



## Gutachten

---

2008.2 (S. 15-29)

### **Die Ausgestaltung der Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV) für minderjährige Asylsuchende mit einem Nichteintretensentscheid**

EJPD, Bundesamt für Justiz

**Gutachten vom 25. Februar 2005**

---

**Stichwörter:** Nothilfe; unbegleitete minderjährige Asylsuchende; rechtskräftiger Nichteintretensentscheid; Kinderrechtskonvention; Kindeswohl; Informationspflicht.

**Mots clés:** Aide d'urgence; requérants d'asile mineurs non accompagnés; décision exécutoire de non-entrée en matière; Convention des droits de l'enfant; bien-être de l'enfant; obligation d'informer.

**Termini chiave:** Aiuto in situazioni di bisogno; richiedenti l'asilo minorenni non accompagnati; decisione di non entrata nel merito passata in giudicato; Convenzione sui diritti del fanciullo; benessere del fanciullo; obbligo di informare.

---

#### **Regeste:**

Art. 3 Abs. 2 der Kinderrechtskonvention (KRK) statuiert eine Schutzpflicht des Staates, die über die Nothilfe nach Art. 12 BV hinausgeht. Die Unterstützung, die einer unbegleiteten minderjährigen Person mit einem rechtskräftigen Nichteintretensentscheid zu leisten ist, richtet sich nach den konkreten Umständen und muss dem besonderen Schutz und dem Wohlergehen des Kindes Rechnung tragen. Der Staat ist gestützt auf Art. 11 und 35 BV sowie Art. 3 Abs. 2 KRK zum Handeln verpflichtet, sobald er Kenntnis von einer minderjährigen Person in Not hat, unabhängig davon, ob um Hilfe ersucht wurde oder nicht.

#### **Regeste:**

Selon l'art. 3, al. 2, de la Convention des droits de l'enfant (CDE), l'Etat doit assurer une protection qui va au-delà de l'aide en cas de détresse au sens de l'art. 12 de la Constitution. Le soutien à fournir à une personne mineure non accompagnée frappée d'une décision exécutoire de non-entrée en matière dépend de la situation concrète et doit tenir compte de la protection particulière dont a besoin l'enfant ainsi que de son bien-être. Dès qu'il a connaissance de la détresse d'une personne mineure, l'Etat a l'obligation d'agir en vertu des art. 11 et 35 de la Constitution et de l'art. 3, al. 2, CDE – indépendamment du fait qu'une demande d'aide a été formulée ou non.

#### **Regesto:**

L'art. 3 cpv. 2 della Convenzione sui diritti del fanciullo (Convenzione) sancisce per gli Stati un obbligo di protezione che va oltre l'aiuto in situazioni di bisogno di cui all'art. 12 Cost. L'assistenza che deve essere prestata a un minore non accompagnato colpito da una decisione di non entrata nel merito passata in giudicato dipende dalle circostanze concrete e deve prendere in considerazione la particolare protezione e il benessere del fanciullo. In virtù dell'art. 11 e 35 Cost. e dell'art. 3 cpv. 2 della Convenzione lo Stato è tenuto ad agire non appena è a conoscenza del fatto che un minore si trova in situazione di bisogno a prescindere se l'aiuto è chiesto o meno.

---

**Rechtliche Grundlagen:**

- Art. 3 Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101)
- Art. 3, 20, 22, 41 UNO-Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107)
- Art. 2 Abs. 1, Art. 9 Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA; SR 0.211.231.01)
- Art. 10, 11, 12, 35 Abs. 1 und 2 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101)
- Art. 14a Abs. 1 (in der Fassung vom 1. Februar 1995, AS 1995 151) und 4 (in der Fassung vom 26. Juni 1998; AS 1999 2262), 14c Abs. 5 und 6 (in der Fassung vom 26. Juni 1998; AS 1999 2262) Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG)
- Art. 17 Abs. 3 (in der Fassung vom 26. Juni 1998; AS 1999 2262), Art. 44a (in der Fassung vom 19. Dezember 2003; AS 2004 1633), 80-84 und 88 (in der Fassung vom 26. Juni 1998; AS 1999 2262) Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG; SR 142.31)
- Art. 308, 368, 392 Ziff. 3 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210)
- Art. 85 Abs. 2 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291)

**Base juridique:**

- Art. 3 Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH; RS 0.101)
- Art. 3, 20, 22, 41 Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107)
- Art. 2 al. 1, art. 9 Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (RS 0.211.231.01)
- Art. 10, 11, 12, 35 al. 1 et 2 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101)
- Art. 14a al. 1 (dans la version du 1<sup>er</sup> février 1995, RO 1995 151) et 4 (dans la version du 26 juin 1998; RO 1999 2262), 14c al. 5 et 6 (dans la version du 26 juin 1998; RO 1999 2262) Loi fédérale du 26 mars 1931 sur le séjour et l'établissement des étrangers
- Art. 17 al. 3 (dans la version du 26 juin 1998; RO 1999 2262), art. 44a (dans la version du 19 décembre 2003; RO 2004 1633), 80-84 et 88 (dans la version du 26 juin 1998; RO 1999 2262) Loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi; RS 142.31)
- Art. 308, 368, 392 ch. 3 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC; RS 210)
- Art. 85 al. 2 Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; RS 291)

**Base giuridico:**

- Art. 3 Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo libertà fondamentali (CEDU; RS 0.101)
- Art. 3, 20, 22, 41 Convenzione del 20 novembre 1989 sui diritti dell'infanzia (RS 0.107)
- Art. 2 cpv. 1, art. 9 Convenzione del 5 ottobre 1961 concernente la competenza delle autorità e la legge applicabile in materia di protezione di minorenni (RS 0.211.231.01)
- Art. 10, 11, 12, 35 cpv. 1 e 2 Costituzione federale della Confederazione Svizzera dei 18 aprile 1999 (Cost; RS 101)
- Art. 14a cpv. 1 (nella versione di 1 febbraio 1995, RO 1995 151) e 4 (nella versione di 26 giugno 1998; RO 1999 2262), 14c cpv. 5 e 6 (nella versione di 26 giugno 1998; RO 1999 2262) Legge federale del 26 marzo 1931 concernente la dimora e il domicilio degli stranieri
- Art. 17 Abs. 3 (nella versione di 26 giugno 1998; RO 1999 2262), art. 44a (nella versione di 19 dicembre 2003; RO 2004 1633), 80-84 e 88 (nella versione di 26 giugno 1998; RO 1999 2262) Legge sull'asilo del 26 giugno 1998 (LAsi; RS 142.31)
- Art. 308, 368, 392 ch. 3 Codice civile svizzero del 10 dicembre 1907 (CC; RS 210)
- Art. 85 cpv. 2 Legge federale del 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale privato (LDIP; RS 291)

## **Einleitende Bemerkung von Januar 2008:**

Am 1. Januar 2008 sind das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer<sup>1</sup> und punktuelle Änderungen des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998<sup>2</sup> in Kraft getreten. Dadurch haben sich die Rechtsgrundlagen im Vergleich zum Zeitpunkt, in dem das Gutachten verfasst wurde, wie folgt geändert: Artikel 44a AsylG wurde aufgehoben. Damit werden Personen mit einem Nichteintretensentscheid (NEE) nicht mehr dem Bundesgesetz vom 26. März 1931<sup>3</sup> über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (beziehungsweise dem AuG) unterstellt, sondern unterstehen weiterhin den Regelungen des AsylG. Für die Ausrichtung von Sozialhilfeleistungen und Nothilfe sieht Artikel 82 Absatz 1 AsylG in einem zweiten Satz neu vor, dass Personen mit einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid von der Sozialhilfeleistung ausgeschlossen werden können, wenn ihnen eine Ausreisefrist gesetzt worden ist. Somit wird der Kreis der Personen, die nur noch Nothilfe beziehen können, ausgedehnt auf Personen, deren Asylgesuch nach Abschluss des Asylverfahrens abgelehnt worden ist. Allerdings erhalten die Kantone bei der Umsetzung insofern einen Spielraum, als das Bundesrecht nur die Möglichkeit eines Sozialhilfeausschlusses vorsieht. Es steht ihnen also frei, den Betroffenen gleichwohl Sozialhilfeleistungen zu gewähren. In Bezug auf die Fragestellungen, die im nachfolgenden Rechtsgutachten erörtert werden, haben die geänderten Rechtsgrundlagen in erster Linie Auswirkungen auf den betroffenen Personenkreis: Nach dem neuen Recht sind auch Minderjährige, deren Asylgesuch abgewiesen und denen eine Frist zur Ausreise gesetzt worden ist, von der Frage nach der Ausgestaltung der Hilfeleistungen (Sozialhilfe bzw. Nothilfe) betroffen.

## **I. Ausgangslage und Fragestellung**

Ehemalige Asylsuchende mit einem rechtskräftigen Nichteintretensentscheid unterstehen nach Art. 44a AsylG dem ANAG. Ab diesem Zeitpunkt gelten sie als Ausländerinnen oder Ausländer mit illegalem Aufenthalt in der Schweiz und sind von den Sozialhilfeleistungen nach Asylgesetz (Art. 80 ff. AsylG) ausgeschlossen. Geraten sie in eine Notlage, so haben sie Anspruch auf Nothilfe nach Art. 12 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999<sup>4</sup>.

In Bezug auf unbegleitete minderjährige Personen stellt sich die Frage, ob und inwieweit das UNO-Übereinkommen vom 20. November 1989<sup>5</sup> über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention) Auswirkungen auf die konkrete Ausgestaltung der Nothilfe hat. Das Bundesamt für Justiz (BJ) beantwortet auf Ersuchen des Bundesamtes für Migration (BFM) die folgenden Fragen:

1. Enthält die Kinderrechtskonvention besondere Verpflichtungen im Hinblick auf die Umsetzung des Sozialhilfestopps, die über die Anforderungen von Art. 12 BV hinausgehen?
2. Wie müsste die Nothilfe (betreffend Unterbringung und Betreuung, Umfang, Dauer, usw.) allenfalls ausgestaltet sein, um den möglichen zusätzlichen Anforderungen aus diesem Übereinkommen zu genügen?

---

<sup>1</sup> AuG; SR 142.20.

<sup>2</sup> AsylG; SR 142.31.

<sup>3</sup> ANAG; SR 142.20.

<sup>4</sup> BV; SR 101.

<sup>5</sup> SR 0.107.

3. Ist aus der Konvention eine Informationspflicht der Behörden gegenüber unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden über deren Anspruch auf Nothilfe ableitbar? Ist es mit der Konvention vereinbar, wenn Nothilfe bloss auf Verlangen gewährt wird?

## **II. Einleitung**

Für Sozialhilfeleistungen im Asylbereich gelten unterschiedliche Rechtsgrundlagen: Während des Asylverfahrens, für vorläufig Aufgenommene und für Personen, deren Asylgesuch abgewiesen wurde, sind die Art. 80 ff. AsylG massgebend, mithin erhalten diese Personen Sozialhilfe. Demgegenüber unterstehen Asylsuchende mit rechtskräftigem Nichteintretensentscheid, wie bereits ausgeführt, nach Art. 44a AsylG dem ANAG und sind damit von der Sozialhilfe nach AsylG ausgeschlossen. Einzige Ausnahme von dieser zweiten Gruppe sind Personen mit Nichteintretensentscheid, wenn der Wegweisungsvollzug unzumutbar, unzulässig oder unmöglich ist: Sie werden nach Art. 14a Abs. 1 ANAG vorläufig aufgenommen, fallen somit unter die erste Gruppe und erhalten Sozialhilfe nach Art. 14c Abs. 5 und 6 ANAG i. V. m. Art. 88 AsylG.

Ausgehend von der Tatsache, dass vorläufig aufgenommene Minderjährige mit rechtskräftigem Nichteintretensentscheid Sozialhilfeleistungen erhalten, beschränkt das BJ sein Gutachten auf jene Minderjährigen, welche der zweiten Gruppe angehören. Mit anderen Worten können sich nach Ansicht des BJ die gestellten Fragen nur auf Personen beziehen, denen mit der Wegweisungsverfügung eine Ausreisefrist angesetzt wurde.

Zu vermerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Ausrichtung von Nothilfe weder im AsylG noch im ANAG geregelt ist. Ihre Ausgestaltung fällt in die Zuständigkeit der Kantone, die jedoch den Kerngehalt des Grundrechts nach Art. 12 BV zu beachten haben.

Im Folgenden wird zunächst untersucht, welchen Schutz die Bundesverfassung diesen Personen zusichert. Sodann wird geprüft, nach welchen Voraussetzungen gemäss der schweizerischen Gesetzgebung Schutz zu gewähren ist, und schliesslich wird der Schutz nach dem internationalen Recht erörtert.

## **III. Schutzmassnahmen gemäss Bundesverfassung**

### **1. Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV)**

In Zusammenhang mit Art. 12 BV und der Umsetzung des Fürsorgestopps bei unbegleiteten Minderjährigen ist auch Art. 11 BV zu berücksichtigen. Diese Bestimmung hält in Abs. 1 fest, dass Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung haben. Art. 11 wurde erst durch das Parlament eingefügt, der bundesrätliche Verfassungsentwurf enthielt keinen Art. 11 entsprechenden Artikel.

Die rechtliche Tragweite der Bestimmung ist nicht klar: Einerseits ist die Bestimmung unter den Grundrechten eingefügt und spricht von «Anspruch auf...», was darauf hindeutet, dass es sich um ein eigentliches Grundrecht handelt. Andererseits wird offen gelassen, was unter dem «besonderen Schutz der Unversehrtheit» und insbesondere auch unter der «Förderung ihrer Entwicklung» konkret zu verstehen ist. Aus den Materialien geht hervor, dass der Verfassungsgeber damit Kindern und Jugendlichen einen eigenen Status zukommen lassen und der erhöhten Schutzbedürftigkeit des

Kindes entsprechend Rechnung tragen wollte<sup>6</sup>. Nicht zuletzt sollte damit auch dem Leitgedanken der Kinderrechtskonvention Rechnung getragen werden<sup>7</sup>.

Hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs bleibt unklar, wer Anspruch auf den vorgesehenen Schutz oder die Förderung seiner Entwicklung hat<sup>8</sup>. Da es sich um ein Menschenrecht handelt, umfasst die Bestimmung alle Kinder und Jugendlichen unabhängig von ihrer Nationalität oder ihres aufenthaltsrechtlichen Status. Eine konkretere Aussage zu den Inhabern des Rechts ist indes nicht möglich, da es Aufgabe des Gesetzgebers und der Rechtsprechung ist, die Norm zu konkretisieren.

Lehre und Rechtsprechung äussern sich zu Art. 11 Abs. 1 sehr zurückhaltend. Für HÄFELIN/HALLER ist die Formulierung derart vage, dass nicht zu erkennen sei, welche justiziablen Ansprüche auf positive staatliche Leistungen daraus abzuleiten sind<sup>9</sup>. Nach KOLLER ist die Bestimmung höchstens als Präzisierung zur persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV zu verstehen<sup>10</sup>, während MADER darin in erster Linie eine Möglichkeit für das Bundesgericht sieht, seine dynamische Rechtsprechung im Bereich der Grundrechte weiterzuentwickeln<sup>11</sup>. Auch das Bundesgericht hat es bisher abgelehnt, aus Art. 11 einen justiziablen Leistungsanspruch abzuleiten, da die Bestimmung «in hohem Masse konkretisierungsbedürftig» sei<sup>12</sup>. Bis heute vermochte Art. 11 BV keinen Anspruch auf eine positive Leistung des Staates zu begründen.

Nichtsdestotrotz ist in Bezug auf die Gewährung von Nothilfe zu beachten, dass dem Staat aus Art. 11 Abs. 1 BV eine Pflicht erwächst («Kinder und Jugendliche *haben Anspruch auf ...*»), Kinder und Jugendliche besonders zu schützen. Diese Schutzpflicht umfasst denn auch die positive Verpflichtung, nicht erst dann tätig zu werden, wenn um Hilfe ersucht wird, sondern sobald der Staat Kenntnis von einer Notsituation hat. Es ist unverkennbar, dass in Bezug auf die Gewährung von Nothilfe nach Art. 12 BV staatliches Nichthandeln nicht in Einklang mit Art. 11 BV steht, wenn der Staat erkennt, dass eine unbegleitete minderjährige Person ohne Nahrung und menschenwürdige Kleidung auf der Strasse lebt und keine anderweitige Unterstützung erfährt.

## 2. Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)

Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Mit Art. 12 BV wurde das Grundrecht auf Existenzsicherung, wie es vom Bundesgericht 1995 als ungeschriebenes Verfassungsrecht anerkannt wurde<sup>13</sup>, ausdrücklich in die Bundesverfassung aufgenommen. Jeder Person, die in Not ist, wird eine minimale Unterstützung garantiert. Die Unterstützung kann dabei sowohl materieller Art (Obdach, Nahrung, Kleidung, medizinische Betreuung) wie auch persönlicher Art (Betreuung bzw. Hilfe sozialer und psychologischer Art) sein<sup>14</sup>. Geleistet

<sup>6</sup> AB 1998 [Separatdruck] N 191 ff.

<sup>7</sup> AB 1998 [Separatdruck] N 192 f.

<sup>8</sup> Nach PASCAL MAHON könnte der Begriff «Kinder» in Übereinstimmung mit der Kinderrechtskonvention die Minderjährigen umfassen, doch stelle sich dann die Frage, wer mit «Jugendliche» gemeint sei. Vgl. JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zürich 2003, Art. 11 Rz. 3.

<sup>9</sup> ULRICH HÄFELIN GEORG HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 2001, Rz. 910.

<sup>10</sup> HEINRICH KOLLER, *Einleitungstitel*, AJP 1999 S.656 ff., S. 664.

<sup>11</sup> LUZIUS MADER, *Die Sozial- und Umweltverfassung*, AJP 1999, S. 701.

<sup>12</sup> 2P.324/2001 vom 28.3.2002 E. 4.2; BGE 129 I 12 E. 10.5.3 S. 32.

<sup>13</sup> BGE 121 I 367.

<sup>14</sup> AUBERT/MAHON, a.a.O., Art. 12 Rz. 3.

wird, was im konkreten Fall für ein menschenwürdiges Leben und die menschliche Entfaltung unerlässlich ist<sup>15</sup>.

Das Recht auf Hilfe in Notlagen garantiert indessen nur ein Minimum an staatlicher Leistung<sup>16</sup>. Leistungen über dieses Minimum hinaus werden nicht vom sachlichen Geltungsbereich von Art. 12 BV erfasst, sondern nach der anwendbaren Sozialhilfegesetzgebung ausgerichtet. Der vollständige Entzug von Sozialhilfeleistungen stellt, sofern das verfassungsrechtliche Minimum unterschritten wird, nach Bundesgericht einen Eingriff in das Recht auf Hilfe in Notlagen dar<sup>17</sup>. So gesehen ist Art. 12 BV Bestandteil der Sozialhilfe und bezeichnet das absolut erforderliche Minimum, das für eine menschenwürdige Existenz unabdingbar ist.

Die Bestimmung lässt offen, was konkret unter einer Notlage zu verstehen ist, und definiert weder Umfang noch Tragweite der Hilfe. Bundesrat und Parlament haben auf eine nähere Begriffsbestimmung verzichtet, weil eben gerade nicht eine bestimmte Leistung (z.B. zur Sicherung des Existenzminimums im Sinne der Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe) garantiert werden soll<sup>18</sup>. Vielmehr ist in jedem Einzelfall gesondert zu beurteilen, ob objektiv Mittellosigkeit gegeben und in welchem Umfang Hilfe zu gewähren ist<sup>19</sup>.

Der Beisatz «... und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, ...» geht vom Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit (Art. 6 BV) und damit von der Subsidiarität der staatlichen Hilfeleistung aus. Demnach hat nur Anrecht auf Leistungen, wer sich nicht aus eigenen Kräften aus der Notlage befreien kann.

Festzuhalten ist schliesslich, dass jeder Mensch, der sich im Hoheitsgebiet der Schweiz aufhält, Träger des Rechts ist, unabhängig davon, ob er die Notsituation selber verschuldet hat, und unbesehen seiner Staatsangehörigkeit oder seines aufenthaltsrechtlichen Status<sup>20</sup>.

### 3. Verwirklichung der Grundrechte (Art. 35 BV)

Nach Art. 35 Abs. 1 und 2 BV müssen die Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung zur Geltung kommen; die Behörden sind gehalten, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Diese Grundsätze bringen zum Ausdruck, dass die Gewährleistung von Grundrechten das Fundament der Rechtsordnung eines föderalistischen und demokratischen Rechtsstaates sind. Demnach ist ihre Funktion sowohl defensiv, indem sie den Einfluss des Staates auf das Individuum beschränken, als auch positiv, indem sie den Staat zu einem Tun veranlassen<sup>21</sup>. Abs. 1 der Bestimmung unterstreicht gemäss Bundesgericht «la portée générale de l'obligation de respect des droits fondamentaux, dont la réalisation s'impose à l'ensemble de l'ordre juridique»<sup>22</sup>. So hielt das Bundesgericht zu Abs. 2 fest, auch Stimmbürger nähmen als Organ der Gemeinde staatliche Aufgaben wahr und seien damit an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen<sup>23</sup>.

<sup>15</sup> BGE 121 I 367 E. 2 S. 370ff.; Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBI 1997 I 149 f.

<sup>16</sup> BGE 121 I 367 E. 2c S. 373.

<sup>17</sup> BGE 122 II 193 E. 2b/cc S. 189; 130 I 75.

<sup>18</sup> AB 1998 [Separatdruck] S 40f. Votum Inderkum und N 187f. Votum Koller.

<sup>19</sup> BBI 1997 I 151; AUBERT/MAHON, a.a.O., Art. 12 Rz. 4.

<sup>20</sup> BGE 121 I 367 E. 2d S. 374; THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, §34 Rz. 29. Vgl. im Übrigen zur Tragweite von Art. 12 BV das Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 23.2.2005, «Révision partielle de la loi sur l'asile», an das Bundesamt für Migration.

<sup>21</sup> BBI 1997 I 191.

<sup>22</sup> BGE 126 II 324 E. 4.d S. 327.

<sup>23</sup> BGE 129 I 217 E. 2.2.1 S. 225; BGE 129 I 232 E.3.4.2 S. 240.

Aus dem Gesagten folgt, dass gestützt auf diese Bestimmung die staatlichen Hoheitsträger verpflichtet sind, zur Verwirklichung der Grundrechte, Art. 11 und 12 BV eingeschlossen, beizutragen. Mithin haben die Behörden dafür zu sorgen, dass die Unversehrtheit von Kindern und Jugendlichen besonders geschützt und das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen tatsächlich und kindergerecht verwirklicht wird.

## **IV. Schutzmassnahmen nach der schweizerischen Gesetzgebung**

### **1. Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)**

Für den Schutz von Minderjährigen gilt nach Art. 85 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987<sup>24</sup> über das Internationale Privatrecht in Bezug auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte oder Behörden, das anwendbare Recht und die Anerkennung ausländischer Entscheidungen oder Massnahmen das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961<sup>25</sup> über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA). Das MSA regelt somit im Wesentlichen die Zuständigkeit der Behörden und Gerichte und die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen und Massnahmen der Vertragsstaaten<sup>26</sup>. Gemäss Art. 85 Abs. 2 IPRG gelangt das MSA sinngemäss auch dann zur Anwendung, wenn die Minderjährigkeit nur nach schweizerischem Recht erfüllt ist, sowie für Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem Vertragsstaat haben. Dies bedeutet unter anderem, dass das MSA analog auch dann anzuwenden ist (und damit eine Zuständigkeit schweizerischer Behörden möglich sein kann), wenn sich ein ausländisches Kind mit schlichtem Aufenthalt in der Schweiz befindet. Ebenso ist die Anwendbarkeit gegeben, wenn ein Dringlichkeitsfall im Sinn von Art. 9 MSA gegeben ist für ein Kind, das seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Nichtvertragsstaat hat<sup>27</sup>. Welche Staatsangehörigkeit das Kind hat, ist unerheblich<sup>28</sup>. Das anwendbare Recht bestimmt sich nach Art. 2 Abs. 1 MSA, wonach die Behörden die in ihrem innerstaatlichen Recht vorgesehenen Massnahmen treffen.

Aufgrund der Erweiterung des Anwendungsbereichs des MSA durch Art. 85 Abs. 2 IPRG kann offen gelassen werden, ob unbegleitete Minderjährige mit Nichteintretensentscheid das Kriterium des gewöhnlichen Aufenthalts erfüllen. Die Zuständigkeit der Schweizer Behörden ist bei den in Frage stehenden Personen durch die Erweiterung nach internem Recht auch bei schlichtem Aufenthalt in der Schweiz gegeben.

Es stellt sich damit die Frage, inwieweit vormundschaftliche Massnahmen nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907<sup>29</sup> zu treffen sind.

### **2. Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB)**

Bei der Frage, welche Kindesschutzmassnahmen zu ergreifen sind, ist zu berücksichtigen, dass die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden nach einer rechtskräftigen Nichteintretensentscheid in den meisten Fällen wohl nur bei Dringlichkeit nach Art. 9 MSA gegeben ist. Damit liegt eine ähnliche Situation vor wie etwa bei einem Kind, das mit seinen Eltern ferienhalber in die Schweiz reist und dessen Eltern bei einem Unglück ums Leben kommen. Als Notmassnahmen sind die anzuordnenden Kindesschutzmassnahmen vorübergehender Natur, d.h. zum vornherein nur auf

<sup>24</sup> IPRG; SR 291.

<sup>25</sup> MSA; SR 0.211.231.01.

<sup>26</sup> HONSELL/VOGT/SCHNYDER, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Recht, Basel 1996 (Basler Kommentar IPRG), Art. 85 IPRG Rz. 10 ff.

<sup>27</sup> HEINI/KELLER/SIEHR/VISCHER/VOLKEN, IPRG Kommentar, Zürich 2004, Art. 85 Rz. 34.

<sup>28</sup> Basler Kommentar IPRG, a.a.O. Rz. 17.

<sup>29</sup> ZGB; SR 210.

eine sehr beschränkte Zeit ausgerichtet. Dies gilt im vorliegenden Kontext umso eher, als die Minderjährigen ab Rechtskraft der Wegweisungsverfügung als ausländische Personen ohne gültigen Aufenthaltstitel gelten und die Schweiz – innerhalb der Ausreisefrist – zu verlassen haben.

Abgesehen vom Umstand, dass man bei Minderjährigen mit einem rechtskräftigen Nichteintretensentscheid wohl häufig nicht genau weiss, ob die Eltern noch leben oder nicht, erscheint in diesem Kontext die Ernennung eines Vormundes gestützt auf Artikel 368 Absatz 1 ZGB als nicht sachgerecht. Im Rahmen der Zuständigkeit für Kindesschutzmassnahmen in Dringlichkeitsfällen im Sinne von Art. 9 MSA kann es ja nur darum gehen, bis zur ordentlichen Rückkehr des Minderjährigen in den Herkunftsstaat für sein Wohl zu sorgen und die Rückreise zu organisieren.

Wo nicht bereits während des Asylverfahrens vormundschaftliche Massnahmen geprüft worden sind (vgl. Ziff. 3), hat die Vormundschaftsbehörde im Einzelfall zu prüfen, ob ein Fall von Dringlichkeit im Sinne von Art. 9 MSA vorliegt und welche Kindesschutzmassnahmen dann am Platz sind. Handelt es sich beispielsweise um eine Person, die relativ nahe bei der Mündigkeit ist, wird die Behörde wohl von Massnahmen absehen. Dies rechtfertigt sich auch vor dem Hintergrund, dass alle Personen mit Nichteintretensentscheid bei der Planung der selbständigen Ausreise sowohl in den Empfangsstellen wie auch in den Kantonen beraten und organisatorisch unterstützt werden. Handelt es sich dagegen um gebrechliche oder jüngere – und damit besonders schutzbedürftige – Kinder, so hat die Vormundschaftsbehörde entweder von sich aus die erforderlichen Schutzmassnahmen anzuordnen oder nach Art. 308 oder 392 Ziff. 3 ZGB für die Zeit bis zur Ausreise einen Beistand zu ernennen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass gestützt auf die Zuständigkeit der Schweiz in Dringlichkeitsfällen nach Art. 9 MSA die Anordnung von vormundschaftlichen Massnahmen im Einzelfall nach den konkreten Umständen zu prüfen ist. Die zuständige Behörde hat dabei der Situation von besonders verletzlichen Personen (je nach Alter, Reife, körperlicher und geistiger Verfassung, Lebenserfahrung, Abhängigkeiten usw.) entsprechend Rechnung zu tragen. Sind solche Massnahmen tatsächlich einzuleiten, so gehen sie in jedem Fall über die Nothilfe nach Art. 12 BV hinaus.

### **3. Verhältnis des ANAG und des AsylG zum ZGB**

Im Folgenden ist zu prüfen, in welchem Verhältnis die ausländerrechtlichen Bestimmungen des ANAG und des AsylG zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch stehen.

#### **3.1 ANAG**

Es stellt sich die Frage, ob das ANAG Bestimmungen enthält, die als *lex specialis* gegenüber den vormundschaftsrechtlichen Bestimmungen des ZGB als *lex generalis* vorgehen könnten. Ein solcher Vorrang kann verneint werden: Das ANAG enthält keine Bestimmung, welche unbegleitete Minderjährige mit Nichteintretensentscheid von Massnahmen vormundschaftsrechtlicher Natur ausschliessen würde. Der Ausschluss beschränkt sich auf die Unterstützung fürsorgerechtlicher Natur, indem die Personen mit Nichteintretensentscheid gestützt auf Art. 44a AsylG dem ANAG unterstellt werden und in der Folge von Sozialhilfeleistungen nach AsylG ausgeschlossen sind.



### 3.2 AsylG

Nach Art. 17 Abs. 3 AsylG hat der Zuweisungskanton bei unbegleiteten minderjährigen Personen für die Dauer des Asyl- und Wegweisungsverfahrens unverzüglich eine «Vertrauensperson» zu ernennen, welche die Interessen der oder des Minderjährigen wahrt. Ihr kommt nach dem Willen des Gesetzgebers die Funktion eines Verfahrensbeistands zu<sup>30</sup>. Die Einführung eines solchen Instituts wirft die Frage auf, ob der Gesetzgeber damit eine *lex specialis* schaffen wollte, die dem Vormundschaftsrecht nach ZGB vorgeht und damit die Anordnung von vormundschaftlichen Massnahmen ausschliessen würde.

Die Materialien zeigen, dass dem nicht so ist<sup>31</sup>. Es wurde anerkannt, dass einerseits das Ernennungsverfahren für einen Beistand oder Vormund oft viele Wochen oder sogar Monate dauert<sup>32</sup> und andererseits die sofortige Ernennung eines Beistands nicht in allen Fällen sinnvoll ist (weil unter Umständen nach der Zuweisung zu einem Kanton ein neuer Beistand zu ernennen wäre)<sup>33</sup>. Daher ist die Ernennung einer Vertrauensperson als Übergangslösung zu verstehen, welche die zuständigen Vormundschaftsbehörden nicht davon entbindet, die erforderlichen vormundschaftlichen Massnahmen zu prüfen und einzuleiten. Die Verfahrensbeistandschaft nach Art. 17 Abs. 3 endet, wenn ein ordentlicher zivilrechtlicher Vertreter bestellt ist<sup>34</sup>. Es entspricht ausdrücklich dem Willen des Gesetzgebers, dass die Bestimmung nicht dem Vormundschaftsrecht nach ZGB vorgeht<sup>35</sup>.

In Bezug auf Minderjährige mit einem rechtskräftigen Nichteintretensentscheid ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass die Frage, ob vormundschaftliche Massnahmen anzuordnen sind, bereits während des Asylverfahrens durch die anvisierte Vormundschaftsbehörde geprüft wird<sup>36</sup>. Es muss ebenfalls davon ausgegangen werden, dass die Situation, welche sich für den Minderjährigen nach einem Nichteintretensentscheid ergibt, in die Prüfung miteinbezogen wird. Je nach Dauer des Asyl- und Wegweisungsverfahrens wird der Entscheid der Vormundschaftsbehörde noch während des Verfahrens oder erst später erfolgen. In jedem Fall werden Massnahmen, die angeordnet werden, vernünftigerweise nicht mit Rechtskraft des Nichteintretensentscheids wieder aufgehoben, sondern bis zur Ausreise fortgeführt werden. Ebenso wird es nicht sachgerecht sein, in Fällen, in denen die Vormundschaftsbehörde noch während des Verfahrens zum Schluss gekommen ist, dass unter Berücksichtigung aller Umstände keine Massnahmen notwendig sind (z.B. weil klar ist, dass der Wegweisungsvollzug sofort erfolgen kann und kein Dringlichkeitsfall nach Art. 9 MSA vorliegt), die Behörde für die Zeit bis zur Ausreise erneut die vormundschaftsrechtliche Lage zu beurteilen hat.

<sup>30</sup> AB 1997 S 1199 Votum Frick.

<sup>31</sup> Abs. 3 wurde erst durch das Parlament eingefügt; der Vorschlag des Bundesrats delegierte den Erlass von besonderen Verfahrensregeln für Minderjährige an den Bundesrat.

<sup>32</sup> AB 1997 S 1199 Votum Frick.

<sup>33</sup> AB 1998 S 528 Votum Frick.

<sup>34</sup> AB 1998 S 528 Votum Frick.

<sup>35</sup> AB 1998 S 1028 Votum David: «Es ist [...] selbstverständlich, dass eine unbegleitete minderjährige Person so rasch als möglich vormundschaftlich betreut wird, wie das die Kantone obligatorisch nach dem ZGB tun müssen.» und Votum Koller: «Der Ständerat will keineswegs [...], dass es Fälle gibt, in denen [...] kein Vormund oder Beistand bestellt wird. Dieser Auftrag ergibt sich [...] ganz klar aus dem ZGB.»

<sup>36</sup> Das BJ geht davon aus, dass das BFM als die Empfangsstelle führende Behörde der zuständigen Vormundschaftsbehörde Anzeige im Sinne von Art. 368 Abs. 2 ZGB zu machen hat, wenn eine minderjährige unbegleitete Person ein Asylgesuch stellt. Dies entspricht der Rechtsprechung der Schweizerischen Asylrekurskommission (vgl. VPB 63.13 E. 4b/aa) und dem Willen des Gesetzgebers (vgl. AB 1998 N 1082 Voten Chiffelle und Koller zu Art. 17 Abs. 3 AsylG).

Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerecht, dass die Vormundschaftsbehörde bei Minderjährigen mit Nichteintretensentscheid nur noch in als prüfungswürdig erachteten Fällen (z.B. wenn die Frage während der Dauer des Asylverfahrens nicht oder nicht hinreichend geprüft wurde oder wenn sich die Sachlage mit dem Nichteintretensentscheid z.B. durch eine längere als geplante Ausreisefrist wesentlich ändert) eingeschaltet wird.

## **V. Schutzmassnahmen nach dem internationalen Recht**

Es bleibt zu prüfen, ob es bei Minderjährigen, für welche kein Bedarf an vormundschaftsrechtlichen Massnahmen gegeben ist, genügt, Nothilfe nach Art. 12 BV zu leisten, oder ob der Schweiz aus völkerrechtlichen Verträgen Verpflichtungen erwachsen, Massnahmen anzuordnen, die über die Nothilfe hinausreichen.

### **1. Konvention vom 4. November 1950<sup>37</sup> zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)**

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist zu spärlich für eine verbindliche Aussage darüber, ob die EMRK für Kinder einen besonderen Schutz vorsieht.

Im Zusammenhang mit Art. 3 EMRK ist die Empfehlung Nr. R (2000) 3 des Ministerkomitees des Europarates an die Mitgliedstaaten über das Recht von Personen in grosser Armut auf Befriedigung ihrer elementaren materiellen Bedürfnisse zu erwähnen. Dieses Recht bezieht sich danach ausschliesslich auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar sind, mithin Nahrung, Kleidung, Obdach und medizinische Grundversorgung. Es soll unmittelbar gerichtlich durchsetzbar sein, nicht vom ausländerrechtlichen Status des Betroffenen abhängen, und die Betroffenen sind über dieses Recht zu informieren. Empfehlungen sind zwar wesensgemäss nicht rechtsverbindlich; indes hat der Gerichtshof die Tendenz, Empfehlungen des Ministerkomitees in seinen Urteilen anzurufen und in seine Rechtsprechung einfließen zu lassen.

Demnach kann zusammenfassend gesagt werden, dass die EMRK Kindern über die in der Konvention garantierten Menschenrechte hinaus keine spezifischen Schutzrechte gewährt. Die Gewährung von Nothilfe nach Art. 12 BV steht damit in Einklang mit der EMRK, insbesondere mit Art. 3, welcher die Vertragsstaaten verpflichtet, menschenunwürdige Behandlung zu verhindern. Ebenso erfüllt das verfassungsmässige Recht auf Hilfe in Notlagen die Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates.

### **2. Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966<sup>38</sup> über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) / Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966<sup>39</sup> über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)**

Die beiden UNO-Pakte werden vorliegend nicht geprüft. Abgesehen vom Katalog von Rechten und Pflichten, die allen Menschen zukommen, enthalten sie einzelne Bestimmungen, die der besonderen Schutzbedürftigkeit des Kindes und seiner Familie Rechnung tragen.

Seit jedoch das Kinderrechtsübereinkommen auch in der Schweiz in Kraft getreten ist, werden die Menschenrechte für die Lebensbereiche des Kindes durch dieses Ab-

---

<sup>37</sup> SR 0.101.

<sup>38</sup> SR 0.103.1.

<sup>39</sup> SR 0.103.2.

kommen zusätzlich konkretisiert. Es ergänzt die allgemeineren Bestimmungen der beiden Menschenrechtspakte der UNO<sup>40</sup>, geht teilweise sogar darüber hinaus<sup>41</sup> und verankert Rechte und Verpflichtungen in allen Lebensbereichen des Kindes<sup>42</sup>.

Mit Blick auf die Prüfung der Kinderrechtskonvention erübrigen sich daher weitere Überlegungen zu den UNO-Pakten I und II, und es wird auf die Ausführungen unter Ziff. 3 verwiesen.

### 3. Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK)

#### 3.1 Allgemeines

In Bezug auf die allgemeine Charakterisierung der Kinderrechtskonvention hat BIAGGINI treffend festgehalten: «Um die inhaltliche Tragweite der Kinderrechtskonvention ermessen zu können, ist es wichtig, sich die Entstehungsbedingungen des Übereinkommens zu vergegenwärtigen. Die Entstehung fällt im Wesentlichen in die 1980er Jahre, in die Zeit vor dem Ende des Kalten Krieges also. An der Ausarbeitung [...] beteiligten sich Staaten aus ganz unterschiedlichen Religions- und Kulturkreisen, aus industrialisierten Ländern und aus Entwicklungsländern, aus Ländern mit diametral entgegengesetzten politischen Systemen. Das Übereinkommen ist der gemeinsame Nenner, auf den man sich in einem rund zehnjährigen, konfliktreichen und auch ideologiegeprägten Verhandlungsprozess einigen konnte – nicht selten ist es der kleinste gemeinsame Nenner. Dies muss man sich bei der Auslegung und Anwendung der Kinderrechtskonvention immer wieder nüchtern vor Augen halten»<sup>43</sup>. Nach dem in Artikel 41 KRK verankerten Vorbehalt des besseren Rechts will die Kinderrechtskonvention bloss einen weltweiten Mindeststandard setzen, den die Vertragsstaaten nicht unterschreiten, wohl aber überschreiten dürfen. Allerdings bedeutet dies auch, dass Staaten, welche dem Kind weitergehende Rechte zugestehen, diese nicht unter Berufung auf die Kinderrechtskonvention (als tieferem Standard) verweigern oder beschränken dürfen<sup>44</sup>.

Nach dem in der Schweiz geltenden Prinzip des Monismus wird bei der Übernahme von Völkerrecht in Landesrecht der völkerrechtliche Vertrag Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung. Mit anderen Worten erlangt er mit Inkrafttreten für die Schweiz auch landesrechtliche Wirkung. Soweit darin enthaltene Bestimmungen unmittelbar anwendbar (self-executing) sind, können die daraus fliessenden Rechte direkt vor schweizerischen Behörden geltend gemacht werden. Dies setzt voraus, dass die angerufene staatsvertragliche Regelung die Rechtsstellung des Einzelnen direkt regelt, d.h. inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheids bilden zu können. Die erforderliche Bestimmtheit geht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor allem reinen Programmartikeln ab. Sie fehlt auch bei Normen, die eine Materie nur in Umrissen regeln, den Vertragsstaaten einen beträchtlichen Ermessens- oder Entscheidungsspielraum lassen oder bloss Leitgedanken enthalten, sich also nicht an die Verwaltungs- oder Justizbehörden, sondern an den Gesetzgeber richten<sup>45</sup>. Rechte aus direkt anwendbaren Bestimmungen der

<sup>40</sup> Vgl. zu den einzelnen Bestimmungen BBI 1994 V 16 f.

<sup>41</sup> Vgl. das in Art. 12 KRK verankerte Recht des Kindes, in allen es berührenden Angelegenheiten seine Meinung frei zu äussern.

<sup>42</sup> Botschaft betreffend den Beitritt zum Kinderrechtsübereinkommen, BBI 1994 V 2.

<sup>43</sup> GIOVANNI BIAGGINI, Wie sind Kinderrecht in der Schweiz geschützt?, in: Regula Gerber Jenni/Christa Hausammann [Hrsg.], Die Rechte des Kindes. Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, Basel 2001, 26 f.

<sup>44</sup> SHARON DETRICK, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, The Hague 1999, S. 713.

<sup>45</sup> BGE 120 Ia 1 E. 5b S. 11.

KRK können folglich vor schweizerischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden geltend gemacht werden.

Zu prüfen sind im Einzelnen die Art. 3, 20 und 22 KRK. Die letzten beiden tragen der Schutzbedürftigkeit von Kindern, die sich nicht in ihrem familiären Umfeld befinden bzw. ohne Eltern sind, besondere Rechnung.

### 3.2 Wohl des Kindes (Art. 3 KRK)

#### 3.2.1 Konzept des Wohls des Kindes (Abs. 1)

Allgemeiner Leitgrundsatz der Kinderrechtskonvention ist das Wohl des Kindes.

Art. 3 Abs. 1 KRK hält fest:

«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.»

Die Kinderrechtskonvention lässt offen, wie das «Wohl» des Kindes («best interests» bzw. «intérêts supérieurs» in der englischen bzw. der französischen Originalfassung) konkret zu verstehen ist. Eine Auslegung dieser Generalklausel, die den staatlichen Behörden jede Freiheit in der Einschränkung der Rechte des Kindes einräumen würde, wenn sie nur dem staatlich definierten Wohl des Kindes dient, entspräche dem Sinn und Zweck des Übereinkommens allerdings nicht<sup>46</sup>. WOLF weist darauf hin, dass die nur «vorrangige» (und nicht ausschlaggebende) Berücksichtigung des Kindeswohls es ermöglicht, andere Interessen der Staaten mitzuberücksichtigen<sup>47</sup>. Dieser Auffassung ist mit Blick auf den französischen und den englischen Originaltext beizupflichten: Das Wohl des Kindes ist bloss «une considération primordiale». Während der Beratungen der Kinderrechtskonvention wurde dem polnischen Vorschlag «paramount consideration» die von den USA eingebrachte – schwächere, d.h. dem Kindeswohl einen niedrigeren Stellenwert einräumende – Formulierung «a primary consideration» vorgezogen<sup>48</sup>. Dieses Verständnis des Begriffs entspricht auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach der Vorrang des Kindeswohls in der Schweiz in einem umfassenden Sinne gilt: «Angestrebt wird namentlich eine altersgerechte Entfaltungsmöglichkeit des Kindes in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht, wobei *in Beachtung aller konkreten Umstände* nach der für das Kind bestmöglichen Lösung zu suchen ist»<sup>49</sup>.

Die Frage nach der direkten Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 KRK ist in der Literatur bezüglich der Schweiz bis anhin nicht eingehend erörtert worden. WOLF scheint die direkte Anwendbarkeit zumindest nicht auszuschliessen<sup>50</sup>. Das Bundesgericht wie auch die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) haben die Frage bisher offen gelassen<sup>51</sup>.

Die Frage kann auch hier offen gelassen werden. Der spezifischen Situation der unbegleiteten Minderjährigen mit rechtskräftigem Nichteintretens- und Wegweisungsentscheid wird bereits im Verfahren der Prüfung des Asylgesuchs unter dem Ge-

<sup>46</sup> BBI 1994 V 14 f.

<sup>47</sup> STEFAN WOLF, Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht, ZBJV 1998, 119.

<sup>48</sup> GABRIELE DORSCH, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, Berlin 1994, S. 104.

<sup>49</sup> BGE 129 III 250 E. 3.4.2 S. 255.

<sup>50</sup> WOLF, a.a.O., S. 141 ff.

<sup>51</sup> BGE 123 III 449; 130 III 250 E. 3.4 S. 255 f.; VPB 63.13 E. 5d/bb.; 64.5 E. 6.b.

sichtspunkt der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs gemäss Art. 14a Abs. 4 ANAG durch die prüfende Behörde Rechnung getragen. Im Rahmen der Frage, ob die Rückkehr eine konkrete Gefährdung darstellen würde, ist die prüfende Behörde verpflichtet, die spezifisch mit der Minderjährigkeit verbundenen Aspekte abzuklären: Die ARK stellte 1998 fest, Art. 14a Abs. 4 ANAG lasse Raum, bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Wegweisung «auch Überlegungen einfließen zu lassen, die sich unter dem Aspekt des nach Art. 3 Abs. 1 KRK zu berücksichtigenden Kindeswohls ergeben können»<sup>52</sup>.

Wird dem Minderjährigen die Wegweisung unter Ansetzung einer Ausreisefrist eröffnet, so ist nach dem Gesagten dem Kindeswohl in Übereinstimmung mit den Anforderungen der Kinderrechtskonvention bereits Rechnung getragen worden. Mit anderen Worten erachtet die Entscheidbehörde im konkreten Fall die Ausreise als mit dem Kindeswohl vereinbar, und somit ist Art. 3 Abs. 1 KRK bereits «konsumiert».

### 3.2.2 *Schutzpflicht des Staates (Abs. 2)*

Art. 3 Abs. 2 KRK verpflichtet die Vertragsstaaten, unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten der Eltern den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zum Wohlergehen des Kindes notwendig sind, und zu diesem Zweck alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmassnahmen zu treffen.

Absatz 2 ist als Verpflichtung für die Vertragsstaaten formuliert. Gemäss DETRICK ist die Bestimmung im engen Zusammenhang mit dem Sinn und Zweck der KRK zu sehen<sup>53</sup>. Vor diesem Hintergrund gestehe Abs. 2 dem Kind den Schutz und die Fürsorge zu, die nötig sind für sein Wohlergehen. Daraus fliesse für den Staat die Pflicht, zu diesem Zweck alle geeigneten Massnahmen zu treffen. Diese staatliche Schutzpflicht beschränke sich nicht auf die in der Konvention umschriebenen Bereiche, sondern gelte generell: «[If] a child's well-being is denied by virtue of an act or omission which is not specifically proscribed in the CRC, the State party would nonetheless be under an obligation, pursuant to Article 3(2), to take 'all ... appropriate measures'»<sup>54</sup>.

Unbegleitete Minderjährige mit einem rechtskräftigen Nichteintretensentscheid halten sich ohne gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz auf und haben das Land innerhalb der festgesetzten Frist zu verlassen. Ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Entscheids sind sie aus dem System der Sozialleistungen ausgeschlossen. Dies bedeutet, dass sie die Empfangsstellen oder die Heime, die ihnen zur Verfügung gestellt worden sind, verlassen müssen und für sich und ihren Aufenthalt bis zur Ausreise selbst verantwortlich sind<sup>55</sup>. Wer in Not gerät, dem wird Nothilfe im Sinne von Art. 12 BV gewährt. Es stellt sich die Frage, ob bei weg gewiesenen Minderjährigen die Beschränkung der staatlichen Hilfe auf Nothilfe nach Art. 12 BV mit der generellen Schutzpflicht nach Art. 3 Abs. 2 KRK vereinbar ist.

Die Frage kann nicht in allgemeiner Weise beantwortet werden. Wie bereits ausgeführt, bestimmt sich der Umfang der Unterstützung nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Die elementarsten materiellen Bedürfnisse wie Obdach, Nahrung, Kleidung und medizinische Versorgung sind von Art. 12 BV umfasst; ebenso bei Bedarf die persönliche Hilfe in Form von Betreuung. Es wird von den persönlichen Umständen des betroffenen Minderjährigen abhängen, ob er weitergehenden Schutzes bedarf. Je nach Persönlichkeit (Alter, Reife, Lebenserfahrung) und Länge der Ausrei-

<sup>52</sup> VPB 63.13 E.5.e/aa.

<sup>53</sup> DETRICK, a.a.O., S. 93.

<sup>54</sup> DETRICK, a.a.O., S. 94.

<sup>55</sup> BBI 2003 5690.

sfristig kann es durchaus genügen, die Unterstützung bis zur Ausreise auf Leistungen im Sinne von Art. 12 BV zu beschränken. Es kann sich im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 2 KRK aber auch als notwendig erweisen, für eine geeignete Unterbringung zu sorgen, in welcher die Betreuung durch fachlich geeignetes Personal und eine ausreichende Aufsicht sichergestellt sind (z.B. die Unterbringung in einem Durchgangszentrum, in welchem Jugendliche in einem eigenen Trakt betreut und versorgt werden) oder sogar vormundschaftliche Massnahmen zu ergreifen.

Aus dem Gesagten folgt, dass es unter Umständen geboten sein kann, Massnahmen fürsorgerechtlicher Art zu treffen, um im konkreten Fall der besonderen Schutzbedürftigkeit gerecht zu werden. Dies kommt einerseits den Verpflichtungen, die den Vertragsstaaten aus Art. 3 Abs. 2 KRK erwachsen, entgegen, entspricht aber auch dem aus Art. 11 BV fliessenden Schutzziel für Kinder und Jugendliche.

### 3.3 *Trennung des Kindes von der Familie (Art. 20 KRK)*

Art. 20 Abs. 1 KRK bestimmt, dass ein Kind, das vorübergehend oder dauernd aus seiner familiären Umgebung herausgelöst wird («deprived of his or her family environment» im englischen Originaltext) oder dem der Verbleib in dieser Umgebung im eigenen Interesse nicht gestattet werden kann, Anspruch auf den besonderen Schutz des Staates hat. Der Schutz ist nach Massgabe des innerstaatlichen Rechts sicherzustellen (Abs. 2).

Allerdings weist die Formulierung «das [...] aus seiner familiären Umgebung *herausgelöst wird* oder *dem der Verbleib* in dieser Umgebung im eigenen Interesse *nicht gestattet* werden kann» auf Kinder, die durch die Vormundschaftsbehörden aus ihrer Familie herausgelöst wurden, bzw. deren Rückkehr in ihre Familie nicht mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist. Nach DETRICK ist die Bestimmung im Lichte von Art. 9 Abs. 1 KRK auszulegen, wonach vom obersten Prinzip, dass Kinder nicht gegen ihren Willen von ihren Eltern getrennt werden sollen, abgewichen werden kann, wenn dies z.B. wegen Vernachlässigung oder Misshandlung erforderlich ist<sup>56</sup>. Die Behörde ist dann für die geeigneten Massnahmen zu seinem Schutz verantwortlich<sup>57</sup>.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass Art. 20 KRK auf unbegleitete minderjährige Asylsuchende nicht anwendbar ist, da es sich nicht um Personen handelt, die durch staatliche Massnahmen aus ihrer Familie genommen wurden oder denen eine Rückkehr in ihr familiäres Umfeld im Sinne der Kinderrechtskonvention nicht zumutbar wäre.

### 3.4 *Schutz und Beistand für Flüchtlingskinder (Art. 22 KRK)*

Art. 22 Abs. 1 KRK statuiert die Pflicht, geeignete Massnahmen einzuleiten, um den Schutz von Kindern zu gewährleisten, welche die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehren oder als Flüchtling anerkannt werden, und um die humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung ihrer Rechte sicherzustellen. Können die Eltern oder andere Familienangehörige nicht ausfindig gemacht werden, ist dem Kind im Einklang mit den in der Kinderrechtskonvention enthaltenen Grundsätzen derselbe Schutz zu gewähren wie jedem anderen Kind, das aus irgendeinem Grund dauernd oder vorübergehend aus seiner familiären Umgebung herausgelöst ist (Abs. 2).

Die Bestimmung ist ausschliesslich auf Kinder im Asylverfahren («..., das die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehrt») und an Kinder, denen Asyl gewährt wurde («oder [...] als Flüchtling angesehen wird»), ausgerichtet. Unbegleitete Minderjährige, die aufgrund des rechtskräftigen Wegweisungsentscheids ausgewiesen werden, haben

<sup>56</sup> DETRICK, a.a.O., S. 333.

<sup>57</sup> BBI 1994 V 46.

das Asylverfahren bereits vollständig durchlaufen, und es steht fest, dass sie nicht als Flüchtling anerkannt werden. Daher unterstehen sie nicht dem persönlichen Geltungsbereich der genannten Bestimmung; Art. 22 KRK ist für sie nicht anwendbar.

## **VI. Ergebnis**

Gestützt auf die obigen Ausführungen werden die gestellten Fragen wie folgt beantwortet:

### *Zu Frage 1:*

Die Kinderrechtskonvention geht mit der in Art. 3 Abs. 2 verankerten Schutzpflicht des Staates über die Nothilfe nach Art. 12 BV hinaus. Es ist indessen in jedem Fall einzeln zu beurteilen, ob aufgrund der konkreten Umstände mit Leistungen nach Art. 12 BV der Schutz und die Fürsorge, wie sie von der Kinderrechtskonvention gefordert sind, für das Wohlergehen der betroffenen Person genügen oder ob eine weitergehende Unterstützung erforderlich ist.

Darüber hinaus darf nicht vergessen werden, dass das Vormundschaftsrecht auch für unbegleitete minderjährige Asylsuchende mit Nichteintretensentscheid gilt und somit in einzelnen Fällen entsprechende Massnahmen zu prüfen sind, falls dies nicht bereits während des Asylverfahrens erfolgt ist.

### *Zu Frage 2:*

Die Nothilfe, die unbegleiteten minderjährigen Jugendlichen geleistet wird, muss kindergerecht ausgestaltet sein, d.h. sie soll dem besonderen Schutz und dem Wohlergehen von Kindern und Jugendlichen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 BV und Art. 3 Abs. 2 KRK Rechnung tragen.

### *Zu Frage 3:*

Unter Berücksichtigung der Art. 11 und 35 BV sowie Art. 3 Abs. 2 KRK ist es geboten, die abgewiesenen Minderjährigen über ihr Recht auf Nothilfe zu informieren. Ein solches Verständnis steht auch im Einklang mit Empfehlung Nr. R (2000) 3 des Ministerkomitees des Europarates an die Mitgliedstaaten, wonach die Betroffenen über die Existenz des Rechts zu informieren sind.

Gestützt auf Art. 11 Abs. 1 BV wie auch auf Art. 3 Abs. 2 KRK obliegt dem Staat die positive Verpflichtung, Kinder und Jugendliche besonders zu schützen und ihnen die Fürsorge angedeihen zu lassen, die zu ihrem Wohlergehen notwendig ist. Dies umfasst die Pflicht zu handeln, sobald der Staat Kenntnis von einer minderjährigen Person hat, die in Not ist, unabhängig davon, ob um die Hilfe ersucht wurde oder nicht.