refworld.org/docid/3be01b964.html
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 18. Dezember 2000, ABI C 364/1
GUMG	Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 15. Juni 2018, SR 810.12

Haager Übereinkommen zum Zivilprozessrecht	Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht vom 1. März 1954, für die Schweiz in Kraft getreten am 5. Juli 1957, SR 0.274.12
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959, SR 831.20
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
OHG	Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten vom 23. März 2007, SR 312.5
Rückführungsrichtlinie	Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348/98
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0
ÜBM	Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 16. Mai 2005, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. April 2013, SR 0.311.543
UNHCR	UN-Flüchtlingsorganisation
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, für die Schweiz in Kraft getreten am 18. September 1992, SR 0.103.2; <i>United Nations Treaty Series</i> , Vol. 999, S. 171, verfügbar unter: https://www.refworld.org/docid/3ae6b3aa0.html
VGKE	Reglement über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008, SR 173.320.2
VwKV	Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren vom 10. September 1969, SR 172.041.0
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007, SR 142.201
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
7. ZP zur EMRK	Protokoll Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 22. November 1984, für die Schweiz in Kraft getreten am 1. November 1988, SR 0.101.07

Kurzfassung

- 1 Flüchtlinge sehen sich nach Erhalt eines Status oftmals mit Verwaltungsverfahren konfrontiert, die sich aus ihrer spezifischen Situation als Flüchtlinge ergeben. In diesen Verfahren gewähren die hierfür zuständigen Administrativbehörden den betroffenen Personen zur Abklärung des Sachverhalts in der Regel ein rechtliches Gehör und fordern sie mit Verweis auf ihre Mitwirkungspflicht (schriftlich) zur Beantwortung von Fragen und Einreichung von Dokumenten auf. Die Beantwortung von Fragen, die auf den ersten Blick einfach erscheinen, und das Erbringen von weiteren Nachweisen kann sich für Flüchtlinge als schwierig erweisen und den Beizug einer unentgeltlichen Rechtsvertretung notwendig machen. Der Massstab für eine unentgeltliche Rechtsverteiständung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren wird aber hoch angesetzt, weshalb Flüchtlingen trotz der Komplexität der sie betreffenden Verfahren eine unentgeltliche Verbeiständung in diesem Verfahrensstadium häufig verwehrt bleibt.
- 2 Die vorliegende Studie untersucht die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Flüchtlinge einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteiständung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren haben.
- 3 Die Analyse hat ergeben, dass sowohl das internationale, das europäische als auch das schweizerische Recht Verpflichtungen zur unentgeltlichen Rechtsverteiständung enthalten, die für flüchtlings- und migrationsrechtliche Verfahren relevant sein können.
- 4 Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung gemäss Art. 16 Abs. 2 Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) ist zwar auf gerichtliche Verfahren beschränkt. Im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren kann aber Art. 25 GFK Anwendung finden, aus dem weitergehende Verpflichtungen in Bezug auf die Tragweite des im schweizerischen Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes abgeleitet werden können.
- 5 Das Recht auf eine unentgeltliche Rechtsverteiständung ist ausserdem in Art. 6 Abs. 1 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und Art. 14 Abs. 1 internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) enthalten. Auch wenn die Anwendungsbereiche dieser Normen auf Zivil- und Strafverfahren beschränkt sind, können einige flüchtlings- und migrationsrechtliche Verwaltungsverfahren in den Anwendungsbereich der Bestimmungen fallen. Denn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) und der UN-Menschenrechtsausschuss (CCPR) legen die Begriffe «strafrechtliche Anklagen» und «zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» autonom aus. Vom Anwendungsbereich der Bestimmungen sind insbesondere Streitigkeiten im Bereich des Sozialversicherungsrechts und des Sozialhilferechts sowie familienrechtliche Verfahren eingeschlossen. Vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind dahingegen Streitigkeiten, die zu den sogenannten Kerngebieten des öffentlichen Rechts gehören. Dies gilt insbesondere für Verfahren betreffend Asyl, ausländerrechtliche Massnahmen und Auslieferung.
- 6 Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung im erstinstanzlichen Verfahren lässt sich ferner aus Art. 41 Abs. 1 und 2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC [Recht auf eine gute Verwaltung]) ableiten. Für die Schweiz ist die unionsrechtliche Bestimmung von Bedeutung, wenn in Anwendung eines bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) die Verletzung einer in einem Abkommen enthaltenen Verfahrensgarantie geltend gemacht wird.
- 7 Darüber hinaus können sich weitere Verpflichtungen zur Rechtsverteiständung aus Normen der internationalen und europäischen Menschenrechtsverträge ergeben, soweit sie für die Schweiz anwendbar

sind.

- 8 Am umfassendsten ist der Anwendungsbereich der schweizerischen Verfassungsbestimmung. Art. 29 Abs. 3 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) kann in sämtlichen Verfahren des Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesses, unabhängig vom Verfahrensstadium, d.h. vor Beschwerdedeals auch vor Verwaltungsinstanzen, angerufen werden. Das gleiche gilt für die untersuchten Verfahrensbestimmungen des Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesses (Art. 118 Abs. 1 lit. c schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Art. 132 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 Schweizerische Strafprozessordnung [StPO], Art. 65 Abs. 2 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]).
- 9 Keine der untersuchten Bestimmungen des internationalen oder nationalen Rechtes gewährt jedoch einen allgemeinen Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung. Eine Ausnahme stellen lediglich die spezialgesetzlichen Bestimmungen dar, wie sie im erstinstanzlichen Asylverfahren oder im Strafverfahren bei einer amtlichen Verteidigung wegen Notwendigkeit existieren. Die Bereitstellung einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung wird sowohl nach internationalem, europäischem und schweizerischem Recht von (1) der Bedürftigkeit der betroffenen Person, (2) den Prozesschancen und (3) der Notwendigkeit einer Rechtsverteidigung abhängig gemacht.
- 10 Ob die Verbeiständung gemäss Verfassungsrecht (Art. 29 Abs. 3 BV) notwendig ist, wird aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls und der Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften entschieden. Bei Geltung der Offizialmaxime und des Untersuchungsgrundsatzes wird grundsätzlich ein strengerer Massstab an die Notwendigkeit einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung angesetzt, als dies bei Geltung der Dispositionsmaxime und des Verhandlungsgrundsatzes der Fall ist. Bezugnehmend auf den konkreten Einzelfall ist massgebend, wie stark in grundlegende Rechtspositionen der gesuchstellenden Partei eingegriffen wird (Tragweite des Entscheids), ob die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Waffengleichheit), ob das Verfahren tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten bietet (Unübersichtlichkeit des Sachverhalts oder Komplexität der Rechtsfrage) und ob die gesuchstellende Partei die Fähigkeit hat, sich im Verfahren zurechtzufinden (Fähigkeiten der gesuchstellenden Partei). Bei der Tragweite des Entscheids unterscheidet das Bundesgericht weiter zwischen den sogenannten schweren Fällen, den relativ schweren Fällen und den Bagatellfällen.
- 11 Aufgrund der je nach Rechtsgebiet unterschiedlichen Verfahrensgrundsätze (Dispositionsmaxime und Verhandlungsgrundsatz bzw. Offizialmaxime und Untersuchungsgrundsatz) weisen die für die Notwendigkeitsprüfung festgelegten Bewertungskriterien eine unterschiedliche Wichtigkeit auf. So dürften im Zivilrecht die Dispositionsmaxime und der Verhandlungsgrundsatz und im Strafrecht die Geltung der Offizialmaxime, insbesondere der Umstand, dass das Verfahren unabhängig vom Willen der beschuldigten Person geführt wird, die Bejahung eines schweren Falles bzw. der Komplexität des Verfahrens bei einem relativ schweren Fall begünstigen. Herausfordernd ist in allen Rechtsgebieten, dass klare Anhaltspunkte zur Abgrenzung der relativ schweren von den leichten und besonders schweren Fällen fehlen, wobei das Fehlen von Zuordnungskriterien im Verwaltungsverfahren am ausgeprägtesten zu sein scheint. Die Notwendigkeit der Verbeiständung beurteilt sich im Verwaltungsverfahren (allein) anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls und der Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften. Weitergehende (allgemeingültige) Anhaltspunkte zur Abgrenzung der relativ schweren von den leichten und besonders schweren Fällen fehlen, was den zuständigen Behörden einen grossen Ermessensspielraum belässt. Demgegenüber wurde in der Strafprozessordnung das Kriterium der Schwere der Strafdrohung und in der Zivilprozessordnung das Prinzip der Waffengleichheit im Gesetz verankert.

- 12 Ein solches gemeinsames Merkmal, das unabhängig vom Einzelfall, allgemeingültig in allen Verwaltungsverfahren gleichermaßen von Bedeutung wäre, ist allerdings auch nicht ohne Weiteres auszumachen. Die Lebensbereiche, auf die das Verwaltungsrecht Anwendung findet, sind zu vielfältig. Aber aus den internationalen und Schweizer Normen sowie der Praxis aus anderen Rechtsgebieten ergeben sich für verwaltungsrechtliche Verfahren im Bereich von Flüchtlingen jedenfalls einige wichtige Anhaltspunkte.
- 13 Bereits heute anerkennt die Rechtsprechung, dass eine Verbeiständung auch im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren dann geboten sein kann, wenn die Behörde die betroffene Person nicht mehr nur an der Abklärung und Vervollständigung eines relativ einfachen Sachverhalts beteiligt, sondern unter Zitierung von anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen und Rechtsprechung erkennen lässt, dass die Gutheissung eines Gesuchs von mehreren und teils verschiedenen Voraussetzungen abhängen kann. Besser wäre allerdings eine Gesetzesänderung.
- 14 Gestützt auf dieses Ergebnis empfiehlt die vorliegende Studie, analog dem Asylrecht, spezialgesetzlich in gewissen Verwaltungsverfahren weitergehende Anhaltspunkte zur Abgrenzung der relativ schweren von den leichten und besonders schweren Fällen vorzusehen oder unter Umständen auf das Kriterium der Notwendigkeit ganz zu verzichten. Differenzierte Regelungen in flüchtlings- und migrationsrechtlichen Verfahren drängen sich insbesondere in Fällen auf, wo es um den Aufenthalt in der Schweiz an für sich oder in Verfahren der Familienzusammenführung geht. Dies deshalb, weil in anderen Rechtsgebieten mit ähnlich gelagerten Rechtsgriffen die Rechtsverbeiständung eine Selbstverständlichkeit darstellt. Angesprochen sind Verfahren, welche die Wiedererlangung der elterlichen Obhut oder die Landesverweisung zum Gegenstand haben. In diesen Verfahren stellt die Rechtsverbeiständung eine Notwendigkeit dar. Warum in den erwähnten flüchtlings- und migrationsrechtlichen Verfahren trotz der Vergleichbarkeit der Rechtseingriffe die Verbeiständung demgegenüber restriktiv gehandhabt wird, erschliesst sich nicht. Prüfwert wäre im Ergebnis eine spezialgesetzliche Regelung im Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) und eine weitergehende Regelung im Asylgesetz (AsylG), welche die Abgrenzung der relativ schweren von den leichten und besonders schweren Fällen erleichtert und den Ermessensspielraum der Behörden einschränkt.
- 15 Die Studie kommt abschliessend zum Schluss, dass mündliche Verfahren und eine gezielte Stärkung der Rechtsberatungsstellen zu einer weiteren Verbesserung des Rechtsschutzes von Flüchtlingen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren beitragen könnten.

Einleitung

- 16 Flüchtlinge sehen sich oftmals auch nach Erhalt ihres Status in der Schweiz mit Verwaltungsverfahren konfrontiert, die sich aus ihrer spezifischen Situation als Flüchtlinge ergeben, sei es zwecks Familienzusammenführung, einer Änderung des Aufenthaltsstatus, eines Kantonswechsels, einer Arbeitsbewilligung oder in sozialhilferechtlichen Verfahren.¹ Die zuständigen Administrativbehörden (wie Migrations-, Sozial- oder Wirtschaftsämter) gewähren den betroffenen Personen in solchen Verfahren zur Abklärung des Sachverhalts in der Regel ein rechtliches Gehör und fordern sie mit Verweis auf ihre Mitwirkungspflicht (schriftlich) zur Beantwortung von Fragen und Einreichung von Dokumenten auf. Für die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung wird in solchen erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren² allerdings häufig ein strenger Massstab angesetzt und einem Antrag auf Bestellung einer anwaltlichen Verteidigung nur zurückhaltend stattgegeben (vgl. Ziff. 64 ff.). Dies kann für vulnerable Personengruppen wie Flüchtlinge (vgl. Ziff. 22 ff.) eine empfindliche **Lücke im Rechtsschutz** bedeuten. Die Beantwortung von auf den ersten Blick einfach erscheinenden Fragen und das Erbringen von weiteren Nachweisen in Verwaltungsverfahren kann sich für Flüchtlinge als schwierig erweisen. Die betroffenen Personen sind aufgrund ihrer Herkunft einer Schweizer Verhandlungssprache in der Regel nicht genügend mächtig und mit dem hiesigen Justizsystem nicht vertraut.³ Zudem ist für sie die juristische Tragweite der Fragen oftmals nicht erkennbar und die beizubringenden Dokumente sind nicht vorhanden.⁴ Ausserdem ist in diesen Verwaltungsverfahren der Sachverhalt selten eindeutig. Es kann deshalb für eine Person ohne juristische Fachkenntnisse eine Herausforderung darstellen, den Sachverhalt in einer für sie/ihn hilfreichen Art und Weise zu übermitteln. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn das schriftlich gewährte rechtliche Gehör nicht bloss darauf abzielt, die betroffene Person an der Abklärung und Vervollständigung eines relativ einfachen Sachverhalts zu beteiligen. Etwa wenn eine Behörde auf der Grundlage der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen erkennen lässt, dass die Gutheissung eines Gesuchs von mehreren Voraussetzungen abhängen kann.⁵ Hinzu kommt, dass die asyl- und ausländerrechtliche Gesetzgebung in ständigem Wandel ist.⁶
- 17 **Tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten** können für Flüchtlinge im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren zum Beispiel aus Folgendem bestehen:
- In einem Verfahren der **Familienzusammenführung** können sich sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht komplexe Fragen stellen. In rechtlicher Hinsicht, weil der Zugang für

¹ Zur restriktiven Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung in sozialhilferechtlichen Verfahren im Besonderen vgl. FUCHS/STUDER/KOSCHMIEDER/PÄRLI/MEIER, S. 22 f. mit weiteren Hinweisen.

² In der Literatur wird für das vorinstanzliche Verwaltungsverfahren auch der Begriff des nichtstreitigen bzw. für das Rechtsmittelverfahren des streitigen Verwaltungsverfahrens verwendet. Im vorliegenden Beitrag wird der Begriff des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens verwendet, womit das Verfahren bis zum Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung gemeint ist.

³ Vgl. KIENER, S. 10.

⁴ Flüchtlinge befinden sich in einer besonderen Situation; ihnen ist es aufgrund der drohenden Verfolgung im Herkunftsland oftmals nicht möglich, von staatlicher Seite Identitäts- und/oder Reisedokumente zu erhalten oder aufgrund der fluchtartigen Ausreise Identitäts- und/oder Reisedokumente mitzuführen (vgl. KLAMMER, Art. 27 N 2 und Art. 28 N 1).

⁵ Vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-5623/2014 vom 5. Dezember 2014 E. 4.4 und F-4576/2017 vom 2. Juli 2018 E. 7, wo beide Male ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung aufgrund der Schwere des Eingriffs und der tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten im erstinstanzlichen Verfahren bejaht wurde.

⁶ Vgl. SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 413.

Flüchtlinge mit Asyl und vorläufig aufgenommene Flüchtlinge (vgl. Ziff. 22 ff.), aber auch der Familiennachzug für Ehepartner von Flüchtlingen mit Asyl (B-Ausweis) - je nach Zeitpunkt der Eheschliessung (vor oder nach der Flucht) - unterschiedlich geregelt ist.⁷ Ebenso bestehen Unterschiede bei Fällen von spätem Familiennachzug.⁸ Für die betroffenen Personen sind die unterschiedlichen Regelungen oftmals nicht ohne Weiteres verständlich und werfen Fragen auf. So erfordert die Beantwortung einer Frage wie: «Welche Gründe sprechen für den Nachzug nach Ablauf der Nachzugfrist?» Kenntnis der dahinterstehenden Gesetzesbestimmung (Art. 75 Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, [VZAE, SR 142.201]) und eine Darlegung des überwiegenden Kindesinteresses. Eine tatsächliche Herausforderung ist, dass Flüchtlinge aufgrund fehlender Dokumente (wie Identitätsdokumenten, Geburtsurkunden oder Familienregisterauszügen) ein Familienverhältnis oftmals nicht nachweisen können. So können bei einer ausserehelichen Schwangerschaft häufig keine Zivilstandsdokumente - wie eine Geburtsurkunde, einen Sorgerechtsentscheid oder eine Einverständniserklärung des Erzeugers für das im Heimatland oder auf der Flucht zurückgebliebene Kind - beigebracht werden. In Fällen wie diesen kann das Verwandtschaftsverhältnis nur mittels DNA-Analyse nachgewiesen werden. Dies kann wiederum mit Kosten verbunden sein und organisatorische Herausforderungen mit sich bringen.⁹ Solche Argumente in einem entsprechenden Verfahren vorzubringen und zu belegen bedingt vertiefte Kenntnisse der rechtlichen Grundlagen und Gewandtheit im Umgang mit Behörden.

- Vor ähnliche Herausforderungen können Flüchtlinge bei einem **Antrag auf Verbesserung des Aufenthaltsstatus** (bspw. F zu B) oder bei einer angedrohten **Kürzung der wirtschaftlichen Hilfe** gestellt sein. Auch hier erfordert die Beantwortung von Fragen zur selbstverschuldeten bzw. nicht selbstverschuldeten Bedürftigkeit Kenntnisse der diesbezüglichen Rechtsprechung oder von ineinandergreifenden Gesetzen und Völkerrechtsverträgen (bspw. der GFK, der kantonalen Sozialhilfegesetze und des Sozialversicherungsrechts). So darf bei einem Gesuch um Statuswechsel einer alleinerziehenden Flüchtlingsfrau bspw. nicht pauschal auf die Höhe der bezogenen Sozialhilfeleistungen abgestellt werden.¹⁰ Für die richtige Erfassung des Sachverhalts sind ein allfälliges Ehescheidungs- und/oder Vaterschaftsverfahren miteinzubeziehen und gegebenenfalls darzulegen, welche Sozialhilfeleistungen auf nicht bezahlte Kinderalimente und fehlenden Anspruch auf

⁷ Vgl. Fn 34.

⁸ Für Flüchtlinge mit Asyl (B-Ausweis), die den Nachzug ihrer vor der Flucht gegründeten Familie beantragen wollen, gibt es keine Frist zur Antragstellung (Art. 51 Abs. 1 und 4 AsylG, siehe Ziff. 32). Für Flüchtlinge mit Asyl (B-Ausweis), die den Nachzug einer nach der Flucht gegründeten Familie beantragen wollen, gibt es eine Frist. Darüber hinaus gelten besondere Regelungen für Kinder, die über 12 Jahre alt sind (vgl. MOTZ, UNHCR-Studie Familiennachzug, S. 12 f.).

⁹ Bei Zweifeln kann das SEM einen DNA-Test und die Zahlung eines Kostenvorschusses verlangen, vorausgesetzt, die betroffenen Personen sind einverstanden (Art. 50 GUMG). Eine Verweigerung des DNA-Tests führt allerdings oftmals zur Schlussfolgerung, dass das Familienverhältnis nicht glaubhaft gemacht wurde. Flüchtlinge, die gemäss Art. 51 Abs. 4 AsylG einen Anspruch auf Familiennachzug haben, können bei fehlenden finanziellen Mitteln eine Befreiung von den Kosten des DNA-Tests beantragen (vgl. MOTZ, UNHCR-Studie Familiennachzug, S. 13).

¹⁰ Entscheidend ist, dass die Sozialhilfeabhängigkeit der betroffenen Person nicht vorwerfbar ist und sie bemüht ist, ihre beruflichen Kapazitäten auszuschöpfen. Dies bestätigte jüngst auch der EGMR in einem Verfahren um Familiennachzug. Er hielt fest, dass die gesetzliche Sozialhilfeunabhängigkeit nicht strikt und automatisch angewendet werden darf, sondern den individuellen Umständen Rechnung getragen werden muss (beispielsweise, wenn die betroffene Person sich nachweislich darum bemüht hat, finanziell unabhängig zu werden oder die Person zu krank ist, um arbeiten zu können [vgl. EGMR B.F. und andere gegen die Schweiz, Urteil vom 4. Juli 2023, Beschwerde Nr. 13258/18 und drei andere]).

Unterhaltsbevorschussung¹¹ zurückzuführen sind. Dasselbe gilt bei Flüchtlingen, die aufgrund von gesundheitlichen Problemen Sozialhilfeleistungen beziehen; auch hier ist abzuklären, ob die Leistungen infolge eines fehlenden Anspruchs auf eine Invalidenrente bezogen werden mussten bzw. müssen.¹² Abklärungen wie diese nehmen die Administrativbehörden selten von Amtes wegen vor, obschon sie sich für die rechtliche Beurteilung des Gesuchs (Frage des selbstverschuldeten oder nicht selbstverschuldeten Bezugs von Sozialhilfeleistungen) als entscheidend erweisen können.¹³

- Auch **Gesuche um Kantonswechsel** und um **Erteilung einer Arbeitsbewilligung** können sich in der Praxis als schwierig erweisen. Obschon die GFK sowohl Flüchtlingen mit Asyl als auch vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen grundsätzlich¹⁴ ein Recht auf Freizügigkeit (Art. 26 GFK) und Ausübung einer Erwerbstätigkeit (selbständig [Art. 18 GFK i.V.m. Art. 61 AsylG] oder unselbständig [Art. 17 GFK i.V.m. Art. 61 AsylG]) gewährt, sehen sich Flüchtlinge auch hier mit administrativen Hürden bei der Geltendmachung dieser Rechte konfrontiert. Dies, weil die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit (selbständig oder unselbständig) vorgängig bei der zuständigen kantonalen Stelle (meist das Migrationsamt oder Amt für Wirtschaft) zu melden (Art. 65 VZAE) und der Kantonswechsel bei Flüchtlingen von der zuständigen kantonalen Stelle (Art. 37 Abs. 1 AIG) bzw. vom SEM (Art. 85 Abs. 3 AIG) zu bewilligen ist.¹⁵ Im Rahmen eines Kantonswechselgesuchs führten bis vor kurzem selbst vorübergehende Arbeitslosigkeit und Sozialhilfeabhängigkeit oder fortbestehende Sozialhilfeabhängigkeit bei «Working Poor»¹⁶ immer wieder zur Verweigerung oder zumindest zu einem (u.U. mehrfachen) Schriftenwechsel mit der zuständigen Behörde.¹⁷

¹¹ Im Kanton Bern haben Sozialhilfeempfängerinnen und Sozialhilfeempfänger bspw. keinen Anspruch auf Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen (Art. 4 Gesetz über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen, BSG 213.22).

¹² Um einen Anspruch auf Leistungen der IV zu haben, muss eine Person bei der IV versichert sein (Versicherteneigenschaft), für einen Rentenanspruch muss sie zudem drei Beitragsjahre aufweisen können. Flüchtlinge müssen weitere Voraussetzungen erfüllen. Insbesondere setzt der Anspruch von Flüchtlingen auf Leistungen der IV voraus, dass sie bei Eintritt der Invalidität versichert waren, was oftmals nicht zutrifft, wenn sie bereits invalid einreisen (vgl. KOCH/ADILI/NEININGER/BRETSCHER, S. 29).

¹³ Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass Sozialhilfeabhängigkeit nicht per se gegen eine Bewilligungserteilung spricht (vgl. SUTTER, S. 17 ff. und SPESCHA, Art. 84 N 13). Vgl. hierzu auch jüngste EGMR-Rechtsprechung erwähnt in Fn 10, welche auch bei einem Gesuch um Statuswechsel von Bedeutung sein dürfte.

¹⁴ Der Anspruch besteht grundsätzlich in dem Umfang, wie er auch Ausländerinnen und Ausländern unter denselben Umständen im Allgemeinen zusteht. In der Schweiz haben Flüchtlinge Anspruch auf Kantonswechsel wie Personen mit Niederlassungsbewilligung. Der Kantonswechsel richtet sich nach Art. 37 Abs. 3 AIG, d.h. es besteht nur ein Anspruch, wenn keine Widerrufsründe nach Art. 63 AIG bestehen (vgl. FREI/HRUSCHKA, Art. 26 N 38), siehe aber Fn 17 zur relativierten Rechtsprechung.

¹⁵ Flüchtlinge mit Asyl müssen das Gesuch bei der zuständigen kantonalen Behörde einreichen, vorläufig aufgenommene Flüchtlinge beim SEM (vgl. FREI/HRUSCHKA, Art. 26 N 40).

¹⁶ Der Begriff bezeichnet Menschen, die trotz regelmässiger Arbeit (und möglicherweise mehreren Arbeitsverhältnissen) unter der Armutsgrenze leben.

¹⁷ Dies war eine Folge der Praxis, wonach Flüchtlingen nur dann ein Anspruch auf Kantonswechsel zustand, sofern keine Widerrufsründe nach Art. 63 AIG vorlagen (Art. 37 Abs. 3 AIG [vgl. BVGE 2012/2]). Diese Praxis dürfte im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aber inzwischen überholt sein (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-724/2020 vom 30. September 2022). Siehe allerdings zur anhaltenden Ungleichbehandlung von geflüchteten Menschen bei der Niederlassungsfreiheit Falldokumentation von humanrights.ch, abrufbar unter: <https://www.humanrights.ch/de/anlaufstelle-strategische-prozessfuehrung/falldokumentation/ungleichbehandlung-von-gefluechteten-menschen/> (Stand vom 10. Oktober 2023), sowie UNHCR, Recht auf Freizügigkeit nach Art. 26 GFK.

- 18 Die Frage nach juristischer Unterstützung besteht auch, weil gerade eine **Verbesserung des Aufenthaltsstatus** statistisch gesehen vor allem jungen ledigen Männern zu gelingen scheint.¹⁸ Dagegen verbleiben mehrheitlich Frauen, Familien, Kinder und ältere Menschen in der vorläufigen Aufnahme, obwohl die gesetzlichen Rahmenbedingungen vorhanden wären,¹⁹ um den persönlichen Umständen dieser Personengruppen bei einem Gesuch um Wechsel des Aufenthaltsstatus Rechnung zu tragen.²⁰ Ebenso müssen Härtefallgesuche von vorläufig Aufgenommenen, die seit über fünf Jahren in der Schweiz anwesend sind, gemäss Art. 84 Abs. 5 AIG «vertieft geprüft» werden. Ferner sind gemäss Rechtsprechung bei einer langen Aufenthaltsdauer weniger hohe Anforderungen an das Vorliegen besonderer Umstände, wie eine überdurchschnittliche Integration, zu stellen.²¹ Warum dennoch überproportional viele Frauen, Familien, Kinder und ältere Menschen in der vorläufigen Aufnahme verbleiben,

¹⁸ Gemäss einer von der EKM aufgegebenen Datenanalyse wird ein grosser Anteil der vorläufigen Aufnahmen, welche nicht durch Ausreise oder andere Gründe beendet werden (15,7 %), im Verlauf der Zeit in eine ordentliche Aufenthaltsregelung übergeführt: Danach erhalten 47 % eine Härtefallregelung gem. Art. 84 Abs. 5 AIG, 13 % eine Aufenthaltsbewilligung aus anderen (meist familiären) Gründen, 3 % werden eingebürgert (nach heute geltender Regelung ist eine Einbürgerung direkt aus dem Status der vorläufigen Aufnahme nicht mehr möglich). Dagegen verbleiben 21 % der vorläufig Aufgenommenen weiterhin in diesem Status (vgl. EFIONAYI-MÄDER/RUEDIN, S. 31). Die entscheidenden Kriterien für deren Gewährung sind die finanzielle Selbstständigkeit, die Integration und die Sprachkompetenzen. Den Zahlen dieser Datenanalyse zufolge werden diese Voraussetzungen überproportional oft von jungen ledigen Männern erfüllt. Als naheliegender Erklärungsansatz wird von der EKM deren vorteilhafte Erwerbssituation und materielle Autonomie im Vergleich zu den übrigen Personengruppen hervorgehoben. Als Konsequenz dieses ungleichen Zugangs zu einer Aufenthaltsbewilligung bleiben wie erwähnt mehrheitlich Frauen, Familien, Kinder und ältere Menschen in der vorläufigen Aufnahme zurück. Der Zugang zur Erwerbstätigkeit und die materielle Autonomie sind mithin entscheidend (Ibid., S. 4 f.). Wenn diese vorliegen, führt der Weg aus der vorläufigen Aufnahme zu einer Aufenthaltsbewilligung. Fehlen diese, verfestigt sich durch die Erwerbslosigkeit und mangelnde Integration hingegen der Verbleib in der vorläufigen Aufnahme, was gleichzeitig gemäss EKM zu einer (langfristigen) erhöhten Unterstützungsabhängigkeit führt (Ibid., S. 41.).

¹⁹ Gemäss Art. 58a Abs. 2 AIG ist der Situation von Personen, welche die Integrationskriterien von Abs. 1 Bst. c (Sprachkompetenzen) und d (Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung) aufgrund einer Behinderung oder Krankheit oder anderer gewichtiger persönlicher Umstände nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen erfüllen können, angemessen Rechnung zu tragen. Die persönlichen Verhältnisse werden wiederum in Art. 77f VZAE konkretisiert, wonach eine Abweichung von den Integrationskriterien möglich ist, wenn die Ausländerin oder der Ausländer sie nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen erfüllen kann aufgrund einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung (Bst. a), einer schweren oder lang andauernden Krankheit (Bst. b) oder anderer gewichtiger persönlicher Umstände wie namentlich wegen einer ausgeprägten Lern-, Lese- und Schreibschwäche, Erwerbsarmut oder der Wahrnehmung von Betreuungsaufgaben (Bst. c). Weiter sind in Art. 49a AIG explizite Ausnahmen vom Erfordernis des Sprachnachweises vorgesehen, wenn wichtige Gründe vorliegen. Als wichtige Gründe werden auch hier namentlich eine Behinderung, eine Krankheit oder eine andere Einschränkung, die zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Fähigkeit zum Spracherwerb führt, genannt. Wenn die Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung aufgrund des Alters, des Gesundheitszustands oder des asylrechtlichen Arbeitsverbots nicht möglich war, gilt es dies bei der Prüfung der finanziellen Verhältnisse ebenfalls zu beachten (Art. 31 Abs. 5 VZAE).

²⁰ Damit wird zwar kein Rechtsanspruch statuiert, gemäss Lehre indes eine Einschränkung des Ermessens der Entscheidbehörde (vgl. CARONI/SCHWEIBER/PREISIG/PLOZZA, S. 227).

²¹ Vgl. hierzu bspw. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-930/2009 vom 5. Dezember 2012 E. 5.1 mit Verweis auf BGE 124 II 110, wo das Bundesgericht in Bezug auf eine Person im Asylverfahren, die sich seit zehn Jahren in der Schweiz aufhielt, erwog, dass bei einer Anwesenheit von über zehn Jahren die Beziehungen zur Schweiz derart eng seien, dass das Vorliegen eines Härtefalls anzunehmen sei (E. 3). Bei einem Argentinier, der nach der Scheidung die Aufenthaltsbewilligung verlor, anerkannte das Bundesgericht ausserdem, dass die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach einem Aufenthalt in der Schweiz von rund zehn Jahren das Recht auf Privatleben i.S.v. Art. 8 EMRK und Art. 13 BV verletzen kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_105/2017 vom 8. Mai 2018 E. 3.9). Nach der hier vertretenen Auffassung darf die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung bei langjähriger Anwesenheit und weiterhin bestehender Unzumutbarkeit der Rückkehr (durch den Status der vorläufigen Aufnahme ausgewiesen) im Grunde genommen nur bei bedeutenden und vorwerfaren Integrationsdefiziten in Betracht gezogen werden, d.h. insbesondere bei Straffälligkeit und bei selbstverschuldeter Erwerbslosigkeit bzw. Sozialhilfeabhängigkeit (vgl. auch SPESCHA, Art. 84 N 13 mit weiteren Hinweisen; in Bezug auf die Sozialhilfeabhängigkeit siehe die jüngste EGMR-Rechtsprechung [erwähnt in Fn 10], welche auch bei einem Gesuch um Statuswechsel von Bedeutung sein dürfte). Wobei geringfügige oder länger zurückliegende Strafen nicht ins Gewicht fallen sollten (vgl. hierzu Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-930/2009 vom 5. Dezember 2012, C-613/2013 vom 23. November 2015 sowie F-7577/2015 vom 31. August 2017).

ist mit der Rechtsprechung und gesetzlichen Vorgaben kaum in Einklang zu bringen und wirft die Frage auf, ob diesen Vorgaben – unter Beachtung der *Offizialmaxime* und des *Untersuchungsgrundsatzes* – genügend Rechnung getragen bzw. der vorhandene Ermessensspielraum hinreichend ausgeschöpft wird.²² Dies zeigt, dass eine anwaltliche Vertretung auch bei Geltung des *Untersuchungsgrundsatzes* notwendig sein kann.

- 19 Zur Gewährleistung eines rechtsgleichen Zugangs zu den Administrativbehörden und Durchsetzung ihrer Rechte und Interessen, aber auch zur Erleichterung ihrer Integration, stellt sich deshalb die Frage, inwiefern die **restriktive Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung** im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren bei Flüchtlingen mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist. Ferner stellt sich die Frage, ob auf nationaler Ebene hinsichtlich des Rechts auf unentgeltliche Rechtsverteidigung Unterschiede bestehen. In der Praxis entsteht immer wieder der Eindruck, dass im Zivilrecht (wie etwa im Eheschutzverfahren²³) oder im Strafrecht (etwa sobald eine Landesverweisung im Raum steht²⁴) im Gegensatz zum Verwaltungsrecht ein Anspruch auf Rechtsverteidigung eher angenommen wird.
- 20 Die vorliegende **Studie** untersucht den Anspruch anerkannter Flüchtlinge auf eine unentgeltliche Rechtsverteidigung in erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren, die sich aus ihrer spezifischen Situation als Flüchtlinge ergeben (nachfolgend auch sogenannte flüchtlings- oder migrationsrechtlichen Verwaltungsverfahren genannt). Die Ausführungen können teilweise auf andere vulnerable Personengruppen übertragen werden, sofern sie sich mit den angesprochenen Verwaltungsverfahren ebenfalls konfrontiert sehen (dies kann beispielsweise bei Ausländerinnen und Ausländern der Fall sein, die ein Gesuch um Familiennachzug stellen, oder bei Menschen, die von Armut betroffen sind und denen die wirtschaftliche Hilfe gekürzt wird). Nach der Darlegung des in der Studie verwendeten Flüchtlingsbegriffs werden die internationalen und nationalen Standards zum Recht auf unentgeltliche Rechtsverteidigung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren untersucht. Anschliessend wird die straf- und die zivilrechtliche Bestimmung zum Recht auf unentgeltliche Rechtsverteidigung mit der verwaltungsrechtlichen Bestimmung verglichen. Schliesslich werden abschliessende Schlussfolgerungen gezogen und Empfehlungen zur Verbesserung des Rechtsschutzes von Flüchtlingen im Verwaltungsverfahren formuliert.
- 21 Der **Untersuchungsgegenstand** der vorliegenden Studie ist beschränkt. Auf der Ebene des Völkerrechts werden die Bestimmungen der GFK, des UNO-Pakt II, der EMRK und GRC untersucht. Verfahrensgarantien aus anderen völkerrechtlichen Verträgen werden nicht näher betrachtet, obschon sie für die vorliegende Problemstellung im Einzelfall von Bedeutung sein können (so enthält bspw. das Übereinkommen zur Bekämpfung von Menschenhandel in Art. 12 Abs. 1 lit. d und e und Art. 15 Abs. 3 besondere Verfahrensgarantien zum Recht auf fachliche Beratung²⁵). Auf der Ebene des nationalen Rechts beschränkt sich die Untersuchung grundsätzlich auf die Bestimmungen auf Bundesebene, das heisst Art. 29 Abs. 3 BV, Art. 65 VwVG und exemplarische spezialgesetzliche Bestimmungen des Verwaltungsrechts; nicht näher untersucht werden die Kantonsverfassungen und Verwaltungsrechts-

²² Vgl. EFIONAYI-MÄDER/RUEDIN, S. 41.

²³ Vgl. dazu Ziff. 94.

²⁴ Vgl. dazu Ziff. 85.

²⁵ Vgl. Botschaft Übereinkommen Menschenhandel, S. 26 und S. 29 f. Ebenfalls PLANITZER, Ziff. 12.29 und LINDER, Ziff. 15.31 f.

pfleugesetze der Kantone.²⁶ Ferner kann kein abschliessender Vergleich der Rechtsanwendungspraxis zwischen der verwaltungsrechtlichen Bestimmung (Art. 65 VwVG) und den straf- und zivilrechtlichen Bestimmungen (Art. 117 ff. ZPO und Art. 128 ff. StPO) vorgenommen werden. Im Einzelnen werden jedoch zum Vergleich anschauliche Praxisbeispiele beigezogen. Schliesslich ist zu beachten, dass die Rechtsprechung zur unentgeltlichen Rechtsverbeiständung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nicht besonders ergiebig ist. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, dass Anträge aufgrund der restriktiven Gewährung in erstinstanzlichen Verfahren für die Anwaltschaft ein Unternehmensrisiko darstellen und deswegen seltener gestellt werden als in gerichtlichen Verfahren und die Anfechtung von abgelehnten Anträgen für die Anwaltschaft wiederum mit einem Kostenrisiko verbunden ist. Im Rahmen der Studie wird deshalb auch die Rechtsprechung zur unentgeltlichen Rechtsverbeiständung in gerichtlichen Verfahren herangezogen.

²⁶ Die kantonalen Straf- und Zivilprozessordnungen wurden durch die Zivil- und Strafprozessordnungen des Bundes ersetzt, im Verwaltungsrecht existieren auf kantonaler Ebene weiterhin kantonale Verwaltungsverfahrensgesetze. Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes findet nur auf Verwaltungsverfahren Anwendung, die durch Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden in erster Instanz oder auf Beschwerde zu erledigen sind. Die eidgenössische Straf- und Zivilprozessordnung gelten dahingegen auch bei Anwendung des kantonalen Straf- und Zivilrechts. Den verwaltungsrechtlichen Bestimmungen auf kantonaler Ebene kommt aber nur dann eigenständige Bedeutung zu, wenn sie einen ausgedehnteren Schutzbereich als die entsprechende Norm der Bundesverfassung, im vorliegenden Fall Art. 29 Abs. 3 BV, aufweisen (vgl. BGE 121 I 196 E. 2d). Kantonales Recht, das der Bundesverfassung widerspricht, verletzt den Vorrang des Bundesrechts; es darf grundsätzlich nicht angewendet werden (Art. 49 Abs. 1 BV [zur Ausnahme siehe TSCHANNEN, S. 156, Rz. 391]).

1 Flüchtlinge nach internationalem und schweizerischem Recht

- 22 Die GFK²⁷, welche die Schweiz am 21. Januar 1955 ratifiziert hat, definiert in Art. 1 A (2), wer ein **Flüchtling** ist. Danach umfasst der Flüchtlingsbegriff jene Menschen, denen aufgrund ihrer Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung in ihrem Heimatland Verfolgung droht und die nicht unter die in Art. 1 F GFK aufgezählten Ausschlussgründe fallen.²⁸
- 23 Der in **Art. 3 AsylG** aufgeführte Flüchtlingsbegriff basiert zwar auf der Definition der GFK, zeichnet sich aber durch eine etwas anderslautende Formulierung und weitergehende Präzisierungen aus. So verwendet die schweizerische Bestimmung anstelle des Begriffs der «Verfolgung» den Begriff der «ernsthaften Nachteile».²⁹ Ausserdem enthält die schweizerische Bestimmung Präzisierungen zu frauenspezifischen Fluchtgründen (Art. 3 Abs. 2 AsylG), zu Wehrdienstverweigerung und Desertion (Art. 3 Abs. 3 AsylG) und zu sogenannten subjektiven Nachfluchtgründen (Art. 3 Abs. 4 AsylG).³⁰
- 24 Flüchtlingen wird in der Schweiz nicht notwendigerweise die gleiche **Bewilligung** erteilt. Eine Aufenthaltsbewilligung (B-Ausweis) erhalten Flüchtlinge nur, wenn ihnen in der Schweiz Asyl gewährt wird. Dies erfordert, dass kein Asylausschlussgrund³¹ vorliegt (Art. 49 AsylG). Andernfalls erhalten Flüchtlinge eine Wegweisung. Da sie jedoch die Flüchtlingseigenschaft erfüllen, ist der Vollzug der Wegweisung aus völkerrechtlichen Gründen unzulässig, weshalb eine vorläufige Aufnahme angeordnet wird (F-Ausweis).
- 25 Flüchtlingen mit Asylstatus stehen mehr **Rechte** zu als den bloss vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen. Die Aufenthaltsbewilligung berechtigt die betroffene Person zu einem längerfristigen Aufenthalt in der Schweiz, während die vorläufige Aufnahme als Ersatzmassnahme für eine nicht durchführbare

²⁷ Zur GFK gehört auch das Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. Januar 1967, welches die Schweiz am 20. Mai 1968 ratifiziert hat. Mit dem Protokoll vom 31. Januar 1967 wurde die zeitliche Einschränkung der GFK auf Fluchtgründe, die vor 1951 eintraten, aufgehoben.

²⁸ Fällt eine Person bereits beim Entscheid über die Anerkennung als Flüchtling unter die Ausschlussbestimmungen der GFK, wird sie nicht als Flüchtling anerkannt und kann sich somit nicht auf das flüchtlingsrechtliche Rückschiebeverbot berufen. Liegt ein Ausschlussgrund der GFK vor, kann aber das menschenrechtliche Refoulement-Verbot greifen, das vor einer Rückschiebung in ein Land schützt, in dem eine Verletzung des Folterverbots oder eine unmenschliche Behandlung oder Bestrafung droht. Die Ausschlussgründe nach Art. 1 F GFK sind von den Asylausschlussgründen zu unterscheiden (vgl. Fn 31).

²⁹ Eine weitere abweichende Formulierung besteht strenggenommen beim Begriff der «Staatsangehörigkeit». Im französischen bzw. englischen Originaltext heisst es «nationalité»/«nationality». In der Schweizer Rechtssammlung wird dies im deutschen Text mit «Staatszugehörigkeit» umschrieben, ebenso italienisch mit «cittadinanza», auf Französisch hingegen mit «nationalité». Die deutschen Fassungen in Deutschland und Österreich verwenden ebenfalls das Wort «Nationalität». «Staatszugehörigkeit» ist wohl nicht ganz treffend bzw. zu eng (vgl. KÄLIN, Grundriss zum Asylverfahren, S. 94).

³⁰ Einerseits wird davon ausgegangen, dass die etwas anderslautende Formulierung und Präzisierungen im Schweizer Gesetz den internationalen Flüchtlingsbegriff nur konkretisieren soll (vgl. MOTZ, UNHCR-Studie zur Umsetzung des Flüchtlingsbegriffs, S. 9 f. mit weiteren Hinweisen); andererseits scheinen sie dennoch von praktischer Bedeutung zu sein, insbesondere im Zusammenhang mit der restriktiven Auslegung des Flüchtlingsbegriffs in der Schweiz (Ibid., S. 4 ff.).

³¹ Das Asylgesetz kennt als Asylausschlussgründe: die Asylunwürdigkeit wegen verwerflicher Handlungen, Gefährdung der Staatssicherheit oder Anordnung einer Landesverweisung (Art. 53 AsylG) und die subjektiven Nachfluchtgründe (Art. 54 AsylG). In Ausnahmesituationen kann auch gestützt auf Art. 55 AsylG die Asylgewährung verweigert werden.

Wegweisung konzipiert ist. Erst nach fünf Jahren kann eine vorläufig aufgenommene Person ein Gesuch um Ausstellung einer Aufenthaltsbewilligung stellen (vgl. Art. 84 Abs. 5 AIG i.V.m. Art. 31 VZAE). Ferner ist der Familiennachzug bei vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen - gesetzlich³² - an eine Wartefrist von drei Jahren und weitere Voraussetzungen geknüpft (es wird bspw. eine bedarfsgerechte Wohnung und Sozialhilfeunabhängigkeit³³ vorausgesetzt [Art. 85 Abs. 7 AIG]), während die Familienzusammenführung bei Flüchtlingen, denen Asyl gewährt wurde, weder an eine Wartefrist noch an Voraussetzungen wie das Vorhandensein einer bedarfsgerechten Wohnung und Sozialhilfeunabhängigkeit geknüpft wird³⁴ (Art. 85 Abs. 7 AIG und Art. 51 AsylG).³⁵ In anderen Belangen, wie in der Sozialhilfe oder bei einem Gesuch um Kantonswechsel resp. um eine Arbeitsbewilligung, sind vorläufig aufgenommene Flüchtlinge aufgrund der für sie einschlägigen Normen der Flüchtlingskonvention Flüchtlingen mit Asyl gleichgestellt. Abzugrenzen ist die vorläufige Aufnahme von Flüchtlingen von der vorläufigen Aufnahme von Personen ohne Flüchtlingsstatus, die dann angeordnet wird, wenn der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich ist (vgl. Art. 44 AsylG i.V.m. Art. 83 und 84 AIG); vorläufig aufgenommene Personen ohne Flüchtlingsstatus können sich nicht auf die Flüchtlingskonvention berufen, aber unter Umständen auf andere völkerrechtliche Verträge wie die EMRK.³⁶

- 26 Flüchtlinge sind in ihrem Heimatland sowie auf der Flucht selbst oft **traumatisierenden Erlebnissen** ausgesetzt, welche sie besonders verletzlich machen. Obwohl die Flucht an sich bereits ein traumatisierendes Erlebnis ist, können Flüchtlinge aufgrund bestimmter Merkmale zusätzlich besondere Bedürfnisse aufweisen, denen spezielle Beachtung zu schenken ist. Zur Gruppe von Flüchtlingen mit besonderen Bedürfnissen gehören insbesondere Minderjährige, Menschen mit Behinderungen, ältere Menschen, Schwangere, Alleinerziehende mit minderjährigen Kindern, Opfer von Menschenhandel, Personen mit schweren körperlichen Erkrankungen, Personen mit psychischen Erkrankungen und Personen, die Folter, Vergewaltigung oder sonstige Formen psychischer, physischer oder sexualisierter Gewalt erlitten haben.³⁷

³² Die gesetzliche Wartefrist von drei Jahren darf gemäss jüngster Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts allerdings nicht strikt und automatisch angewendet werden. Mit Urteil F-2739/2022 vom 24. November 2022 passte das Bundesverwaltungsgericht seine Rechtsprechung an die Rechtsprechung des EGMR an, indem die strikte und automatische Anwendung einer Wartefrist von mehr als zwei Jahren als unvereinbar mit dem Recht auf Achtung des Familienlebens eingestuft wurde (vgl. EGMR M. A. gegen Dänemark, Urteil vom 9. Juli 2021, Beschwerde Nr. 6697/18).

³³ Die gesetzliche Sozialhilfeunabhängigkeit darf gemäss jüngster Rechtsprechung des EGMR nicht strikt und automatisch angewendet werden. Gemäss EGMR muss den individuellen Umständen Rechnung getragen werden, bspw. wenn die betroffene Person sich nachweislich darum bemüht hat, finanziell unabhängig zu werden oder die Person zu krank ist, um arbeiten zu können (vgl. EGMR B.F. und andere gegen die Schweiz, Urteil vom 4. Juli 2023, Beschwerde Nr. 13258/18 und drei andere).

³⁴ Vorausgesetzt wird aber, dass die Familie im Heimatland getrennt wurde und nicht auf der Flucht (vgl. MOTZ, UNHCR-Studie Familiennachzug, S. 11 f.). Wobei zu beachten ist, dass diese strikte Praxis durch BVGE 2020 VI/1 etwas aufgeweicht wurde.

³⁵ Vgl. MASSARA, S. 135.

³⁶ Es gilt allerdings zu bedenken, dass gemäss Rechtsposition des UNHCR viele dieser vorläufig aufgenommenen Personen eigentlich als Flüchtlinge zu qualifizieren wären. So ist bspw. der Massstab für den Nachweis der individualisierten Verfolgung in der Schweiz sehr hoch: Die asylsuchende Person muss glaubhaft machen, dass die ernsthaften Nachteile gezielt gegen sie persönlich gerichtet waren. Dies hat zur Folge, dass Personen, die im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten fliehen, in der Schweiz häufig nicht als Flüchtlinge anerkannt werden (vgl. MOTZ, UNHCR-Studie zur Umsetzung des Flüchtlingsbegriffs, S. 32 ff.).

³⁷ Vgl. Art. 21 Aufnahmerichtlinie und Erwägungsgrund 29 Asylverfahrensrichtlinie.

2 Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nach internationalem Recht

- 27 Können Rechtsansprüche nicht durchgesetzt werden, bleiben sie inhaltsleer und wirkungslos.³⁸ Eine effektive Durchsetzung von Rechtsansprüchen besteht deshalb erst dann, wenn der **Zugang zu einem Verfahren** vor staatlichen Behörden (sei es zu einem Verfahren vor Behörden im Sinne eines erstinstanzlichen Verfahrens oder vor Gerichten im Sinne eines zweitinstanzlichen Verfahrens) allen Rechtssuchenden in rechtsgleicher und diskriminierungsfreier Weise möglich ist und insbesondere auch jenen Menschen offensteht, die nicht in der Lage sind, aus eigenen Mitteln für die Kosten eines Rechtsverfahrens aufzukommen. Die Schaffung eines Systems der Prozesskostenhilfe und unentgeltlichen Rechtsverbeiständung ist deshalb für einen rechtsgleichen Zugang zu einem Verfahren vor staatlichen Behörden unabdingbar.³⁹ Dabei kann der wirksame Zugang zu einem Verfahren vor staatlichen Behörden neben der (zumindest vorläufigen) Befreiung von Verfahrenskosten, auch die Beigabe einer Rechtsvertretung notwendig machen.
- 28 Inwiefern sich ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung für Flüchtlinge für das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren aus dem Völkerrecht (GFK, UNO-Pakt II und EMRK) und dem Europäischen Recht ergibt, wird in diesem **Kapitel** näher untersucht.

2.1 Flüchtlingsrecht

- 29 Das Recht auf Zugang zu einem Gericht ist in der GFK in Art. 16 festgeschrieben. **Art. 16 GFK** ist Teil des Kapitels «Rechtsstellung» und soll Flüchtlingen einen ungehinderten Zugang zu den Gerichten der Vertragsparteien ermöglichen.⁴⁰ Für Flüchtlinge mit einem gewöhnlichen Aufenthalt im Vertragsstaat trägt die Bestimmung dazu bei, ihre vollständige Integration in das soziale und wirtschaftliche Leben dieses Staates zu gewährleisten.⁴¹

³⁸ Vgl. KIENER, S. 17 (mit Bezug auf das gerichtliche Verfahren).

³⁹ Ibid., S. 59 f. (mit Bezug auf das gerichtliche Verfahren).

⁴⁰ Gemäss Art. 42 Abs. 1 der GFK darf zu Art. 16 Abs. 1 GFK kein Vorbehalt gemacht werden. Drei Staaten haben Vorbehalte zu Abs. 2 und 3 gemacht; die Schweiz gehört nicht dazu (vgl. ELBERLING/THORBURN, Art. 16 N 16).

⁴¹ Vgl. ELBERLING/THORBURN, Art. 16 N 5.

- 30 **Absatz 1** enthält die allgemeine Garantie des Zugangs zu Gerichten und kann von allen Flüchtlingen⁴² angerufen werden. Die Norm setzt mithin weder eine Anwesenheit am Gerichtsstand noch einen Aufenthaltsstatus voraus.⁴³

«Flüchtlinge haben auf dem Gebiete der vertragsschliessenden Staaten freien Zutritt zu den Gerichten.» (Art. 16 Abs. 1 GFK)

- 31 Die Absätze 2 und 3 enthalten dahingegen spezifische Garantien, die darauf abzielen, dem Recht auf Zugang zu einem Gericht in der Praxis Wirksamkeit zu verleihen. Sie können nur von Flüchtlingen mit einem gewöhnlichen Aufenthalt (d.h. mit sog. *habitual residence*⁴⁴) geltend gemacht werden.⁴⁵ **Absatz 2** bezieht sich speziell auf zwei Bereiche, in denen Flüchtlinge wie Staatsangehörige zu behandeln sind: (1) den Anspruch auf eine Rechtsvertretung und (2) die Befreiung von der sog. *cautio judicatum solvi* (Sicherstellung der Prozesskosten).⁴⁶ Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Zugang zu Gerichten allgemein unentgeltlich sein muss. Die Vertragsparteien können, unter Vorbehalt des Armenrechts, das in Absatz 2 explizit erwähnt wird, von Flüchtlingen auch die Zahlung von Gerichtsgebühren oder Anwaltskosten verlangen. Allerdings sieht Art. 29 GFK vor, dass diese nicht höher sein dürfen als die Gebühren, die Inländerinnen und Inländer unter den gleichen Umständen zahlen würden.⁴⁷

«Flüchtlingen wird im Wohnsitzstaat hinsichtlich der Zulassung vor Gericht, einschliesslich des Armenrechts und der Befreiung von der *cautio judicatum solvi*, die gleiche Behandlung zuteil wie den Angehörigen dieses Staates.» (Art. 16 Abs. 2 GFK)

- 32 Aus **Absatz 3** geht hervor, dass die Rechte von Flüchtlingen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Land als demjenigen haben, in dem sie ein Gerichtsverfahren einleiten, durch

⁴² Die Genfer Flüchtlingskonvention enthält ein eigenes, abgestuftes System von Rechten, das die Staaten Flüchtlingen zu garantieren haben. Dieses System macht den Zugang zu den jeweiligen Rechten einerseits vom Grad der Bindung des Flüchtlings zum Aufenthaltsstaat («level of attachment»), andererseits von der heranzuziehenden Vergleichsgruppe abhängig. Die Konvention unterscheidet dabei zwischen «subject to a state's jurisdiction», «refugees within their territories», «lawful residence» bzw. «lawful stay» und «habitual residence» (vgl. HRUSCHKA, Art. 6 N 6 ff.).

⁴³ Vorausgesetzt wird einzig, dass das Land des Gerichtsorts Vertragspartei der Konvention ist (vgl. ELBERLING/THORBURN, Art. 16 N 26).

⁴⁴ HRUSCHKA übersetzt «habitual residence» mit dauerhaftem Aufenthalt (vgl. HRUSCHKA, Art. 6 N 6). FREI/VON RÜTTE zählen dazu in der Schweiz alle Personen, die nach einem Anerkennungsentscheid über einen geregelten Aufenthalt verfügen (vgl. FREI/VON RÜTTE, S. 15). Im Zusammenhang mit Art. 16 GFK wird der Begriff «habitual residence» allerdings einem sog. gewöhnlichen Aufenthalt gleichgesetzt (vgl. KLAMMER, Art. 16 N 23 ff.). ELBERLING/THORBURN führen diesbezüglich aus, dass das «level of attachment» weniger streng, als dass bei der Wohnsitznahme im Aufnahmestaat («domicil») der Fall sei und keinen dauerhaften Aufenthalt oder gar die Absicht, den Aufenthalt dauerhaft zu machen erfordere; «habitual residence» erfordere jedoch etwas mehr als die blossе Anwesenheit, nämlich eine Form der «gewollten Verbindung» zwischen Flüchtling und Staat, wobei die Formulierung «habitual residence» aber eben gerade keinen Hinweis auf Rechtmässigkeit oder Anerkennungsstatus enthalte, sondern vielmehr ein faktisches Element impliziere (vgl. ELBERLING/THORBURN, Art. 16 N 37 f. und ZIMMERMANN/HERMANN, Art. 1 A, para. 2 N 711). KNEER spezifiziert in Bezug auf die Schweiz und Art. 16 GFK, dass die Zulassung als Verfahrenspartei in der Schweiz grundsätzlich weder an den Aufenthaltsstatus noch die Staatsangehörigkeit abstellt (vgl. KNEER, Art. 16 N 71).

⁴⁵ Vgl. ELBERLING/THORBURN, Art. 16 N 22.

⁴⁶ Vgl. ELBERLING/THORBURN, Art. 16 N 42; zur Frage, wann Flüchtlinge von der *cautio judicatum solvi* befreit sind, siehe BGE 83 I 16 E. 4.

⁴⁷ Vgl. ELBERLING/THORBURN, Art. 16 N 33.

Gegenseitigkeits- oder sonstige Vereinbarungen⁴⁸ bestimmt werden, die in diesem Land in Bezug auf die Staatsangehörigen des Landes des gewöhnlichen Aufenthalts gelten.⁴⁹

«In den vertragsschliessenden Staaten, in denen ein Flüchtling nicht seinen ordentlichen Aufenthalt hat, geniesst er mit Bezug auf die in Ziffer 2 erwähnten Rechte die gleiche Behandlung wie ein Angehöriger des Landes, in dem er seinen ordentlichen Aufenthalt hat.»
(Art. 16 Abs. 3 GFK)

- 33 Der **Anwendungsbereich** von Art. 16 GFK ist grundsätzlich umfassend. Die Bestimmung gilt für alle Verfahren (Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht). Allerdings bezieht sich Art. 16 GFK gemäss herrschender Lehre nur auf das Gerichtsverfahren, nicht jedoch auf erstinstanzliche Verfahren.⁵⁰ So halten EBERLING/THORBURN in ihrer Kommentierung beispielhaft fest, dass die Bestimmung im Asylverfahren «nur» einen Rechtsbehelf gegen einen negativen Entscheid biete. Bezugnehmend auf den Zugang zu Rechtsmitteln gegen Ausweisungsentscheidungen verweist er auf Art. 32 GFK, der als spezifische Verfahrensgarantie zwar das Recht auf eine Rechtsvertretung enthält, aber nur für das Verfahren vor der Überprüfungsinstanz.⁵¹ Auch HATHAWAY verneint in Zusammenhang mit Art. 16 GFK den Anspruch auf «legal assistance» im Verwaltungsverfahren explizit.⁵² Er verweist wiederum auf GRAHL-MADSEN, der schreibt: «The paragraph is limited to courts of law and does, therefore, not apply to access to administrative authorities».⁵³
- 34 Für das vorgelagerte Verwaltungsverfahren kann jedoch **Art. 25 GFK** von Bedeutung sein.⁵⁴ Art. 25 GFK verpflichtet die Vertragspartien, dafür zu sorgen, dass den Flüchtlingen «Beihilfe» gewährt wird, wenn sie für die Ausübung eines Rechtes die Mitwirkung ausländischer Behörden benötigen, an die sie nicht gelangen können (Abs. 1), und ihnen die Dokumente oder Bescheinigungen auszustellen oder ausstellen zu lassen, die ausländischen Personen normalerweise durch ihre heimatlichen Behörden oder durch deren Vermittlung ausgestellt werden (Abs. 2). Diese sollen die amtlichen Urkunden des Herkunftsstaates ersetzen (Abs. 3). Schliesslich räumt die Bestimmung bei Bedürftigkeit ein Recht auf Erlass von Gebühren bzw. Verfahrenskosten ein (Abs. 4).⁵⁵ Artikel 25 gilt aber nur für Hilfeleistungen, die normalerweise die Mitwirkung von ausländischen Behörden (gemeint sind die Behörden des Heimats- oder vorangehenden Aufenthaltsstaats) erfordern.⁵⁶ Die Bestimmung kann von allen Flüchtlingen angerufen werden.⁵⁷ Sie soll Flüchtlinge in die Lage versetzen, zivilrechtliche Handlungen (z.B. Heirat, Scheidung, Adoption, Erbschaftsregelung, Erwerb von Grundstücken, Gründung von Vereinen,

⁴⁸ Von Bedeutung können in diesem Zusammenhang das Europäische Niederlassungsabkommen vom 13. Dezember 1955 und das Haager Übereinkommen zum Zivilprozessrecht sein. Art. 7-9 des Europäischen Niederlassungsabkommens enthalten wichtige Regeln für den Zugang zu Gerichten, Prozesskostenhilfe und einem Rechtsbeistand sowie zur Befreiung von der *cautio judicatum solvi* (vgl. UNHCR, *Commentary on the Refugee Convention*, Art. 16 IV).

⁴⁹ Vgl. UNHCR, *Commentary on the Refugee Convention*, Art. 16 VIII.

⁵⁰ Vgl. ELBERLING/THORBURN, Art. 16 N 18, 29 und 30.

⁵¹ Vgl. ELBERLING/THORBURN, Art. 16 N 18 und DAVY/GIL-BAZO, Art. 32 N 88.

⁵² Vgl. HATHAWAY, S. 923.

⁵³ UNHCR, *Commentary on the Refugee Convention*, Art. 16 VI.

⁵⁴ Vgl. ELBERLING/THORBURN, Art. 16 N 18.

⁵⁵ Vgl. FREI/VON RÜTTE, S. 10 f.

⁵⁶ Vgl. UNHCR, *Commentary on the Refugee Convention*, Art. 25 Ziff. 2.

⁵⁷ Vgl. Fn 42.

Eröffnung eines Bankkontos usw.⁵⁸) vorzunehmen. Gelöst werden soll das Problem, dass es Flüchtlingen aufgrund ihrer Verfolgungssituation in der Regel nicht möglich ist, die dafür notwendigen Dokumente, Nachweise und Urkunden beizubringen bzw. dafür Kontakt mit ihrem Herkunftsstaat aufzunehmen.⁵⁹ Die Bestimmung steht in engem Zusammenhang mit der Pflicht der Konventionsstaaten, Flüchtlingen Ausweispapiere (Art. 27 GFK) und Reisedokumente (Art. 28 GFK) auszustellen.⁶⁰ Die kombinierte Wirkung dieser Bestimmungen besteht letztlich darin, ein umfassendes Paket an administrativer Unterstützung bereitzustellen, das für Flüchtlinge notwendig sein kann, um ihr Leben wiederaufzubauen.⁶¹ Der Artikel ist weit auszulegen: Die Verwaltungshilfe geht über die blosser Ausstellung von Bescheinigungen und Urkunden hinaus und umfasst beispielsweise auch Unterstützung bei amtlicher Korrespondenz, Beratungsleistungen, amtlichen Hinweisen, persönlicher Unterstützung sowie notariellen Beglaubigungen und konsularischen Aufgaben.⁶² Zuständig für die Verwaltungshilfe ist der Konventionsstaat, in dem sich der Flüchtling befindet. Eine Delegation an eine internationale Behörde, wie UNHCR, ist möglich. Eine Delegation an eine Nichtregierungsorganisation kommt dahingegen nur infrage, wenn der Konventionsstaat die Gewährleistungsverantwortung behält.⁶³ Obschon die Bestimmung auch Beratungsdienstleistungen beinhaltet, sind damit wohl nicht Leistungen einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung angesprochen, zumal es sich bei letzterer um eine von den Behörden unabhängige Interessensvertretung handelt - die Tätigkeit einer unentgeltlichen Rechtsvertretung ist keine Ausübung eines öffentlichen Amtes⁶⁴ - wemgleich diese Form der Unterstützung den Beweisschwierigkeiten von Flüchtlingen, die Art. 25 GFK ja adressiert, Rechnung trägt.⁶⁵

- 35 Mit Blick auf die vorliegende **Problemstellung** (vgl. Ziff. 16 ff.) scheint aus Art. 16 GFK kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung für das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren abgeleitet werden zu können; gemäss herrschender Lehre bezieht sich die Bestimmung nur auf das Gerichtsverfahren. Dahingegen dürfte Art. 25 GFK in Bezug auf die Tragweite des im schweizerischen Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatzes von Bedeutung sein – der im schweizerischen Verwaltungsrecht grundsätzlich durch die Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert wird – zumal dieser eine Unterstützungspflicht des Aufnahmestaates in administrativen Angelegenheiten beinhaltet.

⁵⁸ Vgl. LESTER, Art. 25 N 3.

⁵⁹ Vgl. ROHMANN, Art. 25 N 26.

⁶⁰ Art. 25 Abs. 5 GFK verweist für Ausweispapiere und Reisedokumente explizit auf Art. 27 und 28 GFK.

⁶¹ Vgl. LESTER, Art. 25 N 18.

⁶² Vgl. FREI/VON RÜTTE, S. 10 f. mit weiteren Hinweisen.

⁶³ Vgl. LESTER, Art. 25 N 39 ff.; ROHMANN, Art. 25 N 34.

⁶⁴ Die herrschende Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass neben dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zum Staat ein privatrechtliches Verhältnis zwischen der unentgeltlichen Rechtsvertretung und der bedürftigen Partei besteht vgl. FELLMANN, Art. 12 N 144 f.; KAYSER/ALTMANN, Art. 65 N 70; SALZMANN, S. 309; zur Rechtsprechung anstatt vieler vgl. BGE 60 I 12: «Der Armenanwalt übernimmt daher durch die Annahme seiner Wahl die Besorgung einer staatlichen Aufgabe; er tritt damit in ein öffentlich-rechtliches Dienst- oder Auftragsverhältnis zum Staate (neben dem ein privatrechtliches Verhältnis zu der von ihm vertretenen Partei einhergehen kann) [...]» (E. 1), vgl. auch BGE 87 II 364 E. 1 und BGE 143 III 10 E. 3 (beide zur Haftung der unentgeltlichen Rechtsvertretung).

⁶⁵ Vgl. FREI, Art. 25 N 116.

2.2 Menschenrechte⁶⁶

- 36 Der Anspruch auf Zugang zu einem Gericht ergibt sich im Völkerrecht insbesondere aus Art. 14 UNO-Pakt II bzw. Art. 6 EMRK.⁶⁷ **Art. 14 UNO-Pakt II und Art. 6 EMRK** sind komplexe Bestimmungen, die verschiedene Anwendungsbereiche und Teilgehalte kombinieren. Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II besagt:

«Alle Menschen sind vor Gericht gleich. Jedermann hat Anspruch darauf, dass über eine gegen ihn erhobene strafrechtliche Anklage oder seine zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen durch ein zuständiges, unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht in billiger Weise und öffentlich verhandelt wird.» (Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II)

Die **Absätze 2-7** regeln im Detail die Rechte von Personen im Strafverfahren. Mit Ausnahme des ersten Satzes von Abs. 1 und Abs. 4, wonach «[g]egen Jugendliche [...] das Verfahren in einer Weise zu führen [ist], die ihrem Alter entspricht und ihre Wiedereingliederung in die Gesellschaft fördert», stimmt der Inhalt dieser Bestimmung mit jenem von Art. 6 EMRK und Art. 2 und 3 des Protokolls Nr. 7 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (7. ZP zur EMRK, SR 0.101.07) überein.⁶⁸

- 37 Das Recht auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung ist als Teilgehalt in beiden Bestimmungen enthalten. Ausdrücklich ist das **Recht auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung** in Art. 14 Abs. 3 lit. d UNO-Pakt II bzw. Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK⁶⁹ verankert. Beide Bestimmungen beziehen sich auf das Strafverfahren, was aber nicht bedeutet, dass nicht auch darüber hinaus ein Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung für natürliche Personen bestehen kann.⁷⁰ Aus dem Recht auf Zugang zu einem Gericht nach Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II und Art. 6 Abs. 1 EMRK in Verbindung mit dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf, wie es in Art. 2 Abs. 3 UNO-Pakt II und Art. 13 EMRK verankert ist, können die Vertragsstaaten auch ausserhalb eines Strafverfahrens verpflichtet sein, eine Rechtsbeiständin oder einen Rechtsbeistand bereitzustellen.⁷¹ Allerdings ist zu beachten, dass weder Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II noch Art. 6 Abs. 1 EMRK einen allgemeinen Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung

⁶⁶ Die Rechte aus der GFK zählen heute auch zu den Menschenrechten. vgl. dazu CHETAİL. Die Rechte aus der GFK wurden in dieser Studie als *lex specialis* den allgemeinen Menschenrechtsbestimmungen vorangestellt.

⁶⁷ Vgl. Die Garantie ist aber auch Teil der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (Art. 8 Abs. 2 lit. e), der Afrikanischen Menschenrechtskonvention (Art. 7 Abs. 1 lit. c) und der Arabischen Charta der Menschenrechte (Art. 16 Abs. 3) sowie des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs (Art. 67 Abs. 1 lit. b) verankert (vgl. CLOONEY/WEBB, S. 332 mit weiteren Hinweisen).

⁶⁸ Vgl. KÄLIN, SKMR-Studie, S. 34 f. mit weiteren Hinweisen.

⁶⁹ Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK besagt, dass jede angeklagte Person das Recht hat «sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist». Art. 14 Abs. 3 lit. d UNO-Pakt II besagt, dass jeder, der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte ist, «das Recht [hat], [...] einen Verteidiger in Anspruch zu nehmen; fehlen ihm die Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers, so ist ihm ein Verteidiger unentgeltlich zu bestellen, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist». Es handelt sich um ein strafprozessuales Recht auf Verteidigung, welches eine Informationspflicht, ein Recht auf Vorbereitung der Verteidigung, ein Recht sich selbst zu verteidigen oder sich verteidigen zu lassen, ein Recht auf Pflichtverteidigung, ein Recht auf Übersetzung und Zeugenbefragung beinhaltet.

⁷⁰ Wobei auch eine Prozesskostenhilfe für juristische Personen nicht ausgeschlossen ist (vgl. FRA, Handbuch Zugang zur Justiz, S. 69 f. mit weiteren Hinweisen).

⁷¹ Vgl. MEYER-LADEWIG/KÖNIG/HARRENDORF, Art. 6 N 43; EGMR, para. 157 ff.; UN-Menschenrechtsausschuss, para. 10 und JOSEPH/CASTAN, S. 496, para. 14.160 und S. 444, para. 14.34 mit Verweis auf CCPR Currie gegen Jamaica, Mitteilung Nr. 377/89 vom 31. März 1991, para. 13.4 und weitere Urteile.

vorsehen.⁷² Der Anspruch knüpft sowohl nach der EMRK als auch nach dem UNO-Pakt II an zwei Bedingungen an, die kumulativ erfüllt sein müssen. Erstens muss die betroffene Person nachweisen, dass sie nicht über ausreichende Mittel verfügt, um eine Rechtsvertretung zu bezahlen (Bedürftigkeit). Zweitens sind die Vertragsstaaten nur dann verpflichtet, unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, «wenn [es] die Interessen der Justiz erfordern».⁷³ Dies bestimmt sich in der Regel nach den Rechtsnachteilen, die das Verfahren für die betroffene Person mit sich bringen kann, nach der Komplexität des Verfahrens, der Vulnerabilität der betroffenen Person (d.h. das Alter, die soziale Situation, die Vertrautheit mit dem Rechtssystem, die Sprachkenntnisse und die gesundheitliche und geistig-psychische Verfassung der betroffenen Person) und den Prozesschancen.⁷⁴ Wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, kann der Anspruch unabhängig vom Verfahrensstadium, das heisst sowohl im Vorverfahren⁷⁵ als auch im Gerichtsverfahren bestehen.⁷⁶

- 38 Da der **Anwendungsbereich** von Art. 14 UNO-Pakt II und Art. 6 EMRK dem Wortlaut nach auf «strafrechtliche Anklagen» und «zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» beschränkt ist, kann ein Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung in der Regel auch nur in diesen Verfahren geltend gemacht werden. Da der EGMR und der CCPR die Begriffe «zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» und «strafrechtliche Anklagen» jedoch autonom auslegen, ist der Anwendungsbereich der Bestimmungen weiter, als deren Wortlaut nahelegt. Auch verwaltungsrechtliche Streitigkeiten können vom Anwendungsbereich erfasst sein.⁷⁷ Probleme kann in diesem Zusammenhang insbesondere die Abgrenzung zum öffentlichen Recht⁷⁸ bereiten.
- 39 Der Begriff der **strafrechtlichen Anklage** bzw. Strafsache bezieht sich auf Handlungen und Unterlassungen, die strafrechtlicher Natur und mit Sanktionen versehen sind, die wegen ihres Zwecks, ihres Charakters oder ihrer Schwere strafrechtlicher Art sind.⁷⁹ Verlangt werden dabei eine explizit rechtswidrige Handlung sowie eine angedrohte Rechtsfolge, die von der Art und dem Schweregrad bedeutend genug sind, so dass die Massnahme einen strafrechtlichen Charakter aufweist.⁸⁰ Für die Abgrenzung zwischen verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen hat der EGMR die sogenannten Engel-Kriterien entwickelt ([1] Zuordnung der Tat nach nationalem Recht, [2] Natur des Vergehens und [3]

⁷² Vgl. bspw. CCPR Rawle Kennedy gegen Trinidad and Tobago, Mitteilung Nr. 845/1998 vom 26. März 2002, para. 7.10 und Urteil des EGMR Airey gegen Irland vom 9. Oktober 1979, Beschwerde Nr. 6289/73, para. 26.

⁷³ JOSEPH/CASTAN, S. 494 ff., para. 14.152 ff. (mit Bezug auf das Strafverfahren) und S. 434 ff., para. 14.33 ff. (mit Bezug auf das Zivilverfahren) sowie Urteil des EGMR Quaranta gegen die Schweiz vom 24. Mai 1991, Beschwerde Nr. 12744/87, para. 27 (mit Bezug auf das Strafverfahren).

⁷⁴ Vgl. CLOONEY/WEBB, S. 345 ff. und Urteil des EGMR Airey gegen Irland vom 9. Oktober 1979, Beschwerde Nr. 6289/73, para. 24 (mit Bezug auf das Zivilverfahren).

⁷⁵ In der Schweiz verwendet man den Begriff Vorverfahren i.d.R. nur im Strafverfahren. Im Verwaltungsrecht spricht man vom nichtstreitigen Verwaltungsverfahren und im Zivilverfahren grundsätzlich vom Schlichtungsverfahren (kein Schlichtungsverfahren findet in KESB-Verfahren oder in den von Art. 198 ZPO umschriebenen Verfahren statt, insbesondere im Scheidungsverfahren und im summarischen Verfahren [zu welchem u.a. das Eheschutzverfahren gehört]).

⁷⁶ Vgl. CLOONEY/WEBB, S. 335 ff. (mit Bezug auf das Strafverfahren); WEISSBRODT/WOLFRUM (Hrsg.), S. 665 (mit Bezug auf das Strafverfahren) und FRA, Handbuch Zugang zur Justiz, S. 84 (mit Bezug auf das Zivilverfahren) und 88 (mit Bezug auf das Strafverfahren).

⁷⁷ Vgl. MEYER-LADEWIG/KÖNIG/HARRENDORF, Art. 6 N 5; JOSEPH/CASTAN, S. 432 ff.; UN-MENSCHENRECHTSAUSSCHUSS, para. 16.

⁷⁸ Vgl. GRABENWARTER/PABEL, S. 500.

⁷⁹ Vgl. KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 16.3.

⁸⁰ Vgl. KLEY, Rz. 9.

Natur und Schwere der Sanktion).⁸¹ Der UN-Menschenrechtsausschuss scheint keine vergleichbaren Kriterien zu kennen.

- 40 Für den Begriff der **zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen** lässt sich weder aus der Rechtsprechung des EGMR noch des CCPR eine allgemeingültige Begriffsbestimmung erkennen. Die zivilrechtliche Natur von Ansprüchen beurteilt sich in Zweifelsfällen entweder nach den Auswirkungen eines Verfahrens auf solche Rechte und Pflichten (in Abwägung der öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Elemente eines Rechts) oder aufgrund des Vermögenswertes eines streitgegenständlichen Rechts (pekuniärer Bezug).⁸² Aus diesem Grund werden von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht nur klassisch zivilrechtliche Sachverhalte erfasst, wie z.B. Rechte und Verpflichtungen im Bereich des Vertrags-, Sachen- und Haftpflichtrechts, sondern auch verwaltungsrechtliche Streitigkeiten.⁸³
- 41 Für die vorliegende **Problemstellung** bedeutet dies, dass einige verwaltungsrechtliche Streitigkeiten mit flüchtlings- und migrationsrechtlichem Bezug vom Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II erfasst sein können. Ob dies der Fall ist, muss im Einzelfall - anhand der Prämissen des Einzelfalls und der Rechtsprechung - individuell geprüft werden. Die nachfolgenden Ausführungen sind deshalb im Sinne einer Wegleitung zu verstehen und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.
- 42 Zu den **verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten**, die klar vom Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II erfasst sind, gehören Streitigkeiten im Bereich des Sozialversicherungsrechts und Sozialhilferechts.⁸⁴ Ferner kann auch eine Streitigkeit, die das Recht einer Ausländerin oder eines Ausländers, eine Arbeiterlaubnis zu beantragen, beinhaltet, vom Anwendungsbereich der Bestimmungen erfasst sein.⁸⁵ Zu den Angelegenheiten, die klar nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II fallen, gehören dagegen migrationsrechtliche Sachverhalte im Bereich der Einwanderung, der Einreise, des Aufenthalts und der Abschiebung.⁸⁶ Diese Unanwendbarkeit erstreckt sich ausserdem auf die Aufnahme einer Ausländerin oder eines Ausländers in das Schengener Informationssystem⁸⁷ sowie das Recht, einen Pass zu besitzen oder das Recht auf Staatsangehörigkeit.⁸⁸ Wie streng der EGMR in migrationsrechtlichen Sachverhalten sein kann, verdeutlichte er im Urteil Panjeheighalehei gegen Dänemark, wo er die Anwendung von Art. 6 EMRK sogar bei einer Schadensersatzforderung wegen Ablehnung des Asylantrags verneint hat.⁸⁹ Auch in Strafsachen mit einer migrationsrechtlichen Komponente ist der Gerichtshof in Bezug auf die Anwendung von Art. 6 EMRK restriktiv. Dies zeigt eine Entscheidung in Bezug auf ein Einreiseverbot (welches im

⁸¹ Vgl. Urteil des EGMR Engel und Andere gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Beschwerden Nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 und 5370/72.

⁸² Vgl. KLEY, Rz. 45 und 48; KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 16.11.

⁸³ Vgl. KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 16.5 f.

⁸⁴ Vgl. KÄLIN/KÜNZLI, Rz. 16.11; Urteil des EGMR Salesi gegen Italien vom 26. Februar 1993, Beschwerde Nr. 13023/87, para. 19.

⁸⁵ Vgl. Urteil des EGMR Jurisic und Collegium Mehrerau gegen Österreich vom 27. Juli 2006, Beschwerde Nr. 62539/00, para. 54 - 56.

⁸⁶ Vgl. MEYER-LADEWIG/KÖNIG/HARRENDORF, Art. 6 N 22; BIGLER, Art. 6 N 42; GRABENWARTER/PABEL, EMRK, S. 502 f.; MAYER, Art. 6 N 18; HARRIS, S. 67; UN-MENSCHENRECHTSAUSSCHUSS, para. 17.

⁸⁷ Vgl. Urteil des EGMR Dalea gegen Frankreich vom 2. Februar 2010, Beschwerde Nr. 964/07.

⁸⁸ Vgl. Urteil des EGMR Smirnov gegen Russland vom 6. Juli 2006, Beschwerde Nr. 14085/04.

⁸⁹ Vgl. Urteil des EGMR Panjeheighalehei gegen Dänemark vom 13. Oktober 2009, Beschwerde Nr. 11230/07, S. 11.

Rahmen eines Strafverfahrens verhängt wurde). Der EGMR urteilte hier, dass der Umstand, dass das Verbot im Rahmen eines Strafverfahrens verhängt worden sei, nichts an seinem hauptsächlich «präventiven Charakter» ändere. Er verwies auf Art. 1 7. ZP zur EMRK, der Verfahrensgarantien bei der Ausweisung von Ausländerinnen und Ausländern enthält. Hieraus sei zu schliessen, dass die Vertragsstaaten ausländerrechtliche Verfahren vom Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 der Konvention ausnehmen wollten.⁹⁰ Zu beachten ist jedoch, dass nach der Rechtsprechung des EGMR eine Ausweisungs- oder Auslieferungsentscheidung zumindest dann in den Anwendungsbereich von Art. 6 fallen kann, wenn dem Flüchtling im ersuchenden Land eine offenkundige Rechtsverweigerung droht (sog. *flagrant denial of justice*).⁹¹

- 43 Die **Rechtsprechung des CCPR** scheint in vielerlei Hinsicht mit der Rechtsprechung des EGMR vergleichbar; so hat der Ausschuss bspw. im Fall Zundel gegen Kanada erwogen:

«[...] that proceedings relating to an alien's expulsion, the guarantees of which are governed by article 13 of the Covenant, do not also fall within the ambit of a determination of "rights and obligations in a suit at law", within the meaning of article 14, paragraph 1. It concludes that the deportation proceedings of the author, who was found to represent a threat to national security, do not fall within the scope of article 14, paragraph 1, and are inadmissible *ratione materiae*, pursuant to article 3 of the Optional Protocol.»⁹²

- 44 Diese Rechtsprechung hat der CCPR in jüngeren Entscheiden bestätigt.⁹³ Allerdings scheint die Rechtsprechung des Ausschusses dennoch weniger streng als diejenige des EGMR, bzw. der **Anwendungsbereich von Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II** weiter zu sein als derjenige von Art. 6 EMRK. So kann den allgemeinen Bemerkungen des Ausschusses entnommen werden, dass, soweit das innerstaatliche Recht eine gerichtliche Instanz mit der Aufgabe betraut, über Ausweisungen oder Abschiebungen zu entscheiden, die in Art. 14 Abs. 1 verankerte Garantie der Gleichheit aller Personen vor den Gerichten und die in dieser Garantie enthaltenen Grundsätze der Unparteilichkeit, Fairness und Waffengleichheit anwendbar sind. Auch muss aus der Rechtsprechung des UN-Ausschusses geschlossen werden, dass alle einschlägigen Garantien des Art. 14 gelten, wenn die Ausweisung in Form einer strafrechtlichen Sanktion erfolgt oder wenn Verstösse gegen Ausweisungsverfügungen strafrechtlich geahndet werden.⁹⁴ So erwog der Ausschuss im Fall Esposito gegen Spanien:

«As for the complaint of a violation of article 14, paragraph 3 (d), the author alleges that there were certain irregularities on the part of the Spanish authorities with regard to the

⁹⁰ Vgl. Urteil des EGMR Maaouia gegen Frankreich vom 5. Oktober 2000, Beschwerde Nr. 39652/98, para. 33 ff.; siehe auch Urteil des EGMR Mamatkulov and Askarov gegen Türkei vom 4. Februar 2005, Beschwerde Nr. 46827/99 und 46951/99, para. 80 ff.

⁹¹ Vgl. MEYER-LADEWIG/KÖNIG/HARRENDORF, Art. 6 N 166; siehe auch Rechtsprechung: Urteile des EGMR Al-Moayad gegen Deutschland vom 20. Februar 2007, Beschwerde Nr. 35865/03, para. 100 ff. und Othman (Abu Qatada) gegen England vom 17. Januar 2012, Beschwerde Nr. 8139/09, para. 236 ff. (mit einer ausführlichen Zusammenfassung der Rechtsprechung).

⁹² CCPR, Zundel gegen Kanada, Mitteilung Nr. 1341/2005 vom 20. März 2007, para. 6.8.

⁹³ Vgl. bspw. CCPR A und B gegen Dänemark, Mitteilung Nr. 2291/2013 vom 13. Juli 2016, para. 7.3; H.A. gegen Dänemark, Mitteilung Nr. 2328/2014 vom 9. Juli 2018, para. 8.4; J.D. gegen Dänemark, Mitteilung Nr. 2204/2012 vom 26. Oktober 2016, para. 10.5; Herr X und Frau X gegen Dänemark, Mitteilung Nr. 2186/2012 vom 22. Oktober 2014, para. 6.3 (mit weiteren Hinweisen) sowie X gegen Dänemark, Mitteilung Nr. 2007/2010 vom 26. März 2014, para. 8.5 (mit weiteren Hinweisen).

⁹⁴ Vgl. UN-MENSCHENRECHTSAUSSCHUSS, para. 62; so auch KÄLIN, SKMR-Studie, S. 34 f. und JOSEPH/CASTAN, S. 439, para. 14.18.

successive postponements of the hearing before the Criminal Division of the National High Court, which may explain why the author was extradited before it was held. The Committee notes that the author was not charged or found guilty of any offence in the State party, and that the decision to extradite him did not constitute a punishment resulting from a criminal procedure. The Committee therefore concludes that the extradition proceedings against the author do not constitute the determination of a criminal charge within the meaning of article 14 of the Covenant, and that the complaint relating to article 14, paragraph 3 (d), is inadmissible *ratione materiae*, in accordance with article 3 of the Optional Protocol.»⁹⁵

- 45 Der CCPR weist in seiner Rechtsprechung ausdrücklich darauf hin, dass bei **Streitigkeiten über Asyl, ausländerrechtliche Massnahmen und Auslieferungsverfahren** andere Verfahrensgarantien zur Anwendung kommen können und der in diesen Verfahren oftmals einschlägige Art. 13 UNO-Pakt II (Garantie im Ausweisungsverfahren) im Lichte von Art. 14 UNO-Pakt II auszulegen sei.

«[...] Recalling its earlier case law the Committee considers that although the Covenant does not require that extradition procedures be judicial in nature, extradition as such does not fall outside the protection of the Covenant. On the contrary, several provisions, including articles 6, 7, 9 and 13, are necessarily applicable in relation to extradition. Particularly, in cases where, as in the current one, the judiciary is involved in deciding about extradition, it must respect the principles of impartiality, fairness and equality, as enshrined in article 14, paragraph 1, and also reflected in article 13 of the Covenant.»⁹⁶

- 46 Da Entscheidungen über Einreise, Aufenthalt, Ausweisung und Abschiebung vom Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II grundsätzlich nicht erfasst sind, **familienrechtliche Verfahren** aber vom Anwendungsbereich der Bestimmungen erfasst sein können,⁹⁷ stellt sich die Frage, inwiefern auch flüchtlings- und migrationsrechtliche Familienzusammenführungen (Gesuche um Familiennachzug) vom Anwendungsbereich der Bestimmungen erfasst sein können. Obschon es zu weit gehen dürfte, jeden familiären Sachverhalt unter Art. 6 Abs. 1 EMRK zu subsumieren, scheint es im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des EGMR nicht ausgeschlossen, dass auch ein Verfahren der Familienzusammenführung unter gewissen Umständen vom sachlichen Schutzbereich der Bestimmungen erfasst sein könnte. In seiner jüngsten Rechtsprechung hat der EGMR den besonderen Charakter des familienrechtlichen Verfahrens unter dem Gesichtspunkt von Art. 6 Abs. 1 EMRK unterstrichen und im Urteil Plazzi gegen die Schweiz⁹⁸ sowohl eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK als auch eine Verletzung von Art. 8 EMRK (Teilgehalt des Rechts auf Familienleben) festgestellt. Der Fall betraf einen Sachverhalt, bei welchem die KESB der Mutter des gemeinsamen Kindes das alleinige Sorgerecht übertragen, einen Umzug ins Ausland genehmigt und einer allfälligen Beschwerde gegen diesen Entscheidung keine aufschiebende Wirkung zugestanden hat. Nachdem die Mutter mit dem Kind ins Ausland umgezogen war, versuchte der Vater eine Beschwerde einzureichen. Die Schweizer Gerichte erklärten sich hinsichtlich der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung jedoch für unzuständig. Sie begründeten diesen Entscheidung mit dem aktuellen Wohnsitz des Kindes in einem anderen Land - mit dem Umzug sei auch die gerichtliche Zuständigkeit übergegangen. Darin sah der EGMR (einstimmig) eine

⁹⁵ CCPR Esposito gegen Spanien, Mitteilung Nr. 1359/2005 vom 20. März 2007, para. 7.6.

⁹⁶ CCPR Everett gegen Spanien, Mitteilung Nr. 961/2000 vom 9. Juli 2004, Ziff. 6.4.

⁹⁷ Vgl. MEYER-LADEWIG/KÖNIG/HARRENDORF, Art. 6 N 21 mit weiteren Hinweisen.

⁹⁸ Vgl. Urteil des EGMR Plazzi gegen Schweiz vom 8. Februar 2022, Beschwerde Nr. 44101/18.

Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht.⁹⁹ In diesem Fall war die Subsumtion des familiären Zusammenlebens als «civil right» unbestritten.

- 47 Das Recht auf wirksame Beschwerde (**Art. 13 EMRK**) stellt eine verfahrensrechtliche Garantie dar, die sich auf alle in der EMRK garantierten Rechte bezieht.¹⁰⁰ Die Bestimmung kann allerdings nur zusammen mit einer anderen in der Konvention verankerten Garantie angerufen werden (sogenanntes akzessorisches Recht). Ausserdem ist sie für das nichtstreitige Verwaltungsverfahren nicht einschlägig, sondern bezieht sich explizit nur auf das Beschwerdeverfahren.¹⁰¹ Für die vorliegende Problemstellung (vgl. Ziff. 9 ff.) ist die Bestimmung deshalb nicht einschlägig und nicht zu vertiefen.

2.3 Europäisches Recht

- 48 Auf europäischer Ebene ist der Anspruch auf Zugang zu einem Gericht in **Art. 47 GRC**¹⁰² verankert. Die GRC ist für die Schweiz zwar nicht bindend, kann für sie aber im Rahmen der Auslegung der bilateralen Verträge¹⁰³ von Bedeutung sein.¹⁰⁴ Art. 47 GRC hat nach dem unionsrechtlichen Günstigkeitsprinzip die gleiche Bedeutung und Tragweite wie Art. 6 und Art. 13 EMRK,¹⁰⁵ weshalb die Rechtsprechung des EGMR für die Auslegung von Art. 47 GRC bedeutsam ist.¹⁰⁶ Absatz 1 garantiert das Recht auf Zugang zu einem Gericht und geht dem Wortlaut nach über Art. 13 EMRK hinaus, der das Recht auf Zugang zu einem Gericht nicht explizit erwähnt:

«Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Massgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.» (Art. 47 Abs. 1 GRC)

- 49 **Absatz 2** gründet auf Art. 6 Abs. 1 EMRK und sieht - unter Ausklammerung der in Art. 6 EMRK enthaltenen Beschränkungen auf zivilrechtliche Ansprüche und strafrechtliche Anklagen - explizit ein Recht auf Beratung, Verteidigung und Vertretung vor.¹⁰⁷

«Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen,

⁹⁹ Vgl. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Ausgewählte Urteile, S. 1 f.

¹⁰⁰ Vgl. MEYER-LADEWIG/KÖNIG/HARRENDORF, Art. 6 N 13 N 1 und 5 f.

¹⁰¹ MEYER-LADEWIG/RENGER, Art. 13 N 1 und 6.

¹⁰² Die Europäische Grundrechtecharta kodifiziert die in der EU geltenden Grund- und Menschenrechte. Gemäss Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC gilt sie für die Organe und Einrichtungen der Union und für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union.

¹⁰³ Die bilateralen Verträge regeln das gegenseitige Verhältnis zwischen der EU und der Schweiz in Bereichen wie Personenfreizügigkeit, Landverkehr, Luftverkehr, technische Handelshemmnisse, öffentliches Beschaffungswesen, Forschung und Landwirtschaft.

¹⁰⁴ Gemäss Rechtsprechung sind die bilateralen Verträge in ständiger Praxis im Licht der EMRK auszulegen, sofern grundrechtsrelevante Fragen zur Debatte stehen (vgl. BGE 136 II 177, E. 3.2.2). Gemäss Lehre ist es aber denkbar, die bilateralen Abkommen auch im Lichte der Grundrechtscharta auszulegen (vgl. OESCH, S. 503 mit weiteren Hinweisen).

¹⁰⁵ Vgl. JARASS, Art. 53 N 2 und FRA, Handbuch Zugang zur Justiz, S. 68.

¹⁰⁶ In diesem Sinne stellt Art. 47 GRC eine Positivierung der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR dar (vgl. DREXEL, S. 103).

¹⁰⁷ Vgl. JARASS, Art. 47 N 1.

unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.» (Art. 47 Abs. 2 GRC)¹⁰⁸

50 **Absatz 3** wird auf Art. 6 Abs. 1 EMRK und das bestehende Prozesskostenhilfesystem des EuGH gestützt. Dieses statuiert ein Recht auf Prozesskostenhilfe für Personen,¹⁰⁹ die nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügen.¹¹⁰

«Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, wird Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.» (Art. 47 Abs. 3 GRC)

51 Aus den Rechten auf Vertretung (Abs. 2) und Prozesskostenhilfe (Abs. 3) können Einzelne einen **Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung** ableiten bzw. kann der Staat zur Bereitstellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung verpflichtet sein.¹¹¹ Analog zu den menschenrechtlichen Bestimmungen besteht allerdings auch im Unionsrecht kein allgemeiner Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung.¹¹² Die Bereitstellung einer rechtlichen Vertretung bestimmt sich vielmehr wie bei Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II nach der Bedürftigkeit der betroffenen Person, den Erfolgsaussichten des Begehrens, der Tragweite des Falls für die Einzelperson, der Komplexität der Rechtssache und der Fähigkeit einer Person, sich selbst zu vertreten (vgl. Ziff. 37).¹¹³

52 Der **Anwendungsbereich** der Prozesskostenhilfe nach Unionsrecht ist im Gegensatz zu Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II nicht auf «strafrechtliche Anklagen» und «zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» beschränkt. Art. 47 Abs. 3 GRC gilt für alle Verfahrensarten, sofern eine Verletzung von Unionsrechten geltend gemacht wird (Art. 47 Abs. 1 GRC).¹¹⁴ Die Bestimmung beschränkt sich jedoch auf das gerichtliche Verfahren und findet auf das vorangehende Verwaltungsverfahren¹¹⁵ grundsätzlich keine Anwendung. Sie kann aber auf ein vorgängiges Verwaltungsverfahren ausstrahlen, d.h. dieses muss so ausgestaltet sein, dass der spätere gerichtliche Schutz nicht unzumutbar behindert wird.¹¹⁶ Eine anwaltliche Vertretung im Verwaltungsverfahren, wie es die Resolution No. 77 (31) des Europarates fordert,¹¹⁷ sieht das Unionsrecht somit nicht ausdrücklich vor. Zu beachten ist jedoch, dass entsprechende Rechte aus Art. 41 Abs. 1 und 2 GRC (Recht auf eine gute Verwaltung) für das vorgängige Verwaltungsverfahren abgeleitet werden:¹¹⁸

¹⁰⁸ Das Recht auf Beratung, Verteidigung und Vertretung für strafrechtliche Verfahren ist in Art. 48 Abs. 3 GRG geregelt.

¹⁰⁹ Das Recht steht unter gewissen Umständen auch juristischen Personen zu (vgl. Urteil des EuGH, C-279/09 – DEB. Slg. 2010, I-13849 Rn 59; und FRA, Handbuch Zugang zur Justiz, S. 69 f.).

¹¹⁰ Vgl. JARASS, Art. 47 N 1.

¹¹¹ Vgl. FRA, Handbuch Zugang zur Justiz, S. 72 f.

¹¹² Vgl. Ibid., S. 65.

¹¹³ Vgl. Ibid., S. 71 ff.

¹¹⁴ Vgl. JARASS, Art. 47 N 62 und DREXEL, S. 103.

¹¹⁵ Terminologie im schweizerischen Recht: *nicht-streitiges Verwaltungsverfahren* (vgl. Fn 2).

¹¹⁶ Vgl. JARASS, Art. 47 N 6 und 60.

¹¹⁷ «The person concerned may be assisted or represented in the administrative procedure» (EUROPARAT, MINISTERKOMITEE, Art. 3).

¹¹⁸ Vgl. JARASS, Art. 47 N 6 und 60; PFEFFER, S. 176 f.

«Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Angelegenheiten von den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist behandelt werden.» (Art. 41 Abs. 1 GRC)

- 53 Nach Art. 41 Abs. 2 lit. a GRC umfasst das **Recht auf eine gute Verwaltung** insbesondere das Recht jeder Person, gehört zu werden, bevor ihr gegenüber eine für sie nachteilige individuelle Massnahme trifft:

«Dieses Recht umfasst insbesondere das Recht jeder Person, gehört zu werden, bevor ihr gegenüber eine für sie nachteilige individuelle Maßnahme getroffen wird» (Art. 41 Abs. 2 lit. a GRC)

- 54 Dieses Recht kann nach Lehre und Rechtsprechung auch das **Recht auf adäquate anwaltliche Vertretung** beinhalten.¹¹⁹ Schliesslich kann Art. 21 Abs. 2 GRC zum Tragen kommen, wenn EU-Ausländerinnen und Ausländer bei der Prozesskostenhilfe im Vergleich zu Inländerinnen und Inländern benachteiligt werden.¹²⁰

- 55 Für die **Problemstellung** der vorliegenden Studie könnten die erwähnten Bestimmungen der GRC insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn in einem Fall in Anwendung eines bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und der EU die Verletzung einer in einem Abkommen enthaltenen Verfahrensgarantie geltend gemacht wird. Solche Verfahrensgarantien sind bspw. in der Dublin-Verordnung und in der Rückführungsrichtlinie enthalten. So gewährt die Dublin-Verordnung III in Art. 27 Abs. 5 und 6 und die Rückführungsrichtlinie in Art. 13 Abs. 3 und 4 einen Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung. Obschon sich aus den Regelungen zwar kein allgemeiner Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung ableiten lässt und es den Mitgliedstaaten überlassen wird, das Recht auf unentgeltliche Rechtsvertretung nur im Rechtsmittelverfahren vorzusehen, sind die Bestimmungen für das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren dennoch nicht bedeutungslos. So sieht die Schweiz eine unentgeltliche Rechtsvertretung im erstinstanzlichen Asylverfahren (inkl. Dublin-Verfahren) innerstaatlich ausdrücklich vor (vgl. Ziff. 74 f.), weshalb bei der Auslegung der Bestimmung auch die entsprechenden Bestimmungen der GRC - im Sinne des übergeordneten Rechts - bedeutsam sein können. Dies gilt umso mehr, als sowohl die Erwägungen der Dublin-Verordnung III¹²¹ als auch die der Rückführungsrichtlinie¹²² die Bedeutung und Wahrung der GRC explizit hervorheben. Dass die GRC in solchen Konstellationen auch eine Bedeutung für die Schweiz haben kann, zeigt sich im Übrigen auch in der Praxis. So zog das Bundesverwaltungsgericht die GRC bzw. dazugehörige Rechtsprechung des EuGH in einem Fall bei, bei dem es - in Anwendung der von der Schweiz übernommenen Rückführungsrichtlinie und eines bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und Griechenland - die Frage zu beurteilen hatte, inwiefern bei einem von Griechenland anerkannten Flüchtling das Verbot der Folter und

¹¹⁹ Vgl. PFEFFER, S. 176 f.; VON DANWITZ, S. 358 mit weiteren Hinweisen; Urteil des EuGH, C-277/11 - M., Slg. Rn 82 f. und EuGH, C-129/13 - Kamino International Logistics und Datema Hellmann Worldwide Logistics, Slg. Rn 29.

¹²⁰ Vgl. JARASS, Art. 47 N 62; Urteil des EuGH C-323/95 – Hayes, Slg. 1997, I-1711.

¹²¹ «Diese Verordnung steht im Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen, die insbesondere mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt wurden. Diese Verordnung zielt darauf ab, sowohl die uneingeschränkte Wahrung des in Artikel 18 der Charta verankerten Rechts auf Asyl als auch die in ihren Artikeln 1, 4, 7, 24 und 47 anerkannten Rechte zu gewährleisten. Diese Verordnung sollte daher in diesem Sinne angewandt werden.» (Erwägung 39 Dublin-Verordnung III).

¹²² «Die Richtlinie wahrt die Grundrechte und Grundsätze, die vor allem in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind.» (Erwägung 24 Rückführungsrichtlinie).

unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung nach Art. 4 GRC einer Wegweisung nach Griechenland entgegensteht.¹²³

3 Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung im nationalen Recht

56 Den grundrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat das Bundesgericht in Anwendung der aBV aus dem Rechtsgleichheitsgebot (Art. 4 aBV) abgeleitet.¹²⁴ Als Grundrecht verleiht das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege einen Anspruch auf staatliche Unterstützung und umfasst sowohl das Recht auf unentgeltliche Prozessführung als auch das Recht auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung.¹²⁵ Heute ist der Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtspflege als verfassungsmässige Verfahrensgarantie explizit in **Art. 29 Abs. 3 BV** verankert:

«Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.» (Art. 29 Abs. 3 BV)

57 Der **Anwendungsbereich** der Garantie ist umfassend, d.h. der Anspruch besteht in sämtlichen Verfahren des Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesses.¹²⁶ In den Prozessordnungen des Bundes wurde der Anspruch für das Zivilverfahren in Art. 117 ff. ZPO, für das Strafverfahren in Art. 128 ff. StPO und für das Verwaltungsverfahren in Art. 65 VwVG konkretisiert.¹²⁷ Es ist dabei unerheblich, ob es sich um ein gerichtliches oder administratives, Streitiges oder nichtstreitiges, erstinstanzliches oder um ein Rechtsmittelverfahren handelt.¹²⁸ In jedem Verfahren vor staatlichen Behörden, in dem bestimmte Rechtsbegehren zu prüfen sind und das zu einer individuell-konkreten Entscheidung führt,¹²⁹ kann ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bestehen,¹³⁰ sofern die Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind.

58 In diesem **Kapitel** sollen neben der Verfassungsbestimmung die nationalen Bestimmungen zum Recht auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Verwaltungsverfahren im Besonderen und zum Vergleich die Bestimmungen der Straf- und Zivilprozessordnungen des Bundes näher betrachtet werden.

¹²³ Vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts E-3427/2021 und E-3431/2021 vom 28. März 2022 E. 10.

¹²⁴ Vgl. WALDMANN, Art. 29 N 60.

¹²⁵ Vgl. MEICHSSNER, Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege, Rz. 2; MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 3; STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 76; BGE 123 I 145 E. 2b aa).

¹²⁶ Der Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 BV bezieht sich explizit auf Gerichts- und Verwaltungsinstanzen; siehe auch MEICHSSNER, Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege, S. 3 und STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 78.

¹²⁷ Für das Verfahren vor Bundesgericht existiert ausserdem eine spezialgesetzliche Bestimmung in Art. 64 BGG.

¹²⁸ Vgl. EMARK 2001 Nr. 11 E. 4b/bb) und BGE 119 Ia 264 E. 3a mit weiteren Hinweisen.

¹²⁹ Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht in einem Verfahren der abstrakten Normenkontrolle kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, ausser wenn aufgrund der konkreten Umstände mit einem sofortigen Anwendungsakt zu rechnen ist (vgl. BGE 121 I 314 E. 4a; BGE 139 I 138 E. 4.2 und MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 66).

¹³⁰ Vgl. MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 159.

3.1 Verfassungsrechtlicher Anspruch auf unentgeltliche Rechts- verbeiständung

- 59 Der verfassungsrechtliche Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege umfasst **zwei Teilgehalte**: den Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung und den Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung. Der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung setzt materiell die Bedürftigkeit der gesuchstellenden Person sowie prozessual einen Antrag und die Nicht-Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens voraus.¹³¹ Die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung (als zweiter Teilgehalt der unentgeltlichen Rechtspflege) setzt neben der Bedürftigkeit und Nicht-Aussichtslosigkeit zudem die sachliche Notwendigkeit einer Vertretung voraus.¹³²
- 60 **Bedürftig** ist, wer nicht in der Lage ist, für die Kosten des Verfahrens aufzukommen.¹³³ Wie viel Einkommen und Vermögen zur Prozessführung ausreichen, wird im Einzelfall geprüft; dabei wird das Einkommen dem Zwangsbedarf gegenübergestellt, wobei in der Regel auf den betriebsrechtlichen Grundbedarf abgestellt wird,¹³⁴ der nicht mit der sozialhilferechtlichen Bedürftigkeit gleichgesetzt werden darf.¹³⁵ Erlauben die finanziellen Verhältnisse der gesuchstellenden Person, einen Teil der Prozesskosten selbst zu tragen, kann die Prozesskostenhilfe auch nur partiell gewährt werden.¹³⁶ Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bedeutet grundsätzlich keine definitive, sondern nur eine vorläufige Kostenübernahme durch den Staat (besondere Bestimmungen vorbehalten¹³⁷).¹³⁸ Die Kosten werden gestundet und können bei späterem Wegfall der Mittellosigkeit während des Prozesses oder innert zehn Jahren nach Rechtskraft des in der Sache ergangenen Urteils¹³⁹ vom Staat zurückgefordert werden.¹⁴⁰ Ausserdem sind die gegnerischen Parteikosten nicht von der Stundungswirkung erfasst. Wird dem Prozessgegner bei Erledigung des Prozesses eine Parteientschädigung zugesprochen, ist diese von der mittellosen Partei selbst zu tragen (besondere Bestimmungen vorbehalten¹⁴¹).¹⁴²

¹³¹ Vgl. WALDMANN, Art. 29 N 75 ff.

¹³² Ibid., Art. 29 N 79. f.

¹³³ Vgl. MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 73.

¹³⁴ Der betriebsrechtliche Grundbedarf liegt i.d.R. über demjenigen des sozialhilferechtlichen Bedarfs, womit auch Personen, die nicht sozialhilfebedürftig sind, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege haben können.

¹³⁵ Vgl. bspw. das Kreisschreiben Nr. 1 der Zivilabteilung des Obergerichts und des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern zur Ermittlung der Prozessarmut, 25. Januar 2011.

¹³⁶ Vgl. MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 165.

¹³⁷ Beispielsweise findet sich im Verwaltungsverfahren des Bundes eine differenzierte Regelung: wenn die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt sind, werden die Verfahrenskosten definitiv, die Kosten der unentgeltlichen Verbeiständung bei Unterliegen aber nur vorläufig erlassen (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

¹³⁸ Vgl. STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 77.

¹³⁹ Vgl. Art. 65 Abs. 4 VwVG, Art. 135 Abs. 4 StPO und Art. 123 Abs. 1 ZPO sowie Art. 64 Abs. 4 BGG.

¹⁴⁰ Vgl. MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 161.

¹⁴¹ Gegnerische Parteikosten fallen im Verwaltungsrecht bei Unterliegen i.d.R. keine an; Bund, Kantone und Gemeinden sowie Organisationen mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben als Prozessgegner im Rahmen von verwaltungsrechtlichen Verfahren darf i.d.R. keine Parteientschädigung zugesprochen werden (Art. 7 Abs. 3 VGKE und Art. 8 Abs. 5 VwKV). Bei Obsiegen wird der gesuchstellenden Partei i.d.R. eine Parteientschädigung zugesprochen, weshalb sich die Frage der Rückforderung der Anwaltskosten nicht stellt (Art. 64 VwVG).

¹⁴² Vgl. STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 76; kritisiert von MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 163 ff.

- 61 Ein **Antrag** auf unentgeltliche Prozessführung kann jederzeit gestellt werden, entfaltet aber erst ab demjenigen Zeitpunkt Wirkung, in dem er eingereicht wird.¹⁴³ Ein Anspruch auf rückwirkende Kostenbefreiung vor dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung besteht grundsätzlich nicht.¹⁴⁴ Von Amtes wegen wird die unentgeltliche Prozessführung i.d.R. nicht angeordnet;¹⁴⁵ ein Verzicht auf den grundrechtlichen Leistungsanspruch ist demnach möglich. Bei der Prüfung des Antrags muss wiederum auf die konkreten finanziellen Verhältnisse des oder der Betroffenen abgestellt werden. Anhand einer summarischen Prüfung sind die Erfolgchancen der gestellten Begehren zu beurteilen.¹⁴⁶
- 62 Ein Begehren gilt als **nicht aussichtslos**, wenn sich die Gewinnaussichten und die Verlustgefahren - ex ante betrachtet¹⁴⁷ - ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als die Gewinnchancen. Entscheidend ist, ob die bedürftige Partei, würde sie über die nötigen finanziellen Mittel verfügen, einen Prozess auf eigene Kosten und Gefahr führen würde.¹⁴⁸ Erscheinen Prozessbegehren nur teilweise aussichtsreich, wird die unentgeltliche Prozessführung nur für die aussichtsreichen Begehren gewährt.¹⁴⁹ Erweist sich ein Rechtsbegehren nachträglich als aussichtslos (bspw. aufgrund neuer Erkenntnisse), ist der Entzug der unentgeltlichen Prozessführung vor Abschluss des Verfahrens bei der angerufenen Instanz nicht möglich.¹⁵⁰ Erst der Rechtsmittelinstanz steht es zu, die Anspruchsvoraussetzungen der unentgeltlichen Prozessführung neu zu überprüfen.¹⁵¹
- 63 Die **Notwendigkeit** der Verbeiständung beurteilt sich aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls und der Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften.¹⁵² So darf bei Geltung der *Offizialmaxime*¹⁵³ und des Untersuchungsgrundsatzes¹⁵⁴ grundsätzlich ein strengerer Massstab an die Notwendigkeit einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung angesetzt werden. Gleichzeitig darf die Notwendigkeit einer Verbeiständung mit dieser Begründung aber auch nicht einfach abgewiesen werden.¹⁵⁵

¹⁴³ Vgl. MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 170 f.; STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 76.

¹⁴⁴ Vgl. MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 167.

¹⁴⁵ Vgl. aber Fn 167.

¹⁴⁶ Vgl. MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 106 und 165.

¹⁴⁷ Also aufgrund der objektiven Sachlage, wie sie sich im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens bzw. der Antragstellung darstellt (vgl. MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 106).

¹⁴⁸ Vgl. WALDMANN, Art. 29 N 78.

¹⁴⁹ Vgl. MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 100.

¹⁵⁰ Ausser, die betroffene Person hat die unentgeltliche Rechtspflege nur deshalb erhalten, weil er oder sie bewusst falsche Angaben gemacht hat (vgl. MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 175).

¹⁵¹ Vgl. MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 173.

¹⁵² Vgl. STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 83 und WALDMANN, Art. 29 N 79.

¹⁵³ Die *Offizialmaxime* besagt, dass die Verfahrensleitung bei der Behörde liegt. Bei Geltung der *Offizialmaxime* hat die Behörde sowohl die Befugnis als auch die Pflicht, das Verfahren zu initiieren, den Verfahrensgegenstand zu bestimmen und das Verfahren zu beenden (vorherrschend in allen Verfahren die von Amtes wegen eingeleitet werden [explizit in Art. 2 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 StPO]).

¹⁵⁴ Der Untersuchungsgrundsatz besagt, dass es Sache der Behörde und nicht der Parteien ist, den Sachverhalt festzustellen und dazu soweit nötig Beweis zu erheben (explizit in Art. 12 VwVG und Art. 6 StPO).

¹⁵⁵ «Die *Offizialmaxime* rechtfertigt es jedoch, an die Voraussetzungen, unter denen eine Verbeiständung durch einen Rechtsanwalt sachlich geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen.» (BGE 125 V 32 E. 4b) oder «Die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes, der *Offizialmaxime* oder des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen lässt eine anwaltliche Vertretung nicht ohne weiteres als unnötig erscheinen, erlaubt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung indes einen strengeren Massstab.» (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-7529/2015 vom 7. Juli 2016 E. 4.1).

Daraus ist *e contrario* zu schliessen, dass bei Geltung des Dispositionsmaxime¹⁵⁶ und des Verhandlungsgrundsatzes¹⁵⁷ ein weniger strenger Massstab an die Notwendigkeit einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung anzusetzen ist. Bezugnehmend auf den konkreten Einzelfall ist massgebend, wie stark in grundlegende Rechtspositionen der gesuchstellenden Partei eingegriffen wird (Tragweite des Entscheids), ob die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Waffengleichheit), ob das Verfahren tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten bietet (Unübersichtlichkeit des Sachverhalts oder Komplexität der Rechtsfrage) und ob die gesuchstellende Partei die Fähigkeit hat, sich darin zurechtzufinden (Fähigkeiten der gesuchstellenden Partei).¹⁵⁸ Bei der Tragweite des Entscheids unterscheidet das Bundesgericht weiter zwischen drei Fallgruppen: (1) Greift ein Verfahren besonders stark in die Rechtsposition der gesuchstellenden Partei ein, spricht es von einem sogenannten schweren Fall und nimmt in der Regel die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung an. (2) Ist der Eingriff in die Rechtsposition nicht besonders stark, spricht das Bundesgericht von einem relativ schweren Fall.¹⁵⁹ Diesfalls setzt die Rechtsverbeiständung weitere besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten voraus, damit ein Anspruch bejaht wird.¹⁶⁰ Dabei wird geprüft, ob eine nicht bedürftige Partei unter sonst gleichen Umständen vernünftigerweise eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt beiziehen würde, weil sie selbst zu wenig rechtskundig ist und das Interesse am Prozessausgang den Aufwand rechtfertigt. In diesem Zusammenhang berücksichtigt das Bundesgericht insbesondere das Alter, die soziale Situation, die Sprachkenntnisse oder die gesundheitliche und geistig-psychische Verfassung der betroffenen Person (Fähigkeiten der gesuchstellenden Partei) sowie die Schwere und Komplexität (tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten) des Falls.¹⁶¹ (3) Als nicht notwendig wird die Rechtsverbeiständung in sogenannten leichten Fällen oder auch sogenannten Bagatellfällen angesehen, wo die Interessen der betroffenen Person nicht wesentlich betroffen erscheinen.¹⁶² Weitergehende Anhaltspunkte zur Abgrenzung der relativ schweren von den leichten und besonders schweren Fällen fehlen weitgehend, was den zuständigen Behörden einen grossen Ermessensspielraum belässt.¹⁶³

¹⁵⁶ Die Dispositionsmaxime besagt, dass die Einleitung und die Beendigung eines Verfahrens sowie über den Verfahrensgegenstand, die Parteien bestimmen und das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (explizit in Art. 58 Abs. 1 ZPO). Im öffentlichen Recht grundsätzlich bedeutsam, wenn das Verwaltungsverfahren mit einem Gesuch eingeleitet wird (mitwirkungsbedürftige Verfügungen [vgl. dazu Ziff. 65]).

¹⁵⁷ Der Verhandlungsgrundsatz besagt, dass die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben haben (explizit in Art. 55 Abs. 1 ZPO).

¹⁵⁸ Vgl. MEICHSSNER, Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege, S. 8 f.; WALDMANN, Art. 29 N 79.

¹⁵⁹ BGE 130 I 180 E. 2.2 (Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung einer Mutter, der die elterliche Obhut über ihr Kind entzogen worden ist) mit Verweis auf BGE 128 I 225 E. 2.5.2 (Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Massnahmenvollzug) und BGE 125 V 32 E. 4b (zum Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Verwaltungsverfahren allgemein).

¹⁶⁰ «Droht das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition der betroffenen Person einzugreifen, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters grundsätzlich geboten, sonst nur dann, wenn zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre.» (BGE 130 I 180 E. 2.2).

¹⁶¹ Vgl. BVGE 2017 VI/8 E. 3.3.2 mit weiteren Hinweisen.

¹⁶² Vgl. MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, S. 126 f.

¹⁶³ Vgl. bspw. HEUSSER, S. 33 (mit Bezug auf das Sozialversicherungsrecht) und RÜEGG/RÜEGG, Art. 118 N 11 (mit Bezug auf das Zivilprozessrecht).

3.2 Verwaltungsrechtlicher Anspruch auf unentgeltliche Rechts- verbeiständung im Flüchtlings- und Migrationsrecht

64 Im Verwaltungsrecht des Bundes ist der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege in **Art. 65 VwVG** verankert. Dem Wortlaut nach bezieht sich die Bestimmung zwar nur auf das Beschwerdeverfahren, nach ständiger Praxis besteht aber auch ein aus Art. 29 Abs. 3 BV abgeleiteter Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren:¹⁶⁴

«Wenn es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, bestellt die Beschwerdeinstanz, ihr Vorsitzender oder der Instruktionsrichter der Partei einen Anwalt.» (Art. 65 Abs. 2 VwVG)

Die verwaltungsrechtliche Regelung zur unentgeltlichen Rechtsverbeiständung unterscheidet sich nicht massgeblich von der verfassungsrechtlichen Bestimmung. Die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung erfolgt auf Antrag der gesuchstellenden Partei.¹⁶⁵ Eine Vertretung wird angeordnet, wenn die gesuchstellende Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (Bedürftigkeit [Abs. 1]), ihre Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Nicht-Aussichtslosigkeit [Abs. 1]) und die Vertretung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist (Notwendigkeit [Abs. 2]).

65 Für die Beurteilung der Notwendigkeit einer Vertretung werden auch im Verwaltungsrecht die oben erwähnten Kriterien und Fallgruppen herangezogen (vgl. Ziff. 63),¹⁶⁶ insbesondere beurteilt sich die **Notwendigkeit** der Verbeiständung auch im Verwaltungsverfahren anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls und der Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Verwaltungsverfahren im Allgemeinen von der *Offizialmaxime* und dem *Untersuchungsgrundsatz* (Art. 12 VwVG) geprägt,¹⁶⁷ weshalb im Verwaltungsrecht an die Notwendigkeit einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung grundsätzlich ein strengerer Massstab angesetzt werden darf.¹⁶⁸ Zu beachten ist jedoch, dass im Verwaltungsrecht die Pflicht der Behörden, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, durch die Mitwirkungspflichten der Parteien relativiert wird (Art. 13 VwVG). In öffentlichen Verfahren, welche von den Parteien eingeleitet werden (bspw. durch Gesuch), in denen die Parteien Anträge stellen oder in denen eine spezialgesetzliche Mitwirkungspflicht Anwendung findet, entfaltet sich die Sachverhaltsermittlungspflicht der Behörden nicht beliebig. Vielmehr sind die Parteien in solchen Konstellationen verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 13 Abs. 1

¹⁶⁴ Vgl. bspw. EMARK 2001 Nr. 11 E. 6.

¹⁶⁵ Analoge Regelungen wie Art. 69 ZPO oder Art. 41 BGG gibt es im VwVG nicht. Im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht können aber bestimmte Verfahrensbestimmungen des BGG hilfsweise herangezogen werden (vgl. MARANTELLI-SONANINI/HUBER, Art. 6 Rz. 15 mit Hinweisen).

¹⁶⁶ Vgl. BGE 125 V 32 E. 4b (zum Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Verwaltungsverfahren allgemein).

¹⁶⁷ Vgl. KÜNG, Rz. 71 und 245 mit weiteren Hinweisen.

¹⁶⁸ «Die sachliche Notwendigkeit wird nicht allein dadurch ausgeschlossen, dass das in Frage stehende Verfahren von der *Offizialmaxime* oder dem *Untersuchungsgrundsatz* beherrscht wird, die Behörde also gehalten ist, an der Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhaltes mitzuwirken [...]. Die *Offizialmaxime* rechtfertigt es jedoch, an die Voraussetzungen, unter denen eine Verbeiständung durch einen Rechtsanwalt sachlich geboten ist, einen strengen Massstab anzulegen [...]» (BGE 125 V 32 E. 4b) oder «Die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes, der *Offizialmaxime* oder des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen lässt eine anwaltliche Vertretung nicht ohne weiteres als unnötig erscheinen, erlaubt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung indes einen strengeren Massstab.» (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-7529/2015 vom 7. Juli 2016 E. 4.1).

lit. a – c VwVG¹⁶⁹).¹⁷⁰ Es gilt die sogenannte Dispositionsmaxime (vgl. dazu Fn 156).¹⁷¹ Dabei kommt die Mitwirkungspflicht gemäss Rechtsprechung bei Tatsachen zum Tragen, die eine Partei besser kennt als die Behörden und die ohne ihre Mitwirkung gar nicht oder nicht mit vertretbarem Aufwand erhoben werden können.¹⁷² Als Korrelat zur Mitwirkungspflicht sind die Behörden wiederum gehalten, rechtzeitig und formrichtig angebotene Beweismittel zu rechtserheblichen Tatsachen der Partei abzunehmen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Weitergehende (allgemeingültige) Anhaltspunkte zur Abgrenzung der relativ schweren von den leichten und besonders schweren Fällen fehlen im Verwaltungsrecht. Ausschlaggebend sind die konkreten Umstände des Einzelfalls.

- 66 Von einem Entscheid mit erheblicher Tragweite (**schwerer Fall**) und einem Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung (bereits im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren) ist das Bundesgericht etwa in einem Fall ausgegangen, den eine Person mit Behinderung betraf, welche einen Anspruch auf angemessenen Grundschulunterricht geltend machte¹⁷³ (in diesem Verfahren gelangten sowohl die kantonale Bestimmung zum Recht auf unentgeltliche Rechtspflege als auch die verfassungsrechtliche Bestimmung zur Anwendung):

«Das Verwaltungsgericht hat die Frage der Bedürftigkeit und die Notwendigkeit der Verteidigung durch einen Anwalt offen gelassen [sic] und das Gesuch, wie bereits die Erziehungsdirektion, wegen Aussichtslosigkeit [...] abgelehnt; dies jedoch zu Unrecht: Der Entscheid über die Einschulung in die Einführungsklasse war für den Beschwerdeführer als Behinderten von erheblicher Tragweite. Zudem stellten sich in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, wie das Verwaltungsgericht selbst anführt, verschiedene Fragen, die nicht leicht zu beantworten waren und zu deren fachkundiger Geltendmachung der Beschwerdeführer eines Anwalts bedurfte. Die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers kann gestützt auf die Akten, namentlich den Entscheid des Verwaltungsgerichtspräsidenten vom 3. November 2003, als erstellt gelten.»¹⁷⁴

- 67 Von einem **relativ schweren Fall** und einem Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung (im Beschwerdeverfahren) ist das Bundesgericht in einem sozialversicherungsrechtlichen Verfahren ausgegangen, das die revisionsweise Herabsetzung einer langjährig bezogenen ganzen IV-Rente zum Gegenstand hatte (in diesem Verfahren gelangten sowohl Art. 65 Abs. 2 VwVG als auch die verfassungsrechtliche Bestimmung zur Anwendung):

«Im Hauptverfahren geht es darum, ob die immerhin seit März 1996 bezogene ganze Rente der Invalidenversicherung revisionsweise auf eine Viertelsrente herabzusetzen ist. Das Interesse der Beschwerdeführerin an einem für sie günstigen Entscheid ist daher mit der Vorinstanz als gewichtig zu betrachten. Entgegen dem angefochtenen Entscheid ist aber ein Gerichtsverfahren, in welchem es um einen Rentenanspruch geht, trotz der geltenden Untersuchungsmaxime nicht ohne weiteres als einfach zu betrachten. Das gilt erst recht, wenn wie hier die revisionsweise Herabsetzung einer laufenden Rente zu überprüfen

¹⁶⁹ Bei den in Art. 13 Abs. 1 VwVG aufgeführten Tatbeständen handelt es sich nicht um eine abschliessende Liste.

¹⁷⁰ Vgl. AUER/BINDER, Art. 13 N 21 ff.

¹⁷¹ Vgl. AUER/BINDER, Art. 12 N 9. Dazu kritisch: KÜNG.

¹⁷² Vgl. AUER/BINDER, Art. 13 N 4.

¹⁷³ Vgl. auch STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, Art. 29 N 83.

¹⁷⁴ Urteil des Bundesgerichts 2P.190/2004 vom 24. November 2004 E. 7.2, nicht publiziert in BGE 130 I 352.

ist, stellen sich doch hierbei in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht oft komplexere Fragen als bei der erstmaligen Beurteilung eines Rentenanspruchs. Es besteht nach Lage der Akten kein Anlass zu Annahme, dass dies im vorliegenden Fall nicht zutrifft. Bei dieser Ausgangslage erscheint eine anwaltliche Verbeiständung für das vorinstanzliche Verfahren erforderlich. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin der deutschen Sprache mächtig ist.»¹⁷⁵

- 68 Einen relativ schweren Fall hat das Bundesgericht auch hinsichtlich der erstmaligen Gewährung eines begleiteten Urlaubs während einer Verwahrung angenommen (in diesem Verfahren gelangten die kantonale Bestimmung zum Recht auf unentgeltliche Rechtspflege und die verfassungsrechtliche Bestimmung zur Anwendung):

«Die Bewilligung eines begleiteten Urlaubs hat somit nicht nur Bedeutung für den Anspruch des Verwahrten auf Kontakt mit der Aussenwelt, welcher zu den Freiheiten der Persönlichkeitsentfaltung gehört, die durch Art. 10 Abs. 2 BV geschützt sind [...], sondern insbesondere auch Auswirkungen auf die Gewährung weiterer Vollzugslockerungen bis hin zur probeweisen oder definitiven Entlassung und damit letztlich auf die Dauer der Verwahrung. Aus dieser Sicht stellt der Entscheid über die erstmalige Gewährung eines begleiteten Urlaubs während einer Verwahrung im Sinne von Art. 43 Ziff. 1 Abs. 2 StGB keine Bagatelle dar. Andererseits droht durch die Verweigerung eines begleiteten Urlaubs auch keine besonders schwere Freiheitsbeschränkung, welche die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters unabhängig von den tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten des konkreten Falles gebieten würde.»¹⁷⁶

- 69 Von einem **Bagatellfall** und keinem Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung (im Beschwerdeverfahren) ist das Bundesgericht in einem Verfahren ausgegangen, das die Beschränkung des Besuchsrechts (auf 12 Personen) im Strafvollzug zum Gegenstand hatte (in diesem Verfahren gelangten die kantonale Bestimmung zum Recht auf unentgeltliche Rechtspflege und die verfassungsrechtliche Bestimmung zur Anwendung).¹⁷⁷
- 70 In **flüchtlings- und migrationsrechtlichen Verwaltungsverfahren**, ob im erstinstanzlichen oder im Rechtsmittelverfahren, wird das Kriterium der erheblichen Tragweite des Verfahrens in der Regel bejaht, zumindest, soweit es um den Aufenthalt in der Schweiz oder um Familienzusammenführungen geht.¹⁷⁸ Dies allein wird zur Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung, insbesondere in erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren,¹⁷⁹ aber häufig nicht als ausreichend erachtet und einem Antrag auf Bestellung einer anwaltlichen Verbeiständung nur unter restriktiven Voraussetzungen stattgegeben.¹⁸⁰ Dies zeigt sich beispielweise in Verfahren vor dem SEM, wo sich die Beiordnung einer unentgeltlichen

¹⁷⁵ Urteil des Bundesgerichts 8C_172/2010 vom 29. März 2010 E. 4.

¹⁷⁶ BGE 128 I 225 E. 2.5.2.

¹⁷⁷ Urteil des Bundesgerichts 6A.27/2004 vom 9. August 2004 E. 6.

¹⁷⁸ Die Verfahren betreffen häufig den rechtmässigen Aufenthalt an und für sich, den Aufenthaltsstatus (und die damit einhergehenden Rechte und Pflichten) oder aber das Recht auf Familienzusammenführung.

¹⁷⁹ Im Rechtsmittelverfahren bestehen meist erhöhte verfahrensrechtliche Anforderungen. Rechtsmittel sind in der Regel mit Anträgen und einer Begründung zu versehen (Art. 52 VwVG). Vor diesem Hintergrund wird die Notwendigkeit einer anwaltlichen Verbeiständung im Rechtsmittelverfahren weniger oft verneint.

¹⁸⁰ Vgl. SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI, S. 413 f. mit weiteren Hinweisen.

Rechtsverbeiständung grundsätzlich (Ausnahmen vorbehalten¹⁸¹) nach Art. 65 Abs. 2 VwVG bestimmt und neben dem Kriterium der erheblichen Tragweite des Entscheids häufig auch besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten vorausgesetzt werden.¹⁸² So wird in Verfahren, welche die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme, den Widerruf des Asyls, die Erteilung einer vorläufigen Aufnahme oder die Gewährung von Familienasyl zum Gegenstand haben, die erhebliche Tragweite der Entscheide in der Regel nicht infrage gestellt, der Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung aber häufig mit der fehlenden Komplexität der Sach- oder Rechtsfragen begründet:

- In einem Verfahren, das die **Aufhebung der vorläufigen Aufnahme** zum Gegenstand hatte, erwog das SEM, dass die betroffene Person im erstinstanzlichen Verfahren nicht wesentlich durch Formvorschriften belastet gewesen sei. Bei der Stellungnahme zum rechtlichen Gehör sei es zur Hauptsache lediglich um die Schilderung von persönlichen Erlebnissen gegangen, und die Stellungnahme zum Bericht des schweizerischen Verbindungsbüros in Pristina habe einer Aufzählung von Punkten gedient, welche gegen eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme gesprochen hätten. Im Falle des Beschwerdeführers seien im Übrigen auch keine Anhaltspunkte auf ein erhebliches subjektives Zurückbleiben hinter dem «durchschnittlichen Gesuchsteller» ersichtlich gewesen, die eine Beigabe eines Rechtsanwaltes notwendig gemacht hätten.¹⁸³ In einem ähnlich gelagerten Fall verneinte das SEM die Notwendigkeit einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung mit der Begründung, dass es den Beschwerdeführenden möglich gewesen sei, sich an eine Betreuungsperson oder an eine allenfalls kostenfrei arbeitende Beratungsstelle zu wenden, weshalb der Beizug einer professionellen Rechtsvertretung nicht notwendig gewesen sei.¹⁸⁴ In beiden Fällen korrigierte das Bundesverwaltungsgericht die Entscheide des SEM. Zur Begründung führte es unter anderem aus, dass sich zu den Abklärungen des Verbindungsbüros eine eingehende rechtliche Auseinandersetzung aufgedrängt habe, welche den Beschwerdeführenden ohne anwaltlichen Beistand nicht möglich gewesen sei.¹⁸⁵
- In einem Verfahren betreffend den **Widerruf des Asyls** verneinte das SEM ohne nähere Begründung (pauschal) die Komplexität der Sach- oder Rechtsfragen. Auch diesen Entscheid korrigierte das Bundesverwaltungsgericht.¹⁸⁶ Mit Blick auf die Schwierigkeit des Verfahrens hob das Gericht hervor, dass es dem rechtsunkundigen, psychisch beeinträchtigten und beruflich und sozial schlecht integrierten Beschwerdeführer nicht ohne weiteres möglich gewesen wäre, sich in einer für ihn hilfreichen Art und Weise schriftlich im vorinstanzlichen Verfahren zu äussern.¹⁸⁷
- In einem Verfahren, das die **Erteilung einer vorläufigen Aufnahme** zum Gegenstand hatte, begründete das SEM die fehlende Komplexität des Verfahrens damit, dass es sich lediglich um eine

¹⁸¹ Zu den erleichterten Regelungen der amtlichen Verbeiständung vgl. Ziff. 74 f.

¹⁸² Vgl. hierzu insbes. BVGE 2017 VI/8 (zwar mit Bezug auf das «erstinstanzliche Asylverfahren», aber wie die nachfolgenden Fallbeispiele zeigen, für die vorliegende Problemstellung durchaus von Bedeutung).

¹⁸³ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-2262/2007 vom 19. Juni 2013 E. 6.3.

¹⁸⁴ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-6652/2010 vom 2. November 2010 E. 5.2.2.

¹⁸⁵ Vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts E-2262/2007 vom 19. Juni 2013 E. 6.3 und D-6652/2010 vom 2. November 2010 E. 5.2.4.

¹⁸⁶ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-3689/2016 vom 13. Dezember 2017 E. 3.2.3.

¹⁸⁷ Ibid., E. 3.3.2.

nochmalige Prüfung und Würdigung des aktuellen Sachverhalts gehandelt habe.¹⁸⁸ Dieser Argumentation folgte das Bundesverwaltungsgericht nicht. Zwar hätten sich rechtlich keine besonders anspruchsvollen Fragen gestellt, von komplexer Natur erachtete das Gericht hingegen die tatsächlichen Verhältnisse aufgrund der prekären und verworrenen Sicherheitslage im Heimatland des Beschwerdeführers. Der zwar sprach-, aber nicht rechtskundige Beschwerdeführer konnte aus Sicht des Gerichts dabei nicht ohne weiteres erkennen, welche relevanten Einwände er gegen die durch zwei Amtsberichte abgestützte Sachverhaltsdarstellung und die darauf aufbauende Schlussfolgerung des SEM noch hätte erheben werden können.¹⁸⁹

- In einem Fall betreffend die **Gewährung von Familienasyl** verneinte das SEM die Komplexität des Verfahrens damit, dass es sich bei einem Gesuch um Familienasyl um ein Standardverfahren handle, bei dem keine zusätzlichen Kosten erhoben würden. Ebenfalls vermöge weder der Umstand der unterschiedlichen Nationalität der Eheleute noch die Schriftlichkeit des Verfahrens eine ausreichende Komplexität zu begründen. An dieser Einschätzung vermochte nach Ansicht des SEM auch der gesundheitliche Zustand der Beschwerdeführerin nichts zu ändern, zumal sie auf ihr Beziehungsnetz habe zurückgreifen können, insbesondere ihren arbeitstätigen Ehemann, der sich seit zehn Jahren in der Schweiz aufhielt.¹⁹⁰ Auch diesen Entscheid korrigierte das Bundesverwaltungsgericht; es stellte zunächst fest, dass das SEM nach Eingang des Gesuchs der Beschwerdeführerin um Familienasyl weitergehende Instruktionsmassnahmen vorgenommen hatte und selbst nach Eingang der anwaltlichen Stellungnahme weitere Abklärungen für notwendig hielt. Nach Ansicht des Gerichts habe das SEM daher in einer Art und Weise gehandelt, welche darauf habe schliessen lassen, dass es das Verfahren als rechtlich beziehungsweise tatsächlich komplex eingestuft habe. Weiter ging das Bundesverwaltungsgericht mit der Beschwerdeführerin einig, dass sie ein erhebliches Interesse am Ausgang des Verfahrens vor dem SEM hatte, nachdem der Antrag auf ausländrechtliche Bewilligung zwecks Familiennachzug von der kantonalen Migrationsbehörde erstinstanzlich abgelehnt worden war. Es bestätigte ausserdem, dass die Parallelität von Familiennachzugs- und Familienasylverfahren mit unterschiedlich zuständigen Behörden besondere prozessuale Kenntnisse verlangte, welche von Laien nicht ohne weiteres erwartet werden können. Als zutreffend erachtete das Gericht auch den Einwand der Beschwerdeführerin, dass die Einschaltung eines Anwalts zur Beschleunigung des Verfahrens beigetragen habe. Besonders fiel für das Gericht zudem ins Gewicht, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer gesundheitlichen Situation nicht in der Lage war, das Familiennachzugsgesuch selbständig einzureichen, geschweige denn sich im Rahmen des rechtlichen Gehörs an eine Beratungsstelle zu wenden. Soweit die Vorinstanz auf den Ehemann verwies, der der Beschwerdeführerin bei der Durchführung des Verfahrens hätte behilflich sein können, stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass diesen im konkreten Fall zuvorderst die Pflicht traf, seiner Frau in einer medizinischen Notsituation Beistand und Unterstützung zukommen zu lassen. Den Umstand, dass der Ehemann einer Erwerbstätigkeit nachging, bewertete das Gericht dahingehend, dass er zusätzlich zur Betreuung der Beschwerdeführerin kaum die zeitlichen Kapazitäten gehabt habe, die migrationsrechtlichen Verfahren für sie zu führen.¹⁹¹

¹⁸⁸ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-7529/2015 vom 7. Juli 2016 E. 4.4.

¹⁸⁹ Ibid., E. 4.4 f.

¹⁹⁰ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-4036/2018 vom 9. März 2020 E. 6.4.

¹⁹¹ Ibid., E. 8.4.

- 71 Ebenfalls nur unter restriktiven Voraussetzungen stattgegeben wird einem Antrag auf unentgeltliche Rechtsverteidigung in Verfahren betreffend **ausländerrechtliche Zwangsmassnahmen**, wo die Notwendigkeit einer Rechtsverteidigung (im Sinne eines relativ schweren Falls) in der Regel erst bei einer Haftverlängerung nach drei Monaten angenommen wird (in einem solchen Verfahren gelangen die kantonalen Bestimmungen zum Recht auf unentgeltliche Rechtspflege bzw. die verfassungsrechtliche Bestimmung zur Anwendung):

«Dem Ausländer droht bei der Haftverlängerung nach drei Monaten eine schwere Freiheitsbeschränkung, die für ihn mit rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten verbunden ist, denen er – auf sich selber gestellt – mangels Kenntnis der Sprache und der hiesigen Verhältnisse nicht gewachsen ist. Es dürfte ihm selbst in „einfachen“ Fällen kaum möglich sein, das administrative Haftverlängerungsverfahren ohne anwaltliche Hilfe zu begreifen. Die wirksame Geltendmachung seiner Rechte setzt deshalb spätestens in diesem Verfahrensabschnitt voraus, dass einem Antrag auf unentgeltliche Verteidigung entsprochen wird. War es innert drei Monaten nicht möglich, die Weg- oder Ausweisung zu vollziehen, erscheint fraglich, in welchem vernünftigen zeitlichen Rahmen dies absehbar sein wird [...] und ob dem Beschleunigungsgebot genügend nachgekommen wurde [...]; diese Probleme gebieten – schon mit Blick auf die Akteneinsicht – den Beizug eines sachkundigen Vertreters.»¹⁹²

- 72 Die **Analyse** der Fallbeispiele zeigt, dass die Rechtsverteidigung in erstinstanzlichen flüchtlings- und migrationsrechtlichen Verwaltungsverfahren zwar nicht ausgeschlossen ist. Sie veranschaulicht aber auch, dass neben der erheblichen Tragweite des Entscheids auch besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten vorausgesetzt werden. Gemäss der vom Bundesgericht entwickelten Fallgruppen ist die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung grundsätzlich bereits dann geboten, wenn ein Verfahren besonders stark in die Rechtsposition der gesuchstellenden Partei eingreift (schwerer Fall). Rechtliche oder tatsächliche Schwierigkeiten werden nur bei relativ schweren Fällen vorausgesetzt, d.h. wenn der Eingriff in die Rechtsposition nicht besonders stark ist. Die Praxis, wonach Fälle der Fallgruppe der «relativ schweren Fälle» zugeordnet werden,¹⁹³ obschon von einer erheblichen Tragweite des Entscheids gesprochen wird, ist zu hinterfragen. Es trifft zwar zu, dass gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aufgrund der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes und der Officialmaxime an die Notwendigkeit einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung ein strengerer Massstab angesetzt werden darf.¹⁹⁴ Gleichzeitig darf die Notwendigkeit einer Verteidigung mit dieser Begründung aber auch nicht einfach abgewiesen werden; andernfalls würde das Institut für die meisten erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren seines Sinnes beraubt.¹⁹⁵ Die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes und der Officialmaxime vermögen die restriktiven Voraussetzungen in flüchtlings- und migrationsrechtlichen

¹⁹² BGE 134 I 92 E. 3.2.3.

¹⁹³ «Die [...] verlangte "erhebliche Tragweite der Sache für die gesuchstellende Partei" (respektive "relative Schwere des Falles") dürfte im Asylverfahren regelmässig gegeben sein. So hängt es im Normalfall vom Ausgang dieses Verfahrens - in welchem (ein positiver Asylentscheid vorbehalten) auch über die Wegweisung und deren Vollzug befunden wird - ab, ob ein Gesuchsteller sich weiterhin rechtmässig in der Schweiz aufhalten kann oder aber diese verlassen muss. Auf eine "erhebliche Tragweite" ist unter Umständen aber selbst dann zu schliessen, wenn der Gesuchsteller - weil in der Schweiz ohnehin aufenthaltsberechtigt - diese bei negativem Ausgang des Asylverfahrens nicht zu verlassen hat.» EMARK 2001 Nr. 11 E. 6 b/aa.

¹⁹⁴ Vgl. Fn 170.

¹⁹⁵ Vgl. KAYSER/ALTMANN, Art. 65 N 67 mit weiteren Hinweisen.

Verwaltungsverfahren jedenfalls nicht zu rechtfertigen. Dies gilt umso mehr, als der Untersuchungsgrundsatz und die Oficialmaxime im Verwaltungsverfahren nicht uneingeschränkt gelten (vgl. Ziff. 65) und die Parteien zur Mitwirkung verpflichtet sein können (siehe hierzu insbesondere auch die spezialgesetzlichen Bestimmungen des AIG und AsylG: Art. 90 AIG und Art. 8 AsylG). Die Mitwirkungspflicht macht die Verfahren für vulnerable Personengruppen, wie Flüchtlinge, nicht einfacher, zumal die betroffenen Personen aufgrund ihrer Herkunft einer Verhandlungssprache in der Regel nicht genügend mächtig und mit dem Justizsystem nicht vertraut sind. Zudem ist für sie die juristische Tragweite der Fragen oftmals nicht erkennbar und die beizubringenden Dokumente sind nicht vorhanden (vgl. Ziff. 16 ff.).¹⁹⁶ Anschaulich dazu sind die Erwägungen des Bundesgerichts in einem zivilrechtlichen Verfahren, das die Wiedererlangung der elterlichen Obhut zum Gegenstand hatte. Das Bundesgericht hob in diesem Fall hervor, wie schwierig es sein kann, ein schlecht begonnenes Verfahren später wieder in die richtige Bahn zu bringen, und dass die Untersuchungsmaxime Fehlleistungen der Behörden nicht zu verhindern vermag:

«Die vom Obergericht erwähnte Untersuchungsmaxime und die von ihm angeführte Möglichkeit einer aufsichtsrechtlichen, von Amtes wegen anzuordnenden Aufhebung eines vormundschaftsbehördlichen Entscheids durch die Aufsichtsbehörden lassen eine anwaltliche Vertretung der am Verfahren Beteiligten nicht ohne weiteres als unnötig erscheinen [...]: Das sachgerechte Anlegen eines jeden Verfahrens und dessen richtige Leitung erfordern von der Behörde eine umfassende Kenntnis der einschlägigen Rechtsfragen, geht es doch darum, die rechtserheblichen tatsächlichen Umstände einfließen zu lassen. Die Erfahrung zeigt, dass ein schlecht begonnenes Verfahren später nur sehr schwer in die richtige Bahn zu bringen ist. Abgesehen davon, dass die Untersuchungsmaxime allfällige Fehlleistungen der Behörde nicht zu verhindern vermag, ist zu bedenken, dass sie nicht unbegrenzt ist. Sie verpflichtet die Behörde zwar, von sich aus alle Elemente in Betracht zu ziehen, die entscheidungswesentlich sind, und unabhängig von den Anträgen der Parteien Beweise zu erheben. Diese Pflicht entbindet die Beteiligten indessen nicht davon, durch Hinweise zum Sachverhalt oder Bezeichnung von Beweisen am Verfahren mitzuwirken [...] unter Hinweis auf die umfassende Beschwerdemöglichkeit geäusserten Auffassung, für das Verfahren zur Entziehung der elterlichen Gewalt vor der erstinstanzlichen vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde bestehe generell kein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung.»¹⁹⁷

- 73 Die Analyse für das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren lässt sich nicht allgemein auf das **Rechtsmittelverfahren** übertragen. Hier kommt dem Kriterium der Nicht-Aussichtslosigkeit¹⁹⁸ und der Kostenvorschusspflicht¹⁹⁹ eine nicht unbedeutende Rolle zu.

¹⁹⁶ Zu ähnlichen Schlussfolgerungen kam auch eine Studie im Sozialhilferecht (vgl. FUCHS/STUDER/KOSCHMIEDER/PÄRLI/MEIER, S. 22 f.).

¹⁹⁷ BGE 130 I 180 E. 3.2.

¹⁹⁸ Dieses standardmässige Kriterium der Rechtsprechung ist nach der hier vertretenen Auffassung zu hinterfragen. In gewissen Verfahren mag dieses Kriterium Sinn machen. Doch in migrationsrechtlichen oder asylrechtlichen Statusfragen würden die meisten Betroffenen, auch wenn sie genügend finanzielle Mittel hätten, einen objektiv gesehen, noch so aussichtslosen Prozess anstreben. Das finanzielle Risiko erscheint in solchen Fällen gegenüber den persönlichen Konsequenzen des Entscheids mehrheitlich gering.

¹⁹⁹ Eingeführt wurde die Kostenvorschusspflicht im Verwaltungsverfahren 1994 (vgl. Botschaft Sanierungsmassnahmen, S. 314 f.) kritisch dazu bspw. KAYSER.

74 Neben der dargelegten restriktiven Praxis ist zu beachten, dass in einigen erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren auch **Verfahrenserleichterungen** existieren. So ist beispielsweise im OHG die finanzielle Unterstützung von unabhängigen Beratungsstellen, welche die Beratungen zugunsten von Hilfesuchenden anbieten, vorgesehen (Art. 9 OHG²⁰⁰).²⁰¹ Als Beispiel eines Verwaltungsverfahrens, das Verfahrenserleichterungen sowohl im erstinstanzlichen als auch im zweitinstanzlichen Verfahren eingeführt hat, kann ferner das Asylverfahren genannt werden. So enthält das AsylG nicht nur spezialgesetzliche Konkretisierungen zur unentgeltlichen Rechtspflege im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht (Art. 102m AsylG), sondern auch spezialgesetzliche Bestimmungen zur unentgeltlichen Rechtspflege für das Verfahren vor dem SEM (Art. 102h AsylG).²⁰² Diese spezialgesetzlichen Bestimmungen sind aussergewöhnlich, weil sie sowohl im erstinstanzlichen Verfahren (dort generell, mit Ausnahmen) als auch im Beschwerdeverfahren (dort nur unter der Voraussetzung der Bedürftigkeit und der Nicht-Aussichtslosigkeit) die Notwendigkeit eines Rechtsbeistandes vermuten.²⁰³ Für die vorliegende Problemstellung sind die Regelungen deshalb von Interesse, weil die erwähnten Verfahrenserleichterungen auch anerkannten Flüchtlingen zugutekommen können; dies etwa in einem Widerrufsverfahren (Art. 102m Abs. 1 Bst. b AsylG) sowie in Verfahren der Familienzusammenführung von anerkannten Flüchtlingen mit Asyl.²⁰⁴

75 Exkurs zu den **spezialgesetzlichen Regelungen im Asylrecht**: Nach Art. 102h Abs. 1 AsylG wird jeder asylsuchenden Person für die Erstbefragung in der Vorbereitungsphase eine Rechtsvertretung zugewiesen, sofern sie nicht ausdrücklich darauf verzichtet. Die Rechtsvertretung dauert bis zur Rechtskraft des Entscheides im beschleunigten Verfahren oder bis zum Entscheid über die Durchführung eines Verfahrens ausserhalb des beschleunigten Verfahrens (Art. 102h Abs. 3 AsylG) respektive mit der Mitteilung der Rechtsvertretung an die asylsuchende Person, dass sie wegen Aussichtslosigkeit nicht gewillt ist, eine Beschwerde einzureichen (Art. 102h Abs. 4 AsylG). Ferner bestellt das Bundesverwaltungsgericht in den in Art. 102m Abs. 1 AsylG²⁰⁵ aufgeführten Beschwerdefällen²⁰⁶ auf Antrag der asylsuchenden Person eine unentgeltliche Rechtsbeiständin oder einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, sofern die asylsuchende Person bedürftig ist und ihre Begehren nicht aussichtslos sind. In den in Art. 102m AsylG aufgeführten Beschwerdeverfahren wird die Notwendigkeit eines Rechtsbeistandes

²⁰⁰ Vgl. hierzu bspw. ZEHNTNER, Art. 9 N 5 ff. und SCHWEIZERISCHE VERBINDUNGSSTELLEN-KONFERENZ OPFERHILFEGESETZ, Ziff. 3.2.1.

²⁰¹ Die AIG Bestimmung, welche eine Informations- und Beratungspflicht für Bund, Kantone und Gemeinden vorsieht (Art. 58 AIG), ist nach der hier vertretenen Auffassung mit der opferhilferechtlichen Bestimmung nicht vergleichbar. Wenn auch eine Übertragung dieser Aufgabe an Dritte möglich ist (Abs. 5), adressiert sie primär die Migrationsbehörden und schafft keine Pflicht zur Schaffung von unabhängigen Beratungsstellen.

²⁰² Diese Bestimmungen haben gemäss Art. 6 AsylG Vorrang zu den Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes.

²⁰³ Vgl. Botschaft AsylG 2011, S. 7344.

²⁰⁴ Familienangehörige mit Anspruch auf Familienasyl durchlaufen bei ihrer Ankunft in der Schweiz das Asylverfahren und haben Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung (Art. 102h AsylG); demgegenüber hat das Bundesverwaltungsgericht in Verfahren nach Art. 51 AsylG (Gesuch um Einreisebewilligung und Familienasyl) aArt. 110a (heute Art. 102m AsylG) für nicht anwendbar erklärt hat (vgl. KNEER/SONDEREGGER, S. 14).

²⁰⁵ Die erleichterte unentgeltliche Rechtspflege (Vermutung der Notwendigkeit, wenn nicht aussichtslos) wurde bereits bei der vorherigen Gesetzesänderung von 2014 eingeführt mit dem damaligen Art. 110a aAsylG (AS 2013 4375 5357). Art. 102m AsylG übernahm diese vormalige Regelung inhaltlich unverändert.

²⁰⁶ Dies gilt namentlich für Nichteintretensentscheide sowie ablehnende Asyl- sowie Wegweisungsentscheide (Art. 65 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 102m Abs. 1 AsylG).

somit ebenfalls vermutet.²⁰⁷ Die Notwendigkeit eines Rechtsbeistandes im erstinstanzlichen Asylverfahren begründete der Gesetzgeber mit den kürzeren Verfahrens- und Beschwerdefristen im beschleunigten Verfahren; damit sollte dem Anliegen nach raschen Asylverfahren Rechnung getragen, gleichzeitig sollte aber sichergestellt werden, dass die Asylverfahren trotz Beschleunigung rechtsstaatlich korrekt und fair durchgeführt werden.²⁰⁸ Mit dem Verzicht auf das Kriterium der Notwendigkeit für die in Art. 102m Abs. 1 AsylG aufgeführten Beschwerdefälle wollte der Gesetzgeber eine qualitative Verbesserung der im Rahmen des Beschwerdeverfahrens eingereichten Rechtsschriften erreichen, womit das Beschwerdeverfahren insgesamt entlastet werden sollte. Am Schluss resultierte ein Kompromiss, der bei Nicht-Aussichtslosigkeit die Notwendigkeit der Vertretung vermutet, dafür keinen Anspruch auf Beordnung einer Rechtsanwältin oder eines Rechtsanwalts, sondern «nur» auf eine diplomierte Juristin oder diplomierten Juristen mit spezifischer Erfahrung vorsieht.²⁰⁹ Keinen «umfassenden» Rechtsschutz²¹⁰ geniessen demgegenüber asylsuchende Personen, die ein ausserordentliches erst- oder zweitinstanzliches Asylverfahren (Wiedererwägungs- und Revisionsverfahren oder Mehrfachgesuch) oder ein Beschwerdeverfahren im Rahmen des Dublin-Verfahrens durchlaufen. In diesen Verfahren erfolgt die amtliche Rechtsverteidigung nach wie vor gestützt auf Art. 65 Abs. 2 VwVG und setzt, neben der Nicht-Aussichtslosigkeit und Mittellosigkeit, die Notwendigkeit der Rechtsverteidigung voraus (siehe Fallbeispiele in Ziff. 70).

4 Straf- und zivilrechtlicher Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung zum Vergleich

76 Für das Strafverfahren (**Art. 128 ff. StPO**) und das Zivilverfahren (**Art. 117 ff. ZPO**) existieren, wie im Verwaltungsverfahren, ebenfalls Bestimmungen zum Recht auf unentgeltliche Rechtspflege. Die unentgeltliche Rechtsverteidigung im Straf- und im Zivilverfahren setzt wie auch im Verwaltungsverfahren

²⁰⁷ Vgl. KNEER/SONDEREGGER, S. 10 f. und Botschaft AsylG 2011, S. 7332.

²⁰⁸ Vgl. Botschaft AsylG 2014, S. 7992 f.

²⁰⁹ Vgl. KNEER/SONDEREGGER, S. 11 f.

²¹⁰ Zum Rechtsschutz im beschleunigten Asylverfahren gehören einerseits der Leistungserbringer, dem das SEM ein Mandat zur Rechtsvertretung und Beratung erteilt (Art. 102f Abs. 2 AsylG) und andererseits die individuelle Rechtsvertretung und Beratung. Der Leistungserbringer bestimmt die mit der Beratung und Rechtsverteidigung betrauten Personen. Er weist der asylsuchenden Person eine Rechtsvertretung zu (Art. 102i Abs. 2 AsylG). Die Rechtsbeziehungen zwischen der asylsuchenden Person und der zugewiesenen Rechtsvertretung bzw. dem Leistungserbringer sind noch nicht restlos geklärt. Unbestritten scheint zu sein, dass die zugewiesene Rechtsvertretung durch ihre Handlungen den Leistungserbringer verpflichtet und aus diesem Grund zwischen der zugewiesenen Rechtsvertretung und der asylsuchenden Person kein relevantes Rechtsverhältnis besteht (vgl. KÄLIN/FREI, S. 19 f. und BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Stellungnahme zu einzelnen Punkten des SKMR-Gutachtens, S. 3.). Umstritten ist hingegen das Rechtsverhältnis zwischen der asylsuchenden Person und dem Leistungserbringer. Auf der einen Seite wird die Meinung vertreten, dass es sich bei der unentgeltlichen Rechtsvertretung im beschleunigten Asylverfahren um einen Spezialfall der amtlichen Verbeiständung handelt und deswegen zwischen der asylsuchenden Person und dem Leistungserbringer eine privatrechtliche Rechtsbeziehung besteht (vgl. KÄLIN/FREI, S. 21 f.). Auf der anderen Seite wird die Meinung vertreten, dass es sich bei der unentgeltlichen Rechtsvertretung im beschleunigten Asylverfahren um eine vom Staat zur Verfügung gestellte Verfahrensgarantie handelt und deswegen zwischen der asylsuchenden Person und dem Leistungserbringer eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung besteht (Vgl. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Stellungnahme zu einzelnen Punkten des SKMR-Gutachtens, S. 4 ff.).

grundsätzlich, neben der Bedürftigkeit der gesuchstellenden Partei und Nicht-Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens, die sachliche Notwendigkeit der Vertretung voraus (Art. 132 StPO bzw. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Inwiefern sich hinsichtlich des Kriteriums der Notwendigkeit im Straf- und Zivilrecht Unterschiede zur verwaltungsrechtlichen Bestimmung ergeben, ist nachfolgend näher zu untersuchen.

4.1 Strafverfahren

77 Im Strafrecht ist das Recht auf amtliche Verbeiständung der beschuldigten Person in **Art. 132 StPO** verankert.²¹¹ Im Strafrecht kommt die Regelung dann zum Zug, wenn keine notwendige Verteidigung vorliegt, die beschuldigte Person mittellos ist und sie zur Wahrung ihrer Interessen einer Verteidigung bedarf, oder bei notwendiger Verteidigung, wenn die beschuldigte Person keine Wahlverteidigung bestimmt oder dieser das Mandat entzogen wurde resp. sie es niedergelegt hat.

«Die Verfahrensleitung ordnet eine amtliche Verteidigung an, (a.) bei notwendiger Verteidigung: wenn: (1.) die beschuldigte Person trotz Aufforderung der Verfahrensleitung keine Wahlverteidigung bestimmt, (2.) der Wahlverteidigung das Mandat entzogen wurde oder sie es niedergelegt hat und die beschuldigte Person nicht innert Frist eine neue Wahlverteidigung bestimmt [...]» (Art. 132 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 und 2 StPO)

78 Art. 130 lit. a bis e StPO definieren, wann ein Fall einer **notwendigen Verteidigung** vorliegt. Nämlich dann, wenn sich die beschuldigte Person (seit der vorläufigen Festnahme) seit mehr als 10 Tagen in Haft befindet (lit. a),²¹² ihr eine Freiheitsstrafe bzw. freiheitsentziehende Massnahme von mehr als einem Jahr droht²¹³ oder eine Landesverweisung im Raum steht (lit. b),²¹⁴ wenn sie infolge physischer oder psychischer Defizite (oder aus anderen Gründen) nicht zur eigenen Interessenwahrung fähig ist (lit. c),²¹⁵ die Staatsanwaltschaft sich dazu entschliesst, vor Gericht mündlich zu plädieren (Art. 337 Abs. 1 StPO) oder das Gericht die Staatsanwältin oder den Staatsanwalt zum persönlichen Erscheinen verpflichtet (Art. 337 Abs. 4 StPO [lit. d])²¹⁶ sowie bei der Einleitung eines abgekürzten Verfahrens nach Art. 359 StPO (lit. e).²¹⁷ Bestimmt in solchen Fällen der notwendigen Verteidigung die beschuldigte

²¹¹ Auf den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege des Opfers, das sich am Strafverfahren als Straf- und Privatklägerin beteiligen kann, wird im Rahmen dieses Beitrags nicht näher eingegangen. Gemäss der am 1. Januar 2024 in Kraft getretenen StPO-Revision kann dem Opfer (neu) nicht nur für die Privatklägerschaft, sondern auch für die Strafklägerschaft die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden, sie wird dem Opfer aber auch bei amtlicher Verteidigung des Beschuldigten nur bei Mittellosigkeit gewährt (dazu kritisch SCHAUMANN).

²¹² Die Bestellung einer Verteidigung sollte spätestens nach 9-tägiger Haft initiiert werden, sofern keine Haftentlassung am 10. Tag bevorsteht.

²¹³ Ob eine Freiheitsstrafe oder eine freiheitsentziehende Massnahme von mehr als einem Jahr droht, ist nicht anhand des abstrakten Strafmasses, sondern anhand des konkret zu erwartenden Strafmasses zu beurteilen (vgl. BGE 120 Ia 43 E. 2b).

²¹⁴ Unabhängig davon, ob eine Landesverweisung nach Art. 66a oder 66a^{bis} StGB im Raum steht (vgl. HEIMGARTNER/HARB, S. 15).

²¹⁵ Die Verhandlungsfähigkeit ist als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen. Nähere Abklärungen sind gemäss Rechtsprechung jedoch nur geboten, wenn Anhaltspunkte für eine beschränkte oder fehlende Verhandlungsfähigkeit gegeben sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_332/2012 vom 15. August 2012 E. 2.4).

²¹⁶ In Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft aufgrund der drohenden Sanktion zwingend vor Gericht aufzutreten hat (Art. 337 Abs. 3 StPO), ist bereits gestützt auf Art. 130 lit. b StPO eine notwendige Verteidigung sicherzustellen (vgl. HEIMGARTNER/HARB, S. 16).

²¹⁷ Vgl. HEIMGARTNER/HARB, S. 14 ff.

Person trotz Aufforderung durch die Staatsanwaltschaft keine Wahlverteidigung, wird ihr unabhängig von ihren finanziellen Verhältnissen (auch gegen ihren Willen²¹⁸) von Amtes wegen eine amtliche Verteidigung bestellt.²¹⁹ Die amtliche Verteidigung beginnt in diesem Fall im Vorverfahren (Art. 131 Abs. 2 StPO) und dauert so lange, wie der Grund für den Verteidigungszwang besteht.²²⁰

- 79 Liegen die Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung nicht vor, hat die beschuldigte Person bei Mittellosigkeit einen Anspruch auf **amtliche Verteidigung**, wenn dies zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist (Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO).

«Die Verfahrensleitung ordnet eine amtliche Verteidigung an, wenn: (b.) die beschuldigte Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und die Verteidigung zur Wahrung ihrer Interessen geboten ist.» (Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO)

Das Kriterium der **Nicht-Aussichtslosigkeit** des «Rechtsbegehrens» wird im strafrechtlichen Vorverfahren (und auch im erstinstanzlichen Hauptverfahren)²²¹ nicht geprüft. Grund hierfür ist, dass das Verfahren unabhängig vom Willen der beschuldigten Person und unabhängig davon, ob sie Anträge stellt, eingeleitet und geführt wird.²²² Gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. c StPO muss die beschuldigte Person anlässlich der ersten Einvernahme unter anderem auf ihr Recht hingewiesen werden, dass sie eine amtliche Verteidigung beantragen kann. Macht die beschuldigte Person von diesem Recht Gebrauch, muss ab diesem Moment die amtliche Verteidigung sichergestellt werden, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind. Somit kann die unentgeltliche Verteidigung ab Eröffnung des Verfahrens bzw. anlässlich der ersten Einvernahme beantragt werden, bzw. besteht Anspruch auf eine solche, wenn deren Voraussetzungen gegeben sind.²²³

- 80 Für die Beurteilung der **Notwendigkeit** einer amtlichen Verteidigung werden grundsätzlich auch im Strafrecht die oben erwähnten Kriterien und Fallgruppen herangezogen (vgl. Ziff. 63), insbesondere beurteilt sich die Notwendigkeit der Verbeiständung auch im Strafverfahren anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls und der Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Strafverfahren vom Untersuchungsgrundsatz (Art. 6 StPO) und der *Offizialmaxime* geprägt,²²⁴ weshalb grundsätzlich auch im Strafrecht an die Notwendigkeit einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung ein strenger Massstab angesetzt werden darf. Eine Besonderheit liegt aber darin, dass im Unterschied zum Verwaltungsrecht der Untersuchungsgrundsatz im Strafrecht nicht

²¹⁸ Vor dem Hintergrund des in Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK wie auch in Art. 14 Ziff. 3 lit. d UNO-Pakt II garantierten Rechts der beschuldigten Person auf Selbstverteidigung ist das Institut der notwendigen Verteidigung nicht unproblematisch (vgl. dazu ausführlich LIEBER, Art. 130 N 6-10).

²¹⁹ Vgl. HEIMGARTNER/HARB, S. 14.

²²⁰ Vgl. RUCKSTUHL, Art. 130 N 5.

²²¹ Demgegenüber hängt die Durchführung eines Beschwerdeverfahrens gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Strafverfolgungsbehörden vom Willen der beschuldigten Person ab; sie stellt Rechtsbegehren, deren Aussichten auf Erfolg beurteilt werden können (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zug, I. Beschwerdeabteilung, vom 20. Juli 2017 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen).

²²² «Das Erfordernis der fehlenden Aussichtslosigkeit ist bei einem Freiheitsentzug von einer gewissen Intensität bzw. Dauer im Hinblick hierauf sachgerecht zu relativieren und das Kriterium der Erfolgsaussichten differenziert zu handhaben.» (BGE 134 I 92 E. 3.2.3) Siehe auch Obergericht des Kantons Zug, I. Beschwerdeabteilung, vom 20. Juli 2017 E. 5.2.

²²³ Vgl. RUCKSTUHL, Art. 132 N 6.

²²⁴ Gemäss Art. 6 StPO klären die Strafbehörden von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen ab (Abs. 1). Dabei sind die belastenden und entlastenden Umstände mit gleicher Sorgfalt zu untersuchen (Abs. 2).

durch die Mitwirkungspflicht der beschuldigten Person relativiert wird; die beschuldigte Person ist eben gerade nicht zur Mitwirkung am Verfahren verpflichtet (Art. 113 Abs. 1 StPO).²²⁵ Ferner wird das Kriterium der Notwendigkeit im Strafrecht in Art. 132 StPO explizit näher umschrieben. So hält Art. 132 Abs. 2 StPO fest, dass eine Verteidigung namentlich dann geboten ist, wenn es sich um keinen Bagatellfall handelt und der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen ist.

«Zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person ist die Verteidigung namentlich geboten, wenn es sich nicht um einen Bagatellfall handelt und der Straffall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, denen die beschuldigte Person allein nicht gewachsen wäre.» (Art. 132 Abs. 2 StPO)

- 81 **Art. 132 Abs. 3 StPO** präzisiert ausserdem, wann kein Bagatellfall vorliegt, nämlich dann, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als 4 Monaten, eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen (oder gemeinnützige Arbeit von mehr als 480 Stunden²²⁶) zu erwarten ist.

«Ein Bagatellfall liegt jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als 4 Monaten oder eine Geldstrafe von mehr als 120 Tagessätzen zu erwarten ist.» (Art. 132 Abs. 3 StPO)

- 82 Obschon aufgrund des Wortlauts von Art. 132 Abs. 3 StPO («jedenfalls dann»), nicht automatisch von einem Bagatellfall ausgegangen werden darf, wenn die im Gesetz genannten Schwellenwerte nicht erreicht sind und durch die die Verwendung des Worts «namentlich» in Absatz 2 zum Ausdruck gebracht wird, dass neben den beiden genannten Kriterien (kein Bagatellfall; tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten) weitere Gesichtspunkte berücksichtigt werden können,²²⁷ wird durch die im Gesetz verankerten Schwellenwerte die Abgrenzung zwischen den Fallgruppen fassbar. Hinzu kommt, dass sich weitergehende Anhaltspunkte zur Abgrenzung der relativ schweren von den leichten und besonders schweren Fällen aus der Rechtsprechung ergeben. So geht das Bundesgericht von einem besonders **schweren Rechtseingriff** insbesondere dann aus, wenn eine Strafe droht, deren Dauer die Gewährung des bedingten Strafvollzugs ausschliesst:

«Falls das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition des Betroffenen eingreift, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters grundsätzlich geboten. Dies trifft insbesondere im Strafprozess zu, wenn dem Angeschuldigten eine schwerwiegende freiheitsentziehende Massnahme oder eine Strafe droht, deren Dauer die Gewährung des bedingten Strafvollzuges ausschliesst.»²²⁸

- 83 Einen **relativ schweren Fall** hat das Bundesgericht etwa bei einer Strafdrohung von 3 Monaten Gefängnis unbeding, bei einer «empfindlichen Strafe von jedenfalls mehreren Monaten Gefängnis» oder bei der Einsprache gegen einen Strafbefehl von 40 Tagen Gefängnis bedingt angenommen. Bei

²²⁵ Die beschuldigte Person muss sich nicht selbst belasten. Sie hat das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern (Art. 113 Abs. 1 StPO).

²²⁶ 480 Stunden gemeinnützige Arbeit werden in Abs. 3 nicht explizit erwähnt. Ein Tag Haft entspricht einem Tagessatz Geldstrafe oder vier Stunden gemeinnütziger Arbeit, 120 Tagessätze entsprechen demzufolge 480 Stunden gemeinnütziger Arbeit.

²²⁷ Aufgrund des Wortlauts von Abs. 2 (Verwendung des Wortes «namentlich») können neben genannten Kriterien («kein Bagatellfall» und «tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten») im Einzelfall weitere Gesichtspunkte hinzukommen. (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_23/2016 vom 8. Februar 2016 E. 2.5).

²²⁸ BGE 128 I 225 E. 2.5.2.

offensichtlichen **Bagatelldelikten**, bei denen nur eine Busse oder eine geringfügige Freiheitsstrafe in Frage kommt, verneint die Bundesgerichtspraxis regelmässig den Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverteiständung.²²⁹

- 84 Im **Ergebnis** ist die notwendige Verteidigung mit der amtlichen Verteidigung nicht direkt vergleichbar, sie kann gegen den Willen und unabhängig von den finanziellen Mitteln der beschuldigten Person angeordnet werden (Vorbehalten der amtlichen Verteidigung wegen Notwendigkeit). Demgegenüber ist die amtliche Verteidigung im Strafverfahren mit der verwaltungsrechtlichen Bestimmung zur unentgeltlichen Rechtsverteiständung grundsätzlich vergleichbar. Ein nicht unbedeutender Unterschied liegt aber darin, dass im Strafrecht die Tragweite des Entscheids an der Schwere der Strafdrohung gemessen wird und in diesem Zusammenhang durch Art. 132 StPO und die Rechtsprechung die Abgrenzung zwischen den Fallgruppen fassbarer wird. Vergleichbare (allgemeingültige) Bewertungskriterien sind im Verwaltungsverfahren nicht vorhanden (vgl. Ziff. 65). Zudem wird im Unterschied zum erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren im Rahmen des strafrechtlichen Vorverfahrens (und auch des erstinstanzlichen Hauptverfahrens) die Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens nicht geprüft. Dies wird damit begründet, dass diese Verfahren unabhängig vom Willen der beschuldigten Person und unabhängig davon, ob sie Anträge stellt, eingeleitet und geführt werden.
- 85 Bei Betrachtung der erwähnten Praxisbeispielen stellt sich die Frage, ob ein flüchtlings- und migrationsrechtliches Verfahren, in dem es um den rechtmässigen Aufenthalt an und für sich geht, hinsichtlich der Intensität nicht mit der strafrechtlichen Landesverweisung vergleichbar ist. Beide Verfahren können gravierende Folgen für die betroffene ausländische Person haben (Eingriff in international geschützte Menschenrechtsgarantien wie z.B. das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK).²³⁰ Berechtigterweise ist die Landesverweisung ein Anwendungsfall der notwendigen Verteidigung, welche zwingend bereits im Vorverfahren gestellt werden muss. Zu hinterfragen ist, weshalb demgegenüber in einem flüchtlings- und migrationsrechtlichen Verfahren, das den Aufenthalt in der Schweiz an und für sich betrifft, eine Verbeiständung nur unter restriktiven Voraussetzungen gewährt wird, zumal die Intensität der Rechtseingriffe vergleichbar ist.

4.2 Zivilverfahren

- 86 Im Zivilrecht ist das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege in **Art. 117 ff. ZPO** verankert. Auch im Zivilverfahren erfolgt die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung in der Regel nur auf Antrag der gesuchstellenden Partei.²³¹ Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht, wenn die gesuchstellende Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihre Rechtsbegehren nicht aussichtslos sind:

«Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn: (a.) sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt; und (b.) ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint.»
(Art. 117 ZPO)

²²⁹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_167/2016 vom 1. Juli 2016 E. 3.4 mit weiteren Hinweisen und BGE 143 I 164 E. 3.5 mit weiteren Hinweisen.

²³⁰ Vgl. Botschaft StGB, S. 6049.

²³¹ Unter Vorbehalt der Einsetzung einer Vertretung bei Unvermögen der Partei i.S.v. Art. 69 Abs. 1 ZPO (vgl. auch Fn 167).

- 87 Eine Vertretung wird angeordnet, wenn es zur Wahrung der Interessen der bedürftigen Person notwendig ist. Für die Beurteilung der **Notwendigkeit** einer Vertretung werden auch im Zivilrecht die oben erwähnten Kriterien und Fallgruppen herangezogen, insbesondere beurteilt sich die Notwendigkeit der Verbeiständung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls und der Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften (vgl. Ziff. 63). In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Zivilverfahren im Unterschied zum Verwaltungsrecht vom Verhandlungsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO)²³² und der Dispositionsmaxime (Art. 55 Abs. 1 ZPO)²³³ geprägt, vorbehalten gesetzlicher Bestimmungen über die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 58 Abs. 2 ZPO)²³⁴ und der Officialmaxime (Art. 55 Abs. 2 ZPO).²³⁵
- 88 Für die Bestellung einer Rechtsvertretung ist im Zivilrecht von zusätzlicher Bedeutung, ob die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Prinzip der **Waffengleichheit**). Es handelt sich hierbei zwar nicht um einen Automatismus; die Notwendigkeit einer anwaltlichen Verbeiständung wird aber, zumindest im Rechtsmittelverfahren, in der Regel dann angenommen, wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist.²³⁶ Ferner muss das Gericht die nicht anwaltlich vertretene Partei über die unentgeltliche Rechtspflege aufklären (Art. 97 ZPO). Eine Besonderheit kann weiter darin erblickt werden, dass gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO im Zivilrecht bereits zur Vorbereitung des Prozesses eine Rechtsbeiständin oder ein Rechtsbeistand bestellt werden kann.

«Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst: die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist; die Rechtsbeiständin oder der Rechtsbeistand kann bereits zur Vorbereitung des Prozesses bestellt werden.»
(Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO)

- 89 Das Kriterium der Notwendigkeit wird im Zivilrecht aber nicht nur in Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO näher umschrieben; weitere (allgemeingültige) Anhaltspunkte zur Abgrenzung der relativ schweren von den leichten und besonders schweren Fällen ergeben sich auch aus der Rechtsprechung. Besonders schwer wiegt demnach ein Fall dann, wenn eine schwere Beeinträchtigung eines Grundrechts zur Diskussion steht (**schwerer Fall**). Bejaht hat das Bundesgericht die Notwendigkeit der Rechtsverbeiständung infolge der besonderen Schwere des Rechtseingriffs (trotz Geltung des Untersuchungsgrundsatzes) beispielsweise bei einer Mutter, der die elterliche Obhut über ihr Kind entzogen wurde:

«Die Frage, ob die Obhut über das Mädchen wieder der Beschwerdeführerin zugewiesen werden könne, ist sehr heikel und vielschichtig. Ihre Beantwortung ist für die Beschwerdeführerin selbst - wie auch für das Kind und die Pflegemutter - von erheblicher Bedeutung. Der unter Berücksichtigung des Wohls des Kindes zu fällende Entscheid wird sehr stark in die persönliche Situation der Beschwerdeführerin als leiblicher Mutter eingreifen. Es ist für sie von grosser Wichtigkeit, dass im Verfahren die nach der Rechtsprechung

²³² Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO).

²³³ Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO).

²³⁴ Vorbehalten bleiben gesetzliche Bestimmungen über die Feststellung des Sachverhaltes und die Beweiserhebung von Amtes wegen (Art. 55 Abs. 2 ZPO).

²³⁵ Vorbehalten bleiben gesetzliche Bestimmungen, nach denen das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist (Art. 58 Abs. 2 ZPO).

²³⁶ Vgl. RÜEGG/RÜEGG, Art. 118 N 12.

entscheidwesentlichen Tatsachen vorgebracht und ins richtige Licht gerückt werden. Die bezirksamtliche Feststellung, die Beschwerdeführerin sei den Anforderungen, die das vor der Vormundschaftsbehörde hängige Verfahren an sie stelle, gewachsen, wird den gegebenen Umständen nicht gerecht. In Anbetracht der komplexen, von einem juristischen Laien nur sehr schwer überblickbaren Verhältnisse verbietet sich die Annahme, eine anwaltliche Vertretung sei für die Beschwerdeführerin nicht notwendig.»²³⁷

90 Prozesse ab einem Streitwert von wenigen tausend Franken und Zivilverfahren betreffend wichtige Aspekte des Lebens wie Persönlichkeit, Ehe, Familie, Wohnung und Arbeit werden dahingegen der Kategorie der **relativ schweren Fälle** zugeordnet. Die Notwendigkeitsprüfung beschränkt sich in diesen Fällen in der Regel auf die Frage, ob besondere Schwierigkeiten eine Rechtsverteidigung rechtfertigen.²³⁸ In diesem Zusammenhang spielt, wie im Verwaltungsrecht, auch im Zivilrecht eine Rolle, ob das Verfahren neben Geltung des Verhandlungsgrundsatzes und der Dispositionsmaxime auch oder ausschliesslich von der Offizialmaxime und dem Untersuchungsgrundsatz beherrscht wird. Von einem **Bagatellfall** wird im Zivilrecht insbesondere dann ausgegangen, wenn «nur» einige hundert bis höchstens zweitausend Franken im Streite liegen.²³⁹

91 In Verfahren vor erster Instanz, wie im **Schlichtungsverfahren, in Verfahren nach Art. 198 ZPO**²⁴⁰ **oder Verfahren vor der KESB**,²⁴¹ wird in Bezug auf eine Rechtsverteidigung wie im Verwaltungsverfahren auch im Zivilprozess ein strengerer Massstab angesetzt.²⁴² So hat das Bundesgericht in einem Mietschlichtungsverfahren aufgrund der Besonderheiten des Verfahrens einen Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverteidigung verneint:

«Dagegen rechtfertigen die Besonderheiten des Verfahrens vor der Schlichtungsbehörde, namentlich seine primäre Ausrichtung auf die Herbeiführung einer Einigung [...], die es beherrschende Untersuchungsmaxime [...], die paritätische Zusammensetzung der Behörde [...] und die vornehmlich bloss formelle Bedeutung des Entscheids für das nachfolgende Justizverfahren, an die sachlichen Voraussetzungen einer Verteidigung einen strengen Massstab anzulegen.»²⁴³

92 Dennoch kann auch für das **Schlichtungsverfahren** eine unentgeltliche Rechtsvertretung gewährt werden, wenn die Streitsache dies rechtfertigt. Das Gesetz sieht die unentgeltliche Verteidigung im Schlichtungsverfahren sogar ausdrücklich vor (vgl. Art. 113 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Die Notwendigkeit einer Rechtsverteidigung darf schliesslich auch nicht aufgrund des Angebots der unentgeltlichen Rechtsberatung durch eine Schlichtungsstelle (Art. 201 Abs. 2 ZPO)²⁴⁴ oder Beratungsstelle

²³⁷ BGE 130 I 180 E. 3.3.2.

²³⁸ RÜEGG/RÜEGG, Art. 118 N 11.

²³⁹ Ibid.

²⁴⁰ Kein Schlichtungsverfahren findet in den von Art. 198 ZPO umschriebenen Verfahren statt, insbesondere im Scheidungsverfahren und im summarischen Verfahren, zu welchem u.a. das Eheschutzverfahren gehört.

²⁴¹ Streitigkeiten vor der KESB über Sorgerecht, Obhut und Unterhalt werden im zivilrechtlichen Verfahren entschieden.

²⁴² Vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A_395/2012 vom 16. Juli 2012 E. 4.4.3 (mit Bezug auf das Schlichtungsverfahren) und 5A_683/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 3 (mit Bezug auf das KESB-Verfahren); WUFFLI /FUHRER, S. 174 (mit Bezug auf das Eheschutzverfahren).

²⁴³ BGE 119 Ia 264 S. 269 E. 2c.

²⁴⁴ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_36/2007 vom 3. Mai 2007 E. 2.4; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_87/2008 vom 28. März 2008 E. 3.3.

ausgeschlossen werden.²⁴⁵ Bejaht hat das Bundesgericht bereits im Schlichtungsverfahren einen Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverteidigung im Fall einer 22-jährigen Lehrtochter, die einen Unterhaltsprozess gegen ihren Vater führte. Dies mit der Begründung, dass der Vater prozess erfahrener sei, bedeutende Interessen auf dem Spiel stünden und Prozesse um Mündigenunterhalt häufig konfliktträchtig sowie rechtlich komplex seien.²⁴⁶

- 93 Dass in einem **Verfahren vor der KESB** ebenfalls ein Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverteidigung bestehen kann, zeigt der eingangs erwähnte Fall betreffend die Wiedererlangung der elterlichen Obhut, in dem das Bundesgericht aufgrund der Schwere des Rechtseingriffs von einem grundsätzlichen Anspruch auf Beiordnung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung gesprochen hat. In anderen KESB-Verfahren legt das Bundesgericht demgegenüber regelmässig einen strengen Massstab an. So verneinte es den Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsverteidigung in einem Verfahren vor der KESB, in dem um einen Wechsel einer eingesetzten Beistandschaft ersucht wurde. Dies u.a. mit dem Verweis auf die *Offizialmaxime* und den Untersuchungsgrundsatz sowie dem Umstand, dass jedes Kindesschutzverfahren eine Gefährdung des Kindeswohles und damit eine Ausnahmesituation mit sich bringe.²⁴⁷
- 94 Für **Verfahren nach Art. 198 ZPO** kann exemplarisch das Eheschutzverfahren herangezogen werden, wo trotz Geltung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 272 ZPO²⁴⁸) regelmässig ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung bejaht wird.²⁴⁹ Dies mit der Begründung, dass die Tragweite von Eheschutzmassnahmen für die Parteien nicht leicht abzuschätzen sei und das Verfahren existenzielle Fragen des persönlichen Unterhalts berühren könne.²⁵⁰
- 95 Im **Ergebnis** ist die amtliche Verteidigung im Zivilrecht mit der verwaltungsrechtlichen Bestimmung zur unentgeltlichen Rechtsverteidigung grundsätzlich vergleichbar. Ein nicht unbedeutender Unterschied dürfte aber darin liegen, dass bei Geltung der *Dispositionsmaxime* und des Verhandlungsgrundsatzes sowie des Prinzips der Waffengleichheit einer rechtsunkundigen Partei bereitwilliger eine unentgeltliche Rechtsvertretung zur Verfügung gestellt werden dürfte, als dies im Verwaltungsverfahren der Fall ist. Bei Betrachtung der erwähnten Praxisbeispiele stellt sich ferner die Frage, ob ein flüchtlings- und migrationsrechtliches Verfahren, das eine Familienzusammenführung zum Gegenstand hat, von der Intensität her nicht mit der Situation eines Elternteils vergleichbar ist, dem die Obhut über sein Kind entzogen wurde. Beide Verfahren tangieren das Recht auf Familienleben nach Art. 8 EMRK auf schwerwiegende Weise. Berechtigterweise wurde dem betroffenen Elternteil im Verfahren betreffend die Wiedererlangung der elterlichen Obhut, trotz Geltung des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes infolge der besonderen Schwere des Rechtseingriffs bereits im Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde eine Rechtsvertretung zugestanden. Zu hinterfragen ist, weshalb in einem flüchtlings- und

²⁴⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_342/2008 vom 20. November 2008 E. 7 (zur Möglichkeit von für gemeinnützige Organisationen tätige Anwältinnen und Anwälte sich verteidigen zu lassen).

²⁴⁶ Vgl. RÜEGG/RÜEGG, Art. 118 N 11 mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 5A_395/2012 vom 16. Juli 2012 E. 5.3.

²⁴⁷ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_683/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 3.3.2.

²⁴⁸ Bei der Bezifferung des Ehegattenunterhalts gilt allerdings die *Dispositionsmaxime*. Dahingegen in Kinderbelangen kommt immer der *Offizialgrundsatz* und der strenge Untersuchungsgrundsatz (Erforschen von Amtes wegen) zur Anwendung.

²⁴⁹ Vgl. SIX, Rz. 1.70.

²⁵⁰ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_108/2007 vom 11. Mai 2007 E. 3.2.

migrationsrechtlichen Verfahren, das die Familienzusammenführung zum Gegenstand hat, eine Verbeiständung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nur unter restriktiven Voraussetzungen gewährt wird.

5 Schlussfolgerungen und Empfehlungen

- 96 Die **Analyse** hat ergeben, dass sich sowohl aus dem internationalen Recht, dem EU-Recht als auch dem schweizerischen Recht Verpflichtungen zur unentgeltlichen Rechtsverteidigung ergeben können, die für flüchtlings- und migrationsrechtliche Verfahren relevant sein können.
- 97 Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass das **Flüchtlingsrecht** Flüchtlingen mit einem dauerhaften Aufenthaltsrecht in dem Umfang ein Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung einräumt, wie der Anspruch Staatsangehörigen des Wohnsitzstaates zusteht (Art. 16 Abs. 2 GFK). Art. 25 GFK beinhaltet eine Unterstützungspflicht des Aufnahmestaates in administrativen Angelegenheiten, allerdings nicht im Sinne einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung. Die Konventionsbestimmung dürfte aber in Bezug auf die Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes - der im schweizerischen Verwaltungsrecht grundsätzlich durch die Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert wird - von Bedeutung sein.
- 98 Die **menschenrechtlichen Anspruchsgrundlagen** in Bezug auf unentgeltliche Rechtspflege bzw. Verbeiständung können grundsätzlich nur in Zivil- und Strafverfahren angerufen werden. Der EGMR und der CCPR legen die Begriffe «strafrechtliche Anklagen» und «zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen» autonom aus. Nicht alle flüchtlings- und migrationsrechtlichen Verwaltungsverfahren sind daher von vornherein vom Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II ausgeschlossen. Eine abschliessende Beurteilung der Frage, in welchen Konstellationen die Bestimmungen angerufen werden können, muss jedoch im Einzelfall - in Abwägung der öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Elemente eines Rechts - geprüft werden. Festgehalten werden kann jedoch:
- Streitigkeiten, die zu den sogenannten Kerngebieten des öffentlichen Rechts gehören, sind vom Anwendungsbereich der Bestimmungen ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere für Verfahren über Asyl, ausländerrechtliche Massnahmen und Auslieferung. Allerdings erscheint zumindest die Anwendung von Art. 14 UNO-Pakt II in Gerichtsverfahren über Asyl, ausländerrechtliche Massnahmen und Auslieferung nach Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II unter gewissen Umständen möglich.
 - Streitigkeiten im Bereich des Sozialversicherungsrechts und Sozialhilferechts sind dagegen eingeschlossen.
 - Schwierig zu beantworten ist die Frage, inwiefern die untersuchten Bestimmungen in einem Verfahren einer flüchtlings- und migrationsrechtlichen Familienzusammenführung angerufen werden können, zumal familienrechtliche Verfahren vom Anwendungsbereich der Bestimmungen grundsätzlich erfasst sein können, während es flüchtlings- und migrationsrechtliche Verfahren nicht sind.
- 99 In Gerichtsverfahren ebenfalls angerufen werden kann schliesslich Art. 47 GRC, sofern die Verletzung von **Unionsrecht** geltend gemacht wird. Der Anwendungsbereich von Art. 47 GRC ist dabei umfassend und nicht auf Zivil- oder Strafverfahren beschränkt. Auf das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren kann aber Art. 41 Abs. 1 und 2 GRC (Recht auf eine gute Verwaltung) Anwendung finden, aus dem auch ein

Recht auf Prozesskostenhilfe und anwaltliche Vertretung abgeleitet werden kann. Für die Schweiz können die erwähnten unionsrechtlichen Bestimmungen dann von Bedeutung sein, wenn in Anwendung eines bilateralen Abkommens die Verletzung von Verfahrensgarantien geltend gemacht wird.

100 Weitere Verpflichtungen zur Rechtsverteidigung können sich aus Normen der internationalen und europäischen Menschenrechtsverträgen ergeben, soweit diese für die Schweiz anwendbar sind.

101 Der Anwendungsbereich des **schweizerischen Verfassungsrechts** geht über die internationalen Mindeststandards zur unentgeltlichen Rechtsverteidigung hinaus. Art. 29 Abs. 3 BV kann in sämtlichen Verfahren des Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesses, unabhängig vom Verfahrensstadium, d.h. vor Beschwerde- als auch vor Verwaltungsinstanzen, angerufen werden. Das gleiche gilt für die untersuchten Verfahrensbestimmungen des Zivil-, Straf- und Verwaltungsprozesses (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO, Art. 132 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 StPO, Art. 65 Abs. 2 VwVG).

102 Keine der untersuchten Bestimmungen des internationalen oder nationalen Rechtes gewährt jedoch einen allgemeinen Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung. Die Bereitstellung einer unentgeltlichen Rechtsverteidigung wird sowohl nach internationalem, EU- und schweizerischem Recht an spezifische Anspruchsvoraussetzungen geknüpft (Mittellosigkeit der gesuchstellenden Person, Nicht-Aussichtslosigkeit des Begehrens, Notwendigkeit der Rechtsverteidigung). Eine Ausnahme stellen spezialgesetzliche Bestimmungen dar, wie sie im erstinstanzlichen Asylverfahren (Art. 102m und Art. 102h AsylG) oder im Strafverfahren bei einer amtlichen Verteidigung wegen Notwendigkeit (Art. 130 StPO) existieren.

103 In der Schweiz beurteilt sich die **Notwendigkeit der Verteidigung** gemäss Verfassungsrecht (Art. 29 Abs. 3 BV) aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls und der Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften (Offizialmaxime und Untersuchungsgrundsatz bzw. Dispositionsmaxime und Verhandlungsgrundsatz). Die Bestimmungen des Zivil- und Strafprozesses sowie des Verwaltungsverfahrens zum Recht auf unentgeltliche Rechtsverteidigung (Art. 65 Abs. 2 VwVG, Art. 132 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 StPO und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) gehen grundsätzlich nicht über die verfassungsrechtlichen Bestimmungen hinaus. In allen Rechtsgebieten bestimmen die Tragweite des Entscheids (schwerer, relativ schwerer oder leichter Fall) und die rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten, ob eine Verteidigung für notwendig erachtet wird. Herausfordernd ist in sämtlichen Rechtsgebieten, dass klare Anhaltspunkte zur Abgrenzung der relativ schweren von den leichten und besonders schweren Fällen fehlen, wobei das Fehlen von Zuordnungskriterien im Verwaltungsverfahren jedoch am ausgeprägtesten zu sein scheint. Die Notwendigkeit der Verteidigung beurteilt sich im Verwaltungsverfahrensrecht anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls und der Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften. Weitergehende (allgemeingültige) Anhaltspunkte zur Abgrenzung der relativ schweren von den leichten und besonders schweren Fällen fehlen, was den zuständigen Behörden einen grossen Ermessensspielraum belässt. Demgegenüber wurde in der Strafprozessordnung das Kriterium der Schwere der Strafdrohung und in der Zivilprozessordnung das Prinzip der Waffengleichheit im Gesetz verankert.

104 Allgemeingültige Anhaltspunkte zur **Abgrenzung der relativ schweren von den leichten und besonders schweren Fällen im Verwaltungsverfahrensrecht** des Bundes zu verankern, dürfte sich allerdings als schwierig erweisen. Ein gemeinsames Merkmal, das unabhängig vom Einzelfall, allgemeingültig in allen Verfahren gleichermaßen von Bedeutung ist, ist nicht ohne Weiteres auszumachen; die Lebensbereiche auf die das Verfahrensrecht Anwendung findet, sind zu vielfältig (Infrastruktur, Umwelt, Abgaben, Personal, Wirtschaft, Wettbewerb, Bildung, Sozialversicherung, Gesundheit, Asylrecht,

Ausländerrecht und Bürgerrecht) und die Rechtseingriffe, die mit einem Entscheid verbunden sein können entsprechend unterschiedlich (Verweigerung des Schutzes einer Marke auf dem Gebiet der Schweiz, Verweigerung des Bürgerrechts usw.). Die Schwere des drohenden Rechtsgriffs lässt sich nicht abstrakt wie im Strafprozess anhand der Strafdrohung messen. Auch gibt es im Verwaltungsverfahren in der Regel keine Gegenpartei, wie dies im Zivilprozess grösstenteils der Fall ist, Prozessgegner ist (auf Bundesebene) der Bund. Zwar kann im Sinne der Waffengleichheit auch im Verwaltungsverfahren eine Verbeiständung durchaus notwendig sein, allerdings lässt sich dies nach der hier vertretenen Auffassung nicht allgemeingültig wie im Zivilrecht festhalten. Aufgrund der im Verwaltungsrecht in der Regel zur Anwendung gelangenden *Offizialmaxime* und des *Untersuchungsgrundsatzes*, kommt der Waffengleichheit im Verwaltungsrecht nicht die gleiche Tragweite wie im Zivilrecht zu, welches von der *Dispositionsmaxime* und dem *Verhandlungsgrundsatz* beherrscht wird.

¹⁰⁵Wenn auch allgemeine Anhaltspunkte zur Abgrenzung der relativ schweren von den leichten und besonders schweren Fällen im Verwaltungsverfahren nicht auszumachen sind, ergeben sich doch immerhin aus der Verfassungsnorm, den gesetzlichen Normen sowie der Praxis auch aus anderen Rechtsgebieten für **flüchtlings- und migrationsrechtliche verwaltungsrechtliche Verfahren** wichtige Anhaltspunkte. So ist zum Beispiel nur schwer nachvollziehbar, weshalb in einem Strafverfahren, das die Landesverweisung oder in einem zivilrechtlichen Verfahren, das die Wiedererlangung der elterlichen Obhut zum Gegenstand hat, aufgrund der Schwere des drohenden Rechtseingriffs bereits im erstinstanzlichen Verfahren von der Notwendigkeit einer Rechtsverbeiständung in grundsätzlicher Weise ausgegangen wird, demgegenüber aber Ersuchen auf Verbeiständung in flüchtlings- und migrationsrechtlichen Verfahren, die den Aufenthalt in der Schweiz an für sich oder die Familienzusammenführung betreffen, nur unter restriktiven Voraussetzungen stattgegeben wird. Die Intensität der drohenden Rechtseingriffe ist in all diesen Verfahren, vergleichbar. In sämtlichen droht ein Eingriff in international geschützte Menschenrechtsgarantien wie z.B. das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK. Die Geltung der *Offizialmaxime* und des *Untersuchungsgrundsatzes* vermögen hierfür keine vertretbare Begründung zu sein, zumal auch das Strafverfahren und zivilrechtliche Verfahren in Kinderbelangen von der *Offizialmaxime* und dem *Untersuchungsgrundsatz* beherrscht werden. Allein deshalb, dass im Verwaltungsverfahren der *Untersuchungsgrundsatz* von der *Mitwirkungspflicht* relativiert wird, vermag die restriktive Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung nicht zu rechtfertigen. Die *Mitwirkungspflicht* kann für vulnerable Personengruppen, wie Flüchtlinge, ein Verfahrensschwernis darstellen.

¹⁰⁶Am effektivsten zu einer Verbesserung des Rechtsschutzes in erstinstanzlichen flüchtlings- und migrationsrechtlichen Verfahren beitragen würde aber letztlich eine **Gesetzesänderung**. So könnten analog dem Asylrecht in gewissen Verfahren spezialgesetzlich weitergehende Anhaltspunkte zur Abgrenzung der relativ schweren von den leichten und besonders schweren Fällen vorgesehen oder unter Umständen auf das Kriterium der Notwendigkeit ganz verzichtet werden. Solche differenzierten Regelungen drängen sich in flüchtlings- und migrationsrechtlichen Verfahren insbesondere in Fällen auf, in denen es um den Aufenthalt in der Schweiz an für sich geht oder in Verfahren der Familienzusammenführung. Prüfwert wäre im Ergebnis eine spezialgesetzliche Regelung im Ausländer- und Integrationsgesetz und eine weitergehende Regelung im Asylgesetz, welche die Abgrenzung der relativ schweren von den leichten und besonders schweren Fällen erleichtert und den Ermessenspielraum der Behörden einschränkt.

- 107 Neben einem verbesserten Zugang zu einer unentgeltlichen Rechtsvertretung, bestehen im Rechtssystem weitere Handlungsmöglichkeiten, die zu einer Verbesserung des Rechtsschutzes von Flüchtlingen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren beitragen können.²⁵¹ Sie gehen über den Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Studie hinaus, auf die (aus der Sicht der Autorin) Wichtigsten soll zum Abschluss aber dennoch hingewiesen werden. So könnte beispielsweise eine gezielte **Stärkung der Rechtsberatungsstellen** in ihren Ressourcen und fachlichen Kompetenzen mittels öffentlicher Finanzierung zu einer Verbesserung des Rechtsschutzes beitragen.²⁵² Im Opferhilfegesetz ist die finanzielle Unterstützung von unabhängigen Beratungsstellen, welche die Beratungen zugunsten von Hilfesuchenden anbieten, beispielsweise explizit vorgesehen. Die Schaffung einer ähnlichen Regelung könnte im Ausländer- und Integrationsgesetz und im Asylgesetz geprüft werden. Allerdings darf ein Angebot der unentgeltlichen Rechtsberatung nicht dazu führen, dass die Notwendigkeit einer Rechtsverteidigung ausgeschlossen wird.
- 108 Ebenfalls zur Verbesserung des Rechtsschutzes von Flüchtlingen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren beitragen könnte eine vermehrte **mündliche Durchführung von Verfahren**. Das Verwaltungsverfahren läuft in der Regel schriftlich ab, jedoch sind mündliche Verfahren möglich und Betroffene können dies mit Verweis auf Art. 6 EMRK und Art. 14 Abs. 1 UNO-Pakt II²⁵³ zumindest für einige Rechtsfragen auch direkt verlangen. Die Möglichkeit, sich mündlich zu äussern – gerade, wenn es auf die Darlegung der persönlichen Verhältnisse ankommt – ist für eine effektive Ausgestaltung des Rechtsschutzes hilfreich.²⁵⁴ Mündliche Verfahren können ausserdem zur Akzeptanz des materiellen Entscheids insofern beitragen, als dadurch den Betroffenen der Eindruck vermittelt werden kann, im Verfahren fair behandelt und gehört zu werden.²⁵⁵

²⁵¹ Siehe zu weiterführenden Verbesserungsmöglichkeiten im Rechtssystem bezogen auf das Sozialhilfeverfahren FUCHS/STUDER/KOSCHMIEDER/PÄRLI/MEIER.

²⁵² Vgl. FUCHS/STUDER/KOSCHMIEDER/PÄRLI/MEIER, S. 126.

²⁵³ Art. 6 EMRK garantiert ausdrücklich ein Recht auf ein öffentliches Verfahren, in welchem die Argumente mündlich vorgetragen werden können.

²⁵⁴ Vgl. bspw. Art. 111a^{bis} AsylG zur Möglichkeit, dass das Bundesverwaltungsgericht in den Bundesasylzentren Instruktionsmassnahmen durchführt und Urteile mündlich eröffnet.

²⁵⁵ FUCHS/STUDER/KOSCHMIEDER/PÄRLI/MEIER, S. 123.

Literaturverzeichnis

AUER CHRISTOPH/BINDER ANJA MARTINA, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2. Auflage, Zürich 2019

BIGLER OLIVER, in: Gonin Luc/Bigler Olivier (Hrsg.), *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): Commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern 2018

CARONI MARTINA/SCHEIBER NICOLE/PREISIG CHRISTA/PLOZZA MONIKA, *Migrationsrecht*, 5. Aufl., Bern 2022

CHETAIL VINCENT, *Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law*, in: Rubio-Marín Ruth (Hrsg.), *Human Rights and Immigration*, Oxford University Press, 30. Januar 2014: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198701170.003.0002> (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024)

CLOONEY AMAL/WEBB PHILIPPA, *The Right to a Fair Trial in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2020

DAVY ULRIKE/GIL-BAZO MARIA TERESA, in: Zimmermann Andreas/Einarsen Terje (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, a Commentary*, New York 2024

DREXEL CLAUDIA, *Der Zugang zum Recht: Eine Untersuchung ausgewählter Regelungen der Zivilgerichtsbarkeit am Massstab von Art. 6 EMRK und Art. 47 GRC*, Wien 2016

EFIONAYI-MÄDER DENISE/RUEDIN DIDIER, *Aufenthaltsverläufe vorläufig Aufgenommener in der Schweiz, Datenanalyse im Auftrag der Eidgenössischen Kommission für Migrationsfragen EKM*, Neuenburg, Dezember 2014: https://www.ekm.admin.ch/dam/ekm/de/data/dokumentation/materialien/mat_va_d.pdf.download.pdf/mat_va_d.pdf (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024)

EGMR, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, Right to a fair trial (civil limb)*, Stand vom 31. August 2022: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_eng.pdf (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024)

ELBERLING BJÖRN/THORBURN STERN REBECCA, in: Zimmermann Andreas/Einarsen Terje (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, a Commentary*, Oxford University Press, New York 2024

EUROPARAT, Ministerkomitee, *Resolution (77) 31 on the Protection of the Individual in Relation to Acts of Administrative Authorities*, 28. September 1977: <https://www.ref-world.org/docid/5a4caf0a4.html> (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024)

FELLMANN WALTER, in: Fellmann Walter/Zindel Gaudenz G. (Hrsg.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz: Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)*, Zürich/Basel/Genf 2011

FREI NULA, in: Hruschka Constantin (Hrsg.), *Genfer Flüchtlingskonvention, Handkommentar*, Baden-Baden 2022

FREI NULA/HRUSCHKA CONSTANTIN, in: Hruschka Constantin (Hrsg.), Genfer Flüchtlingskonvention, Handkommentar, Baden-Baden 2022

FREI NULA/VON RÜTTE BARBARA, Die Statusrechte von Flüchtlingen gemäss der Genfer Flüchtlingskonvention und ihre Umsetzung in der Schweiz, Teil 2, in: ASYL 3/21, S. 14 ff.

FUCHS GESINE/ABBAS MARINA/STUDER MELANIE/KOSCHMIEDER NIKOLA/PÄRLI KURT/MEIER ANNE, Rechtsberatung und Rechtsschutz von Armutsbetroffenen in der Sozialhilfe (Forschungsbericht No. 18/20), Bundesamt für Sozialversicherungen, Luzern, November 2020: https://arbor.bfh.ch/14922/1/BSV_Studie_Rechtsberatung_18_20D_eBericht.pdf (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024)

GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Auflage, Basel 2021

GRAHL-MADSEN ALTLE, *Commentary on the Refugee Convention, Articles 2-11, 13-37*, Genf 1963, erneut publiziert durch UNHCR im Oktober 1997: <https://www.refworld.org/docid/4785ee9d2.html> (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024)

HARRIS DAVID, *The Scope of the Right to a Fair Trial Guarantee in Non-Criminal Cases in the European Convention on Human Rights*, in: Morison John/McEvoy Kieran/Gordon Anthony (Hrsg.), *Judges, Transition, and Human Rights*, Oxford 2007

HATHAWAY JAMES C., *The Rights of Refugees under international Law*, 2. Aufl., Cambridge 2021

HEIMGARTNER STEFAN/HARB BEDA, Amtliche Mandate, Leitfaden, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Büro für amtliche Mandate; Oberjugendanwaltschaft des Kantons Zürich und Jugendanwalt für amtliche Mandate (Hrsg.), 3. Auflage, Zürich 2022: https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/sicherheit-justiz/strafverfahren/LeitfadenAM2016_Stand_Oktober_2022.pdf (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024)

HEUSSER PIERRE, Die unentgeltliche Vertretung ist klarer zu regeln in: Plädoyer 6/2011

HRUSCHKA CONSTANTIN, in: Hruschka Constantin (Hrsg.), Genfer Flüchtlingskonvention, Handkommentar, Baden-Baden 2022

JARASS HANS D., GRCh, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, unter Einbeziehung der sonstigen Grundrechtsregelungen des Primärrechts und der EMRK, Kommentar, 4. Auflage, München 2020

JOSEPH SARAH/CASTAN MELISSA, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, 3. Auflage, Oxford 2013

KÄLIN WALTER, Grundriss zum Asylverfahren, Bern 1990 (zit. Grundriss zum Asylverfahren)

KÄLIN WALTER, Genf oder Strassburg? Die Rechtsprechung des UNO-Menschenrechtsausschusses und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Vergleich, Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte (Themenbereich Justiz und Polizei), zuhanden des Lenkungsausschusses EDA/EJPD, Bern, 9. Januar 2012: https://skmr.ch/assets/publications/120730_Geneve_Strasbourg.pdf (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024) (zit. SKMR-Studie)

KÄLIN WALTER/FREI NULA, Gutachten zum Rechtscharakter der Rechtsvertretung in der Testphase, Bern, Januar 2015

KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, *Universeller Menschenrechtsschutz, Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, 4. Auflage, Basel 2019

KAYSER MARTIN, *Erfolgsaussichten Bedürftiger*, in: *Jusletter* 15. April 2019

KAYSER MARTIN/ALTMANN RAHEL in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2019

KIENER REGINA, *Zugang zur Justiz*, in: *Zeitschrift für schweizerisches Recht (ZSR)* 2019 II, S. 5 ff.

KLAMMER STEPHAN, in: Hruschka Constantin (Hrsg.), *Genfer Flüchtlingskonvention, Handkommentar*, Baden-Baden 2022

KLEY ANDREAS, *Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Die aktuelle Praxis der Konventionsorgane zur Anwendung des Art. 6 EMRK in der Verwaltungsrechtspflege*, in: *Schweizerische Vereinigung für internationales Recht (Hrsg.), Schweizer Studien zum internationalen Recht*, Zürich 1993

KNEER ANNE, in: Hruschka Constantin (Hrsg.), *Genfer Flüchtlingskonvention, Handkommentar*, Baden-Baden 2022

KNEER ANNE/SONDEREGGER LINUS, *Die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung im Asylbeschwerdeverfahren*, in: *ASYL* 2/17, S. 11 ff.

KOCH UWE/ADILI KUSHTRIM/NEININGER MARCEL/BRETSCHER CLAUDIA, *Übersicht zu den sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen von Flüchtlingen und vorläufig Aufgenommenen, Ergänzt mit Informationen zu Personen mit Schutzstatus S*, ZHAW Soziale Arbeit, Bern, 3. Januar 2023: <https://www.iiz.ch/de/fuer-die-praxis/instrumente/sozialversicherungsansprueche-von-fluechtlingen-und-vorlaeufig-aufgenommenen-personen-36> (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024)

KÜNG MARTIN D., *Prozessmaximen im Verwaltungsverfahren*, Publikationen des Instituts für Föderalismus Universität Freiburg Schweiz, Bern 2020

LESTER EVE, in: Zimmermann Andreas/Einarsen Terje (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, a Commentary*, New York 2024

LIEBER VIKTOR, in: Donatsch Andreas/Lieber Viktor/Summers Sarah/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO*, Zürich 2020

LINDER BARBARA, *Article 15 Compensation and legal Redress*, in: Julia Planitzer/Helmut Sax (Hrsg.), *A Commentary on the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Wien 2020, S. 228 f.

MARANTELLI-SONANINI VERA/HUBER SAID, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl., Zürich 2016

MASSARA RAFFAELLA, *Missbräuchliches Setzen von Nachfluchtgründen* in: Raphaël Rey/Damian Rosset/Robin Stünzi/Anne-Cécile Leyvraz, *Asile et abus/Asyl und Missbrauch*, Zürich 2020

MAYER FRANZ C., in: Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C. (Hrsg.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, 3. Auflage, München 2022

MEICHSSNER STEFAN, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV), Dissertation, Basel 2008 (zit. Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege)

MEICHSSNER STEFAN, Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege, in: Jusletter 7. Dezember 2009 (zit. Aktuelle Praxis der unentgeltlichen Rechtspflege)

MEYER-LADEWIG JENS/KÖNIG STEFAN/HARRENDORF STEFAN, in: Meyer-Ladewig Jen/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2017

MEYER-LADEWIG JEN/RENGER DENISE, in: Meyer-Ladewig Jen/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017

MOTZ STEPHANIE, UNHCR-Studie zum Familiennachzug für Flüchtlinge in der Schweiz, Rechtsrahmen und strategische Überlegungen, Oktober 2017: <https://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2018/03/Familiennachzug-f%C3%BCr-FI%C3%BCchtlinge-in-der-Schweiz.pdf> (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024) (zit. UNHCR-Studie Familiennachzug)

MOTZ STEPHANIE, UNHCR-Studie zur Umsetzung des Flüchtlingsbegriffs in der Schweiz, Juni 2021: <https://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2021/11/20211117-UNHCR-Schweiz-Studie-Art.-1-GFK.pdf> (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024) (zit. UNHCR-Studie zur Umsetzung des Flüchtlingsbegriffs)

OESCH MATTHIAS, Europarecht, Band I, Grundlagen, Institutionen, Verhältnis Schweiz-EU, 2. Aufl., Bern 2019

PFEFFER KRISTIN, Das Recht auf eine gute Verwaltung, Art. II-101 der Grundrechtecharta des Vertrages über eine Verfassung für Europa, Baden-Baden 2006

PLANITZER JULIA, *Article 12 Assistance to Victims*, in: Julia Planitzer/Helmut Sax (Hrsg.), *A Commentary on the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Wien 2020, S. 173 f.

ROHMANN TIM, in: Hruschka Constantin (Hrsg.), Genfer Flüchtlingskonvention, Handkommentar, Baden-Baden 2022

RUCKSTUHL NIKLAUS, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung: StPO / JStPO, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2023

RÜEGG VIKTOR/RÜEGG MICHAEL, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. Auflage, Basel 2017

SALZMANN WOLFGANG, Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat, Thun 1976

SCHAUMANN CLAUDIA, Unentgeltliche Rechtspflege und Forderungsbezeichnung nach nStPO aus Opfersicht, in: *legalis brief StrR*, 19. Juni 2023

SCHWEIZERISCHE VERBINDUNGSSTELLEN-KONFERENZ OPFERHILFEGESETZ, Empfehlung zur Anwendung des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG) vom 21. Januar 2010: https://ch-sodk.s3.eu-west-1.amazonaws.com/media/files/SODK_Empf_Opferhilfe_d_Web_sw_def.pdf (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024)

- SIX JANN, Eheschutz, 2. Auflage, Bern 2014
- SPESCHA MARC, in: Spescha Marc/Zünd Andreas/Bolzli Peter/Hruschka Constantin/de Weck Fanny/Priuli Valerio (Hrsg.), Kommentar Migrationsrecht, 5. Auflage, Zürich 2019
- SPESCHA MARC/BOLZLI PETER/DE WECK FANNY/PRIULI VALERIO, Handbuch für Migrationsrecht, 4. Auflage, Zürich 2020
- STEINMANN GEROLD/SCHINDLER BENJAMIN/WYSS DAMIAN, Art. 29, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid G. Stefan/Schweizer J. Rainer/Ehrenzeller Kaspar/Bernet Andrea Stephanie (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Art. 1 – 72, 4. Auflage, Zürich 2023
- SUTTER ALEXANDER, Folgen von Sozialhilfebezug für Ausländerinnen und Ausländer, in: Achermann Alberto/Boillet Véronique/Caroni Martina/Epiney Astrid/Künzli Jörg/Uebersax Peter (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2020/2021, Bern 2021, S. 17 ff.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Auflage, Bern 2021
- UNHCR, UNHCR Stellungnahme zum Recht auf Freizügigkeit nach Art. 26 der Genfer Flüchtlingskonvention, November 2023: <https://www.refworld.org/docid/657738224.html> (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024) (zit. Recht auf Freizügigkeit nach Art. 26)
- UN-MENSCHENRECHTSAUSSCHUSS, *General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial*, 23. August 2007, UN Doc. CCPR/C/GC/32: <https://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html> (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024)
- VON DANWITZ THOMAS, Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin 2008
- WALDMANN BERNHARD, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015
- WEISSBRODT DAVID/WOLFRUM RÜDIGER, *The Right to a fair Trial*, Heidelberg 1997
- WUFFLI DANIEL/FUHRER DAVID, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019
- ZEHNTNER DOMINIK, in: Gomm Peter/Zehntner Dominik (Hrsg.), Opferhilferecht, 4. Aufl., 2020
- ZIMMERMANN ANDREAS/HERMANN FRANZISKA M., in: Zimmermann Andreas/Einarsen Terje (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, a Commentary*, New York 2024

Materialienverzeichnis

AGENTUR DER EUROPÄISCHEN UNION FÜR GRUNDRECHTE (FRA) und EUROPARAT (Hrsg.), Handbuch zu den europarechtlichen Grundlagen des Zugangs zur Justiz, Luxemburg 2016: https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_DEU.PDF (zuletzt abgerufen am 8. Januar 2024) (zit. FRA, Handbuch Zugang zur Justiz)

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Stellungnahme zu einzelnen Punkten im Gutachten SKMR vom 15. Januar 2015 betreffend die Rechtsnatur der Rechtsvertretung im Testbetrieb für beschleunigte Asylverfahren, 30. März 2015 (zit. Stellungnahme zu einzelnen Punkten des SKMR-Gutachtens)

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Ausgewählte Urteile und Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1. Quartal 2022 (zit. Ausgewählte Urteile)

BUNDESRAT, Botschaft über die Sanierungsmassnahmen 1993 für den Bundeshaushalt, 4. Oktober 1993, BBI 1993 IV 293 (zit. Botschaft Sanierungsmassnahmen)

BUNDESRAT, Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates über die Bekämpfung des Menschenhandels und zum Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz, 17. November 2010, BBI 2011 1 ff. (zit. Botschaft Übereinkommen Menschenhandel)

BUNDESRAT, Zusatzbotschaft zur Änderung des Asylgesetzes (kurzfristige Massnahmen), 23. September 2011, BBI 2011 7325 ff. (zit. Botschaft AsylG 2011)

BUNDESRAT, Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer, 26. Juni 2013, BBI 2013 5975 (zit. Botschaft StGB)

BUNDESRAT, Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes (Neustrukturierung des Asylbereichs), 3. September 2014, BBI 2014 7991 (zit. Botschaft AsylG 2014)

ZUGANG ZUM RECHT

Studie zum Anspruch anerkannter Flüchtlinge auf Rechtsverbeiständung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren

Januar 2024



In Zusammenarbeit mit



UNHCR Büro für die Schweiz und Liechtenstein

Weltpoststrasse 4

CH-3015 Bern

Email: swibe@unhcr.org

www.unhcr.ch