

TEIL II: SCHUTZGEWÄHRUNG

Drittstaatsangehörige Menschenhandelsopfer ohne Aufenthaltsrecht sind im Aufenthaltsstaat besonders vulnerabel.⁷³⁶ Viele Opfer sind zudem im Fall einer Rückkehr in ihren Heimatstaat in Gefahr, Menschenrechtsverletzungen zu erleiden, beispielsweise durch re-trafficking, Vergeltungsmassnahmen oder soziale Sanktionen (durch die Familie oder die lokale Gemeinschaft).⁷³⁷ Die völkerrechtlichen Vorgaben verpflichten die Staaten deshalb dazu, die Voraussetzungen zu schaffen, um den Aufenthalt der Opfer zu regularisieren, entweder aufgrund ihrer persönlichen Situation oder für ihre Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden.⁷³⁸

Das vorliegende Kapitel analysiert die Voraussetzungen für diese aufenthaltsrechtliche Schutzgewährung für Menschenhandelsopfer im Asylverfahren in der Schweiz: § 5 untersucht die Flüchtlingseigenschaft von Menschenhandelsopfern basierend auf den völkerrechtlichen Vorgaben des internationalen Flüchtlingsrechts. Als eine Querschnittsfrage taucht in der Praxis immer wieder das Problem der Glaubhaftigkeitsbeurteilung der Aussagen von (potentiellen) Menschenhandelsopfern auf und wird deshalb hier im Rahmen eines Exkurses (§ 6) behandelt. § 7 befasst sich mit der innerstaatlichen Frage der Asylgewährung und prüft, ob allfällige Asylausschlussgründe auf die Situation von Menschenhandelsopfern anwendbar sind. § 8 untersucht, unter welchen Voraussetzungen der Wegweisungsvollzug von Menschenhandelsopfern, denen kein Asyl gewährt wird, unzulässig oder unzumutbar ist und deshalb eine vorläufige Aufnahme angeordnet werden muss.

Ein Vergleich aller zur Verfügung stehenden Aufenthaltsoptionen für Menschenhandelsopfer unter Berücksichtigung des Ausländerrechts findet sich im Rahmen des Kapitels zur Aufenthaltsregularisierung in Teil III.⁷³⁹

736 Vgl. Baglay, S. 402.

737 Gauci, S. 172.

738 Siehe oben, S. 208 ff.

739 Unten, S. 475 ff.

§ 5 Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft von Menschenhandelsopfern

I. Einführung

Dass Menschenhandelsopfer die Flüchtlingseigenschaft erfüllen können, wird bereits in den relevanten Menschenhandelsbekämpfungsabkommen anerkannt: Sowohl das Palermo-Protokoll wie die Europaratskonvention enthalten eine Vorbehaltsklausel zugunsten der Genfer Flüchtlingskonvention.⁷⁴⁰ Alleine das Vorliegen der Opfereigenschaft macht eine von Menschenhandel betroffene Person aber noch nicht zum Flüchtling. Flüchtlingsrechtlich ist vielmehr erforderlich, dass die kumulativen Elemente der Flüchtlingseigenschaft im Einzelfall erfüllt sind. Die Tatsache, dass die betreffende Person ein Opfer von Menschenhandel im Sinne der Definition⁷⁴¹ ist, spielt also vordergründig keine Rolle für die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft. Denn diese Prüfung erfolgt anhand anderer rechtlicher Tatbestandsvoraussetzungen: Besteht begründete Furcht, bei einer Rückkehr ins Heimatland Verfolgung zu erleiden? Knüpft diese Verfolgung an ein Konventionsmerkmal an? Gibt es dagegen staatlichen Schutz im Heimatland? Dies sind vom Menschenhandelsbekämpfungsrecht und der Menschenhandelsdefinition unabhängige rechtliche Tatbestandsvoraussetzungen. Dennoch kann die Frage, ob eine Person Opfer von Menschenhandel im Sinne der Definition ist, bei der Analyse hilfreich sein, ob die Flüchtlingseigenschaft vorliegt. Wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird, kann das Menschenhandelsbekämpfungsrecht beispielsweise herangezogen werden für die Feststellung, ob die erlittene oder befürchtete Behandlung Verfolgung darstellt, ob der verfügbare staatliche Schutz genügend ist oder ob ein Asylausschluss in Form eines subjektiven Nachfluchtgrundes vorliegt. Ohne Beachtung des spezifischen menschenhandelsrechtlichen Schutzsystems wäre die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft bei einem potentiellen Menschenhandelsopfer in aller Regel unvollständig und damit rechtsfehlerhaft.

740 Art. 40 Abs. 4 Europaratskonvention, Art. 14 Abs. 1 Palermo-Protokoll.

741 Zur Definition von „Menschenhandelsopfer“ siehe oben, S. 51 ff.

Für die Flüchtlingseigenschaft spielt insbesondere eine Rolle, an welchem Ort in Zukunft Verfolgung befürchtet wird. Nur wenn die Verfolgung im Herkunftsland droht (und dieser Staat dagegen keinen effektiven Schutz gewähren kann und will), liegt eine flüchtlingsrelevante Verfolgung vor.⁷⁴² Hinzu kommt, dass nur Drittstaatsangehörige in der Schweiz asylrechtlichen Schutz erhalten können. Der bisherige Ort der Ausbeutung, sei es in der Schweiz, in einem Drittland oder sogar im Heimatland, spielt für die Frage, ob bei Rückkehr in das Heimatland Verfolgung droht, nur eine untergeordnete Rolle. Schliesslich kann ein Asylgesuch auch begründet sein, wenn die Person vorbringt, sie sei noch nicht Opfer von Menschenhandel geworden, befürchte aber es zu werden, wenn sie in ihr Herkunftsland zurückkehre.

Die Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft von Menschenhandelsopfern wurde in der Schweiz bislang kaum diskutiert. Das Bundesverwaltungsgericht zeigt noch keine erkennbare Linie bei der Beurteilung von Asylgesuchen von Menschenhandelsopfern.⁷⁴³ Das SEM hat seit 2014 in 26 Fällen bei potentiellen Menschenhandelsopfern Asyl gewährt (davon 11 Mal bei Staatsangehörigen aus Eritrea).⁷⁴⁴ Von den analysierten Falldossiers wurde in lediglich einem Fall, nämlich Fall Nr. 7745, Asyl gewährt; allerdings ist aus dem Dossier nicht ersichtlich, welche Elemente nach Ansicht des SEM die Flüchtlingseigenschaft begründeten.

Innerhalb seiner Vorgaben zum Umgang mit geschlechtsspezifischer Verfolgung hat das SEM eine Praxis zur Beurteilung von Asylgesuchen von Opfern der „Zwangsprostitution“⁷⁴⁶ entwickelt.⁷⁴⁷ Andere Formen des Menschenhandels, insbesondere der Handel zum Zweck der Arbeitsaus-

742 UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 26 f.

743 Im Juli 2016 hat sich das Gericht erstmals ausführlich mit Menschenhandel im Asylbereich befasst; das Urteil befasst sich jedoch nicht mit der materiellen Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft, sondern mit der verfahrensrechtlichen Umsetzung der Identifizierungspflicht: BVGE 2016/27.

744 Siehe die Statistiken in der Einleitung, S. 60 ff.

745 Siehe oben, S. 70 ff.

746 „Zwangsprostitution“ ist kein rechtlicher Begriff und wird deswegen in dieser Arbeit nur dort verwendet, wo die Terminologie anderer Quellen übernommen werden muss. Ansonsten wird entsprechend der Definition im Palermo-Protokoll und in der Europaratskonvention der Begriff „sexuelle Ausbeutung“ verwendet.

747 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, D7 Die Geschlechtsspezifische Verfolgung, S. 13. Siehe auch die Darstellung bei Barzé-Loosli, S. 92 ff.

beutung oder der Handel mit Männern, sind somit nicht von einer einheitlich vorgegebenen Praxis des SEM erfasst.

Dieser Fokus auf „Zwangsprostitution“ und auf Frauenhandel ist ein weit verbreitetes Phänomen, nicht nur im Asylbereich. Selbst in der Doktrin zur Flüchtlingseigenschaft von Menschenhandelsopfern fokussieren zahlreiche Autorinnen und Autoren einseitig auf den Handel mit Frauen zum Zweck der sexuellen Ausbeutung.⁷⁴⁸ SUSAN KNEEBONE erklärt dies damit, dass diese Konstruktion von Menschenhandel als sexuelle Ausbeutung schon das Palermo-Protokoll stark beeinflusst hat und von dort aus auf das Flüchtlingsrecht „übergefärbt“ hat.⁷⁴⁹ Die nachfolgende Untersuchung wird diesen Befund an vielen Stellen bestätigen.

Die nachfolgenden Ausführungen zur Flüchtlingseigenschaft von Menschenhandelsopfern folgen einem systematischen Ansatz: Nach der Diskussion einiger grundsätzlicher Prämissen bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft werden die einzelnen Elemente der Flüchtlingseigenschaft der Reihe nach behandelt, wobei jeweils zuerst die allgemeinen Vorgaben dargestellt werden und danach die Besonderheiten, die bei Menschenhandel zu berücksichtigen sind. Der Fokus liegt auf der Praxis in der Schweiz unter Einbezug der internationalen Literatur; selektiv wird auch die Rechtsprechung von Nachbarländern der Schweiz (insb. Deutschland, Frankreich und Österreich) mit einbezogen.

II. Der Flüchtlingsbegriff

1. Die rechtliche Normierung des Flüchtlingsbegriffs

Ausgangspunkt und Grundlage des Flüchtlingsbegriffs ist die Genfer Flüchtlingskonvention (GFK).⁷⁵⁰ Deren Art. 1 A Abs. 2 definiert den Begriff „Flüchtling“ als eine Person, *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 bean-*

748 So u.a. Foster/Dorevitch; Piotrowicz, *Trafficking and International Protection*; Saito; Christensen; Shearer Demir; Knight; Pomeroy.

749 Kneebone, *Human Trafficking and Refugee Women*, S. 197.

750 Siehe zur Flüchtlingskonvention grundlegend auch oben in § 3 (S. 141 ff.).

spruchen will. Der sich in Art. 3 Abs. 1 AsylG findende innerstaatliche Flüchtlingsbegriff enthält sprachlich zwar einige Abweichungen, soll aber inhaltlich deckungsgleich sein.⁷⁵¹ Flüchtlinge sind demnach *Personen, die in ihrem Heimatstaat oder im Land, in dem sie zuletzt wohnten, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden*. Abs. 2 dieser Bestimmung präzisiert, dass als ernsthafte Nachteile „namentlich die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken“ gelten sollen und den *frauenspezifischen Fluchtgründen Rechnung zu tragen* ist. Diese inhaltliche Übereinstimmung gewährleistet insbesondere, dass Weiterentwicklungen des völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriffs dynamisch in die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 AsylG einfließen können.

Flüchtling ist nur, wer neben diesen „Einschlussgründen“ auch keinen der „Ausschluss“- oder „Beendigungsgründe“ nach Art. 1 D-F GFK und Art. 3 Abs. 3 und 4 AsylG⁷⁵² resp. Art. 1 C GFK erfüllt. Die Ausschlussgründe betreffen Personen, die bereits anderweitigen Schutz der Vereinten Nationen geniessen, aus sonstigen Gründen keinen internationalen Schutz benötigen oder davon ausgeschlossen werden, weil sie schwere Menschenrechtsverletzungen oder andere schwere Verbrechen begangen haben. Sie sind im Schweizerischen Asylgesetz nicht enthalten, werden aber in der Praxis, da sie *self-executing* sind, unmittelbar gestützt auf die GFK angewendet.⁷⁵³ Die Beendigungsgründe finden sich in Art. 1 C GFK und

751 Das hat die damalige ARK in ihrem Entscheid EMARK 2006/18 E. 7 unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte von Art. 3 AsylG festgehalten: Abweichungen im Wortlaut von Art. 3 AsylG sollen nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich einer sprachlichen Verdeutlichung des völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriffs dienen. Siehe auch Kälin, Asylverfahren, S. 28.

752 Die Ausschlussgründe von der Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 3 Abs. 3 und 4 AsylG sind weitgehend symbolischer Natur, da gemäss ihrem Wortlaut die Einhaltung der Flüchtlingskonvention vorbehalten bleibt, siehe Frei u. a., *La lutte contre les abus*, Rz. 18; Stöckli, *Kriminell im Heimatland*, S. 126. Die Rechtslage bezüglich Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft bleibt also dieselbe wie vor der Gesetzesrevision, siehe BVGE 2015/3 E. 5.1 ff. Ohnehin wäre eine völkerrechtskonforme Anwendung von Abs. 3 und Abs. 4 kaum denkbar, siehe Hruschka, *Kommentar AsylG*, Art. 3 N 28.

753 Siehe BVGE 2008/34 E. 5.2; siehe auch Kälin, *Asylverfahren*, S. 166.

betreffen Personen, von denen man annimmt, dass sie den Flüchtlingschutz nicht mehr benötigen, weil sie individuell aufgehört haben, Flüchtling zu sein. Auch sie werden in der Schweiz direkt gestützt auf die GFK als Beendigungsgründe der Flüchtlingseigenschaft angewendet. Zudem gelten sie auch als Asylbeendigungsgründe nach Art. 63 Abs. 1 lit. b AsylG. Bei Menschenhandel stellen sich hier keine spezifischen Sonderfragen, deshalb wird im Folgenden nicht auf die Ausschluss- und Beendigungsgründe eingegangen.⁷⁵⁴

Die Anerkennung als Flüchtling hat deklaratorischen, nicht konstitutiven Charakter. Das bedeutet, dass eine Person nicht erst mit dem Entscheid der Asylbehörde zum Flüchtling wird, sondern bereits in dem Moment, in dem sie sämtliche Elemente der Flüchtlingsdefinition erfüllt.⁷⁵⁵

2. Elemente der Flüchtlingsdefinition und Prüfschema

Der oben ausgeführten Flüchtlingsdefinition lassen sich fünf kumulativ zu erfüllende Elemente entnehmen:

- Aufenthalt ausserhalb des Heimatstaates
- aus begründeter Furcht,
- aufgrund eines der fünf Konventionsmerkmale
- verfolgt zu werden/ernsthafte Nachteile zu erleiden,
- ohne die Möglichkeit, staatlichen Schutz in Anspruch nehmen zu können.

Ein allgemein verwendetes Prüfschema existiert zwar nicht. Die Elemente müssen aber zwingend einzeln geprüft werden, um Fehler zu vermeiden, die sich aus einer Vermischung der Einschlussgründe ergeben.⁷⁵⁶ Da insbesondere das Vorliegen eines Konventionsmerkmals erst dann sinnvoll geprüft werden kann, wenn feststeht, worin die Verfolgungshandlung besteht und ob dagegen staatlicher Schutz vorhanden ist, ist die nachfolgend

754 Die Frage, wie mit Opfern umgegangen werden muss, die sich im Rahmen ihrer Menschenhandelserfahrung strafbar gemacht haben, beispielsweise wegen Verstössen gegen das Betäubungsmittelstrafrecht oder gegen gewerbepolizeiliche Auflagen, wird unter dem Aspekt der Asylunwürdigkeit (siehe unten, S. 313 ff.) und nicht dem Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft behandelt, da unter letzteren nur sehr schwerwiegende Straftaten fallen.

755 UNHCR, Handbuch, Ziff. 28.

756 „Trennungsprinzip“, siehe Marx, Religiöse Verfolgung, S. 4 sowie auch die Systematik der Qualifikationsrichtlinie in Art. 9 ff. QRL.

dargestellte Reihenfolge zweckmässig und wird deshalb im weiteren Verlauf der Untersuchung angewendet:

1. Aufenthalt ausserhalb des Herkunftsstaats
2. Verfolgung / ernsthafte Nachteile
3. Staatlicher Schutz und Abwesenheit internen Schutzes
4. Konventionsmerkmal
5. Begründete Furcht.

3. Auslegungsgrundsätze der Flüchtlingseigenschaft

Die Flüchtlingsdefinition ist stark auslegungsbedürftig. Im Folgenden werden die Grundsätze, die für die Auslegung der Flüchtlingsdefinition im vorliegenden Kontext relevant sind, erläutert. Zunächst ist von Bedeutung, dass die Flüchtlingseigenschaft grundsätzlich *völkerrechtlich* nach den Regeln der VRK auszulegen ist (3.1.). Ein Resultat dieser völkerrechtlichen Auslegung ist die Notwendigkeit der Berücksichtigung der menschenrechtlichen Dogmatik bei der Auslegung der Flüchtlingsdefinition. Wie genau diese *menschenrechtliche Auslegung* umgesetzt werden soll, ist Gegenstand anhaltender Diskussionen auf akademischer und praktischer Ebene (3.2.). Schliesslich ist insbesondere auch im vorliegenden Kontext eine *geschlechtersensible Auslegung* geboten (3.3.).

3.1. Die Massgeblichkeit der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden

Der Flüchtlingsbegriff von Art. 3 Abs. 1 AsylG entspricht trotz Abweichungen im Wortlaut dem völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriff.⁷⁵⁷ Aufgrund des Vorrangs von Völkerrecht vor Landesrecht⁷⁵⁸ ist die Flücht-

757 Siehe oben, S. 222.

758 Der Vorrang des Völkerrechts ergibt sich aus der Verpflichtung, Verträge nach Treu und Glauben zu erfüllen (Grundsatz des *pacta sunt servanda*: Art. 26 VRK). Art. 27 VRK bestimmt zudem, dass sich ein Staat nicht auf innerstaatliches Recht berufen kann, um die Nichterfüllung eines völkerrechtlichen Vertrages zu rechtfertigen.

lingseigenschaft deshalb völkerrechtlich⁷⁵⁹ auszulegen.⁷⁶⁰ Mit anderen Worten ist eine Auslegung, unabhängig davon ob sie sich auf Art. 3 AsylG oder auf Art. 1A Abs. 1 GFK stützt, mittels der völkerrechtlichen und nicht der landesrechtlichen Auslegungsmethoden durchzuführen. Diese Vorgehensweise entspricht auch der Schweizer Asylrechtspraxis. Das Bundesverwaltungsgericht wie auch davor die ARK nehmen bei Grundsatzurteilen und Praxisänderungen insbesondere Bezug auf die Staatenpraxis und die Empfehlungen von UNHCR.⁷⁶¹

3.2. Die menschenrechtliche Auslegung des Flüchtlingsbegriffs

Zwischen Flüchtlingsrecht und internationalem Menschenrechtsschutz ist schon aus der Entstehungsgeschichte eine thematische Nähe und gemeinsame Entwicklung zu sehen. Sowohl die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte als auch die Flüchtlingskonvention erwachsen beide aus den Schrecknissen des Zweiten Weltkriegs und beruhen auf dem Grundgedanken des Schutzes der Menschenwürde einer jeden Person.⁷⁶²

759 Ein völkerrechtlicher Vertrag wird gemäss Art. 31 Abs. 1 VRK „nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes“ ausgelegt. Der Ausgangspunkt ist somit die grammatikalische Auslegung nach dem Wortlaut des Vertrages in den Originalsprachen Englisch und Französisch. Auslegung nach Ziel und Zweck bedeutet, dass jene Auslegung zu wählen ist, die dem Vertragszweck am besten zur Geltung verhelfen kann. Bei der systematischen Auslegung werden sowohl der Zusammenhang der Normen innerhalb des Vertrages als auch die nachfolgende Staatenpraxis berücksichtigt (Art. 31 Abs. 2 VRK). Dazu gehören nicht nur die übrigen Bestimmungen des Vertrages, sondern auch andere Verträge zwischen den Vertragsparteien zu gleichartigen oder verwandten Themen. Ergänzend, wenn also keine dieser Auslegungsmethoden ein sinnvolles Resultat liefert, kann auf die historische Auslegung unter Betrachtung der Entstehungsgeschichte des Vertrages zurückgegriffen werden (Art. 32 VRK).

760 BVGE 2008/34 E. 5.1; EMARK 2006/18 E. 7; EMARK 2006/32 E. 8.2; siehe auch Kälin, Asylverfahren, S. 28; Stöckli, Asyl, Rz. 8.14.

761 Siehe beispielsweise BVGE 2011/51 E. 8.5.2 oder EMARK 2006/18 E. 7.

762 Binder, S. 28. Zur Entstehung der Genfer Flüchtlingskonvention siehe oben, S. 141 ff.

Aus diesem Grund argumentieren Doktrin⁷⁶³ und UNHCR⁷⁶⁴ in Anwendung der völkerrechtlichen Auslegungsregeln dafür, dass der Flüchtlingsbegriff im Lichte internationaler Menschenrechtsverträge auszulegen ist. Diese menschenrechtlich fundierte Definition des Flüchtlingsbegriffs wird aus einer systematischen sowie einer teleologischen Auslegung der Flüchtlingskonvention hergeleitet. Die *teleologische Auslegung* fragt nach dem Ziel und Zweck eines Vertrags. Dieser ist aus Vertragstext und Präambel zu ermitteln.⁷⁶⁵ In den ersten zwei ihrer sechs Präambeln nimmt die Flüchtlingskonvention Bezug auf die Menschenrechte:

„In der Erwägung, dass die Charta der Vereinten Nationen und die am 10. Dezember 1948 von der Generalversammlung angenommene allgemeine Erklärung der Menschenrechte den Grundsatz bestätigt haben, dass die Menschen ohne Unterschied die Menschenrechte und Freiheitsrechte genießen sollen, in der Erwägung, dass die Vereinten Nationen wiederholt ihr grosses Interesse für die Flüchtlinge bekundet haben und dass sie sich bestrebt haben, diesen in möglichst weitem Umfang die Ausübung der Menschenrechte und der Grundfreiheiten zu gewährleisten (...).“

Der einleitend erwähnte Grundgedanke des Schutzes der Menschenwürde einer jeden Person, den die Flüchtlingskonvention und die Menschenrechtsverträge teilen, spricht aus einer teleologischen Sicht ebenfalls für eine menschenrechtliche Auslegung.⁷⁶⁶ Die menschenrechtliche Zielsetzung der GFK spiegelt sich auch in ihrem Katalog der Individualrechte von Flüchtlingen. Dazu gehört nicht nur der Schutz vor Refoulement (Art. 33 GFK), sondern auch weitere Rechte, insbesondere Gleichbehand-

763 Siehe unter anderem Hathaway/Foster, *Law of Refugee Status*, S. 193 ff.; Foster, *Socio-Economic Rights*, S. 27 ff., und 35; Hathaway, *Law of Refugee Status*, S. 101 ff. und 107; Storey, *Persecution*, S. 459 ff.; Storey, *What Constitutes Persecution*, S. 277; Zimmermann/Mahler, S. 346 f.; Marx, *Religiöse Verfolgung*, S. 6; Markard, *Einfluss der Menschenrechte*, S. 57; Marx, *Menschenrechtliche Begründung*, *passim*; Goodwin-Gill/McAdam, *The Refugee in International Law*, S. 91 und 131 ff.; Löhr, S. 61 ff.; Anker, S. 133; Edwards, *Age and Gender Dimensions*, S. 46; Haines, S. 319. Aus der Schweiz etwa Binder, S. 79 ff. und Hruschka, *Kommentar AsylG*, Art. 3 N 20; Frei, *Flüchtlingseigenschaft*, S. 174 f.; ausdrücklich dagegen spricht sich hingegen Stöckli aus: Stöckli, *Kriminell im Heimatland*, S. 133 f.

764 UNHCR, *Handbuch*, Ziff. 51; UNHCR, *Richtlinien Geschlechtsspezifische Verfolgung*, Ziff. 5 und 9; UNHCR *Richtlinie religiöse Verfolgung*, Ziff. 2 ff.; UNHCR, *Auslegung von Artikel 1*, Ziff. 5.

765 Ipsen, S. 410.

766 Binder, S. 28; siehe auch die Hinweise bei McAdam, *Interpretation*, Ziff. 45 ff.

lungs- und Nichtdiskriminierungsrechte in so verschiedenen Bereichen wie Eigentum (Art. 13-14 GFK), Schulbildung (Art. 22 GFK), Freizügigkeit (Art. 26 GFK), Religionsausübung (Art. 4 GFK) oder Zugang zum Arbeitsmarkt (Art. 17-19 GFK). Gewisse Autorinnen und Autoren zählen die Flüchtlingskonvention deshalb auch zu den menschenrechtlichen Spezialkonventionen zum Schutz einzelner Personenkategorien, wie CEDAW, die UN-Antifolterkonvention, die Antirassismuskonvention, die Kinderrechtskonvention oder die Behindertenrechtskonvention.⁷⁶⁷

Die *systematische Auslegung* soll nach Art. 31 Abs. 2 lit. c VRK unter anderem jeden „in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz“ zur Auslegung heranziehen. Bei einem multilateralen Abkommen wie der GFK wird sich allerdings kaum ein anderer völkerrechtlicher Vertrag finden, der von allen Vertragsstaaten ratifiziert wurde. Die Doktrin plädiert deshalb dafür, sich für eine menschenrechtliche Auslegung der GFK auf diejenigen Menschenrechtspakte zu stützen, die einen quasi universellen Ratifikationsstand aufweisen.⁷⁶⁸ Nebst den universellen Menschenrechtspakten⁷⁶⁹ kommen auch andere völkerrechtliche Verträge menschenrechtlichen Charakters für eine systematische Auslegung in Frage wie z.B. im vorliegenden Kontext das Palermo-Protokoll, welches von einer überwiegenden Mehrzahl der Vertragsstaaten der GFK ratifiziert worden ist.⁷⁷⁰

Auch der IGH hat darauf hingewiesen, dass völkerrechtliche Verträge, insbesondere solche mit menschenrechtlichen Bezügen, im Lichte anderer völkerrechtlicher Verträge auszulegen sind:

„Interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of law, through the Charter of the United Nations and by the way of customary law. Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation.“⁷⁷¹

767 Siehe insb. Nowak, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, S. 6.

768 Foster, Socio-Economic Rights, S. 63 ff.

769 Dies wären die Kinderrechtskonvention (196 Ratifikationen), CEDAW (189), die Antirassismuskonvention (177), der UNO-Pakt II (168), der UNO-Pakt I (164), die Behindertenrechtskonvention (159) und die Genozidkonvention (147) (Quelle: UNTS, Stand 26.4.2016). Nicht annähernd universell ratifiziert wurde hingegen die Wanderarbeiterkonvention mit lediglich 48 Ratifikationen.

770 Siehe oben, S. 89.

771 IGH, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, S. 19.

Das Zitat aus dem Urteil des IGH weist ferner auch auf eine geltungszeitliche Auslegung hin, in dem Sinne, dass einer völkerrechtlichen Bestimmung derjenige Sinn zugemessen werden soll, wie er ihr im aktuellen Zeitpunkt und Kontext zukommt. Damit ist auch eine *dynamisch-evolutive Auslegung* eines Vertrages, wie sie z.B. der EGMR bei der Auslegung der EMRK ausdrücklich praktiziert,⁷⁷² zugrunde legt.

Eine Koppelung von Flüchtlingskonvention und internationalem Menschenrechtsschutz gewährleistet, dass der Flüchtlingsschutz Schritt hält mit dem aktuellen weltweiten Konsens darüber, welche Handlungen rechtlich als nicht tolerierbares „Unrecht“ einzustufen sind.⁷⁷³ Ein solcher Gleichschritt ist auch im Hinblick auf die Vermeidung einer Fragmentierung des Völkerrechts⁷⁷⁴ sinnvoll: Internationales Flüchtlingsrecht und Internationaler Menschenrechtsschutz sind zwar zwei unterschiedliche, aber eng nebeneinander liegende Spezialgebiete des Völkerrechts und sollten deshalb nicht auseinander driften. Als Beispiel mag die heute weitgehend anerkannte Flüchtlingsrelevanz der Verfolgung von Frauen dienen: Die Integration dieser Verfolgungsformen in den internationalen Flüchtlingsschutz wurde massgeblich vorangetrieben durch die zunehmende Sensitivität des internationalen Menschenrechtssystems für die Beseitigung der Diskriminierung von Frauen.⁷⁷⁵

Zwar hat sich die menschenrechtliche Auslegung in weiten Teilen der Staatenpraxis, insbesondere von *common law* Ländern, durchgesetzt⁷⁷⁶ und hat mit der Qualifikationsrichtlinie⁷⁷⁷ auch auf supranationaler Ebene

772 Gemäss ständiger Rechtsprechung des EGMR seit dem Urteil *Tyler v. UK* von 1979 gilt: “the Convention is a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present-day conditions” (EGMR, *Tyler v. UK*, Ziff. 31). Zur evolutiven Interpretation siehe auch Crawford, S. 379 f.

773 Siehe McAdam, Interpretation, Ziff. 90 ff.; Foster, Socio-Economic Rights, S. 27; Löhr, S. 64.

774 Zur Diskussion um die Fragmentierung des Völkerrechts, siehe u.a. Simma; Pauwelyn; International Law Commission, Ziff. 8.

775 Siehe die Hinweise bei Foster, Socio-Economic Rights, S. 27.

776 Siehe die Verweise zur Staatenpraxis in Hathaway/Foster, Law of Refugee Status, S. 196 f.

777 Die Qualifikationsrichtlinie definiert in Art. 9 Abs. 1 „Verfolgungshandlungen“ als Handlungen, die aufgrund ihrer Art oder Wiederholung so gravierend sind, dass sie eine schwerwiegende Verletzung der grundlegenden Menschenrechte darstellen, oder in einer Kumulierung unterschiedlicher Massnahmen, einschliesslich einer Verletzung der Menschenrechte, bestehen, die so gravierend ist, dass eine Person davon in ähnlicher Weise betroffen ist.

Eingang in den europäischen Rechtsraum gefunden. Es kann aber nicht von einer universellen Akzeptanz dieses Ansatzes in der Staatenpraxis gesprochen werden.⁷⁷⁸ In der Schweiz ist der Gerichtspraxis zwar eine grundsätzliche Verpflichtung zur Berücksichtigung der Menschenrechte bei der Auslegung der Flüchtlingsdefinition zu entnehmen.⁷⁷⁹ Dies hat sich in der Praxis jedoch (noch) nicht auf alle Elemente der Flüchtlingsdefinition niedergeschlagen.⁷⁸⁰

3.3. Beachten der geschlechtsspezifischen Verfolgungsformen

Wie bereits zu Beginn dieser Arbeit festgehalten, ist Menschenhandel *auch* eine Form geschlechtsspezifischer Gewalt⁷⁸¹ und fällt deshalb auch unter den völkerrechtlichen Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung von Frauen. Der Handel mit Frauen erfolgt häufig zu einem anderen Zweck als wenn er Männer betrifft und die verwendeten Zwangsmittel (z.B. Gewalt, Drohungen, Täuschung) unterscheiden sich in der Regel auch nach dem Geschlecht des Opfers. Bei der Frage, ob ein Menschenhandelsopfer die Flüchtlingseigenschaft erfüllt, ist deshalb auch geschlechtsspezifischen Aspekten Rechnung zu tragen.

Dies ergibt sich innerstaatlich auch aus Art. 3 Abs. 2 AsylG, welcher vorschreibt, dass den frauenspezifischen Fluchtgründen Rechnung zu tragen ist. Mit diesem Satz ist keine Erweiterung des Flüchtlingsbegriffs beabsichtigt, sondern es stellt vielmehr eine explizite gesetzgeberische Anerkennung der Tatsache⁷⁸² dar, dass die Verfolgung von Frauen in vielen Fällen anderer Art ist als die Verfolgung von Männern.⁷⁸³ Insofern sollte

778 Foster, Socio-Economic Rights, S. 28; siehe auch die Hinweise bei Anker, S. 137.

779 EMARK 2006/32 E. 8.7.3.

780 Siehe dazu unten, S. 235 ff.

781 Siehe oben, S. 122 ff.

782 Insbesondere CHRISTINA HAUSAMMANN hat bereits früh auf diese Problematik aufmerksam gemacht, siehe Hausammann, Frauenverfolgung und Flüchtlingsbegriff, S. 5.

783 So AB 1997 S 1195 (BRUNO FRICK, Berichterstatter): „Wenn wir frauenspezifische Fluchtgründe auf Gesetzesstufe nennen, geben wir dem Flüchtlingsbegriff keinen neuen Gehalt, aber wir nennen das Anliegen, dem ohnehin Rechnung getragen wird, viel prominenter.“ Siehe zu den parlamentarischen Beratungen auch Kälin, Geschlechtsspezifische Verfolgung, S. 7 f. und 9. Zur Entstehung von Art. 3 Abs. 2 AsylG vgl. Achermann/Hruschka, S. 24 f.

er der Problematik Abhilfe schaffen, dass der Flüchtlingsbegriff bislang häufig durch eine „männliche“ Linse interpretiert worden war und damit die spezifischen Unrechtserfahrungen von Frauen nicht zur Anerkennung als Flüchtling geführt hatten. Vielmehr wurden frauenspezifische Verfolgungsformen lange Zeit als private Angelegenheiten, die ausserhalb des Schutzbereichs des Flüchtlingsrechts liegen, angesehen.⁷⁸⁴

In der Literatur zu Art. 3 Abs. 2 AsylG wird denn auch von einem Auftrag an die rechtsanwendenden Behörden gesprochen, sämtliche Elemente des Flüchtlingsbegriffs mit besonderer Rücksicht auf alle Implikationen auszulegen, die sich aus einer Geschlechterperspektive ergeben.⁷⁸⁵ Es wird darauf hingewiesen, dass eine angemessene Beurteilung geschlechtsspezifischer Verfolgung sich weder in den ernsthaften Nachteilen noch in einem Konventionsmerkmal „Geschlecht“ erschöpft, sondern notwendig die Auslegung aller Elemente des Flüchtlingsbegriffs umfasst.⁷⁸⁶

Die unter dem Stichwort „Frauenflüchtlinge“ initiierte Diskussion hat sich mittlerweile von einem reinen Fokus auf Frauen abgewendet⁷⁸⁷ und dreht sich heute generell um „geschlechtsspezifische Verfolgung“ in einem umfassenderen Sinn.⁷⁸⁸ Der im Englischen gebräuchliche Ausdruck „gender-related persecution“ verdeutlicht, dass es bei der Frage der geschlechtersensiblen Anwendung der Definition um Aspekte des sozialen (gender) und nicht des biologischen Geschlechts (sex) geht.

Aus diesem Grund muss die Beachtung geschlechtsspezifischer Fluchtgründe als eines der wegweisenden Prinzipien bei der Auslegung der Flüchtlingseigenschaft angesehen werden, jedenfalls sofern die antragstellende Person geschlechtsspezifische Fluchtgründe geltend macht.⁷⁸⁹ Diese

784 Vgl. u.a. in Bezug auf die Schweiz jüngst Posse-Ousmane/Progin-Theuerkauf N 92 zu Art. 3 AsylG; ähnlich auch Kälin, *Geschlechtsspezifische Verfolgung*, S. 7.

785 Kälin, *Geschlechtsspezifische Verfolgung*, S. 9 f.; Gattiker, S. 67. Dies wurde von der Rechtsprechung bestätigt in EMARK 2006/32 E. 8.4.

786 Achermann/Hruschka, S. 2.

787 Dennoch ist das Thema Frauenflüchtlinge weiterhin sehr aktuell, siehe etwa Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht, *Frauen - Flucht - Asyl, passim* sowie Terre des Femmes Schweiz, *Asylsuchende Frauen in Kollektivunterkünften, passim*.

788 Posse-Ousmane/Progin-Theuerkauf N 92 zu Art. 3 AsylG.

789 Auch UNHCR betont, dass bei der Auslegung des Flüchtlingsbegriffs in seiner Gesamtheit stets auf eine mögliche geschlechtsbezogene Dimension zu achten ist, um entsprechende Asylgesuche korrekt zu beurteilen: UNHCR, *Richtlinien Geschlechtsspezifische Verfolgung*, Ziff. 2.

Verpflichtung ist seit jüngster Zeit auch rechtlich bindend vorgegeben: Mit der Istanbul-Konvention des Europarates⁷⁹⁰ von 2011 verpflichten sich die Vertragsstaaten erstmals auch ausdrücklich, geschlechtsspezifische Gewalt gegen Frauen als eine Form der Verfolgung im Sinne der Flüchtlingsdefinition anzuerkennen und darüber hinaus sicherzustellen, dass alle Elemente der Flüchtlingsdefinition geschlechtersensibel ausgelegt werden (Art. 60 Abs. 1 und 2 Istanbul-Konvention). Die Schweiz hat die Konvention im Jahr 2017 ratifiziert.⁷⁹¹

III. Die Flüchtlingseigenschaft von Menschenhandelsopfern

Im Folgenden wird die Anwendung der Flüchtlingsdefinition, unter Anwendung der erläuterten Auslegungsgrundsätze, auf Fälle von Menschenhandelsopfern, die ein Asylgesuch stellen, untersucht. Die Darstellung gliedert sich nach dem oben⁷⁹² vorgeschlagenen Prüfschema. Dabei werden jeweils zuerst die allgemeinen Vorgaben dargelegt, die sich aus der Auslegung der Flüchtlingskonvention ergeben. Danach werden diese auf die spezifische Situation von Menschenhandelsopfern angewendet.

Dabei werden in Bezug auf die im Herkunftsland drohende Gefahr hauptsächlich *drei Sachverhaltsvariationen* berücksichtigt. Neben erneutem Menschenhandel, d.h. re-trafficking, werden auch mögliche Einschüchterungs- oder Vergeltungsmassnahmen sowie Stigmatisierung und sozialer Ausschluss behandelt, die sich also erst als Folge des Menschenhandels im Falle einer Rückkehr ins Heimatland einstellen können. Zu beachten ist, dass die Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft eine Prognoseentscheidung darstellt: Grundsätzlich ist die *zukünftige* Gefährdung im Falle einer Rückkehr ins Heimatland ausschlaggebend und nicht die bereits erlittenen Beeinträchtigungen. Letztere können aber Hinweise auf die zukünftige Gefahr geben.⁷⁹³

790 Dazu oben, S. 125 ff.

791 BBl 2017 4275.

792 Oben, S. 224 f.

793 Siehe auch unten, S. 290 ff.

1. Aufenthalt ausserhalb des Herkunftsstaates

Wie aus der Definition der Flüchtlingskonvention hervorgeht, halten sich Flüchtlinge ausserhalb des Landes ihrer Staatsangehörigkeit (respektive bei Staatenlosen des Landes ihres gewöhnlichen Aufenthaltes) auf. Wer sich noch im Heimatstaat befindet, kann daher nicht Flüchtling sein, auch wenn er oder sie in flüchtlingsrelevanter Weise verfolgt wird.⁷⁹⁴

Menschenhandel findet häufig transnational statt, kann aber auch innerhalb der Grenzen eines Landes stattfinden.⁷⁹⁵ Opfer von Menschenhandel können jedoch – wie alle anderen Personen auch – nur dann Flüchtlinge im Sinne der GFK sein, wenn sie aus ihrem Herkunftsland ausgereist sind.

2. Verfolgung

Die Verfolgung respektive die begründete Furcht davor ist sowohl Kern als auch Ausgangspunkt für die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft. Trotz dieser grossen Bedeutung wird der Verfolgungsbegriff in Art. 1 A Abs. 2 GFK nicht definiert und bis heute hat sich international auch keine Definition durchsetzen können, obwohl kein anderes Element der Flüchtlingseigenschaft in der Doktrin so stark diskutiert wird wie der Verfolgungsbegriff respektive die Wendung „verfolgt zu werden“⁷⁹⁶. Mutmasslich hatten die Verfasser der Flüchtlingskonvention Verfolgung nicht definiert, um den Begriff offen zu halten für im Zeitpunkt der Verabschiedung noch nicht bekannte Verfolgungsformen.⁷⁹⁷

Es besteht denn auch weitgehend Konsens, dass es aufgrund der Wandelbarkeit politischer Entwicklungen und der unterschiedlichen Wirkung, die Verfolgung auf individuelle Personen haben kann, nicht sinnvoll ist, von einem starren Katalog von flüchtlingsrelevanten Verfolgungshandlungen

794 Siehe Frei, Flüchtlingseigenschaft, S. 173.

795 So ist beispielsweise die Europatraktatkonvention ausdrücklich anwendbar auf alle Formen des Menschenhandels, „sei er innerstaatlich oder grenzüberschreitend, der organisierten Kriminalität zuzuordnen oder nicht.“ (Art. 2 EMK).

796 In der englischen und französischen Originalversion der Flüchtlingskonvention wird der Begriff mit einer Passivformulierung umschrieben: “being persecuted” respektive “d’être persécutée“. Die deutsche Übersetzung „Verfolgung“ ist damit eigentlich inakkurat.

797 So Grahl-Madsen, S. 193: „[i]t seems as if the drafters (...) capitulated before the inventiveness of humanity to think up new ways of persecuting fellow men“.

gen auszugehen.⁷⁹⁸ Dennoch ist zumindest eine abstrakte Umschreibung von „Verfolgung“ notwendig.

Aufgrund der Unbestimmtheit des Verfolgungsbegriffs kann es deshalb im Folgenden nur um eine Annäherung gehen, im Sinne einer Arbeitsdefinition, die einerseits dogmatisch korrekt ist und andererseits präzise genug, um eine praxistaugliche Einordnung von Menschenhandel unter den Verfolgungsbegriff vorzunehmen. Zu diesem Zweck wird zuerst die Definition des Verfolgungsbegriffs aus internationaler und aus Schweizer Sicht dargestellt, bevor ein vermittelnder Ansatz als Arbeitsdefinition festgelegt wird. Danach wird dieser Ansatz auf die spezifischen Verfolgungssituationen von Menschenhandelsopfern angewendet.

2.1. Die Definition des Verfolgungsbegriffs

2.1.1. Die internationale Doktrin

In der internationalen Doktrin wurden verschiedene Vorschläge für die Definition des Verfolgungsbegriffs entwickelt. Neben einer Minimaldefinition, welche sich zur Auslegung auf das Refoulementverbot in Art. 33 Abs. 1 GFK – oder im Europäischen Kontext häufig auf Art. 3 EMRK – abstützt und somit lediglich Gefährdungen des Lebens oder der Freiheit als Verfolgung ansieht oder diese als Ausgangspunkt nimmt, bestimmen vor allem menschenrechtsbasierte Ansätze die Diskussion. Grössere Bekanntheit erlangt haben insbesondere die Ansätze von JAMES HATHAWAY (1991)⁷⁹⁹, JEAN-YVES CARLIER (1997)⁸⁰⁰, MICHELLE FOSTER (2007)⁸⁰¹, HUGO STOREY (2014)⁸⁰² sowie HATHAWAY UND FOSTER (2014)⁸⁰³, welchen gemeinsam ist, dass sie die Verletzung von Menschenrechten als zentrales Element der Verfolgungsdefinition beinhalten. In der konkreten Art der Berücksichtigung der Menschenrechte unterscheiden sie sich jedoch. Während HATHAWAY und CARLIER hierarchische Modelle vorschlagen, wonach

798 Goodwin-Gill/McAdam, *The Refugee in International Law*, S. 69; Marx, *Religiöse Verfolgung*, S. 4; vgl. auch Maiani, *La définition de réfugié*, S. 26.

799 Hathaway, *Law of Refugee Status*, S. 101 ff.

800 Carlier, S. 720 ff.

801 Foster, *Socio-Economic Rights*, S. 201 ff.

802 Storey, *What Constitutes Persecution*, S. 284; siehe auch Storey, *Persecution, passim*.

803 Hathaway/Foster, *Law of Refugee Status*, S. 204 ff.

eine Massnahme desto eher als Verfolgung zu qualifizieren ist, je höher-rangig das verletzte Menschenrecht ist, schlägt FOSTER vor, Verfolgung als die Verletzung des Kerngehalts von vertraglich verbrieften Menschenrechten zu definieren. Mit FOSTERS Ansatz können auch Verletzungen von wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Rechten Verfolgung im Sinne der Flüchtlingskonvention darstellen, sofern die Verletzung in den Kernbereich des Rechts fällt. STOREY hingegen stellt in Anlehnung an die Definition der Qualifikationsrichtlinie⁸⁰⁴ auf die Schwere der Menschenrechtsverletzung als solche ab, welche sich entweder daraus ergibt, dass die Handlung aufgrund ihrer Art oder Wiederholung so gravierend ist, dass sie eine schwerwiegende Verletzung grundlegender Menschenrechte darstellt, oder aber dass eine Kumulierung unterschiedlicher Massnahmen, einschliesslich Menschenrechtsverletzungen, besteht, die so gravierend ist, dass eine Person davon in ähnlicher Weise betroffen ist. Im Ansatz von HATHAWAY UND FOSTER kann schliesslich jede Menschenrechtsverletzung Verfolgung darstellen, sofern sie nicht in den Bagatellbereich fällt.

2.1.2. Der Schweizer Ansatz

In der Schweiz ist die Verfolgungsdefinition von der internationalen Diskussion weitgehend abgekoppelt und richtet sich nach der Definition der „ernsthaften Nachteile“ in Art. 3 Abs. 2 AsylG, welche auf einer Individualrechtsgüterlehre basiert. Als ernsthafte Nachteile gelten Gefährdungen des Lebens, der Freiheit oder des Leibes sowie Massnahmen die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken. Die Praxis hat dieser Definition zwei Elemente entnommen: Erstens müssen die ernsthaften Nachteile eine gewisse *Intensität* erreichen. Zweitens müssen sie *gezielt* gegen die verfolgte Person gerichtet sein.

Gefährdungen des Lebens erfüllen die Anforderungen an die Intensität gemäss Schweizerischer Praxis immer; Gefährdungen des Leibes immer dann, wenn sie schwerwiegend genug sind (beispielsweise wenn es sich um Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung handelt⁸⁰⁵). Weniger schwerwiegende Eingriffe, etwa in die persönliche Freiheit und körperliche Unversehrtheit, die für sich allein die In-

804 Art. 9 Abs. 1 QRL.

805 Stöckli, Asyl, Rz. 11.14.

tensität nicht erreichen, oder Verletzungen der Meinungsäußerungsfreiheit, Pressefreiheit, Versammlungsfreiheit oder der Religions- und Gewissensfreiheit, können aufgrund ihrer Art, Dauer oder Wiederholung ebenfalls die objektiven Anforderungen an die Intensität erfüllen.⁸⁰⁶

Ein *unerträglicher psychischer Druck* kann nach Schweizer Lehre und Praxis ebenfalls die Anforderungen an die Intensität erfüllen. Die Anforderungen an die Annahme eines unerträglichen psychischen Druckes sind aber sehr hoch, was damit begründet wird, dass kein Auffangtatbestand geschaffen, sondern ein Alternativtatbestand definiert werden sollte.⁸⁰⁷ Das bedeutet, dass der betroffenen Person aufgrund des objektiven Eingriffs ein menschenwürdiges Leben im Heimatstaat nicht mehr möglich oder in unzumutbarer Weise erschwert ist, so dass sie sich dieser Lage nur noch durch Flucht ins Ausland entziehen kann.⁸⁰⁸ Es muss mithin die gleiche Intensität des „Leidens“ erreicht werden wie bei Gefährdungen von Leib, Leben oder Freiheit. Damit ist zwar ein individualisierter Masstab angesprochen, weil jede Person ein anderes Toleranzniveau hat.⁸⁰⁹ Die Verfolgungsmassnahmen müssen allerdings auch in einer objektivierten Betrachtung als derart intensiv erscheinen, dass der betroffenen Person ein weiterer Verbleib in ihrem Heimatstaat objektiv nicht mehr zugemutet werden kann. Ausschlaggebend ist mit anderen Worten nicht allein, wie die betroffene Person die Situation subjektiv erlebt hat, sondern auch, ob aufgrund der tatsächlichen Situation für Aussenstehende, d.h. für neutrale Dritte, nachvollziehbar ist, dass der psychische Druck unerträglich geworden ist.⁸¹⁰

Neben diesen Anforderungen an die *Intensität* der Verfolgung wird von der Praxis auch eine *Gezieltheit* der Verfolgung verlangt. Dieses Erfordernis ist nicht ausdrücklich in der GFK enthalten, wird aber in der Schweiz und von einigen anderen Staaten als zusätzliches Element verlangt.⁸¹¹ Gezieltheit bedeutet, dass die betroffene Person selber von einer konkreten,

806 Vgl. BVGE 2014/29 E. 4.3. f.; 2013/12 E. 6.

807 EMARK 1993/10 E. 5 e); BVGE 2010/28 E. 3.3.1.1.

808 Siehe beispielsweise BVGE 2011/16 E. 5.1. Siehe auch die Darstellung bei Achermann/Hausammann, S. 75.

809 Stöckli, Asyl, Rz. 11.14.

810 BVGE 2010/28 E. 3.3.1.1; EMARK 2005/21 E. 10.3.1; 2000/17 E. 11 b; 1996/30 E. 4 d.

811 Hinweise auf die Staatenpraxis finden sich bei Hathaway/Foster, Law of Refugee Status, S. 174.

gegen sie gerichteten Verfolgungshandlung betroffen sein muss.⁸¹² Menschenrechtsverletzungen, welche die gesamte Bevölkerung eines Landes treffen oder welche die asylsuchende Person nur zufällig treffen, scheiden somit als nicht asylrelevant aus, wobei in der Doktrin darauf hingewiesen wird, dass das Erfordernis der Gezieltheit bei schwerwiegenden Angriffen auf Fundamentalgarantien nicht gelten soll.⁸¹³ Einzige Ausnahmen von diesem Erfordernis sind Reflexverfolgungen⁸¹⁴ (d.h. die Verfolgung von Angehörigen von politisch oder sonstwie missliebigen Personen, um Zugriff auf diese zu gewinnen) sowie Kollektivverfolgung⁸¹⁵ (die Verfolgung gesamter Volksgruppen, wodurch jedes einzelne Mitglied allein aufgrund seiner Zugehörigkeit durch diese Gruppe eine begründete Furcht vor Verfolgung hat).⁸¹⁶

Die getrennte Aufzählung in Art. 3 Abs. 2 AsylG von Gefährdungen des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken, kreierte meines Erachtens allerdings eine irreführende Abgrenzung zwischen „objektiven“ und „subjektiven“ respektive „physischen“ und „psychischen“ Verfolgungsmassnahmen. Zudem legt der Ansatz insgesamt zu viel Gewicht auf die vergangene Verfolgung (beispielsweise mit dem Kriterium, dass sich die Person dem unerträglichen psychischen Druck nur durch Flucht ins Ausland entziehen konnte) und trägt damit der Tatsache zu wenig Rechnung, dass für

812 Kälin, Asylverfahren, S. 74; Achermann/Hausammann, S. 90; Posse-Ousmane/Progin-Theuerkauf N 34 zu Art. 3 AsylG; Frei, Flüchtlingseigenschaft, S. 179. International lösen sich allerdings die Lehre und Praxis immer mehr vom Erfordernis der individuellen Zielgerichtetheit einer Verfolgung, wenn eine allgemeine, in politischen Streitigkeiten begründete Gewaltsituation besteht, siehe Hathaway/Foster, Law of Refugee Status, S. 174 ff.; in der Schweiz siehe z.B. Posse-Ousmane/Progin-Theuerkauf N 36 zu Art. 3 AsylG; Hruschka, Kommentar AsylG, Art. 3 N 10; Binder, S. 507.

813 Posse-Ousmane/Progin-Theuerkauf N 36 zu Art. 3 AsylG.

814 BVGE 2010/57 E. 4.1.3; EMARK 2005/21 E. 10.2.3.

815 BVGE 2011/16 E. 5; 2013/12 E. 6.

816 Aktuell wird lediglich die Verfolgung von Yeziden im Einflussgebiet des sog. Islamischen Staats in Syrien und im Irak als Kollektivverfolgung anerkannt, siehe BVGer, D-3302/2014 vom 8.9.2015, E. 5.2.4 sowie D-4600/2014 vom 29.11.2016, E. 6.4.2. Die anderen drei Situationen, die in der Schweiz jemals als Kollektivverfolgung anerkannt wurden, nämlich die Verfolgung der mehrheitlich muslimischen Bevölkerung von Srebrenica im Gefolge der Eroberung der Stadt durch serbische Milizen im Juli 1995, die Verfolgung der Angehörigen der Tutsi, die in Ruanda von April bis Juli 1994 einem Völkermord ausgesetzt waren sowie die Verfolgung von Yeziden in der Türkei, sind alle nicht mehr aktuell.

die Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft die zukünftige Verfolgung ausschlaggebend ist. Die vergangene Verfolgung sollte lediglich als Indiz für die zukünftige Verfolgung oder bei der Anwendung der „zwingende-Gründe-Klausel“⁸¹⁷ eine Bedeutung haben.

2.1.3. Eigene Arbeitsdefinition

Ausgehend vom Erfordernis eines objektiven und eines subjektiven Elements,⁸¹⁸ das basierend auf der Doktrin von UNHCR auch in der Schweizer Praxis vorherrschend ist, lässt sich eine Arbeitsdefinition von „Verfolgung“ festlegen, die der menschenrechtlichen Auslegung Rechnung trägt.⁸¹⁹ Verfolgung stellt nach dieser Konzeption eine *Menschenrechtsverletzung* dar, die im *konkreten Einzelfall* eine *gewisse Intensität* aufweist. Um die Anforderungen an die Intensität der Verfolgung zu erfüllen, muss also sowohl ein objektives (eine Menschenrechtsverletzung gewisser Intensität) als auch ein subjektives Element (Intensität der Wirkung im Einzelfall) erfüllt sein.

Als *objektives Element* ist eine Menschenrechtsverletzung verlangt. Die Prüfung ist zweistufig: In einem ersten Schritt muss bestimmt werden, ob eine Verletzung eines Menschenrechts vorliegt. Die Verletzung bestimmt sich nach der menschenrechtlichen Eingriffsdogmatik. Grundsätzlich kommen alle Menschenrechte in Frage. Auch Verletzungen von wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Rechten, Verletzungen des Verbots der Diskriminierung von Frauen oder der Rassendiskriminierung, Verletzungen von Kinderrechten oder von Rechten von Menschen mit Behinderungen sind erfasst. In einem zweiten Schritt muss sodann die Intensität der Menschenrechtsverletzung in objektiver Hinsicht bestimmt werden. Ein objektiver Faktor für die Intensität der Verletzung ist die Hocharrangigkeit eines Rechts: Verletzungen von Fundamentalgarantien wie das Recht auf Leben, der Schutz der Freiheit oder das Verbot der Folter, wie auch die Tatsache, dass eine Garantie notstandsfest ist oder gar *ius cogens* darstellt, führen dazu, dass in diesen Fällen grundsätzlich immer von einer schweren Verletzung ausgegangen werden muss. Auch die Art und Weise der

817 Zu den zwingenden Gründen, den Schutz des Heimatstaates abzulehnen, siehe unten, S. 290 ff.

818 Caroni u. a., S. 245.

819 Siehe ähnlich bereits Frei, Flüchtlingseigenschaft, S. 176.

Verletzung kann herangezogen werden, um die Intensität zu beurteilen. Schliesslich kann auch eine Kumulation von weniger schweren Verletzungen die objektive Intensität erfüllen. Das objektive Element der vorliegenden Arbeitsdefinition entspricht im Wesentlichen dem Ansatz der Qualifikationsrichtlinie, welche in Art. 9 Abs. 1 die Verfolgung definiert als eine Massnahme, die a) aufgrund ihrer Art oder Wiederholung so gravierend ist, dass sie eine schwerwiegende Verletzung der grundlegenden Menschenrechte darstellt, insbesondere der notstandsfesten Rechte der EMRK oder die b) in einer Kumulierung unterschiedlicher Massnahmen besteht, die so gravierend ist, dass eine Person davon in ähnlicher wie der unter a) beschriebenen Weise betroffen ist.

Für die Frage, ob Verfolgung vorliegt, ist darüber hinaus auch das *subjektive Element* zu beachten. Berücksichtigt wird dabei die Wirkung der Menschenrechtsverletzung auf die individuell betroffene Person. Meines Erachtens müssen sich die subjektiven und die objektiven Faktoren ergänzen: Je höherrangiger das verletzte Menschenrecht ist, desto geringer sind die Anforderungen an die Darlegung des subjektiven Elements. Besteht die geltend gemachte Verfolgungshandlung beispielsweise in einem drohenden langjährigen Freiheitsentzug, muss von der betroffenen Person nicht auch noch verlangt werden, dass sie darlegt ob sie subjektiv davon besonders beeinträchtigt ist. Je geringfügiger allerdings die Menschenrechtsverletzung, umso schwerwiegender muss umgekehrt die Wirkung auf das individuelle Empfinden der betroffenen Person sein. Die „Höchstgrenze“ dafür liegt hier in der Figur des unerträglichen psychischen Druckes nach Schweizer Praxis: Die überaus hohen Anforderungen, die an das Vorliegen eines unerträglichen psychischen Druckes gestellt werden, rechtfertigen sich nur, wenn die in Frage stehende Menschenrechtsverletzung objektiv gesehen sehr gering ist.

Zusammengefasst muss also eine Menschenrechtsverletzung von einer gewissen Intensität vorliegen, wobei sich die Intensität nach der Hochrangigkeit des Menschenrechts oder nach der Art und Weise der Ausführung der Verletzung bestimmt. In subjektiver Hinsicht muss ebenfalls eine gewisse Intensität der Wirkung auf das individuelle Empfinden vorhanden sein, wobei umso niedrigere Anforderungen an das subjektive Element gestellt werden, je intensiver die objektive Beeinträchtigung ist.

Die hier entwickelte Arbeitsdefinition vereint das objektive und das subjektive Erfordernis der Verfolgung, wie sie in der Schweizer Praxis angelegt sind, in einem kohärenten Ansatz. Gleichzeitig erhält der Ansatz eine menschenrechtliche Grundlage, indem er nicht mehr auf Rechtsguts-

gefährdungen abstellt wie der bisherige Schweizer Ansatz, sondern auf Menschenrechtsverletzungen. Der Ansatz gewichtet gewisse Menschenrechte höher als andere und verlangt deshalb weniger hohe Voraussetzungen an die Darlegung ihrer Wirkung auf die betroffene Person. Mit der Kombination mit subjektiven Elementen wird dem Einzelfall Rechnung getragen und zudem sichergestellt, dass auch die Verletzung von weniger hochrangigen Menschenrechten Verfolgung darstellen kann, wenn sie die Person in starker Weise betreffen.

Im Folgenden wird dieser Ansatz verwendet. Es wird dabei vor allem auf die objektiven Faktoren der Intensität Bezug genommen, da das subjektive Element in der Regel erst im Rahmen einer konkreten Einzelfallprüfung beurteilt werden kann.

2.2. Verfolgungshandlungen im Zusammenhang mit Menschenhandel

Es stellt sich nun im Folgenden unter Beachtung des oben Ausgeführten die Frage, wie die Verfolgungsqualität von Beeinträchtigungen zu beurteilen ist, die sich durch den Menschenhandel ergeben oder mit diesem einhergehen. Grundsätzlich muss die Verfolgungsgefahr im Heimatland bestehen, um flüchtlingsrechtlich relevant zu sein.⁸²⁰ Die Tatsache, dass Menschenhandel ein grenzüberschreitendes Verbrechen ist, kann dazu führen, dass der Tatort respektive die Tatorte nicht mit dem Ort übereinstimmen, an welchem Verfolgung befürchtet wird.⁸²¹

Wie erwähnt, wird hinsichtlich der Verfolgungsprognose bei einer möglichen Rückkehr in den Heimatstaat zwischen drei Szenarien unterschieden: erneuter Menschenhandel (re-trafficking, 2.2.1.), Vergeltungs- oder Einschüchterungsmassnahmen (2.2.2.) sowie Stigmatisierung, Diskriminierung und soziale Ausgrenzung (2.2.3.).

2.2.1. Re-trafficking

Es ist eine empirisch belegte Tatsache, dass Personen, die bereits einmal Opfer von Menschenhandel geworden sind, eine erhöhte Wahrscheinlich-

820 Siehe UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 26 f.

821 Frei, Menschenhandelsopfer im Asylverfahren, S. 51.

keit aufweisen, dies in Zukunft erneut zu werden.⁸²² Gewisse Faktoren wie die Herkunft aus einem Land mit grossen Rollenunterschieden zwischen den Geschlechtern, die Zugehörigkeit zu einer ethnischen Minderheit im Herkunftsland in Kombination mit einem bestimmten Alter und Geschlecht, erhöhen die Wahrscheinlichkeit von re-trafficking.⁸²³ Die meisten Betroffenen fallen dabei erneut derselben Ausbeutungsform zum Opfer.⁸²⁴

Menschenhandel im Sinne der Definition des Palermo-Protokolls stellt in mehrfacher Hinsicht bereits objektiv gesehen eine schwere Menschenrechtsverletzung dar. Einerseits ist Menschenhandel, wie sogleich ausgeführt wird, als solcher bereits eine Menschenrechtsverletzung, andererseits sind auch alle seine Ausprägungen menschenrechtlich verpönt.

Die Menschenrechtswidrigkeit von Menschenhandel ist unbestritten. Der Schutz vor Menschenhandel im Sinne der Definition des Palermo-Protokolls fällt in den Schutzbereich von Art. 4 EMRK und Art. 8 UNO-Pakt II wie auch in denjenigen des Verbots der Folter, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung nach Art. 2 und 16 FoK, Art. 7 UNO-Pakt II und Art. 3 EMRK.⁸²⁵ Der EGMR hat den Schutz vor Menschenhandel auf die gleiche Hierarchiestufe gestellt wie Art. 2 und 3 EMRK, also den Schutz vor Eingriffen in das Recht auf Leben und das Verbot der Folter resp. unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung. Ist das Opfer weiblich, liegt zusätzlich auch eine Verletzung von Art. 6 CEDAW vor; handelt es sich um ein Kind, sind u.a. die Art. 32 bis 36 KRK einschlägig und bei Menschen mit einer Behinderung sind Art. 16 und Art. 27 Abs. 2 BRK verletzt. Diese Verletzungen erfüllen meines Erachtens die objektiven Anforderungen an die Intensität; es handelt sich um schwerwiegende Verletzungen, die keine hohen Anforderungen an das subjektive Element der Verfolgung mehr notwendig machen.

Darüber hinaus stellen auch die einzelnen Tatmittel wie Entführung, Freiheitsentzug oder Anwendung körperlicher, sexueller oder psychischer

822 Nach einer Studie von IOM sind bis zu 50 Prozent aller Menschenhandelsopfer bereits zum zweiten Mal in einer Menschenhandelssituation: International Organization for Migration, *Causes and Consequences of Re-trafficking*, S. 15.

823 *Ibid.*, S. 12. Siehe auch die Feststellungen in der Einleitung, oben, S. 79 ff.

824 International Organization for Migration, *Causes and Consequences of Re-trafficking*, S. 32.

825 Siehe oben, S. 97 ff.

Gewalt⁸²⁶ sowie die einzelnen in der Definition vorgesehenen Ausbeutungsformen von Menschenhandelsopfern (Ausnutzung der Prostitution anderer oder andere Formen sexueller Ausbeutung, Zwangsarbeit oder Zwangsdienstbarkeit, Sklaverei oder sklavereiähnliche Praktiken, Leibeigenschaft oder die Entnahme von Organen) schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen dar:⁸²⁷

- Dass *sexuelle Ausbeutung* unter den Verfolgungsbegriff zu subsumieren ist, ist in Lehre und Praxis denn auch unbestritten.⁸²⁸ Ausbeutung von Frauen und Mädchen (aber auch Männern oder Knaben) zum Zweck sexueller Handlungen ist eine Form der geschlechtsspezifischen Gewalt, die eine schwerwiegende Menschenrechtsverletzung darstellen kann.⁸²⁹ Sexuelle Sklaverei gilt nach Völkerstrafrecht zudem als Kriegsverbrechen sowie als Verbrechen gegen die Menschlichkeit.⁸³⁰ Das SEM hat eine eigene Praxis zur Prüfung der Flüchtlingsrelevanz von „Zwangsprostitution“⁸³¹ entwickelt, worin die Verfolgungsqualität sexueller Ausbeutung grundsätzlich anerkannt wird.⁸³²

826 UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 15. Die Qualifikationsrichtlinie zählt in ihrer beispielhaften Auflistung möglicher Verfolgungshandlungen gleich an erster Stelle die „Anwendung physischer oder psychischer Gewalt, einschliesslich sexueller Gewalt“ auf: Art. 9 Abs. 2 lit. a QRL.

827 Janetzek/Lindner, S. 185; Seaman, S. 316; Stoyanova, Complementary Protection, S. 791; Saito, S. 11 ff.; Richards/Steel/Singer, S. 13. Kritisch ist jedoch Kneebone, Re-examining the Nexus, S. 145, die darauf hinweist dass Menschenhandel nicht notwendigerweise solche Zwangsmittel umfasst, sondern auch freiwillige Migration und subtilere oder indirektere Formen der Ausbeutung umfassen kann.

828 UNHCR, Richtlinien Geschlechtsspezifische Verfolgung, Ziff. 18; UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 19; Hathaway/Foster, Law of Refugee Status, S. 221; siehe auch Art. 9 Abs. 2 lit. f QRL: Handlungen, die an die Geschlechtszugehörigkeit anknüpfen oder gegen Kinder gerichtet sind stellen in der Regel Verfolgung dar.

829 UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 19; UNHCR, Richtlinien Geschlechtsspezifische Verfolgung, Ziff. 18; Shearer Demir, S. 15 ff.; Janetzek/Lindner, S. 186; Köhler, S. 218.

830 So erstmals festgestellt vom Jugoslawientribunal: ICTY, *Prosecutor v Kunarac, Vukovic and Kovac*, Ziff. 117 und nun verankert in Art. 7 Abs. 1 lit. g, Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. xxii Römer Statut.

831 Zur Kritik an diesem Begriff siehe oben, Fn. 746.

832 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, D7 Geschlechtsspezifische Verfolgung, Ziff. 2.3.6.

- *Kinderhandel*, d.h. Menschenhandel an minderjährigen Personen, wird ebenfalls generell als Verfolgung anerkannt.⁸³³ Kinderhandel verletzt zahlreiche kinderspezifische Grundrechte (so etwa das Recht auf Leben, Überleben und Entwicklung, Art. 6 KRK, das Recht auf Schutz vor jeder Form von Gewalt, einschliesslich sexueller Ausbeutung und sexuellen Missbrauchs, Art. 19 KRK, sowie das Recht auf Schutz vor Kinderarbeit und Entführung, Verkauf von und Handel mit Kindern, Art. 35 KRK).⁸³⁴ Bei Minderjährigen ist der Tatbestand Menschenhandel bereits erfüllt, sobald Tathandlung und Tatzweck erfüllt sind. Es ist kein Zwangsmittel erforderlich (vgl. Art. 3 lit. c Palermo-Protokoll, Art. 4 lit. c EKM).⁸³⁵ Der Handel mit Kindern kann unterschiedlichste Formen annehmen. Kindersoldaten fallen darunter ebenso wie beispielsweise das Phänomen der Tanzjungen („Bacha Bazi“) in Afghanistan⁸³⁶ oder Kinder, die zum Betteln gezwungen werden. Nebst Kinderhandel sind auch andere Formen der Kinderarbeit völkerrechtlich verboten und stellen insbesondere dann, wenn sie unter die Kategorie der „schlimmsten Formen der Kinderarbeit“ gemäss ILO-Übereinkommen Nr. 182⁸³⁷ fallen, meines Erachtens schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen dar.⁸³⁸ Da in der Regel Verletzungen mehrerer Garantien vorliegen, kann Kinderhandel auch als eine Kumulation von Verletzungen die notwendige Intensität erreichen.
- Das Verbot der *Sklaverei*, *Sklavenhandel* sowie sklavereiähnlicher Praktiken wie *Schuld knechtschaft* und *Leibeigenschaft* fällt in den

833 UNHCR, Richtlinie Kinder, Ziff. 26; UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 20; Löhr, S. 249 m.w.N.; Hathaway/Foster, Law of Refugee Status, S. 221.

834 Janetzek/Lindner, S. 186; UNHCR, Richtlinie Kinder, Ziff. 26 ff.; UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 20.

835 Janetzek/Lindner, S. 186.

836 „Bacha Bazi“ ist eine jahrhundertealte Praxis in Afghanistan, bei welcher sich reiche Männer aus Prestige Gründen Jungen im Alter zwischen elf und 16 Jahren halten, die als Frauen verkleidet an Festen tanzen. In vielen Fällen kommt es zu sexuellem Missbrauch. Meist stammen die Jungen aus armen Familien, werden als Waisen von der Strasse geholt oder entführt. Siehe näher Geiser, S. 1. Das Bundesverwaltungsgericht hat die asylrechtliche Intensität bei einem ehemaligen Tanzknaben bejaht: BVGer, D-262/2017 vom 1.5.2017, E. 5.2. Siehe auch das Urteil des VG Augsburg (Deutschland), Au 6 K 11.30379 vom 24.5.2012. Das Gericht anerkannte diese Verfolgungsform als kindes- und geschlechtsspezifische Verfolgung.

837 Zum ILO-Übereinkommen Nr. 182 siehe oben, S. 129 ff.

838 So auch UNHCR, Richtlinie Kinder, Ziff. 29 f.

Schutzbereich von Art. 4 EMRK und Art. 8 UNO-Pakt II. Vom Verbot der Sklaverei und der Leibeigenschaft darf auch in Notstandszeiten nicht abgewichen werden.⁸³⁹ Zugleich hat das Verbot absolute Geltung: jeder Eingriff stellt eine Verletzung dar. Sklaverei ist zudem auch völkerstrafrechtlich verboten.⁸⁴⁰ Es liegt auf der Hand, dass eine solche Behandlung die Intensität für Verfolgung immer erfüllt. Das Verbot der *Zwangsarbeit*, das in diesen Bestimmungen ebenfalls enthalten ist, gilt zwar nicht absolut und ist nicht notstandsfest. Insbesondere aber wenn die Zwangsarbeit unter Verletzung menschenrechtlicher Vorgaben und unter lebensgefährlichen Arbeitsbedingungen zu leisten ist, kann sie ohne weiteres als schwerwiegende Verletzung eines Menschenrechts i.S. der Arbeitsdefinition betrachtet werden.⁸⁴¹

- Andere, weniger intensive Formen der *Arbeitsausbeutung* von Frauen oder Männern stellen in der Regel Verletzungen von Rechten des UNO-Pakts I dar, etwa das Recht auf freie Wahl der Arbeit (Art. 6 Pakt I), auf gerechte und günstige sowie auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen (Art. 7 Pakt I). In der Doktrin und Praxis werden solche Eingriffe, wenn sie isoliert vorkommen, regelmässig als nicht intensiv genug eingestuft, um Verfolgung darzustellen.⁸⁴² Sofern sie lang andauern, wiederholt erfolgen oder kumuliert mit anderen Menschenrechtsverletzungen auftreten und das subjektive Element schwerwiegend genug ist, kann die notwendige Intensität aber bejaht werden.⁸⁴³ Andernfalls kann von Verfolgung ausgegangen werden, wenn die Massnahmen in subjektiver Hinsicht genügend schwerwiegende Auswirkungen haben.
- Menschenhandel zum Zweck der unfreiwilligen *Organentnahme* schliesslich stellt in jedem Fall eine Verletzung der körperlichen Integrität und somit eine schwerwiegende Menschenrechtsverletzung im Sinne der Definition dar.⁸⁴⁴

Ausser bei weniger gravierenden Formen der Arbeitsausbeutung kann also davon ausgegangen werden, dass die Intensität bereits auf der objektiven

839 So Art. 15 Abs. 2 EMRK; Art. 4 Abs. 2 UNO-Pakt II.

840 Versklavung gilt als Verbrechen gegen die Menschlichkeit: Art. 7 Abs. 1 lit. c Römer Statut.

841 Vgl. Hathaway/Foster, *Law of Refugee Status*, S. 220.

842 Seaman, S. 306; Foster, *Socio-Economic Rights*, S. 123 ff.

843 Foster, *Socio-Economic Rights*, S. 132.

844 Siehe etwa Budiani-Saberi/Columb, S. 897 ff.

Seite immer so hoch ist, dass an das subjektive Element keine hohen Anforderungen mehr gestellt werden müssen. Bei weniger schwerwiegenden Eingriffen kann die Intensität dennoch bejaht werden, wenn diese wiederholt oder kumuliert erfolgen oder auf subjektiver Seite eine schwere Belastung der Person vorliegt. In der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts wurde bisher in folgenden menschenhandelsbezogenen Fällen das Vorliegen von Verfolgung bejaht:

- Eine Frau aus Côte d'Ivoire brachte vor, sie sei nach Ausbruch des Bürgerkriegs von Rebellen gefangen genommen worden und habe ungefähr sechs Jahre für diese arbeiten müssen, wobei sie wiederholt vergewaltigt worden sei. Das Gericht bejahte das Vorliegen von Verfolgung.⁸⁴⁵
- Eine Gesuchstellerin aus Liberia hatte vorgebracht, sie sei als zehnjähriges Mädchen bei einem Angriff der Rebellen von Charles Taylor gefangen genommen und in einem Camp festgehalten worden, wo sie einem der Rebellen als Sklavin dienen musste. Ab dem Alter von 13 Jahren sei sie von ihm regelmässig sexuell missbraucht worden. Das Gericht stellte ohne nähere Prüfung fest, dass die erlittene Behandlung („*esclavage, viols répétés, mauvais traitements, menaces, humiliations*“) Verfolgung darstellte.⁸⁴⁶
- Ein junger Mann aus Afghanistan hatte vorgebracht, er sei als Siebenjähriger von seinem Vater als „Tanzknabe“ zu einem Bekannten gebracht worden. In der Folge habe er tanzen müssen und sei ab dem zehnten oder elften Lebensjahr immer wieder vergewaltigt worden. Er sei wiederholt auch an andere Peiniger vermittelt und gefoltert worden. Das Gericht bejahte die asylrechtliche Intensität dieses Vorkommnisse ohne weiteres.⁸⁴⁷
- Ein weiteres Urteil betraf einen jungen Mann aus Pakistan, welcher in seinem Heimatland ein Darlehen von 30'000 Franken von einem Mann aus einer höheren Kaste aufgenommen hatte, um in der Schweiz ein Studium absolvieren zu können. Da er nicht mehr in der Lage war, das Darlehen zurückzuzahlen, befürchtete er, im Falle einer Rückkehr sein ganzes Leben als Sklave respektive Schuldknecht für den Kreditgeber

845 BVer, D-5828/2010 vom 29.8.2012, E. 8.1.

846 BVer, E-4864/2006 vom 29.1.2009, E. 3.4.

847 BVer, D-262/2017 vom 1.5.2017, E. 5.2.

arbeiten zu müssen. Das Gericht bejahte hier das Vorliegen von erweiterter Verfolgung gemäss Art. 18 AsylG.⁸⁴⁸

Es ist somit also festzustellen, dass in der Schweizer Gerichtspraxis Menschenhandel bislang nicht ausdrücklich als Verfolgung anerkannt wurde. Sachverhalte, die grundsätzlich unter den Tatbestand Menschenhandel fallen würden, wie sexuelle Ausbeutung von Frauen als Kriegshandlung und Schuldknechtschaft, wurden jedoch als Verfolgung anerkannt. In allen anderen Fällen die einen Menschenhandelssachverhalt beinhalteten, wurden keine Aussagen über die Verfolgungsqualität des Menschenhandels getroffen.

2.2.2. Vergeltungs- oder Einschüchterungsmassnahmen

Hat ein Opfer sich bei den Tätern verschuldet (und seien es nur fiktive, von den Tätern erfundene Schulden), kommt es häufig vor, dass diese das Opfer weiterhin ausfindig zu machen versuchen und mit rauen Methoden zur Rückkehr zu bewegen versuchen.⁸⁴⁹ Auch Opfer, die sich zur Aussage gegen Täter entschlossen haben und so zu deren strafrechtlicher Verfolgung beitragen, sind unter Umständen in Gefahr, durch Drohungen oder tatsächliche physische Gewalt oder Mordversuche „zum Schweigen gebracht“ zu werden.⁸⁵⁰ Die drohenden Massnahmen seitens der Täter sind regelmässig ernsthafte Gefährdungen des Lebens, der Freiheit oder der körperlichen Integrität und damit schwere Menschenrechtsverletzungen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in dem bereits erwähnten Fall einer Frau aus Côte d'Ivoire, die von ivorischen Rebellen als Sklavin gehalten wurde, festgehalten, im Falle ihrer Rückkehr müsse sie „mit erheblicher Wahrscheinlichkeit damit rechnen, namentlich wegen ihrer möglichen, schwer belastenden Aussagen und mithin aus politischen Gründen aus

848 BVGer, D-7552/2010 vom 28.10.2010. Der erweiterte Verfolgungsbegriff gemäss Art. 18 AsylG umfasst alle von Menschenhand zugefügten oder befürchteten Nachteile und kommt zur Anwendung, wenn über das Eintreten auf ein Asylgesuch zu entscheiden ist. Sofern nämlich keine Verfolgung im weiteren Sinn geltend gemacht wird, liegt kein Asylgesuch i.S.v. Art. 18 AsylG vor und auf das Gesuch muss nicht eingetreten werden (Art. 31 a Abs. 3 AsylG).

849 Ein Überblick über solche Fälle findet sich bei Shearer Demir, S. 12.

850 Siehe auch die Hinweise bei Foster/Dorevitch, S. 20; UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 17; Saito, S. 11 ff.

Kreisen ihrer vormaligen Peiniger zum Schweigen gebracht zu werden.“⁸⁵¹

2.2.3. Stigmatisierung, Diskriminierung, soziale Ausgrenzung

Weitere Gefahren, welchen Opfer von Menschenhandel bei einer Rückkehr ins Heimatland ausgesetzt sein können, sind sozialer Ausschluss, Stigmatisierung und Diskriminierung.⁸⁵² Im Gegensatz zu re-trafficking oder Vergeltungsmassnahmen droht die Verfolgung hier regelmässig nicht seitens der Täterschaft des Menschenhandels, sondern von der Familie oder im Kontext der lokalen Gemeinschaft.⁸⁵³ Die Gefahr von Stigmatisierung, Diskriminierung oder sozialem Ausschluss ist besonders hoch bei Frauen und Mädchen, die Opfer sexueller Ausbeutung geworden sind,⁸⁵⁴ insbesondere wenn sie aus traditionellen Gesellschaften kommen, in denen generell als sexuell unsittliches betrachtetes Verhalten zu schweren sozialen Sanktionen führt. Aber auch männliche Opfer von Menschenhandel können nach ihrer Rückkehr von ihren Familien ausgeschlossen werden;⁸⁵⁵ auch hier erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, stigmatisiert zu werden, falls der betroffene Mann sexuellem Missbrauch ausgesetzt war.⁸⁵⁶

Hier stellt sich, stärker als bei den bereits diskutierten Verfolgungsformen, die Frage nach der Intensität der Verfolgung. Einfache Diskriminierungen erreichen grundsätzlich nicht Verfolgungsintensität.⁸⁵⁷ Menschenrechtlich gesehen muss die Verletzung der wirtschaftlichen oder sozialen

851 BVGer, D-5828/2010 vom 29.8.2012, E. 8.3.

852 UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 18; Juss, Trafficking, S. 297; Kneebone, The Refugee-Trafficking Nexus, S. 139 f.; Saito, S. 15 ff.; Gauci, S. 184.

853 Vgl. Stoyanova, Complementary Protection, S. 790.

854 Piotrowicz, Trafficking and International Protection, S. 166.

855 UNHCR, Richtlinie Kinder, Ziff. 27, wo das Beispiel eines Jungen erwähnt wird, der von seinen Eltern in der Hoffnung und Erwartung weggeschickt wurde, dass er studieren, in der Fremde arbeiten und Geld nach Hause schicken wird und der ebenfalls von seiner Familie ausgestossen werden könnte, wenn sie erfährt, dass er von Menschenhändlern zu Zwangsarbeit genötigt wurde.

856 So belegen Länderinformationen, dass die als Tanzknaben ausgebeuteten Jungen in Afghanistan, sobald bei ihnen der Bartwuchs einsetzt, ausgetauscht werden, ohne aber ihr Stigma jeweils loszuwerden: Kaum jemand würde in Afghanistan einem Mann, der als Junge missbraucht wurde, eine Frau zur Heirat geben. Siehe Geiser, S. 2.

857 Haines, S. 331; Köhler, S. 218.

Rechte, die mit der Diskriminierung einhergeht, die Anwendungsschwelle des Verbots der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung erreichen.⁸⁵⁸ Dies kann nur im Einzelfall unter Berücksichtigung des länderspezifischen Kontexts abschliessend beantwortet werden.⁸⁵⁹ Während in einigen Gesellschaften ein familiärer und gesellschaftlicher Ausschluss ein faktisches Todesurteil (Stichwort Ehrenmord) oder zumindest eine erhebliche Gefahr körperlicher Übergriffe mit sich bringt, die zweifellos Verfolgung darstellen, sind die Fälle, in denen kein direkter Eingriff in das Recht auf Leben oder die körperliche Identität droht, schwieriger zu beurteilen. Bedeutet der soziale Ausschluss auch eine vollkommene oder sehr weitgehende Zerstörung der wirtschaftlichen und sozialen Existenz, ist damit die notwendige Intensität meines Erachtens gegeben. Bringt ein solcher sozialer Ausschluss für die betroffene Person lediglich Schwierigkeiten (beispielsweise bei der Suche nach einer Arbeitsstelle) mit sich, stellt sich die Frage, ab welcher Schwelle die genannten Schwierigkeiten so schwer wiegen, dass Verfolgung vorliegt.⁸⁶⁰

Dabei ist auch die individuelle Prädisposition oder Vulnerabilität zu beachten. Beispielsweise kann eine Traumatisierung oder eine behandlungsbedürftige Krankheit im Zusammenspiel mit sozialem Ausschluss und Diskriminierung beim Zugang zu Gesundheitsleistungen die Existenz einer Person so schwerwiegend gefährden, dass von Verfolgung gesprochen werden muss.⁸⁶¹

Selbst wenn der Ausschluss und die Diskriminierung nicht intensiv genug sind, um eine Verletzung des Verbots der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung darzustellen, können sie dennoch das individuelle Risiko der betroffenen Person erhöhen, erneut Opfer von Menschenhandel (re-trafficking) oder anderer Formen geschlechtsspezifischer Gewalt zu werden.⁸⁶² Beispielsweise kann in gewissen gesellschaftlichen Kontexten eine alleinstehende Frau gezwungen sein, Arbeit anzunehmen, die ausbeu-

858 Nach der Rechtsprechung des EGMR kann eine schwere Verletzung von Subsistenzrechten eine Verletzung von Art. 3 EMRK (erniedrigende Behandlung) darstellen: EGMR, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Ziff. 263.

859 Vgl. Stoyanova, *Complementary Protection*, S. 793.

860 Piotrowicz, *Trafficking and International Protection*, S. 167; Stoyanova, *Complementary Protection*, S. 794.

861 Foster, *Socio-Economic Rights*, S. 228 f.; siehe auch UNHCR, *Richtlinien Menschenhandel*, Ziff. 17 f.; Saito, S. 15.

862 Empirisch bestätigt von International Organization for Migration, *Causes and Consequences of Re-trafficking*, S. 39. UNHCR, *Richtlinien Menschenhandel*,

terisch oder gefährlich ist oder mit sexuellen oder anderen körperlichen Übergriffen einhergeht. Hierin liegt eine diskriminierende Verletzung des Rechts auf Arbeit, welche die notwendige Verfolgungsintensität erreicht.⁸⁶³ In einem solchen Fall sind zudem auch die oben dargelegten Grundsätze zur Verfolgungsqualität von Menschenhandel anwendbar.⁸⁶⁴ Mit anderen Worten ist stets eine umfassende Analyse aller individuellen Risikofaktoren erforderlich.

In der Schweizer Praxis werden solche Faktoren in der Regel erst im Rahmen der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs berücksichtigt. Beispielsweise ist es gemäss konstanter Gerichtspraxis für alleinstehende und zurückkehrende Frauen in Äthiopien „nicht leicht, sozialen Anschluss zu finden, da nicht verheiratete und alleinlebende Frauen von der Gesellschaft – auch der städtischen – nicht akzeptiert werden. (...) Allgemein wird davon ausgegangen, dass sie auf der Suche nach sexuellen Abenteuern sind. Wird eine alleinstehende Frau Opfer sexueller Gewalt, wird ihr die Schuld gegeben (...). Faktoren, die die Wahrscheinlichkeit erhöhen, dass eine Frau in Äthiopien einer eigenständigen Erwerbstätigkeit nachgehen kann, sind eine höhere Schulbildung, das Leben in der Stadt, das Verfügen über finanzielle Mittel, Unterstützung durch ein soziales Netzwerk sowie Zugang zu Informationen. Ohne diese Voraussetzungen bleiben Frauen oft nur Arbeiten, welche gesundheitliche Risiken bergen, so bei-

Ziff. 18; Janetzek/Lindner, S. 187; Gauci, S. 184. Vgl. auch die Asylurteile diverser deutscher Verwaltungsgerichte, z.B. VG Stuttgart, A 7 K 1405/12 vom 16.05.2014 (=ASYLMAGAZIN 11/2014, S. 486 ff.): Für alleinstehende Frauen in Nigeria ist es angesichts der ohnehin schlechten Wirtschaftslage und der Bedeutung der Familien sowie der Stammesbindungen in der nigerianischen Gesellschaft äusserst schwierig, ohne die familiäre Unterstützung an andern Orten Nigerias Fuss zu fassen. Ohne Unterstützung der Familie werden sie stigmatisiert und riskieren, an einem fremden Ort als Prostituierte zu enden oder von Frauenhändlern verschleppt zu werden. Oder VG Aachen, 3 K 12/07.A vom 08.05.2007: Für die 16-jährige, alleinstehende Klägerin, Staatsangehörige aus Ghana, der nicht die in Afrika übliche Grossfamilie zur Seite steht, besteht die erhebliche Gefahr, ohne die Akzeptanz und Unterstützung von Familienangehörigen mit den besonders starken Belastungen ein Leben unterhalb des wirtschaftlichen Existenzminimums führen zu müssen und in die Prostitution getrieben zu werden.

863 Köhler, S. 219.

864 Oben, S. 240 ff.

spielsweise in der Prostitution oder in Haushalten, wo sie regelmässig verschiedenen Formen der Gewalt, auch sexueller, ausgesetzt sind.⁸⁶⁵

Allerdings müssten solche Beeinträchtigungen bereits bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft berücksichtigt werden. Existenzbedrohende Situationen stellen nicht nur einen „humanitären“, ausserhalb des Verfolgungsbegriffs liegenden Grund dar. Sie können, wie auch vom EGMR festgehalten wurde, mitunter eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellen.⁸⁶⁶ Angesichts der notwendigen Intensität der drohenden Massnahme zur Bejahung einer Verletzung von Art. 3 EMRK ist darauf zu schliessen, dass solche Situationen auch als Verfolgung i.S. der Flüchtlingsdefinition zu qualifizieren sind. In der Praxis werden solche Situationen, wohl oft wegen der Abwesenheit eines einzelnen, klar identifizierbaren Verfolgers, nicht als flüchtlingsrelevant erkannt. Dies würde aber eine Fehlinterpretation der Flüchtlingsdefinition darstellen, denn massgebend ist letztlich das Element des „verfolgt Werdens“,⁸⁶⁷ d.h. die Perspektive der verfolgten Person, und nicht diejenige des Verfolgers. Es spielt keine Rolle, ob es *den* Verfolger im Sinne eines Einzeltäters gibt oder ob die Verfolgung von der Gesellschaft in Gestalt einer nicht persönlich definierbaren Gruppe ausgeht.

2.3. Die Gezieltheit der Verfolgung bei Menschenhandel

Das von der Schweizer Praxis verlangte Element der *Gezieltheit* ist bei menschenhandelsbezogenen Asylgesuchen in der Regel unproblematisch, denn Menschenhandel ist darauf ausgerichtet, eine bestimmte Person, das Opfer, wirtschaftlich zu verwerten. Wie noch näher aufgezeigt werden wird, suchen Menschenhändler ihre Opfer in der Regel gezielt aus: am häufigsten von Menschenhandel betroffen sind junge Frauen, Kinder, vulnerable Personen mit schlechter Ausbildung und/oder schlechten Zukunftsperspektiven oder alleinstehende Personen ohne starkes soziales Umfeld,⁸⁶⁸ zudem läuft der Rekrutierungsprozess meistens über persönliche Kontakte. Auch Vergeltungs- oder Einschüchterungsmassnahmen sind gezielt auf eine bestimmte Person gerichtet. Bei Stigmatisierung ist die

865 BVGE 2011/25 E. 8.5.

866 EGMR, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Ziff. 263.

867 Siehe oben, Fn. 796.

868 Siehe unten, S. 287.

Gezieltheit dann zu bejahen, wenn sie wie in den oben diskutierten Konstellationen an die Menschenhandelserfahrung anknüpft. Die Gezieltheit der Verfolgung ist bei Menschenhandelsopfern also in aller Regel gegeben.

Auch die sogenannte Reflexverfolgung von Angehörigen verfolgter Personen stellt Verfolgung dar. Im Zusammenhang mit Menschenhandel ist Reflexverfolgung denkbar, wenn die Menschenhändler, etwa um ausstehende Schulden einzutreiben, Familienangehörige des Opfers bedrängen. Der Zugriff auf Angehörige oder allein schon dessen Androhung stellt bei gewissen Täternetzwerken resp. Herkunftsländern ein wichtiges Druckmittel dar, um das Opfer in der Ausbeutungssituation zu behalten.⁸⁶⁹ In der Regel befinden sich die Angehörigen aber noch im Herkunftsland und stellen kein Asylgesuch in der Schweiz, so dass dieser Frage in der Praxis wenig Relevanz zukommt.

3. Fehlender staatlicher Schutz

3.1. Allgemeine Voraussetzungen

Flüchtling ist nur, wer den Schutz seines Heimatstaates aufgrund der Verfolgungsgefahr nicht in Anspruch nehmen kann oder will. Ausschlaggebend ist, ob die Person vor einer drohenden Verfolgung, sei sie durch Privatpersonen oder durch den Staat verursacht, beim Staat Schutz finden kann („Schutztheorie“).⁸⁷⁰ Der fehlende Schutz muss sich dabei auf das

869 Diese Strategie scheint insbesondere bei nigerianischen Menschenhändlernetzwerken angewendet zu werden. Von den analysierten Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichtsurteilen haben in vier Fällen nigerianische Gesuchstellerinnen entsprechende Behelligungen ihrer Angehörigen im Heimatland geltend gemacht: E-6323/2010 vom 30.11.2010 (die Schwester sei getötet worden); E-522/2014 vom 17.4.2014 (der Menschenhändler habe damit gedroht, ihre Mutter und ihren Bruder aufzufinden und zu töten); D-1683/2014 vom 12.8.2014 (die Mutter sei kontaktiert und bedroht worden) sowie E-936/2015 vom 21.4.2015 (die Mutter und der Bruder seien nacheinander verschwunden). Siehe auch Fall Nr. 9 (oben, S. 74 ff.), wo der mutmassliche Täter dem Opfer drohte, ihrem jüngeren Bruder, für den sie nach dem Tod der Eltern alleine verantwortlich war, würde „etwas passieren“, wenn sie sich nicht fügte.

870 BVGE 2008/4 E. 5.2. Die Schweiz hat 2006 den Wechsel von der Zumutbarkeitszur Schutztheorie vollzogen mit dem Urteil E MARK 2006/18 (dort E. 7 und 8). Demnach ist bei drohender Verfolgung das Vorhandensein staatlichen Schutzes,

gesamte Staatsgebiet erstrecken. Wenn in einem anderen Landesteil hingegen keine Verfolgung droht, besteht interner Schutz.⁸⁷¹ Ob staatlicher Schutz vorhanden ist, muss stets auf den Einzelfall bezogen abgeklärt werden. Es obliegt den Asylbehörden, die Effektivität des Schutzes vor Verfolgung im Heimatland abzuklären und zu begründen.⁸⁷²

Das Element des staatlichen Schutzes enthält vier Voraussetzungen: Der Heimatstaat muss sowohl *willens* als auch *fähig* sein, der betroffenen Person Schutz zu bieten.⁸⁷³ Zudem muss der Schutz im Einzelfall *zugänglich* sein und seine Inanspruchnahme muss *zumutbar* sein.

Schutzwillig ist der Staat, wenn die vorhandene Schutzinfrastruktur einer Person oder einer Gruppe von Personen auch tatsächlich offen steht.⁸⁷⁴ Bei staatlicher Verfolgung kann grundsätzlich von fehlendem Schutzwillen des Staates ausgegangen werden. Geht die Verfolgung von staatlichen Einzelakteuren aus, die ihre Kompetenzen überschreiten, kann desto eher generell fehlender Schutzwille angenommen werden, je höher der kompetenzüberschreitende Akteur in der Hierarchie steht. Auch bei Verfolgung durch Private kann es aus verschiedenen Gründen⁸⁷⁵ vorkommen, dass der Staat nicht willens ist, Schutz zu gewähren. Die Tatsache, dass sich eine Person bereits erfolglos an die Behörden gewendet hat, ist zwar ein starkes Indiz für fehlenden Schutzwillen seitens des Heimatstaates, darf aber nicht dazu führen, dass von Flüchtlingen verlangt wird, alle innerstaatlichen Instanzen auszuschöpfen, bevor sie ausserhalb ihres Heimatstaates um Schutz ersuchen.

unabhängig vom Verfolgungsakteur, ausschlaggebend für die Frage ob eine Person Flüchtling ist oder nicht.

871 Das Konzept des internen Schutzes findet sich nicht im Wortlaut der GFK. Es ist aus der Staatenpraxis entstanden, siehe UNHCR, Richtlinie Interne Fluchtalternative, Ziff. 3. Zum internen Schutz unten, S. 263 ff.

872 EMARK 1996/1 E. 5 c; 2006/18 E. 10.3.2; BVGE 2008/5 E. 4.2; 2011/51 E. 7.4.

873 Siehe auch Art. 7 Abs. 1 Qualifikationsrichtlinie.

874 BVGE 2008/4 E. 5.2; EMARK 2006/18 E. 10.3.2; 1996/28, S. 271 f.

875 Die Gründe für die staatliche Schutzverweigerung müssen nicht zwingend an ein Konventionsmerkmal (dazu unten, S. 275) anknüpfen. Dies zu verlangen würde der überholten Zurechenbarkeitstheorie entsprechen. Vielmehr reicht es aus, wenn *entweder* die Schutzverweigerung durch den Staat *oder* die Verfolgung durch die Privaten durch ein Konventionsmerkmal motiviert sind, siehe Hathaway/Foster, Nexus to a Convention Ground, S. 464; Aleinikoff, S. 302; UNHCR, Richtlinien Soziale Gruppe, Ziff. 21 ff.; UNHCR, Richtlinien Geschlechtsspezifische Verfolgung, Ziff. 21; UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 30; vgl. auch Kälin, Geschlechtsspezifische Verfolgung, S. 13.

Schutzfähig ist der Staat, wenn eine funktionierende Schutzinfrastruktur zur Verfügung steht. Darunter werden in der Praxis in erster Linie Polizeiorgane sowie ein effektives Strafverfolgungssystem verstanden.⁸⁷⁶ Die geltend gemachten Handlungen müssen also im betreffenden Staat unter Strafe stehen und geahndet werden können. Zudem muss es in der Praxis auch zu effektiver Strafverfolgung kommen.⁸⁷⁷ Dies kann zum Beispiel an der Häufigkeit tatsächlich eingeleiteter strafrechtlicher Massnahmen gegen die Täter oder Täterinnen, aber auch an den zur Verfügung stehenden und tatsächlich gewährten Schutzmassnahmen zugunsten der Opfer gemessen werden.⁸⁷⁸ Die Schutzfähigkeit des Staates kann eingeschränkt sein, wenn die staatlichen Infrastrukturen beispielsweise aufgrund eines Bürgerkriegs nicht funktionieren oder wegen Korruption, Misswirtschaft oder eklatanter Unterfinanzierung in ihrer Funktion eingeschränkt sind.

Der Schutz muss ferner individuell *zugänglich* sein, das heisst, die Person muss die faktische Möglichkeit haben, sich auf den Schutz zu berufen, unabhängig beispielsweise von ihrer Zugehörigkeit zu einer (religiösen, gesellschaftlichen, ethnischen etc.) Gruppe.⁸⁷⁹

Die Inanspruchnahme des Schutzes muss schliesslich auch *zumutbar* sein. Dies ist beispielsweise nicht der Fall, wenn sich der oder die Betroffene mit einer Strafanzeige der konkreten Gefahr weiterer oder anderer Verfolgungsmassnahmen aussetzen würde,⁸⁸⁰ oder wenn die Verfolgung von genau denjenigen Akteuren ausging oder gedeckt wurde, bei denen

876 BVerGE 2008/4 E. 5.2; EMARK 2006/18 E. 10.3.2; 2002/8 E. 8 c.ee. Siehe auch Art. 7 Abs. 2 Qualifikationsrichtlinie, welcher verlangt, dass der Heimatstaat geeignete Schritte einleitet, um die Verfolgung oder den ernsthaften Schaden zu verhindern, beispielsweise durch wirksame Rechtsvorschriften zur Ermittlung, Strafverfolgung und Ahndung von Handlungen, die eine Verfolgung oder einen ernsthaften Schaden darstellen.

877 Siehe auch EuGH, *Salahadin Abdulla u.a. gegen Bundesrepublik Deutschland*, Ziff. 70.

878 EMARK 1996/16, S. 146 f.

879 Ist der staatliche Schutz aus Gründen der Zugehörigkeit zu einer (religiösen, gesellschaftlichen, ethnischen) Gruppe nicht zugänglich, liegt ein Verfolgungsmotiv vor, siehe dazu unten, S. 268 ff.

880 Vgl. etwa EMARK 1996/16 E. 4 c.bb-dd; 2002/8, S. 71 f. Aus jüngerer Zeit siehe BVerGE, E-2108/2011 vom 1.5.2013, E. 6.6.3 (weibliche Vergewaltigungsopfer im Iran bringen sich bei einer Polizeianzeige in Gefahr, selber strafrechtlich verfolgt zu werden).

eine Strafanzeige eingereicht werden müsste (z.B. bei einer Vergewaltigung durch Polizeibeamte).⁸⁸¹

Schutzakteur kann grundsätzlich nur der Staat sein. In Ausnahmefällen kann ein quasi-staatliches Gebilde oder eine internationale Organisation ebenfalls als schutzfähig und –willig anerkannt werden, doch sind die Anforderungen an deren Stabilität und Dauerhaftigkeit sehr hoch.⁸⁸² Adäquater Schutz kann nur von einer stabilen und organisierten Autorität gewährt werden, die das betreffende Gebiet und dessen Bevölkerung uneingeschränkt kontrolliert.⁸⁸³ Private Akteure wie Clans, Sippen, Familien oder mafiaähnliche Organisationen können nie als Schutzakteure in Betracht kommen.⁸⁸⁴ Auch UNHCR, nationale oder internationale NGOs oder andere nichtstaatliche Organisationen können keinen Schutz im Sinne der Flüchtlingsdefinition bieten.

3.2. Anwendung auf Menschenhandel

Im Folgenden werden diese allgemeinen Voraussetzungen auf die Situation von Menschenhandelsopfern angewendet. Als Vorbemerkung sei erneut darauf hingewiesen, dass die begründete Furcht davor, verfolgt zu werden, sich auf das Heimatland der gesuchstellenden Person beziehen muss. Befürchtet das Opfer von Menschenhandel Verfolgung in der Schweiz oder in einem anderen Land, nicht aber in ihrem Heimatland, so kann er oder sie grundsätzlich den Schutz des Heimatstaates in Anspruch nehmen, wenn nicht aus anderen Gründen eine Rückkehr rechtlich nicht erwartet werden kann.⁸⁸⁵ Gleiches gilt, wenn der Schutz an einem anderen Ort innerhalb des Herkunftsstaates beansprucht werden kann.⁸⁸⁶ Dass die

881 EMARK 1996/16, S. 147 ff.

882 EMARK 2006/18 E. 10.2.1; 2004/14 E. 6 c (wobei die Dauerhaftigkeit der quasi-staatlichen Strukturen in Somalia verneint wurde); 2000/2 E. 8 und 9 c, 2000/15 E. 10-12. Die Lehre lehnt eine Schutzgewährung durch Private ab, siehe Mathew u. a., S. 456 sowie Löhr, S. 116. Auch gemäss Art. 7 Abs. 1 QRL können nur Staaten oder Parteien oder Organisationen, die einen wesentlichen Teil des Staatsgebietes beherrschen, Schutz vor Verfolgung bieten.

883 UNHCR, Richtlinie Interne Fluchtalternative, S. 6 ff.; siehe auch BVGE 2013/5 E. 5.4.1.

884 BVGE 2008/4 E. 5.2; EMARK 2006/18 E. 10.2.3.

885 UNHCR, Handbuch, Ziff. 90.

886 Zum Internen Schutz siehe unten, S. 263 ff.

Rekrutierung für den Menschenhandel oder die Ausbeutung ausserhalb des Herkunftslandes stattgefunden hat, bedeutet aber nicht automatisch, dass die Person bei einer Rückkehr in ihr Heimatland in jedem Fall sicher ist. Nebst der Gefahr von re-trafficking muss das Vorhandensein staatlichen Schutzes auch in Bezug auf die anderen möglichen Verfolgungsgefahren wie Einschüchterungs- oder Vergeltungsmassnahmen oder Stigmatisierung sorgfältig geprüft werden.

3.2.1. Urheber der Verfolgung

Die Frage nach dem Urheber der Verfolgung ist bei Menschenhandel nur insofern relevant, als dass davon ausgegangen wird, dass sich der staatliche Schutz umgekehrt proportional verhält zum Grad der staatlichen Beteiligung an der Verfolgung: Je stärker der Staat in die Verfolgung involviert ist, desto weniger kann die Inanspruchnahme von staatlichem Schutz von den Betroffenen verlangt werden.⁸⁸⁷ Bei staatlicher Verfolgung kann im Regelfall auch kein Verweis auf eine mögliche interne Schutzalternative erfolgen.

Menschenhandel wird in der Regel von privaten Tätern begangen, seien es organisierte kriminelle Netzwerke oder Einzelpersonen (z.B. Familienangehörige). Eine staatliche Beteiligung ist eher selten und besteht, wenn überhaupt, eher in einer Tolerierung als in einer aktiven Beteiligung. Von einer aktiven Förderung durch den Staat kann aber beispielsweise gesprochen werden, wenn korrupte Beamte die Ausstellung von Reisedokumenten oder die Schleusung ermöglichen oder wenn Strafverfolgungsbehörden oder die Polizei „ein Auge zudrücken“.⁸⁸⁸ In solchen Fällen ist der Staat auch Urheber der Verfolgung und es greift die Regelvermutung der fehlenden Schutzwilligkeit bei staatlicher Verfolgung.⁸⁸⁹

887 Lühr, S. 120; Hathaway/Foster, *Internal Protection Alternative*, S. 395 ff.

888 Eine statistisch signifikante Korrelation zwischen Menschenhandel und einem hohen Korruptionsniveau ist auch empirisch belegt, siehe Kelly, S. 249.

889 UNHCR, *Richtlinien Menschenhandel*, Ziff. 24.

3.2.2. Schutzwille

Schutzwilling ist der Staat, wenn die vorhandene Schutzinfrastruktur einer Person oder einer Gruppe von Personen auch tatsächlich offensteht. Angewendet auf Menschenhandel bedeutet dies, dass grundsätzlich vorhandene Schutzmassnahmen⁸⁹⁰ für Menschenhandelsopfer einer betroffenen Person im individuellen Fall einer Rückkehr in den Heimatstaat auch zur Verfügung stehen. Wichtig ist in diesem Zusammenhang insbesondere auch, ob und wie ein Staat seiner Verpflichtung nachkommt, für rückkehrende Opfer von Menschenhandel Unterstützung bei der Wiedereingliederung⁸⁹¹ und Schutz vor re-trafficking oder Vergeltungsmassnahmen zu leisten. Auch die Strafverfolgung muss effektiv sein, d.h. Vorfälle müssen wirksam untersucht und geahndet werden.⁸⁹²

Ein wichtiges Indiz für den grundsätzlichen Schutzwillen eines Staates ist, ob dieser eines oder mehrere völkerrechtliche Abkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels ratifiziert hat. Auf universeller Ebene ist dabei an das Palermo-Protokoll zu denken, regional insbesondere die Europaratskonvention⁸⁹³ oder – im südasiatischen Raum – die SAARC Konventionen zum Schutz der Kinder⁸⁹⁴ und zur Bekämpfung von Frauen- und Kinderhandel⁸⁹⁵. Es wäre allerdings verkürzt, das Vorhandensein staatlichen Schutzes lediglich an der Ratifikation eines internationalen Abkommens zu messen. Vielmehr muss auch die wirksame Umsetzung dieser völkerrechtlichen Vorgaben in der Praxis beurteilt werden.⁸⁹⁶ Hinweise darauf, ob und wie gut ein Staat seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen

890 Dazu sogleich unten bei der Schutzfähigkeit, S. 258 f.

891 Siehe oben, S. 217 ff.

892 So auch in Bezug auf Menschenhandelsopfer Stoyanova, *Complementary Protection*, S. 794; UNHCR, *Richtlinien Menschenhandel*, Ziff. 22.

893 Die meisten Vertragsparteien der Europaratskonvention sind aber EU-Mitglieder und spielen somit als Herkunftsländer von Asylsuchenden keine Rolle. Nicht-EU- oder EFTA-Mitgliedstaaten, welche die Konvention ratifiziert haben sind Albanien, Armenien, Aserbaidschan, Bosnien und Herzegowina, Georgien, Moldawien, Montenegro, Serbien, Mazedonien, die Ukraine und Weissrussland.

894 SAARC Convention on Regional Arrangements for the Promotion of Child Welfare in South Asia, 5.1. 2002.

895 SAARC Convention on Preventing and Combating Trafficking in Women and Children for Prostitution, 5.1.2002.

896 Frei, *Schutz im Asylsystem*, S. 18; Frei, *Menschenhandelsopfer im Asylverfahren*, S. 51; siehe auch UNHCR, *Richtlinien Menschenhandel*, Ziff. 22 f.; Jayasinghe/Baglay, S. 499.

zum Schutz und zur Unterstützung von Menschenhandelsopfern nachkommt, können sich beispielsweise für Vertragsstaaten der Europaratskonvention aus den Monitoring-Berichten von GRETA⁸⁹⁷ ergeben. Für andere Staaten können u.a. die jährlichen Länderberichte des US-Aussenministeriums („Trafficking in Persons Report“)⁸⁹⁸ oder die Abschliessenden Bemerkungen der UN-Menschenrechtsorgane (insb. MRA, CEDAW-Ausschuss, Kinderrechtsausschuss und Behindertenrechtsausschuss) herangezogen werden, um einen ersten Eindruck zu erhalten.

Ist eine gewisse Praxis, die als Menschenhandel zu qualifizieren ist, in dem betreffenden Herkunftsland gesellschaftlich akzeptiert (beispielsweise der in Afghanistan praktizierte Knabentanz „Bacha Bazi“⁸⁹⁹), kann von einem fehlenden staatlicher Willen zum Schutz der Betroffenen ausgegangen werden.⁹⁰⁰ Der Schutzwille des Staates kann zusätzlich eingeschränkt sein, wenn es sich bei den Tätern des Menschenhandels um Familienangehörige des Opfers handelt, insbesondere wenn das Opfer minderjährig ist, da es in vielen Staaten üblich ist, dass sich die Behörden nicht in innerfamiliäre Angelegenheiten einmischen.⁹⁰¹ Ebenso kann in Ländern, in denen Prostitution strafbar ist, der Schutz von Opfern von sexueller Ausbeutung verweigert werden.⁹⁰²

In der Schweizerischen Gerichtspraxis zu Menschenhandel ist der Schutzwille der heimatstaatlichen Behörden soweit ersichtlich noch nie ausdrücklich geprüft worden; es lassen sich hier deshalb – nebst der Feststellung, dass das Bundesverwaltungsgericht den staatlichen Schutz offensichtlich unvollständig prüft – keine weiteren Aussagen zur Praxis machen.

897 Abrufbar unter: <http://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/country-monitoring-work> (zuletzt besucht am 3.12.2017).

898 Abrufbar unter www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/ (zuletzt besucht am 3.12.2017).

899 Zum Phänomen „Bacha Bazi“ siehe oben, Fn. 836.

900 So ging das VG Augsburg (Deutschland) im bereits oben zitierten Urteil Au 6 K 11.30379 vom 24.5.2012 (siehe oben, Fn. 836) betreffend eines Tanzjungen aus Afghanistan davon aus, dass der sexuelle Missbrauch von Kindern in Teilen Afghanistans nach wie vor ein grosses Problem darstelle, das gesellschaftlich unter dem Deckmantel kultureller Gepflogenheiten verschwiegen und verharmlost werde. Tanzjungen seien auch gerade bei Regierung- und Sicherheitskräften, sowie in höchsten gesellschaftlichen Kreisen verbreitet.

901 UNHCR, Richtlinie Kinder, Ziff. 28.

902 UNHCR, Annotated Comments on the Qualification Directive, S. 56.

3.2.3. Schutzfähigkeit

Schutzfähig ist der Staat in erster Linie, wenn eine funktionierende und effiziente Schutzinfrastruktur zur Verfügung steht. Die Schutzfähigkeit kann in Menschenhandelsfällen aber – ähnlich wie bei anderen Fällen nicht-staatlicher Verfolgung – durch ein hohes Korruptionsniveau, lokale Gewohnheiten oder mangelnde Ressourcen zur Installierung von Opferchutzsystemen geschwächt sein.⁹⁰³

Als Beispiel mag Nigeria dienen: Dieses Land hat in den letzten Jahren grosse Bemühungen unternommen, den Menschenhandel einzudämmen und staatliche Strukturen zur Verfolgung der Täter und zum Schutz der Opfer aufzubauen.⁹⁰⁴ Dennoch steht Nigeria als Herkunftsland von Menschenhandelsopfern aus Drittstaaten weiterhin in vielen europäischen Ländern mit Abstand an der Spitze der Tabelle.⁹⁰⁵ Diese Bemühungen Nigerias bezeugen zwar den Schutzwillen der nigerianischen Behörden, lassen aber Zweifel an ihrer Schutzfähigkeit aufkommen.

Eine mangelnde Schutzfähigkeit der nigerianischen Behörden bei Menschenhandel wurde von verschiedenen Asylgerichten in Nachbarstaaten der Schweiz angenommen: So hat beispielsweise das Verwaltungsgericht Stuttgart festgestellt, dass die nigerianische Anti-Menschenhandelsagentur NAPTIP unterfinanziert sei und sich die wenigen Einrichtungen für Opfer in einem schlechten Zustand befänden. Rückgeführte Opfer seien in Nigeria gefährdet, von den Täterinnen und Tätern bedroht und unter Druck gesetzt zu werden; darüber hinaus müssten sie mit Diskriminierung durch die Familie und das soziale Umfeld und mit Vergeltung des „Sponsors“ rechnen.⁹⁰⁶ Das Verwaltungsgericht Wiesbaden hat in einem Urteil betreffend das Asylgesuch eines Menschenhandelsopfers aus Nigeria festgestellt, dass der nigerianische Staat zwar Massnahmen gegen Menschenhandel ergreift, aber nicht in der Lage ist, ein ausreichendes Schutzniveau zu gewährleisten. Zudem bleibe der Schutz für Opfer von Menschenhan-

903 UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 24; Foster/Dorevitch, S. 25; Stoyanova, Complementary Protection, S. 795.

904 Vgl. etwa die Website der nigerianischen Anti-Menschenhandelsbehörde NAPTIP www.naptip.gov.ng (zuletzt besucht am 3.12.2017).

905 Siehe die Statistiken aus der Schweiz, oben, S. 60 ff. Statistiken anderer Länder bestätigen ebenfalls die zahlenmässige Dominanz nigerianischer Gesuchsteller(innen), etwa in Österreich: Reyhani, S. 19; in Deutschland: Hoffmann, S. 34.

906 VG Stuttgart, A 7 K 1405/12 vom 16.5.2014 (= ASYLMAGAZIN 11/2014, S. 486 ff.).

del hinter dem Schutz vor sonstiger Kriminalität zurück.⁹⁰⁷ Zu einer ähnlichen Einschätzung gelangte die französische Cour nationale du droit d'asile, indem sie feststellte, dass im nigerianischen Bundesstaat Edo (wo die Beschwerdeführerin herkam) die Zuhälterei zwar unter Strafe stehe, jedoch aufgrund mangelnder finanzieller Ressourcen, einem hohen Korruptionsgrad und der grossen Bedeutung traditioneller Autoritäten, keine effektive Strafverfolgung stattfinden würde und die Beschwerdeführerin deshalb keinen effektiven staatlichen Schutz in Anspruch nehmen könne.⁹⁰⁸ In einem anderen Urteil kam das gleiche Gericht zum Schluss, dass in Nigeria kein staatlicher Schutz bestehe, insbesondere weil mehrere Intermediäre in verschiedenen Stadien in den Handel involviert gewesen waren.⁹⁰⁹

Im Gegensatz dazu hat der EGMR in einer Unzulässigkeitsentscheidung betreffend die Wegweisung eines Menschenhandelsopfers von Frankreich nach Nigeria eine genügende Schutzfähigkeit Nigerias angenommen.⁹¹⁰ Der EGMR stützte dabei darauf ab, dass die Gesetzgebung in Nigeria zur Prävention der Prostitution und der Bekämpfung von Menschenhandelsnetzwerken zwar noch nicht abgeschlossen sei, aber dennoch beachtliche Fortschritte aufweise. Diese Analyse erfolgte m.E. aber zu oberflächlich: Die Gesetzgebung eines Staates kann nicht alleine für die Begründung seiner Schutzfähigkeit herangezogen werden. Zudem ist in diesem Urteil mit keinem Wort auf die Praktiken des „Juju“ und die damit einhergehende Frage, ob die nigerianischen Behörden gegen solche traditionellen Praktiken vorgehen, eingegangen worden.

Hilfreich für die Beurteilung des staatlichen Schutzes sind die in § 4 dieser Abhandlung identifizierten Standards⁹¹¹ zum Opferschutz.⁹¹² Auch wenn diese nicht von einer Einzelfallprüfung befreien, können sie zumindest Hinweise darauf geben, ob der Staat seinen Schutzpflichten tatsächlich auch nachkommt. Vorgeschrieben sind insbesondere:

907 VG Wiesbaden, 3 K 1465/09.WI.A vom 14.3.2011 (= ASYLMAGAZIN 5/2011, S. 158 f.).

908 Cour nationale du droit d'asile (Frankreich), Décision No. 10012810 vom 24.3.2015.

909 Cour nationale du droit d'asile (Frankreich), Décision No. 10012810 vom 29.4.2011.

910 EGMR, *V.F. v. France* und wiederholt in EGMR, *L.O. v. France*.

911 Oben, S. 155 ff.

912 Siehe auch Frei, Schutz im Asylsystem, S. 18 und Frei, Menschenhandelsopfer im Asylverfahren, S. 52; Janetzek/Lindner, S. 190.

- Die Unterstrafstellung von Menschenhandel sowie eine wirksame Strafverfolgung,
- ein Mechanismus zur Erkennung und Identifizierung von Opfern,
- Massnahmen zum Schutz der Opfer vor weiteren menschenrechtswidrigen Beeinträchtigungen und insbesondere das Gewährleisten der physischen Sicherheit der Opfer,
- die Unterstützung der Opfer in medizinischer, sozialer und psychologischer Hinsicht,
- Sicherstellung des Lebensunterhalts der Opfer, u.a. mittels einer angemessenen und sicheren Unterkunft,
- Massnahmen, u.a. Repatriierungsprogramme zur Wiedereingliederung in das Bildungssystem und den Arbeitsmarkt, um re-trafficking oder andere Gefährdungen zu verhindern.

Diese Massnahmen müssen in nicht-diskriminierender Weise durchgeführt werden und dürfen insbesondere keine Geschlechterungleichheiten zementieren (dies wirkt sich auch auf den Schutzwillen aus); zudem darf die Unterstützung und der Schutz eines Opfers nicht davon abhängig gemacht werden, ob es mit den Strafverfolgungsbehörden kooperiert.⁹¹³ Auch hier kann zur Beurteilung dieser Fragen auf die Monitoring-Berichte von GRE-TA oder den „Trafficking in Persons Report“ des US-Aussenministeriums abgestellt werden.⁹¹⁴

In der Schweizer Gerichtspraxis zu Asylgesuchen von Menschenhandelsopfern fällt auf, dass das Vorhandensein staatlichen Schutzes meistens durch einen summarischen Verweis auf das Vorhandensein einer staatlichen Schutzinfrastruktur bejaht wird. So hat das Gericht zum Beispiel im Fall einer Russin, welche vorbrachte, in Tschechien sexuell ausgebeutet worden zu sein, erwogen: „Russland verfügt über einen gut ausgebauten Polizeiapparat und ist in der Lage und auch willens, seinen Bürgern den erforderlichen Schutz vor kriminellem Unrecht zukommen zu lassen.“⁹¹⁵ Im Fall einer Frau aus Serbien ging das Gericht davon aus, „dass die Beschwerdeführerin die objektive Möglichkeit hat und es ihr subjektiv zuzumuten ist, sich im Bedarfsfall an die heimatlichen Behörden zu wenden und diese um Schutz zu ersuchen, zumal auch in Serbien Menschenhandel eine Straftat darstellt.“⁹¹⁶ In einem Urteil betreffend eine Frau aus Nigeria

913 Siehe oben, S. 194.

914 Oben, Fn. 897 und 898.

915 BVGer, E-3826/2006 vom 25.1.2010, E. 4.3.

916 BVGer, D-2695/2011 vom 27.5.2011.

führte das Gericht aus, der nigerianische Staat habe „seit dem Jahr 2000 beträchtliche Anstrengungen zur Bekämpfung des Menschenhandels unternommen“, zudem habe die Beschwerdeführerin die Möglichkeit, bei der regionalen NAPTIP-Vertretung um Schutz nachzusuchen.⁹¹⁷ In einem anderen Urteil wurde summarisch darauf abgestellt, dass die Behörden in Nigeria grundsätzlich schutzfähig und schutzwilling seien und sich die Beschwerdeführerin gegen allfällige zukünftige Drohungen und Massnahmen von der Person, welche für die angebliche sexuelle Ausbeutung verantwortlich gewesen sei, an die nigerianischen Behörden wenden könne.⁹¹⁸ In einem Fall betreffend einen Gesuchsteller aus Niger, der vortrug, in seinem Heimatland von Verwandten wie ein Sklave gehalten worden zu sein, wies das Gericht darauf hin, „dass der Beschwerdeführer (...) bei allfälligen Nachstellungen seitens der Familie seines Onkels H., unter dessen Obhut er gestanden haben will, die zuständigen Behörden in seiner Heimat um Schutz nachsuchen könnte“.⁹¹⁹

Mit Blick auf die oben dargestellten Standards sowie im Hinblick auf die behördliche Begründungspflicht und die bei Verdacht auf Menschenhandel greifende gesteigerte Abklärungspflicht⁹²⁰ erscheint die bisherige Gerichtspraxis zu Menschenhandelsopfern im Punkt der Prüfung des staatlichen Schutzes somit unvollständig, da häufig ohne genaue Prüfung von der Schutzfähigkeit eines Staates ausgegangen wird.⁹²¹

3.2.4. Zumutbarkeit

Für die betroffene Person muss es zumutbar sein, den staatlichen Schutz zu beanspruchen. Im Zusammenhang mit Menschenhandel ist dies jedenfalls dann nicht der Fall, wenn z.B. Polizeikräfte zu den Freiern von Zwangsprostituierten oder zu den Ausbeutern gehören respektive mit diesen anderweitig zusammenarbeiten und der Schutz von einer Polizeianzei-

917 BVerfGE, E-3110/2013 vom 12.6.2013, E. 5.1.

918 BVerfGE, D-1683/2014 vom 12.8.2014, E. 6.2.

919 BVerfGE, D-3761/2006 vom 11.9.2007, E. 5.2.

920 Zur gesteigerten Abklärungspflicht siehe näher unten, S. 508 ff.

921 Dies scheint ein Problem zu sein das auch in der Praxis anderer Länder besteht, so etwa im Vereinigten Königreich: Simon, S. 657 und Richards u. a., S. 13; und in Kanada: Baglay, S. 419.

ge des Opfers abhängt.⁹²² Ebenfalls nicht zumutbar ist die Inanspruchnahme des Schutzes, wenn sich das Opfer mit einer Strafanzeige der konkreten Gefahr von Verfolgungsmassnahmen aussetzen würde.⁹²³

In den untersuchten Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts in Menschenhandelsfällen war die Zumutbarkeit der Inanspruchnahme des Schutzes bislang kein Thema. Wie erwähnt, wird das Vorhandensein staatlichen Schutzes entgegen der völkerrechtlichen Vorgaben insgesamt eher summarisch geprüft.

3.2.5. Zugänglichkeit

Das Opfer muss die faktische Möglichkeit haben, sich auf den (grundsätzlich vorhandenen) Schutz zu berufen. Eine Regelung, wonach nur denjenigen Menschenhandelsopfern Schutz oder Unterstützung gewährt wird, die mit den Strafverfolgungsbehörden kooperieren, würde dem Erfordernis der Zugänglichkeit nicht genügen. Auch wenn die antragstellende Person glaubhaft darlegt, dass sie bereits erfolglos versucht hat, staatlichen Schutz zu erhalten, muss davon ausgegangen werden, dass der Schutz nicht zugänglich war.⁹²⁴

Gleich wie bei der Zumutbarkeit war in den untersuchten Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts auch die Zugänglichkeit des staatlichen Schutzes nirgends ein Thema.

922 Stoyanova, Complementary Protection, S. 795. Beispielsweise haben die zyprischen Polizisten im Fall *Rantsev* des EGMR das Opfer von sexueller Ausbeutung nach einer kurzen Abklärung wieder in die Obhut des Nachtclubbetreibers gegeben, für den sie arbeitete.

923 Vgl. etwa EMARK 1996/16 E. 4 c.bb-dd; 2002/8, S. 71 f. Aus jüngerer Zeit siehe BVGer, E-2108/2011 vom 1.5.2013, E. 6.6.3..

924 Vgl. Urteil der ARK vom 5.12.1995, E. 5c) aa), auszugsweise publiziert in ASYL 1996/2, S. 64 f. Aus neuerer Zeit gibt es keine Urteile des Bundesverwaltungsgerichts, die die Beurteilung der Zugänglichkeit des staatlichen Schutzes betreffen. In einem Dublin-Urteil hielt das Gericht fest, dass die Beschwerdeführerin glaubhaft dargelegt habe, sie habe in Italien trotz Einschaltung der Polizei keinen Schutz vor den Nachstellungen der Menschenhändler erfahren, siehe BVGer, E-6323/2010 vom 30.11.2010.

4. Abwesenheit internen Schutzes

4.1. Allgemeine Voraussetzungen

Das Erfordernis des fehlenden staatlichen Schutzes und der Grundsatz der Subsidiarität des Flüchtlingsschutzes beinhalten gemäss der überwiegenden Staatenpraxis auch, dass geprüft wird, ob eine Person landesweit verfolgt ist. Ist dies nicht der Fall, kann sich die Frage stellen, ob sie an einem verfolgungsfreien Ort Schutz, sogenannten internen Schutz⁹²⁵, finden kann. Der interne Schutz liegt dabei aber nicht schon vor, wenn an einem Ort im Herkunftsland keine Verfolgung droht, sondern er muss eine solche Qualität aufweisen, dass die betroffene Person sich auch nicht aufgrund der dort herrschenden Umstände gezwungen sähe, wieder an ihren alten Wohnort und damit an den Ort der Verfolgung zurückzukehren. Diese Gefahr droht nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts immer dann, wenn der Schutz nicht dauerhaft ist oder keine zumutbaren Lebensbedingungen bietet. Dabei ist nicht allein auf den Zumutbarkeitsmassstab des AuG abzustellen (Art. 83 Abs. 4 AuG⁹²⁶), sondern im Rahmen einer individuellen Einzelfallprüfung die Frage zu beantworten, ob sich die Person am Ort des internen Schutzes eine neue Existenz aufbauen kann. Das Bundesverwaltungsgericht verweist hier auf die UNHCR-Richtlinien zum internen Schutz⁹²⁷ und auf Art. 8 Qualifikationsrichtlinie und verlangt, dass die antragstellende Person dort aufgenommen wird und es vernünftigerweise von ihr erwartet werden kann, dass sie sich dort niederlässt.⁹²⁸

925 Hier wird die Terminologie der Qualifikationsrichtlinie verwendet (siehe Art. 8 QRL). Auch der Begriff „interne Schutzalternative“ ist gebräuchlich, siehe bspw. Stöckli, Asyl, Rz. 11.20. Nicht verwendet werden sollte der Begriff „innerstaatliche Fluchtalternative“, da dieser angesichts des Wechsels zur Schutztheorie (siehe dazu oben, Fn. 870) veraltet ist. Siehe zur Terminologie auch Zimmermann/Mahler, Rz. 605 und Hathaway/Foster, Law of Refugee Status, S. 334.

926 Zur Unzumutbarkeit nach Art. 83 Abs. 4 AuG näher unten, S. 339 ff.

927 UNHCR, Richtlinie Interne Fluchtalternative.

928 BVGE 2011/51 E. 8.3. und 8.5. – 8.7. Grundlegend ist für diesen Bereich unter anderem die Entscheidung des EGMR, *Salah Sheek v. The Netherlands*, Ziff. 147.

Nebst diesen Voraussetzungen beinhaltet die Prüfung des internen Schutzes die folgenden kumulativen Elemente:⁹²⁹

- Am Ort des Schutzes muss eine funktionierende und effiziente Schutzinfrastruktur bestehen (*Schutzfähigkeit*⁹³⁰);
- Der Staat muss gewillt sein, der in einem anderen Landesteil von Verfolgung betroffenen Person am neuen Ort Schutz zu gewähren (*Schutzwille*⁹³¹). Geht die Verfolgung vom Staat aus, kann davon ausgegangen werden, dass landesweit kein Schutz besteht.⁹³² Geht die Verfolgung von einzelnen Beamten aus, ist insbesondere ihre hierarchische Stellung im Staatsapparat und ihre nationale Vernetzung in die Prüfung einzubeziehen.⁹³³ Handelt es sich um private Verfolgung, muss die Fähigkeit der Verfolger abgeschätzt werden, das Opfer auch in anderen Landesteilen aufzuspüren.⁹³⁴
- Die betroffene Person muss den neuen Ort ohne unzumutbare Gefahren und auf legalem Weg erreichen und sich dort legal aufhalten können (*Zugänglichkeit*).⁹³⁵
- Es muss der Person individuell zuzumuten sein, den am neuen Ort erhältlichen Schutz in Anspruch zu nehmen (*Zumutbarkeit*). Dabei reicht eine Orientierung am Zumutbarkeitsbegriff von Art. 83 Abs. 4 AuG⁹³⁶ nicht aus. Allerdings ist die Inanspruchnahme des internen Schutzes auch nicht schon deshalb unzumutbar, weil die Person dort Einbussen in der Lebensqualität in Kauf nehmen muss. Ist die Situation allerdings etwa durch Krieg, Bürgerkrieg oder allgemeine Gewalt gekennzeichnet, oder könnte die Person beispielsweise absolut notwendige medizi-

929 BVGE 2011/51 E. 8.6.

930 Zur Schutzfähigkeit siehe oben, S. 258 f.

931 Zum Schutzwillen siehe oben, S. 256 f.

932 Vgl. beispielsweise zum tschetschenischen Kontext BVGer, D-3551/2013 vom 8.10.2013, E. 4.2.5 mit Verweis auf EMARK 2005/17 E. 6.2 sowie BVGer, E-2467/2009 vom 30.8.2012, E. 6.5, zitiert in den Referenzurteilen D-7054/2014 und D-7056/2014 vom 22.4.2015, E. 5.5.

933 In EMARK 2006/32 E. 7.4.3.2 kam die damalige ARK zum Schluss, dass eine Frau, die von einem älteren höheren Offizier der äthiopischen Armee verfolgt wurde, landesweit keinen wirksamen Schutz vor weiteren Übergriffen dieses Offiziers finden könnte.

934 Caroni u. a., S. 252.

935 BVGE 2011/51 E. 8.5.3. Siehe auch UNHCR, Richtlinie Interne Fluchtalternativen, Ziff. 10; Hathaway/Foster, Internal Protection Alternative, S. 390; Kälin, Asylverfahren, S. 73; Achermann/Hausammann, S. 89.

936 Siehe auch unten, S. 339 ff.

nische Versorgung nicht erhalten oder würde in völlige Armut gestossen oder dem Hunger, Invalidität oder gar dem Tod ausgeliefert sein, besteht kein zumutbarer interner Schutz.⁹³⁷

- Der Schutz muss zudem *dauerhaft* sein: Die Person muss sich an diesem Ort längerfristig legal niederlassen und eine neue Existenz aufbauen können.⁹³⁸

Der Nachweis des Vorliegens einer innerstaatlichen Schutzalternative obliegt – analog dem Vorhandensein staatlichen Schutzes – den Behörden.⁹³⁹

4.2. Anwendung auf Menschenhandel

Das oben⁹⁴⁰ zum staatlichen Schutz Gesagte gilt auch für die Prüfung des internen Schutzes bei Menschenhandelsopfern. Daneben sind weitere Besonderheiten zu berücksichtigen.

In Bezug auf die Sicherheit vor Verfolgung ist bei der Prüfung der Abwesenheit von Verfolgung in einem Landesteil zu untersuchen, ob das Opfer dort aufgespürt werden könnte. Dabei ist zu beachten, dass Menschenhandel ein Phänomen ist, welches sich durch seine internationale oder regionale, grenzüberschreitende Komponente charakterisiert. Es kommt deswegen nicht selten vor, dass Menschenhändler ihren Opfern sowohl innerhalb eines Landes als auch im Ausland nachstellen,⁹⁴¹ insbesondere wenn das Opfer seine Schulden noch nicht vollständig abbezahlt hat.⁹⁴² Zumindest wenn das Opfer glaubhaft darlegt, dass es in seinem Heimatland bereits erfolglos versucht hat, sich durch interne Umsiedlung dem Zugriff

937 BVGE 2011/51 E. 8.5.3. Mit diesem Grundsatzurteil nahm das BVGer eine Abkehr von der bisherigen Praxis vor, gemäss welcher die Zumutbarkeit der Inanspruchnahme internen Schutzes erst im Rahmen der Prüfung des Wegweisungsvollzugs geprüft wurde (EMARK 1996/1). Die frühere, stark kritisierte Praxis führte dazu, dass bei Vorhandensein einer nicht zumutbaren „inländischen Schutzalternative“ die Personen nicht als Flüchtlinge anerkannt wurden. Sie wurden (lediglich) wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig aufgenommen.

938 BVGE 2011/51 E. 8.5.2. Siehe auch UNHCR, Richtlinie Interne Fluchtalternative, Ziff. 17 ff.; Hathaway/Foster, Internal Protection Alternative, S. 392.

939 Siehe dazu oben, S. 251.

940 Siehe dazu oben, S. 254 ff.

941 UNHCR, Victims of Organized Gangs, Ziff. 54.

942 Stoyanova, Complementary Protection, S. 795.

der Täter und Täterinnen zu entziehen, ist davon auszugehen, dass kein interner Schutz vorhanden ist.

Der interne Schutz ist unter anderem auch daran zu messen, ob die betroffene Person in der Lage ist, sich ein „normales“ Leben am Ort des Schutzes aufzubauen. Hier ist auf mögliche, noch nicht verwirklichte Verfolgungsformen wie Stigmatisierung, Diskriminierung oder soziale Ausgrenzung zu achten, wie sie oben beschrieben wurden.⁹⁴³ Wenn beispielsweise eine alleinstehende Frau gezwungen sein sollte, Arbeit anzunehmen die ausbeuterisch oder gefährlich ist oder mit sexuellen oder körperlichen Übergriffen einhergeht, besteht schon per se keine Verfolgungsfreiheit und der Ort kommt als interne Schutzalternative nicht in Frage.

Nicht zumutbar ist es zudem, sich über längere Zeit versteckt zu halten. Frauenhäuser oder ähnliche Einrichtungen sind deshalb als Möglichkeit zur Erlangung einer dauerhaften Ansiedlung im Sinne des internen Schutzes nur dann geeignet, wenn sie als erste Station auf dem Weg zu einem dauerhaften und zumutbaren Schutz dienen, nicht jedoch als dauerhafte Option. Zudem werden solche Einrichtungen zumeist von privaten Akteuren betrieben, welche ohnehin nicht als Schutzakteure in Frage kommen.⁹⁴⁴

Ist der Staat in den Menschenhandel involviert, etwa indem er diesen stillschweigend toleriert, muss davon ausgegangen werden, dass auch in anderen Landesteilen kein Schutz vorhanden ist.⁹⁴⁵ Wenn staatliche Leistungsträger wie Polizeikräfte oder andere Beamte am Menschenhandel beteiligt sind, muss geprüft werden, ob es sich lediglich um ein regionales Problem handelt, etwa weil Korruption nur in einem bestimmten Landesteil grassiert oder weil die Kompetenzen der Beamten vom Zentralstaat delegiert wurden. Letzteres ist aber wohl nicht der Fall bei bestechlichen Grenzbeamten, Ausländer- oder Passbehörden sowie wenn die Polizeikräfte zentralstaatlich organisiert sind. Zudem reicht die Abwesenheit von Korruption nicht aus, sondern es muss konkret Schutz gewährt werden und zugänglich sein.

943 Oben, S. 247 ff.

944 Siehe oben, S. 254.

945 UNHCR, Victims of Organized Gangs, Ziff. 52.

In einem schon etwas älteren Fall, der noch von der damaligen Asylrekurskommission⁹⁴⁶ beurteilt worden ist, wurde ein Opfer sexueller Ausbeutung als Flüchtling anerkannt, weil das Vorliegen internen Schutzes ausdrücklich verneint wurde: Das Urteil betraf eine kurdische Frau, die in der Türkei Opfer von sexueller Ausbeutung geworden war. Die ARK befand, dass sie als alleinstehende Frau mit „schicksalhafter Vergangenheit“, welche sie auf Dauer nicht würde verbergen können, höchstwahrscheinlich an keinem Ort in der Türkei eine menschenwürdige Existenz aufbauen könnte und in Gefahr wäre, erneut in das alte aufgezwungene Milieu zu rutschen. Ebenso wenig war ihr nach Ansicht der ARK eine Rückkehr zu ihrer (in einem ländlichen Gebiet lebenden) Familie zumuten, da diese sie höchstwahrscheinlich verstossen oder gar – wegen ihres Zuwiderhandelns gegen moralische Pflichten – getötet hätte.⁹⁴⁷

Häufig wird in der Asylpraxis zu Menschenhandelsopfern jedoch der interne Schutz entweder gar nicht oder nur summarisch geprüft. So hat das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil von 2010 betreffend eine Frau aus Russland, die in einem Bordell in Tschechien sexuell ausgebeutet worden ist und Nachstellungen durch ihren früheren Zuhälter fürchtete, äusserst knapp festgehalten: „Um sich allfälligen künftigen asylrelevanten Nachteilen zu entziehen, könnte die Beschwerdeführerin sodann ihren Wohnsitz in einen anderen Teil Russlands verlegen.“⁹⁴⁸ In einer solchen Konstellation müsste nach der Praxisänderung aus dem Jahr 2011⁹⁴⁹ heute eine individuelle Einzelfallprüfung der persönlichen Umstände und des genauen Ortes der internen Schutzes geprüft werden. Dabei wäre auch zu prüfen, ob legaler Zugang und ein legaler Aufenthalt am Ort des internen Schutzes möglich sind. Allerdings gibt es seither noch keinen Fall eines Menschenhandelsopfers, in dem das Bundesverwaltungsgericht eine solche umfassende Einzelfallprüfung vorgenommen hat. Die Schlussfolgerung bezüglich der Praxis zur Beurteilung des staatlichen Schutzes trifft

946 Die Asylrekurskommission wurde im Jahr 2007 vom Bundesverwaltungsgericht als Rekursinstanz im Asylbereich abgelöst. Die Grundsatzurteile der ARK behalten – vorbehaltlich allfälliger Praxisänderungen durch das BVGer – weiterhin ihre Gültigkeit und sind unter www.ark-cra.ch abrufbar.

947 ARK, Urteil vom 5.12.1995, N 255 572, Urteilsbesprechung in ASYL 1996/2, S. 64 f.

948 BVGer, E-3826/2006 vom 25.1.2010, E. 4.3.

949 Siehe oben, Fn. 937.

also auch hier zu: Die erforderlichen Standards werden bei Menschenhandelsopfern nicht geprüft und die Urteile nur dürftig begründet.

5. Anknüpfen der Verfolgung an ein Konventionsmerkmal

5.1. Allgemeine Vorgaben

Um als flüchtlingsrelevant qualifiziert zu werden, muss eine Verfolgung an eines der fünf Konventionsmerkmale „Rasse“, „Religion“, „Nationalität“, „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ oder „politische Anschauung“ anknüpfen. Darin sind zwei Bedingungen enthalten: Erstens muss bei der gesuchstellenden Person eines (oder mehrere) der Verfolgungsmerkmale vorliegen, zweitens muss die Verfolgung durch dieses Merkmal kausal motiviert sein. Es kann sich auch um zugeschriebene Eigenschaften handeln.⁹⁵⁰ Geht die Verfolgung nicht vom Staat aus, müssen entweder die Motive des nichtstaatlichen Verfolgers oder aber die Motive des Staates für die fehlende Schutzgewährung an eines der Merkmale anknüpfen.⁹⁵¹ Die Konventionsmerkmale und die Anforderungen an die Kausalität werden im Folgenden einzeln dargestellt, bevor ihre Anwendung auf Menschenhandelsverhalte diskutiert wird.

Es ist also zu untersuchen, *ob* die verfolgte Person ein bestimmtes Merkmal aufweist. Die Frage, ob die Verfolgung *wegen* dieser Merkmale erfolgt, ist erst in einem zweiten Schritt bei der Kausalität zu prüfen.⁹⁵²

5.1.1. Die Konventionsmerkmale

Im Folgenden werden die Konventionsmerkmale „Rasse“/„Nationalität“, „Religion“ sowie „politische Anschauungen“ abstrakt dargestellt. Das

950 Stöckli, Asyl, Rz. 11.12; Achermann/Hausammann, S. 96; vgl. auch Art. 10 Abs. 2 QRL, welcher ausdrücklich regelt, dass zugeschriebene Eigenschaften ebenfalls ausreichend sind.

951 Hathaway/Foster, Law of Refugee Status, S. 464; Aleinikoff, S. 302; UNHCR, Richtlinien Soziale Gruppe, Ziff. 21 ff.; UNHCR, Richtlinien Geschlechtsspezifische Verfolgung, Ziff. 21; vgl. auch Kälin, Geschlechtsspezifische Verfolgung, S. 13.

952 Dass diese beiden Fragen in der Praxis nicht ganz unabhängig voneinander untersuchen lassen können liegt gleichwohl auf der Hand.

Merkmal der „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ wird aufgrund seiner Bedeutung für die Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft von Menschenhandelsopfern und seiner definitorischen Besonderheiten in einem separaten Abschnitt behandelt. Nach dem Prinzip der menschenrechtlichen Auslegung der Flüchtlingseigenschaft sind auch die Konventionsmerkmale im Einklang mit menschenrechtlichen Entwicklungen auszulegen.⁹⁵³

Der Begriff „*Rasse*“ ist in einem weiten, sozialen Sinne zu verstehen. Er entspricht demjenigen der Antirassismuskonvention, welche in Art. 1 Abs. 1 Rasse, Hautfarbe, Abstammung, nationaler Ursprung oder Volkstum auflistet.⁹⁵⁴ Das Konventionsmerkmal „*Rasse*“ lässt sich daher nicht klar von demjenigen der „*Nationalität*“ abgrenzen.⁹⁵⁵ Verfolgung aufgrund der „*Nationalität*“ beschränkt sich nämlich nicht auf die Staatsangehörigkeit oder das Fehlen einer solchen, sondern beinhaltet auch die Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen, sprachlichen oder kulturellen Volksgruppe und schliesst auch die Verfolgung von Staatenlosen mit ein, wenn die Verfolgungsmotivation auf dem Fehlen dieser Staatsangehörigkeit beruht.⁹⁵⁶

Auf „*Religion*“ beruhende Verfolgung umfasst alle Massnahmen aufgrund von Konflikten über die „richtige“ Anschauung, und kann also auch atheistische Personen treffen.⁹⁵⁷ Die mit dem Konventionsmerkmal „*Religion*“ geschützte Überzeugung entspricht dem Schutzbereich der Religionsfreiheit, wie sie in allen internationalen Menschenrechtsverträgen⁹⁵⁸ festgehalten ist und umfasst somit auch das Recht, nicht zu glauben.

Das Konventionsmerkmal „*politische Anschauungen*“ ist weit zu verstehen und umfasst alle Meinungen, Grundhaltungen oder Überzeugungen, die sich auf das politische oder auch das gesellschaftliche oder wirtschaftliche System beziehen. Auch das Vertreten einer neutralen Haltung oder die Weigerung, politisch Position zu beziehen, ist eine politische

953 Vgl. Hruschka, Kommentar AsylG, Art. 3 N 16.

954 UNHCR, Handbuch, Ziff. 68 ff.; Caroni u. a., S. 260; Kälin, Grundriss, S. 92.

955 UNHCR, Handbuch, Ziff. 74. Oftmals erfüllt eine verfolgte Person mehrere dieser Merkmale. Für die Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft ist dies jedoch unerheblich, da eine Person auch aus mehreren Konventionsgründen verfolgt sein kann, siehe UNHCR, Auslegung von Art. 1, Ziff. 24.

956 Kälin, Asylverfahren, S. 94.

957 Ibid., S. 93; Caroni u. a., S. 260; siehe auch BVGE 2014/28 E. 8.4.4.

958 Siehe insbesondere Art. 18 AEMR, Art. 18 Abs. 1 UNO-Pakt II und Art. 9 Abs. 1 EMRK.

Meinung.⁹⁵⁹ Häufig bedient sich der Staat des Strafrechts, um politisch missliebige Personen zu verfolgen. Ist eine Strafverfolgung politisch motiviert, was sich etwa in einer unverhältnismässig harten Bestrafung, einem unfairen Gerichtsverfahren oder einer illegitimen (menschenrechtswidrigen) Strafnorm äussert, muss von einer politischen Motivation und somit vom Vorliegen eines flüchtlingsrelevanten Eingriffs ausgegangen werden.⁹⁶⁰

5.1.2. Das Merkmal „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“

Über die Definition des Konventionsmerkmals „Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe“ wird angesichts der Auslegungsbedürftigkeit dieses Merkmals viel diskutiert. Aus der Staatenpraxis haben sich zwei Definitionsansätze entwickelt, welche je nach nationaler Praxis einzeln, alternativ oder kumulativ angewendet werden.

Der *protected characteristics* Ansatz stellt darauf ab, ob die Gruppenmitglieder über ein menschenrechtlich geschütztes, unabänderbares oder unverzichtbares Merkmal verfügen, so dass die Betroffenen nicht gezwungen werden sollten, auf dieses Merkmal zu verzichten. „Unabänderbar“ bedeutet dabei, dass die Personen nicht in der Lage sind, das Merkmal zu ändern, etwa weil es angeboren ist (z.B. eine Behinderung, die Familienangehörigkeit oder bis zu einem gewissen Grad auch die ökonomische oder soziale Stellung) oder auf einer früheren Erfahrung beruht (z.B. eine durch einen früheren Beruf entstandene Zuordnung), während ein Merkmal „unverzichtbar“ ist, wenn es von so grundlegender Bedeutung für die Menschenwürde, die Identität oder das Gewissen ist, dass von den Personen nicht erwartet werden kann, darauf zu verzichten (z.B. die Geschlechtsidentität oder die sexuelle Orientierung).⁹⁶¹

Der *social perception* Ansatz stellt darauf ab, ob die Gruppe als solche im betreffenden Heimatland der gesuchstellenden Person ein Merkmal teilt, das sie zu einer erkennbaren Gruppe macht oder das sie von der Ge-

959 Caroni u. a., S. 261.

960 „Politmalus“: BVGE 2014/28 E. 8.3.1.

961 Anstelle vieler: UNHCR Richtlinie soziale Gruppe, Ziff. 6.

sellschaft insgesamt unterscheidet und ihr damit eine deutlich abgegrenzte Identität gibt.⁹⁶²

Die Ansätze werden in der Staatenpraxis entweder einzeln, alternativ oder kumulativ angewendet. Der kumulative Ansatz wird allerdings in der Doktrin als eine unzulässige Einengung der völkerrechtlichen Flüchtlingsdefinition bezeichnet.⁹⁶³ Der *protected characteristics* Ansatz wird in der Lehre generell als dogmatisch überzeugender bezeichnet, da er die Gruppen basierend auf diskriminierungsrechtlich verpönten Eigenschaften definiert,⁹⁶⁴ was der menschenrechtlichen Auslegung der GFK besser entspricht.⁹⁶⁵ Der *social perception* Ansatz wird diesbezüglich kritisiert, da er aufgrund der Schwierigkeit, einzuschätzen, welche sozialen Wahrnehmungen in einem anderen Land herrschen, die Gefahr subjektiven Urteilens birgt.⁹⁶⁶ Kritisiert wird auch, dass dieser Ansatz zu einer Ausweitung des Konventionsmerkmals auf nicht von der Zielrichtung der GFK erfasste Gruppen⁹⁶⁷ oder zu zirkulären Definitionen⁹⁶⁸ führen könnte.

Die bestimmte soziale Gruppe wird stets in Bezug auf die Situation in einem bestimmten Herkunftsland beurteilt. Es reicht also nicht aus, die Gruppe allein durch die drohende Verfolgung zu definieren, denn dies wäre tautologisch. Das heisst, dass zusätzlich zur Furcht vor Verfolgung mindestens ein unabänderbares oder unverzichtbares Merkmal vorliegen

962 Auch anstelle vieler: UNHCR Richtlinie soziale Gruppe, Ziff. 7.

963 Siehe die Hinweise bei Hruschka/Löhr, Bestimmte soziale Gruppe, S. 208; international insbesondere Hathaway/Foster, Law of Refugee Status, S. 432; siehe auch Juss, Refugee Status for Victims of Trafficking, S. 9 f.; Janetzek/Lindner, S. 188; Köhler, S. 208. In der Schweiz: Caroni u. a., S. 262.

964 Der Ansatz wird deshalb in der englischsprachigen Doktrin auch *ejusdem generis* genannt, nach dem Rechtsprinzip im *common law*, wonach ein unbestimmter Begriff, welcher sich in einer Aufzählung neben bestimmten Begriffen findet, mit diesen konsistent ausgelegt werden soll, siehe Hathaway/Foster, Particular Social Group, S. 480.

965 Siehe auch Hathaway/Foster, Law of Refugee Status, S. 436; Hathaway/Foster, Particular Social Group, S. 486; Aleinikoff, S. 294 und wohl auch Caroni u. a., S. 262.

966 Hathaway/Foster, Particular Social Group, S. 484; Foster/Dorevitch, S. 35.

967 Da nicht berücksichtigt wird, ob die Gruppe menschenrechtlich schutzwürdig ist. Zu denken ist etwa an die Gruppe der Philatelisten oder der Rollschuhfahrer, die zwar als gesellschaftlich andersartig wahrgenommen werden können, jedoch durch keine menschenrechtlich geschützten Eigenschaften miteinander verbunden sind; siehe Aleinikoff, S. 299.

968 Siehe Foster/Dorevitch, S. 31.

muss, das den Anknüpfungspunkt für die Verfolgung darstellt.⁹⁶⁹ Allerdings kann die Verfolgung eines Personenkreises dazu beitragen, diesen als bestimmte soziale Gruppe zu definieren und für die Gesellschaft erkennbar zu machen, insbesondere wenn der *social perception* Ansatz angewendet wird.⁹⁷⁰ Dabei ist die Grösse der Gruppe unerheblich: Es kann sich um eine sehr kleine Gruppe (beispielsweise eine Familie) oder auch eine sehr grosse (alle Homosexuellen in einem Land) handeln.⁹⁷¹ Zudem ist kein innerer Zusammenhalt der Gruppe erforderlich. Es versteht sich von selbst, dass sich bei grossen Gruppen nicht alle Mitglieder persönlich kennen können. Dies ist für die Gruppendifinition auch nicht erforderlich, da weder die geschützte menschenrechtliche Position (*protected characteristics*) noch die soziale Wahrnehmung (*social perception*) davon abhängig ist, dass eine „soziale Gruppe“ in einem sozialwissenschaftlichen Sinne vorliegt.⁹⁷²

In der Schweizer Praxis lässt sich feststellen, dass SEM und Bundesverwaltungsgericht zwei leicht unterschiedliche Ansätze verfolgen. Das SEM verwendet einen kumulativen Ansatz: Demnach liegt eine bestimmte soziale Gruppe vor, wenn sich eine Gruppe von Personen *aufgrund eigenständiger und unveränderlicher Eigenschaften* klar von anderen Gruppen *unterscheidet*.⁹⁷³ Wie erwähnt wird aber ein kumulativer Ansatz als zu eng angesehen. Für gewisse Formen geschlechtsspezifischer Verfolgung (Opfer weiblicher Genitalverstümmelung, häuslicher Gewalt, Zwangsheirat,

969 Hathaway/Foster, *Law of Refugee Status*, S. 425, siehe auch Zimmermann/Mahler, Rz. 411; Aleinikoff, S. 293; Piotrowicz, *Trafficking and International Protection*, S. 168; Caroni u. a., S. 262.

970 UNHCR, *Richtlinien Menschenhandel*, Ziff. 37; UNHCR, *Richtlinien Soziale Gruppe*, Ziff. 14.

971 UNHCR, *Richtlinien Soziale Gruppe*, Ziff. 18 f.; Hathaway/Foster, *Law of Refugee Status*, S. 425; siehe auch Zimmermann/Mahler, Rz. 408; Piotrowicz, *Trafficking and International Protection*, S. 168.

972 Der in der Sozialwissenschaft entwickelte Begriff der sozialen Gruppe verlangt einen inneren Zusammenhalt und gemeinsame Wertvorstellungen, da hier die Frage nach einer Identitätsbildung in den Blick genommen wird. Ein solcher Ansatz ist der Gruppendifinition im Flüchtlingsrecht fremd. Auch bei den anderen Verfolgungsmotiven ist eine innere Verbindung der geschützten Personen nicht erforderlich.

973 SEM, *Handbuch Asyl und Rückkehr*, D4 Die Verfolgungsmotive, S. 7; siehe auch Barzé-Loosli, S. 74. Diese definitorische Einengung ist, wie oben ausgeführt, abzulehnen, da sie nicht mit Ziel und Zweck der Flüchtlingskonvention in Einklang steht.

Ehrenmord, bei Personen mit homosexueller, trans- und intersexueller Ausrichtung, bei Betroffenen von sexistischer oder diskriminierender Gesetzgebung und Opfer von Ein-Kind-Politiken, Zwangsabtreibungen oder -sterilisationen) hat das SEM zudem auf Weisungsstufe festgehalten, dass in diesen Fällen grundsätzlich das Konventionsmerkmal der „bestimmten sozialen Gruppe“ bejaht werden kann.⁹⁷⁴ Das Geschlecht allein vermag gemäss Praxis des SEM,⁹⁷⁵ anders als in der Gerichtspraxis,⁹⁷⁶ keine bestimmte soziale Gruppe zu bilden.

Im Gegensatz dazu haben das Bundesverwaltungsgericht und davor die ARK stets darauf verzichtet, mittels eines Grundsatzentscheides eine Definition dieses Konventionsmerkmals (wie auch der übrigen Merkmale) vorzunehmen, sondern verweisen auf einen eigenen Ansatz, wonach einzig ausschlaggebend sei, ob die Verfolgung wegen *äusserer oder innerer Merkmale* erfolgt ist beziehungsweise künftig droht, die *untrennbar mit der Person oder Persönlichkeit des Opfers verbunden* sind.⁹⁷⁷ Das Gericht verwendet also stellvertretend für sämtliche Konventionsmerkmale eine an den *protected characteristics* Ansatz angelehnte Definition. Bei geschlechtsspezifischer Verfolgung reicht es laut der Gerichtspraxis aus, dass die Verfolgung an das Merkmal des Geschlechts anknüpft⁹⁷⁸ und darauf abzielt, „das weibliche Geschlecht zu unterdrücken“⁹⁷⁹. Bei privater Verfolgung muss, so die Rechtsprechung, das Ausbleiben adäquaten staatlichen Schutzes vor den Verfolgern in einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts begründet liegen.⁹⁸⁰ Dieser letzte Zusatz ist meines Erachtens allerdings ein Relikt der Zurechenbarkeitstheorie und deshalb abzulehnen, denn die Kausalität hinsichtlich des Konventionsmerkmals muss gemäss der Schutztheorie nicht zwingend beim schutzverweigernden Staat liegen,

974 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, D7 Geschlechtsspezifische Verfolgung, S. 6 ff.; Barzé-Loosli, S. 73 ff.

975 Siehe dazu Barzé-Loosli, S. 74; siehe zur Praxis des SEM auch SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, D7 Geschlechtsspezifische Verfolgung, S. 6.

976 EMARK 2006/32 E. 8.7.1; siehe auch Stöckli, Asyl, Rz. 11.11

977 BVGE 2014/28 E. 8.4.1; EMARK 2006/32 E. 8.7.1; Stöckli, Asyl, Rz. 11.11.

978 EMARK 2006/32 E. 8.7.2 f. (Entführung zwecks Heirat), aus der jüngeren Rechtsprechung beispielsweise D-4289/2006 vom 11.9.2008, E. 6.4 (Zwangsheirat); BVGer, E-2108/2011 vom 1.5.2013, E. 6.2 (sexuelle Nötigung); BVGE 2014/27 E. 6.3 (Verfolgung alleinstehender Frauen und Mädchen, die einem Minderheitentum angehören, in Somalia).

979 EMARK 2006/32 E. 8.7.2.

980 BVGer, E-2108/2011 vom 1.5.2013, E. 6.2.

um flüchtlingsrelevant zu sein. Es reicht aus, wenn entweder die Verfolgung oder die fehlende Schutzgewährung kausal an ein Konventionsmerkmal anknüpfen.⁹⁸¹

Das Konventionsmerkmal der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe ist, anders als dies in der Schweizer Doktrin häufig postuliert wird,⁹⁸² kein Auffangtatbestand,⁹⁸³ sondern ein eigenes Merkmal, welches aufgrund seiner offenen Formulierung einer dynamischen Entwicklung in Berücksichtigung der vielfältigen und sich wandelnden Erscheinungsformen von verfolgten Gruppen in verschiedenen Gesellschaften offen steht und insbesondere die Kohärenz des Flüchtlingsschutzes mit dem internationalen Menschenrechtsschutz gewährleisten kann.⁹⁸⁴

5.1.3. Die Kausalität zwischen Verfolgung und Konventionsmerkmal

Zusätzlich zum Vorliegen eines Konventionsmerkmals muss die geltend gemachte Verfolgung an dieses Merkmal anknüpfen. Das Kausalitätserfordernis ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 1 A Abs. 2 GFK („... aus begründeter Furcht vor Verfolgung *wegen* ihrer Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung...“). Dieses Kausalitätserfordernis gehört – gerade auch im Kontext von Menschenhandel – zu den am schwierigsten zu beurteilenden und nachzuweisenden Elementen der Flüchtlingsdefinition.⁹⁸⁵

Es reicht dabei aus, die Kausalität rein objektiv zu beurteilen. Subjektive Elemente wie etwa eine böswillige oder feindselige Absicht des priva-

981 Dazu unten, S. 275.

982 Posse-Ousmane/Progin-Theuerkauf N 55 zu Art. 3 AsylG; Caroni u. a., S. 261; sowie Illes u. a., S. 181; siehe auch im Handbuch des SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, D4 Die Verfolgungsmotive, S. 7.

983 UNHCR, Richtlinien Soziale Gruppe, Ziff. 2; Zimmermann/Mahler, Rz. 397; Aleinikoff, S. 289.

984 UNHCR, Richtlinien Soziale Gruppe, Ziff. 1. Zur Kohärenz zwischen Menschenrechts- und Flüchtlingsschutz bereits oben, S. 226.

985 Foster, Socio-Economic Rights, S. 237; Hathaway/Foster, Nexus to a Convention Ground, S. 461; Foster/Dorevitch, S. 36. Siehe dazu auch unten, S. 285 ff.

ten oder staatlichen Verfolgers, die verfolgte Person aufgrund eines ihr anhaftenden Konventionsmerkmals zu schädigen, sind nicht erforderlich.⁹⁸⁶

Verfolgung ist ein komplexes soziales Phänomen und lässt sich häufig nicht auf einen einzelnen Grund reduzieren. Es stellt sich deshalb die Frage, wie stark das Ausmass der Verursachung des Konventionsgrundes für die Verfolgung zu sein hat, wenn mehrere Gründe kausal für die Verfolgung sind. Eine „*conditio sine qua non*“, gemäss welcher die Kausalität nur gegeben ist, wenn das Konventionsmerkmal nicht wegzudenken wäre ohne dass die Verfolgung entfiere, wird von der Literatur überwiegend abgelehnt, ebenso wie der „*predominant cause test*“, wonach das Konventionsmerkmal der überwiegende Grund für die Verfolgung sein muss.⁹⁸⁷ In der Doktrin wird ein dogmatisch überzeugender Ansatz propagiert, der die Kausalität bejaht, sofern der Konventionsgrund mehr als nur eine unbedeutende Rolle spielt („*contributing cause*“ oder „*mixed motives doctrine*“).⁹⁸⁸

Wichtig ist auch hervorzuheben, dass in Fällen nichtstaatlicher Verfolgung *entweder* die Motivation der Verfolger *oder* der Grund für die fehlende Schutzgewährung des Staates durch einen Konventionsgrund bedingt sein müssen.⁹⁸⁹ Zu verlangen, dass beide an einen Konventionsgrund anknüpfen, würde der überholten Zurechenbarkeitstheorie entsprechen.

In der Schweizerischen Praxis spielt das Kausalitätserfordernis keine sichtbare Rolle. Es wird in den Urteilen des Gerichts nicht erwähnt und auch die Weisungen des SEM enthalten keine diesbezüglichen Ausführungen. Es ist in der Praxis sogar festzustellen, dass weiterhin bei ge-

986 Die überwiegende Lehre lehnt den subjektiven Ansatz unter Verweis auf den Schutzzweck der GFK und die Formulierung des Verfolgungs-Elements in der passiven Form („being persecuted“), die Parallelen zum Diskriminierungsschutz (welcher ein solches subjektives Element ebenfalls nicht kennt) sowie die mit dem subjektiven Ansatz einhergehenden Schwierigkeiten der Beweisführung und -würdigung ab, siehe u.a. Goodwin-Gill/McAdam, *The Refugee in International Law*, S. 100 f.; Hathaway/Foster, *Nexus to a Convention Ground*, S. 465; Foster, *Causation*, S. 268; Foster/Dorevitch, S. 36; Pomeroy, S. 479; Zimmermann/Mahler, *Ziff. 331*; Löhr, S. 146; Achermann/Hausammann, S. 96; Kälin, *Asylverfahren*, S. 89 f.

987 Löhr, S. 149 f.; Foster, *Causation*, S. 281; Hathaway/Foster, *Nexus to a Convention Ground*, S. 471; UNHCR, *Richtlinien Menschenhandel*, Ziff. 29.

988 Hathaway/Foster, *Nexus to a Convention Ground*, S. 476; Löhr, S. 149 f.; Foster, *Causation*, S. 328 f.; UNHCR, *Richtlinien Menschenhandel*, Ziff. 29; zudem auch – in Bezug auf die Schweiz – Hruschka, *Kommentar AsylG*, Art. 3 N 14.

989 Siehe die Nachweise oben, Fn. 875.

schlechtsspezifischer oder generell bei privater Verfolgung gefordert wird, dass die staatliche Schutzverweigerung aus diskriminierenden Gründen erfolgen muss, d.h. an ein Konventionsmerkmal anknüpft.⁹⁹⁰ Dies ist ein Relikt der Zurechenbarkeitstheorie, denn es würde einem Erfordernis der Zurechnung der Verfolgung an einen staatlichen Akteur gleichkommen.⁹⁹¹ Dieses Erfordernis ist aber mit dem Wechsel zur Schutztheorie obsolet geworden und sollte deshalb nicht mehr angewendet werden.

5.2. Anwendung auf Menschenhandel

5.2.1. Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe

Das am häufigsten diskutierte Konventionsmerkmal in Menschenhandelsfällen ist dasjenige der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe.⁹⁹² Im Folgenden wird zuerst analysiert, ob Menschenhandelsopfer unter dem „*protected characteristics*“ Ansatz eine bestimmte soziale Gruppe bilden können, denn dieser Ansatz entspricht weitgehend demjenigen des Bundesverwaltungsgerichts; danach wird auch der „*social perception*“ Ansatz geprüft, da das SEM diesen kumulativ zum erstgenannten verlangt.⁹⁹³ Wie erwähnt muss zuerst untersucht werden, ob die betroffene Person ein Konventionsmerkmal aufweist, bevor überprüft wird, ob dieses Merkmal kausal für die Verfolgung ist.

990 So die Praxis des SEM bei der Beurteilung von Asylgesuchen von Opfern der „Zwangsprostitution“: SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, D7 Geschlechtsspezifische Verfolgung, S. 13; auch das Gericht verlangt bei geschlechtsspezifischer Verfolgung, dass die Verfolgung nebst einer diskriminierenden Anknüpfung an das Geschlecht darauf abzielt, das weibliche Geschlecht zu unterdrücken, siehe die Nachweise oben, S. 273.

991 Siehe auch oben, S. 273.

992 Siehe für die internationale Diskussion insbesondere Knight, S. 10 f.; Saito, S. 21 f.; Christensen, S. 8 ff. und Foster/Dorevitch, S. 29 ff.; Juss, *Refugee Status for Victims of Trafficking*, S. 107 ff.; UNHCR, *Richtlinien Menschenhandel*, Ziff. 37 ff. Auch der CEDAW hat 2014 in einer Allgemeinen Empfehlungen darauf hingewiesen, dass Staaten Menschenhandelsopfer als „soziale Gruppe“ unter der Flüchtlingskonvention qualifizieren sollen: CEDAW, *General Recommendation No. 32: Gender-related Dimensions of Refugee Status, Asylum, Nationality and Statelessness of Women*, Ziff. 45.

993 Siehe oben, S. 270 ff., für die beiden Ansätze.

Eine bestimmte soziale Gruppe liegt nach dem „*protected characteristics*“ Ansatz dann vor, wenn die Gruppenmitglieder über ein menschenrechtlich geschütztes, unabänderbares oder unverzichtbares Merkmal verfügen, so dass die Betroffenen nicht gezwungen werden sollten, auf dieses Merkmal zu verzichten. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts heisst dies, dass die Verfolgung wegen äusserer oder innerer Merkmale erfolgen beziehungsweise künftig drohen muss, die untrennbar mit der Person oder der Persönlichkeit des Opfers verbunden sind.⁹⁹⁴

Allen Menschenhandelsopfern gemeinsam, seien es Frauen, Männer, Mädchen oder Knaben, ist eine gewisse Vulnerabilität, Rechts- und/oder Schutzlosigkeit in gesellschaftlichen Konstellationen.⁹⁹⁵ Dies ist nicht erstaunlich, denn Täter des Menschenhandels rekrutieren in der Regel aus den schutzlosesten Mitgliedern einer Gesellschaft.⁹⁹⁶ Auch aus den Fallstudien, die für die vorliegende Untersuchung vorgenommen wurden, ergab sich das klare Bild, dass alle potentiellen Opfer aus wirtschaftlich und sozial benachteiligten Verhältnissen stammen und darüber hinaus zusätzliche Vulnerabilitätsfaktoren aufweisen.⁹⁹⁷

Diese Vulnerabilität ergibt sich eigentlich immer aus Merkmalen, die entweder untrennbar mit der Person verknüpft und/oder als menschenrechtlich geschützt betrachtet werden: das Alter (etwa bei jungen Frauen oder bei Kindern), die soziale Stellung (Armut, marginalisierte Gesellschaftsgruppen, wirtschaftliche Ausweglosigkeit)⁹⁹⁸ oder ein bestimmter Beruf (beispielsweise bei bereits im Heimatland in der Prostitution tätigen Personen) oder ein geringer Bildungsgrad.⁹⁹⁹ Ein weiterer Vulnerabilitätsfaktor für Menschenhandel kann eine Behinderung sein.¹⁰⁰⁰ Zudem sind viele (weibliche) Menschenhandelsopfer bereits früher Opfer sexueller Gewalt geworden.¹⁰⁰¹ Basierend auf dieser Feststellung lassen sich unter

994 Bspw. EMARK 2006/32 E. 8.7.1; Stöckli, Asyl, Rz. 11.11.

995 UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 38. Solche individuellen Vulnerabilitätsfaktoren wurden wissenschaftlich vielfach bestätigt, siehe z.B. für den Schweizer Kontext Baur-Mettler, S. 270.

996 Hodge, S. 2 mit zahlreichen Nachweisen.

997 Siehe oben, S. 79 ff.

998 Vgl. International Organization for Migration, Causes and Consequences of Trafficking, S. 28.

999 Ibid., S. 29.

1000 Siehe die Zusammenfassung der Ursachen von Menschenhandel bei Köhler, S. 48 ff.

1001 Vgl. die Hinweise in der Einleitung, S. 79 ff. Vgl. auch Hodge, S. 2.

anderem folgende sozialen Gruppen identifizieren, die besonders vulnerabel für Menschenhandel sind:

- *Frauen*: Entweder alle Frauen in einem Land¹⁰⁰² oder gewisse Untergruppen, z.B. alleinstehende Frauen, junge Frauen, Witwen, geschiedene Frauen, Frauen mit niedrigem Bildungsstand oder Analphabetinnen, in der Prostitution tätige Frauen.¹⁰⁰³ In der Literatur wird auch das Attribut „Attraktivität“ genannt; dies ist meines Erachtens jedoch kein unabänderbares Merkmal.¹⁰⁰⁴ Menschenhandel stellt in vielen Fällen geschlechtsspezifische Verfolgung dar, da er direkt an das Geschlecht der betroffenen Personen anknüpft,¹⁰⁰⁵ denn der Menschenhandel mit Frauen geschieht häufig auf andere Art, mit anderen Zwangsmitteln und zu anderen Zwecken als mit Männern.¹⁰⁰⁶
- *Kinder*: Entweder alle Kinder in einem Land oder gewisse Untergruppen, z.B. Waisenkinder, Strassenkinder, Kinder mit Behinderungen, unbegleitete und von ihren Eltern getrennte Kinder.¹⁰⁰⁷
- *Männer*: Dass sämtliche Männer eines Landes eine verfolgungsbegründende bestimmte soziale Gruppe bilden können wird im Gegensatz zu Frauen soweit ersichtlich nirgends argumentiert. Dies liegt sicherlich auch an den weltweit weiterhin vorherrschenden patriarchalischen Strukturen und der damit einhergehenden Tatsache, dass die Verfolger grossmehrheitlich männlichen Geschlechts sind. Zu denken ist aber an Untergruppen von Männern, die im Zusammenhang mit Menschenhandel eine bestimmte soziale Gruppe bilden können, wie etwa junge Männer aus wirtschaftlich benachteiligten Bevölkerungsgruppen. Auch der „Männerhandel“ knüpft häufig an das Geschlecht an, denn auch Männer werden oftmals wegen ihres Geschlechts respektive der damit verknüpften Eigenschaften wie physische „Stärke“ ausgesucht, z.B. um als Minenarbeiter, Bauarbeiter, oder in der Landwirtschaft ausgebeutet zu werden. Zudem können auch Männer oder Knaben sexuell ausge-

1002 So etwa Piotrowicz, *Trafficking and International Protection*, S. 169.

1003 UNHCR, *Richtlinien Menschenhandel*, Ziff. 38; Janetzek/Lindner, S. 188; Saito, S. 23; Köhler, S. 209.

1004 So auch Knight, S. 10 f.

1005 So, anstelle vieler, CEDAW, *General Recommendation No. 19: Violence against Women*, Ziff. 14; UN General Assembly, *Resolution adopted by the General Assembly: Trafficking in women and girls*, A/RES/59/166, 10.2.2005.

1006 OHCHR u. a., *Kommentar zur EU Richtlinie 2011/36*, S. 30.

1007 Janetzek/Lindner, S. 188; UNHCR, *Richtlinien Menschenhandel*, Ziff. 38; Saito, S. 23; Köhler, S. 211.

beutet werden.¹⁰⁰⁸ Insgesamt lässt sich aber feststellen, dass es schwerer fällt, hier Gruppen zu definieren. In der Doktrin wird u.a. argumentiert, dass die Verletzlichkeit, die Personen anfälliger für Menschenhandel macht, nicht strukturell im männlichen Geschlecht angelegt sei.¹⁰⁰⁹ Teilweise wird bei männlichen Menschenhandelsopfern auch direkt auf andere Konventionsmerkmale verwiesen.¹⁰¹⁰ Dies scheint mir einerseits daran zu liegen, dass der Handel mit Männern weitaus schlechter erforscht ist als derjenige mit Frauen oder Kindern und somit wenig Wissen über dessen Ursachen besteht. Andererseits ist dies auch Ausdruck des Geschlechter-Bias im Diskurs um Menschenhandel: Häufig ist immer noch ausschliesslich „Zwangsprostitution“ oder „Frauenhandel“ gemeint, wenn von Menschenhandel gesprochen wird.¹⁰¹¹

Auch die *vergangene Erfahrung von Menschenhandel* kann dazu führen, dass Opfer unter Umständen eine bestimmte soziale Gruppe darstellen. Die vergangene Erfahrung ist eine unabänderliche Tatsache.¹⁰¹² Da die soziale Gruppe nicht durch die drohende Verfolgung (z.B. den Menschenhandel) selber definiert werden kann, ist aber ein weiteres gemeinsames Merkmal erforderlich.¹⁰¹³ Dies ist dann der Fall, wenn durch die vergangene Erfahrung eine *erneute* Verfolgungssituation entsteht, die sich von der vorhergehenden unterscheidet. Bei drohenden Vergeltungsmassnahmen sowie Stigmatisierung ist dies bezogen auf die Gruppendifinition unproblematisch gegeben.¹⁰¹⁴ Zudem können Opfer von Menschenhandel eine bestimmte soziale Gruppe bilden, etwa, wenn sie von der Gesell-

1008 So zum Beispiel im Falle der Afghanischen Tanzjungen, welche von ihren Besitzern häufig auch sexuell missbraucht werden, siehe Geiser, S. 2 ff. und BV-Ger, D-262/2017 vom 1.5.2017.

1009 Köhler, S. 212.

1010 So bei Pomeroy, S. 467, ohne Angabe dieser „anderen“ Konventionsmerkmale. Denkbar sind im Grunde alle Konventionsmerkmale, siehe dazu näher die Diskussion unten, S. 283 ff.

1011 Zu diesem Gender-Bias in der Diskussion um Menschenhandel und Flüchtlingsrecht siehe bereits oben, S. 222.

1012 Knight, S. 11; Christensen, S. 18; Saito, S. 22; UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 39; UNHCR, Richtlinien Soziale Gruppe, Ziff. 6; Piotrowicz, Trafficking and International Protection, S. 170; Janetzek/Lindner, S. 188; Simon, S. 660. Siehe auch Foster/Dorevitch, S. 30.

1013 UNHCR, Richtlinien Geschlechtsspezifische Verfolgung, S. 9 f.

1014 UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 39; Piotrowicz, Trafficking and International Protection, S. 170.

schaft als (freiwillige) Prostituierte wahrgenommen werden, eine Profession die in vielen Gesellschaften als verwerflich gilt.¹⁰¹⁵

Dies zeigt schon, dass auch unter dem „*social perception*“ Ansatz Menschenhandelsopfer eine bestimmte soziale Gruppe bilden können. Dieser Ansatz stellt, wie oben¹⁰¹⁶ erläutert, darauf ab, ob die Gruppe als solche in dem betreffenden Heimatland der gesuchstellenden Person eine deutlich abgegrenzte Identität hat, da sie vom Rest der Gesellschaft als andersartig betrachtet wird. Gemäss dem kumulativen Ansatz, den auch das SEM vertritt, liegt eine bestimmte soziale Gruppe erst dann vor, wenn die Gruppe sowohl bestimmte, menschenrechtlich geschützte unabänderbare oder unverzichtbare Eigenschaften aufweist *und* sie zudem vom Rest der Gesellschaft als andersartig betrachtet wird.

Die oben beschriebenen sozialen Gruppen sind in der Regel auch als solche erkennbar respektive haben eine eigene, abgegrenzte Identität: junge Frauen, junge Männer, Kinder, Strassenkinder, invalide Personen, Prostituierte, alleinstehende Frauen, Personen aus wirtschaftlich schwachen Schichten. Weniger eindeutig ist die Zuordnung unter dem *social perception* Ansatz bei Menschenhandelsopfern, die in ihr Heimatland zurückkehren und eine Verfolgung geltend machen, die auf ihrer Eigenschaft als Menschenhandelsopfer beruht: In diesem Fall müsste spezifisch dargelegt werden, dass sie auch in der Gesellschaft als einer bestimmten sozialen Gruppe zugehörig wahrgenommen werden. Es ist keine Sichtbarkeit erforderlich in dem Sinne, dass man ein zurückgekehrtes Menschenhandelsopfer in der Öffentlichkeit als solches erkennen könnte.¹⁰¹⁷ Anders haben dies aber verschiedentlich Verwaltungsgerichte in Deutschland beurteilt, so etwa das VG Stuttgart und das VG Gelsenkirchen in Fällen betreffend nigerianische Staatsangehörige, die sexuell ausgebeutet worden sind: Nach Nigeria rückkehrende Frauen, die Opfer von Menschenhandel ge-

1015 Foster/Dorevitch, S. 31.

1016 Oben, S. 270 ff.

1017 Allerdings hat das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen das Vorliegen einer bestimmten sozialen Gruppe im Fall einer sexuell ausgebeuteten Nigerianerin verneint mit folgender Begründung: „Die Annahme einer sozialen Gruppe scheidet an einer deutlich abgegrenzten Identität dieser Gruppe. Insoweit fehlt jeglicher Gruppenbezug der Verfolgung. Vielmehr findet die Verfolgung ausschliesslich innerhalb der früheren Täter-Opfer-Beziehung statt. Andere Frauen, die gegen andere Tätergruppen ausgesagt haben, haben von den jeweiligen Tätern keine Verfolgungshandlungen zu befürchten.“ VG Gelsenkirchen (Deutschland), 9 a K 3963/11.A vom 15.3.2013, Ziff. 38 ff.

worden sind und die sich hiervon befreit haben seien eine klar definierbare, nach aussen wahrnehmbare und von der Gesellschaft wahrgenommene und ausgegrenzte Gruppe, die u.a. mit Diskriminierung durch die Familie und das soziale Umfeld sowie mit Vergeltung durch die Menschenhändler rechnen müsse. Diese Gruppe werde eigenständig wahrgenommen.¹⁰¹⁸

In den Nachbarländern der Schweiz, in denen die Praxis üblicherweise eine bestimmte soziale Gruppe genau definiert, wurden auch im Zusammenhang mit Menschenhandel Gruppen definiert. Es handelte sich dabei bisher aber immer um Handel mit Frauen zwecks sexueller Ausbeutung und das Konventionsmerkmal wurde praktisch ausschliesslich basierend auf der vergangenen Erfahrung, im Hinblick auf eine zukünftige Verfolgung, definiert:

- „nach Nigeria rückkehrende Frauen, die Opfer von Menschenhandel geworden sind und die sich hiervon befreit haben bzw. befreit worden sind (und gegen diese ausgesagt haben)“;¹⁰¹⁹
- „les jeunes femmes victimes de la traite des êtres humains originaires de l’Etat d’Edo qui ont tenté de s’extraire de leur condition“¹⁰²⁰ respektive „les femmes, originaires de l’Etat nigérian d’Edo, contraintes à la prostitution et désireuses de s’extraire, de manière active, du réseau de traite d’être humain dans lequel elles ont été enrôlées“;¹⁰²¹
- „les femmes victimes d’un réseau de prostitution au Kosovo parvenues à s’en échapper“;¹⁰²²
- „Opfer von systematisch organisiertem Frauenhandel, deren substantiierte Angaben zur möglichen einschlägigen strafrechtlichen Verfolgung

1018 VG Stuttgart, A7 K 1405/12 vom 16.5.2014 (=ASYLMAGAZIN 11/2014, S. 486 ff.); VG Wiesbaden, 3 K 1465/09.WI.A vom 13.3.2011 (=ASYLMAGAZIN 2011, S. 158 f.).

1019 VG Wiesbaden, 3 K 1465/09.WI.A vom 14.3.2011 (=ASYLMAGAZIN 2011, S. 158 f.); beinahe gleichlautend auch VG Stuttgart, A 7 K 1405/12 vom 16.5.2014 (=ASYLMAGAZIN 11/2014, S. 486 ff.).

1020 Cour Nationale du Droit d’Asile (Frankreich), Décision No. 10012810 vom 24.3.2015; ähnlich auch Conseil d’Etat (Frankreich), N° 350661 vom 25.7.2013 (Ziff. 5).

1021 Cour Nationale du Droit d’Asile (Frankreich), Décision No. 13003859 vom 12.7.2013; beinahe gleichlautend auch Cour Nationale du Droit d’Asile, Décision No. 10012810 vom 29.4.2011.

1022 Cour Nationale du Droit d’Asile (Frankreich), Décision No. 11017758 vom 15.3.2012; beinahe gleichlautend in Bezug auf die Ukraine auch Cour Nationale du Droit d’Asile, Décision No. 11026228 vom 12.7.2012.

von Staatsangehörigen ihres eigenen Herkunftslandes geeignet waren, in ihrem Herkunftsland verfolgt zu werden“.¹⁰²³

Eine ausführlichere Begründung gab das Verwaltungsgericht Würzburg, das Menschenhandel klar als geschlechtsspezifische Verfolgung verstand und sich dabei auf die vergangene, nicht auf die zukünftige Verfolgung stützte:

„Vorliegend knüpft die Verfolgung der Klägerin zu 1) an das geschlechtsspezifische Merkmal *Frau im Sinne seiner sozialen Bedeutung* an. Für die besondere Situation der Klägerin zu 1) gilt, dass Frauenhandel untrennbar mit sexueller Gewalt, Ausbeutung und Zwangsprostitution verbunden ist, wobei der Frauenhandel auf den *Genderstatus der Frau, ihr Alter, Geschlecht, ihre wirtschaftliche und soziale Stellung und insbesondere auch ihre sexuelle Verwertbarkeit zu wirtschaftlichen Zwecken zielt* und damit insgesamt die für die bestimmte soziale Gruppe massgebenden Genderfaktoren bezeichnet“.¹⁰²⁴

Diese Formulierung kommt der Definition die das Bundesverwaltungsgericht für geschlechtsspezifische Verfolgung verwendet, sehr nahe.

In der Schweiz ist die präzise Definition einer solchen Gruppe kein zentraler Punkt in der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft und wird auch nicht immer vorgenommen.¹⁰²⁵ In zwei bereits erwähnten Urteilen betreffend Frauen die in Côte d’Ivoire resp. Liberia von Rebellen als Sklavinnen gehalten wurden, bejahte das Gericht das Vorliegen geschlechtsspezifischer Verfolgung und damit (implizit) ein flüchtlingsrelevantes Merkmal, ohne dieses näher zu bestimmen.¹⁰²⁶ In zwei Fällen betreffend nigerianische Frauen, die Opfer von sexueller Ausbeutung geworden sind, hielt es relativ knapp fest, dass es sich bei den geltend gemachten Übergriffen lediglich um gemeinrechtliche Straftaten ohne asylrechtliche Relevanz handle.¹⁰²⁷ Implizit wurde also das Vorliegen eines Konventionsmerkmals verneint. In einem Fall einer Frau aus Kongo (Kinshasa), die in Europa zur Prostitution gezwungen wurde, stellte das Gericht ohne weitere Begründung fest, bei der Furcht vor Vergeltung durch den ehemaligen Arbeitge-

1023 Asylgerichtshof (Österreich), C15 263.728-0/2008/25E vom 14.5.2009, Ziff. 3.5.

1024 VG Würzburg, W 8 K 04.30919 vom 19.9.2005, Ziff. 1.1. (eigene Hervorhebung).

1025 Stöckli, Asyl, Rz. 8.12.

1026 BVGer, D-5828/2010 vom 29.8.2012 und E-4864/2006 vom 29.1.2009.

1027 BVGer, D-5017/2011 vom 20.8.2011, S. 7 und D-1683/2014 vom 12.8.2014, E. 6.2.

ber liege kein asylrechtlich zu beachtendes Verfolgungsmotiv vor.¹⁰²⁸ Es erscheint wenig nachvollziehbar, warum in der einen Sachverhaltsgruppe (sexuelle Ausbeutung im Krieg) ein geschlechtsspezifisches Konventionsmerkmal anerkannt wird, zumal hier – wie gleich noch diskutiert wird – auch ein politisches Motiv vorliegen könnte, in der anderen (Menschenhandel zwecks sexueller Ausbeutung) hingegen nicht. Mit einer stärker prinzipiengeleiteten Prüfung des Konventionsmerkmals würde diese Gefahr inkonsistenten Urteilens weniger drohen.

In einem jüngeren Urteil vom Mai 2017 hat das Gericht die Verfolgung eines ehemaligen „Bacha Bazi“ Tanzknaben aus Afghanistan als asylrelevant bezeichnet und das Vorliegen einer bestimmten sozialen Gruppe bejaht, zumindest für die Jahre der bereits erlittenen Übergriffe in Afghanistan. So sei er als junger Knabe zu sexuellen Handlungen gezwungen und immer wieder brutal gefoltert worden. Die zwangsweise ausgeübten homosexuellen Praktiken verstießen gegen die vorherrschenden Moralvorstellungen in Afghanistan, womit offensichtlich eine gesellschaftliche Stigmatisierung einhergehe. Insoweit sei er wegen äusserer oder innerer Merkmale, die untrennbar mit seiner Person verbunden waren, Opfer von Verfolgung geworden.¹⁰²⁹ Die Frage aber, ob trotz bejahter Stigmatisierung ein ehemaliger Tanzknabe im Falle der Rückkehr auch nach mehreren Jahren nach wie vor als Zugehöriger einer bestimmten und asylrechtlich relevanten sozialen Gruppe anzusehen ist, liess das Gericht offen, wies aber darauf hin, dass die Argumente für eine solche Annahme überwiegen dürften.¹⁰³⁰ Das Urteil wurde nicht als Grundsatzurteil veröffentlicht. Dennoch entspricht die Argumentationsweise des Gerichts weitgehend den vorliegenden Ausführungen und kann m.E. – sofern die Voraussetzungen gegeben sind – auf die Situation von anderen Menschenhandelsopfern übertragen werden.

5.2.2. Rasse, Nationalität, Religion, politische Anschauungen

Trotz des Fokus der Diskussion in Lehre und Rechtsprechung auf die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe können bei Menschenhandel auch andere Konventionsmerkmale erfüllt sein. Gerade bei einem

1028 BVGer, E-7609/2015 vom 24.2.2016, E. 5.4.

1029 BVGer, D-262/2017 vom 1.5.2017, E. 5.1.

1030 Ibid., E. 5.3.

so komplexen Verbrechen wie Menschenhandel können sogar mehrere Merkmale gleichzeitig erfüllt sein.

In einem bewaffneten Konflikt kann es sein, dass Personen von der gegnerischen Kriegspartei zum Zwecke der Ausbeutung entführt und festgehalten werden. Auch geschlechtsspezifische Gewalt gegenüber Frauen und Mädchen nimmt in Konfliktsituationen exponentiell zu.¹⁰³¹ In diesem Fall kann das Merkmal der „*politischen Anschauungen*“ erfüllt sein; allenfalls kann auch – bei einem ethnischen Konflikt – das Merkmal der „Rasse“ oder „Nationalität“ erfüllt sein.¹⁰³² In der Schweizer Rechtspraxis wurde Frauen die Flüchtlingseigenschaft anerkannt, die in Liberia resp. in Sierra Leone während des Bürgerkriegs von Rebellen gefangen gehalten wurden zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung und der Ausbeutung der Arbeitskraft.¹⁰³³ Das Gericht nannte in beiden Fällen „geschlechtsspezifische Verfolgung“ ohne weitere Einordnung als Motiv. M.E. hätte hier aber auch auf ein politisches Merkmal geschlossen werden können, denn wenn die Opfer der Versklavung im Zusammenhang eines bewaffneten Konflikts aus der verfeindeten Gruppe ausgewählt werden, handelt es sich in der Regel auch um eine Kriegstaktik.¹⁰³⁴

Versklavung im Kontext eines bewaffneten Konflikts kann auch *religiös motiviert* sein: Als Beispiel sei hier die Entführung und Versklavung von Hunderten Frauen und Mädchen der jesidischen Minderheit im Irak durch den IS genannt.¹⁰³⁵ Dieses Beispiel zeigt, dass Menschenhandel ein Mittel zur Unterdrückung einer missliebigen Gruppe, sei sie religiös, politisch oder anders definiert, darstellen kann.¹⁰³⁶ Solche Gruppen genießen in der Regel auch weniger starken Schutz durch den Staat und werden so ein leichteres Ziel von Behelligungen durch die Verfolger.¹⁰³⁷

1031 UNODC, Global Report on Trafficking 2016, S. 65.

1032 Simon, S. 656; Piotrowicz, Trafficking and International Protection, S. 167; UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 34.

1033 BVGer, D-5828/2010 vom 29.8.2012 und E-4864/2006 vom 29.1.2009.

1034 Versklavung gilt denn auch als Kriegsverbrechen und als Verbrechen gegen die Menschlichkeit: Art. 7 Abs. 1 lit. c, Art. 8 Abs. 2 lit. b Ziff. xxii Römer Statut.

1035 Siehe z.B. Amnesty International, Escape from Hell.

1036 Piotrowicz, Trafficking and International Protection, S. 167; Beispiele für Menschenhandel, der aufgrund der politischen Überzeugung des Opfers stattfindet, finden sich etwa bei Saito, S. 24 f. und Knight, S. 3.

1037 UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 35; Simon, S. 656. So ist es beispielsweise empirisch belegt, dass Angehörige der Minderheit der Roma aufgrund ihrer generellen Diskriminierungssituation eine erhöhte Vulnerabilität für

Eine weitere Möglichkeit, wie Menschenhandel an ein anderes Konventionsmerkmal anknüpfen kann, ist im Kontext der sexuellen Ausbeutung zu beobachten: Nachfragebedingt kann diese Verfolgungsform an die „Rasse“ anknüpfen, denn nicht selten besteht eine Nachfrage nach Prostituierten einer bestimmten Hautfarbe, Herkunft, Nationalität oder eben „Rasse“ (z.B. dunkelhäutige, asiatische, karibische, brasilianische Prostituierte).¹⁰³⁸

5.2.3. Kausalität des Konventionsmerkmals bei Menschenhandel

Nebst der Feststellung, dass die betroffene Person eines oder mehrere Konventionsmerkmale aufweist, ist für das Erfüllen der Flüchtlingseigenschaft weiter notwendig, dass die Verfolgung auch tatsächlich an dieses Merkmal anknüpft. Dieses Erfordernis ist wohl – nebst den Glaubhaftigkeitsproblemen¹⁰³⁹ – der häufigste Grund für die Abweisung der Asylgesuche von Menschenhandelsopfern in der Praxis.¹⁰⁴⁰ Es wird regelmässig – unter anderem in Verkennung der Rekrutierungsstrategien hinsichtlich der Opfer – von den Asylbehörden angenommen, dass Menschenhandel an kein flüchtlingsrelevantes Merkmal anknüpft, sondern ein rein kriminell motiviertes Verbrechen darstelle.¹⁰⁴¹ Die betroffenen Personen seien nicht Opfer flüchtlingsrelevanter Verfolgung, sondern Opfer von gemeinrechtlichen Straftaten geworden.

Hier erscheint der strafrechtliche Ursprung des völkerrechtlichen Menschenhandelsbekämpfungsrechts hinderlich bei der flüchtlingsrechtlichen Analyse, die unabhängig von der Frage der Strafbarkeit der Handlung gegen das Opfer erfolgen muss. Variationen dieses Arguments sind, dass Menschenhandel rein profitorientiert, privat oder persönlich motiviert sei. Auch wird argumentiert, dass Vergeltungs- oder Einschüchterungsmass-

Menschenhandel, sowohl zum Zweck der sexuellen Ausbeutung als auch der Arbeitsausbeutung wie Zwangsbetteln oder “Street Crime” aufweisen, siehe Anti-Slavery International, S. 12.

1038 UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 34; Saito, S. 20.

1039 Dazu mehr unten, S. 300 ff.

1040 So auch Foster/Dorevitch, S. 36; Knight, S. 6.

1041 Siehe auch Foster/Dorevitch, S. 38 ff., mit Hinweisen auf eine ähnliche australische Rechtsprechung; Christensen, S. 20 und Knight, S. 6 mit Übersichten über die US-amerikanische Rechtsprechung sowie Jayasinghe/Baglay, S. 497 mit Hinweisen auf die Praxis in Kanada.

nahmen aus blosser Rachebedürfnis oder zur Verhinderung einer Strafverfolgung stattfinden.¹⁰⁴² Dies alles hindert eine flüchtlingsrechtliche Relevanz aber nicht und auch die Kausalität hinsichtlich des Verfolgungsmotivs ist davon nicht betroffen, da, wie oben¹⁰⁴³ dargelegt, nicht erforderlich ist, dass das Konventionsmerkmal die überwiegende Motivation der Täterschaft sein muss, sondern ein nicht unerheblicher Anteil für die Bejahung des Kausalitätserfordernisses ausreicht.

In der Schweizer Gerichtspraxis wird auf das Kausalitätserfordernis nicht explizit eingegangen. Dies erstaunt nicht, denn wenn schon keine detaillierte Prüfung des Konventionsmerkmals vorgenommen wird,¹⁰⁴⁴ kann die Kausalität als Untererelement des Erfordernisses des Konventionsmerkmals gar nicht explizit geprüft werden. Implizit wird aber in mehreren Urteilen die Asylrelevanz gerade wegen der fehlenden Kausalität verneint.

So hat das Bundesverwaltungsgericht z.B. in einem Urteil von 2011 festgehalten „dass die Vorbringen der Beschwerdeführerin (Zwang zur Prostitution und wirtschaftliche Ausbeutung unter Anwendung massiver Drohungen) (...) den Anforderungen an die Flüchtlingseigenschaft nicht zu genügen vermögen, da es ihnen an einem asylbeachtlichen Verfolgungsmotiv (...) fehlt, dass es sich bei den entsprechenden Übergriffen vielmehr um *gemeinrechtliche Straftaten* handelt, welche *keine Verfolgung im asylrechtlichen Sinne darzustellen vermögen*“.¹⁰⁴⁵ In einem Urteil von 2014 bemerkte es lapidar: „Bei den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Übergriffen handelt es sich um *gemeinrechtliche Straftaten*, welche *keine Verfolgung im asylrechtlichen Sinne darzustellen vermögen*.“¹⁰⁴⁶

Solche Argumente, die sich im Übrigen ausschliesslich auf die vergangene Verfolgung oder allenfalls auf die Gefahr von re-trafficking beziehen, überzeugen wenig, jedenfalls dann nicht, wenn sie wie in der Praxis häufig ohne weitere Prüfung oder nähere Begründung vorgebracht werden. Flüchtlingsrechtlich gibt es keine Regel, die *gemeinrechtliche Straftaten* aus den für „Verfolgung im asylrechtlichen Sinne“ möglichen Massnahmen ausschliesst, denn dann wären ja beispielweise auch Zwangsheirat oder Beschneidung von der Berücksichtigung bei der Verfolgung ausge-

1042 Pomeroy, S. 476.

1043 Oben, S. 274 f.

1044 Siehe oben, S. 270 ff.

1045 BVGer, D-5017/2011 vom 20.09.2011, S. 7 (eigene Hervorhebung).

1046 BVGer, D-1683/2014 vom 12.8.2014, E. 6.2

geschlossen. Diesen Argumenten können zwei weitere Gegenargumente entgegengesetzt werden:

Erstens scheint vom Vorliegen eines einzelnen nicht-flüchtlingsrelevanten Motivs sofort auf die insgesamt fehlende Flüchtlingsrelevanz geschlossen zu werden. Dies ist nach der von der Lehre und weiten Teilen der Praxis wie von UNHCR vertretenen „mixed motives doctrine“ unzutreffend: Nach dieser Doktrin ist es möglich, dass mehrere Motive nebeneinander existieren, und die Flüchtlingseigenschaft dennoch anerkannt wird, sofern ein flüchtlingsrelevantes Konventionsmerkmal eine nicht unbedeutende kausale Rolle spielt.¹⁰⁴⁷ (Nicht nur) bei einem so komplexen Phänomen wie Menschenhandel wäre jedes andere Verständnis realitätsfremd.¹⁰⁴⁸

Zweitens zeugen solche Argumente von einem Fehlverständnis des Kausalitätserfordernisses im Fall von Menschenhandel: Es mag sein, dass der Grund, warum sich ein Täter oder eine Täterin dazu entschliesst, Menschenhandel zu treiben, komplett unpolitisch, aus purer krimineller Energie und rein finanziell motiviert ist, da mit Menschenhandel relativ schnell viel Geld gemacht werden kann und die Verurteilungsrate niedrig ist. Der Grund aber, warum eine bestimmte Person als Ziel, als Opfer ausgewählt wird, muss davon getrennt betrachtet werden¹⁰⁴⁹ und hängt dann eben mit den in den zwei vorhergehenden Unterkapiteln beschriebenen Gründen zusammen (Vulnerabilität durch Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder einer anderen marginalisierten, diskriminierten religiösen, politischen oder ethnischen Bevölkerungsgruppe). Führt man sich vor Augen, dass Menschenhändler und Menschenhändlerinnen ihre Opfer nicht willkürlich auswählen, sondern gerade eben, *weil* diese aufgrund bestimmter Eigenschaften wie dem Alter, dem Geschlecht oder der sozialen Stellung leichter greifbar oder besonders gut „verwertbar“ sind,¹⁰⁵⁰ wird klar,

1047 UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 31; Foster/Dorevitch, S. 39; Knight, S. 8; Christensen, S. 21; siehe auch Frei/Hruschka, S. 293.

1048 Vgl. Pomeroy, S. 478.

1049 Foster/Dorevitch, S. 39.

1050 So bestimmt bei der sexuellen Ausbeutung meist entweder die Nachfrage der Freier (z.B. nach Frauen, nach Kindern, nach Personen mit bestimmten Merkmalen) oder aber die Leistungsfähigkeit der Person (Männer, junge Frauen etc.), wer für die Ausbeutung rekrutiert wird, vgl. Foster/Dorevitch, S. 40; Löhr, S. 258. UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 34; Saito, S. 20. Studien zeigen auch, dass für Prostituierte bestimmter Ethnien ein höherer Preis beim Wiederverkauf bezahlt wird als für andere, siehe Kelly, S. 248.

dass in den meisten Menschenhandelsfällen das Kausalitätserfordernis erfüllt ist. Es ist – anders als bei „gemeinrechtlichen“ Kriminalitätserrscheinungen wie etwa Diebstahl – in aller Regel gerade kein Zufall, dass vor allem vulnerable junge Frauen oder Mädchen für die Prostitution, Kinder oder körperlich behinderte Kinder für das Zwangsbetteln ausgewählt werden. Es ist ihre Vulnerabilität und Schutzlosigkeit sowie ihre „Verwertbarkeit“, die sie für den Menschenhandel anfällig macht.¹⁰⁵¹ Vulnerabel, schutzlos oder „verwertbar“ sind diese Personen aber darum, weil sie einer bestimmten sozialen Gruppe angehören.¹⁰⁵² Bereits als kausal wird in der Doktrin zudem bezeichnet, wenn bestimmte Gruppen (z.B. arbeitslose Frauen, Kinder, Personen ohne familiären Rückhalt) aufgrund bestimmter Merkmale (Perspektivlosigkeit, Naivität, fehlende Einbindung in gesellschaftliche Strukturen, intellektuelle Unterlegenheit, Vertrauen aufgrund familiärer Verbindungen, weniger starker staatlicher Schutz vor Menschenrechtsverletzungen) ein leichteres Opfer für die Täter darstellen.¹⁰⁵³

Bezieht sich die Prüfung auf die zukünftige Verfolgung, etwa in Form von re-trafficking, Vergeltungsmassnahmen oder Stigmatisierung, scheint die Kausalität weniger schwer zu bejahen zu sein, jedenfalls wenn der Status als früheres Menschenhandelsopfer eine Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe begründet.

Wie oben ausgeführt muss *entweder* die private Verfolgung *oder* der fehlende staatliche Schutz kausal an ein Konventionsmerkmal anknüpfen. Anderslautende Erfordernisse wie etwa die Praxis des SEM und des Bundesverwaltungsgerichts, bei Opfern sexueller Ausbeutung eine aus diskriminierenden Gründen mangelnde Schutzgewährung des Staates zu verlangen,¹⁰⁵⁴ sind nicht mit der Schutztheorie vereinbar, da sie gedanklich auf der Zurechnung der Verfolgung an staatliche Akteure beruhen.¹⁰⁵⁵

Falls ein kausaler Beitrag eines Konventionsmerkmals bei den (nicht-staatlichen) Tätern des Menschenhandels verneint wird, was gemäss der hier vertretenen Auffassung in der Regel nicht der Fall sein sollte, muss in einem nächsten Schritt geprüft werden ob die Unfähigkeit bzw. Unwillig-

1051 Siehe auch die Beobachtungen aus den Asyl dossiers und den Urteilen, oben, S. 79 ff.

1052 Köhler, S. 229.

1053 UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 32; Löhr, S. 254; Pomeroy, S. 477.

1054 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, D7 Geschlechtsspezifische Verfolgung, S. 13 ; siehe auch die Darstellung der Praxis bei Barzé-Loosli, S. 95 f.

1055 Siehe bereits oben, S. 273 und S. 287.

keit des Herkunftsstaates zur Schutzgewährung an ein Konventionsmerkmal anknüpft.¹⁰⁵⁶ Auch hier reicht es wiederum aus, dass das Konventionsmerkmal mitursächlich, nicht jedoch hauptursächlich ist für das Nichtvorhandensein des Schutzes. Die Verweigerung des staatlichen Schutzes aus sozialen oder traditionellen Gründen kann z.B. erfolgen, weil gewisse Berufe (Prostitution), gesellschaftliche Positionen (Strassenkinder, Waisen, Behinderte) oder bestimmte ethnische Gruppierungen als minderwertig resp. als nicht oder weniger schutzwürdig angeschaut werden.¹⁰⁵⁷ So können beispielsweise religiöse oder ethnische Minderheiten sowie Frauen und Kinder (und Untergruppen) Gefahr laufen, dem Menschenhandel zum Opfer zu fallen, wenn der Staat unfähig oder nicht willens ist, sie zu schützen.¹⁰⁵⁸ Auch in solchen Fällen ist das Konventionsmerkmal mitursächlich für die fehlende Schutzgewährung.

Die Kausalität ist zudem unter objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen. Eine allfällige böswillige Absicht der Menschenhändler, den Opfern aufgrund eines Konventionsmerkmals Schaden zuzufügen, ist nicht notwendig.¹⁰⁵⁹ Ohnehin würde sich bei Menschenhandel, in den häufig mehrere Personen als Täter involviert sind, die Frage stellen, wessen Motivation überhaupt geprüft werden muss.¹⁰⁶⁰ Selbst wenn subjektive Überlegungen der Verfolger in die Prüfung des Kausalitätserfordernisses einbezogen würden, müsste davon ausgegangen werden, dass Menschenhändler die Schädigung des Opfers, anknüpfend an das Konventionsmerkmal, zumindest wissentlich in Kauf nehmen, was als Anknüpfung ausreicht und über diese Anforderungen hinaus sogar als vorsätzliches Handeln qualifiziert werden kann. Selbst wenn also fälschlicherweise eine entsprechende subjektive Schädigungsabsicht für erforderlich gehalten wird, ist diese im Regelfall gegeben.

1056 Zimmermann/Mahler, Ziff. 332.

1057 Kälin, *Geschlechtsspezifische Verfolgung*, S. 12; dies wird (in Bezug auf „Zwangsprostitution“) auch vom SEM anerkannt: Barzé-Loosli, S. 94 f.

1058 Janetzek/Lindner, S. 190.

1059 Pomeroy, S. 478.

1060 Foster/Dorevitch, S. 41, schlagen dazu einen „predicament approach“ vor, welcher die Perspektive der verfolgten Person anstatt des Verfolgers einnimmt: Die Kausalität ist dann hergestellt, wenn die Person befürchtet, aufgrund eines der Konventionsmerkmale verfolgt zu werden, und nicht erst dann, wenn erstellt ist dass der Verfolger aufgrund des Konventionsmerkmals handelt.

6. Begründete Furcht vor zukünftiger Verfolgung

6.1. Allgemeine Vorgaben

Gemäss Art. 1 A Abs. 2 GFK resp. Art. 3 Abs. 1 AsylG ist Flüchtling, wer sich *aus begründeter Furcht vor* Verfolgung ausserhalb seines Heimat- oder Herkunftsstaates befindet. Ausschlaggebend ist immer die Furcht vor *zukünftiger* Verfolgung; es ist also bei der Beurteilung eines Asylgesuchs stets eine Prognoseentscheidung zu treffen, ob der betreffenden Person im Falle einer Rückkehr Verfolgung droht. Der Massstab ist dabei gemäss Schweizer Praxis derjenige der „beachtlichen Wahrscheinlichkeit“.¹⁰⁶¹

Das Erfordernis der Begründetheit der Furcht vor Verfolgung enthält ein subjektives und ein objektives Element. In Bezug auf die *subjektive Seite* der Verfolgungsfurcht ist nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung massgebend, welche Empfindungen ein vernünftig denkender, besonnener Mensch in einer vergleichbaren Situation hätte.¹⁰⁶² Allerdings ist nicht nur das fiktive Empfinden einer neutralen Drittperson ausschlaggebend, sondern es sind individuelle Faktoren mit zu berücksichtigen. Dies umfasst beispielsweise die Frage, was die betroffene Person bereits erlebt hat und über welches Wissen sie bezüglich allfälliger Konsequenzen der Verfolgung verfügt.¹⁰⁶³ Die Furcht vor Verfolgung muss sodann durch konkrete und tatsächliche Umstände auch *objektiv* begründet erscheinen.¹⁰⁶⁴

Sofern eine Vorverfolgung stattgefunden hat, ist im Sinne einer Regelvermutung davon auszugehen, dass auch eine Furcht vor zukünftiger Ver-

1061 Siehe beispielsweise BVGE 2010/9 E. 5.3.4; EMARK 2005/21 E. 7.1; Achermann/Hausammann, S. 110. In der internationalen Diskussion wird demgegenüber in der Regel der Massstab des „real risk“ gefordert; die Schweiz verlangt also einen höheren Wahrscheinlichkeitsgrad. Siehe dazu Hruschka, Kommentar AsylG, Art. 3 N 9. Siehe zum Prognosemassstab für die zukünftige Verfolgung auch Hruschka/Löhr, Prognosemassstab, S. 183; Löhr, S. 85.

1062 EMARK 2004/1 E. 6 a; 1993/6; Achermann/Hausammann, S. 108; Kälin, Asylverfahren, S. 138; Frei, Flüchtlingseigenschaft, S. 203 f.; Posse-Ousmane/Progin-Theuerkauf N 24 ff zu Art. 3 AsylG.

1063 EMARK 2004/1 E. 6 a.

1064 UNHCR, Handbuch, Ziff. 37, 38.

folgung besteht.¹⁰⁶⁵ Allerdings muss gemäss Schweizer Praxis immer auch ein sachlicher und zeitlicher Kausalzusammenhang vorliegen, denn die Furcht vor Verfolgung muss weiterhin aktuell sein, um die Flüchtlingsrelevanz zu bejahen.¹⁰⁶⁶ Dies bedeutet, dass zwischen der Verfolgungshandlung und der Flucht ein *zeitlicher* sowie zwischen der Verfolgungshandlung und dem Schutzbedürfnis ein *sachlicher Kausalzusammenhang* bestehen muss.¹⁰⁶⁷ Fehlt es an diesem Zusammenhang, ist die Flüchtlingseigenschaft grundsätzlich zu verneinen.

Der *zeitliche Kausalzusammenhang* zwischen der Verfolgungshandlung und der Flucht ist in der Regel unterbrochen, wenn zwischen der erlittenen Verfolgungsmassnahme und der Ausreise eine längere Zeit verstrichen ist.¹⁰⁶⁸ Ein fehlender zeitlicher Zusammenhang zwischen Vorverfolgung und Ausreise schliesst aber nicht aus, dass im konkreten Einzelfall die früher erlittene Verfolgung einen guten Grund für aktuelle Verfolgungsfurcht darstellen kann.¹⁰⁶⁹ Ein *sachlicher Kausalzusammenhang* zwischen der Verfolgungshandlung und dem Schutzbedürfnis besteht, wenn die Umstände, die zur Vorverfolgung geführt haben, auch zum Zeitpunkt der Flucht noch bestanden haben.¹⁰⁷⁰

Diese Kausalitätserfordernisse führen in der Praxis häufig zu einem sehr starken Fokus auf die vergangene Verfolgung, anstatt die im Hinblick auf die Verfolgungsfurcht eigentlich massgebliche Prognoseentscheidung zu treffen. In der Schweiz wird dies damit verstärkt, dass bei fehlender Vorverfolgung häufig ein subjektiver Nachfluchtgrund und damit ein Asylausschluss (aber kein Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft) an-

1065 Kälin, Asylverfahren, S. 127; anerkannt auch in BVGE 2009/51 E. 4.2.5. Siehe auch Art. 4 Abs. 4 QRL: „Die Tatsache, dass ein Antragsteller bereits verfolgt wurde oder einen sonstigen ernsthaften Schaden erlitten hat bzw. von solcher Verfolgung oder einem solchen Schaden unmittelbar bedroht war, ist ein ernsthafter Hinweis darauf, dass die Furcht des Antragstellers vor Verfolgung begründet ist bzw. dass er tatsächlich Gefahr läuft, ernsthaften Schaden zu erleiden, es sei denn, stichhaltige Gründe sprechen dagegen, dass der Antragsteller erneut von solcher Verfolgung oder einem solchen Schaden bedroht wird.“

1066 BVGE 2011/50 E. 3.1.2; 2010/57 E. 2.6; 2008/12 E. 5.2; 2008/4 E. 5.4; EMARK 2006/18 E. 5.7.1; 2000/2 E. 8; siehe auch Posse-Ousmane/Progin-Theuerkauf N 16 zu Art. 3 AsylG; Stöckli, Asyl, Rz. 11.17 und Kälin, Asylverfahren, S. 135 ff.

1067 BVGE 2011/50 E. 3.1.2; 2008/34 E. 7.1; 2008/12 E. 5.2; 2008/4 E. 5.4.

1068 BVGE 2011/50 E. 3.1.2.1; EMARK 1999/7 E. 4b; 2000/17.

1069 BVGE 2009/51 E. 4.2.5.

1070 BVGE 2011/50 E. 3.1.2.2.

genommen wird.¹⁰⁷¹ Ausschlaggebend muss aber letztlich immer die Frage sein, ob der Person bei einer Rückkehr ins Heimatland nach Würdigung der zum Zeitpunkt des Asylentscheids verfügbaren Informationen erneut Verfolgung drohen würde.

Selbst wenn die Verfolgungsgefahr dahingefallen ist, wird von der Praxis anerkannt, dass zwingende Gründe bestehen können, die sich aus der Vorverfolgung ergeben, auf die sich die betroffene Person berufen kann um eine Rückkehr abzulehnen. Diese zwingenden Gründe sind analog des Erfordernisses in Art. 1 C Ziff. Abs. 2 GFK auszulegen und finden in der Praxis insbesondere bei schweren Traumatisierungen Anwendung, die aus der Verfolgung entstanden sind, und die es der Person aus psychischen Gründen verunmöglichen, ins Heimatland zurückzukehren.¹⁰⁷² In diesen Fällen besonders intensiver Vorverfolgung ist somit in der Praxis eine Verfolgungsprognose entbehrlich.

6.2. Begründete Furcht bei Menschenhandel

Menschenhandelsopfer fürchten häufig nicht die gleiche zukünftige Verfolgung wie diejenige, deren Opfer sie geworden sind. Die Prüfung der zukünftigen Verfolgung ist darum umso wichtiger, ebenso die Prüfung, ob der Menschenhandel lediglich ein zufälliges „Unglück“ war oder ob sich weitere Verfolgungshandlungen daran anschliessen.¹⁰⁷³ Wie erwähnt gilt in der Schweiz der Prognosemasstab der „beachtlichen Wahrscheinlichkeit“. Menschenhandelsopfer können beispielsweise, im Zusammenhang oder aufgrund ihrer früheren Erfahrung, im Heimatland Vergeltungs- oder Einschüchterungsmassnahmen ausgesetzt sein; oder sie werden von ihrer Gesellschaft ausgeschlossen und fürchten deshalb Diskriminierung und Stigmatisierung.¹⁰⁷⁴

1071 Art. 54 AsylG; siehe dazu näher unten, S. 316 ff.

1072 BVGE 2011/50 E. 3.1.2.2 ; 2009/51 E. 4.2.7; 2007/31 E. 5.4 ; EMARK 2001/3 E. 5 c. Die Schweizer Praxis wendet sie jedoch in analoger Weise bei der Begründetheit der Furcht an, wobei auch dort verlangt wird, dass im Zeitpunkt der Ausreise alle Voraussetzungen der Flüchtlingseigenschaft erfüllt waren (vgl. BVGE 2011/50 E. 3.1.2.2 („par application analogique“) und BVGE 2007/31 E. 5.4).

1073 Simon, S. 654.

1074 Siehe zum Ganzen bereits oben, S. 240 ff.

Dies sollte aber nicht zur Schlussfolgerung führen, dass Menschenhandelsopfer generell unverfolgt ausgereist seien, dass also die Verfolgungsgefahr erst im Zeitpunkt des Ausstiegs aus der Ausbeutung entstanden sei.¹⁰⁷⁵ Menschenhandel fällt bereits im Zeitpunkt der Anwerbung unter das menschenrechtliche Verbot der Sklaverei¹⁰⁷⁶ und ist auch bereits dann strafrechtlich relevant.¹⁰⁷⁷ Die Definition von „Verfolgung“ ist damit bereits in diesen Zeitpunkt erfüllt.¹⁰⁷⁸ In der Schweizer Praxis wird nicht verlangt, dass die zukünftige Verfolgung von der gleichen Art wie die Vorverfolgung sein muss. So hat das Bundesverwaltungsgericht beispielsweise in dem hier schon mehrfach zitierten Urteil einer Frau aus Côte d’Ivoire die Flüchtlingseigenschaft festgestellt und sowohl die Vorverfolgung (Entführung und Festhaltung als Sklavin durch Rebellen) als auch die zukünftige Verfolgung („zum Schweigen gebracht werden“ aufgrund ihrer belastenden Aussagen) als asylrelevant anerkannt.¹⁰⁷⁹

Es kann auch vorkommen, dass die verfolgungsbegründenden Umstände hinwegfallen, beispielsweise weil der Menschenhändlerling von den Strafverfolgungsbehörden zerschlagen wurde und die Verantwortlichen zu Freiheitsstrafen verurteilt wurden. Damit wäre also kein sachlicher Kausalzusammenhang mehr vorhanden. Bei solchen Schlussfolgerungen ist jedoch Vorsicht angebracht, denn häufig werden in Menschenhandelsprozessen aufgrund der inhärenten Beweisschwierigkeiten lediglich einige der Beteiligten verurteilt, während andere Mitglieder des Menschenhändlerlings oder ihre Komplizen auf freiem Fuss bleiben. Insbesondere wenn das Opfer als Opferzeugin oder Opferzeuge am Prozess beteiligt war, kann somit weiterhin eine Gefährdung bestehen. Selbst wenn die Gefahr von re-trafficking oder von Vergeltungsmassnahmen mit der erforderlichen Sicherheit ausgeschlossen werden kann, ist immer noch zu prüfen, ob aufgrund der Eigenschaft als Menschenhandelsopfer Stigmatisierung droht.

1075 Vgl. Foster/Dorevitch, S. 16.

1076 So hat der EGMR im Urteil *Rantsev* auch Russland verurteilt, wo die Anwerbung stattgefunden hatte, da Russland keine effektiven Abklärungen über die Umstände der Anwerbung vorgenommen hatte: EGMR, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Ziff. 306 ff.

1077 Nach Art. 182 StGB sowie Art. 3 lit. a Palermo-Protokoll und Art. 4 lit. a EMK stellt bereits die Anwerbung Menschenhandel dar; siehe zur Definition oben, S. 45 ff.

1078 Siehe dazu auch unten, S. 318 ff.

1079 BVGer, D-5828/2010 vom 29.8.2012, E. 8.3.

Weiter ist in einem solchen Fall, geht man von einem Hinwegfallen der Verfolgungsgefahr aus, auch zu prüfen ob die Person aufgrund ihrer vergangenen Verfolgung zwingende Gründe hat, eine Rückkehr in ihr Heimatland abzulehnen, beispielsweise aufgrund einer Traumatisierung, die auf die Menschenhandelserfahrung zurückgeht. Die Auswirkungen der Vorverfolgung auf die Person halten in diesem Fall weiterhin an.¹⁰⁸⁰ Traumatisierungen kommen im Zusammenhang mit Menschenhandel relativ häufig vor. So hat das Bundesverwaltungsgericht in dem bereits zitierten Fall einer Frau aus Liberia, die dort von Rebellen als Sklavin verschleppt wurde, zwar festgestellt, dass ihr in ihrem Heimatland nunmehr nach Ende des Bürgerkriegs keine Gefahr mehr droht, sie aber aufgrund ihrer Traumatisierung nicht in ihr Heimatland zurückkehren kann und deshalb die Flüchtlingseigenschaft erfüllt.¹⁰⁸¹ In dem Fall eines ehemaligen afghanischen „Bacha Bazi“ Tanzknaben ging das Gericht davon aus, dass aufgrund der schweren Langzeittraumatisierung des Beschwerdeführers eine Rückkehr nach Afghanistan psychologisch offensichtlich unmöglich erscheine, womit zwingende Gründe vorliegen, welche auch im jetzigen Zeitpunkt zur Asylgewährung führten.¹⁰⁸²

IV. Zwischenfazit zur Flüchtlingseigenschaft

Die Erkenntnisse der vorangegangenen Untersuchung zur Flüchtlingseigenschaft bei Menschenhandelsopfern lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- *Re-trafficking* stellt in der Regel Verfolgung im Sinne der Flüchtlingsdefinition dar, vorausgesetzt, das re-trafficking droht im Heimatstaat. In den meisten Konstellationen (sexuelle Ausbeutung, Kinderhandel, Sklaverei, Leibeigenschaft, Schuldknechtschaft, Organhandel) ist bereits die Menschenrechtsverletzung so schwerwiegend, dass an das subjektive Element keine hohen Anforderungen mehr gestellt werden müssen. Weniger gravierende Eingriffe wie z.B. „blosse“ Arbeitsausbeutung und die damit einhergehende Verletzung von Arbeitsrechten, können ebenfalls Verfolgung darstellen, wenn sie sich sehr stark auf das subjektive Empfinden der betroffenen Person auswirken.

1080 UNHCR, Richtlinien Menschenhandel, Ziff. 16.

1081 BVGer, E-4864/2006 vom 29.1.2008, E. 3.5.

1082 BVGer, D-626/2017 vom 1.5.2017, E. 5.5.

- Vergeltungs- oder Einschüchterungsmassnahmen gehen häufig mit Eingriffen in die körperliche oder physische Unversehrtheit einer Person einher und stellen schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen dar.
- Liegt die Gefährdung bei einer Rückkehr ins Heimatland in einer *Stigmatisierung*, *Diskriminierung* oder in *sozialer Ausgrenzung*, ist die notwendige Intensität des Eingriffs häufig nicht gegeben. Jedoch kann auch hier, sofern eine existenzbedrohende Situation entstehen würde, die Schwelle zu einer Verletzung des Verbots der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung erreicht sein und somit eine schwerwiegende Menschenrechtsverletzung vorliegen, bei welcher keine erhöhten Anforderungen an das subjektive Element mehr gestellt werden müssen. Eine soziale Marginalisierung steigert zudem das Risiko von re-trafficking.

In der Schweizerischen Praxis wurden bislang vor allem Vergeltungsmassnahmen sowie Ausbeutungsformen, die unter das Verbot der Sklaverei oder sklavereiähnlicher Praktiken oder das Verbot der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung fallen, als Verfolgung anerkannt. Stigmatisierung, Diskriminierung und soziale Ausgrenzung werden in der Schweiz – meines Erachtens teilweise zu Unrecht – erst im Wegweisungspunkt geprüft.¹⁰⁸³ Menschenhandel als solcher wurde bislang noch nie explizit als Verfolgung anerkannt.

Staatlicher Schutz ist bei Menschenhandel häufig in Bezug auf private Verfolgung zu prüfen, denn eine staatliche Beteiligung ist selten. Zur Beurteilung der Schutzfähigkeit eines Staates kann insbesondere darauf abgestellt werden, ob der betreffende Staat die einschlägigen Menschenhandelsbekämpfungsabkommen ratifiziert hat. Die blosser Ratifikation eines solchen Abkommens kann aber nie allein ausreichend sein. Zur Einschätzung der Schutzfähigkeit hilfreich sind insbesondere die völker- und menschenrechtlichen Schutzverpflichtungen gegenüber Menschenhandelsopfern, die in § 4 erarbeitet worden sind. Dass die Einschätzung schwierig ist, zeigt das Beispiel von Nigeria, dessen Schutzfähigkeit von verschiedenen nationalen Asylgerichten in Europa und vom EGMR in ähnlich gelagerten Fällen unterschiedlich beurteilt wurde. In der Schweizerischen Gerichtspraxis wird die Schutzfähigkeit häufig nur rudimentär geprüft und es wird sehr stark auf das grundsätzliche Vorhandensein einer Schutzinfra-

1083 Dazu insbesondere unten, S. 343 ff.

struktur abgestellt, ohne eine individualisierte Prüfung des Schutzwillens und der Zugänglichkeit des Schutzes im Einzelfall vorzunehmen.

Bei der Frage, ob *interner Schutz* vorliegt, muss in Bezug auf Menschenhandel, sofern die Gefahr re-trafficking oder Vergeltungs- resp. Einschüchterungsmassnahmen zu prüfen ist, die Fähigkeit der Verfolger eingeschätzt werden, das Opfer auch in andere Landesteile zu verfolgen. Je grösser das Interesse der Täter und Täterinnen am Wiederauffinden des Opfers ist (z.B. wegen ausstehender Schulden oder der Möglichkeit belastender Aussagen in einem Strafprozess), desto höher muss ihre Motivation eingeschätzt werden, das Opfer aufzuspüren. Wird eine interne Schutzalternative identifiziert, muss diese zudem daraufhin überprüft werden, ob es dem Opfer dort möglich ist, sich eine tragbare und dauerhafte Existenz aufzubauen. Dies kann insbesondere stigmatisierten Gruppen (z.B. ehemaligen Prostituierten) schwerfallen. Es ist auch nicht zumutbar, sich über längere Zeit an einem Ort, z.B. in einem Frauenhaus, zu verstecken. In der Schweizer Gerichtspraxis wird der interne Schutz, ähnlich wie der staatliche Schutz, nur rudimentär geprüft.

Menschenhandelsopfer können grundsätzlich alle *Konventionsmerkmale* erfüllen. Beispielsweise kann ein politisches Motiv vorliegen, wenn Versklavung als Kriegstaktik eingesetzt wird. Ein religiöses oder rassistisches Motiv kann vorliegen, wenn Menschenhandel als Mittel zur Unterdrückung von bestimmten ethnischen oder religiösen Gruppen dient. Am meisten diskutiert wird im Zusammenhang mit Menschenhandel das Merkmal der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe. In der vorangehenden Untersuchung wurde gezeigt, dass sich bei Menschenhandelsopfern verschiedene soziale Gruppen, u.a. bei Frauen, Kindern aber auch Männern identifizieren lassen, die sich insbesondere durch gemeinsame Vulnerabilitätsmerkmale charakterisieren. In der Schweizerischen Praxis wurde dies – im Gegensatz zu anderen europäischen Asylländern, wo bestimmte soziale Gruppen insbesondere basierend auf der vergangenen Erfahrung des Menschenhandels identifiziert wurden – allerdings noch in keinem Fall von Menschenhandel anerkannt. Einzig die sexuelle Ausbeutung von Frauen in Bürgerkriegssituationen wurde bisher als geschlechtsspezifische Verfolgung qualifiziert, dort hat aber meines Erachtens der politische Hintergrund der Verfolgung implizit eine wesentliche Rolle gespielt. Andere Menschenhandelssachverhalte mit klarem Geschlechterbezug aber ohne politischen Hintergrund, insbesondere die sexuelle Ausbeutung von Frauen, wurden hingegen soweit ersichtlich noch nie als geschlechtsspezifische Verfolgung anerkannt. Dies mag auch damit zusam-

menhängen, dass in der Praxis das Konventionsmerkmal bei der Einzelfallprüfung häufig nicht genau definiert wird. Ob die Anerkennung von „Bacha Bazi“ Tanzknaben als eine bestimmte soziale Gruppe eine allmähliche Änderung der bisherigen Praxis bewirkt, bleibt abzuwarten.

Die *Kausalität des Konventionsmerkmals* für die (drohende) Verfolgung wird bei Menschenhandelsfällen oft fälschlicherweise verneint, da multiple Kausalität vorliegt. Gemäss der „mixed motives doctrine“ reicht es aber aus, dass das Konventionsmerkmal ein nicht unwesentlicher Grund für die Verfolgung spielte. In der Praxis wird die Kausalität meistens implizit verneint, d.h. die Verfolgung wird ohne ausdrückliche Prüfung als nicht flüchtlingsrelevant qualifiziert. Weiter wird nach der Praxis bei privater Verfolgung eine diskriminierende Schutzverweigerung durch den Staat verlangt, was aber gemäss der Schutztheorie nicht notwendig ist, sofern die private Verfolgung bereits durch ein Konventionsmerkmal motiviert ist. In Kombination mit der fehlenden Anerkennung des geschlechtsspezifischen Aspekts von sexueller Ausbeutung ausserhalb von Bürgerkriegssituationen drängt sich der Eindruck auf, dass in der Schweizerischen Praxis Menschenhandel zumindest implizit als privates, „nichtpolitisches“ Problem angesehen wird. Mit einer genaueren Zuordnung der Konventionsgründe könnte die Frage nach der Kausalität präziser geprüft werden.

In Bezug auf die *begründete Furcht vor Verfolgung* kann es vorkommen, dass die verfolgungsbegründenden Umstände hinweggefallen sind, z.B. weil Täter des Menschenhandels strafrechtlich verfolgt worden sind. Dies sollte jedoch nicht leichtfertig auf einen Wegfall der Gefahr schliessen lassen. Das Opfer kann sich unter Umständen auch auf aus der Vorverfolgung entstehende zwingende Gründe (z.B. eine Traumatisierung) berufen, die Rückkehr ins Heimatland abzulehnen. Zudem ist zu beachten, dass bei Menschenhandel häufig die zukünftige Verfolgung nicht die gleiche ist wie die vergangene, bereits erlebte Verfolgung. Da die Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft eine Prognoseentscheidung ist, ist die zukünftige Verfolgung wesentlich. Der bereits erlebte Menschenhandel kann aber Hinweise auf die drohende zukünftige Verfolgung geben.

Aus den vorangegangenen Analysen lässt sich schlussfolgern, dass der Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft in der Praxis häufig ein stereotypes Bild davon, wie Menschenhandel abläuft resp. wie sich ein Menschenhandelsopfer (angeblich) verhält, zugrunde liegt, das die Gewährung von

Flüchtlingsschutz für Menschenhandelsopfer erheblich erschwert.¹⁰⁸⁴ Dies zeigt sich exemplarisch daran, dass bei der sexuellen Ausbeutung lediglich auf den weit verbreiteten Begriff „Zwangsprostitution“ rekurriert wird, welcher das Bild einer in einem Bordell angeketteten Frau heraufbeschwört. Der Begriff „Zwangsprostitution“ rückt zudem diese Art der geschlechtsspezifischen Verfolgung diskursiv in den moralisch umkämpften Bereich der Prostitution,¹⁰⁸⁵ in die private Sphäre und damit weg von einer flüchtlingsrelevanten Verfolgung. Stimmt dieser Befund, wäre dies faktisch ein Rückfall auf „Feld 1“ in den Bemühungen um die Anerkennung geschlechtsspezifischer Verfolgung. Andere Formen sexueller Ausbeutung geraten dabei aus dem Blick; ebenso wie Menschenhandelskonstellationen, in denen sowohl Elemente des Zwangs und solche der freiwilligen Einwilligung vorhanden sind sowie andere Formen von Menschenhandel wie Arbeitsausbeutung oder der Handel mit Männern.

V. Umsetzungsbedarf in der Praxis

Um die identifizierten Lücken in der Praxis zu schliessen, würde es sich empfehlen, die Prüfung der Flüchtlingseigenschaft bei Menschenhandelsopfern in Form von *Leitlinien des SEM* zu verankern und in das öffentlich verfügbare Handbuch Asyl und Rückkehr des SEM aufzunehmen. Es würde sich anbieten, ein eigenes Kapitel zu den Besonderheiten der Asylgesuchsprüfung bei Menschenhandelsopfern zu verfassen, analog des bereits bestehenden Kapitels zur geschlechtsspezifischen Verfolgung.¹⁰⁸⁶

Aktuell besteht lediglich eine Praxis des SEM in Bezug auf „Zwangsprostitution“.¹⁰⁸⁷ Diese Praxis ist einerseits zu eng, da sie lediglich eine einzelne, besonders stereotypenbehaftete Form des Menschenhandels be-

1084 Siehe auch Jayasinghe/Baglay, S. 502 ff.; Kneebone, Re-examining the Nexus, S. 147. Zu dieser Frage auch oben, S. 55 sowie sogleich zur Glaubhaftigkeitsbeurteilung, S. 300 ff.

1085 Pomeroy, S. 472, weist darauf hin, dass „Prostitution“ in vieler Augen (auch derjenigen von Asylentscheiderinnen und –entscheidern) eine moralisch verwerfliche Tätigkeit ist, für welche der oder die Prostituierte selber verantwortlich ist und damit auch „selber schuld“, wenn ihm oder ihr etwas passiert, was unbewusst Auswirkungen auf die Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft haben kann.

1086 SEM, Handbuch Asyl und Rückkehr, D7 Geschlechtsspezifische Verfolgung.

1087 Ibid., Ziff. 2.3.6.

trifft, andererseits ist sie teilweise auch nicht völkerrechtskonform, beispielsweise wenn verlangt wird, dass die staatliche Schutzverweigerung aus diskriminierenden Gründen erfolgen muss. Diese Praxis müsste *entsprechend angepasst* und in die neu zu schaffenden, umfassenden Leitlinien integriert werden.

Klare Leitlinien sind wichtig, weil die Beurteilung von Menschenhandels-sachverhalten häufig komplex ist und viele „Fallstricke“ für Fehlinterpretationen bestehen. Bei mangelndem Verständnis für diese Komplexitäten besteht die Gefahr, dass – wie in der aktuellen Praxis teilweise zu beobachten ist – basierend auf stereotypen Vorstellungen von Menschenhandel geurteilt wird und vorschnell ein Konventionsmerkmal verneint oder das Vorliegen staatlichen Schutzes bejaht wird. Menschenhandel wird zudem insgesamt zu häufig als ein privates Problem angesehen, das mit Flüchtlingsschutz nichts zu tun hat. Ein Grund für solche Fehler ist, wie gezeigt, auch die mangelnde Differenzierung zwischen den einzelnen Elementen des Flüchtlingsbegriffs. Diese Differenzierung sollte ebenfalls in die Leitlinien aufgenommen und in der praktischen Umsetzung sichergestellt werden.

Bislang ist auch keine einheitliche und schutzorientierte Praxis des Bundesverwaltungsgerichts bei der materiellen, flüchtlingsrechtlichen Beurteilung der Situation von Menschenhandelsopfern erkennbar. Das Grundsatzurteil BVGE 2016/27 vom Juli 2016 befasst sich in erster Linie mit verfahrensrechtlichen Fragen und hat für die materielle Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft keine Klärung gebracht. Es wären also *weitere Koordinationsurteile* nach Art. 21 Abs. 2 VGG erforderlich, um einen einheitlichen Umgang mit Menschenhandelsopfern zu erreichen.