



Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt

An den Grossen Rat

11.5188.02

JSD/P115188
Basel, 14. September 2011

Regierungsratsbeschluss
vom 13. September 2011

Interpellation Nr. 49 Jürg Meyer betreffend Respektierung des UNO-Übereinkommens über die Rechte des Kindes im Kanton Basel-Stadt, unter anderem im Ausländerrecht (Eingereicht vor der Grossratssitzung vom 14. September 2011)

„Am 20. November 1989 wurde am Sitz der Vereinten Nationen in New York das Übereinkommen über die Rechte des Kindes abgeschlossen. Für die Schweiz trat es am 18. November 2002 in Kraft. Ziel des Übereinkommens ist, dass die Rechte und Interessen der Kinder in allen behördlichen und gerichtlichen Verfahren der beteiligten Staaten berücksichtigt werden. Hierzu heisst es in Artikel 12: Absatz 1: "Die Vertragspartner sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife. Absatz 2: Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.“

Diese Regelung ist heute mitbestimmend für den massgebenden internationalen rechtsstaatlichen Standard. Sie weitet das Gebot des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Absatz 2 der Bundesverfassung) aus auf die Kinder, die von einer behördlichen Entscheidung gegen ihren Vater oder ihre Mutter mitbetroffen werden. Dies gilt unter anderem für die ausländerrechtlichen Entscheide des Entzugs oder der Nichterneuerung der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung oder der Verweigerung des Familiennachzugs. Auch wenn keine formelle Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes in die schweizerische Ausländergesetzgebung erfolgte, müssen deren Regelungen völkerrechtskonform interpretiert werden. Das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 verweist zudem in Artikel 2 Absatz 1 ausdrücklich auf die Verbindlichkeit völkerrechtlicher Verträge.

Dennoch wird bei ausländerrechtlichen Entscheiden sehr ungenügend auf die Interessen der mitbetroffenen Kinder Rücksicht genommen. Wenn diese als Folge des Entzugs der Aufenthaltsberechtigung ihrer Eltern zur Rückkehr in ihr Herkunftsland gezwungen werden, müssen sie sich in ein ihnen fremd gewordenes Leben integrieren. Sie verlieren in der Schweiz ihr vertraut gewordenes soziales Netz. Sie müssen Kindergarten, Schule oder Berufsbildung wechseln, in einer ihnen nicht mehr vertrauten Sprache weiterlernen, Abschnied nehmen von allem, was ihnen bisher lieb und vertraut war. Was dies für sie bedeutet, kann nur in unmittelbarem Kontakt mit ihnen wahrgenommen werden.

Gleichwohl haben die Kinder bisher in diesen ausländerrechtlichen Entscheiden keine eigenständigen Anhörungs- und Parteirechte, welche den Geboten von Art. 12 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes gerecht werden. Dies zeigt sich unter anderem am Schicksal einer Familie mit drei in der Schweiz geborenen und aufgewachsenen Kindern, das heisst einem Sohn im Alter von 15 Jahren, einem weiteren Sohn von 13,5 Jahren, eine Tochter von 4,5 Jahren. Gegen sie alle hat das Justiz- und Sicherheitsdepartement die Ausweisung, Nichterneuerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung verfügt. Immerhin hat dabei der Familienvater vorher wieder eine

feste Arbeitsstelle im Gastgewerbe gefunden. Die Mutter hat seit jeher im Rahmen ihrer Möglichkeiten teilzeitlich im Reinigungsgewerbe gearbeitet. Eine Schwester der Mutter verpflichtet sich verbindlich, die Familie zu unterstützen.

Zum Schicksal der Kinder heisst es in der Vernehmlassungsschrift des Justiz- und Sicherheitsdepartements gegenüber dem Appellationsgericht bagatellisierend: "Den hier geborenen Kindern dürfte eine Umsiedlung in die türkei zwar schwer fallen, da sie hier in der Schweiz geboren wurden. Allerdings ist ihnen die Kultur ihres Heimatlandes nicht völlig fremd und mit ihren Eltern kommunizieren sie in ihrer Heimatsprache. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang der Einwand, die Kinder seien der türkischen Sprache nicht mächtig, sondern nur der Kurdischen. Fakt ist, dass die Kinder die Sprache des Herkunftsgebietes der Eltern sprechen.... Ihre Eltern können sie zudem bei der Aufnahme sozialer Beziehungen, welche über die engsten Familienangehörigen hinausgehen, unterstützen. In wirtschaftlicher Hinsicht wird sich die Situation der Kinder nicht wesentlich von derjenigen anderer in der Türkei lebender Kinder und Jugendlichen unterscheiden. Sie dürften überdies von der in der Schweiz genossenen Bildung auch im Herkunftsland profitieren können. Somit ist eine Integration im Herkunftsgebiet der Eltern möglich und zumutbar." Gerade solche sehr zweifelhaften Folgerungen würden eine ernsthafte direkte Auseinandersetzung mit den betroffenen Kindern voraussetzen. Sie dürfen nicht einfach über die Köpfe der Kinder hinweg von Verwaltungsjuristen hingeschrieben werden.

Im Sinne dieser Ausführungen stelle ich folgende Fragen.

1. Wie kann im Ausländerrecht, vor allem bei Entscheiden über Entzug oder Nichtverlängerung von Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen den Bedürfnissen der mitbetroffenen Familienangehörigen, das heisst der Ehepartnerin oder dem Ehepartner und der Kinder Rechnung getragen werden?
2. Wie können sie durch Anhörungs- und Vertretungsrechte in die entsprechenden Verfahren einbezogen werden? Wie kann somit dem Gebot des rechtlichen Gehörs entsprechend dem geltenden völkerrechtlichen Standard entsprochen werden?
3. Wie kann gewährleistet werden, dass das UNO-Übereinkommen über die Rechte des Kindes im Ausländerrecht und überhaupt in der gesamten Rechtsordnung zum Tragen kommt?

Jürg Meyer"

Wir beantworten diese Interpellation gerne wie folgt:

1. *Wie kann im Ausländerrecht, vor allem bei Entscheiden über Entzug oder Nichtverlängerung von Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen, den Bedürfnissen der mitbetroffenen Familienangehörigen, das heisst der Ehepartnerin oder dem Ehepartner und der Kinder Rechnung getragen werden?*

Der Entzug bzw. die Verweigerung einer ausländerrechtlichen Bewilligung kann faktisch bedeuten, dass auch die Familienangehörigen der betroffenen Person die Schweiz verlassen müssen. Dies entweder weil ihre Aufenthaltsbewilligung an den Verbleib beim Ehepartner bzw. beim sorgeberechtigten Elternteil geknüpft ist, oder weil nach einer Wegweisung bzw. Fernhaltung der betroffenen Person die Ehe kaum noch gelebt werden könnte bzw. minderjährige Kinder ohne elterliche Aufsicht in der Schweiz verbleiben müssten. In solchen Fällen liegen zweifellos gewichtige persönliche Interessen der Betroffenen vor. Dasselbe gilt, wenn ein Kind getrennt lebender Eltern in der Pflege der Beziehung zu seinem nicht sorgeberechtigten Elternteil beeinträchtigt wird, weil die Bewilligung dieses Elternteils widerrufen bzw. verweigert werden soll, während das Kind mit dem sorgeberechtigten Elternteil in der

Schweiz verbleiben kann. Somit sind in jedem Einzelfall die persönlichen Interessen der wegzuweisenden Person und ihrer Familienangehörigen an einem Verbleib in der Schweiz und die öffentlichen Interessen an der Wegweisung der betroffenen Person gegeneinander abzuwägen.

Gemäss Bundesgericht genügt bei aufenthaltsberechtigten oder niedergelassenen ausländischen Kindern die Zumutbarkeit der Ausreise des Kindes für eine Bewilligungsverweigerung an den sorgeberechtigten Elternteil (vgl. BGE 2C_327/2010 vom 19. Mai 2011, E.4.2.3.). Bei Kindern, die in der Schweiz geboren sind bzw. prägende Lebensabschnitte hier verbracht haben, darf diese Zumutbarkeit jedoch nicht leichthin angenommen werden. Bei Kindern, welche die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen, müssen zusätzlich besondere, namentlich ordnungs- oder sicherheitspolizeiliche Gründe vorliegen (vgl. BGE 135 I 153, E.2.2.3 f.). Gerade bei schwerer Straffälligkeit, hohen Schulden oder erheblicher und fortgesetzter Sozialhilfeabhängigkeit geht das Bundesgericht davon aus, dass der Entzug bzw. die Verweigerung der Bewilligung selbst dann gerechtfertigt ist, wenn das Kind bzw. der Ehepartner über die Schweizer Staatsangehörigkeit verfügt bzw. ihm die Ausreise nicht oder nur schwer zuzumuten ist (vgl. BGE 135 II 377, E.4.4 sowie BGE 2C_327/2010 vom 19. Mai 2011, E.5). Bei der Prüfung des Aufenthaltsrechts eines nicht sorgeberechtigten Elternteils ausländischer Nationalität ist mitentscheidend, ob eine enge Beziehung zum in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Kind gepflegt wird (vgl. BGE 2C_195/2010 vom 23. Juni 2010, E.6.6).

2. Wie können sie durch Anhörungs- und Vertretungsrechte in die entsprechenden Verfahren einbezogen werden? Wie kann somit dem Gebot des rechtlichen Gehörs entsprechend dem geltenden völkerrechtlichen Standard entsprochen werden?

Das Justiz- und Sicherheitsdepartement (JSD) ist von Amtes wegen dazu verpflichtet, den jeweiligen Sachverhalt abzuklären. Dabei ist der für jegliches staatliche Handeln geltende Anspruch der Betroffenen auf rechtliches Gehör zu beachten (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV]). Daneben statuiert Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention den Anspruch eines Kindes, in ausländerrechtlichen Verfahren angehört zu werden. Zusätzlich ist betreffend den Familiennachzug in Art. 47 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) sowie in Art. 73 Abs. 3 und Art. 74 Abs. 4 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) verankert, dass Kinder über 14 Jahre angehört werden, sofern dies erforderlich ist.

Diesen Rechtsgrundlagen entsprechend klärt das JSD in jedem Einzelfall die relevanten Sachverhaltsaspekte ab. Dabei wird die Situation der unmittelbar betroffenen Familienangehörigen berücksichtigt. Nachdem weder die BV noch das Ausländerrecht oder die UNO-Kinderrechtskonvention einen Anspruch statuieren, persönlich (mündlich) angehört zu werden (vgl. etwa BGE 2C_288/2011 vom 7. April 2011, E.2.1.2 sowie BGE 2C_787/2010 vom 16. Juni 2011, E.3.3), entscheidet das JSD mit Blick auf die Umstände des jeweiligen Falles über die geeignete Art der Sachverhaltsabklärung. Dabei werden auch Kinder unter 14 Jahren angehört, sofern davon auszugehen ist, dass sie sich zu den ihnen zu stellenden Fragen eine Meinung bilden können, und keine anderen wichtigen, gegen eine Anhörung

sprechenden Gründe vorliegen. Überdies werden regelmässig Erkundigungen bei Drittpersonen (Arbeitgeber, Lehr- und Betreuungspersonen, Betreibungsamt, Straf- und Sozialbehörden) eingeholt. Die aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung vorgenommene Schlussfolgerung vom Alter eines Kindes auf dessen Anpassungsfähigkeit an neue Lebensumstände ist nicht zu beanstanden und findet sich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. an Stelle vieler BGE 2C_757/2010 vom 19. April 2011, E.2.5). Schliesslich wird derjenigen Person, deren Bewilligung widerrufen bzw. nicht verlängert oder deren Gesuch um Familiennachzug verweigert werden soll, vor Erlass einer Verfügung im Rahmen des rechtlichen Gehörs Gelegenheit gegeben, schriftlich zu den Beweiserhebungen des JSD Stellung zu nehmen.

Das nach Art. 3 Abs. 1 der UNO-Kinderrechtskonvention im Vordergrund stehende Kindeswohl spricht nicht in jedem Fall für eine Anhörung des Kindes. Steht etwa der Bestand des Aufenthaltsrechts der gesamten Familie auf dem Spiel, ist nicht auszuschliessen, dass sich das Kind im Bestreben, seine Eltern bzw. die ganze Familie vor einer Wegweisung zu bewahren, dazu entschliesst, wahrheitswidrig zu deren Gunsten auszusagen, bzw. von ihnen in Richtung eines solchen Entschlusses beeinflusst wird. In solchen Fällen sind daher oft Zweifel an der Verwertbarkeit der Kindesaussagen angebracht. Weiter besteht die Gefahr, dass sich das befragte Kind die Schuld am Wegweisungsentscheid gibt bzw. die Eltern diese Schuld beim Kind suchen. Mit Blick auf die weit reichenden möglichen Konsequenzen ist somit im Einzelfall nach einer sorgfältigen Güterabwägung von einer Befragung des Kindes abzusehen.

Da, sofern Kinder betroffen sind, im Rahmen der Sachverhaltsermittlung meist ein kürzeres Befragungsgespräch durchgeführt wird, bei welchem die Mitarbeitenden des JSD den Kindesinteressen bestmöglich Rechnung zu tragen suchen, erscheint die Anordnung einer Kindesvertretung im Regelfall nicht angezeigt. Gestalten sich die Umstände komplexer oder bestehen Hinweise, dass das Kindeswohl im konkreten Fall nicht anders gewahrt werden kann, wird eine Fachperson wie etwa eine Mitarbeitende der Abteilung Kindes- und Jugendschutz des Erziehungsdepartements (AKJS) oder ein Anwalt beigezogen. Letzterer ist im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege für seinen Aufwand zu entschädigen. Es handelt sich dabei um eine Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 306 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches.

Dem betroffenen Ehepartner steht es frei, sich im ausländerrechtlichen Verfahren vertreten zu lassen. Wird unentgeltliche Rechtspflege beantragt, so muss die ersuchende Person bedürftig sein und darf ihr Begehr nicht zum Vornherein aussichtslos erscheinen (§ 11 des Gesetzes über die Verwaltungsgebühren und § 15 ff. der dazugehörigen Verordnung).

3. Wie kann gewährleistet werden, dass das UNO-Übereinkommen über die Rechte des Kindes im Ausländerrecht und überhaupt in der gesamten Rechtsordnung zum Tragen kommt?

Völkerrechtliche Verträge, zu denen auch das UNO-Übereinkommen zählt, werden mit Inkrafttreten für die Schweiz Bestandteil der Rechtsordnung. Das UNO-Übereinkommen enthält direkt und nicht direkt anwendbare Normen. Ob einzelne Bestimmungen direkt anwend-

bar sind, hängt u.a. davon ab, ob sie voraussetzungslos und genügend bestimmt sind, um auf den zu beurteilenden Sachverhalt angewendet werden zu können. Die direkt anwendbaren Normen des UNO-Übereinkommens sind von den mit der Umsetzung des Ausländerrechts zuständigen Behörden somit anzuwenden. Der angesprochene Art. 12 der Konvention ist direkt anwendbar. Das Bundesgericht (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 2A.166/2004 vom 13. Juli 2004) hat dazu festgehalten, dass in ausländerrechtlichen Verfahren kein vorbehaltloser Anspruch auf eine persönliche Anhörung besteht. Es geht gemäss Auslegung des Bundesgerichts der Konvention um eine Anhörung in angemessener Weise. Den Anforderungen wird genüge getan, wenn der Standpunkt der Kinder in schriftlichen Eingaben und bzw. über einen Vertreter zum Ausdruck kommt. Abs. 2 des Artikels 12 sieht zudem vor, dass die Kinder im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften in angemessener Weise angehört werden.

Die Kinderrechtskonvention als Teil der schweizerischen Rechtsordnung ist von den Mitarbeitenden zu beachten und in entsprechenden Fällen anzuwenden. Wie in Antwort zu Frage 2 dargelegt, wird dies in der Praxis entsprechend umgesetzt. Zudem sind die Rechtsmittelinstanzen gehalten, zu überprüfen, ob die Vorinstanzen das Recht richtig angewendet haben und damit auch, ob die Konvention umgesetzt wird. Aus den ergangenen Urteilen lässt sich entnehmen, dass dies im Kanton Basel-Stadt grundsätzlich der Fall ist.

Generell sind die Bestimmungen der schweizerischen Rechtsordnung völkerrechtskonform auszulegen. Zudem sind in einzelnen Bereichen, u.a. der Zivilprozessordnung (vgl. Art. 298 ff. ZPO) und der Strafprozessordnung (vgl. Art. 154 StPO), Anliegen der Kinderrechtskonvention eingeflossen. Bei Gesetzgebungsprojekten auf Bundes- wie auf kantonaler Ebene sind die Anliegen und Stossrichtung der Konvention in den entsprechenden Sachbereichen zu berücksichtigen.

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Dr. Guy Morin
Präsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin