

Melanie Berger / Sarah Progin-Theuerkauf

Afghaninnen in der schweizerischen Asylpraxis

Überlegungen zur Praxisänderung des SEM vom Juli 2023

Der vorliegende Beitrag behandelt die Praxisänderung des SEM, welche per 17. Juli 2023 in Kraft getreten ist und nach der weiblichen Asylsuchenden aus Afghanistan – nach einer Einzelfallprüfung – in der Regel die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wird, da sie als Opfer diskriminierender Gesetzgebung und religiös motivierter Verfolgung betrachtet werden können. Zudem wird das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu asylsuchenden afghanischen Frauen und Mädchen erläutert, das die Praxisänderung des SEM stützt. Thematisiert werden auch zwei Motionen, die sich gegen die Praxisänderung wenden. Der Beitrag schliesst mit einer Gesamtbewertung und kommt zum Schluss, dass die aktuelle Praxis nicht zu beanstanden ist.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge
Rechtsgebiete: Ausländer- und Asylrecht

Zitiervorschlag: Melanie Berger / Sarah Progin-Theuerkauf, Afghaninnen in der schweizerischen Asylpraxis, in: Jusletter 22. April 2024

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Zur Flüchtlingseigenschaft afghanischer Frauen und Mädchen
 - 2.1. Die Flüchtlingseigenschaft nach Flüchtlingskonvention und AsylG
 - 2.2. Die Praxisänderung des SEM vom Juli 2023
3. Bestätigung der Praxisänderung des SEM durch das Bundesverwaltungsgericht
 - 3.1. Zum Sachverhalt
 - 3.2. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts
 - 3.2.1. Argumente des SEM
 - 3.2.2. Argumente der Beschwerdeführerinnen
 - 3.2.3. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts
4. Widerstand gegen die Praxisänderung des SEM
5. Gesamtbewertung

1. Einleitung

[1] Seit der Machtübernahme der Taliban im August 2021 hat sich die Situation von Frauen und Mädchen in Afghanistan kontinuierlich verschlechtert. Sie werden immer stärker aus dem öffentlichen Leben ausgeschlossen und ihrer Rechte beraubt.¹ Angesichts der zunehmenden Unterdrückung afghanischer Frauen hat das Staatssekretariat für Migration (SEM) im Juli 2023 seine Asylpraxis angepasst. Neu wird weiblichen afghanischen Asylsuchenden die Flüchtlingseigenschaft grundsätzlich zuerkannt, wobei dies nicht automatisch geschieht, sondern immer eine Einzelfallprüfung stattfindet.² Diese Praxisänderung wurde im November 2023 durch das Bundesverwaltungsgericht gestützt.³ FDP⁴ und die SVP⁵ haben mit zwei fast gleichlautenden Motionen Widerstand gegen die Aufnahmepraxis in Bezug auf afghanische Frauen und Mädchen angekündigt, was eigentlich in einer parlamentarischen Sondersession Ende Dezember 2023 hätte behandelt werden sollen. National- und Ständerat beschlossen jedoch, die Motion zuerst durch die zuständige Kommission vorprüfen zu lassen, und verschoben die Diskussion.⁶

[2] Der vorliegende Beitrag erläutert sowohl die Praxisänderung durch das SEM, als auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts und führt die Motionen von FDP und SVP einer kritischen Analyse zu. Der Beitrag schliesst mit einer Gesamtbewertung.

¹ «Human Rights Watch» vom 10. August 2023, «Afghanistan: Unterdrückung verschärft sich nach 2 Jahren Taliban-Herrschaft» (<https://www.hrw.org/de/news/2023/08/10/afghanistan-unterdrueckung-verschaerft-sich-nach-2-jahren-taliban-herrschaft>, Website zuletzt besucht am 24. Januar 2024).

² «Staatssekretariat für Migration SEM» vom 26. September 2023, «Faktenblatt «Praxisänderung weibliche afghanische Asylsuchende»», S. 1.

³ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023.

⁴ Motion 23.4247 «Die Anpassung der Praxis bei Asylanträgen afghanischer Bürgerinnen korrigieren» von Philippe Bauer, übernommen durch Damian Müller.

⁵ Motion 23.4241 «Korrektur der Praxisänderung in Bezug auf Asylgesuche von Afghaninnen» von Gregor Rutz.

⁶ «Das Schweizer Parlament» SDA-Meldung vom 20. Dezember 2023, «Auch Ständerat spricht nicht über neue Asylpraxis bei Afghaninnen» (<https://rb.gy/gr7u6y>, Website zuletzt besucht am 25. Januar 2024).

2. Zur Flüchtlingseigenschaft afghanischer Frauen und Mädchen

2.1. Die Flüchtlingseigenschaft nach Flüchtlingskonvention und AsylG

[3] Die Flüchtlingseigenschaft ist in Art. 3 Asylgesetz (AsylG)⁷ geregelt, welcher auf der Flüchtlingsdefinition von Art. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention (FK) von 1951⁸ basiert. Die FK wurde 1955 von der Schweiz ratifiziert. Erfüllt eine Person die Kriterien der Flüchtlingseigenschaft und liegen keine Ausschluss- oder Beendigungsgründe vor (Art. 3 Abs. 2 und 3 AsylG sowie Art. 1 D-F und Art. 1 C FK), hat sie einen völkerrechtlichen Anspruch auf die Gewährung von Schutz, der u.a. die Abschiebung in den Verfolgerstaat verbietet (Art. 33 FK). Dabei besagt Art. 1 A Ziff. 2 FK, dass als Flüchtling eine Person anerkannt wird, die sich «aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen ihrer *Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe* oder wegen ihrer *politischen Überzeugung* ausserhalb ihres Heimatlandes befindet und dessen Schutz nicht beanspruchen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht beanspruchen will». Das Kernelement der Flüchtlingseigenschaft ist somit die *begründete Furcht vor Verfolgung*, wobei der Begriff der Verfolgung in der Flüchtlingskonvention nicht näher definiert wird. Dies lässt darauf schliessen, dass der Verfolgungsbegriff bewusst flexibel gehalten werden sollte, damit eine evolutive Auslegung möglich ist und auch neue Verfolgungssituationen erfasst werden können. Der Verfolgungsbegriff sowie die weiteren Kriterien der Flüchtlingseigenschaft müssen nach h.L. aus einer menschenrechtlichen Perspektive ausgelegt werden («*human rights based approach*»)⁹. Dies ergibt sich auch daraus, dass völkerrechtliche Verträge «*living instruments*» sind und im Sinne einer evolutiven Auslegungsmethode immer unter Berücksichtigung der aktuellen Umstände ausgelegt werden sollten. Eine menschenrechtsbasierte, evolutive Auslegung hat explizit noch keinen Eingang in das AsylG und die schweizerische Asylpraxis gefunden.¹⁰ Statt des Begriffs der Verfolgung spricht Art. 3 Abs. 1 AsylG von «ernsthaften Nachteilen» oder der «begründeten Furcht», «solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden». Art. 3 Abs. 2 AsylG definiert ernsthafte Nachteile als «die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken.» Zudem ist den frauenspezifischen Fluchtgründen Rechnung zu tragen (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 AsylG). Ob die Nachteile ernsthaft, mit anderen Worten intensiv genug, sind, wird anhand eines objektiven und eines subjektiven Elements geprüft. Objektiv muss ein ungerechtfertigter Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut vorliegen. Dabei nennt Art. 3 Abs. 2 AsylG bereits die Gefährdung von Leib, Leben und Freiheit als geschützte Rechtsgüter. Zusätzlich können Verstösse gegen Art. 3 EMRK (Folterverbot) in Frage kommen, sowie weitere Menschenrechtsverletzungen, die für sich allein genommen weniger schwere Eingriffe darstellen, die aber aufgrund ihrer Art, Dauer oder Wiederholung die Anforderungen der objektiven Intensität erfüllen.¹¹ Bezüglich des unerträglichen psychischen Druckes hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass die Voraussetzungen für eine Anerkennung hoch seien.¹² Die Opfer müssten demnach systematisch schweren oder wiederholten Eingriffen

⁷ Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG), SR 142.31.

⁸ Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, SR 0.142.30.

⁹ ANDREAS ZIMMERMANN/Franziska M. Herrmann, Article 1 A, para. 2, Rz. 248 ff., in: Andreas Zimmermann/Terje Einarsen (Hrsg.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, 2. Aufl., Oxford 2024, m.w.N.

¹⁰ MARTINA CARONI/NICOLE SCHEIBER/CHRISTA PREISIG/MONIKA PLOZZA, *Migrationsrecht*, 5. Aufl., Bern 2022, S. 526 f.

¹¹ *Idem*.

¹² BVGE 2010/17, E. 3.3.1.1.

in ihre Grundrechte ausgesetzt sein, welche objektiv betrachtet eine solche Intensität aufweisen, dass die Fortsetzung des Lebens oder des menschenwürdigen Daseins unmöglich oder nur schwer erträglich machen, so dass jede Person in einer analogen Situation sich gezwungen sähe, aus dem Land zu fliehen.¹³ Das subjektive Element umfasst den Umstand, dass der weitere Verbleib oder die Rückkehr in den Heimats- oder Herkunftsstaat, wo der Eingriff in das geschützte Rechtsgut erfolgte oder zu erfolgen droht, unzumutbar ist. Dabei werden Art, Dauer, Schwere, Häufigkeit sowie Systematik der Rechtsgutverletzung berücksichtigt. Die Rechtsgutverletzung muss dabei eine solche Intensität aufweisen, dass der weitere Verbleib im Heimat- oder Herkunftsstaat auch objektiv als unzumutbar erscheint.¹⁴ Als Verfolgungsmotive nennen Genfer Flüchtlingskonvention sowie AsylG abschliessend die Rasse, Religion, Nationalität, politische Anschauung sowie Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, wobei auch diese Begriffe nicht näher definiert werden. Gemäss Art. 2 Abs. 1 AsylG gewährt die Schweiz Flüchtlingen auf Gesuch hin Asyl. Art. 49 AsylG betont dann noch einmal, dass Asyl Personen gewährt wird, die die Flüchtlingseigenschaft besitzen, sofern kein Asylausschlussgrund vorliegt. Asylausschlussgründe sind in den in Art. 53 und 54 AsylG zu finden.

2.2. Die Praxisänderung des SEM vom Juli 2023

[4] Aufgrund der sich zunehmend verschlechternden Lage für Frauen und Mädchen in Afghanistan hat das SEM im Juli 2023 eine Praxisänderung für weibliche afghanische Asylsuchende vollzogen. In einem im September 2023¹⁵ veröffentlichten Faktenblatt hält es explizit fest, dass Frauen und Mädchen aus Afghanistan neu sowohl als Opfer diskriminierender Gesetzgebung als auch einer religiös motivierten Verfolgung betrachtet werden können. Es können aber auch andere flüchtlingsrechtlich relevante Verfolgungsmotive zur Anwendung kommen. Somit ist afghanischen Mädchen und Frauen die Flüchtlingseigenschaft grundsätzlich zuzuerkennen, wobei dies nicht automatisch, sondern erst nach einer Einzelfallprüfung geschieht.¹⁶

[5] Diese Praxisänderung verbessert die Situation weiblicher Asylsuchender aus Afghanistan erheblich, wurde ihnen doch bislang oftmals die Flüchtlingseigenschaft verwehrt. Da der Vollzug der Wegweisung nach Afghanistan aber als unzumutbar erachtet wurde, wurden afghanische Frauen und Mädchen regelmässig vorläufig aufgenommen (Status F). Die vorläufige Aufnahme hat jedoch eine schlechtere Rechtsstellung zufolge, als sie der Flüchtlingsstatus gewährt, insbesondere beim Familiennachzug¹⁷.

[6] Ende August 2023 hielten sich in der Schweiz 3'071 Afghaninnen mit dem Status F auf. Sie haben nun die Möglichkeit, einen Statuswechsel zu beantragen, wobei jeder Antrag einzeln geprüft

¹³ BVGE 2010/17, E. 3.3.1.1.

¹⁴ CARONI/SCHNEIDER/PREISIG/PLOZZA (Fn. 10), S. 527 ff.

¹⁵ Eine Kommunikation an die Öffentlichkeit der Praxisänderung erfolgte bereits am 24. Mai 2023 durch die Stellungnahme des Bundesrates auf die Interpellation 23.3041 «Wie werden Frauen und Mädchen aus Afghanistan in der Schweiz aufgenommen?» von Delphine Klopfenstein Brogini.

¹⁶ «Staatssekretariat für Migration SEM» vom 26. September 2023, «Faktenblatt «Praxisänderung weibliche afghanische Asylsuchende», S. 1.

¹⁷ Art. 85 Abs. 7 AIG. Vgl. aber BVGer, Urteil F-2739/2022 vom 24. November 2022; EGMR, Beschwerde Nr. 6697/18, M.A. / Dänemark, ECLI:CE:ECHR:2021:0709JUD000669718. Demnach muss das Staatssekretariat für Migration bereits sechs Monate vor Ablauf einer Wartefrist von zwei Jahren, d.h. nach eineinhalb Jahren, eine Einzelfallprüfung vornehmen.

wird.¹⁸ Da objektive Nachfluchtgründe im Sinne des Asylgesetzes vorliegen, gilt die Praxisänderung auch für afghanische Frauen und Mädchen, die in der Schweiz über eine Ausländerbewilligung B oder eine Bewilligung C verfügen, falls sie ein nachträgliches Asylgesuch einreichen. Afghaninnen können somit für sich sowie ihre Ehegatten und Kinder ein sogenanntes «Asylfolgesuch» einreichen, das ein Wiedererwägungsgesuch (Art. 111b AsylG), ein Mehrfachgesuch (Art. 111c AsylG) oder ein neues Asylgesuch umfasst.¹⁹

[7] Es ist anzumerken, dass das SEM in dieser Hinsicht nicht etwa eine Vorreiterrolle in Europa eingenommen oder isoliert gehandelt hat, sondern dass die Praxisänderung in einem europäischen Kontext erfolgt ist. Die Europäische Asylagentur (EUAA) hatte nämlich bereits Anfang 2023 bestätigt, dass unter dem Talibanregime weibliche Afghaninnen begründete Furcht vor einer flüchtlingsrechtlich relevanten Verfolgung hätten. Die Empfehlung der Agentur stiess in den Mitgliedstaaten der EU auf breite Akzeptanz. Zwölf europäische Staaten, darunter alle Nachbarländer der Schweiz (bis auf Liechtenstein), haben seither ihre Asylpraxis angepasst.²⁰

[8] Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass sich afghanische Frauen und Mädchen, die bereits in einem anderen EU-Staat registriert wurden, nicht auf die Praxisänderung des SEM berufen können. Diese müssen ihr Asylverfahren im zuständigen Mitgliedstaat durchlaufen und werden im Rahmen eines Dublin-Verfahrens dorthin überstellt.

[9] Mit der Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft haben Afghaninnen ein Recht auf Nachzug von Ehepartner und minderjährigen Kindern (Art. 51 Abs. 4 AsylG). In der Realität wird dieses Recht jedoch nur selten ausgeübt: Zwischen 2022 und 2023 reisten nur etwa zweihundert afghanische Frauen alleine in die Schweiz ein, wobei zwei Drittel von ihnen ledig war. Die grosse Mehrheit der Afghaninnen reist bereits mit ihrer Familie ein.²¹

3. Bestätigung der Praxisänderung des SEM durch das Bundesverwaltungsgericht

[10] Mit Urteil vom 22. November 2023²² hat das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) die Praxisänderung des SEM gestützt, wobei es sich sehr ausführlich mit der Lage der Frauen und Mädchen in Afghanistan auseinandersetzte.

3.1. Zum Sachverhalt

[11] Das Urteil des BVGer betraf zwei afghanische Frauen, die im März 2022 gemeinsam mit ihrer Mutter und jüngeren Geschwistern in die Schweiz eingereist waren und der Ethnie der Hazara angehören. Sie gaben an, ihr Vater sei vor der Machtübernahme der Taliban in Afghanistan als Reporter tätig gewesen. Im Jahre 2017 sei der Vater zweimal von den Taliban entführt worden,

¹⁸ «Staatssekretariat für Migration SEM» vom 26. September 2023, «Faktenblatt «Praxisänderung weibliche afghanische Asylsuchende»», S. 2.

¹⁹ Auskunft des Staatssekretariats für Migration SEM vom 14. März 2024.

²⁰ «Staatssekretariat für Migration SEM» vom 26. September 2023, «Faktenblatt «Praxisänderung weibliche afghanische Asylsuchende»», S. 1.

²¹ *Idem*, S. 2.

²² BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023.

wobei diese ihm zu verstehen gegeben hätten, dass sie alle seine Verwandten kennen würden. 2018 sei dem Vater die Flucht aus Afghanistan gelungen. Im Februar 2022 sei er in der Schweiz als Flüchtling anerkannt worden und habe Asyl erhalten. Mit Ausnahme der beiden volljährigen Schwestern haben die restlichen Familienmitglieder Familienasyl gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG erhalten.²³

[12] Die Schwestern hatten als Hauptgrund für ihre Ausreise aus Afghanistan ihren Vater genannt. Als weitere Gründe für ihre Ausreise nannten sie die allgemeine schlechte Sicherheitslage in Afghanistan und die Tatsache, dass die Taliban sich gezielt gegen Frauen richteten und insbesondere viele Hazaras getötet würden. Nach der Ausreise des Vaters hätten die Taliban versucht, einen Onkel väterlicherseits, der ebenfalls bei den Medien gearbeitet habe, zu entführen. Die Taliban hätten von ihm Informationen über ihren Vater erhalten wollen. Der Onkel befinde sich nun in Deutschland. Die Taliban hätten viele Familienangehörige von Reportern getötet, woraufhin der Vater entschieden habe, dass seine Familie ausreisen solle. Schliesslich sei der Familie die Ausreise aus Afghanistan gelungen, wonach sie im März 2022 im Rahmen des Familiennachzuges in die Schweiz gekommen seien. Seit ihrer Ausreise würden die beiden Schwestern kein Kopftuch oder Hijab mehr tragen.²⁴

[13] Beide Schwestern hatten als Schülerinnen für ein Schulradio gearbeitet. Die ältere Schwester gab an, nach ihrem Schulabschluss nach Kasachstan gegangen zu sein, um dort zu studieren. Die jüngere Schwester hatte nach ihrem Schulabschluss einen dreiwöchigen Aufenthalt in Indien absolviert. Beide Frauen erklärten, dass sie unter den Taliban nicht mehr weiterstudieren könnten und ohne männliche Begleitung das Haus nicht verlassen dürften.

[14] Im September 2022 lehnte das SEM das Asylgesuch der Schwestern ab. Da es aber als unzumutbar erschien, sie zurück nach Afghanistan zu schicken, wurden beide vorläufig aufgenommen. Hiergegen erhoben die Schwestern Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragten, ihnen die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen.²⁵

3.2. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts

[15] Das Urteil beginnt mit allgemeinen Ausführungen zur Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 3 AsylG in Lehre und Rechtsprechung.²⁶ Danach setzte sich das Bundesverwaltungsgericht mit den Argumenten des SEM, mit denen die Ablehnung des Asylgesuchs der Schwestern begründet wurde, auseinander.

3.2.1. Argumente des SEM

[16] Das SEM hatte seine Entscheidung damit begründet, die Schwestern hätten als Hauptgrund für ihre Ausreise die Probleme ihres Vaters und die Machtübernahme der Taliban angegeben. Es sei ihnen jedoch nichts zugestossen und die Taliban hätten sie auch nicht verfolgt. Es habe weder eine zielgerichtete Verfolgung vorgelegen noch ein zeitlich-kausaler Zusammenhang zwischen

²³ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, A.–B., D.

²⁴ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, D.

²⁵ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, F.–G.

²⁶ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, E. 3.1.

der Verfolgung des Vaters und ihrer Ausreise bestanden. Daher hatte das SEM das Vorliegen einer begründeten Furcht vor einer zukünftigen (Reflex-)Verfolgung verneint.

[17] Weiter hatte das SEM argumentiert, die Tätigkeiten der Schwestern beim Schulradio lägen schon zu lange zurück und seien nur von kurzer Dauer gewesen. Die Taliban hätten somit kein erhöhtes Interesse an den Frauen.

[18] Betreffend den Zugang zu Bildung und die Tötung von Hazaras hatte das SEM argumentiert, dass es sich dabei um Probleme im Zusammenhang mit der allgemeinen Lage nach der Machtübernahme durch die Taliban handeln würde. Eine Kollektivverfolgung der Hazara läge nicht vor.²⁷

3.2.2. Argumente der Beschwerdeführerinnen

[19] Die Schwestern argumentieren, sie hätten nach der Flucht ihres Vaters kein normales Leben mehr führen können, ihren Aufenthaltsort regelmässig gewechselt und sich hauptsächlich versteckt gehalten. Es sei ihnen auch nicht möglich gewesen, in Kasachstan respektive in Indien zu bleiben. Aufgrund der Corona-Pandemie habe die Universität in Kasachstan geschlossen und das Aufenthaltsvisum der älteren Schwester sei abgelaufen. Die andere Schwester habe nur für ein Projekt ein Visum für einen dreiwöchigen Aufenthalt in Indien erhalten. Die ganze Familie habe schon unmittelbar nach der Flucht des Vaters Afghanistan verlassen wollen. Dies sei aber nicht möglich gewesen: Einerseits aufgrund der Corona-Pandemie, da es keine Flüge gab und alle Ämter für die Erneuerung der Pässe geschlossen waren, und andererseits wegen fehlender finanzieller Mittel für die Visa der sechsköpfigen Familie. Für eine grosse Familie sei es zu gefährlich gewesen, auf dem Landweg zu fliehen. Der Vater habe schliesslich von der Schweiz aus die Flucht der Familie organisieren können.²⁸

3.2.3. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

[20] In seinem Urteil verwies das Bundesverwaltungsgericht zunächst auf sein Referenzurteil²⁹ aus dem Jahre 2019 zur allgemeinen Lage von Frauen und Mädchen in Afghanistan. In diesem Referenzurteil wurde festgehalten, dass Afghanistan ein äusserst gefährliches Land mit einer tief verwurzelten Diskriminierung von Frauen und Mädchen sei. Den afghanischen Behörden fehle es am Willen sowie der dafür nötigen Infrastruktur, Frauen wirksam zu schützen. Gewalt an Frauen sei weit verbreitet und ende oftmals in der Straflosigkeit der Täter.³⁰ Anschliessend bemerkte das BVGer, es sei nötig, nach der Machtübernahme der Taliban die Lage von Frauen in Afghanistan erneut zu analysieren.³¹ Hiernach listete das Bundesverwaltungsgericht die kontinuierliche und systematische Einschränkung von Frauenrechten chronologisch auf. Das BVGer hielt eindrücklich fest, wie Frauen nach und nach fast alle Rechte genommen wurden. Dabei äusserte es sich auch zur erhöhten Sterblichkeits- und Suizidrate von Frauen und stellte fest, dass Frauen nunmehr vom öffentlichen und politischen Leben weitgehend ausgeschlossen seien. Zudem hätten sie

²⁷ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, E. 4.1.

²⁸ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, E. 4.2.

²⁹ BVGer, Urteil D-3501/2019 vom 21. August 2019, E. 5.4.5.

³⁰ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, E. 5.1.

³¹ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, E. 5.2.

zu Bildung, humanitärer Unterstützung, Arbeit sowie Rechts- und Gesundheitsdienstleistungen nur einen sehr eingeschränkten Zugang. Ihr Leben würde sich fast ausschliesslich auf das eigene Heim beschränken und sie seien überproportional von Nahrungsunsicherheit betroffen. Ihre Menschenrechte würden ständig missachtet und bei Protesten seien sie Drohungen, Schikanen, willkürlichen Verhaftungen und Folter ausgesetzt. Da Frauen nur von Ärztinnen untersucht werden dürften, sie gleichzeitig aber keine höhere Schulbildung mehr erwerben könnten, drohten ihnen laut UNO-Hochkommissariat für Menschenrechte in Zukunft vermeidbare Todesfälle, die als Femizid qualifiziert werden könnten. Weiter stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass Frauen und Mädchen in Afghanistan inzwischen in allen Lebensbereichen diskriminiert würden, wobei es auf die Bereiche Bewegungsfreiheit, Kleidung, Arbeit, Bildung, Verhalten und Zugang zu Justiz, Gesundheit sowie politische Teilnahme detailliert einging.³²

[21] Insgesamt folgerte das Bundesverwaltungsgericht, dass afghanische Frauen in einem Umfeld geprägt von Unsicherheit und Angst leben müssten und jegliche Fortschritte bezüglich ihrer Rechte zunichte gemacht worden seien. Es bestehe ein systematischer und institutionalisierter Ausschluss von Frauen und ihren Rechten.³³

[22] Anschliessend thematisierte das Bundesverwaltungsgericht einen früheren Grundsatzentscheid bezüglich frauenspezifischer Verfolgung gemäss Art. 3 Abs. 2 AsylG. Dieser habe klargestellt, dass ein Verfolgungsmotiv nach Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 AsylG auch dann gegeben sein könne, wenn eine Verfolgung ausschliesslich aufgrund des Geschlechtes erfolgt. Die in Art. 3 Abs. 1 AsylG genannten Verfolgungsmotive müssten in einem solchen Falle nicht explizit vorliegen. Bei der historischen Auslegung von Art. 3 Abs. 2 AsylG lasse sich klar erkennen, dass eine völkerrechtskonforme Anwendung im Lichte von Art. 1 A Ziff. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention garantiert werden solle. In diesem Sinne sollten sich die frauenspezifischen Fluchtgründe auf alle Elemente des Flüchtlingsbegriffs beziehen können. Andere Vertragsstaaten der Genfer Flüchtlingskonvention sowie das UNHCR folgten dieser Auslegung und ordneten Verfolgungen aufgrund des Geschlechts dem Verfolgungsmotiv der sozialen Gruppe zu. Die Schweizer Asylpraxis habe in der Vergangenheit davon abgesehen, Definitionen der konventionsrechtlichen Verfolgungsmotive zu erarbeiten und darauf solle auch zukünftig verzichtet werden. Es sei relevant, den Flüchtlingsbegriff zeitgemäss auszulegen und nicht von bestimmten Definitionen der Verfolgungsmotive abhängig zu machen, da ausschliesslich der Verfolger definiere, wen er aus welchem Grunde verfolge. Deshalb sei allein ausschlaggebend, ob jemand aufgrund äusserer Merkmale verfolgt werde oder eine Verfolgung drohe, die untrennbar mit der Person oder Persönlichkeit der betroffenen Person verknüpft sei. Da das Element der Diskriminierung in der flüchtlingsrechtlichen Verfolgung bereits enthalten sei und die Abgrenzung, ob eine Diskriminierung oder eine flüchtlingsrechtliche Verfolgung vorliege, anhand der Intensität des Eingriffes erfolgen müsse, müsse nicht näher geprüft werden, ob Frauen eine bestimmte soziale Gruppe bildeten. Ein Verfolgungsmotiv gemäss Art. 3 Abs. 1 AsylG und Art. 1 A Ziff. 2 der Genfer Flüchtlingskonvention liege vor, wenn ein Verfolger mit gezielten Massnahmen versuche, das weibliche Geschlecht zu unterdrücken. Eine solche Auslegung stünde im Einklang mit Ziel und Zweck von Art. 3 AsylG, berücksichtige die antidiskriminatorische Zielsetzung der Genfer Flüchtlingskonvention, trage

³² BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, E. 5.5.

³³ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, E. 5.6.

zur Weiterentwicklung der frauenspezifischen Menschenrechte bei und erfülle eine zeitgemässe völkerrechtskonforme Auslegung des Flüchtlingsbegriffs.³⁴

[23] Des Weiteren erwähnte das Bundesverwaltungsgericht die Vereinbarkeit einer solchen Rechtsprechung mit dem Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau³⁵, welches von der Schweiz ratifiziert wurde.³⁶

[24] Zuletzt folgte das Bundesverwaltungsgericht, dass für Frauen und Mädchen ein selbstbestimmtes Leben in Afghanistan aktuell nicht möglich sei und sie unter dem Talibanregime einem unerträglichen psychischen Druck gemäss Art. 3 Abs. 2 AsylG ausgesetzt seien, der ein menschenwürdiges Leben verunmöglichen würde. Somit stellten die Diskriminierungen, denen Frauen und Mädchen in Afghanistan ausgesetzt seien, ein flüchtlingsrechtlich erhebliches Verfolgungsmotiv dar, unabhängig davon, ob Afghaninnen eine bestimmte soziale Gruppe bilden. Mit ihrer Flucht aus Afghanistan brächten Frauen und Mädchen zum Ausdruck, dass dieser psychische Druck für sie nicht mehr erträglich gewesen sei.³⁷

[25] Da es sich bei den beiden Beschwerdeführerinnen um zwei junge, ledige afghanische Frauen handle, seien sie in Afghanistan dem Risiko der Zwangsheirat ausgesetzt und hätten keine Möglichkeit, eine Ausbildung abzuschliessen oder einen Beruf auszuüben. Zudem seien sie gezwungen, sich diskriminierenden Regeln zu unterwerfen, wobei sie bei Übergriffen auf ihre physische und psychische Integrität wahrscheinlich keinen Schutz erhalten würden. Anlässlich ihres Hintergrundes sei es ausser Frage, dass die zwei Frauen bei einer Rückkehr nach Afghanistan kein menschenwürdiges Leben mehr führen könnten.³⁸

[26] Nach alledem erkannte das Bundesverwaltungsgericht die Flüchtlingseigenschaft der beiden Frauen an und wies das SEM an, ihnen Asyl zu gewähren.³⁹

4. Widerstand gegen die Praxisänderung des SEM

[27] Mit zwei fast gleichlautenden Motionen haben FDP⁴⁰ und SVP⁴¹ gefordert, die Praxisänderung des SEM bezüglich Afghaninnen wieder rückgängig zu machen. Das entscheidende Kriterium solle das Herkunftsland und nicht die Staatsangehörigkeit einer Person sein. Die beiden Motionen wurden damit begründet, dass die Asylzahlen in letzter Zeit stark angestiegen seien und die Voraussetzungen für den Erhalt des Asyls durch die neue Praxis massgeblich abgesenkt würden, was mit der Möglichkeit des Familiennachzugs einhergehe. Befürchtet werde eine Sogwirkung (Pull-Effekt) einerseits von Afghanen, die sich in den Nachbarländern aufhielten, andererseits direkt aus Afghanistan, was die ohnehin angespannte Asylsituation in der Schweiz weiter verschärfe. Zudem würden Europas Bemühungen untergraben, die Asylkrise in den Griff zu be-

³⁴ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, E. 6.1.

³⁵ Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979, SR 0.108.

³⁶ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, E. 6.2.

³⁷ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, E. 6.4.

³⁸ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, E. 6.5.

³⁹ BVGer, Urteil D-4386/2022 und D-4390/2022 vom 22. November 2023, E. 6.7.

⁴⁰ Motion 23.4247 «Die Anpassung der Praxis bei Asylanträgen afghanischer Bürgerinnen korrigieren» von Philippe Bauer, übernommen durch Damian Müller.

⁴¹ Motion 23.4241 «Korrektur der Praxisänderung in Bezug auf Asylgesuche von Afghaninnen» von Gregor Rutz.

kommen. Des Weiteren werde Sekundärmigration verstärkt. Afghanen wanderten aus sicheren Drittstaaten in die Schweiz ein und würden sich kaum integrieren. Somit würden die Kosten für Sozialhilfe und das Asylwesen weiter steigen.

[28] Wie bereits erwähnt, wurde die Debatte, die eigentlich in einer Sondersession im Dezember 2023 hätte stattfinden sollen, verschoben.

5. Gesamtbewertung

[29] Die Praxisänderung des SEM vom Juli 2023 in Bezug auf weibliche Asylsuchende aus Afghanistan sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, das diese Praxis stützt, sind insgesamt zu begrüßen und bewegen sich innerhalb der internationalen Verpflichtungen der Schweiz. Es ist Kern einer jeden sachgerechten Asylpraxis, die aktuelle Situation in den Herkunftsländern laufend neu zu beurteilen und die Praxis ggf. anzupassen.

[30] In Bezug auf Afghanistan bestehen keine Zweifel an der Beurteilung der Situation: Die allgemeine Lage in Afghanistan hat sich nach der Machtübernahme der Taliban in kürzester Zeit massiv verschlechtert und die etappenweise erfolgte Entrechtung von Frauen ist durch Berichte internationaler Organisationen und Medien aus aller Welt zweifelsfrei belegt. Die Unterdrückung von Frauen in Afghanistan ist von einer weltweit einzigartigen flächendeckenden Härte und Intensität. Angesichts der gut dokumentierten und bekannten Diskriminierung und Unterdrückung von Frauen und Mädchen in Afghanistan wäre es falsch, ihnen die Flüchtlingseigenschaft zu verweigern.

[31] Zudem muss betont werden, dass die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft auch unter der neuen Praxis nicht automatisch geschieht. In jedem Fall wird wie bisher eine Einzelfallprüfung durchgeführt. Weibliche afghanische Asylsuchende, für die ein anderer Dublin-Staat zuständig ist, werden in diesen zurückgeführt. Auch Rückführungen in sichere Drittstaaten bleiben möglich.

[32] Von der Praxisänderung des SEM sind also hauptsächlich Afghaninnen betroffen, die sich bereits in der Schweiz aufhalten und bislang nur den Status einer vorläufigen Aufnahme erhalten haben. Es ist zu beachten, dass deren Folgegesuche das Asylsystem sowie die Unterbringungsstrukturen nicht zusätzlich belasten, da die betreffenden Personen bereits seit längerer Zeit in der Schweiz anwesend sind. Die Praxisänderung des SEM erleichtert zudem das Verfahren für Afghaninnen, denen die Flucht aus Afghanistan gelungen ist und die aus einem unsicheren Drittstaat einreisen. Eine Flucht dürfte aber nur wenigen Frauen gelingen, da es für sie nahezu unmöglich ist, überhaupt aus Afghanistan auszureisen. Von den 5'500 Personen, die im Jahre 2023 aus Afghanistan in die Schweiz eingereist sind und ein Asylgesuch gestellt haben, waren lediglich 700 Frauen und Mädchen. Da viele europäische Staaten in Bezug auf Afghaninnen die gleiche Asylpraxis verfolgen wie die Schweiz, kann auch nicht angenommen werden, dass die Schweiz nun ein besonders attraktives Zielland wird. Im November 2023 war die Anzahl der neuen Asylgesuche (ca. 400 Gesuche) sogar dreimal kleiner als im November 2022 (ca. 1'200 Gesuche).⁴² Der von FDP und SVP befürchtete Pull-Effekt (Sogwirkung) ist somit nicht nachweisbar.

⁴² Auskunft des Staatssekretariats für Migration (SEM) vom 14. März 2024.

[33] Zudem lässt sich auch das Argument der befürchteten Sekundärmigration leicht entkräften, da eine Überstellung in einen sicheren Drittstaat nach wie vor möglich ist. Bei der vom SEM durchgeführten Einzelfallprüfung wird durchaus berücksichtigt, aus welchem Drittstaat die weiblichen afghanischen Asylsuchenden kommen. Wie bereits erwähnt, reisen Afghaninnen bislang hauptsächlich gemeinsam mit ihren Familien ein. Auch sind nur wenige Frauen allein eingereist und davon war der grösste Teil ledig. Es kann somit nicht davon ausgegangen, dass die Schweiz aufgrund von Familiennachzugsmöglichkeiten afghanischer Frauen erheblich belastet wird. Die durch die Praxisänderung entstehenden Mehrkosten sollten sich also im Rahmen halten.

[34] Schliesslich ist die Behauptung unzutreffend, die Praxisänderung des SEM untergrabe die Bemühungen der europäischen Union, die Asylkrise in den Griff zu bekommen. Vielmehr stimmt die Praxis der Schweiz mit der der meisten europäischen Staaten überein und richtet sich nach den Empfehlungen der Europäischen Asylagentur (EUAA). Die in den beiden Motionen vorgebrachten Argumente erweisen sich somit insgesamt als unzutreffend. Eine andere Praxis als die aktuelle würde vielmehr den Anforderungen der Genfer Flüchtlingskonvention nicht gerecht.

[35] Insgesamt ist daher die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu begrüssen. Das Gericht setzt sich detailliert und sachlich fundiert mit der aktuellen Unterdrückung und Diskriminierung von Frauen und Mädchen in Afghanistan auseinander. Zu kritisieren ist allerdings, dass sich das Bundesverwaltungsgericht nicht zur Frage äussert, ob afghanische Frauen eine soziale Gruppe bilden (was wohl zu bejahen wäre), sondern auf die frauenspezifischen Fluchtgründe nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 AsylG verweist. Hier wäre eine klare Position, wie sie zuletzt der EuGH zu Frauen in der Türkei, die häuslicher Gewalt ausgesetzt sind⁴³, eingenommen hat, wünschenswert.

MELANIE BERGER, MLaw, ist Diplomassistentin und Doktorandin am Lehrstuhl für Europarecht und Migrationsrecht und am Institut für Europarecht der Universität Fribourg.

Prof. SARAH PROGIN-THEUERKAUF ist ordentliche Professorin und Inhaberin des Lehrstuhls für Europarecht und Migrationsrecht an der Universität Fribourg.

⁴³ EuGH, Rs. C-621/21, Intervyuirasht organ na DAB pri MS (Femmes victimes de violences domestiques), ECLI:EU:C:2024:47.