

Rechtliche und praktische Aspekte wirksamer Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft



Analyse des Lenkungsausschusses
für Menschenrechte
(CDDH)

Verabschiedet am 7. Dezember 2017

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

MENSCHENRECHTE UND MIGRATION

Rechtliche und praktische Aspekte wirksamer Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft

Analyse des Lenkungsausschusses
für Menschenrechte (CDDH)
verabschiedet am 7. Dezember 2017

Europarat

INHALTSVERZEICHNIS

ZUSAMMENFASSUNG	6
I. EINFÜHRUNG	12
1. Kontext	12
2. Auftrag	14
3. Begriffsbestimmungen und Regelungsbereich	16
3.1. Begriffsbestimmungen	16
3.1.1. Ausländerrechtliche Haft	16
3.1.2. Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft	20
3.2. Sachlicher und persönlicher Regelungsbereich; verwendete Quellen	21
II. RECHTLICHE ASPEKTE: MENSCHENRECHTLICHE STANDARDS	23
1. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte und andere Standards des Europarats	23
1.1. Das Recht auf Freiheit: Artikel 5 der Konvention	23
1.1.1. Allgemeine Anforderungen	23
1.1.2. Haft nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f	26
1.1.3. Haft nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b EMRK	31
1.2. Verfahrensrechtliche Garantien	32
1.3. Pflicht zur Prüfung von Haftalternativen (andere Organe des Europarats)	35
1.4. Positive Verpflichtungen bei verletzlichen Personen	36
1.4.1. Rechtsprechung des Gerichtshofs	36
1.4.2. Andere Organe des Europarats	41
1.4.3. Personen- bzw. gruppenspezifische Überlegungen zur Verletzlichkeit	43
1.5. Schutz der Würde und Achtung anderer Grundrechte von Personen, die in der Gemeinschaft untergebracht sind	60

1.5.1. Einschränkungen der Freizügigkeit	60
1.5.2. Lebensbedingungen	61
2. Andere internationale Standards (Vereinte Nationen und Europäische Union)	64
2.1. Recht auf Freiheit	64
2.2. Pflicht zur Prüfung von Haftalternativen	71
2.3. Verfahrensrechtliche Garantien	73
2.4. Positive Verpflichtung, keine Personen in einer Situation der Verletzlichkeit zu inhaftieren	77
2.5. Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs	90
2.6. Alternativen dürfen nicht einem Freiheitsentzug gleichkommen oder die Bewegungsfreiheit willkürlich einschränken	91
2.7. Alternativen müssen gesetzlich vorgesehen sein und gerichtlich überprüft werden können	92
2.8. Alternativen müssen die Menschenwürde und andere Grundrechte achten	93
III. PRAKTISCHE ASPEKTE: WIRKSAMKEIT VON ALTERNATIVEN ZUR AUSLÄNDERRECHTLICHEN HAFT	97
1. Wesentliche Wirksamkeitsfaktoren	97
1.1. Screening- und Assessment	100
1.2. Zugang zu Information	101
1.3. Rechtsbeistand	103
1.4. Vertrauen in das Asyl- und Einwanderungsverfahren aufbauen	103
1.5. Case Management ¹⁰⁵	103
1.6. Schutz der Würde und der Grundrechte	106
2. Arten von Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft	107
2.1. Behördliche Registrierung	109
2.2. Temporäre Aufenthaltsbewilligungen	110
2.3. Case Management oder Betreuung durch Sozialarbeit	111
2.4. Unterbringung in Familien	113
2.5. Unterbringung in Wohngruppen	114
2.6. Offene oder halboffene Zentren	116

2.7. Meldepflichten	117
2.8. Zugewiesener Aufenthaltsort	118
2.9. Beaufsichtigung mit Unterstützung	119
2.10. Rückkehrberatung	120
2.11. Rückkehrhäuser oder -zentren	121
2.12. Kautions- und andere Garantien und Sicherheiten	122
2.13. Electronic Monitoring	123
3. Der Nutzen von Haftalternativen	124
3.1. Respektierung der Rechte und Bedürfnisse der betroffenen Personen	125
3.2. Einhaltung der Regeln des ausländerrechtlichen Verfahrens durch die Betroffenen	126
3.3. Kosten-Nutzen-Verhältnis	127
IV. STRATEGIEN UND PRAKTIKEN IM BEREICH ALTERNATIVEN ZUR AUSLÄNDERRECHTLICHEN HAFT	128
V. BLICK IN DIE ZUKUNFT: BEDÜRFNIS FÜR FOLGEARBEITEN DURCH DEN CDDH ABKLÄREN – MEHRWERT DER ARBEITEN UND NÄCHSTE SCHRITTE	138
1. Bedürfnis für Folgearbeiten	138
2. Mögliche künftige Schritte	141

Rechtliche und praktische Aspekte wirksamer Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft

*Analyse des Lenkungsausschusses für Menschenrechte
verabschiedet am 7. Dezember 2017*

Zusammenfassung

Die vorliegende Analyse ist das Ergebnis der Arbeiten, welche die Redaktionsgruppe Menschenrechte und Migration (*Groupe de rédaction sur les droits de l'homme et la migration, CDDH-MIG*) im Licht des Mandats ausgeführt hat, welches das Ministerkomitee dem Lenkungsausschuss für Menschenrechte (*CDDH*) für das Biennium 2016–2017 erteilt hatte. Die Analyse soll unter anderem

- das Verständnis der rechtlichen und praktischen Aspekte von Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft verbessern;
- einen kohärenten und genauen Überblick über die einschlägigen menschenrechtlichen Normen geben, unter besonderer Berücksichtigung der zentralen Themen, wobei die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den einzelnen Organen des Europarats, der Vereinten Nationen (UNO) und der Europäischen Union (EU) zu klären sind;
- die Überlegungen im Zusammenhang mit dem Konzept der Verletzlichkeit erläutern, z.B. bei Kindern und bei anderen Personen, die sich in einer Situation besonderer Schutzbedürftigkeit befinden;
- die Faktoren identifizieren, die für die Wirksamkeit von Alternativen hinsichtlich Respektierung der Regeln des Migrationsverfahrens, der Menschenrechte sowie des Kosten-Nutzen-Verhältnisses wesentlich sind;
- eine nicht abschliessende, indikative Liste verschiedener Arten von Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft erstellen, unter Anführung ihrer wesentlichen Funktionen und möglicher Vor- und Nachteile;
- erörtern, wie sich der Europarat auf die vorliegende Analyse stützen könnte, um Folgearbeiten an die Hand zu nehmen, die für die Mitgliedstaaten von praktischem Nutzen sind.

In der Analyse wird ausländerrechtliche Haft verstanden als die Haft von Personen, denen im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; Konvention), unter gewissen Umständen auch von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b EMRK, die Freiheit rechtmässig entzogen werden kann. Der Begriff Freiheitsentzug wird durchwegs im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR; Gerichtshof) verwendet. Die Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft werden aus einem breiten Spektrum restriktiver und nicht restriktiver Optionen heraus untersucht. Dieser Ansatz macht es möglich, eine breite Palette von Praktiken zu erörtern, auf welche die Mitgliedstaaten des Europarats zurückgreifen könnten, um Haft im Bereich der Migration zu verhindern.

Rechtliche Aspekte

Die Prüfung von Haftalternativen hängt mit dem Recht auf Freiheit und Sicherheit der Person zusammen und geht auf dieses Recht, das in allen zentralen internationalen Instrumenten zum Schutz der Menschenrechte verankert ist, zurück. Auf Stufe des Europarats ist der Freiheitsentzug nur unter der Voraussetzung rechtmässig, dass er sich auf eine der in Artikel 5 der Konvention abschliessend aufgezählten Ausnahmen abstützen kann. In Auslegung dieser Ausnahmen hat der Gerichtshof insbesondere die Bedeutung der Rechtmässigkeit der Haft, einschliesslich der Qualität der innerstaatlichen Rechtsgrundlagen, sowie den Schutz vor Willkür hervorgehoben. Ein auf Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f EMRK abgestützter Freiheitsentzug muss den allgemeinen, vom EGMR in seiner Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen entsprechen: Die Haft muss in der nationalen Rechtsordnung vorgesehen sein, in guten Treuen angeordnet werden und eng mit dem Zweck verbunden sein, den sie verfolgt. Ort und Modalitäten des Vollzugs müssen angemessen sein, und die Dauer der Haft darf gemessen am Ziel, das sie verfolgt, nicht übermässig sein. Das Verfahren sollte mit der nötigen Zügigkeit geführt werden, und es sollte eine realistische Aussicht darauf bestehen, dass die inhaftierte Person ausgewiesen werden kann. Es müssen ausreichende verfahrensrechtliche Garantien wie die Begründung des Haftentscheids, der Zugang zu rechtlichem Beistand und rechtlicher Vertretung sowie wirksame Rechtsmittel zur Verfügung stehen.

Die Umsetzung von Haftalternativen ist auch Gegenstand bedeutender menschenrechtlicher Standards, darunter die Prinzipien der

Verhältnismässigkeit und der Nichtdiskriminierung, wie sie insbesondere von verschiedenen Organen des Europarats, der UNO und der EU berücksichtigt und gehandhabt werden. Alternative Massnahmen dürfen nie auf einen Freiheitsentzug hinauslaufen. Die Frage, ob eine bestimmte Massnahme im Grunde nicht eher eine alternative *Form* der Haft ist als eine Alternative *zur* Haft, ist deshalb von zentraler Bedeutung. Die Abgrenzung hängt von einer Gesamtwürdigung der Auswirkungen, des Grads und der Intensität der Massnahme(n) ab, welche zur Anwendung kommt bzw. kommen. Alternativen müssen im Gesetz vorgesehen sein, gerichtlich überprüft werden können, und ihre Anwendung darf nicht andere Menschenrechte verletzen. Ausserdem muss immer die am wenigsten restriktive Massnahme zur Anwendung kommen.

Verschiedene Organe des Europarats, der UNO und der EU haben hervorgehoben, dass die Haft von Migrantinnen und Migranten eine ausserordentliche Massnahme sein muss, das letzte unter verschiedenen möglichen Mitteln. Das bedeutet, dass Haft nur zu rechtfertigen ist, wenn nach eingehender individueller Prüfung der besonderen Umstände jedes Einzelfalls erstellt ist, dass weniger weitreichende Massnahmen nicht genügen. In die gleiche Richtung geht die von verschiedenen Organen aufgestellte Verpflichtung der Staaten, im Sinn eines allgemeinen Prinzips zuerst mögliche Alternativen zu prüfen, bevor eine Entscheidung über die Anordnung von Haft getroffen wird.

Was insbesondere die Kinder betrifft, hat der Gerichtshof zusätzliche Garantien verlangt und die Notwendigkeit unterstrichen, Alternativen zu prüfen und umzusetzen. Der EGMR betont in ständiger Rechtsprechung, dass die extreme Verletzlichkeit von Kindern bei allen sie betreffenden Entscheidungen vorrangig zu berücksichtigen ist. In jedem einzelnen Fall sind mögliche Alternativen zu eruieren, und es ist nachzuweisen, dass sie mit Blick auf das verfolgte Ziel nicht ausreichend sind. Andere internationale Gremien halten darüber hinaus dafür, dass ausländerrechtliche Haft nie mit dem Kindeswohl zu vereinbaren ist und dass in diesem Kontext auf eine Inhaftierung von Kindern gänzlich zu verzichten ist.

Praktische Aspekte

Auch wenn die verschiedenen internationalen Instanzen die Notwendigkeit von Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft immer

wieder hervorgehoben haben, gibt es bis heute wenige Leitlinien über die Art und Weise, wie solche Alternativen entwickelt und in der Praxis wirksam umgesetzt werden können. Die vorliegende Analyse untersucht die zentrale Frage, welche Faktoren die Wirksamkeit einer Massnahme ausmachen. Dabei wird die Wirksamkeit definiert in Bezug auf (a) die Respektierung der Menschenrechte, (b) die Respektierung der Regeln des Migrations- und Asylverfahrens, und (c) das Kosten-Nutzen-Verhältnis. Gestützt auf die Evaluation von Erfahrungen in der Praxis sowie globaler und regionaler Studien werden in der vorliegenden Analyse folgende Schlüsselfaktoren im Sinn von "wesentlichen Wirksamkeitsfaktoren" vorgestellt:

- der Einsatz von Screening- und Evaluationsverfahren zur Beurteilung der individuellen Situation der betroffenen Personen, einschliesslich ihrer Verletzlichkeit und möglicher Risiken;
- klare und präzise Orientierung über Rechte und Pflichten sowie über die Konsequenzen der Nichtbeachtung der Regeln des Migrationsverfahrens;
- der Zugang zu rechtlichem Beistand ab Beginn und während des Verfahrens;
- das Vertrauen der betroffenen Personen in die Behandlung ihrer Gesuche um Asyl oder Einwanderung;
- eine fortgesetzte individualisierte Fallbetreuung (Case Management);
- der Schutz der Würde und der Grundrechte der betroffenen Personen.

Die Analyse listet eine Reihe verschiedener Arten von Alternativen auf, die im besonderen Kontext der Migration relevant sind, und beschreibt ihre wesentlichen Merkmale sowie ihre Vor- und Nachteile. Die Liste umfasst Massnahmen wie behördliche Registrierung, temporäre Aufenthaltsbewilligungen, Unterstützung durch Case Management oder Sozialarbeiterinnen und -arbeiter, Unterbringung in Familien, Unterbringung in Wohnheimen, offene oder halboffene Zentren, Meldepflichten, zugewiesener Aufenthaltsort, Beaufsichtigung, Rückkehrberatung, Rückkehrhäuser oder -zentren, Kautions- und andere Garantien oder Sicherheiten, Electronic Monitoring.

Nicht alle in der Liste enthaltenen Alternativen müssen notwendigerweise von allen Mitgliedstaaten oder den anderen mit der Materie befassten Akteuren als Alternativen zur ausländerrechtlichen

Haft anerkannt sein, und die aufgelisteten Vor- und Nachteile und menschenrechtlichen Implikationen geben nicht unbedingt die Meinung bestimmter Behörden wieder. Für den Erfolg und die Wirksamkeit von Alternativen ist es grundsätzlich entscheidender, wie die Alternativen umgesetzt und in welchen Verfahren die "wesentlichen Wirksamkeitsfaktoren" beachtet oder aber vernachlässigt werden, als welche Art von Alternative(n) gewählt wird.

Eine Untersuchung der Strategien und Praktiken in den Mitgliedstaaten des Europarats zeigt, dass eine bedeutende Zahl von Staaten in ihrer Gesetzgebung eine Verpflichtung statuiert hat, Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft zu prüfen. Die gängigen Haupttypen von Alternativen sind (a) Meldepflichten, (b) Zuweisung eines Aufenthaltsortes, (c) Abgabe von Dokumenten, (d) Kautions- und andere Sicherheiten. Die Frage der Verletzlichkeit nimmt im Rahmen der Entscheidungsfindung und der Umsetzung des Entscheids in den meisten Staaten einen wichtigen Platz ein. Was insbesondere die Kinder betrifft, ist die Situation je nach Staat unterschiedlich: Gewisse Staaten kennen ein generelles Verbot der Inhaftierung, teilweise abhängig vom Alter des Kindes, andere lassen die Haft unter ausserordentlichen Umständen zu. Einige Staaten haben für unbegleitete Kinder und Familien spezifische Arten von Alternativen entwickelt, wie beispielsweise die Unterbringung in Rückkehrunterkünften oder offenen Zentren oder private Betreuungsarrangements.

Gesamthaft gesehen bleiben verschiedene rechtliche und praktische Herausforderungen bestehen. Dazu gehören das Fehlen klarer Vorgaben betreffend die Umsetzung von Alternativen, die Qualität des initialen Entscheidungsprozesses, die Verfahren zur Abklärung jedes einzelnen Falles, das Fehlen von Überwachungsmechanismen, die beschränkte Verfügbarkeit von Daten und Analysen in Bezug auf Einsatz, Wirksamkeit und menschenrechtliche Implikationen der zur Anwendung kommenden Massnahmen. Als grösster Mangel bleibt freilich der Umstand zu vermerken, dass Alternativen in der Praxis weitgehend ungenutzt bleiben und/oder nur in sehr geringem Umfang zur Anwendung kommen.

Nächste Schritte

Die Mitgliedstaaten des Europarats haben bereits bedeutende Schritte unternommen, um in ihrem jeweiligen nationalen Kontext mögliche Haftalternativen zu sondieren und umzusetzen. Die vorliegende

Analyse zeigt aber, dass die Mitgliedstaaten in ihren Bemühungen stärker unterstützt werden könnten, vor allem um nach wie vor bestehende Herausforderungen im Bereich der Umsetzung der Alternativen anzugehen. Der Europarat könnte hier eine wichtige Rolle spielen, indem er auf die vorliegende Analyse als solide Grundlage für weitere Fortschritte aufbaut. Ein *erster* konkreter *Schritt* könnte in naher Zukunft darin bestehen, ein praxisbezogenes, benutzerfreundliches Handbuch für Behörden über die wirksame Umsetzung von Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft auszuarbeiten. Parallel dazu könnte der Europarat auch etwa die Möglichkeit prüfen, mit interessierten Mitgliedsstaaten auf freiwilliger Basis spezifische Programme der Zusammenarbeit im Bereich Haftalternativen zu lancieren. Ein denkbarer *zweiter Schritt* könnte die Ausarbeitung von Leitlinien über wirksame Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft sein, unter besonderer Berücksichtigung der Kinder. Sämtliche Folgearbeiten sollten, um grösstmöglichen Nutzen zu bringen, die einschlägigen menschenrechtlichen Normen erläutern, ebenso die Faktoren, welche für eine einfach zu handhabende, praktische Umsetzung wirksamer Alternativen wesentlich sind.

I. EINFÜHRUNG

1. Kontext

1. Schätzungen zufolge waren im Jahr 2016 weltweit 65,5 Millionen Personen gezwungen, ihr Land zu verlassen, so viele wie nie zuvor. Die Gesamtzahl der Flüchtlinge erreichte eine Rekordhöhe von 22,5 Millionen Personen, fast die Hälfte davon waren Kinder. Im gleichen Jahr 2016 waren ca. 2,8 Millionen Asylbewerberinnen und Asylbewerber zu verzeichnen, fast 10 Millionen Personen waren staatenlos oder liefen Gefahr, es zu werden.¹ Weltweit die grösste Zahl von Flüchtlingen hatte 2016 die Türkei aufgenommen, schätzungsweise 2,9 Millionen Personen befanden sich auf türkischem Boden.²

2. In Europa sind 2016 mehr als 380 000 Personen angekommen, die als Migrantinnen und Migranten, Asylsuchende oder Flüchtlinge anzusehen sind. Fast alle sind über zwei Frontstaaten eingereist, nämlich Griechenland, das mehr als 176 000 Personen registriert hat, und Italien mit mehr als 181 000 Registrierungen.³ Nach Schätzungen des UNHCR war Deutschland im Jahr 2016 das Land mit der höchsten Zahl neu registrierter Asylgesuche (722 400), Italien lag mit 123 000 Gesuchen an dritter

¹ UNO-Hochkommissariat für Flüchtlinge ("UNHCR"), *“La guerre, la violence et la persécution génèrent des déplacements à un niveau record”*, 19. Juni 2017; UNHCR, *Global Trends: Forced displacements in 2016*, 19. Juni 2017, S. 2. Zu den verschiedenen Kategorien von Personen, welche in die Zuständigkeit des UNHCR fallen, vgl. S. 56 f. des vorgenannten Berichts.

Im Jahr 2016 waren 40,3 Millionen Personen intern vertrieben (Binnenflüchtlinge). Unter den Mitgliedstaaten des Europarats zählte die Ukraine 2016 1 653 000 Binnenflüchtlinge, gefolgt von der Türkei (1 108 000), Aserbaidshchan (582 000), Zypern (272 000), Georgien (208 000), Bosnien-Herzegowina (98 000) und Russland (19 000). Die genannten Zahlen pro Land beziehen sich auf konfliktbedingte interne Vertreibungen. Siehe *Norwegian Refugee Council/Internal Displacement Monitoring Centre (NRC/IDMC), Global Report on Internal Displacement - 2017*, Mai 2017, S. 25–26 und 113–116.

² UNHCR, *Tendances mondiales: les déplacements forcés en 2016*, 19. Juni 2017, S. 14 f. Pakistan verzeichnet mit 1,4 Millionen Personen die zweitgrösste Zahl an Flüchtlingen, gefolgt vom Libanon (über 1 Million – gemessen an der Grösse der einheimischen Bevölkerung die höchste Zahl) und Iran (979 4000).

³ Internationale Organisation für Migration ("IOM"), *Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond, Compilation of Available Data and Information*, Berichtsperiode 2016, S. 1.

Stelle, gefolgt von der Türkei (78 600).⁴ Griechenland figuriert mit 51 092 Gesuchen an sechster Stelle.⁵ Viele Personen konnten dank breit angelegter Bergungsaktionen vor dem Ertrinken gerettet werden, trotzdem sprechen Schätzungen (wiederum für 2016) von mehr als 5000 Personen, die im Mittelmeer ihr Leben verloren haben oder nicht mehr gefunden worden sind.⁶

3. In den Jahren 2015 und 2016 haben ca. 800 000 Kinder in Europa um Asyl ersucht, 170 000 von ihnen galten als unbegleitet.⁷ In Deutschland stammten 2016 mehr als 261 000 Asylgesuche von Kindern, davon ca. 35 000 von unbegleiteten oder getrennten Kindern. Im selben Jahr kamen mehr als 100 000 Kinder nach Griechenland, Italien, Spanien und Bulgarien; mehr als 33 000 von ihnen waren unbegleitet oder getrennt.⁸ Von den Kindern, die 2016 und in den ersten beiden Monaten 2017 über das Meer nach Italien gelangt sind, waren etwa 92% unbegleitet oder getrennt.⁹

4. Die Antworten, die in Europa gemeinhin auf diese historischen Entwicklungen gegeben werden, sind komplex, vielschichtig und schwierig zu fassen. Einfache Erklärungen oder Lösungen gibt es nicht. Richtig ist aber auch, dass der häufige Rückgriff auf Inhaftierung als Reaktion auf die Ankunft von Flüchtlingen, Asylsuchende und Migrantinnen und Migranten schwerwiegende Fragen in Bezug auf die Einhaltung menschenrechtlicher Standards aufwirft.¹⁰ So bleibt der

⁴ Weltweit stehen 2016 die Vereinigten Staaten von Amerika an zweiter Stelle (262 000 registrierte Asylgesuche), s. UNHCR, *Tendances mondiales: les déplacements forcés en 2016*, 19. Juni 2017, S. 39 f. Die Zahlen für die anderen Mitgliedsstaaten des Europarats finden sich auf S. 41 dieses Berichts.

⁵ Angabe gemäss offizieller Statistik der griechischen Asylbehörde. Die entsprechende Zahl im Bericht des UNHCR (s. vorstehende FN) beläuft sich auf 49 000.

⁶ IOM, *Mixed Migration Flows in the Mediterranean and Beyond, Compilation of Available Data and Information*, Berichtsperiode 2016, S. 12.

⁷ Die Zahlen beziehen sich auf 32 europäische Staaten, nämlich die Staaten der Europäischen Union und die 4 Staaten der Europäischen Freihandelszone, vgl. Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen ("UNICEF"), *A child is a child - Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation*, UNICEF, Mai 2017, Bild 5, S. 14.

⁸ UNHCR, UNICEF und IOM, *Refugee and Migrant Children - Including Unaccompanied and Separated Children- in the EU, Overview of Trends in 2016*, April 2017, S. 1.

⁹ UNICEF, *A child is a child - Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation*, UNICEF, Mai 2017, S. 11.

¹⁰ *Démocratie, Droits de l'Homme et Etat de droit, Populisme – Quelle est la solidité de l'équilibre des pouvoirs institutionnels en Europe?*, Bericht des Generalsekretärs des Europarats, April 2017, S. 109.

Freiheitsentzug von verletzlichen Personen, wie beispielsweise von Kindern¹¹, Grund zu grosser Besorgnis, in Europa wie auf allen anderen Kontinenten. Mit Blick auf die negativen Auswirkungen der Inhaftierung insbesondere bei Kindern und anderen verletzlichen Personen haben verschiedene Akteurinnen und Akteure immer wieder zu einer besseren Umsetzung von Haftalternativen aufgerufen. Vor diesem Hintergrund wird es immer wichtiger, die Mittel und Wege zu finden, mit denen humane und finanziell tragbare Strategien realisiert werden können, und sich darüber auszutauschen. Gleichzeitig sind sowohl die migrationsrechtlichen Verfahren als auch das Rechts auf Freiheit zu respektieren. Auch wenn es für die Problematik der Migration in Europa keine einfachen Lösungen gibt, könnte den Mitgliedstaaten des Europarats eine verstärkte Unterstützung zugutekommen, wenn es darum geht, ihren internationalen Verpflichtungen nachzukommen. Solche Unterstützung könnte nicht nur den Staaten helfen, die Migrationsflüsse effektiver zu handhaben, sondern auch wesentlich dazu beitragen, menschliches Leid zu mildern. Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden wirksame Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft untersucht werden.

2. Auftrag

5. An seiner 1241. Sitzung (24.–26. November 2015) beauftragte das Ministerkomitee des Europarats den Lenkungsausschuss für Menschenrechte (*Comité directeur pour les droits de l'homme*, "CDDH"), während des Bienniums 2016/2017 folgende Arbeiten auszuführen: "Im Licht der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs und anderer Instrumente des Europarats die rechtlichen und faktischen Aspekte der migrationsspezifischen menschenrechtlichen Fragen analysieren, insbesondere in Bezug auf wirksame Alternativen zur Haft, sowie abklären, ob weitere Arbeiten des CDDH in diesem Bereich notwendig sind."¹²

¹¹ In der vorliegenden Analyse wird der Begriff "Kind" im Sinn der Definition von Art. 1 der UN-Kinderrechtskonvention verwendet: "Im Sinne dieses Übereinkommens ist ein Kind jeder Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt."

¹² Aufträge an den CDDH und an die ihm unterstellten Instanzen für das Biennium 2016/2017 (vom Ministerkomitee an seiner 1241. Sitzung vom 24.–26. November 2015 verabschiedet).

6. In Umsetzung dieses Auftrags setzte der CDDH an seiner 84. Sitzung (7–11. Dezember 2015) eine Redaktionsgruppe Menschenrechte und Migration ein ("CDDH-MIG")¹³ und nominierte Herrn Frank SCHÜRMAN (Schweiz) als Berichterstatter für diese Aktivität.¹⁴

7. An seiner 85. Sitzung (15–17. Juni 2016) ernannte der CDDH Herrn Morten RUUD (Norwegen) zum Präsidenten des CDDH-MIG.¹⁵ An derselben Sitzung präsentierte der Berichterstatter den Entwurf einer Gliederung der zu erarbeitenden Analyse. In der anschliessenden Diskussion hob der CDDH hervor, dass das Konzept der Verletzlichkeit nicht nur die Kinder betreffe, sondern ein weiteres Spektrum von Personen umfasse, welche ebenfalls Gegenstand der Analyse sein sollten.¹⁶ Ausserdem empfahl der CDDH der Redaktionsgruppe, ihre Arbeit mit anderen Organen des Europarats zu koordinieren, insbesondere mit dem Expertenausschuss über die ausländerrechtliche Haft (*Comité d'experts sur la rétention administrative des migrants*, "CJ-DAM") und dem Ad-hoc-Ausschuss für die Rechte der Kinder (*Comité ad hoc pour les droits de l'enfant* ("CAHENF")).¹⁷

8. Die erste Sitzung des CDDH-MIG fand vom 14.–16. September 2016 statt. Bei dieser Gelegenheit wurde Herr Ota HLINOMAZ (Tschechische Republik) zum Vizepräsidenten ernannt.¹⁸ Die Gruppe beauftragte das Sekretariat, Schreiben an die Mitgliedstaaten und Beobachter des Europarats vorzubereiten, um diese um Informationen über Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft zu beten, mit denen die Analyse weiter angereichert werden kann.¹⁹ Das Schreiben wurde am 10. Oktober 2016 allen Mitgliedern des CDDH und des CDDH-MIG sowie den Staaten mit Beobachterstatus übermittelt.²⁰

¹³ Dokument CDDH(2016)R85, Ziff. 39.

¹⁴ Dokument CDDH(2016)R84, Ziff. 40 (iii).

¹⁵ Dokument CDDH(2016)R85, Ziff. 63.

¹⁶ *Ibid.*, Ziff. 37.

¹⁷ *Ibid.*, Ziff. 38.

¹⁸ Dokument CDDH-MIG(2016)R1, Ziff. 4.

¹⁹ *Ibid.*, Ziff. 10.

²⁰ S. den Anhang zum vorliegenden Bericht.

3. Begriffsbestimmungen und Regelungsbereich

3.1. Begriffsbestimmungen

3.1.1. Ausländerrechtliche Haft

9. Das internationale Recht definiert Freiheitsentziehung als "jede Form des Festhaltens oder der Inhaftierung oder die Unterbringung einer Person in einer öffentlichen oder privaten Gewahrsamseinrichtung, die diese Person nicht nach Belieben verlassen darf, auf Grund der Entscheidung einer Justiz-, Verwaltungs- oder sonstigen Behörde."²¹ Definitionen des Begriffs der Freiheitsentziehung im Migrationskontext – üblicherweise als ausländerrechtliche Haft bezeichnet – liegen auch von anderen Gremien der UNO wie auch der EU vor.²²

10. Auf Stufe des Europarats ist das Recht auf Freiheit und Sicherheit in Artikel 5 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten ("EMRK", "Konvention") verankert. Die Garantie bezweckt zur Hauptsache, dass Personen nicht willkürlich ihrer Freiheit beraubt werden. Die Konvention sieht keine eigentliche Definition des Begriffs Haft vor, Bezugspunkt ist vielmehr der Begriff der "Freiheitsentziehung". Artikel 5 Absatz 1 (Buchstaben a–f) EMRK enthält eine abschliessende Liste der Ausnahmen, unter denen ein Freiheitsentzug zulässig ist.

²¹ Art. 4 Abs. 2 des Fakultativprotokolls zum UN-Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe ("OPCAT"). In einem Bericht über die ausländerrechtliche Haft hält der UN-Sonderberichterstatter für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten fest, dass die Zurückbehaltung zu Kontrollzwecken eine Freiheitsentziehung darstellt. Der Bericht führt weiter aus, dass unterschiedliche Gruppen von Migrantinnen und Migranten von Haft betroffen sein können, insbesondere Personen ohne Ausweispapiere, solche, die sich illegal im Land aufhalten, Asylsuchende, die den Ausgang des Verfahrens abwarten, sowie solche, deren Gesuch abgelehnt worden ist und zur Ausreise verpflichtet sind: Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, vom 2. April 2012, Dokument A/HRC/20/24, Ziff. 8.

²² Das UNHCR definiert ausländerrechtliche Haft als "Freiheitsentzug oder Gewahrsam an einem geschlossenen Ort, den Asylsuchende nicht beliebig verlassen dürfen, einschliesslich, aber nicht beschränkt auf Gefängnisse oder eigens eingerichtete Haftanstalten, geschlossene Aufnahme- oder Inhaftierungszentren oder -einrichtungen", vgl. UNHCR, Haft-Richtlinien: Richtlinien über anwendbare Kriterien und Standards betreffend die Haft von Asylsuchenden und Alternativen zur Haft, 2012, Ziff. 5. Das EU-Recht definiert die Haft von Personen, die um internationalen Schutz nachsuchen, als "die räumliche Beschränkung eines Antragstellers durch einen Mitgliedstaat auf einen bestimmten Ort, an dem der Antragsteller keine Bewegungsfreiheit hat", vgl. Art. 2h der Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen (Neufassung).

11. Um zu entscheiden, ob einer Person im Sinn von Artikel 5 EMRK die Freiheit "entzogen" wurde, ist jeweils von der konkreten Situation auszugehen, in der sich diese Person befindet. Dabei sind eine Vielzahl von Kriterien zu berücksichtigen, darunter die Art, die Dauer, die Wirkungen sowie die Modalitäten des Vollzugs der in Frage stehenden Massnahme.²³ In seiner Entscheidung, ob eine Freiheitsentziehung vorliegt oder nicht, ist der Gerichtshof nicht an die innerstaatliche Gesetzgebung oder Rechtsprechung gebunden; vielmehr nimmt er eine eigenständige Prüfung der Situation vor.²⁴

12. Nach der Praxis des Gerichtshofs ist der Unterschied zwischen Freiheitsbeschränkungen, welche genügend schwer sind, um als Freiheitsentziehung im Sinn von Artikel 5 Absatz 1 EMRK qualifiziert zu werden, und solchen, welche als bloße Einschränkungen der Bewegungsfreiheit unter Artikel 2 des Vierten Zusatzprotokolls zur EMRK fallen, nur eine Frage des Grades oder der Intensität, aber nicht eine Frage der Natur oder des Wesensgehalts.²⁵ Deshalb können einzelne Massnahmen, welche für sich genommen die Bewegungsfreiheit nur einschränken, in ihrer Kombination zu einer Freiheitsentziehung führen. Ob das der Fall ist, ist u.a. mit Blick auf die kumulierten Auswirkungen zu prüfen, welche die verschiedenen Massnahmen auf die betroffene Person haben.²⁶

13. Nach dem Gesagten kommt der Frage, ob eine bestimmte Massnahme in Wirklichkeit nicht eher eine alternative *Form* der Haft als eine Alternative *zur* Haft ist, entscheidende Bedeutung zu. In der Tat können als "Alternativen zur Haft" betitelte Massnahmen auf eine Freiheitsentziehung hinauslaufen, wenn Wirkung, Grad und Intensität dieser Massnahmen in ihrer Kombination zu einschneidenden Beschränkungen der Freiheit der Person führen. Dieser Umstand ist im Zusammenhang mit Einschränkungen oder an Bedingungen geknüpfte Alternativen von besonderer Bedeutung, denn gewisse

²³ EGMR *Guzzardi gegen Italien*, Nr. 7367/76, 6. November 1980, Ziff. 92; *Medvedyev und andere gegen Frankreich*, Nr. 3394/03, 29. März 2010 [GK], Ziff. 73; *Creangă gegen Rumänien*, Nr. 29226/03, 23. Februar 2012 [GK], Ziff. 91; *De Tommaso gegen Italien*, Nr. 43395/09, 23. Februar 2017 [GK], Ziff. 80.

²⁴ EGMR *H.L. gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 45508/99, 5. Oktober 2004, Ziff. 90; *H.M. gegen Schweiz*, Nr. 39187/98, 26. Februar 2002, Ziff. 30 und 48; *Creangă gegen Rumänien* [GK], Ziff. 92.

²⁵ EGMR *Guzzardi gegen Italien*, Ziff. 93; *Rantsev gegen Zypern und Russland*, Nr. 25965/04, 7. Januar 2010, Ziff. 314; *Stanev v. Bulgarien*, Nr. 36760/06, 17. Januar 2012 [GK], Ziff. 115.

²⁶ EGMR *Guzzardi gegen Italien*, Ziff. 95.

Einschränkungen der Bewegungsfreiheit können, für sich allein oder in Kombination mit anderen Massnahmen, willkürliche Freiheitsbeschränkungen oder -entziehungen zur Folge haben.²⁷

14. In seinem Grundsatzurteil *Guzzardi gegen Italien* anerkannte der Gerichtshof, dass eine Freiheitsentziehung verschiedene Formen annehmen kann. Präzisierend führte er aus, dass die Weiterentwicklung rechtlicher Standards und Einstellungen die Vielfalt solcher Formen noch erhöht und die "Konvention im Licht der Auffassungen auszulegen ist, die gegenwärtig in demokratischen Staaten überwiegen".²⁸ Er kam zum Schluss, dass die gegenüber dem Beschwerdeführer angeordneten Massnahmen – Isolierung in einem bestimmten Teil einer kleinen Insel, Verpflichtung, zweimal pro Tag bei der Behörde vorzusprechen, permanente Überwachung – einer Freiheitsentziehung im Sinn von Artikel 5 EMRK gleichkamen. Die Einschränkungen hätten, so der Gerichtshof, den Beschwerdeführer daran gehindert, soziale Kontakte zu knüpfen. Wenn die genannten Massnahmen für sich allein genommen noch nicht als Freiheitsentziehung angesehen werden konnten, seien sie jedoch zusammengenommen und in Kombination auf eine De-facto-Haft hinausgelaufen und folglich in den Anwendungsbereich von Artikel 5 der Konvention gefallen.²⁹

15. Ausserdem kann der Gerichtshof, über das Kriterium der Isolierung an einem bestimmten Ort hinaus, den besonderen Kontext und die besonderen Umstände der Einschränkungen prüfen. So kann eine Freiheitsentziehung vorliegen, auch wenn der betroffenen Person als – einzige – Option bleibt, den Ort, an dem sie festgehalten wird, zu verlassen. Das ist beispielweise der Fall, wenn eine asylsuchende Person, die sich in der Transitzone eines Flughafens aufhält und deren Gesuch noch nicht behandelt ist, nur die Wahl hat, in das Land

²⁷ Ad-hoc-Expertenausschuss über die rechtlichen Aspekte des territorialen Asyls, der Flüchtlinge und staatenloser Personen ("CAHAR"), September 2005, Ziff. 3 des Kommentars zu Leitlinie 6 Ziff. 1 der 20 Leitlinien des Ministerkomitees zur Frage der erzwungenen Rückkehr.

²⁸ EGMR *Guzzardi gegen Italien*, Ziff. 95.

²⁹ *Ibid.*; Vgl. im Unterschied zum Fall *Guzzardi* das Urteil *De Tommaso gegen Italien*, wo der EGMR in Ziff. 85 ausführt, dass "im Gegensatz zum Betroffenen im Fall *Guzzardi* der Beschwerdeführer vorliegend nicht gezwungen war, innerhalb eines begrenzten Gebiets zu leben und es ihm auch nicht unmöglich war, soziale Kontakte zu knüpfen."

zurückzugehen, aus dem sie gekommen ist.³⁰ In seinem Urteil *Amuur gegen Frankreich* entschied der Gerichtshof, dass die Zurückbehaltung der Beschwerdeführerinnen und Beschwerdeführer in der internationalen Zone des Flughafens, die Einschränkungen der Bewegungsfreiheit sowie eine strikte und ständige polizeiliche Überwachung eine blosser Beschränkung der Freiheit zu einem Entzug der Freiheit hat werden lassen, weil sich diese Zurückbehaltung "in exzessiver Weise hingezogen" hat.³¹ Besondere Beachtung kam dem Umstand zu, dass geeignete prozessuale Garantien fehlten, d.h. eine rasche Überprüfung der auferlegten Beschränkungen, und dass die Betroffenen "ganz auf sich allein gestellt waren", ohne rechtliche und soziale Unterstützung, wie sie insbesondere mit Blick auf die Formalitäten der Asylgesuche geboten gewesen wäre.³² Das Argument, die Personen hätten die Wahl gehabt, freiwillig wieder auszureisen und damit der Zurückbehaltung in der Transitzone ein Ende hätten machen können, wies der EGMR zurück: Diese Möglichkeit sei nur theoretischer Natur gewesen, solange kein anderes Land als das eigene bereit war, sie aufzunehmen.³³ Im Übrigen könne, so der EGMR in einem anderen Fall, die Zurückbehaltung in einer Transitzone als De-facto-Haft und als mit Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f EMRK unvereinbar angesehen werden, solange keine formelle Entscheidung ergangen ist, die rechtlich relevant und begründet ist.³⁴

16. Für die Zwecke der vorliegenden Analyse bezeichnet ausländerrechtliche Haft die Freiheitsentziehung von Personen, denen die Freiheit gestützt auf Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f EMRK, unter gewissen Umständen auch gestützt auf Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b EMRK, rechtmässig entzogen werden kann. Der Begriff Freiheitsentziehung wird durchwegs im Sinn der Rechtsprechung des EGMR verstanden.

³⁰ EGMR *Amuur gegen Frankreich*, Nr. 19776/92, 25. Juni 1996, Ziff. 48; *Z.A. und andere gegen Russland*, Nrn. 61411/15 und 3 andere, 28. März 2017, Ziff. 89 (Verweisung an die Grosse Kammer).

³¹ EGMR *Amuur gegen Frankreich*, Ziff. 43.

³² *Ibid.*, Ziff. 45

³³ *Ibid.*, Ziff. 48.

³⁴ EGMR *Ilias und Ahmed gegen Ungarn*, Nr. 47287/15, 14. März 2017, Ziff. 67–69 (Verweisung an die Grosse Kammer).

3.1.2. Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft

17. Es gibt keine allgemein anerkannte Definition für "Alternativen zur Haft" oder für "Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft". Häufig werden Umschreibungen gebraucht wie: "Massnahmen ohne Freiheitsentzug", "spezielle, mildere, alternative Massnahmen" oder auch "weniger restriktive, weniger einschneidende, weniger drastische, weniger invasive, weniger belastende, weniger intrusive Massnahmen".³⁵ Der Begriff "Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft" ist denn auch kein Rechtsbegriff, sondern bezieht sich auf eine Vielzahl unterschiedlicher Praktiken, die zur Anwendung kommen können, um Freiheitsentzug zu verhindern³⁶ und auf diese Weise den Prinzipien von Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen. Unabhängig von der verwendeten Terminologie zeichnet sich ein breiter Konsens darüber ab, dass Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft Massnahmen sind, welche die Menschenrechte respektieren und es erlauben, unter verschiedenen Optionen eine andere Wahl zu treffen als die des Freiheitsentzugs.³⁷

18. Die besagte Wendung wird im Allgemeinen mindestens auf zwei Arten interpretiert bzw. in zwei Bedeutungen verwendet: Im engeren Sinn bezeichnet sie eine Praxis, die angewendet wird, wenn ein Freiheitsentzug legitim ist – insbesondere wenn im konkreten Fall ein gültiger Haftgrund vorliegt –, der Staat jedoch über mildere Kontrollmassnahmen verfügt, welche ergriffen werden könnten und sogar sollten. In einem weiteren Sinn ist die Gesamtheit von

³⁵ Vgl. z.B. die Antworten auf die Informationsanfrage des CDDH-MIG; EGMR *Yoh-Ekale Mwanje gegen Belgien*, Nr. 10486/10, 20. Dezember 2011, Ziff. 124; *A.B. und andere gegen Frankreich*, Nr. 11593/12, 12. Juli 2016, Ziff. 124; Ministerkomitee, 20 Leitlinien zur Frage der erzwungenen Rückkehr, 925. Sitzung der Ministerdelegierten, 4. Mai 2005, Leitlinie 6 Ziff. 1; UN-Menschenrechtsausschuss ("MRA"), Allgemeine Bemerkung Nr. 35 – Artikel 9 (Freiheit und Sicherheit der Person), CCPR/C/GK/35, 16. Dezember 2014, Ziff. 18; *MRA Zeyad Khalaf Hamadie Al-Gertani gegen Bosnien-Herzegovina*, Mitteilung Nr. 1955/2010, Auffassungen vom 1. November 2013, Ziff. 10.4; UNHCR, Haft-Richtlinien, Prinzip 4.3, Ziff. 35; 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, 24. Dezember 2008, L 348/98, Art. 15 Abs. 1.

³⁶ UNHCR, Haft-Richtlinien, Ziff. 8; *International Detention Coalition* ("IDC"), *There are Alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention (revised edition)*, 2015, S. 7; C. COSTELLO und E. KAYTAZ, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention: Perceptions of Asylum-Seekers and Refugees in Toronto and Geneva*, UNHCR *Legal and Protection Policy Research Series*, PPLA/2013/02.REV.1, Juni 2013, S. 10.

³⁷ Vgl. z.B. Ministerkomitee, 20 Leitlinien zur Frage der erzwungenen Rückkehr, Leitlinie 6, Ziff. 1; Richtlinie 2013/33/UE, Präambel (20); UNHCR, Haft-Richtlinien, Ziff. 8; UN-Kinderrechtsausschuss ("KRA"), *Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration*, 28. September 2012, Ziff. 79.

Strategien und Praktiken gemeint, auf welche die Staaten im Rahmen des Migrationsprozesses zurückgreifen, und welche zwar gewisse Einschränkungen mit sich bringen, aber keine Haft darstellen.³⁸

19. Ausgehend von der engeren Auslegung umschreibt der UNHCR die Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft als "Sammelbegriff im Zusammenhang mit jeglicher Gesetzgebung, Politik oder Praxis, die es Asylsuchenden gestattet, unter einer Reihe von Voraussetzungen oder Beschränkungen ihrer Bewegungsfreiheit in der Gemeinschaft zu leben."³⁹ Im weiteren Sinn wurden die Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft etwa definiert als "jede Gesetzgebung, Politik oder Praxis, nach welcher Personen nicht aufgrund ihres Status als Migrantin oder Migrant inhaftiert werden". Auf einer Skala von den am wenigsten restriktiven zu den restriktivsten Ersatzoptionen, über welche die Staaten verfügen, schliesst diese Umschreibung die Unterbringung in offenen Einrichtungen ein.⁴⁰

20. Für die Zwecke dieser Analyse werden Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft aus dem gesamten Spektrum restriktiver und nicht restriktiver Massnahmen untersucht. Dieser Ansatz erlaubt es, eine breitere Auswahl von Praktiken zu behandeln, deren Umsetzung die Mitgliedstaaten des Europarats ins Auge fassen könnten, um im Rahmen ihrer Migrationspolitik nicht auf das Mittel der Inhaftierung zurückgreifen zu müssen.

3.2 Sachlicher und persönlicher Regelungsbereich; verwendete Quellen

21. Im vorliegenden Dokument werden die europäischen und internationalen Normen betreffend die Alternativen zur Haft von Personen, welche von einem rechtmässigen Freiheitsentzug im Sinn von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f, unter Umständen auch von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b, betroffen sein können, dargestellt und analysiert. Dabei wird den Rechten, Pflichten und Nuancierungen im Zusammenhang mit dem Konzept der Verletzlichkeit⁴¹ besondere

³⁸ C. COSTELLO und E. KAYTAZ, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, S. 10.

³⁹ UNHCR, Haft-Richtlinien, Ziff. 8.

⁴⁰ IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 7.

⁴¹ Im Zusammenhang mit diesem Konzept werden in der vorliegenden Analyse Formulierungen wie "verletzliche Personen", "verletzliche Individuen", "verletzliche Gruppen" und/oder "Personen in Situationen besonderer Verletzlichkeit" gleichbedeutend verwendet.

Aufmerksamkeit geschenkt. Mit Blick auf den Auftrag, den das Ministerkomitee dem CDDH erteilt hat, wird primär die Rechtsprechung des Gerichtshofs untersucht, aber auch andere Normen des Europarats sind Gegenstand der Prüfung. Verschiedene Faktoren, die für die Wirksamkeit von Alternativen wesentlich sind, werden vorgestellt, ebenso eine nicht abschliessende Liste möglicher Alternativen, jeweils unter Angabe ihrer Vorteile, der mit ihnen verbundenen Herausforderungen sowie ihrer Konsequenzen in Bezug auf die Menschenrechte. Weiter werden verschiedene rechtliche und praktische Aspekte erörtert, welche die Staaten bei der Entwicklung und Umsetzung wirksamer Haftalternativen im Migrationsbereich berücksichtigen müssen. Den Abschluss bildet ein Überblick über mögliche Folgearbeiten, welche der CDDH ins Auge fassen könnte.

22. Die hauptsächliche Informationsquelle der vorliegenden Analyse bilden verschiedene Dokumente, welche im Rahmen des Europarats, der Vereinten Nationen und der Europäischen Union erarbeitet wurden. Die behandelten menschenrechtlichen Normen finden sich sowohl in rechtlich verbindlichen Instrumenten (Konventionen, Chartas, Sekundärrecht der EU etc.) als auch in rechtlich nicht verbindlichen Empfehlungen, Resolutionen, Weisungen, Berichten etc. Im Interesse einer verständlichen und präzisen Darstellung wird das jeweilige Organ soweit erforderlich im Text erwähnt und in den Fussnoten zitiert. Auch andere Quellen, wie Studien, Berichte und universitäre Arbeiten, wurden konsultiert und sind in dieser Analyse zitiert. Informationen aus erster Hand liefern die Antworten, welche die Mitgliedstaaten des Europarats auf Einladung des CDDH-MIG abgegeben haben. Sie geben zusätzlich Auskunft über Strategien, Praktiken und Umsetzung von Haftalternativen in den jeweiligen Ländern. Schliesslich wird auch auf die Ergebnisse der internationalen Konferenz "*La rétention d'enfants migrants: Bientôt la fin?*" Bezug genommen, welche unter der tschechischen Präsidentschaft des Ministerkomitees am 25. und 26. September in Prag stattfand.⁴² Die Konferenz, die in Zusammenarbeit mit dem Europarat organisiert wurde, war ein Stück weit durch die laufenden Arbeiten des CDDH-MIG inspiriert. Ihr Konzept war darauf angelegt, zusätzliche Beiträge und Impulse zur Problematik zu liefern.

⁴² S. <http://dmcprague2017.justice.cz/>.

II. RECHTLICHE ASPEKTE: MENSCHENRECHTLICHE STANDARDS

1. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte und andere Standards des Europarats

1.1. Das Recht auf Freiheit: Artikel 5 der Konvention

1.1.1. Allgemeine Anforderungen

23. Die Prüfung von Haftalternativen hängt mit dem Recht auf Freiheit und Sicherheit der Person zusammen und geht auf dieses Recht zurück, das in allen zentralen internationalen Instrumenten zum Schutz der Menschenrechte verankert ist⁴³.

24. Wie bereits erwähnt, wird das Recht auf Freiheit und Sicherheit im Rahmen des Europarats durch Artikel 5 EMRK garantiert. Der Gerichtshof betont, dass diese Bestimmung "ein fundamentales Recht des Menschen verbürgt, nämlich den Schutz des Individuums vor willkürlichen Eingriffen des Staates auf seine Freiheit"⁴⁴. Dem Recht auf Freiheit kommt in einer "demokratischen Gesellschaft", wie sie die Konvention versteht,⁴⁵ höchste Bedeutung zu, und es gilt für alle⁴⁶. Die Garantie verlangt vom Staat "nicht nur, das Recht nicht aktiv zu verletzen, sondern auch, dass er geeignete Massnahmen trifft, um sämtliche Personen, die seiner Hoheitsgewalt unterstehen, vor rechtswidrigen Eingriffen in dieses Recht zu schützen".⁴⁷

⁴³ Vgl. z.B. Art. 3 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte ("AEMR"); Art. 9 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte ("Pakt II"); Art. 5 EMRK; Art. 6 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ("EU-Grundrechtecharta").

⁴⁴ Vgl. z.B. EGMR *Saadi gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 13229/03, 29. Januar 2008 [GK], Ziff. 63; *Khlaifia und andere gegen Italien*, Nr. 16483/12, 15. Dezember 2016 [GK], Ziff. 88; *Thimothawes gegen Belgien*, Nr. 39061/11, 4. April 2017, Ziff. 56; *Suso Musa gegen Malta*, Nr. 42337/12, 23. Juli 2013, Ziff. 89.

⁴⁵ EGMR *Medvedyev und andere gegen Frankreich* [GK], Ziff. 76; *Ladent gegen Polen*, Nr. 11036/03, 18. März 2008, Ziff. 45.

⁴⁶ EGMR *Medvedyev und andere gegen Frankreich* [GK], Ziff. 77; *Nada gegen Schweiz*, Nr. 10593/08, 12. September 2012, [GK], Ziff. 224.

⁴⁷ EGMR *El-Masri gegen "Ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien"*, Nr. 39630/09, 13. Dezember 2012 [GK], Ziff. 239.

Abschliessende Liste zulässiger Ausnahmen

25. Artikel 5 Absatz 1 EMRK enthält in den Buchstaben a–f eine abschliessende Liste von Ausnahmen, bei denen ein Entzug der Freiheit zulässig ist. Diese Ausnahmen sind restriktiv auszulegen, damit sie "mit dem Ziel der Garantie vereinbar sind: sicherzustellen, dass niemand willkürlich seiner Freiheit beraubt wird"⁴⁸. Ein Freiheitsentzug, der nicht unter eine dieser Ausnahmen fällt, ist immer rechtswidrig.⁴⁹

Rechtmässigkeit/Übereinstimmung mit dem nationalen Verfahren (Verweise auf das nationale Recht)

26. Der Konventionstext stellt zwei allgemeine Voraussetzungen auf: Der Freiheitsentzug muss "rechtmässig" sein, und die Freiheit muss "auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise" entzogen worden sein (Verweise auf das innerstaatliche Recht). So hat die Grosse Kammer des Gerichtshofs im Fall *Saadi gegen Vereinigtes Königreich* ausgeführt⁵⁰:

"Nach feststehender Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Buchstaben a–f von Artikel 5 Absatz 1 muss jeder Freiheitsentzug nicht nur unter eine der dort vorgesehenen Ausnahmen fallen, sondern er muss auch 'rechtmässig' sein. Mit diesem Erfordernis, zu dem auch die Frage gehört, ob der Freiheitsentzug 'auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise' erfolgt ist, verweist die Konvention im Wesentlichen auf das innerstaatliche Recht und verlangt, dass die dort aufgestellten materiellen und verfahrensrechtlichen Regeln eingehalten werden."

27. Der Gerichtshof legt, gerade in Bezug auf Asylbewerberinnen und Asylbewerber, besonderes Gewicht auf die *Qualität* der innerstaatlichen Gesetze, welche die Freiheit des Individuums einschränken. Die betreffende Regelung muss mit rechtsstaatlichen

⁴⁸ EGMR *Vasileva gegen Dänemark*, Nr. 52792/99, 25. Dezember 2003, Ziff. 33; *Khlaifia und andere gegen Italien*, [GK], Ziff. 88.

⁴⁹ EGMR *Khlaifia und andere gegen Italien* [GK], Ziff. 88.

⁵⁰ EGMR *Saadi gegen Vereinigtes Königreich* [GK], Ziff. 67.

Grundsätzen vereinbar⁵¹ und "hinreichend zugänglich und präzise sein, um jegliches Risiko von Willkür auszuschliessen"⁵². Das ist "bei Asylsuchenden auf Flughäfen von fundamentaler Bedeutung, vor allem mit Blick auf das Erfordernis, den Schutz der Grundrechte auf der einen und die staatliche Migrationspolitik auf der anderen Seite in Einklang zu bringen."⁵³

28. Auf der Grundlage dieser Verweise hat der Gerichtshof klargestellt, dass ein Staat nachweisen muss, dass die Haft notwendig ist, vorausgesetzt, das innerstaatliche Recht sehe dieses Erfordernis vor; ohne diesen Nachweis wäre die Haft willkürlich.⁵⁴ In gleicher Weise hat der Gerichtshof in einem Fall, in dem es um die Verlängerung der Haft ging, festgehalten, dass die Massnahme den einschlägigen Bestimmungen des nationalen Rechts entsprechen müsse, um nicht willkürlich zu sein (beispielsweise die Verpflichtung der Behörden abzuklären, ob sich die inhaftierte Person der Ausschaffung widersetzt hat, ob keine mildereren Mittel in Frage kamen oder ob die Ausweisungsverfügung unter Umständen zwangsweise hätte durchgesetzt werden können).⁵⁵

Schutz vor Willkür

29. Im oben erwähnten Fall *Saadi* hat der Gerichtshof, nachdem er die Verpflichtung hervorgehoben hatte, die Anforderungen der nationalen Gesetzgebung einzuhalten, zudem unterstrichen, dass dies für sich allein

"nicht genügt: Artikel 5 Absatz 1 verlangt darüber hinaus, dass jeder Freiheitsentzug vereinbar sein muss mit dem Ziel, das Individuum vor Willkür zu schützen. [...] Es entspricht einem fundamentalen Prinzip, dass willkürliche Haft nie mit Artikel 5 vereinbar sein kann, und der in Artikel 5 Absatz 1 enthaltene

⁵¹ "... ein Konzept, das in allen Bestimmungen der Konvention angelegt ist ...", *Amuur gegen Frankreich*, Ziff. 50; *Abdolkhani und Karimnia gegen Türkei*, Nr. 30471/08, 22. September 2009, Ziff. 130; *Khlaifia und andere gegen Italien* [GK], Ziff. 91.

⁵² EGMR *Longa Yonkeu gegen Lettland*, Nr. 57229/09, 15. November 2011, Ziff. 120, 133–144 (insbesondere Ziff. 140); *Shamsa gegen Polen*, Nr. 45355/99 und 45357/99, 27. November 2003, Ziff. 49; *Baranowski gegen Polen*, Nr. 28358/95, 28. März 2000, Ziff. 52; *Amuur gegen Frankreich*, Ziff. 50; *Sadaykov gegen Bulgarien*, Nr. 75157/01, 2. Mai 2008, Ziff. 23.

⁵³ EGMR *Amuur gegen Frankreich*, Ziff. 50; *Rashed gegen Tschechische Republik*, Nr. 298/07, 27. November 2008, Ziff. 73.

⁵⁴ EGMR *Rusu gegen Österreich*, Nr. 34082/02, 2. Oktober 2008, Ziff. 54–58.

⁵⁵ EGMR *Nabil und andere gegen Ungarn*, Nr. 62116/12, 22. September 2015, Ziff. 40–43.

Begriff der 'Willkür' meint mehr als das Fehlen von Unvereinbarkeit mit dem nationalen Recht. Ein Freiheitsentzug kann mit anderen Worten aus der Sicht des nationalen Rechts rechtmässig, aber gleichwohl willkürlich und damit konventionswidrig sein [...]. Ausserdem geht aus der Rechtsprechung klar hervor, dass der Begriff der Willkür im Zusammenhang mit Artikel 5 je nach der in Frage stehenden Art der Haft bis zu einem gewissen Grad unterschiedlich zu verstehen ist."⁵⁶

1.1.2. Haft nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f

Allgemeines

30. Haft im Zusammenhang mit Migration ist in Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f EMRK geregelt. Die Bestimmung sieht zwei unterschiedliche Konstellationen vor: Der Freiheitsentzug ist zulässig "zur Verhinderung der unerlaubten Einreise" (erster Satzteil), sowie "bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist" (zweiter Satzteil).

31. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f verlangt nicht, dass die Haft tatsächlich notwendig ist.⁵⁷ Insofern gewährt Buchstabe f nicht den gleichen Schutz wie die anderen Buchstaben von Absatz 1, insbesondere Buchstabe c. Im Urteil *Rusu gegen Österreich* – der Fall betraf eine Ausschaffung – hat der Gerichtshof ausgeführt⁵⁸:

"Die Haft der Beschwerdeführerin fällt unter Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f EMRK. Der Gerichtshof erinnert daran, dass diese Bestimmung nur verlangt, dass 'ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist'. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f verlangt nicht, dass die Haft einer Person, gegen die ein Ausweisungsverfahren im Gange ist, als notwendig angesehen wird, etwa zur Verhinderung von Straftaten oder wegen Fluchtgefahr. Insofern gewährt Buchstabe f nicht den gleichen Schutz wie Buchstabe c (vgl. *Čonka gegen Belgien*, Nr. 51564/99, 5. Februar 2002], Ziff. 38, und *Chahal gegen*

⁵⁶ EGMR *Saadi gegen Vereinigtes Königreich* [GK], Ziff. 67.

⁵⁷ *Ibid.*, Ziff. 72; EGMR *Rusu gegen Österreich*, Ziff. 52; *Čonka gegen Belgien*, Nr. 51564/99, 5. Februar 2002, Ziff. 38; *Chahal gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 22414/93, 15. November 1996 [GK], Ziff. 112–113.

⁵⁸ EGMR *Rusu gegen Österreich*, Ziff. 52.

Vereinigtes Königreich, Urteil vom 15 November 1996, *Recueil* 1996-V, S.1862-63, Ziff. 112–13)."

32. Ungeachtet dieser Differenzierung muss auch eine auf Buchstabe f abgestützte Haft mit dem Ziel von Artikel 5 EMRK vereinbar sein, also dem Schutz vor Willkür.

33. Um nicht als willkürlich qualifiziert zu werden, muss eine auf Buchstabe f abgestützte Haft (in beiden Konstellationen⁵⁹) den allgemeinen Kriterien genügen, welche der Gerichtshof entwickelt hat. Nach diesen Kriterien⁶⁰

- i. muss die Haft in guten Treuen angeordnet werden;
- ii. muss die Haft eng mit dem Zweck verbunden sein, den sie verfolgt;
- iii. müssen Ort und Haftbedingungen angemessen sein, denn "die Massnahme trifft nicht mutmassliche Straftäter, sondern Fremde, die, oft aus Angst um ihr Leben, aus ihrer Heimat geflohen sind"⁶¹;
- iv. darf die Haft nicht die Dauer überschreiten, die angemessen ist, um den verfolgten Zweck zu erreichen;
- v. muss das Verfahren mit der nötigen Sorgfalt und Zügigkeit geführt werden⁶²;
- vi. muss eine realistische Aussicht darauf bestehen, dass die Ausweisung vollzogen werden kann (betrifft die zweite Konstellation von Bst. f)⁶³.

Haft zur Verhinderung der unerlaubten Einreise

34. Im Fall *Saadi* hat der Gerichtshof entschieden, dass jede Einreise "unerlaubt" ist, solange der Staat sie nicht bewilligt hat. Die Haft von Asylsuchenden und anderen Migrantinnen und Migranten vor

⁵⁹ EGMR *Saadi gegen Vereinigtes Königreich*, Ziff. 73.

⁶⁰ *Ibid.*, Ziff. 74. Siehe auch EGMR *Suso Musa gegen Malta*, Ziff. 93; *Longa Yonkeu gegen Lettland*, Ziff. 134.

⁶¹ EGMR *Saadi gegen Vereinigtes Königreich*, Ziff. 74, mit Verweis auf *Amuur gegen Frankreich*, Ziff. 43.

⁶² EGMR *Chahal gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 22414/93, 15. November 1996 [GK], Ziff. 113. Siehe auch EGMR *Singh gegen Tschechische Republik*, Nr. 60538/00, 25. Januar 2005, Ziff. 61–68; *Raza gegen Bulgarien*, Nr. 31465/08, 11. Februar 2010, Ziff. 71–75; *M. und andere gegen Bulgarien*, Nr. 41416/08, 26. Juli 2011, Ziff. 61–77; *Auad gegen Bulgarien*, Nr. 46390/10, 11. Oktober 2011, Ziff. 128–135.

⁶³ EGMR *Louled Massoud gegen Malta*, Nr. 24340/08, 27. Juli 2010, Ziff. 69.

Erteilung der Einreisebewilligung fällt, so der EGMR, unter Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f, erster Satzteil, und ist mit dieser Bestimmung vereinbar.⁶⁴ Die Begründung dafür ist im Urteil *Musa Suso gegen Malta*⁶⁵ zusammengefasst:

"Im Fall *Saadi* (a.a.O., §§ 64–66) hat sich der Gerichtshof erstmals zur Auslegung der ersten in Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f geregelten Konstellation geäußert, also des Satzteils 'zur Verhinderung der unerlaubten Einreise'. Er führte aus, dass jede Einreise, solange sie nicht bewilligt worden ist, 'unerlaubt' ist, und die Haft einer Person, die einreisen möchte, dafür eine Bewilligung benötigt, diese aber noch nicht hat, als Haft 'zur Verhinderung der unerlaubten Einreise' anzusehen ist, ohne den Wortlaut zu überdehnen. Der Auffassung, wonach eine Asylbewerberin oder ein Asylbewerber, die oder der sich selbst zur Migrationsbehörde begibt, 'erlaubt' einreist, mit der Folge, dass eine Inhaftierung nicht unter den ersten Satzteil von Buchstabe f fallen würde, folgte der Gerichtshof nicht. Er hielt fest, dass eine Auslegung, nach welcher der erste Satzteil nur bei Personen zur Anwendung käme, die erwiesenermassen versucht haben, Einreisebeschränkungen zu umgehen, zu eng wäre und die Befugnis des Staates, sein unbestreitbares Recht auf Kontrolle auszuüben, übermässig einschränken würde. Eine solche Auslegung stünde auch nicht im Einklang mit der Schlussfolgerung Nr. 44 des Programms des Expertenausschusses des Hochkommissariats für Flüchtlinge, den Richtlinien des HCR und der Empfehlung des Ministerkomitees (s. Ziff. 34–35 und Ziff. 37 des Urteils *Saadi*). Diese Texte sehen bei Vorliegen gewisser Umstände die Haft von asylsuchenden Personen vor, beispielsweise während ihre Identität überprüft wird oder wenn es darum geht, Sachverhaltselemente abzuklären, auf die sich das Asylgesuch abstützt."

35. Die Beantwortung der Frage, von welchem Moment an die erste in Buchstabe f geregelte Konstellation nicht mehr anwendbar ist, hängt weitgehend davon ab, ob der betroffenen Person gestützt auf die innerstaatliche Gesetzgebung die formelle Bewilligung erteilt

⁶⁴ EGMR *Saadi gegen Vereinigtes Königreich* [GK], Ziff. 65–66.

⁶⁵ EGMR *Suso Musa gegen Malta*, Ziff. 90.

wurde zu bleiben bzw. einzureisen. Im Urteil *Musa Suso gegen Malta* hat der EGMR dazu Folgendes ausgeführt:⁶⁶

"Wenn ein Staat, der über seine Verpflichtungen [sc. aus der EMRK] hinaus zusätzliche Rechte oder eine günstigere Regelung vorsieht – diese Möglichkeit steht ihm gemäss Art. 53 EMRK zu –, aus eigenem Antrieb oder gestützt auf EU-Recht eine Gesetzgebung verabschiedet, welche Migrantinnen und Migranten ausdrücklich die Einreise oder das Verbleiben während der Hängigkeit ihres Gesuchs erlaubt [...], kann jede in der Folge zur Verhinderung der illegalen Einreise angeordnete Haft in der Tat Fragen betreffend die Rechtmässigkeit dieser Haft nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f aufwerfen. Denn unter solchen Umständen könnte kaum mehr gesagt werden, die Haft sei eng mit dem Zweck verbunden, den sie verfolgt, und sie sei mit dem innerstaatlichen Recht vereinbar. Klare und präzise Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts gegen ihren Sinn auszulegen, wäre tatsächlich willkürlich und stünde damit im Widerspruch zu Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f."

36. Im Licht des Vorstehenden legt die Rechtsprechung des EGMR zur ersten in Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f geregelten Konstellation den Schluss nahe, dass die Haft einer Person Fragen der Rechtmässigkeit im Sinn dieser Bestimmung aufwerfen kann, wenn das nationale Recht während der Hängigkeit des Asylgesuchs Einreise und Aufenthalt zulässt.⁶⁷

Haft im Hinblick auf ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren

37. Der Freiheitsentzug von Personen, die eine Ausweisung oder Auslieferung zu gewärtigen haben, ist im zweiten Satzteil von Buchstabe f geregelt.⁶⁸ Diese Massnahmen können nicht vollzogen werden, solange kein Entscheid über das Asylgesuch gefällt worden ist.⁶⁹ Der Gerichtshof hat aber festgehalten, dass die einzige Voraussetzung, die für die Rechtfertigung der Haft erfüllt sein muss, darin besteht, dass "Handlungen mit Blick auf die Ausweisung

⁶⁶ *Ibid.*, Ziff. 97.

⁶⁷ *Idem*; siehe auch EGMR *O.M. gegen Ungarn*, Nr. 9912/15, 5. Juli 2016, Ziff. 47.

⁶⁸ EGMR *Chahal gegen Vereinigtes Königreich* [GK], Ziff. 112.

⁶⁹ EGMR *R.U. gegen Griechenland*, Nr. 2237/08, 7. Juni 2011, Ziff. 94; *S.D. gegen Griechenland*, Nr. 53541/07, 11. Juni 2009, Ziff. 62.

vorgenommen werden"⁷⁰. Das heisst aber auch, dass die Haft nur dann mit Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f vereinbar ist, wenn das Verfahren vorwärts geht und mit der "gebotenen Zügigkeit" geführt wird.⁷¹ Besteht keine realistische Aussicht darauf, dass die Ausweisung/Auslieferung vollzogen werden kann,⁷² oder wird das Verfahren nicht zügig geführt,⁷³ wird die Haft rechtswidrig. In diesem Sinn ist das Erfordernis der Verhältnismässigkeit in Buchstabe f nicht gleich zu verstehen wie in Buchstabe b (dazu nachstehend 1.1.3). So hat der Gerichtshof im Fall *Saadi* ausgeführt⁷⁴:

"Wurde einer Person gestützt auf Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f die Freiheit entzogen, hat die Grosse Kammer in Auslegung des zweiten Satzteils von Buchstabe f entschieden, dass die Haft nicht wirklich notwendig zu sein braucht (z.B. um die betroffene Person daran zu hindern, eine Straftat zu begehen oder zu fliehen), solange nur die Person 'im Rahmen' eines Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahrens inhaftiert wurde, d.h. ein solches Verfahren 'im Gange' war (*Chahal*, a.a.O., Ziff. 112). In diesem Fall *Chahal* hat die Grosse Kammer ausserdem befunden, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f nur insoweit zur Anwendung kommt, als die Dauer der Haft nicht über Gebühr verlängert werden darf: 'allein der Fortgang des Verfahrens rechtfertigt den auf diese Bestimmung abgestützten Freiheitsentzug; wird das Verfahren nicht mit der nötigen Zügigkeit geführt, ist die Haft nicht mehr gerechtfertigt' (*Chahal*, a.a.O., § 113; vgl. auch *Gebremedhin [Gaberamadhien] gegen Frankreich*, Nr. 25389/05, Ziff. 74, CEDH 2007-II)."

38. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Haft willkürlich war, prüft der Gerichtshof, ob den Staaten in Fällen, in denen keine Aussicht auf sofortige Rückschaffung bestand oder die Behörden den Fall nicht mit

⁷⁰ EGMR *Chahal gegen Vereinigtes Königreich*, [CG], 15. November 1996, Ziff. 112; *Rusu gegen Österreich*, Ziff. 52.

⁷¹ EGMR *Chahal gegen Vereinigtes Königreich* [GK], Ziff. 113; *A. und andere gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 3455/05, 19. Februar 2009 [GK], Ziff. 164; *Singh gegen Tschechische Republik*, Ziff. 61–68; *Raza gegen Bulgarien*, Ziff. 71–75; *M. und andere gegen Bulgarien*, Ziff. 61–77; *Auad gegen Bulgarien*, Ziff. 127–135.

⁷² EGMR *Louled Massoud gegen Malta*, Ziff. 67; *Mikolenko gegen Estland*, Nr. 10664/05, 8. Oktober 2010, Ziff. 64–65.

⁷³ EGMR *Auad gegen Bulgarien*, Ziff. 130–135.

⁷⁴ EGMR *Saadi gegen Vereinigtes Königreich* [GK], Ziff. 72.

der nötigen Zügigkeit behandelt haben, andere Massnahmen zur Verfügung standen als die Haft zu verlängern.⁷⁵ Im Urteil *Louled Massoud gegen Malta* hat der Gerichtshof festgehalten:⁷⁶

"... es ist schwer vorstellbar, dass die Behörden auf einer kleinen Insel wie Malta, von der aus die Flucht über das Meer kaum möglich ist, ohne sein Leben zu gefährden, und die Flucht auf dem Luftweg strikten Kontrollen unterworfen ist, keine anderen Massnahmen zur Verfügung gehabt hätten als die Haft aufrecht zu erhalten, um mangels Aussicht auf sofortige Rückschaffung deren späteren Vollzug zu sichern."

1.1.3. Haft nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b EMRK

39. Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b erlaubt Festnahme oder Freiheitsentzug "zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung". Die Bestimmung kann im Kontext der Migration ebenfalls relevant sein. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs müssen verschiedene Kriterien erfüllt sein, damit eine so begründete Haft rechtmässig ist:

- i. der betroffenen Person obliegt eine Verpflichtung, die sie nicht erfüllt hat;
- ii. Festnahme und Freiheitsentzug müssen zum Ziel haben, die Erfüllung dieser Verpflichtung sicherzustellen;
- iii. Festnahme und Freiheitsentzug dürfen keinen Strafcharakter haben;
- iv. die der Person obliegende Verpflichtung muss präzise und konkret sein;

⁷⁵ EGMR *Louled Massoud gegen Malta*, Ziff. 68; *Mikolenko gegen Estland*, Ziff. 67. Siehe auch *Raza gegen Bulgarien*, Ziff. 73–75 (hier war die Ausweisung des inhaftierten Beschwerdeführers blockiert, weil er die erforderlichen Reisedokumente nicht hatte. Der EGMR hat dem Umstand besondere Bedeutung beigemessen, dass das Verfahren nicht mit der nötigen Zügigkeit geführt worden war, und festgehalten, die Behörden hätten andere Möglichkeiten gehabt als die Haft zu verlängern). In anderen Fällen hat der Gerichtshof die Prüfung von Haftalternativen auch im Zusammenhang mit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen nach Art. 39 seiner Verfahrensordnung erwähnt, vgl. z.B. EGMR *Keshmiri gegen Türkei* (Nr. 2), Nr. 22426/10, 17. Januar 2012, Ziff. 34 (der Beschwerdeführer blieb inhaftiert, ohne dass alternative Lösungen gesucht worden wären); *Azimov gegen Russland*, Nr. 67474/11, 18. April 2013 Ziff. 169–174 (der Beschwerdeführer blieb inhaftiert, ohne dass die Aufrechterhaltung der Haft überprüft und "alternative Massnahmen" in Erwägung gezogen worden wären); *Ermakov gegen Russland*, Nr. 43165/10, 7. November 2013, Ziff. 252 (hier war die Haft des Beschwerdeführers befristet und weniger strikte Präventivmassnahmen waren erwogen worden).

⁷⁶ EGMR *Louled Massoud gegen Malta*, Ziff. 68.

- v. Festnahme und Freiheitsentzug müssen tatsächlich notwendig sein, um die Verpflichtung durchzusetzen;⁷⁷
- vi. die Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtung kann nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden;
- vii. das Verhältnismässigkeitsprinzip ist zu beachten, insbesondere muss ein Gleichgewicht hergestellt werden zwischen der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft, die unmittelbare Erfüllung der in Frage stehenden Verpflichtung sicherzustellen, und der Bedeutung des Rechts auf Freiheit.⁷⁸

40. Bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer Festnahme oder eines Freiheitsentzugs nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b berücksichtigt der Gerichtshof die drei folgenden Hauptfaktoren: "[1] die Art der Verpflichtung, wie sie sich aus dem einschlägigen Gesetz ergibt, einschliesslich seines Gegenstands und Zwecks, [2] die betroffene Person und die besonderen Umstände, die zur Haft geführt haben, und schliesslich [3] deren Dauer."⁷⁹ Sobald die in Frage stehende Verpflichtung erfüllt wurde, fällt die Grundlage für eine Haft nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b dahin.⁸⁰

41. Im Vergleich mit Buchstabe f verlangt Buchstabe b, dass Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit in jedem einzelnen Fall evaluiert.

1.2. Verfahrensrechtliche Garantien

Angabe von Gründen

42. Damit eine inhaftierte Person die Rechtmässigkeit der Haft bestreiten kann, ist es wichtig, dass die Anforderungen von Artikel 5 Absatz 2 EMRK eingehalten werden. Nach dieser Bestimmung "[muss] jeder festgenommenen Person [...] innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden." Erst diese Information macht es ihr möglich, gestützt auf Artikel 5 Absatz 4 EMRK die Rechtmässigkeit der Haft zu bestreiten. Wie der Gerichtshof festgehalten hat,

⁷⁷ EGMR O.M. *gegen Ungarn*, Ziff. 42.

⁷⁸ *Ibid.*, Ziff. 43, *Saadi gegen Vereinigtes Königreich* [GK], Ziff. 70.

⁷⁹ O.M. *gegen Ungarn*, Ziff. 44.

⁸⁰ *Ibid.*, Ziff. 42.

entspricht die "Festnahme", von der in Artikel 5 Absatz 2 die Rede ist, der "Haft".⁸¹ Die Informationspflicht nach Artikel 5 Absatz 2 gilt für alle in Absatz 1 vorgesehenen Haftarten,⁸² und Absatz 2 gibt Anspruch darauf, dass jeder Fall einzeln geprüft wird.⁸³ Unterbleibt die Information über die Haftgründe, kann dies die Rechtswidrigkeit einer auf Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f abgestützten Haft zur Folge haben.⁸⁴

43. Die Information über die Motive der Haft muss "die wesentlichen rechtlichen und faktischen Gründe" für den Freiheitsentzug enthalten.⁸⁵ Die Sprache, mit der diese Gründe vermittelt werden, soll "eine einfache, keine technische Sprache [sein], die [die inhaftierte Person] verstehen kann"⁸⁶, und die Information muss in möglichst kurzer Frist erfolgen.⁸⁷

Überprüfung der Haftentscheide (habeas corpus)

44. Artikel 5 Absatz 4 EMRK bestimmt, dass jede Person, der die Freiheit entzogen wurde, "das Recht [hat] zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn die Freiheitsentziehung nicht rechtmässig ist". Die Garantie gilt für jede Haft, die nicht durch eine richterliche Behörde angeordnet worden ist.⁸⁸ Artikel 5 Absatz 4 enthält zwei Elemente, die im Rahmen der Überprüfung einer Haftentscheidung von Bedeutung sind: Die Überprüfung muss 1) "innerhalb kurzer Frist" erfolgen und 2) tatsächlich zugänglich und wirksam sein. Die inhaftierte Person muss über die gesamte Haftdauer eine rasche richterliche Kontrolle der

⁸¹ EGMR *Shamayev und andere gegen Georgien und Russland*, Nr. 36378/02, 12. April 2005, Ziff. 413–414.

⁸² EGMR *Kerr gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 40451/98, Teilentscheidung vom 7. Dezember 1999; *Fox, Campbell und Hartley gegen Vereinigtes Königreich*, Nrn. 12446/86, 12245/86, 12383/86, 30. August 1990, Ziff. 40.

⁸³ EGMR *Kerr gegen Vereinigtes Königreich*; *Murray gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 14310/88, 28. Oktober 1994 [GK], Ziff. 72; *Čonka gegen Belgien*, Ziff. 50.

⁸⁴ EGMR *Lopko und Touré gegen Ungarn*, Nr. 10816/10, 20. September 2011, Ziff. 24.

⁸⁵ EGMR *Kerr gegen Vereinigtes Königreich*; *Abdolkhani et Karimnia gegen Türkei*, Ziff. 136–138; *Rusu gegen Österreich*, Ziff. 36; *Kaboulov gegen Ukraine*, Nr. 41015/04, 19. November 2009, Ziff. 143.

⁸⁶ EGMR *Kerr gegen Vereinigtes Königreich*; *Čonka gegen Belgien*, Ziff. 50.

⁸⁷ EGMR *Saadi gegen Vereinigtes Königreich* [GK], Ziff. 81–85 (hier wurde eine Dauer von 76 Stunden als Verletzung von Art. 5 Abs. 2 angesehen); *Murray gegen Vereinigtes Königreich* [GK], Ziff. 77–80 (ebenso eine Dauer von 1 Stunde, 15 Minuten, vom Moment der Festnahme an gerechnet).

⁸⁸ EGMR *Shamsa gegen Polen*, Ziff. 59.

Rechtmässigkeit der Haft erwirken können.⁸⁹ Zugänglichkeit und Wirksamkeit der Kontrolle können beeinträchtigt sein, wenn der Zugang zu einer Anwältin oder einem Anwalt verweigert oder erschwert wird.⁹⁰ Unter Hinweis darauf, dass die Konvention "nicht theoretische oder illusorische, sondern konkrete und effektive Rechte" schützen will, hat der Gerichtshof die Bedeutung rechtlichen Beistands hervorgehoben, wenn inhaftierte Personen Rechtsmittel einlegen,⁹¹ insbesondere die Rechtmässigkeit der Inhaftierung bestreiten wollen⁹². Die Mitgliedstaaten haben die Pflicht, einen Rechtsbeistand zu bezeichnen, um die inhaftierte Person in die Lage zu versetzen, Rekurs einzulegen. Diese Pflicht kann sich aus Gesetz oder "aus der Komplexität des Verfahrens oder des Falles"⁹³ ergeben. Wird der Zugang zu rechtlichem Beistand verweigert oder ist er erschwert, kann dies dazu führen, dass das in Artikel 5 Absatz 4 garantierte Recht, den Haftentscheid überprüfen zu lassen, nicht wirklich zugänglich oder wirksam war.⁹⁴

45. Auch das Ministerkomitee hat die Bedeutung hervorgehoben, die einer raschen und verständlichen Orientierung zukommt, und zwar Orientierung über die rechtlichen und faktischen Haftgründe sowie über die Rechtsbehelfe, mit denen die Rechtmässigkeit der Haft bestritten werden kann.⁹⁵ In gleicher Weise wurden der Zugang zu Anwältinnen und Anwälten, die Verpflichtung der Behörde, rechtlichen Beistand zur Verfügung zu stellen,⁹⁶ und die Verpflichtung, Haftentscheide von Amtes wegen oder auf Gesuch hin zu kontrollieren,⁹⁷ hervorgehoben.

⁸⁹ EGMR *Abdolkhani und Karimnia gegen Türkei*, Ziff. 139.

⁹⁰ *Ibid.*, Ziff. 139–142; *Rahimi gegen Griechenland*, Nr. 8687/08, 5. April 2011, Ziff. 120.

⁹¹ EGMR *Čonka gegen Belgien*, Ziff. 44–46.

⁹² *Ibid.*, Ziff. 55.

⁹³ EGMR *Airey gegen Irland*, Nr. 6289/73, 9. Oktober 1979, Ziff. 26.

⁹⁴ EGMR *Abdolkhani et Karimnia gegen Türkei*, Ziff. 139–142; *Rahimi gegen Griechenland*, Ziff. 120.

⁹⁵ 20 Leitlinien des Ministerkomitees zur Frage der erzwungenen Rückkehr, Leitlinie 6 Ziff. 2; Leitlinien zum Schutz der Menschenrechte im beschleunigten Asylverfahren, vom Ministerkomitee anlässlich der 1062. Sitzung der Ministerdelegierten verabschiedet, Leitlinie XI. Ziff. 5.

⁹⁶ 20 Leitlinien des Ministerkomitees zur Frage der erzwungenen Rückkehr, Leitlinien 6 Ziff. 2 und 9 Ziff. 2; Leitlinien zum Schutz der Menschenrechte im beschleunigten Asylverfahren, Leitlinie XI. Ziff. 5 und 6; Empfehlung Rec(2003)5 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten betreffend Haftmassnahmen bei Asylbewerbern (vom Ministerkomitee am 13. April 2003 anlässlich der 837. Sitzung der Ministerdelegierten verabschiedet, Ziff. 17. Siehe auch Europäischer Ausschuss zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe ("CPT"), Factsheet zur ausländerrechtlichen Haft, März 2017.

⁹⁷ 20 Leitlinien des Ministerkomitees zur Frage der erzwungenen Rückkehr, Leitlinie 8 Ziff. 2; Empfehlung Rec(2003)5, Ziff. 5.

1.3. Pflicht zur Prüfung von Haftalternativen (andere Organe des Europarats)

46. Während der Gerichtshof die Pflicht, Alternativen zur Haft zu prüfen, im besonderen Kontext verletzlicher Personen prüft,⁹⁸ halten andere Organe des Europarats klar dafür, dass diese Prüfung in allen Fällen stattfinden muss. Es besteht weitgehend Einigkeit, dass Haft nur zulässig ist, wenn (1) sie auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise angeordnet wurde und (2) nach sorgfältiger individueller Prüfung der Notwendigkeit einer Inhaftierung erstellt ist, dass im konkreten Fall mildere Massnahmen nicht wirksam wären.⁹⁹ Es muss also immer die Möglichkeit von Alternativen geprüft werden, die im konkreten Fall in Frage kommen könnten.¹⁰⁰ Erst wenn solche Alternativen als nicht wirksam befunden werden, kann Haft angeordnet werden.¹⁰¹

47. Unter anderem die Parlamentarische Versammlung hat gewisse Anhaltspunkte zur Umsetzung von Haftalternativen gegeben. Sie hat die Mitgliedstaaten ermutigt, in ihrer Gesetzgebung eine Vermutung zugunsten der Freiheit aufzustellen, und in Gesetz und Praxis einen rechtlichen und institutionellen Rahmen zu schaffen, der sicherstellt, dass Alternativen zuerst geprüft werden.¹⁰² Weiter hat sie die Mitgliedstaaten aufgefordert, die Umsetzung dieser Massnahmen klar zu regeln und dafür zu sorgen, dass ihre Anwendung menschenrechtlich abgesichert ist, namentlich die Grundsätze der Erforderlichkeit, Verhältnismässigkeit und Nichtdiskriminierung beachtet.¹⁰³ Die individuellen Umstände und eine besondere

⁹⁸ S.u. Ziff. 1.4.1; 1.4.3.

⁹⁹ Leitlinien des Ministerkomitees zum Schutz der Menschenrechte im beschleunigten Asylverfahren, Leitlinie XI. Ziff. 4; Empfehlung Rec(2003)5, Ziff. 4 und 6; 20 Leitlinien des Ministerkomitees zur Frage der erzwungenen Rückkehr, Leitlinie 6 Ziff. 1; Parlamentarische Versammlung, Resolution 1707(2010), Administrativhaft von Asylbewerbern und illegalen Migranten in Europa, Ziff. 9.1.1–9.1.7.

¹⁰⁰ Ministerkomitee, Empfehlung Rec(2003)5, Ziff. 6.

¹⁰¹ *Ibid.*, Ziff. 4 und 6; 20 Leitlinien des Ministerkomitees zur Frage der erzwungenen Rückkehr, Leitlinie 6 Ziff. 1; Parlamentarische Versammlung, Resolution 1707(2010), Ziff. 9.1.1; Kommissar für Menschenrechte, *Le carnet des droits de l'homme, Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants*, 31/01/2017; Kommissar für Menschenrechte, Dokument CommDH(2015)12, 5. Oktober 2016, Ziff. 140; CPT, Factsheet zur ausländerrechtlichen Haft. Der CPT verwendet folgende Formulierung: "Alternativen zur Haft sollten entwickelt und wo immer möglich angewendet werden".

¹⁰² Parlamentarische Versammlung, Resolution 1707(2010), Ziff. 9.3.1–9.3.2.

¹⁰³ *Ibid.*, Ziff. 9.3.2–9.3.3.

Verletzlichkeit der betroffenen Personen sollten immer berücksichtigt werden, und die Alternativen sollten regelmässig durch eine unabhängige richterliche Instanz oder eine andere zuständige Behörde überprüft werden.¹⁰⁴

48. Auch der Kommissar für Menschenrechte hat die hier beschriebenen Empfehlungen wiederholt unterstützt und sie an die Mitgliedstaaten weitergegeben.¹⁰⁵ Kürzlich hat er die Staaten aufgefordert, vermehrt in Haftalternativen zu investieren und sicherzustellen, dass die Verpflichtung, solche weniger einschneidenden Massnahmen vorzusehen, in Gesetzgebung und Politik klar herausgestellt wird. Ausserdem hat er dazu aufgerufen, "ein umfassendes Programm praktikabler und zugänglicher Alternativen aufzustellen, das auf die unterschiedlichen Bedürfnisse und Umstände ausgerichtet ist".¹⁰⁶

1.4. Positive Verpflichtungen bei verletzlichen Personen

1.4.1. Rechtsprechung des Gerichtshofs

Allgemeines

49. Der Gerichtshof hat Verletzlichkeit als eigenständiges Konzept zum ersten Mal 1981 thematisiert.¹⁰⁷ In der Folge fand sich dieser Begriff immer häufiger in der Rechtsprechung.¹⁰⁸ Der Gerichtshof hat mehrfach unterstrichen, dass gewisse Individuen oder Gruppen verletzlicher sind als andere und besonderer Fürsorge und besonderen Schutzes bedürfen. Er hat überdies anerkannt, dass sich eine Person aufgrund spezifischer Umstände in einer Situation

¹⁰⁴ *Ibid.*, Ziff. 9.3.3.

¹⁰⁵ Vgl. z.B. Kommissar für Menschenrechte, *Le carnet des droits de l'homme, Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants*, 31. Januar 2017, Dokument CommDH(2016)31, Ziff. 122; vgl. auch Dokument CommDH(2011)17, 9. Juni 2011, Ziff. 17.

¹⁰⁶ Kommissar für Menschenrechte, *Le carnet des droits de l'homme, Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants* [wie vorstehende FN].

¹⁰⁷ EGMR *Dudgeon gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, 22. Oktober 1981.

¹⁰⁸ Die Thematik wurde im 20. Jahrhundert noch sehr selten untersucht, aber im Jahr 2012, um nur ein Beispiel zu nennen, kam der Begriff Verletzlichkeit in mehr als 80 Urteilen vor.

qualifizierter Verletzlichkeit befinden kann. So hat sich die Frage der Verletzlichkeit unter anderem gestellt bei Kindern, bei Asylbewerberinnen und Asylbewerbern, bei Personen mit schweren gesundheitlichen Problemen (auch solche psychischer Natur), bei LGBTI-Personen, bei Staatenlosen, bei Opfern von Menschenhandel, bei Schwangeren, bei Opfern von Folter, Misshandlungen und häuslicher Gewalt, bei älteren Personen sowie bei Personen mit einer Behinderung.¹⁰⁹

Der besondere Kontext der Haft

50. Der Gerichtshof widmet dem Konzept der Verletzlichkeit im Bereich der Haft, v.a. der Strafhaft, besondere Aufmerksamkeit. Er anerkennt, dass jeder Haft an sich schon ein gewisses Mass an Leiden und Erniedrigung inhärent ist.¹¹⁰ Von daher legt die Rechtsprechung zu Artikel 3 EMRK den Schluss nahe, dass Verletzlichkeit zu weitergehenden positiven Verpflichtungen führt, vor allem wenn Haft im Spiel ist.¹¹¹

"In Bezug auf Gefangene hat der Gerichtshof schon in früheren Fällen festgehalten, dass eine inhaftierte Person nicht den Schutz ihrer durch die Konvention garantierten Rechte verliert, nur weil sie in Haft ist. Inhaftierte Personen befinden sich im Gegenteil in einer Situation der Verletzlichkeit, und die Behörden sind verpflichtet, diese Personen zu schützen. Nach Artikel 3 muss der Staat sicherstellen, dass sie unter Bedingungen inhaftiert sind, die mit der Achtung der Menschenwürde vereinbar sind, dass sie durch die Vollzugsmodalitäten nicht grösserem Leiden und grösserer Härte ausgesetzt werden, als sie mit jeder Haft zwangsläufig verbunden sind, und dass im Rahmen der praktischen Bedürfnisse des Strafvollzugs Gesundheit und Wohlergehen dieser Personen angemessen gewährleistet werden."

¹⁰⁹ Die Liste ist nicht abschliessend, und die aufgezählten Personen, Gruppen und Situationen wurden nicht unbedingt im Zusammenhang mit Migration/Haft erwähnt. Die Liste soll nur einen Überblick über die Rechtsprechung des EGMR zum Konzept der Verletzlichkeit geben.

¹¹⁰ EGMR *S.D. gegen Griechenland*, Ziff. 47; *Riad und Idiab gegen Belgien*, Nrn. 29787/03 und 29810/03, 24. Januar 2008, Ziff. 99; *Mahmundi und andere gegen Griechenland*, Nr. 14902/10, 31. Juli 2012, Ziff. 62.

¹¹¹ EGMR *Orchowski gegen Polen*, Nr. 17885/04, 22. Oktober 2009, Ziff. 120.

51. Die Rechtsprechung ist *a fortiori* auf die ausländerrechtliche Haft anwendbar, wo Leid und Härte sogar noch stärker sein können als bei einer Strafhaft, und "die Massnahme nicht bei Straftäterinnen und Straftätern zum Zug kommt, sondern bei Ausländerinnen und Ausländern, die, oft aus Angst um ihr Leben, aus ihrer Heimat geflohen sind"¹¹².

52. Die Tatsache, dass der Gerichtshof das Konzept der Verletzlichkeit vermehrt in den Vordergrund stellt, hat Konsequenzen für die Mitgliedstaaten. Verletzliche Personen und Gruppen und/oder Personen, die sich in einer Situation der Verletzlichkeit befinden, sind besonders schutzbedürftig¹¹³, und der den Staaten zustehende Ermessensspielraum ist eingeschränkt.

53. Weiter hat der Gerichtshof die aus Artikel 3 EMRK folgenden positiven Verpflichtungen der Staaten hervorgehoben, angemessene Massnahmen zu ergreifen, um den verletzlichsten Mitgliedern der Gesellschaft angemessene Betreuung und angemessenen Schutz zuteilwerden zu lassen.¹¹⁴ Bei der Frage, ob das von Artikel 3 EMRK geforderte Mindestmass an Schwere erreicht ist, sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen, namentlich die Dauer der fraglichen Behandlung sowie deren physische und psychische Auswirkungen. In gewissen Fällen kann der Gerichtshof auch Faktoren wie Gesundheitszustand, Alter und Geschlecht einer Person in Betracht ziehen.¹¹⁵

54. Im Rahmen von Artikel 5 Absatz 1 EMRK können der Vollzugsort und das Vollzugsregime Einfluss auf die Rechtmässigkeit

¹¹² *Saadi gegen Vereinigtes Königreich* [GK], Ziff. 74, mit zustimmendem Verweis auf *Amuur gegen Frankreich*, Ziff. 43. Im gleichen Sinn haben u.a. das Ministerkomitee, die Parlamentarische Versammlung und der CPT unterstrichen, dass Asylsuchende und Migrantinnen und Migranten nicht zusammen mit Gefangenen untergebracht werden sollten. Vielmehr sollten materielle Bedingungen und ein Vollzugsregime zur Verfügung gestellt werden, die ihrem rechtlichen Status angemessen sind. Vgl. Ministerkomitee, Empfehlung Rec(2003)5, Ziff. 10; 20 Leitlinien zur Frage der erzwungenen Rückkehr, Leitlinie 10, Ziff. 1 und 4; Parlamentarische Versammlung, Resolution 1707(2010), Ziff. 9.2.2. und 9.2.5–9.2.6; CPT, Factsheet zur ausländerrechtlichen Haft, März 2017, S. 1.

¹¹³ EGMR *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*, Nr. 30696/09, 21. Januar 2011 [GK], Ziff. 251.

¹¹⁴ EGMR *Rahimi gegen Griechenland*, Ziff. 87.

¹¹⁵ EGMR *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien*, Nr. 13178/03, 12. Oktober 2006, Ziff. 48; *Tarakhel gegen Schweiz*, Nr. 29217/12, 4. November 2014 [GK], Ziff. 118.

der Haft haben.¹¹⁶ Die "extreme Verletzlichkeit" kann diesbezüglich eine Rolle spielen.¹¹⁷ Tatsächlich können besondere Verletzlichkeiten Haft ausschliessen. So hat der Gerichtshof im Fall *Thimothawes gegen Belgien* an seine Rechtsprechung erinnert,¹¹⁸ wonach

"... standardisierte oder automatische Haftentscheide bei Asylbewerberinnen und Asylbewerbern, ohne individuelle Beurteilung der besonderen Bedürfnisse der betroffenen Personen, mit Blick auf Artikel 5 Absatz 1 Probleme aufwerfen [können]. Entsprechend hat der Gerichtshof befunden, dass die Behörden prüfen müssen, ob die Haft nicht durch weniger radikale Massnahmen ersetzt werden könnte. Diese Prüfung soll zeigen, ob die betroffenen Personen eine besondere Verletzlichkeit aufweisen, welche einer Inhaftierung entgegensteht (vgl. z.B. in Bezug auf begleitete Minderjährige *Muskhadzhiyeva und andere*, a.a.O., *Kanagaratnam*, a.a.O., Ziff. 94, *Popov gegen Frankreich*, Nrn. 39472/07 und 39474/07, Ziff. 119, 19. Januar 2012, sowie *A.B. und andere gegen Frankreich*, Nr. 11593/12, Ziff. 123, 12. Juli 2016; betreffend unbegleitete Minderjährige vgl. *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien*, Nr. 13178/03, Ziff. 99–104, CEDH 2006-XI, *Rahimi*, a.a.O., Ziff. 108–110, und *Housein gegen Griechenland*, Nr. 71825/11, Ziff. 76, 24. Oktober 2013; in Bezug auf kranke Personen *Yoh-Ekale Mwanje gegen Belgien*, Nr. 10486/10, Ziff. 124, 20. Dezember 2011). In einigen Fällen hat der Gerichtshof die generalisierte Politik bei der ausländerrechtlichen Haft in Frage gestellt (*Suso Musa gegen Malta*, Nr. 42337/12, Ziff. 100, 23. Juli 2013, und *Abdullahi Elmi und Aweys Abubakar gegen Malta*, Nrn. 25794/13 und 28151/13, Ziff. 146, 22. November 2016; vgl. auch die Urteile *Rusu*, a.a.O., Ziff. 57–58, und *Nabil und andere gegen Ungarn*, Nr. 62116/12, Ziff. 40–43, 22. September 2015, beides Fälle, in denen das innerstaatliche Recht den Nachweis verlangte, dass die Haft notwendig ist)."

¹¹⁶ EGMR *Aerts gegen Belgien*, Nr. 61/2997/845/1051, 30. Juli 1998, Ziff. 46; *Bizzotto gegen Griechenland*, Nr. 22126/93, 15. November 1996, Ziff. 31; *Ashingdane gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 8225/78, 28. Mai 1985, Ziff. 44; *Saadi gegen Vereinigtes Königreich* [GK], Ziff. 74.

¹¹⁷ EGMR *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien*, Ziff. 102–105, mit Zustimmung zitiert in EGMR *Muskhadzhiyeva und andere gegen Belgien*, Nr. 41442/07, 19. Januar 2010, Ziff. 73–75.

¹¹⁸ EGMR *Thimothawes gegen Belgien*, Ziff. 73.

55. Vor diesem Hintergrund kann man festhalten, dass die Praxis des EGMR zum Konzept der Verletzlichkeit den Anwendungsbereich der Haft bei illegal eingereisten Personen einschränkt; dabei gilt Asylbewerberinnen und Asylbewerbern und Kindern ein besonderes Augenmerk – sie müssen als besonders verletzbare Menschen behandelt werden. In diesen Fällen erachtet der Gerichtshof die Haft als rechtswidrig, wenn der mit ihr verfolgte Zweck auch mit mildereren Massnahmen erreicht werden könnte.¹¹⁹ Alternativen zur Haft sind gründlich zu prüfen, und Haft muss grundsätzlich ausgeschlossen sein bzw. kann nur bei Vorliegen sehr gewichtiger Gründe, d.h. als letztes Mittel angeordnet werden.

Erkennen von Verletzlichkeit

56. Für den Schutz vor willkürlicher Haft und für die wirksame Anwendung von Haftalternativen ist die Identifizierung der verletzlichen Personen oder Gruppen von zentraler Bedeutung. Im kürzlich ergangenen Urteil *Thimothawes gegen Belgien* wurde keine Verletzung der Konvention festgestellt, aber die beiläufigen Bemerkungen (*obiter dicta*) des Gerichtshofs lassen darauf schliessen, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind zu prüfen, ob die betroffenen Personen eine besondere Verletzlichkeit aufweisen, die der Haft entgegensteht.¹²⁰ Ist das der Fall, müssen die Behörden anstelle der Haft eine andere, weniger einschneidende Massnahme ins Auge fassen, entsprechend den Vorgaben der Rechtsprechung. Um dieses Schutzes teilhaftig zu werden, müssen die Betroffenen Zugang zu Verfahren haben, in denen die Verletzlichkeit evaluiert werden kann. Im Fall *Abdi Mahamud gegen Malta* gab es keine [allgemeinen] Informationen über die Existenz solcher Verfahren, die Behörden hatten auch keine Schritte unternommen, die inhaftierte Person aktiv zu informieren, und die Dauer des Evaluationsverfahrens war übermässig lang. Diese Umstände waren für den Gerichtshof Anlass zu ernsthafter Sorge, ob die Regierung in gutem Glauben gehandelt habe. Dieses Kriterium des guten Glaubens war entscheidend für das Ergebnis, wonach hier eine verletzbare Person willkürlich inhaftiert wurde, auch deshalb, weil verfahrensrechtliche Garantien zur Bestreitung der Rechtmässigkeit der Haft fehlten

¹¹⁹ EGMR *Rahimi gegen Griechenland*, Ziff. 102–110; *Yoh-Ekale Mwanje gegen Belgien*, Ziff. 124; *Popov gegen Frankreich*, Ziff. 119 und 121.

¹²⁰ EGMR *Thimothawes gegen Belgien*, Ziff. 73.

(Verletzung von Art. 5 Abs. 4 EMRK), und weil der Beschwerdeführer unter schlechten Bedingungen in Haft gehalten wurde (Verletzung von Art. 3 EMRK).¹²¹

1.4.2. Andere Organe des Europarats

57. Auch andere Organe des Europarats haben die Thematik der Verletzlichkeit regelmässig behandelt, und es wurden weitere Verträge ausgearbeitet, um zu gewährleisten, dass die besonderen Bedürfnisse gewisser Personen oder Gruppen wirksam geschützt werden.¹²² Es bestehen nicht abschliessende Listen [solcher Personen und Gruppen], deren gemeinsamer Nenner die Verpflichtung ist, den "besonderen Bedürfnissen" der Betroffenen gebührend Rechnung zu tragen, indem sichergestellt wird, dass ihnen adäquater Schutz und adäquate Fürsorge zuteilwerden. Im Zusammenhang mit Migration nehmen die Arbeiten der verschiedenen Organe regelmässig Bezug auf das Thema Verletzlichkeit. Geht es darum, Verletzlichkeit zu identifizieren, wird durchwegs Bezug genommen auf Personen, Kategorien, Gruppen, spezifische Situationen oder auf die Haft als solche.¹²³

58. Das Ministerkomitee und die Parlamentarische Versammlung haben, wie andere Organe auch, anerkannt, dass ein Freiheitsentzug die Verletzlichkeit insbesondere von Asylsuchenden und illegalen Migrantinnen und Migranten noch verstärken kann, und ihrer Sorge über die Situation der Verletzlichkeit, in der sich diese Personen

¹²¹ EGMR *Abdi Mahamud gegen Malta*, Nr. 56796/13, 3. Mai 2016, Ziff. 134–135.

¹²² Dazu gehören u.a. folgende Konventionen des Europarats: Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels, Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt ("Istanbul-Konvention"); Übereinkommen zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch ("Lanzarote-Konvention").

¹²³ So bezieht sich beispielsweise das Ministerkomitee auf "Personen mit spezifischen Bedürfnissen" und nennt insbesondere "Minderjährige, schwangere Frauen, ältere Personen, Personen mit körperlicher oder geistiger Behinderung sowie Personen, die schwer traumatisiert worden sind, einschliesslich Opfer von Folterhandlungen", vgl. Empfehlung Rec(2003)5, Ziff. 13; der CPT verweist auf "verletzliche Personenkategorien", namentlich Opfer von Folter, Opfer von Menschenhandel, schwangere Frauen und stillende Mütter, Kinder, Familien mit kleinen Kindern, ältere Personen und Personen mit einer Behinderung", vgl. Factsheet zur ausländerrechtlichen Haft, März 2017, S. 8. Die Parlamentarische Versammlung spricht von "verletzlichen Personen" und zählt dazu "unbegleitete Minderjährige, schwangere Frauen, Familien mit Minderjährigen, Personen mit medizinischen oder anderen besonderen Bedürfnissen, ältere Personen, Opfer von Folter oder sexueller Gewalt sowie Opfer von Menschenhandel", vgl. Resolution 1637 (2008), *Les boat people de l'Europe: arrivée par mer de flux migratoires mixtes en Europe du Sud*, Ziff. 9.6. Der Kommissar für Menschenrechte seinerseits bezieht sich u.a. auf "verletzliche Personen", namentlich "Kinder, behinderte Personen und Opfer von Menschenhandel", vgl. Dokument CommDH(2014)4, 24. März 2014, Ziff. 72.

befinden, Ausdruck gegeben.¹²⁴ Im gleichen Sinn hat der CPT festgehalten, dass Migrantinnen und Migranten im Freiheitsentzug "besonders verletzlich sind gegenüber verschiedenen Formen von Folter und Misshandlungen", und zwar während verschiedener Stadien des Verfahrens.¹²⁵

59. Die Parlamentarische Versammlung und der Kommissar für Menschenrechte haben hervorgehoben, dass verletzbare Personen nicht in Haft gesetzt werden sollten.¹²⁶ Stattdessen sollten besonderer Schutz und adäquate Unterstützung Platz greifen, wie insbesondere in Form von Haftalternativen,¹²⁷ und die Bedürfnisse der Betroffenen sollten bei allen Entscheidungen, die ihre persönliche Freiheit betreffen, berücksichtigt werden¹²⁸. In gleicher Weise hat der CPT verlangt, dass für gewisse Kategorien verletzlicher Personen sinnvolle Alternativen zum Zug kommen.¹²⁹

Erkennen von Verletzlichkeit

60. Auch verschiedene andere Organe des Europarats haben sich mit der Bedeutung befasst, die der Erkennung von Verletzlichkeit zukommt. So hat das Ministerkomitee verlangt, Asylbewerberinnen und Asylbewerber von Beginn der Haft an zu untersuchen, um ihnen angemessene Pflege und angemessene Bedingungen zukommen zu lassen.¹³⁰ Auch der CPT betont die Notwendigkeit, spezielle Verfahren vorzusehen, in denen Verletzlichkeit erkannt werden kann, damit die betroffenen Personen identifiziert werden können und angemessen

¹²⁴ Ministerkomitee, Antwort auf die Empfehlung 1900 (2010) der Parlamentarischen Versammlung, Ziff. 2.

¹²⁵ CPT, *Garanties pour les étrangers en situation irrégulière privés de liberté*, Auszug aus dem 2009 publizierten 19. Allgemeinen Tätigkeitsbericht des CPT, Ziff. 75.

¹²⁶ Es geht v.a. um unbegleitete Minderjährige, Familien mit Kindern, Personen mit medizinischen oder anderen besonderen Bedürfnissen, schwangere Frauen, ältere Personen, Opfer von Folter und von sexueller Gewalt und Opfer von Menschenhandel. Parlamentarische Versammlung, Resolution 1637 (2008), Ziff. 9.6; Kommissar für Menschenrechte, Dokument CommDH(2014)4, 24. März 2014, Ziff. 72; Dokument CommDH(2014)18, 14. Oktober 2014, Ziff. 101.

¹²⁷ Parlamentarische Versammlung, Resolution 1637(2008), Ziff. 9.6. S. auch Kommissar für Menschenrechte, Dokument CommDH(2016)16, 16. März 2016, Ziff. 72 und 80; Dokument CommDH(2014)21, 16. Dezember 2014, Ziff. 165.

¹²⁸ Parlamentarische Versammlung, Empfehlung 1547(2002) *relative aux procédures d'expulsion conformes aux droits de l'homme et exécutées dans le respect de la sécurité et de la dignité*, Ziff. 13 (h).

¹²⁹ CPT, Factsheet zur ausländerrechtlichen Haft, März 2017.

¹³⁰ Empfehlung Rec(2003)5, Ziff. 12.

für sie gesorgt wird.¹³¹ Der Kommissar für Menschenrechte hat seinerseits die innerstaatlichen Behörden dazu angehalten, eine frühe und rasche Identifizierung möglicher Verletzlichkeiten sicherzustellen, um so die Inhaftierung verletzlicher Personen zu verhindern.¹³²

1.4.3. Personen- bzw. gruppenspezifische Überlegungen zur Verletzlichkeit

61. Nachstehend folgt eine nicht abschliessende Liste verletzlicher Personen und Gruppen, erstellt mit dem Ziel, die besonderen Rechte zu identifizieren, welche diesen Personen oder Gruppen nach der Praxis des Gerichtshofs und/oder anderer Organe des Europarats zustehen.¹³³

Kinder

62. Die Kinder gehören zu den verletzlichen Gruppen, die in der Praxis des Gerichtshofs am häufigsten vorkommen. Dabei wird die Frage ihrer Inhaftierung (seien sie unbegleitet oder in Begleitung von Mitgliedern ihrer Familie) insbesondere unter den Artikeln 3, 5, 8 und 13 der Konvention behandelt.

63. Der Gerichtshof spricht in seiner Praxis unter anderem von der "extremen Verletzlichkeit" von Kindern und den besonderen Bedürfnissen, die sie aufgrund ihres Alters, ihrer mangelnden Unabhängigkeit und des Satus als Asylbewerber oder Migranten haben.¹³⁴ Die "extreme Verletzlichkeit" eines Kindes löst nicht nur positive Verpflichtungen der Staaten aus Artikel 3 EMRK aus, sondern "sie hat auch grösseres Gewicht als Überlegungen zum Status [des Kindes] als illegalem Einwanderer"¹³⁵. Die Staaten müssen dem Alter

¹³¹ Factsheet zur ausländerrechtlichen Haft, März 2017.

¹³² Dokument CommDH(2016)16, Ziff. 72 und 80; Dokument CommDH(2014)21, Ziff. 165; Dokument CommDH(2016)1, 28. Januar 2016, Ziff. 44.

¹³³ Bei einigen dieser Kategorien und/oder Situationen hat der EGMR die Verletzlichkeit von Personen oder Gruppen ausserhalb des Migrations- oder Haftkontexts bejaht. Die entsprechenden Erwägungen können gleichwohl Hinweise geben für die Entscheidung, eine Person zu inhaftieren oder aber sie, unter angemessener Unterstützung, in der Gemeinschaft unterzubringen. Im Interesse der Klarheit und Genauigkeit wird im Text jeweils ausdrücklich erwähnt, wenn ein Fall nicht in Zusammenhang mit Migration und/oder Haft steht.

¹³⁴ EGMR *Tarakhel gegen Schweiz* [GK], Ziff. 99.

¹³⁵ EGMR *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien*, Ziff. 55; *Muskhadzhieva und andere gegen Belgien*, Ziff. 56–58; *Popov gegen Frankreich*, Ziff. 91.

des Kindes und seiner besonderen Situation Rechnung tragen, angemessene Massnahmen ergreifen und ihm die nötige Fürsorge und den nötigen Schutz zukommen lassen.¹³⁶ Die Aufnahmebedingungen müssen dem Alter des Kindes angepasst sein, "um zu verhindern, dass sie das Kind in einen Zustand von Stress und Angst versetzen, mit besonders traumatisierenden Konsequenzen". Werden diese Vorgaben nicht beachtet, kann dies eine Verletzung von Artikel 3 EMRK zur Folge haben.¹³⁷

64. Die extreme Verletzlichkeit von Kindern hat Konsequenzen nicht nur im Zusammenhang mit dem Schutz vor Willkür nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f EMRK, sondern auch für die Auslegung dessen, was als unmenschliche oder erniedrigende Behandlung nach Artikel 3 EMRK anzusehen ist.¹³⁸ So hat der Gerichtshof Verletzungen von Artikel 3 bejaht mit Rücksicht auf das junge Alter des Kindes, die Haftbedingungen und die Haftdauer.¹³⁹ Unter anderem der Fall *Popov gegen Frankreich* veranschaulicht diese drei Faktoren:¹⁴⁰

"Aus dem Vorstehenden wird ersichtlich, dass die Bedingungen, unter denen die Kinder 15 Tage lang inhaftiert waren, in einer Umgebung von Erwachsenen, konfrontiert mit einer starken Polizeipräsenz, ohne Beschäftigungsmöglichkeiten, das alles zusätzlich zum Leid ihrer Eltern, ihrem Alter offensichtlich nicht angepasst waren. Die beiden Kinder, ein dreijähriges Mädchen und ein Säugling, befanden sich in einem Zustand besonderer

¹³⁶ EGMR *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien*, Ziff. 55; *Rahimi gegen Griechenland*, Ziff. 86–87; *Muskhadzhiyeva und andere gegen Belgien*, Ziff. 58; *Popov gegen Frankreich*, Ziff. 91.

¹³⁷ EGMR *Tarakhel gegen Schweiz* [GK], Ziff. 119.

¹³⁸ In mehreren kürzlich entschiedenen Fällen hat der Gerichtshof, nach Wiedergabe der allgemeinen Auslegungsgrundsätze, daran erinnert, dass er "die Inhaftierung von minderjährigen ausländischen Kindern als Verletzung von Art. 3 qualifiziert hat, seien sie begleitet (*Muskhadzhiyeva und andere gegen Belgien*, Nr. 41442/07, 19. Januar 2010 ; *Kanagaratnam gegen Belgien*, Nr. 15297/09, 13. Dezember 2011; *Popov* [a.a.O.] oder unbegleitet (*Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien*, Nr. 13178/03, CEDH 2006 XI; *Rahimi gegen Griechenland*, Nr. 8687/08, 5. April 2011). In Fällen begleiteter Minderjährige hat er die Verletzung von Art. 3 namentlich mit der Kombination von drei Faktoren begründet: das junge Alter der Kinder, die Dauer ihrer Haft und die für einen Aufenthalt von Kindern ungeeigneten Räumlichkeiten", vgl. *R.M. und andere gegen Frankreich*, Nr. 33201/11, 12. Juli 2016, Ziff. 70; *A.B. und andere gegen Frankreich*, Nr. 11593/12, Ziff. 109; *A.M. und andere gegen Frankreich*, Nr. 24587/12, Ziff. 46; *R.C. und V.C. gegen Frankreich*, Nr. 76491/14, Ziff. 34; *R.K. und andere gegen Frankreich*, Nr. 68264/14, Ziff. 66.

¹³⁹ EGMR *R.M. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 71–76. S. auch (vom gleichen Tag), *A.B. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 110–115; *A.M. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 47–53; *R.C. und V.C. gegen Frankreich*, Ziff. 35–40; *R.K. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 67–72.

¹⁴⁰ EGMR *Popov gegen Frankreich*, Ziff. 102–103.

Verletzlichkeit, akzentuiert durch die Einsperrung. Diese Lebensbedingungen schufen für die Kinder zwangsläufig eine Situation von Stress und Angst, mit besonders traumatisierenden Folgen für ihre Psyche.

Angesichts des jungen Alters der Kinder, der Dauer der Haft und der Bedingungen der Unterbringung in einem Haftzentrum ist der Gerichtshof der Auffassung, dass es die Behörden versäumt haben, den zwangsläufig schädlichen Konsequenzen für die Kinder Rechnung zu tragen. Die Behörden haben den Kindern keine Behandlung zuteilwerden lassen, die mit den Bestimmungen der Konvention vereinbar wäre, die Behandlung hat vielmehr den Grad der Schwere, den Artikel 3 EMRK voraussetzt, überschritten. Diese Bestimmung wurde deshalb in Bezug auf die Kinder verletzt."

65. In einem jüngeren Urteil hat der Gerichtshof in Bezug auf das Gewicht, das den drei genannten Faktoren zukommt, einen abgestuften Ansatz gewählt, indem er zwischen den Haftbedingungen und dem Alter der Kinder einerseits und der Dauer der Haft andererseits differenziert hat:¹⁴¹

"Nach Meinung des Gerichtshofs reichen solche [schlechten] Bedingungen, auch wenn sie bei einem kleinen Kind zwangsläufig Stress und Angst verursachen, bei einer nur kurzen Inhaftierung und unter den gegebenen Umständen nicht aus, um die Schwelle zu erreichen, die für die Anwendung von Artikel 3 EMRK erforderlich ist. Umgekehrt ist er aber davon überzeugt, dass über eine kurze Haftdauer hinaus die Wiederholung und Häufung solcher psychischen und emotionalen Aggressionen für ein kleines Kind zu verhängnisvollen Konsequenzen führen müssen, welche die genannte Schwelle überschreiten. Der Zeitablauf spielt also bei der Anwendung dieser Bestimmung [Art. 3 EMRK] eine zentrale Rolle. Im vorliegenden Fall wurde diese kurze Dauer überschritten: Die Inhaftierung eines sechs Monate alten Kindes dauerte mindestens sieben Tage und fand unter den beschriebenen [schlechten] Bedingungen statt."

¹⁴¹ EGMR *R.M. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 75.

66. Der EGMR nimmt in seiner Praxis ausdrücklich auf die UNO-Kinderrechtskonvention ("KRK") Bezug. Dieser Umstand ist im Kontext der ausländerrechtlichen Haft von grosser Bedeutung. In seiner Argumentation weist er regelmässig darauf hin, dass "*das Kindeswohl bei allen die Kinder betreffenden Entscheidungen Vorrang haben muss*"¹⁴². Er hält ausserdem fest, dass die Staaten geeignete Massnahmen treffen müssen, damit einem Flüchtlingskind, das um Asyl ersucht, der Schutz und die humanitäre Unterstützung zuteilwerden, die ihm nach Artikel 22 KRK zustehen.¹⁴³ Diese Erwägungen haben den Schutz im Bereich der Haft von Migrantenkindern verstärkt. So hat der Gerichtshof im Fall *Rahimi gegen Griechenland* bei der Überprüfung der Haft im Licht von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f Zweifel an der Gutgläubigkeit der Behörden geäussert, weil diese weder das Wohl des Kindes oder seine persönliche Situation berücksichtigt, noch allfällige Alternativen zur Haft geprüft hatten:¹⁴⁴

"Die innerstaatlichen Behörden haben vorliegend die Haft des Beschwerdeführers angeordnet, ohne vorher zu prüfen, ob die Inhaftierung im Haftzentrum von Pagani tatsächlich die letztmögliche Massnahme war und ob sie allenfalls durch eine weniger einschneidende Massnahme hätte ersetzt werden können, um die Ausweisung sicherzustellen. Die Umstände wecken nach Meinung des Gerichtshofs Zweifel an der Gutgläubigkeit der Behörden, als diese die Haft vollstreckt haben."

67. Zu den Konsequenzen, die insbesondere im Kontext der Kinder eintreten, wenn nicht geprüft wurde, ob weniger restriktive Massnahmen verfügbar und ausreichend wären, hat der Gerichtshof mehrfach festgehalten, dass diese Unterlassung für sich allein eine Verletzung von Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f darstellen kann. In diesem Sinn wird im Fall *Popov gegen Frankreich*¹⁴⁵ ausgeführt:

¹⁴² EGMR *Rahimi gegen Griechenland*, Ziff. 108; *Popov gegen Frankreich*, Ziff. 140.

¹⁴³ EGMR *Muskhadzhiyeva und andere gegen Belgien*, Ziff. 62; *Popov gegen Frankreich*, Ziff. 91.

¹⁴⁴ EGMR *Rahimi gegen Griechenland*, Ziff. 109.

¹⁴⁵ EGMR *Popov gegen Frankreich*, Ziff. 119. S. auch *Rahimi gegen Griechenland*, Ziff. 109; *Mohamad gegen Griechenland*, Nr. 70586/11, 11. Dezember 2014, Ziff. 84-86; *A.B. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 124.

"dass trotz des Umstands, dass sie [die Kinder] in Begleitung ihrer Eltern waren und das Haftzentrum über einen besonderen Flügel für die Aufnahme von Familien verfügte, die Behörden die besondere Situation der Kinder nicht geprüft haben, so wenig wie die Frage, ob die Administrativhaft die letztmögliche Massnahme war, zu der es keine Alternative gab. Der Gerichtshof ist deshalb der Meinung, dass das französische System das Recht der Kinder auf Freiheit nicht ausreichend geschützt hat."

68. In mehreren, kürzlich entschiedenen französischen Fällen hatte sich der Gerichtshof mit der Haft von Kleinkindern oder Kindern in Begleitung ihrer Eltern (bzw. ihrer Mutter) zu befassen. Er betont das Erfordernis der Notwendigkeit, wie es sich aus Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f ergibt, gerade wenn Kinder betroffen sind.¹⁴⁶ Angesichts des Dilemmas, dass Kinder weder inhaftiert noch von ihren Eltern getrennt werden sollten, ist es umso dringlicher, alternative Massnahmen für die ganze Familie zu evaluieren, und der EGMR stellt diesbezüglich strenge Kriterien auf:¹⁴⁷

"Der Gerichtshof stellt fest, dass die Situation der Kinder untrennbar mit der ihrer Eltern verknüpft ist, von denen sie wenn immer möglich nicht getrennt werden sollten. Diese Verknüpfung, die im Interesse der Kinder liegt, führt dazu, dass ihnen bei einer Inhaftierung der Eltern *de facto* auch selbst die Freiheit entzogen wird. Dieser Freiheitsentzug resultiert aus der legitimen Entscheidung der Eltern, denen die elterliche Sorge zusteht, ihre Kinder nicht einer Drittperson zu überlassen. Der Gerichtshof kann akzeptieren, dass eine solche Situation grundsätzlich nicht im Widerspruch zum innerstaatlichen Recht steht. Er unterstreicht aber, dass das Umfeld, in dem sich die Kinder dann befinden, Angst und Spannungen verursacht, welche ihnen schweren Schaden zufügen können.

Unter diesen Umständen ist der Haftaufenthalt eines Kindes, das seine Eltern begleitet, nur dann mit Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f vereinbar, wenn die innerstaatlichen Behörden

¹⁴⁶ EGMR *R.M. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 83.

¹⁴⁷ *Ibid.*, Ziff. 85–86. S. auch EGMR *A.B. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 122–123; *A.M. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 66–67; *R.C. und V.C. gegen Frankreich*, Ziff. 54–55; *R.K. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 84–85.

nachweisen können, diese letztmögliche Massnahme erst ergriffen zu haben, nachdem sie konkret abgeklärt hatten, dass keine andere, die Freiheit weniger beschränkende Massnahme in Frage kam."

69. Bei Familien mit Kindern wurde die Frage möglicher Alternativen auch unter Artikel 8 EMRK geprüft. Freiheitsentzug kann auch als Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens angesehen werden; Massnahmen, die in dieses Recht eingreifen, müssen deshalb den Anforderungen von Artikel 8 Absatz 2 EMRK genügen. Die Behörden müssen demnach das Kindeswohl der Kinder berücksichtigen, wenn sie prüfen, ob eine Massnahme gemessen an dem Zweck, den sie verfolgt, verhältnismässig ist. Der Gerichtshof hat sich im Zusammenhang mit der Haft von Migrationskindern den Grundsatz des Kindeswohls zu eigen gemacht; auf dieser Grundlage wurde entschieden, dass dieses Interesse am besten gewahrt wird, wenn das Kind soweit möglich mit seinen Eltern zusammenbleibt und nach Alternativen gesucht wird, damit eine Inhaftierung wirklich nur als letzte Massnahme in Frage kommt.¹⁴⁸ Haft sei, so der Gerichtshof, gemessen am verfolgten Ziel eine unverhältnismässige Massnahme, weil keinerlei reales Fluchtrisiko besteht.¹⁴⁹

70. Gesamthaft gesehen sind die Kriterien, nach denen Migrationskinder in Haft genommen werden können, streng; sie betreffen nicht nur die materiellen Bedingungen, die sie in der Haft vorfinden – diese Bedingungen können unangemessen sein oder auch nicht –, sondern auch die Auswirkungen, welche die Haft *an und für sich* für Kinder hat. So gesehen stehen die Staaten noch mehr in der Pflicht, Alternativen zur Haft umfassend und einzelfallbezogen zu prüfen und umzusetzen.

71. Zusammengefasst ergeben sich aus der Praxis des EGMR zur ausländerrechtlichen Haft von Kindern die folgenden Grundsätze:

- Die extreme Verletzlichkeit des Kindes hat grösseres Gewicht als sein Migrationsstatus.¹⁵⁰

¹⁴⁸ EGMR *Popov gegen Frankreich*, Ziff. 141; *A.B. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 152–156; *R.K. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 113–117.

¹⁴⁹ EGMR *Popov gegen Frankreich*, Ziff. 145–148; *A.B. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 156; *R.K. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 117.

¹⁵⁰ EGMR *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien*, Ziff. 55; *Popov gegen Frankreich*, Ziff. 91.

- Auf das Prinzip des Kindeswohls ist vorrangig Bedacht zu nehmen.¹⁵¹
- Der Umstand, dass die Kinder in Begleitung ihrer Eltern oder eines Elternteils sind, enthebt die Behörden nicht von ihrer positiven Verpflichtung nach Artikel 3 EMRK, die Kinder zu schützen.¹⁵²
- Die Tatsache, dass die Behörden ein Haftzentrum als für die Aufnahme von Familien geeignet anerkannt haben, ist nicht entscheidend. Der Gerichtshof untersucht die tatsächlichen Verhältnisse.¹⁵³
- Ein ungeeignetes Umfeld führt für sich genommen noch nicht unbedingt zu einer Verletzung von Artikel 3 EMRK; um zu verhindern, dass der minimale Grad an Schwere erreicht wird, ist ein solches Umfeld aber nur für eine sehr kurze Dauer hinzunehmen.¹⁵⁴
- Umgekehrt können die Haftbedingungen derart schlecht sein, dass Artikel 3 verletzt ist, ohne dass es auf die Dauer der Haft ankäme.¹⁵⁵
- Administrativhaft von Kindern kann ausnahmsweise zulässig sein, wenn konkret feststeht, dass keine Alternative in Frage kommt, als letztes Mittel und für eine sehr kurze Dauer, vorausgesetzt, dass die Haftbedingungen angemessen sind.¹⁵⁶

72. Auch andere Organe des Europarats haben die besondere Verletzlichkeit von Kindern im Kontext der Migration thematisiert. So hat das Ministerkomitee anerkannt, dass Flüchtlingskinder, asylsuchende Kinder und unbegleitete Migrationskinder eine besonders verletzbare Gruppe bilden, die eines "spezifischen Schutzes und einer spezifischen Unterstützung" bedürfen¹⁵⁷. Die

¹⁵¹ EGMR *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien*, Ziff. 83; *Rahimi gegen Griechenland*, Ziff. 108; *Popov gegen Frankreich*, Ziff. 140.

¹⁵² EGMR *R.M. gegen Frankreich*, Ziff. 71; *Muskhadzhiyeva und andere gegen Belgien*, Ziff. 57–58; *Popov gegen Frankreich*, Ziff. 91.

¹⁵³ EGMR *R.M. gegen Frankreich*, Ziff. 73–74.

¹⁵⁴ EGMR *R.M. gegen Frankreich*, Ziff. 75 (wo eine Haftdauer von 7 Tagen als zu lang angesehen wurde).

¹⁵⁵ EGMR *Rahimi gegen Griechenland*, Ziff. 86 (Haftdauer von 2 Tagen).

¹⁵⁶ EGMR *Popov gegen Frankreich*, Ziff. 119; *Rahimi gegen Griechenland*, Ziff. 109; *Mohamad gegen Griechenland*, Ziff. 84–86; *A.B. und andere gegen Frankreich*, Ziff. 124.

¹⁵⁷ Leitlinien des Ministerkomitees des Europarats für eine kindgerechte Justiz, verabschiedet am 17. November 2010, anlässlich der 1098. Sitzung der Ministerdelegierten, und Erläuternder Bericht vom

Parlamentarische Versammlung hat ihrerseits die dreifache Verletzlichkeit von papierlosen Migrationskindern hervorgehoben: als Kinder, als Migranten und als Personen ohne Dokumente.¹⁵⁸

73. Es besteht breiter Konsens, dass das Wohl des Kindes in allen Belangen, die es angehen oder berühren, eine vorrangige Überlegung sein muss.¹⁵⁹ Deshalb müssen wirksame und multidisziplinäre Verfahren eingerichtet werden, in denen dieses Interesse genau abgeklärt werden kann.¹⁶⁰

74. Das Ministerkomitee hat betont, dass der besonders verletzlichen Gruppe von Kindern, die ein Asylgesuch gestellt haben, erhöhte Aufmerksamkeit gebührt, wobei unbegleitete Kinder, unabhängig davon, ob sie ein Asylgesuch gestellt haben oder nicht, nie in Haft gesetzt werden sollten "nur mit der Begründung, dass sie keinen Aufenthaltsstatus haben"¹⁶¹. Das Ministerkomitee empfiehlt vielmehr, alternative, nicht freiheitsentziehende Lösungen wie die Unterbringung in Heimen oder Gastfamilien vorzusehen.¹⁶² Generell hält das Ministerkomitee dafür, dass Kinder im Regelfall nicht inhaftiert werden sollten,¹⁶³ und der "Europarat eine Rolle zu spielen habe, wenn es darum geht, der Haft von Migrationskindern ein Ende zu machen und Alternativen zu dieser Praxis zu finden"¹⁶⁴.

75. Auch der CPT hat festgehalten, dass "die Haft von Kindern, einschliesslich unbegleiteter und getrennter Kinder, selten gerechtfertigt ist und sicher nicht allein damit begründet werden kann,

Oktober 2011, III. Grundlegende Prinzipien, D. Schutz vor Diskriminierung, Ziff. 2, sowie Ziff. 43 und 78 des Erläuternden Berichts.

¹⁵⁸ Empfehlung 1985(2011), *Les enfants migrants sans-papiers en situation irrégulière: une réelle cause d'inquiétude*, Ziff. 2.

¹⁵⁹ Europaratskonvention über Menschenhandel, Art. 28 Abs. 3, und Ziff. 127 des Erläuternden Berichts; Leitlinien des Ministerkomitees des Europarats für eine kindgerechte Justiz, III. Grundlegende Prinzipien, B. Kindeswohl, und Ziff. 36 des Erläuternden Berichts; Leitlinien des Europarates zum Menschenrechtsschutz im Kontext beschleunigter Asylverfahren, Ziff. III.1; 20 Leitlinien des Ministerkomitees zur Frage der erzwungenen Rückkehr, Leitlinie 11, Ziff. 5; Empfehlung 1985(2011) der Parlamentarischen Versammlung, Ziff. 1.

¹⁶⁰ Leitlinien des Ministerkomitees des Europarats für eine kindgerechte Justiz, III. Grundlegende Prinzipien, B. Kindeswohl, und Ziff. 36 des Erläuternden Berichts.

¹⁶¹ Leitlinien des Ministerkomitees des Europarats für eine kindgerechte Justiz, IV. Kindgerechte Justiz vor, während und nach Gerichtsverfahren, Ziff. 22, sowie Ziff. 78 des Erläuternden Berichts.

¹⁶² Empfehlung Rec(2003)5 des Ministerkomitees, Ziff. 23.

¹⁶³ Leitlinien des Europarates zum Menschenrechtsschutz im Kontext beschleunigter Asylverfahren, Ziff. XI.2.

¹⁶⁴ Antwort des Ministerkomitees auf die Empfehlung 2056(2014) *sur les alternatives au placement en rétention d'enfants migrants*, Ziff. 2.

dass ein Aufenthaltsstatus fehlt¹⁶⁵. Nach Meinung des CPT sollten unbegleitete und getrennte Kinder in der Regel nicht inhaftiert werden,¹⁶⁶ vielmehr "müssen alle Anstrengungen unternommen werden, um zu verhindern, dass bei illegalen Einwanderern im Kindesalter auf das Mittel des Freiheitsentzugs zurückgegriffen werden muss"¹⁶⁷. Wenn dies unter aussergewöhnlichen Umständen dennoch der Fall ist, muss die Haftdauer so kurz wie möglich sein. Die Kinder müssen zusammen mit den wichtigsten für sie verantwortlichen Personen in einer Einrichtung untergebracht werden, welche ihren spezifischen Bedürfnissen angepasst ist; gleichzeitig müssen alle Anstrengungen unternommen werden, dass unbegleitete Kinder unverzüglich freigelassen und unter geeignete Obhut gestellt werden.¹⁶⁸ Werden Kinder ausnahmsweise in Haft genommen, müssen zu ihren Gunsten besondere Vorkehrungen getroffen werden. Die Kinder müssen von Erwachsenen getrennt sein, es sei denn, das Kindeswohl spreche gegen diese Trennung.¹⁶⁹

76. Andere Organe des Europarats wie die Parlamentarische Versammlung, der Kommissar für Menschenrechte, der Sonderberichterstatter des Generalsekretärs für Migration und Flüchtlinge (*Représentant spécial du Secrétaire général sur les migrations et les réfugiés*, "RSSG") und die Konferenz der internationalen Nichtregierungsorganisationen (*Conférence des Organisations internationales non-gouvernementales*, "Conf-OINGS") haben sich dezidiert gegen die Inhaftierung von Migrationskindern ausgesprochen, seien sie allein oder in Begleitung ihrer Familien.

77. Die Parlamentarische Versammlung hat 2014 eine Empfehlung verabschiedet, in der sie Folgendes festhält¹⁷⁰:

"Staaten, welche die Inhaftierung von Migrationskindern praktizieren, verstossen gegen das Prinzip des Wohls des Kindes und verletzen seine Rechte. Sie nehmen den Kindern ihr fundamentales Recht auf Freiheit und setzen sie dem Risiko

¹⁶⁵ *Garanties pour les étrangers en situation irrégulière privés de liberté*, Auszug aus dem 2009 publizierten 19. Allgemeinen Tätigkeitsbericht des CPT, Ziff. 97; Factsheet zur ausländerrechtlichen Haft, März 2017.

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ Factsheet zur ausländerrechtlichen Haft, März 2017.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Idem.*

¹⁷⁰ Empfehlung 2056(2014), Ziff. 2.

lebenslanger schwerer physischer und psychischer Störungen sowie Störungen ihrer Entwicklung aus. Auch andere Grundrechte der Kinder können verletzt sein, so das Recht auf Familienleben, auf Gesundheit, auf Bildung oder auch das Recht zu spielen."

78. Gestützt auf diese Erwägungen hat die Parlamentarische Versammlung darauf hingewiesen, dass der Europarat bei der Förderung von Alternativen zur Haft von Kindern eine wichtige Rolle zu spielen habe.¹⁷¹ Überdies hat die Versammlung die Staaten dazu angehalten, unter anderem¹⁷²

- *anzuerkennen*, dass es nie im Kindeswohl liegt, wegen seines ausländerrechtlichen Status oder dem seiner Eltern inhaftiert zu werden;
- in ihrer Gesetzgebung, soweit noch nicht vorhanden, das Verbot *einzuführen*, Kinder aus migrationspolitischen Gründen zu inhaftieren, und dafür zu sorgen, dass dieses Verbot in der Praxis vollständig umgesetzt wird;
- Haftalternativen *zu beschliessen*, die das Kindeswohl achten und es den Kindern ermöglichen, mit ihrer Familie und/oder ihren Betreuungspersonen ausserhalb von geschlossenen Einrichtungen in der Gemeinschaft zusammenzubleiben;
- für Kinder und ihre Eltern Programme für nicht freiheitsentziehende, gemeinschaftsbasierte Haftalternativen *zu entwickeln* und umzusetzen.

79. Auch der Kommissar für Menschenrechte betont in ständiger Praxis, dass Kinder, ob sie alleine oder in Begleitung ihrer Eltern unterwegs sind, nie in Haft gesetzt werden sollten und diese Massnahme nie mit dem Kindeswohl vereinbar ist.¹⁷³ Er hat die Staaten aufgefordert, die ausländerrechtliche Haft von Kindern rasch und vollständig zu beenden, eine entsprechendes Verbot gesetzlich

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Empfehlung 2020(2014), *Les alternatives au placement en rétention d'enfants migrants*, Ziff. 9.1–9.2 und 9.7–9.8. Im Jahr 2015 hat die Parlamentarische Versammlung eine Initiative zur Abschaffung der ausländerrechtlichen Haft von Kindern lanciert.

¹⁷³ Vgl. z.B. *Le carnet des droits de l'homme, Protection des droits de l'enfant: l'Europe doit mieux faire*, 18. November 2014; Dokument CommDH(2015)12, 22. Juni 2015, Ziff. 141; vgl. auch Dokument CommDH(2016)1, 28. Januar 2016, Ziff. 48–49.

zu verankern¹⁷⁴ und Haftalternativen einzuführen, die sich an bewährten Modellen orientieren¹⁷⁵.

80. Auch nach Meinung des Sonderberichterstatters des Generalsekretärs für Migration und Flüchtlinge sollten Kindern nie aus Gründen, die mit der Migration zusammenhängen, inhaftiert werden.¹⁷⁶ Er hat zu diesem Zweck einen Aktionsplan (*Plan d'action sur la protection des enfants réfugiés et migrants*) koordiniert, den das Ministerkomitee verabschiedet hat. Der Plan zielt unter anderem darauf ab, ausländerrechtliche Haft von Kindern zu vermeiden und gibt Orientierungshilfe in Bezug auf mögliche Alternativen.¹⁷⁷

Asylbewerberinnen und -bewerber

81. In ihrem Grundsatzurteil *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland* hat die Grosse Kammer des Gerichtshofs festgehalten, dass "Asylsuchende eine besonders benachteiligte und verletzte Bevölkerungsgruppe sind, die eines besonderen Schutzes bedarf"¹⁷⁸. Zur Vereinbarkeit der Haftbedingungen des Beschwerdeführers mit Artikel 3 EMRK bemerkt der Gerichtshof, "der Beschwerdeführer war aufgrund all dessen, was er auf seinem Reiseweg durchgemacht hat, und der traumatischen Erlebnisse, die er zuvor durchlebt haben muss, besonders verletzlich"¹⁷⁹. Der Gerichtshof hält weiter fest, dass die Not des Beschwerdeführers "zusätzlich durch die Verletzlichkeit verstärkt wurde, die mit seiner Situation als Asylsuchendem einher

¹⁷⁴ *Le carnet des droits de l'homme, Protection des droits de l'enfant: l'Europe doit mieux faire*, 18. November 2014; Dokument CommDH(2016)1, Ziff. 48–49.

¹⁷⁵ *Le carnet des droits de l'homme, Protection des droits de l'enfant: l'Europe doit mieux faire*, 18. November 2014; *Le carnet des droits de l'homme, Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants*, 31. Januar 2017.

¹⁷⁶ *Rapport thématique sur les enfants migrants et réfugiés, Documents d'information*, SG/Inf(2017)13, 10. März 2017; vgl. auch Botschafter Tomáš Boček, Sonderberichterstatter des Generalsekretärs für Migration und Flüchtlinge, *Discours/Déclarations, Discours lors de la rencontre d'Ombudsmans, Médiateurs et défenseurs des droits de l'enfant organisée par l'ENOC et le Défenseur des Droits*, 28. Juni 2016. Auch der Generalsekretär des Europarats hat betont, dass Kinder nicht aus Gründen, die mit der Migration zusammenhängen, in Haft gesetzt werden sollten, vgl. *Démocratie, Droits de l'Homme et État de droit, Populisme – Quelle est la solidité de l'équilibre des pouvoirs institutionnels en Europe?*, Bericht des Generalsekretärs des Europarats, April 2017, S. 108.

¹⁷⁷ *Plan d'action du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants réfugiés et migrants en Europe*, 127. Sitzung des Ministerkomitees (Nikosia, 19. Mai 2017).

¹⁷⁸ *M.S.S. gegen Belgien et Griechenland* [GK], Ziff. 251 (in Bezug auf die Lebensbedingungen in Griechenland ausserhalb des Haftkontextes).

¹⁷⁹ *Ibid.*, Ziff. 232.

geht".¹⁸⁰ Wie der Gerichtshof unter Bezugnahme auf das Abkommen der Vereinten Nationen von 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und das Protokoll von 1967 zum Abkommen ("Flüchtlingskonvention"), das Mandat und die Aktivitäten des UNHCR sowie die Regelungen in der Aufnahmerichtlinie der EU weiter ausführt, "besteht auf europäischer und internationaler Ebene ein breiter Konsens über die Notwendigkeit dieses besonderen Schutzes"¹⁸¹. Der Hinweis auf die Verletzlichkeit von Asylbewerberinnen und Asylbewerbern findet sich auch in anderen, nach *M.S.S.* ergangenen Urteilen.¹⁸²

82. Es fällt auf, dass der Gerichtshof die Wendung "besonderes verletzlich" (statt "verletzlich") gebraucht, um noch stärker spezifische Umstände betreffend Personen oder Gruppen hervorzuheben, die auf besondere Betreuung seitens des Staates angewiesen sind, wie Kinder und psychisch Kranke. Gehört eine Person mehreren verletzlichen Gruppen an, kann dies nur zu einer noch verstärkten staatlichen Betreuungspflicht führen. Das gilt beispielsweise für Asylbewerberinnen und Asylbewerber, die in ihrem Heimatstaat verletzlichen Gruppen angehören bzw. das behaupten (s. auch unten Ziff. 85). Der Gerichtshof hat kürzlich daran erinnert, dass eine allgemeine und automatische Inhaftierung von Asylbewerberinnen und Asylbewerbern ohne individuelle Prüfung ihrer besonderen Situation eine Frage der Rechtmässigkeit nach Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe f EMRK aufwerfen kann.¹⁸³

83. Das Ministerkomitee hält dafür, dass Haft von Asylbewerberinnen und Asylbewerbern die Ausnahme sein sollte¹⁸⁴, zulässig nur, wenn nach eingehender individueller Prüfung der Notwendigkeit der Schluss gezogen wurde, dass keine alternativen, nicht freiheitsentziehenden Massnahmen angewendet werden können.¹⁸⁵ Nach Meinung des Kommissars für Menschenrechte

¹⁸⁰ *Ibid.*, Ziff. 233.

¹⁸¹ *Ibid.*, Ziff. 251.

¹⁸² Vgl. z.B. *Sharifi und andere gegen Italien und Griechenland*, Nr. 16643/09, 21. Oktober 2014, Ziff. 172; *Tarakhel gegen Schweiz* [GK], Ziff. 97.

¹⁸³ EGMR *Thimothawes gegen Belgien*, Ziff. 73.

¹⁸⁴ Leitlinien des Europarates zum Menschenrechtsschutz im Kontext beschleunigter Asylverfahren, Ziff. XI. 1.

¹⁸⁵ Empfehlung Rec(2003)5, Ziff. 4 und 6; Leitlinien des Europarates zum Menschenrechtsschutz im Kontext beschleunigter Asylverfahren, Ziff. XI.4. Vgl. auch die Resolution 1707(2010) der Parlamentarischen Versammlung, Ziff. 9.1.1.

sollten Asylbewerberinnen und Asylbewerber grundsätzlich nicht inhaftiert werden, und es sollte immer nach möglichen Alternativen gesucht werden.¹⁸⁶

Personen mit schweren gesundheitlichen Problemen

84. Der EGMR hat im Zusammenhang mit den Faktoren, die den von Artikel 3 EMRK verlangten minimalen Schweregrad ausmachen, entschieden, dass sich eine Frau aufgrund ihres Status als illegale Migrantin, ihrer besonderen Vorgeschichte, ihrer Gemütslage und ihrer fragilen Gesundheit in einer verletzlichen Situation befand.¹⁸⁷ In einem anderen Fall, *Yoh-Ekale Mwanje gegen Belgien*, prüfte er die Rechtmässigkeit einer Haft nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f EMRK, die gegen eine im vorgerückten Stadium aidsranke kamerunische Staatsangehörige mit Blick auf ihre Ausschaffung angeordnet worden war. Angesichts ihrer Verletzlichkeit und der Tatsache, dass die Behörden ihre Identität und ihre genaue Wohnadresse kannten, dass sie sich regelmässig bei den Behörden meldete und Schritte unternommen hatte, um ihren Aufenthalt zu regularisieren, befand der Gerichtshof, dass alternative Massnahmen zur Anwendung hätten kommen müssen.¹⁸⁸

LGBTI-Personen

85. Die Verletzlichkeit von LGBTI-Personen war Gegenstand des Falles *O.M. gegen Ungarn*, wo es um die Rechtmässigkeit einer Haft nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b EMRK ging. Der EGMR bemerkte, dass der Beschwerdeführer eine verletzliche Person ist und als Angehöriger einer sexuellen Minderheit in seinem Heimatland zu einer verletzlichen Gruppe gehört. Er hielt die Behörden an, "besonders darauf zu achten, Situationen zu verhindern wie diejenigen, welche die betroffenen Personen seinerzeit veranlasst hatten, aus ihrem Land zu fliehen"¹⁸⁹. In seiner Begründung führte der Gerichtshof aus, die Behörden hätten nicht ausreichend erwogen, ob eine verletzliche Person wie der Beschwerdeführer im Kreis anderer Gefangener, "von denen viele aus Ländern kommen, in denen

¹⁸⁶ Dokument CommDH(2016)17, Ziff. 55; Dokument CommDH(2014)18, 18. Oktober 2014, Ziff. 101.

¹⁸⁷ EGMR *Aden Ahmed gegen Malta*, Nr. 55352/12, 23. Juli 2013, Ziff. 97.

¹⁸⁸ EGMR *Yoh-Ekale Mwanje gegen Belgien*, Ziff. 124.

¹⁸⁹ EGMR *O.M. gegen Ungarn*, Ziff. 53.

kulturelle oder religiöse Vorurteile gegen die betroffene Personengruppe weit verbreitet sind"¹⁹⁰, sicher wäre. In diesem Sinn hat der Gerichtshof nicht nur die Verletzlichkeit des Beschwerdeführers als LGBTI-Person herausgestrichen, sondern auch den besonderen Kontext, in dem die Haft vollzogen würde.

Staatenlose

86. Staatenlose Personen können sich aufgrund ihrer Staatenlosigkeit und der mit diesem Status verbundenen praktischen Schwierigkeiten in einer verletzlichen Situation befinden. Fehlende Identitäts- oder Reisedokumente, beträchtliche Verzögerungen bei der Beschaffung solcher Dokumente und die fehlende Bereitschaft der Staaten, die betroffenen Personen aufzunehmen, können deren Rückschaffung unrealistisch machen und zu zeitlich unbestimmter und wiederholter Inhaftierung führen.¹⁹¹ Die Verpflichtung "zu prüfen, ob es eine realistische Aussicht auf Rückführung gibt und ob eine Inhaftierung mit Blick auf diese Rückweisung von Beginn an gerechtfertigt ist und das auch bleibt", ist also von zentraler Bedeutung, wobei die "Notwendigkeit verfahrensmässiger Garantien" eine entscheidende Rolle spielt.¹⁹² Im Mittelpunkt steht hier das Kriterium der besonderen Zügigkeit, mit der die Verfahren zu führen sind; wird es nicht befolgt, ist Artikel 5 EMRK verletzt.¹⁹³

87. Im zitierten Fall *Kim gegen Russland* war die Rechtmässigkeit einer Ausschaffungshaft zu prüfen, die gegen eine staatenlose Person verhängt worden war. Der Gerichtshof zeigte sich betroffen von der "Situation besonderer Verletzlichkeit, in der sich der Beschwerdeführer befand", und hob hervor, dass "[der Beschwerdeführer] als Staatenloser keine konsularische Unterstützung oder Beratung, wie sie einer inhaftierten Person

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Der EGMR hat beispielsweise anerkannt, dass der Vollzug eines Ausweisungsentscheids bei einer staatenlosen Person "beträchtliche Schwierigkeiten mit sich bringen und sich sogar als unmöglich erweisen kann, weil kein Staat zur Aufnahme bereit ist", vgl. *Amie und andere gegen Bulgarien*, Nr. 58149/08, 12. Februar 2013, Ziff. 77; in einem anderen Urteil hat er das Argument der Regierung in Zweifel gezogen, die Ausschaffungshaft einer staatenlosen Person sei gerechtfertigt gewesen, weil keine realistische Aussicht auf Ausreise bestanden habe, ohne dass die Person dem Risiko von Misshandlungen i.S. von Art. 3 EMRK ausgesetzt würde. Die Zweifel waren umso berechtigter, als kein anderer Staat bereit war, den Beschwerdeführer aufzunehmen, vgl. *A. und andere gegen Vereinigtes Königreich [GK]*, Ziff. 167.

¹⁹² EGMR *Kim gegen Russland*, Nr. 44260/13, 17. Juli 2014, Ziff. 53.

¹⁹³ EGMR *Auad gegen Bulgarien*, Ziff. 135; *Kim gegen Russland*, Ziff. 56.

normalerweise vom diplomatischen Personal des Heimatstaats angeboten wird, in Anspruch nehmen konnte." Dieser Punkt war umso relevanter, als der Beschwerdeführer weder finanzielle Unterstützung noch familiäre Beziehungen noch Zugang zu einem effektiven Rechtsmittel oder anderen Garantien hatte, Umstände, die es ihm erlaubt hätten, die Rechtmässigkeit und die Dauer seiner Haft zu bestreiten.¹⁹⁴

88. Der Gerichtshof zeigte sich in diesem Fall auch darüber besorgt, dass der Beschwerdeführer als Staatenloser ohne Ausweispapiere und ohne festen Wohnsitz nach seiner Freilassung riskierte, erneut verfolgt zu werden. Er hielt deshalb gestützt auf Artikel 46 EMRK fest, dass die notwendigen Massnahmen ergriffen werden müssen, "um zu verhindern, dass der Beschwerdeführer erneut verhaftet und in Haft gesetzt wird für Straftaten, die mit seinem Status als staatenlose Person zusammenhängen."¹⁹⁵

Opfer von Menschenhandel

89. Wenn auch nicht ausdrücklich im Zusammenhang mit Artikel 5 Absatz 1 EMRK hat der Gerichtshof gleichwohl darauf hingewiesen, dass "Menschenhandel die Menschenwürde und die Grundfreiheiten seiner Opfer bedroht"¹⁹⁶, und sich besorgt gezeigt über deren Verletzlichkeit¹⁹⁷. Gestützt auf Artikel 4 der Konvention sowie auf die einschlägigen Bestimmungen, unter anderem des Übereinkommens des Europarats zur Bekämpfung des Menschenhandels ("Konvention gegen Menschenhandel"), hat das Gericht die positiven Verpflichtungen der Staaten unterstrichen, die Opfer von Menschenhandel zu identifizieren, insbesondere solche, die inhaftiert sind, und geeignete Massnahmen zu treffen, sie wirksam zu schützen.¹⁹⁸

90. Die vorstehend erwähnte Konvention gegen Menschenhandel ist im vorliegenden Zusammenhang von zentraler Bedeutung; sie

¹⁹⁴ EGMR *Kim gegen Russland*, Ziff. 53–54.

¹⁹⁵ *Ibid.*, Ziff. 73–74.

¹⁹⁶ EGMR *Rantsev gegen Zypern und Russland*, Nr. 25965/04, 7. Januar 2010, Ziff. 282.

¹⁹⁷ EGMR *Breukhoven gegen Tschechische Republik*, Nr. 44438/06, 21. Juli 2011, Ziff. 52.

¹⁹⁸ Der EGMR bezieht sich auch auf die Bestimmungen des UN-Protokolls zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels ("Palermo-Protokoll") und hebt die positiven Verpflichtungen der Staaten hervor, den Handel zu verhindern, die Opfer zu schützen und die Verantwortlichen zu verfolgen und zu bestrafen, vgl. *Rantsev gegen Zypern und Russland*, Ziff. 283–309.

bestimmt, dass Opfer von Menschenhandel nicht für ihre Mitwirkung an illegalen Aktivitäten kriminalisiert werden dürfen, solange diese Mitwirkung nur die direkte Folge ihrer Situation als Opfer ist.¹⁹⁹ Weiter verpflichtet sie die Vertragsstaaten dazu, Opfer von Menschenhandel vor und während der Haft mit der gebührenden Sorgfalt zu identifizieren.²⁰⁰ Wurde eine Person als Opfer identifiziert, müssen ihm die Staaten eine Erholungs- und Bedenkzeit von mindestens 30 Tagen geben; während dieser Zeit hat das Opfer Anspruch auf Unterstützung, insbesondere auf sichere Unterkunft, auf psychologische und materielle Hilfe, auf Zugang zu medizinischer Notversorgung, auf Information und Beratung, namentlich über seine Rechte und die ihm zur Verfügung stehenden Dienste.²⁰¹ In besonderen Situationen, wie sie in der einschlägigen Bestimmung der Konvention gegen Menschenhandel beschrieben sind, sollte den Opfern ein verlängerbarer Aufenthaltstitel erteilt werden.²⁰²

Schwangere Frauen

91. Der Gerichtshof hat anerkannt, dass sich Frauen in vorgerücktem Stadium der Schwangerschaft in einer besonders verletzlichen Situation befinden.²⁰³ So hat er entschieden, dass im Kontext der Migration bei einer im achten Monat schwangeren Frau, die unter ungeeigneten Bedingungen und ohne spezifische Überwachung ihrer besonderen Situation inhaftiert worden war, der von Artikel 3 EMRK geforderte Schweregrad erreicht war.²⁰⁴

92. Der Kommissar für Menschenrechte hat sich klar gegen die Haft schwangerer Frauen ausgesprochen.²⁰⁵

Opfer von Folter, unmenschlicher Behandlung und/oder häuslicher Gewalt

93. Der Gerichtshof hat – wiederum ausserhalb des Migrationszusammenhangs (Art. 5 Abs. 1 EMRK) – die Verpflichtung der Behörden hervorgehoben, der besonderen Verletzlichkeit von

¹⁹⁹ Art. 26.

²⁰⁰ Art. 10 Abs. 1 und 2 sowie Ziff. 127 des Erläuternden Berichts.

²⁰¹ Art. 13 und Art. 12 Abs. 1 und 2.

²⁰² Art. 14.

²⁰³ EGMR *Nechiporuk et Yonkalo gegen Ukraine*, Nr. 42310/04, 2011, Ziff. 156.

²⁰⁴ EGMR *Mahmundi und andere gegen Griechenland*, Ziff. 70.

²⁰⁵ Dokument CommDH(2016)17, Ziff. 55; Dokument CommDH(2014)18, Ziff. 101.

Opfern, die gefoltert oder unmenschlich behandelt worden sind, Rechnung zu tragen.²⁰⁶ Auch Opfer von häuslicher Gewalt gehören, so der EGMR, zur Gruppe der "verletzlichen Personen", die Anspruch auf staatlichen Schutz haben.²⁰⁷ Das Gericht betont, dass die Verletzlichkeit von Opfern häuslicher Gewalt in verschiedenen internationalen Instrumenten herausgestellt wird, wobei diese Instrumente die Notwendigkeit unterstreichen, aktive Massnahmen zum Schutz der Opfer zu ergreifen.²⁰⁸

94. Auch das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt ("Istanbul-Konvention") hält fest, dass Opfern von häuslicher Gewalt ein besonderer Schutz gewährt werden muss. Die Konvention stellt einen gemeinsamen Rahmen für die Verhütung von und den Kampf gegen Gewalt an Frauen auf. Die Staaten sind verpflichtet, auf der Grundlage von Gleichheit und ohne Diskriminierung aufgrund jedwelchen Status (Migrations-, Flüchtlings- oder sonstiger Status) Massnahmen zum Schutz der Opfer zu ergreifen.²⁰⁹ Ausserdem muss jede Massnahme "die speziellen Bedürfnisse von Personen, die durch besondere Umstände schutzbedürftig geworden sind, berücksichtigen und sich mit diesen befassen"²¹⁰. Andere Bestimmungen der Konvention behandeln die besondere Situation von Flüchtlingsfrauen, Migrantinnen und Asylbewerberinnen.²¹¹ Dazu gehören etwa die Möglichkeit, Migrantinnen einen eigenständigen Aufenthaltstitel zu erteilen, der Aufruf an die Staaten, sexuelle Gewalt gegen Frauen als Form der Verfolgung im Sinn der Flüchtlingskonvention von 1951 anzuerkennen, die Ausarbeitung geschlechtersensibler Aufnahme- und Asylverfahren und geschlechtsspezifischer Leitlinien und Hilfsdienste im Asylverfahren.²¹² Auch eine Reihe allgemeiner Massnahmen wird thematisiert, vor allem in den Bereichen Prävention, Schutz und spezialisierte Hilfsdienste.²¹³

²⁰⁶ EGMR *Gisayev gegen Russland*, Nr.14811/04, 2011, Ziff. 116 (Verletzlichkeit wurde hier im Zusammenhang mit Art. 3 EMRK erwähnt).

²⁰⁷ EGMR *Opuz gegen Türkei*, Nr. 33401/02, 9. Juni 2009, Ziff. 160 (Verletzlichkeit wurde wiederum im Zusammenhang mit Art. 3 EMRK erwähnt).

²⁰⁸ EGMR *E.M. gegen Rumänien*, Nr. 43994/05, 30. Oktober 2012, Ziff. 58.

²⁰⁹ Istanbul-Konvention, Art. 4 Abs. 3 und 4.

²¹⁰ Art. 12 Abs. 3.

²¹¹ Vgl. insbesondere Kapitel VII – Migration und Asyl, Art. 59–61.

²¹² Art. 59– 60.

²¹³ Es geht z.B. um rechtzeitige, für die betroffene Person verständliche Information über die verfügbaren Hilfsdienste und über rechtliche Massnahmen, um Zugang zu Diensten, die ihre

1.5. Schutz der Würde und Achtung anderer Grundrechte von Personen, die in der Gemeinschaft untergebracht sind

95. Kommen anstelle der Haft alternative Massnahmen zum Zug, können andere Bestimmungen der EMRK von Bedeutung sein. Gewisse Arten von Alternativen können für sich allein oder in Verbindung mit anderen zu Beschränkungen der Bewegungsfreiheit, des Rechts auf freie Wahl des Wohnsitzes, der physischen oder psychischen Integrität und/oder des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens führen.²¹⁴

1.5.1. Einschränkungen der Freizügigkeit

96. Das Recht auf Freizügigkeit ist in Artikel 2 des Vierten Zusatzprotokolls zur EMRK verankert; es ist auf alle Personen anwendbar, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhalten. Die Bestimmung ergänzt den von Artikel 5 der Konvention gewährten Schutz in dem Sinn, dass sie jede Form von Freiheitsbeschränkung erfasst. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass eine Kombination von Beschränkungen der Freiheit unter gewissen Umständen einem Entzug der Freiheit gleichkommen kann. In diesem Fall gelten die Garantien von Artikel 5 EMRK.²¹⁵

97. Eine Beschränkung des Rechts auf Freizügigkeit ist nur dann mit Artikel 2 des Vierten Zusatzprotokolls vereinbar, wenn sie in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, um einen der in Absatz 3 der Bestimmung genannten legitimen Zwecke zu erreichen. Artikel 2 kann zur Anwendung kommen, wenn einer Person das Recht eingeräumt wurde, einzureisen oder während der Prüfung ihres Asylgesuchs zu bleiben. Im Fall *De Tommaso gegen Italien* hat der Gerichtshof daran erinnert:²¹⁶

"... dass Artikel 2 des Vierten Zusatzprotokolls jeder Person das Recht gibt, sich innerhalb des Hoheitsgebiets, in dem sie sich

Genesung nach erlittener Gewalt erleichtern, darunter, soweit nötig, rechtliche und psychologische Beratung, finanzielle Unterstützung, Unterkunft, Ausbildung, Schulung, Zugang zu Sozial- und ärztlichen Diensten, Bereitstellung von Schutzunterkünften u.a., vgl. Art. 19–23.

²¹⁴ CAHAR, Ziff. 3 des Kommentars zu Prinzip Nr. 6 Ziff. 1 der 20 Leitlinien des Ministerkomitees zur Frage der erzwungenen Rückkehr.

²¹⁵ Vgl. Teil I, 3.1.1., Definition Freiheitsentzug.

²¹⁶ EGMR *De Tommaso gegen Italien*, Ziff. 104. In diesem Urteil hat der EGMR entschieden, dass die Beschränkungen im Gesetz nicht hinreichend voraussehbar waren (Ziff. 124).

befindet, frei zu bewegen, und dieses Gebiet wieder zu verlassen; dies schliesst auch das Recht ein, sich in das Land ihrer Wahl zu begeben, das zur Aufnahme bereit sein könnte (*Khlyustov gegen Russland*, Nr. 28975/05, Ziff. 64, 11. Juli 2013, *Baumann gegen Frankreich*, Nr. 33592/96, Ziff. 61, CEDH 2001-V). Nach der Praxis des Gerichtshofs muss jede Massnahme, die das Recht auf Freizügigkeit einschränkt, gesetzlich vorgesehen sein, einen der in Absatz 3 von Artikel 2 des Protokolls Nr. 4 genannten legitimen Zwecke verfolgen und einen gerechten Ausgleich zwischen dem öffentlichen Interesse und den Rechten des Individuums herstellen (*Battista gegen Italien*, Nr. 43978/09, Ziff. 37, CEDH 2014, *Khlyustov*, a.a.O., Ziff. 64, *Raimondo*, a.a.O., Ziff. 39, und *Labita*, a.a.O., Ziff. 194–195)."

1.5.2. Lebensbedingungen

98. Um eine Verletzung von Artikel 3 der Konvention zu verhindern, ist die Würde der Menschen, die in der Gemeinschaft leben, zu achten, insbesondere muss dafür gesorgt werden, dass ihre Grundbedürfnisse befriedigt werden können. Artikel 3 EMRK ist auf alle Personen anwendbar, die der Herrschaftsgewalt eines Mitgliedstaates unterstehen, unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Statut. Im erwähnten Urteil *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland* hat der Gerichtshof entschieden, die Lebensbedingungen des Beschwerdeführers, einem Asylbewerber, der sich frei in Griechenland aufgehalten hatte, seien so schlecht gewesen, dass das von Artikel 3 vorausgesetzte Mindestmass an Schwere erreicht war. Die Behörden hätten, so der Gerichtshof²¹⁷,

"... der Verletzlichkeit des Beschwerdeführers als Asylsuchendem nicht ausreichend Rechnung getragen, und sie müssen aufgrund ihrer Untätigkeit für die Lage verantwortlich gemacht werden, in der er sich während mehrerer Monate befand, in den Strassen lebend, ohne Einkünfte oder Zugang zu sanitären Einrichtungen und ohne die Mittel zur Befriedigung seiner Grundbedürfnisse. Der Gerichtshof ist der Auffassung, dass der Beschwerdeführer Opfer einer erniedrigenden Behandlung geworden ist, in welcher sich ein fehlender

²¹⁷ EGMR *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland* [GK], Ziff. 263.

Respekt vor seiner Würde zeigte, und dass diese Situation zweifellos Gefühle von Furcht, Angst oder Unterlegenheit hervorgerufen hat, die zu Verzweiflung führen konnten. Er ist der Auffassung, dass solche Lebensumstände, im Zusammenwirken mit der anhaltenden Unsicherheit, in der sich der Beschwerdeführer befand, sowie dem völligen Fehlen einer Aussicht auf Besserung der Situation, den erforderlichen Schweregrad erreicht haben, um in den Anwendungsbereich von Artikel 3 der Konvention zu fallen."

99. In diesem Zusammenhang gebührt der Situation von Familien mit Kindern besondere Aufmerksamkeit. Die Fälle, in denen sich der Gerichtshof mit Kindern und "ihren spezifischen Bedürfnissen und ihrer extremen Verletzlichkeit" zu befassen hatte, haben bei der Konkretisierung des "besonderen Schutzes" im Sinn von Artikel 3 EMRK eine wichtige Rolle gespielt.²¹⁸ Kommt eine Behörde ihrer Verpflichtung, das Kind angemessen zu schützen und für es zu sorgen, nicht oder nur unzureichend nach, kann dies eine erniedrigende Behandlung darstellen; das gilt insbesondere bei unbegleiteten, frei in der Gemeinschaft lebenden Kindern.²¹⁹ So hat der Gerichtshof erwogen, dass die Gleichgültigkeit der Behörden gegenüber einem unbegleiteten Kind bei diesem Angst und Betroffenheit ausgelöst hat, vor allem deshalb, weil nichts unternommen worden war, einen rechtlichen Beistand zu bestellen und das Kind sich selber überlassen war.²²⁰ Generell verlangt die Rechtsprechung, dass die Aufnahmebedingungen dem Alter des Kindes angepasst sein müssen, "um sicherzustellen, dass diese Bedingungen für sie keine Situation von Stress und Angst mit besonders traumatischen Folgen hervorrufen". Kommt die Behörde dieser Verpflichtung nicht nach, führt das zur Verletzung von Artikel 3 EMRK.²²¹ Ausserdem ist es wichtig, dass Kinder mit ihrer Familie zusammenbleiben können.²²²

²¹⁸ EGMR *Tarakhel gegen Schweiz* [CG], Ziff. 119. Der EGMR war der Auffassung, dass der von Art. 3 EMRK vorausgesetzte minimale Schweregrad erreicht werde, wenn die Eltern und ihre sechs Kinder von der Schweiz nach Italien überstellt würden.

²¹⁹ EGMR *Rahimi gegen Griechenland*, Ziff. 87–94.

²²⁰ *Ibid.*, Ziff. 88–94.

²²¹ EGMR *Tarakhel gegen Schweiz* [GK], Ziff. 119.

²²² *Ibid.*, Ziff. 122.

100. Die Europäische Sozialcharta ("Charta") und ihre Auslegung durch den Europäischen Ausschuss für Sozialrechte ("Ausschuss") sind im vorliegenden Zusammenhang von besonderer Bedeutung. Nach der Praxis des Ausschusses kommen allen Personen, die sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhalten, in Bezug auf ihr Recht auf Leben und ihre Menschenwürde gewisse grundlegende Rechte zu, unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status und ihrer aufenthaltsrechtlichen Situation.²²³ Zu diesen Rechten gehören etwa das Recht auf soziale und medizinische Unterstützung²²⁴, das Recht der Kinder und Jugendlichen auf sozialen, rechtlichen und wirtschaftlichen Schutz²²⁵ und das Recht auf Wohnung²²⁶.

101. Was die von der Charta geschützten Rechte der Flüchtlinge betrifft, hat der Ausschuss an die Verpflichtung der Mitgliedstaaten erinnert, "dass jede in ihrem Hoheitsgebiet anwesende Person mit Würde und ohne Diskriminierung behandelt wird". Diese Verpflichtung beschränkt sich nicht auf die Achtung der zivilen Rechte der betroffenen Personen, sondern erstreckt sich auch auf die "Achtung ihrer physischen und psychischen Integrität" und die Anerkennung der grundlegenden menschlichen Bedürfnisse nach Solidarität und Zugehörigkeit.²²⁷ Der Ausschuss kommt in seiner Erklärung zum Schluss, dass "die Flüchtlinge in grösstmöglichem Umfang in den Genuss der Rechte aus der Charta kommen müssen"²²⁸.

102. Die Achtung der Würde ist ein grundlegendes menschenrechtliches Erfordernis. In Anerkennung dessen hat das Ministerkomitee²²⁹ ausgeführt, dass "der Anspruch auf Befriedigung elementarer materieller Bedürfnisse zumindest das Recht auf Nahrung, Kleidung, Obdach und medizinische Grundversorgung umfassen sollte", und dass diese Rechte nach den von den

²²³ *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) gegen Frankreich*, Kollektivbeschwerde Nr. 14/2003, 3. November 2004, Ziff. 30 und 32.

²²⁴ Art. 13 der Charta; vgl. die Entscheidung des Ausschusses im Fall *Conférence des Eglises européennes (CEC) gegen Niederlande*, Kollektivbeschwerde Nr. 90/2013, 1. Juli 2014.

²²⁵ Art. 17 der Charta; vgl. *Defense des enfants International (DCI) gegen Belgien*, Kollektivbeschwerde Nr. 69/2011, 23. Oktober 2012.

²²⁶ Art. 31 der Charta; vgl. *Fédération Européenne des Associations Nationales Travaillant avec les Sans-Abri (FEANTSA) gegen Niederlande*, Kollektivbeschwerde Nr. 86/2012, 2. Juli 2014.

²²⁷ Ziff. 3 des *Statement of interpretation on the rights of refugees under the European Social Charter*, ausgearbeitet anlässlich der 280. Sitzung des Ausschusses, Strassburg, 7.–11. September 2015.

²²⁸ *Ibid.*, Ziff. 4.

²²⁹ Leitlinien des Ministerkomitees für eine kindgerechte Justiz, III. Grundprinzipien, C. Würde, Ziff. 1, sowie Ziff. 39 des Erläuternden Berichts.

innerstaatlichen Behörden zu definierenden Modalitäten einheimischen wie ausländischen Personen zustehen, ohne dass es bei letzteren auf ihren ausländerrechtlichen Status ankäme."²³⁰ In Bezug auf die Kinder hat das Ministerkomitee festgehalten, dass, wiederum unabhängig von ihrem rechtlichen Status, auf ihre persönliche Situation, ihr Wohlergehen und ihre speziellen Bedürfnisse besonderes Augenmerk zu legen ist, wobei ihre seelische und körperliche Integrität vollumfänglich gewahrt werden muss.²³¹

103. Nach Meinung des Kommissars für Menschenrechte sollten bei Anwendung alternativer Massnahmen die Grundbedürfnisse der betroffenen Personen abgedeckt werden, zum Schutz ihrer menschlichen Würde, aber auch, um eine positive Einstellung zum ausländerrechtlichen Verfahren zu fördern.²³²

2. Andere internationale Standards (Vereinte Nationen und Europäische Union)

2.1. Recht auf Freiheit

104. Im Rechtssystem der UNO garantiert der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte ("Pakt II") jeder Person ein Recht auf Freiheit und Sicherheit, unabhängig von ihrem rechtlichen Status, ihrer Staatsangehörigkeit oder Staatenlosigkeit. Der Schutz gilt also insbesondere auch für Flüchtlinge, Staatenlose, Asylsuchende und illegale Migrantinnen und Migranten.²³³ Pakt II enthält keine ausdrückliche Liste zulässiger Haftmotive.²³⁴ Er verbietet ausdrücklich jede willkürliche Festnahme oder Haft. Ebenso wird jeder ungesetzliche Freiheitsentzug ausdrücklich untersagt.²³⁵

²³⁰ Empfehlung (2000)3 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über das Recht von Personen in grosser Armut auf Befriedigung ihrer elementaren materiellen Bedürfnisse (angenommen vom Ministerkomitee am 19. Januar 2000, anlässlich der 694. Sitzung der Ministerdelegierten), Ziff. 2 und 4.

²³¹ Leitlinien des Ministerkomitees für eine kindgerechte Justiz, III. Grundprinzipien, C. Würde, Ziff. 1.
²³² *Le carnet des droits de l'homme, Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants*, 31. Januar 2017.

²³³ Art. 9 Pakt II. Vgl. weiter die Allgemeine Bemerkung (*General Comment*) des Menschenrechtsausschusses (MRA) Nr. 35, Ziff. 3; Nr. 31 [80], Die Rechtsnatur der Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus dem Pakt, verabschiedet am 29. März 2004 (2187. Sitzung), CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, Ziff. 10; *Situation des migrants en transit - Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme*, A/HRC/31/35, 27. Januar 2016, Ziff. 42.

²³⁴ MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 35, Ziff. 14.

²³⁵ Art. 9 Abs. 1 Pakt II.

105. Das Erfordernis der Gesetzmässigkeit verlangt, dass ein Freiheitsentzug nur "aus den im Gesetz bestimmten Gründen und in dem im Gesetz vorgesehenen Verfahren"²³⁶ angeordnet wird. Das wurde in dem Sinn interpretiert, dass die Gründe für den Freiheitsentzug und die Verfahren, in denen er angeordnet wird, "im Gesetz klar und in abschliessender Aufzählung definiert"²³⁷ werden müssen, "um eine zu extensive oder willkürliche Auslegung oder Anwendung zu verhindern"²³⁸. Werden Haftgründe und Verfahren in der nationalen Gesetzgebung nicht hinreichend klar umschrieben, ist der Freiheitsentzug rechtswidrig.

106. Zum Begriff der "Willkür" hat der Menschenrechtsausschuss folgendes ausgeführt:²³⁹

"Das Adjektiv 'willkürlich' ist nicht gleichbedeutend mit 'gesetzeswidrig', sondern muss in einem weiteren Sinn verstanden werden, der auch Merkmale der Unangebrachtheit, Ungerechtigkeit und mangelnden Voraussehbarkeit umfasst. So muss die Anordnung einer Untersuchungshaft nach rechtmässiger Festnahme nicht nur gesetzmässig, sondern auch unter allen Umständen angemessen sein. Sie muss überdies unter den gegebenen Umständen notwendig sein, um beispielweise einer Flucht-, Kollusions- oder Wiederholungsgefahr zu begegnen."

107. Der Ausschuss hat im Zusammenhang mit Artikel 9 Absatz 1 Pakt II auch die Bedeutung der Verhältnismässigkeit hervorgehoben.²⁴⁰

"Untersuchungshaft könnte als willkürlich angesehen werden, wenn sie nicht in jeder Hinsicht notwendig ist, etwa um die inhaftierte Person daran zu hindern, die Flucht zu ergreifen oder Beweise beiseite zu schaffen: Hier kommt das Element der Verhältnismässigkeit ins Spiel."

²³⁶ MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 35, Ziff. 11.

²³⁷ *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, A/HRC/13/30, 18. Januar 2010, Ziff. 59; MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 35, Ziff. 11 und 23.

²³⁸ MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 35, Ziff. 22.

²³⁹ MRA, *Van Alphen gegen Niederlande*, Mitteilung Nr. 305/1988, CCPR/C/39/D/305/1988, 23. Juli 1990, Ziff. 5.8.

²⁴⁰ MRA, *A gegen Australien*, Mitteilung Nr. 560/1993, CCPR/C/59/D/560/1993, 30. April 1997, Ziff. 9.2. S. auch MRA, *Allgemeine Bemerkung Nr. 35*, Ziff. 12.

108. Auch im Bereich der Migration ist nach Artikel 9 Absatz 1 Pakt II Haft nicht *per se* willkürlich.²⁴¹ Der Menschenrechtsausschuss hat anerkannt, dass eine illegale Einreise "Abklärungen nötig machen kann und auch andere, personenbezogene Faktoren wie Fluchtgefahr oder mangelnde Kooperation den Freiheitsentzug für eine gewisse Dauer rechtfertigen können."²⁴² Fehlen solche Faktoren, kann die Haft jedoch als willkürlich angesehen werden, selbst im Fall einer illegalen Einreise.²⁴³ Daraus lässt sich schliessen, dass ausländerrechtliche Haft eine ausserordentliche, letztmögliche Massnahme sein muss, angemessen, notwendig und verhältnismässig; ihre Anordnung bedingt eine individuelle Abklärung, bei der die möglichen Auswirkungen auf die körperliche und seelische Gesundheit der betroffenen Person gebührend zu berücksichtigen sind.²⁴⁴

109. Die vorstehenden Ausführungen wurden durch die UN-Arbeitsgruppe über willkürliche Haft (*Groupe de travail sur la détention arbitraire, GTDA*) und den UNO-Sonderberichterstatter für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten bekräftigt: Beide betonen, dass ausländerrechtliche Haft nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit immer nur als letztmögliche Massnahme in Frage kommt.²⁴⁵ Im gleichen Sinn hat der Menschenrechtsausschuss festgehalten, dass die Staaten auf der Grundlage der konkreten Situation der betroffenen Person prüfen müssen, ob Haft gerechtfertigt und die einzig verbleibende Massnahme ist, um der Gefahr zu begegnen, die von dieser Person ausgeht.²⁴⁶

110. Für den Schutz vor willkürlicher Haft von Flüchtlingen und Asylsuchenden kommt der Flüchtlingskonvention besondere Bedeutung zu. Die Konvention verbietet es den Vertragsstaaten, wegen illegaler Einreise oder unrechtmässigen Aufenthalts

²⁴¹ MRA, *Allgemeine Bemerkung Nr. 35*, Ziff. 18.

²⁴² MRA, *A. gegen Australien*, Ziff. 9.4.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ MRA, *Allgemeine Bemerkung Nr. 35*, Ziff. 18.

²⁴⁵ *Rapport du Groupe de travail sur la détention arbitraire*, A/HRC/13/30, 18. Januar 2010, Ziff. 59; *Report to the Seventh Session of the Human Rights Council - Report of the Working Group on Arbitrary Detention*, A/HRC/7/4, 10. Januar 2008, Ziff. 80 (b); Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, vom 2. April 2012, Dokument A/HRC/20/24, Ziff. 68.

²⁴⁶ MRA *Danyal Shafiq gegen Australien*, Mitteilung Nr. 1324/2004, CCPR/C/88/D/1324/2004, Auffassungen vom 31. Oktober 2006, Ziff. 7.3; *C. gegen Australien*, Mitteilung Nr. 900/1999, CCPR/C/76/D/900/1999, Auffassungen vom 28. Oktober 2002, Ziff. 8.2 und 8.4.

Strafmassnahmen zu ergreifen "gegen Flüchtlinge, die unmittelbar aus einem Gebiet kommen, wo ihr Leben oder ihre Freiheit im Sinne von Artikel 1 bedroht war, und sofern sie sich unverzüglich den Behörden stellen und triftige Gründe für ihre illegale Einreise oder Anwesenheit darlegen."²⁴⁷ Die Konvention bestimmt ausserdem, dass die Bewegungsfreiheit der Flüchtlinge nur soweit notwendig und nur so lange eingeschränkt werden darf, "bis [ihre] Rechtsstellung im Aufnahmeland geregelt ist oder bis sie die Einreiseerlaubnis in ein anderes Land erhalten haben."²⁴⁸ Flüchtlinge, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhalten, haben das Recht, sich dort frei zu bewegen und ihren Aufenthaltsort zu wählen.²⁴⁹ Angesichts der deklaratorischen Natur des Flüchtlingsstatus²⁵⁰ "[sollte] der Aufenthalt von Asylsuchenden [...] als rechtmässig angesehen werden, damit diese Bestimmung auch ihnen zugutekommt"²⁵¹.

111. Auch nach Artikel 12 Absatz 1 Pakt II haben Personen, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhalten, das Recht, sich dort frei zu bewegen und ihren Wohnsitz zu wählen. Dieses Recht darf nur eingeschränkt werden, wenn es gesetzlich vorgesehen ist und zum Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist und die Einschränkungen mit den übrigen im Pakt anerkannten Rechten vereinbar ist.²⁵² Nach Auffassung des Menschenrechtsausschusses sind Ausländerinnen und Ausländer, "die illegal eingereist sind, deren

²⁴⁷ Art. 31 Abs. 1. Vgl. auch Art. 5 des Zusatzprotokolls gegen die rechtswidrige Schleusung von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende Kriminalität, wonach Migrantinnen und Migranten nicht strafrechtlich dafür verfolgt werden können, dass sie Gegenstand einer rechtswidrigen Schleusung waren.

Zu Art. 31 Abs. 1 Flüchtlingskonvention vgl. näher *Commentaire sur la Convention sur les réfugiés de 1951*, Art. 2–11, 13–37, publiziert durch die *Division des services de la protection internationale du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés*, 1997, S. 97–104; C. COSTELLO (unter Mitarbeit von Y. IOFFE und T. BÜCHSEL), *Art. 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, Legal and Protection Policy Research Series*, PPLA/2017/01, Juli 2017, S. 10–43; GUY S. GOODWIN-GILL, *Art. 31 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees: Non-Penalization, Detention, and Protection*, redigiert im Auftrag des *Département de la protection internationale pour les Consultations globales du HCR*, Oktober 2001.

²⁴⁸ Art. 32 Abs. 2.

²⁴⁹ Art. 26.

²⁵⁰ UNHCR, *Guide et principes directeurs sur les procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut des réfugiés au regard de la Convention de 1951 et le Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, HCR/1P/4/ENG/REV, Dezember 2011, S. 9.

²⁵¹ UNHCR, *Haft-Richtlinien*, Richtlinie 2, Ziff. 13.

²⁵² Art. 12 Abs. 3.

Aufenthaltsstatus aber reguliert wurde, als Personen anzusehen, die sich i.S. von Artikel 12 Absatz 1 rechtmässig im Hoheitsgebiet aufhalten".²⁵³

112. Die Haft-Richtlinien des UNHCR halten fest, dass "die Inhaftierung von Asylsuchenden im Normalfall vermieden und nur als letztes Mittel eingesetzt" werden sollte, wenn "sie einem legitimen Zweck dient [und] in jedem einzelnen Fall für notwendig und verhältnismässig erachtet wurde"²⁵⁴. In jedem einzelnen Fall müssen "die Verfügbarkeit, Wirksamkeit und Angemessenheit von Haftalternativen geprüft werden", um sicherzustellen, "dass die Inhaftierung von Asylsuchenden das letzte, nicht das erste Mittel ist"²⁵⁵. Werden keine Alternativen in Erwägung gezogen, kann das dazu führen, dass die Haft als willkürlich anzusehen ist.²⁵⁶

113. Bei der Prüfung, ob Fluchtgefahr gegeben ist, muss durch geeignete Screening- und Beurteilungsmethoden sichergestellt sein, dass Personen, die in gutem Glauben Asyl beantragen, nicht zu Unrecht inhaftiert werden.²⁵⁷ Haft sollte nicht als Abschreckung künftiger Asylsuchender verhängt werden oder die Personen, die bereits ein Asylgesuch gestellt haben, davon abhalten, dieses weiterzuverfolgen.²⁵⁸ Für die Anwendung von Alternativen insbesondere bei Flüchtlingen, Asylsuchenden und anderen Personen, die des internationalen Schutzes bedürfen, bestehen weiterführende Leitlinien des UNHCR.²⁵⁹

114. Auf EU-Ebene statuiert Artikel 6 der Charta der Grundrechte das Recht auf Freiheit und Sicherheit; die Bestimmung entspricht Artikel 5 Absatz 1 EMRK²⁶⁰. Der Gerichtshof der Europäischen Union ("EuGH") hat die Bedeutung des Rechts auf Freiheit i.S. von Artikel 6

²⁵³ MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 27, Freizügigkeit (Art. 12), 2. November 1999, Ziff. 4. Vgl. auch *Celepli gegen Schweden*, Mitteilung Nr. 456/1991, Auffassungen vom 18. Juli 1994, Ziff. 9.2.

²⁵⁴ UNHCR, Haft-Richtlinien, Einleitung Ziff. 2, Richtlinie 4, Ziff. 18.

²⁵⁵ *Ibid.*, Richtlinie 4,3, Ziff. 35.

²⁵⁶ *Ibid.*, Richtlinie 4, Ziff. 18.

²⁵⁷ *Ibid.*, Ziff. 22. Siehe auch UNHCR, *UNHCR et IDC (2016), Outil d'examen de la vulnérabilité - Déterminer et prendre en compte les situations de vulnérabilité : outils pour les systèmes d'asile et de migration*, 2016.

²⁵⁸ *Ibid.*, Richtlinie 4, Ziff. 32.

²⁵⁹ UNHCR, *Options Paper 1: Options for governments on care arrangements and alternatives to detention for children and families*, 2015; HCR, *Options Paper 2: Options for governments on open reception and alternatives to detention*, 2015.

²⁶⁰ Art. 52 Abs. 2 und 3, Art. 53 Grundrechtecharta.

Absatz 1 der Grundrechtecharta hervorgehoben und ausgeführt, dass "angesichts der Schwere des in einer [...] Inhaftnahme bestehenden Eingriffs in dieses Recht die Einschränkungen seiner Ausübung auf das absolut Notwendige beschränkt bleiben müssen"²⁶¹. Generell kann nach EU-Recht der Migrationsstatus einer Person nie der alleinige Grund für die Anordnung von Haft sein. Vielmehr verlangen die einschlägigen Rechtsakte eng umgrenzte, abschliessende Haftmotive, wobei für Kinder noch zusätzliche Garantien vorgesehen sind.

115. Wie Artikel 31 der Flüchtlingskonvention verbietet das EU-Recht, eine Person zu inhaftieren, nur weil sie um internationalen Schutz nachgesucht hat.²⁶² Die gleiche Regelung gilt für Personen, auf welche die Verordnung EU Nr. 604/2013 Anwendung findet.²⁶³

116. Haft von Asylsuchenden und von Personen, die dem Dublin-Verfahren unterstehen, soll nur für die kürzest mögliche Dauer angeordnet werden. Sowohl in Bezug auf die Art und Weise als auch in Bezug auf den Zweck der Inhaftnahme sind die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit zu beachten. Haft darf nur angeordnet werden, wenn die individuelle Prüfung des Falles ergeben hat, dass keine Alternative wirksam angewendet werden kann.²⁶⁴ Nach der Richtlinie 2013/32/EU dürfen Asylbewerberinnen und Asylbewerber so lange im Mitgliedstaat verbleiben, bis die Asylbehörde im erstinstanzlichen Verfahren über den Antrag entschieden hat, bzw. bis zum Ablauf der Frist für die Ausübung des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf und, wenn ein solches Recht fristgemäss ausgeübt wurde, bis zur Entscheidung über den Rechtsbehelf.²⁶⁵

117. Asylbewerberinnen und Asylbewerber haben das Recht, sich im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats oder in einem ihnen von diesem Mitgliedstaat zugewiesenen Gebiet frei zu bewegen.²⁶⁶ Wird ein Gebiet zugewiesen, darf dieses "die unveräusserliche Privatsphäre nicht beeinträchtigen", und es muss "hinreichenden

²⁶¹ Urteil vom 15. Februar 2016, *N.*, C-601/15 PPU, EU:C:2016: 84, Ziff. 56.

²⁶² Richtlinie 2013/32/EU, Art. 26 Abs. 1; Richtlinie 2013/33/EU, Präambel (15) und Art. 8 Abs. 1.

²⁶³ Verordnung (EU) Nr. 604/2013, Präambel (20) und Art. 28 Abs. 1.

²⁶⁴ Richtlinie 2013/33/EU, Präambel (15) und (16) und Art. 8 Ziff. 2; Verordnung (EU) Nr. 604/2013, Präambel (20) und Art. 28 Abs. 2 und 3.

²⁶⁵ Art. 9 Abs. 1 und Art. 46 Abs. 5.

²⁶⁶ Richtlinie 2013/33/EU, Art. 7 Abs. 1.

Raum dafür bieten, dass Gewähr für eine Inanspruchnahme aller Vorteile aus dieser Richtlinie [2013/33/EU] gegeben ist"²⁶⁷.

118. Nach sekundärem EU-Recht untersteht die Haft in Abschiebungsverfahren den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit. Bevor Haft angeordnet werden kann, müssen in jedem Einzelfall alternative Massnahmen geprüft und als unwirksam bewertet worden sein.²⁶⁸ Die Haftdauer hat so kurz wie möglich zu sein und darf "sich nur auf die Dauer der laufenden Abschiebungsvorkehrungen erstrecken, solange diese mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführt werden". Eine Person darf nur inhaftiert werden, um ihre Rückkehr vorzubereiten und/oder die Abschiebung durchzuführen, und zwar insbesondere dann, wenn Fluchtgefahr besteht oder wenn die Person die Vorbereitung der Rückkehr oder das Abschiebungsverfahren umgeht oder behindert. Besteht aus rechtlichen oder anderweitigen Erwägungen keine hinreichende Aussicht auf Abschiebung, ist die Haft nicht länger gerechtfertigt.²⁶⁹

119. Gegenstand des kürzlich ergangenen Urteils *Al Chodor* war die Auslegung von Artikel 28 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 2n) der Verordnung (EU) Nr. 604/2013. Nach der erstgenannten Bestimmung kann eine Person in einem Dublin-Verfahren in Haft genommen werden, wenn erhebliche Fluchtgefahr besteht.²⁷⁰ Unter Hinweis insbesondere auf den Grundsatz der *Qualität* des Gesetzes, wie er in der einschlägigen Rechtsprechung entwickelt wurde, namentlich die Kriterien der Klarheit, der Vorhersehbarkeit, der Zugänglichkeit und des Schutzes vor Willkür, hielt der EuGH fest, dass die objektiven Kriterien, anhand derer die Fluchtgefahr geprüft wird, in einer zwingenden Vorschrift mit allgemeiner Geltung festzulegen sind.²⁷¹ Fehlen solche objektiven Kriterien im einzelstaatlichen Recht, ist eine

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ Richtlinie 2008/115/EG, Präambel (16) und Art. 15 Ziff. 1.

²⁶⁹ Richtlinie 2008/115/EG, Art. 15 Ziff. 4. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 30. November 2009, Grosse Kammer, *Kadzoev*, C-357/09 PPU, EU:C:2009:741, Ziff. 64.

²⁷⁰ Nach Art. 2n) der Verordnung bezeichnet der Ausdruck "Fluchtgefahr" "das Vorliegen von Gründen im Einzelfall, die auf objektiven gesetzlich festgelegten Kriterien beruhen und zu der Annahme Anlass geben, dass sich ein Antragsteller, ein Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser, gegen den ein Überstellungsverfahren läuft, diesem Verfahren möglicherweise durch Flucht entziehen könnte." Eine praktisch gleichlautende Definition findet sich in Art. 3 Abs. 7 der Richtlinie 2008/115/EG.

²⁷¹ Urteil vom 15. März 2017, *Salah Al Chodor e.a.*, C-528/15, EU:C:2017:213, Ziff. 45.

Haft nach Artikel 28 Absatz 2 i.V.m. Artikel 2n) der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 rechtswidrig.²⁷²

2.2. Pflicht zur Prüfung von Haftalternativen

120. Die Haft stellt eine ausserordentliche Massnahme dar, auf die nur als letztes Mittel zurückgegriffen werden darf. Deshalb sind die Staaten gestützt auf die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit rechtlich verpflichtet, (1) mögliche Haftalternativen sorgfältig zu prüfen und (2) Haft nur dann anzuordnen, wenn erwiesen ist, dass alternative Massnahmen nicht genügen, um den abgestrebten Zweck zu erreichen.²⁷³

121. Der MRA hat diese Verpflichtungen in verschiedenen Auffassungen bestätigt, in denen er eine Verletzung von Artikel 9 Absatz 1 Pakt II festgestellt hat, wenn die betreffenden Staaten nicht nachweisen konnten, "dass mit Blick auf die besondere Situation jeder einzelnen Person keine weniger einschneidenden Massnahmen zur Verfügung standen, um das gleiche Ziel zu erreichen"²⁷⁴. Die GTDA hat ihrerseits erklärt, dass "zuerst immer nicht freiheitsentziehende Ersatzmassnahmen [...] geprüft werden sollten, bevor auf das Mittel der Haft zurückgegriffen wird"²⁷⁵. Für den Bereich der Ausweisung bedeutet das, "dass die Pflicht der Regierungen, nach Alternativen zu suchen, umso vordringlicher wird, je kleiner die Chancen sind, die Ausweisung in angemessener Frist vollziehen zu können"²⁷⁶. Allgemein lässt sich sagen, dass die Pflicht, Ersatzlösungen für die ausländerrechtliche Haft zu prüfen, von einer Vielzahl von UN-Organen herausgestellt wird.²⁷⁷

²⁷² *Ibid.*, Ziff. 46.

²⁷³ Für die EU-Mitgliedstaaten ist die Pflicht zur Prüfung von Haftalternativen in folgenden Erlassen vorgesehen: Richtlinie 2013/33/EU, Präambel (20) und Art. 8 Abs. 2; Richtlinie 2008/115/EG, Präambel (16) und Art. 15 Abs. 1; Verordnung (EU) Nr. 604/2013, Präambel (20) und Art. 28 Abs. 2.

²⁷⁴ MRA, C. gegen Australien, Ziff. 8.2; Saed Shams und andere gegen Australien, Mitteilungen Nrn. 1255,1256,1259,1260,1266,1268,1270,1288/2004, Auffassungen vom 20. Juli 2007, Ziff. 7.2; MRA Zeyad Khalaf Hamadie Al-Gertani gegen Bosnien-Herzegowina, Ziff. 10.4; MRA F.K.A.G. et al. gegen Australien, Mitteilung Nr. 2094/2011, CCPR/C/108/D/2094/2011, Auffassungen vom 26. Juli 2013, Ziff. 9.4.

²⁷⁵ Anhang zum Bericht der Arbeitsgruppe über willkürliche Haft (*Groupe de travail sur la détention arbitraire du Groupe de travail sur la détention arbitraire [GTDA]: additif: Rapport sur la mission du Groupe de travail au Royaume-Uni concernant la question des immigrants et des demandeurs d'asile*, E/CN.4/1999/63/Add.3, 18. Dezember 1998, Ziff. 33.

²⁷⁶ GTDA, *Opinion no. 45/2006, A/HRC/7/4/Add.1*, 16. Januar 2008, Ziff. 25.

²⁷⁷ Dazu gehören u.a. die GTDA, der UNHCR, der Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung, der Sonderberichterstatter für Menschenrechte und Migration, das Büro des Hochkommissariats für Menschenrechte.

122. Auf Stufe der EU ergibt sich die Pflicht, Ersatzmassnahmen zu prüfen, aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Primärrecht, und sie ist in den spezifischen Bestimmungen der einschlägigen Richtlinien klar geregelt. So ist die Haft von Asylbewerberinnen und Asylbewerbern, einschliesslich solcher, die einem Dublin-Verfahren oder einem Ausweisungsverfahren unterstehen, nur zulässig, wenn auf der Grundlage einer Einzelfallprüfung erstellt ist, dass sich weniger einschneidende Massnahmen nicht wirksam anwenden lassen.²⁷⁸

123. Der EuGH hat die Pflicht zur Prüfung von Haftalternativen im Fall *El Dridi* erneut bekräftigt und unterstrichen, dass die Ausweisung auf der Grundlage einer individuellen Prüfung und unter Anwendung von abgestuften Massnahmen vorgenommen werden sollte: Am Anfang steht die Massnahme, welche der betroffenen Person die grösstmögliche Freiheit lässt, d.h. die freiwillige Rückkehr; erst wenn sich eine Massnahme als unwirksam erweist, soll auf restriktivere Mittel zurückgegriffen werden, zuletzt auf die Inhaftierung.²⁷⁹ In Bezug auf die Kontrollbefugnis der gerichtlichen Behörden hat der Gerichtshof festgehalten,²⁸⁰

"dass die Kontrolle, die die mit einem Antrag auf Verlängerung der Haft eines Drittstaatsangehörigen befasste Justizbehörde vorzunehmen hat, dieser erlauben muss, im jeweiligen Einzelfall in der Sache darüber zu entscheiden, ob die Haft des betreffenden Drittstaatsangehörigen zu verlängern ist, ob sie durch eine weniger intensive Zwangsmassnahme ersetzt werden kann oder ob der Drittstaatsangehörige freizulassen ist; die Justizbehörde ist dementsprechend befugt, sich auf die von der antragstellenden Verwaltungsbehörde vorgelegten Tatsachen und Beweise sowie auf die ihr eventuell während dieses Verfahrens unterbreiteten Tatsachen, Beweise und Stellungnahmen zu stützen."

²⁷⁸ Richtlinie 2013/33/EU, Präambel (15) und (20) und Art. 8 Ziff. 2; Richtlinie 2008/115/EG, Präambel (16) und Art. 15 Ziff. 1; Verordnung (EU) Nr. 604/2013, Präambel (20) und Art. 28 Ziff. 2.

²⁷⁹ EuGH, Urteil vom 28. April 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, Ziff. 39 und 41.

²⁸⁰ EuGH, Urteil vom 5. Juni 2014, *Mahdi*, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, Ziff. 64.

2.3. Verfahrensrechtliche Garantien

Angabe von Haftgründen

124. Das Recht, über die Gründe der Festnahme und der Haft informiert zu werden, ist in Artikel 9 Absatz 2 Pakt II verankert. Die mitgeteilten Gründe müssen "[die inhaftierte Person] in die Lage versetzen, unverzüglich Schritte zu unternehmen, um wieder frei zu kommen, wenn sie der Meinung ist, die Gründe seien ungültig oder unbegründet"²⁸¹. Das Erfordernis, ohne Verzug über eine Haftanordnung und die sie rechtfertigenden Gründe zu informieren, findet sich in analoger Weise im *UN Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment* ("UNBOP")²⁸². Die inhaftierte Person muss in einer ihr verständlichen Sprache über ihre Rechte und die Art und Weise, wie sie diese Rechte wahrnehmen kann, belehrt werden.²⁸³ Gemäss der GTDA muss die Information über die Haftanordnung und die sie rechtfertigenden Gründe schriftlich erfolgen.²⁸⁴ Die Information sollte auch die Möglichkeiten darlegen, eine gerichtliche Kontrolle zu beantragen, mit der innert kurzer Frist die Rechtmässigkeit der Haft geprüft und ggf. die Freilassung angeordnet werden kann.²⁸⁵ Auch das UNHCR sieht für Asylsuchende das Recht vor, "in einer ihnen verständlichen Sprache und Formulierung" über die Gründe ihrer Haft und ihre Rechte im Zusammenhang mit der Haftanordnung (einschliesslich Überprüfungsverfahren) informiert zu werden.²⁸⁶

125. Nach der sekundären Gesetzgebung der EU muss die Haft von Personen, die um internationalen Schutz nachsuchen, von einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde schriftlich angeordnet werden. In der Anordnung sind die sachlichen und rechtlichen Gründe für die Haft anzugeben.²⁸⁷ Inhaftierte Personen, die um internationalen Schutz nachsuchen, müssen unverzüglich schriftlich und in einer Sprache, die sie verstehen, oder von der vernünftigerweise angenommen

²⁸¹ MRA, *Adolfo Drescher Caldas gegen Uruguay*, Mitteilung Nr. 43/1979, CCPR/C/OP/2, 1990, Ziff. 13.2.

²⁸² Prinzip 11(2).

²⁸³ Prinzipien 13 und 14.

²⁸⁴ Arbeitsgruppe über willkürliche Haft, *Deliberation n° 5 concerning the situation regarding immigrants and asylum-seekers*, Prinzip 8.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ UNHCR, Haft-Richtlinien, Richtlinie 7, Ziff. 47 (i).

²⁸⁷ Richtlinie 2013/33/EU, Art. 9 Abs. 2.

werden darf, dass sie sie verstehen, über die Gründe für die Haft informiert werden.²⁸⁸ Die Information muss ausserdem die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Verfahren für die Anfechtung der Haftanordnung umfassen.²⁸⁹ Diese Garantien finden auch auf Gesuchsteller Anwendung, die dem Dublin-Verfahren unterstehen.²⁹⁰

126. Für Personen, gegen die ein Ausweisungsentscheid vorliegt ist und die inhaftiert werden sollen, bestimmt das Sekundärrecht, dass die Inhaftnahme schriftlich unter Angabe der sachlichen und rechtlichen Gründe angeordnet wird.²⁹¹ Die Mitgliedstaaten sind gehalten, die inhaftierte Person unverzüglich über die Möglichkeit zu informieren, eine rasche gerichtliche Kontrolle der Rechtmässigkeit der Haft zu beantragen.²⁹²

Rechtlicher Beistand

127. Rascher und regelmässiger Zugang zu einem Rechtsbeistand wird im Zusammenhang mit Artikel 7 Pakt II als wichtige Sicherung gegen unmenschliche und erniedrigende Behandlung angesehen.²⁹³ UNBOP sieht ausdrücklich vor, dass eine inhaftierte Person Anspruch auf einen Rechtsbeistand hat, dass sie nach der Festnahme unverzüglich über diesen Anspruch zu informieren ist und dass sie "angemessene Möglichkeiten" haben muss, diesen Anspruch auch geltend zu machen.²⁹⁴ Hat eine Person keinen selbst gewählten Rechtsbeistand und fehlen ihr die Mittel zur Bezahlung, hat sie das Recht, dass ihr ein Gericht oder eine andere Behörde "in allen Fällen, in denen es im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist", einen Rechtsbeistand bestellt.²⁹⁵

128. Nach den Haft-Richtlinien des UNHCR müssen Asylbewerberinnen und Asylbewerber über ihren Anspruch auf Rechtsbeistand informiert werden. Dieser Beistand sollte kostenlos zur Verfügung gestellt werden, wenn Staatsangehörige in einer ähnlichen Situation auch einen solchen Anspruch haben, und "so

²⁸⁸ *Ibid.*, Art. 9 Abs. 4.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ Verordnung (EU) Nr. 604/2013, Art. 28 Abs. 4.

²⁹¹ Richtlinie 2008/115/EG, Art. 15 Abs. 2, 2. Absatz.

²⁹² *Ibid.*, Art. 15 Abs. 2 (b).

²⁹³ MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 20: Artikel 7, Verbot der Folter und grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung oder Strafe, 10. März 1992, Ziff. 11.

²⁹⁴ UNBOP, Prinzip 17 Ziff. 1.

²⁹⁵ *Ibid.*, Prinzip 17 Ziff. 2.

schnell wie möglich nach der Festnahme oder Inhaftierung verfügbar sein, um den Betroffenen dabei zu helfen, ihre Rechte zu verstehen"²⁹⁶.

129. Gemäss sekundärem EU-Recht müssen inhaftierte Personen, die um internationalen Schutz nachsuchen, über die Möglichkeit informiert werden, unentgeltlich Rechtsberatung und -vertretung in Anspruch zu nehmen.²⁹⁷ Die Verfahren für die Inanspruchnahme von Rechtsberatung und -vertretung werden im einzelstaatlichen Recht geregelt.²⁹⁸ Wird eine von einer Verwaltungsbehörde angeordnete Haft gerichtlich überprüft, sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass der Antragsteller unentgeltliche Rechtsberatung und -vertretung in Anspruch nehmen kann²⁹⁹; dabei steht ihnen ein gewisser Spielraum zu, namentlich was die Beurteilung der finanziellen Situation der gesuchstellenden Person, das Budget und die zeitliche Begrenzung der Kostenübernahme betrifft³⁰⁰. Die Rechtsberatung und -vertretung "umfasst zumindest die Vorbereitung der erforderlichen Verfahrensdokumente und die Teilnahme an der Verhandlung im Namen des Antragstellers vor den Justizbehörden"³⁰¹. Diese Garantien finden auch auf Personen Anwendung, die in einem Dublin-Verfahren um internationalen Schutz nachsuchen.³⁰²

130. Personen, gegen die ein Ausweisungsentscheid vorliegt und die inhaftiert sind, "wird auf Wunsch gestattet, zu gegebener Zeit mit Rechtsvertretern [...] Kontakt aufzunehmen."³⁰³

Gerichtliche Kontrolle

131. Artikel 9 Absatz 4 Pakt II sieht eine gerichtliche Kontrolle der Rechtmässigkeit von Freiheitsentziehungen vor. Das Gericht entscheidet "unverzüglich", und es ordnet die Entlassung an, falls die Freiheitsentziehung nicht rechtmässig ist. Zur Tragweite dieser gerichtlichen Kontrolle hat der Menschenrechtsausschuss festgehalten, dass die Rechtmässigkeit der Haft nicht nur nach innerstaatlichem Recht, sondern auch nach dem Pakt selbst zu prüfen

²⁹⁶ UNHCR, Haft-Richtlinien, Richtlinie 7, Ziff. 47 (ii)

²⁹⁷ Richtlinie 2013/33/UE, Art. 9 Abs. 4.

²⁹⁸ *Ibid.*, Art. 9 Abs. 10.

²⁹⁹ *Ibid.*, Art. 9 Abs. 6 i.V.m. Abs. 3.

³⁰⁰ *Ibid.*, Art. 9 Abs. 7, 8 und 9.

³⁰¹ *Ibid.*, Art. 9 Abs. 6.

³⁰² Verordnung (EU) Nr. 604/2013, Art. 28 Abs. 4.

³⁰³ Richtlinie 2008/115/EG, Art. 16 Abs. 2.

ist, und dass das Gericht auch tatsächlich befugt sein muss, die Entlassung anzuordnen.³⁰⁴

132. Nach Auffassung des UNHCR müssen Asylbewerberinnen und Asylbewerber unverzüglich vor eine Gerichts- oder andere unabhängige Behörde gebracht werden, um die Haftentscheidung überprüfen zu lassen. Die Überprüfung sollte im Idealfall automatisch erfolgen und in erster Instanz innerhalb von 24 bis 48 Stunden nach der Erstentscheidung über die Haft stattfinden.³⁰⁵ Nach der ersten Haftüberprüfung muss ein Gericht oder ein anderes unabhängiges Organ in periodischen Abständen neu prüfen, ob es notwendig ist, die Haft fortzusetzen.³⁰⁶ Das Recht, die Rechtmässigkeit der Haft vor einem Gericht jederzeit entweder persönlich oder durch einen Vertreter anzufechten, besteht im Übrigen unabhängig davon, ob vorher eine periodische Prüfung von Amtes wegen stattgefunden hat.³⁰⁷

133. Das sekundäre EU-Recht bestimmt, dass die Mitgliedstaaten von Amtes wegen und/oder auf Antrag des Antragstellers für eine zügige gerichtliche Überprüfung der Rechtmässigkeit der Inhaftnahme sorgen, falls die Haft von einer Verwaltungsbehörde angeordnet worden ist. Findet eine derartige Überprüfung von Amtes wegen statt, "so wird so schnell wie möglich nach Beginn der Haft entschieden". Findet sie auf Antrag des Antragstellers statt, "so wird über sie so schnell wie möglich nach Einleitung des diesbezüglichen Verfahrens entschieden". Zu diesem Zweck legen die Mitgliedstaaten in ihrem einzelstaatlichen Recht "die Frist fest, in der die gerichtliche Überprüfung von Amtes wegen und/oder die gerichtliche Überprüfung auf Antrag des Antragstellers durchzuführen ist". Ergibt die gerichtliche Prüfung, dass die Haft unrechtmässig ist, ist die Person unverzüglich freizulassen.³⁰⁸

134. Haftentscheide werden "in angemessenen Zeitabständen von Amtes wegen und/oder auf Antrag des betroffenen Antragstellers von einer Justizbehörde überprüft, insbesondere wenn [die Haft] von

³⁰⁴ MRA, *A. gegen Australien*, Ziff. 9.5; *C. gegen Australien*, Ziff. 7.4; *Omar Sharif Baban gegen Australien*, Mitteilung Nr. 1014/2001, CCPR/C/78/D/1014/2001, Auffassungen vom 6. August 2003, Ziff. 7.2.

³⁰⁵ UNHCR, Haft-Richtlinien, Richtlinie 7, Ziff. 47 (iii).

³⁰⁶ *Ibid.*, Ziff. 47 (iv).

³⁰⁷ *Ibid.*, Ziff. 47 (v).

³⁰⁸ Richtlinie 2013/33/EU, Art. 9 Abs. 3.

längerer Dauer ist oder sich massgebliche Umstände ergeben oder neue Informationen vorliegen, die sich auf die Rechtmässigkeit der Haft auswirken könnten.³⁰⁹ Diese Garantien gelten auch für Personen, die dem Dublin-Verfahren unterstehen.³¹⁰

135. Bei Personen, gegen die ein Ausweisungsentscheid ergangen ist und die durch eine Verwaltungsbehörde inhaftiert worden sind, lassen die Mitgliedstaaten entweder "die Rechtmässigkeit der Inhaftnahme so schnell wie möglich nach Haftbeginn innerhalb kurzer Frist gerichtlich überprüfen"³¹¹, oder sie räumen den betroffenen Personen "das Recht ein zu beantragen, dass die Rechtmässigkeit der Inhaftnahme innerhalb kurzer Frist gerichtlich überprüft wird, wobei so schnell wie möglich nach Beginn des betreffenden Verfahrens eine Entscheidung zu ergehen hat"³¹². Die Haft wird in jedem Fall – entweder auf Antrag der betreffenden Drittstaatsangehörigen oder von Amts wegen – "in gebührenden Zeitabständen überprüft. Bei längerer Haftdauer müssen die Überprüfungen der Aufsicht einer gerichtlichen Behörde unterliegen."³¹³

2.4. Positive Verpflichtung, keine Personen in einer Situation der Verletzlichkeit zu inhaftieren

136. Im Zusammenhang mit Haft und Ersatzmassnahmen für Haft sind die Staaten nicht nur verpflichtet, die Rechte des Einzelnen *nicht zu verletzen*, sondern sie müssen auch Personen und Personengruppen *schützen*, deren Rechte erfahrungsgemäss besonders anfällig auf Verletzungen während der Haft sind.

137. Nach EU-Recht sind die Mitgliedstaaten gehalten, die spezielle Situation und die besonderen Bedürfnisse von schutzbedürftigen Personen zu berücksichtigen, die um internationalen Schutz nachgesucht haben oder gegen die ein Ausweisungsentscheid vorliegt.³¹⁴ Was insbesondere die

³⁰⁹ *Ibid.*, Art. 9 Abs. 5.

³¹⁰ Verordnung (EU) Nr. 604/2013, Art. 28 Abs. 4.

³¹¹ Richtlinie 2008/115/EG, Art. 15 Abs. 2 (a).

³¹² *Ibid.*, Art. 15 Abs. 2 (b).

³¹³ *Ibid.*, Art. 15 Abs. 3.

³¹⁴ Richtlinie 2013/33/EU, Art. 21 und Art. 22 Abs. 1, 3. Absatz; Richtlinie 2008/115/EG, Art. 14 Abs. 1 (d). Art. 21 der Richtlinie 2013/33/EU enthält eine nicht abschliessende Liste verletzlicher Personen, "wie Minderjährige[n], unbegleitete[n] Minderjährige[n], Behinderte[n], ältere[n] Menschen, Schwangere[n], Alleinerziehende[n] mit minderjährigen Kindern, Opfer[n] des Menschenhandels,

erstgenannten betrifft, sind die EU-Mitgliedstaaten verpflichtet, innerhalb einer angemessenen Frist abzuklären, ob es sich um Personen mit besonderen Bedürfnissen bei der Aufnahme handelt.³¹⁵ Die Staaten müssen die Art dieser Bedürfnisse ermitteln und dafür Sorge tragen, dass die Unterstützung diesen Bedürfnissen während der gesamten Dauer des Asylverfahrens Rechnung trägt und die Situation der betroffenen Personen in geeigneter Weise verfolgt wird.³¹⁶ Die gleiche Richtlinie hält fest, dass "[d]ie Gesundheit, auch die psychische Gesundheit, der in Haft genommenen schutzbedürftigen Antragsteller [...] ein vorrangiges Anliegen der nationalen Behörden [ist]."³¹⁷ Personen, die Folter, Vergewaltigung oder andere schwere Gewalttaten erlitten haben, müssen die Behandlung – insbesondere Zugang zu einer adäquaten medizinischen und psychologischen Behandlung oder Betreuung – erhalten, die für den Schaden, welcher ihnen durch solche Misshandlungen zugefügt wurde, erforderlich ist.³¹⁸ Die Mitgliedstaaten sind weiter verpflichtet, zugunsten schutzbedürftiger Personen, die um internationalen Schutz nachgesucht haben, zusätzliche Massnahmen zu ergreifen, um einen Lebensstandard und materielle Leistungen zu gewährleisten, die ihrer "speziellen Situation" gerecht werden.³¹⁹

138. Die nachstehenden Ausführungen geben einen kurzen Überblick über die rechtlichen Aspekte der Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft, bezogen auf gewisse besonders verletzte Personen oder Personengruppen.

Kinder

139. Für den Menschenrechtsausschuss sollte die Haft von Kindern eine ausserordentliche Massnahme sein, das letztmögliche Mittel, das nur für die kürzest mögliche Dauer eingesetzt werden soll. Das Kindeswohl sollte vorrangig berücksichtigt werden, "bei der Dauer

Personen mit schweren körperlichen Erkrankungen, Personen mit psychischen Störungen und Personen, die Folter, Vergewaltigung oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt erlitten haben, wie z. B. Opfer der Verstümmelung weiblicher Genitalien." Art. 3 Abs. 9 der Richtlinie 2008/115/EG enthält eine praktisch gleichlautende, ebenfalls nicht abschliessende Liste.

³¹⁵ Richtlinie 2013/33/EU, Art. 22.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ *Ibid.*, Art. 11 Abs. 1.

³¹⁸ *Ibid.*, Art. 25 Abs. 1.

³¹⁹ *Ibid.*, Art. 17 Abs. 2 i.V.m. Art. 21.

der Haft wie bei den Haftbedingungen". Der extremen Verletzlichkeit und den Unterstützungsbedürfnissen unbegleiteter Minderjähriger ist besondere Aufmerksamkeit geschuldet.³²⁰

140. Artikel 37 b) der Kinderrechtskonvention (KRK) lässt Freiheitsentziehung bei Kindern als letztes Mittel zwar zu, die Bestimmung ist aber Gegenstand wichtiger Grundsätze und Überlegungen, darunter die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, des Kindeswohls und der Wahrung der Einheit der Familie. Sie führen dazu, dass die Fälle, in denen Kindern aufgrund ihres Migrationsstatus oder dessen ihrer Eltern die Freiheit entzogen werden kann, stark eingeschränkt sind.

Nichtdiskriminierung

141. Die in der KRK festgelegten Rechte gelten ohne jede Diskriminierung für alle Kinder, die der Hoheitsgewalt eines Mitgliedstaates unterstehen.³²¹ Der Kinderrechtsausschuss (KRA) hat in diesem Zusammenhang Folgendes ausgeführt:³²²

"Die Zuerkennung der im Übereinkommen vereinbarten Rechte ist somit nicht auf Kinder beschränkt, die Staatsangehörige eines Vertragsstaates sind, sondern müssen daher, so im Abkommen nicht ausdrücklich anderweitig verfügt, allen Kindern zuerkannt werden – das heisst auch Asyl suchenden Kindern, sowie Flüchtlings- und Migrantenkindern – unabhängig von deren Nationalität, Migrationsstatus oder ihrer Staatenlosigkeit."

³²⁰ MRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 35, Ziff. 18.

³²¹ Art. 2 KRK.

³²² Allgemeine Bemerkung Nr. 6, Behandlung unbegleiteter und von ihren Eltern getrennter Kinder ausserhalb ihres Herkunftslandes, CRC/GK/ 2005/6, 17. Mai – 3. Juni 2005, Ziff. 12.

Vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls³²³

142. Auch wenn die Kinderrechtskonvention keine Hierarchie unter den geschützten Rechten kennt, zählt der Kinderechtausschuss das Kindeswohl zu den vier Grundprinzipien der Konvention³²⁴, mit den folgenden drei Ausprägungen³²⁵: Kindeswohl als materielles Recht³²⁶, als grundlegendes Auslegungsprinzip³²⁷ und schliesslich als verfahrensrechtliche Regel³²⁸.

143. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten gehalten sind, "in allen Stadien des Migrationsverfahrens und bei allen das Kind betreffenden Entscheidungen"³²⁹ das Kindeswohl zu evaluieren. Jede Entscheidung sollte darlegen, auf welche Weise der Anspruch auf vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls in die Prüfung einbezogen wurde. Diese Prüfung sollte bei jedem einzelnen Kind den besonderen Gegebenheiten Rechnung tragen, insbesondere der Art und dem Grad seiner Verletzlichkeit.³³⁰

³²³ Wie der KRA klargestellt hat, bedeutet die "Formulierung 'vorrangige Berücksichtigung', dass das Kindeswohl nicht auf die gleiche Stufe gesetzt werden kann wie alle anderen Überlegungen. Diese starke Stellung des Kindeswohls ist durch die besondere Situation des Kindes gerechtfertigt: Abhängigkeit, Reife, rechtlicher Status, oft auch Unmöglichkeit, sich Gehör zu verschaffen [...]". Der Ausschuss hat weiter betont, dass "der Anspruch des Kindes auf vorrangige Berücksichtigung seines Wohls hohe Priorität hat und nicht bloss eine unter mehreren Überlegungen ist. Deshalb hat, was dem Kindeswohl am besten dient, grösseres Gewicht", KRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2013) über den Anspruch des Kindes auf vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls (Art. 3, Abs. 1), verabschiedet an der 62. Session des KRA (14. Januar – 1. Februar 2013), Ziff. 37 und 39.

³²⁴ Die drei anderen sind: Nichtdiskriminierung (Art. 2 KRK), Recht auf Leben, Überleben und Entwicklung (Art. 6 KRK), Recht auf freie Meinungsäusserung (Art. 12 KRK), vgl. Allgemeine Bemerkung Nr. 12 (2009): Das Recht des Kindes, gehört zu werden, 20. Juli 2009, CRC/C/GK/12, Ziff. 2; Allgemeine Bemerkung Nr. 5 (2003): Allgemeine Massnahmen zur Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, 27. November 2003, CRC/GK/2003/5, Ziff. 12.

³²⁵ Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 6.

³²⁶ Gemeint ist der Anspruch des Kindes, dass seine Interessen abgeklärt werden und, bei Vorliegen verschiedener Interessen, das Kindeswohl vorrangig berücksichtigt wird, und dass dieser Anspruch in allen das Kind betreffenden Entscheidungen, Handlungen und unterlassenen Handlungen umgesetzt wird.

³²⁷ Lässt eine Bestimmung mehrere Auslegungen zu, ist diejenige zu wählen, die dem Kindeswohl am besten dient.

³²⁸ Vor jeder Entscheidung, die ein einzelnes Kind oder eine besondere Gruppe von Kindern betrifft, sind die (positiven oder negativen) Auswirkungen auf das betroffene Kind bzw. die betroffene Gruppe zu ermitteln.

³²⁹ KRA, *Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration*, 28. September 2012, Ziff. 72.

³³⁰ Verletzlichkeit bei Kindern kann sich u.a. ergeben aus einer Behinderung, aus der Zugehörigkeit zu einer Minderheit, aus dem Umstand, dass das Kind ein Migrant oder eine Migrantin ist oder um Asyl ersucht hat, dass es Opfer von Misshandlungen ist, oder dass es auf der Strasse lebt. Vgl. KRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Ziff. 75.

144. Mit Blick auf das besondere Risiko von Misshandlungen, dem Kinder in Haftanstalten ausgesetzt sind, hat der UN-Sonderberichterstatter über Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe Folgendes festgehalten:³³¹

"Im Rahmen der behördlichen Kontrolle der Migration ist es heute klar, dass der Freiheitsentzug von Kindern, begründet mit ihrem Migrationsstatus oder dem ihrer Eltern, niemals im Kindeswohl liegt, keiner Notwendigkeit folgt, krass unverhältnismässig ist und eine grausame, unmenschliche und erniedrigende Behandlung von Migrantenkindern darstellen kann."

145. Der interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte hat in einem Gutachten von 2014 befunden, dass "Freiheitsentzug von Kindern, der ausschliesslich auf Gründe abgestützt wird, die mit der Migration zusammenhängen, das Erfordernis der Notwendigkeit missachtet und nie als Massnahme angesehen werden kann, die im Kindeswohl liegt"³³². Auch der Sonderberichterstatter ist zum Schluss gekommen, dass:³³³

"der Grundsatz, wonach die Haft von Kindern als Ultima Ratio in Frage kommt, für das Jugendstrafrecht gilt, aber nicht für Migrationsverfahren. Freiheitsentzug von Kindern, der einzig aus Migrationsgründen erfolgt, überschreitet das Erfordernis der Notwendigkeit, denn eine solche Massnahme ist nicht absolut unerlässlich, um die Anwesenheit des Kindes im Migrationsverfahren oder den Vollzug eines Ausweisungsentscheids sicherzustellen. Kinder in diesem Zusammenhang zu inhaftieren, kann nicht im Kindeswohl liegen. Die weltweiten Vollzugspraktiken bei ausländerrechtlicher Haft, seien sie rechtlicher oder faktischer Natur, setzen die Kinder dem Risiko aus, grausam, unmenschlich und erniedrigend behandelt oder bestraft zu werden [...]".

³³¹ Bericht des Sonderberichterstatters, Juan E. Méndez, 5. März 2015, A/HRC/28/68, Ziff. 80.

³³² Gutachten OC-21/14 vom 19. August 2014, Ziff. 154.

³³³ Bericht des Sonderberichterstatters, Juan E. Méndez, 5. März 2015, A/HRC/28/68, Ziff. 80.

146. Auch Artikel 22 KRK ist im vorliegenden Zusammenhang relevant. Die Bestimmung verlangt von den Vertragsstaaten, geeignete Massnahmen zu treffen, damit Flüchtlingskinder oder Kinder, die um Asyl ersuchen, die in der Konvention garantierten Rechte wahrnehmen können und ihnen zusätzlich der Schutz zuteilwird, der durch andere internationale Übereinkommen, die für die Staaten verbindlich sind, garantiert wird. Für unbegleitete oder von ihren Eltern getrennte Kinder sieht Artikel 20 KRK einen Anspruch auf besonderen Schutz und Beistand vor, der anstelle der Familie auch andere Formen der Betreuung einschliesst.

147. Weitere Leitlinien zum Schutz von Kindern im Zusammenhang mit Migration finden sich in verschiedenen Allgemeinen Bemerkungen des KRA und in den von diesem Ausschuss geführten Generaldebatten (*Days of General Discussion*). In einer Allgemeinen Bemerkung von 2005 hat sich der Ausschuss speziell mit der Behandlung von *unbegleiteten oder getrennten Kindern* befasst, eine "besonders benachteiligte Gruppe"³³⁴. Im Interesse des Kindeswohls sollten diese Kinder in aller Regel nicht inhaftiert werden und, so der KRA weiter:³³⁵

"eine Inhaftierung kann nicht allein damit gerechtfertigt werden, dass das Kind unbegleitet oder getrennt ist, auch nicht durch seinen Status als Migrant oder seinen Aufenthaltsstatus beziehungsweise dessen Nichtvorhandensein".

148. Die Generaldebatte von 2012 war dem Thema "Rechte aller Kinder im Zusammenhang mit internationaler Migration" gewidmet. Die Diskussion stellte in Bezug auf die Haft von Migrationskindern und ihren Familien einen Wendepunkt dar. Der Ausschuss hielt fest:³³⁶

"Kinder sollten nicht wegen ihres Migrationsstatus oder dem ihrer Eltern kriminalisiert oder Strafmassnahmen unterworfen werden. Die so begründete Haft eines Kindes widerspricht immer dem Kindeswohl. Die Staaten sollten deshalb der Haft

³³⁴ Allgemeine Bemerkung Nr. 6, Ziff. 4. Der Ausschuss weist in der Einleitung darauf hin, dass "sich [die Vertragsstaaten] bei der Anwendung dieser Normen [...] bewusst sein [sollten], dass sich diese Normen weiterentwickeln und sich deshalb ihre Verpflichtungen über die hier formulierten Massstäbe hinaus weiter fortentwickeln können."

³³⁵ *Ibid.*, Ziff. 61.

³³⁶ KRA, *Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration*, 28. September 2012, Ziff. 78.

von Kindern, die mit ihrem Migrationsstatus begründet wird, rasch und vollständig ein Ende setzen."

149. Diese Haltung gegenüber der ausländerrechtlichen Haft von Kindern wurde seither wiederholt bekräftigt. Der KRA hat die Vertragsstaaten kürzlich im Zusammenhang mit unbegleiteten und getrennten Jugendlichen dazu aufgerufen, "der Evaluation der Schutzbedürfnisse Priorität vor der Bestimmung des ausländerrechtlichen Status einzuräumen", die besondere Verletzlichkeit dieser Jugendlichen in Rechnung zu stellen und ihre Inhaftierung zu verbieten.³³⁷

150. Auch andere internationale und regionale Menschenrechtsinstanzen haben diese eindeutige Position gegen die ausländerrechtliche Haft von Minderjährigen bezogen: Kinder und Jugendliche dürfen nicht mit dem Zweck inhaftiert werden, die Migration zu kontrollieren oder Migrationsentscheide durchzusetzen.³³⁸ Auch der UNHCR vertritt in seiner jüngsten Stellungnahme die Ansicht, dass Kinder nicht zu migrationsbezogenen Zwecken inhaftiert werden sollten, gleich welches ihr migrationsrechtlicher Status oder derjenige ihrer Eltern ist, und dass Haft nie im Kindeswohl liegt.³³⁹ Vielmehr sollten geeignete Betreuungsmöglichkeiten und Alternativen vorgesehen werden, um eine angemessene Aufnahme der Kinder und ihrer Familien sicherzustellen.³⁴⁰ Bei jeder Entscheidung, die das Kind betrifft, sollte das Kindeswohl vorrangig berücksichtigt werden.

³³⁷ KRA, Allgemeine Bemerkung Nr. 20 (2016) über Kinderrechte in der Jugend, 6. Dezember 2016, CRC/C/GK/20, Ziff. 77.

³³⁸ Vgl. *Inter-Agency Working Group (IAWG) to End Child Immigration Detention, Summary of normative standards and recommendations on ending child immigration detention*, August 2016.

³³⁹ *UNHCR's position regarding the detention of refugee and migrant children in the migration context*, Januar 2017.

³⁴⁰ Vgl. die Beispiele, die in den folgenden Papieren des UNHCR zusammengestellt wurden: *Options Paper 1: Options for governments on care arrangements and alternatives to detention for children and families* und *Options Paper 2 on Options for governments and open reception and alternatives to detention*. Im gemeinsamen Bericht des UNHCR und von UNICEF "Safe and Sound report", betont der UNHCR, dass "die Haft anhaltend negative Auswirkungen hat. Sie untergräbt die Menschenwürde, kann unnötiges Leid verursachen und schwerwiegende Folgen für Gesundheit und Wohlbefinden haben. Die Haft von Kindern ist besonders gravierend, weil sie verheerende Auswirkungen auf die körperliche, emotionale und seelische Entwicklung haben kann. Grundsätzlich sollten Kinder nicht inhaftiert werden." UNHCR, *Safe & Sound: what States can do to ensure respect for the best interests of unaccompanied and separated children in Europe*, Oktober 2014.

151. Auch die Staaten selbst haben sich kürzlich verpflichtet, darauf hinzuarbeiten, die Praxis zu beenden, Kinder zu migrationsbezogenen Zwecken zu inhaftieren.³⁴¹

Wahrung der Einheit der Familie

152. Die KRK bestimmt, dass ein Kind niemals gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird, es sei denn, die Trennung liege im Kindeswohl und erfolge nach den anwendbaren Rechtsvorschriften und Verfahren.³⁴² Daraus folgt, dass auch den Eltern das Recht auf Freiheit zusteht, wenn es aus Gründen des Kindeswohls gerechtfertigt ist, die Einheit der Familie zu wahren.³⁴³ Der KRA und andere Instanzen haben die Staaten dazu aufgerufen, anstelle der ausländerrechtlichen Haft von Kindern für die ganze Familie Haftalternativen in der Gemeinschaft ausserhalb von Haftanstalten vorzusehen, wie sie in den UN-Richtlinien für die alternative Betreuung von Kindern beschrieben sind:³⁴⁴

"Die Staaten sollten wenn immer möglich, unter Anwendung der jeweils am wenigsten einschneidenden Mittel, in Gesetzgebung, Politik und Praxis Haftalternativen vorsehen, die dem Kindeswohl entsprechen und die Rechte des Kindes auf Freiheit und Familienleben achten; dadurch soll den Kindern ermöglicht werden, mit Familienmitgliedern oder Vormündern, die sich im Transit- oder im Zielstaat befinden, zusammen zu bleiben und als Familie in einem nicht freiheitsentziehenden, gemeinschaftsbasierten Umfeld untergebracht zu werden, während über ihren Migrationsstatus entschieden wird."³⁴⁵

153. Nach der EU-Grundrechtecharta und der einschlägigen sekundären Gesetzgebung muss bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein;

³⁴¹ UNO-Vollversammlung, New Yorker Erklärung für Flüchtlinge und Migranten, Ziff. 33.

³⁴² Art. 9 Abs. 1 KRK. Der KRA hat in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 14 (Ziff. 59) die Mitgliedstaaten daran erinnert, dass der Begriff "Eltern" weit auszulegen ist und die "biologischen Eltern wie die Adoptiv- und Pflegeeltern umfasst, oder ggf., entsprechend dem lokalen Brauch, die Mitglieder der erweiterten Familie oder Gemeinschaft".

³⁴³ Bericht des Sonderberichterstatters, Juan E. Méndez, 5. März 2015, A/HRC/28/68, Ziff. 80.

³⁴⁴ Von der UNO-Vollversammlung am 18. Dezember 2009 verabschiedet, A/RES/64/142, 24 Februar 2010.

³⁴⁵ KRA, *Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration*, 28. September 2012, Ziff. 79.

Gleiches gilt für das Recht auf Einheit der Familie und auf Familienleben.³⁴⁶ Die EU-Gesetzgebung hält fest, dass Minderjährige nur im äussersten Fall in ausländerrechtliche Haft genommen werden dürfen, für den kürzest möglichen Zeitraum und nachdem festgestellt worden ist, dass weniger einschneidende alternative Massnahmen nicht wirksam angewandt werden können.³⁴⁷ Für unbegleitete Minderjährige ist besonderes geregelt, dass sie "nur in Ausnahmefällen in Haft genommen werden [dürfen]"³⁴⁸. Das Unionsrecht sieht strenge Schutzmassnahmen vor, die sicherstellen, dass im Migrationsverfahren *a priori* bestimmt wird, was im Kindeswohl liegt. Dieses Wohl muss bei allen Entscheidungen, die das Kind betreffen, vorrangig berücksichtigt werden. Von daher sollte es nach EU-Recht keine Haft geben, die dem Kindeswohl widerspricht. Es müssen alle Anstrengungen unternommen werden, um unbegleitete Minderjährige aus der Haft zu entlassen und sie in geeigneten Einrichtungen unterzubringen.³⁴⁹ Eine weitere Bestimmung sieht für unbegleitete Minderjährige, die um Asyl ersuchen, vor, dass sie "so schnell wie möglich" aus der Haft zu entlassen sind und "in Einrichtungen untergebracht [werden], die über Personal und Räumlichkeiten verfügen, die ihren altersgemässen Bedürfnissen Rechnung tragen"³⁵⁰.

³⁴⁶ Art. 7 und 24 Abs. 2 Grundrechtecharta; Richtlinie 2013/33/EU, Präambel (9) und Art. 23 Abs. 1 und 2; Richtlinie 2008/115/EG, Präambel (22) und Art. 5 (a) und (b), und Art. 17 Abs. 5; Verordnung (EU) Nr. 604/2013, Präambel (13) und (16), Art. 6 Abs. 1 und 3. Vgl. auch Richtlinie 2011/95/EU vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes (Neufassung), 29. Dezember 2011, L337/9, Präambel (18), Art. 20 Abs. 5 und Art. 23. Zum Kindeswohl auch Richtlinie 2013/32/EU vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes (Neufassung), 29. Juni 2013, L 180/60, Präambel (33) und Art. 25 Abs. 6.

³⁴⁷ Richtlinie 2013/33/EU, Präambel (15) und Art. 8 Abs. 2 und 11 Abs. 2; Richtlinie 2008/115/EG, Präambel (16), Art. 15 Abs. 1; Verordnung (EU) Nr. 604/2013, Präambel (20) und Art. 28 Abs. 2.

³⁴⁸ Richtlinie 2013/33/EU, Art. 11 Abs. 3. Die Europäische Kommission hat kürzlich die EU-Mitgliedstaaten aufgefordert, "zu gewährleisten, dass für unbegleitete Kinder eine Reihe alternativer Betreuungsmöglichkeiten, beispielsweise in (Pflege-)Familien, zur Verfügung gestellt werden", Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Schutz minderjähriger Migranten, COM(2017) 211 final, 12. April 2017, S. 10.

³⁴⁹ *Ibid.*, Präambel (15) und Art. 8 Abs. 2 und 11 Abs. 2.

³⁵⁰ *Ibid.*, Art. 11 Abs. 3.

154. Das Europäische Parlament hat die Empfehlung des KRA aufgenommen und die Mitgliedstaaten aufgefordert, "die Inhaftierung von Kindern aufgrund ihres aufenthaltsrechtlichen Status vollumfänglich und umgehend zu unterlassen, Kinder vor Verletzungen im Rahmen der Migrationspolitik und der entsprechenden Verfahren zu schützen und Alternativen zur Inhaftierung anzuwenden, sodass die Kinder bei ihren Familienangehörigen und/oder ihrem Vormund bleiben können"³⁵¹.

Staatenlose

155. Staatenlose Personen sind aufgrund der mit ihrem Status verbundenen Schwierigkeiten, insbesondere fehlende Identitäts- und Reisedokumente (welcher Umstand dazu führt, dass sie sich in keinem Land rechtmässig aufhalten können), einem besonderen Risiko fortgesetzter und wiederholter Haft ausgesetzt.³⁵² Fehlen die notwendige Einreisebewilligung oder andere Dokumente, kann dies deshalb nicht als pauschale Rechtfertigung angeführt werden, um staatenlose Personen in Haft zu nehmen.³⁵³ Eine routinemässige Inhaftierung von Personen, die aufgrund ihrer Staatenlosigkeit Schutz suchen, ist willkürlich. Vor diesem Hintergrund kommt den Verfahren, in denen Staatenlosigkeit bestimmt wird, besondere Bedeutung zu. Sie müssen gewährleisten, dass staatenlose Personen tatsächlich als solche identifiziert werden.³⁵⁴ Für das UNHCR bildet die "Identifizierung von Staatenlosigkeit Teil der Identifizierung anderer Verletzlichkeiten"³⁵⁵. Wie das UNHCR weiter klargestellt hat, geht aus dem Übereinkommen von 1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen, auch wenn es "keinen Mechanismus vorsieht, staatenlose Personen als solche zu identifizieren", implizit hervor, dass "die Staaten staatenlose Personen, die ihrer Hoheitsgewalt unterstehen, identifizieren müssen, um ihnen eine angemessene

³⁵¹ Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 4. Februar 2014 zu Migrantinnen ohne Ausweispapiere in der Europäischen Union (2013/2115(INI)), Ziff. 29; vgl. auch Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 12. September 2013 zur Lage unbegleiteter Minderjähriger in der EU (2012/2263(INI)), Ziff. 13.

³⁵² UNHCR, *Manuel sur la protection des apatrides*, 30. Juni 2014, Ziff. 112.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ UNCR, *Stateless Persons in Detention: A tool for their identification and enhanced protection*, Juni 2017, S. 7.

³⁵⁵ *Ibid.*, S. 4.

Behandlung zuteilwerden zu lassen und so ihren Verpflichtungen aus dem Übereinkommen nachzukommen³⁵⁶. Staatenlose Personen in die Gemeinschaft zu entlassen oder auf geeignete Haftalternativen zurückzugreifen, sollte ein prioritäres Anliegen sein.³⁵⁷

Überlebende von Folter oder Trauma

156. Opfer von Trauma oder Folter und anderer schwerer körperlicher, seelischer oder sexueller Gewalt bedürfen besonderer Aufmerksamkeit. Sie sollten grundsätzlich nicht in Haft genommen werden. Bei der Prüfung, ob Haft notwendig ist, müssen Faktoren wie Depression, Angstzustände, Aggression und andere physische, psychische und emotionale Folgen bedacht werden.³⁵⁸ Da Haft ernsthafte Folgen hat, sind Häftlinge zu Beginn und im weiteren Verlauf des Freiheitsentzugs in regelmässigen Abständen auf ihre körperliche und psychische Verfassung zu untersuchen.³⁵⁹ Die betroffenen Personen sind angemessen zu behandeln³⁶⁰, und sie müssen Zugang haben zu wirksamen Rehabilitationsdiensten und -programmen, welche Kultur, Persönlichkeit, Geschichte und Herkunft der Opfer berücksichtigen, unabhängig von ihrer Identität oder ihrem Status³⁶¹.

Opfer oder potenzielle Opfer von Menschenhandel

157. Opfer oder potenzielle Opfer von Menschenhandel sollten unter keinen Umständen mit der Begründung inhaftiert, beschuldigt oder verfolgt werden, dass sie illegal in das Transit- oder Zielland eingereist sind oder sich illegal dort aufhalten, oder weil sie an illegalen Aktivitäten teilgenommen haben, welche unmittelbare Folge ihrer Situation als Opfer waren.³⁶² Die Betroffenen sollten

³⁵⁶ UNHCR, *Manuel sur la protection des apatrides*, 30. Juni 2014, Ziff. 8.

³⁵⁷ UNHCR, *Stateless Persons in Detention: A tool for their identification and enhanced protection*, Juni 2017, S. 4.

³⁵⁸ UNHCR, Haft-Richtlinien, Richtlinie 9.1, Ziff. 49.

³⁵⁹ *Ibid.*, Ziff. 50.

³⁶⁰ *Ibid.*

³⁶¹ UN-Ausschuss gegen Folter ("CAT"), Allgemeine Bemerkung Nr. 3 (2012) – Anwendung von Art. 14 durch die Vertragsstaaten, 13. Dezember 2012, Ziff. 15.

³⁶² Büro des UN-Hochkommissars für Flüchtlinge ("OHCHR"), *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking*, E/2002/68/Add.1, 20. Mai 2002, Prinzip 2, Ziff. 6 und Prinzip 4, Ziff. 5. Vgl. auch Bericht der Sonderberichterstatterin über Menschenhandel, insbesondere von Frauen und Kindern, A/HRC/32/41, 3. Mai 2016, Ziff. 64 (h) und 66 (d) und (e); Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, vom 2. April 2012, A/HRC/20/24, Ziff. 72 (i).

angemessen geschützt und unterstützt werden³⁶³, insbesondere sollten Haftalternativen wie die Unterbringung in Frauenhäusern oder anderen Betreuungseinrichtungen, v.a. für Kinder, vorgesehen werden.³⁶⁴

158. Nach EU-Recht können Opfer von Menschenhandel gestützt auf Bestimmungen, die spezielle Garantien für verletzte Personen vorsehen, zwar inhaftiert werden, die Mitgliedstaaten sind aber verpflichtet, sie vor strafrechtlicher Verfolgung oder Bestrafung wegen strafbarer Handlungen zu schützen, zu denen sie als unmittelbare Folge davon, dass sie dem Menschenhandel ausgesetzt waren, gezwungen wurden.³⁶⁵ Die Mitgliedstaaten treffen weiter die erforderlichen Massnahmen, um die frühzeitige Identifizierung von Opfern sicherzustellen.³⁶⁶ Die Opfer haben Anspruch auf besondere Unterstützung und Betreuung, wie die Bereitstellung einer geeigneten und sicheren Unterbringung, materielle Unterstützung sowie notwendige medizinische Behandlungen einschliesslich psychologischer Hilfe, Beratung und Information sowie Übersetzungs- und Dolmetscherdienste.³⁶⁷ Personen, die Opfer des Menschenhandels sind oder denen Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren, kann ein Aufenthaltstitel erteilt werden.³⁶⁸

Personen mit Behinderungen oder mit besonderen medizinischen oder anderen Bedürfnissen

159. Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen ("CRPD"; "Konvention") verbietet rechtswidrige oder willkürliche Haft von Menschen mit Behinderungen, und hält fest, dass "das Vorliegen einer Behinderung in keinem Fall eine Freiheitsentziehung rechtfertigt"³⁶⁹. Der Ausschuss für die Rechte der

³⁶³ Vgl. z.B. Art. 6 des Palermo Protokolls; OHCDH, Prinzip 6.

³⁶⁴ UNHCR, Haft-Richtlinien, Richtlinie 9.5, Ziff. 62.

³⁶⁵ Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates, L 101/1, Präambel (14) und Art. 8.

³⁶⁶ Richtlinie 2011/36/EU, Art. 11 Abs. 4.

³⁶⁷ *Ibid.*, Art. 11 Abs. 1, 2 und 5.

³⁶⁸ Richtlinie 2004/81/EU des Rates vom 29. April 2004 über die Erteilung von Aufenthaltstiteln für Drittstaatsangehörige, die Opfer des Menschenhandels sind oder denen Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren, 6. August 2004, L 261/19.

³⁶⁹ Art. 14 Abs. 1 (b) CRPD.

Menschen mit Behinderungen ("CRPD-Ausschuss"; "Behindertenrechtsausschuss") hat darüber hinaus betont, dass restriktive Haft von behinderten Asylsuchenden und Migrantinnen und Migranten mit der Konvention nicht vereinbar ist, und eine Empfehlung an die EU abgegeben, an ihre Organe und an die Mitgliedstaaten entsprechende Weisungen zu erlassen.³⁷⁰ Auch nach Meinung des UNHCR sollten Asylsuchende mit dauerhaften körperlichen, seelischen, geistigen oder die Sinneswahrnehmung betreffenden Beeinträchtigungen grundsätzlich nicht in Haft genommen werden.³⁷¹ Diese Personen müssen rasch und systematisch identifiziert und registriert werden, um ihre willkürliche Inhaftnahme zu verhindern; alternative Lösungen, die auf ihre speziellen Bedürfnisse abgestimmt sind, wie etwa eine Meldepflicht per Telefon, sollten bereitgestellt werden.³⁷²

Schwangere Frauen und stillende Mütter

160. Neben anderen Organen haben der Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau ("CEDAW"; "Ausschuss") und das UNHCR festgehalten, dass schwangere Frauen und stillende Mütter grundsätzlich nicht inhaftiert werden sollten.³⁷³ Stattdessen sollten alternative Lösungen gewählt werden, welche die besonderen Bedürfnisse von Frauen berücksichtigen, darunter der Schutz vor sexueller und geschlechtsspezifischer Gewalt und Ausbeutung.³⁷⁴

Ältere Menschen

161. Auch für ältere Menschen sollten alternative Lösungen vorgesehen werden, die auf ihre besonderen Umstände, darunter ihr körperliches und geistiges Wohl, Rücksicht nehmen.³⁷⁵

³⁷⁰ CRPD, Abschliessende Bemerkungen Europäische Union, CRPD/C/EU/CO/1, 2. Oktober 2015, Ziff. 35.

³⁷¹ UNHCR, Haft-Richtlinien, Richtlinie 9.5, Ziff. 63.

³⁷² *Ibid.* Vgl. auch UNHCR, *UNHCR et IDC (2016), Outil d'examen de la vulnérabilité - Déterminer et prendre en compte les situations de vulnérabilité : outils pour les systèmes d'asile et de migration*, 2016.

³⁷³ CEDAW, *Recommandation générale n° 32 sur les femmes et les situations de réfugiés, d'asile, de nationalité et d'apatridie*, 14. Dezember 2014, CEDAW/C/GK/32, Ziff. 34; UNHCR, Haft-Richtlinien, Richtlinie 9.3, Ziff. 58. Vgl. auch Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, vom 2. April 2012, A/HRC/20/24, Ziff. 72 (g).

³⁷⁴ UNHCR, Haft-Richtlinien, Richtlinie 9.3, Ziff. 58.

³⁷⁵ *Ibid.*, Richtlinie 9.6, Ziff. 64.

Lesbische, homosexuelle, bisexuelle, Transgender- und intersexuelle Personen (LGBTI)

162. LGBTI-Personen müssen aus der Haft entlassen werden und in den Genuss von alternativen Massnahmen kommen, wenn ihre Sicherheit in der Haft nicht gewährleistet werden kann.³⁷⁶

2.5. Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs

163. Auf UN-Ebene haben u.a. der KRA, das UNHCR und der Sonderberichterstatter für Menschenrechte und Migration hervorgehoben, dass bei der konkreten Anwendung von Haftalternativen der Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs zu beachten ist: Auf der Grundlage einer individuellen Prüfung, welche die Bedürfnisse, Verletzlichkeiten und persönlichen Umstände der betroffenen Personen berücksichtigt, sollte jeweils die am wenigsten einschneidende Massnahme angewendet werden.³⁷⁷

164. Ein anderer Sonderberichterstatter für Menschenrechte und Migration hat sich in ähnlicher Weise geäussert:³⁷⁸ Wenn die Behörden Einschränkungen der persönlichen Freiheit für unausweichlich halten, und wenn dabei die Grundsätze der Angemessenheit, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit beachtet werden, müssen diese Einschränkungen "aus einer Reihe von Massnahmen heraus bestimmt werden, von der geringstmöglichen zur schwersten Massnahme, um so Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit jedes einzelnen Eingriffs abschätzen zu können".

165. Für das EU-Recht hat der EuGH in seinem Grundsatzurteil *Ei Dridi* bestätigt, dass die Richtlinie 2008/115/EU "[...] die Reihenfolge der verschiedenen Schritte fest[legt]", die das Verfahren der Rückführung nacheinander umfasst.³⁷⁹ Diese Reihenfolge entspricht "einer Abstufung der [...] zu treffenden Massnahmen, die von der die Freiheit des Betroffenen am wenigsten beschränkenden Massnahme

³⁷⁶ *Ibid.*, Richtlinie 9.7, Ziff. 65.

³⁷⁷ Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, Jorge Bustamante, A/65/222, 4. August 2010, Ziff. 92 (a) und 95; KRA, *Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration*, Ziff. 79; UNHCR, *Haft-Richtlinien*, Richtlinie 4.3, Ziff. 39.

³⁷⁸ Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2. April 2012, Ziff. 53 und 73.

³⁷⁹ EuGH, Urteil vom 28. April 2011, C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, Ziff. 34.

[...] bis zu den diese Freiheit am stärksten beschränkenden Massnahmen [...] reichen"³⁸⁰. Die Mitgliedstaaten müssen deshalb, jeweils gestützt auf eine individuelle Prüfung des Einzelfalls, auf die Massnahme mit der geringstmöglichen Eingriffsschwere zurückgreifen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist in allen Stadien des Rückführungsverfahrens von zentraler Bedeutung.³⁸¹

166. Ausserdem hat das UNHCR verdeutlicht, dass das Niveau und die Angemessenheit der Unterbringung in der Gemeinschaft (als Alternative zur Haft) "mit den Umständen der betreffenden Person und den Risiken für die Gemeinschaft abzuwägen sind"³⁸². Bei der Wahl von Haftalternativen sollte ferner geprüft werden, ob eine Person bzw. ihre Familie in eine bestimmte Gemeinschaft passt und in welchem Ausmass Unterstützungsleistungen benötigt werden und verfügbar sind.³⁸³ Schliesslich sollten Personen, deren Freiheit im Rahmen von Haftalternativen beschränkt wird oder denen Auflagen gemacht werden, über die für diese Alternativen geltenden Regeln informiert werden. Die Information soll insbesondere die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen sowie die Folgen umfassen, die bei Nichteinhaltung dieser Pflichten drohen.³⁸⁴ Das Scheitern einer alternativen Massnahmen sollte nicht automatisch dazu führen, dass Haft angeordnet wird.³⁸⁵

2.6. Alternativen dürfen nicht einem Freiheitsentzug gleichkommen oder die Bewegungsfreiheit willkürlich einschränken

167. Das UNHCR und der Sonderberichterstatter für Menschenrechte und Migration haben hervorgehoben, dass *Alternativen zur Haft* nie *alternative Formen von Haft* oder Alternativen zur unbedingten Freilassung sein dürfen.³⁸⁶ Diese Aussage ist im

³⁸⁰ *Ibid.*, Ziff. 41.

³⁸¹ *Ibid.*, Ziff. 41–43.

³⁸² UNHCR, Haft-Richtlinien, Richtlinie 4, Ziff. 20.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2. April 2012, Ziff. 66.

³⁸⁵ *Ibid.*, Ziff. 55. Vgl. analog auch Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für nichtfreiheitsentziehende Massnahmen ("*Tokyo Rules*"), Grundsatz 14.3.

³⁸⁶ UNHCR, Haft-Richtlinien, Richtlinie 4.3, Ziff. 38; Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2. April 2012, Ziff. 73; Bericht der Arbeitsgruppe über willkürliche Haft, A/HRC/13/30, 18 Januar 2010, Ziff. 65. Vgl. auch

Zusammenhang mit freiheitsbeschränkenden oder mit Auflagen verbundenen Alternativen besonders wichtig, denn gewisse Einschränkungen der Bewegungsfreiheit können, für sich allein oder kombiniert mit anderen Massnahmen, willkürliche Beschränkungen der Freizügigkeit oder einen eigentlichen Freiheitsentzug darstellen.

2.7. Alternativen müssen gesetzlich vorgesehen sein und gerichtlich überprüft werden können

168. Das UNHCR hat weiter ausgeführt, dass Alternativen für Asylbewerberinnen und Asylbewerber tatsächlich verfügbar und durch Gesetz und Verordnung geregelt sein müssen, um zu verhindern, dass die Freiheit oder Bewegungsfreiheit willkürlich entzogen bzw. eingeschränkt wird.³⁸⁷ Der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt eine ordnungsgemässe Regelung für diese Alternativen. In den gesetzlichen Regelungen sollten die verschiedenen verfügbaren Alternativen, die Kriterien für ihre Anwendung sowie die für ihre Durchführung und Durchsetzung zuständige(n) Behörde(n) genau bezeichnet und erläutert werden.³⁸⁸ In ähnlicher Weise hat der Sonderberichterstatter für Menschenrechte und Migration festgehalten, die Staaten sollten in ihrer Gesetzgebung eine Vermutung zugunsten der Freiheit aufstellen³⁸⁹ und in Gesetz und Praxis eine breite Palette von Alternativen vorsehen³⁹⁰, die sich an menschenrechtlichen Vorgaben orientieren³⁹¹.

169. Nach Meinung des UNHCR wie des Sonderberichterstatters für Menschenrechte und Migration sollten freiheitsbeschränkende Haftalternativen regelmässig im Einzelfall durch ein unabhängiges Organ oder eine andere zuständige Behörde überprüft werden, um abzuklären, ob die Massnahme nach wie vor erforderlich und

O. FIELD und A. EDWARDS, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*, UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, POLAS/2006/03, April 2006, Ziff. 13.

³⁸⁷ UNHCR, Haft-Richtlinien, Richtlinie 4.3, Ziff. 36.

³⁸⁸ *Ibid.* Vgl. analog auch *Tokyo Rules*, Grundsatz 10.2.

³⁸⁹ Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2. April 2012, Ziff. 68.

³⁹⁰ Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, Jorge Bustamante, A/65/222, 4. August 2010, Ziff. 94.

³⁹¹ *Ibid.*; Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2. April 2012, Ziff. 73.

verhältnismässig ist.³⁹² Darüber hinaus sollten Personen, die von solchen Haftalternativen betroffenen sind, frühzeitigen Zugang zu wirksamen Beschwerdemechanismen haben, um die Rechtmässigkeit der Einschränkungen vor einem Gericht oder einer anderen zuständigen und unabhängigen Behörde anzufechten.³⁹³

170. Die Richtlinie 2013/33/EU verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten, im einzelstaatlichen Recht für Asylbewerberinnen und Asylbewerber Alternativen zur Inhaftnahme vorzusehen.³⁹⁴ In Bezug auf Personen, die in einem Rückführungsverfahren stehen, lässt die Richtlinie 2008/115/EU – Artikel 16 der Präambel in Verbindung mit Artikel 15 Absatz 1 – den Schluss zu, dass die Staaten auch für diese Personengruppe Haftalternativen vorsehen müssen.³⁹⁵

2.8. Alternativen müssen die Menschenwürde und andere Grundrechte achten

171. Personen in Haft und solche, bei denen Haftalternativen zur Anwendung kommen, können weiterhin den Schutz anderer Menschenrechte in Anspruch nehmen. Haftalternativen sind ein wichtiger Schritt, um das Risiko der Verletzung solcher anderen Rechte zu reduzieren. Allerdings haben u.a. das UNHCR, der Sonderberichterstatter für Menschenrechte und Migration sowie verschiedene mit der Sache befasste Organisationen der Zivilgesellschaft bestätigt, dass beim Einsatz von Alternativen der unzureichende Zugang zu diesen Rechten, u.a. zu angemessener materieller Unterstützung und Unterkunft, zu Marginalisierung und Elend führen und die Wirksamkeit der Massnahmen beeinträchtigen kann.³⁹⁶

³⁹² UNHCR, Haft-Richtlinien, Richtlinie 4.3, Ziff. 37; Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, Jorge Bustamante, A/65/222, 4. August 2010, Ziff. 92 (b).

³⁹³ UNHCR, Haft-Richtlinien, Richtlinie 4.3, Ziff. 37; Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2. April 2012, Ziff. 55.

³⁹⁴ Richtlinie 2013/33/EU, Art. 8 Abs. 4.

³⁹⁵ Europäische Kommission, Anhang der Empfehlung der Kommission für ein gemeinsames "Rückkehr-Handbuch", das von den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten bei der Durchführung rückkehrbezogener Aufgaben heranzuziehen ist, C(2017) 6505, Brüssel, 27. September 2017, S. 67.

³⁹⁶ UNHCR, Haft-Richtlinien, Richtlinie 4.3, Ziff. 41; Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2. April 2012, Ziff. 66; *Jesuit Refugee Service ("JRS"), Alternatives to Detention of Asylum Seekers, Working Paper*, Oktober 2008, S. 7.

172. Kürzlich hat der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ("CESCR", "Wirtschafts- und Sozialausschuss") daran erinnert, dass jedem Menschen unabhängig von Nationalität und rechtlichem Status und gleich unter welchen Umständen der "wesentliche Minimalgehalt jedes Rechts" aus dem Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ("Pakt I") zusteht.³⁹⁷ Es geht namentlich um das Recht auf einen ausreichenden Lebensstandard (Ernährung, Wasser, Bekleidung, Unterbringung) und das Recht auf das jeweils erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit, einschliesslich Zugang zu Präventiv-, Kurativ- und Palliativmedizin³⁹⁸, zu wichtigen Medikamenten und zu Ausbildung³⁹⁹. Diese Stellungnahme des CESCR wurde u.a. durch den Sonderberichterstatter für Menschenrechte und Migration unterstützt.⁴⁰⁰

173. Im Recht der EU ist die Menschenwürde in Artikel 1 der Grundrechtecharta verankert, und das Sekundärrecht nimmt mehrfach darauf Bezug⁴⁰¹. Artikel 3 der Charta statuiert das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit. Artikel 4 verbietet Folter und unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung.

174. Analog zum Urteil des EGMR im Fall *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland* hat der EuGH im Fall *N.S.* die Verpflichtung der Mitgliedstaaten hervorgehoben, bei der Umsetzung des EU-Rechts sicherzustellen, dass die Aufnahmebedingungen nicht zu unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe führen. Die Mitgliedstaaten können, so der Gerichtshof,⁴⁰² einen Beschwerdeführer in einem Dublin Verfahren nicht in einen anderen Mitgliedstaat überstellen,

"wenn ihnen nicht unbekannt sein kann, dass die systemischen Mängel des Asylverfahrens und der Aufnahmebedingungen für

³⁹⁷ Wirtschafts- und Sozialausschuss, *Devoirs des États envers les réfugiés et les migrants au titre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, E/C 12/2017/1, 13. März 2017, Ziff. 9.

³⁹⁸ *Ibid.*, Ziff. 9 und 12.

³⁹⁹ *Ibid.*, Ziff. 6 und 9.

⁴⁰⁰ Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2. April 2012, Ziff. 66.

⁴⁰¹ Richtlinie 2013/33/EU, Präambel (35); Richtlinie 2013/32/EU, Präambel (60); Richtlinie 2011/95/EU, Präambel (16); Richtlinie 2008/115/EG, Präambel (24).

⁴⁰² Urteil vom 21. Dezember 2011, Grosse Kammer, verbundene Rechtssachen C-411/10 und C-493/10, *N.S. und andere*, EU:C:2011:865, Ziff. 94.

Asylbewerber in diesem Mitgliedstaat ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme darstellen, dass der Antragsteller tatsächlich Gefahr läuft, einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne von Art. 4 der Charta ausgesetzt zu werden."

175. Weiter sind die Mitgliedstaaten nach EU-Recht verpflichtet, Asylbewerberinnen und Asylbewerber über die vorgesehenen Leistungen und die Verpflichtungen, die mit den im Rahmen der Aufnahmebedingungen gewährten Vorteilen verbunden sind, sowie darüber zu informieren, welche Organisationen oder Personengruppen einschlägige Rechtsberatung leisten und welche Organisationen ihnen im Zusammenhang mit den im Rahmen der Aufnahme gewährten Vorteilen, einschliesslich medizinischer Versorgung, behilflich sein oder sie informieren können.⁴⁰³ Die Mitgliedstaaten haben ausserdem dafür zu sorgen, dass die den Asylbewerberinnen und Asylbewerbern und anderen Personen, die um internationalen Schutz nachsuchen, "im Rahmen der Aufnahme gewährten materiellen Leistungen einem angemessenen Lebensstandard entsprechen, der den Lebensunterhalt sowie den Schutz der physischen und psychischen Gesundheit von Antragstellern gewährleistet"⁴⁰⁴.

176. Im Fall *Saciri* hat der EuGH erstens festgehalten, dass Asylbewerberinnen und Asylbewerbern im Licht von Artikel 1 der Charta die materiellen Aufnahmebedingungen auch in Dublin-Verfahren ab dem Zeitpunkt der Antragstellung zustehen;⁴⁰⁵ zweitens müssen, wenn die materiellen Aufnahmebedingungen in Form von Geldleistungen gewährt werden, diese "für ein menschenwürdiges Leben ausreichen, bei dem die Gesundheit und der Lebensunterhalt der Asylbewerber gewährleistet sind, indem sie insbesondere in die Lage versetzt werden, eine Unterkunft zu finden", und die Einheit der Familie gewahrt werden kann;⁴⁰⁶ drittens sind, wenn die materiellen

⁴⁰³ Richtlinie 2013/33/EU, Art. 5 Abs. 1. Der EGMR befand im Urteil *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*, angesichts der erteilten unzureichenden Informationen sei es nicht am Beschwerdeführer gelegen, seine Situation zu verbessern, *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland* [GK], Ziff. 257.

⁴⁰⁴ Richtlinie 2013/33/EU, Art. 17 Abs. 2.

⁴⁰⁵ Urteil vom 27. Februar 2014, *Saciri and Others*, C-79/13, EU:C:2014:103, Ziff. 35. Zur Anwendung der Richtlinie 2013/33/EU auf Personen, die dem Dublin-Verfahren unterstehen, vgl. auch Urteil vom 27. September 2012, *Cimade und GISTI*, C-179/11, EU:C:2012:594.

⁴⁰⁶ *Saciri und andere*, Ziff. 46.

Aufnahmebedingungen durch Einrichtungen des allgemeinen Sozialhilfesystems geleistet werden, diese Einrichtungen verpflichtet, die Bestimmungen der Richtlinie 2013/33/EU einzuhalten, wobei auch die Vollauslastung der Aufnahmenetze keine Abweichung von diesen Bestimmungen rechtfertigt⁴⁰⁷. Der Anspruch auf angemessene materielle Aufnahmebedingungen gilt auch für Personen, die dem Dublin-Verfahren unterstehen.⁴⁰⁸

177. Für die materiellen Aufnahmebedingungen von Asylsuchenden gelten besondere Modalitäten,⁴⁰⁹ unter anderem für Räumlichkeiten, in denen die betroffenen Personen für die Dauer der Prüfung des Asylgesuchs untergebracht werden, und in Unterbringungscentren, die einen angemessenen Lebensstandard gewährleisten müssen⁴¹⁰. Neben anderen Verpflichtungen sind die Mitgliedstaaten gehalten, geeignete Massnahmen zu treffen, damit in den genannten Räumlichkeiten und Zentren Übergriffe und geschlechtsbezogene Gewalt (einschliesslich sexueller Übergriffe und Belästigung) verhindert werden. Ausserdem sind geschlechts- und altersspezifische Aspekte sowie die Situation von verletzlichen Personen zu berücksichtigen. Weitere Bestimmungen regeln die Grundschulzerziehung und weiterführende Bildung Minderjähriger⁴¹¹ oder den Zugang der Asylsuchenden zu beruflicher Bildung⁴¹².

178. Nach der Richtlinie 2008/115/EG haben Personen in Rückführungsverfahren Anspruch auf medizinische Notfallversorgung und unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten.⁴¹³ Gleichzeitig sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Achtung der Würde dieser Personen, wie sie sich aus Artikel 1 der Grundrechtecharta ergibt, zu gewährleisten.⁴¹⁴

⁴⁰⁷ *Ibid.*, Ziff. 49–51.

⁴⁰⁸ Urteil EuGH *Cimade und GISTI*.

⁴⁰⁹ Richtlinie 2013/33/EU, Art. 18.

⁴¹⁰ *Ibid.*, Art. 18 Ziff. 1; damit zusammenhängend Art. 18 Ziff. 3 und 4.

⁴¹¹ *Ibid.*, Art. 14.

⁴¹² *Ibid.*, Art. 16.

⁴¹³ Richtlinie 2008/115/EG, Art. 14 Abs. 1 (b).

⁴¹⁴ *Ibid.*, Präambel (24).

III. PRAKTISCHE ASPEKTE: WIRKSAMKEIT VON ALTERNATIVEN ZUR AUSLÄNDERRECHTLICHEN HAFT

1. Wesentliche Wirksamkeitsfaktoren

179. Auch wenn der Europarat, die Europäische Union sowie Sachverständige und Kontrollorgane der UNO in ständiger Praxis die Notwendigkeit von Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft betonen, gibt es bis heute nur wenige Anhaltspunkte, wie solche Alternativen *wirksam* konzipiert und in der Praxis umgesetzt werden können.

180. Immerhin lassen sich zumindest vier globale Studien zur ausländerrechtlichen Haft anführen, die sich mit der Frage befassen, wie man sog. "wesentliche Wirksamkeitsfaktoren" (*essential elements of effective alternatives*) identifizieren kann, wirksam in Bezug auf Kosten, Einhaltung der Pflichten, die den Migrantinnen und Migranten obliegen, Schutz ihrer Menschenrechte und ihres Wohlergehens.⁴¹⁵ Neben diesen globalen Vergleichsstudien liegen verschiedene regionale, europäische Untersuchungen vor; die meisten von ihnen dokumentieren die verschiedenen einschlägigen Praktiken in den Mitgliedstaaten.⁴¹⁶ Gesamthaft gesehen besteht breiter Konsens,

⁴¹⁵ a) Das UNHCR hat 2002 eine weltweite Studie über den Einsatz von Alternativen zur Haft von Asylbewerbern und Flüchtlingen in Auftrag gegeben: O. FIELD und A. EDWARDS, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*.

b) In der Folge haben die *International Detention Coalition* ("IDC") und das UNHCR je eine weltweite vergleichende Studie über Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft durchgeführt, die 2011 publiziert wurden: IDC, *There are Alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention*, 13. Mai 2011; und A. EDWARDS, *Back to Basics: The Right to Liberty and Security of Person and 'Alternatives to Detention' of Refugees, Asylum-Seekers, Stateless Persons and Other Migrants*, UNHCR Legal and Protection Policy Research Series, PPLA/2011/01.Rev.1, April 2011. Beide Studien haben zum ersten Globalen Runden Tisch über Alternativen zur Haft (*Table ronde globale sur les alternatives à la détention*) beigetragen.

c) 2013 hat das UNHCR eine vergleichende Studie der Programme aus Kanada und der Schweiz in Auftrag gegeben: C. COSTELLO und E. KAYTAZ, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, 2013.

d) Die IDC hat zwischen 2011 und 2015 eine weitere vergleichende Untersuchung realisiert, um die bestehenden Modelle von Haftalternativen besser zu dokumentieren und zu beschreiben, vgl. IDC, *There are Alternatives*, 2015.

⁴¹⁶ Vgl. z. B. A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, Odysseus Network, Januar 2015; Agentur der Europäischen Union für Grundrechte ("FRA"), Alternativen zur Inhaftnahme von Asylbewerbern und Freiheitsentziehung für Personen in Rückführungsverfahren, Oktober 2015; Europäisches Migrationsnetzwerk ("EMN"), Synthesebericht: Abschiebungshaft und Alternativen zur Abschiebungshaft, November 2014; JRS, *From Deprivation to Liberty: Alternatives to detention in Belgium, Germany and the United Kingdom*, Dezember 2011; FRA, Inhaftnahme von Drittstaatsangehörigen in Rückführungsverfahren, 30. November 2010; Europäischer Rat für Flüchtlinge und im Exil lebende Personen ("ECRE"), *Research*

dass die Wirksamkeit von Haftalternativen an drei Kriterien zu messen ist, nämlich daran, ob:⁴¹⁷

- i. die Regeln des Migrationsverfahrens eingehalten werden, insbesondere:
 - die Fälle rasch und in gerechter Weise erledigt werden
 - die freiwillige wie die erzwungene Rückkehr erleichtert werden
 - die Gefahr des Untertauchens vermindert wird
 - das Risiko von Straffälligkeit während des Migrationsverfahrens verringert wird;
- ii. die Menschenrechte respektiert und die Grundbedürfnisse befriedigt werden;
- iii. das Kosten-Nutzen-Verhältnis günstig beeinflusst wird.

181. Diese Kriterien stehen nicht isoliert nebeneinander, sondern sind komplementär. Das legitime Ziel der Staaten, die Einhaltung der Regeln des Migrationsverfahrens sicherzustellen, stellt klarerweise einen bedeutenden Aspekt der Wirksamkeit dar. Ohne dieses zentrale Element können Alternativen nicht wirksam sein. Die Staaten werden auch eher bereit sein, die nötigen Alternativen umzusetzen, wenn gezeigt werden kann, dass sie ihre legitimen Ziele kosteneffizient erreichen können. Im vorliegenden Kapitel werden massgebliche Prozesse, Ansätze und Verfahren erörtert, mithilfe derer bei Einsatz von Haftalternativen das Ziel einer besseren Compliance (i. S. der

Paper on Alternatives to Detention; Practical Alternatives to the Administrative Detention of Asylum Seekers and Rejected Asylum Seekers, September 1997.

⁴¹⁷ Diese Aufzählung lehnt sich an diejenige der EMN-Studie an, die Wirksamkeit folgendermassen definiert: "(i) rasche und korrekte Entscheidung über den Migrationsstatus von Personen, die um internationalen Schutz nachsuchen oder gegen die ein Ausweisungsverfahren hängt ist; (ii) Maximierung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses; (iii) Einhaltung der Menschenrechte; (iv) Verringerung des Risikos des Untertauchens", vgl. Synthesebericht, November 2014, S. 36. Die IDC hat Wirksamkeit umschrieben anhand von Kriterien wie "Reduktion der Haftfälle, ... Kosten, Compliance seitens der Betroffenen, effektive und rasche Fallerledigung ... Schutz der Gesundheit, des Wohlergehens und der Menschenrechte", IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 9. In seiner 2006 publizierten Untersuchung bezieht das UNHCR Wirksamkeit ausschliesslich auf die Priorität der Staaten, "das Untertauchen zu verhindern und/oder die Respektierung der Regeln des Asylverfahrens zu verbessern", vgl. O. FIELD und A. EDWARDS, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*, 2006, S. 45. Die UNHCR-Studie von 2011 hebt die verschiedenen Aspekte des Konzepts hervor und nennt aus Sicht der Regierungen die Zahl der Fälle von Untertauchen und die Rückkehreraten als prioritäre Kriterien, während für Menschenrechtsgruppen die Entlassung aus der Haft und die Sorge um die Menschenrechte im Vordergrund stehen, vgl. A. EDWARDS, *Back to Basics*, 2011, S. 52, Fussnote 323.

Einhaltung der Regeln des Migrationsverfahrens) erreicht werden kann, wie verschiedene Studien zeigen.

182. Bei der Suche nach den wesentlichen Wirksamkeitsfaktoren sind alle bisherigen Untersuchungen zu auffällig ähnlichen Ergebnissen gekommen; sie erscheinen durchwegs kohärent – ob nun die Haftalternativen bei der Ankunft von Migrantinnen und Migranten, bei der Behandlung von Asyl- oder Einwanderungsgesuchten oder zur Erleichterung einer sicheren und menschenwürdigen Rückkehr eingesetzt werden. Die bemerkenswerte Ähnlichkeit rechtfertigt es, die einzelnen Wirksamkeitsfaktoren noch näher zu untersuchen. Bereits an dieser Stelle kann aber zusammenfassend festgehalten werden, dass wirksame Programme für Haftalternativen:⁴¹⁸

- auf die persönliche Situation der Betroffenen Rücksicht nehmen und Screening- und Evaluationsverfahren einsetzen, um eine fundierte Entscheidung über die Möglichkeiten der Fallbehandlung und der Unterbringung treffen zu können;
- sicherstellen, dass die Betroffenen gut informiert sind und dass sie insbesondere in klarer, konziser und verständlicher Form über ihre Rechte und Pflichten sowie über die Folgen bei Nichtbeachtung dieser Pflichten orientiert werden;
- den Betroffenen ab Beginn und während der asyl- oder ausländerrechtlichen Verfahren einen sinnvollen Zugang zu rechtlicher Beratung und Unterstützung ermöglichen;
- in einem Geist von Fairness und Zusammenarbeit Vertrauen und Respekt aufbauen, statt auf Kontrolle und Bestrafung von Widerhandlungen zu fokussieren;
- den Betroffenen eine fortgesetzte individuelle Fallbetreuung anbieten;
- die Würde und die Menschenrechte der Betroffenen schützen und dafür sorgen, dass ihre Grundbedürfnisse gedeckt werden können.

⁴¹⁸ Viele der zitierten regionalen und universellen Vergleichsstudien enthalten eine eigene Liste von "wesentlichen Faktoren" für den Erfolg von Alternativen. Die hier vorgestellte Liste versucht, die wichtigsten dieser Faktoren zusammenzustellen und zu ordnen.

1.1. Screening- und Assessment

183. Screening und Assessment gelten als grundlegende Bestandteile wirksamer Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft,⁴¹⁹ denn sie bieten eine Entscheidungshilfe, wenn es darum geht, die persönlichen Umstände der Personen, für die eine alternative Lösung ins Auge gefasst wird, zu verstehen. Die Verfahren tragen so dazu bei, dass die Behörden bezüglich Betreuungs- und Unterbringungsoptionen in Kenntnis der Sachlage entscheiden können.

184. Screening und Assessment sind zwar unterschiedliche, aber auch sich wechselseitig unterstützende Verfahren. Das Screening dient dazu, die Grunddaten der Person wie Identität, Nationalität, Flüchtlings- oder Migrationsstatus, Gesundheitszustand oder Zeichen von Verletzlichkeit zu erfassen.⁴²⁰ Das Assessment beinhaltet eine genauere Prüfung der persönlichen Umstände der Betroffenen: Risiken, Bedürfnisse oder Hinweise auf Verletzlichkeit, die sich im Rahmen des Screening ergeben haben. Das Verfahren wird angewendet, um diejenigen Lösungen zu evaluieren, die den persönlichen Umständen gerecht werden.⁴²¹

185. Das Screening sollte frühzeitig, v. a. vor einer Inhaftierung durchgeführt werden, sei es an der Grenze oder anlässlich einer Identifizierung im Landesinneren.⁴²² Das Assessment kann gleichzeitig oder zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen und sollte im Verlauf des Asyl- oder Einwanderungsverfahrens regelmässig wiederholt werden, auch während einer allfälligen Haft.⁴²³ Ausserdem sollte gewährleistet sein, dass allfällige Bedürfnisse betreffend internationalen Schutz identifiziert werden und wirksame Mechanismen zur Verfügung stehen, die betroffenen Personen – auch aus Hafteinrichtungen heraus – dem Asylverfahren zuzuführen. Screening- und Assessmentverfahren sollten so transparent und

⁴¹⁹ UNHCR, *Second Global Roundtable on Reception and Alternatives to Detention*, Toronto, Kanada, 20.–22. April 2015, *Summary of deliberations*, Ziff. 5; *Executive Committee of the High Commissioner's Program, Alternatives to detention*, 3. Juni 2015, Ziff. 3.

⁴²⁰ IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 36.

⁴²¹ *Ibid.*

⁴²² UNHCR, *Second Global Roundtable on Reception and Alternatives to Detention*, Toronto, Kanada, 20.–22. April 2015, *Summary of deliberations*, Ziff. 6.

⁴²³ *Ibid.*, Ziff. 10.

strukturiert wie möglich gestaltet und angemessen kontrolliert werden, um das Risiko willkürlicher Haft oder willkürlicher Beschränkungen der Bewegungsfreiheit zu reduzieren.⁴²⁴

186. Fachgerecht durchgeführtes Screening und Assessment machen deutlich, dass Migrantinnen und Migranten eine höchst heterogene Gruppe sind, deren Mitglieder unterschiedliche Bedürfnisse und Motive haben, die nach individuell zugeschnittenen Lösungen rufen. Gefordert ist ein Spektrum verschiedener Unterbringungs- und Unterstützungsoptionen, die den individuellen Bedürfnissen und Umständen angepasst sind.⁴²⁵

1.2. Zugang zu Information

187. Eine klare, konzise und verständliche Orientierung der Betroffenen über ihre Rechte und Pflichten sowie über die Folgen bei Nichtbeachtung dieser Pflichten bildet ein weiteres wesentliches Element für die Wirksamkeit von Haftalternativen. Information schafft Vertrauen in das System,⁴²⁶ und sie fördert das Verständnis der Sachlage sowohl bei der betroffenen Person als auch bei der mit dem Asyl- oder Einwanderungsgesuch befassten Behörde: Die Information kann dazu beitragen, die Qualität der Entscheide zu verbessern, mit der Folge, dass weniger Entscheide im Rechtsmittelverfahren korrigiert werden.⁴²⁷

188. Genaue Information reduziert auch die Häufigkeit der Fälle des Untertauchens, und sie fördert die Bereitschaft zur Zusammenarbeit im Ausweisungsverfahren.⁴²⁸ Den betroffenen Personen fällt es naturgemäss leichter, Anordnungen der ausländerrechtlichen Behörden zu befolgen, wenn sie über ihre rechtliche Situation, die hängigen Gerichts- und Verwaltungsverfahren und die ihnen offenstehenden Möglichkeiten Bescheid wissen.⁴²⁹ Mitglieder dieser Behörden haben selber festgestellt, dass auf diese Weise die Zahl der Personen, die zu Vorladungen erschienen sind, höher wird, und dass Fehlinformationen, die Schlepper oder andere

⁴²⁴ *Ibid.*, Ziff. 11.

⁴²⁵ A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 120.

⁴²⁶ *Ibid.*, S. 111.

⁴²⁷ *Ibid.*, S. 99.

⁴²⁸ *Ibid.*

⁴²⁹ IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 31.

skrupellose Akteure vor oder während der Reise abgegeben haben, richtiggestellt werden können.⁴³⁰

189. Damit die Betroffenen wirklich gut informiert sind, sollte die Information *in vielfältigen Formen und in leicht zugänglicher Weise* vermittelt werden. Das bedingt, dass sie schriftlich und mündlich in einer für die betroffene Person verständlichen Sprache erteilt wird und dass sich die Beamtinnen und Beamten vergewissern, dass die Information auch verstanden wurde.⁴³¹ Unter Umständen sind (bei Bedarf unentgeltlich) *Übersetzerinnen oder Dolmetscher* beizuziehen. Es hat sich gezeigt, dass übersetzte Dokumente und der Beizug von Dolmetschern die Verständigung nicht nur mit den Personen, die ein Asyl- oder Einwanderungsgesuch stellen, sondern auch unter den Juristinnen, Sozialarbeitern und Mitgliedern der ausländerrechtlichen Behörde erleichtern.⁴³²

190. Im Interesse der Bereitschaft der Betroffenen zu *frühzeitiger Zusammenarbeit* mit den Behörden sollte die Information über Rechte und Pflichten und die Folgen der Nichtbeachtung der Pflichten zu Beginn des Asyl- oder Einwanderungsverfahrens erfolgen und bei Bedarf im Verlauf des gesamten Verfahrens erneuert werden. So sollten die Betroffenen von Beginn an ein klares Bild über den Ablauf des Asyl- oder Einwanderungsverfahrens haben, aber auch die Gründe verstehen, weshalb beispielsweise diese oder jene Haftalternative gewählt wurde oder Auflagen oder Sanktionen wegen Pflichtverletzung für nötig befunden wurden. Ausserdem sollte die Orientierung nach Massgabe des Verfahrensstands aktualisiert werden. Es hat sich gezeigt, dass Information ein Schlüsselfaktor für die Wirksamkeit von Haftalternativen ist⁴³³ und informierte Betroffene besser auf eine freiwillige Rückkehr vorbereitet sind, sollte ihr Gesuch abgelehnt werden. Dieser Umstand führt bei der freiwilligen Rückkehr zu einer verbesserten Quote.⁴³⁴

⁴³⁰ O. FIELD und A. EDWARDS, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*, 2006, S. 232.

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 32.

⁴³³ A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 109.

⁴³⁴ A. EDWARDS, *Back to Basics*, 2011, S. 83.

1.3. Rechtsbeistand

191. Der rechtliche Beistand während des Asyl- oder Migrationsprozesses bildet einen zweiten wesentlichen Wirksamkeitsfaktor. Ein angemessener Zugang zu rechtlicher Beratung ist ein wichtiger Bestandteil effizienter Haftalternativen und fördert die Bereitschaft der Betroffenen, sich an die Regeln des Asyl- und Einwanderungsverfahrens, einschliesslich betreffend Rückkehr, zu halten. Fachleute aus der Praxis haben die Bedeutung rechtlicher Verbeiständung als "hoch signifikant" für den Erfolg von Alternativprogrammen bezeichnet.⁴³⁵ In verschiedenen Ländern wurde beobachtet, dass unentgeltliche Verbeiständung und Unterstützung dazu führen, dass die Betroffenen die ihnen obliegenden Pflichten deutlich besser einhalten und öfter zu Vorladungen erscheinen.⁴³⁶ Ausserdem hilft rechtlicher Beistand den Betroffenen, *alle verfügbaren rechtlichen Möglichkeiten zu verfolgen*, was sich wiederum in einer erhöhten Quote bei der freiwilligen Rückkehr niederschlägt, weil sie eher einsehen, warum sie kein Bleiberecht haben.⁴³⁷

192. Idealerweise sollten rechtliche Beratung und rechtlicher Beistand unentgeltlich und automatisch zur Verfügung gestellt werden. Auch wenn das anwendbare Verwaltungsverfahrensrecht einen solchen Anspruch nicht vorsieht, vertrauen verschiedene erfolgreiche Alternativprogramme auf Nichtregierungsorganisationen, Rechtsberatungszentren, Anwaltskanzleien oder lokale Stellen, damit gewährleistet ist, dass jede Person, die in einem Asyl- oder Einwanderungsverfahren steht, sachgerechten Zugang zu rechtlicher Unterstützung hat.⁴³⁸

1.4. Vertrauen in das Asyl- und Einwanderungsverfahren aufbauen

193. Im Zentrum der wesentlichen Wirksamkeitsfaktoren – gleichzeitig ein Element, das bei allen anderen Wirksamkeitsfaktoren zum Tragen kommt – steht die Notwendigkeit, *in einem Geist von*

⁴³⁵ O. FIELD und A. EDWARDS, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*, 2006, S. 232.

⁴³⁶ *Ibid.*, Ziff. 156.

⁴³⁷ A. EDWARDS, *Back to Basics*, S. 83.

⁴³⁸ IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 32.

Fairness und gegenseitiger Zusammenarbeit Vertrauen und Respekt in den Asyl- oder Migrationsprozess zu schaffen. Personen, die die Art und Weise, wie ihr Asyl- oder Einwanderungsgesuch behandelt wird, als fair empfinden, sind erfahrungsgemäss viel eher geneigt, mit den Behörden zusammenzuarbeiten.⁴³⁹ Dies wird durch "eine umfangreiche sozialwissenschaftliche Literatur bestätigt, die Antworten auf die Frage sucht, wann und warum auf anderen Gebieten Gesetze befolgt werden", und die zeigt, dass "Rechtstreue eher durch Überzeugung und die Zusammenarbeit fördernde Massnahmen als durch Strenge erreicht wird".⁴⁴⁰

194. Globale Vergleichsstudien zu Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft sind selbst im Zusammenhang mit der Rückkehr zum Schluss gekommen, dass betroffene Personen "eher geneigt sind, eine negative Entscheidung über die Visumserteilung, den ausländerrechtlichen Status oder andere migrationsrechtliche Fragen zu akzeptieren und zu befolgen, wenn sie darauf vertrauen können, dass das Verfahren, das sie durchlaufen haben, als fair wahrgenommen wurde, wenn sie während dieses Verfahrens informiert und unterstützt worden sind und wenn alle Möglichkeiten, legal im Land zu bleiben, geprüft worden sind".⁴⁴¹

195. Für das Vertrauen in Asyl- und Einwanderungsentscheide und die Befolgung dieser Entscheide spielt die *Verfahrensfairness* eine zentrale Rolle. Damit ist nicht nur gemeint, "dass die Regierung vorbestehende Regeln und Verfahrensabläufe einhält, sondern auch, dass ihr Handeln von den Betroffenen selbst als fair empfunden wird".⁴⁴² Verfahrensfairness hängt also mit der *Legitimität* des Asyl- oder Einwanderungsverfahrens zusammen, *wie sie die betroffene Person wahrnimmt*.⁴⁴³ Diese Wahrnehmung von Fairness und Legitimität hängt von Faktoren ab wie dem Gefühl, angehört worden zu sein, von Inkohärenzen bei der Behandlung, von Verzögerungen beim Entscheid oder davon, dass rechtliche Beratung fehlte oder nicht erreichbar war.⁴⁴⁴ Hat die betroffene Person den Eindruck, ihr Fall sei nicht gebührend geprüft worden oder das Verfahren sei in anderer

⁴³⁹ C. COSTELLO und E. KAYTAZ, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, S. 15.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, S. 8.

⁴⁴¹ IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 44.

⁴⁴² C. COSTELLO und E. KAYTAZ, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, S. 8.

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ *Ibid.*, S. 22–24.

Weise unfair gewesen, wird sie eher geneigt sein, eine negative Entscheidung anzufechten, unterzutauchen oder nach anderen Möglichkeiten zu suchen, im Land zu bleiben.⁴⁴⁵

196. Die Behörden können den Eindruck eines fairen und gerechten Verfahrens dadurch verstärken, dass sie auch andere Wirksamkeitsfaktoren wie rasche, klare und verständliche Information, unentgeltlicher Zugang zu rechtlicher Beratung und Unterstützung oder Case Management beachten und umsetzen.⁴⁴⁶

197. Umgekehrt hat sich gezeigt, dass ein verbreiteter oder willkürlicher Rückgriff auf das Mittel der Haft das Vertrauen in das ausländerrechtliche Verfahren schwächt. Damit nimmt auch die Bereitschaft der Betroffenen, sich an dieses Verfahren zu halten, ab.⁴⁴⁷ Die gleichen Ergebnisse wurden bei Ersatzmassnahmen festgestellt, die auf Kontrolle und Sanktionierung von Widerhandlungen setzen, statt die *Compliance* zu fördern, indem man die Betroffenen unterstützt und aktiv in das Verfahren einbezieht.⁴⁴⁸

1.5. Case Management

198. Case Management im Sinn einer individuellen Fallbetreuung ist für eine Reihe von Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft anerkanntermassen ein wesentlicher Wirksamkeitsfaktor.⁴⁴⁹ Es hat sich erwiesen, dass Case Manager oder andere für den Fall verantwortliche Betreuungspersonen für die Entscheidung der Betroffenen, im Verfahren zu kooperieren oder aber sich diesem Verfahren zu entziehen, eine entscheidende Rolle spielen: Indem sie möglichst früh den Zugang zu Information und rechtlicher Beratung sicherstellen, können sie Vertrauen aufbauen und die Bereitschaft der Betroffenen fördern, sich aktiv in das Asyl- oder Einwanderungsverfahren einzubringen.⁴⁵⁰

⁴⁴⁵ IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 44.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, S. 45.

⁴⁴⁷ C. COSTELLO und E. KAYTAZ, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, S. 22.

⁴⁴⁸ J. PHELPS, *Alternatives to detention in the UK: from enforcement to engagement*, *Forced Migration Review*, S. 44, September 2013.

⁴⁴⁹ UNHCR, Haft-Richtlinien, Ziff. 41; IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 47; O. FIELD und A. EDWARDS, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*, 2006, S. 59; A. EDWARDS, *Back to Basics*, 2011; A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 99.

⁴⁵⁰ C. COSTELLO und E. KAYTAZ, *Building Empirical Research into Alternatives to Detention*, 2013, S. 7 und 28; A. EDWARDS, *Back to Basics*, 2011, S. 86.

199. Auch in der Phase der Rückkehr trägt eine individualisierte Betreuung wesentlich dazu bei, dass die Betroffenen in Sicherheit und Würde ausreisen können. Diese Betreuungsform sollte bei Asylsuchenden wie bei anderen einwanderungswilligen Personen zur Anwendung kommen und auch eine Beratung über die Möglichkeiten regelmässigen Aufenthalts und freiwilliger Rückkehr umfassen.⁴⁵¹ Dabei ist besonders wichtig, dass diese individualisierte Betreuung systematisch und frühzeitig gewährt wird, und nicht erst dann, wenn der verbindliche Ausweisungsentscheid gefällt ist.⁴⁵² Wurden die Betroffenen erst am Ende des Verfahrens und nur mit Blick auf die Ausweisung einbezogen, hat sich die Bereitschaft zur Zusammenarbeit als gering erwiesen.⁴⁵³

200. Die Betreuungsperson sollte nicht nur mit der betroffenen Person, sondern auch mit allen wichtigen Stellen (wie Ausländerbehörde, Gesundheitsdienste, Juristen, Familienmitglieder) in Kontakt stehen, um Stärken und Schwächen der Person, insbesondere allfällige Verletzlichkeiten und Risiken, denen sie ausgesetzt sein könnte, zu evaluieren und zu bestimmen, welche Art der Unterstützung und insbesondere welche Haftalternative angezeigt ist.⁴⁵⁴

1.6. Schutz der Würde und der Grundrechte

201. Um wirksam zu sein, müssen Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft schliesslich die Würde der Betroffenen achten, indem ihnen ein angemessener Lebensstandard und Zugang zu anderen Grundrechten wie dem Recht auf Gesundheit, Bildung und Familienleben gewährt wird. Die Befriedigung elementarer Bedürfnisse ist ein wichtiges Anliegen, nicht nur, weil es um ein Grundrecht geht, sondern auch weil sie als praktische Massnahme dazu beiträgt, dass sich die Betroffenen an die Regeln des Migrationsverfahrens halten, insbesondere was die Verpflichtung zur Ausreise betrifft.⁴⁵⁵ Wer in stabilen Wohnverhältnissen lebt und Zugang zu Sozialhilfe, Ausbildung und medizinischer Versorgung hat,

⁴⁵¹ Rückkehr-Handbuch, S. 68.

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ So beispielsweise im Glasgower *Family Return Project* im Vereinigten Königreich, vgl. A. EDWARDS, *Back to Basics*, 2011, S. 76.

⁴⁵⁴ IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 50.

⁴⁵⁵ A. EDWARDS, *Back to Basics*, S. 84.

wird besser unterstützt und bestärkt in der Bereitschaft, mit den Behörden in Kontakt zu bleiben.

202. Umgekehrt lässt sich statistisch nicht belegen, dass die Beschränkung des Zugangs zu solchen Grundrechten einen Zusammenhang hätte mit der Häufigkeit unkontrollierter Abreisen oder dass sie abschreckende Wirkung hätte.⁴⁵⁶ Werden elementare Grundrechte vorenthalten, dürfte die Zahl der Personen, die untertauchen, vielmehr eher steigen, weil die Betroffenen das Verfahren nicht als gerecht wahrnehmen und die Vertrauensbildung erschwert wird.⁴⁵⁷

2. Arten von Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft

203. Aufgrund der unterschiedlichen Definitionen, Praktiken und nationalen Gegebenheiten existiert keine abschliessende, vollständige Liste von Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft. Die Forschung hat eine ganze Reihe bestehender Massnahmen eruiert,⁴⁵⁸ und mehrere Organisationen haben nicht abschliessende Listen präsentiert, darunter das Ministerkomitee⁴⁵⁹, die Parlamentarische Versammlung des Europarats⁴⁶⁰, die Europäische Union⁴⁶¹ sowie verschiedene UN-Organen, insbesondere das UNHCR⁴⁶² und der Sonderberichterstatter für Menschenrechte und Migration⁴⁶³.

204. Es empfiehlt sich, die verschiedenen Alternativen auf einer "gleitenden Skala" darzustellen und ein breiteres Spektrum restriktiver und nicht restriktiver Optionen zu untersuchen, jeweils unter Anführung der wesentlichen Wirksamkeitsfaktoren, wie sie in den Vergleichsstudien identifiziert worden sind. Auch ein besseres Verständnis der jeweiligen Vor- und Nachteile scheint notwendig, damit im Interesse einer besseren Compliance seitens der betroffenen Person gewährleistet ist, dass die Massnahme spezifisch auf ihre

⁴⁵⁶ IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 28. Vgl. auch A. EDWARDS, *Back to Basics*, 2011, S. 54.

⁴⁵⁷ A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 73.

⁴⁵⁸ Vgl. die Angaben in FN 418 und 419.

⁴⁵⁹ 20 Leitlinien des Ministerkomitees zur Frage der erzwungenen Rückkehr, Leitlinie 6 Ziff. 1.

⁴⁶⁰ Resolution 1707(2010), Ziff. 9.3.4.1–9.3.4.6.

⁴⁶¹ Richtlinie 2013/33/EU, Art. 8 Abs. 4.

⁴⁶² Haft-Richtlinien, Ziff. 40.

⁴⁶³ Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2. April 2012, Ziff. 56.

Stärken und Schwächen, ihre Bedürfnisse und Verletzlichkeiten sowie auf den jeweiligen nationalen/regionalen Kontext zugeschnitten ist.

205. Der folgende Abschnitt behandelt im Sinn eines Überblicks einige zentrale Aspekte aus einem breiten Spektrum möglicher Alternativen, wie sie in unterschiedlichen Konstellationen zur Anwendung kommen können. Sie werden mehr oder weniger in einer Reihenfolge von der am wenigsten zu der am stärksten einschneidenden Massnahme aufgelistet. Dabei soll nicht versucht werden, eine Typologie von Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft zu schaffen; häufig wird es je nach den Bedürfnissen und Risiken im konkreten Fall angemessen und angezeigt sein, auf mehrere oder sich überschneidende Modelle zurückzugreifen.⁴⁶⁴ Die Hinweise zu Vorteilen, Herausforderungen und menschenrechtlichen Implikationen der einzelnen Massnahmen basieren in erster Linie auf einer Reihe von Sekundärquellen und Feldstudien sowie auf den Antworten, die im Rahmen der Umfrage des CDDH-MIG eingegangen sind.⁴⁶⁵ Nicht

⁴⁶⁴ Anzumerken ist, dass verschiedene Akteurinnen und Akteure die "Entlassung nach Zusicherung der Verfahrenstreue" ("*Release on one's own recognizance*"), auch "Nicht-Haft" ("*non-detention*") oder "unbedingte Entlassung" ("*unconditional release*") genannt, als "ultimative" Haftalternative bezeichnen und als Ausgangspunkt aller Überlegungen über Haftalternativen ansehen. Vgl. EDWARDS, *Back to Basics*, 2011, S. 53. Bei einer "Entlassung nach Zusicherung der Verfahrenstreue" wird die betroffene Person über das Verfahren, in dem ihr Asyl- oder Einwanderungsgesuch behandelt wird, und die Folgen der Nichteinhaltung von Verfahrenspflichten orientiert. Im Gegenzug wird ihre aktive Mitwirkung im Verfahren erwartet. Sie kann sich beispielsweise verpflichten, zu Anhörungen oder Einvernahmen zu erscheinen und die üblichen Regeln betreffend Visum oder Aufenthalt einzuhalten. Nach Auffassung der Europäischen Agentur für Grundrechte (FRA) sind Alternativlösungen zur Haft allerdings von der unbedingten Entlassung zu unterscheiden, vgl. FRA, *Alternativen zur Inhaftnahme von Asylbewerbern und Freiheitsentziehung für Personen in Rückführungsverfahren*, S. 1.

⁴⁶⁵ Die in der vorliegenden Analyse enthaltenen Informationen über Vorteile, Herausforderungen und menschenrechtliche Implikationen der einzelnen Arten von Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft beruhen im Wesentlichen auf den folgenden Quellen: Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG; UNHCR, *Baseline Report – Detention situation as of end 2013. Beyond Detention: A Global Strategy to support governments to end the detention of asylum-seeker and refugees*, 2014–2019, August 2016, S. 24–28; UNHCR, *Options Paper 1: Options for governments on care arrangements and alternatives to detention for children and families*, 2015, S.10–15; UNHCR, *Options Paper 2: Options for governments on open reception and alternatives to detention*, 2015, S. 6–10; UNHCR, *Haft-Richtlinien*, Anhang A, S. 41–44; UNHCR, *Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-Seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons: Summary Conclusions*, Juli 2011, Ziff. 29–37; Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten François Crépeau, A/HRC/20/24, 2. April 2012, Ziff. 57–65; UN-Vollversammlung, *Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants*, A/RES/64/142, 18. Dezember 2009; FRA, *Alternativen zur Inhaftnahme von Asylbewerbern und Freiheitsentziehung für Personen in Rückführungsverfahren*, 2015, S. 1–2; OIM, *International Migration Law Information Note on International Standards on Immigration Detention and Non-Custodial Measures*, IOM Submission to the Working Group on Arbitrary Detention, November 2011, S. 7–8; A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 89–103; IDC, *There are*

alle aufgelisteten Arten müssen zwingend von *allen* Staaten oder internationalen Organisationen als Haftalternativen angesehen werden, und nicht alle Behörden müssen mit den Vorteilen und Herausforderungen, wie sie nachstehend aufgeführt sind, einig gehen. Es geht vielmehr darum, in konziser Form eine Sammlung von Quellen und Forschungsergebnissen zusammenzustellen, um daraus Schlüsse zu ziehen, die sich als nützlich erweisen können.

206. In diesem Zusammenhang ist zu unterstreichen, dass die Art und Weise, wie eine Alternative umgesetzt wird, ebenso bedeutsam sein kann wie die Auswahl dieser oder jener Alternative. Während für jede einzelne Alternative gewisse Vorteile und Herausforderungen ausgemacht werden können, kann der konkrete Umsetzungsprozess letztlich für das Ergebnis sogar entscheidender sein als die Art der Massnahme. In diesem Prozess kommen wiederum die wesentlichen Wirksamkeitsfaktoren ins Spiel. Auch muss man anerkennen, dass es keine Patentlösung gibt, die überall passen würde. Design und Umsetzung der Alternativen müssen vom jeweiligen nationalen oder regionalen Kontext und der individuellen Situation der betroffenen Personen ausgehen.⁴⁶⁶

2.1. Behördliche Registrierung

207. Reist eine Person ohne die nötigen Papiere oder Visa in ein Land ein, kann verlangt werden, dass sie sich behördlich registrieren lässt. Anschliessend wird ihr ein temporär gültiges Dokument (wie ein Ausweis über die Ausländerregistrierung) ausgestellt. Ein solches Dokument kann ein Passfoto und einen Hinweis darauf enthalten, warum sich die Person vorübergehend auf dem Territorium des Staates aufhalten kann. Die Registrierung kann bei der Ankunft oder später beispielsweise bei der Gemeinde erfolgen, in der die Person wohnt. Solche Programme existieren seit Langem in verschiedenen

Alternatives, 2015, S. 65–91; A. EDWARDS, *Back to Basics*, 2011, S. 53–81; JRS, *From Deprivation to Liberty: Alternatives to detention in Belgium, Germany and the United Kingdom*, 2011; HEAVEN CRAWLEY, *Ending the detention of children: developing an alternative approach to family returns*, Centre for Migration Policy Research (CMPR), Juni 2010, S. 5–12; Amnesty International, *Irregular migrants and asylum-seekers: Alternatives to immigration detention*, 2009, S. 11–15; IDC, *The Australian Experience: Case management as an alternative to immigration detention*, Juni 2009; JRS, *Alternatives to Detention of Asylum Seekers*, Working paper, Oktober 2008, S. 6–11; VAN DER VENNET, LAETITIA, *Détention des enfants en famille en Belgique: Analyse de la théorie et de la pratique, Plate-forme Mineurs en Exil*, 2015, S. 95–96.

⁴⁶⁶ Vgl. z.B. A. EDWARDS, *Back to Basics*, 2011, S. 52; A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 119.

Ländern, und die Dokumente sind heute dank der Fortschritte in der Biometrik fälschungssicherer geworden.

208. Wenn nötig, kann von den Betroffenen verlangt werden, vorhandene Reise- oder Identitätspapiere der für die Registrierung zuständigen Behörde abzugeben.

Vorteile

- Die Massnahme respektiert das Recht auf Freiheit vollumfänglich.
- Sie bietet eine praktische und leicht realisierbare Lösung für die meisten Personen, die ohne Papiere einreisen.
- Sie erlaubt den Behörden, eine zentrale Datenbank der registrierten Personen anzulegen.
- Sie schützt gültige Identitäts- und Reisedokumente vor Verlust oder Zerstörung während des Asyl- oder Einwanderungsverfahrens.

Schwierigkeiten und menschenrechtliche Implikationen

- Die Massnahme kann sich bei der Ausübung von Grundrechten (Bildung, Wohnung, Gesundheitsdienste) als Hindernis erweisen, wenn die zuständigen Stellen das Dokument nicht anerkennen.
- Dokumente könnten gefälscht werden.
- Die Massnahme kann zu Festnahme und Inhaftierung führen, wenn sämtliche Behörden die Registrierung und das ausgestellte Dokument nicht anerkennen.
- Bestehende Identitätspapiere sollten nicht leichthin konfisziert werden, weil das die Lage der Betroffenen noch unsicherer machen kann.

2.2. Temporäre Aufenthaltsbewilligungen

209. Der Begriff "temporäre Aufenthaltsbewilligung" wird hier in einem weiten Sinn verstanden und umfasst unabhängig vom Status alle Bewilligungen, die einen Anspruch auf rechtmässigen Aufenthalt vermitteln. Das können beispielsweise Übergangsvisa, Visa für einen langfristigen Aufenthalt, temporäre humanitäre Visa oder auch eine abgelaufene Bewilligung sein, solange ein internationaler Schutzstatus besteht.⁴⁶⁷ Bewilligungen können für die Dauer der Behandlung des Asyl- oder Einwanderungsgesuchs oder für die

⁴⁶⁷ Rückkehr-Handbuch, S. 26.

Vorbereitung der Rückkehr ausgestellt werden. Sie können periodisch verlängert werden. Die Ausstellung von temporären Aufenthaltsbewilligungen kann davon abhängen, ob die betroffene Person einen Wohnsitz findet, und sie kann (muss aber nicht) mit Einschränkungen beim Zugang zum Arbeitsmarkt, zu Gesundheitsdiensten, zur Bildung und zu Sozialdiensten verbunden sein.

Vorteile

- Die Massnahme respektiert das Recht auf Freiheit vollumfänglich.
- Sie bietet umfassenderen Schutz vor Festnahme und Inhaftierung als die blosse behördliche Registrierung.
- Sie kann das Recht zu arbeiten und einen besseren Zugang zu Gesundheit, Bildung und anderen Grundrechten vermitteln, die im Rahmen eines temporären Aufenthalts aktuell werden können.

Schwierigkeiten und menschenrechtliche Implikationen

- Die Massnahme kann die Betroffenen mittellos machen, wenn die Bewilligung kein Recht zu arbeiten oder auf Sozialhilfe umfasst.⁴⁶⁸

2.3. Case Management oder Betreuung durch Sozialarbeit

210. Die Unterstützung durch Case Management oder durch Sozialarbeiterinnen und -arbeiter ermöglicht eine umfassende individuelle Betreuung der Person, die ein ausländerrechtliches Verfahren durchläuft, mit dem Ziel, den Fall zum Abschluss zu bringen.⁴⁶⁹ Den verschiedenen Ausgestaltungen dieser Massnahme ist gemeinsam, dass die für den Fall verantwortliche Betreuungsperson den Betroffenen (oder die Familie) ab der Gesuchstellung bis zur Rückkehr bzw. der Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung begleitet. Die betreuende Person – das kann eine Beamtin/ein Beamter oder ein Mitglied der Zivilgesellschaft sein – stellt für das ausländerrechtliche Verfahren den Zugang zu Information, unentgeltlicher rechtlicher Unterstützung

⁴⁶⁸ In Australien fanden sich Personen, die ein Übergangsvizum erhalten hatten, in prekärer Lage wieder, weil sie weder arbeiten konnten noch Anspruch auf Sozialleistungen und unentgeltliche medizinische Betreuung hatten. Gemeinnützige Organisationen und Migrantenfamilien mussten sich stark verschulden, um die Gesundheitskosten zu decken, vgl. etwa IDC, *Case management as an alternative to immigration detention: the Australian Experience*, Juni 2009, S. 4.

⁴⁶⁹ IDC, *There Are Alternatives*, 2015, S. 12–13, Ziff. 2.5, 2.5.3 und S. 47, Ziff. 7, insbesondere S. 52, Ziff. 7.2.

und die Vertretung der Betroffenen sicher. Zu den Aufgaben kann auch gehören, elementare Bedürfnisse befriedigen zu helfen, indem der Zugang etwa zu Sozial- und Gesundheitsdiensten, zum Arbeitsmarkt oder zur Bildung erleichtert wird.⁴⁷⁰

211. Case Management i.w.S. umfasst gewöhnlich drei Hauptkomponenten: a) die individuelle *Evaluation*, dank derer die Bedürfnisse und die Risiken, die von der Person ausgehen, eruiert werden können; b) die Vorbereitung eines den Bedürfnissen und Risiken angepassten *Betreuungsplans*; c) Überweisung an eine andere Stelle, verbunden mit fortgesetztem Monitoring, um sicherzustellen, dass Veränderungen angemessen Rechnung getragen wird.⁴⁷¹

Vorteile

- Die Massnahme kann querschnittsmässig zusammen mit vielen anderen Haftalternativen eingesetzt werden.
- Sie kann Vertrauen in den Entscheidungsprozess und dessen Befolgung fördern.
- Sie erleichtert die Integration, wenn das Gesuch gutgeheissen wird, und die Rückkehr, wenn es abgelehnt wird.
- Sie erleichtert den Informationsaustausch zwischen den Behörden und der betroffenen Person und kann im Interesse beider Seiten zu qualitativ besseren Entscheiden führen.
- Sie kann bei Risikopersonen wirksam eingesetzt werden, vor allem bei solchen, die in der Vergangenheit bereits untergetaucht sind oder sich im Asyl- oder Einwanderungsverfahren nicht kooperativ gezeigt haben.
- Sie ist besonders geeignet für verletzbare Personen oder Gruppen, die stärkere Unterstützung benötigen.

Schwierigkeiten und menschenrechtliche Implikationen

- Die Massnahme ist im Vergleich zu anderen Alternativen relativ kostspielig, aber immer noch günstiger als Haft.
- Sie setzt voraus, dass fachkundiges Betreuungspersonal rekrutiert und/oder ausgebildet wird.
- Das Vertrauen in das ausländerrechtliche Verfahren kann beeinträchtigt werden, wenn die Rolle und die Berufsethik der

⁴⁷⁰ Rückkehr-Handbuch, S. 68.

⁴⁷¹ IDC, *Case management as an alternative to immigration detention: The Australian experience*, Juni 2009, S. 5.

Betreuungsperson nicht so klar definiert sind, dass Verwechslungen mit den Aufgaben einer Vollzugsbehörde vermieden werden.

- Die Bereitschaft der Person, die ihr obliegenden Pflichten einzuhalten, kann abnehmen, wenn die individuelle Betreuung erst spät im Verfahren, im Anschluss an einen negativen ausländerrechtlichen Entscheid einsetzt.

2.4. Unterbringung in Familien

212. Die Unterbringung in Familien (*family-based accomodation*) ist eine allgemeine Bezeichnung für eine Reihe alternativer Betreuungsoptionen für unbegleitete oder getrennte Kinder. Die Optionen können formeller oder informeller Natur sein und Modelle umfassen wie die Betreuung durch Nahestehende, die Betreuung in Pflegefamilien oder in anderen vergleichbaren Familienstrukturen, die sich von einer Heimunterbringung unterscheiden.⁴⁷² In solchen Strukturen ist gewährleistet, dass die Kinder fortwährend durch den gesetzlichen Vertreter, eine andere anerkannte erwachsene Person oder die zuständige Behörde betreut und geschützt werden.⁴⁷³

213. **Betreuung durch Nahestehende** ist die "formelle oder informelle familiäre Betreuung innerhalb der weiteren Familie des Kindes oder bei nahen Freunden der Familie, die dem Kind bekannt sind".⁴⁷⁴ Die Aufgabe kann demnach von Blutsverwandten sowie von rechtlich oder fiktiv verwandten Personen übernommen werden. Bei der Blutsverwandtschaft besteht zwischen dem Kind und der betreuenden Person eine genetische Verbindung, wie es beispielweise bei einer Grossmutter mütterlicherseits und ihrem Enkelkind der Fall ist. Rechtlich Verwandte sind erwachsene Personen, die mit einem Mitglied der Familie verheiratet sind, aber keine genetische oder biologische Verbindung zum Kind haben, also zum Beispiel eine Schwiegermutter. Fiktiv Verwandte sind erwachsene Personen, die mit dem Kind weder blutsverwandt noch

⁴⁷² Vgl. allgemein *Better Care Network et al., Discussion Paper: Identifying Basic Characteristics of Formal Alternative Care Settings for Children*, März 2013.

⁴⁷³ Vgl. z.B. UNICEF, UNHCR und Save the Children, *Separated Children in Europe Programme, SCEP Statement of Good Practice*, 4. Auflage, März 2010.

⁴⁷⁴ UN-Generalversammlung, Leitlinien für alternative Formen der Betreuung von Kindern, verabschiedet am 18. Dezember 2009, A/RES/64/142, publiziert 24. Februar 2010, Ziff. 29(c)(i).

rechtlich verwandt sind, aber zu ihm gleichwohl eine enge, einer Familienbande vergleichbare emotionale Beziehung haben (z.B. Angehörige einer ethnischen Gruppe).⁴⁷⁵

214. Bei der **Unterbringung in einer Pflegefamilie** werden "Kinder von einer zuständigen Behörde zur alternativen Betreuung in der häuslichen Umgebung einer Familie untergebracht [...], die nicht die eigene Familie ist und die dafür ausgewählt und qualifiziert wurde, eine Erlaubnis erhalten hat und der Aufsicht unterliegt".⁴⁷⁶

215. Bei **anderen familienähnlichen Betreuungsformen** werden Kinder kurz- oder langfristig in der häuslichen Umgebung einer Familie untergebracht, die keine Familie oder Pflegefamilie im vorstehend beschriebenen Sinn ist, wobei die betreuenden Personen für diese Aufgabe ausgewählt und instruiert wurden und finanziell oder auf andere Weise unterstützt werden können.⁴⁷⁷

Vorteile

- Die Massnahme respektiert das Recht auf Freiheit vollumfänglich.
- Sie stellt sicher, dass das Kind ohne Unterbruch betreut und unterstützt wird, ohne inhaftiert zu werden.
- Sie respektiert das Kindeswohl.

Schwierigkeiten und menschenrechtliche Implikationen

- Sind Familienmitglieder anwesend, sollte das Kind nie von den Eltern/der Familie getrennt und in einer anderen Familie untergebracht werden, es sei denn, eine Fremdplatzierung erscheine im Interesse des Kindeswohls als angezeigt. Andernfalls würde die Trennung das Recht auf Familienleben des Kindes und seiner Eltern verletzen.

2.5. Unterbringung in Wohngruppen

⁴⁷⁵ *Better Care Network et al., Discussion Paper*, März 2013, S. 7–8.

⁴⁷⁶ UN-Generalversammlung, Leitlinien für alternative Formen der Betreuung von Kindern, verabschiedet am 18. Dezember 2009, A/RES/64/142, publiziert 24. Februar 2010, Ziff. 29(c)(ii).

⁴⁷⁷ *Better Care Network et al., Discussion Paper*, März 2013, S. 9.

216. In Wohngruppen oder ähnlichen Einrichtungen leben die Bewohnerinnen und Bewohner in speziell geschaffenen oder dafür eingerichteten Institutionen in kleinen Gruppen zusammen, die typischerweise so organisiert sind, dass sie dem Leben in einer Familie oder kleinen Gemeinschaft möglichst nahekommen. Sie sind gewöhnlich für eine nur vorübergehende Betreuung konzipiert, bis eine dauerhaftere Lösung in der Gemeinschaft oder einer Familie gefunden ist.

217. Diese Form der Unterbringung umfasst die "Betreuung in einem ausserfamiliären gruppenbezogenen Rahmen, beispielsweise Schutzstellen zur Notunterbringung, **Übergangspflegestellen für Notsituationen** und allen Einrichtungen zur kurz- und langfristigen Betreuung, einschliesslich **Wohngruppen**".⁴⁷⁸

218. **Schutzstellen** sind eine besondere Form der hier beschriebenen Einrichtungen. Sie bieten erhöhte Sicherheit für bedrohte Bewohnerinnen und Bewohner, beispielsweise Opfer von Menschenhandel oder Hausangestellte, die vor einem Arbeitgeber geflüchtet sind, der sie missbraucht hat. Der Aufenthalt in solchen Schutzstellen soll keine langfristige Lösung sein, kann sich aber anbieten, bis eine dauerhafte Lösung für den konkreten Fall gefunden ist.

Vorteile

- Die Massnahme gewährleistet verstärkten Schutz und verstärkte Unterstützung und Betreuung.
- Sie stellt sicher, dass besonders verletzte Personen nicht inhaftiert werden.

Schwierigkeiten und menschenrechtliche Implikationen

- Spezialisierte Betreuung ist vergleichsweise kostspielig, deshalb ist die Massnahme auf Personen mit besonderer Verletzlichkeit oder besonderen Bedürfnissen beschränkt.
- Die Massnahme sollte den Fällen vorbehalten sein, in denen diese Art der Betreuung für die betroffene Person und ggf. im Interesse des Wohls betroffener Kinder besonders angemessen, erforderlich und förderlich erscheint.

⁴⁷⁸ UN-Generalversammlung, Leitlinien für alternative Formen der Betreuung von Kindern, verabschiedet am 18. Dezember 2009, A/RES/64/142, publiziert 24. Februar 2010, Ziff. 29 (c) (iv).

- Es muss sichergestellt werden, dass die Wohneinrichtungen nicht wie geschlossene Einrichtungen geführt und damit zu alternativen *Formen* der Haft werden.

2.6. Offene oder halboffene Zentren

219. Offene oder halboffene Zentren, einschliesslich Aufnahmezentren für Asylbewerberinnen und Asylbewerber,⁴⁷⁹ können zwar auch gewöhnliche Migrantinnen und Migranten aufnehmen, beherbergen in der Regel aber Asylsuchende oder Flüchtlinge, sei es als Einzelpersonen oder als Familien. Von den Betroffenen kann verlangt werden, dass sie in der Einrichtung bleiben, bis über ihr Gesuch entschieden ist, was der Massnahme des zugewiesenen Aufenthaltsorts (s.u. Ziff. 2.8.) gleichkommt. Wer als Flüchtling anerkannt wird, kann häufig während einer Übergangsfrist in der Einrichtung bleiben, bis ein dauerhafterer Aufenthaltsort gefunden ist. Offene und halboffene Zentren bieten Unterkunft, Nahrung und medizinische Grundversorgung, wobei das Niveau und die Qualität der Dienstleistungen je nach Einrichtung häufig variieren, sowohl zwischen den einzelnen Ländern, als auch innerhalb desselben Landes.

Vorteile

- Offene und halboffene Zentren stellen sicher, dass die Betroffenen unverzüglich untergebracht, unterstützt und registriert werden können, was sich insbesondere bei einer grossen Zahl neu ankommender Personen als nützlich erweisen kann.
- Sie ermöglichen die Behandlung von relativ vielen Asylgesuchen.

Schwierigkeiten und menschenrechtliche Implikationen

- Offene und halboffene Zentren können bisweilen zu alternativen *Formen* der Haft werden und in der Praxis auf einen *de facto*-Freiheitsentzug hinauslaufen.
- Die Unterbringung einer grossen Zahl von Personen kann die finanziellen Möglichkeiten überschreiten, was dazu führen kann, dass die Verhältnisse in den Zentren unter die Schwelle eines Minimalstandards fallen.

⁴⁷⁹ In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass solche Aufnahmezentren teilweise nicht zu den Haftalternativen gezählt, sondern als eine Form der Aufnahmeregelung angesehen werden, vgl. die Definition des UNHCR der Alternativen zur Haft, oben Ziff. 19.

2.7. Meldepflichten

220. Meldepflichten gehören zu den Haftalternativen, die in Europa am häufigsten eingesetzt werden.⁴⁸⁰ Die Betroffenen müssen regelmässig bei der zuständigen Behörde (Polizei, Migrationsamt oder eine andere mit der Kontrolle betraute Stelle wie Kinderschutzbehörde oder Sozialdienste) vorstellig werden.⁴⁸¹ Die Kontaktnahme kann auch telefonisch erfolgen, wodurch lange und teure Reisen vermieden werden. Die Häufigkeit der Meldeverpflichtung kann variieren, von täglich bis monatlich (oder weniger). Die Termine können mit anderen Vorladungen kombiniert werden; so wird für Personen, die ein Asyl- oder Einwanderungsgesuch gestellt haben, der mit der Meldepflicht verbundene Aufwand reduziert.

Vorteile

- Die Massnahme ist einfach umzusetzen.
- Sie benötigt keine aufwändige Infrastruktur.
- Sie gewährleistet den regelmässigen Kontakt zwischen der betroffenen Person und den Behörden.
- Sie stellt sicher, dass die betroffene Person für Einvernahmen und andere behördliche Massnahmen zur Verfügung steht.

Schwierigkeiten und menschenrechtliche Implikationen

- Zu hohe Frequenzen oder zu strenge Kriterien der Meldepflicht (z.B. langer Anfahrtsweg, keine Übernahme der Reisekosten) können dazu führen, dass die betroffene Person Termine verpasst und ihre Bereitschaft, sich an die Meldepflicht zu halten, abnimmt.
- Die Massnahme kann in andere Rechte eingreifen, z.B. das Recht auf Bewegungsfreiheit und das Recht auf Familienleben.⁴⁸²
- Sie kann Gefühle der Angst und die Befürchtung, inhaftiert zu werden, hervorrufen, v.a. wenn die Meldepflicht auf einem Polizeiposten oder einer anderen Strafbehörde einzulösen ist.

⁴⁸⁰ EMN-Synthesebericht, 2014, S. 34; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zur Rückkehrpolitik der EU, COM(2014) 199 final, 28.3.2014, S. 15.

⁴⁸¹ A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 89–90.

⁴⁸² Der Eingriff kann etwa darin bestehen, dass die Person zu anderen Vorladungen der ausländerrechtlichen Behörde erscheinen muss, oder dass sie von ihr abhängige Personen nicht mehr in gleicher Weise betreuen oder einer Beschäftigung nur noch eingeschränkt nachgehen kann.

2.8. Zugewiesener Aufenthaltsort

221. Auch beim zugewiesenen Aufenthaltsort (*designated residence*) handelt es sich um eine in Europa weit verbreitete Ersatzmassnahme.⁴⁸³ Die Behörden weisen der betroffenen Person einen bestimmten Ort oder ein bestimmtes Gebiet zu, an bzw. in dem sie sich aufzuhalten hat. Die Massnahme kann unterschiedlich ausgestaltet sein. Die Zuweisung kann beispielsweise an einen bestimmten Landesteil, an die persönliche Adresse der betroffenen Person oder ihres Bürgen/ihrer Bürgin, an ein offenes oder halboffenes Aufnahmezentrum oder eine andere staatlich geführte oder finanzierte Einrichtung erfolgen. Es kommt vor, dass mehrtägige Abwesenheiten nur mit vorgängiger Bewilligung der ausländerrechtlichen Behörde möglich sind. Andere, flexiblere Lösungen sehen vor, dass die Betroffenen die Adresse oder das Gebiet, das ihnen zugewiesen wird, selbst wählen können.⁴⁸⁴

222. Die Massnahme des zugewiesenen Aufenthaltsorts ist von der Registrierung und der "Entlassung nach Zusicherung der Verfahrenstreue" (s. FN 465) zu unterscheiden. Diese beiden Massnahmen sehen keine räumlichen Beschränkungen vor, solange sich die betroffene Person an die Regeln des Asyl- oder Einwanderungsverfahrens hält. Auch zur Unterbringung in einem halboffenen Zentrum besteht ein Unterschied: Hier sind die Bewohnerinnen und Bewohner nicht verpflichtet zu bleiben, sondern können aus freien Stücken einen Aufenthaltsort wählen.

223. Die Massnahme des zugewiesenen Aufenthaltsorts kann mit verschiedenen anderen Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft kombiniert werden, wenn der jeweilige Ort der Unterbringung dem zugewiesenen Ort entspricht: zum Beispiel mit der Unterbringung in Familien, in Wohngruppen, oder in offenen oder halboffenen Zentren.

Vorteile

- Die Massnahme kann relativ kostengünstig sein.
- Sie ermöglicht es der betroffenen Person, in der Gemeinschaft zu leben und die Unterstützung der Familie oder anderer Beziehungsnetze in Anspruch zu nehmen.

⁴⁸³ EMN-Synthesebericht, 2014, S. 34.

⁴⁸⁴ A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 96.

- Sie kann sich bestehende Alternativen in den Bereichen Aufnahme und Unterbringung in der Gemeinschaft zunutze machen.
- Die Zuweisung an einen Landesteil kann eine gerechte Lasten- und Ressourcenverteilung zwischen den verschiedenen Regionen eines Landes erleichtern.

Schwierigkeiten und menschenrechtliche Implikationen

- Wird die Massnahme mit Ausgangssperren oder anderen Beschränkungen der Bewegungsfreiheit verbunden, oder befindet sich der zugewiesene Ort in einem abgelegenen oder isolierten Gebiet, kann sie auf eine alternative *Form* der Haft hinauslaufen oder andere Rechte beeinträchtigen.
- Personen, denen die Mittel fehlen, ihren Lebensunterhalt zu bestreiten, die nicht arbeiten können und auch keine finanzielle oder andere staatliche Hilfe erhalten, können verarmen und/oder sich mit schwerwiegenden psychischen und sozialen Konsequenzen konfrontiert sehen.

2.9. Beaufsichtigung mit Unterstützung

224. Die Massnahme der Beaufsichtigung mit Unterstützung (*supervision; encadrement*) ist dadurch gekennzeichnet, dass die betroffene Person frei in der Gesellschaft leben kann, aber durch staatliche Behörden oder eine vom Staat bezeichnete Stelle (NGOs, private oder religiöse Vereinigungen) beaufsichtigt wird. Die Aufsicht kann in der Form periodischer Besuche am Wohnsitz oder von Stichproben durch die staatliche Behörde bzw. die bezeichnete Stelle erfolgen. Sie kann unterstützende Tätigkeiten wie Hilfe bei der Arbeits- und Wohnungssuche, beim Zugang zur Bildung, in rechtlichen Angelegenheiten sowie weitere Dienst- oder auch direkte Sachleistungen umfassen.

225. Die Massnahme unterscheidet sich dadurch von der Meldepflicht, dass bei Letzterer die betroffene Person selbst bei der staatlich bezeichneten Stelle vorstellig werden muss. Sie unterscheidet sich auch vom Case Management, das von einer unabhängigen Drittperson ausgeführt wird, während die unterstützende Beaufsichtigung durch die staatliche Behörde selbst oder eine von ihr bezeichnete Vertretung erfolgt, die im Allgemeinen ebenfalls befugt ist, die Einhaltung der Pflichten zu kontrollieren, die der beaufsichtigten Person obliegen.

Vorteile

- Die Massnahme erlaubt es, sich unmittelbar ein Bild über den Aufenthaltsort und die Aktivitäten der beaufsichtigten Person zu machen.
- Sie führt zu einer erheblichen Intensivierung der Kommunikation und der Kontakte zwischen den Behörden und der Person, die ein Asyl- oder Einwanderungsgesuch gestellt hat.
- Sie kann den Zugang zu sozialer oder rechtlicher Unterstützung erleichtern.

Schwierigkeiten und menschenrechtliche Implikationen

- Die Massnahme ist für den Staat bzw. die von ihm bezeichnete Stelle kostenintensiv.
- Sie kann dazu führen, dass die Einhaltung der Verpflichtungen im Übermass kontrolliert wird.⁴⁸⁵

2.10. Rückkehrberatung

226. Die Beratung betreffend freiwillige Rückkehr ermöglicht es Personen oder Familien, aus der Haft entlassen oder nicht inhaftiert zu werden, um die Möglichkeiten einer freiwilligen Rückkehr abzuklären. In der Regel werden sie dabei durch die Behörden oder durch Organisationen der Zivilgesellschaft intensiv – u.U. auch durch finanzielle Anreize⁴⁸⁶ – unterstützt.⁴⁸⁷ Die Beratung umfasst beispielsweise Hinweise und Hilfestellung in Bezug auf formelle Programme der freiwilligen Rückkehr, wie etwa das Programm der Internationalen Organisation für Migration ("IOM") oder andere nationale oder internationale Rückkehrprogramme.⁴⁸⁸ Solche Programme bieten Unterstützung zur Vorbereitung der Abreise, für die Reise selbst, bei der Ankunft und anschliessend bei der Wiedereingliederung im Land. Auf diese Weise kann Befürchtungen der betroffenen Personen, sie könnten bei ihrer Rückkehr mittellos sich selbst überlassen sein oder sie könnten in Zukunft kein Visumsgesuch für eine legale Einreise stellen, begegnet werden.⁴⁸⁹

⁴⁸⁵ Beispielsweise bei unangemeldeten und/oder ständigen Besuchen am Wohnort der beaufsichtigten Person.

⁴⁸⁶ IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 53.

⁴⁸⁷ Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG; EMN-Synthesebericht, 2014, S. 36.

⁴⁸⁸ Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG.

⁴⁸⁹ IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 53.

Vorteile

- Die Massnahme stellt eine humane Alternative zu Haft und Ausschaffung dar.
- Sie erlaubt eine dauerhafte Rückkehr in Würde und erleichtert die Wiedereingliederung im Herkunftsland.
- Sie kann sich für die Regierungen als kostengünstig erweisen.
- Sie ist verglichen mit Ausschaffung und Haft weniger heikel und problematisch.

Schwierigkeiten und menschenrechtliche Implikationen

- Die Massnahme müsste, um möglichst wirksam zu sein, Teil eines umfassenderen Systems frühzeitiger Interventionen, Case Management und rechtlicher Unterstützung sein.
- Wird der Fokus ausschliesslich auf die Rückkehr gerichtet, kann dies zu Vertrauensverlust und erhöhtem Risiko des Untertauchens führen.⁴⁹⁰

2.11. Rückkehrhäuser oder -zentren

227. Rückkehrhäuser oder -zentren bieten eine Haftalternative, die der Vorbereitung der (freiwilligen oder erzwungenen) Rückkehr dient und in idealer Weise die Massnahmen der individuellen Betreuung und der Zuweisung eines Aufenthaltsorts kombiniert. Personen, deren Asylgesuch abgelehnt wurde oder die in einem Ausweisungsverfahren stehen, werden in offenen Strukturen untergebracht, wo Betreuer oder Beraterinnen sie individuell über die bestehenden Möglichkeiten informieren und ihnen bei der Vorbereitung der Ausreise helfen.⁴⁹¹

Vorteile

- Die Massnahme kann vertrauensbildend wirken und eine freiwillige Ausreise erleichtern.
- Offene Strukturen begünstigen die Konsultation von NGOs und von Stellen, die rechtliche Beratung oder andere Dienste anbieten.

⁴⁹⁰ In Belgien hatten die "Rückkehrhäuser" (*maisons du retour*) als Folge einer (durch die wachsende Zahl der untergebrachten Familien bedingten) Vernachlässigung der individuellen Betreuung eine rasch steigende Fluchtrate zu verzeichnen, vgl. VAN DER VENNET, LAETITIA, *Détention des enfants en famille en Belgique: analyse de la théorie et de la pratique, Plate-forme Mineurs en Exil*, 2015, S. 95–96.

⁴⁹¹ FRA, Alternativen zur Inhaftnahme von Asylbewerbern und Freiheitsentziehung für Personen in Rückführungsverfahren, 2015.

Schwierigkeiten und menschenrechtliche Implikationen

- Beginnt die individuelle Betreuung erst nach der Eröffnung des Ausweisungsentscheids, fehlt es an einer frühen Intervention, und die Massnahme erweist sich tendenziell als erfolglos.

2.12. Kautio und andere Garantien und Sicherheiten

228. Auf eine Inhaftierung kann verzichtet bzw. eine inhaftierte Person kann entlassen werden a) gegen Hinterlegung einer Kautio durch sie selbst oder eine Drittperson; b) gegen eine schriftliche Vereinbarung mit der Behörde, häufig kombiniert mit der Leistung einer finanziellen Sicherheit; c) gegen eine durch eine Drittperson, von NGOs oder von religiösen Vereinigungen abgegebene Garantie, dass sich die betroffene Person an ihre Verpflichtungen hält. Tut sie das nicht oder taucht sie unter, verfallen Kautio und andere finanzielle Sicherheiten. Möglich bleibt eine Auszahlung an ein Familienmitglied, an eine andere Person, eine NGO oder eine religiöse oder andere Vereinigung.

Vorteile

- Die Massnahme kann in Ländern mit hoher Migrationsbevölkerung oder bei Personen, die schon lange im Gaststaat wohnen und dort solide gesellschaftliche Bindungen knüpfen konnten oder selbst über ausreichende finanzielle Mittel verfügen, leichter angewendet werden.
- Der Rückgriff auf eine durch eine Drittperson zu leistende Kautio kann sich für den Staat als kostengünstig erweisen, weil diese Drittperson i.d.R auch für andere Kosten aufkommen muss, die bei der betroffenen Person anfallen.

Schwierigkeiten und menschenrechtliche Implikationen

- Die Massnahme birgt das Risiko, dass Personen, die über keine finanziellen Mittel verfügen und auch die nötigen Kontakte nicht haben, diskriminiert werden, und dass verletzte Personen ausgenutzt werden.
- Es ist darauf zu achten, dass der geforderte Geldbetrag unter allen Umständen angemessen ist, andernfalls besteht das Risiko, dass Haft angeordnet werden muss oder dass andere für den Verzicht auf Inhaftierung bzw. für die Entlassung notwendige Voraussetzungen nicht respektiert werden.

2.13. Electronic Monitoring

229. Mit dem Electronic Monitoring sollen durch technische Mittel, wie ein am Fuss- oder Handgelenk angebrachter GPS-tauglicher Sender, Ortsveränderungen einer Person kontrolliert und begrenzt werden. Diese Form der Überwachung wird im vorliegenden Zusammenhang in Europa nur selten angewendet.⁴⁹² Sie kommt vor allem im Bereich des Strafrechts zum Einsatz,⁴⁹³ und es gibt denn auch Stimmen, die diese Massnahme im Bereich der Migration für besonders unangebracht halten. Für Andere handelt es sich um eine *de facto* Haft, aber nicht um eine gültige Alternative zur Haft. Das UNHCR⁴⁹⁴, der Sonderberichterstatter für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten⁴⁹⁵, die Agentur der Europäischen Union für Grundrechte⁴⁹⁶ sowie verschiedene Autoren⁴⁹⁷ sehen Electronic Monitoring v.a. wegen seines kriminellen Stigmas als eine der einschneidendsten und strengsten Alternativen an und raten davon ab, sie anzuwenden.

230. In mindestens einer Studie wurde festgestellt, dass die Massnahmen des Electronic Monitoring und der telefonischen Meldepflicht in Bezug auf die Einhaltung der Verpflichtungen identische Resultate brachten. Dies weist gemäss den Autoren darauf hin, dass generell Loyalität seitens der Betroffenen möglicherweise auch mit weniger einschneidenden Massnahmen erreicht werden kann.⁴⁹⁸ Im Unterschied zum Electronic Monitoring, das als besonders harte Massnahme angesehen wird, gelten die telefonische Meldepflicht und der Einsatz anderer moderner Technologien als gute

⁴⁹² Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zur Rückkehrpolitik der EU, COM(2014) 199 final, 28.3.2014, S. 16; EMN-Synthesebericht, 2014, S. 36.

⁴⁹³ FRA, Alternativen zur Inhaftnahme von Asylbewerbern und Freiheitsentziehung für Personen in Rückführungsverfahren, 2015, S. 2.

⁴⁹⁴ Haft-Richtlinien, 2012, Ziff. 40. Vgl. auch UNHCR, *Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-Seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons: Summary Conclusions*, Juli 2011, Ziff. 21.

⁴⁹⁵ Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, A/HRC/20/24, 2. April 2012, Ziff. 63.

⁴⁹⁶ Alternativen zur Inhaftnahme von Asylbewerbern und Freiheitsentziehung für Personen in Rückführungsverfahren, 2015, S. 2.

⁴⁹⁷ Vgl. u. a. A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 102–103; JRS, *Alternatives to Detention of Asylum Seekers, Working paper*, Oktober 2008, S. 9; IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 73.

⁴⁹⁸ A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 154.

Praktiken (s.o. Ziff. 2.7), v.a. für Personen mit eingeschränkter Mobilität.⁴⁹⁹

Vorteile

- Die Behörden wissen zu jedem Zeitpunkt, wo sich die überwachte Person befindet, und die Massnahme kann ein Mittel sein, den Kontakt zur Behörde herzustellen.
- Mit der Massnahme kann überprüft werden, ob Meldepflichten eingehalten werden.

Schwierigkeiten und menschenrechtliche Implikationen

- Die Massnahme wurde als besonders einschneidend charakterisiert, weil sie die persönliche Freiheit in hohem Mass einschränkt, einen Eingriff in das Privat- und Familienleben darstellt (mit negativen Folgen für beteiligte Kinder) und möglicherweise Fragen im Licht der EMRK aufwirft.
- Sie kann das Vertrauen in das ausländerrechtliche Verfahren untergraben und sich auf die Bereitschaft, einen Ausweisungsentscheid zu respektieren, kontraproduktiv auswirken.
- Sie kann stigmatisierende und verhängnisvolle psychologische Auswirkungen haben, welche die Würde der Person angreifen und zu ihrem sozialen Ausschluss beitragen können.
- Sie ist u.U. nicht wirklich effizient, denn die technische Einrichtung und die Überwachung sind teuer, ohne dass es eine Garantie gäbe, dass die überwachte Person den Sender nicht entfernt.

3. Der Nutzen von Haftalternativen

231. Es ist breit dokumentiert, dass effizient umgesetzte Haftalternativen eine ganze Reihe von Vorteilen bringen, sei es in Bezug auf die Einhaltung der Verpflichtungen im ausländerrechtlichen Verfahren durch die Betroffenen, auf die Kosten, auf die Respektierung der Menschenrechte oder auf die Befriedigung sozialer Bedürfnisse. Verschiedene Studien und Fachleute aus der Praxis haben immer wieder den Mehrwert alternativer Lösungen

⁴⁹⁹ UNHCR, *Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-Seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons: Summary Conclusions*, Juli 2011, Ziff. 21.

herausgestrichen, der u.a. in den nachstehend aufgeführten Elementen zum Ausdruck kommt.

3.1. Respektierung der Rechte und Bedürfnisse der betroffenen Personen

232. Um die geltenden Menschenrechtsstandards (insbesondere des europäischen und internationalen Menschenrechtsschutzes, der Rechtsprechung des Strassburger und des Luxemburger Gerichtshofs sowie der Praxis des UN-Menschenrechtsausschusses) zu respektieren, müssen Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft zur Anwendung kommen. Die genannten Standards verlangen weiter, dass verletzligen Gruppen oder Personen, insbesondere Kindern, besondere Aufmerksamkeit gebührt.

233. Haftalternativen können den gravierenden Folgen vorbeugen, die eine Inhaftierung auf die physische und psychische Gesundheit von Migrantinnen und Migranten und Asylsuchenden haben können.⁵⁰⁰ Der durch Haft verursachte gesundheitliche Schaden wurde in Studien aufgezeigt. Nach einer dieser Studien lag die Quote posttraumatischer Störungen bei 50% der inhaftierten Personen.⁵⁰¹ Die Inhaftierung von verletzligen Personen, insbesondere von Kindern, ist mit Blick auf die Wahrung ihrer Rechte und ihres Wohlergehens besonders problematisch. Es wurde auch darauf hingewiesen, dass eine systematischere Umsetzung von Haftalternativen nicht nur die Tatsache bewusst machen könnte, dass ausländerrechtliche Haft keine Straftat ist, sondern sie würde auch Diskriminierungen der Betroffenen und einer negativen Wahrnehmung in der Öffentlichkeit entgegenwirken.⁵⁰²

⁵⁰⁰ A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 23–25.

⁵⁰¹ Vgl. z. B. Z. STEEL, D. SILOVE, R. BROOKS, S. MOMARTIN, B. ALZUHAIRI und I. SUSLIJK, *The impact of immigration detention and temporary protection on the mental health of refugees*, *British journal of psychiatry*, 2008, S. 58; *Physicians for Human Rights and The Bellevue/NYU program for survivors of torture, From persecution to prison: the health consequences of detention for asylum seekers*, Juni 2003. Weitere Informationen über negative Auswirkungen der Haft sind u. a. in den folgenden Studien enthalten: *JRS–Europe, Becoming Vulnerable in Detention: Civil Society Report on the Detention of Vulnerable Asylum Seekers and Irregular Migrants in the European Union (The DEVAS Project)*, Juni 2010; GRAHAM DURCAN, JESSICA STUBBS und JED BOARDMAN, *Report, Immigration Removal Centres in England: A mental health needs analysis*, *Centre for mental health*, Januar 2017.

⁵⁰² Vgl. die Antwort des Europäischen Netzwerks der nationalen Menschenrechtsinstitutionen ("REINH") auf die Umfrage des CDDH-MIG.

234. Für Kinder kann die Haft extreme Folgen haben, mit bleibenden Schäden für ihre kognitive und emotionale Entwicklung.⁵⁰³ Auf solche Folgen hat namentlich der UN-Sonderberichterstatter über Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe hingewiesen: "Selbst eine sehr kurze Haftdauer kann das Wohlergehen eines Kindes und seine kognitive Entwicklung gefährden, mit steigendem Risiko von Depressionen, Angstzuständen, posttraumatischen Störungen, Suiziden, Selbstverletzungen, psychischen Problemen und Entwicklungsstörungen."⁵⁰⁴ Der Sonderberichterstatter kam zum Schluss, dass "die Haft von Kindern – aus tatsächlicher, wenn nicht aus rechtlicher Sicht – untrennbar mit der Misshandlung von Kindern verbunden ist, dies angesichts der Situation besonderer Verletzlichkeit, in der sie sich befinden und die sie zahlreichen Risiken aussetzt."⁵⁰⁵

3.2 Einhaltung der Regeln des ausländerrechtlichen Verfahrens durch die Betroffenen

235. Die Studien zeigen auch, dass Haftalternativen, wenn sie sachgerecht umgesetzt werden, bei der Steuerung der Migration hilfreich sein können, indem sie bei zahlreichen Bevölkerungsgruppen und in verschiedenen Zusammenhängen die Bereitschaft fördern, die Regeln des ausländerrechtlichen Verfahrens zu beachten. So hat eine weltweite Studie, die 13 Programme zu Haftalternativen untersucht hat, eine Befolgungsrate zwischen 84% und 99,9% ergeben; bei 10 der 13 Programme lag die Quote bei über 94%.⁵⁰⁶ Nach einer anderen Studie, die Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft in der EU zum Gegenstand hatte, lag die Befolgungsrate in Belgien, Schweden und dem Vereinigten Königreich zwischen 77% und 96%.⁵⁰⁷

⁵⁰³ IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 5.

⁵⁰⁴ Bericht des Sonderberichterstatters, Juan E. Méndez, 5. März 2015, A/HRC/28/68, Ziff. 16.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, Ziff. 69.

⁵⁰⁶ Die Studie hat mehrere Faktoren eruiert, welche die Einhaltung der Regeln begünstigen, darunter: a) Behandlung der betroffenen Personen mit Würde und Menschlichkeit; b) Gewährleistung eines ausreichenden Lebensstandards und ausreichender Unterstützung; c) klare, konzise und rasche Information über Rechte und Pflichten und die Folgen der Verletzung dieser Pflichten; d) Erleichterung des Zugangs zu rechtlicher Beratung; e) individuelles Case Management. Vgl. A. EDWARDS, *Back to Basics*, 2011, S. 82–83.

⁵⁰⁷ A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and asylum detention in the EU*, 2015, S. 114.

236. Die Studien haben weiter gezeigt, dass alternative Massnahmen auch in der komplexen Konstellation gemischter Migrationsströme die Compliance seitens der Betroffenen fördern.⁵⁰⁸ Die Massnahmen können dazu beitragen, die betroffenen Personen, die sich naturgemäss in einer Situation der Verletzlichkeit befinden, zu stützen. Die Betroffenen werden eher bereit sein, im Verfahren dauerhaft zu kooperieren, wenn sie in einem gemeinschaftlichen Umfeld ihre Grundbedürfnisse decken können und Zugang zu Beratung und Unterstützung haben, ohne die Angst, inhaftiert zu werden.⁵⁰⁹ Nach Auffassung der Europäischen Kommission können "höhere Rückkehrquoten (einschliesslich freiwillige Ausreise), bessere Zusammenarbeit mit den rückzuführenden Personen bei der Erlangung der erforderlichen Unterlagen, finanzielle Vorteile (geringere Kosten für den Staat) und geringere menschliche Kosten (Vermeidung haftbedingter Unannehmlichkeiten)" zu den Vorteilen von Haftalternativen gezählt werden.⁵¹⁰

3.3. Kosten-Nutzen-Verhältnis

237. Weil die Staaten die relevanten Zahlen nur selten kommunizieren, ist es schwierig, die genauen finanziellen Kosten abzuschätzen.⁵¹¹ Die verfügbaren Informationen lassen jedoch vermuten, dass die Kosten beim Einsatz von Haftalternativen wesentlich tiefer liegen als bei der Haft.

238. In Belgien machen die Kosten für die "Familiengemeinschaften" (*unités familiales*) die Hälfte der Kosten für einen Haftplatz aus.⁵¹² In Kanada kann die Haft bis zu 17 Mal teurer sein als die bestehenden Ersatzmassnahmen.⁵¹³ In Österreich belaufen sich die Kosten für Alternativen auf 17–24 Euro pro Tag und

⁵⁰⁸ In einem australischen Projekt wurde bei abgewiesenen Asylbewerbern eine Quote von 60% freiwilliger Rückkehrer verzeichnet; in den Niederlanden reisten über die Hälfte der Migrantinnen und Migranten im Rahmen eines freiwilligen Rückkehrprojekts in ihre Heimat zurück. Vgl. IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 52–54.

⁵⁰⁹ A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 114.

⁵¹⁰ Rückkehr-Handbuch, 2015, S. 92.

⁵¹¹ Bericht der Parlamentarischen Versammlung *sur la rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe*, *Commission des migrations, des réfugiés et de la population*, Berichtsteratterin: Ana Catarina Mendonça, 11. Januar 2010, Ziff. 58.

⁵¹² 90 Euro pro Tag gegenüber 180–190 Euro, vgl. EMN-Synthesebericht, November 2014, S. 38.

⁵¹³ 179 CAD pro Tag gegenüber 10–12 CAD, vgl. IDC, *There are Alternatives*, 2015, S. 11

Person, gegenüber 120 Euro für einen Haftplatz.⁵¹⁴ Nach Untersuchungen im Vereinigten Königreich könnten 76 Millionen Pfund pro Jahr eingespart werden, wenn auf langdauernde Inhaftierungen von Migrantinnen und Migranten, die schlussendlich freigelassen werden, verzichtet würde. Kämen bei all diesen Personen Ersatzmassnahmen zum Einsatz, würden nur 44% der Gesamtkosten anfallen.⁵¹⁵

239. Ein häufigerer Rückgriff auf alternative Massnahmen wird die Kosten allerdings nur dann senken, wenn diese Massnahmen *an die Stelle* der Haft treten und so dazu beitragen, die Zahl der Hafteinrichtungen zu reduzieren. Auch viele der oben beschriebenen Vorteile von Haftalternativen sind untrennbar mit einer generellen Reduktion der Inhaftierungen verbunden. Kommen dagegen Ersatzmassnahmen vermehrt zum Einsatz, *ohne* dass bestehende Haftkapazitäten reduziert (oder diese sogar noch erweitert) werden, wird das zwangsläufig zu einer Kostensteigerung führen, und die negativen Auswirkungen der Haft bleiben bestehen. Im Bereich der Strafjustiz wird solches "*net widening*" breit kritisiert; es läuft dem grundlegenden Ziel alternativer Massnahmen zuwider, unnötige Inhaftierungen systematisch zu reduzieren.⁵¹⁶

IV. STRATEGIEN UND PRAKTIKEN IM BEREICH ALTERNATIVEN ZUR AUSLÄNDERRECHTLICHEN HAFT

240. Das vorliegende Kapitel gibt einen Überblick über Strategien und Praktiken, wie sie in Mitgliedstaaten des Europarats im Bereich der Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft angewendet werden. Der Überblick basiert im Wesentlichen auf den Antworten, die auf die Umfrage des CDDH-MIG eingegangen sind. Weitere einschlägige Berichte und Studien ergänzen die Übersicht.

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ *Matrix Evidence, An economic analysis of alternatives to long-term detention*, 2012, S. 4–5.

⁵¹⁶ Vgl. z. B. die Diskussion über "net widening" im offiziellen UN-Kommentar zu den *Tokyo Rules*, Büro der Vereinten Nationen in Wien, *Commentary on the United Nations Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures* (1993).

Verpflichtung zur Prüfung von Haftalternativen und rechtlicher Rahmen

241. Zahlreiche Mitgliedstaaten des Europarats sehen in ihrer Gesetzgebung die Verpflichtung vor, alternative Massnahmen zu prüfen, bevor Haft angeordnet wird. Nur wenige Staaten kennen diese Verpflichtung nicht oder sehen sie nur für bestimmte Personengruppen vor, nämlich für Kinder und für Familien mit Kindern. Aus der Mehrheit der Antworten geht hervor, dass die bestehenden Haftalternativen im Ausländer- und Asylrecht geregelt sind. Einige Staaten weisen darauf hin, dass die Gesetze in Ausführungsbestimmungen weiter konkretisiert werden.⁵¹⁷

242. Ungeachtet des Vorstehenden weisen einschlägige Studien darauf hin, dass einige Mitgliedstaaten nur eine vage und/oder lückenhafte Regelung von Haftalternativen kennen.⁵¹⁸ Verschiedene innerstaatliche Gesetze und Verordnungen enthalten keine klaren Vorgaben und überlassen die Wahl der anzuwendenden Massnahme und/oder die Modalitäten ihrer Umsetzung (Voraussetzungen, Kriterien usw.) der entscheidenden Verwaltungsbehörde oder den Gerichten.⁵¹⁹ Das Fehlen klarer Leitlinien, wie diese alternativen Massnahmen angewendet werden sollen, schafft Probleme⁵²⁰ und wirft gelegentlich Fragen bezüglich der Transparenz des Umsetzungsprozesses auf, wie er in verschiedenen Staaten gehandhabt wird.

Arten von Alternativen und betroffene Personen

243. In der Mehrheit der Staaten werden die verschiedenen Arten von Alternativen in der Gesetzgebung aufgezählt. Dies erfolgt teilweise mit Hinweis darauf, dass die Aufzählung nicht abschliessend ist, was den zuständigen Behörden die Freiheit lässt, auch andere

⁵¹⁷ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG; s. auch EMN-Synthesebericht, November 2014, S. 7; A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and asylum detention in the EU*, 2015, S. 87.

⁵¹⁸ Parlamentarische Kampagne zur Beendigung der Haft von Migrantenkindern, *Study of immigration detention practices and the use of alternatives to immigration detention of children*, 2017, S. 19; A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 118.

⁵¹⁹ A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 87.

⁵²⁰ Bericht der Parlamentarischen Versammlung *sur la rétention administrative des demandeurs d'asile et des migrants en situation irrégulière en Europe*, *Commission des migrations, des réfugiés et de la population*, Berichterstatte: Ana Catarina Mendonça, 11. Januar 2010, Ziff. 38.

Massnahmen zu wählen, die im konkreten Fall geeignet erscheinen. Die hauptsächlichen Arten, die von der Mehrheit der Staaten genannt werden, sind die folgenden: a) Meldepflichten; b) zugewiesener Aufenthaltsort; c) Hinterlegung von Dokumenten; d) Kaution oder andere Sicherheitsleistungen. Verschiedene Staaten sehen weitere Massnahmen vor, wie Rückkehrhilfe, Rückkehrhäuser und/oder freiwillige Rückkehrprogramme (sei es als eigenständige alternative Massnahme, sei es als zusätzlicher Bestandteil von Rückkehrprogrammen). Einige wenige Staaten haben kürzlich weitere Massnahmen gesetzlich verankert oder sind dabei, dies zu prüfen.⁵²¹

244. Die Alternativen kommen bei Asylsuchenden und bei Personen zur Anwendung, gegen die ein Ausweisungsverfahren hängig ist. In einigen Staaten werden sie auch in Dublin-Verfahren sowie in Wiederaufnahmeverfahren eingesetzt.⁵²² Die vorgesehenen Arten von Alternativen können situationsbezogen einzeln oder kombiniert angewendet werden. Viele Staaten weisen darauf hin, dass die Alternativen nicht spezifisch auf verletzte Personen oder Gruppen zugeschnitten wurden, auch wenn diese Kategorien in der Praxis zu den hauptsächlichen Adressaten gehören. Immerhin kennen einige Staaten Regelungen über Haftalternativen für Familien mit kleinen Kindern, wie Rückkehrhäuser, Unterkunft in Familien oder andere Arrangements. Andere Staaten sehen für unbegleitete Minderjährige auch offene Empfangszentren oder die Unterbringung in Pflegefamilien vor.⁵²³

Zuständige Behörden, Entscheidungskriterien und Verfahren

245. Die Entscheidung, alternative Massnahmen anzuordnen, wird gewöhnlich durch die zuständigen Ministerien, Polizeistellen, die Grenzwaache oder eine gerichtliche Behörde gefällt, jeweils auf der Grundlage einer Prüfung des konkreten Falls.⁵²⁴ Diese Prüfung erfolgt namentlich gestützt auf folgende Kriterien:⁵²⁵

⁵²¹ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG.

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ *Idem.*

⁵²⁴ Die zuständige Behörde kann eine andere sein, je nachdem, ob über ein Asylgesuch oder eine Rückweisung zu entscheiden ist. *Idem.* Vgl. auch EMN-Synthesebericht, 2014, S. 24.

⁵²⁵ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG. Vgl. auch EMN-Synthesebericht, 2014, S. 22–24.

- i. Grundsätze von Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit;
- ii. Verletzlichkeit (Alter, Gesundheit, besondere Lage, in der sich die betroffene Person befindet usw.);
- iii. Frage, ob die Massnahme durchführbar und ausreichend ist, um den verfolgten Zweck zu erreichen;
- iv. Wahrscheinlichkeit, dass die Massnahme befolgt wird, und Risiko des Untertauchens;
- v. Praktische Fragen, wie die der Kosten, ob die ins Auge gefasste Massnahme überhaupt verfügbar ist, ob soziale oder familiäre Bindungen bestehen, ob Reisedokumente, eine Unterkunft, finanzielle Mittel vorhanden sind, usw.

246. Was die Qualität des Verfahrens betrifft, in dem über Haft und Haftalternativen entschieden wird, haben verschiedene Studien allerdings Zweifel geäussert, insbesondere daran, ob das Kriterium der Verhältnismässigkeit korrekt angewendet wird, d.h. ob tatsächlich geprüft wird, ob Haft durch eine alternative Massnahme ersetzt werden könnte.⁵²⁶ Die Entscheidungen seien teilweise stereotyp begründet, ohne sachbezogene Argumente, was das Risiko von Willkür im Entscheidprozess erhöhe.⁵²⁷ Verschiedene Instanzen, namentlich des Europarats, haben ausserdem wiederholt darauf hingewiesen, dass die Evaluationsverfahren und die Kontrollmechanismen verbessert werden müssten, v.a. um die Personen zu erfassen, die sich in einer Situation der Verletzlichkeit befinden.⁵²⁸

Personen, die sich in einer Situation der Verletzlichkeit befinden

247. Verletzlichkeit ist im Rahmen des individuellen Assessment ein wesentlicher Faktor, und verschiedene Staaten weisen darauf hin, dass sie in diesem Zusammenhang zusätzliche Weisungen verabschiedet haben.⁵²⁹ Generell lässt sich sagen, dass die nationale Gesetzgebung eine Inhaftierung verletzlicher Personen oder Gruppen

⁵²⁶ A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 73–74.

⁵²⁷ *Ibid.*, S. 117.

⁵²⁸ *Groupe d'Experts sur la lutte contre la traite des êtres humains ("GRETA"), 5e Rapport Général sur les activités du GRETA* (den Zeitraum vom 1. Oktober 2014 bis 31. Dezember 2015 abdeckend), Februar 2016, Ziff. 99 und 103. Vgl. auch EMN-Synthesebericht, 2014, S. 27; FRA, *Monthly data collection on the current migration situation in the EU: Thematic focus: Disability*, Monatsbericht August 2016, S. 8–10; A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 117.

⁵²⁹ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG.

nur unter ganz aussergewöhnlichen Umständen zulässt.⁵³⁰ Bei Kindern ist die Situation je nach Mitgliedstaat unterschiedlich. Einige Länder verbieten die Haft von Kindern unter einer bestimmten Altersgrenze, andere lassen sie ganz ausnahmsweise zu. Unbegleitete Kinder dürfen je nach nationaler Gesetzgebung oder Praxis generell oder unterhalb einer bestimmten Altersgrenze nicht inhaftiert werden, andere Länder lassen die Massnahme unter ganz aussergewöhnlichen Umständen zu.⁵³¹ Laut einem kürzlichen Bericht der FRA werden in der Hälfte der EU-Staaten unbegleitete Kinder weder in Asyl- noch in Rückführungsverfahren in Haft genommen.⁵³² Haft von Familien mit Kindern ist in der Mehrheit der Mitgliedstaaten, von wenigen Ausnahmen abgesehen (die bei dieser Konstellation Haft generell nicht zulassen), als aussergewöhnliche, letztmögliche Massnahme zulässig.⁵³³

248. In Bezug auf den Schutz unbegleiteter Kinder haben andere mit der Sache befasste Stellen allerdings verschiedene Lücken ausgemacht. Es geht insbesondere um ineffiziente Systeme der Vormundschaft, um die Verfahren zur Altersbestimmung, um Mechanismen zum Schutz des Kindeswohls sowie um zu wenige oder überhaupt nicht vorhandene Plätze in spezialisierten Einrichtungen für Kinder.⁵³⁴ Solche Lücken im System des Kinderschutzes können die rasche Identifizierung der Kinder ebenso behindern wie den Zugang zu zusätzlichen Garantien, dank derer Haft vermieden werden kann. Die beschriebenen Schutzdefizite können dazu führen, dass unbegleitete Kinder unter ungeeigneten Bedingungen über lange Zeit in Haft gehalten werden, statt sie in alternativen, kindsgerechten Betreuungsstrukturen unterzubringen.⁵³⁵

⁵³⁰ EMN-Synthesebericht, 2014, S. 20.

⁵³¹ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG; s. auch EMN-Synthesebericht, November 2014, S. 20.

⁵³² FRA, *European legal and policy framework on immigration detention of children*, 2017, S. 36.

⁵³³ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG. Vgl. auch FRA, *European legal and policy framework on immigration detention of children*, 2017, S. 55.

⁵³⁴ GRETA, Rapport Général sur les activités du GRETA (Zeitraum 1. Januar bis 31. Dezember 2016, Ziff. 109–113; UNICEF, *A child is a child - Protecting children on the move from violence, abuse and exploitation*, UNICEF, Mai 2017, S. 30; FRA, *Key migration issues: one year on from initial reporting*, Oktober 2016, S. 4–5.

⁵³⁵ FRA, *Key migration issues: one year on from initial reporting*, Oktober 2016, S. 8.

Rechtsmittel und Monitoring

249. In Bezug auf die verfügbaren Rechtsmittel bemerken einige Mitgliedstaaten, dass die Entscheidung, mit der Haftalternativen angeordnet werden, vor den zuständigen Gerichten angefochten werden kann. In gewissen Ländern kann das Rechtsmittel nur im Rahmen eines anderen Verfahrens eingelegt werden.⁵³⁶ In vielen Staaten fehlen Monitoringmechanismen und/oder gerichtliche Kontrollmöglichkeiten, mit denen die korrekte Anwendung der Haftalternativen überprüft werden könnte, wobei in gewissen Fällen die zuständige Behörde oder NGOs entsprechende Evaluationen durchführen.⁵³⁷

250. Auch andere einschlägige Studien lassen vermuten, dass Monitoringmechanismen und/oder andere Möglichkeiten, mit denen Inhaftierungen oder Beschränkungen der Bewegungsfreiheit überprüft werden könnten, fehlen.⁵³⁸ In einigen Staaten stellen sich weitere Probleme. Insbesondere fehlen regelmässige und systematische Kontrollen, ob eine Haft weiterhin angezeigt ist,⁵³⁹ was zu Fällen von willkürlichem oder überlangem Freiheitsentzug führen kann, wie sie für verschiedene Staaten dokumentiert sind. Bei Haftalternativen fehlt teilweise auch eine zeitliche Begrenzung.⁵⁴⁰

Praktische und rechtliche Herausforderungen

251. Eine Mehrheit der Mitgliedstaaten teilt die Einschätzung, dass Haftalternativen in der Praxis wenig oder nur bei einer kleinen Zahl betroffener Personen zur Anwendung kommen.⁵⁴¹ Verschiedene mit der Materie vertraute Stellen, darunter der Europarat⁵⁴², die Vereinten

⁵³⁶ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG. Vgl. auch A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 117.

⁵³⁷ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG.

⁵³⁸ A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 118.

⁵³⁹ EMN-Synthesebericht, 2014, S. 27.

⁵⁴⁰ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG. Vgl. auch A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 118.

⁵⁴¹ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG.

⁵⁴² Kommissar für Menschenrechte, *Le carnet des droits de l'homme, Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants*, 31/01/2017; Parlamentarische Versammlung, Resolution 2020(2014), Ziff. 8.

Nationen⁵⁴³ und die Europäische Union⁵⁴⁴, sowie Expertinnen und Wissenschaftler⁵⁴⁵ scheinen diese Einschätzung zu teilen.

252. Für die begrenzte Anwendung von Haftalternativen gibt es verschiedene Gründe. Offenbar sind die Mitgliedstaaten nicht davon überzeugt, dass diese Massnahmen effizient genug sind, um die Betroffenen dazu zu bringen, sich an die Regeln des Verfahrens zu halten; sie verweisen auf das Risiko des Untertauchens. Die Mehrheit der Antworten geht in diese Richtung. Vor allem die Transitländer weisen darauf hin, dass die Mehrheit der Migrationsbevölkerung wohl die Absicht habe, in einen anderen Mitgliedstaat weiterzureisen.⁵⁴⁶

253. Bei der Entscheidung, eine Person zu inhaftieren oder aber eine alternative Massnahme anzuordnen, spielt das Risiko des Untertauchens eine zentrale Rolle. Auch die Wahl unter mehreren möglichen Alternativen hängt eng mit diesem Risiko zusammen. Deshalb sind differenzierte Mechanismen, mit denen dieses Risiko evaluiert werden kann, unerlässlich, um am Ende die beste Lösung zu erzielen. Wie es scheint, sollten die Mitgliedstaaten diesbezüglich klarere Indikatoren und/oder Kriterien zur Risikoevaluation schaffen und diese in der Praxis auch anwenden. So könnten die heute bestehenden Kriterien in gewissen Fällen dadurch verfeinert werden, dass sie rechtlich klarer gefasst werden und sich stärker an objektiven Massstäben orientieren.⁵⁴⁷ Das Risiko des Untertauchens oder andere zu berücksichtigende Faktoren angemessen zu evaluieren, kann die zuständige Behörde vor verschiedene Herausforderungen stellen. Die Qualität des gesamten Evaluationsprozesses zu verbessern, stellt deshalb ein Schlüsselement dar, um eine

⁵⁴³ Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, *Étude régionale: la gestion des frontières extérieures de l'Union européenne et ses incidences sur les droits de l'homme des migrants*, 24. April 2013, A/HRC/23/46, Ziff. 48.

⁵⁴⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat zur Rückkehrpolitik der EU, COM(2014) 199 final, 28.3.2014, S. 15.

⁵⁴⁵ A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 116.

⁵⁴⁶ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG.

⁵⁴⁷ M. MORARU, G. RENAUDIÈRE, *European Synthesis Report on the Judicial Implementation of Chapter IV of the Return Directive – Pre-Removal Detention*, REDIAL RR 2016/05, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, San Domenico di Fiesole (FI): European University Institute, 2016; EMN-Synthesebericht, 2014, S. 27; A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 117.

möglichst sachgerechte Wahl für eine geeignete Alternative treffen zu können.⁵⁴⁸

254. Ein anderes Problem, auf das in den Antworten hingewiesen wurde, liegt darin, dass gewisse Arten von Alternativen in der Praxis überhaupt nicht zur Anwendung kommen; sei es, weil ihre Tragweite begrenzt ist, sei es, weil die betroffenen Personen die Voraussetzungen dazu nicht erfüllen.⁵⁴⁹ Das betrifft vor allem die Kautions- und andere Sicherheitsleistungen, wenn fehlende finanzielle Mittel als Grund dafür angegeben werden, diese Massnahmen nicht anzuwenden. Auch fehlende Unterkunft oder fehlende Dokumente wurden als Hindernisse angegeben, alternative Massnahmen anzuordnen.⁵⁵⁰

255. Praktische Lösungen wie der Beizug eines Bürgen oder einer Bürgin oder die Hinterlegung einer Kautionsleistung können im Alltag für viele Migrantinnen und Migranten, die im Gaststaat keine Freunde, keine Familie, keine finanziellen Mittel und/oder keinen Zugang zu NGOs haben, diskriminierend sein oder sich als ineffizient erweisen.⁵⁵¹ Auch Massnahmen wie die des zugewiesenen Aufenthaltsorts bleiben unwirksam, wenn keine geeigneten Unterbringungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Die Massnahme der regelmässigen Meldepflicht wird, wenn die Meldung nicht in der Nähe des Wohnorts der betroffenen Person erfolgen kann, häufig nicht den gewünschten Erfolg bringen, solange für den Weg zu und von der zuständigen Migrationsbehörde keine unentgeltlichen Transportmöglichkeiten verfügbar sind.⁵⁵²

256. Anderen Studien zufolge bestehen in einigen Mitgliedstaaten abweichende Auffassungen darüber, was unter Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft zu verstehen ist: Die betreffenden staatlichen Behörden sehen verschiedene Haftpraktiken (die im Grunde alternative *Formen* der Haft sind) als mögliche Alternativen

⁵⁴⁸ EMN-Synthesebericht, 2014, S. 23 und 27.

⁵⁴⁹ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG. Vgl. auch Kommissar für Menschenrechte, *Le carnet des droits de l'homme, Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants*, 31/01/2017.

⁵⁵⁰ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG.

⁵⁵¹ A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 94–95.

⁵⁵² *Ibid.*, S. 68–69.

zur Haft an oder fördern sie.⁵⁵³ Überdies können fehlende finanzielle Mittel dazu führen, dass gewisse Lösungen nicht umgesetzt werden können, dies obwohl die verfügbaren Statistiken zeigen, dass viele Alternativen billiger sind als Haft. Auch der Umstand, dass in Bezug auf die Dauer, während der Alternativen eingesetzt werden, keine einheitliche Sichtweise besteht, gibt Anlass zur Besorgnis.⁵⁵⁴

257. Auch wenn in einigen Mitgliedstaaten Anstrengungen unternommen worden sind, einen wirksamen Zugang zur Information sicherzustellen, ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass bezüglich professioneller Interpretation, Diversifizierung von Informationskanälen sowie Zugang, Qualität und Sprache der einschlägigen Texte Schwierigkeiten bestehen bleiben. Auch ungenügende Investitionen in die Ausbildung des Vollzugs- und Empfangsstellenpersonals gibt Anlass zur Besorgnis.⁵⁵⁵

Einsatz von Haftalternativen: Erfahrungen und Erkenntnisse

258. Verschiedene Mitgliedstaaten haben es als positiven Schritt gewertet, dass das Thema alternative Massnahmen Eingang in allgemeine oder spezifische nationale Programme gefunden hat. Zur Begründung wird angeführt, dass mit diesen Massnahmen das Prinzip der Verhältnismässigkeit korrekt angewendet werden kann und Personen nicht inhaftiert werden müssen, solange sie mit den Behörden zusammenarbeiten.⁵⁵⁶ Was die Arten der eingesetzten Alternativen betrifft, verweisen einige Staaten auf positive Erfahrungen mit a) der Massnahme des zugewiesenen Aufenthaltsorts, b) der Meldepflicht und c) Programmen zur Unterstützung der freiwilligen Rückkehr oder zur Rückkehrberatung⁵⁵⁷. Hingewiesen wird aber auch auf den Umstand, dass wegen des sehr beschränkten Einsatzes von Alternativen keine ausreichenden Erfahrungen vorliegen, um über positive Ergebnisse oder Erkenntnisse berichten zu können.⁵⁵⁸

⁵⁵³ *Ibid.*, S. 116.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, S. 117–118.

⁵⁵⁵ Vgl. die Antwort des REINDH auf die Umfrage des CDDH-MIG.

⁵⁵⁶ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG.

⁵⁵⁷ Diese Programme können nicht immer als Haftalternativen im strengen Sinn angesehen werden, sie bilden eher einen Bestandteil umfassenderer Rückkehrprogramme.

⁵⁵⁸ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG.

Statistische Angaben und Wirksamkeitsanalyse

259. Statistische Daten über die Personen, bei denen alternative Massnahmen angewendet wurden, über die menschenrechtlichen Implikationen, über die Einhaltung der Regeln des ausländerrechtlichen Verfahrens und über die Kosten sind eher unzureichend oder fehlen ganz.⁵⁵⁹ Gesamthaft gesehen sind es nur wenige Staaten, die statistische Angaben liefern; im Allgemeinen sind es Angaben über die Zahl der Personen, bei denen Alternativen angewendet bzw. die inhaftiert wurden, sowie die jeweiligen Kosten. Das unzureichende Zahlenmaterial erlaubt es nicht, allgemeine Schlüsse zu ziehen und/oder konkrete Vergleiche anzustellen.

260. Dabei wäre die regelmässige Evaluation der laufenden Programme wichtig, um bestehende Probleme anzusprechen und die Funktionsweise und die Wirksamkeit von Haftalternativen in der Praxis zu verbessern.⁵⁶⁰ Neben anderen Organen hat die Parlamentarische Versammlung in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass empirische Untersuchungen und Analysen zu den Haftalternativen nötig sind, v.a. zu ihrer Anwendung, ihrer Wirksamkeit und zu bewährten Praktiken, wobei zwischen freiheitsbeschränkenden und nicht freiheitsbeschränkenden Massnahmen zu unterscheiden wäre.⁵⁶¹ Differenziertere Methoden, mit denen die Wirksamkeit von Haftalternativen in verschiedenen Konstellationen evaluiert werden könnte, wären also nützlich. Ausserdem würde eine konsistente, öffentlich zugängliche Information über die Wirksamkeit gewisser Modelle oder Vorgehensweisen (in Bezug auf Einhaltung der Verfahrensregeln, Reduktion der Kosten sowie Schutz der Rechte und des Wohlergehens der Betroffenen) Fortschritte möglich machen. Auch scheint offensichtlich, dass ein stärkerer Einbezug der Zivilgesellschaft in den Umsetzungsprozess konkreten Nutzen bringen

⁵⁵⁹ Vgl. die Antworten auf die Umfrage des CDDH-MIG. Vgl. auch Kommissar für Menschenrechte, *Le carnet des droits de l'homme, Il est grand temps que les États investissent dans des alternatives à la détention des migrants*, 31/01/2017; EMN-Synthesebericht, 2014, S. 41; A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PETIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 118.

⁵⁶⁰ Bericht des Sonderberichterstatters für Menschenrechte von Migrantinnen und Migranten, François Crépeau, A/HCR/20/24, 2. April 2012, Ziff. 74; O. FIELD und A. EDWARDS, *Alternatives to Detention of Asylum-Seekers and Refugees*, 2006, Ziff. 175.

⁵⁶¹ Resolution 1707(2010), Ziff. 9.3.4.

kann, wenn es darum geht, die Wirksamkeit von Haftalternativen zu gewährleisten.⁵⁶²

261. Allgemein lässt sich sagen, dass die Mitgliedstaaten verstärkt unterstützt werden könnten, um nach wie vor bestehende praktische und rechtliche Herausforderungen zu bewältigen und Haftalternativen vermehrt zum Einsatz zu bringen. Dieser Punkt scheint umso wichtiger, als die Mehrheit der Mitgliedstaaten bereits eine gesetzliche Verpflichtung zur Prüfung von Haftalternativen statuiert und entsprechende Massnahmen ergriffen haben. Jedoch könnten ausführlichere Leitlinien über die Art und Weise, wie diese Massnahmen in der Praxis wirksam umgesetzt werden können, die Mitgliedstaaten in ihren Bemühungen unterstützen.

V.BLICK IN DIE ZUKUNFT: BEDÜRFNIS FÜR FOLGEARBEITEN DURCH DEN CDDH ABKLÄREN – MEHRWERT DER ARBEITEN UND NÄCHSTE SCHRITTE

1. Bedürfnis für Folgearbeiten

262. Wie am Anfang der vorliegenden Analyse dargelegt, ist die Verpflichtung, Haftalternativen im Migrationsbereich zu prüfen und umzusetzen, in Europa wie auch weltweit fest verankert. Internationale menschenrechtliche Normen, Erklärungen und Empfehlungen sowie länderspezifische Arbeiten, welche die Mitgliedstaaten zum prioritären Einsatz alternativer Lösungen aufrufen, haben diese Verpflichtung immer wieder bekräftigt.

263. Verschiedene Mitgliedstaaten haben ihre Gesetzgebung und Politik in dem Sinn geändert, dass ausländerrechtliche Haft nur noch beschränkt angewendet wird, insbesondere bei verletzlichen Personen, und stattdessen im Gesetz alternative Massnahmen eingeführt. Teilweise sind aktiv Schritte unternommen worden, um solche Massnahmen speziell mit Blick auf den nationalen Kontext und/oder die jeweilige Migrationsbevölkerung zu untersuchen. Verschiedene Mitgliedstaaten des Europarats nehmen zudem an der *"UNHCR Global Strategy: Beyond Detention"*⁵⁶³ teil und beteiligen

⁵⁶² A. BLOOMFIELD, E. TSOURDI und J. PÉTIN, *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU*, 2015, S. 119.

⁵⁶³ Die Strategie *"Beyond Detention 2014-19"*, die das UNHCR im Juni 2014 lanciert hat, will u.a. sicherstellen, dass die nationale Gesetzgebung Haftalternativen vorsieht und diese in der Praxis auch umgesetzt werden, und dass keine Kinder aus Gründen der Einwanderungskontrolle mehr inhaftiert

sich an anderen einschlägigen Aktivitäten und Projekten auf nationaler Ebene.⁵⁶⁴

264. Die im September 2016 von der UNO-Vollversammlung verabschiedete *New Yorker Erklärung für Flüchtlinge und Migranten* bestätigt diese Entwicklung und das Bekenntnis zu einer entschlosseneren Umsetzung von Haftalternativen. Die Staaten haben sich in dieser Erklärung u.a. dazu verpflichtet, alternative Lösungen weiterzuverfolgen und darauf hinzuwirken, dass keine Kinder mehr zu Migrationszwecken inhaftiert werden.⁵⁶⁵

265. Trotz dieses Engagements und dieser Fortschritte bestehen weiterhin rechtliche und praktische Hindernisse, die eine systematische Umsetzung von Haftalternativen stark behindern. Nach wie vor bestehen beträchtliche Defizite, die es zu beheben gilt, wenn solche Alternativen tatsächlich wirksam sein sollen.

266. Die vorliegende Analyse listet verschiedene Alternativen auf, unter Angabe ihrer hauptsächlichen Vor- und Nachteile. Gemäss Vergleichsstudien zu Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft lassen sich jedoch mit keinem einzelnen Modell und auch mit keiner Kombination verschiedener Modelle tragfähige Lösungen verwirklichen, solange nicht auch gewisse zentrale Faktoren, die für die Wirksamkeit der Modelle relevant sind, gebührend berücksichtigt werden. Die Erfahrung hat gezeigt, dass die Berücksichtigung solcher Faktoren unerlässlich ist, damit sich Haftalternativen in Bezug auf die Compliance seitens der Betroffenen, den Schutz ihrer Menschenrechte und die Kosten als wirksam erweisen. Diesen Wirksamkeitsfaktoren angemessen Rechnung zu tragen, kann sogar wichtiger sein als die Wahl dieser oder jener Alternative oder als der finanzielle Aufwand, den ein Mitgliedstaat leisten muss.

werden, vgl. UNHCR, *2014-2019 Beyond Detention: A Global Strategy to support governments to end the detention of asylum-seekers and refugees*, 2014. Folgende Mitgliedstaaten des Europarats haben 2014 ihre Teilnahme erklärt: Ungarn, Litauen, Malta und das Vereinigte Königreich. Im Dezember 2016 haben sich vier weitere Staaten angeschlossen: Belgien, Bulgarien, die Tschechische Republik und die "Ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien"; vgl. UNHCR, *Contribution to the Fifteenth Coordination Meeting on International Migration*, UN/POP/MIG-15CM/2017/14, 10. Februar 2017, Ziff. 22–24.

⁵⁶⁴ In mehreren Mitgliedstaaten des Europarats werden diverse Aktivitäten und Pilotprojekte im Bereich Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft durchgeführt.

⁵⁶⁵ Ziff. 33 der Erklärung.

267. Auch wenn es demnach keine einfachen Lösungen gibt, scheint es doch möglich, diese Wirksamkeitsfaktoren in ein breites Spektrum verschiedener Praktiken und Ansätze zu integrieren. Das heisst auch, dass sich die Gelegenheit bieten könnte, innovative Ansätze zu entwickeln, mit denen sowohl die "Wirksamkeit" verbessert als auch die heutige Sicht über das, was möglich ist, erweitert werden könnten. Dabei darf man nicht vergessen, dass sowohl die Praxis, Migrantinnen und Migranten in Haft zu setzen, als auch die Schaffung von Haftalternativen historisch gesehen relativ neue Entwicklungen sind. Zu verstehen, wie Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft optimal funktionieren und wirklich effizient eingesetzt werden, ist mit anderen Worten für alle Beteiligten ein fortlaufender Lernprozess. Es ist deshalb wichtig, die Staaten in ihren Bemühungen um sachgerechte Lösungen zu unterstützen, damit sie sich nicht nur ihrer rechtlichen Verpflichtungen bewusst sind, sondern auch verstärkt praktisches Wissen und konkrete Methoden, die sich in der Praxis bewährt haben, austauschen können.

268. Die Listen der heute in Europa bekannten Alternativen zeigen, dass gesamthaft gesehen vielleicht Möglichkeiten bestehen, vermehrt auf Teilhabe der Betroffenen als auf Zwang zu setzen (*engagement* statt *enforcement*). Die Bereitschaft, sich an die Regeln des Verfahrens zu halten und die mit Haftalternativen verbundenen Vorteile werden sich eher einstellen und die Durchsetzung von Entscheidungen werden erleichtert, wenn Praktiken angewendet werden, welche die betroffenen Personen tatsächlich und von Beginn an *einbeziehen*. Anders gesagt können Praktiken, die auf eine erfolgreiche *Teilhabe* setzen, letztlich zu einer besseren *Durchsetzung* migrationspolitischer Ziele führen, und sie sind ohne Zweifel besser geeignet, die Menschenrechte der betroffenen Personen zu schützen.

269. Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten: (1) Haftalternativen sind zwar in zahlreichen Gesetzgebungen vorgesehen, ihre systematische Umsetzung könnte aber verbessert werden; (2) Wo Alternativen umgesetzt werden, könnte die Auswahl um ein breites und vielfältiges Spektrum zusätzlicher Optionen erheblich erweitert werden; (3) Bei der Entwicklung und Umsetzung von Haftalternativen sollte gewissen "wesentlichen Wirksamkeitsfaktoren" grössere Beachtung geschenkt werden, um den Erfolg der Massnahme zu gewährleisten.

2. Mögliche künftige Schritte

270. Im Licht der vorstehenden Ausführungen scheint es, dass die Staaten bei der Konzipierung und Umsetzung von Haftalternativen, die im jeweiligen nationalen Kontext tatsächlich wirksam sind, von zusätzlicher Unterstützung profitieren könnten. Ein Mehrwert könnte auch darin liegen, die Staaten hinsichtlich der "wesentlichen Wirksamkeitsfaktoren" zu sensibilisieren und zu erläutern, wie diese Faktoren eingesetzt werden können, um bestehende rechtliche oder faktische Probleme anzugehen. Auch könnte es hilfreich sein, anhand einer konkreten Gruppe von Migrantinnen und Migranten oder einer konkreten Alternative aufzuzeigen, wie diese Faktoren gehandhabt werden können. Mit Blick darauf könnte es nötig sein, die für den Erfolg von Haftalternativen wesentlichen Faktoren in allen Mitgliedstaaten des Europarats vermehrt zu thematisieren.

271. Ein Bedarf an zusätzlicher Unterstützung könnte auch bei der Frage bestehen, wie die Staaten die massgeblichen Akteurinnen und Akteure (wie nationale Menschenrechtsinstitutionen und Organisationen der Zivilgesellschaft) bei der Suche und Entwicklung wirksamer Haftalternativen gewinnbringend einbeziehen können. Tatsächlich kommt solchen Institutionen und Organisationen eine Schlüsselrolle zu, wenn es darum geht, das Ziel der "Effizienz" in ihren verschiedenen Ausprägungen zu erreichen.

272. Für den Bereich der Strafjustiz enthalten die Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für nicht freiheitsentziehende Massnahmen (*Tokyo Rules*) Leitlinien zu zahlreichen Themen im Zusammenhang mit Ersatzmassnahmen, darunter Konzipierung, Umsetzung, rechtliche Garantien, Ausbildung, Evaluation und Forschung. Im Bereich der Migration gibt es keine vergleichbar umfassenden Leitlinien.

273. Gewisse Grundsätze der *Tokyo Rules* könnten sicher analog im Bereich der Migration (Verwaltungsrecht) angewendet werden und eine hilfreiche Basis für die Ausarbeitung einer umfassenden Normierung liefern. Andererseits ist es wichtig, den Minimalstandard, wie er im strafrechtlichen Kontext angewendet wird, von demjenigen zu unterscheiden, der für den Migrationsbereich gelten soll. Aktuell bereitet ein Expertenkomitee des Europarats ("*Committee of Experts on Administrative Detention of Migrants, CJ-DAM*") bereits eine Kodifikation vor, welche die Vollzugsbedingungen in der ausländerrechtlichen Haft zum Gegenstand hat.

274. Auf europäischer Ebene gibt es bis heute kein klares und vollständiges Regelwerk über wirksame Haftalternativen, das alle Personen erfassen würde, die unter Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f (u.U. auch Buchstabe b) fallen. Dabei besteht ein Bedürfnis nach einer eigenständigen Regelung im Kontext der Migration, die klare und umfassende Garantien enthält, nicht nur in Bezug auf menschenrechtliche Standards, sondern auch in Bezug auf deren Umsetzung, unter gleichzeitiger Sicherung der Compliance seitens der betroffenen Personen.

275. Hier könnte der Europarat seine Erfahrung und insbesondere seine menschenrechtliche Perspektive einbringen und Anleitung geben, wie wirksame Haftalternativen eingerichtet werden können. Die Organisation könnte die Mitgliedstaaten bei der Entwicklung und Umsetzung einer breiteren Auswahl an Haftalternativen unterstützen, die auf den wesentlichen Wirksamkeitsfaktoren sowie auf dem Konzept der Teilhabe aufbauen. Eine solche Unterstützung wäre ein sinnvoller Beitrag an die Bemühungen, die aktuell in Mitgliedstaaten unternommen werden; gleichzeitig würde sie die Arbeiten ergänzen, die von anderen interessierten Kreisen auf europäischer und internationaler Ebene durchgeführt werden.

276. Als konkreter Vorschlag für künftige Arbeiten und im Licht des Auftrags des CDDH für das nächste Biennium könnte ein schrittweises Vorgehen am erfolgversprechendsten sein. In einem ersten Schritt könnte ein praxisorientiertes, benutzerfreundliches Handbuch über die effiziente Umsetzung von Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft einen Mehrwert schaffen. Dabei ist wesentlich, dass sich ein solches Handbuch nicht auf die rechtlichen Aspekte beschränkt; es muss auch die wesentlichen Wirksamkeitsfaktoren und bewährte Praktiken behandeln um zu zeigen, wie Alternativen erfolgreich umgesetzt werden können und welche Lehren man gezogen hat. Parallel dazu könnte der Europarat auch etwa Möglichkeiten prüfen, mit interessierten Mitgliedstaaten auf freiwilliger Basis einschlägige Zusammenarbeitsprojekte zu lancieren. In einem zweiten Schritt könnte man beispielsweise die Ausarbeitung von Leitlinien über wirksame Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft ins Auge fassen, eventuell unter besonderer Berücksichtigung von Kindern. Auch ein regelmässiger Informationsaustausch über die Auswirkungen von Massnahmen, die getroffen worden sind, könnte Bestandteil der künftigen Arbeiten sein. Damit sämtliche Folgearbeiten

grösstmöglichen Nutzen bringen, sollten sie die einschlägigen menschenrechtlichen Standards und die für die Wirksamkeit von Alternativen wesentlichen Faktoren auf eine benutzerfreundliche, verständliche und praxisorientierte Art veranschaulichen.

* * *

Diese Analyse gibt einen umfassenden Überblick über die einschlägigen internationalen Menschenrechtsnormen im Bereich der Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und anderen vom Europarat entwickelten Standards. Konkret erörtert die Analyse verschiedene Faktoren, die für die Wirksamkeit von Alternativen zur ausländerrechtlichen Haft wesentlich sind, in Bezug auf die Achtung der Menschenrechte, die Beachtung der Regeln des ausländerrechtlichen Verfahrens und das Kosten-Nutzen-Verhältnis. Die Analyse enthält ebenfalls eine nicht abschliessende Liste verschiedener Arten von Haftalternativen im Rahmen der Migration und erläutert ihre zentralen Merkmale sowie auch potenzielle Vor- und Nachteile.

www.coe.int

Der Europarat ist Europas führende Organisation für Menschenrechte. Er hat 47 Mitgliedstaaten, darunter die Mitglieder der Europäischen Union. Alle Mitgliedsstaaten des Europarates haben die Europäische Menschenrechtskonvention gezeichnet, ein Vertrag zum Schutz der Menschenrechte, der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte überwacht die Umsetzung der Konvention in den Mitgliedstaaten.

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE