

1998 / 13- 84

13. Auszug aus dem Urteil der ARK vom 31. Juli 1998
i.S. S.K., Sri Lanka

Grundsatzentscheid:[1]

Art. 3 und 22 der Konvention über die Rechte der Kinder vom 20. November 1989 (Kinderrechtskonvention; KRK)[2]: Angemessener Schutz und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung der Rechte im Asyl- und Wegweisungsverfahren; durch Art. 22 KRK geschützter Personenkreis; keine Abklärungspflicht aus Art. 22; Bedeutung des Kindeswohls für die Zumutbarkeit des Wegweisungs vollzugs.

1. Ist dem unbegleiteten Minderjährigen kein Vormund oder Beistand ernannt worden und sind entsprechende vormundschaftliche Massnahmen seitens der kantonalen Behörden auch nicht innert vernünftiger Frist zu erwarten, so ist dem urteilsfähigen, unbegleiteten und nicht vertretenen Minderjährigen für die Dauer des Asylverfahrens eine rechtskundige Person zuzuordnen, bevor die erste Anhörung zu den Asylgründen durchgeführt wird (Erw. 4b; Praxisänderung).

2. Art. 22 KRK beschlägt nur minderjährige Asylbewerber und Flüchtlinge, nicht aber ausländische Kinder, deren Asylgesuch abgewiesen worden ist, Abs. 2 der Bestimmung zielt darauf ab, durch Mitwirkung der Vertragsstaaten bei der Informationsbeschaffung die Familienzusammenführung zu fördern. Eine Verpflichtung der Staaten, im Vorfeld der Wegweisung eines im Asylverfahren abgewiesenen Kindes Abklärungen über den Aufenthaltsort seiner Angehörigen vorzunehmen, lässt sich daraus nicht ableiten (Erw. 5d.aa).

3. Das Kindeswohl muss im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung als gewichtiger Aspekt mitberücksichtigt werden (Erw. 5e).

[1] Entscheid über eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 12 Abs. 2 und 6 VOARK.

[2] AS 1998 2055

1998 / 13- 85

Décision de principe :[3]

Art. 3 et 22 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (Conv. droits de l'enfant)[4] : protection adéquate et aide humanitaire propres à assurer la sauvegarde des droits de l'enfant dans la procédure d'asile et de renvoi; personnes protégées par l'art. 22 Conv. droits de l'enfant ; pas d'obligation de renseigner tirée de cette disposition ; importance du bien de l'enfant dans l'examen de l'exigibilité de l'exécution du renvoi.

1. Lorsque le mineur non accompagné n'a pas été pourvu d'un tuteur ou d'un curateur et que l'on ne peut attendre des autorités cantonales qu'elles prennent les mesures tutélaires adéquates dans un délai raisonnable, il s'impose de prévoir en faveur de ce mineur une assistance juridique avant la première audition sur les motifs d'asile (consid. 4b; changement de jurisprudence).

2. L'article 22 Conv. droits de l'enfant ne concerne que les requérants d'asile et les réfugiés mineurs, à l'exclusion des enfants étrangers dont la demande d'asile a été rejetée. L'alinéa 2 de cette disposition prévoit la collaboration des Etats contractants aux fins d'obtenir les renseignements propres à favoriser la réunification des familles. De cette dernière disposition on ne peut déduire une obligation pour les Etats d'entreprendre des recherches sur le lieu de résidence des parents lors de l'examen de la question du renvoi d'un enfant à qui l'asile a été refusé (consid. 5d aa).

3. Le bien de l'enfant constitue un élément de poids dans l'examen de l'exigibilité du renvoi (consid. 5e).

[3] Décision sur une question juridique de principe selon l'article 12, 2e et 6e alinéa, OCRA.

[4] RO 1998 2055

1998 / 13- 86

Decisione di principio:[5]

Art. 3 e 22 della Convenzione sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (Conv. diritti del fanciullo)[6]: protezione e aiuto umanitario adeguati per la tutela dei diritti del fanciullo nell'ambito della procedura d'asilo e d'allontanamento; persone protette dall'art. 22 Conv. diritti del fanciullo; alcun obbligo d'accertamento derivante dall'art. 22 Conv. diritti del fanciullo; rilevanza del benessere del fanciullo nell'ambito dell'esigibilità dell'esecuzione dell'allontanamento.

1. Ad un minore non accompagnato capace di discernimento, cui non è stato designato un tutore o un curatore e nella misura in cui non vi è da aspettarsi da parte delle autorità cantonali la pronuncia di provvedimenti tutelari entro un termine ragionevole, va garantita, già prima dell'audizione sui motivi d'asilo, una consulenza giuridica per la durata della procedura (consid. 4b; modifica della giurisprudenza).

2. L'art. 22 Conv. diritti del fanciullo non concerne che i richiedenti l'asilo ed i rifugiati minorenni, ad esclusione dei fanciulli la cui domanda d'asilo è stata respinta. Il secondo capoverso della menzionata disposizione prevede lo scambio d'informazioni tra gli Stati contraenti per la promozione del ricongiungimento familiare. Da siffatta disposizione non può essere dedotto un obbligo d'accertamento per gli Stati summenzionati circa il luogo di soggiorno dei famigliari in caso d'allontanamento di un fanciullo la cui domanda d'asilo è stata respinta (consid. 5d.aa).

3. Il benessere del fanciullo è un elemento di rilievo per l'esame dell'esigibilità dell'esecuzione dell'allontanamento (consid. 5e).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Der Beschwerdeführer verliess den Heimatstaat nach eigenen Angaben am 18. Mai 1996 und gelangte von Italien her kommend am 5. Juni 1996 in die Schweiz, wo er am gleichen Tag um Asyl ersuchte. In der Empfangsstellenbefragung und in der kantonalen Anhörung machte der Beschwerdeführer im

[5] Decisione su questione giuridica di principio conformemente all'art. 12 cpv. 2 e 6 OCRA.

[6] RU 1998 2055

1998 / 13- 87

wesentlichen geltend, er sei am 5. Januar 1981 geboren und habe bis zirka anfangs 1991 im Elternhaus in Pungudutiva gelebt. Sein Vater sei bereits im Jahre 1990 bei einem Angriff der srilankischen Armee durch einen Bombensplitter getötet worden. Als sich die Armee angeschickt habe, die Gegend um Pungudutiva zu erobern, sei die Familie nach Jaffna geflohen. Dort hätten sie bis 1995 gelebt. Als die srilankische Armee gegen Jaffna vorrückte, sei die Familie von der LTTE (Liberation Tigers of Tamil Eelam) aufgefordert worden, Jaffna zu verlassen. Sie seien daraufhin nach Kilinochchi geflohen. Dort sei der Beschwerdeführer von Mitgliedern der LTTE angesprochen und aufgefordert worden, der Organisation beizutreten. Im Januar 1996 habe die Familie erstmals über seine Ausreise gesprochen. Im Februar 1996 sei er auf der Strasse nochmals von Angehörigen der LTTE angesprochen worden. Schliesslich sei er am 15. Mai 1996 in Begleitung seines Onkels nach Colombo und von dort unbegleitet auf dem Luftweg über Thailand nach Italien gereist, von wo er schliesslich in die Schweiz gelangt sei. Das BFF verzichtete auf weitere Abklärungen.

Das BFF stellte mit Verfügung vom 26. August 1996 fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, und lehnte das Asylgesuch ab. Gleichzeitig verfügte es die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz und erklärte deren Vollzug als zulässig, zumutbar und möglich.

Mit Eingabe vom 25. September 1996 beantragt der Beschwerdeführer, der Wegweisungsentscheid des BFF sei aufzuheben. Es sei die Unzumutbarkeit der Wegweisung festzustellen und eventualiter die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Eventualiter sei der Entscheid des BFF aufzuheben und zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung wird im wesentlichen geltend gemacht, die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung liessen darauf schliessen, dass das BFF keinerlei weitere Untersuchungen zur Zumutbarkeit der Wegweisung vorgenommen habe. Der Entscheid berücksichtige nicht, dass in Sri Lanka seit etwa 13 Jahren Bürgerkrieg herrsche. Es sei auch nicht ersichtlich, dass das BFF angesichts der Minderjährigkeit des Beschwerdeführers Abklärungen zu dessen Urteilsfähigkeit gemacht habe. Die Vorinstanz habe damit den Untersuchungsgrundsatz und die Begründungspflicht verletzt. Der Entscheid gehe ausserdem von einer unrichtigen und unvollständigen Sachverhaltsfeststellung aus.

Das BFF beantragt in der Vernehmlassung vom 12. Dezember 1996 die Abweisung der Beschwerde.

1998 /
13- 88

Die ARK heisst die Beschwerde teilweise gut und weist das BFF an, den Beschwerdeführer vorläufig aufzunehmen.

Aus den Erwägungen:

4. - (...)

b) Der Beschwerdeführer macht zur Begründung seines Eventualantrages auf Rückweisung an die Vorinstanz geltend, das BFF habe entgegen seinem Kreisschreiben vom 15. Februar 1995 dem Kanton keine Meldung gemacht. Es sei ihm deshalb kein Vormund ernannt worden und er sei im ganzen Verfahren ohne Beistand auf sich allein gestellt gewesen. Es sei fraglich, ob unter diesen Umständen das Protokoll der Befragung überhaupt verwendbar sei. Der Beschwerdeführer stellt sich damit sinngemäss auf den Standpunkt, das Asylverfahren respektive die Anhörung gemäss Art. 15 AsylG könne erst durchgeführt werden, wenn die zuständige kantonale Behörde dem urteilsfähigen Minderjährigen einen gesetzlichen Vertreter ernannt habe oder dieser zumindest über einen Beistand verfüge.

aa) Im Bereich des Minderjährigenschutzes gilt gemäss Art. 85 IPRG in bezug auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte und Behörden das anwendbare Recht und die Anerkennung ausländischer Entscheidungen das Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (SR 0.211.231.01; MSA). Gemäss Art. 1 MSA sind die Gerichte und Verwaltungsbehörden des Staates, in dem ein Minderjähriger seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, unter Vorbehalt der Bestimmungen der Art. 3, 4 und 5 Abs. 3, zuständig, Massnahmen zum Schutze der Person oder des Vermögens des Minderjährigen zu treffen. Sie wenden dabei die in ihrem innerstaatlichen Recht vorgesehenen Massnahmen an (Art. 2 Abs. 1 MSA). Zu den "Massnahmen" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 MSA gehören u.a. auch die Vormundschaft, unter welche gemäss Art. 368 ZGB jede unmündige Person, die sich nicht unter elterlicher Gewalt befindet, gehört, und die Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 392 Ziff. 3 ZGB, welche von der Vormundschaftsbehörde zu errichten ist, wenn eine unmündige Person zwar einen gesetzlichen Vertreter hat, dieser aber an der Ausübung seiner Funktion verhindert ist (vgl. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Hrsg.: H. Honsell u.a., Basel und Frankfurt a.M. 1996, Art. 85 N 24). Die Schweiz ist demnach grundsätzlich zuständig und verpflichtet, ausländischen Minderjährigen einen Vormund

1998 / 13- 89

oder Vertretungsbeistand zu ernennen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Bei minderjährigen

Asylbewerbern ist innerstaatlich der Kanton (und dort die nach kantonalem Recht bezeichnete Vormundschaftsbehörde), dem der Betroffene zugewiesen ist (vgl. Art. 14a Abs. 3 AsylG), für die Prüfung der entsprechenden Massnahmen zuständig. Die Zuständigkeit und die Verpflichtung der schweizerischen Behörden zur Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen wird auch durch die am 26. März 1997 in Kraft getretene Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte der Kinder vom 20. November 1989 (Kinderrechtskonvention; KRK; AS 1998 2055) bekräftigt. Diese bestimmt in Art. 20 Abs. 1 KRK, dass ein Kind, das vorübergehend oder dauernd aus seiner familiären Umgebung herausgelöst wird oder dem der Verbleib in dieser Umgebung im eigenen Interesse nicht gestattet werden kann, Anspruch auf den besonderen Schutz des Staates hat, und hält in Art. 20 Abs. 2 KRK fest, dass die Vertragsstaaten diesen Schutz nach Massgabe ihres innerstaatlichen Rechts sicherzustellen haben (vgl. Botschaft, BBl 1994 V 46).

Das BFF hat im vorliegenden Fall den Kanton entsprechend seinem Kreisschreiben vom 15. Februar 1995 auf den Umstand hingewiesen, dass der Beschwerdeführer minderjährig ist. Es wäre mithin Sache der kantonalen Behörden gewesen, für die Anordnung der notwendigen vormundschaftlichen Massnahmen besorgt zu sein. Die ARK kann daher lediglich feststellen, dass dem Beschwerdeführer (bisher) kein Vormund oder Vertretungsbeistand ernannt worden ist. Mangels Zuständigkeit kann sie aber - ebensowenig wie das BFF - selbst keine vormundschaftlichen Massnahmen anordnen und sie ist auch nicht befugt, den kantonalen Vormundschaftsbehörden diesbezüglich Anweisungen zu erteilen. Immerhin ist aber der Vormundschaftsbehörde im Sinne von Art. 368 Abs. 2 ZGB Anzeige zu machen.

bb) Das BFF geht in der Praxis davon aus, dass das Asylverfahren auch dann durchgeführt bzw. mit der Anhörung gemäss Art. 15 AsylG fortgesetzt werden kann, wenn dem urteilsfähigen minderjährigen Asylbewerber (noch) kein gesetzlicher Vertreter ernannt worden ist (vgl. Kreisschreiben vom 15. Februar 1995 S. 3, wo ausdrücklich festgehalten wird, dass die Behörden für die Weiterführung des Verfahrens nicht gehalten sind, einen diesbezüglichen Entscheid der Vormundschaftsbehörde abzuwarten). Auch die ARK ging bisher davon aus, dass ein Asylverfahren durchgeführt werden kann, auch wenn dem unbegleiteten Minderjährigen (noch) kein Vormund oder Vertretungsbeistand bestellt worden ist (vgl. zuletzt die unveröffentlichten Urteile vom 16. Oktober 1997 i.S. S.B., Sri Lanka [N 290 274] und vom 31. Oktober 1997 i.S. J.K., Äthiopien [N 289 705]).

1998 /
13- 90

Diese Praxis wird kritisiert, wobei im wesentlichen geltend gemacht wird, sie stehe einseitig im Dienste der Verfahrensbeschleunigung und vernachlässige den Aspekt der Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen bzw. sie verleihe den gesetzlich vorgesehenen Schutz Minderjähriger (vgl. J. Schertenleib, Der Vollzug der Wegweisung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden, in ASYL 1996/1 S. 16; A. Bucher, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER), 2/96, S. 199 f.; A. Biedermann Kaess u.a., Doppelt schutzlos [Unbegleitete minderjährige Asylsuchende in der Schweiz], Hrsg.: HEKS 1996, S. 16 f.; vgl. auch Interpellation Bäumlín, 2. Kreisschreiben des BFF zur Behandlung von Asylgesuchen unbegleiteter Minderjähriger, Amtl. Bulletin Nationalrat 1995, S. 1672 f.; Motion Bäumlín, Schutz für unbegleitete minderjährige Asylsuchende, Amtl. Bulletin Nationalrat 1996, S. 339 ff.) und es wird - jedenfalls de lege ferenda - vorgeschlagen, das Asylverfahren mit den vormundschaftlichen Massnahmen zu koordinieren, dem unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden einen Vormund oder Vertretungsbeistand zu ernennen, ihm zudem von Amtes wegen eine Rechtsvertretung beizugeben und eine Befragung zu den Asylgründen erst nach Ernennung des Vormunds bzw. Vertretungsbeistands und der Beizeugung eines amtlichen Rechtsvertreters durchzuführen (vgl. Schertenleib, a.a.O., S. 16; Biedermann Kaess, a.a.O., S. 15 f. und 52 f.).

cc) Die Praxis der Vormundschaftsbehörden einiger Kantone, für unbegleitete minderjährige Asylbewerber keine vormundschaftlichen Massnahmen anzuordnen (vgl. dazu Biedermann Kaess, a.a.O., S. 29 ff. am Beispiel der Kantone Basel-Stadt, Bern, St. Gallen, Waadt und Zürich), ist zweifellos gesetzwidrig und ist auch unter dem Aspekt des in Art. 2 KRK enthaltenen Diskriminierungsverbotes bedenklich. Das Asylgesetz selbst kennt bislang keine speziellen Vorschriften, die auf die besonderen Schwierigkeiten und Schutzbedürfnisse unbegleiteter minderjähriger Asylbewerber Rücksicht nehmen. Es sieht dementsprechend auch nicht vor, dass ein unbegleiteter urteilsfähiger Minderjähriger erst zu den Asylgründen angehört werden kann, wenn ihm die zuständige Vormundschaftsbehörde einen gesetzlichen Vertreter ernannt hat. Ebensowenig ist vorgesehen, einen unbegleiteten Minderjährigen amtlich zu verbeistanden. Es ist fraglich, ob die geltende gesetzliche Regelung den Anforderungen des Art. 22 Abs. 1 KRK entspricht, gemäss welchem die Vertragsstaaten geeignete Massnahmen zu treffen haben, um sicherzustellen, "dass ein Kind, das die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehrt oder nach Massgabe der anzuwendenden Regeln und Verfahren des Völkerrechts oder des innerstaatlichen Rechts als Flüchtling angesehen wird, angemessenen Schutz

1998 / 13- 91

und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung der Rechte erhält, die in diesem Übereinkommen oder in anderen internationalen Übereinkünften über Menschenrechte oder über humanitäre Fragen, denen die genannten Staaten als Vertragsparteien angehören, festgelegt sind, und zwar unabhängig davon, ob es sich in Begleitung seiner Eltern oder einer anderen Person befindet oder nicht". Die Schweiz hat mit der Ratifikation der Kinderrechtskonvention bekräftigt, dass sie das Kind als Individuum betrachtet, das besonders zu schützen ist (vgl. St. Wolf, Die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes und ihre Umsetzung in das schweizerische Kindesrecht, in ZBJV 1998 S. 125 f.). Diesem Umstand ist bei der Auslegung des geltenden innerstaatlichen Rechts Rechnung zu tragen. Es erscheint deshalb angezeigt, die gegenwärtige Praxis zu überprüfen.

dd) Die ARK hat in EMARK 1997 Nr. 23, S. 186 f. Erw. 5 unter Hinweis auf das Urteil des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vom 25. Juni 1996 i.S. Amuur gegen Frankreich (17/1995/523/609, Ch. 45; publiziert in EuGRZ 1996 S. 577 ff.) festgehalten, dass das BFF bei Asylgesuchen am Flughafen gemäss Art. 13d AsylG verpflichtet ist, abzuklären und zu prüfen, ob ein Minderjähriger einen Rechtsbeistand benötigt, um die Formalien eines

Asylgesuches erfüllen zu können. Es fragt sich angesichts dessen, ob ein Minderjähriger nicht auch im erstinstanzlichen ordentlichen Asylverfahren Anspruch auf Verbeiständung hat. Da weder das Asylgesetz noch das auf das Asylverfahren ergänzend zur Anwendung gelangende VwVG bzw. OG (vgl. Art. 12 AsylG) entsprechende Vorschriften kennt, käme die Anerkennung eines Anspruchs auf Verbeiständung nur gestützt auf Art. 4 BV in Frage.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat die bedürftige Partei gestützt auf Art. 4 BV einen allgemeinen grundrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung, wenn ihre Interessen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen (BGE 122 I 51 Erw. 2c.bb; 120 Ia 45 Erw. 2a mit Hinweisen). Dieser Anspruch gilt nach neuerer Rechtsprechung als verfassungsmässige Minimalgarantie auch in nichtstreitigen Verwaltungsverfahren (BGE 122 I 271 Erw. 2a; BGE 119 Ia 265 Erw. 3a). Ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung kann sich demnach auch im erstinstanzlichen Asyl- und Wegweisungsverfahren ergeben. Ein verfassungsmässiger Anspruch auf Verbeiständung besteht indessen nicht voraussetzungslos. Er setzt vielmehr kumulativ die Bedürftigkeit des Gesuchstellers, die Notwendigkeit der Verbeiständung sowie die Nichtaussichtslosigkeit der verfolgten Rechtsansprüche voraus (vgl. BGE 123 I 147 Erw. 2 b.bb);

1998 / 13- 92

M. Forster, Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung in der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung, ZBl 93 [1992] 459 ff.). Darüber hinaus besteht gestützt auf Art. 4 BV ein verfassungsmässiger Anspruch auf amtliche Verbeiständung, falls das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtspositionen des Betroffenen eingreift. Falls kein besonders schwerer Eingriff in die Rechte des Betroffenen droht, besteht der Anspruch immerhin noch dann, wenn zur relativen Schwere des drohenden Eingriffs besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre (BGE 120 Ia 45 Erw. 2a; BGE 119 Ia 265 f. Erw. 3 b).

Das Bundesgericht berücksichtigt bei der Prüfung der sachlichen Notwendigkeit die konkreten Umstände des Einzelfalles und die Eigenheiten der anwendbaren Verfahrensvorschriften (BGE 119 Ia 265 Erw. 3 b). Als sachlich notwendig bezeichnet es die Verbeiständung, wenn die Interessen der Partei in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen. Als besondere Schwierigkeiten fallen dabei nicht nur Umstände wie Kompliziertheit der Rechtsfragen, Unübersichtlichkeit des Sachverhaltes und dergleichen, sondern auch persönliche Umstände der Partei, wie das Alter, die soziale Situation, die Sprachkenntnisse oder die gesundheitliche und geistig-psychische Verfassung in Betracht (vgl. BGE 123 I 147 Erw. 2 b.c.c).

ee) Nach Einreichung des Asylgesuches werden in der Empfangsstelle die Personalien des Gesuchstellers erhoben, er wird erkennungsdienstlich behandelt und es werden die Reisepapiere und die Identitätsausweise zu den Akten genommen; ausserdem wird er summarisch zum Reiseweg und zu den Gründen gefragt, warum er sein Land verlassen hat (Art. 14 Abs. 2 AsylG). Das BFF ist dabei berechtigt, alle Informationen zu erheben, die für einen Entscheid über den Aufenthalt in der Schweiz während des Asylverfahrens wesentlich sind (Art. 14 Abs. 3 AsylG). Der Gesuchsteller wird zudem auf seine Rechte und Pflichten aufmerksam gemacht (Art. 14 Abs. 4 AsylG). Anschliessend wird der Gesuchsteller einem Kanton zugewiesen (Art. 14a Abs. 3 AsylG). Dort wird er von der zuständigen kantonalen Behörde zu den Asylgründen angehört (Art. 15 Abs. 1 AsylG), sofern nicht das BFF eine Direktbefragung durchführt (Art. 15 Abs. 3 AsylG). Über die Anhörung wird ein Protokoll geführt, das vom Gesuchsteller und gegebenenfalls vom Dolmetscher unterzeichnet wird. Der Anhörung wohnt ein Hilfswerksvertreter bei, sofern der Gesuchsteller dies nicht ablehnt (Art. 15a Abs. 1 AsylG). Dieser beobach-

1998 /
13- 93

tet die Anhörung und er kann Fragen zur Erhellung des Sachverhaltes stellen lassen (Art. 15a Abs. 3 AsylG). Er bestätigt im Protokoll seine Mitwirkung und er kann dabei Einwendungen anmelden und weitere Abklärungen anregen (Art. 15a Abs. 5 AsylG). Er hat aber keine Parteirechte (Art. 15a Abs. 3 AsylG). Der Gesuchsteller kann sich bei der Anhörung durch einen Vertreter und einen Dolmetscher seiner Wahl, die selber nicht Gesuchsteller sind, begleiten lassen (Art. 15 Abs. 1 zweiter Satz AsylG). Nach der Anhörung werden die Akten dem BFF zum Entscheid über das Asylgesuch zugestellt. Das BFF tritt auf das Asylgesuch nicht ein, sofern ein Nichteintretensgrund gemäss Art. 16 Abs. 1 und 2 AsylG vorliegt. Wird aufgrund der Anhörung zu den Asylgründen offensichtlich, dass der Gesuchsteller weder beweisen noch glaubhaft machen kann, dass er Flüchtling ist, und seiner Wegweisung keine Gründe entgegenstehen, wird das Gesuch ohne weitere Abklärungen abgelehnt. Umgekehrt kann das BFF ohne weitere Abklärungen Asyl gewähren oder aber, wenn dem Gesuchsteller zwar kein Asyl gewährt werden kann, der Vollzug der Wegweisung aber nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist, ohne weitere Abklärungen einen Asyl- und Wegweisungsentscheid treffen und anstelle der Ansetzung einer Ausreisefrist die vorläufige Aufnahme anordnen (Art. 16b Abs. 1 und 2 AsylG). In den übrigen Fällen trifft das BFF zunächst die notwendigen zusätzlichen Abklärungen (Art. 16c AsylG). Der Entscheid des BFF wird dem Gesuchsteller mittels anfechtbarer Verfügung eröffnet. Zu beachten ist ferner, dass der Gesuchsteller nicht nachweisen, sondern lediglich glaubhaft machen muss, dass er Flüchtling ist (vgl. Art. 12a Abs. 1 AsylG). Im Asylverfahren gilt schliesslich der Untersuchungsgrundsatz, allerdings ergänzt durch die verschiedenen Mitwirkungspflichten des Gesuchstellers (vgl. Art. 12b AsylG).

Wird einem unbegleiteten Minderjährigen von der zuständigen Vormundschaftsbehörde kein gesetzlicher Vertreter ernannt und wird er auch sonst nicht vertreten oder beraten, sieht er sich bei der Anhörung zu den Asylgründen unvorbereitet drei ihm unbekanntem erwachsenen Personen (Befrager, Dolmetscher, Hilfswerksvertreter) gegenüber, von denen keine - auch nicht der Vertreter des Hilfswerks - explizit verpflichtet ist, seine Interessen zu wahren. Er bleibt damit in der für den weiteren Verfahrensverlauf zentralen Phase der Anhörung zu den Asylgründen sich selbst überlassen. Soweit urteilsfähig, ist er zwar in der Lage, seine Gründe darzulegen, die ihn zur Flucht veranlassen haben. Ob er in bezug auf das Asylverfahren überhaupt urteilsfähig ist, lässt sich indessen meist

erst im Verlauf der Anhörung zu den Asylgründen beurteilen. Schon in bezug auf die Frage der Urteilsfähigkeit und damit verbunden der Möglichkeit, selbständig ein Asylgesuch einreichen zu können, kann

1998
/ 13- 94

eine Verbeiständung Minderjähriger unter Umständen erforderlich sein. Gerade bei unbegleiteten Minderjährigen ergeben sich im erstinstanzlichen Verfahren zudem oft auch heikle Abklärungsfragen oder Verfahrenssituationen, die sie aufgrund ihrer altersbedingten Unerfahrenheit überfordern und denen sie um so weniger gewachsen sind, je mehr sich der Kultur- und Rechtskreis, aus dem sie stammen, vom schweizerischen unterscheidet, und je weniger sie die Sprache verstehen, in welcher das Verfahren geführt wird. Zu beachten ist sodann auch, dass sich unbegleitete Minderjährige während des Verfahrens in einer für die eigene Entwicklung wichtigen Lebensphase ohne soziales Netz in einer fremden Kultur aufhalten und sich dadurch, ungeachtet der Erlebnisse und Umstände, die sie zum Verlassen von Familie und Heimat veranlasst haben, und ungeachtet der damit einhergehenden Eindrücke, im Vergleich zu erwachsenen Personen ohnehin in einer besonders schwierigen Situation befinden. Aus den genannten Gründen verfügen unbegleitete Minderjährige daher regelmässig nicht über die notwendigen Fähigkeiten und Kenntnisse, um während der Anhörung bzw. im weiteren Verfahrensverlauf selbst für die Wahrung ihrer Rechte zu sorgen oder spezifischen

Mitwirkungspflichten nachzukommen, wenn dies von ihnen verlangt werden sollte. Es rechtfertigt sich daher die Annahme, dass sie zur Wahrnehmung ihrer Rechte im Asyl- und Wegweisungsverfahren generell auf juristischen Rat und Beistand angewiesen sind. Anvisiert ist selbstverständlich nicht eine Einschränkung der aus Art. 12 KRK fließenden Rechte (Recht des Kindes, sich in allen es berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und Pflicht der Behörden, das Kind unmittelbar oder durch einen Vertreter bzw. eine geeignete Stelle anzuhören und seine Meinung angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen), sondern vielmehr die Unterstützung des Kindes durch einen dafür geeigneten Erwachsenen bei der Wahrnehmung gerade dieser Rechte. Angesichts der im Asyl- und Wegweisungsverfahren potentiell betroffenen Rechtsgüter erscheint es unter diesen Umständen mit Art. 4 BV unvereinbar, dass ein unbegleiteter urteilsfähiger Minderjähriger im Asylverfahren zwar selbständig um Schutz der höchsten Rechtsgüter des Menschen überhaupt (Leib, Leben, Freiheit; vgl. Art. 3 Abs. 2 AsylG) ersuchen kann, faktisch aber unter Umständen seine Rechte im Verfahren nicht wahrnehmen bzw. seinen Pflichten nicht nachkommen kann, weil

er völlig auf sich gestellt ist. Ungeachtet der Frage der Mittellosigkeit und der Verfahrensaussichten - letztere lassen sich ohnehin erst nach der Anhörung zu den Asylgründen beurteilen - erscheint eine Verbeiständung von unbegleiteten Minderjährigen daher geboten und darüber hinaus auch im Interesse einer effizienten Verfahrensabwicklung von Nutzen. Es ist daher davon auszugehen, dass ein unbegleiteter Minderjähriger jedenfalls dann einen direkt aus Art. 4 BV fließenden An-

1998 / 13- 95

spruch auf Beiordnung einer rechtskundigen Person hat, wenn ihm die Vormundschaftsbehörde (noch) keinen gesetzlichen Vertreter bestellt hat, der für eine rechtskundige Vertretung sorgen oder zumindest besorgt sein könnte beziehungsweise wenn feststeht, dass ihm niemand zur Seite steht, der ihn juristisch beraten und unterstützen könnte. Diese Auslegung von Art. 4 BV kommt auch dem Anliegen von Art. 22 Abs. 1 KRK, einem Kind, das die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehrt, angemessen Schutz und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung seiner Rechte zukommen zu lassen, entgegen.

ff) Zeichnet sich ab, dass die zuständige Behörde vormundschaftliche Massnahmen gar nicht oder nicht innerhalb vernünftiger Zeit anordnen wird, und hat der unbegleitete Minderjährige selbst keine rechtskundige Person zur Wahrung seiner Interessen beigezogen, die aufgrund ihrer Vertrautheit mit der Materie des Asylverfahrens dazu in der Lage ist, ist die mit der Anhörung gemäss Art. 15 AsylG befasste Behörde deshalb verpflichtet, gegebenenfalls über das BFF sicherzustellen, dass einem unbegleiteten Minderjährigen von Amtes wegen eine rechtskundige Person beigeordnet wird, bevor die Anhörung zu den Asylgründen durchgeführt wird.

c) (...)

5. - (...)

d) Der Beschwerdeführer wendet in seiner ergänzenden Eingabe vom 14. Oktober 1996 unter Berufung auf Art. 22 KRK schliesslich ein, die Vorinstanz sei verpflichtet, die näheren Umstände im Heimatland abzuklären. Aufgrund der Kinderrechtskonvention sei dies unabdingbare Voraussetzung für eine Rückschaffung. Es erscheine deshalb fraglich, ob das Kindeswohl gemäss Art. 3 KRK gewahrt sei. Es wirft sich damit die Frage auf, ob und inwiefern die KRK in bezug auf die Frage der Durchführbarkeit des Vollzuges der Wegweisung von Belang ist.

aa) Art. 22 KRK hält in Abs. 2 die Vertragsstaaten an, in der ihr angemessen erscheinenden Weise bei allen Bemühungen mitzuwirken, welche die Vereinten Nationen und andere zuständige zwischenstaatliche oder nichtstaatliche Organisationen, die mit den Vereinten Nationen zusammenarbeiten, unternehmen, um ein solches Kind (d.h. ein Kind, das die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehrt oder nach Massgabe der anzuwendenden Regeln und Verfahren des Völkerrechts oder des innerstaatlichen Rechts als Flüchtling angesehen wird; vgl. Art. 22 Abs. 1 KRK) zu schützen, um ihm zu helfen und um die

1998 /
13- 96

Eltern oder andere Familienangehörige eines Flüchtlingskindes ausfindig zu machen mit dem Ziel, die für eine Familienzusammenführung notwendigen Informationen zu erlangen. Können die Eltern oder andere Familienangehörige nicht ausfindig gemacht werden, ist dem Kind im Einklang mit den in der

Kinderrechtskonvention enthaltenen Grundsätzen derselbe Schutz zu gewähren wie jedem anderen Kind, das aus irgendeinem Grund dauernd oder vorübergehend aus seiner familiären Umgebung herausgelöst ist.

Aus Art. 22 Abs. 2 KRK kann entgegen einer in der Literatur vertretenen Meinung (vgl. Schertenleib, a.a.O., S. 14 f.) nicht abgeleitet werden, dass die Vertragsstaaten völkerrechtlich verpflichtet sind, selbst Abklärungen über den Aufenthaltsort der Eltern oder anderer Familienangehöriger eines unbegleiteten minderjährigen Asylbewerbers durchzuführen. Sie haben vielmehr lediglich - und bloss in der ihnen angemessen erscheinenden Weise - bei solchen Nachforschungen der Vereinten Nationen und anderen Organisationen, die mit ihnen zusammenarbeiten, mitzuwirken (vgl. auch zur Entstehungsgeschichte von Art. 22 KRK: G. Dorsch, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, Schriften zum Völkerrecht Band 115, Berlin 1994, S. 203 ff.). Diese Bestimmung bezieht sich zudem lediglich auf die Art und Weise, wie die Vertragsstaaten bei Bemühungen mitwirken sollen, um die notwendigen Informationen zu erlangen, damit Kinder, die Flüchtlinge sind oder als solche anerkannt werden wollen, mit ihrer Familie (wo auch immer) wieder zusammengeführt werden können. Art. 22 Abs. 2 KRK zielt mithin darauf ab, durch Mitwirkung der Vertragsstaaten bei der Informationsbeschaffung die Familienzusammenführung zu fördern. Daraus lässt sich aber keine Verpflichtung der Staaten ableiten, im Vorfeld der Wegweisung eines im Asylverfahren abgewiesenen Kindes Abklärungen über den Aufenthaltsort seiner Angehörigen vorzunehmen. Anzuführen bleibt, dass der Beschwerdeführer, nachdem er lediglich die vom BFF verfügte Wegweisung und deren Vollzug, nicht aber die Verneinung der Flüchtlingseigenschaft und die Ablehnung des Asylgesuches anfechtet, ohnehin nicht zum adressierten Personenkreis dieser Bestimmung (Asylbewerber und anerkannte Flüchtlinge) gehört.

bb) Nach Art. 3 Abs. 1 KRK ist bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, ob sie nun von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, von Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, das Wohl des Kindes "ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist". Das Wohl des Kindes ist als Rechtsbegriff auch dem schweizerischen Recht bekannt. Als dem Kindesrecht zugrunde liegende bundesrechtliche Maxime ist das Kindeswohl bei der Rechtsanwendung im Bereiche des

1998 / 13- 97

Familienrechts von Amtes wegen zu berücksichtigen. Das Kindeswohl gemäss Art. 3 Abs. 1 KRK ist jedoch umfassender als der entsprechende Begriff des schweizerischen Rechts; es ist nämlich generell bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, zu beachten - ob sie nun von öffentlichen oder privaten Organen getroffen werden (vgl. Botschaft, BBl 1994 V 26 f.; Wolf, a.a.O., S. 132).

Direkt anwendbar (self-executing) sind staatsvertragliche Bestimmungen, wenn sie Bürger und Staatsorgane im Rechtsverkehr unmittelbar berechtigen und verpflichten. Sie sind es in der Terminologie des Bundesgerichtes dann, wenn sie inhaltlich hinreichend bestimmt und klar sind, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides bilden zu können. Die erforderliche Bestimmtheit geht vor allem blossen Programmartikeln ab. Sie fehlt auch Bestimmungen, die eine Materie nur in Umrissen regeln, dem Vertragsstaat einen beträchtlichen Ermessens- oder Entscheidungsspielraum lassen oder bloss Leitgedanken enthalten, sich also nicht an die Verwaltungs- oder Justizbehörden, sondern an den Gesetzgeber richten (vgl. BGE 120 Ia 11 Erw. 5b; W. Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2. Aufl., Bern 1994, S. 90; Y. Hangartner, Die Bindung von Verwaltung und Justizbehörden an die EMRK, in AJP 2/95, S. 142 f.).

In der Praxis der Vertragsstaaten ist die Frage der direkten Anwendbarkeit der KRK kontrovers (vgl. Wolf, a.a.O., S. 149 mit Hinweisen in Anm. 143; I. Schwenzer, Die UN-Kinderkonvention und das schweizerische Kindesrecht, in AJP 1994, S. 819 mit Hinweisen in Anm. 21 und 22, Botschaft, BBl 1994 V 21 Anm. 62 und 39 Anm. 143). In der Schweiz sind Lehre und Praxis hingegen der Auffassung, dass sich einzelne Bestimmungen der KRK durchaus zur direkten Anwendung eignen können (Botschaft, BBl 1994 V 20; Wolf, a.a.O., S. 130 f., Schwenzer, a.a.O., S. 819 und 824; vgl. auch das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgericht vom 22. Dezember 1997 (5P.421/1197), in dem die direkte Anwendbarkeit von Art. 12 KRK bejaht wird [vgl. die Berichterstattung von St. Mazan in: ZBJV 1998 S. 234 f.]).

Die Frage nach der direkten Anwendbarkeit des in Art. 3 Abs. 1 KRK verankerten Grundsatzes der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls ist in der Literatur bezüglich der Schweiz bis anhin nicht eingehend erörtert worden. Immerhin scheinen einzelne Autoren von der direkten Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 KRK auszugehen (so wohl Schertenleib, a.a.O., S. 17) oder zumindest nicht auszuschliessen (vgl. Wolf, a.a.O., S. 142 f.). In BGE 123 III 449 wurde die direkte Anwendbarkeit von Art. 3 KRK im Zusammenhang mit der

1998 / 13- 98

Frage, ob die gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind den Ehegatten auch nach der Scheidung belassen werden könne, ebenfalls offen gelassen (vgl. dazu kritisch Wolf, a.a.O., S. 141 f., insb. Anm. 110a).

Ob das in Art. 3 Abs. 1 KRK verankerte Prinzip der vorrangigen Berücksichtigung im Asyl- und Wegweisungsverfahren direkt anwendbar ist und damit verbunden die Frage, welche Konsequenzen sich in diesem Fall in bezug auf den Vollzug der Wegweisung allenfalls ergeben könnten, kann allerdings hier auch von der ARK offen gelassen werden, da sich der Vollzug der Wegweisung im vorliegenden Fall - wie nachstehend aufgezeigt wird - bei einer am Kindeswohl orientierten Auslegung von Art. 14a Abs. 4 ANAG jedenfalls als unzumutbar erweist (vgl. Erw. 5 f.).

e) Gemäss bisheriger Praxis ist der spezifischen Situation unbegleiteter minderjähriger Asylbewerber unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs gemäss Art. 14a Abs. 4 ANAG Rechnung zu tragen, mithin im Rahmen der Frage, ob die Rückkehr eine konkrete Gefährdung darstellen würde (vgl. EMARK 1997 Nr. 23, S. 186 ff. Erw. 5; 1997 Nr. 24, S. 193 Erw. 7a; Urteil der ARK vom 30. Dezember 1996, teilweise publiziert in ASYL 1997/1 S. 21 f.). Für das BFF ergibt sich dabei insbesondere die Pflicht, bei der Prüfung der Zulässigkeit, Zumutbarkeit und Möglichkeit des Wegweisungsvollzugs die spezifisch mit der Minderjährigkeit verbundenen

Aspekte genügend abzuklären, wobei es sich bei der Prüfung der Probleme, die hinsichtlich der Übernahme der Verantwortung für den Minderjährigen und dessen Betreuung im Herkunftsland entstehen können, an Art. 22 KRK orientieren sollte (EMARK 1997 Nr. 23, S. 186 ff. Erw. 5).

aa) Gemäss Art. 14a Abs. 4 ANAG kann der Vollzug insbesondere nicht zumutbar sein, wenn er für den Ausländer eine konkrete Gefährdung darstellt. Aus der Formulierung "insbesondere" geht hervor, dass nicht nur eine konkrete Gefährdung, sondern auch andere Umstände dazu führen können, dass der Vollzug der Wegweisung als nicht zumutbar erscheint. Art. 14a Abs. 4 ANAG lässt mithin Raum, bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Wegweisung auch Überlegungen einfließen zu lassen, die sich unter dem Aspekt des nach Art. 3 Abs. 1 KRK zu berücksichtigenden Kindeswohls ergeben können. Bei einer am Prinzip der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls orientierten völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 14a Abs. 4 ANAG ist daher bei der Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges nicht bloss die Situation, die sich im Falle der Rückkehr ins Heimatland ergeben würde, zu berücksichtigen. Vielmehr sind unter dem Aspekt des Kindeswohls

1998 /
13-99

sämtliche Umstände einzubeziehen und zu würdigen, die im Hinblick auf eine Wegweisung wesentlich erscheinen. Mithin ist der Persönlichkeit des Kindes und seinen Lebensumständen umfassend Rechnung zu tragen. Dabei können namentlich folgende Kriterien in dieser gesamtheitlichen Beurteilung von Bedeutung sein: Alter, Reife, Abhängigkeiten, Art (Nähe, Intensität, Tragfähigkeit) seiner Beziehungen, Eigenschaften seiner Bezugspersonen (insbes. Unterstützungsbereitschaft und -fähigkeit), Stand und Prognose bezüglich Entwicklung/Ausbildung, Grad der erfolgten Integration bei einem längeren Aufenthalt in der Schweiz usw. Gerade letzterer Aspekt, die Dauer des Aufenthaltes in der Schweiz, ist im Hinblick auf die Prüfung der Chancen und Hindernisse einer Reintegration im Heimatland bei einem Kind als gewichtiger Faktor zu werten, da Kinder nicht ohne guten Grund aus einem einmal vertrauten Umfeld wieder herausgerissen werden sollten. Wie in allen Zumutbarkeitsprüfungen sind zudem in einer Analyse der Situation, die sich für die betroffene Person nach Vollzug der Wegweisung im Heimatland ergäbe, die damit verbundenen humanitären Aspekte dem öffentlichen Interesse der Schweiz am Wegweisungsvollzug gegenüberzustellen (vgl. EMARK 1994 Nr. 18).

bb) Für die Asylbehörden ergibt sich daraus die Verpflichtung, von Amtes wegen abzuklären, welche Situation sich für den unbegleiteten Minderjährigen im Falle der Rückkehr realistisch er ergeben könnte. In der Praxis ist deshalb nicht nur abzuklären, ob das Kind im Falle der Rückkehr in den Heimat- oder Herkunftsstaat im Sinne von Art. 14a Abs. 4 ANAG konkret gefährdet wäre, sondern auch, ob das Kind zu seinen Eltern oder anderen Angehörigen zurückgeführt werden kann und ob diese in der Lage sind, seine (dem Alter, der physischen und psychischen Verfassung, der Herkunft etc. entsprechenden) Bedürfnisse abzudecken. Können die Angehörigen nicht ausfindig gemacht werden oder ergibt sich, dass die Rückkehr zu diesen dem Kindeswohl nicht entspricht, ist weiter abzuklären, ob das Kind in der Heimat allenfalls in einer geeigneten Anstalt oder bei einer Drittperson untergebracht werden kann. Dabei genügt es selbstverständlich nicht, bloss festzustellen, dass im Heimat- oder Herkunftsland Eltern oder andere Angehörige leben beziehungsweise es im betreffenden Land Einrichtungen gebe, die sich um alleinstehende Kinder oder Jugendliche kümmern würden. Es ist vielmehr konkret abzuklären, ob das betreffende Kind tatsächlich in sein familiäres Umfeld zurückgeführt werden kann beziehungsweise ob es - wo das nicht möglich ist oder nicht dem Wohl des Kindes entspricht - anderweitig untergebracht werden kann.

1998 / 13-100

Das BFF (und nicht die kantonale Vollzugsbehörde) hat daher im Hinblick auf die Anordnung des Vollzuges der Wegweisung vorgängig auch geeignete Massnahmen zu treffen, damit der Minderjährige bei seiner Rückkehr von seinen Eltern, Angehörigen oder von einer Behörde oder Institution, die in der Lage ist, dem Kind bei seiner Ankunft weiterzuhelfen, in Empfang genommen wird (in diesem Sinne äussert sich auch das UNHCR; vgl. Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum, Genf, Februar 1997, S. 11, N 9.4), wo dies in Anbetracht des Alters des Betroffenen und damit im Interesse des Kindes erforderlich erscheint. Hingegen können die Rückreisemodalitäten wie insbesondere die Begleitung des Minderjährigen sowie Zeitpunkt und Ort der Übergabe (inklusive Absprache mit der in Empfang nehmenden Person) durchaus erst im unmittelbaren Vorfeld der Rückkehr geregelt werden. Da es sich dabei um blosser Vollzugsmodalitäten handelt, bleibt es dem BFF überlassen, inwieweit es die diesbezüglich notwendigen Schritte selbst vornimmt oder diese dem für den Vollzug zuständigen Kanton überlässt.