



Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz

Eine Bestandesaufnahme
im Bereich Kinder-
und Jugendpolitik

SKMR/CSDH I.13

Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz

Eine Bestandesaufnahme im Kinder- und Jugendpolitik

Prof. Philip D. Jaffé
Dr. h.c. Jean Zermatten
MLaw Fanny Balmer
Dr. Julie Gaudreau
lic.iur. Nicole Hitz Quenon, M.A. int. rel.
lic.iur. Paola Riva Gapany, LL.M.
Prof. Daniel Stoecklin
MLaw Aimée H. Zermatten

Diese Studie gibt die Meinung der Autorinnen und Autoren wieder und bindet nur das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte.

Geltung hat die Originalfassung auf Französisch
Übersetzung: Vincent von Wroblewsky



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schriftenreihe SKMR
Collection CSDH

Editions Weblaw, Bern(e) 2014

ISBN 978-3-906230-17-7

© Editions Weblaw, Bern(e) 2014

Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Tous les droits sont réservés aux Editions Weblaw y compris la réimpression d'extraits ou de contributions isolées. Toute utilisation sans l'accord de l'éditeur est interdite en particulier la reproduction, la traduction, le microfilmage, l'enregistrement et le traitement informatique.

VORBEMERKUNGEN

Die Studie *Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz* ist eine Bestandesaufnahme in sechs Teilbänden des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR) zur Umsetzung der Empfehlungen und Entscheide internationaler Menschenrechtsorgane in Bezug auf die Schweiz. Die Teilbände betreffen die Bereiche Migration, Freiheitsentzug, Polizei und Justiz, Geschlechterpolitik, Kinder- und Jugendpolitik, institutionelle Fragen sowie Menschenrechte und Wirtschaft.

Gegenstand der Studie bilden die Verpflichtungen aus den von der Schweiz ratifizierten Menschenrechtsverträgen der Vereinten Nationen und des Europarates, die darauf gestützten Empfehlungen der Überwachungsorgane sowie des UNO-Menschenrechtsrates im Rahmen des Universal Periodic Review (UPR) und die gegen die Schweiz in Einzelfällen ergangenen Entscheidungen. Für die Erarbeitung der Teilstudien wurden die Empfehlungen und Entscheide zusammengestellt, eine substantielle Auswertung vorgenommen und für jeden Themenbereich Schwerpunkte definiert. Ausser in der Teilstudie zum Thema Menschenrechte und Wirtschaft beschränkt sich die Untersuchungen auf die durch internationale Menschenrechtsorgane behandelten Themen – auf andere Problembereiche in der Umsetzung der Menschenrechte wird daher nicht näher eingegangen. Gestützt auf diese Grundlagen analysiert die Studie den Ist-Zustand bei der Umsetzung der Verpflichtungen und Empfehlungen in der Schweiz, beleuchtet Implementierungsschwierigkeiten und definiert den bestehenden Handlungsbedarf. Ebenfalls in die vorliegende Untersuchung eingeflossen sind die Ergebnisse aus vorgängigen Konsultationen mit ausgewählten Behörden, Nichtregierungsorganisationen und anderen relevanten Akteuren.

Die Studie *Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz* stellt eine Momentaufnahme dar. Die vorliegende Teilstudie im Bereich Kinder- und Jugendpolitik berücksichtigt dabei die Empfehlungen und Entwicklungen bis Dezember 2012. Die Studien des SKMR und Hinweise auf weitere Aktivitäten sind unter www.skmr.ch abrufbar.

Das SKMR ist ein Netzwerk der Universitäten Bern, Freiburg, Neuchâtel und Zürich sowie des Institut Universitaire Kurt Bösch (IUKB), des Zentrums für Menschenrechtsbildung (ZMRB) der Pädagogischen Hochschule Zentralschweiz Luzern (PHZ) und des Vereins humanrights.ch/MERS. Das SKMR ist ein vom Bundesrat auf fünf Jahre angelegtes Pilotprojekt mit dem Auftrag, die Kompetenzen zur Umsetzung internationaler Menschenrechtsverpflichtungen der Schweiz auf allen Stufen des Staatswesens, in der Zivilgesellschaft und der Wirtschaft zu stärken und die öffentliche Diskussion über Menschenrechte zu fördern. Zu diesem Zweck verfasste es Expertisen in Form von Gutachten und Studien, führt Tagungen durch, leistet Informationsarbeit und organisiert Weiterbildungen. Es befasst sich jedoch nicht mit Einzelfällen. Im Rahmen eines jährlichen Leistungsauftrages wird das SKMR mit einem Basisbeitrag durch das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) finanziert. Darüber hinaus wird das SKMR auch durch Mandate von öffentlichen Behörden, NGOs und der Privatwirtschaft sowie durch die Ressourcen der Netzwerkinstitutionen getragen. Die Studie *Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz* beruht auf einer Eigeninitiative des SKMR. Ihre Publikation wurde durch die Netzwerkpartner finanziert. Nach Ablauf der Pilotphase 2015 wird der Bundesrat über die weitere Zukunft des SKMR entscheiden und prüfen, ob das Zentrum in eine unabhängige Menschenrechtsinstitution umgewandelt werden soll.

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	IX
Einleitung	1
Kindeswohl	3
I. Kindeswohl	3
1. Der Begriff Kindeswohl.....	4
2. Das Kindeswohl im Gerichts- und Verwaltungsverfahren	5
2.1. Im Gerichtsverfahren.....	6
2.2. Im Verwaltungsverfahren	6
2.3. Im Rechtsetzungsverfahren	6
II. Beziehung zum Recht des Kindes auf Gehör (Art. 12 KRK).....	6
III. Internationale Empfehlungen und Bestandesaufnahme in der Schweiz	7
1. Das Kindeswohl im Allgemeinen	7
1.1. Internationale Empfehlung.....	7
1.2. Zu treffende Massnahmen	8
2. Das Kindeswohl im Strafrecht	8
2.1. Internationale Empfehlungen	8
2.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz	9
2.2.1. Das Strafverfahren für Minderjährige.....	12
2.2.2. Kinder als Opfer und Zeugen	12
2.3. Zu treffende Massnahmen	13
3. Das Kindeswohl im Zivilrecht.....	13
3.1. Internationale Empfehlungen	13
3.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz	13
3.2.1. Das Familienrecht oder das „Kindeswohl“	13
3.2.2. Einige ausgewählte Situationen.....	14
A. Die Entführung	14
B. Die Adoption	15
C. Das gemeinsame Sorgerecht	16
D. Einschränkung im Eherecht.....	16
E. Das Recht, angehört zu werden.....	16
3.3. Zu treffende Massnahmen	17
4. Das Kindeswohl im Verwaltungsrecht.....	17
4.1. Internationale Empfehlungen	18
4.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz	19
4.2.1. Neue schweizerische Gesetzgebung	19
4.2.2. Vertretung.....	19
4.2.3. Zwangsmassnahmen.....	19
4.2.4. Die Rechtsprechung	20
4.3. Zu treffende Massnahmen	21
IV. Schlussfolgerung.....	21
Gewalt an Kindern.....	23
I. Internationales Recht und seine Umsetzung in der Schweiz	23
1. Auf allgemeiner Ebene	23
2. Auf regionaler Ebene.....	23
3. Umsetzung im schweizerischen Recht	24

3.1.	Bundesrecht	24
3.2.	Kantonales Recht	24
II.	Internationale Empfehlungen und Bestandesaufnahme in der Schweiz	25
1.	Körperstrafen	26
1.1.	Internationale Empfehlungen	27
1.2.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	28
1.3.	Zu treffende Massnahmen	29
2.	Sexueller Missbrauch.....	29
2.1.	Internationale Empfehlungen	30
2.2.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	30
2.3.	Zu treffende Massnahmen	33
3.	Suizid.....	33
3.1.	Internationale Empfehlungen	33
3.2.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	34
3.3.	Zu treffende Massnahmen	37
III.	Schlussfolgerung.....	38
	Ausbeutung des Kindes	41
I.	Einleitung	41
II.	Sexuelle Ausbeutung des Kindes	41
1.	Internationales Recht und Umsetzung in der Schweiz.....	42
1.1.	Auf allgemeiner Ebene	42
1.2.	Auf regionaler Ebene	42
1.3.	Umsetzung im schweizerischen Recht	43
1.3.1.	Bundesrecht	44
1.3.2.	Kantonales und kommunales Recht	45
2.	Internationale Empfehlungen und Bestandesaufnahme in der Schweiz.....	46
2.1.	Sexuelle Ausbeutung im Allgemeinen.....	46
2.1.1.	Internationale Empfehlungen	46
2.1.2.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	46
2.1.3.	Zu treffende Massnahmen	47
2.2.	Kinderprostitution	47
2.2.1.	Internationale Empfehlungen	47
2.2.2.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	47
2.2.3.	Zu treffende Massnahmen	48
2.3.	Kinderpornografie.....	49
2.3.1.	Internationale Empfehlungen	49
2.3.2.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	49
2.3.3.	Zu ergreifende Massnahmen	51
2.4.	Kinderhandel zu sexuellen Zwecken	51
2.4.1.	Internationale Empfehlungen	51
2.4.2.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	53
2.4.3.	Zu treffende Massnahmen	55
III.	Ausbeutung durch Bettelei und Diebstahl.....	56
1.	Internationales Recht und Umsetzung in der Schweiz.....	57
1.1.	Auf allgemeiner Ebene	57
1.2.	Auf regionaler Ebene	57
1.3.	Umsetzung im schweizerischen Recht	58

1.3.1.	Bundesrecht	58
1.3.2.	Kantonales Recht	58
2.	Internationale Empfehlungen und Bestandesaufnahme in der Schweiz	59
2.1.	Internationale Empfehlungen	59
2.2.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	59
2.3.	Zu ergreifende Massnahmen	64
IV.	Schlussfolgerung	64
	Kinder und Bildung	65
I.	Internationales Recht und Umsetzung in der Schweiz – allgemeine gesetzliche Grundlagen	65
1.	Auf allgemeiner Ebene	65
2.	Auf regionaler Ebene	66
3.	Umsetzung im schweizerischen Recht	66
3.1.	Bundesrecht	66
3.2.	Kantonales Recht	67
3.3.	Interkantonales Recht	67
II.	Kinder mit Migrationshintergrund	68
1.	Internationale Empfehlungen	68
2.	Spezifische gesetzliche Grundlagen	69
2.1.	Auf internationaler Ebene	69
2.2.	Auf regionaler Ebene	69
2.3.	Umsetzung im schweizerischen Recht	69
2.3.1.	Bundesrecht	69
2.3.2.	Kantonales Recht	70
2.3.3.	Interkantonales Recht	70
3.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	70
4.	Zu treffende Massnahmen	71
III.	Papierlose Kinder (sans-papiers)	72
1.	Internationale Empfehlungen	72
2.	Spezifische gesetzliche Grundlagen	72
2.1.	Auf internationaler Ebene	72
2.2.	Auf regionaler Ebene	73
2.3.	Umsetzung im schweizerischen Recht	73
3.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	73
4.	Zu ergreifende Massnahmen	74
IV.	Fahrende Kinder	75
1.	Internationale Empfehlungen	75
2.	Spezifische gesetzliche Grundlagen	76
2.1.	Auf internationaler Ebene	76
2.2.	Auf regionaler Ebene	76
2.3.	Umsetzung im schweizerischen Recht	76
3.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	77
4.	Zu treffende Massnahmen	78
V.	Kinder mit Behinderungen	79
1.	Internationale Empfehlungen	79
2.	Spezifische gesetzliche Grundlagen	80

2.1.	Auf internationaler Ebene	80
2.2.	Auf regionaler Ebene	80
2.3.	Umsetzung im schweizerischen Recht	80
2.3.1.	Bundesrecht	80
2.3.2.	Kantonales Recht	81
2.3.3.	Interkantonales Recht	82
3.	Situation.....	82
3.1.	Umsetzung der integrativen Schulung.....	82
3.2.	Schweizer Beitritt zum Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD) und zum Zusatzprotokoll	82
4.	Zu treffende Massnahmen.....	83
VI.	Schlussfolgerung.....	83
	Unbegleitete Minderjährige.....	85
I.	Menschenrechte und unbegleitete Minderjährige.....	85
II.	Internationales Recht und Umsetzung in der Schweiz	86
1.	Auf universeller Ebene	86
2.	Auf regionaler Ebene.....	87
3.	Umsetzung im schweizerischen Recht	88
3.1.	Auf Bundesebene	88
3.2.	Auf kantonaler Ebene.....	88
III.	Internationale Empfehlungen und Bestandesaufnahme in der Schweiz	88
1.	Datenerhebung über die UMA	88
1.1.	Internationale Empfehlungen	88
1.2.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	89
1.3.	Zu treffende Massnahmen	90
2.	Gesetzliche Vertretung und Rechtsvertretung.....	91
2.1.	Internationale Empfehlungen	91
2.2.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	93
2.2.1.	Vormundschaftliche Massnahmen	93
2.2.2.	Die Vertrauensperson	94
2.2.3.	Die Rechtsvertretung	96
2.3.	Zu treffende Massnahmen	97
3.	Administrativhaft der UMA.....	97
3.1.	Internationale Empfehlungen	97
3.2.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	99
3.3.	Zu ergreifende Massnahmen	100
4.	Das Verschwinden der UMA aus Institutionen	100
4.1.	Internationale Empfehlungen	100
4.2.	Bestandesaufnahme in der Schweiz	101
4.3.	Zu treffende Massnahmen	102
IV.	Schlussfolgerung.....	103
	Allgemeine Schlussfolgerung	105
	Verzeichnis mehrfach verwendeter Literatur	107
	Anhang: Materialienverzeichnis	108

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31
AsylV 1	Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (Asylverordnung), SR 142.311
AuG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer, SR 142.20
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Berufsbildung (Berufsbildungsgesetz), SR 412.10
BehiG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz), SR 151.3
BehiV	Verordnung vom 19. November 2003 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsverordnung), SR 151.31
BFM	Bundesamt für Migration
BFS	Bundesamt für Statistik
BG-HAÜ	Bundesgesetz vom 22. Juni 2001 zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen, SR 211.221.31
BG-KKE	Bundesgesetz vom 21. Dezember 2007 über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen, SR 211.222.32
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BJ	Bundesamt für Justiz
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR. 101
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
CAT	Ausschuss gegen die Folter / Committee against Torture

CEDAW	Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau / Committee on the Elimination of Discrimination against Women
CERD	Ausschuss gegen die Rassendiskriminierung / Committee on the Elimination of Racial Discrimination
CESCR	Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte / Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CIIP	Conférence intercantonale de l'Instruction Publique de la Suisse Romande et du Tessin
CRC	Ausschuss für die Rechte des Kindes / Committee on the Rights of the Child
CRPD	Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen / Convention on the Rights of Persons with Disabilities
D-EDK	Deutschschweizer Erziehungsdirektoren-Konferenz
ECPAT	End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking of Children for Sexual Purposes
ECRI	Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz / European Commission against Racism and Intolerance
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EDK	Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren
EDK-OST	Ostschweizer Erziehungsdirektoren-Konferenz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKM	Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen
EMARK	Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten), SR 0.101
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fedpol	Bundesamt für Polizei
FIZ	Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration
HarmoS	Interkantonale Vereinbarung vom 14. Juni 2007 über die Harmonisierung der obligatorischen Schule
ILO	Internationale Arbeitsorganisation / International Labour Organization
IFEG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen, SR 831.26
IOM	Internationale Organisation für Migration

IVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, SR 831.20
JStG	Jugendstrafgesetz vom 20. Juni 2003, SR 311.1
JStPO	Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009 (Jugendstrafprozessordnung), SR 312.1
KJFG	Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Förderung der auserschulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendförderungsgesetz), SR 446.1
KKJPD	Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
KOBIK	Koordinationsstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität
KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, SR 0.107
KSMM	Koordinationsstelle gegen Menschenhandel und Menschen schmuggel
Lanzarote-Konvention	Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch, unterzeichnet am 16. Juni 2010, nicht ratifiziert, SEV Nr. 201
LIP 1	Loi sur l'instruction publique du canton de Genève du 6 novembre 1940 (C 10)
LproMin	Loi sur la protection des mineurs du 4 mai 2004, RS/VD 850.41
NW EDK	Nordwestschweizerische Erziehungsdirektorenkonferenz
OHG	Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz), SR 312.5
OPIC	Fakultativprotokoll vom 19. Dezember 2011 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Individualbeschwerdeverfahren
OPSC	Fakultativprotokoll vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie, SR 0.107.2
Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1
Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2
Rec	Empfehlung / Recommendation
SCEP	Separated Children in Europe Programme
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SKP	Schweizerische Kriminalprävention
SMASH	Swiss Multicenter Adolescent Survey on Health
SODK	Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren

SpG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 2007 über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (Sprachengesetz), SR 441.1
SPMi	Service de Protection des Mineurs du Canton de Genève
SSV	Schweizerischer Städteverband
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0
UM	Unbegleitete(r) Minderjährige(r)
UMA	Unbegleitete(r) minderjährige(r) Asylsuchende(r)
UNESCO	United Nations Educational Scientific and Cultural Organization
UNESDOC	United Nations Educational Scientific and Cultural Organization Document
UNHCR	UNO-Hochkommissariat für Flüchtlinge / United Nations High Commissioner for Refugees
UNICEF	Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen / United Nations Children's Fund
UPR	Allgemeine regelmässige Überprüfung / Universal Periodic Review
VIntA	Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern vom 24. Oktober 2007, SR 142.205
VZAE	Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, SR 142.201
ZeugSG	Bundesgesetz vom 23. Dezember 2011 über den ausserprozessualen Zeugenschutz, SR 312.2
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210

EINLEITUNG

[1] Kinderrechte sind spezifische Rechte eines besonders verletzlichen Teils der Gesellschaft. Sie sehen subjektive Rechte und Schutzmassnahmen vor, die den Verhältnissen von Kindern und Jugendlichen angepasst sind, wie zum Beispiel die Förderung der Mitwirkung des als Rechtssubjekt anerkannten Kindes.

[2] Die internationalen und – manchmal – auch europäischen Empfehlungen sind Ausgangspunkt unserer Studie, und regen uns dazu an, vor allem den Begriff des Kindeswohls (*“intérêt supérieur de l’enfant”* gemäss französischer Fassung) und seine Umsetzung im schweizerischen Recht zu untersuchen. Dieser Grundsatz, der bisher nicht so eingehend und umfangreich Gegenstand der Forschung und der Analyse wie die drei anderen allgemeinen Grundsätze der Kinderrechtskonvention (KRK) war (Recht auf Leben, auf Überleben und auf Entwicklung, Recht gehört zu werden und Nicht-Diskriminierung), führte zu ersten Hinweisen für die Ermittlung bestehender Bedürfnisse zur Umsetzung in der Schweiz.

[3] Gewalt an Kindern und ihre Ausbeutung nehmen einen grossen Platz in den an die Schweiz gerichteten Empfehlungen ein. Aus ihnen ergibt sich vor allem die wachsende Notwendigkeit, Verbesserungen in der Prävention sowie bei der Koordination auf nationaler Ebene anzubringen.

[4] Ein Recht, das verschiedene Empfehlungen für besonders verletzbare Gruppen von Kindern fordern, ist der Zugang zu Bildung. Die Umsetzung dieses Rechtes erweist sich insbesondere für minderjährige Migranten, Kinder der Fahrenden oder auch für Kinder mit einer Behinderung als problematisch und kann sogar zu diskriminierenden Behandlungen führen.

[5] Schliesslich wird eine kleine Gruppe von Kindern, zu Gunsten derer mehrere Empfehlungen vorliegen, besonders untersucht: Es handelt sich um unbegleitete Minderjährige, die einer besonderen Aufmerksamkeit bedürfen, da sie Kinder, gleichzeitig Migranten und ohne Begleitung sind.

[6] Bei der Analyse verschiedener Themenkreise, wie dem Zugang zu Bildung oder auch den Körperstrafen, zeichnen sich Wertekonflikte zwischen den Vertretern sogenannter traditioneller Praktiken und den Anforderungen der Rechte des Kindes ab.

KINDESWOHL

Von Jean Zermatten¹

I. KINDESWOHL

[7] Zwar hat die Erklärung der Rechte des Kindes von 1959 bereits die Forderung aufgestellt, das Kindeswohl sei bei der Annahme der die Kinder betreffenden (Schutz)gesetze „bestimmend“ (Art. 2), es lassen sich jedoch aus diesem Text weder eine klare Verpflichtung der Staaten noch ein allgemeiner Grundsatz ableiten, der jeglichem Handeln zugrunde gelegt werden könnte. Seit dem ersten von Polen 1978 eingebrachten Konventionsentwurf war es jedoch völlig klar, dass der Vorrang des Kindeswohls im zu beratenden Text enthalten sein musste. Es ist übrigens bemerkenswert, dass die Konvention über die Beseitigung aller Formen der Diskriminierung der Frau² den Grundsatz des Kindeswohls in den Artikeln 5 und 16 aufnahm. Artikel 5 lit. b sieht in der Tat vor, dass die Unterzeichnerstaaten garantieren, dass Mann und Frau gemeinsam die Verantwortung für ihre Kinder und deren Entwicklung zugesprochen wird. Dabei wird betont, dass das Kindeswohl in allen Fällen Vorrang genießt.

[8] Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes (im Folgenden Kinderrechtskonvention, KRK oder die Konvention), die 1989 abgeschlossen und von der Schweiz 1997 ratifiziert wurde, sollte diesen polnischen Willen umsetzen und in eindrucksvoller Weise den Ansatz der Konvention über die Beseitigung aller Formen der Diskriminierung der Frau weiterführen. Dies indem das Übereinkommen dem Kindeswohl bei allen öffentlichen und privaten Handlungen gegenüber dem Kind eine besondere Bedeutung zumisst und daraus einen allgemeinen Grundsatz ableitet, der die Interpretation aller Kinderrechte mitbestimmt.

[9] In jüngerer Zeit wurde in Artikel 24 (Kinderrechte) der Grundrechtecharta der Europäischen Union vom 14. Dezember 2007³ die Ziffer 2 eingefügt: „*Bei allen Kinder betreffenden Massnahmen öffentlicher oder privater Einrichtungen muss das Kindeswohl eine vorrangige Erwägung sein.*“ Die Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates für eine kindgerechte Justiz⁴ vom 17. November 2010 haben im Kapitel 2, „Grundprinzipien“, den sehr umfassenden Artikel B über das Kinderwohl aufgenommen. Das zeigt, dass dieser Begriff seit dem Vorschlag Polens an Boden gewonnen hat und gegenwärtig eine unumgängliche Referenz bei jeder Norm darstellt, die Vorgehen, Handlungen und Massnahmen gegenüber dem Kind betrifft. Es ist heute nicht mehr möglich, die Rechte des Kindes zu erörtern, ohne sich auf diesen Grundsatz zu berufen, was im Übrigen eine ernste Schwierigkeit darstellt, da der Begriff des Kindeswohls an sich ebenso bekannt ist wie er in verschiedener Weise verstanden werden kann.

¹ In Zusammenarbeit mit Nicole Hitz Quenon.

² Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (SR O.108).

³ Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 14.12.2007, Dokument 2007/C 303/01.

⁴ Dokument CM/Del/DecDez(2010)1098/10.2.

1. Der Begriff Kindeswohl

[10] Artikel 3, Abs. 1 KRK lautet:

"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 Kindeswohl ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist."

[11] Analysiert man diese Bestimmung in ihrer Gesamtheit, gibt sie keinerlei besondere Erklärung darüber, wie sie anzuwenden ist; sie schafft keine besondere Pflicht noch nennt sie genaue Regeln. Sie peilt eine Art idealen Ziels an:

"Das Kindeswohl ist ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist."

[12] Bisher war das Kindeswohl noch nicht Gegenstand einer Allgemeinen Bemerkung seitens des Kinderrechtsausschusses (nachstehend der Ausschuss), im Gegensatz zum Art. 12⁵; es ist dagegen in der Allgemeinen Bemerkung Nr. 5 des Ausschusses⁶ als eines der vier allgemeinen Prinzipien der KRK (zusammen mit den Art. 2, 6 und 12) genannt worden. Das bedeutet, dass dieser Artikel immer in Bezug zu allen anderen Artikeln der Konvention zu lesen und anzuwenden ist und eine entscheidende Rolle in diesem normativen Instrument spielt. Das Kindeswohl wird oft als unbestimmter Begriff dargestellt; das will aber nicht heissen, dass es sich um einen Begriff handelt, der Willkür zulässt. Es müssen Kriterien der Anwendung dieses Grundsatzes definiert werden, um dessen konkrete Anwendung unter Berücksichtigung der persönlichen Umstände eines jeden Kindes zu bewerten und zu bestimmen. Diese Kriterien stützen sich insbesondere auf die Berücksichtigung der Meinung des Kindes, der Bewertung seines Reifegrades und der Auswirkung der Entscheidung auf seine Person sowie auf die Pflicht, bei der Anwendung dieses Grundsatzes sein(e) Recht (e) als Kind nicht zu verletzen.

[13] Man kann im Kindeswohl eine dreifache Bedeutung erkennen:

- Es ist zunächst *ein subjektives Recht*: das Recht eines jeden Kindes darauf, dass sein Wohl, sobald eine es betreffende Entscheidung getroffen wird, bewertet und in ernsthafter Weise berücksichtigt wird, insbesondere dann, wenn mehrere gegenteilige Interessen bestehen, so dass die für das Kind beste Lösung gefunden werden muss. Auch wenn das Kind keinen Anspruch auf „sein Wohl“ hat, so hat es doch das Recht, dass alle es betreffenden Entscheidungen im Lichte dieses Grundsatzes geprüft werden.
- Des weiteren handelt es sich um eine *Verfahrensregel*, in dem Sinne, dass jeder Entscheidungsträger sich die Frage der möglichen Auswirkungen der Entscheidung auf die Person des Kindes zu stellen hat; bei jedem Schritt einer Entscheidung ist die entsprechende Etappe vorzusehen, und der gefällte Entscheid hat sich darüber auszusprechen, ob dieser Grundsatz tatsächlich berücksichtigt und wie er angewandt wurde (oder die Anwendung abgelehnt wurde). Die Verfahrensgesetze sollten diese Etappe ebenfalls behandeln.

⁵ Das Recht des Kindes, gehört zu werden: CRC, General Comment No. 12 (2009).

⁶ CRC, General Comment No. 5 (2003), Ziff. 12.

- Und schliesslich stellt Artikel 3 Abs. 1 als Grundprinzip der KRK einen *Auslegungsgrundsatz* auf, der bei allen Kinder betreffenden Handlungsformen anzuwenden ist, insbesondere dann, wenn mehrere Interessen miteinander konkurrieren.

[14] Ferner spielt der Art. 3 Abs. 1 KRK eine doppelte Rolle, zum einen als Kontrollkriterium, zum anderen als Lösungskriterium⁷:

- *Kontrollkriterium*: Das Kindeswohl dient zur Überwachung der korrekten Einhaltung der Rechte und Pflichten gegenüber den Kindern. Alle Gebiete, in denen Kinder betreffende Entscheidungen getroffen werden, sind davon berührt. Das zieht die Pflicht des Staates nach sich, diese Kontrolle praktisch zu sichern.
- *Lösungskriterium*: Der Begriff des Kindeswohls soll den Entscheidungsträgern helfen, nicht nur eine Lösung, sondern alle möglichen Lösungen ins Auge zu fassen, welche die verschiedenen vorhandenen Interessen berücksichtigen, um dann zwischen den sich bietenden Lösungen jene zu wählen, die das Kind im gegebenen Zusammenhang und mit seinen gegenwärtigen besonderen Bedürfnissen und in seiner künftigen Entwicklung erfasst. Genau diese Lösung soll nun gewählt werden, denn sie entspricht „dem Kindeswohl“. Das ist „la passerelle indispensable entre le droit et la réalité sociologique“.⁸

[15] Diese Bestimmung stellt eine klare Verpflichtung für die Vertragsstaaten der KRK dar: nämlich eine oder mehrere nationale Gesetzgebungen zu verabschieden, welche die Beachtung des Grundsatzes in allen betroffenen Gebieten ermöglichen, oder die bestehenden gesetzlichen Normen dieser neuen Verpflichtung anzupassen. Ferner die Verpflichtung, Mechanismen zu schaffen, mit denen das Wohl der Kinder geprüft und berücksichtigt werden kann, sobald eine Entscheidung zu treffen ist. Ausserdem müssen die Staaten den Kindern in allgemeiner Weise die notwendige Information vermitteln, damit sie ihrer Rechte kennen, insbesondere das Recht darauf, dass ihre Interessen gemäss Art. 3 Abs. 1 KRK geprüft werden. Unter dem Begriff Kind ist sowohl das einzelne Kind als auch eine Gruppe von Kindern zu verstehen.

2. Das Kindeswohl im Gerichts- und Verwaltungsverfahren

[16] Spricht man von der Tragweite des Art. 3 Abs. 1 KRK, erkennt man, dass es sich um „alle Massnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden“ handelt. Dieser Grundsatz berührt also eindeutig alle Massnahmen, die ein Kind oder mehrere Kinder betreffen. An dieser Stelle werden nur die Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen und nicht die Massnahmen Privater, insbesondere nicht familiäre Entscheide behandelt.

[17] Es sei hier an die Aussagen des Ausschusses erinnert :

„[...] Every legislative, administrative and judicial body or institution is required to apply the best interests principle by systematically considering how children's rights

⁷ HUGUES FULCHIRON, De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant, in: Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique, IDE, Sion, 1997, S. 30.

⁸ PASCAL PICHONNAZ, Le bien de l'enfant et les secondes familles (familles recomposées), in: CLAUDIA KAUFMANN/Franz ZIEGLER (Hrsg.), Kindeswohl, eine interdisziplinäre Sicht, Zürich, 2003, S. 163 (2.1). Auf Deutsch ungefähr: „die unverzichtbare Brücke zwischen dem Recht und der soziologischen Wirklichkeit“.

and interests are or will be affected by their decisions and actions – by, for example, a proposed or existing law or policy or administrative action or court decision, including those which are not directly concerned with children, but indirectly affect children.”⁹

2.1. Im Gerichtsverfahren

[18] Die Entscheide, an die man hier in erster Linie denkt, sind die von den Gerichtsbehörden auf dem Gebiet des Familienrechts (Trennung, Scheidung, Abstammung, neues Namensrecht) und des Strafrechts getroffenen Entscheide: Kinder im Konflikt mit dem Gesetz, Kinder als Opfer und Kinder als Zeugen. In Wirklichkeit gibt es viele andere Gebiete, auf denen die Justizbehörden sich die Frage des Kindeswohls stellen müssen, insbesondere das gesamte Gebiet des Schutzes des Kindes (Kindesschutzrecht). Vielleicht sollte die Frage umgekehrt gestellt werden: gibt es Rechtsgebiete, in denen das Kindeswohl, sei es als Beteiligter, sei es als betroffener Dritter, nicht zu berücksichtigen wäre?

2.2. Im Verwaltungsverfahren

[19] Beteiligt sich das Kind in concreto im Gerichtsverfahren, so ist es doch häufiger in Verwaltungsverfahren einfach Gegenstand öffentlicher Entscheide. Dazu einige Beispiele: Bildung, Gesundheit, Migration, Schutzentscheidungen, Institutionen für Kinder, Behinderungen, Sozialversicherungen. Das sind Anwendungsgebiete, in denen Kinder betreffende Entscheide viel öfter gefällt werden als in den Gerichten.

2.3. Im Rechtsetzungsverfahren

[20] Angesichts der Formulierung von Art. 3 Abs. 1 KRK „Bei allen Massnahmen [...], gleichviel ob sie von [...] Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Kindeswohl ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist » sehen wir, dass die Kinderrechtskonvention hier eine Forderung beträchtlicher Tragweite eingeführt hat, da die nationalen, regionalen, kantonalen und örtlichen Gesetzgeber verpflichtet werden, sich bei jeder Rechtsetzung die Frage der (positiv-negativen) Auswirkungen eines Gesetzesentwurfs auf die Kinder zu stellen. Der vorliegende Beitrag behandelt diese Frage nicht, obwohl sie von grösstem Interesse ist.

II. BEZIEHUNG ZUM RECHT DES KINDES AUF GEHÖR (ART. 12 KRK)

[21] Im Allgemeinen stellt man den Artikel 12 mit dem Wort „Partizipation“ vor. Mit dem Art. 12 hat die KRK einen grossen Schritt in Richtung Anerkennung des Kindes als vollwertiges Individuum getan, das, obschon gefährdet und von den Erwachsenen abhängig, nichtsdestoweniger ein menschliches Wesen ist, mit dem die Eltern, die Erwachsenen im Allgemeinen und der Staat zu rechnen haben und für das sie ihre Beziehungen allgemein und ihre

⁹ CRC, General Comment No. 5 (2003), Ziff. 12.

Rechtsverhältnisse insbesondere (um)gestalten müssen. Es stellt sich die Frage nach den Beziehungen zwischen dem Kindeswohl und der Mitwirkung. Es geht darum zu bestimmen, ob es einen Gegensatz zwischen diesen beiden Artikeln gibt. Artikel 3 Abs. 1 wäre die Verkörperung des Leistungs- und Schutzgedankens, da er dazu verpflichtet, den Kindern zu geben, was ihnen zusteht, und vor allem zu gewährleisten, dass die getroffenen Massnahmen sie schützen (ihre Gefährdung und Abhängigkeit rechtfertigen den Vorrang ihres Wohls). Artikel 12 würde dem Kind die Fähigkeit zuerkennen, einen aktiven und mehr oder weniger unmittelbaren Anteil am Leben seiner Familie, seines Gemeinwesens zu leisten, dies allerdings unter Beachtung seiner Entwicklungsmöglichkeiten.

[22] Nicht von einem Widerspruch, sondern von einer Verbindung zwischen Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 KRK sollte die Rede sein. Wie kann ein Entscheidungsträger das Kindeswohl erkennen, ohne die Meinung des Kindes über die zu entscheidende Frage zur Kenntnis zu nehmen? Das in Art. 12 enthaltene Recht des Kindes dehnt sich auf alle Verhältnisse aus, in denen es bei einer zu treffenden Entscheidung um das Kindeswohl geht. Es scheint selbstverständlich, dass das Verfahren, bei dem das Kindeswohl festgestellt werden soll, zunächst auf dem Anhören des Kindes begründet sein muss, und dass die Meinung des Kindes, sofern es fähig ist, sich hinreichend auszudrücken, in geeigneter Weise zu berücksichtigen ist. Das wird ausdrücklich in den Leitlinien des Europarats für eine kindgerechte Justiz gesagt, und zwar in Art. B zum Begriff des Kindeswohls¹⁰.

[23] Es besteht kein Widerspruch zwischen diesen beiden Artikeln. Art. 12 stützt Art. 3 Abs. 1, indem er dazu beiträgt, beide Funktionen zu erfüllen. Art. 3 Abs. 1 liefert Art. 12 dessen eigentliche Rechtfertigung und vermeidet, dass letzterer zu einem rein rhetorischen Recht verkommt, indem er dem Kind die Möglichkeit gibt, seine Meinung zu äussern und somit auf den Inhalt des Kindeswohls Einfluss zu nehmen. Die Notwendigkeit, die beiden Bestimmungen der KRK zu verbinden, beeinflusst auch die vorliegende Analyse.

III. INTERNATIONALE EMPFEHLUNGEN UND BESTANDESAUFNAHME IN DER SCHWEIZ

1. Das Kindeswohl im Allgemeinen

1.1. Internationale Empfehlung

[24] Sucht man hinsichtlich des Kindeswohls nach allgemeinen Empfehlungen für die Schweiz, findet man lediglich die Empfehlung des Ausschusses für die Rechte des Kindes, die bei der Prüfung des Ersten Berichts der Schweiz 2002 vorgebracht wurde. Die anderen Organe der Vereinten Nationen (CEDAW, CERD, CESC) haben dieses Thema nicht in allgemeiner Weise erwähnt, und die Allgemeine regelmässige Überprüfung (Universal Periodic Review UPR) gibt zu diesem Punkt auch keine Empfehlung ab. In den Schlussbemerkungen des Ausschusses für die Rechte des Kindes in der Schweiz ist hinsichtlich des Kindeswohls Folgendes zu lesen:

¹⁰ Document CM/Del/Dec(2010)1098/10.2.

„24. Der Ausschuss ist besorgt, dass der allgemeine Grundsatz des übergeordneten Kindeswohls (Artikel 3) nicht vollständig zur Anwendung kommt und dass dieser nicht angemessen Eingang findet in die Umsetzung der politischen Massnahmen und Programme des Vertragsstaates.

25. Der Ausschuss empfiehlt dem Vertragsstaat, alle angemessenen Massnahmen zu ergreifen, um zu gewährleisten, dass der allgemeine Grundsatz des übergeordneten Kindeswohls angemessen in der Gesetzgebung und Budgetierung sowie in allen rechtlichen und behördlichen Entscheidungen Eingang findet. Eine adäquate Integration ist auch in allen Projekten, Programmen und Dienstleistungen erforderlich, welche Auswirkungen auf die Stellung der Kinder zeitigen.“¹¹

[25] Diese Empfehlung ist sehr allgemein gehalten und mag als vage erscheinen, da sie Politiken, Programme, Gesetze, Budgets, Projekte, Dienstleistungen erwähnt, die eine Auswirkung auf die Kinder haben und bei denen der Grundsatz des Kindeswohls als Bestandteil aufgenommen werden sollte. Die Empfehlung bedeutet, dass sich die Schweiz bei allen öffentlichen Entscheidungen systematisch auf diesen Grundsatz beziehen sollte, und bestätigt den Gedanken, dass keine ein Kind oder mehrere Kinder betreffende Massnahme von der Prüfung ihrer Auswirkung auf das Kind als Individuum oder auf die Gruppe der betroffenen Kinder ausgenommen werden sollte.

1.2. Zu treffende Massnahmen

[26] Die schweizerischen Behörden sollten generell ermutigt werden, sich in ihren Entscheidungen systematisch auf den Grundsatz des Kindeswohls zu beziehen; ein Beitrag zur Ausbildung jener Fachleute, die mit und für Kinder arbeiten und die Vorentscheidungen oder Entscheidungen bei der Umsetzung des Grundsatzes des Kindeswohls zu treffen haben, wäre wünschenswert.

[27] In den folgenden Kapiteln werden einige Situationen untersucht, die dafür bezeichnend scheinen; es handelt sich nicht um eine abschliessende Untersuchung, sondern vielmehr um Beispiele aus der Gesetzgebung, der Praxis oder der Rechtsprechung, die mit dem Kindeswohl zu tun haben.

2. Das Kindeswohl im Strafrecht

2.1. Internationale Empfehlungen

[28] Seit der Annahme der Empfehlung des Ausschusses 2002 erfuhr das Sonderstrafrecht für Kinder, die mit dem Gesetz in Konflikt geraten sind, mehrere Veränderungen, insbesondere die Annahme eines neuen Strafrechtes für Minderjährige¹², das 2007 in Kraft getreten ist (JStG); dieses Recht wurde vom Strafgesetzbuch abgetrennt und hat die Strafauffassung der Polizei-, der Sozial- und Rechtsbehörden ziemlich verändert. In diesem Zusammenhang

¹¹ CRC, Concluding Observations 2002.

¹² Jugendstrafgesetz (JStG).

verdient Art. 2 über die Grundsätze besondere Aufmerksamkeit; die Grundsätze des neuen Rechts betreffen den Schutz und die Bildung sowie eine besondere Beachtung des familiären Umfeldes und der Entwicklung des Kindes. Man kann davon ausgehen, dass dieses Gesetz an den Gedanken des Kindeswohls angelehnt ist, denn es führt zur individuellen Analyse jeder Situation und zu einer angemessenen Sanktion für jedes Kind (Grundsatz der Individualisierung). Das Interesse der öffentlichen Sicherheit fehlt zwar nicht in diesem neuen Gesetz, ist jedoch nicht vorrangig.

[29] Kommt man auf das Verhältnis zwischen Kindeswohl und dem Recht auf Gehör zurück, kann man behaupten, dass in allen Strafverfahren das Recht des Kindes, angehört zu werden, sehr gut wahrgenommen wird; denn dieses Recht beruht auf mündlicher Kommunikation und unmittelbarem Kontakt zwischen Justizbehörde und Kind, unabhängig davon, ob es verdächtigt, angeklagt oder für schuldig erklärt wird, ob Strafen oder Massnahmen vollzogen werden, ob es Opfer und/oder Zeuge ist.

[30] Betrachtet man die Empfehlungen des Ausschusses an die Schweiz, die die Jugendjustiz betreffen, bleiben jedoch zwei Fragen offen. Einerseits handelt es sich um das Mindestalter für Strafmassnahmen: Der Ausschuss empfahl der Schweiz „a) [d]as Minimalalter der Strafmündigkeit auf ein Alter von mehr als 10 Jahren anzuheben und das Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht dementsprechend zu überarbeiten.“¹³ Andererseits stellt sich die Frage der Trennung von Kindern und Erwachsenen in der Haft vor der Urteilsfällung. Die Empfehlung forderte „c) Kinder in Untersuchungshaft und im Strafvollzug von Erwachsenen zu trennen.“¹⁴ Die Empfehlung wurde sowohl im Rahmen des UPR der Schweiz im Jahre 2008¹⁵ übernommen mit der Forderung, „Straftäter unter 18 Jahren in Polizeihaft oder in Untersuchungshaft anders als Erwachsene zu behandeln“ als auch 2012 mit der allgemeiner gehaltenen Empfehlung „Minderjährige [zu] schützen und sicher[zu]stellen, dass Gefängnisse für Minderjährige und für Erwachsene voneinander getrennt sind“¹⁶. 2012 forderte der Menschenrechtsrat die Schweiz ausserdem auf, die Vorbehalte zu Art. 37 lit. c KRK zurück zu ziehen.¹⁷ Eine Empfehlung des Ausschusses gegen Folter (CAT) befasste sich ebenfalls mit den Haftbedingungen der Minderjährigen und stellte mit Besorgnis fest, dass die Trennung von Minderjährigen und Erwachsenen nicht immer garantiert ist. Sie verpflichtet die Schweiz, Massnahmen zu ergreifen, die entsprechend den Haftregimen darauf gerichtet sind, die Trennung von Minderjährigen und Erwachsenen sicherzustellen.¹⁸

2.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz

[31] Hinsichtlich des Alters der Strafmündigkeit ergibt sich, dass es zwar vom neuen JStG von 7 auf 10 Jahre erhöht wurde, diese Grenze jedoch unterhalb der internationalen Minima bleibt, insbesondere von denen, die von der Allgemeinen Bemerkung Nr. 10 des

¹³ CRC, Concluding Observations Switzerland 2002, Ziff. 58.

¹⁴ CRC, Concluding Observations Switzerland 2002.

¹⁵ UPR Switzerland, Rec. 57.10 (KANADA).

¹⁶ UPR Switzerland, Rec. 123.80 (USBEKISTAN). Ende 2012 befindet sich diese Empfehlung noch in Überprüfung durch die Schweiz im Hinblick auf die Annahme oder Zurückweisung.

¹⁷ UPR Switzerland, Rec. 123.9 (URUGUAY). Ende 2012 befindet sich diese Empfehlung noch in Überprüfung durch die Schweiz im Hinblick auf die Annahme oder Zurückweisung.

¹⁸ CAT, Concluding Observations Switzerland 2010.

Ausschusses (Kinderrechte im Jugendstrafrecht) festgelegt wurden, die ein Alter von 12 Jahren für diese Grenze bestimmt.¹⁹ Da 12 Jahre als Mindestalter festgelegt wurde, wird jede darunter liegende Grenze als dem Kindeswohl nicht gemäss betrachtet, und zwar auf Grund der frühen Stigmatisierung infolge strafrechtlichen Eingreifens und der Notwendigkeit, eine Betreuung auf dem Wege des zivilrechtlichen Schutzes und nicht auf jenem der Strafjustiz, selbst wenn sie spezialisiert ist, sicherzustellen.

[32] Hinsichtlich der Trennung von Kindern und Erwachsenen in der Untersuchungshaft hat die Schweiz im Jahre 2008 die Empfehlung der UPR angenommen und darauf hingewiesen, dass die Bundesgesetzgebung bereits konform ist. In der Tat sehen das JStG und die Schweizerische Jugendstrafprozessordnung (JStPO) vor, dass hinsichtlich der Untersuchungshaft²⁰ die Minderjährigen in einer besonderen Einrichtung oder einer Spezialabteilung einer Haftanstalt untergebracht werden, wo sie von erwachsenen Strafgefangenen getrennt werden. Ferner hat die Schweiz festgeschrieben, dass die Kantone ab Inkrafttreten dieses Gesetzes zehn Jahre Zeit haben, um die für Unterbringung und Freiheitsentzug notwendigen Einrichtungen zu schaffen.

[33] Die Schweiz hat die Hände nicht in den Schoss gelegt; die Conférence latine des chefs de départements de justice et police hat ein interkantonales Konkordat²¹ beschlossen, um die Ausführung der strafrechtlichen Einschliessung von Minderjährigen so zu regeln, wie es das JStG fordert. Dieses Konkordat trat am 01.01.2007 in Kraft, zur gleichen Zeit wie das zitierte Gesetz. In Art. 19 wird präzisiert, dass die minderjährige Person „*Anspruch auf die Achtung ihrer Rechte und auf einen besonderen Schutz in Berücksichtigung ihres Alters und ihrer Verletzlichkeit*“ hat (Abs. 1), sowie „*auf die Achtung ihrer leiblichen und seelischen Integrität, und auf Wahrung ihrer Sicherheit*“ (Abs. 3). Ferner heisst es, „*die Massnahme zielt darauf ab, ihre gesellschaftliche Eingliederung zu fördern*“²². Art. 20 sieht die völlige Trennung der minderjährigen Personen von den erwachsenen Strafgefangenen vor.

[34] Das Bundesgericht hat seinerseits mit aller Klarheit darauf hingewiesen, dass beim Vollzug der Untersuchungshaft Minderjährige von Erwachsenen zu trennen sind, und dass dieser Grundsatz keine Ausnahme zulässt.²³ Hinsichtlich der Umsetzung durch die Kantone stellte das Bundesgericht fest, dass der Vollzug der Untersuchungshaft an sich überhaupt nicht in Art. 48 JStG erwähnt wird. Es schloss daraus, dass Art. 48 JStG beim Vollzug der Untersuchungshaft keine Anwendung findet und folglich die den Kantonen eingeräumte Frist von zehn Jahren, um die notwendigen Einrichtungen zu schaffen, nicht für die Kantone gilt, vor allem auch im Hinblick auf die Rücknahme des Vorbehalts gegen Art. 10 Abs. 2 b des Paktes II.²⁴

¹⁹ CRC, General Comment No. 10 (2007), Ziff. 32.

²⁰ Seit dem 01.01.2011 ist Art. 28 der JStPO der zutreffende Artikel über den Vollzug der Untersuchungshaft im Jugendstrafverfahren.

²¹ Interkantonalen Konkordat über den Vollzug der strafrechtlichen Einschliessung Jugendlicher in den Westschweizer Kantonen (und teilweise auch im Kanton Tessin) vom 24. März 2005 / (Concordat romand sur l'exécution de la détention pénale des personnes mineures des cantons romands (et partiellement du Tessin) du 24 mars 2005).

²² Art. 19 Abs. 3 Concordat romand.

²³ BGE 133 I 286, 1P.7/2007.

²⁴ Vgl. CSDH/SKMR, Etude de suivi EPU / Follow-up Bericht UPR 2012, S. 89.

[35] Das Normendispositiv entspricht zwar den internationalen Forderungen, die Praxis lässt jedoch noch zu wünschen übrig:

“2007 ergab eine vom Bundesamt für Justiz (BJ) durchgeführte Studie, dass in der Schweiz festgenommene Minderjährige mehrheitlich nicht anders als Erwachsene behandelt wurden, da man nicht über ausreichende Plätze für Minderjährige im Strafvollzug oder in der Untersuchungshaft verfügte.”²⁵

[36] Nach einer Studie von Audrey Moret über den Freiheitsentzug bei Minderjährigen im schweizerischen Strafrecht, die 2009 erschien, hat sich diese Situation inzwischen gebessert.²⁶ Nach Ansicht dieser Autorin, die sich auf Statistiken stützt, ist die Anzahl der Einrichtungen für Minderjährige ausreichend, die Betreuung der Minderjährigen jedoch nicht immer befriedigend.

[37] Das BJ führte 2009 eine neue Untersuchung in den Kantonen durch; deren Ergebnisse wurden jedoch nicht veröffentlicht. Nach Informationen des BJ zeigt der Vergleich der neuen Zahlen über die Bedingungen der Minderjährigen in Untersuchungshaft mit jenen der früheren Untersuchung von 2007, dass die Situation sich nicht signifikant verbessert hat. Allerdings erwähnt das BJ, dass einige kantonale Projekte, die die Trennung minderjähriger Personen von Erwachsenen gewährleisten, verwirklicht wurden (z.B. Farera La Stampa, das Gefängnis Limmattal sowie der Waaghof) oder dabei sind, verwirklicht zu werden (Palézieux). Nach dem BJ hat sich die fachgerechte Ausbildung des Personals, das für Minderjährige zuständig ist, verbessert. Als problematisch wird jedoch der Tagesablauf in den Gefängnissen bezeichnet, insbesondere die in den Zellen verbrachten Stunden. Das BJ fasst zusammen, dass die Planung der freien Plätze in der Untersuchungshaft *an sich* schwierig ist und die Entwicklung gemeinsamer Praktiken auf dem gesamten Territorium der Schweiz noch nicht genügend vereinheitlicht ist. Dennoch findet eine Verbesserung der Situation auf der Ebene der Schweiz statt. Entsprechend vorliegenden Informationen bleibt trotz der erwähnten Verbesserung das Problem bestehen, besonders dann wenn Zusammenstösse von Banden Jugendlicher befürchtet werden. In solchen Fällen werden die Tatverdächtigen auch in Einzelzellen der regionalen Gefängnisse inhaftiert. Ferner bleibt die Frage der praktischen Auswirkungen der Zentralisierung der Untersuchungshaft offen, da diese dazu zwingt, zusätzliche logistische Massnahmen (Transport zu Verhören usw.) vorzusehen.

[38] Es scheint an dieser Stelle angebracht, an die konkreten Vorschläge zu erinnern, die in der Follow-up Studie UPR im Zusammenhang mit der Empfehlung 57.1²⁷ formuliert wurden. Kurzfristig empfiehlt das SKMR sicherzustellen, dass bezüglich der Untersuchungshaft von Kindern der Forderung nach Trennung von den Erwachsenen ausnahmslos Genüge getan wird. Es empfiehlt ferner zu prüfen, ob die Rücknahme des Vorbehaltes gegen Art. 37 c KRK zweckmässig ist. Mittelfristig verlangt das SKMR, den Justizbehörden eine ausreichende Zahl von Plätzen für die Untersuchungshaft von straffälligen Kindern, getrennt von Erwachsenen, zur Verfügung zu stellen, ein zuverlässiges System der Datensammlung zu erstellen,

²⁵ EJPD, « Jugendliche in U-Haft », Infobulletin 1 (2007).

²⁶ AUDREY MORET, « La peine privative de liberté pour mineurs en droit pénal suisse. Faut-il construire de nouvelles prisons pour mineurs? », Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique 3/09, S. 185-206.

²⁷ Vgl. CSDH/SKMR, Etude de suivi EPU / Follow-up Bericht UPR 2012, S. 92.

das es ermöglicht, die Entwicklung der Untersuchungshaftbedingungen bei Minderjährigen zu analysieren sowie eine Betreuung durch ausgebildete Fachkräfte anzubieten.

2.2.1. Das Strafverfahren für Minderjährige

[39] Das schweizerische Volk hat das Prinzip der Vereinheitlichung des Verfahrens angenommen, was sich im Bereich des Strafrechts für Erwachsene mit dem Erlass der Schweizerischen Strafprozessordnung, für Minderjährige mit jenem der Jugendstrafprozessordnung (JStPO) niederschlug, die letztere am 1. Januar 2011 in Kraft trat. Es handelt sich um ein spezifisches Gesetz, das sich jedoch für alles, was nicht ausdrücklich für Minderjährige vorgesehen ist, auf die für Erwachsene ausgerichtete Strafprozessordnung (StPO) bezieht, und folglich Minderjährigen nicht immer angepasst ist.

[40] Dieses neue Gesetz machte es möglich, einer anderen Empfehlung des Ausschusses zu entsprechen: „ (...) b) *allen Kindern in Untersuchungshaft systematisch juristischen Beistand zu gewähren*“²⁸, da die juristische Begleitung durch die JStPO wesentlich gestärkt und in allen Fällen von Verhaftungen obligatorisch gemacht wurde.

2.2.2. Kinder als Opfer und Zeugen

[41] Die „UNO-Leitlinien für den Schutz kindlicher Opfer und Zeugen von Straftaten in Justizverfahren (2005)“²⁹ haben die JStPO teilweise beeinflusst. So sieht zum Beispiel Art. 106 Abs. 3 StPO für urteilsfähige aber handlungsunfähige Personen die Möglichkeit vor, selbst Verfahrensrechte höchstpersönlicher Natur auszuüben, selbst gegen die Meinung des gesetzlichen Vertreters; Art. 117 StPO gewährt dem erwachsenen oder minderjährigen Opfer das Recht, durch eine Person seines Vertrauens begleitet zu werden, das Recht auf Persönlichkeitsschutz, das Recht auf Aussageverweigerung, das Recht auf Information, und Abs. 2 sieht einen zusätzlichen Schutz vor, wenn das Opfer minderjährig ist, insbesondere während seiner Einvernahme (Art. 154 Abs. 2 bis 4 StPO), und schränkt auch die Möglichkeiten der Gegenüberstellung des minderjährigen Opfers mit dem Beschuldigten ein (Art. 154 Abs. 4 StPO). Man stützt sich hierbei auf das Kindeswohl, keinen ernsthaften psychischen Schaden durch die Gegenüberstellung mit dem Täter zu erleiden. Allerdings scheint es in der schweizerischen Gesetzgebung eine Lücke zu geben, insofern es keinen Schutz des Kindes gibt, wenn es ausschliesslich als Zeuge und nicht als Opfer angehört wird. Das Gesetz sieht hier keinen besonderen Schutz vor.

[42] Es stellt sich die Frage, ob diese Leitlinien einen Niederschlag im Bundesgesetz über die Hilfe für Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz OHG) gefunden haben. Trotz des Zieles, den Opfern von Straftaten auf mehreren Ebenen Hilfe zu gewähren, sieht das OHG keinerlei besondere Bestimmungen für Minderjährige vor. Diese werden wie Erwachsene behandelt, mit Ausnahme der Frist, innert der sie den Entschädigungsantrag stellen können (Art. 25 OHG). Ausserdem achtet das OHG das Recht auf Entschädigung nicht in so ausgedehntem Masse, wie unter Kap. XIII, Ziff. 35 und 37 der Leitlinien beschrieben. Ferner sind die Verfahren nicht den Kindern angepasst. Obwohl das OHG 2007 modifiziert wurde, wurden die Leitli-

²⁸ CRC/C/15/Add.182, Ziff. 58 b).

²⁹ E/CN.15/2005/14/Add.1.

nien ECOSOC von 2005 nicht berücksichtigt, die besondere Bestimmungen für Kinder vorsehen, die Opfer von Straftaten wurden.

2.3. Zu treffende Massnahmen

[43] Generell könnte die Schweiz die Prüfung der Notwendigkeit ins Auge fassen, das Mindestalter strafrechtlichen Eingreifens zu erhöhen. hinsichtlich der Trennung der Minderjährigen gegenüber Erwachsenen in Strafverfahren zu gewährleisten, dass in der Praxis der Untersuchungshaft von Minderjährigen die Trennung von den Erwachsenen ausnahmslos durchgesetzt wird, sowie Massnahmen vorzusehen, um gegebenenfalls Abhilfe zu schaffen. Würde die Schweiz über ein zuverlässiges System der Datensammlung verfügen, mit dem sowohl quantitativ als auch qualitativ die Entwicklung der Bedingungen der Untersuchungshaft für Minderjährige auf schweizerischer Ebene analysiert werden könnte, liesse sich die Bereitstellung einer ausreichenden Anzahl von Plätzen in der Untersuchungshaft durch die Strafbehörden garantieren und die Aufhebung des Vorbehalts gegen Art. 37 c KRK könnte in Betracht gezogen werden. Die Frage der Ausbildung von Fachkräften zur Betreuung junger Strafgefangener bleibt aktuell. Für Kinder, die einzig als Zeuge angehört oder einvernommen werden, sollte ein besserer Schutz eingerichtet werden.

3. Das Kindeswohl im Zivilrecht

3.1. Internationale Empfehlungen

[44] Der Ausschuss für die Rechte des Kindes hat 2002 keine besonderen Empfehlungen in Zivilangelegenheiten formuliert, mit Ausnahme der Fragen der Adoption und des Rechts des Kindes, seine Herkunft zu kennen. Es ist wichtig daran zu erinnern, dass das Scheidungsrecht, das Recht des Schutzes des Kindes und das Recht hinsichtlich der Entführung von Kindern ausdrücklich die Notwendigkeit anerkennen, Gerichtsentscheide auf „das Wohl“ des Kindes zu stützen, indem man das Kind anhört. Die mit diesen Rechten verbundenen Verfahren bestätigen dies.

3.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz

3.2.1. Das Familienrecht oder das „Kindeswohl“

[45] Der Begriff „Kindeswohl“ wird im schweizerischen Familienrecht verwendet; zum Beispiel fordert Art. 133 Abs. 2 ZGB vom Richter, für das Kindeswohl alle Umstände zu berücksichtigen, wenn er die Frage des Sorgerechtes entscheidet. Das Kindeswohl deckt sich nicht völlig mit dem allgemeinen Grundsatz des Vorrangs des Kindeswohls, wie es weiter oben definiert wurde; in der Tat „löst sich das Kindeswohl vom Interesse des Kindes ab in dem Sinne, dass es einen zu erreichenden idealen Zustand bildet (das moralische, physische

und soziale Wohl eines jeden Kindes)“³⁰ und also nicht im engsten Sinne der vorgestellten dreifachen Definition entspricht, noch dem Kind die Garantie bietet, dass sein Kindeswohl im Sinne der KRK in allen Situationen bewertet und in ernster Weise berücksichtigt wird. Man kann sich also die Frage nach einer Änderung der schweizerischen Gesetzgebung stellen, dies im Sinne einer Präzisierung dieses Begriffs und warum nicht auch einer Übernahme des Grundsatzes von Art. 3 Abs. 1 KRK, statt den unbestimmten Rechtsbegriff des „Kindeswohls“ beizubehalten.

[46] Eine objektive Schwierigkeit besteht darin, dass die deutsche Übersetzung der Konvention den sehr unbestimmten Begriff „das Wohl des Kindes“³¹ verwendet, der unserer Meinung nach nicht alle Bestandteile des Begriffs „*intérêt supérieur de l'enfant*“ berücksichtigt.

[47] Ausserdem muss man sich fragen, ob das Bundesgericht nicht sowohl den Inhalt des Grundsatzes als auch die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 KRK im schweizerischen Recht prüfen sollte, so wie er es mehrfach für Art. 12 KRK (Recht gehört zu werden)³² gemacht hat ; die enge – um nicht zu sagen unverzichtbare – Beziehung zwischen den beiden Artikeln scheint eine identische Behandlung zu rechtfertigen. Im Übrigen wurden zahlreiche Entscheidungen der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Anhörung des Kindes getroffen³³, so über Fragen des Alters³⁴, der Urteilsfähigkeit³⁵, der direkten oder indirekten Anhörung³⁶, die alle darauf gerichtet sind, „das Kindeswohl“ in verschiedenen mit dem Familienrecht verbundenen Situationen zu bestimmen.

3.2.2. Einige ausgewählte Situationen

A. Die Entführung

[48] Am 21. Dezember 2007 hat die Schweiz das Bundesgesetz über internationale Kindesentführung (BG-KKE) und das Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen angenommen, das am 1. Juli 2009 in Kraft trat; dieses Gesetz spricht insbesondere in Art. 5 von „Rückkehr und Interesse des Kindes“ und gründet die Entscheidungen über die Rückkehr und den Aufenthaltsort des Kindes auf dem Kriterium seines Kindeswohls. Diese neue Gesetzgebung erlaubt einen wesentlich besseren Schutz des Kindes in diesen komplizierten Situationen, indem es seine Rechte im Verfahren stärkt (Anhörung und Vertretung des Kindes, Art. 9) und sein Interesse bei der Entscheidungsbegründung berücksichtigt (Art. 5), aber auch, indem es eine erste obligatorische Phase der Vermittlung als Weg für eine einvernehmliche Regelung des Streits vorsieht. Es sei bemerkt, dass die Schweiz hierin der erste Vertragsstaat ist, der diese Phase der Vermittlung für obligatorisch erklärt.

³⁰ JEAN ZERMATTEN, *L'intérêt supérieur de l'enfant, De l'analyse littéraire à la Portée philosophique*, Working report, IDE, Sion, 2003, S. 10 : « le bien de l'enfant se détache de l'intérêt de l'enfant, en ce sens qu'il constitue un état idéal à atteindre (le bien-être moral, physique et social de chaque enfant) ».

³¹ Übereinkommen über die Rechte des Kindes (SR 0.107), Art. 3 Abs. 1.

³² BGE 124 III 90.

³³ Zum Beispiel: BGE 122 III 401, 403 / JT 1997 I 638, 639, Urteil des Bundesgerichts 5P. 345/2005 vom 23. Dezember 2005.

³⁴ BGE 133 III 553.

³⁵ Ibid.

³⁶ BGE 131 III 409.

[49] Diese Vermittlung ist mit vielen Hoffnungen verknüpft, da die Entführungsfälle im Allgemeinen den Justizbehörden der betroffenen Länder erhebliche Verfahrensschwierigkeiten bereiten, und eine Vermittlung sehr schnell realisiert werden und zu einer Einigung führen kann. Es ist im Interesse des Kindes wichtig, dass die Entscheidungen schnell und nicht erst mehrere Jahre nach der Entführung getroffen werden, wenn die Dinge sich verhärtet haben und die Veränderungen des Wohn- und Lebensortes für die Stabilität des Kindes nachteilige Folgen haben können. Das alte Gesetz liess diese Phase der Vermittlung nicht zu und zeigte damit seine Grenzen.

B. Die Adoption

[50] Bei der Adoption ist es sowohl in der KRK (Art. 21) als auch im schweizerischen ZGB (Art. 264) klar, dass die mit dem rechtlichen Schritt der Adoption verbundenen Bestimmungen sich auf dem Kindeswohl als bestimmendes Kriterium aller Entscheidungen gründen müssen (Kindeswohl in Art. 264 ZGB). Allerdings wird dieser Grundsatz nicht explizit vom Bundesgesetz zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutze des Kindes bei internationalen Adoptionen (BG-HAÜ) vom 22. Juni 2001 übernommen (ebensowenig die Pflicht, das Kind entsprechend seinem Alter und seinem Reifegrad anzuhören).

[51] Bemerkenswert ist auch, wie sich in der Schweiz das Thema der Adoption auf der Ebene der Rechtssetzung mit dem Entwurf, die Adoptionsvoraussetzungen zu verändern, entwickelte, insbesondere durch Senkung des Alters von 35 auf 30 Jahre, um das Adoptionsrecht zu öffnen³⁷ (von beiden Räten am 10. März 2011 angenommen), aber auch hinsichtlich der Vorschläge des Bundesrates, bloss eine Ehedauer von drei Jahren zu fordern, um die Stabilität des Paares zu bewerten und die Adoptionsvoraussetzungen für Kinder des Lebensgefährten zu lockern. Bei allen diesen Vorschlägen zur Lockerung des Systems wurde das Kriterium des Wohls des Kindes, über Adoptiveltern zu verfügen, beachtet. Die Anträge zur Adoption eines Kindes durch Personen, die in einer eingetragenen Partnerschaft leben, wurden dagegen nicht angenommen.³⁸ Vermutlich ist die Diskussion zu dieser Frage noch nicht abgeschlossen.

[52] Im Zusammenhang mit der Adoption bleibt auf den Entscheid des Bundesgerichts vom 22. Oktober 2010 (BGE 136 III 423)³⁹ hinzuweisen, der die Ablehnung der Adoption durch die Grosseltern durch Berner Richter bestätigte. Das zehnjährige Kind war von seinen Grosseltern erzogen worden, da die lebende, jedoch unter psychischen Störungen leidende Mutter nicht in der Lage war, sich um das Kind zu kümmern. Auf der Grundlage des Kriteriums des Kindeswohls haben die Richter festgestellt, dass die Adoption durch die Grosseltern die Ausnahme bleiben muss, solange ein oder beide Elternteile die Entwicklung ihres Kindes verfolgen können, denn derartige Situationen stellen ein grosses Konfliktpotenzial dar, das dem Kindeswohl besonders abträglich ist.

³⁷ Motion PRELICZ-HUBER 09.3026.

³⁸ Ibid., Motion 10.344.

³⁹ Zitiert im Schweizer Bulletin der Kinderrechte, Bd. 17, Nr. 1-2, Juni 2011, S. 15.

C. Das gemeinsame Sorgerecht

[53] Seit annähernd dreissig Jahren spricht man in der Schweiz von einer Änderung der Regel der ausschliesslichen elterlichen Sorge, wobei die gemeinsame elterliche Sorge die Ausnahme bildet (Art. 133 Abs. 1 ZGB). Dies bedeutet, dass im Falle der Scheidung, soweit keine Übereinkunft der Eltern vorliegt, nur einem Elternteil die elterliche Sorge zugesprochen wird. In den letzten Jahren haben sich die Dinge rasch verändert, und zwar seit dem Postulat Wehrli (2004)⁴⁰, das von einer sehr breiten Mehrheit akzeptiert wurde, über die Anfrage Germanier⁴¹ und bis schliesslich zum Entwurf der Änderung des Art. 133 ZGB, den der Bundesrat in Vernehmlassung schickte, damit die gemeinsame elterliche Sorge, insbesondere für geschiedene Eltern, zur Regel werde. Am 17. November 2011 hat der Bundesrat erklärt: „Die gemeinsame elterliche Sorge wird unabhängig vom Zivilstand der Eltern in Zukunft zur Regel. Im Zentrum dieser neuen Regelung steht das Kindeswohl. Einzig wenn die Interessen des Kindes geschützt werden müssen, kann die elterliche Sorge einem Elternteil vorenthalten werden“.⁴²

[54] Die Argumentation des gesamten Anliegens beruhte auf der systematischen gemeinsamen elterlichen Sorge als ein Mittel für das Kind, endlich bei der Scheidung den Hauptplatz einzunehmen, wobei das System auf diese Weise den Eltern erlaubt, ihrer Verantwortung gerecht zu werden und sich zum Wohl ihrer Kinder zu verständigen. Darüberhinaus verlangte die Coordination romande des organisations paternelles (CROP – Westschweizerische Koordination der Väterverbände) in aller Deutlichkeit: „Der ungenaue Ausdruck ‘bien de l’enfant’ sollte durch den Begriff ‘l’intérêt supérieur de l’enfant’ ersetzt werden, da es um die affektiven, geistigen und materiellen Bedürfnisse des Kindes geht.“⁴³

D. Einschränkung im Eherecht

[55] Eine Empfehlung des Ausschusses für bürgerliche und politische Rechte „stellt mit Sorge fest, dass die Änderung des ZGB vom 12. Juni 2009 [...] Personen ohne gesetzlichen Status in der Schweiz die Ehe oder Partnerschaft verbietet [...] „ und fordert die Schweiz auf, „dringend ihre Gesetzgebung zu überprüfen und sie mit dem Pakt in Übereinstimmung zu bringen“.⁴⁴

[56] Unter dem Blickwinkel des Interesses des Kindes betrachtet, scheint diese Einschränkung nicht nur Personen ohne gesetzlichen Aufenthaltsstatus des Rechts eine Ehe einzugehen zu berauben und eine bereits stark diskriminierte Kategorie von Personen zusätzlich zu diskriminieren, sondern auch noch nachteilige Wirkungen auf ihre Kinder entfalten zu können.⁴⁵

E. Das Recht, angehört zu werden

[57] Kommt man auf die Frage der Verbindung zwischen dem Kindeswohl und dem Recht, angehört zu werden, zurück, so kann man behaupten, dass in der Gesamtheit der Zivilver-

⁴⁰ Postulat 04.3250.

⁴¹ Interpellation 07.3223.

⁴² Medienmitteilung des Bundesrates, 17.11.2011.

⁴³ Schweizer Bulletin der Kinderrechte, Bd. 15, Nr. 2, Juni 2009, S. III.

⁴⁴ MRA, Concluding Observations Switzerland 2009.

⁴⁵ Vgl. auch Grundlagenstudie/Etude de base, Teil Migration, Kap. II, Punkt 2.

fahren das Recht des Kindes, gehört zu werden, nicht systematisch beachtet wird. Nimmt man das Beispiel der Scheidungsverfahren (in der Schweiz ungefähr 14.000 pro Jahr), zeigt es sich, dass lediglich ein kleiner Teil der von der Entscheidung betroffenen Kinder angehört wird (ungefähr 10 %, entsprechend einer von Cottier zitierten Untersuchung⁴⁶), obwohl gerade auf diesem Gebiet die Notwendigkeit einer Anhörung des Kindes bereits erfasst wurde und das Bundesgericht oft Anlass hatte, sich dazu zu äussern, insbesondere zu Fragen des Alters und der Urteilsfähigkeit.⁴⁷

[58] Mehrere Gründe können diese niedrigen Zahlen erklären, zum Beispiel die mangelhafte Ausbildung der Richter oder ihre Befürchtung, das Wort des Kindes nicht richtig zu deuten zu wissen. Diese Situation ist problematisch.

3.3. Zu treffende Massnahmen

[59] Bei der Lektüre des eben Beschriebenen scheint ein Interesse daran zu bestehen, dass die Schweiz den Grundsatz des Kindeswohls des Art. 3 Abs. 1 KRK (*intérêt supérieur de l'enfant*) anstelle des unbestimmten Rechtsbegriffes „Kindeswohl“ übernimmt; das Bundesgericht wird vielleicht im Rahmen eines kommenden Gerichtsverfahrens über den Inhalt und die unmittelbare Anwendbarkeit des Grundsatzes des Kindeswohls der KRK im schweizerischen Recht befinden, sowie über die systematische Achtung des Grundsatzes des Rechtes des Kindes, in allen Zivilverfahren angehört zu werden.

4. Das Kindeswohl im Verwaltungsrecht

[60] Dies ist ein sehr weites Feld, das ein ausserordentliches Forschungsgebiet darstellt: es geht darum herauszufinden, ob und wie der Grundsatz des Kindeswohls in den Beziehungen des Kindes zur Verwaltung angewandt wird.

[61] Vorerst einmal gilt es, das Thema des Schutzes kurz anzugehen. Die Frage des Schutzes des Kindes liegt zu einem sehr grossen Teil in der Zuständigkeit der Kantone. Fast ein Jahrhundert lang entwickelten sich die Schutzgesetze entsprechend dem *welfare* Typ (das Kind als Empfänger von Schutzmassnahmen). Seit der Ratifizierung der KRK durch die Schweiz haben jedoch die meisten schweizerischen Kantone ihre Schutzgesetzgebung überprüft, um sie mit dem neuen Status des Kindes als Subjekt von Rechten, darunter auch dem Recht auf Schutz, in Einklang zu bringen. Einige Beispiele veranschaulichen diesen Paradigmenwechsel:

[62] Der Kanton Freiburg hat seit 2006 ein neues Gesetz mit zwei sehr klaren Artikeln: Art. 3 „Höheres Interesse des Kindes“ und Art. 4 „Recht der Kinder auf Mitwirkung“.⁴⁸ Der Kanton Waadt hat 2006 ein Gesetz beschlossen, das sich auf Art. 3 Abs. 1 KRK bezieht und in seinem Art. 4 die Grundsätze aufführt.⁴⁹ Der Kanton Wallis hatte sein Gesetz bereits im Jahr

⁴⁶ Interview von Michelle Cottier im Bericht 2011 der Eidgenössischen Kommission für Kinder- und Jugendfragen (EKKJ) „Kindern zuhören“, S. 19.

⁴⁷ BGE 131 III 553.

⁴⁸ FR, Jugendgesetz vom 12. Mai 2006 (JuG) (835.5).

⁴⁹ VD, Loi sur le soutien aux activités de la jeunesse, du 27 avril 2010 (850.43).

2000⁵⁰ geändert und verfügt nun über einen Artikel, der das Kindeswohl und das Recht des Kindes, angehört zu werden, heraushebt. Dieses Gesetz hat auch eine Vorreiterrolle gespielt, indem es einen Jugenddelegierten (Art. 12) einsetzte, dessen Aufgabe darin besteht, Aktivitäten der Jugend anzuregen und zu unterstützen; er ist allerdings weder ein Mediator noch eine Ombudsperson.

[63] Der im Verhältnis zur Umsetzung des Kindeswohls im Verwaltungsrecht problematische Bereich ist der der Migration.

4.1. Internationale Empfehlungen

[64] In diesem Bereich erhielt die Schweiz mehrere Empfehlungen im Zusammenhang mit ihrer Einwanderungspolitik, die vor allem dem öffentlichen Interesse, und kaum dem Kindeswohl den Vorrang einräumt: die Thematik der minderjährigen Migranten, insbesondere jener, die sich unbegleitet in der Schweiz aufhalten, wird detailliert in einem anderen Kapitel dieser Studie untersucht.

[65] Der Ausschuss für die Rechte des Kindes hat 2002 seiner Sorge darüber Ausdruck gegeben, ob das im Falle unbegleiteter Minderjähriger (UM) anwendbare Verfahren stets deren Kindeswohl dient und den treffenden Bestimmungen der Konvention voll entspricht, und ob das Recht auf Familienzusammenführung nicht allzu einschränkend ist. Der Ausschuss empfahl der Schweiz, ihr „Asylverfahren zu vereinfachen und alle notwendigen Massnahmen zur Beschleunigung des Asylverfahrens zu ergreifen. Dabei sollen den besonderen Bedürfnissen und Erfordernissen von Flüchtlings- und asylsuchenden Kindern Rechnung getragen werden, insbesondere jenen unbegleiteter Kinder und namentlich betreffend der Ernennung eines gesetzlichen Vertreters, die Platzierung in Zentren sowie den Zugang zu Gesundheitsdiensten und Bildung [...]“.⁵¹

[66] Der Ausschuss gegen Folter ist seinerseits „besorgt darüber, dass das Ausländergesetz von 2005 die Zwangsmassnahmen (Art. 73–78) bei fehlender Aufenthaltsbewilligung verschärft und die maximale Dauer der Administrativhaft von 12 auf 24 Monate heraufsetzt, während Minderjährige zwischen 15 und 18 Jahren bis zu 12 Monate inhaftiert werden können“. Er „nimmt zur Kenntnis, dass die maximale Dauer der Administrativhaft im Falle einer Übernahme der Rückführungsrichtlinie der EU durch den Vertragsstaat bei Erwachsenen 18 Monate und bei Minderjährigen 9 Monate betragen wird (Art. 3).“ Der Ausschuss gegen Folter empfiehlt der Schweiz „die maximale Dauer der Administrativhaft [zu] überprüfen, diese nur in Ausnahmefällen an[z]uwenden und die Haftdauer entsprechend dem Verhältnismässigkeitsprinzip [zu] beschränken.“ Im Zusammenhang mit dem Verschwinden von unbegleiteten Minderjährigen ist das CAT „über das Verschwinden von unbegleiteten Minderjährigen besorgt, zumal die Gefahr besteht, dass diese Opfer von Menschenhandel oder anderen Arten von Ausbeutung werden (Art. 16).“ Es verlangt von der Schweiz, „die Situation unbegleiteter Minderjähriger eingehend [zu] untersuchen, geeignete Lösungen [zu] finden, um deren Verschwinden zu verhindern, und deren Schutz zu verbessern“ sowie „den Ausschuss möglichst rasch darüber [zu] informieren.“⁵²

⁵⁰ VS, Jugendgesetz vom 11. Mai 2000 (850.4).

⁵¹ CRC, Concluding Observations Switzerland 2002, Ziff. 51.

⁵² CAT, Concluding Observations Switzerland 2010.

4.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz

4.2.1. Neue schweizerische Gesetzgebung

[67] Diese Kritiken sind weitgehend gerechtfertigt, und man kann sagen, dass die Revision des Asylgesetzes und des neuen Ausländergesetzes den internationalen Vorschriften nicht wirklich Rechnung getragen hat, insbesondere die der KRK, das Kind als ein Rechtssubjekt zu betrachten und sein Wohl in den Vordergrund zu stellen; das öffentliche Interesse wurde gegenüber der Achtung der Normen des Ausländerrechts privilegiert.

[68] 2006 hat das Volk der Schweiz das Ausländergesetz (Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer, AuG)⁵³, sowie das revidierte Asylgesetz (AsylG)⁵⁴ angenommen. Diese sind am 1. Januar 2008 in Kraft getreten. Diese zwei Gesetztexte ändern grundlegend das öffentliche Recht im Bereich der Ausländer. Die neue Gesetzgebung, die angenommen wurde, nachdem die Schweiz vor den Ausschuss für die Rechte des Kindes (2002) getreten war, hat die gemachten Empfehlungen nicht berücksichtigt und steht nicht unter dem Einfluss der Konvention.

4.2.2. Vertretung

[69] Nach der Revision des Asylgesetzes ist zum Beispiel auf neue Einschränkungen bei der Vertretung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden hinzuweisen. Der zivilrechtliche Grundsatz, wonach eine Vormundschaft oder Beistandschaft eingeführt werden muss, wird durch den neuen Artikel 7 Abs. 2 der Verordnung 1 über das Asyl eingeschränkt. Dieser sieht vor, dass die zuständige Kantonsbehörde unverzüglich eine Vertrauensperson für die Dauer des Asyl- und Ausschaffungsverfahrens benennen kann, wenn es nicht möglich ist, eine Beistandschaft oder eine Vormundschaft zugunsten eines unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden einzuführen. Selbst wenn diese dringende Massnahme nicht an sich negativ ist, ist die Gestalt einer Vertrauensperson nicht mit einem Vormund oder einem Beistand identisch. Es wäre wünschenswert, in der Praxis die Garantien des Zivilrechtes zu achten und systematisch eine Vormundschaft oder eine Beistandschaft für die unbegleiteten Minderjährigen einzurichten; derzeit sind die Praktiken der Kantone sehr unterschiedlich⁵⁵.

4.2.3. Zwangsmassnahmen

[70] Die Bestimmungen des neuen Ausländergesetzes (Artikel 73 ff. AuG) über Zwangsmassnahmen betreffen begleitete oder unbegleitete minderjährige Asylbewerber sowie Minderjährige ohne Aufenthaltsstatus. Diese Bestimmungen widersprechen insbesondere Artikel 37 lit. b KRK, der verlangt, dass der Freiheitsentzug oder Freiheitsstrafe nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet wird. Ferner wird der Freiheitsentzug unter den gleichen Bedingungen wie bei den Erwachsenen durchgeführt, ausser dass die

⁵³ SR 142.20.

⁵⁴ SR 142.31.

⁵⁵ Vgl. auch im Kap. Unbegleitete Minderjährige, Punkt III/2.2.1 ff..

maximale zugelassenen Dauer der Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft für Minderjährige zwischen 15 und 18 Jahren auf insgesamt 12 Monate begrenzt ist (Artikel 79 AuG).

[71] Es heisst ferner: „Ein Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates zeigt jedoch bei unbegleiteten Minderjährigen eine längere durchschnittliche Haftdauer als bei Erwachsenen. Unterschiede in der Praxis der Kantone führen zu stossenden Ungleichbehandlungen. Je nach Wohnort kann ein unbegleiteter Minderjähriger für ein bestimmtes Verhalten überhaupt nicht oder mehrere Monate in Ausschaffungshaft genommen werden.“⁵⁶

4.2.4. Die Rechtsprechung

[72] Im Verwaltungsrecht ist die Entwicklung der Rechtsprechung günstig, obwohl sich sehr viele kantonale Anordnungen noch nicht auf den Begriff des Kindeswohls beziehen. Als Beispiele seien die jüngsten Entscheide erwähnt, die in Anwendung des Status des Kindes als Rechtssubjekt getroffen wurden:

- Im Entscheid E-8648/2010 vom 21.09.2011 hat das Bundesverwaltungsgericht dem Bundesamt für Migration (BFM) widersprochen und zwei minderjährigen afghanischen unbegleiteten Brüdern Recht gegeben, die über Italien eingereist waren und nur von Beamten ohne Beizug eines Erwachsenen (Vertrauensperson) verhört wurden. „ Diese Schutzmassnahme ist ab Beginn des Verfahrens zu gewähren: die erste Anhörung, selbst wenn sie summarisch erfolgt, ist entscheidend “, stellte das Bundesverwaltungsgericht in diesem „Dublin“- Verfahren fest, und es ist wichtig, dass die UM von dieser Vertrauensperson unterstützt werden, dies in Übereinstimmung mit der nationalen und internationalen Gesetzgebung.⁵⁷
- In einem anderen Entscheid jüngeren Datums, 2C_328/2010 vom 19.05.2011, hat das Bundesgericht ein Urteil des Kantons Wallis aufgehoben, das eine Mutter aus Kamerun zusammen mit ihrem Kind schweizerischer Nationalität ausweisen wollte, wobei es darauf hinwies, dass für das Kind ein Interesse daran bestünde, dass seine Mutter in der Schweiz verbleiben könne, und dass „dieses Interesse Vorrang hat vor dem der Rückführung der Mutter“. Beim Abwägen sich widersprechender Interessen stellt das Bundesgericht fest, dass unter dem Blickwinkel der KRK die Situation anders betrachtet werden muss als unter dem alleinigen Aspekt des Aufenthalts des ausländischen Partners eines schweizerischen Bürgers. Es ist einem minderjährigen Kind nicht möglich, allein in der Schweiz zu verbleiben, und man kann von diesem Kind nicht verlangen, dass es dem sorgenden Elternteil in dessen Heimatland folge. Man muss hier den Grundsatz der umgekehrten Familienzusammenführung anwenden und der Mutter erlauben, sich im Interesse des Kindes in der Schweiz aufzuhalten.

[73] Selbst wenn die neue Gesetzgebung die KRK nicht in Betracht gezogen hat, so hat sie doch einige Schritte vorwärts getan. Gestützt auf neue Urteile lässt sich hoffen, dass die Gewährleistung der Kinderrechte auch für Kinder mit Migrationshintergrund verbessert wird.⁵⁸

⁵⁶ NETZWERK KINDERRECHTE SCHWEIZ, Zweiter NGO-Bericht an den Ausschuss für die Rechte des Kindes, Bern 2009, S. 28.

⁵⁷ Vgl. auch im Kap. Unbegleitete Minderjährige, Punkt III/2.2.2 über die Vertrauensperson.

⁵⁸ Vgl. auch: BGE 135 I 143 Erw. 2.2 und 2.3, S. 147 f., BGE 135 I 153 Erw. 2.2.1, S. 156 f., BGE 146 I 285, Erw. 5.2.

4.3. Zu treffende Massnahmen

[74] Angesichts des eben Gesagten gäbe es Anlass für die Schweiz, den Platz des Kindeswohls im Verhältnis zum Interesse der Migrationspolitik zu überprüfen. Genauer gesagt geht es darum, die Frage des Widerspruchs zwischen den Regeln der Zwangsmassnahmen (Sicherheitsverwahrung) und dem Art. 37 KRK zu stellen. Ferner wäre es wünschenswert, dass die Massnahmen der Vormundschaft oder Beistandschaft für die UM systematisch getroffen würden und dass ihnen der Beistand einer erwachsenen Person (Vertrauensperson, Beistand, Vormund) von der ersten Anhörung an zugesichert wird.

IV. SCHLUSSFOLGERUNG

[75] Das Kindeswohl berührt alle Bereiche, in denen das Kind betroffen ist und daher Gegenstand einer Entscheidung sein kann. Es gibt keinen Zweifel daran, dass die Schweiz weit davon entfernt ist, diesen Grundsatz in ihre gesamte Gesetzgebung, ihre Praktiken und die Rechtsprechung mit ihren zahlreichen Gerichts- und Verwaltungsinstanzen integriert zu haben; eine gewisse Anzahl von Empfehlungen der Vertragsorgane und die Untersuchung ausgewählter Fragen zeigen auf, dass ein Defizit an konkreter Kenntnis dieses Grundsatzes besteht. Dementsprechend sind eine Sensibilisierung und eine Ausbildung der Fachleute für die praktische Anwendung notwendig. Die Anwendung dieses Grundsatzes darf nicht rein rhetorisch bleiben, sondern muss zur konkreten Praxis werden, die das Kind in den Mittelpunkt stellt, die Verhältnisse eines jeden Kindes bewertet und die beste Lösung sucht.

[76] Denkt man an das Strafrecht, fällt vorab das niedrige Alter (zehn Jahre) des strafrechtlichen Eingreifens auf, das gewiss nicht im Interesse des Kindes ist, ferner die nach wie vor mögliche gemeinsame Unterbringung von Minderjährigen und Erwachsenen in Situationen des Freiheitsentzuges vor und nach der Urteilsfällung sowie der Umstand, dass minderjährige Zeugen im bestehenden Schutzsystem nicht genug berücksichtigt werden.

[77] Im Zivilrecht benutzt man oft den unbestimmten juristischen Begriff des „Wohls“ des Kindes anstatt den Grundsatz des übergeordneten Kindeswohls der Kinderrechtskonvention. Die Frage der unmittelbaren Anwendung des Art. 3 Abs. 1 KRK bleibt in der Schweiz offen, solange das Bundesgericht nicht über diesen Punkt entscheidet.

[78] Und schliesslich müssten im Verwaltungsrecht alle Bereiche, jedoch insbesondere der der Migration, das Prinzip des Art. 3 Abs. 1 KRK systematisch anwenden, besonders für die begleiteten, unbegleiteten oder getrennten Minderjährigen; die Frage des administrativen Freiheitsentzuges (Zwangsmassnahmen) für Kinder bleibt fragwürdig. Ferner sollten die zuständigen Behörden darauf achten, dass den UM von Anfang an Vertreter an die Seite gestellt werden, und dass sie im Sinne ihres Kindeswohls Zugang zu Schutzmassnahmen haben.

GEWALT AN KINDERN

Von Philip D. Jaffé und Aimée H. Zermatten⁵⁹

I. INTERNATIONALES RECHT UND SEINE UMSETZUNG IN DER SCHWEIZ

1. Auf allgemeiner Ebene

[79] Auf allgemeiner Ebene garantieren zwei wesentliche Gesetzestexte den Schutz des Kindes:

- Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes von 1989 (KRK): insbesondere Art. 19.⁶⁰
- Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie (OPSC).

2. Auf regionaler Ebene

[80] Auf regionaler Ebene sichern mehrere Gesetzestexte einen Schutz des Kindes gegen Gewalt:

- Europäische Menschenrechtskonvention bzw. Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK).
- Europäische Sozialcharta (1996 überarbeitet)⁶¹; Art. 7 betrifft besonders die Kinder und Art. 17 Abs. 1 lit. b fordert die Unterzeichnerstaaten auf, alle notwendigen Massnahmen zu treffen, um Kinder und Jugendliche gegen Vernachlässigung, Gewalt oder Ausbeutung zu schützen.
- Übereinkommen des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch, genannt Lanzarote-Konvention.⁶²

[81] Diese verpflichtenden Texte werden von Empfehlungen oder Leitlinien des Ministerkomitees des Europarates begleitet:

- Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliederstaaten über den Schutz von Kindern gegen Misshandlungen.⁶³
- Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über die Politik zur Förderung einer positiven Elternschaft.⁶⁴
- Leitlinien des Ministerkomitees des Europarats für eine kindgerechte Justiz.⁶⁵

⁵⁹ In Zusammenarbeit mit Nicole Hitz Quenon.

⁶⁰ Der Art. 28 Abs. 2 KRK dehnt diesen Schutz ausdrücklich auf die Gewalt in der Schule in Form von Disziplinarstrafen aus.

⁶¹ Obwohl die Schweiz die nicht revidierte Fassung der europäischen Sozialcharta 1976 unterzeichnet hat, hat sie darauf verzichtet, sie zu ratifizieren.

⁶² Am 16.06.2010 von der Schweiz unterzeichnet, nicht ratifiziert.

⁶³ Rec (79)17.

⁶⁴ Rec (2006)19.

⁶⁵ http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Source/GuidelinesChildFriendlyJustice_DE.pdf.

- Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliederstaaten für eine kohärente und integrierte Familienpolitik⁶⁶ und, in jüngerer Zeit, verstärkte Förderung einer Politik der Unterstützung der Familien.⁶⁷

3. Umsetzung im schweizerischen Recht

3.1. Bundesrecht

[82] Auf schweizerischer Ebene sind die folgenden gesetzlichen Grundlagen besonders aussagekräftig:

- *BV*: Art. 11 betrifft den Schutz der Kinder und Jugendlichen als Grundrecht.⁶⁸
- *StGB*: Mehrere Strafbestimmungen bestrafen sexuelle Gewalt (Art. 187 ff und 213 StGB) und/oder physische Gewalt (Art. 122 ff StGB) gegen Kinder sowie die Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht (Art. 219 StGB).
- *ZGB*: Art. 307 bis 317 ZGB. Diese Artikel regeln die Anordnung von Schutzmassnahmen für das Kind, wenn dessen angemessene Entwicklung bedroht ist und sein Wohl nicht mehr von seinen Eltern oder seinen gesetzlichen Vertretern⁶⁹ gesichert werden kann.
- *OHG*: Unterstützung eines jeden Opfers von Handlungen physischer, psychischer oder sexueller Gewalt.
- *Verordnung vom 11. Juni 2010 über Massnahmen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen sowie zur Stärkung der Kinderrechte*⁷⁰: Regelt die Umsetzung der KRK in der Schweiz.

3.2. Kantonales Recht

[83] Auf kantonaler Ebene sind Bestimmungen zum Schutz des Kindes und seiner Rechte in den kantonalen Verfassungen zu finden. Weitere spezifische Gesetze fördern den Schutz der Minderjährigen. Zur Veranschaulichung: Am 1. Januar 2005 trat im Kanton Waadt das Gesetz zum Schutz von Minderjährigen (LProMin) in Kraft, dessen Ziele, gemäss Art. 3, darin bestehen, durch präventive Massnahmen auf die Umstände einzuwirken, welche die Minderjährigen gefährden (lit. a), in Zusammenarbeit mit den Eltern Schutz und Hilfe für Minderjährige zu sichern, die in ihrer Entwicklung gefährdet sind, indem Autonomie und Verantwortung der Familien gefördert werden (lit. b), den Schutz jener Minderjährigen zu bewerkstelligen, die ausserhalb ihres Familienkreises leben (lit. c). Im Kanton Zürich weist das Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG)⁷¹ in seinem ersten Paragraphen, Abs. 3 lit. c darauf hin, dass

⁶⁶ Rec (94)14.

⁶⁷ Schlusskommuniqué der 29. Konferenz des Europarates der für Familienangelegenheiten zuständigen Minister (2009): http://www.coe.int/t/dc/files/ministerial_conferences/2009_family_affairs/default_DE.asp?.

⁶⁸ Nach Art. 41 Abs. 1 lit. f und g und Art. 67 BV, fällt die Entwicklung der Kinder und Jugendlichen sowohl in die Kompetenz des Bundes als auch der Kantone.

⁶⁹ Das Vormundschaftsrecht ist Gegenstand einer Revision; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen ZGB (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) (BBl 2006 7001). Vgl. auch Punkt 2.1.1, b.

⁷⁰ SR 311.039.1.

⁷¹ ZH, Kinder- und Jugendhilfegesetz vom 14. März 2011 (SR/ZH 852.1).

die ambulante Hilfe für Kinder und Jugendliche die Familien bei ihren erzieherischen Aufgaben unterstützt und auf diese Weise dazu beiträgt, Schäden und Nachteile für die Kinder und Jugendlichen zu beseitigen und zu vermeiden.

II. INTERNATIONALE EMPFEHLUNGEN UND BESTANDESAUFNAHME IN DER SCHWEIZ

[84] Nach Auffassung des Ausschusses für die Rechte des Kindes ist Gewalt, so wie sie in Art. 19 KRK verstanden wird, als jede Form von Gewalt, von körperlicher oder geistiger Gewaltanwendung, Schadenszufügung oder Misshandlung, Verwahrlosung oder Vernachlässigung, schlechter Behandlung oder Ausbeutung einschliesslich des sexuellen Missbrauchs⁷² zu definieren. Es kommt dabei nicht auf Häufigkeit und Intensität der gegen das Kind ausgeübten Gewalt an, jede Gewalt ist inakzeptabel.⁷³

[85] In den Schlussbemerkungen des Ausschusses für die Rechte des Kindes heisst es: „Der Ausschuss begrüsst die zahlreichen Initiativen zur Bekämpfung der Gewalt an Kindern in Familie, Schule und Sport. Nichtsdestotrotz ist er weiterhin besorgt über den Mangel an umfassenden Daten und Informationen zum Kindesmissbrauch und/oder Verwahrlosung von Kindern.“⁷⁴ Er empfiehlt der Schweiz mehrere Vorgehensweisen, darunter folgende: Untersuchungen über die verschiedenen Erscheinungsformen von Gewalt an Kindern; Anstoss zu Sensibilisierungskampagnen mit Beteiligung von Kindern, insbesondere mit dem Ziel der Prävention; Evaluation der Arbeit der bestehenden Einrichtungen und Sicherung der Ausbildung der involvierten Fachleute; adäquate Untersuchung der Fälle familiärer Misshandlungen, die zu die Kinder respektierenden Untersuchungs- und Urteilsverfahren führen, um einen besseren Schutz der Opfer, einschliesslich ihrer Intimität zu gewährleisten.

[86] Trotz dieser Empfehlungen ist der von der Schweiz im Bereich des Schutzes des Kindes seit der historischen Veröffentlichung des Berichts „Kindesmisshandlungen in der Schweiz“ vom Juni 1992⁷⁵ und der nachfolgenden Stellungnahme des Bundesrates im Juni 1995^{76,77} zurückgelegte Weg beachtlich. Die wissenschaftlichen Studien, die sich mit verschiedenen Formen der gegen Kinder begangenen Gewalt beschäftigen, haben im letzten Jahrzehnt signifikant zugenommen und wurden in wichtige Initiativen öffentlicher Politik integriert, die darauf gerichtet sind, Kinder besser zu schützen^{78, 79, 80, 81}. Der Bericht des Bundesrates vom

⁷² CRC, General Comment No. 13 (2011), Ziff. 4.

⁷³ CRC, General Comment No. 13 (2011), Ziff. 17.

⁷⁴ CRC, Concluding observations Switzerland 2002, Ziff. 38.

⁷⁵ Bericht „Kindesmisshandlung in der Schweiz“ der Arbeitsgruppe „Kindesmisshandlung“, Bern, Juni 1992.

⁷⁶ Stellungnahme des Bundesrates vom 27. Juni 1995 (BBl 1995 IV 1 (-224)).

⁷⁷ CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz (2012, Ziff. 194 ff.).

⁷⁸ MARGIT AVERDIJK/KATRIN MÜLLER-JOHNSON/MANUEL EISNER, UBS Optimus Foundation (www.optimusstudy.org), 2011. Diese Studie unter dem Titel *Sexual victimization of children and adolescents in Switzerland* (2012) untersucht die Verbreitung von sexuellem Kindesmissbrauch.

⁷⁹ STIFTUNG KINDERSCHUTZ SCHWEIZ, Vorschläge für ein Nationales Kinderschutzprogramm (NKP 2010-2020), Prävention kommerzieller Ausbeutung von Kindern, Management Summary, Bern 2009.

⁸⁰ BSV, Gewalt gegen Kinder – Konzept für eine umfassende Prävention, „Familie & Gesellschaft, Sonderreihe des Bulletins Familienfragen“, Bern 2005.

⁸¹ DENIS RIBEAUD/MANUEL EISNER, Entwicklung von Gewalterfahrungen Jugendlicher im Kanton Zürich. Schlussbericht zuhanden der Bildungsdirektion des Kantons Zürich, Zürich 2008.

27. Juni 2012 hat als Antwort auf das Postulat FEHR Fortschritte und jüngste Projekte erwähnt. Er nannte dabei die konkreten Vorstösse zur Verstärkung der Koordination auf nationaler Ebene; die Gründung, innerhalb der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK), der Abteilung für Kinder und Jugendliche; den Austausch und die Zusammenarbeit, das neue Kinder- und Jugendförderungsgesetz (KJFG); die Unterstützung der weiteren Entwicklung der Hilfe für Kinder und Jugendliche in den betreffenden Kantonen durch den Bund sowie verschiedene Projekte zur Änderung der diesbezüglichen Bundesgesetzgebung.⁸²

[87] Trotz dieser wichtigen Fortschritte und in Erwartung ihrer anhaltenden Umsetzung kann nicht verneint werden, dass die Kinder in der Schweiz verletzlich sind und ein sozial und moralisch unannehmbares Ausmass der Opfer von Gewalttätigkeiten darstellen, darunter eben jener, die sich ausschliesslich gegen die Opfer auf Grund ihres Alters und ihrer Abhängigkeit von Erwachsenen richten.

1. Körperstrafen

[88] Der Ausschuss für Kinderrechte definiert „‘körperliche’ oder ‘physische’ Bestrafungen als jegliche Bestrafung, bei welcher physische Kraft angewendet wird mit der Absicht Schmerz oder Unbehagen zu verursachen, wenn auch nur in geringem Ausmass“.⁸³ Nach Ansicht des Ausschusses ist jede körperliche Bestrafung entwürdigend.⁸⁴ Gewisse Formen können auch ohne Anwendung physischer Gewalt vorliegen (Bsp.: Erniedrigung, Verunglimpfung, Demütigung, Bedrohung oder Schrecken eines Kindes usw.).⁸⁵ Diese Gewalttätigkeiten finden in unterschiedlichem Rahmen statt (in familiärem, schulischem, gerichtlichem, beruflichem, gemeinschaftlichem Umfeld usw.).⁸⁶

[89] Die Förderung des Verbots von Körperstrafen und anderer Formen grausamer und entwürdigender Bestrafungen stützt sich auch auf die Ergebnisse zahlreicher wissenschaftlicher Studien, unter ihnen die meta-analytische Untersuchung von GERSHOFF⁸⁷, die nachweisen, dass diese Verhaltensweisen sehr schädliche Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes haben können, während ihre positive Folgen sehr begrenzt sind und nur kurzfristig zum Gehorsam des Kindes führen, jedoch ohne Bewusstwerden oder kognitive Integration des pädagogischen Wertes des Vorgehens, wie es vom Erwachsenen gedacht oder beabsichtigt wird.

⁸² BUNDESRAT, Gewalt und Vernachlässigung in der Familie: notwendige Massnahmen im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe und der staatlichen Sanktionierung. Bericht vom 27. Juni 2012 als Antwort auf das Postulat FEHR (07.3725) vom 5. Oktober 2007. S. 51 ff.

⁸³ CRC, General Comment No. 8 (2006), Ziff. 11. The Committee defines „corporal” or „physical” punishment as any punishment in which physical force is used and intended to cause some degree of pain or discomfort, however light.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ CRC, General Comment No. 8 (2006), Ziff. 12.

⁸⁷ ELIZABETH GERSHOFF, Corporal Punishment by Parents and Associated Child Behaviors and Experiences, Psychological Bulletin 128/4 (2002), S. 539 ff.

1.1. Internationale Empfehlungen

[90] Anlässlich seiner Allgemeinen regelmässigen Überprüfung im Jahre 2008 hat der UNO-Menschenrechtsrat der Schweiz empfohlen, ein ausdrückliches Verbot aller gegen Kinder gerichteten körperlichen Bestrafungspraktiken in Erwägung zu ziehen.⁸⁸ Die Schweiz hat diese Empfehlung akzeptiert.⁸⁹ Die Empfehlung stützte sich auch auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie auf die Empfehlungen des Europarates (Rec 1666(2004) „Verbot der Gewaltanwendung in der Erziehung“).⁹⁰ Im Oktober 2012 wurden zwei Empfehlungen im Rahmen der zweiten Allgemeinen regelmässigen Überprüfung (UPR) der Schweiz formuliert. Die Empfehlung der Islamischen Republik Iran an die Schweiz „ihre Bemühungen um die Durchführung von Kampagnen zur Sensibilisierung der Öffentlichkeit für schädliche Auswirkungen von Gewalt an Kindern, insbesondere Körperstrafen, zu verstärken“⁹¹ wurde von der Schweiz angenommen. Erneut wurde ebenfalls die Empfehlung, ein ausdrückliches gesetzliches Verbot der Körperstrafe für Kinder in der Familie einzuführen, an die Schweiz gerichtet.⁹²

[91] Der Ausschuss für die Rechte des Kindes hat seinerseits in seinen Schlussfolgerungen die Schweiz aufgefordert, ausdrücklich jede Praxis von Körperstrafe sowohl im familiären als auch im schulischen Rahmen zu verbieten und Informationskampagnen über dieses Thema durchzuführen. Nach Ansicht des Ausschusses soll der Gebrauch von Disziplinierungsmitteln gefördert werden, die die Menschenwürde des Kindes und die KRK achten.⁹³

[92] Auch der Ausschuss gegen Folter ist der Ansicht, dass die Schweiz eine spezifische gesetzliche Bestimmung zum Schutz von Kindern gegen Körperstrafen in Betracht ziehen sollte. In den Augen des Ausschusses ist Art. 126 Abs. 2 lit. a StGB⁹⁴ nicht ausreichend.⁹⁵ Der Ausschuss schlägt entsprechend vor, die parlamentarische Initiative VERMOT-MANGOLD erneut aufzugreifen, die sich für die Schaffung eines Gesetzes einsetzt, das Kinder Körperstrafen und anderen Misshandlungen schützt, die ihrer physischen oder psychischen Integrität schaden können.⁹⁶ Der Ausschuss lädt die Schweiz ein, Kampagnen zur Sensibilisierung der öffentlichen Meinung über die schädlichen Folgen der gegen Kinder ausgeübten Gewalt zu organisieren.

⁸⁸ UPR SWITZERLAND 2008, Recommendation 57.23.

⁸⁹ UPR RESPONSES SWITZERLAND 2008, Ziff. 25.

⁹⁰ Vgl. CSDH/SKMR, Etude de suivi EPU / Follow-up Bericht UPR 2012, Recommendation 57.23, S. 105.

⁹¹ UPR SWITZERLAND 2012, Recommendation 122.44.

⁹² UPR SWITZERLAND 2012, Recommendation 123.81. Ende 2012 befindet sich diese Empfehlung noch in Überprüfung durch die Schweiz im Hinblick auf die Annahme oder Zurückweisung

⁹³ CRC, Concluding Observations Switzerland 2002, Ziff. 33.

⁹⁴ In Art. 126 Abs. 1 und 2 StGB heisst es: „(1) Wer gegen jemanden Tötlichkeiten verübt, die keine Schädigung des Körpers oder der Gesundheit zur Folge haben, wird, auf Antrag, mit Busse bestraft. (2) Der Täter wird von Amts wegen verfolgt, wenn er die Tat wiederholt begeht: a. an einer Person, die unter seiner Obhut steht oder für die er zu sorgen hat, namentlich an einem Kind.“

⁹⁵ CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 23.

⁹⁶ Parlamentarische Initiative von VERMOT-MANGOLD (06.419) vom 24. März 2006. Der Nationalrat beschloss am 2. Dezember 2008, der Initiative keine Folge zu geben.

1.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz⁹⁷

[93] Es gibt keine genauen Angaben über die Zahl von Opfern körperlicher Bestrafungen unter 18 Jahren. Nach der Statistik der Opferhilfe meldeten sich in den Jahren 2007, 2008 und 2009 jeweils 1339, 1333 und 1395 Kinder als Opfer von Körperverletzungen (im Sinne der Art. 122, 123 und 125 StGB, jedoch nicht im Sinne des Art. 126 StGB).⁹⁸ Gemäss einer Studie der Universität Fribourg von 2004⁹⁹ auf Grundlage einer repräsentativen Stichprobe von Eltern erleiden mehr als 40 % der Kinder unter 4 Jahren Körperstrafen. Die jüngsten Kinder werden am meisten „gezüchtigt“, insbesondere Knaben. In der Schweiz sind jedes Jahr, in allen Altersstufen, zehntausende von Kindern von Körperstrafen betroffen.

[94] Art. 302 Abs. 1 ZGB schreibt den Eltern vor, die körperliche, geistige und sittliche Entfaltung des Kindes zu fördern und zu schützen. Der Änderungsentwurf des Zivilgesetzbuches sieht in Bezug auf das Sorgerecht in Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 E-ZGB vor, dass das Sorgerecht dem gewalttätigen Elternteil entzogen werden kann.¹⁰⁰ Ferner sind Körperstrafen durch die Schulordnungen und die Vorschriften der Institutionen verboten, ebenso wie in einem gewissen Mass durch das Strafrecht.¹⁰¹ Das Strafgesetzbuch verfolgt *ex officio* Körperverletzungen (Art. 122, 123 Kap. 2 und 125 Abs. 2 StGB) sowie gegen ein Kind wiederholt begangene Tötlichkeiten (Art. 126 Abs. 2 StGB). Bei fahrlässiger Schädigung an Körper oder Gesundheit (Art. 125 Abs. 1 StGB) oder bei Tötlichkeiten, die nicht wiederholt begangen werden (Art. 126 Abs. 1 StGB; Art. 126 Abs. 2 lit. a StGB *a contrario*), beide Tatbestände die nur auf Strafklage hin verfolgt werden, erlangt das Kind keinen Schutz, umso weniger als es nicht über die notwendige Urteilsfähigkeit verfügt, um Anzeige zu erstatten.¹⁰² Es handelt sich um eine schwere Lücke im schweizerischen Rechtssystem, die, wie zu befürchten ist, nicht so bald geschlossen wird. Der 2012 erschiene UPR-Bericht der Schweiz weist in der Tat darauf hin, dass die Schaffung eines besonderen Gesetzes nicht notwendig ist.¹⁰³

[95] Im heutigen Zeitpunkt besteht kein Gesetzestext, der für die Eltern gegenüber ihren Kindern ein Züchtigungsrecht enthält.¹⁰⁴ Dennoch kann man sich im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts und trotz der internationalen, von der Schweiz ratifizierten Texte fragen, inwieweit ein Züchtigungsrecht nicht geduldet wird. Laut einem Bundesgerichtsurteil aus dem Jahre 2003 konnte man „die Frage im vorliegenden Fall unbeantwortet lassen, in

⁹⁷ Vgl. auch NICOLE HITZ QUENON/PHILIP D. JAFFÉ, Verbot der Gewaltanwendung in der Erziehung. Die rechtliche Situation in der Schweiz in Zusammenhang mit Körperstrafen und anderen Formen grausamer und erniedrigender Bestrafung von Kindern. Newsletter - SKMR Nr. 6 vom 27. Juni 2012.

⁹⁸ BFS, Statistik der Opferhilfe (Stand 1.11.2011).

⁹⁹ DOMINIK SCHÖBI/MEINRAD PERREZ, Bestrafungsverhalten von Erziehungsberechtigten in der Schweiz. Eine vergleichende Analyse des Bestrafungsverhaltens von Erziehungsberechtigten 1990 und 2004, Fribourg 2004, S. 45; http://kinderschutz.ch/cmsn/files/u169/2004_Bestrafungsverhalten.pdf (am 2. März 2012 gesichtet).

¹⁰⁰ BUNDESRAT, Gewalt und Vernachlässigung in der Familie: notwendige Massnahmen im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe und der staatlichen Sanktionierung. Bericht vom 27. Juni 2012 als Antwort auf das Postulat FEHR (07.3725) vom 5. Oktober 2007. S. 35 und 44; CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, Ziff. 154.

¹⁰¹ CSDH/SKMR, Etude de suivi EPU / Follow-up Bericht UPR 2012, Recommandation 57.23, S. 106 f; CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, Ziff. 152.

¹⁰² Art. 30 Abs. 3 StGB.

¹⁰³ UPR SWITZERLAND 2012, Ziff. 250.

¹⁰⁴ Der Art. 278 aZGB, der ein Züchtigungsrecht vorsah, wurde 1978 ausser Kraft gesetzt.

welchem Masse noch ein Recht bestand, leichte Körperstrafen zuzufügen“.¹⁰⁵ In einer widerlichen Angelegenheit aus dem Kanton Waadt wies das Bundesgericht darauf hin, dass die begangenen Gewalt beinhaltenden Handlungen „weit über das hinausgingen, was unter das allfällige Recht, Züchtigungen leichter Art vorzunehmen, fallen würde“.¹⁰⁶ Da das Bundesgericht sich nicht klar über die Zulässigkeit eines Züchtigungsrechts äusserte, hat es in seiner Einschätzung mehrere problematische, weil verhältnisabhängige Kriterien aufgestellt. Es handelt sich dabei um die Kriterien der Wiederholung von Handlungen körperlicher Gewalt, deren Heftigkeit und deren soziale Akzeptanz je nach dem Lebensmilieu.¹⁰⁷

[96] 2009 hat das Schweizerische Netzwerk Kinderrechte deutlich gemacht¹⁰⁸, dass die Schweiz mit der Ablehnung der Initiative VERMOT-MANGOLD, „*hinter der vom Europarat 2008 lancierten Kampagne gegen Körperstrafen und der Rechtslage in praktisch allen westeuropäischen Staaten hinten nach[hinkt]*“.¹⁰⁹ Und schliesslich startete die Stiftung Kinderschutz Schweiz 2010 als Reaktion auf die Ablehnung der Initiative VERMOT-MANGOLD eine Kampagne gegen Körperstrafen und für eine gewaltfreie Erziehung.¹¹⁰

1.3. Zu treffende Massnahmen

[97] Entsprechend den UNO-Empfehlungen müssen noch mehrere Massnahmen getroffen werden, um die Kinder voll und ganz vor Körperstrafen zu schützen. Es geht dabei darum, in Form grossangelegter Kampagnen die Eltern zu informieren und zu sensibilisieren, was von der Schweiz im Rahmen der UPR 2012¹¹¹ angenommen wurde, und so eine positive elterliche Einstellung ohne Verwendung physischer und/oder psychischer Gewalt in der Erziehung zu fördern. Ferner sollte eine spezifische Ausbildung für alle mit Kindern arbeitenden Fachkräfte obligatorisch gemacht werden. Und schliesslich wäre es angemessen, angesichts der gegenwärtigen lückenhaften Gesetzgebung klare gesetzliche Grundlagen zu schaffen, die jede Körperstrafe von Kindern verbieten, aber auch systematisch bei Adoptionsverfahren oder bei der Revision entsprechender Gesetzestexte an das Verbot derartiger Praktiken zu erinnern.¹¹²

2. Sexueller Missbrauch

[98] Gemäss der Allgemeinen Bemerkung (General comment) Nr. 13 des Ausschusses für die Rechte des Kindes ist unter sexuellem Missbrauch Folgendes zu verstehen: Ein Kind an-

¹⁰⁵ BGE 129 IV 216, Erw. 2.5, S. 222 : « laisser en l'espèce sans réponse la question de savoir dans quelle mesure le droit d'infliger de légères corrections corporelles exist[ait] encore ».

¹⁰⁶ Urteil des Bundesgerichts 6S.178/2005 vom 22. Juni 2005, Erw. 3.2. : « (...) les violences commises dépassaient largement ce qui était admissible au regard d'un éventuel droit de correction ».

¹⁰⁷ CSDH/SKMR, Etude de suivi EPU / Follow-up Bericht UPR 2012, Recommandation 57.23, S. 106.

¹⁰⁸ NETZWERK KINDERRECHTE SCHWEIZ, Zweiter NGO-Bericht an den Ausschuss für die Rechte des Kindes, Bern 2009, Punkt 3.3.

¹⁰⁹ Weltweit haben rund dreissig Länder gesetzliche Grundlagen für das ausdrückliche Verbot von Körperstrafen an Kindern geschaffen. <http://www.endcorporalpunishment.org/pages/pdfs/charts/Chart-Global.pdf> (Gesichtet am 01.02.2011).

¹¹⁰ Stiftung Kinderschutz Schweiz, Verbot von Gewalt in der Erziehung, Bern 2010.

¹¹¹ UPR SWITZERLAND 2012, Recommandation 122.44.

¹¹² Siehe auch die konkreten Vorschläge in: CSDH/SKMR, Etude de suivi EPU / Follow-up Bericht UPR 2012, Recommandation 57.23, S. 107f..

stiften oder zwingen, eine rechtswidrige beziehungsweise emotional schädliche sexuelle Handlung zu vollziehen.¹¹³ Der Ausschuss präzisiert, dass unter dem Begriff des sexuellen Missbrauchs jede sexuelle Handlung zu verstehen ist, die von einem Erwachsenen einem Kind aufgezwungen wird und eine strafrechtliche Folge hat. Unter klar definierten Umständen (signifikanter Altersunterschied, Drohungen oder Einsatz von Druckmitteln usw.) spricht man auch von sexuellem Missbrauch unter Minderjährigen.¹¹⁴

2.1. Internationale Empfehlungen

[99] Es wurde keine spezifische Empfehlung an die Schweiz gerichtet. Allerdings hat der Ausschuss für die Kindesrechte der Schweiz in allgemeiner Weise empfohlen, Untersuchungen über die gegen Kinder gerichtete Gewalt und Misshandlungen, einschliesslich sexueller Misshandlungen, insbesondere im familiären Rahmen, durchzuführen.¹¹⁵ Der Ausschuss für die Rechte des Kindes hat die Schweiz dazu eingeladen, entsprechende Untersuchungen über Fälle sexueller Misshandlungen durchzuführen.¹¹⁶

2.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz

[100] Der sexuelle Missbrauch von Kindern ist ein heikles und komplexes Studienggebiet, dessen Fakten aus verschiedenen Quellen mit unterschiedlichem Genauigkeitsgrad stammen.¹¹⁷ Die objektivsten Fakten stammen aus Kriminalitätsstatistiken (Polizei, Gerichtssystem usw.). Nach Angaben des BFS wurden 2010 1280 Personen (1077 Erwachsene und 203 Minderjährige) wegen strafbarer Handlungen gegen die sexuelle Integrität (Art. 187 bis 200 SGB) verurteilt. Unter ihnen wurden 388 (318 Erwachsene und 70 Minderjährige), d.h. 30,31% wegen sexueller Handlungen mit Kindern (Art. 187 SGB) verurteilt.¹¹⁸ 2010 wurden 548 Erwachsene und 133 Minderjährige sexueller Handlungen mit Kindern beschuldigt, die übergrosse Mehrheit von ihnen waren Männer.¹¹⁹ 2009 gab es der Statistik der Opferhilfe zufolge 3441 Konsultationen wegen sexueller Handlungen mit Kindern, davon 1921 (d. h. 55,83 %) innerhalb des Familienkontextes.¹²⁰

[101] Aus mehreren Gründen¹²¹ scheint die wirkliche Ausbreitung unterschätzt zu werden, und es herrscht allgemein Übereinstimmung darüber, dass die Methodologie, mit der Aus-

¹¹³ CRC, General Comment No. 13 (2011), Ziff. 25.

¹¹⁴ CRC, General Comment No. 13 (2011).

¹¹⁵ CRC, Concluding Observations Switzerland 2002, Ziff. 39 lit. a.

¹¹⁶ CRC, Concluding Observations Switzerland 2002, Ziff. 39 lit. d.

¹¹⁷ PHILIP D. JAFFÉ, Child and adolescent sexual abusers: For a rehabilitative approach driven by scientific evidence, in: Council of Europe (Hrsg.), Protecting children against sexual abuse: A comprehensive approach, Strasbourg 2010, S. 225 ff.: www.coe.int/t/dg3/children/1in5/Source/PublicationSexualViolence/Jaffé.pdf.

¹¹⁸ BFS, Strafurteilsstatistik zur Verurteilung von Erwachsenen, Verurteilungen für strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität (Art. 187-200 StGB) (Stand vom 30.06.2010); BFS, Jugendstrafurteilsstatistik, Verurteilungen von Jugendlichen für strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität, (Art. 187-200 StGB) (Stand vom 27.09.2011).

¹¹⁹ BFS, Polizeiliche Kriminalstatistik, Verurteilungen wegen sexuellen Handlungen mit Kindern, Art. 187 StGB, (Stand vom 11.02.2011).

¹²⁰ BFS, Statistik der Opferhilfe (Stand vom 01.09.2011).

¹²¹ Zahlreiche an Kindern begangene Sexualdelikte werden der Polizei nicht mitgeteilt. Von jenen den Ordnungskräften mitgeteilten Fällen erfährt eine noch geringere Zahl eine juristische Bewertung. Diese Fest-

breitungsschätzungen eruiert werden, die näher an der Lebenswirklichkeit der Kinder sind, aus Untersuchungen mit Schulkindern der allgemeinen Bevölkerung stammt. Die Veröffentlichung (im März 2012) der Ergebnisse der Studie der UBS Optimus Foundation¹²² nennt Ausbreitungsraten von 22 % bei Mädchen und 8 % bei Knaben für mindestens einmal vor dem letzten Jahr der Schulpflicht (9. Jahr) erlittenen Missbrauch. Diese Prozentsätze bestätigen jene der viel zitierten Genfer Studie von 1996, die auf einer bemerkenswert ähnlichen Methodologie, wenn auch von geringerem Massstab, beruht.¹²³ Ein jüngerer systematischer Überblick (Metaanalyse) der in der Schweiz durchgeführten Studien zeigt, dass die helvetischen Prävalenzstudien sich im Allgemeinen in der Spanne der internationalen Durchschnittsrate der Ausbreitung bewegen (geschätzt bei 20 % für Mädchen und 8 % für Knaben).¹²⁴ Die grosse Stabilität der Ausbreitungsraten legt nahe, dass gründlich über die Wirksamkeit der bisher entwickelten Präventionsmassnahmen nachgedacht werden muss.

[102] Wie in mehreren Nachbarländern, insbesondere Belgien, fand im lokalen und nationalen Massstab ein erheblicher populärer und politischer Bewusstseinsprozess statt, und zwar im Kielwasser schockierender Sittenangelegenheiten, die mit Gewalt gegen Minderjährige einhergingen. Die Medienaufmerksamkeit und die Empörung in der Bevölkerung, konkretisiert durch den Erfolg von Verbänden wie *Marche blanche* (Weisser Marsch), führten zu wichtigen Revisionen der Strafmassnahme¹²⁵ gegen Täter sexueller Misshandlungen, lenkten aber auch die Aufmerksamkeit auf die Opfer und das Betreuungsangebot. Dadurch waren die letzten Jahre reich an sowohl öffentlichen als auch privaten politischen Initiativen der Sensibilisierung und Prävention auf nationaler¹²⁶ wie lokaler Ebene.¹²⁷ Schliesslich blieben auch die uni-

stellung gilt für die Schutz- und therapeutischen Einrichtungen (insbesondere psycho-sozialmedizinische Einrichtungen), welche Minderjährige aufnehmen, unterstützen und pflegen, die vorbringen, sexuelle Misshandlungen erlitten zu haben. Abgesehen von der Tatsache, dass es für diese Situationen keine standardisierten Aufnahmemodi gibt, oder auch, dass bei Weitem nicht alle diese Vorkommnisse den Ordnungskräften mitgeteilt werden, ist es auch wahrscheinlich, dass nur die Fälle von Missbrauch ernsteren Charakters im System der Schutz- und therapeutischen Einrichtungen Aufnahme findet.

¹²² MARGIT AVERDIJK/KATRIN MÜLLER-JOHNSON/MANUEL EISNER, UBS Optimus Foundation (www.optimusstudy.org), 2011.

¹²³ DANIEL S. HALPÉRIN/PAUL BOUVIER/PHILIP D. JAFFÉ/ROGER-LUC MOUNOUD/CLAUS H. PAWLAK/JÉRÔME LAEDERACH/HÉLÈNE REY WICKY/FLORENCE ASTIÉ, Prevalence of child sexual abuse among adolescents in Geneva: Results of a cross sectional survey. *British Medical Journal*, 312, (1996), S. 1326 ff.

¹²⁴ VERENA SCHÖNBUCHER/THOMAS MAIER/LEONHARD HELD/MEICHUN MOHLER-KUO/ULRICH SCHNYDER/MARKUS A. LANDOLT, Prevalence of child sexual abuse in Switzerland: A systematic review, *Swiss Medical Weekly*, 140, 2011, <http://www.smw.ch/content/smw-2011-13123/> (gesichtet am 2. März 2012).

¹²⁵ Am 30. November 2008 haben das Volk und die Kantone der Volksinitiative „Für die Unverjährbarkeit pornografischer Straftaten an Kindern“ zugestimmt, und somit das Inkrafttreten des neuen Art. 123b der Bundesverfassung ermöglicht: „Die Verfolgung sexueller oder pornografischer Straftaten an Kindern vor der Pubertät und die Strafe für solche Taten sind unverjährbar.“

¹²⁶ Zur Veranschaulichung seien der „Massnahmenplan 2008 ‘Jugend und Gewalt’ zitiert, der von der KKJPD angenommen wurde, ferner die Kampagne „Keine sexuelle Gewalt an Kindern“ der Stiftung Kinderschutz Schweiz, die Gründung des „Schweizerischen Bündnisses zur Prävention von sexueller Gewalt an Kindern und Jugendlichen“, der Start der Kampagne „Keine sexuellen Übergriffe im Sport“ usw. (vgl. STIFTUNG KINDERSCHUTZ SCHWEIZ, Vorschlag für ein nationales Kinderschutzprogramm NKP 2010-2020, Endbericht, Teil IV ; Materialien zum Kapitel „Prävention von Sexualstraftaten an Kindern“ des Expertenberichts vom 31. Dezember 2009 S. 12 ff.).

¹²⁷ Zum Beispiel die Gründung eines *Centre de consultation pour les victimes d'abus sexuels* (CTAS Association) in Genf im Jahr 2000. Dieses Zentrum war ein Wegbereiter durch sein Angebot verschiedener Dienste für minderjährige Opfer von sexuellen Misshandlungen und der Betreuung minderjähriger Täter sexueller Gewalt (deren Opfer meistens ebenfalls Minderjährige sind). Oder auch die Bildung von Zentren wie das *Forensische Institut Ostschweiz* in Frauenfeld (<http://www.forio.ch>), das spezialisierte juristische und therapeutische Hilfe bietet. Diese Beispiele ergänzen das in der Schweiz besonders dichte An-

versitären Kreise nicht untätig, denn verschiedene Zentren oder Ausbildungsstätten wurden geschaffen.¹²⁸ Auch die Berufspraktiken änderten sich grundlegend (Bsp: Einschränkung des Begriffs des Berufs- und Amtsgeheimnisses, neue Definition der sozialen und/oder Polizeiuuntersuchung in Verbindung mit dem Begriff der Einmischung in die Privatsphäre der Familie).

[103] Trotz dieses Bewusstwerdens eines wichtigen gesellschaftlichen Problems auf mehreren Ebenen ist das Fehlen einer gemeinsamen Präventionspolitik zu bedauern, ebenso wie der Mangel an Koordinationsorganen oder auch an Netzwerkarbeit, die alle betroffenen Kreise einbezieht (politische Behörden, Schulen, Polizei, Justiz, Verbände und Stiftungen, usw.). In der Schweiz fehlt somit eine Gesamtsicht über die Problematik des sexuellen Missbrauchs von Kindern.¹²⁹ Diese Situation ist besonders in Anbetracht der Tatsache unerfreulich, dass beim Kinderschutz die Datensammlung bei weitem nicht gleich breit entwickelt ist wie bei den Themen der Gesundheit oder der Erziehung. Entsprechend fehlt es an Indikatoren auf dem Gebiet sexueller Gewalt gegen Kinder. Zwar gibt es zahlreiche Initiativen in Richtung Prävention; sie werden jedoch unorganisiert umgesetzt. Es ist dringend geboten, die Präventionsprogramme auf die Familie und die nahen Verwandten zu richten, ebenso auf Institutionen und Personen, die sich um die Kinder kümmern, auf die Kinder selbst und auf potentielle oder bereits aktiv gewordene Täter. Sie müssen sich ferner auf Herangehensweisen einstellen, deren Effizienz durch wissenschaftliche Studien bestätigt wurde (*evidence-based*).

[104] Es sei auf strafrechtlicher Ebene daran erinnert, dass Art. 187 Abs. 1 StGB besonders das Begehen einer sexuellen Handlung an einem Kind unter 16 Jahren sowie den Tatbestand, ein Kind dieses Alters zu einer sexuellen Handlung zu veranlassen oder es in sie einzubeziehen, ahndet. Da das Schutzalter in sexuellen Fragen auf 16 Jahre festgelegt wurde, sind Kinder zwischen 16 und 18 Jahren nur unter bestimmten Umständen geschützt.¹³⁰ Art. 19 KRK schützt seinerseits Kinder von 0 bis 18 Jahren vor sexueller Gewalt, und zwar ohne

gebot an medizinischer FrühErkennung (zum Beispiel die pädiatrischen oder pädo-psychiatrischen Dienste, die sozialen Dienste (der Dienst zum Schutz von Minderjährigen) und die Polizeidienste.

¹²⁸ Die Universität Lausanne schuf 2006 ein *Observatoire de la maltraitance envers les enfants*, das einen organisierten *corpus* von Erkenntnissen erstellen sowie auf diesem Gebiet die Forschung und die Organisation von Fachausbildungen vorantreiben möchte. Zahlreiche spezialisierte Ausbildungseinheiten wurden erarbeitet, damit Fachleute, insbesondere aus den Bereichen Medizin, Justiz, Polizei und Soziales, die notwendigen Kompetenzen für den Umgang mit Minderjährigen, die Opfer von Sexualmissbrauch und anderen Formen von Misshandlungen wurden, erwerben können. Die *Berner Fachhochschule (Fachbereich Soziale Arbeit)* oder das *Universitätsinstitut Kurt Bösch*, verbunden mit dem *Internationalen Institut für die Rechte des Kindes* (IDE) in Sitten, bieten innovative Programme auf dem Gebiet von Interventionen im Kinderschutz und der Sammlung von Aussagen von Kinderopfern im polizeilichen und/oder juristischen Kontext an. Die Anhörung von Kindern, die Opfer sexuellen Missbrauchs wurden, ist auch Gegenstand einer Lehrveranstaltung für Polizisten in Ausbildung im *Schweizerischen Polizei-Institut*. Diese polizeiliche Kompetenz ist eine unumgängliche Voraussetzung für die Ausbildung von Polizisten, die auf die Sammlung (entsprechend der in der OHG enthaltenen Bestimmungen und der Bundesgerichtsrechtsprechung) von Berichten von Minderjährigen, die vorbringen, Handlungen sexuellen Charakters erlitten zu haben, spezialisiert sind.

¹²⁹ Der Gedanke eines Koordinationsorgans wurde 2008 teilweise durch die Gründung des Vereins PPP-PROGRAMME NATIONAL POUR LA PROTECTION DE L'ENFANT (<http://www.ppp-protection-enfance.ch>) in Form einer öffentlich-privaten Partnerschaft konkretisiert. Allerdings wurden die Struktur des Vereins und die partielle Delegation ihrer Aufgaben an private Organismen kritisiert. Der Verein hat zurzeit seine Tätigkeit für eine Bedenkzeit eingestellt.

¹³⁰ Nach Art. 188 Abs. 1 StGB wird bestraft, „Wer mit einer minderjährigen Person von mehr als 16 Jahren, die von ihm durch ein Erziehungs-, Betreuungs- oder Arbeitsverhältnis oder auf andere Weise abhängig ist, eine sexuelle Handlung vornimmt, indem er diese Abhängigkeit ausnützt, wer eine solche Person unter Ausnutzung ihrer Abhängigkeit zu einer sexuellen Handlung verleitet. [...]“

Altersdifferenzierung. Die Tatsache, dass die Schweiz Kindern zwischen 16 und 18 Jahren einen geringeren Schutz gewährt, entspricht somit nicht in vollem Sinne Art. 19 KRK.

2.3. Zu treffende Massnahmen

[105] Die Schweiz erfreut sich zahlreicher öffentlicher und privater Initiativen von nationaler und lokaler Bedeutung, doch wäre es im Sinne der Wirksamkeit wünschenswert, diese Bemühungen zu koordinieren. Entsprechend wäre die Schaffung einer nationalen Plattform mit einem vollständigen Pflichtenkatalog zur Prävention von sexuellem Kindesmissbrauch zu empfehlen¹³¹, ebenso wie die Schaffung einer Datenbank zu den Hauptaspekten des Kindeschutzes. In praktischerer Hinsicht wäre die Aufstellung von koordinierten Präventionsprogrammen wünschenswert, die in der Lage wären, die Quote sexueller Gewalt gegen Kinder zu senken. In diesem Rahmen sollte auch die integrierte und interdisziplinäre regionale Ausbildung für jene Fachleute gefördert werden, die mit Kindern zu tun haben.

[106] Und was schliesslich die Behörden betrifft, scheint es wichtig, auf die Polizei- und Gerichtsverfahren einzuwirken, damit die betroffenen Minderjährigen, und zwar sowohl Täter als auch Opfer, mit der Umsicht behandelt werden, die ihrem Kinderstatus entspricht, und nicht Gefahr einer erneuten Viktimisierung laufen. Ferner sollten die politisch Verantwortlichen sich mit der Vereinbarkeit der Altersbegrenzung bei sexuellen Tatbeständen, die auf 16 Jahre festgelegt wurde, und dem von der KRK bedingungslos bis zum achtzehnten Lebensjahr gewährten Schutz auseinandersetzen.¹³²

3. Suizid

3.1. Internationale Empfehlungen

[107] In seinen Schlussbemerkungen zeigt sich der Ausschuss für die Rechte des Kindes „weiterhin besorgt über die hohe Anzahl von Suiziden unter Jugendlichen und die begrenzten Massnahmen, welche zur Bekämpfung dieses Phänomens ergriffen werden wie auch darüber, dass Jugendliche nur ungenügenden Zugang zu schulischen und ausserschulischen Beratungsdiensten haben.“¹³³ Der Ausschuss empfiehlt der Schweiz, „ (...) alle notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um Suizide unter Jugendlichen vorzubeugen. Dies umfasst auch die Sammlung und Analyse von Informationen, die Lancierung von Sensibilisierungskampagnen sowie die Schaffung spezieller Programme und Beratungsdienste.“¹³⁴

[108] Der Ausschuss über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zeigt sich besorgt über die hohe Zahl von Suiziden sowie über Berichte, aus denen hervorgeht, dass viele Suizide mit leicht zu beschaffenden Feuerwaffen begangen werden.¹³⁵ Der Ausschuss empfiehlt

¹³¹ Vgl. STIFTUNG KINDERSCHUTZ SCHWEIZ, Vorschlag für ein nationales Kinderschutzprogramm NKP 2010-2020, Endbericht, Teil IV ; Materialien zum Kapitel „Prävention von Sexualstraftaten an Kindern“ des Expertenberichts vom 31. Dezember 2009, S. 21.

¹³² Vgl. ebenfalls zu diesem Thema unter dem Kapitel Ausbeutung des Kindes, Punkte II/2.2.2. und 2.2.3.

¹³³ CRC, Concluding Observations Switzerland 2002, Ziff. 40.

¹³⁴ CRC, Concluding Observations Switzerland 2002, Ziff. 40, lit. a.

¹³⁵ CESCR, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 19.

entsprechend der Schweiz, „*wirksame Massnahmen zu treffen, um gegen den Suizid zu kämpfen, insbesondere durch die Erarbeitung und Umsetzung eines nationalen Aktionsplans zur Suizidprävention [...], systematische Untersuchungen durchzuführen sowie wissenschaftliche Studien über die tiefen Ursachen des Suizids [...], Massnahmen zu treffen, die den Zugang zu Feuerwaffen beschränken, die in den Haushalten für Bedürfnisse des Militärdienstes aufbewahrt werden*“.^{136 137}

[109] Der Menschenrechtsrat hat im Rahmen der UPR 2012 die Empfehlung an die Schweiz gerichtet „die sozialen Werte bei Kindern und Jugendlichen weiterhin mit staatlichen Programmen zu fördern, die zu einer positiven Entwicklung beitragen und Tragödien wie Suizid und Drogenkonsum verhindern“.¹³⁸

[110] Die parlamentarische Versammlung des Europarates hat die Resolution 1608 am 16. April 2008 angenommen. Sie empfiehlt verschiedene präzise Massnahmen zur Prävention von Suiziden von Kindern und Jugendlichen.¹³⁹

3.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz

[111] Die Erörterung der Zeiterscheinung *Suizidverhalten* beinhaltet die Untersuchung eines Unbehaglichkeit verbreitenden menschlichen Verhaltens, um so mehr, als dass es um den Suizid von Kindern geht. Die Thematik ist voller moralischer und religiöser Fallstricke. Ein nicht zu vernachlässigender Teil der Bevölkerung leugnet zwar nicht die Realität des Suizides, geht ihr jedoch aus dem Wege und hält eine kognitive Distanz, die Züge eines Tabus trägt. Diese fehlende Sichtbarkeit findet sich auch in den sozialen und politischen Debatten wieder, ja sogar in einer gewissen wissenschaftlichen Zurückhaltung, mit Ausnahme bestimmter Fachkreise für seelische Gesundheit.

[112] Die Schweiz gehört zu den Ländern mit wesentlich höherer Suizidrate als der Durchschnitt der europäischen Länder.¹⁴⁰ Dieser Unterschied betrifft die schweizerische Bevölkerung in ihrer Gesamtheit, sowohl Männer als auch Frauen.¹⁴¹ In der Schweiz sind

¹³⁶ Der Menschenrechtsausschuss zeigte sich in diesem Zusammenhang auch besorgt über Suizide mit Feuerwaffen und empfahl auch seinerseits der Schweiz, ihre entsprechende Gesetzgebung zu überprüfen: MRA, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 12.

¹³⁷ CESCR, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 19.

¹³⁸ UPR SWITZERLAND 2012, Recommendation 123.82. Ende 2012 befindet sich diese Empfehlung noch in Überprüfung durch die Schweiz im Hinblick auf die Annahme oder Zurückweisung.

¹³⁹ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1608 (2008), Suizid von Kindern und Jugendlichen in Europa: ein gravierendes Problem für die öffentliche Gesundheit.

¹⁴⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION, Suicide rates per 100,000 by country, year and sex: http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide_rates/en/ (gesichtet am 05.02.2012).

¹⁴¹ Die Suizidrate schwankt um 20 Suizide pro 100000 Einwohner, jeweils 25 Männer und ein wenig mehr als 10 Frauen auf 100000 Einwohner. Zu den helvetischen Eigenheiten gehören zwei besonders für Suizide anfällige Lebensabschnitte, die Jugend und das Alter. Es bestehen erhebliche Schwankungen zwischen den Kantonen und Regionen (in den letzten zwanzig Jahren war die Suizidrate in den Kantonen Appenzell und Schaffhausen doppelt so hoch wie im Tessin), grob vereinfachende und verbreitete Dichotomien wie der Gegensatz zwischen Stadt und Land halten einer strengen Prüfung jedoch nicht stand. Die Leichtigkeit, mit der sich Bewohner der Schweiz eine Feuerwaffe (insbesondere eine Militärwaffe) beschaffen können, die in den Empfehlungen der Vertragsorgane zitiert wird, und die Zahl der damit verbundenen Suizide ist eine weitere Besonderheit der Schweiz. Es ist beim Weiterdenken dieser Feststellung relativ schwer, die Tatsache zu übersehen, dass 2009 von 277 Sterbefällen durch Feuerwaffen 253 Suizide waren (ASSOCIATION STOP SUICIDE, S. 5).

Verkehrsunfälle, Freizeitunfälle und Suizide die ersten drei Todesursachen bei Jugendlichen im Alter zwischen 15 und 19 Jahren.¹⁴² Bei Kindern, das heisst bei Minderjährigen von 0 bis 18 Jahren, sind die Daten auf Grund der Altersverteilung, wie sie in den offiziellen Statistiken des BFS zu finden sind, schwer herauszuarbeiten. Im Jahre 2009, für welches die letztveröffentlichten BFS-Statistiken vorliegen, haben bei einer Gesamtzahl von 1105 Suiziden, die in der Schweiz erfasst wurden, 38 Jugendliche von 0 bis 19 Jahren den Freitod gewählt (das heisst 3,44 %).¹⁴³

[113] Diese wenig erfreuliche Situation erweist sich als umso schlimmer, wenn man den Vergleich mit den Daten einer wissenschaftlichen, besonders innovativen Studie, die vor kurzem von CYRULNIK in Frankreich durchgeführt wurde, herstellt.¹⁴⁴ Diese Studie bricht mit einem gesellschaftlichen Tabu und untersucht Suizide besonders in der Altersklasse der Kinder von 5 bis 12 Jahren. Im Massstab Frankreichs sind es nicht weniger als 30 bis 100 tatsächliche Suizide, die jährlich erfasst werden. Hinzu kommen die „analogen Suizide“, das heisst Suizide, die statistisch als Unfälle gerechnet werden. Es gibt keinen Grund daran zu zweifeln, dass auch in der Schweiz einige Sterbefälle sehr junger Kinder verschleiert bleiben und nicht der Kategorie der Suizide zugeordnet werden. Die Analyse dieses Schwellenphänomens ist sehr schwierig. CYRULNIK, der sehr vorsichtig ist, verweist auf die Parabel vom Kanarienvogel im Kohlenbergwerk.¹⁴⁵ Für CYRULNIK ist der Kindersuizid, sowie der Kanarienvogel in der Grube, ein Alarm, ein „Indikator für soziale Dysfunktionen“.¹⁴⁶

[114] Generell verfügen wir in der Schweiz nicht über eine vollständige Durchsicht über das Suizidverhalten von Kindern. Wie bei Erwachsenen ist klar, dass die Anzahl der Suizidversuche im Verhältnis zu den vollendeten Suiziden hoch ausfällt (proportional höher bei Mädchen als bei Knaben) und dass eine sehr hohe Zahl von Versuchen von den medizinischen oder psychologischen Strukturen¹⁴⁷ niemals erfasst werden.

[115] Abgesehen von den Versuchen ist es wichtig zu betonen, in welchem Masse Jugendliche oft Suizidabsichten hegen. Der geachtete Swiss multicenter adolescent survey on health (SMASH)¹⁴⁸ nennt beunruhigende Daten, die in ihrem Rohzustand einen Hinweis auf die Not einer sehr substantiellen Minderheit von Heranwachsenden geben. Zu Beginn des Jahres 2000 sagen 21,4 % der Mädchen und 15,4 % der Knaben, dass sie in den vergangenen 12 Monaten an Suizid gedacht haben; 16,7 % der Mädchen und 9,8 % der Knaben wollten sich in bestimmten Augenblicken umbringen; 22,4 % der Mädchen und 17,9 % der Knaben geben an, über die Methode nachgedacht zu haben, die sie zum Suizid benutzt hätten.

¹⁴² CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, Ziff. 96.

¹⁴³ 4 Suizide in der Altersklasse 10 bis 14 Jahre, 34 Suizide bei den 15-19jährigen.

¹⁴⁴ BORIS CYRULNIK, Quand un enfant se donne « la mort », Paris 2011.

¹⁴⁵ Die Bergleute stiegen mit einem Kanarienvogel zur Arbeit in die Grube. Wenn dieser erstickte, wussten sie, dass eine Schlagwetterexplosion nahte.

¹⁴⁶ LANEZ EMILIE, Cyrulnik face au suicide des enfants: http://www.lepoint.fr/societe/boris-cyrulnik-face-au-suicide-des-enfants-29-09-2011-1378795_23.php, Online-Artikel vom 29. September 2011 in: Le Point (gesichtet am 24.02.2012).

¹⁴⁷ Auf ungefähr 1200 bis 1400 vollendete Suizide, die jährlich in der Schweiz in allen Altersstufen begangen werden, schätzt man, dass etwa 10000 Suizidversuche in den medizinischen oder psychologischen Diensten registriert werden. Es sollen noch zwischen 20000 und 25000 unentdeckte Suizidversuche jedes Jahr hinzukommen. BAG, Suizid und Suizidprävention. Bericht in Erfüllung des Postulates WIDMER (02.3251), Bern 2005.

¹⁴⁸ SMASH, Santé et styles de vie des adolescents âgés de 16 à 20 ans en Suisse (2002), Lausanne 2004, S. 141.

[116] Neue Dimensionen des Suizides von Kindern verdienen, erwähnt zu werden. Vor allem das Internet und die sozialen Netzwerke haben eine nicht zu vernachlässigende Wirkung auf das Erscheinungsbild des Suizidverhaltens. Es ist einerseits seit einigen Jahren nachgewiesen, dass das Internet besonders anziehend für Kinder ist, die sich nicht wohl in ihrer Haut fühlen, und dass sein pathologischer Gebrauch eine depressive Symptomatologie¹⁴⁹ hervorbringen oder eine Depression verstärken kann. Andererseits haben soziale Netze eine Aufforderungswirkung für jene Jugendliche, die sich in Foren und Chats wieder finden, in denen der Suizid verherrlicht wird. Und schliesslich hat eine überzeugende wissenschaftliche Literatur den Zusammenhang zwischen Suizidverhalten und erheblichen Diskriminierungen jener Kinder und Jugendlicher nachgewiesen, deren sexuelle Identität sich zur Homosexualität hin entwickelt.

[117] Unter diesen Bedingungen wäre zu erwarten, dass sich eine starke sozialpolitische und Gesundheitsmobilisierung entfaltet, um zu versuchen, die zahlreichen persönlichen Dramen einzudämmen, deren zerstörerische Wirkungen vom Umfeld der zu Suizidverhalten neigenden Jugendlichen schmerzhaft empfunden werden (ob sich dieses nun verwirklicht oder nicht). Die Reaktion der politischen Milieus und der auf Suizidprävention spezialisierten Fachkreise ist allerdings nicht besonders stark.

[118] Ein Ausgangspunkt für die Analyse der Bemühungen des Bundes im Bereich Suizidverhaltensprävention ist das Postulat WIDMER (02.3251) zur Suizidprävention, das beim Nationalrat am 13. Juni 2002 eingereicht wurde. Dieses gab dem BAG einen Impuls, woraufhin es 2005 einen Bericht veröffentlichte, der auf das Postulat antwortet und feststellt: *„Die Faktoren, welche Individuen einem erhöhten Suizid- und Suizidversuchsrisiko aussetzen, sind komplex und interagieren miteinander“*.¹⁵⁰ Es wird bemerkt, dass nicht nur demografische Faktoren wie Alter und Geschlecht, sondern auch psychische, biologische, soziale und Umweltfaktoren, die mit der persönlichen Geschichte verbunden sind, das Risiko beeinflussen, zur Tat überzugehen. Weder Suizid noch Suizidversuche stellen eine Krankheit dar; sie sind auch nicht notwendigerweise deren Widerspiegelung. Allerdings werden sie oft von psychischen Krankheiten induziert, darunter Depressionen, Psychosen und Abhängigkeiten. Die Präventionspolitik sollte also sowohl einen Ansatz bezüglich der öffentlichen Gesundheit miteinschliessen, der sich an die Allgemeinbevölkerung richtet, wie einen zielgerichteten Ansatz, der sich an Risikopersonen wendet, die unter psychischen Störungen leiden.

[119] Man muss feststellen, dass trotz mehrerer Initiativen und nachfolgender parlamentarischer Debatten, die eine konsequente Berücksichtigung der Problematik des Suizidverhaltens einfordern¹⁵¹, der Entwurf eines Bundesgesetzes über Prävention und Gesundheitsförderung¹⁵² bisher keine Bestimmung über den Suizid und *a fortiori* den Suizid von Jugendlichen enthält.

[120] Abgesehen vom Fehlen einer koordinierten nationalen Antwort ist das Feld der Suizidprävention von Kindern auf regionaler Ebene ungleich abgedeckt durch eine Kombination von

¹⁴⁹ LAWRENCE T. LAM/ZI-WEN PENG, Effect of Pathological Use of the Internet on Adolescent Mental Health. A Prospective Study. *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, 164(10), 2010, S. 901 ff.

¹⁵⁰ BAG, Suizid und Suizidprävention in der Schweiz. Bericht in Erfüllung des Postulates WIDMER (02.3251).

¹⁵¹ Parlamentarische Initiative MEYER-KAELIN, Prävention von Suizid bei jungen Menschen (08.429); Interpellation MAURY PASQUIER, Prävention von Suizid bei jungen Menschen. Verpflichtungen einhalten (08.3320).

¹⁵² BBI 2009 7071.

Programmen medizinischer Institutionen (Krankenhäuser und Polikliniken, sowohl allgemeine als auch psychiatrische) und Initiativen von Vereinigungen.^{153, 154}

[121] Als sie 2011 die Kampagne „Pro Juventute Beratung + Hilfe 147“ zur Suizidprävention von Jugendlichen startete, bemerkte diese nationale Organisation, dass „*in der Schweiz niemals eine Präventionskampagne organisiert worden ist*“¹⁵⁵ und dass „*dringend gehandelt werden muss, insbesondere indem konkrete Projekte zur Suizidprävention lanciert und Operationen zur Sensibilisierung der Öffentlichkeit durchgeführt werden*“.¹⁵⁶ Diese Einschätzung hebt lediglich hervor, was alle Fachleute feststellen: Die Suizidgefahr bei Kindern ist sehr hoch und die integrierte soziale Antwort ist traurigerweise unzureichend. Aus dem Fehlen einer zentralen Koordination im nationalen Massstab resultiert vermutlich der Tod junger Menschen, wobei dieser hätte vermieden werden können. Zumindest führt dieses Fehlen zu einer sehr ungerechten Situation bei den Kindern, insofern manche das Glück haben, dass es in ihrem Kanton bzw. ihrer Region eine bestimmte Sensibilisierung für dieses Zeiterscheinen, die sie unerbittlich berührt, gibt, während die Mehrheit der Kinder in der Schweiz nicht in den Genuss einer Prävention kommt, die diesen Namen verdient.

3.3. Zu treffende Massnahmen

[122] Das emotionale Thema Suizid ist in der Schweiz traurige Wirklichkeit, zumal dieses Land eine der höchsten Suizidraten der Welt aufweist. Der Suizid von Kindern und Jugendlichen ist in diesem Kontext natürlich sehr ernst zu nehmen. Es gibt zurzeit keine angemessene Antwort auf diese beunruhigende Zeiterscheinung. Für die Schweiz ist es vorrangig, eine nationale Strategie der Suizidprävention zu erarbeiten und durchzuziehen; daran mangelt es derzeit, trotz der vom Ausschuss für die Rechte der Kinder ausgesprochenen Empfehlungen. In dieser Hinsicht schliesst eine wirksame Prävention signifikante Bemühungen im Bereich

¹⁵³ Die französische Schweiz, insbesondere Genf, bieten Beispiele guter Praxis. So gibt es seit 1996 ein *Centre d'étude et de prévention du suicide* und eine *Unité de crise pour adolescents (8 Betten)* in den *Hôpitaux universitaires de Genève*. Eine Telefonleitung vom Typ *Helpline*, die von spezialisierten Fachleuten geführt wird, ist rund um die Uhr zu erreichen. Die ebenfalls in Genf im Jahr 2000 gegründete *Association Stop Suicide* stellt ein Modell regionalen Engagements auf der Ebene der Suizidprävention dar, insbesondere für Jugendliche (CANEVASCINI M./MARTARELLI C./LETTIERI K., *Évaluation d'une association régionale de prévention du suicide en Suisse*. Santé publique, 20(3), 2008, S. 275 ff.: http://www.stopsuicide.ch/sources/Evaluation_article.pdf (gesichtet am 24.02.2012). Das gilt auch für die Vereinigung *IPSILO*N (Initiative zur Prävention von Suizid in der Schweiz) (www.ipsilon.ch), die auf Deutsch und Französisch arbeitet; allerdings stiess sie auf Schwierigkeiten, um signifikante Sichtbarkeit zu erreichen. Das *Suizid-Netz Aargau* (www.suizid-netz-aargau.ch/) ist ebenfalls eine Initiative für Information und Prävention auf kantonaler Ebene, unter anderem stellt es ausgezeichnetes pädagogisches Material zur Verfügung. „*Zwischen Lebenslust und Lebensfrust. Eine Unterrichts- und Interventionshilfe zur Suizidprävention*“ von der Fachhochschule Nordwestschweiz, zeigt, wie berechtigt die Sorge über das Phänomen des Suizidverhaltens der Kinder ist (www.fhnw.ch/ph/iwb/download/gesundheitsunterrichtsmaterial). Erwähnt sei auch das ausgezeichnete Projekt zur Sensibilisierung und Suizidprävention, das der Kanton St. Gallen seit 2009 im Rahmen der Kampagne „*sicher! gesund!*“ realisiert (AMT FÜR VOLKSSCHULE ST.GALLEN, Jugendsuizid. Prävention und Intervention an Schulen, St. Gallen 2009 http://www.schule.sg.ch/home/volksschule/dienstleistungen/fachstellen/Jugend_und_Gesellschaft.Par.0018.DownloadListPar.0010.File.tmp/1-8%20Jugendsuizid.pdf (gesichtet am 2. März 2012).

¹⁵⁴ AMT FÜR VOLKSSCHULE ST. GALLEN, Jugendsuizid. Prävention und Intervention an Schulen, St. Gallen 2009: http://www.schule.sg.ch/home/volksschule/dienstleistungen/fachstellen/Jugend_und_Gesellschaft.Par.0018.DownloadListPar.0010.File.tmp/1-8%20Jugendsuizid.pdf (gesichtet am 2. März 2012).

¹⁵⁵ In ihren Antworten an den Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hat die Schweiz übrigens darauf hingewiesen, dass es keinen nationalen Plan zur Suizidprävention gibt: CESCR, Responses Switzerland 2010, Ziff. 253.

¹⁵⁶ Ibid.

Internet¹⁵⁷ ein, ferner eine wirksame Einschränkung des Zugangs zu Feuerwaffen für Kinder sowie eine stärkere Bekämpfung der Belästigung und Diskriminierung von Jugendlichen, deren sexuelle Entwicklung sich in Richtung Homosexualität bewegt. Damit alle Kinder in den Genuss eines Minimums an Sensibilisierung und Prävention kommen, unabhängig von der Region, in der sie leben, ist es wesentlich, im Schulbereich eine wissenschaftlich anerkannte Standardprävention einzubinden.

[123] Da der Suizid oft von einer psychischen Krankheit induziert wird, sollte die entsprechende Prävention auch Teil der Politik der öffentlichen Gesundheit sein. Zwar sind in dieser Hinsicht Initiativen in einigen Kantonen ergriffen worden, es ist jedoch wichtig, das Netz der medizinisch-psychologischen Erfassung und Betreuung von Kindern zu stärken, die an verschiedenen Formen von Depression leiden. Ferner sollte die Frage der Suizidprävention von Kindern im Kontext der Umsetzung des künftigen Bundesgesetzes über die Prävention und Gesundheitsförderung neu bewertet werden.

[124] Um handeln zu können, müssen Studien gefördert werden, die dazu beitragen können, die Ursachen von Suiziden von Jugendlichen zu erkennen.¹⁵⁸ Ebenso sollte in allen Ausbildungen von mit Kindern beschäftigten Fachkräften die Integration neuester interdisziplinärer Module über die Suizidprävention und die Entwicklung eines akademischen Zweiges der Suizidologie gefördert werden.

III. SCHLUSSFOLGERUNG

[125] Jede in diesem Kapitel behandelte Problematik verdient die Erwägung von Massnahmen, die auf die Empfehlungen mehrerer Vertragsorgane antworten und darauf abzielen, die Not der schweizerischen Kinder zu verringern.

[126] Die Schweiz wird ausdrücklich aufgefordert, Körperstrafen zu verbieten. In der Zwischenzeit erfordert ein Eindämmen dieser Praxis Kampagnen zur Sensibilisierung und Information der Eltern, damit diese pädagogische Alternativen überdenken, die auf einer wohltuenden Behandlung und positiver Elternschaft gründen. Eine besondere Ausbildung über die Rechte der Kinder für alle Fachleute, die mit Kindern arbeiten, würde es erlauben, *„den Status des Kindes als Träger von Menschenrechten herauszustellen, die Kenntnis und das Verstehen der Konvention zu erhöhen und den tatsächlichen Respekt all ihrer Bestimmungen zu fördern“*.¹⁵⁹

[127] Die grosse Verbreitung des sexuellen Missbrauchs von Kindern erfordert unbedingt die Schaffung einer nationalen Präventionsplattform und die Erstellung einer Datenbank zu den Hauptaspekten des Kindesschutzes. Ferner sind koordinierte Präventionsprogramme mit ver-

¹⁵⁷ Bsp. das Schliessen von Websites, die den Suizid verherrlichen.

¹⁵⁸ Das betrifft u. a. die Schaffung eines beständigeren Überwachungsprozesses in Bezug auf das Suizidverhalten von Kindern und die Förderung wissenschaftlicher Aktivitäten, die zur Erarbeitung von zuverlässigen Indikatoren im Zusammenhang mit dem Phänomen und seinen Schwellenkomponenten wie zum Beispiel das Suizidverhalten bei Kindern unter 12 Jahren oder auch die Rolle des Internets und der sozialen Netzwerke bei der Propagierung des Suizids.

¹⁵⁹ CRC, General Comment No. 5 (2003), Ziff. 53. (The purpose of training is to emphasize the status of the child as a holder of human rights, to increase knowledge and understanding of the Convention and to encourage active respect for all its provisions.)

schiedenen Zielgruppen (Eltern, Kinder, Täter usw.) dringend geboten, um zu versuchen, die Ausbreitung dieser Zeitererscheinung einzuschränken.

[128] Die Situation des Suizidverhaltens von Kindern und Jugendlichen ist sehr besorgniserregend. Eine nationale Präventionsstrategie müsste darauf ausgerichtet sein, die gegenwärtigen Mittel der Erfassung und Betreuung von Risikokindern zu stärken. Sie könnte neue pathogene Quellen wie den schädlichen Einfluss des Internets auf die Suizidneigung bekämpfen.

[129] Generell bleiben die erstrebten Ziele immer die gleichen:

- Die Zeitererscheinungen wissenschaftlich besser untersuchen und ihre Besonderheiten eingrenzen.
- Die wirksamen Präventionsantworten (*evidence-based*) über die Grenzen der Kantone und der Leistungsträger hinaus koordinieren.
- Die Schulung der Fachleute im Kontakt mit Kindern und Eltern verbessern.

AUSBEUTUNG DES KINDES

Von Fanny Balmer (sexuelle Ausbeutung) und Daniel Stoecklin (Ausbeutung durch Bettelerei und Diebstahl)¹⁶⁰

I. EINLEITUNG

[130] Die Ausbeutung des Kindes ist eine umfangreiche Thematik, die insbesondere umfasst: Ausbeutung zu sexuellen Zwecken, Ausbeutung bei der Arbeit, wirtschaftliche Ausbeutung, Ausbeutung für den Drogenhandel, Ausbeutung für Betteln oder Diebstahl sowie Ausbeutung von Kindern in bewaffneten Konflikten.¹⁶¹

[131] Die ausgebeuteten Kinder, insbesondere jene, die auf diese Weise dazu verleitet werden, Straftaten zu begehen, werden oft wie Kriminelle behandelt. Sie sollten jedoch vor allem als Opfer betrachtet und als solche geschützt werden. Es ist also notwendig, dass sie über den Opferschutz, den das Strafverfahren gewährt, in den Genuss aller Schutzmassnahmen kommen, die in den Art. 307ff ZGB vorgesehen sind. Das schweizerische Recht sieht eine Abstufung der Schutzmassnahmen für das Kind vor, die von der Ermahnung der Eltern an ihre Pflichten bis zum Entzug der elterlichen Sorge gehen, über die Ernennung eines Betreuers, die Unterbringung der Kinder und die Aberkennung des Sorgerechts. Diese Massnahmen müssen in gleicher Weise bei allen Kindern angewandt werden, unter Beachtung ihres Wohls, unabhängig von ihrem Status.

[132] Da dieses Kapitel nicht den Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, wird es sich auf die Frage der sexuellen Ausbeutung des Kindes und auf jene der Ausbeutung durch Betteln und Diebstahl beschränken.

II. SEXUELLE AUSBEUTUNG DES KINDES

[133] Als Ergebnis des Ersten Weltkongresses gegen sexuelle Ausbeutung von Kindern zu kommerziellen Zwecken, der 1996 in Stockholm stattfand, wurde der Begriff der sexuellen Ausbeutung der Kinder zu kommerziellen Zwecken definiert als „alle Formen der sexuellen Misshandlung, begangen durch einen Erwachsenen und begleitet von einer Bezahlung des Kindes oder eines Dritten in Geld oder Sachwerten“.¹⁶²

[134] Anlässlich des Dritten Weltkongresses gegen sexuelle Ausbeutung von Kindern und Jugendlichen in Rio 2008 haben Regierungen, NGOs und die Zivilgesellschaft ebenso wie die Kinder und Jugendlichen ihre Sorge gegenüber der Praxis der sexuellen Ausbeutung von Kin-

¹⁶⁰ In Zusammenarbeit mit Nicole Hitz Quenon.

¹⁶¹ Der Begriff Ausbeutung des Kindes umfasst die „schlimmsten Formen von Kinderarbeit“, wie sie Art. 3 der Konvention C 182 der IAO über die schlimmsten Formen von Kinderarbeit definiert.

¹⁶² Erklärung und Aktionsprogramme, 1. Weltkongress gegen die sexuelle Ausbeutung von Kindern zu kommerziellen Zwecken, Kap. 5, siehe unter <http://www.csecworldcongress.org/fr/stockholm/outcomes/index.htm>. Siehe auch die Definition des Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung Rec (2001) 16, Art. 1 Abs. 1 b: „Der Ausdruck *sexuelle Ausbeutung* ist ein allgemeiner Begriff, der unter anderen Pornografie, Kinderprostitution und sexuelle Versklavung sowie den Kinderhandel zu diesen Zwecken einschliesst“.

dern und Jugendlichen erneut zum Ausdruck gebracht. Auch in der Schweiz war diese Frage Gegenstand von Empfehlungen seitens der zuständigen Kontrollorgane für die Umsetzung der internationalen Verträge.

[135] Das vorliegende Kapitel wird sich auf die drei folgenden Aspekte sexueller Ausbeutung konzentrieren: Kinderprostitution, Kinderpornografie und Kinderhandel zu sexuellen Zwecken.

1. Internationales Recht und Umsetzung in der Schweiz

1.1. Auf allgemeiner Ebene

[136] Zur sexuellen Ausbeutung des Kindes gibt es folgende für die Schweiz relevante internationale Instrumente auf allgemeiner Ebene:

- *KRK*: Art. 19 und 34 KRK fordern die Mitgliedsstaaten auf, alle Massnahmen zu ergreifen, um die Kinder vor Ausbeutung und sexueller Gewalt zu schützen.¹⁶³ Art. 35 KRK fordert von den Mitgliedsstaaten, dass sie alle angemessenen Massnahmen auf nationaler, bilateraler und multilateraler Ebene ergreifen, um insbesondere den Kinderhandel, für welche Zwecke und unter welcher Form auch immer, zu unterbinden.
- *Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie (OPSC)*.
- *Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*: Art. 6 fordert die Mitgliedsstaaten auf, alle angemessenen Massnahmen zu ergreifen, um den Frauenhandel und die Ausbeutung der Prostitution der Frauen zu unterbinden.
- *Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe*.
- *Pakt I*: Art. 10 Abs. 3 schützt Kinder vor wirtschaftlicher und sozialer Ausbeutung.
- *Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 15. November 2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität*.¹⁶⁴
- *Zusatzprotokoll zum Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 15. November 2000 gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität*.¹⁶⁵
- *Übereinkommen 182 der IAO über die schlimmsten Formen der Ausbeutung der Kinderarbeit*¹⁶⁶: Art. 3 b definiert die Benutzung, Anwerbung oder das Anbieten eines Kindes zu Zwecken der Prostitution, der Herstellung von pornografischem Material oder pornografischen Darstellungen als eine der schlimmsten Formen der Kinderarbeit.

1.2. Auf regionaler Ebene

[137] Die für die Schweiz wichtigsten relevanten regionalen Instrumente sind folgende:¹⁶⁷

¹⁶³ Siehe auch CRC, General Comment n° 13 (2011).

¹⁶⁴ Ratifiziert am 22.10.2006, in Kraft getreten am 26.11.2006, SR 0.311.54.

¹⁶⁵ Ratifiziert am 27.10.2006, in Kraft getreten am 26.11.2006, SR 0.311.542.

¹⁶⁶ Ratifiziert am 28.06.2000, in Kraft getreten am 28.06.2001, SR 0.822.728.2.

¹⁶⁷ Siehe auch die Direktive des Europaparlaments und des Rates zur Bekämpfung sexuellen Missbrauchs und sexueller Ausbeutung von Kindern sowie die Kinderpornografie, die den Rahmenbeschluss

- *EMRK*: die Art. 3 und 4 verurteilen Folter, Sklaverei und Zwangsarbeit.
- *Das Übereinkommen des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch*¹⁶⁸ (Lanzarote-Konvention).
- *Das Übereinkommen des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels vom 16. Mai 2005*.¹⁶⁹
- *Das Übereinkommen des Europarats zur Cyberkriminalität*¹⁷⁰: Art. 9 fordert die Vertragsstaaten auf, Massnahmen zu ergreifen, um die Kinderpornografie in Zusammenhang mit Computersystemen und -daten zur Straftat zu machen.
- Diese verpflichtenden Texte werden von mehreren Empfehlungen des EU-Ministerrates (Soft law) begleitet, deren wichtigste die sexuelle Ausbeutung der Kinder betreffende sind:
 - Die Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedsstaaten zum Schutz von Kindern gegen sexuelle Ausbeutung.¹⁷¹
 - Die Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedsstaaten zum Schutz der Frauen gegen Gewalt.¹⁷²
 - Die Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten zur Bekämpfung des Menschenhandels zum Zwecke sexueller Ausbeutung.¹⁷³
 - Die Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten zur sexuellen Ausbeutung, Pornografie, Prostitution sowie dem Handel mit Kindern und jungen Erwachsenen.¹⁷⁴
 - Die Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten betreffend den Schutz von Kindern gegen Misshandlungen.¹⁷⁵

1.3. Umsetzung im schweizerischen Recht

[138] Im schweizerischen Recht wird die Problematik der sexuellen Ausbeutung des Kindes in einem breiten Mass vom Strafrecht behandelt.¹⁷⁶ Nach Art. 123 Abs. 1 BV fällt die Gesetzgebung in Sachen Strafrecht und Strafverfahren in die Zuständigkeit des Bundes. Gemäss Art. 335 Abs. 1 StGB bleibt den Kantonen die Gesetzgebung über das Übertretungsstrafrecht insoweit vorbehalten, als es nicht Gegenstand der Bundesgesetzgebung ist.

[139] Die Opferhilfe fällt gemäss Art. 124 BV in die Zuständigkeit des Bundes und der Kantone.

[140] Gemäss Art. 121 Abs. 1 BV ist die Gesetzgebung über die Niederlassung und den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern Sache des Bundes.

2004/68/SAI des Rates ersetzt, der keine zwingende Wirkung auf die Schweiz hat, jedoch einen Einfluss auf den Integrationsprozess des Rechts der Europäischen Union haben könnte.

¹⁶⁸ Unterzeichnet am 16.06.2010, nicht ratifiziert, STCE n° 201.

¹⁶⁹ STCE n° 197. Unterzeichnet am 08.09.2008, ratifiziert am 17.12.2012, Inkrafttreten am 1. April 2013.

¹⁷⁰ Ratifiziert am 21.09.2011, in Kraft getreten am 01.01.2012, SR 0.311.43.

¹⁷¹ Rec (2001) 16.

¹⁷² Rec (2002) 5.

¹⁷³ Rec (2000) 11.

¹⁷⁴ Rec (91) 11.

¹⁷⁵ Rec (79) 17.

¹⁷⁶ Hinzukommen in Zivilsachen die Schutzmassnahmen des Kindes der Art. 307ff ZGB.

1.3.1. Bundesrecht

[141] Art. 182 StGB ahndet ausdrücklich den Menschenhandel. Entsprechend dieser Bestimmung gilt: „Wer als Anbieter, Vermittler oder Abnehmer mit einem Menschen Handel treibt zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung, der Ausbeutung seiner Arbeitskraft oder zwecks Entnahme eines Körperorgans, wird mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bestraft. Das Anwerben eines Menschen zu diesen Zwecken ist dem Handel gleichgestellt. Handelt es sich beim Opfer um eine minderjährige Person oder handelt der Täter gewerbsmässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr.“

[142] Art. 187 StGB ahndet sexuelle Handlungen mit einem Kind unter 16 Jahren.

[143] Art. 188 StGB bestraft, wer mit einer minderjährigen Person von mehr als 16 Jahren, die von ihm durch ein Erziehungs-, Betreuungs- oder Arbeitsverhältnis oder auf andere Weise abhängig ist, eine sexuelle Handlung vornimmt, indem er diese Abhängigkeit ausnützt.

[144] Art. 190 StGB ahndet ausdrücklich die Vergewaltigung.

[145] Art. 191 StGB bestraft, wer eine urteilsunfähige oder eine zum Widerstand unfähige Person in Kenntnis ihres Zustandes zum Beischlaf, zu einer beischlafähnlichen oder einer anderen sexuellen Handlung missbraucht.

[146] Art. 195 StGB bestraft, wer eine minderjährige Person der Prostitution zuführt.

[147] Art. 197 StGB verurteilt, wer pornografische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art oder pornografische Vorführungen einer Person unter 16 Jahren anbietet, zeigt, überlässt, zugänglich macht oder durch Radio oder Fernsehen verbreitet.

[148] Und schliesslich ist gemäss Art. 5 StGB bei Straftaten gegen Minderjährige im Ausland diesem Gesetz unterworfen, wer sich in der Schweiz befindet, nicht ausgeliefert wird und im Ausland bestimmte Straftaten begangen hat, insbesondere: Menschenhandel (Art. 182), sexuelle Nötigung (Art. 189), Vergewaltigung (Art. 190), Schändung (Art. 191) oder Förderung der Prostitution (Art. 195), wenn das Opfer jünger als 18 Jahre alt war; sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187), wenn das Opfer weniger als 14 Jahre alt war; qualifizierte Pornografie (Art. 197 Abs. 3), wenn die Gegenstände oder Vorführungen sexuelle Handlungen mit Kindern zum Inhalt hatten.

[149] Das Bundesgesetz über die Hilfe an Opfer von Straftaten (OHG) sieht ein Recht auf Unterstützung für jede Person vor, die aufgrund einer Straftat einen unmittelbaren Angriff auf ihre physische, psychische oder sexuelle Integrität erlitten hat. Die Beratungszentren bieten Rat, sofortige Hilfe und längerfristige Hilfe an. Die Opfer und ihre nächsten Angehörigen haben einen Anspruch auf Entschädigung für den Schaden, den sie auf Grund der Straftat erlitten haben. Das Gesetz verpflichtet die Kantone ausserdem, bei ihren Hilfsangeboten die besonderen Bedürfnisse der verschiedenen Kategorien von Opfern zu berücksichtigen, insbesondere den Opfern von Menschenhandel und den minderjährigen Opfern¹⁷⁷ (Art. 9 OHG).

¹⁷⁷ Siehe Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG), BBl 2005 7165.

[150] Auf Verwaltungsebene sieht Art. 30 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) eine Abweichung von den Aufnahmebedingungen vor, wenn es darum geht, den Aufenthalt von Opfern und Zeugen von Menschenhandel zu regeln. Die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) sieht die Möglichkeit einer Erholungs- und Bedenkzeit für Opfer sowie Zeuginnen und Zeugen von Menschenhandel in der Schweiz vor sowie für die Erfordernisse des Rechtsverfahrens (Art. 35 VZAE). Allerdings muss gemäss Art. 36 Abs. 5 VZAE die betroffene Person die Schweiz verlassen, wenn die Bedenkzeit abläuft oder keine Notwendigkeit mehr für einen weiteren Aufenthalt im Rahmen des Ermittlungs- und Gerichtsverfahrens besteht. Absatz 6 des Art. 36 VZAE räumt allerdings ein, dass ein weiterer Aufenthalt bewilligt werden kann, wenn ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt (Art. 31). Die Richtlinie 5 des BFM „Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit, aus wichtigen öffentlichen Interessen und als schwerwiegender persönlicher Härtefall“ präzisiert: Ein weiterer Aufenthalt kann bewilligt werden, wenn ein schwerwiegender persönlicher Härtefall nach Art. 30 Abs. 1 lit. e AuG in Verbindung mit Art. 31 VZAE vorliegt. Dies gilt unabhängig davon, ob das Opfer zur Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden bereit gewesen ist. Voraussetzung ist, dass es sich aufgrund der Akten um ein Opfer, eine Zeugin oder einen Zeugen von Menschenhandel handelt und ein schwerwiegender persönlicher Härtefall gegeben ist. Diese Richtlinie präzisiert auch, dass der Schutz und die Unterstützung von minderjährigen Opfern besonders zu beachten ist.¹⁷⁸

[151] Unter dem Blickwinkel des Verfahrens sieht die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) besondere Massnahmen zum Schutz von Opfern von Straftaten gegen die sexuelle Integrität (153 StPO) und zum Schutz von Kindern als Opfer (154 StPO)¹⁷⁹ vor.

[152] Zu erwähnen ist ebenfalls die Annahme der Volksinitiative vom 30. November 2008 durch das Volk, die die Unverjährbarkeit der Strafverfolgung und der Strafe bei sexuellen und bei pornografischen Straftaten an Kindern vor der Pubertät vorsieht.¹⁸⁰

1.3.2. Kantonales und kommunales Recht

[153] Im Wesentlichen wird die Problematik der sexuellen Ausbeutung von Kindern in der Schweiz vom Bundesrecht geregelt. Dennoch haben die Kantone die Möglichkeit, im Bereich des Übertretungsstrafrechts Gesetze und Vorschriften zu erlassen. So können sie die Altersgrenze für die Ausübung der Prostitution im Rahmen der kantonalen Reglementierung ausdehnen.¹⁸¹

¹⁷⁸ Siehe Richtlinie 5 des BFM. Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit, aus wichtigen öffentlichen Interessen und als schwerwiegender persönlicher Härtefall, 5.6.2.2.5, Opfer und Zeugen von Menschenhandel.

¹⁷⁹ Insbesondere Art. 154 Abs. 4 lit. b: „Das Kind darf während des ganzen Verfahrens in der Regel nicht mehr als zweimal einvernommen werden“, sowie d. „Einvernahmen werden im Beisein einer Spezialistin oder eines Spezialisten von einer zu diesem Zweck ausgebildeten Ermittlungsbeamtin oder einem entsprechenden Ermittlungsbeamten durchgeführt.“

¹⁸⁰ Siehe Art. 123b BV. Gemäss Art. 101 Abs. 1 lit. e StGB, der von der Bundesversammlung am 15. Juni 2012 angenommen wurde, werden Kinder unter 12 Jahren als „vor der Pubertät“ betrachtet.

¹⁸¹ Vgl. Art. 199 StGB.

[154] Einige Kantone¹⁸² haben diese Möglichkeit genutzt und die Verantwortlichen von Salons und Begleitagenturen (Escort Service) dazu verpflichtet, sich zu versichern, dass keine minderjährige Person in ihren Räumlichkeiten die Prostitution ausübt.

[155] Auf kommunaler Ebene hat die Stadt Zürich im Januar 2012 eine Verordnung beschlossen, die die Bewilligungspflicht für die Ausübung der Prostitution einführt, wobei diese Bewilligung Personen unter 18 Jahren nicht gewährt werden kann.

2. Internationale Empfehlungen und Bestandesaufnahme in der Schweiz

2.1. Sexuelle Ausbeutung im Allgemeinen

2.1.1. Internationale Empfehlungen

[156] 2010 hat der UNO-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (CESCR) der Schweiz empfohlen „eine vollständige Bewertung vom Ausmass sexueller Gewalt, deren Opfer Kinder sind, durchzuführen, um zu prüfen, ob es notwendig ist, andere gesetzliche oder administrative Massnahmen zu treffen, um das Problem zu behandeln“.¹⁸³

2.1.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz

[157] Die statistischen Daten zur sexuellen Ausbeutung von Kindern, insbesondere zu Kinderhandel, Kinderprostitution und Pornografie mit Darstellungen von Kindern sind lückenhaft. In der Tat stammen die einzigen verfügbaren Daten aus Statistiken der Strafverurteilungen wegen Menschenhandels, Kinderpornografie und Verleitung zur Prostitution, aus Statistiken der Hilfe für Opfer von Straftaten und Opferhilfeorganisationen¹⁸⁴ sowie aus jenen der Aufenthaltsgenehmigungen, die von den Kantonen Opfern des Menschenhandels gewährt wurden. Allerdings sind diese Daten nicht repräsentativ, denn sie zeigen nur die Spitze des Eisbergs. Die Dunkelziffer ist auf diesem Gebiet, in dem die Opfer der Justiz wenig bekannt sind und man sich eher selten an Beratungsstellen wendet, besonders hoch.

[158] Ausserdem sind die Daten der Statistiken der Strafurteile im Allgemeinen nicht nach Alter geordnet (Kinder oder Erwachsene als Opfer), noch nach Art der Straftat (Kinderpornografie oder Pornografie mit Tieren z.B.), wie die Schweiz in ihrem ersten periodischen Bericht OPSC an den Kinderrechtsausschuss¹⁸⁵ hervorhebt.

¹⁸² Vgl. zum Beispiel das Genfer Gesetz über die Prostitution, RSG I 2 49, das Fribourger Gesetz über die Ausübung der Prostitution, RSF 940.2

¹⁸³ CESCR, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 14.

¹⁸⁴ Die Statistiken sind verfügbar auf der Homepage des Bundesamtes für Statistik. www.bfs.admin.ch. Für die Hilfe für Opfer von Straftaten → Kriminalität, Strafrecht, Opfer. Für Strafurteile: → Kriminalität, Strafrecht, Verurteilungen (Erwachsene).

¹⁸⁵ Siehe Bericht der Schweizer Regierung zur Umsetzung des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie vom 9. Dezember 2011, S. 33, sowie Bericht des Büros KSMM, Kampf gegen den Menschenhandel in der Schweiz, Fortschritte, Situation und Prioritäten, 2007 S. 23 ff.

2.1.3. Zu treffende Massnahmen

[159] Um einen verlässlichen qualitativen Überblick über das Erscheinungsbild der sexuellen Ausbeutung von Kindern entsprechend den internationalen Empfehlungen zu erarbeiten, müsste ein Datenerfassungssystem geschaffen werden, das die verschiedenen Formen sexueller Ausbeutung (Kinderprostitution, Kinderpornografie und Kinderhandel) unterscheidet, verteilt nach Alter und Herkunftsland und so weit wie möglich samt der Dunkelziffer.¹⁸⁶

2.2. Kinderprostitution

2.2.1. Internationale Empfehlungen

[160] Im Rahmen der Prüfung des Berichts der Schweiz hat der Ausschuss für die Rechte des Kindes (CRC) 2002 empfohlen, „Studien durchzuführen, um das Ausmass der sexuellen Ausbeutung und des Kinderhandels, insbesondere der Prostitution zu erfassen [...] und angemessene Programme der Prävention, Rehabilitation und Wiedereingliederung der Kinderopfer zu realisieren [...]“.¹⁸⁷

2.2.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz

[161] Die schweizerische Bundesgesetzgebung gestattet die Prostitution von Kindern ab dem 16. Lebensjahr.¹⁸⁸ Seit mehreren Jahren werden in der Politik Stimmen laut, die fordern in Schweiz aus der Inanspruchnahme sexueller Dienstleistungen von Kindern auch zwischen 16 bis 18 Jahren eine Straftat zu machen.¹⁸⁹

[162] Bis heute gibt es keine quantitative Studie zur Kinderprostitution in der Schweiz.¹⁹⁰ Die Fachleute der Stiftung Kinderschutz Schweiz sind sich jedoch insbesondere darüber einig, dass die Kinderprostitution eine durchaus reale und wachsende Zeiterscheinung ist.¹⁹¹ Gegenwärtig prostituieren sich Minderjährige schweizerischer Herkunft, jedoch zu einer grossen Mehrheit solche mit Migrationshintergrund (aus Osteuropa, Asien, Westafrika und

¹⁸⁶ Für Vorschläge zur Verbesserung der Daten zur Kinderprostitution, siehe STIFTUNG KINDERSCHUTZ SCHWEIZ, Vorschläge für ein Nationales Kinderschutzprogramm (NKP 2010-2020), Prävention kommerzieller Ausbeutung von Kindern, Management Summary, Bern 2009, S. 9. Für Vorschläge zur Verbesserung der Daten über den Menschenhandel, siehe MOREL/EFIONAYI-MÄDER/STANTS S. 84 ff.

¹⁸⁷ CRC, Concluding Observations Switzerland, 2002, Ziff. 53.

¹⁸⁸ Vgl. Art 187, 188, 197 StGB.

¹⁸⁹ Zu jüngeren Interventionen: Parlamentarische Initiative 10.439, LUC BARTHASSAT, « Verbot der Prostitution Minderjähriger » ; Standesinitiative 10.320, Wallis, « Prostitutionsverbot für Minderjährige » ; Standesinitiative 10.311, Genf, « Revision des Strafgesetzbuches ».

¹⁹⁰ Eine qualitative Studie von 1999 zeigte, dass es in der Schweiz Fälle von Kinderprostitution gibt, lieferte jedoch keine Information zum Ausmass des Problems. Vgl. CHRISTINA PETER/STEFAN STUDER, Kommerzielle sexuelle Ausbeutung von Kinder und Jugendlichen in der Schweiz, Bern, 1999. 2009 führte das Beratungszentrum MariaMagdalena eine Untersuchung über diese Frage im Kanton St. Gallen durch, die das Profil der betroffenen Jugendlichen zu umreissen erlaubte, jedoch nicht das Ausmass des Problems. Eine Zusammenfassung der Untersuchung auf Deutsch kann gesichtet werden unter http://www.kispisg.ch/downloads/cms/taetigkeitsbericht_mm_2009.pdf.

¹⁹¹ Vgl. Swissinfo, La tentation des ados pour la prostitution, http://www.swissinfo.ch/fre/societe/La_tentation_des_ados_pour_la_prostitution.html?cid=524980.

Lateinamerika) auf der Strasse und in Bordellen. Ausserdem entstehen spezialisierte Begleitagenturen (Escort Service), die Dienste von Kindern anbieten.¹⁹²

[163] Der freie Reiseverkehr im Schengenraum hat diese Problematik verschärft. Die Prostitution der Jugendlichen zwischen 16 und 18 Jahren hat sich in letzter Zeit beträchtlich entwickelt, insbesondere im Rahmen der Migrationsbewegungen aus den Ländern des Ostens in die Schweiz.¹⁹³

[164] Der Entwurf eines Bundesbeschlusses über die Genehmigung der Lanzarote-Konvention sieht eine Änderung des Strafgesetzbuches vor, die die Inanspruchnahme sexueller Dienste von Minderjährigen gegen Entgelt bestrafen wird (neuer Art. 196 StGB). Damit wird der Schutz von Kindern vor Prostitution auf 16- bis 18-Jährige ausgedehnt. Der Tatbestand, welcher darin besteht, ein Kind der Prostitution in der Absicht eines Vermögensvorteils zuzuführen, wird ebenfalls strafbar sein (Art. 195 neu lit. a StGB).¹⁹⁴ Der Ständerat hat am 11. Dezember 2012 einstimmig die Botschaft des Bundesrates zum Schutz der Kinder vor sexueller Ausbeutung mit entsprechender Revision des Strafrechts gutgeheissen.¹⁹⁵

[165] Auf dem Gebiet der Prävention der Kinder- und Jugendprostitution kann in der Schweiz ein Mangel festgestellt werden, denn es ist bislang kein grösseres nationales Programm durchgeführt worden.

2.2.3. Zu treffende Massnahmen

[166] Die Ratifizierung der Lanzarote-Konvention und die Änderungen der schweizerischen Gesetzgebung zur Bestrafung von gegen Entgelt von Kindern von 16 bis 18 Jahren angebotenen sexuellen Diensten werden einen besseren Schutz der Kinder vor sexueller Ausbeutung ermöglichen. Allerdings kann die Bestrafung der Personen, die diese Dienste in Anspruch nehmen, nicht ausreichen, um solche Vorkommnisse einzudämmen. Es erscheint daher notwendig, in Übereinstimmung mit den Empfehlungen der KRK koordinierte und adäquate Präventionsprogramme zu schaffen.¹⁹⁶

¹⁹² Vgl. FONDATION SUISSE POUR LA PROTECTION DE L'ENFANT (STIFTUNG KINDERSCHUTZ SCHWEIZ), Proposition en vue d'un programme national pour la protection de l'enfant PNE 2010-2020, Rapport final, Partie III: résultats des groupes d'experts, 2009, S. 100.

¹⁹³ Vgl. CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, Ziff. 477.

¹⁹⁴ Vgl. den Entwurf eines Bundesbeschlusses über die Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) sowie über seine Umsetzung (Änderung des Strafgesetzbuchs), <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2012/7653.pdf>. Vgl. ZERMATTEN, Die Lanzarote-Konvention.

¹⁹⁵ Siehe http://www.parlament.ch/d/suche/Seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20120066 sowie für die Botschaft des Bundesrats vom 4. Juli 2012: <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2012/7571.pdf>.

¹⁹⁶ Die Harmonisierung der Sexualerziehung von Kindern und Jugendlichen auf nationaler Ebene könnte eine Massnahme der Prävention gegen sexuelle Ausbeutung sein.

2.3. Kinderpornografie

2.3.1. Internationale Empfehlungen

[167] Anlässlich der Prüfung des Berichts der Schweiz im Jahr 2002 hat ihr der Ausschuss der KRK empfohlen „Studien durchzuführen, um das Ausmass der sexuellen Ausbeutung und des Kinderhandels, insbesondere der Prostitution einzuschätzen [...] insbesondere die Kinder einbeziehende Pornografie (besonders im Internet), und angemessene Programme der Prävention, Rehabilitation und Wiedereingliederung der Kinderopfer zu realisieren“.¹⁹⁷

2.3.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz

[168] Zwar verbietet das Schweizer Recht den grössten Teil der Handlungen, die mit Kinderpornografie verbunden sind, es bleiben jedoch einige Lücken. Im gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung ist die Beteiligung von Kindern im Alter von 16 und 17 Jahren an pornografischen Vorführungen und die Anwerbung von Kindern für die Produktion von pädopornografischem Material nicht strafbar. Der Konsum von Kinderpornografie ohne Besitz des Materials, besonders als „streaming“ gilt nicht als Straftat.

[169] Allerdings sieht ein Änderungsvorschlag des StGB¹⁹⁸ im Rahmen der Ratifizierung Lanzarote-Konvention vor, den Schutz von Kindern, die an sexuellen Darstellungen beteiligt sind, bis zum Alter von 18 Jahren auszudehnen, die Anwerbung von Kindern für pornografische Produktionen zu verbieten ebenso wie den Konsum von Kinderpornografie (womit das Anschauen pornografischen Materials auch ohne dessen Besitz strafbar wird).¹⁹⁹

[170] Die Lanzarote-Konvention sieht auch die Bestrafung der Kontaktaufnahme zu Kindern zu sexuellen Zwecken via Internet vor, was gemeinhin als „grooming“²⁰⁰ bezeichnet wird. Die Entwicklung und der Zugang zu den neuen Technologien haben in der Tat immer häufiger zu Situationen geführt, bei denen Erwachsene via Internet bei Kindern Vertrauen erwecken, um dann Sexualstraftaten zu begehen. Die Schweiz kennt den spezifischen Straftatbestand des „grooming“ nicht. Das Bundesgericht²⁰¹ ist der Ansicht, dass es sich um Versuche von Handlungen sexuellen Charakters mit Kindern handelt²⁰², die nur dann strafbar sind, wenn die Vorbereitungen so weit gediehen sind, dass eine Umkehr nicht mehr vorstellbar ist. Die einfache Tatsache zu „chatten“ stellt folglich im Sinne des Schweizer Rechts keinen Versuch einer Handlung sexuellen Charakters mit Kindern dar. Das Bundesgericht beschränkt

¹⁹⁷ CRC, Concluding Observations Switzerland 2002, Ziff. 53.

¹⁹⁸ Vgl. Entwurf des Bundesbeschlusses über die Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) sowie über seine Umsetzung (Änderung des Strafgesetzbuchs), <http://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2012/7653.pdf>.

¹⁹⁹ Vgl. ZERMATTEN, Die Lanzarote-Konvention.

²⁰⁰ Artikel 23 der Lanzarote-Konvention definiert das „grooming“ als „Handlung eines Erwachsenen, wenn vorsätzlich begangen [...] der mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechnologien ein Treffen mit einem Kind, [...] vorschlägt, um diesem gegenüber eine Straftat nach Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe a oder Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe a zu begehen, sofern auf diesen Vorschlag auf ein solches Treffen hinführende konkrete Handlungen folgen.“

²⁰¹ BGE 131 IV 100ff, Erw. 8.

²⁰² Art. 187 Abs. 1 StGB, in Verbindung mit Art. 22 StGB.

sich also auf eine Definition des Begriffs „grooming“ im engen Sinn, ebenso wie der Art. 23 der Lanzarote-Konvention.²⁰³

[171] Da der besondere Straftatbestand des „grooming“ in der schweizerischen Gesetzgebung fehlt, sieht die Schweiz einen Vorbehalt gegenüber Art. 24 Abs. 2 der Lanzarote-Konvention hinsichtlich des Versuchs vor.²⁰⁴ Anlässlich des Vernehmlassungsverfahrens haben mehrere auf dem Gebiet der Kinder und Jugendlichen tätige Organisationen das Anbringen dieses Vorbehalts bedauert.²⁰⁵ Auf politischer Ebene wurde beim Nationalrat²⁰⁶ ein Antrag eingereicht mit dem Ziel, die Strafnorm des „grooming“ einzuführen.

[172] In seiner Entscheidung vom 12. Mai 2011²⁰⁷ erweiterte das Bundesgericht den Begriff „Besitz von pornografischem Material“: es ist der Ansicht, dass die Aufbewahrung von elektronischen Daten im Cache-Speicher dem Besitz von materiellen Dokumenten gleichzustellen ist.²⁰⁸

[173] Am 1. Januar 2012 trat das Übereinkommen des Europarates über Cyberkriminalität für die Schweiz in Kraft. Es stärkt insbesondere die internationale Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedsstaaten in Sachen Kinderpornografie.

[174] Die Schweizerische Koordinationsstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (KOBK)²⁰⁹ ist mit der Bekämpfung der Cyberkriminalität in der Schweiz beauftragt. Abgesehen von der Koordination der Anzeigen von pädopornografischen Inhalten im Internet, übernimmt diese Stelle auch eine aktive Suche von unerlaubten Inhalten.²¹⁰

[175] Im Jahre 2006 lancierten die KOBK, ECPAT Switzerland²¹¹ und die Schweizerische Kriminalprävention (SKP) einen Aufruf an die schweizerischen Internetprovider, den Zugang

²⁰³ Zu den verschiedenen Definitionen des „grooming“ und der juristischen Situation in der Schweiz, vgl. SANDRA MUGGLI, Heisse Gespräche mit Minderjährigen – von Cybergrooming und Möglichkeiten zu dessen Sanktionierung, in: Jusletter 11. Juni 2012.

²⁰⁴ Vgl. Art. 1 b Abs. 2 des Entwurfs des Bundesbeschlusses über die Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) sowie über seine Umsetzung (Änderung des Strafgesetzbuchs).

²⁰⁵ Vgl. zum Beispiel NETZWERK KINDERRECHTE SCHWEIZ, Vernehmlassung über die Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention), Bern, 30. November 2011, www.netzwerk-kinderrechte.ch.

²⁰⁶ „Grooming unter Strafe stellen“, von der Nationalrätin Barbara Schmid-Federer, Motion 11.4002 vom 30.09.2011.

²⁰⁷ Entscheidung des Bundesgerichts 6B_744/2010 vom 12. Mai 2011.

²⁰⁸ Der Besitz elektronischer Daten setzt notwendigerweise die Absicht des Besitzes voraus, sodass derjenige, der keine Kenntnis von der zeitweiligen Aufnahmefunktion hat, keine strafbare Handlung begeht. Es ist dagegen nicht notwendig, dass der Benutzer zuvor Zugang zu den Parametern des Cache gehabt hat. Ist also strafbar nicht nur, wer bewusst den Cache seines Browsers benutzt, um heruntergeladene Dateien zu verstecken, sondern auch derjenige, der keine aktiven Massnahmen trifft, um die Dokumente zu löschen. Das Ausnutzen derjenigen Gesetzeslücke, die es ermöglichte, Prostitution zu konsumieren, in dem man sie im Cache seines Computers speicherte, ist nunmehr strafbar.

²⁰⁹ www.cybercrime.admin.ch.

²¹⁰ In ihrem Jahresbericht 2011 erwähnte die KOBK eine Abnahme von Webseitenannoncen, die harte Pornografie anbieten (darunter 90% Kinderpornografie). Aktive Recherchen auf den entsprechenden Webseiten erlaubten es, den kantonalen Strafverfolgungsbehörden 214 Dossiers von Kinderpornografie zu übergeben.

²¹¹ ECPAT Switzerland, kämpft gegen sexuelle Ausbeutung von Kindern und Jugendlichen zu kommerziellen Zwecken in der Schweiz und im Ausland, besonders auf den Gebieten Kinderprostitution, Kinderpornografie und Kinderhandel zu sexuellen Zwecken. Das Engagement von ECPAT Switzerland zielt auch auf Personen, die Sextourismus betreiben und durch ihr Handeln unmittelbar Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornografie fördern: www.ecpat.ch.

zu Webseiten zu sperren, die Inhalte pädophilen Charakters auf Server im Ausland kommerzialisieren. Die KOBİK stellt den schweizerischen Internetprovider eine Liste der Webseiten zur Verfügung, die pädopornografische Inhalte anbieten, damit sie ihren Kunden den Zugang untersagen.

[176] Auf der Ebene der Prävention koordiniert die SKP seit 2005 die Präventionskampagne „Stopp Kinderpornografie im Internet“.²¹² Diese Kampagne enthält auch eine Seite, die der Sicherheit der Jugendlichen in sozialen Netzwerken gewidmet ist.²¹³

2.3.3. Zu ergreifende Massnahmen

[177] Die Ratifizierung der Lanzarote-Konvention wird es ermöglichen, den Schutz der an sexuellen Darstellungen beteiligten Kinder bis zum 18 Lebensjahr zu erweitern, die Anwerbung von Kindern für pornografische Produktionen zu verbieten und den Konsum von Kinderpornografie ausdrücklich zu bestrafen. Diese Gesetzesänderungen werden es der Schweiz erlauben, den Schutz der Kinder vor sexueller Ausbeutung zu verstärken. Allerdings sollte die Schaffung einer Strafnorm überdacht werden, die das „grooming“ ausdrücklich bestraft, um den Schutz vor den spezifischen Gefahren zu verstärken, die von den neuen Technologien herrühren, und die Versuche von Kontaktaufnahmen zu sexuellen Zwecken zu verfolgen, wie durch Art. 24 Abs. 2 der Lanzarote-Konvention vorgesehen.

[178] Es ist ferner wichtig, auf der Ebene der Prävention von Kinderpornografie aktiv zu sein, indem man in Übereinstimmung mit den Empfehlungen des CRC koordinierte Programme auf nationaler Ebene startet.

2.4. Kinderhandel zu sexuellen Zwecken

2.4.1. Internationale Empfehlungen

[179] In seinen Schlussbemerkungen zur Schweiz 2010 zeigte sich der Ausschuss gegen Folter (CAT) „besorgt darüber, dass der Menschenhandel [in der Schweiz] weiterhin vorkommt (Art. 12, 13 und 16 [Übereinkommen gegen die Folter])“. Der Vertragsstaat müsse „seinen Kampf gegen den Menschenhandel, insbesondere auch den Frauen- und Mädchenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung, fortsetzen, indem er eine umfassende Bekämpfungsstrategie in die Wege leitet, die präventiven Massnahmen verstärkt und den Schutz der Opfer sicherstellt, auch in Fällen, in denen diese mit der Justiz zusammenarbeiten. Der Vertragsstaat muss zudem die Verantwortlichen verfolgen und bestrafen[...]“.²¹⁴

[180] 2009 hat der UNO-Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau (CEDAW) sich besorgt erklärt darüber, „dass der Handel mit Frauen und Mädchen nach wie vor verbreitet ist und dass es keine umfassenden Daten oder Forschungsarbeiten zu allen Aspekten dieses Themas gibt. Der Ausschuss stellt auch mit Sorge fest, dass es nur in einigen Kantonen spezialisierte Beratungs- und Unterstützungsdienste für Opfer von Menschenhan-

²¹² www.stopp-kinderpornografie.ch.

²¹³ www.safersufing.ch

²¹⁴ CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 22.

del sowie Mechanismen der Zusammenarbeit gibt, und dass diese vom Bund keine oder nur beschränkte Finanzmittel erhalten. Des Weiteren stellt der Ausschuss mit Sorge fest, dass die gesetzlichen Vorschriften, die den Opfern Anspruch auf Schutz und eine vorübergehende Aufenthaltsbewilligung gewähren, von den Kantonen weder einheitlich noch konsequent angewandt werden, und dass solche Aufenthaltsbewilligungen in der Regel nur Personen gewährt werden, die bereit sind, bei Gerichtsverfahren mit den Behörden zusammenzuarbeiten.“²¹⁵

[181] Der Ausschuss ermutigt in seinen Empfehlungen die Schweiz, „eine rasche Ratifizierung der Konvention des Europarates gegen Menschenhandel sicherzustellen.“ Er fordert den Vertragsstaat nachdrücklich auf, „seine Massnahmen zur Bekämpfung aller Formen des Handels mit Frauen und Kindern zu verstärken, beispielsweise durch zunehmende internationale, regionale und bilaterale Zusammenarbeit mit Herkunfts- und Transitländern [...]. In diesem Zusammenhang fordert der Ausschuss den Vertragsstaat nachdrücklich auf, nicht nur die Verfolgung und Bestrafung des Menschenhandels sicherzustellen, sondern auch den Schutz und die Genesung der Opfer von Menschenhandel, unter anderem durch Zuweisung ausreichender Mittel an die bestehenden spezialisierten Dienste und durch Einrichtung zusätzlicher Dienste in allen Kantonen. Der Ausschuss fordert den Vertragsstaat des Weiteren nachdrücklich auf, zwecks Einhaltung der empfohlenen Grundsätze und Richtlinien zu Menschenrechten und Menschenhandel, die das Amt des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für Menschenrechte 2002 vorgelegt hat, eine Verlängerung vorübergehender Aufenthaltsbewilligungen und andere Massnahmen zu erwägen.“²¹⁶ Der Ausschuss ruft den Vertragsstaat auf, Daten zu allen Aspekten des Menschenhandels zu sammeln und zu analysieren und sie nach Alter und Herkunftsland aufzuschlüsseln, [...] und entsprechende politische Leitlinien zu entwickeln.“²¹⁷

[182] Im Rahmen der Allgemeinen regelmässigen Überprüfung (UPR) 2008²¹⁸, hat die Islamische Republik Iran der Schweiz empfohlen, „zur Prävention und Bekämpfung von Menschenhandel und sexueller Ausbeutung von Frauen und Mädchen eine globale Strategie der verstärkten regionalen und internationalen Kooperation mit Herkunftsändern und Strafverfolgung der Schuldigen zu erstellen“. Anlässlich der zweiten Allgemeinen regelmässigen Überprüfung (UPR) im Jahre 2012 ergingen in Bezug auf die Bekämpfung des Menschenhandels und die sexuellen Ausbeutung mehrere Empfehlungen an die Schweiz. Griechenland sprach den Einbezug der Kinder an und forderte, „eine Strategie gegen Menschenhandel, insbesondere den Handel mit Frauen und Kindern zu verabschieden, den Opferschutz zu verbessern und die Täter zu verfolgen und zu bestrafen“²¹⁹.

²¹⁵ CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 29.

²¹⁶ Siehe Grundsätze und Richtlinien im Bereich Menschenrechte und Menschenhandel.

²¹⁷ CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009, Ziff. 30.

²¹⁸ UPR SWITZERLAND 2008, Recommendation 57.22.

²¹⁹ UPR SWITZERLAND 2012, Recommendation 122.29, von der Schweiz angenommen. Ende 2012 befinden sich noch zwei Empfehlungen in Überprüfung durch die Schweiz im Hinblick auf die Annahme oder Zurückweisung. Es handelt sich um die Empfehlung 123.67 (Vereinigtes Königreich) die fordert „*[e]in Gesetz gegen Menschenhandel [zu] verabschieden und fördern, das auf die sexuelle Ausbeutung von Frauen und Mädchen fokussiert, den Opfern volle Unterstützung bietet und in die Aufgaben der Kantone einfließt*“ sowie um die Empfehlung 123.68 (Mexiko) mit folgendem Inhalt: „*Eine Strategie gegen Handel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Mädchen entwickeln, die die Opfer ausfindig macht und schützt und im ganzen Land Wirkung zeigt*“.

2.4.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz

[183] Laut dem Bericht von UNICEF Schweiz²²⁰ an das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA), sind Kinder als Opfer von Menschenhandel selten. Der zweite, dritte und vierte Bericht der Schweiz an den Ausschuss für die Rechte des Kindes streicht hervor, dass bis zum heutigen Tag kein Handel mit Kindern zu sexuellen Zwecken festgestellt wurde.²²¹ Allerdings liess das Zentrum FIZ Makasi verlauten, dass es zwei bis drei minderjährige Opfer pro Jahr aufnimmt.²²²

[184] 2006 hat die Schweiz das Zusatzprotokoll zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen transnationale organisierte Kriminalität unterzeichnet, das darauf abzielt, dem Menschenhandel, insbesondere dem von Frauen und Kindern, vorzubeugen, ihn zu verfolgen und zu bestrafen.

[185] In der Wintersession 2011 hat die Bundesversammlung die Ratifizierung des Übereinkommens des Europarats über die Bekämpfung des Menschenhandels genehmigt.²²³ Am 17. Dezember 2012 hat die Schweiz dieses Übereinkommen ratifiziert und per 1. April 2013 in Kraft gesetzt.

[186] Auf Bundesebene wurde 2002 die Koordinationsstelle gegen Menschenhandel und Menschenschmuggel (KSMM) geschaffen.²²⁴ Sie „schafft Strukturen und Vernetzungen für eine wirksame Bekämpfung von Menschenhandel und Menschenschmuggel und gewährleistet ein gesamtschweizerisches koordiniertes Vorgehen. Sie entwickelt Strategien und Massnahmen gegen diese Kriminalitätsformen.“²²⁵ 2005 wurde eine spezifische Arbeitsgruppe „Kinderhandel“ geschaffen.²²⁶

[187] 2005 brachte die KSMM einen Leitfaden heraus. Dieser beinhaltet die in der Schweiz verfügbaren Instrumente für die Bekämpfung des Menschenhandels sowie Empfehlungen zur praktischen Unterstützung der Zusammenarbeit zwischen den Strafverfolgungsbehörden und den Einrichtungen, die sich mit dem Opferschutz befassen.²²⁷ Der Anhang 9 dieses Dokuments enthält besondere Bestimmungen und Regelungen, die minderjährige Opfer des Menschenhandels betreffen.

[188] Der Bund hat des Weiteren Massnahmen gegen den Sextourismus getroffen, soweit er Kinder betrifft. Die Internet-Webseite des Bundesamts für Polizei (fedpol)²²⁸ stellt ein Formular zur Verfügung, das Personen, die verdächtige Situationen beobachtet haben, die die sexuelle Integrität von Kindern durch Touristen während Auslandsaufenthalten infrage stellen,

²²⁰ UNICEF SCHWEIZ, Kinderhandel und die Schweiz, , Zürich, 2007.

²²¹ Vgl. CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, Ziff. 470.

²²² MOREL/EFIONAYI-MÄDER/STANTS, S. 66.

²²³ Vgl. EVELYNE STURM, Stärkung des Schutzes der Opfer von Menschenhandel. Genehmigung des Europaratsübereinkommens über die Bekämpfung des Menschenhandels und Verabschiedung des Bundesgesetzes über den ausserprozessualen Zeugenschutz, Newsletter - SKMR Nr. 4 vom 1. Februar 2012.

²²⁴ www.ksmm.admin.ch.

²²⁵ Vgl. Factsheet der Koordinationsstelle gegen Menschenhandel und Menschenschmuggel (KSMM), Januar 2012, S.3, verfügbar unter www.ksmm.admin.ch.

²²⁶ Vgl. Bericht des Direktionsbüros der KSMM, Kampf gegen Menschenhandel in der Schweiz: Fortschritte, Situation und Prioritäten, 2007, S. 14.

²²⁷ Leitfaden: Kooperationsmechanismen gegen Menschenhandel, KSMM, Bern, 2005. Zu den Sonderbestimmungen, minderjährige Opfer betreffend, siehe S. 15.

²²⁸ www.fedpol.admin.ch.

auffordert, diese Fälle mitzuteilen, damit die zuständigen Stellen Nachforschungen anstellen können. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) unterstützt den „Code of conduct for the protection of children from sexual exploitation in travel and tourism“²²⁹, um den Sextourismus zu bekämpfen, der Kinder in Entwicklungsländern in Mitleidenschaft zieht, und nimmt teil an der transnationalen Kampagne „Nicht wegschauen - Ne pas détourner le regard – www.stopchildsextourism.ch“²³⁰, die im November 2010 von ECPAT Switzerland²³¹ lanciert wurde.

[189] In Zusammenarbeit mit der Internationalen Organisation für Migration (IOM) und in Übereinstimmung mit der KSMM organisiert das EDA regelmässig Runde Tische mit ausländischen Experten zum Thema des Menschenhandels, um die internationale Zusammenarbeit zu stärken und den Erfahrungsaustausch zu fördern.²³²

[190] Der KSMM organisiert ferner mehrere Schulungen auf dem Gebiet des Menschenhandels, die sich insbesondere an Strafverfolgungsbehörden und Opferhilfsdienste richten.

[191] Im Oktober 2012 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) den ersten Nationalen Aktionsplan gegen Menschenhandel vorgestellt.²³³ Dieser Aktionsplan enthält 23 Massnahmen zur Sensibilisierung, zur Strafverfolgung, zum Schutz der Opfer und zur Prävention in Sachen Bekämpfung des Menschenhandels.²³⁴

[192] Das Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz (ZeugSG) wurde von der Bundesversammlung am 23. Dezember 2011 angenommen und tritt am 1. Januar 2013 in Kraft.²³⁵ Es garantiert die Umsetzung des Übereinkommens des Europarats über die Bekämpfung des Menschenhandels im schweizerischen Recht. Es geht darauf aus, jene Personen sowie den ihnen Nahestehenden, die im Rahmen eines Strafverfahrens zusammenarbeiteten, einen Schutz zu gewähren, wenn sie bedroht werden, Opfer von Einschüchterungsversuchen sind oder wenn ihr Leben oder ihre physische Integrität gefährdet sind.²³⁶ Es schafft auch einen Zeugenschutzdienst.²³⁷ Der Gesetzestext sieht jedoch keine besondere Massnahme für Kinder vor.

[193] Auf kantonaler Ebene hatten 13 Kantone im Jahr 2010 verschiedene Formen institutionalisierter Zusammenarbeit ins Leben gerufen, wie zum Beispiel Runde Tische.²³⁸

²²⁹ www.TheCode.org.

²³⁰ www.stopchildsextourism.ch.

²³¹ Diese Kampagne wurde während des dritten Weltkongresses in Rio als gute Praxis anerkannt.

²³² Zum Beispiel 2009 mit einer ungarischen Delegation, 2011 mit einer nigerianischen Delegation. Im November 2011 wurde ferner eine bilaterale Arbeitsgruppe von der Schweiz und Rumänien gegründet, um gegen Frauen- und Kinderhandel zu kämpfen.

²³³ EJPD/KSMM, Nationaler Aktionsplan gegen Menschenhandel. 2012 - 2014. Siehe http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/ksmm/dokumentation/nap_mh/NAP%20MH%20de.pdf

²³⁴ Ibid.

²³⁵ SR 312.2.

²³⁶ Vgl. EVELYNE STURM, op. cit.

²³⁷ Der Vorentwurf des Gesetzes sieht eine Änderung des Art. 30 Abs. 1 AuG vor, der es möglich macht, von den Aufnahmebedingungen für den Aufenthalt von Opfern oder Zeugen von Menschenhandel und für jene Personen, die mit den Strafverfolgungsbehörden im Rahmen eines Zeugenschutzprogramms zusammenarbeiten, abzuweichen.

²³⁸ Vgl. CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, Ziff. 487.

[194] In Zürich bietet die Fachstelle Frauenhandel und Frauenmigration (FIZ) im Rahmen des Angebots „Makasi“ spezifische Beratungen für Frauen, die Opfer von Frauenhandel wurden. Bis heute ist keine spezialisierte Stelle für den Kinderhandel geschaffen worden.

[195] Im Juni 2011 haben „The Body Shop“ in Zusammenarbeit mit ECPAT Switzerland und FIZ die Petition „Stopp dem Handel mit Minderjährigen zu sexuellen Zwecken“ mit 95297 Unterschriften beim Bundesrat und bei der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und Direktoren eingereicht und verlangten, dass Kinder und Jugendliche als Opfer von Menschenhandel nicht kriminalisiert, sondern als Opfer betrachtet und geschützt werden.²³⁹

[196] Und schliesslich zeigen sich die Kantone gegenüber der Frage des Menschenhandels in unterschiedlichem Masse sensibilisiert.²⁴⁰ Nicht alle haben entsprechende Arbeitsgruppen geschaffen, und der Opferschutz unterscheidet sich von einem Kanton zum anderen. Wenn es um Aufenthaltsgenehmigungen für Opfer von Menschenhandel und Härtefälle geht, gibt es von einem Kanton zum andern Unterschiede, da die Kantone in diesem Bereich einen Ermessensspielraum haben.²⁴¹

2.4.3. Zu treffende Massnahmen

[197] Die Ratifizierung mehrerer internationaler und regionaler Übereinkommen ist eine ermutigende Entwicklung, gleich wie die Schaffung verschiedener Programme für die Bekämpfung des Menschenhandels und die Annahme eines Nationalen Aktionsplans im Oktober 2012. Allerdings bleibt dafür zu sorgen, wie insbesondere von CAT und CEDAW empfohlen, dass die Handlungen zum spezifischen Schutz der Kinder, die Opfer des Kinderhandels sind, verstärkt werden. Wichtig ist, dass im Rahmen des nationalen Aktionsplans die spezifische Frage des Kinderhandels gezielt unter allen Aspekten angegangen wird, sei dies in der Sensibilisierung und Schulung, beim Schutz der Opfer, bei der Prävention und der Strafverfolgung. Es wäre insbesondere sinnvoll, in allen Kantonen spezialisierte Zentren für die Opferhilfe zu schaffen und den Fachpersonen im Umgang mit Kindern Ausbildungen zum Thema Kinderhandel anzubieten (Kindesschutzbehörden, Jugendpolizei, Jugendrichter, Jugendschutzämter und OHG-Stellen).

[198] Die Harmonisierung der kantonalen Praktiken beim Ausstellen der Aufenthaltsgenehmigungen in Situationen des Menschenhandels und bei Härtefällen würde für alle Kinder einen nicht diskriminierenden Schutz erlauben. Gemäss Art. 3 KRK sollten diese harmonisierten Praktiken sich allein vom Kindeswohl leiten lassen.²⁴²

²³⁹ Vgl. Pressemitteilung vom 9. Juni 2011 unter: http://kinderschutz.ch/cmsn/files/110609_Body_Shop_Kampagne_d_0.pdf.

²⁴⁰ MOREL/EFIONAYI-MÄDER/STANTS, S. 94 ff.

²⁴¹ Vgl. SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE, Die Härtefallregelung im Asylbereich, Kritische Analyse der kantonalen Praxis, Bern, 2007 und EIDGENÖSSISCHE KOMMISSION FÜR MIGRATIONSFRAGEN, Gestaltungsspielräume im Föderalismus: Die Migrationspolitik in den Kantonen, Bern, 2011.

²⁴² Vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. e AuG und Art. 35 VZAE.

III. AUSBEUTUNG DURCH BETTELEI UND DIEBSTAHL

[199] Die Ausbeutung durch Bettelerei und Diebstahl ist die zweite Problematik, die hier unter dem Thema der Ausbeutung des Kindes behandelt wird. Es handelt sich dabei in der Schweiz um eine neuartige Erscheinungsbild: „Seit einigen Jahren werden Minderjährige, meist aus der Volksgruppe der Roma mit rumänischer Staatsangehörigkeit, für kurze Aufenthalte in verschiedene Schweizer Städte gebracht und dort gezwungen, zu betteln und verschiedene Vermögensdelikte zu begehen.“²⁴³ Diese Frage gehört allgemein zur Problematik des Kinderhandels. UNICEF bezeichnet als Opfer des Kinderhandels jede Person unter achtzehn Jahren, „die zum Zweck der Ausbeutung innerhalb oder ausserhalb eines gegebenen Landes angeworben, befördert, verbracht, beherbergt oder empfangen wird.“²⁴⁴ Mehrere Organisationen, darunter die Internationale Organisation für Migration (IOM), die Abteilung Menschliche Sicherheit des EDA und die Koordinationsstelle gegen Menschenhandel und Menschenschmuggel (KSMM), betrachten die Ausbeutung von Minderjährigen durch Bettelerei und Diebstahl als eine Form von Menschenhandel.

[200] Die Existenz von Netzwerken, die diese Art von Ausbeutung in der Schweiz betreiben, ist nicht dokumentiert, wird aber als wahrscheinlich angenommen. Die schweizerische Regierung geht von der Einschätzung aus, dass eigentliche Fälle von Menschenhandel selten sind.²⁴⁵ Einem im Jahre 2011 veröffentlichten Informationspapier der KSMM, der Fremdenpolizei der Stadt Bern und des schweizerischen Städteverbandes (SSV) zufolge ist „aufgrund der Erfahrungen der Behörden [...] davon auszugehen, dass die Minderjährigen und auch ihre erwachsenen Begleitpersonen einzig zum Zweck der Bettelerei und des Diebstahls rekrutiert, gehandelt und anschliessend zur Ausübung dieser Tätigkeiten gezwungen werden. Damit liegt Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft vor.“²⁴⁶ Eine neuere, jedoch kantonale Studie, die im Mai 2012 veröffentlicht wurde, zeigt auf, dass das eidgenössische Parlament nur wenig über Bettelerei debattiert und dass die Diskussionen im Grossen Rat des Kantons Waadt zahlreicher sind. Die Frage der Verantwortung der Gesetzgebung über die Bettelerei wird systematisch an die Gemeinden weitergewiesen, mit der Besorgnis im Hintergrund, die Entwicklung allfälliger mafiaartiger Netzwerke zu vermeiden.²⁴⁷

[201] Je nach Profil der Opfer unterscheiden sich die Massnahmen der Intervention oder/und des Schutzes: Schutz vor ihren Familien, die sie ausbeuten, Schutz vor dem organisierten Verbrechen, das sie zum Betteln und Stehlen zwingt. Eine Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass diese Kinder sowohl Straftaten begehen als auch Opfer der Ausbeutung durch Erwachsene sind.²⁴⁸ Wie jedoch bereits generell in Bezug auf die Ausbeutung des Kindes festgestellt, kommt es in diesen Fällen auch darauf an, „ (...) minderjährige Bettelnde und

²⁴³ CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, Ziff. 478.

²⁴⁴ UNICEF, Informationsblatt über Kinderschutz, Kinderhandel, S. 27, Mai 2006.

²⁴⁵ CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, Ziff. 477.

²⁴⁶ Menschenhandel mit Minderjährigen - Kinderschutz im Fokus möglicher Massnahmen. Wie die vernetzte Kriminalität und der Missbrauch von Kindern und Jugendlichen zur erzwungenen Ausübung von Bettelerei und Diebstahl bekämpft werden können. Informationspapier der Koordinationsstelle gegen Menschenhandel und Menschenschmuggel (KSMM), der Fremdenpolizei der Stadt Bern und des Schweizerischen Städteverbandes (SSV), Bern, 5. Oktober 2011, S. 5. (zit.: Bericht SVV).

²⁴⁷ TABIN/KNÜSEL/ANSERMET/LOCATELLI/MINACCI, S. 5.

²⁴⁸ Le Temps : Fati Mansour, « Ces enfants roms qui désorientent les juges », 25. Februar 2012.

(Klein)Kriminelle (v.a. Diebstähle) nicht primär als Täter, sondern als Opfer vernetzten Menschenhandels zu betrachten.“²⁴⁹

1. Internationales Recht und Umsetzung in der Schweiz

1.1. Auf allgemeiner Ebene

[202] In Bezug auf Ausbeutung durch Bettelei sind folgende internationale Instrumente zu erwähnen²⁵⁰:

- *KRK*: Artikel 18 (gemeinsame Verantwortung der Eltern), 20 (Schutz des von seiner Familie getrennten Kindes) und 32 (Schutz des Kindes vor wirtschaftlicher Ausbeutung) betreffen speziell die Situation der Minderjährigen, welche durch Bettelei und/oder Diebstahl ausgebeutet werden.
- *Das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität sowie sein Zusatzprotokoll*.²⁵¹
- *Das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe*.
- *Pakt I*: Art. 10 Abs. 3 schützt Kinder gegen wirtschaftliche und soziale Ausbeutung.
- *Das Übereinkommen 182 der IAO über die schlimmsten Formen der Ausbeutung von Kinderarbeit*²⁵²: Art. 3 lit. a definiert alle Formen von Sklaverei oder alle sklavereiähnlichen Praktiken, wie den Verkauf von Kindern und den Kinderhandel, Schuldknechtschaft und Leibeigenschaft sowie Zwangs- oder Pflichtarbeit.
- *Das Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit*²⁵³ enthält in Art. 2 Abs. 1 eine Definition der Zwangsarbeit: „Als ‚Zwangs- oder Pflichtarbeit‘ im Sinne dieses Übereinkommens gilt jede Art von Arbeit oder Dienstleistung, die von einer Person unter Androhung irgendeiner Strafe verlangt wird und für die sie sich nicht freiwillig zur Verfügung gestellt hat.“

1.2. Auf regionaler Ebene

[203] Einschlägige Instrumente auf regionaler Ebene sind insbesondere:

- *EMRK*: Art. 4 Abs. 2 verbietet Zwangs- oder Pflichtarbeit.
- *Das Übereinkommen des Europarates zur Bekämpfung des Menschenhandels*.²⁵⁴

[204] Ebenfalls zu erwähnen ist die nicht zwingende (soft law) Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer. Nach dieser Richtlinie handelt es sich bei den Zwangs-

²⁴⁹ Bericht SSV S. 2.

²⁵⁰ Einige einschlägige Instrumente zur Ausbeutung des Kindes im Allgemeinen werden sowohl im Kapitel über die sexuelle Ausbeutung wie auch in diesem aufgelistet.

²⁵¹ Vgl. detaillierte Angaben im Kapitel über die sexuelle Ausbeutung, Punkt II/1.1.

²⁵² Ratifiziert am 28.06.2000, in Kraft getreten am 28.06.2001, SR 0.822.728.2.

²⁵³ SR 0.822.713.9.

²⁵⁴ Vgl. Punkt II/1.2 des Kapitels, das die sexuelle Ausbeutung behandelt, sowie die dieses Übereinkommen betreffende Fussnote.

diensten, einschliesslich Bettellei und Ausbeutung krimineller Aktivitäten, um Straftaten, die in Verbindung zum Menschenhandel stehen.²⁵⁵

1.3. Umsetzung im schweizerischen Recht

1.3.1. Bundesrecht

[205] Die Problematik des Diebstahls durch Kinder, die unter Zwang stehen, wird weitgehend durch das Strafrecht geregelt. Die Frage des Verbots der Bettellei ist umstritten und fällt unter die kantonale Gesetzgebung, denn sie impliziert eine Störung der öffentlichen Ordnung. Ferner sind auch Bestimmungen des Ausländerrechts sowie Schutzmassnahmen des ZGB in Betracht zu ziehen.²⁵⁶

[206] Art. 182 StGB ahndet ausdrücklich den Menschenhandel, wie bereits im Kapitel über die sexuelle Ausbeutung dargelegt wurde; die Anwerbung einer Person zum Zwecke der Ausbeutung ihrer Arbeit wird dem Menschenhandel gleichgestellt. Der Anwendungsbereich des Art. 182 StGB ist in der Tat auf den Menschenhandel zum Zwecke der Ausbeutung der Arbeit ausgedehnt worden, die vorgesehene Strafe wurde verschärft, einschliesslich der ersten Phase der Tat, nämlich der Anwerbung, die nunmehr als vollendeter Tatbestand betrachtet wird.²⁵⁷ Es geht ferner um die Unterscheidung zwischen von den eigenen Eltern ausgebeuteten Kindern und jenen, die von einer kriminellen Organisation ausgebeutet werden. Wenn das Kind von seiner Familie ausgebeutet wird, kommt in Bezug auf die Verletzung der Beistands- und Erziehungspflicht Art. 219 StGB zur Geltung. Der Diebstahl wird nach Art. 139 StGB bestraft.

[207] Die Hilfe für Opfer von Menschenhandel sowie die Aufnahmebedingungen im Zusammenhang mit einem Aufenthalt in der Schweiz wurden im Kapitel über die sexuelle Ausbeutung behandelt. Darauf wird an dieser Stelle Bezug genommen.²⁵⁸

1.3.2. Kantonales Recht

[208] Die Bettellei wird durch kantonale bzw. kommunale Bestimmungen geregelt, woraus sich eine Vielfalt gesetzgeberischer Instrumente ergibt. Zum Beispiel bestraft in Genf das Gesetz über Bettellei von 2007 das Betteln von Erwachsenen und Minderjährigen: Es schliesst eine Geldstrafe für denjenigen ein, der gebettelt hat (Art. 11A Abs. 1), und sieht eine Geldstrafe von mindestens 2000 Franken vor, wenn der Täter die Bettellei anderer organisiert oder wenn er von einer oder mehreren abhängigen minderjährigen Personen begleitet wird (Art. 11A Abs. 2)²⁵⁹; dieses Gesetz ist heute umstritten, und zahlreiche Stimmen ver-

²⁵⁵ Direktive 2011/36/eu des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Prävention des Menschenhandels und seine Bekämpfung sowie den Opferschutz, den Rahmenbeschluss 2002/629/JAI des Rates, Art. 2 Abs. 3 ersetzend.

²⁵⁶ Vgl. Punkt I, Einleitung.

²⁵⁷ CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, Ziff. 466.

²⁵⁸ Vgl. Punkt II/1.3.1.

²⁵⁹ Gesetz 10106, welches das Genfer Strafgesetz (E 4 05) (*Bettellei*) abändert, November 2007, vgl. <http://www.ge.ch/grandconseil/data/loisvotee/L10106.pdf>.

langen dessen Aufhebung. Das Waadtländer Strafgesetz ahndet lediglich die Ausbeutung von Minderjährigen; es sieht vor, dass derjenige, der Personen unter 18 Jahren betteln schickt, mit einer Geldstrafe mit maximal 90 Tagesätzen (Art. 23)²⁶⁰ bestraft wird. Im Kanton Zürich ahndet das Strafgesetz sowohl die Bettelei als auch die Tatsache, Minderjährige oder abhängige Personen betteln zu schicken.²⁶¹

2. Internationale Empfehlungen und Bestandesaufnahme in der Schweiz

2.1. Internationale Empfehlungen

[209] Es gibt keine spezifische Empfehlung der UNO-Organen an die Schweiz, die sich mit der Ausbeutung von Minderjährigen durch Bettelei und Diebstahl beschäftigt. Nichtsdestotrotz ist die Problematik Teil der Thematik des Kinderhandels im Allgemeinen. In diesem Sinne sind die Empfehlungen des CAT und des CEDAW über den Kinderhandel, die im Kapitel über die sexuelle Ausbeutung erwähnt wurden,²⁶² ebenfalls für die Ausbeutung durch Bettelei und Diebstahl gültig.

2.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz

[210] Die Zahl der Minderjährigen, die zur Bettelei und/oder zum Diebstahl in der Schweiz gezwungen werden, ist bis heute unbekannt. Angesichts der verschiedenen kantonalen und kommunalen Gesetzgebungen und Massnahmen auf diesem Gebiet ist eine Sammlung von Daten auf schweizerischer Ebene kaum möglich. Die erwachsenen Bettler sind mehrheitlich ausländischer Herkunft, in den meisten Fällen entstammen sie der Gemeinschaft der Roma. Die bettelnden Kinder sind wenig sichtbar.

[211] Die verschiedenen Berichte oder Dokumente schätzen den organisierten Charakter der Bettelei unterschiedlich ein. Einige weisen auf eine Zunahme der von der Kantonspolizei erfassten Straftaten hin, sowie auf die Existenz organisierter Banden im grossen Massstab, sowie auf die Präsenz von Bettlern in den Zügen, Bahnhöfen und unvermeidbaren Durchgängen und Passagen.²⁶³

[212] Der jüngste Bericht des Staatsrates an den Grossen Rat des Kantons Waadt²⁶⁴ erwähnt, dass in mehreren europäischen und schweizerischen Städten festgestellt wurde, dass bettelnde Kinder gegen ihren Willen eingesetzt wurden, nicht von ihren Eltern begleitet waren, ja Gegenstand einer Transaktion gewesen waren, um Ausbeutern zur Verfügung zu stehen, die sie betteln schickten. Betont wird, dass dies im Kanton Waadt zwar niemals

²⁶⁰ Waadtländer Strafgesetz vom 19. November 1940, LPén (311.15), <http://www.rsv.vd.ch/dire-cocoon/rsv-site/index.xsp>.

²⁶¹ ZH, Straf- und Justizvollzugsgesetz (StJVG) vom 19. Juni 2006, § 9.

²⁶² Vgl. Punkt II/2.4.1.

²⁶³ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bundesamt für Migration: Rundschreiben Nr. 210.1/2010/00370. Bettelei und Straftätigkeit durch nicht in der Schweiz ansässige Angehörige von EU- und EFTA-Mitgliedstaaten.

²⁶⁴ Bericht des Staatsrates an den Grossen Rat zum Postulat Mireille Aubert et al., die die Schaffung eines kantonalen Aktionsplans gegen Bettelei in Begleitung Minderjähriger fordern, November 2011; vgl. http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/gc/fichiers_pdf/442_Texte_CE.pdf

festgestellt wurde, dass man jedoch nicht das Risiko ausschliessen sollte, dass sich derartige kriminelle Praktiken in Zukunft entwickeln. Die von der Direction du Service de protection de la jeunesse (SPJ) am 9. März 2011 in Auftrag gegebene Untersuchung kommt hinsichtlich des Kanton Waadt zu Schlussfolgerungen, die nicht alarmierend sind: Die Autoren stellen keinen eigentlich organisierten Charakter fest.²⁶⁵ Diese Untersuchung spricht von 50 bis 60 Bettler(innen) in Lausanne, die Mehrheit von ihnen rumänischen Ursprungs; es gäbe lediglich ein Dutzend Kinder in Lausanne, von Eltern begleitet, die jedoch nicht oder äusserst selten betteln.²⁶⁶ Nach dieser Studie sind die meisten Kinder der Bettler in Rumänien geblieben. Bei den anderen werden die kleinen Kinder, die in Lausanne sind, von einer minderjährigen jedoch älteren Person oder von volljährigen Personen, die nicht betteln, beaufsichtigt, während die Eltern ihrer Tätigkeit als Bettler nachgehen.²⁶⁷ Im Kanton Waadt werden die Kinder dieser Bettler nur selten zum Betteln eingesetzt, die Tatsache jedoch, dass sie ihre Eltern beim Betteln begleiten, setzt sie erhöhten Risiken aus: sie werden damit selbst des Vorteils der ihnen zustehenden elementaren Rechte beraubt, da die offiziellen Strukturen gemieden werden (einschliesslich jene der medizinischen Versorgung).²⁶⁸

[213] Die Berichte zeigen die Schwierigkeit, die genaue Situation der Kinder zu erfassen. Nach den Autoren des SSV-Berichts sind die elterlichen, ja familiären Beziehungen, die bei den Personenkontrollen angegeben werden, oft falsch. TABIN et al. machen bei den Befragten eine gewisse reservierte Haltung aus, über die Situation der Kinder zu informieren und darüber auszusagen, ob sie in Lausanne leben und wer sich um sie kümmert.²⁶⁹

[214] Die Berichte beinhalten also divergierende Einschätzungen hinsichtlich des organisierten Charakters der Bettelei. Der SSV-Bericht spricht von einem regelmässigen Auftauchen von ausländischen Kindern und heranwachsenden, die in schweizerischen Städten betteln oder musizieren und dabei um einen Obolus heischen. Nach diesen Autoren begegnet man auch Frauen, die sehr junge Kinder mittragen. In den meisten Fällen stammen diese Bettler aus der Gemeinschaft der Roma. Der gleiche Bericht hebt hervor, dass die Minderjährigen, die beim Betteln, Musizieren oder Stehlen in den Strassen aufgegriffen werden, das nicht aus freien Stücken tun. Sie werden aktiv, um ihren Auftraggebern Geld zu bringen, in den meisten Fällen werden sie von organisierten und streng hierarchisch geführten kriminellen Netzwerken ausgebeutet. Sie gehören zu einem grossen Teil der ethnischen Minderheit der Roma an.²⁷⁰ In Lausanne „unterscheidet die Jugendpolizei [...] zwischen den in der Bettelei aktiven ‚Roma‘, mit denen die Polizei keinen oder nur sehr geringen Kontakt hat, und den jungen ‚Roma‘, die oft minderjährig sind, aus dem benachbarten Frankreich im Auto oder mit dem Zug herreisen, im Einbruchgewerbe erfahren sind und manchmal von der Polizei

²⁶⁵ TABIN/KNÜSEL/ANSERMET/LOCATELLI/MINACCI.

²⁶⁶ Ibid., S. 9.

²⁶⁷ Ibid., S. 90.

²⁶⁸ Während der gesamten Dauer ihrer Beobachtungen (Juli 2011 – März 2012) sahen die Autoren kein bettelndes Kind, und nur in 3 Fällen begleitete ein(e) Minderjährige(r) seine/ihre Mutter oder seinen/ihren Vater, ohne bei der Bettelei aktiv zu werden. Im Übrigen mussten Polizisten in Lausanne nie wegen Misshandlung von Kindern bei Bettelei einschreiten, bis auf einen Ausnahmefall bei grosser Kälte. Ibid., p. 10.

²⁶⁹ Ibid., S. 82.

²⁷⁰ Bericht SSV, S. 3-4.

aufgegriffen wurden (diese Jugendlichen sprechen französisch, sind oft in den „Zigeuner“-lager in Frankreich geboren)“.²⁷¹

[215] Werden die durch Bettelei oder Diebstahl ausgebeuteten Minderjährigen angehalten, so werden sie in der Regel nach kurzer Zeit wieder entlassen, ohne dass irgend eine Massnahme getroffen wird; dies erklärt auch, warum die Ausbeuter sich ihrer bedienen. Bis heute fehlt es an statistischen Daten, geordnet nach Alter und Herkunftsland.

[216] Das Verbot der Bettelei in manchen schweizerischen Kantonen und Gemeinden trägt allerdings nicht die erhofften Früchte, da es sich um ein Problem handelt, dass in nationaler Weise behandelt werden müsste, um zu vermeiden, dass Netzwerke, die bettelnde Kinder benutzen, sich einfach in jene Orte und Örtlichkeiten zurückziehen, wo sie von den Behörden geduldet werden.

[217] In diesem Sinne zielt die Motion Glanzmann-Hunkeler „Bettelverbot für Kinder“²⁷², die am 12.04.2011 eingereicht wurde (noch nicht behandelt), darauf ab, das Strafgesetzbuch wie folgt zu ergänzen: „Minderjährigen ist das Betteln in der Schweiz verboten. Wer in Begleitung von Minderjährigen bettelt oder Minderjährige aktiv beim Betteln unterstützt, wird mit Strafe gemäss Art. 219 des StGB belegt“. Der Bundesrat schlägt in seiner Stellungnahme vom 24.08.2011 vor, die Motion abzulehnen. Er argumentiert dabei, diese Ergänzung würde die Zuständigkeit der Kantone, allgemeine Verbote zu erlassen oder die Frage an die Gemeinden zu delegieren, einschränken. Das bestehende Gesetz weise folglich keine Lücke auf, da es sich um ein Vollzugsproblem handelt. Die Stellungnahme des Bundesrates hob hervor, strenge Kontrollen in der Stadt Bern hätten lediglich dazu geführt, dass die Bettlerbanden sich zurückzogen, ohne dass man die Hintermänner verhaften konnte.

[218] Manch eine Stimme erhebt sich und fordert eine Verschärfung des Jugendstrafrechts, um die Ausbeuter zu entmutigen. Ein solcher Schritt wäre nicht nur paradox, denn das hiesse, der Kriminalisierung des Opfers Vorschub zu leisten und nicht seinem Schutz dienlich zu sein, sondern vermutlich auch unwirksam. Den Minderjährigen zu bestrafen, würde den erwachsenen Ausbeutern (diese fallen unter die geltenden kantonalen Gesetze) überhaupt nicht Einhalt gebieten; es würde letztere nicht daran hindern, andere oder weitere Minderjährige einzubeziehen. Man muss im Gegenteil zusätzliche Massnahmen treffen, die die Minderjährigen schützen.

[219] Der Ende März 2012 den Mitgliedstädten des Schweizerischen Städteverbandes und den Medien vorgestellte SSV-Bericht enthält einen Aktionsplan, der sich auf das Berner Projekt „AGORA“ stützt.²⁷³ In diesem Projekt „hat die Stadt Bern innerhalb des Projekts ‚Agora‘ einen Rahmenprozess entwickelt, der aufzeigt, wie mit den im Fokus stehenden ausländischen Minderjährigen in der Schweiz umgegangen werden kann. Diese werden im Sinne des Kindesschutzes identifiziert und betreut. Ergibt die individuelle Prüfung, dass eine Rückkehr nicht dem Kindeswohl widerspricht, wird anschliessend die Rückreise in ihre Herkunftsländer organisiert; dort werden sie mit ihren Familien zusammengeführt oder fremdbetreut. Bei die-

²⁷¹ TABIN/KNÜSEL/ANSERMET/LOCATELLI/MINACCI, S. 65.

²⁷² Motion 11.3332.

²⁷³ Vgl. Pressemitteilung des Schweizerischen Städteverbandes vom 27. März 2012 „Besserer Kindesschutz im Kampf gegen die organisierte Bettelei“, der Text kann online gesichtet werden unter http://staedteverband.ch/de/Info/Aktuell/Medien/Medienmitteilungen_2012/120327_Organisierte_Bettelei

sem Konzept handelt es sich um einen Rahmenprozess, der individuell, situationsbedingt und einzelfallbezogen je nach Kanton und Gemeinde angewendet werden kann. Ziel dieses Prozesses ist es einerseits, konkrete Unterstützung anzubieten, andererseits kann er auch der Sensibilisierung der zuständigen Behörden dienen.“²⁷⁴

[220] Auf der Ebene der konkreten Massnahmen sieht die Stadt Bern ein spezialisiertes Zentrum mit temporären Plätzen für die Aufnahme von Minderjährigen vor, die zum Betteln und Stehlen gezwungen werden.²⁷⁵ Diese Betreuung und ihre eventuellen Nachahmungsformen sollten insbesondere nach dem Grundsatz des Kindeswohls bewertet werden (Art. 3 KRK).

[221] Die Notwendigkeit einer grösseren politischen und gesetzgeberischen Kohärenz ist auf Bundesebene anzustreben, um nicht nur Ungleichbehandlungen zu vermeiden, sondern auch den Datenmangel auf nationaler Ebene auszugleichen. Es ist zu empfehlen, die Praxis der detaillierten Abklärung der Person des Minderjährigen, seiner persönlichen und familiären Situation, seiner Schulzeit oder Ausbildung, sowie die Ermittlung notwendiger erzieherischer, therapeutischer Massnahmen oder der angepassten Betreuung zu systematisieren. Ergibt sich ein Fall von Ausbeutung durch Bettelei oder Diebstahl, sollte die für Minderjährige zuständige Strafbehörde eine Schutzmassnahme anordnen (Überwachung, persönliche Betreuung, ambulante oder institutionelle Massnahmen). Nur im gegenteiligen Fall könnte sie eine Strafe gegen den Minderjährigen aussprechen (Freiheitsentzug bis zu einem Jahr, in Ausnahmefällen bis zu vier Jahren; Busse mit oder ohne umfassende oder teilweise Bewährung; persönliche Leistung; Verwarnung). Will man die Schutzmassnahmen verstärken, so denke man an vormundschaftliche Massnahmen, Bildung interdisziplinärer Interventionsteams, Alternativen zur Untersuchungshaft, Mediation und qualifizierte persönliche Leistungen. Schutzrechte müssen angemessene Leistungen einschliessen und partizipativ umgesetzt werden, indem die Meinung der Kinder bei allen sie betreffenden Entscheiden einbezogen wird.²⁷⁶

[222] Die Knappheit der Daten und Analysen über die guten Praktiken in der Schweiz wirkt sich auf europäischer Ebene aus: Die Verfahren zur Betreuung von Minderjährigen sowie die Massnahmen zur Rückführung in ihre Ursprungsländer und zur dortigen Reintegration werden nicht mit ähnlichen Massnahmen in anderen europäischen Ländern verglichen. Ohne übereinstimmende Antwort auf europäischer Ebene kann der Schutz von Kindern, die Opfer von Ausbeutung durch Bettelei und Diebstahl sind, nicht angemessen gewährleistet werden. Die „guten Praktiken“ der auf diesem Gebiet tätigen NGOs (insbesondere des Internationalen Sozialdienstes, Terre des hommes) müssten vermehrt berücksichtigt werden. Der Schwerpunkt sollte stärker auf konkreten Massnahmen und guten Praktiken bei der schulischen Integration von Romakindern²⁷⁷ sowie auf den Bedingungen der Reintegration der Minderjähri-

²⁷⁴ Bericht SSV, S. 3.

²⁷⁵ Le Temps : Fati Mansour, « Ces enfants roms qui désorientent les juges », 25 février 2012.

²⁷⁶ JEAN ZERMATTEN/DANIEL STOECKLIN, Le droit des enfants de participer. Norme juridique et réalité pratique : contribution à un nouveau contrat social, Sion, 2009.

²⁷⁷ CODE (Coordination des ONG pour les droits de l'enfant), Recherche-pilote sur la sensibilisation des autorités publiques à la Communauté Rom et sur l'intégration scolaire des enfants Roms, Bruxelles, 2004.

gen in ihr Herkunftsland gelegt werden.²⁷⁸ Der Kampf gegen den Menschenhandel erfordert eine bessere Kenntnis und Behandlung der Probleme an der Wurzel.²⁷⁹

[223] Die Ausbeutung der Minderjährigen durch Bettelei und Diebstahl ist Symptom des Integrations- und Staatsbürgerschaftsmangels der ethnischen Minderheit der Roma in den Herkunftsländern (Albanien, Bulgarien, Kosovo, Mazedonien, Rumänien, Serbien). Das Problem der bettelnden Kinder ist im regionalen Massstab anzusiedeln, und es ist eine Herausforderung, eine Nomadengemeinschaft zu integrieren, die im Laufe der Geschichte marginalisiert wurde. In der Praxis werden jedoch nur die Folgen, nicht aber die Vorbedingungen des Problems behandelt. Die von diesem Problem betroffenen Behörden sind jene, die mit Untersuchungen betraut werden (Verfahren zur Identifikation der minderjährigen Opfer und Suche nach dem Beweis des Vorhandenseins eines Menschenhandelsnetzes), ferner die Vormundschaftsbehörden (Schutzmassnahmen und Unterbringungslosungen) und die Migrationsämter (Rückführungsmechanismen). In extremen Fällen drückt sich dies in Abschiebemaassnahmen aus, die dem Bundesamt für Migration (BFM) durch die kantonalen Migrationsbehörden übertragen werden.²⁸⁰ Die sichere Rückführung und angemessene Wiedereingliederung der Kinder in ihrem Ursprungsland erfordert internationale Zusammenarbeit. Auf dieser Ebene bieten die Erfahrungen der internationalen NGOs interessante Möglichkeiten.²⁸¹ Zu erwähnen sind insbesondere der Leitfaden „Kooperationsmechanismen gegen Menschenhandel“, der von der KSMM veröffentlicht wurde²⁸² und die Unterstützung der DEZA für zwei von schweizerischen NGOs in Moldawien und Serbien durchgeführte Projekte im Kampf gegen den Verkauf, den Handel und die Entführung von Kindern im Ausland.²⁸³ Die Verringerung der emotionalen und finanziellen Abhängigkeit, in der sich die Kinder befinden, ist eine grosse Herausforderung. Dafür muss mit angemessenen Mitteln gekämpft werden: Keine geographischen oder gesetzlichen Hindernisse, Vernetzung der Beteiligten, Vertrauen der Eltern und ein unmittelbarer materieller Vorteil²⁸⁴. Der nationale Aktionsplan 2012-2014 gegen den Menschenhandel sieht in Punkt 22 vor, die strategische Zusammenarbeit, insbesondere mit Stellen und Behörden der Herkunfts- und Transitländer zu verstärken.²⁸⁵

²⁷⁸ SOKOL MUCA, Challenges and Solutions to the Roma Children's Right to Education in Albania, Master of Advanced Studies in Children's Rights, 2010. Der schweizerische nationale Aktionsplan 2012-2014 sieht unter Punkt 21 auch die Umsetzung von Programmen und Projekten zur Unterstützung der Herkunftsländer in der Bekämpfung des Menschenhandels vor. Ziele sind dabei der Schutz, die Betreuung und die Wiedereingliederung der Opfer sowie auch die präventive Wirkung auf den Menschenhandel. Siehe: http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/ksmm/dokumentation/nap_mh/NAP%20MH%20de.pdf.

²⁷⁹ DANIEL STOECKLIN, Le trafic d'enfants albanais comme déficit de citoyenneté, *Nouvelles Pratiques Sociales*, Montréal, Québec, Vol. 2, No 18, 2006, S. 186-199.

²⁸⁰ Entsprechend den Direktiven VEP Ziff. 12.1.1.

²⁸¹ DANIEL STOECKLIN/MIRELA SHUTERIQI/DIMITRA PIPPIDOU, Transnational Protection of Children. The Case of Albania and Greece, 2000-2006, *Terre des hommes*, 2006; DANIEL STOECKLIN/VINCENT TOURNECUILLERT, Les solutions trouvées en Albanie pour accompagner les victimes de trafic, *Terre des hommes*, 2004.

²⁸² http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/ksmm/dokumentation/leitfaden/leitfaden_d.pdf.

²⁸³ CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, Ziff. 488 und 489.

²⁸⁴ DANIEL STOECKLIN/MIRELA SHUTERIQI/DIMITRA PIPPIDOU, Transnational Protection of Children. The Case of Albania and Greece, 2000-2006, *Terre des hommes*, 2006; DANIEL STOECKLIN/VINCENT TOURNECUILLERT, Les solutions trouvées en Albanie pour accompagner les victimes de trafic, *Terre des hommes*, 2004.

²⁸⁵ Siehe http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/ksmm/dokumentation/nap_mh/NAP%20MH%20de.pdf, S. 18, Punkt 22.

2.3. Zu ergreifende Massnahmen

[224] Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen wird es in erster Linie darauf ankommen, soweit wie möglich statistische Daten zu Fällen der Ausbeutung von Kindern durch Bettelei und Diebstahl in der Schweiz zusammenzutragen. Ferner wäre es notwendig, eine Reihe guter Praktiken zu definieren, welche die von den internationalen Organisationen gemachten Erfahrungen berücksichtigt. Der Schutz des Kindes als Opfer von Menschenhandel sollte einerseits durch eine bessere internationale Zusammenarbeit gestärkt werden. Andererseits ist es unverzichtbar, auf nationaler Ebene insbesondere die Koordination zwischen den Kantonen sowie die Schutzmassnahmen im Zivilrecht zu verbessern. Alle diese Massnahmen sollten ausserdem mit einer Sensibilisierung der Fachleute und der öffentlichen Meinung für das Ausmass der organisierten Kriminalität und des Menschenhandels einhergehen, die sich hinter Bettelei und organisiertem Diebstahl, die Kinder involvieren, verbergen kann.

IV. SCHLUSSFOLGERUNG

[225] Die von den Vertragsorganen formulierten Empfehlungen sowie die Analyse der Situation in der Schweiz machen einige Lücken sichtbar, insbesondere hinsichtlich der Prävention der sexuellen Ausbeutung von Kindern. Das bevorstehende Inkrafttreten der Lanzarote-Konvention und die Änderungen des schweizerischen Rechts, die sich daraus ergeben, stellen erste positive Massnahmen dar, besonders die Bestrafung der Inanspruchnahme sexueller Dienste von Kindern zwischen 16 und 18 Jahren. Es muss jedoch die Notwendigkeit betont werden, eine Strafnorm zu schaffen, die ausdrücklich das „grooming“ unter Strafe stellt. Die Entwicklung eines zuverlässigen Datenerfassungssystems bildet eine unumgängliche Massnahme zur Quantifizierung der einzudämmenden Erscheinungsbilder. Beim Kinderhandel, ob zum Zwecke sexueller Ausbeutung oder der Ausbeutung durch Bettelei und Diebstahl bildet die Annahme des Nationalen Aktionsplans gegen Menschenhandel eine positive Massnahme, die zur spezifischen Erfassung der beiden besonderen Problematiken führen soll. Wichtig wird sein, die kantonalen Praktiken bei der Handhabung des Ausländerrechts zu harmonisieren und die Sensibilisierung der Fachleute, die mit Kindern als Opfer arbeiten, voranzutreiben. Die Erstellung eines speziell für die Ausbeutung durch Bettelei und Diebstahl in der Schweiz geschaffenen Datensammlungssystems erweist sich ebenfalls als notwendig. Dies würde erlauben, die Dimension der organisierten Kriminalität und des Kinderhandels empirisch zu dokumentieren, die sich hinter der Bettelei und dem organisierten Diebstahl mit Einbezug von Kindern verbergen kann.

KINDER UND BILDUNG

Von Paola Riva Gapany²⁸⁶

I. INTERNATIONALES RECHT UND UMSETZUNG IN DER SCHWEIZ – ALLGEMEINE GESETZLICHE GRUNDLAGEN²⁸⁷

[226] Das Recht auf Bildung²⁸⁸ ist ein grundlegendes, universelles Recht, das die Staaten zu bestimmten Leistungen verpflichtet, zum Beispiel zum allgemeinen Zugang zu einem kostenlosen und für alle obligatorischen Primarunterricht wie zum Zugang zu einer für alle offenen sekundären Bildung in ihren verschiedenen Formen und zum Zugang für alle zu einer technischen und beruflichen Ausbildung.²⁸⁹

[227] Die verschiedenen Empfehlungen der Vertragsorgane zur Anwendung des Rechts auf Bildung in der Schweiz, die in der vorliegenden Studie analysiert werden, zielen weder auf die Qualität der Ausbildung noch auf den Mangel an Handlungen, sondern betonen eine lückenhafte Koordination und ein Ungleichgewicht zwischen den verschiedenen Massnahmen, die von den Kantonen auf dem Gebiet der Bildung im Allgemeinen und insbesondere gegenüber verletzlicher Gruppen getroffen werden.²⁹⁰

1. Auf allgemeiner Ebene²⁹¹

[228] Die folgenden internationalen juristischen Bestimmungen zum Recht auf Bildung im Allgemeinen sind für die Schweiz relevant: Art. 26 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte sowie Art. 13 Abs. 1 Pakt I bestimmen das Recht einer jeden Person auf Bildung. Eine Regelung, die genauer das Recht des Kindes auf Bildung erläutert, insbesondere hinsichtlich seiner Ziele, findet sich in den Art. 28 und 29 KRK. Art. 10 des Übereinkommens über die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau enthält eine Nichtdiskriminierungsklausel in Bezug auf die Bildung der Frauen. Unter den nicht zwingenden Texten

²⁸⁶ In Zusammenarbeit mit Nicole Hitz Quenon.

²⁸⁷ Im Rahmen dieser Studie werden nur die Übereinkommen oder Dokumente über den Schutz der Menschenrechte berücksichtigt, die von der Schweiz ratifiziert wurden oder von irgendeiner Relevanz für die Schweiz sind.

²⁸⁸ Das Recht auf Bildung ist Gegenstand zahlreicher Rechtsnormen, Analysen, Essays und auch Entscheidungen. Im begrenzten Rahmen dieser Studie werden nur die für die Schweiz relevanten Dokumente berücksichtigt. Die Studie kann aus diesem Grund weder hinsichtlich der Quellen noch des Inhalts vollständig sein.

²⁸⁹ Achte und neunte Sitzung der gemeinsamen Expertengruppe UNESCO(CR)/ECOSOC(CESCR) über die Weiterverfolgung des Rechts auf Bildung, Inklusive Dimensionen des Rechts auf Bildung: normative Grundlagen, begrifflicher Rahmen, Paris 2008, S.5.

²⁹⁰ Für eine vollständige Beschreibung der angenommenen Massnahmen und durchgeführten Aktionen, siehe CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, S. 98ff.

²⁹¹ Siehe auch: General Comment No. 1 on the aims of education (art. 29 para. 1), 17. April 2001 und die Berichte des Sonderberichterstatters über das Recht auf Bildung an den Rat für Menschenrechte und die Generalversammlung der UNO Sonderberichterstatter, Bildung, <http://www2.ohchr.org/english/issues/education/rapporteur/annual.htm> (gesichtet am 27.02.12).

ist es wichtig, die *Welterklärung über Bildung für alle*, genannt Erklärung von Jomtien,²⁹² zu zitieren, sowie den *Aktionsrahmen für die Befriedigung grundlegender Bildungsbedürfnisse*.²⁹³

2. Auf regionaler Ebene

[229] Auf regionaler europäischer Ebene sind folgende Dokumente über die Bildung im Allgemeinen für die Schweiz von Bedeutung:

- *EMRK*: Art. 14 (Nichtdiskriminierung);
- *EU-Ministerrat*, Empfehlung MR/Rec(2007)13²⁹⁴ (soft law);
- *Parlamentarische Versammlung des Europarats*, Empfehlung Rec(2000)1437²⁹⁵ (soft law).

3. Umsetzung im schweizerischen Recht²⁹⁶

[230] Nach Art. 62 BV fällt das staatliche Schulwesen in den Kompetenzbereich der Kantone, während der Bund die Berufsausbildung gesetzgeberisch regelt (Art. 63 BV). Eine interkantonale Koordination kann erforderlich sein, und die Kantone können, in Anwendung des Art. 48 Abs. 1 und 4 BV, durch Verträge ein interkantonales Organ ermächtigen, für ihre Umsetzung rechtssetzende Bestimmungen zu erlassen. Die Kantone haben diese Möglichkeit im Bildungswesen genutzt, indem sie interkantonale Vereinbarungen abschlossen und die Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) auf nationaler und regionaler Ebene schufen.

3.1. Bundesrecht

[231] Der Grundsatz der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 und 2 BV.), der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 19 und 41 lit. f und g BV) werden von der Verfassung garantiert, ebenso wie die Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen (Art. 11 BV) und die Beachtung ihrer besonderen Förderungs- und Schutzbedürfnisse (Art. 67 BV). Allgemein anerkennt die Verfassung, dass Bildung ein soziales Ziel verfolgt (Art. 41 Abs. 1 lit. f BV). Das Bundesgesetz über die Berufsbildung (BBG) regelt unter anderen für sämtliche Berufsbereiche ausserhalb der Hochschulen die berufliche Grundbildung, einschliesslich der Berufsmaturität sowie die höhere Berufsbildung (Art. 2 Abs. 1 lit. a und b BBG).

²⁹² World Declaration on Education for All, adopted by the participants of the World Conference on Education for All, held in Jomtien, Thailand on March 5 to 9 1990, http://www.unesco.org/education/pdf/JOMTIE_E.PDF..

²⁹³ UNESCO Framework for Action to meet basic learning needs, http://www.unesco.org/education/pdf/JOMTIE_E.PDF (gesichtet am 27.02.12).

²⁹⁴ Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedsstaaten betreffend das integrierte Herangehen an die Gleichheit zwischen Mann und Frau in der Bildung, 10. Oktober 2007.

²⁹⁵ Empfehlung 1437 der Parlamentarischen Versammlung an das Ministerkomitee zur nicht formalen Bildung, 24. Januar 2000, <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta00/frec1437.htm#1> (gesichtet am 05.09.12).

²⁹⁶ Siehe auch die Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK), die die 26 für Bildung verantwortlichen Staatsräte vereint. <http://www.cdip.ch/dyn/11926.php> (gesichtet am 04.09.12).

[232] Das Bundesgericht hat in einem Grundsatzentscheid anerkannt, dass der Grundschulunterricht als ein Grundrecht unentgeltlich, angemessen und ausreichend sein muss, um die Schüler darauf vorzubereiten, ihr Leben selbstverantwortlich zu gestalten.²⁹⁷

3.2. Kantonales Recht²⁹⁸

[233] Die Bildung liegt in erster Linie in der Zuständigkeit der 26 Kantone, während für die post-obligatorische Ausbildung der Bund und die Kantone gemeinsam verantwortlich sind.²⁹⁹

[234] Die kantonalen Verfassungen garantieren das Recht auf Bildung ohne jegliche Diskriminierung und die kantonalen Gesetze über das staatliche Schulwesen bestätigen diesen Grundsatz und wenden ihn an.³⁰⁰

3.3. Interkantonales Recht^{301, 302}

[235] Gemäss BV können die Kantone untereinander Abkommen auf dem Gebiet der Bildung abschliessen. Folgende Vereinbarungen wurden getroffen:

- Vereinbarung vom 29. Oktober 1970 über die Schulkoordinierung (Art. 2);³⁰³
- HarmoS Konkordat (Harmonisierung der obligatorischen Schule), 2007;³⁰⁴
- Convention scolaire romande, 2007;³⁰⁵
- Regionales Schulabkommen über die gegenseitige Aufnahme von Auszubildenden und Ausrichtung von Beiträgen, 2009;³⁰⁶
- Grundsätze der Zusammenarbeit in der Innerschweizerischen Regierungskonferenz vom 17. November 1994;³⁰⁷
- Regionales Schulabkommen 2001 der EDK-Ost;³⁰⁸

²⁹⁷ BGE 130 I 352.

²⁹⁸ Siehe EDK, <http://www.cdip.ch/dyn/11910.php> (gesichtet am 27.02.12).

²⁹⁹ Für die kantonalen Gesetzesdatenbanken siehe die kantonalen Erziehungsdepartements <http://www.cdip.ch/dyn/15426.php> (gesichtet am 27.02.12) und die Datenbank des Föderalismus-Instituts in Freiburg: <http://www.lexfind.ch/?cid=10> (gesichtet am 27.02.12).

³⁰⁰ Siehe Datenbank weiter oben: <http://www.lexfind.ch/index.php?cid=10&p=4>.

³⁰¹ Siehe Interkantonale Erziehungskonferenz der Westschweiz und des Tessin <http://www.ciip.ch/> (gesichtet am 27.02.12).

³⁰² Siehe regionale Konferenz der Nordschweiz <http://nwedk.d-edk.ch/>, regionale Konferenz der Zentralschweiz <http://www.bildung-z.ch/>, und regionale Konferenz der Ostschweiz <http://edk-ost.d-edk.ch/> (gesichtet zwischen 27. und 29.2.2012).

³⁰³ Vereinbarung vom 29. Oktober 1970 über die Schulkoordinierung (SR 411.9). Alle Kantone mit Ausnahme des Tessins haben zugestimmt.

³⁰⁴ Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der obligatorischen Schule (concordat HarmoS) vom 14. Juni 2007, http://edudoc.ch/record/24711/files/HarmoS_d.pdf. 15 Kantone haben sie anerkannt: <http://www.edk.ch/dyn/12536.php> (gesichtet am 27.02.12).

³⁰⁵ Schulvereinbarung der Westschweiz vom 21. Juni 2007, <http://www.ciip.ch/CMS/default.asp?ID=726> (gesichtet am 3.09.12).

³⁰⁶ Betrifft die Kantone Aargau, Basel Land, Basel Stadt, Fribourg, Bern, Luzern, Solothurn, Wallis und Zürich <http://www.lexfind.ch/dta/3974/2/419.700.pdf> (gesichtet am 18.06.2012).

³⁰⁷ Grundsätze der Zusammenarbeit in der Innerschweizer Regierungskonferenz vom 17. November 1994, <http://www.zrk.ch/Grundlagen.11.0.html> (gesichtet am 27.02.12).

³⁰⁸ Regionales Schulabkommen 2001 der EDK-Ost <http://edk-ost.d-edk.ch/content/regionales-schulabkommen-2001-der-edk-ost-rsa> (gesichtet am 27.02.12).

- Vereinbarung zur sprachregionalen Zusammenarbeit von 18. März 2010.³⁰⁹

II. KINDER MIT MIGRATIONSHINTERGRUND³¹⁰

[236] In einem Artikel über die „Integration von Migranten“ bekräftigt Kälin, dass die soziale oder anders gesagt „strukturelle“ Integration über die Integration in das Bildungssystem verläuft, insbesondere über den Zugang zum Grundschul- und Sekundarunterricht ohne Trennung, sowie zur Hochschulbildung. Er ist insbesondere der Ansicht, dass einer der Schlüssel zur Integration die Gleichbehandlung sowie die Achtung des Prinzips der Nichtdiskriminierung bei der Garantie der als sozial und kulturell qualifizierten Rechten ist.³¹¹

1. Internationale Empfehlungen

[237] Der UNO Ausschuss für die Rechte des Kindes hat in seinen Schlussbemerkungen 2002 folgende Besorgnis geäußert: *„Der Ausschuss nimmt das verfassungsrechtlich garantierte Diskriminierungsverbot (Artikel 8) zur Kenntnis. Nichtsdestotrotz äussert er seine Besorgnis über die faktische Diskriminierung von ausländischen Kindern und Vorfälle von Rassendiskriminierung im Vertragsstaat, welche negative Auswirkungen auf die Entwicklung von Kindern haben können. Zudem ist der Ausschuss besorgt darüber, dass die kantonalen Ungleichheiten im Rahmen der Praxis und der angebotenen Dienste wie auch dem Genuss von Rechten durch die Kinder diskriminierende Auswirkungen haben können.“* Der Ausschuss empfahl der Schweiz, *„Im Geiste von Artikel 2 und anderen relevanten Artikeln der Konvention [...] die bestehenden Ungleichheiten im Genuss von Kinderrechten einer sorgfältigen und regelmässigen Überprüfung zu unterziehen. Gestützt auf diese Überprüfung sollen die notwendigen Schritte zur Verhütung und Bekämpfung diskriminierender Ungleichheiten eingeleitet werden. Der Ausschuss empfiehlt dem Vertragsstaat des Weiteren, seine administrativen Massnahmen zur Vorbeugung und Beseitigung von faktischen Diskriminierungen von ausländischen Kindern und Kindern von Minoritäten zu intensivieren.“*³¹²

[238] Die zweite Allgemeine regelmässige Überprüfung der Schweiz fand am 29. Oktober 2012 vor dem UNO-Menschenrechtsrat statt. Die Arbeitsgruppe des Menschenrechtsrats hat

³⁰⁹ Vereinbarung zur sprachregionalen Zusammenarbeit vom 18. März 2010, Deutschschweizer Erziehungsdirektoren-Konferenz: http://www.d-edk.ch/sites/default/files/D-EDK-Vereinbarung_2010-03-18.pdf (gesehen am 27.02.12).

³¹⁰ Die Terminologie „Kinder mit Migrationshintergrund“ wurde in Übereinstimmung mit den UNO-Dokumenten gewählt. Es handelt sich unter anderem um Kinder von regulären Wanderarbeitern, so wie sie in der Internationalen Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeiter und ihrer Familienangehörigen vom 18. Dezember 1990 (von der Schweiz nicht ratifiziert) definiert werden; um unbegleitete oder von der Familie getrennte Kinder, wie sie der Kinderrechtsausschuss definiert, die sich ausserhalb des Landes befinden, dessen Staatsangehörigkeit sie haben, oder, wenn sie staatenlos sind, ausserhalb des Landes, in dem sie sich gewohnheitsmässig aufgehalten haben; um Flüchtlingskinder im Sinne des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951; um asylsuchende Kinder; um abgewiesene asylsuchende Kinder, deren Wegweisung zeitweilig aufgeschoben ist (aufgrund eines ausserordentlichen Rechtsmittels); Kinder, deren Wegweisung rechtskräftig ist; asylsuchende Kinder, die vorläufig angenommen sind und deren Wegweisung unmöglich, unzulässig oder unzumutbar ist, sowie papierlose Kinder (Sans-papiers). Siehe auch CRC, General Comment No. 6 (2005).

³¹¹ WALTER KÄLIN, Human Rights and the Integration of Migrants, in: Migration and International Legal Norms, ed. Aleinikoff/Chetail, Pays-Bas, 2003, S. 271-287.

³¹² CRC, Concluding observations, Switzerland 2002.

am 31. Oktober 2012 an ihrer 13. Sitzung die Empfehlung 122.46 an die Schweiz gerichtet und fordert sie auf „[d]ie Politik der öffentlichen Hand so ausbauen, dass Kinder aus benachteiligten Milieus und ausländischer Herkunft die bestmögliche Ausbildung erhalten“. Die Schweiz hat diese Empfehlung angenommen.³¹³

[239] Die beiden genannten Empfehlungen zeigen auf, dass ein Kind ausländischer Herkunft Opfer von Diskriminierung ist, insbesondere im Bezug auf den Zugang zu Bildung und Ausbildung

2. Spezifische gesetzliche Grundlagen³¹⁴

2.1. Auf internationaler Ebene

- *KRK* : Die Art. 2 (Nicht-Diskriminierung), 22 (Schutz des Flüchtlingskindes), 27 (Recht auf einen angemessenen Lebensstandard);
- *Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge*³¹⁵: die Art. 3 (Nicht-Diskriminierung) und 22 (öffentlicher Unterricht, Gleichbehandlung) ;
- *Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge*,³¹⁶;
- *Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung*³¹⁷: Art. 5 lit. e Punkt v (Gleichbehandlung beim Recht auf Erziehung und Ausbildung) und Art. 7 (Die Vertragsstaaten verpflichten sich, unmittelbare und wirksame Massnahmen, insbesondere auf dem Gebiet des Unterrichts, der Erziehung, Kultur und Information, zu treffen).

2.2. Auf regionaler Ebene

- Ministerkomitee des Europarates, Empfehlung (2008)4³¹⁸ (soft law)

2.3. Umsetzung im schweizerischen Recht

2.3.1. Bundesrecht

[240] Das Ausländergesetz behandelt nicht in besonderer Weise die Bildung von Kindern mit Migrationshintergrund, sondern regelt die Einreise, den Aufenthalt und die Ausreise von Ausländern sowie die Familienzusammenführung (Art. 1). Es ist ferner auf die Integration der Ausländer gerichtet (Art. 4), insbesondere durch das Erlernen einer Landessprache (Art. 4

³¹³ UPR SWITZERLAND 2012, Rec. 122.46 (PARAGUAY)

³¹⁴ Die unter Punkt I./1. ff. genannten allgemeinen juristischen Grundlagen sind auch für die folgenden Kapitel relevant.

³¹⁵ Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (SR 0.142.30).

³¹⁶ Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (SR 0.142.301).

³¹⁷ SR 0.104.

³¹⁸ Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates an die Mitgliedstaaten über die Förderung der Integration von Kindern mit Migrationshintergrund vom 20. Februar 2008 http://www.coe.int/t/dg3/children/keylegaltexts/cmrec_EN.asp? (gesichtet am 27.02.12).

Abs. 4 und Art. 53 Abs. 3). Die Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern präzisiert dagegen, dass die Integration von Personen fremder Herkunft unter anderem durch die Schule und die Berufsausbildung realisiert wird, unter Berücksichtigung der Bedürfnisse von Kindern und Frauen (Art. 2 Abs. 3); der chancengleiche Zugang zur Schule wird durch Art. 13 Abs. 1 lit. c garantiert.³¹⁹

2.3.2. Kantonales Recht³²⁰

[241] Für die kantonalen Gesetzesdatenbanken siehe unter den kantonalen Erziehungsdepartementen.³²¹

2.3.3. Interkantonales Recht

[242] HarmoS (Art. 4 Abs. 4): „Für Schülerinnen und Schüler mit Migrationshintergrund fördern die Kantone durch organisatorische Massnahmen die von den Herkunftsländern und den verschiedenen Sprachgemeinschaften unter Beachtung der religiösen und politischen Neutralität durchgeführten Kurse in heimatlicher Sprache und Kultur (HSK Kurse)“.

3. Bestandesaufnahme in der Schweiz

[243] In ihrer Antwort an den UNO-Ausschuss für die Rechte des Kindes vom 13. Juni 2002³²² bekräftigt die Schweiz, dass ein ausreichender und unentgeltlicher Grundschulunterricht allen Kindern garantiert ist, ohne Diskriminierung und unabhängig von ihrem rechtlichen Status (Art. 19 und Art. 62 Abs. 2 BV.). Es sei auch möglich, in der Schweiz zu studieren, unabhängig vom rechtlichen Status.

[244] Indessen zeigen zahlreiche Studien, dass bei schulischen Schwierigkeiten Kinder mit Migrationshintergrund schneller in eine bestimmte berufliche Branche, eine Sonder- oder Entwicklungsklasse gelenkt werden als schweizerische Kinder oder jene aus höherem sozialem Milieu in gleichschwieriger Situation.³²³ Bei Kindern, die von einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid betroffen sind (Art. 82 Abs. 1 AsylG) oder bei weggewiesenen asylsuchenden Kindern, deren Rückführung zeitweilig ausgesetzt ist, da sie sich mit einem ausserordentlichen Rechtsmittel an die Justiz gewandt haben (Art. 82 Abs. 2 AsylG), besteht die gegenwärtige Tendenz darin, sie in Sonderklassen unterzubringen, was dem

³¹⁹ Bericht der Pädagogischen Kommission der EDK in Ergänzung zur Erklärung der EDK zu Rassismus und Schule, Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren, http://www.edudoc.ch/static/web/arbeiten/bericht_pk_rassismus_d.pdf (gesichtet am 27.02.12).

³²⁰ Zum Beispiel der Kanton Genf: Loi sur l'instruction publique (LIP), du 6 novembre 1940, C 1 10, http://www.ge.ch/legislation/rsg/f/s/rsg_c1_10.html (gesichtet am 27.02.12) und MOTTET GENEVIÈVE/BOLZMAN CLAUDIO, S. 67.

³²¹ <http://www.cdip.ch/dyn/15426.php> (gesichtet am 27.02.12).

³²² CRC, Concluding Observations, Answer Switzerland, 2002.

³²³ WINFRIED KRONIG/URS HAEBERLIN/MICHAEL ECKHART, Immigrantenkinder und schulische Selektion. Pädagogische Visionen, theoretische Erklärungen und empirische Untersuchungen zur Wirkung integrierender und separierender Schulformen in den Grundschuljahren. Bern u.a. 3. Oktober 2000. Siehe auch: THOMAS LIEBIG/SEBASTIAN KOHLS/KAROLIN KRAUSE, "Die Integration der Immigranten und ihrer Kinder auf dem Arbeitsmarkt der Schweiz", Arbeitsdokumente der OKRK über soziale Angelegenheiten, Beschäftigung und Migrationen, Nr. 128, OKRK Verlag, Februar 2012.

Integrationsprinzip widerspricht.³²⁴ Minderjährige Migranten oder Kinder von Migranten studieren fast nie, und zwar aufgrund der finanziellen, sozialen und kulturellen Situation ihrer Eltern und Familien.³²⁵ Auch das Erlernen einer offiziellen schweizerischen Landessprache ist ein Problem.³²⁶ Der Zweite, dritte und vierte Bericht der schweizerischen Regierung zur Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes stellt fest: *„Der Anteil der Kinder, welche die Sekundarstufe I, Grundansprüche (z.B. Realschule) besuchen, ist bei der ausländischen Bevölkerung mit 41 % fast doppelt so hoch wie bei der schweizerischen Bevölkerung mit 23 %. Nach der obligatorischen Schulzeit haben insbesondere Jugendliche ausländischer Herkunft mit einem Realschulabschluss überdurchschnittlich Mühe, eine Lehrstelle zu finden.“*³²⁷

4. Zu treffende Massnahmen

[245] Um die schulische Integration Kindern mit Migrationshintergrund zu fördern, sollte das Erlernen einer Landessprache so rasch wie möglich stattfinden. Es wäre wichtig, den Eltern ausländischer Herkunft den Zugang zu Informationen über das schweizerische Bildungssystem zu erleichtern, damit sie ihre Kinder beim Abschluss einer Ausbildung unterstützen und ihnen helfen können.

[246] Eine interkulturelle Vorgehensweise, gestützt auf den Gedanken, dass Interaktionen der Schüler die Entwicklung der Zusammenarbeit und der Solidarität begünstigen, erweist sich im schulischen Kontext als notwendig.³²⁸ Um ihre internationalen Verpflichtungen zu ergänzen, sollte die Schweiz ferner die Möglichkeit prüfen, das internationale Übereinkommen zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeiternehmer und ihrer Familienangehörigen vom 18. Dezember 1990, die UNESCO-Konvention zum Kampf gegen Diskriminierung im Bildungswesen vom 14. Dezember 1960 und die UNESCO-Konvention über technische und Berufsbildung vom 10. November 1989 zu ratifizieren.

³²⁴ Anlässlich des Runden Tisches des SKMR vom 30. August 2012 gesammelte Information.

³²⁵ ROLF BECKER/FRANZISKA JAPPEL/MICHAEL BECK, Statistische und institutionelle Diskriminierung von Migranten im Schweizer Schulsystem. Oder: Werden Migranten oder bestimmte Migrantengruppen in der Schule benachteiligt? Studie der Universität Bern im Rahmen des Schweizerischen Nationalfonds, Bern, Juni 2011. Siehe auch: FRANZ SCHULTHEIS/PASCUALINA PERRIG-CHIELLO/STEPHAN EGGER, Kindheit und Jugend in der Schweiz, Ergebnis des nationalen Forschungsprogramms, Kindheit, Jugend und die Generationsbeziehungen in einer sich wandelnden Gesellschaft, Basel, 2009, S. 130-140. Festzuhalten ist, dass das sozio-ökonomische Niveau der Familie ein wichtiger Faktor beim Zugang zu Bildung, Berufsausbildung und höherer Bildung ist, und zwar unabhängig von der Herkunft der Familie, ob Migranten oder nicht.

³²⁶ Ibid.

³²⁷ CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, S. 108, Ziff. 334; zu Beispielen für getroffene Massnahmen, ibid. Ziff. 335.

³²⁸ Inspiriert von MICHELINE REY, The Council of Europe and the Field of Intercultural Education, in: Portera, Agostino, ed. Educazione interculturale nel contesto internazionale, Milan, 2006 et NATHALIE MULLER MIRZA, Civic Education and Intercultural Issues in Switzerland: Psychosocial Dimensions of an Education to "Otherness", in: Journal of Social Science Education, Volume 10, Number 4, 2011, S. 31-40.

III. PAPIERLOSE KINDER (SANS-PAPIERS)

1. Internationale Empfehlungen

[247] Der UNO-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hat in seinen Schlussbemerkungen 2010 die Schweiz aufgefordert, in ihrem *„nächsten periodischen Bericht detailliert über die Situation von Sans-Papiers und anderen Personen zu informieren, die keinen regulären Aufenthaltsstatus im Vertragsstaat haben und unter prekären Bedingungen ohne Zugang zu den grundlegendsten Menschenrechten leben, insbesondere wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten.“*³²⁹

[248] Die Situation von papierlosen Kindern (sans-papiers) ist in der Schweiz in vieler Hinsicht besorgniserregend, angefangen beim Fehlen eines gesetzlich anerkannten Status, was sie daran hindert, in gewissen Kantonen, vollen Zugang zum Grundrecht auf Ausbildung zu haben. Es handelt sich insbesondere um den Zugang zu einer Lehre, während die höhere Ausbildung ihnen praktisch zugänglich ist. Nach der Eidgenössischen Kommission für Migrationsfragen (EKM) scheint heute der Zugang zur obligatorischen Schule für Kinder ohne Papiere im ganzen Land gut zu funktionieren.³³⁰ Trotz dieser positiven Entwicklung stellt die EKM allerdings fest, *„die Tatsache, dass junge Sans-Papiers keinen Zugang zur postobligatorischen Ausbildung haben können und somit ohne Zukunftsperspektiven sind, ist ebenfalls besorgniserregend.“*³³¹ Laut NIDERÖST, *„lässt sich aus verschiedenen Artikeln der Kinderrechtskonvention ohne Weiteres eine völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz ableiten, papierlosen Jugendlichen den Zugang zu weiterführenden Ausbildungsmöglichkeiten nach Abschluss der Grundschule gleich wie anderen hier wohnhaften Jugendlichen zu ermöglichen.“*³³²

2. Spezifische gesetzliche Grundlagen

2.1. Auf internationaler Ebene

- *KRK* : die Art. 2 (Nicht-Diskriminierung) und 27 (Recht auf einen angemessenen Lebensstandard);
- *Internationales Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung*³³³ : Art. 5 lit. e Punkt v (Gleichbehandlung beim Recht auf Bildung und Berufsausbildung).

³²⁹ CESCR, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 29.

³³⁰ EIDGENÖSSISCHE KOMMISSION FÜR MIGRATIONSFRAGEN, *Leben als Sans-Papiers in der Schweiz, Entwicklungen 2000-2010*, Bern 2010, S. 64.

³³¹ *Ibid.*, S. 66.

³³² PETER NIDERÖST, *Sans-Papiers in der Schweiz*, in: Uebersax, Peter et al. (éd.), *Ausländerrecht – Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht)*, Basel 2009, S. 411; Zitiert in: EIDGENÖSSISCHE KOMMISSION FÜR MIGRATIONSFRAGEN, *Leben als Sans-Papiers in der Schweiz, Entwicklungen 2000-2010*, Bern 2010, S. 66.

³³³ RS 0.104.

2.2. Auf regionaler Ebene

- *Parlamentarische Versammlung des Europarats*, Resolution 1568 (2007).

2.3. Umsetzung im schweizerischen Recht

[249] Das Recht auf eine unentgeltliche obligatorische Grundausbildung ist verfassungsgemäss allen Kindern garantiert, also auch jenen ohne anerkannten Status. Allerdings präzisiert die VZAE im Art. 1a Abs. 2, dass die Berufslehre eine Erwerbstätigkeit und entsprechend einer Bewilligung für Ausländer unterworfen ist (Art. 6 Abs. 1), was diese Art von Ausbildung für jugendliche Sans-Papiers unmöglich macht.

3. Bestandesaufnahme in der Schweiz³³⁴

[250] Sans-Papiers sind Personen, die seit mindestens mehreren Wochen ohne gültige Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz leben und für eine unvorhersehbare Dauer hier verweilen. Die verfügbaren Zahlen über die Anzahl erwachsener Sans-Papiers in der Schweiz, die Anzahl der Kinder und die Rate ihres Schulbesuchs beruhen auf Schätzungen. Danach würden ungefähr 90'000 bis 100'000 Sans-Papiers in der Schweiz leben³³⁵, bis zu 30 % von ihnen hätten Kinder in der Schweiz. Nach anderen Quellen gäbe es mit Sicherheit mehr als 10'000³³⁶ papierlose Kinder in der Schweiz, mit einer effektiven Rate des Schulbesuchs zwischen 80 und 95 % je nach Kanton.³³⁷ Die vom Schweizerischen Städteverband im Juli 2010 veröffentlichte Studie zeigt auf, dass jährlich zwischen 300 und 500 junge Sans-Papiers die obligatorische Schulausbildung abschliessen; 2/3 unter ihnen, demzufolge zwischen 200 und 400 Jugendliche, würden gerne eine Berufslehre beginnen.³³⁸

[251] Auf politischer Ebene folgte der Ständerat, nach verschiedenen parlamentarischen Vorstössen³³⁹, am 14. September 2010 dem Beschluss des Nationalrates, in dem er die Motion Barthassat „Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen“³⁴⁰

³³⁴ Siehe auch: LISA WEILLER, Sans-Papiers-Kinder, Eine explorative Studie zur Lebenssituation von Kindern, die ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz leben, Lizentiatsarbeit der philosophischen Fakultät, Pädagogisches Institut der Universität Zürich, Zürich August 2007.

³³⁵ gfs.bern, Sans Papiers in der Schweiz: Arbeitsmarkt, nicht Asylpolitik ist entscheidend, Schlussbericht im Auftrag des Bundesamtes für Migration, 6. April 2005. https://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/illegale_migration/sans_papiers/ber-sanspapiers-2004-d.pdf (gesichtet am 27.02.12).

³³⁶ SCHWEIZERISCHER STÄDTEVERBAND, Zugang von jugendlichen Sans Papiers zur Berufsbildung in der Schweiz, Juli 2010, http://staedteverband.ch/cmsfiles/bericht_sans_papiers_ssv_deutsch_final_1_1.pdf (gesichtet am 21. Juni 2012.)

³³⁷ NETZWERK KINDERRECHTE SCHWEIZ, Zweiter NGO-Bericht an den Ausschuss für die Rechte des Kindes, Bern 2009, S. 29.

³³⁸ SCHWEIZERISCHER STÄDTEVERBAND, Zugang von jugendlichen Sans Papiers zur Berufsbildung in der Schweiz, Juli 2010, S. 9.

³³⁹ MOTION UND PARLAMENTARISCHE INITIATIVE PERRINJAQUET (10.3375 et 10.446)- Jugendliche Sans-Papiers. Berufsbildung ja, aber keine Umgehung des Rechts, 3./8. Juni 2010.

³⁴⁰ Motion BARTHASSAT (08.3616) vom 2. Oktober 2008.

annahm. Dagegen wurde die Motion Hodgers abgelehnt³⁴¹ und die Standesinitiative des Kantons Neuenburg „Berufslehre für Sans-Papiers“ wurde verworfen.³⁴²

[252] Der Bundesrat hat der Motion Barthassat Folge geleistet und am 2. März 2012 einen Entwurf zur Änderung der VZAE in Vernehmlassung geschickt, damit die jungen Sans-Papiers, die sich mit ihren Familien illegal in der Schweiz aufhalten, eine Aufenthaltsbewilligung erhalten und ihre Berufsausbildung fortsetzen können.³⁴³ Das Vernehmlassungsverfahren endete am 8. Juni 2012 und am 7. Dezember 2012 verabschiedete der Bundesrat die Änderung der VZAE mit Inkrafttreten am 1. Februar 2013. Ab diesem Zeitpunkt haben die jungen, gut integrierten Sans-Papiers die Möglichkeit, während 12 Monaten nach Abschluss der obligatorischen Schulzeit, einen Antrag für eine Aufenthaltsbewilligung zu stellen. Als gut integriert werden Jugendliche verstanden, die eine Landessprache beherrschen und die schweizerische Rechtsordnung beachten. Formell müssen sie während mindestens fünf Jahren die obligatorische Schule in der Schweiz besucht haben.³⁴⁴

[253] Die verschiedenen bisher dargestellten politischen Vorgehensweisen veranschaulichen dass es notwendig ist, in diesem spezifischen Bereich die kantonalen Praktiken zu harmonisieren und die Aufgaben zwischen Bund und Kantonen aufzuteilen. Die Änderung der VZAE beweist, dass es möglich ist solche Schritte vorzunehmen, damit das Grundrecht auf Bildung für alle eingehalten und angewendet wird. Vor diesem Hintergrund bekommt die parlamentarische Initiative Amherd (07.402), die am 12. März 2007 unter dem Titel „*Verfassungsgrundlage für ein Bundesgesetz über die Kinder- und Jugendförderung sowie über den Kinder- und Jugendschutz*“ eingereicht wurde, ihre ganze Bedeutung.³⁴⁵ Wenn die Initiative erfolgreich wäre, könnte sie unter anderem die Annahme einer Verfassungsgrundlage erlauben, die zur Schaffung eines Rahmengesetzes notwendig ist, das die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen Kantonen und Bund regelt, die guten kantonalen Praktiken harmonisiert und sogar zu einem nationalen Aktionsplan zugunsten der Jugend führen könnte, nach dem Beispiel vieler Vertragsstaaten der KRK.

4. Zu ergreifende Massnahmen

[254] Das Recht auf Bildung und Ausbildung ist ein Grundrecht des Kindes, das den obligatorischen und post-obligatorischen Schulunterricht für alle Kinder und Jugendlichen garantiert. Mit dem Inkrafttreten der Änderung der VZAE werden die Sans-Papiers-Kinder Zugang zu Lehrstellen erhalten. Es bleibt nun, die Arbeitgeber von der Notwendigkeit zu überzeugen, sie in die Ausbildung aufzunehmen. Aus diesem Grund ist die Unterstützung von Initiativen der Zivilgesellschaft zu ihren Gunsten, insbesondere Sensibilisierungskampagnen, besonders

³⁴¹ Motion HODGERS (09.4236) – Einhaltung der Kinderrechtskonvention bei Kindern ohne Rechtsstatus, vom 11. Dezember 2009.

³⁴² Kanton Neuenburg – Standesinitiative (10.318), Berufslehre für Sans-Papiers, vom 31. März 2010.

³⁴³ Bundesrat, Berufslehre für Sans-Papiers: Vernehmlassungsverfahren eröffnet. 2. März 2012.

³⁴⁴ Bundesrat, Ab 1. Februar 2013 können gut integrierte Sans-Papiers eine Berufslehre absolvieren. Medienmitteilung vom 7. Dezember 2012.

³⁴⁵ Parlamentarische Initiative AMHERD (07.402)- Verfassungsgrundlage für ein Bundesgesetz über die Kinder- und Jugendförderung sowie über den Kinder- und Jugendschutz vom 13. März 2007.

wichtig. Vorab sollte eine Datenbank mit qualitativen Angaben über die Sans-Papiers-Kinder geschaffen werden.³⁴⁶

IV. FAHRENDE KINDER

1. Internationale Empfehlungen³⁴⁷

[255] 2002 zeigte sich der UNO-Ausschuss für die Rechte des Kindes *„besorgt über die ungenügenden Informationen über Roma und Fahrende sowie deren Kinder im Vertragsstaat. Besorgniserregend ist auch der Umstand, dass keine Politik für diese Kinder formuliert ist.“*³⁴⁸ Er empfahl der Schweiz *„Untersuchungen über Kinder von Roma und Fahrenden durchzuführen, um so deren Situation zu erfassen. Des Weiteren sollen politische Massnahmen und Programme entwickelt werden, um den sozialen Ausschluss und die Diskriminierung dieser Kinder zu verhindern. Auch soll diesen Kindern ermöglicht werden, in den vollständigen Genuss ihrer Rechte zu kommen, was den Zugang zu Bildung und Gesundheitsdiensten mit einschliesst.“*³⁴⁹

[256] In seinen Schlussbemerkungen von 2008 gegenüber der Schweiz hat sich der der Ausschuss gegen Rassendiskriminierung (CERD) auch zum Zugang zu Bildung geäussert: *„Der Ausschuss anerkennt zwar, dass der Vertragsstaat die Fahrenden/Jenischen als nationale kulturelle Minderheit im Sinne des Rahmenübereinkommens des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten anerkannt hat, ist jedoch nach wie vor besorgt darüber, dass Fahrende – einschliesslich Jenische, Sinti und Roma – weiterhin vielfältigen Benachteiligungen und Formen von Diskriminierung ausgesetzt sind, vor allem im Wohn- und Bildungsbereich. Er ist besorgt über das Fehlen angemessener Massnahmen zum Schutz ihrer Sprache und Kultur und die Kontinuität der gegen sie gerichteten rassistischen Stereotype. (Art. 2 und 5).“*³⁵⁰ Ferner empfiehlt der Ausschuss der Schweiz, *„verstärkte Anstrengungen zur Verbesserung der Lage der Fahrenden zu unternehmen, vor allem was deren Möglichkeiten zur Wahrnehmung ihrer Rechte im Wohn-, Bildungs- und kulturellen Bereich betrifft.“* Die Schweiz sollte nach Ansicht des CERD *„eine national koordinierte Politik zum Schutz der Rechte der Fahrenden definieren.“*³⁵¹

³⁴⁶ Es ist in keinem Fall empfehlenswert, Zahlen und Statistiken zu erheben, das heisst eine quantitative Datenbank zu haben, damit die Schulen nicht verpflichtet werden, die Anzahl illegaler Kinder in ihrer Einrichtung mitzuteilen. Siehe EIDGENÖSSISCHE KOMMISSION FÜR MIGRATIONSFRAGEN, *Leben als Sans-Papiers in der Schweiz, Entwicklungen 2000-2010*, Bern 2010, S. 64.

³⁴⁷ Siehe auch: CRC, General Comment No. 11, 2009 et Day of General Discussion on the Rights of Indigenous Children, 3 october 2003. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/discussion/indigenousschildren.pdf> (gesichtet am 27.02.12).

³⁴⁸ CRC, Concluding Observations, Switzerland, 2002, Ziff. 59.

³⁴⁹ Ibid.

³⁵⁰ CERD, Concluding Observations, Switzerland, 2008, Ziff. 19.

³⁵¹ Ibid.

2. Spezifische gesetzliche Grundlagen

2.1. Auf internationaler Ebene³⁵²

- *KRK*: Art. 30 (Rechte von Ureinwohnern oder einer Minderheit angehörender Kinder);
- *Erklärung über die Rechte von Personen, die nationalen oder ethnischen, religiösen und sprachlichen Minderheiten angehören* (1992);
- *Erklärung der Vereinten Nationen über die Rechte der indigenen Völker* (2007).

2.2. Auf regionaler Ebene

- *Rahmenübereinkommen des Europarates vom 1. Februar 1995 zum Schutz nationaler Minderheiten*.³⁵³ In seiner Botschaft präzisiert der Bundesrat, dass die Fahrenden eine nationale Minderheit im Sinne des Rahmenübereinkommens sind.³⁵⁴ Die Schweiz verpflichtet sich, die Schaffung eines Umfeldes zu fördern, das es den Mitgliedern nationaler Minderheiten erlaubt, ihre Kultur zu pflegen und zu entwickeln;
- *Europäische Charta vom 5. November 1992 der Regional- oder Minderheitssprachen*.³⁵⁵ In seiner Botschaft an das Parlament vom 25. November 1996³⁵⁶ erklärte der Bundesrat das Jenische zur nicht territorial gebundenen Landessprache der Schweiz, in Übereinstimmung mit Art. 1 lit. c der Charta.³⁵⁷
- EU-Ministerrat. Empfehlung CM/Rec(2000)4 zur Erziehung von Roma- und Sinti-Kindern in Europa³⁵⁸ (soft law).

2.3. Umsetzung im schweizerischen Recht

[257] Als Antwort auf die Empfehlungen der Vertragsorgane wurde die Stiftung „Zukunft für Schweizer Fahrende“ 1997 vom Bund gestützt auf das Bundesgesetz über die Stiftung „Zukunft für Schweizer Fahrende“ gegründet.³⁵⁹ Sie ist in erster Linie darauf gerichtet, die interkantonale und interkommunale Zusammenarbeit zu fördern, insbesondere hinsichtlich der Bildung der Kinder der Primar-, Sekundar- und Tertiärstufe. Nach Ansicht der Stiftung *Zukunft für Schweizer Fahrende* soll die staatliche Schule Geschichte und Kultur der

³⁵² Siehe auch die thematischen Dokumente des Sonderberichterstatters über die Rechte der eingeborenen Völker, Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, 2004: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/SRIIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx> 27.02.12.

³⁵³ Von der Schweiz am 21. Oktober 1998 ratifiziert (SR 0.441.1).

³⁵⁴ Botschaft des Bundesrates vom 19. November 1997 (BBl 1998 II 1293).

³⁵⁵ Von der Schweiz am 23. Dezember 1997 ratifiziert (SR 0.441.2).

³⁵⁶ BBl 1997 I 1165.

³⁵⁷ Art. 1 lit. c: der Ausdruck „nicht territorial gebundene Sprachen“ bezeichnet von Angehörigen des Staates gebrauchte Sprachen, die sich von der (den) von der übrigen Bevölkerung des Staates gebrauchten Sprache(n) unterscheiden, jedoch keinem bestimmten Gebiet innerhalb des betreffenden Staates zugeordnet werden können, obwohl sie herkömmlicherweise im Hoheitsgebiet dieses Staates gebraucht werden ? (SR 0.441.2).

³⁵⁸ Empfehlung R (2000)4 des Ministerrates an die Mitgliedsländer vom 3. Februar 2000 zur Erziehung der Roma- und Sinti-Kinder in Europa.

³⁵⁹ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1994 betreffend die Stiftung «Zukunft für Schweizer Fahrende» (SR 449.1).

Fahrenden lehren, damit die Jugendlichen und Kinder der Mehrheitsbevölkerung die Lebensweise der Fahrenden und der Minderheiten verstehen können.³⁶⁰

[258] Am 28. März 2003 hat das Bundesgericht³⁶¹ bestätigt, dass das Recht der Fahrenden auf Bewahrung ihrer Identität von der Bundesverfassung und dem internationalen Recht garantiert wird.

3. Bestandesaufnahme in der Schweiz

[259] Die schweizerischen Fahrenden bilden eine Gemeinschaft, die auf etwa 30'000 Personen geschätzt wird, von denen 2500 nicht sesshaft und 3000 bis 5000 Halb-Nomaden sind.³⁶² Die Jenischen sind die Hauptvertreter der Fahrenden schweizerischer Nationalität.³⁶³

[260] Das Gutachten des Bundesamts für Justiz vom 27. März 2002 zur Rechtsstellung der Fahrenden in ihrer Eigenschaft als anerkannte nationale Minderheit kommt zu folgender Schlussfolgerung³⁶⁴: *„Die Fahrenden als Bevölkerungsgruppe mit schweizerischer Staatsangehörigkeit und einer wirtschaftlich und kulturell auf Nichtsesshaftigkeit ausgerichteten Lebensweise gelten als geschützte nationale Minderheit. Dass die geltende Rechtsordnung gegenüber den Fahrenden als nationaler Minderheit zumindest indirekte Diskriminierungen etwa im Bereich der [...] Schulpflicht enthält, kann als erwiesen gelten. Ein Abbau dieser indirekten Diskriminierungen sowie allfällige staatliche Kompensations- und Förderungsleistungen wären auf dem Wege der Gesetzgebung anzustreben. [...] Es ist auch nicht auszuschliessen, dass die verfassungsmässigen Minimalanforderungen im Bereich des Grundschulunterrichts im vorliegenden Kontext gewisse Vorgaben des Bundes auf gesetzlicher Ebene ermöglichen.“*

[261] Der Bundesrat hat als Antwort auf verschiedene parlamentarische Interventionen, die die Ratifizierung des Übereinkommens Nr. 169 der IAO über die eingeborenen und in Stämmen lebenden Völker vom 27. Juni 1989 (Ü 169)³⁶⁵ forderten, den Bericht über die Situation der Fahrenden in der Schweiz am 18. Oktober 2006³⁶⁶ genehmigt und veröffentlicht. Dieser Bericht, der aus zwei Teilen besteht, zählt die Auswirkungen einer eventuellen Ratifizierung des Übereinkommens Nr. 169 der IAO „über die eingeborenen und in Stämmen lebenden Völker“ (Teil I) auf und analysiert die Verpflichtungen der Schweiz gegenüber den Fahrenden im Falle der Ratifizierung des Ü 169 (Teil II).

³⁶⁰ CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, S. 149, Ziff. 494.

³⁶¹ BGE 129 II 321, Erw. 3.2.

³⁶² Bericht des Bundesrats über die Situation der Fahrenden in der Schweiz, Oktober 2006, S. 5: <http://www.bak.admin.ch/kulturschaffen/04265/04278/index.html?lang=de>.

³⁶³ Die anderen schweizerischen Nomaden sind Sinti, die wie die Roma indischen Ursprungs sind.

³⁶⁴ Bundesamt für Justiz, Gutachten zur Rechtsstellung der Fahrenden in ihrer Eigenschaft als anerkannte nationale Minderheit vom 27. März 2002. <http://www.bak.admin.ch/kulturschaffen/04265/04266/index.html?lang=de>.

³⁶⁵ Zum Beispiel der Motion GYSIN (99.3433) vom 2. September 1999, der vor allem im Namen der internationalen Solidarität mit den indigenen Völkern eine Ratifizierung des Übereinkommens Nr. 169 der IAO fordert.

³⁶⁶ Bericht des Bundesrats über die Situation der Fahrenden in der Schweiz, Oktober 2006, <http://www.bak.admin.ch/kulturschaffen/04265/04278/index.html?lang=de>.

[262] Gestützt auf einen Vorentwurf zum oben genannten Bericht startete der Bundesrat am 22. Juni 2005 das Vernehmlassungsverfahren bei den Kantonen und betroffenen Milieus.³⁶⁷ Was den Schulbesuch der fahrenden Kinder betrifft, werden die verschiedenen kantonalen Lösungen dargestellt, wie Fernunterricht während des Sommers und Besuch einer Schule in den Wintermonaten. Die Ergebnisse dieser Vernehmlassung zeigen, dass die Ratifizierung des Ü 169 unerwünscht ist, insbesondere aus Gründen der Finanzierung von Stand- und Durchgangsplätzen³⁶⁸ und der Vertretung bei Gerichtsverfahren³⁶⁹. Was die Ausbildung und die Schulpflicht der Kinder betrifft, ist die Aufwertung der Handwerksberufe und eine bessere Koordination zwischen den verschiedenen Kantonen erwünscht.³⁷⁰ Allerdings hat am 4. Mai 2007 die Aussenpolitische Kommission des Nationalrates den Teil I des Berichts des Bundesrates über die Folgen einer Ratifizierung des Ü 169 geprüft und beschlossen, das Postulat 99.3433 „IAO. Übereinkommen Nr. 169 über die eingeborenen und in Stämmen lebenden Völker“ beizubehalten, das der Bundesrat zur Abschreibung vorgeschlagen hatte.

[263] Der Zweite, dritte und vierte Bericht der schweizerischen Regierung betont, dass trotz zahlreicher Bemühungen die Kinder der Fahrenden immer noch unter schulischen Defiziten leiden, die sie daran hindern, eine Lehrstelle zu finden.³⁷¹

4. Zu treffende Massnahmen

[264] In Anwendung der Grundsatzes der Mitwirkung, insbesondere des Rechts, in allen sie betreffenden Dingen gehört zu werden (Art. 12 KRK), ist es vorrangig, dass die fahrenden Kinder und Jugendlichen frei über ihre berufliche Zukunft entscheiden können; dafür müssten sie über Ausbildungsmöglichkeiten informiert und sie müssten angehört werden. Zur Förderung ihrer freien Wahl wäre die Schaffung einer besseren inter-kantonalen und nationalen Koordination relevant, die den Kindern der Fahrenden eine Ausbildung in dauerhaften Strukturen garantiert. Das Projekt der Stiftung „Zukunft für Schweizer Fahrende“, das bezweckt Schulkindern der Mehrheitsbevölkerung Kultur und Geschichte der Fahrenden mittels Lehrmaterialien, die den Lehrern per Internet angeboten werden, zu lehren, wird empfohlen. Auf Gesetzesebene sollte die von ihresgleichen übermittelte Bildung (altüberlieferte und orale Weitergabe) gleichzeitig anerkannt, aufgewertet und integriert werden.³⁷² Nachdem das Postulat 99.3433 beibehalten wird, sollte das parlamentarische Verfahren mit dem Ziel der Ratifizierung des Übereinkommens Nr. 169 der IAO vom 27. Juni 1989 über die indigenen und in Stämmen lebenden Völker wieder aufgenommen werden.

³⁶⁷ Vor-Entwurf des Bundesrates, Die Fahrenden in der Schweiz, Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, Oktober 2006, <http://www.bak.admin.ch/kulturschaffen/04265/04279/index.html>.

³⁶⁸ Ibid., S. 8.

³⁶⁹ Ibid., S. 9.

³⁷⁰ Ibid., S. 9 und 11.

³⁷¹ CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, S. 149, Ziff. 493.

³⁷² Siehe in diesem Sinne CONSEIL SUISSE DES ACTIVITÉS DE JEUNESSE, «Une éducation globale», Pour une meilleure reconnaissance de l'éducation au sein des activités de l'enfance et de la jeunesse, Bern, September 2012.

V. KINDER MIT BEHINDERUNGEN³⁷³

[265] Die Schulung der Kinder mit Behinderungen ist ein komplexes und sensibles Thema; es verweist auf die Angst vor Unterschieden und stösst auf Vorurteile, die die Anwendung des Rechts auf Bildung verhindern können. Zum Beispiel erhalten manche Kinder auf Grund ihrer Behinderung einen Unterricht, der ihnen nichts nützen wird, da er zu keiner Ausbildung führt; in anderen Fällen kann die Ausbildung, selbst wenn sie integrativ ist³⁷⁴, es nur teilweise sein, denn das Kind wird im Namen der Behinderung um eine Reihe von Aktivitäten gebracht, die Schülern der herkömmlichen Schulen geboten werden.

1. Internationale Empfehlungen³⁷⁵

[266] Die Schulung der Kinder mit Behinderungen war auch Thema einer Empfehlung des UNO-Ausschusses für die Rechte des Kindes im Jahre 2002, der *„die Tatsache begrüsst, dass laut Verfassung niemand aufgrund von Behinderungen diskriminiert werden darf. Nichtsdestotrotz bleibt er besorgt über den Mangel an Statistiken über behinderte Kinder. Des Weiteren ist er besorgt über die mangelnde Homogenität, diese Kinder in die regulären Schulklassen zu integrieren, abhängig vom Wohnkanton eines jeden Kindes [...]“*³⁷⁶ Der Ausschuss empfahl entsprechend der Schweiz:

„a) die Datenerhebung zu Kindern mit Behinderungen zu verbessern.

*b) eine gesamtschweizerische Überprüfung bestehender Ungleichheiten bei der Integration in die regulären Schulklassen vorzunehmen und alle notwendigen Massnahmen zu ergreifen, diese Unterschiede, die ein diskriminierendes Ausmass erreichen könnten, zu beseitigen.“*³⁷⁷

[267] 2010 hat der CESCR die Schweiz aufgefordert, *„in ihrem nächsten periodischen Bericht detaillierte Informationen darüber zu liefern, in welchem Masse die Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik (Sonderpädagogik Konkordat) den internationalen Menschenrechtsnormen für Personen mit Behinderungen entspricht sowie über seine einheitliche Anwendung in allen Kantonen.“*³⁷⁸

³⁷³ Vgl. Auch GERARD QUINN/THERESIA D. EGENER/DR. URSULA KILKELLY, *Droits de l'homme et Invalidité, L'utilisation actuelle et l'usage potentiel des instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme dans la perspective de l'invalidité*, HR/PUB/02/1, New York, 2002, S. 217.

³⁷⁴ Inklusion wird also als ein Prozess verstanden, bei dem auf die verschiedenen Bedürfnisse von allen Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen eingegangen wird. Erreicht wird dies durch verstärkte Partizipation an Lernprozessen, Kultur und Gemeinwesen, sowie durch Reduzierung und Abschaffung von Exklusion in der Bildung [...] Die Inklusion bemüht sich, den Personen mit Behinderungen (auf physischer, sozialer und/oder affectiver Ebene) soweit als möglich gleiche Chancen der Partizipation innerhalb des Regelunterrichts [...] zu geben durch die Möglichkeit einer persönlichen Entscheidung und durch besondere Hilfe oder Infrastrukturen für jene, die sie brauchen. UNESCO, *Leitlinien für die Inklusion: den Zugang zu „Bildung für alle“ sichern*, S. 15, 2006.

³⁷⁵ Siehe auch: CRC General Comment n°9 (2007) und CRC, General Day of discussion (1997).

³⁷⁶ CRC, *Concluding Observations Switzerland 2002*, Ziff. 42.

³⁷⁷ *Ibid.*, Ziff. 43.

³⁷⁸ CESCR, *Concluding Observations Switzerland 2010*, Ziff. 30.

2. Spezifische gesetzliche Grundlagen

2.1. Auf internationaler Ebene

- *KRK* : Art. 23 Abs. 3 nennt die notwendigen Bedingungen für einen effektiven Zugang von Kindern mit Behinderungen zu Bildung und Ausbildung;
- *Übereinkommen Nr. 159 über die berufliche Rehabilitation und die Beschäftigung der Behinderten vom 20. Juni 1983*;³⁷⁹
- *Die Empfehlung über die berufliche Rehabilitation und die Beschäftigung der Behinderten*, die von der Generalkonferenz der ILO am 20. Juni 1983 angenommen wurde, als Ergänzung zum oben genannten Übereinkommen über die berufliche Rehabilitation und die Beschäftigung von Behinderten;
- *Die Salamanca-Erklärung der UNESCO von 1994*;
- *Die Allgemeinen Regeln für die Chancengleichheit behinderter Personen*, von der Generalversammlung der Organisation der Vereinten Nationen am 20. Dezember 1993 angenommene Resolution.

2.2. Auf regionaler Ebene

- *EMRK*: Art. 14 (Diskriminierungsverbot);
- Parlamentarische Versammlung des Europarats, Empfehlung (2003)1592, Für die vollständige soziale Integration von Menschen mit Behinderungen;³⁸⁰
- Ministerkomitee des Europarats, Empfehlung (2006) 5 zum Aktionsplan des Europarates für die Förderung der Rechte und die volle gesellschaftliche Teilnahme der Behinderten: die Lebensqualität der Behinderten in Europa verbessern 2006-2015.³⁸¹

2.3. Umsetzung im schweizerischen Recht

2.3.1. Bundesrecht

[268] Die BV garantiert die Gleichheit vor dem Gesetz und präzisiert, dass Ungleichheiten, von denen Menschen mit Behinderungen betroffen sind, gesetzlich beseitigt werden müssen (Art. 8 Abs. 1 und 4). Verfassungsgarantien wie eine unentgeltliche, allen gemäss ihrer Fähigkeiten zugängliche Grundausbildung gelten auch für Menschen mit Behinderungen (Art. 19, 41 Abs. 19, 41 Abs. 1 lit. f, Abs. 2 und 4 und Art. 62.). Die Schulung von Kindern mit Behinderungen wird von Art. 20 BehiG geregelt, der besagt, dass ihre besonderen Bedürfnisse berücksichtigt werden müssen und dass „soweit dies möglich ist [...] mit entsprechenden Schulungsformen die Integration behinderter Kinder und Jugendlicher in die Regelschule“ von den Kantonen gefördert werden soll (Art. 20 Abs. 2). Die Einstellung und

³⁷⁹ SR 0.822.725.9.

³⁸⁰ Empfehlung 1592 (2003) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, Für die volle soziale Integration der Behinderten, Januar 2003.

³⁸¹ Empfehlung 5 (2006) des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten zum Aktionsplan des Europarates für die Förderung der Rechte und die volle gesellschaftliche Teilnahme der Behinderten: die Lebensqualität von Behinderten in Europa verbessern 2006-2015.

Beschäftigung dieser Personen sollen erleichtert werden, entweder durch die Gestaltung des beruflichen Umfelds entsprechend den Bedürfnissen der behinderten Angestellten (Art. 12 BehiV) oder durch die Ernennung eines/einer Integrationsbeauftragte(n), einer Person aus dem Personal, der/die den Arbeitgeber und die angestellten behinderten Personen in Fragen der Integration der Menschen mit Behinderungen im beruflichen Umfeld berät (Art. 13 BehiV). Das Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) geht ebenfalls in Richtung der Integration der Behinderten in den Arbeitsmarkt und besagt, dass „Versicherte, die infolge von Invalidität in der Berufswahl oder in der Ausübung ihrer bisherigen Tätigkeit behindert sind“ einen Anspruch auf Berufsberatung haben (Art. 15), ferner auf eine angemessene erstmalige berufliche Ausbildung (Art. 16) sowie auf eine aktive Unterstützung und Beratung bei der Suche eines geeigneten Arbeitsplatzes (Art. 18). Das Bundesgesetz über die Institutionen zur Förderung der Eingliederung von invaliden Personen (IFEG) seinerseits „bezweckt, invaliden Personen den Zugang zu einer Institution zur Förderung der Eingliederung (Institution) zu gewährleisten“ (Art. 1), der ihren Bedürfnissen in angemessener Weise entspricht (Art. 2).

[269] Das Bundesgericht hat in Bezug auf den Anspruch auf Grundschulunterricht von Kindern und Jugendlichen mit Behinderung präzisiert, dass, das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV auch jegliche Diskriminierung von Kindern mit Behinderung im schulischen Bereich verbietet. Es hat weiter festgehalten, dass, gestützt auf das Behindertengleichstellungsgesetz, die Kantone verpflichtet sind, die geeigneten Massnahmen für die Kinder und Jugendlichen mit Behinderung vorzusehen.³⁸² Gemäss Bundesgericht entspricht der Vorrang der Integration gegenüber der Trennung, die von den spezialisierten Institutionen verfochten wird, einem der Grundsätze des BehiG.³⁸³ Eine behinderungsbedingte Nichteinschulung in die Regelschule ist qualifiziert zu rechtfertigen, kann aber mit dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 20 BehiG vereinbar sein; massgebend ist das Wohl des behinderten Kindes im Rahmen des effektiv Möglichen.³⁸⁴

2.3.2. Kantonales Recht

[270] Seitdem sich die Invaliditätsversicherung von der Co-Finanzierung der Sonderpädagogik zurückgezogen hat, liegt die berufliche, juristische und finanzielle Verantwortung für die Ausbildung der Jugendlichen mit besonderen Bedürfnissen bei den Kantonen.³⁸⁵ Seit der Reform des Finanzausgleichs und der Verteilung der Aufgaben zwischen dem Bund und den Kantonen sind die Kantone angehalten, kantonale Konzepte auf dem Gebiet der Sonderpädagogik zu entwickeln, und zwar seit Anfang 2008. Eine Liste der kantonalen Konzepte ist bereits bestätigt.³⁸⁶ Zahlreiche Kantone haben Gesetze über den Sonderunterricht angenommen.³⁸⁷

³⁸² Urteil des Bundesgerichts 2C_187/2007 vom 16. August 2008.

³⁸³ Urteil des Bundesgerichtes 2C_971/2011 vom 13. April 2012.

³⁸⁴ BGE 130 I 352.

³⁸⁵ Siehe die Webseite der Stiftung Schweizer Zentrum für Heil- und Sonderpädagogik: <http://www.szh.ch/fr/Infoplattform-zur-Heil-und-Sonderpaedagogik-in-der-Schweiz/Recht-NFA/Kantonale-Konzepte/page33819.aspx?newsid=> .

³⁸⁶ Ibid.

³⁸⁷ Zum Beispiel das Gesetz über die Hilfs- und Sonderschulen des Kantons Wallis vom 25. Juni 1986 (SRVS 411.3).

2.3.3. Interkantonales Recht

[271] Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Sonderpädagogik vom 25. Oktober 2007.³⁸⁸

3. Situation

[272] In der Schweiz leben ungefähr 40'000 Kinder mit einer schweren Behinderung, und weitere ungefähr 100'000 mit einer leichteren Behinderung.³⁸⁹ Zum Schulbeginn 2008 besuchten etwa 24'000 Schüler Sonderklassen.³⁹⁰

3.1. Umsetzung der integrativen Schulung

[273] Im Allgemeinen versuchen die Kantone, die Schüler mit physischen, geistigen oder sensorischen Behinderungen individuell vom Kindergarten an ins Schulsystem zu integrieren. Ein spezialisierter Lehrer oder eine spezialisierte Lehrerin begibt sich von Zeit zu Zeit in die Klasse, um den ständigen Lehrer und den Schüler zu unterstützen.³⁹¹ Die kantonalen Praktiken sind jedoch nicht einheitlich, woraus sich Risiken der Diskriminierung ergeben.

[274] Für Jugendliche mit Behinderungen sind auch Lehrstellen schwerer zu finden, und es fehlen gesetzlichen Grundlagen für die Integration in den post-obligatorischen Unterricht, die mit den Normen vergleichbar sind, die für die obligatorische Ausbildung gelten (Art. 62 Abs. 3 BV, Art. 21 BehiG).³⁹²

3.2. Schweizer Beitritt zum Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD) und zum Zusatzprotokoll³⁹³

[275] Am 15. April 2011 endete die Vernehmlassung zur Ratifizierung des CRPD durch die Schweiz. Die Ergebnisse sind (zum Zeitpunkt der Redaktion) noch nicht veröffentlicht, es wäre jedoch wünschenswert, dass der Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung noch in diesem Jahr dem Bundesrat vorgelegt würde, zugleich mit der Botschaft über den Beitritt zum Übereinkommen. Festzuhalten ist, dass manche Kantone Unterrichtsbetreuungssysteme haben, die dem vom Übereinkommen vorgegebenen Mindestvorschriften überlegen sind, was zu Gunsten der Ratifizierung spricht.

³⁸⁸ Interkantonale Vereinbarung über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Sonderpädagogik vom 25. Oktober 2007, http://edudoc.ch/record/87690/files/Sonderpaed_f.pdf. Diese Vereinbarung wurde durch 12 Kantone ratifiziert, vgl. http://www.edudoc.ch/static/web/arbeiten/sonderpaed/liste_rat_df.pdf (gesichtet am 29.02.12).

³⁸⁹ BFS, Newsletter Demos, Nr. 4, Dezember 2012, S. 4.

³⁹⁰ Ibid., S. 7.

³⁹¹ European Agency for Development in special Needs Education, Der Sonderunterricht im Bildungssystem – Schweiz, 29.03.2010: <http://www.european-agency.org/country-information/switzerland/national-overview-fr/special-needs-education-within-the-education-system> (gesichtet am 29.02.12).

³⁹² NETZWERK KINDERRECHTE SCHWEIZ, Zweiter NGO-Bericht an den Ausschuss für die Rechte des Kindes, Bern 2009 S. 25.

³⁹³ Bundesrat, Botschaft zur UNO-Konvention vom 13. Dezember 2006 für die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 22. Dezember 2010.

4. Zu treffende Massnahmen

[276] Nach dem bisher Erwähnten müssten Kinder mit Behinderungen die gleichen Schulen in den gleichen traditionellen Klassen wie die anderen Kinder besuchen können, unter Berücksichtigung des Grades und der Art ihrer Behinderung und unter Anwendung der Grundsätze der Nicht-Diskriminierung, der Individualisierung und der Beseitigung der Ungleichheiten. Dazu wären Sensibilisierungskampagnen vorzusehen, um die Zahl der Lehrstellen zu erhöhen, die Jugendlichen mit Behinderungen vorbehalten wären. Hinsichtlich der Lehrerbildung wäre eine grössere Sensibilisierung für die Menschenrechte und insbesondere die Rechte des Kindes sinnvoll. Um die einheitliche und entsprechend kohärente Umsetzung der Schulbetreuung der Kinder mit Behinderungen zu sichern, wäre die Ratifizierung der interkantonalen Vereinbarung über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Sonderunterrichts durch alle Kantone zu empfehlen. Allgemeiner und unter Berücksichtigung der jüngsten Bundesgerichtsrechtsprechung zur integrativen Schulung ebenso wie der Gesetzesänderungen zugunsten von Bildungsmassnahmen und Betreuungen, welche die berufliche Integration der Jugendlichen mit Behinderungen zum Ziel haben, sollte die Ratifizierung des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und seines Protokolls durch die Schweiz in Erwägung gezogen werden können.

VI. SCHLUSSFOLGERUNG

[277] Um das Recht auf Bildung in einheitlicher Weise und ohne Unterschied allen Kindern in der Schweiz zu garantieren, sind allgemeine Massnahmen und spezifischere Massnahmen für die verletzlichen Gruppen (Migranten, Fahrende, Menschen mit Behinderungen) zu erwägen.

[278] Laut dem Zweiten, dritten und vierten Bericht der schweizerischen Regierung über die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes wurden zahlreiche Handlungen vorgenommen, insbesondere gesetzgeberische und sensibilisierende, um die Chancengleichheit aller Kinder in der Schule zu sichern.³⁹⁴ Der Gesetzesrahmen ist fixiert; es bleibt, die getroffenen Massnahmen anzuwenden, eine Aufgabe, die verfassungsmässig an die Kantone delegiert ist, was ihr einheitliche Umsetzung auf dem gesamten Territorium in Frage stellt; es bestehen Unterschiede der Behandlung, die zu einer Verletzung des Grundsatzes der Nicht-Diskriminierung führen können. Es geht also darum, eine bessere interkantonale und nationale Koordination zu erreichen, die den Kindern der Fahrenden eine dauerhafte Ausbildung in stabilen Strukturen garantiert und die Ratifizierung der interkantonalen Vereinbarung über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Sonderbildung durch alle Kantone in Betracht zu ziehen. Im gleichen Zusammenhang wäre die Eröffnung einer Diskussion über die Ratifizierung mehrerer Vertragsinstrumente von internationaler und europäischer Tragweite, die insbesondere zum Recht auf Bildung, wünschenswert.

[279] Kinder der verletzlichen Gruppen kommen nicht in den Genuss des Rechts auf Bildung wie die anderen Kinder, vor allem hinsichtlich der post-obligatorischen Ausbildung. Für Kinder mit Migrationshintergrund bleibt eine höhere Bildung problematischer, und es muss ihren

³⁹⁴ Siehe zum Beispiel die getroffenen Massnahmen und die verwirklichten Projekte im Kampf gegen die Diskriminierung, CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, S. 35ff, besonders Ziff. 70-72.

Eltern geholfen werden, denn der Zugang zu Informationen über das schweizerische Bildungssystem ist nicht einfach. Ausserdem muss mit dem Unterricht einer der schweizerischen Landessprachen so schnell als möglich begonnen werden. Allerdings sind der Erfolg der Initiative Barthassat, betreffend den Zugang zur Lehre für jugendliche Sans-Papiers und der darauf gestützt erfolgte Entwurf des Bundesrates ermutigende Zeichen. Bei den fahrenden Kindern ist der Konflikt zwischen den sozialen und kulturellen Rechten und dem Recht auf eine traditionelle Bildung besonders heftig. Die jungen Fahrenden haben das Recht, selbst über ihre berufliche Zukunft zu entscheiden, in Anwendung von Art. 12 KRK. Die Lösung liegt darin, die von ihresgleichen übermittelte Bildung anzuerkennen und wertzuschätzen und sie in das klassische Bildungssystem zu integrieren.

[280] Im Vorfeld sollte eine wissenschaftliche Studie über die Konflikte zwischen traditionellen schweizerischen Werten und/oder abweichenden kulturellen Werten durchgeführt werden, um die Kinder und Jugendlichen anzuhören, unabhängig von ihrer Herkunft, um ihre Wahrnehmung der Bildung und gemeinsame Perspektiven der Ausbildung kennenzulernen.

[281] Da die Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der obligatorischen Schule vom 14. Juni 2007 (HarmoS) erst vor drei Jahren in Kraft trat, wäre es ratsam, ihren Einfluss auf die Situation der verletzlichen Kinder nach einigen Jahren Praxis zu evaluieren.³⁹⁵

[282] Eine weitergehendere Schulung der Lehrer über die Menschenrechte würde diesen erlauben, die didaktische Bedeutung zu erfassen, die ihnen die Rechte des Kindes bieten, und die Kinder der verletzlichen Gruppen würden nicht mehr als Probleme, sondern als Ressourcen wahrgenommen werden. Allgemein verdienten es die Initiativen der Zivilgesellschaft, wie zum Beispiel Sensibilisierungskampagnen für den Zugang der jugendlichen Sans-Papiers oder der Jugendlichen mit Behinderungen zu Lehrstellen, unterstützt zu werden. Die Schaffung einer quantitativen und qualitativen Datenbank wäre wünschenswert, um dem Mangel an zuverlässigen Zahlen entgegenzuwirken.

³⁹⁵ SKMR, Runder Tisch vom 30. August 2012.

UNBEGLEITETE MINDERJÄHRIGE

Von Julie Gaudreau³⁹⁶

I. MENSCHENRECHTE UND UNBEGLEITETE MINDERJÄHRIGE

[283] Für die Zwecke dieses Berichts werden unter „unbegleitete Minderjährige“ (UM) Kinder unter 18 Jahren verstanden, die ausserhalb ihres Herkunftslandes leben, in unserem Fall in der Schweiz, und von ihren beiden Elternteilen getrennt sind, ohne von einem anderen, mit dieser Verantwortung durch Gesetz oder Brauch betrautem Erwachsenen betreut zu werden. Diese Definition fällt mit jener zusammen, die sich im schweizerischen Asylrecht findet³⁹⁷ und insbesondere die UM betrifft, die ein Asylgesuch gestellt haben, das heisst die unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA), die in der Praxis einen grossen Teil der UM ausmachen, die sich in der Schweiz befinden.³⁹⁸ Die Definition entspricht übrigens im Wesentlichen dem Begriff des „unbegleiteten Kindes“, der vom Hochkommissariat für Flüchtlinge der Vereinten Nationen (UNHCR)³⁹⁹ und dem Ausschuss für die Rechte des Kindes benutzt wird⁴⁰⁰, ebenso wie dem Begriff „getrenntes Kind“, das das Programm für getrennte Kinder in Europa (SCEP)⁴⁰¹ bevorzugt. Dieser Bericht äussert sich nicht zur schwierigen Frage der Altersbestimmung der Personen, die nicht in der Lage sind zu beweisen, dass sie keine 18 Jahre alt sind, geht jedoch vom Prinzip aus, dass jede Person, die sich als Kind ausgibt, als solches zu behandeln ist, wenn die Möglichkeit besteht, dass es sich tatsächlich um einen Minderjährigen handelt.⁴⁰²

[284] Die dreifache Verletzlichkeit, welche die UM auszeichnet, zunächst als *Kinder*, dann als *Migranten* und schliesslich als *unbegleitete*⁴⁰³, rechtfertigt eine besondere Aufmerksamkeit für die Achtung ihrer Menschenrechte und ihre besonderen Schutzbedürfnisse, sowohl auf internationaler, europäischer als auch nationaler Ebene. Das Kindeswohl, das entsprechend der Kinderrechtskonvention (KRK) bei allen Kinder betreffende Entscheidungen

³⁹⁶ In Zusammenarbeit mit Nicole Hitz Quenon.

³⁹⁷ Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen (AsylV 1), Art. 1a lit. d, und BFM, Direktive über das Asylverfahren, Ziff. 1.3.1.

³⁹⁸ UM, die nicht von einem Asylverfahren betroffen sind, leben in der Regel in der Illegalität. In diesem Bericht meint der Ausdruck „unbegleitete Minderjährige“ sowohl jene, die ein Asylgesuch gestellt haben wie jene, die in der Illegalität leben. Der Ausdruck „unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender“ oder „UMA“ ist Situationen vorbehalten, die nur das Asylverfahren betreffen.

³⁹⁹ HCR, Leitprinzipien 1997, Ziff. 3.1.

⁴⁰⁰ CRC, General Comment No. 6 (2005), Ziff. 7-8.

⁴⁰¹ Separated Children Europe Programme (SCEP), Statement of good practice 2009, Par. A2. Der UNO-Ausschuss für die Rechte des Kindes unterscheidet seinerseits die Ausdrücke „unbegleitetes Kind“ und „getrenntes Kind“, wobei letzteres von seinen Eltern oder jedem anderen Erwachsenen mit elterlichem Sorgerecht getrennt ist, jedoch von einem anderen erwachsenen Mitglied seiner Familie begleitet wird. CRC, General Comment No. 6 (2005), Ziff. 7-8. Eine derartige Unterscheidung hat allerdings keine Auswirkungen im schweizerischen Recht. Die frühere Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) hat entschieden, dass den volljährigen Geschwistern die elterliche Sorge über einen Minderjährigen nicht zusteht, und dass der Minderjährige dennoch als unbegleitet betrachtet wird, selbst wenn die Geschwister sich in der Schweiz befinden. EMARK, 2004/9.

⁴⁰² CRC, General Comment No. 6 (2005), Ziff. 31.

⁴⁰³ Siehe das Vorwort von JEAN ZERMATTEN in HEDJAM SOFIA/TERRE DES HOMMES, S. 5.

Vorrang haben soll, verlangt, dass bei allen die UM betreffenden Entscheidungen diese dreifache Verletzlichkeit berücksichtigt werde, ob sie nun von öffentlichen oder privaten Institutionen des Kinderschutzes, von Gerichten, Verwaltungsbehörden oder gesetzgeberischen Organen getroffen werden (Art. 3 Abs. 1 KRK). Das Prinzip der Nicht-Diskriminierung, das unter all seinen Aspekten ebenfalls in allen Phasen der Behandlung von UM anzuwenden ist, verbietet seinerseits jede Diskriminierung, die auf der Tatsache, dass ein Kind unbegleitet, Flüchtling, Asylsuchender oder Migrant ist, gründet (Art. 2 KRK). Diese Garantie der Nicht-Diskriminierung impliziert nicht nur, dass die UM grundsätzlich den gleichen Schutz wie alle anderen Kinder in der Schweiz geniessen sollen, was übrigens Artikel 22 Abs. 2 KRK⁴⁰⁴ ausdrücklich anerkennt, sondern gegebenenfalls auch einen differenzierten, ihren spezifischen Bedürfnissen angepassten Schutz.

[285] Der vorliegende Bericht hat nicht den Anspruch, eine vollständige Darstellung der Situation der UM in der Schweiz⁴⁰⁵ zu bieten. Er konzentriert sich auf die Hauptproblematiken ihres Schutzes, die von den Kontrollorganen der internationalen und europäischen Abkommen, denen die Schweiz angehört, aufgeworfen wurden. Diese Problematiken betreffen die Erhebung von Daten über die UM (1.), die Ernennung gesetzlicher Vertreter (2.), ihr möglicher administrativer Freiheitsentzug aufgrund der Asyl- und Ausländergesetze (3.), sowie das Phänomen des Verschwindens von in Institutionen untergebrachten UM (4.).

II. INTERNATIONALES RECHT UND UMSETZUNG IN DER SCHWEIZ

[286] Als Menschen geniessen die UM die Gesamtheit der Menschenrechte, die von den internationalen und regionalen Übereinkommen garantiert werden, denen die Schweiz angehört. Ihre Eigenschaft als Kinder rechtfertigt, dass gleichzeitig alle besonderen Garantien für Kinder Geltung haben. Die grosse Anzahl von vertraglichen Bestimmungen und nicht zwingenden Texten zum Thema der UMA lässt sich durch die besondere Verletzlichkeit der UM erklären.

1. Auf universeller Ebene

[287] Unter den vielen internationalen Übereinkommen, die für die Schweiz bindend sind und zum Schutz der UM Anwendung finden können, ist ohne Zweifel das *Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989* am aussagekräftigsten. Von zentralem Interesse für die in diesem Kapitel entwickelten Aspekte sind einerseits die allgemeinen Prinzipien des Übereinkommens, festgehalten in den Artikeln 2 (Nicht-Diskriminierung), 3 (Kindeswohl), 6 (Recht auf Leben, auf Überleben und auf Entwicklung) und 12 (Recht des Kindes, seine Meinung frei zu äussern), und andererseits die Artikel 18 (Unterstützung der gesetzlichen Vertreter), 20 (Schutz und besondere Hilfe durch den Staat für die von ihren Familien getrennten Kinder), 22 (Recht der Flüchtlingskinder oder asylsuchenden Kinder auf Schutz und Beistand) und 37 (Prävention des Freiheitsentzugs).

⁴⁰⁴ Artikel 22 Abs. 2 KRK schreibt vor, dem von seinen Eltern getrennten Flüchtlings- oder asylsuchenden Kind denselben „Schutz zu gewähren wie jedem anderen Kind, das aus irgendeinem Grund dauerhaft oder vorübergehend von seiner familiären Umgebung getrennt ist.“

⁴⁰⁵ Für allgemeinere Studien siehe VITÉ/LACHAT CLERC/TERRE DES HOMMES et BOLZMAN.

[288] Unter den anderen potentiell anwendbaren internationalen Übereinkommen befinden sich insbesondere:

- Das Abkommen über die Rechtstellung der Flüchtlinge (1951) und sein Protokoll (1967) ;
- Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (1966);
- Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (1966);
- Das Internationale Übereinkommen gegen die Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (1979);
- Das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (1961) und das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Gesetz, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (1996).

[289] Obwohl sie Staaten nicht formell binden, sind auch die folgenden Texte zu berücksichtigen:

- Allgemeine Bemerkung Nr. 6 des UNO-Ausschusses für die Rechte des Kindes über die Behandlung unbegleiteter und von ihren Familien getrennter Kinder ausserhalb ihres Herkunftslandes (2005);
- Richtlinien des Hochkommissariats für Flüchtlinge (UNHCR) über allgemeine Grundsätze und Verfahren zur Behandlung asylsuchender unbegleiteter Minderjähriger (1997);
- Interorganisationelle Leitprinzipien über unbegleitete oder von ihren Familien getrennten Kinder (UNHCR, UNICEF, CICR, IRC, Save the Children (R.-U.), World Vision International) (2004);
- Leitprinzipien des UNHCR zur Bestimmung des Kindeswohls (2008);
- Die Resolution A/RES/64/142 vom 18. Dezember 2009 der Generalversammlung der Vereinten Nationen mit den Leitlinien für alternative Formen der Betreuung von Kindern;
- Die Leitlinien des UNHCR über den internationalen Schutz: Asylanträge von Kindern im Rahmen des Artikel 1A(2) und des Artikel 1(F) des Übereinkommens von 1951 und/oder seinem Protokoll von 1967 über die Rechtstellung der Flüchtlinge (2009);
- Die thematische Kompilation der Schlussfolgerungen des Exekutivkomitees des Programms des UNHCR (ExCom), Kapitel über Kinder (2011);
- *A Framework for the Protection of Children*, UNHCR (2012).

2. Auf regionaler Ebene

[290] Auf europäischer Ebene sind, abgesehen vom der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), hauptsächlich zu beachten:

- Die zutreffenden Resolutionen und Empfehlungen der Parlamentarischen Versammlung und des EU-Ministerrates, die in diesem Kapitel zitiert werden;
- Die Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Europarates vom 16. Dezember 2008 über die gemeinsamen Normen und Verfahren, die in den Mitgliedstaaten über die Rückführung von Bürgern aus Drittstaaten mit illegalem Aufenthalt anwendbar sind, in der Schweiz am 1. Januar 2011 in Kraft getreten;
- Die sogenannte Dublin II-Regelung 343/2003/EG des Rates vom 18. Februar 2003, die die Kriterien und Mechanismen zur Bestimmung des Mitgliedsstaates aufstellt, der für die Prüfung eines Asylgesuchs verantwortlich ist, das in einem der Mitgliedsländer von einem Bürger eines Drittlandes gestellt wurde;

- Das Statement of good practice des Programms für getrennte Kinder in Europa (SCEP), 4. überarbeitete Auflage (2009).

3. Umsetzung im schweizerischen Recht

3.1. Auf Bundesebene

[291] Im schweizerischen Recht sind besonders relevant die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches zum Personenrecht (Art. 11 ff.), zum Kindesschutz (Art. 307 f.) und zur Vormundschaft (Art. 360 f.). Die Bundesverfassung enthält die Grundrechte (Art. 7 bis 36), mit Einschluss des Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Art. 11). Sie präzisiert im Übrigen, dass die Gesetzgebung über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern sowie der Gewährung von Asyl unter die Zuständigkeit des Bundes fällt (Art. 121).

[292] Diese Themen werden vom Ausländergesetz und vom Asylgesetz geregelt. Letzteres war bereits Gegenstand von vielen Änderungen, einschliesslich jenen vom 16. Dezember 2005, die am 1. Januar 2008 in Kraft traten. Artikel 17 Abs. 2 AsylG überträgt dem Bundesrat die Aufgabe, auf dem Weg der Verordnung besondere Verfahrensbestimmungen zugunsten minderjähriger Asylsuchender anzuordnen. Artikel 17 Abs. 3 AsylG behandelt die gesetzliche Vertretung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA). Die Verordnung 1 zum Asylverfahren (AsylV1) fügt Erläuterungen zur besonderen Situation der Minderjährigen im Asylverfahren hinzu, einschliesslich ihrer gesetzlichen Vertretung (Art. 7). Diese Verfügungen werden ergänzt durch eine Verwaltungsrichtlinien des Bundesamts für Migration (BFM) vom 1. Januar 2008 zum Asylverfahren, deren Ziffer 1.3 über die UMA das Ziel hat, die kantonalen Behörden über die besonderen Verfahrensaspekte beim Einreichen eines Asylgesuchs durch einen UMA zu informieren.

3.2. Auf kantonomer Ebene

[293] Das Asylverfahren fällt zwar ausschliesslich unter die Zuständigkeit des Bundes, die Kantone spielen jedoch eine wichtige Rolle bei der Umsetzung der Politik der Aufnahme und Unterstützung der Asylsuchenden, einschliesslich der Betreuung der UMA. Auch die Betreuung der UM, die keine Asylsuchenden sind, obliegt den Kantonen, und zwar wegen ihrer Zuständigkeit für den Schutz der Jugend.

III. INTERNATIONALE EMPFEHLUNGEN UND BESTANDESAUFNAHME IN DER SCHWEIZ

1. Datenerhebung über die UMA

1.1. Internationale Empfehlungen

[294] Jede Initiative zur Verbesserung des Schutzes der UM müsste sich logischerweise auf eine profunde Kenntnis der Situation aller betroffenen Kinder stützen. In dieser Hinsicht betont die Allgemeine Bemerkung Nr. 6 des UNO-Ausschusses für die Rechte des Kindes, dass

die Erarbeitung eines integrierten Systems der detaillierten Datenerfassung über unbegleitete Kinder eine Voraussetzung für wirksame Massnahmen zu ihrem Schutz darstellt.⁴⁰⁶ Nach Ansicht des Ausschusses erweisen sich Daten und Statistiken, die sich auf die Zahl der Ankünfte und/oder der Asylsuchenden beschränken, als ungenügend für eine detaillierte Analyse der Ausübung ihrer Rechte durch diese Kinder.⁴⁰⁷ Die Allgemeine Bemerkung enthält eine Liste von Daten, die idealerweise Gegenstand einer systematischen Erfassung sein sollten.⁴⁰⁸

[295] Auf europäischer Ebene hat die Parlamentarische Versammlung des Europarats ebenfalls die Mitgliedstaaten eingeladen, eine harmonisierte Methode zur Erhebung der relevanten Daten über die UM zu erarbeiten und die nationalen spezialisierten Institutionen darin zu unterstützen, und ein geeignetes Ressourcenzentrum über alle mit der Situation der UM verbundene Gebiete zu schaffen.⁴⁰⁹

[296] In Bezug auf die Schweiz hat der Ausschuss für die Rechte des Kindes in seinen Schlussbemerkungen von 2002 empfohlen, die Daten über alle Personen unter 18 Jahren auf allen vom Übereinkommen genannten Gebieten gesammelt zu erfassen, vor allem über die verletzlichsten Gruppen und in Bereichen, die noch nicht von den aktuellen Daten abgedeckt werden. Der Ausschuss empfahl weiter, diese Angaben zu nutzen, um die gemachten Fortschritte auszuwerten und eine Politik der Umsetzung des Übereinkommens zu erarbeiten.⁴¹⁰ Noch spezifischer haben der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und der Ausschuss gegen Folter in ihren Schlussbemerkungen 2010 die Schweiz aufgefordert, Auskünfte über die Lebensbedingungen der unbegleiteten oder getrennten Kinder zu liefern, einschliesslich nach Herkunft, Geschlecht und Alter klassifizierte Daten⁴¹¹, sowie eine gründliche Analyse der Situation der UM mit angemessenen Lösungen im Bereich der Prävention gegen ihr Verschwinden.⁴¹²

1.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz

[297] Man kommt nicht umhin festzustellen, dass die Schweiz nicht über ein integriertes System detaillierter Datenerhebung über die UM verfügt. Das Bundesamt für Migration (BFM) führt allerdings eine ständige Statistik über die UMA und veröffentlicht sie jährlich.⁴¹³ Diese enthalten die Anzahl von Asylgesuchen, die jährlich von UM gestellt werden und ihre Proportion im Verhältnis zur Gesamtheit der Asylsuchenden, den Prozentsatz der UMA zwischen

⁴⁰⁶ CRC, General Comment No. 6 (2005), Ziff. 99.

⁴⁰⁷ Ibid., Ziff. 98.

⁴⁰⁸ Ibid., Ziff. 100. Es handelt sich insbesondere um die Grundangaben über diese Kinder, die Gesamtzahl der unbegleiteten oder getrennten Kinder, die Zahl der Asylgesuche und der gesetzlichen Vertreter und Beistände, die diesen Kindern zugewiesen werden, die Rechtsstellung hinsichtlich der Einwanderung, des Lebensraums, des Besuchs einer Schule/Ausbildung, der Familienzusammenführung, der Anzahl Kinder, die in ihr Herkunftsland zurückgeschickt wurden sowie um qualitative Daten, die es erlauben, spezifische Punkte wie das Verschwinden und den Menschenhandel zu analysieren.

⁴⁰⁹ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1810 (2011), Ziff. 6.3. Siehe im gleichen Sinne Europäischer Menschenrechtskommissar, Position 2010, S. 3 und 6.

⁴¹⁰ CRC, Concluding Observations 2002, Ziff. 18.

⁴¹¹ CESCR, Concluding Observations 2010, Ziff. 18.

⁴¹² CAT, Concluding Observations Switzerland 2010, Ziff. 24.

⁴¹³ Statistiken sind verfügbar unter der Adresse:
https://www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/dokumentation/zahlen_und_fakten/asylstatistik/statistik_uma.html.

15 und 18 Jahren, ihr Geschlecht sowie die hauptsächlichen Herkunftsländer. Diese Daten, die in Vergleichstabellen eingetragen werden, erlauben es, die Entwicklung der Anzahl der Asylgesuche, die im Laufe der Jahre von UM gestellt werden, sowie ihr Profil zu verfolgen. So wissen wir, dass zwischen 2008 und 2010 die Zahl der UMA kontinuierlich gesunken ist, indem sie von 631 auf 235 zurückging. Zwar stieg ihre Zahl 2011 auf 327, doch ihr Grössenverhältnis zur Gesamtheit der Asylsuchenden sinkt weiter. Von 3,7 % im Jahr 2008 ging der Prozentsatz nämlich auf 1,45 % im Jahre 2011 zurück. Während ungefähr 4 von 5 UMA zwischen 15 und 18 Jahre alt sind – eine Konstante der letzten Jahre – ist der Anteil der UMA weiblichen Geschlechts steigend. Er liegt bei 24,8 % im Jahr 2011, während er 2008 17,6 % betrug. 2011 waren die drei Hauptherkunftsländer der UMA Afghanistan, Eritrea und Tunesien.

[298] Obwohl diese Daten nützlich sind, erlauben sie weder eine Gesamtsicht auf die Lage der UMA in der Schweiz, noch lässt sich die Entwicklung der Asylverfahren nachvollziehen, bzw. ihr Ende (Erhalt des Flüchtlingsstatus, Art der Aufenthaltsgenehmigung, Streichung des Asylverfahrens, Rückkehr oder Rückführung in das Herkunftsland, Verschwinden usw.). Dabei sind derartige Daten verfügbar und werden jedes Jahr vom BFM für die Gesamtheit der sich in einem Asylverfahren befindlichen Personen veröffentlicht, allerdings ohne Unterscheidung nach Alter der betroffenen Personen.⁴¹⁴ Da die Betreuung der UMA grundsätzlich Sache der Kantone ist, erscheinen die kantonalen Behörden am Besten in der Lage, Daten über die gesetzliche Vertretung der UMA zu liefern (Vormundschaft, Beistandschaft, Vertrauensperson), über ihre Umgebung (Unterbringung in einer Institution, in einer Pflegefamilie, Autonomie usw.), ihre mögliche Aufnahme in einer Schule oder in einer anderen Ausbildungseinrichtung und gegebenenfalls über Fälle des Verschwindens der UMA.

[299] Die Datenerfassung zu den UM, die aus dem einen oder anderen Grund nicht das Asylverfahren durchlaufen, erweist sich als wesentlich komplexer. Der konstante Rückgang der Anzahl UMA in den letzten Jahren bedeutet keineswegs, dass es sich bei der Anzahl illegaler UM genau so verhält. Die schweizerischen Experten für die Rechte der Kinder schätzen im Gegenteil die Situation so ein, dass die geringen Chancen, den Flüchtlingsstatus zu erwerben, und die mit einer provisorischen Aufnahme verbundene Unsicherheit manch einen dazu bewegen, angesichts mangelnder konkreter Alternativen, sich für die Illegalität zu entscheiden.⁴¹⁵ Das Erfassen der Daten und die Weiterverfolgung der illegalen UM implizieren allerdings, dass sie mit den Behörden in der einen oder anderen Weise in Kontakt getreten sind, ob auf administrative, vormundschaftliche, schulische oder juristische Weise. Diese Behörden sind übrigens laut ZGB verpflichtet, der zuständigen kantonalen Vormundschaftsbehörde unverzüglich jeden Vormundschaftsfall mitzuteilen, der ihnen beim Ausüben ihrer Funktionen bekannt wird.⁴¹⁶

1.3. Zu treffende Massnahmen

[300] Um die jährlichen Statistiken über die UMA sinnvoll zu ergänzen, sollte das BFM die umfassenderen Statistiken, die es jedes Jahr über die Gesamtheit der in einem Asylverfahren

⁴¹⁴ Ibid.

⁴¹⁵ NETZWERK KINDERRECHTE SCHWEIZ, Zweiter NGO-Bericht an den Ausschuss für die Rechte des Kindes, Bern 2009, S. 27 ; LACHAT CLERC/TERRA DES HOMMES, S. 46.

⁴¹⁶ Zu dieser Frage siehe Punkt 2 des vorliegenden Berichts.

befindlichen Personen veröffentlicht, nach Alter oder Status (Minderjähriger oder Erwachsener) differenzieren. Die zuständigen kantonalen Behörden sollten ebenfalls angehalten werden, detaillierte Daten über das Profil und die Betreuungsmassnahmen der ihnen im Rahmen des Asylverfahrens zugeteilten UMA zu führen. Wie für die UMA sollten die Vormundschaftsbehörden eingeladen werden, so detailliert wie möglich Daten über alle illegalen UM zu erfassen, die ihnen anvertraut oder ihnen bekannt werden, und diese Daten auf dem neuesten Stand zu halten. Das BFM könnte die Konsolidierung und Verbreitung aller verfügbaren Daten über die UM sicherstellen. Es wäre wichtig, dass gestützt auf diese Informationen und als Folgemaassnahme auf die oben zitierte Empfehlung des Ausschusses gegen Folter eine vertiefte Studie über die Situation der UM auf nationaler Ebene⁴¹⁷ durchgeführt würde. Und schliesslich würde die Erstellung einer institutionellen Plattform, welche die für die UM zuständigen Bundesbehörden und kantonalen Behörden vereint, den Austausch und die Koordinierung zwischen den verschiedenen beteiligten Akteuren erleichtern.

2. Gesetzliche Vertretung und Rechtsvertretung

2.1. Internationale Empfehlungen

[301] Angesichts der Tatsache, dass der UM per definitionem von seinen Eltern oder dem Inhaber der elterlichen Sorge getrennt ist, ist es äusserst wichtig, dass der Aufnahmestaat Personen bestimmt, die dafür verantwortlich sind, die Vertretung des UM zu seinem Wohl zu sichern.

[302] Die Kinderrechtskonvention sieht zur Garantie und Förderung der darin aufgeführten Rechte vor, dass die Vertragsstaaten den Eltern bzw. gesetzlichen Vertretern des Kindes bei der Ausübung der ihnen obliegenden Verantwortung, das Kind aufzuziehen, angemessene Hilfe zuteilwerden lassen, und für die Errichtung von Institutionen, Einrichtungen und Zentren für die Betreuung der Kinder sorgen (Art. 18 Abs. 2). Jedes vorübergehend oder dauernd seiner familiären Umgebung herausgelöste Kind hat Anspruch auf besonderen Schutz und Beistand seitens des Staates (Art. 20 Abs. 1).

[303] Gestützt auf diese Bestimmungen hat der UNO-Ausschuss für die Rechte des Kindes in seinen Allgemeinen Bemerkungen Nr. 6 präzisiert, dass die Vertragsstaaten angehalten sind, den erforderlichen grundlegenden juristischen Rahmen zu schaffen und die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um die gute Vertretung eines jeden unbegleiteten oder getrennten Kindes im Interesse seines Wohls zu gewährleisten. Ein Vormund oder ein Berater muss ernannt werden, sobald ein unbegleitetes oder getrenntes Kind identifiziert wurde. Der Vormund sollte bei jeder im Zusammenhang mit dem Kind getroffenen Entscheidung konsultiert und informiert werden und befugt sein, an ihr teilzuhaben, auch vor den Migrationsbehörden.

⁴¹⁷ Das frühere Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) führte 2004 eine Studie über die UMAS durch. Das BFF hat ursprünglich vorgesehen, Daten über die von den Kantonen getroffenen Massnahmen im Hinblick auf die UMA und ihre Lebensbedingungen zu erfassen; die kantonalen Praktiken zu vergleichen, um die „best practices“ sowie die Minimalstandards festzustellen, auf die sich die Kantone beziehen können; und eventuell die schweizerische Praxis mit derjenigen anderer europäischer Staaten zu vergleichen. Doch angesichts des Mangels an verfügbaren quantitativen Daten musste das Projekt redimensioniert werden. Die Studie begrenzte sich schliesslich darauf, die von neun Kantonen gelieferten Antworten auf ein Fragebogen, der bestimmte Aspekte der Situation der UMA enthielt, auszuwerten. Siehe BFF, Schlussbericht Projektgruppe: UMA (unbegleitete minderjährige Asylsuchende), Bern 2004.

Er sollte über die notwendigen Kompetenzen in Sachen Kinderbetreuung verfügen, um darauf zu achten, dass das Kindeswohl gewahrt und die Bedürfnisse des Kindes in juristischer, sozialer, medizinischer, psychologischer, materieller und schulischer Hinsicht befriedigt werden. Organismen oder Privatpersonen, deren Interessen mit denen des Kindes in Konflikt treten könnten, sollten nicht befugt werden, eine Vormundschaft auszuüben.⁴¹⁸ Um die Qualität der Vormundschaft im Hinblick auf die Berücksichtigung des Kindeswohls während des gesamten Dauer des Entscheidungsprozesses zu prüfen, und insbesondere um Missbrauch zu vermeiden, müssen Kontrollmechanismen eingerichtet werden.⁴¹⁹

[304] Die Allgemeine Bemerkung präzisiert, dass jedes Kind, das sich in einem Asylverfahren oder einem administrativen oder juristischen Verfahrens befindet, neben einem Vormund auch über eine gesetzliche Vertretung verfügen sollte.⁴²⁰ Schliesslich sollte das Kind jederzeit über die Entscheidungen informiert werden, die im Zusammenhang mit seiner Vormundschaft und seiner gesetzlichen Vertretung getroffen wurden, und seine Meinung sollte berücksichtigt werden, wie vom Artikel 12 KRK⁴²¹ verlangt.

[305] Auf europäischer Ebene hat die Parlamentarische Versammlung des Europarates, ebenso wie der Kommissar für Menschenrechte⁴²², den Mitgliedsstaaten empfohlen, dafür zu sorgen, dass jeder UMA sofort unter die Verantwortung eines bevollmächtigten Vormunds gestellt werde, um sein Wohl zu gewährleisten, wobei näher ausgeführt wird, dass der Vormund unabhängig sein, über die notwendigen Kompetenzen in Sachen Kinderbetreuung verfügen, eine regelmässige Schulung besuchen und regelmässigen und unabhängigen Kontrollen unterworfen sein soll.⁴²³ Das Statement of good practice des Programms für getrennte Kinder in Europa (SCEP) geht in die gleiche Richtung.⁴²⁴

[306] In seinen 2002 an die Schweiz gerichteten Schlussbemerkungen zeigte sich der UNO-Ausschuss für die Rechte des Kindes besorgt darüber, dass das bei UMA angewandte Asylverfahren nicht immer ihrem Wohl dient und nicht in völliger Übereinstimmung mit den relevanten Bestimmungen der KRK steht.⁴²⁵ Er empfahl damals der Schweiz, Massnahmen zu treffen, um das Asylverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen, und gleichzeitig dafür zu sorgen, dass es die spezifischen Bedürfnisse der Kinder, einschliesslich der UMA, berücksichtigt, insbesondere durch die Ernennung eines gesetzlichen Vertreters.⁴²⁶

⁴¹⁸ CRC, General Comment No. 6 (2005), Ziff. 33, sowie die Ziff. 95 und 96.

⁴¹⁹ Ibid., Ziff. 35.

⁴²⁰ Ibid., Ziff. 36. Siehe auch Ziff. 21. Die englische Originalfassung der Allgemeinen Bemerkungen Nr. 6 gibt zu verstehen, dass es sich hier um eine Rechtsvertretung (*legal representation*) und nicht um die gesetzliche Vertretung handelt. Dazu siehe Punkt 2.2.3 unten.

⁴²¹ Ibid., Ziff. 37.

⁴²² Europäischer Menschenrechtskommissar, Position 2010, S. 4-6.

⁴²³ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1810 (2011), Prinzip 5, Ziff. 5.5, und Empfehlung 1969 (2011).

⁴²⁴ Separated Children Europe Programme (SCEP), Statement of good practice, Punkt D3. Siehe auch DEFENCE FOR CHILDREN, Par. D4.1.

⁴²⁵ CRC, Concluding Observations 2002, Ziff. 50.

⁴²⁶ Ibid., Ziff. 51. Siehe auch CAT, Concluding Observations 2010, Ziff. 24, wo es sich um den spezifischen Kontext des Verschwindens von UMA handelt, der unter Punkt 4 des vorliegenden Berichts untersucht wird.

2.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz

[307] Wie wir in den folgenden Absätzen sehen werden, sind die auf die UMA anwendbaren Gesetzesbestimmungen, die unter Punkt 3.1. erwähnt wurden, sowie ihre Anwendung in der Praxis in mancher Hinsicht unbefriedigend. Das gegenwärtig laufende Projekt einer Teilrevision des Asylgesetzes, das hauptsächlich darauf gerichtet ist, das Asylverfahren zu vereinfachen und zu beschleunigen,⁴²⁷ enthält bisher keine spezifische Bestimmung, die die Situation der UMA hinsichtlich ihrer gesetzlichen Vertretung verbessert. Hingegen liegt ein Entwurf eines Artikels vor, der den Zugang zu einem Rechtsberater erleichtern könnte.⁴²⁸

2.2.1. Vormundschaftliche Massnahmen

[308] Artikel 17 Abs. 3 AsylG sieht vor, dass die zuständigen kantonalen Behörden ohne Verzögerung eine Vertrauensperson ernennen, die beauftragt ist, die Interessen der UMA solange zu vertreten, wie das Asyl- und Wegweisungsverfahren dauert. Diese Massnahme versteht sich als subsidiär zu dem gegenwärtig von den Artikeln 360 ff. des Zivilgesetzbuches⁴²⁹ geregelten Regime der Vormundschaft (und der Beistandschaft). Nach Artikel 368 ZGB wird jedem Minderjährigen, der nicht unter elterlicher Autorität steht, ein Vormund an die Seite gestellt (Abs. 1). Die Beamten des Zivilstandsamtes und die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden sind angehalten, ohne Aufschub der zuständigen (kantonalen) Behörde jeden Vormundschaftsfall mitzuteilen, der ihnen in Ausübung ihres Amtes zur Kenntnis kommt (Abs. 2). Der Artikel 392 Abs. 3 ZGB sieht seinerseits die Einrichtung einer Beistandschaft für gezieltere Handlungen im Falle der Verhinderung des gesetzlichen Vertreters vor. Die Anwendbarkeit dieses allgemeinen Vormundschaftsregimes auf die UMA ebenso wie der subsidiäre Charakter der besonderen Massnahmen im Asylbereich ergeben sich implizit aus Artikel 7 Abs. 2 AsylV 1: „Kann für unbegleitete minderjährige Asylsuchende nach Zuweisung in den Kanton nicht sofort eine Beistand- oder Vormundschaft eingesetzt werden, so ernennt die zuständige 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.“⁴³⁰ Allerdings äussern sich weder die Richtlinie über die UMA noch das Handbuch zum Asylverfahren des BFM so klar über den subsidiären Charakter der Vertrauensperson im Verhältnis zu den vormundschaftlichen Massnahmen.⁴³¹

⁴²⁷ Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, 26. Mai 2010, BBl 2010 4455, und Zusatzbotschaft zur Änderung des Asylgesetzes (kurzfristige Massnahmen), 23. September 2010, BBl 2011 7325.

⁴²⁸ Vgl. Punkt III/2.2.3.

⁴²⁹ Das Parlament hat 2008 die Revision des schweizerischen Zivilgesetzbuchs angenommen (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Abstammungsrecht), die am 1. Januar 2013 in Kraft treten wird. Diese Revision hat das Ziel, das gegenwärtige Vormundschaftsrecht neu zu strukturieren und zu professionalisieren, indem eine interdisziplinäre Behörde vorgesehen ist. Die sich daraus ergebende Verbesserung der Qualität sollte auch einen besseren Schutz der Kinder ermöglichen. Vgl. CAT, Answer Switzerland Concluding Observations 2011, Ziff. 17 sowie für die neuen gesetzlichen Bestimmungen des revidierten ZGB vgl. AS 2011 725.

⁴³⁰ Siehe in diesem Sinne insbesondere SFH, Handbuch, S. 273-274; UEHLINGER, S. 33.

⁴³¹ BFM, Richtlinie zum Asylverfahren, Ziffer 1.3; BFM, Handbuch zum Asylverfahren, Kap. J § 1 Problematik der unbegleiteten asylsuchenden Minderjährigen (UMA) (01.01.2008), Ziffer 5.3.

[309] Jede Auslegung, die darauf hinauslaufen würde, die gesetzliche Vertretung der UMA auf die alleinige Ernennung einer Vertrauensperson einzuschränken, stünde allerdings im Widerspruch zum Diskriminationsverbot (Art. 2 KRK) beim Genuss der in den Artikeln 18, 20 und 22 KRK⁴³² garantierten Rechte. Sie stünde insbesondere im Widerspruch zum Artikel 22 Abs. 2 KRK, wonach einem unbegleiteten asylbeantragenden Kind oder einem Flüchtlingskind „derselbe Schutz zu gewähren [ist] wie jedem anderen Kind, das aus irgendeinem Grund dauerhaft oder vorübergehend von seiner familiären Umgebung getrennt ist.“

[310] Die Frage ist wichtig, denn die Anordnung von vormundschaftlichen Massnahmen bietet zahlreiche Vorteile im Vergleich zur Ernennung einer Vertrauensperson: Sie ermöglicht es, den UMA umfassenden Schutz zu gewähren, der alle Aspekte des Lebens des Minderjährigen umfasst, und dies während der gesamten Dauer seines Aufenthaltes in der Schweiz, und nicht nur im Rahmen des Asylverfahrens. Ausserdem liegen dabei präzisen Regeln vor, die unter anderem Beschwerde- und Kontrollmöglichkeiten vorsehen.⁴³³ Allerdings zeigt die Praxis, dass manche Kantone zwar systematisch und sofort nach der Zuteilung eines UMA vormundschaftliche Massnahmen treffen, zahlreiche andere Kantone jedoch keine vormundschaftlichen Massnahmen anordnen oder nicht rechtzeitig all ihren Pflichten nachkommen.⁴³⁴

2.2.2. Die Vertrauensperson

[311] Als ergänzende Massnahme (und nicht als abweichende oder alternative Massnahme) zu den vormundschaftlichen Massnahmen kann die Ernennung einer Vertrauensperson allerdings den Vorteil der Schnelligkeit und Flexibilität bieten, auch für die Zeit bis zur Anordnung der geeigneten vormundschaftlichen Massnahmen, und zwar ohne das Asylverfahren hinauszuzögern. Ein weiterer Vorteil der Vertrauensperson liegt in ihren besonderen Kompetenzen auf dem Gebiet des Asylrechts, die nicht unbedingt zum Verantwortungsbereich der Vormundschaftsorgane gehören.⁴³⁵ Artikel 7 Abs. 3 AsylV1 besagt: „Die Vertrauensperson begleitet und unterstützt die unbegleitete minderjährige Person im Asylverfahren.“ Die Richtlinie des BFM präzisiert gleich wie die Rechtsprechung,⁴³⁶ dass die Vertrauensperson „ausreichende Rechtskenntnisse [besitzen muss], um im Rahmen des Asylverfahrens eine zuverlässige Unterstützung bieten zu können. Sie muss Grundkenntnisse über das Asylverfahren besitzen und namentlich den Ablauf der Verfahrensschritte kennen (insbesondere die Befragung zu den Asylgründen, den erstinstanzlichen Entscheid und das Beschwerdeverfahren).“⁴³⁷

⁴³² Siehe in diesem Sinne besonders LACHAT CLERC/TERRE DES HOMMES, S. 42 ; TERRE DES HOMMES, *Prise de position sur le projet d'Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure*, 25 juin 2007; UEHLINGER, S. 33-34.

⁴³³ SFH HANDBUCH, S. 271-275; COSSY, S. 259-260.

⁴³⁴ In diesem Sinne siehe NORA LISCHETTI, *Unbegleitete Minderjährige im schweizerischen Asylverfahren*, ASYL 1/12, S. 7-8; SFH HANDBUCH, S. 271-272 ; SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE, *Keine Haft für unbegleitete minderjährige Asylsuchende*, Pressemitteilung vom 16. Dezember 2009 ; SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE, *Flüchtlingskinder*, Informationsdatei, http://www.fluechtlingshilfe.ch/asylrecht/minderjaehrige/minderjaehrige?set_language=de ; NETZWERK KINDERRECHTE SCHWEIZ, S. 28 ; ZERMATTEN, *Le point de vue du Comité*, S. 47.

⁴³⁵ COSSY, S. 261-262.

⁴³⁶ Siehe insbesondere EMARK 2003/1 und 2006/14.

⁴³⁷ BFM, *Direktive zum Asylverfahren*, Ziff. 1.3.4.3.

[312] Die mangelnden spezifischeren Anforderungen an Qualifikation und Ausbildung der Vertrauensperson, wie sie bei der Kindesvertretung im Familienrecht existieren,⁴³⁸ verbunden mit dem Fehlen von spezifischen Kontroll- und Überwachungsmechanismen, wie im Bereich der Vormundschaft vorgesehen, bleibt allerdings Grund für Besorgnis für die schweizerischen Experten der Kinderrechte.⁴³⁹ Ferner kann das Risiko von Interessenkonflikten nicht ausgeschlossen werden, wenn die ernannte Vertrauensperson mit anderen Verantwortlichkeiten betraut ist, die potenziell unvereinbar sind.⁴⁴⁰

[313] Auch die Frage des Zeitpunkts, wann die Vertrauensperson ernannt werden soll, kann Anlass zur Besorgnis sein. Artikel 17 Abs. 3 AsylG präzisiert, dass die zuständigen kantonalen Behörden „unverzüglich“ eine Vertrauensperson bestimmen sollen, nicht erst nach Zuweisung des UMA in den Kanton (lit. c), wie es vor dem 12. Januar 2008 der Fall war, sondern bereits am Flughafen, „wenn dort entscheidungsrelevante Verfahrensschritte durchgeführt werden“ (lit. a), und während des Aufenthaltes in einer Empfangsstelle „wenn dort über die Kurzbefragung gemäss Artikel 26 Absatz 2 hinausgehende entscheidungsrelevante Verfahrensschritte durchgeführt werden“ (lit. b).⁴⁴¹

[314] Die Verweise auf die „entscheidungsrelevanten Verfahrensschritte“ und die „Kurzbefragung“ geben Anlass zur Kritik. Das Problem ergibt sich daraus, dass die Kurzbefragung, die sowohl am Flughafen als auch im Registrierungszentrum stattfinden kann, nicht nur darauf gerichtet ist, die persönlichen Daten des Asylsuchenden zu erfassen (Fingerabdrücke, Fotos und andere biometrische Daten), sondern auch, obwohl nur „summarisch“, Fragen beinhalten kann zu den Gründen, die ihn veranlassten, sein Land zu verlassen und zum gewählten Reiseweg (Art. 26 Abs. 2 AsylG). In der Praxis kann diese Kurzbefragung relativ lange dauern (bis zu 2 Stunden) und findet ohne Anwesenheit eines Hilfswerksvertreters statt.⁴⁴² Vor allem können eventuelle Widersprüche zwischen den Darstellungen des Asylsuchenden während der Kurzbefragung und während der späteren Befragung über die Asylgründe, ebenso wie lückenhafte oder späte Behauptungen des Beteiligten als Verletzung Mitwirkungspflicht verstanden werden und zu einem Nichteintretensentscheid oder der Abweisung des Asylgesuchs führen.⁴⁴³ Dies sollte an sich genügen, um die Kurzbefragung als „entscheidungsrelevanten Verfahrensschritt“ zu betrachten, für den die Anwesenheit der Vertrauensperson erforderlich ist.

[315] Das BFM hat vor Kurzem für das Flughafenverfahren, auf die beharrlichen Forderungen eines Genfer Vereins zum Schutz der Asylsuchenden hin, akzeptiert, dass systematisch eine Vertrauensperson ernannt werde, um den UMA am Flughafen Genf bereits von der Kurzbefragung an beizustehen, so wie es bereits am Flughafen von Zürich Praxis ist.⁴⁴⁴ Die Polizei

⁴³⁸ Siehe den Artikel 299 Abs. 1 der ZPO: „Das Gericht ordnet wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beiständin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person“.

⁴³⁹ SFH HANDBUCH, S. 273-275; NETZWERK KINDERRECHTE SCHWEIZ, S. 28 ; LACHAT CLERC/TERRE DES HOMMES, S. 42.

⁴⁴⁰ SFH HANDBUCH, *ibid.*, S. 274-275.

⁴⁴¹ Siehe auch den Artikel 69 Abs. 4 AuG, wonach die zuständigen kantonalen Behörden unverzüglich eine Vertrauensperson ernennen, die beauftragt ist, während des Wegweisungsverfahrens die Interessen des unbegleiteten minderjährigen Ausländers zu vertreten.

⁴⁴² JASMINE CAYE, Mineurs isolés à protéger!, Vivre Ensemble, n° 134, September 2011, S., 6-7 ; VITÉ, S. 18.

⁴⁴³ CAYE, *ibid.*; SFH HANDBUCH, S. 272.

⁴⁴⁴ CAYE, *ibid.*; CAT, Answer Switzerland 2010, Ziff. 43.

des Flughafens Genf teilt nunmehr die Anwesenheit eines UMA direkt dem entsprechenden Verein mit, der von Amtes wegen als Vertrauensperson handelt, ebenso wie dem Vormundschaftsgericht des Kantons. Das BFM hat diese Verfahrensänderung im Interesse „einer Einheitlichkeit des Vorgehens“ zwischen den beiden Flughäfen gerechtfertigt, es jedoch abgelehnt, der Kurzbefragung die Eigenschaft eines „entscheidrelevanten Verfahrensschritt[es]“ im Sinne von Artikel 17 Abs. 3 AsylG⁴⁴⁵ zuzusprechen.

[316] In den Empfangs- und Verfahrenszentren, in denen fast alle Asylgesuche gestellt werden, wo jedoch die Praxis unverändert ist, bleibt das Problem also nachwievor bestehen. Das BFM legte nahe, dass allein eine Abänderung von Artikel 17 Abs. 3 AsylG eine Praxisänderung rechtfertigen könnte.⁴⁴⁶ Das Bundesverwaltungsgericht stellte allerdings in einem Grundsatzurteil vom 21. September 2011 fest, dass die summarische Befragung im Empfangs- und Verfahrenszentrum den entscheidrelevanten Verfahrensschritt für die Entscheidung des BFM in sog. „Dublin-Fällen“ darstellt. Denn normalerweise werden die Nichteintretensentscheide in Hinblick auf eine Rückweisung in einen anderen Mitgliedstaat des Dublin-Abkommens, den der Asylsuchende vor seinem Asylgesuch in der Schweiz durchquert hat, gestützt auf diese erste Befragung gefällt, ohne dass eine zweite Befragung zu den Asylgründen stattfindet.⁴⁴⁷

[317] Das Bundesverwaltungsgericht hat jedoch darauf verzichtet, seine Entscheidung auf alle UMA auszudehnen. Diese Auslegung ist jedoch, wie weiter oben gezeigt, vertretbar, insofern die während der Kurzbefragung erfassten Informationen den Ausgang des Asylverfahrens entscheidend beeinflussen können. Das Asylgesetz müsste also entsprechend geändert werden: entweder, indem es schon von der Kurzbefragung an die systematische Ernennung einer Vertrauensperson vorsieht, unabhängig davon, wo diese stattfindet, oder durch Begrenzung der Kurzbefragung auf eine einfache Erfassung der persönlichen und familiären Daten des UMA, wodurch jede Erweiterung – und sei sie noch so summarisch – auf die Asylgründe und die Reiseroute verhindert wird. Diese zweite Herangehensweise scheint übrigens mehr mit dem Statement of good practice des Programms für getrennte Kinder in Europa (SCEP)⁴⁴⁸ überein zu stimmen und wird offenbar von den schweizerischen Experten für die Rechte des Kindes bevorzugt.⁴⁴⁹

2.2.3. Die Rechtsvertretung

[318] Die gesetzliche Vertretung, ob in Form einer Vormundschaft, einer Beistandschaft oder einer Vertrauensperson im Sinne des AsylG, darf nicht mit der Rechtsvertretung verwechselt werden, das heisst der Unterstützung eines Anwalts, eines Juristen oder eines qualifizierten Vertreters, um den UMA über seine Rechte zu beraten und eventuell im Rahmen des Asylverfahrens oder auch bei seinen Kontakten mit den Behörden im Zusammenhang mit Rechtsproblemen in seinem Namen zu handeln. Die Verantwortlichkeiten des gesetzlichen Vertreters und des Rechtsvertreters können sich überschneiden, und ihre Wechselwirkung sollte im Sinne der Komplementarität betrachtet werden. Die Notwendigkeit einen Rechtsbe-

⁴⁴⁵ BFM, Antwort an ELISA, Betreuung der unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden, 30. August 2011.

⁴⁴⁶ Ibid.

⁴⁴⁷ BVGer, E-8648/2010, 21. September 2011, Bemerkung 5.4.6.

⁴⁴⁸ SCEP, Statement of good practice 2009, Punkte D1, D2, D3.

⁴⁴⁹ UEHLINGER, S. 35 ; LACHAT CLERC/TERRE DES HOMMES, S. 38.

rater beizuziehen, um den UMA bei seinen Verfahrensschritten zu unterstützen, wird sowohl vom Stand der rechtlichen Qualifikation der Vertrauensperson (oder des Vormunds) als auch von der Komplexität der Situation abhängen. Im Gegensatz zur Ernennung eines gesetzlichen Vertreters ist die Ernennung eines Rechtsvertreters gemäss Gesetz weder obligatorisch noch unentgeltlich.⁴⁵⁰

2.3. Zu treffende Massnahmen

[319] In Übereinstimmung mit den internationalen Quellen und Empfehlungen und angesichts der in den vorangegangenen Absätzen beschriebenen Situation sollte die Schweiz im Sinne des revidierten Zivilgesetzbuchs systematisch darauf achten, Massnahmen der Vormundschaft oder Beistandschaft für alle UMA einzuführen, und systematisch für alle UMA im Asylverfahren den Beistand eines gesetzlichen Vertreters oder einer Vertrauensperson von der Kurzbefragung an vorzusehen, unabhängig vom Ort, an dem sie stattfindet. Ferner sollte die geforderte Qualifikation der Vertrauenspersonen präzisiert und verbessert werden. Es könnte auch die Schaffung einer Weiterbildung für die Vertrauenspersonen in Betracht gezogen werden. Schliesslich sollte in allen Kantonen die Zusammenarbeit und Koordination zwischen Vormund oder Beistand, der Vertrauensperson und dem Rechtsberater gefördert werden.

3. Administrativhaft der UMA

3.1. Internationale Empfehlungen

[320] Hinsichtlich des Freiheitsentzugs müssen die UMA in den Genuss aller besonderen Garantien kommen können, die Kindern zuerkannt werden. Artikel 37 b) KRK sieht unter anderem vor, „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 kürzest angemessene Zeit angewendet werden.“

[321] Entsprechend der Allgemeinen Bemerkung Nr. 6 sollte „unbegleiteten und von ihren Eltern/Sorgeberechtigten getrennten Kindern im Regelfall nicht die Freiheit entzogen werden. Eine Inhaftierung kann nicht allein damit gerechtfertigt werden, dass das Kind unbegleitet oder von seinen Eltern/Sorgeberechtigten getrennt ist, auch nicht durch seinen Status als Migrant oder seinen Aufenthaltsstatus beziehungsweise dessen Nichtvorhandensein. Ist eine Haft aus anderen Gründen dennoch ausnahmsweise gerechtfertigt, sollte sie gemäss Artikel 37 (b) des Übereinkommens erfolgen. Folglich sind alle Anstrengungen zu unternehmen, insbesondere im Hinblick auf die Beschleunigung der relevanten Verfahren, um die unverzüg-

⁴⁵⁰ Der Artikel 7a AsylV1, in Anwendung des Artikel 17 Abs. 4 AsylG, richtet sich nicht spezifisch an die UMA: „(1) Das BFM orientiert die Asylsuchenden bei Einreichung eines Asylgesuches am Flughafen und in den Empfangsstellen schriftlich oder in anderer geeigneter Weise in einer ihnen verständlichen Sprache über die Möglichkeit, sich verbeistanden zu lassen oder sich an eine Rechtsberatung zu wenden. (2) Das BFM stellt den Asylsuchenden am Flughafen und in den Empfangsstellen die Mittel zur Kontaktaufnahme mit einer Rechtsberatung oder Rechtsvertretung zur Verfügung.“ Siehe allerdings den Entwurf von Artikel 94 des aktuellen Revisionsprojekts des AsylG, der die Zahlung von Bundesbeiträgen für die Beratung in Fragen des Verfahrens und der Chancenbewertung vorsieht. Vgl. Botschaft über die Änderung des Asylgesetzes vom 26. Mai 2010, Ziffer 1.4.1.1.

liche Freilassung eines unbegleiteten und von seinen Eltern/Sorgeberechtigten getrennten Kindes aus der Haft und seine Unterbringung in einer geeigneten Einrichtung zu ermöglichen.“⁴⁵¹

[322] Die Leitlinien des UNHCR (Kap. 7.6 und 7.7) und das Statement of good practice des Programms für getrennte Kinder in Europa (SCEP) (Punkt D. 6) zielen auf dieselbe Wirkung ab.

[323] Auf europäischer Ebene sind die relevanten Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention ebenfalls zu berücksichtigen. Artikel 5 Abs. 1 lit. f) besagt: „Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden [...] rechtmässige Festnahme oder rechtmässige Freiheitsentziehung zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist.“ In vier jüngeren Entscheidungen hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte gezeigt, dass eine wesentlich strengere Auslegung dieser Bestimmung erforderlich ist, wenn der Freiheitsentzug ein Kind betrifft, einschliesslich eines UMA.⁴⁵² Im Urteil *Rahimi gegen Griechenland* vom 5. April 2011 kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass der zweitägige Freiheitsentzug eines 15-jährigen Jugendlichen im Hinblick auf seine Ausweisung nicht „rechtmässig“ im Sinne des oben zitierten Artikels war, da die Behörden seine besondere Situation als UMA nicht berücksichtigt hatten. Der Gerichtshof stützte sich direkt auf die Artikel 3 und 37 KRK, die von Griechenland ratifiziert wurden, und stellte fest, dass die nationalen Behörden, als sie die Haft des Antragstellers verordneten, sich in keiner Weise mit der Frage seines Kindeswohl beschäftigt hatten, und dass sie nicht geprüft hatten, ob die Unterbringung in Abschiebehaf das letzte Mittel darstellte und ob sie nicht eine weniger radikale Massnahme hätten treffen können, um seine Ausweisung sicherzustellen.⁴⁵³

[324] Die Stellungnahme des Gerichtshofs nähert sich derjenigen des Ministerkomitees⁴⁵⁴ sowie derjenigen der Parlamentarischen Versammlung des Europarates an, die in mehreren neueren Resolutionen bekräftigt hat, dass Haft oder Abschiebehaf der UMA nie toleriert, sondern durch andere Betreuungsmassnahmen ersetzt werden sollten.⁴⁵⁵ Der Kommissar für Menschenrechte des Europarates hat ebenfalls nahegelegt, auch mit Bezug auf Artikel 37 KRK, dass die Haft eines Kindes für einige Stunden oder einige Tage vor einem Ausweisungsverfahren ausnahmsweise durch diese Bestimmung legitimiert sein kann, jede deutlich länger dauernde Inhaftierung jedoch grosse Besorgnis hervorrufen würde.⁴⁵⁶

[325] Der Ausschuss gegen Folter hat in Bezug auf die Schweiz in seinen Schlussbemerkungen 2010 seiner Sorge darüber Ausdruck gegeben, dass das 2005 geänderte Asylgesetz die Administrativhaft von Minderjährigen zwischen 15 und 18 Jahren bis zu 12 Monaten er-

⁴⁵¹ CRC, General Comment No. 6 (2005), Ziff. 61.

⁴⁵² EGMR, *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien*, Urteil vom 12. Oktober 2006; *Muskhadzhieva und andere gegen Belgien*, Urteil vom 19. Januar 2010; *Rahimi gegen Griechenland*, Urteil vom 5. April 2011; und *Popov gegen Frankreich*, Urteil vom 19. Januar 2012.

⁴⁵³ EGMR, *Rahimi gegen Griechenland*, *ibid.*, Ziff. 102-110.

⁴⁵⁴ EU-Ministerrat, Empfehlung Rec(2003)5, Ziff. 20-23, und Leitprinzipien 2005, Prinzip 11.

⁴⁵⁵ Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1985 (2011), Ziff. 9.4.5; Resolution 1810 (2011), Ziff. 5.9, und Empfehlung 1969 (2011); Resolution 1707 (2010), Ziff. 9.1.9, und Empfehlung 1900 (2010); Empfehlung 1703 (2005), Ziff. 9.iii.j.

⁴⁵⁶ Europäischer Menschenrechtskommissar, Position 2010, S. 3.

laubt, eine seiner Ansicht nach überhöhten Dauer.⁴⁵⁷ Er empfahl daher der Schweiz, die maximale Dauer der Administrativhaft zu überprüfen, nur in Ausnahmefällen auf sie zurückzugreifen und ihre Dauer entsprechend dem Prinzip der Verhältnismässigkeit zu begrenzen.⁴⁵⁸

[326] Bereits 2005 hatte der Kommissar für Menschenrechte des Europarates die Schweiz daran erinnert, dass die Haft nur als letztes Mittel benutzt werden dürfe und dass eine Dauer von 12 Monaten klar unvereinbar mit den internationalen Normen des Kinderschutzes sei.⁴⁵⁹ Die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) zeigte sich in ihrem Bericht über die Schweiz von 2009⁴⁶⁰ ebenfalls über Haftmassnahmen gegen auszuweisende Minderjährige besorgt.

3.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz

[327] Nach der Änderung des Ausländergesetzes im Jahre 2005, die am 1. Januar 2008 in Kraft trat, wurde die Maximaldauer für Administrativhaft (auch mit der Absicht der Rückführung) tatsächlich auf 24 Monate für Erwachsene und auf 12 Monate für Minderjährige von 15 bis 18 Jahren erhöht (Art. 79 AuG). In der neusten Fassung, die in Folge der Übernahme der EG-Rückführungsrichtlinie⁴⁶¹ durch die Schweiz am 1. Januar 2011 in Kraft trat, präzisiert Artikel 79 AuG, dass die Administrativhaft eine Dauer von insgesamt 6 Monaten nicht übersteigen darf, eine Dauer, die mit Zustimmung der zuständigen kantonalen richterlichen Behörde um 12 Monate für Erwachsene und 6 Monate für Minderjährige im Alter von 15 bis 18 Jahren verlängert werden kann. Diese Fristen erscheinen a priori im Übereinstimmung zu sein mit Artikel 15 Abs. 5 und 6 der Rückführungsrichtlinie.⁴⁶² Es wäre allerdings zweckmässig, wenn das Ausländergesetz gleich wie dieser Richtlinie auch präzisieren würde, dass „bei unbegleiteten Minderjährigen und Familien mit Minderjährigen Haft nur im äussersten Falle und für die kürzestmögliche angemessene Dauer eingesetzt wird“, und „dem Kindeswohl [...] im Zusammenhang mit der Abschiebehaft bei Minderjährigen Vorrang einzuräumen [ist].“ (Art. 17 Abs. 1 und 5 Rückführungsrichtlinie).

[328] In seinem Bericht über die Konformität von Zwangsmassnahmen mit den Rechten des Kindes, der Ende 2009 erschien, hat der Bundesrat festgehalten, dass zwischen dem 1. Januar 2008 und dem 30. Juni 2009 in der gesamten Schweiz 71 Personen, die angaben, zwischen 15 und 18 Jahre alt zu sein, in Administrativhaft genommen wurden. Die durchschnittliche Haftdauer belief sich dabei auf 19 Tage, das heisst drei Tage mehr als der Durchschnitt bei allen in Haft genommenen Personen.⁴⁶³ Allerdings wären diese Zahlen zu relativieren, insofern als mehrere der betroffenen Personen vermutlich älter waren als sie in Bezug auf das Verfahren angeben. Wenn man ausserdem die zwei längsten Haftfälle ausschliessen würde (376 und 297 Tage), die Jugendliche betreffen, die während ihrer Haft

⁴⁵⁷ CAT, Concluding Observations 2010, Ziff. 13.

⁴⁵⁸ Ibid.

⁴⁵⁹ Europäischer Menschenrechtskommissar, Bericht Schweiz 2005, Ziff. 67.

⁴⁶⁰ ECRI, Bericht Schweiz 2009, Ziff. 146.

⁴⁶¹ 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 (Rückführungsrichtlinie).

⁴⁶² Siehe CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, Ziff. 409.

⁴⁶³ Bundesrat, Bericht über die Konformität von Zwangsmassnahmen mit den Rechten des Kindes, 16. Dezember 2009, S. 7.

volljährig wurden, würde die Haftdauer zwischen 1 und 116 Tage liegen, wodurch die durchschnittliche Haftdauer auf 9 Tage sinken würde.⁴⁶⁴ Gestützt auf diese Zahlen und mit Verweis auf das Beschleunigungsgebot (Art. 76 Abs. 4 AuG) und der Tatsache, dass ein Richter die Rechtmässigkeit der Haft überprüft, schloss der Bundesrat, dass die vom Übereinkommen über die Rechte des Kindes garantierten Rechte auf dem Gebiet der Zwangsmassnahmen respektiert werden.⁴⁶⁵

[329] Mehrere schweizerische Organisationen widersprachen dieser Schlussfolgerung und forderten, dass grundsätzlich keine Abschiebehaft gegen Minderjährige ausgesprochen werde, und dass notfalls eine derartige Haft nur als letztes Mittel für die kürzestmögliche Dauer erlaubt werde.⁴⁶⁶ Diese Position scheint tatsächlich mehr übereinzustimmen mit Artikel 37 b) KRK, mit der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und mit weiter oben behandelten internationalen Empfehlungen. Der aktuelle Revisionsentwurf der Asyl- und Ausländergesetzgebung sieht jedoch keine Änderung in diesem Sinne vor.⁴⁶⁷

3.3. Zu ergreifende Massnahmen

[330] Auf der Grundlage des bisher Dargestellten sollte die Schweiz für alle Kinder unter 18 Jahren die Administrativhaft im Sinne des Ausländer- und Asylgesetzes abschaffen.

4. Das Verschwinden der UMA aus Institutionen

4.1. Internationale Empfehlungen

[331] Weder das Übereinkommen über die Rechte des Kindes noch die Allgemeine Bemerkung Nr.6 behandeln direkt die Problematik des Verschwindens der UMA. Letztere erwähnt jedoch unter den Information über die UMA, die systematisch erfasst werden sollen, „qualitative Daten zu erheben, die es [...] erlauben, Fragen zu beantworten, die unzureichend geklärt sind, beispielsweise zu Fällen von Verschwinden unbegleiteter und von ihren Eltern/Sorgeberechtigten getrennter Kinder und zu den Folgen des Kinderhandels.“⁴⁶⁸ Die Erstellung und Aktualisierung einer Datenbank über alle UMA, die sich auf dem Territorium eines Vertragsstaats befinden, die insbesondere die Betreuungs- und Schutzmassnahmen der

⁴⁶⁴ Ibid. Für die Zeit zwischen dem 1. Januar 2008 und dem 31. Dezember 2011 betrug die Zahl der Minderjährigen in Abschiebehaft 367 und die durchschnittliche Haftdauer 43 Tage (dagegen 29 Tage für die Erwachsenen); 204 von ihnen blieben nicht länger als 4 Tage in Haft, 26 andere jedoch länger als 6 Monate. Die deutlich höhere durchschnittliche Haftdauer bei den Minderjährigen wäre vor allem durch die Komplexität der administrativen Organisation ihrer Rückführung zu erklären, denn die zuständige Behörde muss sicherstellen, dass der Minderjährige im Rückkehrstaat einem Familienmitglied, einem Vormund oder einer Aufnahmeeinrichtung übergeben wird, die seinen Schutz gewährleisten können. Siehe CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, Ziff. 411.

⁴⁶⁵ Ibid.

⁴⁶⁶ SFH, Keine Haft für unbegleitete minderjährige Asylsuchende, Pressemitteilung vom 16. Dezember 2009; NETZWERK KINDERRECHTE SCHWEIZ, Zweiter NGO-Bericht an den Ausschuss für die Rechte des Kindes, Bern 2009, S. 28.

⁴⁶⁷ Bundesrat, Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, 26. Mai 2010, und zusätzliche Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes (kurzfristige Massnahmen), 23. September 2010.

⁴⁶⁸ CRC, General Comment No. 6 (2005), Ziff. 98-100.

UMA präzisiert und es ermöglicht, die Entwicklung ihres Asylverfahrens zu verfolgen,⁴⁶⁹ erscheint somit als unverzichtbare vorausgehende Massnahme, um das Ausmass des Phänomens des Verschwindens der UMA zu erfassen und die Risikopersonen zu identifizieren.⁴⁷⁰

[332] Die eigentliche Prävention der Fälle von Verschwinden erfordert die Einführung einer Gesamtheit von Massnahmen, die von der Kinderrechtskonvention und der Allgemeinen Bemerkung Nr. 6 direkt genannt werden: Ernennung von gesetzlichen Vertretern,⁴⁷¹ angemessene Betreuung⁴⁷² und Präventionsmassnahmen gegen Menschenhandel und andere Formen der Ausbeutung,⁴⁷³ unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze der Kinderrechtskonvention, die unter Punkt II/1. aufgeführt werden. Auf diesem Gebiet müssen die Leitlinien des UNHCR, das Statement of good practice des Programms für getrennte Kinder in Europa (SCEP) sowie die Resolutionen und Empfehlungen der Organe des Europarates⁴⁷⁴ berücksichtigt werden.

[333] Im Lichte dieser Hinweise müssen die Schlussbemerkungen betrachtet werden, die der Ausschuss gegen Folter 2010 an die Schweiz gerichtet hatte. Dieser äusserte seine Besorgnis über das Verschwinden von UMA und die Gefahr, dass sie Opfer von Menschenhandel und anderen Formen von Ausbeutung werden und empfahl der Schweiz, sie solle „die Situation der unbegleiteten Minderjährigen eingehend untersuchen, geeignete Lösungen finden, um deren Verschwinden zu verhindern und ihren Schutz verbessern“ und „den Ausschuss möglichst rasch darüber informieren.“⁴⁷⁵

4.2. Bestandesaufnahme in der Schweiz

[334] Wie zahlreiche andere europäische Staaten⁴⁷⁶ ist die Schweiz seit einigen Jahren mit einem zugleich komplexen und beunruhigenden Phänomen konfrontiert: dem Verschwinden von in Institutionen untergebrachten UMA.⁴⁷⁷ Komplex einerseits, weil das Ausmass bislang verkannt wird und die Daten über die UMA ungenügend sind, aber auch weil es das ganze Betreuungssystem der UMA infrage stellt und dazu einlädt, die wesentliche Zusammenarbeit und die Koordination zwischen den betroffenen Behörden neu zu überdenken, und zwar sowohl innerhalb der Kantone, zwischen den Kantonen, mit den Bundesbehörden, zwischen den europäischen Ländern als auch mit den Herkunftsländern der UMA.⁴⁷⁸ Beunruhigend andererseits, weil die Gefahren für die betroffenen Minderjährigen sehr ernst sein können. Im besten Fall hat sich der UMA in der Schweiz oder anderswo Familienmitgliedern oder Bekannten angeschlossen, die ihm den notwendigen Schutz und Beistand bieten. In anderen Fällen sind die UMA besonders anfällig für Gefahren der Verschlechterung ihrer physischen

⁴⁶⁹ Supra, Punkt III/1.

⁴⁷⁰ Zur besonderen Frage des Menschenhandels siehe das Kapitel über die Ausbeutung von Kindern.

⁴⁷¹ Supra, Punkt III/2.

⁴⁷² KRK, Art. 20 und 22; CRC, General Comment No. 6 (2005), Ziff. 39-40.

⁴⁷³ KRK, Art. 34-36; CRC, General Comment No. 6 (2005), Ziff. 50-53.

⁴⁷⁴ Siehe neben den bereits in diesem Bericht genannten Resolutionen und Empfehlungen: Ministerkomitee des Europarats, Rec(2007)9.

⁴⁷⁵ CAT, Concluding Observations 2010, Ziff. 24.

⁴⁷⁶ EUROPEAN MIGRATION NETWORK, S. 72-75; COMMISSION EUROPÉENNE, S. 10-11; EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES/SAVE THE CHILDREN, S. 72-75.

⁴⁷⁷ Siehe insbesondere HEDJAM SOFIA/TERRE DES HOMMES.

⁴⁷⁸ Für Empfehlungen in diesem Sinn, *ibid.*, S. 68-77.

und psychischen Gesundheit, den mit dem Konsum von und Handel mit Drogen verbundenen Gefahren, der Verstrickung in andere Formen von Kriminalität, der Prostitution und weitere Formen von Ausbeutung, ebenso wie dem Menschenhandel.⁴⁷⁹

[335] Das Phänomen des Verschwindens von UMA ist bisher nicht von schweizerischen Behörden dokumentiert worden.⁴⁸⁰ Es war jedoch Gegenstand einer umfassenden Studie und von detaillierten Empfehlungen seitens der Organisation Terre des hommes im Jahre 2010, gestützt auf eine sowohl in der Schweiz wie in Belgien, Spanien und Frankreich⁴⁸¹ durchgeführten Untersuchung. Diese Studie bestätigt, dass keiner dieser Staaten in der Lage ist, genaue Zahlen über die Anzahl von UMA auf seinem Territorium zu nennen, noch über die Zahl der Jugendlichen, die die Aufnahmestrukturen verlassen, in die sie untergebracht wurden. In der Schweiz wäre allerdings das BFM in der Lage, umfangreichere Daten über die UMA zu liefern, die sich in einem Asylverfahren befinden, einschliesslich über Fälle des Verschwindens im Laufe des Verfahrens, denn sie führen nach einer gewissen Frist zur Entfernung der Akte aus den Unterlagen des BFM. Solche Fälle sollen nach Aussage eines interviewten Mitarbeiters des BFM bei den UMA zwischen 16 und 18 Jahren recht häufig vorkommen.⁴⁸²

4.3. Zu treffende Massnahmen

[336] Als Ergänzung zu dem im vorherigen Absatz Angeführten und bereits unter Punkt III/1. Nahegelegten sollten die zuständigen kantonalen Behörden eingeladen werden, dem BFM zwecks Konsolidierung alle ihnen zur Verfügung stehenden ergänzenden Informationen über die UMA zu übermitteln, die ihnen auf Grund des Asylgesetzes zugeteilt sind, ebenso wie über die illegalen UMA, die ihnen ausdrücklich anvertraut oder in anderer Weise bekannt werden.

[337] Da die Unangemessenheit ihrer Betreuung als eine der Hauptursachen des Verschwindens der UMA betrachtet wird,⁴⁸³ sollten zusätzliche Anstrengungen unternommen werden, um die kantonalen Betreuungssysteme anzupassen und zu harmonisieren, damit jeder UMA

⁴⁷⁹ Ibid., S. 43-49. Für UNICEF Schweiz sind Kinder, die Gefahr laufen, Opfer von Menschenhandel zu werden, vor allem jene „die sich in wirtschaftlichen und sozialen Ausnahmesituationen befinden, in denen die üblichen Strukturen, insbesondere das schützende familiäre Netzwerk, fehlen. [...] In der Schweiz dürften sich folgende Gruppen als besonders schutzlos, und damit potentiell gefährdet, von Kinderhandel betroffen zu werden erweisen: die während des Asylverfahrens, bei Nichteintreten oder Ablehnung des Asylgesuchs untertauchenden Minderjährigen, aufgrund ihres Lebens in der Illegalität sowie [...] kommerziell sexuell ausgebeutete Minderjährige.“, UNICEF SCHWEIZ, Kinderhandel und die Schweiz, 2007, http://www.unicef.ch/sites/default/files/documents/unicef_bericht_kinderhandel_und_die_schweiz_2007.pdf. Siehe auch CRC, General Comment No. 6, Ziff. 50-53.

⁴⁸⁰ Während der Prüfung des sechsten periodischen Berichts, der von der Schweiz dem Ausschuss gegen Folter vorgelegt wurde, hat ein Mitglied des Ausschusses diese Frage gestellt, sie wurde allerdings nicht von der schweizerischen Delegation behandelt. CAT, Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 19 de la Convention: Compte rendu analytique de la première partie (publique) de la 935e séance, 12. Mai 2010, CAT/C/SR.935, Ziff. 43; et Compte rendu analytique (partiel) de la 936e séance, CAT/C/SR.936, 12. Mai 2010, Ziff. 70.

⁴⁸¹ HEDJAM SOFIA/TERRE DES HOMMES. Diese Untersuchung veranlasste vermutlich die hier erwähnte Empfehlung des Ausschusses gegen Folter.

⁴⁸² Ibid., S. 33. In einem jüngerem Bericht der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft der Jugendverbände geht es ebenfalls um die Problematik des Verschwindens der UMAS. Siehe Speak-out!, Schlussbericht 2010-2011, S. 3.

⁴⁸³ Ibid., S. 38-43.

in den Genuss einer gesetzlichen Vertretung, einer Unterbringungsstruktur und einer geeigneten Betreuung kommt.⁴⁸⁴ Da die meisten Fälle von Verschwinden in den ersten Tagen der Unterbringung in eine Aufnahmestruktur geschehen, erscheint es ferner wesentlich, dass sie schnell über die Gründe ihrer Unterbringung in diesen Strukturen, über die ihnen gebotenen Betreuungsmassnahmen sowie über die ihnen drohenden Gefahren, wenn sie diese Strukturen verlassen, informiert werden.⁴⁸⁵ Im Falle des Verschwindens sollten sofort Suchmassnahmen von den zuständigen Behörden eingeleitet werden (Vormundschaftsbehörden, gesetzliche Vertreter, Aufnahmestrukturen, Polizei usw.), so wie sie bei jedem anderen Kind getroffen würden, das aus seiner Familie oder einer Unterbringungseinrichtung verschwindet.⁴⁸⁶ Das koordinierte Handeln dieser Behörden könnte ausserordentlich erleichtert werden, einerseits durch Erstellung und Aktualisierung einer detaillierten Datenbank über die UMA, und andererseits durch die Annahme auf Bundesebene von an die Kantone gerichteten Leitlinien zur Betreuung der UMA und die zu treffenden Massnahmen im Falle ihres Verschwindens.

IV. SCHLUSSFOLGERUNG

[338] Die extreme Verletzlichkeit der UMA erfordert eine grössere Beachtung ihrer Menschenrechte und ihrer spezifischen Bedürfnisse. In den letzten Jahren zeigten sich die Kontrollorgane der internationalen und europäischen Menschenrechtsabkommen, denen die Schweiz angehört, besorgt über die Behandlung, die sie durch die schweizerische Gesetzgebung und die Behörden erfahren. Gestützt auf die von diesen Organen formulierten Bemerkungen und Empfehlungen hat der vorliegende Bericht vier besonders problematische Gebiete identifiziert und analysiert und Massnahmen vorgeschlagen, die getroffen werden sollten, um die volle Umsetzung der internationalen Verpflichtungen der Schweiz gegenüber den UMA zu erfüllen. Es geht erstens darum, ein integriertes System zur Erhebung detaillierter Daten über die UMA zu schaffen. Das ist die Voraussetzung für wirksame Massnahmen zur Sicherung ihres Schutzes. Zweitens sollten alle UMA in den Genuss von vormundschaftliche Massnahmen kommen, wie sie vom Zivilgesetzbuch vorgesehen sind, und gegebenenfalls auch die unverzügliche Unterstützung einer qualifizierten Vertrauensperson bekommen, um ihre Interessen im Rahmen des Asylverfahrens zu vertreten. Drittens sollte die Administrativhaft aufgrund des Ausländergesetzes für alle Kinder unter 18 Jahren abgeschafft werden. Viertens sollten die zuständigen Behörden die relevanten Daten erheben und das Phänomen des Verschwindens von in Institutionen untergebrachten UMA gründlich untersuchen, um wirksame Massnahmen für die Prävention und die rasche Reaktion auf die Verschwindensfälle zu treffen.

⁴⁸⁴ Es sei erwähnt, dass acht Kantone über spezialisierte Betreuungsstrukturen für unbegleitete minderjährige Asylsuchende verfügen: Basel, Bern, Genf, Luzern, St.-Gallen, Wallis, Waadt, Zürich. Siehe in dieser Hinsicht insbesondere die Beispiele für gute kantonale Praktiken, die in CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012, Ziff. 383 zitiert werden.

⁴⁸⁵ Europäischer Menschenrechtskommissar, Position 2010, S. 4.

⁴⁸⁶ Ibid., S. 73, sowie das Vorwort von Jean Zermatten, S. 5.

ALLGEMEINE SCHLUSSFOLGERUNG

[339] Basierend auf der Analyse der Empfehlungen der UNO-Vertragsorgane an die Schweiz, wurden in dieser Grundlagenstudie folgende Problemfelder bezüglich der Umsetzung der Kinderrechte behandelt: Kindeswohl, Gewalt an Kindern, Ausbeutung von Kindern, Bildung und unbegleitete Minderjährige. Aufgrund ihres Wesens und ihres Status' bilden die Kinder einen viel verletzlicheren Teil der Bevölkerung als die Erwachsenen. Ferner zeigte die Grundlagenstudie, dass minderjährige Migranten besonders gefährdet sind.

[340] Die gegen Kinder verübte Gewalt ist besonders besorgniserregend und verlangt grössere Aufmerksamkeit. Diese Situation wird durch ein generelles Problem, das mehrere Gebiete betrifft, noch verschärft, nämlich durch den Mangel an Koordination und Kohärenz bei der Anwendung der Rechte des Kindes in der Schweiz.

[341] Um *Gewalt an Kindern* zu bekämpfen, betont die Grundlagenstudie die Notwendigkeit, alle verfügbaren Mittel einzusetzen, und wenn notwendig neue zu schaffen. Die Sensibilisierung und die Prävention gegen Gewalt an Kindern, insbesondere sexuellen Missbrauch, sexuelle Ausbeutung, Suizidverhalten oder Körperstrafen müssen verstärkt werden, denn sie sind zur Zeit unzureichend. Ferner sollten in Anwendung der geltenden internationalen Normen Körperstrafen und *grooming* Gegenstand eines gesetzlichen Verbots sein, da sie die Würde des Kindes verletzen.

[342] Beachtliche Fortschritte wurden im Kampf gegen den Kinderhandel erreicht durch die Annahme des ersten nationalen Aktionsplans gegen den Menschenhandel. Der Zugang von jungen Sans-papiers zur Berufslehre, dank der revidierten VZAE, ist ebenfalls ein begrüßenswerter Fortschritt. Dennoch fehlt weiterhin eine *nationale Strategie* in mehreren Bereichen der Kinderrechte und erschwert deren Umsetzung, wie z.B. das mangelnde strategische Herangehen an die Problematik des sexuellen Missbrauchs, die Suizidprävention oder auch die ungleiche praktische Umsetzung der integrativen Schulung.

[343] Die Empfehlungen der verschiedenen Analysen dieser Grundlagenstudie gliedern sich um den Begriff des Kindes als Rechtssubjekt. Diese Eigenschaft sollte in breitem Masse in der Praxis anerkannt und akzeptiert werden, unabhängig von der Rechtstellung oder der Situation des Kindes. Auf diese Weise wären die verschiedenen Strategien und Politiken des Schutzes, der Prävention und der Intervention zugunsten von Kindern vollständiger und würden die Grundprinzipien der Partizipation von Kindern und des Kindeswohls achten. Langfristig würde die Anerkennung des Kindes als Rechtssubjekt die Einführung einer wahren Kultur der Kinderrechte in der Schweiz ermöglichen.

VERZEICHNIS MEHRFACH VERWENDETER LITERATUR

- BOLZMAN CLAUDIO, Les mineurs non accompagnés en Suisse : demandeurs d'asile ou enfants exilés?, Les Politiques sociales, n° 3 et 4, 2011, S. 104-117.
- COSSY SYLVIE, La statut du requérant d'asile mineur non accompagné dans la procédure d'asile, thèse, Lausanne 2000.
- STIFTUNG KINDERSCHUTZ SCHWEIZ, Vorschläge für ein Nationales Kinderschutzprogramm (NKP 2010-2020), Bern 2009
- FONDATION TERRE DES HOMMES, INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'ENFANT, FONDATION SUISSE DU SERVICE SOCIAL INTERNATIONAL, Colloque national : Mineurs non accompagnés en Suisse, Berne 15 février 2006.
- HEDJAM SOFIA/TERRE DES HOMMES, Disparitions, départs volontaires, fugues : Des enfants de trop en Europe ? Etude menée en Belgique, Espagne, France et Suisse sur les disparitions de mineurs étrangers non accompagnés placés en institution, Lausanne 2010.
- LACHAT CLERC MARTINE/TERRE DES HOMMES, Les mineurs non accompagnés en Suisse. Exposé du cadre légal et analyse de la situation sur le terrain, Le Mont-sur-Lausanne 2007.
- MOREL JOËLLE/EFIONAYI-MÄDER DENISE/STANTS FABIENNE, Traite des personnes en Suisse : quelles réalités, quelle protection pour les victimes, SFM, 2007.
- SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE/SFH (Hrsg.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, Bern 2009,
- TABIN JEAN-PIERRE/KNÜSEL RENE/ANSERMET CLAIRE/LOCATELLI MIRKO/MINACCI JOËLLE, Rapport sur la mendicité « rrom » avec ou sans enfant(s), Rapport final, EESP & UNIL, 2012
- UEHLINGER ISABELLE, Protection des mineurs isolés en Suisse : Des solutions restent à trouver, in Colloque national : Mineurs non accompagnés, Berne 2006, S. 32-38.
- VITÉ SYLVAIN, La situation des mineurs non accompagnés en Suisse, in : Colloque national : Mineurs non accompagnés, Berne 2006, S. 7-31.
- ZERMATTEN JEAN, Le point de vue du Comité des droits de l'enfant de l'ONU, in : Colloque national : Mineurs non accompagnés, Berne 2006, S. 41-52.
- ZERMATTEN JEAN, Die Lanzarote-Konvention. Besserer Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch, Newsletter - SKMR Nr. 4 vom 1. Februar 2012.

ANHANG: MATERIALIENVERZEICHNIS

Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen, ECOSOC

Huitième et neuvième réunions du Groupe conjoint d'experts UNESCO (CR)/ECOSOC (CSECR) sur le suivi du droit à l'éducation, Dimensions inclusives du droit à l'éducation : fondements normatifs, cadre conceptuel, Paris 2008.

Hochkommissariat der Vereinten Nationen für Menschenrechte, Prinzipien und Direktiven zu Menschenrechten und Menschenhandel: Empfehlungen, New-York, E/2002/68/Add. 1, 20. Mai 2002 zit.: **Prinzipien und Direktiven zu Menschenrechten und Menschenhandel**.

Menschenrechtsrat, HRC

Universal Periodic Review, Draft Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, A/HRC/WG.6/14/L.9, 31. Okt. 2012, zit.: **UPR Switzerland 2012**.

Universal Periodic Review, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, Addendum, Responses to the recommendations within the framework of the universal periodic review, A/HRC/8/41/Add.1, 25. Aug. 2008, zit.: **UPR Responses Switzerland 2008**.

Universal Periodic Review, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Switzerland, A/HRC/8/41, 28. Mai 2008, zit.: **UPR Switzerland 2008**.

Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, Rodolfo Stavenhagen. Addendum, Conclusions and recommendations of the expert seminar on indigeneous peoples and education, E/CN.4/2005/88/Add.4, 15 December 2004.

Menschenrechtsausschuss, MRA

Prüfung der Berichte, die von den Vertragsstaaten gemäss Artikel 40 des Pakts unterbreitet wurden, Schlussbemerkungen des Ausschuss für Menschenrechte, Schweiz, CCPR/C/CHE/CO/3, 3. November 2009, zit.: **MRA, Concluding Observations Switzerland 2009**.

Ausschuss gegen Folter, CAT

Prüfung der von den Vertragsstaaten vorgelegten Berichte in Anwendung von Artikel 19 der Konvention. Antworten der Schweiz auf die Schlussbemerkungen des Ausschusses gegen Folter, CAT/C/CHE/CO/6/Add.1, 2. September 2011, zit.: **CAT, Answer Switzerland Concluding Observations 2011**.

Prüfung der von den Vertragsstaaten vorgelegten Berichte in Anwendung des Artikels 19 der Konvention, Schlussbemerkungen des Ausschusses gegen Folter, CAT/C/CHE/CO/6, 25. Mai 2010, zit.: **CAT, Concluding Observations Switzerland 2010**.

Schriftliche Antworten der Regierung der Schweiz auf die Liste der zu behandelnden Punkte der Prüfung des sechsten periodischen Berichts der Schweiz, CAT/C/CHE/Q/6/Add.1, 3. März 2010, zit.: **CAT, Answer Switzerland 2010**.

Prüfung der von den Vertragsstaaten vorgelegten Berichte in Anwendung von Artikel 19 der Konvention: analytischer Bericht des ersten (öffentlichen) Teils der 935. Sitzung, CAT/C/SR.935, 12. Mai 2010.

Prüfung der von den Vertragsstaaten vorgelegten Berichte in Anwendung von Artikel 19 der Konvention: analytischer (partieller) Bericht von der 936. Sitzung, CAT/C/SR.936, 12. Mai 2010.

Prüfung der von den Vertragsstaaten vorgelegten Berichte in Anwendung von Artikel 19 der Konvention, Sechster periodischer Bericht der Vertragsstaaten der im Jahr 2000 vorzulegen ist, Schweiz, CAT/C/CHE/6, 18. März 2009.

Ausschuss gegen die Diskriminierung der Frau, CEDAW

Schlussbemerkungen der Prüfung der von den Vertragsstaaten vorgelegten Berichte in Anwendung von Artikel 18 der Konvention. CEDAW/C/CHE/CO/3, 7. August 2009, zit.: **CEDAW, Concluding Observations Switzerland 2009**.

Ausschuss gegen die Rassendiskriminierung, CERD

Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 9 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Switzerland, CERD/C/CHE/CO/6, 21. August 2008, zit.: **CERD, Concluding Observations Switzerland 2008**.

Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

Prüfung der von den Vertragsstaaten vorgelegten Berichte, gemäss Artikel 16 und 17 des Pakts, Schlussbemerkungen des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Schweiz, E/C.12/CHE/CO/2-3, 26. November 2010, zit.: **CESCR, Concluding Observations Switzerland 2010**.

Umsetzung des internationalen Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, Antworten der Schweiz auf die zu behandelnden Punkte anlässlich der Prüfung des Zweiten und dritten periodischen Berichts der Schweiz über die Artikel 1 bis 15 des internationalen Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, E/C.12/CHE/Q/2-3/Add.1, November 2010, zit.: **CESCR, Responses Switzerland 2010**.

Ausschuss für die Rechte des Kindes, CRC

General Comment N° 13: The right of the child to freedom from all forms of violence, 18 April 2011, zit.: **CRC, General Comment No. 13 (2011)**.

General Comment No. 12: The rights of the child to be heard, CRC/C/GC/12, 20 July 2009, zit.: **CRC, General Comment No. 12 (2009)**.

General Comment No. 11: Indigenous children and their rights under the Convention, 12 February 2009 zit.: **CRC, General Comment No. 11 (2009)**.

General Comment No. 10: Childrens'rights in juvenile justice, CRC/C/GC/10, 25 April 2007, zit.: **CRC, General Comment No. 10 (2007)**.

General Comment No. 9: The rights of children with disabilities, 27 February 2007, zit.: **CRC, General Comment No. 9 (2007)**.

General Comment No 8: The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia), CRC/C/GC/8, 2 March 2007, zit.: **CRC, General Comment No. 8 (2006)**.

General Comment No 6: Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin, CRC/GC/2005/6, 1 September 2005, zit.: **CRC, General Comment No. 6 (2005)**.

General Comment No 5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), CRC/GC/2003/5, 27 November 2003, zit.: **CRC, General Comment No. 5 (2003)**.

General Comment No. 1: Article 29 (1): The he aims of education, 17 April 2001, zit.: **CRC, General Comment No. 1 (2001)**.

Day of General Discussion on the Rights if Indigenous Children, 3 October 2003, zit.: **CRC, Day of General Discussion (2003)**.

Day of General Discussion on children with disabilities, 6 October 1997, zit.: **CRC, Day of General Discussion (1997)**.

Zweiter, dritter und vierter Bericht der schweizerischen Regierung über die Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, Bern, 20. Juni 2012, zit.: **CRC, Zweiter, dritter und vierter Bericht Schweiz 2012**.

Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the rights of the child: Switzerland, CRC/C/15/Add.182, 13. Juni 2002, zit.: **CRC, Concluding Observations Switzerland 2002**.

Hochkommissariat für Flüchtlinge, UNHCR

A Framework for the Protection of Children, UNHCR (2012).

Thematische Kompilation der Schlussfolgerungen des Exekutivkomitees des Programms des UNHCR (ExCom), Kapitel über Kinder (2011).

Leitprinzipien des UNHCR über den internationalen Schutz: die Asylanträge von Kindern im Rahmen von Artikel 1A(2) und Artikel 1(F) des Übereinkommens von 1951 und/oder seines Protokolls von 1967 über die Rechtstellung der Flüchtlinge (2009).

Leitprinzipien des UNHCR über die Bestimmung des höheren Interesses des Kindes, 2008, zit.: **UNHCR, Principes directeurs 2008**.

Leitprinzipien über die im Falle unbegleiteter asylsuchender Minderjähriger anzuwendenden Politiken und Verfahren, 1997, zit.: **UNHCR, Principes directeurs 1997**.

UNO-Generalversammlung

Resolution A/RES/64/142 vom 18. Dezember 2009 der Generalversammlung der Vereinten Nationen zu den Leitlinien über den Ersatz-Schutz für Kinder.

Internationale Arbeitsorganisation, ILO

Empfehlung zur beruflichen Rehabilitation und Beschäftigung von behinderten Personen, angenommen von der Generalkonferenz der ILO vom 20. Juni 1983.

United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, UNESCO

Leitprinzipien der Inklusion: den Zugang zur „Bildung für alle“ sichern, 2006.

Europarat

Resolution 1810 (2011), Mit der Ankunft, dem Aufenthalt und der Rückkehr von unbegleiteten Kindern in Europa verbundene Probleme, 15. April 2011, zit.: **Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1810 (2011)**.

Resolution 1707 (2010), Administrativhaft illegaler Asylsuchender und Migranten in Europa, 28. Januar 2010, zit.: **Parlamentarische Versammlung des Europarats, Résolution 1707 (2010)**.

Resolution 1608 (2008), Suizid von Kindern und Jugendlichen in Europa: ein gravierendes Problem für die öffentliche Gesundheit, 16. April 2008, zit.: **Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1608 (2008)**.

Resolution 1568 (2007), Programme zur Legalisierung von illegalen Migranten, zit.: **Parlamentarische Versammlung des Europarats Res(2007)1568**.

Empfehlung 1985 (2011), Illegale minderjährige Migranten ohne Papiere: eine reale Ursache von Besorgnis, 7. Oktober 2011, zit.: **Parlamentarische Versammlung des Europarats, Recommendation 1985 (2011)**.

Empfehlung 1969 (2011), Mit Ankunft, Aufenthalt und Rückkehr von unbegleiteten Kindern in Europa verbundene Probleme, 15. April 2011, zit.: **Parlamentarische Versammlung des Europarats, Recommendation 1969 (2011)**.

Empfehlung 1900 (2010), Administrativhaft illegaler Asylsuchender und Migranten in Europa, 28. Januar 2010, zit.: **Parlamentarische Versammlung des Europarats, Recommendation 1900 (2010)**.

Empfehlung 1703 (2005), Behandlung von unbegleiteten und getrennten Kindern ausserhalb ihres Herkunftslandes, 28. April 2005, zit.: **Parlamentarische Versammlung des Europarats, Recommendation 1703 (2005)**.

Empfehlung 1592 (2003) Für volle soziale Integration behinderter Personen, 31. Januar 2003, Parlamentarische Versammlung des Europarats Rec(2003)1592.

Empfehlung 1437 (2000) zur nicht formellen Bildung, 24. Januar 2000, Parlamentarische Versammlung des Europarats, Rec (2000)1437.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates an die Vertragsstaaten vom 20. Februar 2008 zur Förderung der Integration von minderjährigen Migranten oder mit Migrationshintergrund, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Recommendation (2008)4**.

Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates an die Vertragsstaaten vom 10. Oktober 2007 über das integrierte Herangehen an die Gleichheit zwischen Mann und Frau in der Bildung, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Recommendation (2007)13**.

Empfehlung CM/Rec(2007)9 des Ministerkomitees des Europarates an die Vertragsstaaten zu den Lebensentwürfen zugunsten von unbegleiteten minderjährigen Migranten, 12. Juli 2007, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Recommendation (2007)9**.

Empfehlung Rec. (2006)5 des Ministerkomitees des Europarates an die Vertragsstaaten über den Aktionsplan des Europarates zur Förderung der Rechte und der vollen Partizipation behinderter Personen in die Gesellschaft: die Lebensqualität behinderter Personen in Europa 2006-2015 vom 5. April 2006 zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Recommendation (2006)5**.

Empfehlung Rec(2003)5 an die Vertragsstaaten über die Haftbedingungen von Asylsuchenden, 16. April 2003, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Recommendation (2003)5**.

Empfehlung Rec(2001)16 des Ministerkomitees des Europarates an die Vertragsstaaten über den Schutz von Kindern gegen sexuelle Ausbeutung, 31. Oktober 2001, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Recommendation (2001)16**.

Empfehlung Rec(2002)5 des Ministerkomitees des Europarates an die Vertragsstaaten über den Schutz von Frauen gegen Gewalt, 30. April 2002, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Recommendation (2002)5**.

Empfehlung Rec(2000)11 des Ministerkomitees des Europarates an die Vertragsstaaten über den Kampf gegen den Menschenhandel zur sexuellen Ausbeutung, 19. Mai 2000, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Recommendation (2000)11**.

Empfehlung Rec(2000)4 des Ministerkomitees des Europarates an die Vertragsstaaten vom 3. Februar 2000 über den Unterricht von Roma-Kindern in Europa. Zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Recommendation (2000)4**.

Empfehlung Rec(91)11 des Ministerkomitees des Europarates an die Vertragsstaaten über sexuelle Ausbeutung, Pornografie, Prostitution sowie Handel mit Kindern und jungen Erwachsenen, 9. September 1991, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Recommendation (91)11**.

Empfehlung R(79)17 des Ministerkomitees des Europarates an die Vertragsstaaten über den Schutz von Kindern gegen Misshandlungen, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Recommendation R(79)17**.

Synthesedokument über die Rechte von minderjährigen Migranten in illegaler Situation, CommDH/PositionPaper(2010)6, 25. Juni 2010, zit.: **Europäischen Menschenrechtskommissa, Position 2010**.

4. periodischer Bericht der Schweiz über die Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen, vorgelegt dem Generalsekretär des Europarates, 4. Dezember 2009.

Zwanzig Leitprinzipien über die Zwangsrückführung, CM(2005)40 final, 9. Mai 2005, zit.: **Ministerkomitee des Europarats, Principes directeurs 2005.**

Bericht von M. Alvaro Gil-Robles über seinen Besuch in der Schweiz (2004), CommDH(2005)7, 8. Juni 2005, zit.: **Europäischen Menschenrechtskommissar, Bericht Schweiz 2005.**

Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz, ECRI

Bericht der ECRI über die Schweiz (vierter Monitoringzyklus), angenommen am 2. April 2009 und veröffentlicht am 15. September 2009, zit.: ECRI, Bericht Schweiz 2009.

Bundesrat und Bundesverwaltung

Bericht der schweizerischen Regierung über die Umsetzung des fakultativen Protokolls zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes, betreffend den Kinderhandel, die Kinderprostitution und die Pornografie mit Kindern, vom 9. Dezember 2011. (noch kein UN-Dok).

Bundesrat, Erklärender Bericht über die Konvention vom 13. Dezember 2006 zu den Rechten behinderter Personen, 22. Dezember 2010.

Bundesrat, Bericht über die Konformität von Zwangsmassnahmen mit den Rechten des Kindes, 16. Dezember 2009.

Bericht des Bundesrats, Fahrende in der Schweiz, Oktober 2006.

Vorprojekt des Bundesrats, Fahrende in der Schweiz, Ergebnis des Konsultationsverfahrens, Oktober 2006.

Zusatzbotschaft zur Änderung des Asylgesetzes (kurzfristige Massnahmen), 23. September 2010.

Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, 26. Mai 2010.

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, OHG), BBl 2005 7165.

Bundesamt für Migration, Antwort auf ELISA, Betreuung unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender, 30. August 2011.

Bundesamt für Statistik, Newsletter Demos, Nr. 4, Dezember 2012.

BFM, Handbuch Asylverfahren, Kap. J §1 Problematik der unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) (01.01.2008).

Bundesamt für Gesundheit, Suizid und Suizidprävention in der Schweiz. Bericht antwortend auf das Postulat Widmer (02.3251), Bern 2005.

Bundesamt für Flüchtlinge, Schlussbericht Projektgruppe: UMA (unbegleitete minderjährige Asylsuchende), Bern 2004 (ODR).

Bundesamt für Justiz, Gutachten zur Rechtsstellung der Fahrenden in ihrer Eigenschaft als anerkannte nationale Minderheit vom 27. März 2002.

Empfehlung zum Schulbesuch fremdsprachiger Kindern vom 24. Oktober 1991 der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren.

Bericht der Pädagogischen Kommission der EDK in Ergänzung zur Erklärung der EDK zu Rassismus und Schule vom 11. Juli 1991.

Grundsätze der Zusammenarbeit in der Innerschweizerischen Regierungskonferenz vom 17. November 1994.

Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen, EKM

EKM, Der Handlungsspielraum innerhalb des Föderalismus: die Migrationspolitik in den Kantonen, Bern, 2011.

EKM, Leben als Sans-Papiers in der Schweiz, Entwicklungen 2000-2010, Bern 2010.

Varia

ALLIANCE POUR LES DROITS DES ENFANTS MIGRANTS, 2ème Colloque national : La prise en charge des mineurs non accompagnés. Le rôle du tuteur et de la personne de confiance, Berne 29 octobre 2007.

ASSOCIATION STOP SUICIDE, Examen de la Suisse, Application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Rapport en lien avec les 2ème et 3ème rapports périodiques en vue de l'examen en pré-session du groupe de travail du Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels (23-26 novembre 2009), Genève 2009, zit. : **ASSOCIATION STOP SUICIDE**.

CENTRE SUISSE DE COMPETENCE POUR LES DROITS HUMAINS (CSDH), Etude sur le suivi des recommandations adressées à la Suisse dans le cadre de l'Examen périodique universel du Conseil des droits de l'homme de l'ONU, Berne 2012 (SKMR-Studie zum Follow-up der UPR-Empfehlungen an die Schweiz), zit.: **CSDH/SKMR, Etude de suivi EPU / Follow-up Bericht UPR 2012**.

CODE (Coordination des ONG pour les droits de l'enfant), Recherche-pilote sur la sensibilisation des autorités publiques à la Communauté Rom et sur l'intégration scolaire des enfants Roms. Bruxelles, 2004.

CONSEIL SUISSE DES ACTIVITÉS DE JEUNESSE, «Une éducation globale», Pour une meilleure reconnaissance de l'éducation au sein des activités de l'enfance et de la jeunesse, Bern, September 2012.

UNICEF SCHWEIZ, Kinderhandel und die Schweiz, Zürich 2007.

COUNCIL OF EUROPE, Protecting children from sexual violence - A comprehensive approach, Strasbourg 2011.

DÉCLARATION ET PROGRAMME D'ACTION, 1er congrès mondial contre l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales, 1996.

DEFENCE FOR CHILDREN - ECPAT The Netherlands, Core Standards for Guardians of Separated Children in Europe. Goals for Guardians and Authorities, Leiden 2011.

EUROPEAN AGENCY FOR DEVELOPMENT IN SPECIAL NEEDS EDUCATION, Der Sonderunterricht im schweizerischen Bildungssystem – Schweiz, 29.03.2010

<http://www.european-agency.org/country-information/switzerland/national-overview-fr/special-needs-education-within-the-education-system>.

EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES/SAVE THE CHILDREN, Comparative Study on Best Practices in the Field of Return of Minors, Dezember 2011.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, Separated, Asylum-seeking Children in European Union Member States. Comparative Report, Brüssel 2010.

EUROPEAN MIGRATION NETWORK, Policies on Reception, Return and Integration Arrangements for, and Numbers of, Unaccompanied Minors – An EU Comparative Study, Mai 2010.

FIZ, Stellungnahme zur Genehmigung und Umsetzung der Lanzarote-Konvention, undatiert.

gfs.bern, Sans Papiers in der Schweiz: Arbeitsmarkt, nicht Asylpolitik ist entscheidend, im Auftrag des Bundesamtes für Migration, April 2005.

https://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/illegale_migration/sans_papiers/ber-sanspapiers-2004-d.pdf .

SAVE THE CHILDREN/UNHCR/UNICEF, Separated Children in Europe Programme, Statement of good practice, 4^e überarbeitete Auflage, 2009 (nur in Englisch), zit.: **SCEP, Statement of good practice 2009**.

SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE, Keine Haft für unbegleitete minderjährige Asylsuchende, Pressemitteilung vom 16. Dezember 2009.

SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE, Die Härtefallregelung im Asylbereich, eine kritische Analyse der kantonalen Praxis, Bern, 2007.

SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE, Flüchtlingskinder, Informationsdatei.

NETZWERK KINDERRECHTE SCHWEIZ, Zweiter NGO-Bericht an den Ausschuss für die Rechte des Kindes, Bern 2009.

KSMM, Factsheet, Januar 2012.

KSMM, Bericht des Leitungsbüros der KSMM, der Kampf gegen den Menschenhandel in der Schweiz, Fortschritt, Situation und Prioritäten, Bern, 2007.

KSMM, Leitfaden Mechanismen der Zusammenarbeit gegen den Menschenhandel, Bern, 2005.

SMASH, Santé et styles de vie des adolescents âgés de 16 à 20 ans en Suisse (2002), Lausanne 2004: http://www.plan-s.ch/IMG/pdf/SMASH_2002.pdf.

TERRE DES HOMMES, Prise de position sur le projet d'Ordonnance 1 sur l'asile relative à la procédure, 25 juin 2007.

UNICEF, Informationsdatei über den Kinderschutz, Mai 2006.

SCHWEIZERISCHER STÄDTVERBAND, Zugang zur Lehre für Jugendliche ohne legalen Status in der Schweiz, Situation und Empfehlungen, Initiativbericht der Städte: Sozialpolitik, entsprechend des Mandats des Schweizerischen Städteverbandes, Juli 2010, zit.: **Bericht SSV**.

VEREIN FÜR DIE RECHTE ILLEGALISierter KINDER, Recht auf Bildung auch für Sans-Papiers-Kinder! Medienmitteilung, Zürich, 25. November 2011.