

09.

Bericht über die Kinderrechtskonformität der Zwangsmassnahmen

(In Erfüllung des Postulats "Überprüfung der Massnahmen im Ausländer- und Asylrecht gemäss Übereinkommen über die Rechte des Kindes" der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 31. Januar 2008)

vom

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir unterbreiten Ihnen den Bericht über die Kinderrechtskonformität der Zwangsmassnahmen gemäss neuem Asyl- und Ausländerrecht und ersuchen Sie, davon Kenntnis zu nehmen.

Wir versichern Sie, sehr geehrter Herr Kommissionspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

...

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Hans-Rudolf Merz
Die Bundeskanzlerin: Corina Casanova

1 Einleitung

Dem vorliegenden Bericht liegt ein Postulat der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates (SPK-N) vom 31. Januar 2008 zugrunde, das der Bundesrat am 20. August 2008 entgegengenommen hat. Es hat folgenden Wortlaut:

«Der Bundesrat wird beauftragt, über die Kinderrechtskonformität der Zwangsmassnahmen gemäss neuem Asyl- und Ausländerrecht einen Bericht zu verfassen. Dabei sind die Empfehlungen 2 bis 5 des Berichts der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 7. November 2006 "Kinderschutz im Rahmen der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht" einzubeziehen.»

Am 4. September 2009 ersuchte die Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates (GPK-N) den Bundesrat um Bericht über die Umsetzung der in ihrem Kommissionsbericht enthaltenen Empfehlungen im Rahmen ihrer Nachkontrolle bis 31. Dezember 2009.

Die Erledigung des Postulats der SPK-N und der Bericht über die Umsetzung der im Kommissionsbericht enthaltenen Empfehlungen erfolgen gemeinsam mit vorliegendem Bericht.

2 Ausgangslage

Die GPK-N hat auf der Grundlage einer Evaluation der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle (PVK) am 24. August 2005 einen Bericht zur Anwendung der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht verabschiedet (BBl 2006 2579). Die Untersuchung der PVK (BBl 2006 2603) hat gezeigt, dass auch Minderjährige zwischen 15 und 17 Jahren in Ausschaffungshaft genommen werden.

Am 24. August 2005 hat die GPK-N ihre Subkommission EJPD/BK beauftragt, Zusatzabklärungen in Bezug auf den Kinderschutz im Rahmen der Zwangsmassnahmen vorzunehmen. Dabei sollte insbesondere überprüft werden, ob dem Überkommen über die Rechte des Kindes (UNO-Kinderrechtskonvention; SR 0.107) genügend Rechnung getragen wird. Auf der Grundlage dieser Untersuchungen hat die GPK-N einen zusätzlichen Bericht (BBl 2007 2521) erarbeitet und ihn am 7. November 2006 veröffentlicht.

Im Bericht der GPK-N vom 7. November 2006 wird festgestellt, dass die Zwangsmassnahmen auch bei Minderjährigen in den Kantonen unterschiedlich angewendet werden. Der Bericht enthält Empfehlungen, die zu einer besseren Harmonisierung führen sollen.

Der Bundesrat hat am 16. März 2007 (BBl 2007 2539) zum Bericht der GPK-N vom 7. November 2006 Stellung genommen. Er kommt in seiner Stellungnahme zum Schluss, dass die von der GPK-N im Zusammenhang mit der Inhaftierung von Minderjährigen erhobenen Zahlen nicht repräsentativ sind, da sie auf einer Umfrage in bloss 15 Kantonen aus den Jahren 2002-2004 basieren. Die von der GPK-N angeregte Harmonisierung der kantonalen Anwendung von Zwangsmassnahmen gegenüber Minderjährigen erachtet der Bundesrat in seinem Bericht vom 16. März 2007 als gegeben. Hinsichtlich der von der GPK-N empfohlenen Abklärung, ob sich aus der Kinderrechtskonvention (SR 0.107) besondere Haftbedingungen und insbesondere ein Trennungsgebot für Minderjährige von Erwachsenen in der Administra-

tivhaft ableiten lasse, verweist der Bundesrat auf seinen ersten Bericht an den UNO-Ausschuss für die Rechte des Kindes, indem er signalisiert, die Situation im Bereich des Jugendstrafrechts zu verbessern, so dass der Vorbehalt zu Art. 37 lit. c der Kinderrechtskonvention allenfalls zurückgezogen werden könnte. Da jedoch den Kantonen mit Art. 48 des Jugendstrafgesetzes (SR 311.1, JStG) für die Errichtung der notwendigen Einrichtungen 10 Jahre zugestanden wurde, bleibt den schweizerischen Behörden Zeit, sich mit der Frage der Unterbringung in Administrativhaft auseinanderzusetzen. Mit Verweis auf die umfassende Regelung der vormundschaftlichen Massnahmen und der Rechtsvertretung hält der Bundesrat fest, für den Asylbereich über eine umfassende Regelung zum Schutz von Minderjährigen zu verfügen. Ein einheitliches Vorgehen der Kantone auch im Ausländerbereich ist anzustreben, jedoch nur dann, wenn sich dies im Rahmen der vorgesehenen Datenerhebung zu den Zwangsmassnahmen als notwendig erweisen sollte.

Mit Schreiben vom 23. November 2007 nimmt die GPK-N zum Bericht des Bundesrates Stellung. Nebst weiteren Empfehlungen an den Bundesrat führt sie aus, grundsätzlich mit der Stellungnahme des Bundesrates vom 16. März 2007 einverstanden zu sein und die Untersuchung zum Kinderschutz im Rahmen der Zwangsmassnahmen abzuschliessen. Die GPK zeigt an, nach zwei Jahren eine Nachkontrolle vorzunehmen.

3 Einführung

3.1 Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht

Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht sind sowohl für den Ausländer- wie den Asylbereich im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (SR 142.20, AuG) geregelt.

Das AuG sieht folgende Zwangsmassnahmen vor:

- Kurzfristige Festhaltung nach Artikel 73 AuG
- Ein- und Ausgrenzung nach Artikel 74 AuG
- Vorbereitungshaft nach Artikel 75 AuG
- Ausschaffungshaft nach Artikel 76 AuG
- Ausschaffungshaft wegen fehlender Mitwirkung bei der Papierbeschaffung nach Artikel 77 AuG
- Durchsetzungshaft nach Artikel 78 AuG

Mit Ablauf der zweijährigen Übergangsfrist am 31. Dezember 2008 mussten die Kantone seit dem 1. Januar 2009 ihre Gerichtsorganisation im Anwendungsbereich der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten den Anforderungen des Bundesgerichtsgesetzes (SR, 173.110 BGG) angepasst haben. Dies gilt auch für das Haftprüfungsverfahren der ausländerrechtlichen Haft. Insbesondere muss nach Artikel 86 Absatz 2 BGG ein oberes Gericht als letzte kantonale Instanz eingesetzt werden. Das Bundesgericht versteht unter einem oberen kantonalen Gericht im

Anwendungsbereich der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten das kantonale Verwaltungsgericht. Andere gerichtliche Behörden gelten als oberes kantonales Gericht, soweit diese hierarchisch keinem anderen Gericht unterstellt und für den ganzen Kanton zuständig sind.

3.2 Administrativhaft

Vorbereitungshaft, *Ausschaffungshaft* und *Durchsetzungshaft* werden im Ausländerrecht als Administrativhaft zusammengefasst. Die *Ausschaffungshaft* als wichtigste Zwangsmassnahme im Ausländerrecht kann von der zuständigen Behörde zur Sicherstellung des Vollzugs gegenüber einer ausländischen Person angeordnet werden, gegen die ein erstinstanzlicher Weg- oder Ausweisungsentscheid vorliegt, sofern ein Haftgrund besteht (Artikel 78 AuG). Um die Durchführung eines Wegweisungsverfahrens sicherzustellen, kann die zuständige kantonale Behörde einer Person, die keine Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt, während der Vorbereitung des Entscheides über ihre Aufenthaltsberechtigung in *Vorbereitungshaft* versetzen, sofern ein Haftgrund besteht (Artikel 75 AuG). Hat eine Person ihre Pflicht zur Ausreise aus der Schweiz innerhalb der ihr angesetzten Frist nicht erfüllt und kann die rechtskräftige Weg- oder Ausweisung auf Grund ihres persönlichen Verhaltens nicht vollzogen werden, so kann sie, um der Ausreisepflicht Nachachtung zu verschaffen, in *Durchsetzungshaft* versetzt werden, sofern die Anordnung der Ausschaffungshaft nicht zulässig ist und keine andere mildere Massnahme zum Ziel führt.

In der Schweiz dürfen Minderjährige ab dem 15. Altersjahr in Administrativhaft genommen werden (Artikel 79 AuG). Die Maximalhaftdauer beträgt 6 (Vorbereitungshaft), 12 (Ausschaffungshaft) und 9 Monate (Durchsetzungshaft). Dabei darf die Gesamtheit der verfügbaren Haft die Dauer von 12 Monaten nicht überschreiten.

3.3 Kurzfristige Festhaltung

Die kurzfristige Festhaltung nach Artikel 73 AuG dient einerseits der Eröffnung einer Verfügung in Zusammenhang mit dem Aufenthaltsstatus der betroffenen Person (bspw. Eröffnung eines Asylentscheides). Des Weiteren dient sie aber vor allem der Abklärung der Identität, falls die persönliche Mitwirkung der betroffenen Person benötigt wird. Diese Voraussetzung ist beispielsweise bei Botschaftszuführungen zwecks Abklärung der Identität oder bei zentralisierten Befragungen des Bundesamts für Migration (BFM) (Artikel 3 der Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen [SR 142.281, VVWA]) gegeben. Die Maximaldauer der kurzfristigen Festhaltung beträgt 3 Tage.

3.4 Ein- und Ausgrenzung

Der Ein- bzw. Ausgrenzung nach Artikel 74 Absatz 1 Buchstabe a AuG kommt eine doppelte Funktion zu. Einerseits bezwecken sie, gegen Ausländer vorzugehen, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören, bei denen aber die sofortige Wegweisung noch nicht möglich ist (bspw. hängiges Asylgesuch, fehlende Reisepapiere). Andererseits kommt eine Ein- oder Ausgrenzung betreffend eines genau bestimmten Gebiets auch in Frage, wenn die Person aufgrund eines Wegweisungs-

hindernisses nicht ausgeschafft werden kann und man sie von einem bestimmten Ort fernhalten möchte.

Nach Artikel 74 Absatz 1 Buchstabe b AuG kann seit dem 1. Januar 2007 (Inkrafttreten der Bestimmungen zu den Zwangsmassnahmen) eine Ein- oder Ausgrenzung auch dann angeordnet werden, wenn ein rechtskräftiger Weg- oder Ausweisungsentcheid vorliegt und die betroffene Person die Ausreisefrist ungenützt hat verstreichen lassen.

3.5 Übereinkommen über die Rechte des Kindes

Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (UNO-Kinderrechtskonvention; SR 0.107) gilt für die Schweiz seit dem 26. März 1997. Es findet Anwendung auf Jugendliche bis zum vollendeten 18. Lebensjahr (Artikel 1). Entsprechend sind die in der Ausländergesetzgebung zitierten Minderjährigen (15-17 Jahre) Jugendliche im Sinne der Konvention.

Im Zusammenhang mit dem Vollzug der Administrativhaft bei Minderjährigen sind vorab folgende Artikel der *Kinderrechtskonvention* von Bedeutung:

- Art. 3 Abs. 1: "Bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist."
- Art. 9 Abs. 1: "Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird, es sei denn, dass die zuständigen Behörden in einer gerichtlich nachprüfaren Entscheidung nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften und Verfahren bestimmen, dass diese Trennung zum Wohl des Kindes notwendig ist."
- Art. 12 Abs. 1 f.: "Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife. Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden."
- Art. 37 lit. b: "Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass keinem Kind die Freiheit rechtswidrig oder willkürlich entzogen wird. Festnahme, Freiheitsentziehung oder Freiheitsstrafe darf bei einem Kind im Einklang mit dem Gesetz nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden."
- Art. 37 lit. d: "Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass jedes Kind, dem die Freiheit entzogen ist, das Recht auf umgehenden Zugang zu einem rechtskundigen oder anderen geeigneten Beistand und das Recht hat, die Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung bei einem Ge-

richt oder einer anderen zuständigen, unabhängigen und unparteiischen Behörde anzufechten, sowie das Recht auf alsbaldige Entscheidung in einem solchen Verfahren."

Im Staatenbericht der Schweiz an die UNO wird die aktuelle Praxis der Schweiz bei der Umsetzung der UNO-Kinderrechtskonvention dargestellt. Der Bundesrat ist bereit, dabei auch den Bericht der GPK-N sowie seine Stellungnahme dazu zu berücksichtigen.

4 Dauer der Administrativhaft bei Minderjährigen

Die von der PVK vorgenommene Erhebung zeigt der GPK-N, dass in den Jahren 2002 bis 2004 insgesamt 355 Minderjährige oder vermutlich Minderjährige in Vorbereitungs- oder Ausschaffungshaft genommen wurden. Die GPK-N erachtet es deshalb als sinnvoll, die Praxis der Durchführung der Ausschaffungshaft bei Minderjährigen, insbesondere im Lichte der Umsetzung der Kinderrechtskonvention zu überprüfen. Der Bundesrat hielt in seiner Stellungnahme fest, dass die von der Kommission verwendeten Daten bezüglich Haftdauer von Minderjährigen auf einer Umfrage in 15 Kantonen zu den Jahren 2002-2004, die Daten bezüglich der Haftdauer bei der Gesamtheit der Ausschaffungshäftlinge auf einer Umfrage in lediglich fünf Kantonen zu den Jahren 2001-2003 beruhen und entsprechend zurückhaltend zu interpretieren sind.

Mit der Schaffung von Artikel 15a der Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen (SR 142.281, VVWA) verfügt der Bund seit 1. Januar 2008 über verlässliche Daten im Bereich der Anwendung der Zwangsmassnahmen. Die zuständigen kantonalen Behörden übermitteln dem BFM über die Anordnung der kurzfristigen Festhaltung (Artikel 73 AuG), der Vorbereitungshaft (Artikel 75 AuG), der Ausschaffungshaft (Artikel 76 AuG), der Ausschaffungshaft wegen fehlender Mitwirkung bei der Beschaffung von Papieren (Artikel 77 AuG) und der Durchsetzungshaft (Artikel 78 AuG) für den Asyl- und Ausländerbereich folgende Daten:

- Anzahl der Haftanordnungen und die Dauer der Haft im Einzelfall
- Anzahl der Rückführungen
- Anzahl der Haftentlassungen
- Nationalität der inhaftierten Personen
- Geschlecht und Alter der inhaftierten Personen
- Haftart

Im Zeitraum zwischen 1. Januar 2008 und 30. Juni 2009 wurden schweizweit insgesamt 4'564 Personen und davon 71 Personen, deren Alter nach eigenen Angaben zum Zeitpunkt der Inhaftierung zwischen 15 und 17 Jahre betrug, in Administrativhaft versetzt. Der Anteil der 15-17jährigen beträgt somit 1,5%. Die tatsächliche Zahl der 15-17jährigen ist jedoch tendenziell tiefer zu sehen als statistisch ausgewiesen, da das richtige Alter der Betroffenen in vielen Fällen höher als (verfahrensbedingt)

behauptet wird. Diese 71 Personen verteilen sich auf 15 Kantone, wobei die Kantone Zürich (21) und Kanton Bern (14) am meisten Haftanordnungen gegenüber Minderjährigen verfügt haben und in den restlichen 13 Kantonen je zwischen 1 und 7 Minderjährige inhaftiert wurden. Die maximale Haftdauer beträgt in einem Fall 376 Tage (Nigeria / Kanton Zürich) und in einem zweiten Fall 297 Tage (unbekannte Herkunft / Kanton Luzern). Beide Personen wurden während der Inhaftierung volljährig und waren ab diesem Zeitpunkt als Erwachsene zu behandeln. Ersterer konnte nach Nigeria rückgeführt werden. Die Haftdauer der übrigen 69 Fälle bewegt sich zwischen 1 und 116 Tagen. Somit beträgt die durchschnittliche Haftdauer von Minderjährigen für die Zeit vom 1. Januar 2008 bis 30. Juni 2009 19 Tage und ist damit 3 Tage länger, als der Gesamtdurchschnitt aller in Administrativhaft Versetzter. Wenn allerdings die beiden vorgenannten Fälle mit ihrer überdurchschnittlich langen Haftdauer dabei nicht berücksichtigt werden, fällt die durchschnittliche Haftdauer von Minderjährigen auf 9 Tage, gegenüber 16 Tagen im Gesamtdurchschnitt aller in Administrativhaft Versetzter.

Somit dauerte im Zeitabschnitt vom 1. Januar 2008 bis 30. Juni 2009 von den total 71 mit einer Administrativhaft belegten Minderjährigen die Inhaftierung in 6 Fällen (8,5%) 3 Monate, jedoch nur in 2 (2,8%) von diesen 6 Fällen länger als 4 Monate.

Nebst dem gesetzlichen Beschleunigungsgebot (Artikel 76 Absatz 4 AuG) und der gerichtlichen Haftüberprüfung spricht somit auch die erfolgte Datenerhebung gegen die von der Kommission geäusserte Vermutung, dass Minderjährige so lange in Ausschaffungshaft genommen werden, bis sie volljährig sind, um organisatorischen Mehraufwand zu vermeiden.

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die Garantien der Kinderrechtskonvention im Bereich der Zwangsmassnahmen gegenüber Minderjährigen eingehalten werden. Er versichert der Kommission, der Auswertung dieser Daten insbesondere bezüglich der Haftdauer und des Alters der betroffenen Minderjährigen auch in Zukunft ein besonderes Augenmerk zu schenken.

5 Harmonisierung der Vollzugspraxis in den Kantonen

Die GPK-N empfiehlt dem Bundesrat, bei den Kantonen darauf hinzuwirken, dass sie ihre Vollzugspraxis im Bereich Ausschaffungshaft bei Minderjährigen harmonisieren und stossende Ungleichbehandlungen im Vergleich zwischen den Kantonen vermieden werden.

Der Bundesrat verweist vorab auf die bereits im Bericht vom 15. Februar 2006 (BBl 2006 2667) angeführten Koordinationsgremien:

- Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren;
- Vereinigung der kantonalen Migrationsbehörden;
- Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz.

Diese Gremien garantieren heute in Verbindung mit dem paritätischen Fachausschuss Rückkehr und Wegweisungsvollzug und der jährlichen, durch das BFM

organisierten Tagung mit den Vollzugskordinatoren der Kantone und Städte, eine behördliche Zusammenarbeit, welche der Harmonisierung und rechtsgleichen Anwendung von Zwangsmassnahmen dient. Zusammen mit der Rechtskontrolle durch das Schweizerische Bundesgericht im Rahmen einer vom EJPD erhobenen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen kantonale Haftrichterentscheide bildet dies ein wirksames System. In diesem Zusammenhang gilt es festzuhalten, dass die Verletzung der in der Kinderrechtskonvention statuierten Rechte im Rahmen einer Beschwerde gegen die Administrativhaft geltend gemacht werden kann.

Obwohl nicht Gegenstand der damaligen PVK, ist aufgrund der Schaffung des Bundesgesetzes über die Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwangsanwendungsgesetz [SR 364, ZAG]) und seiner Ausführungsverordnung (SR 364.1, ZAV) die polizeiliche Zwangsmittelanwendung im Zuständigkeitsbereich des Bundes zu thematisieren.

Das ZAG als Rahmengesetz, welches die schweizweit einheitliche Anwendung von polizeilichem Zwang bezweckt, statuiert Mindestgarantien. Es regelt die Grundsätze der Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes. Dabei konkretisiert es vorab das verfassungsrechtliche Erfordernis der Verhältnismässigkeit. Der angewendete Zwang soll den jeweiligen Umständen angemessen sein. Bezüglich Kindern schreibt die Zwangsanwendungsverordnung explizit vor, dass sie nur in einer Weise transportiert werden dürfen, die ihrem Alter, ihren Bedürfnissen und den gesamten Umständen angemessen ist (Artikel 24 Absatz 1 ZAV). Gestützt auf die neue Bundesgesetzgebung zur Zwangsanwendung erlässt das EJPD im Frühjahr 2010 ein Benutzermanual an die mit dem ausländerrechtlichen Vollzug betrauten Behörden. Es dient auf operativer Stufe einer verfeinerten Angleichung der kantonalen Vollzugstätigkeiten und erlaubt der für Rückführungen im Migrationsbereich eingesetzten Behörde, im Rahmen der bestehenden Gesetzes- und Ordnungsbestimmung, proaktiv Einfluss zu nehmen.

Das Schengen-Assoziierungsabkommen¹ trat am 1. März 2008 in Kraft. Die operationelle Inkraftsetzung erfolgte für die Landesgrenzen am 12. Dezember 2008 und für die Flughäfen Ende März 2009. Die Schweiz hat sich grundsätzlich zur Übernahme aller Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes verpflichtet. Die Richtlinie des Parlaments und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten für die Rückkehr illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger vom 16. Dezember 2008 (nachfolgend Rückführungsrichtlinie) ist eine solche Weiterentwicklung.² Sie fordert von den Staaten, dass im Rahmen ihrer Umsetzung das Kindeswohl in gebührender Weise berücksichtigt wird. Unter dem Titel Rückkehr und Abschiebung unbegleiteter Minderjähriger (Artikel 10) verlangt sie, dass vor Ausstellung einer Rückkehrentscheidung für unbegleitete Minderjährige Unterstützung durch eine geeignete Stelle, bei der es sich nicht um die für die Vollstreckung von Rückkehrentscheidungen zuständige Behörde handelt geleistet wird. Vor der Ausschaffung von unbegleiteten Minderjährigen haben sich die Behörden zu verge-

¹ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstandes (SAA).

² Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (ABl. L 348 vom 24.12.2008, S. 98).

wissern, dass Minderjährige einem Mitglied ihrer Familie, einem offiziellen Vormund oder einer geeigneten Aufnahmeeinrichtung im Rückkehrstaat übergeben werden. Der Bundesrat wird sicherstellen, dass dem Kindeswohl im Rahmen der Transformation der EU-Rückführungsrichtlinie ins nationale Recht gebührende Beachtung eingeräumt wird.

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die notwendigen Instrumente für die Koordination und Kooperation auch im Bereich der Zwangsmassnahmen bei Minderjährigen vorhanden sind und die Grundsätze der Kinderrechtskonvention berücksichtigt werden. Allfällige kantonale Unterschiede ergeben sich aus der Vollzugskompetenz der Kantone. Sie gestalten sich jedoch nicht derart, dass sie die Grundsätze des Kindeswohls gefährden. Die zur Übernahme anstehende EU-Rückführungsrichtlinie verstärkt zudem die Position von Minderjährigen im gesamten Rückführungsprozess.

6 Haftbedingungen Minderjähriger

Die GPK-N kommt zum Schluss, dass bezüglich der Trennung von Minderjährigen gegenüber Erwachsenen in der Ausschaffungshaft rechtlicher Klärungsbedarf besteht. Sie empfiehlt dem Bundesrat zu klären, ob sich aus der Kinderrechtskonvention besondere Haftbedingungen, insbesondere ein Trennungsgebot für Minderjährige von Erwachsenen ableiten lässt.

Grundsätzlich lassen sich aus der Kinderrechtskonvention gestützt auf Artikel 37 Buchstabe c besondere Haftbedingungen für Minderjährige ableiten. Gemäss dieser Bestimmung ist jedes Kind, dem die Freiheit entzogen wurde, von Erwachsenen zu trennen, sofern nicht ein anderes Vorgehen dem Wohl des Kindes als dienlich erachtet wird. Der Begriff «Freiheitsentzug» umfasst auch die Administrativhaft.

Die Schweiz hat bei der Unterzeichnung der Kinderrechtskonvention einen Vorbehalt angebracht, wonach die Trennung zwischen Jugendlichen und Erwachsenen im Freiheitsentzug nicht ausnahmslos gewährt sei. Im Rahmen der Schaffung des Jugendstrafrechts hat der Bundesrat den Rückzug des Vorbehalts in Betracht gezogen (BBl 1999 2226, 2279). Der Rückzug des Vorbehalts konnte seit Inkrafttreten des Jugendstrafgesetzes jedoch noch nicht erfolgen. Er wird erst möglich, wenn die Trennung Jugendlicher und Erwachsener nicht nur in der Untersuchungshaft, sondern auch im Straf- und Massnahmenvollzug realisiert ist. Artikel 48 des Jugendstrafgesetzes (SR 311.1, JStG) verpflichtet die Kantone, dies bis spätestens 31. Dezember 2016 vorzunehmen. Dies entbindet allerdings die zuständigen Behörden nicht, im Rahmen der geltenden Bestimmungen den Gehalt der Konvention mitzuberechnen. So regelt beispielsweise der Kanton Zürich in seiner Hausordnung für Ausschaffungshäftlinge explizit, dass Kleinkinder Gelegenheit erhalten, sich vermehrt auch in geeigneten Räumlichkeiten ausserhalb des Gefängnisses aufzuhalten und dass Jugendliche zwischen 15 und 18 Jahren nach Möglichkeit in einer eigenen Gruppe untergebracht werden.³ Der Kanton Freiburg bestimmt in seinem Reglement über den Vollzug der Haft im Bereich des Ausländerrechts, dass bei Minderjährigen das besondere Alter zu berücksichtigen sei und – in Zusammenarbeit mit

³ Justizvollzug Kanton Zürich, Hausordnung für die Abteilung Ausschaffungshaft des Flughafengefängnisses (Ausgabe 2009).

den Migrationsbehörden - zugunsten der minderjährigen Inhaftierten vom Haftvollzugsreglement abgewichen werden kann.⁴

Das Wohl des Kindes im Sinne der Konvention kann es jedoch auch erforderlich machen, dass bei der Ausschaffungshaft auf eine Trennung von Erwachsenen verzichtet wird. So kann es im Einzelfall den Bedürfnissen der betroffenen Minderjährigen zwischen 15 und 17 Jahren besser entsprechen, wenn sie zusammen mit erwachsenen Personen aus dem gleichen Herkunftsland oder Kulturkreis untergebracht werden und nicht mit anderen Jugendlichen, die nicht der gleichen ethnischen oder religiösen Gruppe angehören. Eine Unterbringung mit Erwachsenen kann also unter der Voraussetzung, dass das Kindeswohl es gebietet, mit Artikel 37 Buchstabe c der Konvention vereinbar sein.

Die im Rahmen der Schengenweiterentwicklung zur Übernahme anstehende Rückführungsrichtlinie auferlegt der Schweiz hinsichtlich der Inhaftnahme von Minderjährigen mehrfach Verpflichtungen. So darf die Administrativhaft nur im äussersten Falle und für die kürzest mögliche Dauer eingesetzt werden und in Haft genommene Familien haben bis zur Ausschaffung gesondert untergebracht zu werden. Ein angemessenes Minimum an Privatsphäre ist dabei zu gewährleisten. Die Inhaftnahme sämtlicher Familienmitglieder dürfte in der Schweiz jedoch selten Anwendungsfall bilden, da aus Rücksicht auf das Kindeswohl im Sinne einer mildereren Vorgehensweise oftmals nur das Familienoberhaupt inhaftiert wird. Die restlichen Familienangehörigen werden ihren Aufenthalt bis zur Ausreise am Zuweisungs- bzw. Aufenthaltsort im jeweiligen Kanton abwarten.

7 Rechtsvertretung und Vormundschaft bei Minderjährigen

Die GPK-N empfiehlt dem Bundesrat, bei den Kantonen hinzuwirken, dass sie eine aktive Rolle bei der Sicherstellung der Rechtsvertretung und allfälliger vormundschaftlicher Massnahmen übernehmen.

Das Asylgesetz (AsylG) sieht unter den besonderen Verfahrensbestimmungen vor, dass für unbegleitete minderjährige Asylsuchende unverzüglich eine Vertrauensperson zu benennen ist (Artikel 17 Absatz 3). Es kann sich dabei genauso um einen Vormund oder um einen Beistand im Sinne von Artikel 360 ff. ZGB handeln, wie um eine andere, durch die Rechtsprechung definierte Vertrauensperson (EMARK 2003/1 und 2006/14). Es liegt an den kantonalen Behörden, sich im konkreten Einzelfall für die geeignete Schutzform zu entscheiden. Die Vertrauensperson wahrt die Interessen des Minderjährigen hinsichtlich entscheidrelevanter Verfahrensschritte im Rahmen des Flughafenasylverfahrens, des Aufenthaltes in einer Empfangsstelle oder des Verfahrens nach Zuweisung in einen Kanton. Der Bundesrat hat per 1. Januar 2008 in der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen (SR 142.311, AsylV 1) Bestimmungen für spezielle Situationen von Minderjährigen im Asylverfahren (Artikel 7) sowie für den Zugang zu Rechtsberatung und Rechtsvertretung (Artikel 7a) geschaffen. So regelt die Bestimmung etwa, dass die Vertrauensperson die unbegleitete minderjährige Person im Asylverfahren begleitet und unterstützt. Per-

⁴ Art. 4 Reglement über den Vollzug der Haft im Bereich des Ausländerrechts vom 8. April 1997, BDLF 114.22.13.

sonen, die minderjährige asylsuchende Personen anhören, haben den besonderen Aspekten der Minderjährigkeit Rechnung zu tragen. Sofern für eine unbegleitete minderjährige asylsuchende Person nach Zuweisung in den Kanton nicht sofort eine Beistand- oder Vormundschaft eingesetzt werden kann, ernennt die kantonale Behörde für die Dauer des Asyl- und Wegweisungsverfahrens, längstens aber bis zur Ernennung eines Beistandes oder Vormundes oder bis zum Eintritt der Volljährigkeit, unverzüglich eine Vertrauensperson. Hinsichtlich Rechtsberatung und Rechtsvertretung orientiert das BFM die Asylsuchenden - bei Minderjährigen deren beigeordneten Vertrauenspersonen - in geeigneter Weise in einer ihnen verständlichen Sprache über die Möglichkeiten, sich verbeiständen zu lassen oder sich an eine Rechtsberatung zu wenden. Es stellt den Asylsuchenden am Flughafen wie in den Empfangsstellen die Mittel zur Kontaktaufnahme mit einer Rechtsberatung oder -vertretung zur Verfügung. Der persönliche Kontakt zwischen Rechtsvertretung oder -beratung und deren Mandanten wird im Rahmen der Verordnung des EJPD vom 24. November 2007 zum Betrieb von Unterkünften des Bundes im Asylbereich (SR 142.311.23) ermöglicht.

Die Bestimmungen im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) sind nicht derart explizit wie im Asylbereich. Dennoch ist der Schutz von Minderjährigen auch im Bereich des AuG umfassend berücksichtigt. So hat das kantonale Haftgericht bei der richterlichen Haftüberprüfung, die in jedem Fall von Administrativhaft innerhalb von spätestens 96 Stunden zu erfolgen hat, bei der Überprüfung des Entscheides über die Anordnung, Fortsetzung und Aufhebung der Haft insbesondere auch die familiären Verhältnisse - und damit das Kindeswohl im Sinne der Konvention - zu berücksichtigen. Mit der Überprüfung der Rechtmässigkeit der Haft geht regelmässig auch die anwaltliche Begleitung einher. Im Rahmen eines dem Vollzug vorangehenden legalen oder illegalen Aufenthalts in der Schweiz sind Minderjährige ebenso umfassend geschützt. Einen Aufenthalt in der Schweiz wird einer Minderjährigen Person nur eingeräumt, wenn eine Betreuung sichergestellt ist. Im Falle eines illegal aufhältigen Minderjährigen sind die feststellenden Behörden nach Artikel 368 des Zivilgesetzbuches verpflichtet, der zuständigen kantonalen Behörde die Anwesenheit von Minderjährigen, die sich ohne elterliche Begleitung in ihrem Gebiet aufhalten, unverzüglich zu melden, damit allfällige Schutzmassnahmen eingeleitet werden können. Für die Phase nach einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid (Vollzugsphase) gelten für Minderjährige aus dem Asylbereich die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) zusätzlich zur nach Artikel 7 Absatz 2 der AsylV1 eingesetzten Vertrauensperson, da die Zwangsmassnahmen sowohl für den Asyl- wie auch den Ausländerbereich im AuG statuiert sind.

Der Bundesrat erklärt sich bereit, die Erweiterung von Art. 15a VVWA mit Angaben zur Rechtsvertretung und Verbeiständung von Minderjährigen im Asyl- und Ausländerbereich zu prüfen und allenfalls eine Ergänzung der Verordnung vorzunehmen.