

UMA-Betreuung in den Bundesasylzentren (BAZ)

Zur Rolle der Vertrauensperson, der Kindesvertretung im Asylverfahren, der gesetzlichen Vertretung im Allgemeinen und der Herbeiführung allfälliger Kindesschutzmassnahmen

Kurt Affolter-Fringeli / Urs Vogel

Ligerz und Kulmerau, 30. Mai 2023

Inhaltsverzeichnis

1	Auftrag und Zielsetzung	3
2	Vorgehen	3
3	Untersuchungsergebnisse	5
3.1	Befragungen	5
3.1.1	Aus Sicht des betreuenden Personals (Antworten vom 21.11.2022).....	5
3.1.2	Aus Sicht der Asylbehörden (Antwort vom 2.12.2022 und Besprechung vom 30.1.2023).....	7
3.1.3	Aus Sicht der Verfahrensvertretung (Stellungnahme vom 28.2.2023).....	7
3.2	Die ungeklärten Fragen	8
3.3	Inhärentes Konfliktpotenzial	8
4	Analyse	9
4.1	Zuständigkeit und Anwendbares Recht	9
4.2	Die Verantwortlichkeit für UMA beim Betreten von Schweizer Territorium	10
4.3	Interessenwahrung für UMA während des Aufenthalts in einem BAZ	11
4.3.1	Eigenes Handeln des Minderjährigen.....	12
4.3.2	Delegierte elterliche Kompetenzen.....	14
4.3.3	Kindesschutzrechtliche Surrogate.....	15
4.3.3.1	<i>Unterbringung in einem BAZ</i>	15
4.3.3.2	<i>Rechtsvertretung und Vertrauensperson nach AsylG</i>	17
4.3.3.3	<i>Sozialpädagog*innen in den BAZ</i>	18
4.3.3.4	<i>Zivilrechtliche Kindesschutzmandate</i>	19
4.4	BAZ als Betreuungseinrichtung	20
4.4.1	Fragestellungen.....	20
4.4.2	Ausgangslage.....	20
4.4.3	Vorgaben für den Betrieb der kollektiven Unterkunft von UMA.....	21
4.4.4	Qualitätsmanagement Unterbringung.....	22
4.4.5	Verhältnis AsylG zum ZGB.....	22
5	Schlussfolgerungen	26
5.1	Zuständigkeit von SEM und KESB	26
5.1.1	SEM.....	26
5.1.2	KESB.....	26
5.2	Zuständigkeit von Rechtsvertretung und Vertrauensperson	26
5.3	Zuständigkeit von Sozialpädagog*innen und BAZ-Leitung	27
5.4	Zuständigkeit von Vertretungsbeistandschaft und Vormundschaft	27
5.5	Konsequenzen	27
	Anhang: Literaturliste	28

1 Auftrag und Zielsetzung

Seit dem Inkrafttreten des revidierten Asylgesetzes am 01.03.2019¹ und der damit einhergehenden Neugestaltung des Asylwesens treten in der Betreuungspraxis für unbegleitete minderjährige Asylsuchende (UMA) regelmässig Fragen zur Vertretungszuständigkeit auf. Das SEM ersucht aus diesem Grund die Unterzeichneten, die auch im Rahmen anderer Studien festgestellten Unsicherheiten und Fragestellungen zusammenzutragen und bei den involvierten Stellen des SEM alle diesbezüglich offenen Fragen in Erfahrung zu bringen und diese für die Praxis des SEM zu beantworten. Es geht dabei zeitlich und sachlich um die Betreuung und Vertretung von unbegleiteten Minderjährigen während ihres Aufenthaltes in den Bundesasylzentren. Für den Zeitraum danach, d.h. nach Zuweisung in einen Kanton, wird den UMA durch die örtlich zuständige KESB eine Beistands- oder Vormundsperson zur Seite gestellt².

Es wurden für die vorliegende Studie folgende Ziele formuliert:

- Der Kompetenz- und Verantwortungsbereich der Vertrauensperson und der sozialpädagogische Fachperson ist rechtlich abschliessend geklärt und abgegrenzt.
- Der Kompetenzbereich des SEM im Bereich der Aufenthaltsbestimmung für Minderjährige ist abschliessend geklärt.
- Die Frage der Anwendbarkeit der PAVO in den BAZ ist abschliessend geklärt.
- Der Einbezug der betroffenen UMA ins Verfahren und die altersentsprechende Anhörung sind durch den Aufbau entsprechender Fertigkeiten bei den Verfahrensleitungen sichergestellt.
- Die jeweiligen Pflichten und Verantwortlichkeiten von SEM und KESB im Bereich der Kindesvertretung sind geklärt. Kompetenzkonflikte zwischen SEM und KESB sollen aufgrund einer rechtlich einwandfrei begründeten Praxis des SEM vermieden werden können, im konkreten Einzelfall ist damit ein Vertretungsvakuum zulasten eines Kindes auszuschliessen. Das SEM verfügt über eine rechtlich tragfähige Grundlage, mit welcher Regeln zu einer Best Practice, welche von den KESB mitgetragen werden, geschaffen werden können.

2 Vorgehen

Die Situationsanalyse beinhaltet

- a) die Erkundigung über allenfalls laufende Studien an einschlägigen Instituten. Die Rückfragen bei Herrn Prof. Dr. iur. Andreas Bucher (Uni GE), bei RA Dr. iur. Christophe A. Herzig (Institut für Kindesvertretung), Frau Prof. Dr. iur. Michelle Cottier (Uni GE), Frau Prof. Dr. iur. Regina E. Aebi-Müller (Uni LU), Herrn Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser (Uni BS), bei Frau Dr. iur. Gisela Kilde (Uni FR), bei der Bibliothek der Universität Lausanne und beim Präsidenten der KESB Basel-Stadt führen zum Schluss, dass zurzeit keine Studien am Laufen sind zur gesetzlichen Vertretung von UMA während ihres Aufenthaltes in den BAZ,

¹ Asylgesetz (AsylG) vom 26. Juni 1998, Stand am 22.11.2022, SR 142.31.

² Art. 7 Abs. 2^{quater} AsylV 1; Rechtsgutachten von MARKUS BUCHELI, Dr. rer. pol., «Unbegleitete minderjährige Asylsuchende: Zuständigkeit für die Betreuung», vom 31. März 2016 zuhanden des Sicherheits- und Justizdepartementes sowie der Vereinigung St. Galler Gemeindepräsidentinnen und Gemeindepräsidenten.

- b) die Aufarbeitung sämtlicher dokumentierter Vorgaben für die Zuweisung, Betreuung und Vertretung von UMA in BAZ. Im Ergebnis stehen folgende Dokumente im Zentrum:
- SEM/Direktionsbereich Asyl, Betriebskonzept Unterbringung (BEKO) vom 1.1.2021,
 - SEM/Direktionsbereich Asyl, Handbuch zur Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) in den Bundesasylzentren (BAZ), vom 4. 9.2020,
 - SEM/Direktionsbereich Asyl, Abt. Region Bern, UMA-Betreuung in den Bundesasylzentren (BAZ), Offene Fragen zur Rolle der Vertrauensperson und der Vertretung des Kindes sowie zu allfällig weiteren Kindesschutzmassnahmen. Zuständigkeiten und juristische Grundlagen,
 - EJPD, Erläuternder Bericht Umsetzung der Vorlage zur Beschleunigung der Asylverfahren (Neustrukturierung des Asylbereichs) vom 13. 7. 2020,
 - Bundesrätliche Antwort zur Interpellation 19.3898 von Balthasar Glättli „Unbegleitete minderjährige Asylsuchende in den Bundeszentren. Einhaltung der Uno-Kinderrechtskonvention sicherstellen, vom 21.6.2019,
 - ZHAW, Evaluation des UMA-Pilotprojektes, Schlussbericht Januar 2019,
 - UNHCR-Empfehlungen zur Unterbringung von Asylsuchenden in Bundesasylzentren, August 2017, Ziff. 10.2,
 - Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) zu unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich, 20. Mai 2016,
 - Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Externe Evaluation der Testphase für die Neustrukturierung im Asylbereich, Mandat 4, Rechtsschutz: Beratung und Rechtsvertretung, Schlussbericht vom 17.11.2015, Ziff. 6 S. 22 ff.,
 - Bundesrätliche Stellungnahme zur Frage 15.5429 von Susanne Leutenegger Oberholzer „Unbegleitete minderjährige Asylsuchende. Betreuung“ vom 9.9.2015,
 - Bundesrätliche Stellungnahme zur Interpellation 14.3874 von Silvia Schenker „Situation der unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden in der Schweiz“ vom 25.9.2014,
- c) die schriftliche Befragung von Kontaktpersonen innerhalb und ausserhalb des SEM, welche vom SEM definiert wurden. Befragt wurden:
- [REDACTED], Fachspezialist/in Partner und Administration, [REDACTED], und [REDACTED] [REDACTED], Sozialpädagogin [REDACTED] (Antwort vom 21.11.2022),
 - [REDACTED] Spécialiste Partenaires et Administration, [REDACTED], und [REDACTED] [REDACTED], socio-éducatrice, (Antwort 21.11.2022),
 - [REDACTED], Adjunkt [REDACTED] (Antwort 2.12.2022),
 - [REDACTED], [REDACTED] Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not, Bern (Antwort 28.2.2023).
- d) Recherchen zur Abgrenzung der rechtlichen Stellung von Vertrauensperson und sozialpädagogischer Bezugsperson in Literatur, Rechtsprechung, Berichten und Analysen des SEM, von Fachorganisationen, NGOs und Kontrollgremien. Diesbezüglich kann einerseits auf die unter b) zitierten Quellen verwiesen werden. Explizite diesbezügliche Urteile aus der Gerichtspraxis sind nicht greifbar. Die konsultierte Literatur ergibt sich aus der beiliegenden Literaturliste. Die Auseinandersetzung mit der Frage, wie sich Kindesschutzmassnahmen zur Vertrauensperson und

Rechtsvertretung verhalten, findet sich seit über zwei Jahrzehnten in der Fachliteratur³. Geklärt ist die Abgrenzung bis in die Gegenwart nicht abschliessend⁴,

- e) die Informationsbeschaffung beim BSV zu allenfalls parallel laufenden Initiativen (Sensibilisierung für Kinderrechte, BR vom 5.3.2021), welche zu keinen weiteren Ergebnisse führte,
- f) Recherchen bei Fachhochschulen und Universitäten zur Förderung von Kinderrechten. Die Auswertung der gegenwärtigen Weiterbildungsangebote zeigt, dass zwar zur Kindesvertretung und zur Kindesanhörung verschiedene Angebote bestehen, auf das asylrechtliche Verfahren bezogene Weiterbildungen aber massgeschneidert organisiert werden müssen, wobei als Dienstleister das Marie-Meierhofer-Institut für das Kind (MMI) in Zürich sowie die Philosophische und die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg die erfahrensten Angebote aufweisen zum Thema Kindesanhörung,
- g) neben der Informationsbeschaffung die rechtswissenschaftliche Analyse des heutigen Vertretungsmanagements während der Aufenthaltsdauer von UMA in den BAZ.

In methodischer Sicht war zunächst beabsichtigt, mit den Projektbetroffenen eine Kick-off-Sitzung zu organisieren und die Informationsbeschaffung im direkten Gespräch aufzugleisen. Seitens des SEM erfolgten diverse Wechsel bei der projektverantwortlichen Person, und im März 2022 musste das Projekt wegen des ausgebrochenen Ukrainekrieges und der dadurch verursachten neuen Prioritätensetzung beim SEM sistiert werden. Auf eine Kickoff-Sitzung wurde verzichtet, die Informationsbeschaffung erfolgte ausschliesslich auf schriftlichem und elektronischem Weg. Am 30.1.2023 erfolgte ein vertiefendes Telefongespräch mit den Herren [REDACTED] und am 21.2.2023 eine telefonische Kurzkonferenz mit Frau [REDACTED] und Herrn [REDACTED].

3 Untersuchungsergebnisse

3.1 Befragungen

3.1.1 Aus Sicht des betreuenden Personals (Antworten vom 21.11.2022)

Aus der Beantwortung des Fragenkatalogs resultierten aus Sicht der Sozialpädagog*innen folgende Handlungskompetenzlücken:

- Die Frage, ob Kinder mit Einverständnis ihrer Eltern unterwegs sind, lässt sich in der Regel kaum verlässlich beantworten, weshalb auch ein Rückgriff auf das Handlungsfähigkeitsrecht gemäss Art. 19 und 19a ZGB fraglich scheint (Handeln urteilsfähiger Minderjähriger mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters).
- Zuständigkeit für aussergewöhnliche Ausgangsgenehmigungen.
- Entscheidungen, die mit Gesundheit und Wohlbefinden zusammenhängen und der Einwilligung der gesetzlichen Vertretung bedürfen (bei Urteilsunfähigkeit oder nicht zwingend erforderlichen Interventionen mit hohen Kostenfolgen). Im Merkblatt des SEM «UMA - Einverständniserklärung

³ BBI 2014 S. 8033; JULIE GAUDREAU, Unbegleitete Minderjährige, in: Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz, Eine Bestandesaufnahme im Bereich Kinder- und Jugendpolitik, Bern 2014 S. 85 ff., 91 ff.; SARAH MARIA HERRENDORFF, Die Vertretung unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender, in: Jusletter 9. Juli 2018 Rz. 26; General Comment No 6: Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin, CRC/GC/2005/6, 1 September 2005.

⁴ TOBIAS GRASDORF-MEYER, LISA OTT, LUZIA VETTERLI, Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht, Bern 2021 Rz. 472 ff.

in medizinische Behandlungen» wird die Vertrauensperson trotz fehlender gesetzlicher Grundlage als zum Einverständnis befugt erklärt.

- Kapazitätsfrage bei medizinischer Betreuung und Behandlung, aber auch einer dementsprechenden Unterbringung.
- Schwierigkeiten bei der Durchsetzung der Schulpflicht und des gebotenen disziplinarischen Verhaltens (was allenfalls im Rahmen der Pflegeelternstellung [Art. 300 ZGB] juristisch abgedeckt ist?).
- In der Umsetzung der Gesundheitsfürsorge bestehen Probleme, weil Wartezeiten und Zuständigkeiten nicht immer auf Verständnis stossen (was sich aber als Vollzugsproblem und nicht als Vertretungslücke erweist).
- Beschwerdemöglichkeiten gegen Erziehungsanordnungen und Sanktionen bestehen einerseits bei den neu geschaffenen Meldestellen in ZH und BS, andererseits im Gespräch mit den SP unter Beizug der Vertrauensperson. Es stellt sich die Frage, wieweit Minderjährige sich gegen jede erzieherische Massnahme mittels formeller Beschwerde Gehör verschaffen müssen (vgl. Erziehungsalltag in der Familie und letztes Wort der SozPäd). [REDACTED] weisen auf die offizielle Beschwerde mit Formular hin, welche vom SEM einer unabhängigen Instanz zugeleitet wird⁵.
- Rollen und Aufgaben der Sozialpädagogen einerseits, Vertrauenspersonen andererseits sind geklärt, die Zusammenarbeit scheint zu funktionieren und werde überwacht durch das SEM, welches bei Missbrauch interveniert. [REDACTED] erachten die Zusammenarbeit aber als förderungsbedürftig, weil sie heute kaum stattfindet.
- Bestehen Kontakte zu Verwandten, werden diese im Verbund von Sozialpädagogen, Vertrauenspersonen und Verfahrensspezialisten organisiert, begleitet und überwacht.
- Die Wahrung von Kindesinteressen durch die Vertrauensperson und die Zuständigkeit von Sozialpädagogen und medizinischen Betreuungspersonen können zu Schnittstellenkonflikten und unterschiedlichen Erwartungen führen (Vertrauenspersonen machen Druck oder dramatisieren, was von SozPäd und Arzt anders eingeschätzt wird).
- Vor Zuweisung in einen Kanton bestehen Vertretungslücken, wenn die kantonalen KESB am vorübergehenden Aufenthaltsort des Kindes im BAZ zuwarten mit einer Massnahme bis zur Zuweisung an einen Kanton. Auch für unter 12-Jährige scheint die Praxis Vertretungsprobleme zu kennen, weil diese Altersgrenze als massgebliche Urteilsfähigkeitsvoraussetzung angesehen wird und sich die Frage der sofortigen Vormundschaft stellt zwecks Einreichung eines Asylgesuchs.
- Aufsicht über die BAZ nach den Standards der PAVO sind nicht existent. Es gibt ein «Inspektionsteam», das allerdings z.Z. subspendiert ist und deren Arbeitsweise noch zu überprüfen wäre.
- Weiterbildungsbedarf z.B. was das Recht der bzw. des Minderjährigen angeht, dass ihre bzw. seine Vertrauensperson für verfahrenstechnische Anliegen und (Nach-)Fragen vermehrt zur Verfügung steht.
- Weiterbildungsbedarf für die sozialpädagogischen Fachpersonen, was die Beachtung der Kinderrechte hinsichtlich Sanktionen, Gesprächen, Unterbringung, etc. der UMA anbelangt bzw. wie in

⁵ Art. 28 Abs. 1 EJPD-VO über den Betrieb von Zentren des Bundes und Unterkünften an den Flughäfen, SR 142.311.23.

diesen Bereichen vermehrt die Kinderrechte gefördert werden können/auf was speziell geachtet werden muss.

3.1.2 Aus Sicht der Asylbehörden (Antwort vom 2.12.2022 und Besprechung vom 30.1.2023)

- Die Doppelrolle von Vertrauensperson und Rechtsvertreter scheint aus Sicht der Betreuenden und des SEM problematisch, da diese eher auf einen Verfahrensgewinn à tout prix hinarbeiten als auf die Wahrheitssuche mit Bezug auf Alter oder Kontakt zur Familie. Anbindung Verfahrensvertreter an SEM wäre besser, weil «Philosophie» eher auf Kindesinteresse fokussiert (Lösung in der Schweiz nicht à priori besser).
- Es fehlt eine Aufsicht über die Verfahrensvertretung und Vertrauensperson, um die Einforderung der Kinderrechte zu gewährleisten.
- Die Beschäftigung mit mutmasslich Volljährigen, die sich als UMA ausgeben, bindet Ressourcen, die den UMA zukommen sollten.
- Ist ein Kind als Beschuldigtes in ein Strafverfahren involviert, können zusätzliche Vertretungspersonen nach den Bestimmungen des JStPR involviert werden, was einen erhöhten Kommunikations- und Koordinationsbedarf unter den Betreuenden auslösen kann.

3.1.3 Aus Sicht der Verfahrensvertretung (Stellungnahme vom 28.2.2023)

- Es stellt sich die Frage, ob unbegleitete minderjährige Asylbewerbende als Pflegekinder im Sinne von Art. 300 ZGB gelten können, d.h. ob sie im Sinne des Gesetzes Dritten zur Pflege anvertraut wurden, was den Dritten den Status der Pflegeeltern und damit der beschränkten Vertretung vermittelt.
- Der Vertretung im Asylverfahren nach Art. 17 Abs. 3 AsylG kommt kein spezialgesetzlicher Vorrang vor Kindesschutzmassnahmen zu (BVGE E 5899/2016 E. 4.3). Weil KESB nicht abklärt, wem die es zusteht, fehlt ein Verantwortlichkeitsrahmen für asylrechtliche Funktionsträger*innen.
- Es gibt Rollenklärungsbedarf: Der Einsatz der KESB als zuständige Kindesschutzbehörde zögert sich hinaus. Bis sie einen Ersatz für die fehlende elterliche Sorge anordnet bleibt unklar, wer das Kind vertritt und für es Verantwortung trägt. Damit ist offen, was der Betreuungsbedarf des Kindes sei, ob es sich übers Wochenende bei Dritten aufhalten dürfe. Der Umgang mit der KESB gestaltet sich formell schwer fassbar. Die Verfahrensvertretung wird von der Ärzteschaft zuweilen um Einwilligung ersucht, was bei Urteilsfähigen unnötig ist und bei Urteilsunfähigen ohne hinreichende Legitimation erfolgt.
- Die Vertrauensperson ist auch Rechtsvertretung im Verfahren und muss in dieser Rolle alle relevanten Aspekte in Zusammenhang mit der medizinischen Versorgung kennen.
- Bei einem Entscheid um Sonderbetreuung müsste eine Vertrauensperson beigezogen werden, wobei sie keine Entscheidungs- beziehungsweise Vertretungskompetenz hat. Immerhin kann sie an der Bedarfsfeststellung mitwirken. Rolle mit unzureichenden Kompetenzen.
- Die Vertretung im Jugendstrafprozess kennt eigene Regeln, eine Vertretung durch die asylrechtliche Vertrauensperson ist nicht vorgesehen. Hingegen kann sie auf Gesuch des Kindes als Vertrauensperson nach Art. 13 JStPO beigezogen werden (wofür sie allerdings nicht verpflichtet werden kann und wofür sie wahrscheinlich auch nicht entschädigt ist). Zuweilen werden Rechtsvertretern

im Asylverfahren Verfügungen oder Strafbefehle der Jugendstrafbehörden zugestellt, was keine rechtsgültige Eröffnung darstellen kann.

- Das Problem liegt nicht bei den meldeberechtigten Personen, sondern bei der fehlenden Reaktion der KESB (Bern und Zürich).

3.2 Die ungeklärten Fragen

Zusammengefasst ergeben sich folgende offenen Fragen:

- a) Die Rolle der KESB, solange sich UMA in den BAZ befinden,
- b) Die Verantwortlichkeit für Minderjährige, wenn weder erziehungsberechtigte Eltern noch von diesen beauftragte Dritte deren Interessen wahren können,
- c) die Rolle des SEM bei der Zuweisung und Betreuung von Minderjährigen in BAZ,
- d) die Rolle der asylrechtlich bestellten Rechtsvertretung als Vertrauensperson⁶ und deren Kompetenzen und Verantwortlichkeiten,
- e) die Rolle der asylrechtlich zugeordneten sozialpädagogischen Betreuungsperson und deren Kompetenzen und Verantwortlichkeiten,
- f) die Frage, ob Bundesasylzentren der PAVO unterstehen.

3.3 Inhärentes Konfliktpotenzial

Die Inobhutnahme von Minderjährigen, welche in der Schweiz Schutz suchen, wird von den Bundesbehörden nach rechtsstaatlichen und ethischen Prinzipien und unter Respektierung der universellen Kinderrechte organisiert⁷. Die Übernahme von Verantwortlichkeiten erfolgt in einem institutionellen Rahmen, welcher sich an Leitbildern und Grundsätzen orientiert und von Fachpersonen umgesetzt wird. Das Schicksal des Kindes von Beginn des Asylverfahrens liegt dabei in den Händen verschiedener Personen, welche zuweilen unterschiedliche Aufträge haben und deshalb gegebene Situationen nicht zwangsläufig gleich beurteilen. Selbst bei gleichlautender Zielvorgabe können fachlich unterschiedliche Beurteilungen und Gewichtungen nicht ausgeschlossen werden. Das bedeutet, dass alle an der Betreuung der betroffenen Kinder Beteiligten es von der Natur der Sache her hinnehmen müssen, dass Differenzen entstehen können. Eltern mit Erziehungsverantwortung kann es ebenso ergehen, nur können sie unter Umständen diese Ambivalenzen oder manchmal auch Widersprüchlichkeiten als Eltern besser aushalten als eine Gruppe von Betreuungsbeteiligten. Es will damit gesagt sein, dass auch die Klärung sämtlicher obenerwähnter Fragen nicht jedes Konfliktpotenzial zu eliminieren vermag und hinzunehmen ist, dass insbesondere Vertrauenspersonen von UMA nicht zwangsläufig und voraussetzungslos staatlichen Behörden zudienen müssen. Das manifestiert sich insbesondere bei höchstpersönlichen Informationen, deren Kenntnis den Asylbehörden wichtig wären, für Vertrauenspersonen aber unter das Verschwiegenheitsgebot fallen und allenfalls im Interesse des Kindes, wie sie es verstehen, anders gewichtet werden. Ein Dilemma, dem sich die Betreuenden und Interessenvertreter von UMA ausgesetzt sehen, manifestiert sich auch in der Tatsache, dass die Eltern von UMA diese auf die Reise nach besseren Lebensbedingungen schicken und sie meist auch mit den nötigen finanziellen Mitteln alimentieren, was für den Aufnahmestaat eine Zielvorgabe zur Wahrung des Kindeswohls bedeuten kann, und andererseits die UNO-Leitlinien für alternative Formen der Betreuung von Kindern vom

⁶ Art. 17 Abs. 3 lit. a AsylG; Art. 7 Abs. 2 AsylV 1

⁷ SEM/Direktionsbereich Asyl, Handbuch zur Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) in den Bundesasylzentren (BAZ), vom 4. 9.2020, Ziff. 3 S. 9.

18.12.2009⁸ den Aufnahmestaaten nahelegen, den Kontakt zur Herkunftsfamilie und dem früheren sozialen Umfeld zu fördern für die Rückführung des Kindes in die Familie die nötigen interdisziplinären Bemühungen in Gang zu setzen⁹.

Letztlich ist noch darauf hinzuweisen, dass auch bei einer lückenlosen Interessenwahrung für Kinder unter den Betreuungsverantwortlichen Kompetenzkonflikte entstehen können, wenn Kinder nicht bei den Eltern wohnen: Sowohl Pflegeeltern als auch Heime und andere Einrichtungen kennen ihre eigenen Regeln, damit das Gemeinschaftsleben kindeswohlverträglich gestaltet werden kann. Solche Regeln können in Konflikt geraten zu den Zuständigkeiten von gesetzlichen Vertretern, z.B. hinsichtlich der Gestaltung der Freizeit, der Ausübung von Hobbies, der Kleidung, äusseren Erscheinung etc. Damit bringen solche Betreuungssituationen immer einen gewissen Bedarf nach individueller und situationsbezogener Aushandlung von Lösungen mit sich, mechanisch verstandene Zuständigkeits- und Ordnungsregeln sind dabei nicht umsetzbar.

4 Analyse

4.1 Zuständigkeit und Anwendbares Recht

Vorab stellt sich die Frage nach der Zuständigkeit und dem auf einreisende Minderjährige hinsichtlich ihrer gesetzlichen Vertretung anwendbaren Recht.

- a) Aufgrund des Umstandes, dass die UMA ausländischer Nationalität sind und bei ihrer Einreise in die Schweiz noch keinen geregelten Aufenthaltsstatus aufweisen, liegt ein internationaler Sachverhalt vor, welcher grundsätzlich nach den Bestimmungen des IPRG zu beurteilen ist. Die Entstehung des Kindsverhältnisses untersteht dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes zum Zeitpunkt seiner Geburt (Art. 68 Abs. 1 und 69 Abs. 1 IPRG).
- b) Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, worunter die elterliche Sorge fällt, richten sich nach Art. 82 IPRG, welcher in seinem Abs. 3 allerdings die Bestimmungen über den Schutz von Minderjährigen (Art. 85 IPRG) vorbehält. Diese Bestimmung verweist ihrerseits auf das HKsÜ, womit dieses Übereinkommen auch im Verhältnis zu Nichtkonventionsstaaten massgeblich ist.
- c) Für UMA ist ein Wohnsitz beziehungsweise gewöhnlicher Aufenthalt meist nicht eruierbar oder zweifelhaft, weshalb sie gemäss Art. 6 Abs. 1 HKsÜ der behördlichen Zuständigkeit des Staates am schlichten Aufenthalt unterstellt werden. Blosser Anwesenheit des Kindes genügt demnach, um die UMA den Schweizer Kinderschutzböörden zu unterstellen, welche gemäss Art. 15 HKsÜ bei Ausübung ihrer Zuständigkeit ihr eigenes Recht anwenden. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann im Übrigen auch die asylsuchende Person in der Schweiz einen Wohnsitz begründen (BGE 124 II 489 E. 2.f.; 122 V 386 E. 2.c; 113 II 5 E. 2). Der Gleichlauf von Zuständigkeit und anwendbarem Recht hat den Vorteil, dass die Behörden dem Minderjährigen effizienter und situativ angemessen helfen können.
- d) Für Minderjährige, welche ohne erkennbare elterliche Vertretung in die Schweiz gelangen und hier auch über keine von ihren Eltern organisierte Betreuung verfügen, sind demnach sowohl hinsichtlich der Bestimmung der elterlichen Sorge als auch für deren behördliche Substitution die Bestimmungen von Art. 85 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 17 HKsÜ massgeblich. Mit dem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes vom Heimatstaat in den Aufnahmestaat findet ein Statutenwechsel

⁸ Die «Leitlinien für alternative Formen der Betreuung von Kindern» wurden mit der Resolution 64/142 an der Plenarversammlung der UNO am 18. Dezember 2009 (ohne Abstimmung) auf Empfehlung des Ausschusses (A/64/434, Ziff. 16) verabschiedet und dienen dem Zweck, die Durchführung der UNKRK und der einschlägigen Bestimmungen anderer internationaler Übereinkünfte zum Schutz und zum Wohl von Kindern, die ohne elterliche Fürsorge sind oder die in Gefahr sind, diese zu verlieren, zu verbessern.

⁹ Leitlinien Rz. 49, 81

statt¹⁰, was bei Massgeblichkeit des schlichten Aufenthaltes sinngemäss gelten muss. Als Folge beurteilt sich bei den UMA die Frage, wer Inhaber der elterlichen Sorge sei, nach dem Recht des Herkunftslandes, wobei gemäss Art. 16 Abs. 3 und 4 HKsÜ eine Erweiterung der Sorgeberechtigung erfolgen kann, wenn das Schweizerrecht in der gegebenen familienrechtlichen Situation gemeinsame elterliche Sorge vorsieht¹¹. Somit besteht in vielen Fällen mangels entsprechender Papiere und Nachweise die Ungewissheit, wer die Eltern sind und wer über die elterliche Sorge tatsächlich verfügt. Die Anordnung der nötigen Massnahmen zum Schutz des Kindes richtet sich demgegenüber nach dem Recht des Aufnahmestaates, hier also nach Schweizer Recht, worunter neben dem Landesrecht auch alle internationalen Übereinkommen zu zählen sind, denen die Schweiz beigetreten ist, im hier interessierenden Zusammenhang namentlich die UNKRK¹² und das HKsÜ¹³.

- e) Mit der Resolution 64/142, welche an der Plenarversammlung der UNO am 18. Dezember 2009 (ohne Abstimmung) auf Empfehlung des Ausschusses (A/64/434, Ziff. 16) verabschiedet wurde, wurden die „Leitlinien für alternative Formen der Betreuung von Kindern“ erlassen, welche dem Zweck dienen, die Durchführung der UNKRK und der einschlägigen Bestimmungen anderer internationaler Übereinkünfte zum Schutz und zum Wohl von Kindern, die ohne elterliche Fürsorge sind oder die in Gefahr sind, diese zu verlieren, zu verbessern¹⁴. Diese Leitlinien dienen auch der Schweiz als massgebliche Standards zur UNKRK-konformen Betreuung unter anderem von UMA.

4.2 Die Verantwortlichkeit für UMA beim Betreten von Schweizer Territorium

- a) Aus zivilrechtlicher Sicht liegt mit dem Eintritt eines UMA, d.h. einer minderjährigen Person ohne Begleitung durch eine erziehungsverantwortliche Person, ein kinderschutrechtlicher Sachverhalt vor¹⁵, welcher grundsätzlich nach einer Intervention der zuständigen Behörden des Aufnahmestaates ruft¹⁶.
- b) Gemäss Art. 11 BV¹⁷ haben Kinder und Jugendliche Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung. Art. 3 UNKRK¹⁸ verpflichtet öffentliche und private Einrichtungen sowie Behörden und Gerichte, bei allen Massnahmen das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen, Art. 20 UNKRK sichert dem Kind, das vorübergehend oder dauernd aus seiner familiären Umgebung herausgelöst wird oder dem der Verbleib in dieser Umgebung im eigenen Interesse nicht gestattet werden kann, den Anspruch auf besonderen Schutz und Beistand und Art. 22 UNKRK verpflichtet die Vertragsstaaten, Minderjährigen, welche um Asyl ersuchen, angemessenen Schutz und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung ihrer Rechte sicherzustellen.
- c) UMA fallen ab ihrer Ankunft in der Schweiz in den Verantwortlichkeitsbereich zweier Behörden, nämlich der Asylbehörden und der KESB. Von ihrer Zuständigkeit her lassen sich die beiden Behörden insofern klar abgrenzen, als die KESB dafür besorgt ist, dem Kind jenen umfassenden zivilrechtlichen Schutz sicherzustellen, der durch das Fehlen der elterlichen Verantwortung entfallen

¹⁰ BSK IPRG-SCHWANDER, Art. 85 N 74; ZK-SIEHR/MARKUS, Art. 85 IPRG N 127 f.

¹¹ HUNGERBÜHLER/JOHN in: Fountoulakis et.al., Fachhandbuch KESR, Rz. 17.58.

¹² Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention, UNKRK, SR 0.107.

¹³ Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz

¹⁴ REGULA GERBER JENNI/STEFAN BLUM, Die Rechtsstellung von zivil- und jugendstrafrechtlich platzierten Minderjährigen: Gesetzliche Grundlagen und Problemfelder bei der gemeinsamen Unterbringung, Rechtsgutachten im Auftrag der NKVF, 15.5.2015 S. 11.

¹⁵ Art. 20 Abs. 1 UNKRK; Art. 306 Abs. 2 und Art. 327a-c ZGB.

¹⁶ GAUDREAU, Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz. Eine Bestandsaufnahme im Bereich Kinder- und Jugendpolitik, Rz. 301 ff.

¹⁷ Schweizerische Bundesverfassung (BV), SR 101.

¹⁸ Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UNKRK), SR 0.107, welches für die Schweiz am 26.3.1997 in Rechtskraft erwachsen ist.

ist¹⁹, während die Asylbehörden die bezüglich des Asylverfahrens erforderliche Vertretung und Interessenwahrung für das Kind garantieren, also einen partiellen Schutz sicherstellen. Die asylrechtlichen Schutzmechanismen stellen allerdings nach soweit erkennbar unbestrittener Lehre und Praxis keinen Ersatz dar für umfassende staatlich gebotene Fürsorge, wenn ein Kind nicht von seinen Eltern oder andern Erziehungsbeauftragten betreut wird²⁰ und damit seine Lebensbedingungen nicht den nach der UNKRK geforderten Standards genügen²¹.

- d) Sobald von einem/einer UMA ein Asylgesuch gestellt ist (wozu jede Äusserung genügt, mit welcher eine ausländische Person gegenüber einer Schweizer Behörde zu erkennen gibt, dass sie die Schweiz um Schutz vor Verfolgung nachsucht²²), wird er/sie einem Bundesasylzentrum (BAZ) zugewiesen²³, wo sie längstens 140 Tage²⁴ verbleiben, in der Praxis meist aber wegen der Beschleunigungspflicht lediglich um die 60-70 Tage²⁵.

UMA im Alter zwischen 12 bis 17 Jahren werden während des Asylverfahrens in den Bundesasylzentren (BAZ) in geschlechtergetrennten und von den erwachsenen Asylsuchenden getrennten Schlafräumen untergebracht²⁶. Sie haben separaten Zugang zu sanitären Anlagen und verfügen über Aufenthaltsräume, die von erwachsenen Asylsuchenden getrennt sind. Ebenso wie asylsuchende Kinder, die mit ihren Eltern reisen, besuchen schulpflichtige UMA den Grundschulunterricht. Die Altersvorgaben für die Schulpflicht sowie Umfang und Form des Grundschulunterrichtes sind in der entsprechenden Gesetzgebung des BAZ-Standortkantons geregelt.

Die auf das Asylverfahren bezogenen Interessen von UMA werden für die Dauer des Verfahrens durch die vom SEM zugewiesene und entschädigte Rechtsvertretung (RV) wahrgenommen, welche zudem die Funktion der Vertrauensperson (VP) innehat²⁷. Dieser muss ermöglicht werden, mit der/dem UMA eine Vertrauensstellung aufzubauen, damit sie ihre Funktion auch im Sinne des Gesetzes erfüllen kann²⁸. Asylgesuche von UMA werden zudem in der Schweiz prioritär behandelt²⁹.

Zudem steht jeder und jedem UMA seit 01.01.2020 eine sozialpädagogische Fachperson als Bezugsperson zur Seite. Ein Team aus sozialpädagogischen und Betreuungsmitarbeitenden ist sieben Tage pro Woche im BAZ anwesend und begleitet und unterstützt die UMA rund um die Uhr gemäss den Grundprinzipien Schutz, Förderung und Partizipation. Die Vorgaben des UMA-Betreuungshandbuchs sind seit 01.01.2021 verbindlich.

4.3 Interessenwahrung für UMA während des Aufenthalts in einem BAZ

Der Bedarf nach behördlicher Intervention orientiert sich in quantitativer wie qualitativer Hinsicht am Bedarf des Kindes. Es gilt deshalb vorab die Frage zu klären, in welchen Lebenslagen und Lebensbereichen ein/eine UMA selbständig in der Lage ist, seine/ihre Interessen zu wahren, in welchen Bereichen

¹⁹ Sind Eltern am Handeln verhindert, oder steht ein Kind nicht unter elterlicher Sorge, so bestellt die KESB ihm eine Beistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB oder eine Vormundschaft nach Art. 327a-c ZGB.

²⁰ Art. 20 Abs. 1 UNKRK.

²¹ GAUDREAU, SKMR, Rz. 305 f., 308 ff.; Parlamentarische Versammlung des Europarats, Resolution 1810 (2011), Prinzip 5, Ziff. 5.5, und Empfehlung 1969 (2011).

²² Art. 18 AsylG; SPESCHA MARC/KERLAND ANTONIA/BOLZLI PETER, Handbuch zum Migrationsrecht, Orell Füessli, 2010 S. 299.

²³ Art. 24 AsylG.

²⁴ Art. 24 Abs. 4 AsylG; Art. 14 Abs. 2 AsylV 1.

²⁵ EJPD, Erläuternder Bericht Umsetzung der Vorlage zur Beschleunigung der Asylverfahren (Neustrukturierung des Asylbereichs) S. 38.

²⁶ Bis zum vollendeten 12. Lebensjahr werden UMA während des Asylverfahrens in spezialisierten Einrichtungen oder bei Pflegeeltern untergebracht und betreut (Handbuch Betreuung UMA in den BAZ S. 6; BEKO S. 16).

²⁷ Art. 17 Abs. 3 Bst. a und Art. 102k Abs. 1 Bst. e AsylG, Art. 7 AsylV 1. Die Rechtsvertretung nimmt die Aufgabe als Vertrauensperson auch dann wahr, wenn UMA ausserhalb eines BAZ, aber in Bundeszuständigkeit, untergebracht sind.

²⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung IV, D-7700/2015, vom 22.8.2016 E. 6.

²⁹ Art. 17 Abs. 2^{bis} AsylG.

durch allenfalls beauftragte Dritte die Eltern vertreten werden können, in welchen Bereichen andere Schutzmechanismen das Kindeswohl garantieren, und wo der Bedarf liegt nach einer kindesschutzrechtlich angeordneten Substitution der elterlichen Sorge. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass es in sachlicher und zeitlicher Hinsicht um die Interessenwahrung für das Kind während seines Aufenthaltes in einem BAZ geht.

4.3.1 Eigenes Handeln des Minderjährigen

Das Gesetz selbst sieht für das urteilsfähige Kind eine ganze Reihe von Rechten vor, welche selbstständig ausgeübt werden können. Die in Art. 301 Abs. 2 ZGB normierte Verpflichtung der Eltern, dem Kind die seiner Reife entsprechende Freiheit in der Lebensgestaltung zuzubilligen, schränkt die elterliche Entscheidungskompetenz und -verantwortung weiter ein³⁰.

Neben den im Gesetz explizit genannten Rechten wie das Handeln mit stillschweigender oder ausdrücklicher Zustimmung der Eltern (Art. 19 Abs. 1 ZGB), dem selbstständigen Erlangen von Vorteilen und die Besorgung geringfügiger Angelegenheiten im Alltag (Art. 19 Abs. 2 ZGB), der selbstständigen Anfechtung einer Platzierung im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung (Art. 314b Abs. 2 ZGB) oder der selbstständigen Verwaltung und Nutzung des eigenen Arbeitserwerbs (Art. 323 Abs. 1 ZGB), steht die selbstständige Ausübung der Persönlichkeitsrechte im Vordergrund, teilweise unter dem Vorbehalt der Zustimmung der gesetzlichen Vertretung (Art. 19c Abs. 1 ZGB).

a) Medizinische Entscheidungen

Zu den höchstpersönlichen Rechten zählen insbesondere die Eingriffe in die persönliche Freiheit und die körperliche Autonomie der betroffenen Person. Darunter fallen die medizinische Behandlung und die medizinischen Eingriffe, die gemäss Art. 305 Abs. 1 i.V.m. Art. 19c Abs. 1 ZGB nur mit Zustimmung der urteilsfähigen Person (unabhängig ob minder- oder volljährig) vorgenommen werden können. Von dieser Zustimmung zum Eingriff oder zur Behandlung ist der Abschluss des entsprechenden Behandlungsvertrages zu unterscheiden, der als schuldrechtliches Verhältnis grundsätzlich der Zustimmung der gesetzlichen Vertretung bedarf. Damit aber die Autonomie bei der Wahrnehmung der höchstpersönlichen Rechte nicht illusorisch wird, wird in der Lehre und Praxis allgemein anerkannt, dass die beschränkt handlungsunfähige minderjährige Person für den Vertragsabschluss mit der behandelnden Person oder Institution keiner Zustimmung bedarf, wenn es sich um einfache diagnostische oder kurative Massnahmen oder um kassenpflichtige Leistungen handelt³¹. Ist die betroffene UMA urteilsfähig bezüglich der Einwilligung in die medizinischen Massnahmen und Eingriffe, ist eine gesetzliche Vertretung der UMA nicht möglich und daher auch nicht notwendig.

Das Recht auf Einwilligung beinhaltet auch ein Recht auf Verweigerung der urteilsfähigen Person³², selbst wenn es sich um eine unvernünftige Entscheidung handeln sollte. Entscheidend ist die blossе Fähigkeit zu vernunftgemässem Handeln, nicht die aktuelle Vernünftigkeit³³.

Handelt es sich um medizinische Massnahmen, welche nicht zwingend erforderlich sind und hohe Kostenfolgen verursachen, stellt sich die Frage, wer den Behandlungsvertrag abschliessen kann, da zwar der medizinische Eingriff in die Zustimmungs-Kompetenz der urteilsfähigen UMA fällt, nicht aber der Abschluss des entsprechenden Vertrages. Die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung würde aber

³⁰ BGE 111 II 405 E. 3; BK AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301 N 21; BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, ART. 301 N 3.

³¹ BK BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19-19c N 314.

³² siehe dazu BGE 134 III 235.

³³ BK BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 N 79; BUCHER ANDREAS, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl. Basel 2009, Rz 70 f.

diese Problematik in der Praxis nicht lösen, da für nicht zwingend notwendige medizinische Eingriffe mit hohen Kostenfolgen eine positive Kostengutsprache des SEM als zuständige Sozialhilfebehörde notwendig ist³⁴, welche auch auf Gesuch der urteilsfähigen UMA erteilt werden kann. Eine gesetzliche Vertretung ist daher nicht zwingend notwendig.

Einzig bei urteilsunfähigen UMA ist die Einwilligung oder Verweigerung des entsprechenden medizinischen Eingriffs durch die gesetzliche Vertretung oder durch eine von der Rechtsordnung dafür vorgesehene Behörde, Person oder Stelle erforderlich³⁵, soweit es sich nicht um einen Notfall handelt, der von den Gesundheitsdiensten nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person zu behandeln ist³⁶. Eine explizite gesetzliche Regelung einer anderen Person als die gesetzliche Vertretung ist für medizinische Entscheidungen in der Asylgesetzgebung nicht vorhanden. Ob die in Art. 7 Abs. 3 lit. c AsylV 1 definierte Aufgabe der Vertrauensperson als Beistand insbesondere im Verkehr mit Einrichtungen des Gesundheitswesens als Übergangslösung³⁷ eine genügend spezifizierte gesetzliche Grundlage für den Ersatz einer gesetzlichen Vertretung für medizinische Entscheidungen darstellt, muss bezweifelt werden, insbesondere weil diese Aufgabendefinition lediglich auf Verordnungsstufe und nicht im Gesetz selbst enthalten ist und das Institut der asylrechtlichen Vertrauensperson subsidiär und komplementär zu den zivilrechtlichen Kindesschutzmassnahmen zu verstehen ist³⁸. Vor allem aber kann der Wortlaut «Beistand insbesondere im Verkehr mit Behörden sowie mit Einrichtungen des Gesundheitswesens» nicht dahingehend verstanden werden, dass damit eine Vertretungsbeistandschaft gemeint sein kann, wie sie in Art. 306 Abs. 2 und Art. 308 Abs. 2 ZGB vorgesehen ist. In allen Fällen der Vertretungsbeistandschaft müssen die konkreten Aufgaben der Beistandsperson gem. Art. 314 Abs. 3 ZGB im Entscheiddispositiv der anordnenden Behörde³⁹ festgehalten werden, was der Asylbehörde, welche die Vertrauensperson bestimmt, weder sachlich zusteht noch von ihr praktiziert wird. Somit sind nach der hier vertretenen Ansicht für die gesetzliche Vertretung bezüglich medizinischer Entscheidungen die Bestimmungen des ZGB (Art. 306 Abs. 2, 308 Abs. 2 oder 327a ff. ZGB) massgebend.

b) Im Strafverfahren

Ist die UMA als Täter oder Täterin in einem Strafverfahren beteiligt, so gelangen die Normen der Jugendstrafprozessordnung (JStPO) zur Anwendung. Diese regelt detailliert den Einbezug sowie die Rechte und Pflichten der gesetzlichen Vertretung im Jugendstrafverfahren. Gemäss Art. 4 Abs. 4 JStPO bezieht die Jugendstrafbehörde die gesetzliche Vertretung ins Strafverfahren ein, sofern sie dies als sinnvoll erachtet⁴⁰. Der gesetzlichen Vertretung und der beschuldigten minderjährigen Person kommen Parteistellung im Verfahren zu⁴¹. Die beschuldigte minderjährige Person handelt im Verfahren durch die gesetzliche Vertretung, im Falle ihrer Urteilsfähigkeit kann sie die Parteirechte aber auch selbstständig wahrnehmen⁴². In Art. 23 JStPO enthält das im Jugendstrafverfahren geltende und in Art. 6 Ziff. 3 EMRK und Art. 32 Abs. 2 BV statuierte Grundprinzip, dass auch die urteilsfähige beschuldigte minderjährige Person sowie ihre gesetzliche Vertretung jederzeit das Recht haben, ihre Verteidigung

³⁴ Art. 80 Abs. 1 AsylG.

³⁵ Art. 6 Abs. 2 Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, ÜMB, SR 0.810.2).

³⁶ Art. 8 ÜMB, Art. 419 OR und analoge Anwendung von Art. 379 ZGB.

³⁷ EJPD, Staatssekretariat für Migration, Kommentar Umsetzung der Vorlage zur Beschleunigung der Asylverfahren (Neustrukturierung des Asylbereichs), Bern Mai 2018, Seite 30 f.

³⁸ GAUFREAU, SMRK, Rz. 308; HERRENDORFF, Die Vertretung unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender, Jusletter 9. Juli 2018, Rz. 27.

³⁹ Sei es die KESB oder ein Gericht (Art. 315 - 315b ZGB).

⁴⁰ JOSITSCH ET AL., DIKE-Komm-JStPO, Art. 4 N 12.

⁴¹ Art. 18 lit. a und b JStPO.

⁴² Art. 19 Abs. 1 und 2 JStPO.

frei zu wählen⁴³. Gestützt auf Art. 24 lit. b JStPO muss eine beschuldigte minderjährige Person sodann zwingend verteidigt werden, wenn sie die eigenen Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren kann und auch die gesetzliche Vertretung dazu nicht in der Lage ist, was bei UMA wohl regelmässig der Fall ist. Auch im Fall der notwendigen Verteidigung kann die minderjährige Person die Person der Verteidigung frei wählen⁴⁴. Die Kosten der notwendigen Verteidigung stellen Verfahrenskosten dar und sind vorab vom Kanton zu tragen (Art. 44 Abs. 1 JStPO)⁴⁵. Somit kann die Unterstützung und Vertretung der urteilsfähigen UMA, soweit sie ihre Parteirechte nicht selbst wahrnehmen können oder wollen, im Strafverfahren sichergestellt werden, auch wenn die zivilrechtliche gesetzliche Vertretung am Handeln verhindert ist oder noch gar keine behördlich eingesetzt wurde. Die Vertrauensperson kann dazu beitragen, dass der/die betroffene UMA sich in den hängigen Verfahren orientieren und diese einordnen kann.

c) Als Opfer einer Straftat

Ist die/der UMA Opfer einer Straftat, so haben die Strafverfolgungsbehörden die Pflicht, das Opfer über die Leistungen der Opferhilfe und deren Beratungsstellen zu informieren⁴⁶. Die Beratungsstellen leisten dem Opfer Sofort- und längerfristige Hilfe, wobei diese Hilfe auch von Dritten erbracht werden kann. Die Leistungen umfassen die angemessene medizinische, psychologische, soziale, materielle und juristische Hilfe in der Schweiz, die als Folge der Straftat notwendig geworden ist⁴⁷. Somit kann sich eine UMA insbesondere auch juristisch vertreten lassen, was in der Regel durch den Beizug einer Anwältin oder eines Anwaltes vorgenommen wird⁴⁸. Die von der Beratungsstelle erbrachten Leistungen sind unentgeltlich, diejenigen von Dritten werden dann vollständig übernommen, wenn gemäss Art. 16 lit. a OHG keine genügenden finanziellen Mittel des Opfers vorhanden sind, was wohl bei fast allen UMA zutrifft. Somit kann über das Opferhilfegesetz die Unterstützung und Vertretung der minderjährigen Person sichergestellt werden, soweit die UMA dies wünscht, auch wenn die zivilrechtliche gesetzliche Vertretung am Handeln verhindert ist oder noch gar keine behördlich eingesetzt wurde. Die Vertrauensperson kann dazu beitragen, dass der/die betroffene UMA sich in den hängigen Verfahren orientieren und diese einordnen kann.

4.3.2 Delegierte elterliche Kompetenzen

Die elterliche Sorge und damit auch die damit verbundene Entscheidungskompetenz sind grundsätzlich unübertragbar und unverzichtbar⁴⁹.

Dagegen kann die *Ausübung* der elterlichen Sorge im Ganzen oder in Teilbereichen an Dritte delegiert und von diesen vertretungsweise übernommen werden. Eine Delegation liegt vor bei Pflegeeltern oder Leitenden von stationären Institutionen der Jugendhilfe, soweit das Kind bei ihnen untergebracht ist⁵⁰. Auch die vorübergehende Überlassung eines Kindes in der Obhut bei Dritten (z.B. an erwachsene Begleitpersonen während der Flucht) lässt die Ausübung von Teilbereichen der elterlichen Sorge auf die Dritten übergehen, analog einer Stellung von Pflegeeltern. Je nach Heimatrecht können zudem gesetzliche Vertretungsrechte auf Dritte übertragen werden⁵¹.

⁴³ BSK StPO/JStPO HEBEISEN, Art. 23 N 1.

⁴⁴ JOSITSCH ET AL., DIKE-Komm-JStPO, Art. 24 N 3.

⁴⁵ BSK StPO/JStPO HEBEISEN, Art. 44 N 4.

⁴⁶ Art. 8 Abs. 1 OHG.

⁴⁷ Art. 14 OHG.

⁴⁸ ZEHNTNER, OHG-Kommentar 2009, Art. 14 N 24 ff.

⁴⁹ BK HEGNAUER, aArt. 273 N 12.

⁵⁰ BK AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 296 N 11; MEIER/STETTLER, DCS, Rz. 1359.

⁵¹ siehe dazu z.B. MICHAEL MARUGG, in: KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Rz.20.11; SODK-KOKES, Merkblatt zum Umgang mit schutzbedürftigen Kindern aus der Ukraine, 6. April 2022, Ziff. 5.

Zu beachten ist, dass urteilsfähige Minderjährige nach der schweizerischen Rechtsordnung lediglich beschränkt handlungsunfähig sind. Im Rahmen von Art. 19 Abs. 1 ZGB können wie oben dargelegt urteilsfähige UMA mit Zustimmung der gesetzlichen Vertretung alle Rechtshandlungen vornehmen, für die es der Geschäftsfähigkeit bedarf, mithin im Sinne von Art. 12 ZGB Rechte und Pflichten begründen und aufgeben⁵². Die Zustimmung kann konkludent, also aus den Umständen erschlossen werden. Zudem kann die Zustimmung als Ermächtigung im Voraus erteilt werden (Art. 19a Abs. 1 ZGB). Eine sämtliche Handlungen der urteilsfähigen Minderjährigen umfassende Zustimmung, quasi eine Generalvollmacht, jedoch ist nicht möglich⁵³. Zulässig ist allerdings eine generelle Zustimmung für einen bestimmten Kreis von Geschäften oder Handlungen, welche von der urteilsfähigen minderjährigen Person vorgenommen werden können⁵⁴.

Haben sich die UMA mit Zustimmung der Eltern auf den Weg in die Schweiz begeben, so kann aus schweizerischer Sicht davon ausgegangen werden, dass die Eltern als gesetzliche Vertretung ihr minderjähriges Kind oder Jugendlichen ermächtigt haben, alle mit der Flucht und damit verbundenen Entscheidungen zu treffen, was dazu führt, dass die minderjährigen UMA in diesem umrissenen Sachbereich praktisch handlungsfähig werden⁵⁵. Vielfach werden sie dazu auch mit entsprechenden Geldmitteln alimentiert, um die Flucht zu organisieren und zu finanzieren. Mit der Beendigung der Flucht und dem Aufenthalt der UMA in den BAZ endet jedoch die konkludente Zustimmung unter der Annahme, die Zustimmung gelte nur der Flucht bis an einen sicheren Ort. Ist dieser erreicht, muss sie durch eine formalisierte gesetzliche Vertretung abgelöst werden, ansonsten es zu einer Art Generalvollmacht führen würde, was mit der Rechtsnatur der elterlichen Sorge wiederum nicht vereinbar ist.

Sind die Minderjährigen jedoch ohne Zustimmung der Eltern unterwegs, so kann nicht von vorgängiger Zustimmung ausgegangen werden und eine gesetzliche Vertretung der Minderjährigen ist, soweit es sich um Rechte und Pflichten handelt, die nicht selbstständig von der urteilsfähigen Person wahrgenommen werden können, zu jedem Zeitpunkt notwendig.

4.3.3 Kindesschutzrechtliche Surrogate

4.3.3.1 Unterbringung in einem BAZ

Die UMA werden, sobald sie Schweizer Territorium betreten und in behördlichen Kontakt gelangen, kraft öffentlichen Rechts⁵⁶ durch das SEM einem Bundesasylzentrum zugewiesen, womit deren Betreuung⁵⁷ und Obhut organisiert wird⁵⁸. Nach dem in der Schweiz gültigen Zivilrecht bilden die Bestimmung des Aufenthalts eines Minderjährigen sowie dessen Betreuung und Obhut Teil der elterlichen Sorge, welche grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der Eltern fällt, es sei denn, im Rahmen von behördlichen oder gerichtlichen Kindesschutzmassnahmen habe die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB), das Ehegericht, das Jugendstrafgericht oder ein Vormund/eine Vormundin diese Verantwortlichkeiten wahrzunehmen. Welche Wirkung der Zuweisungsentscheid des SEM auf die Ausübung der elterlichen Sorge und des zivilrechtlichen Aufenthaltsbestimmungsrecht hat, ist bisher nicht abschliessend geklärt.

⁵² BK BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19-19c N 67.

⁵³ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl. Bern 2016, Rz 07.90.

⁵⁴ BK BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19-19c N 125.

⁵⁵ BK BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19-19c N 126.

⁵⁶ Art. 28 AsylG; Art. 7 AsyV.

⁵⁷ Zum Begriff Betreuung und dessen Abgrenzung zur Obhut ANDREAS BUCHER, Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext, in: Rumo-Jungo/Fountoulakis (Hrsg.), Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Symposium zum Familienrecht 2013 S. 41 ff. Rz. 84.

⁵⁸ Betriebskonzept Unterbringung (BEKO) S. 14 ff.; Handbuch zur Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) in den Bundesasylzentren (BAZ) S. 9.

Der Unterbringung des UMA in einem BAZ liegt ein Pflegeverhältnis zugrunde, dessen Entstehung und Inhalt weder mit einer innerfamiliären Lebensgemeinschaft, noch mit von den Eltern oder einer Kinderschutzbehörde oder gar einem Jugendgericht veranlassten Drittbetreuung vergleichbar ist. Bei zivilrechtlich organisierten Pflegeverhältnissen entsteht das Pflegeverhältnis durch einen Vertrag zwischen dem Pflegeplatz und dem Versorger/der Versorgerin (Eltern, KESB, Vormund), während UMA durch die Zuweisung der Asylbehörden gestützt auf öffentliches Recht (Asylgesetzgebung) einem Pflegeverhältnis zugeführt werden. Damit stellt sich die Frage, welche zivilrechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben.

Unter dem Begriff Pflegeverhältnis sind im Zivilrecht alle Formen der Fremdbetreuung von Kindern zu verstehen, bei welchen Dritte die faktische Obhut über ein oder mehrere Kinder ausüben, unabhängig davon, ob es sich um Verwandte, Einzelpersonen oder Institutionen handelt⁵⁹. Entscheidend ist allein das funktionale Element der Obhut, irgendeine Formalisierung ist nicht notwendig⁶⁰. Als Pflegeeltern sind entsprechend der Vielfalt der möglichen Pflegeverhältnisse all diejenigen Personen zu verstehen, welche die faktische Obhut über eine oder mehrere minderjährige Personen ausüben⁶¹. Neben Pflegeeltern in engerem Sinne des Wortes können darunter auch die verschiedenen Formen der institutionellen Betreuung von Kindern subsumiert werden, wobei auch bei Institutionen (Heimpflege) eine Pflegebewilligung eingeholt werden muss und diese an die Person des Leiters/der Leiterin der Institution geknüpft ist⁶².

Unabhängig davon, ob ein Kind begleitet oder unbegleitet in der Schweiz um Asyl ersucht, wird es von den Asylbehörden einer nach den konkreten Umständen geeigneten Unterkunfts- und Betreuungseinrichtung zugewiesen. Der Eintritt in ein BAZ bestimmt sich damit nicht aufgrund eines elterlichen Sorgerechts, sondern kraft öffentlichen Rechts. Um das Pflegeverhältnis zu begründen, welches zugunsten des UMA erstellt wird, bedarf es damit keines zusätzlichen kinderschutzbrechtlichen Entscheides, so wenig wie die Eltern, welche ihr Kind begleiten, unter Anrufung ihrer elterlichen Sorge den asylrechtlichen Platzierungsentscheid beeinflussen können. Hingegen bedarf das betroffene Kind in solchen Situationen der gesetzlichen Vertretung, um gegebenenfalls geltend machen zu können, dass in seiner spezifischen Situation die gewählte Unterbringung nicht dem Kindeswohl diene und anderswo organisiert werden müsse. Aus diesem Bedarf leitet sich auch die Forderung ab, dass ein Kind nie ohne die Unterstützung und den Schutz eines Vormundes oder eines anderen anerkannten verantwortlichen Erwachsenen oder einer zuständigen öffentlichen Stelle sein soll und nach dessen Identifizierung umgehend ein Vormund zu bestellen oder erforderlichenfalls für die Vertretung durch eine für die Betreuung und das Wohlergehen des Kindes verantwortliche Organisation zu sorgen sei⁶³.

Mit dem Zuweisungsentscheid des SEM wird der/die UMA der Obhut des BAZ anvertraut, welches wie Pflegeeltern für deren weitere Betreuung und Erziehung verantwortlich ist. Dem BAZ stehen damit nur jene Verantwortlichkeiten und Rechte zu, welche auch Pflegeeltern gemäss Art. 300 ZGB zustehen⁶⁴.

⁵⁹ BOTSCHAFT KINDESRECHT BBI 1974 II 76; BK AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 300 N 12; BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 300 N 2; HEGNAUER CYRIL, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl. Bern 1999, Rz. 25.12.

⁶⁰ BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 300 N 3.

⁶¹ BK AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 300 N 22; BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 300 N 2; TUOR/SCHNYDER/JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl. Zürich 2015, § 43 Rz. 25. **A.M.** MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e édition Genève 2019, Rz. 1824, welche das Pflegeverhältnis an die tatsächliche Betreuung knüpfen (prise en charge).

⁶² Art. 16 Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern (Pflegekinderordnung, PAVO, SR 211.222.338

⁶³ UNO-Leitlinien für alternative Formen der Betreuung von Kindern vom 18.12.2009 Rz. 19,

⁶⁴ BGE 128 II 9 E. 4; BASTIEN DUREL, Obhuts- bzw. Sorgerecht und internationale Kindesentführung, ZKE 3/2013 S. 205.

4.3.3.2 *Rechtsvertretung und Vertrauensperson nach AsylG*⁶⁵

Bei der Rechtsvertretung und Vertrauensperson handelt es sich um eine asylrechtliche Übergangslösung vor Ergreifung von zivilrechtlichen Kinderschutzmassnahmen (Vormundschaft oder Beistandschaft) durch die zuständigen Kinderschutzbehörden (KESB). Die Gesetzgeberin wollte damit explizit keinen spezialgesetzlichen Vorrang vor dem Kinderschutzrecht des ZGB konzipieren⁶⁶. Auf die Rolle der Rechtsvertretung, welche von Gesetzes wegen die Interessen der UMA während des Asylverfahrens wahrzunehmen hat, lassen sich die Grundsätze der Rolle der Verfahrensbeistandsperson (Art. 299 ZPO und Art. 314a^{bis} ZGB) respektiv der Vertrauensperson nach Art. 1a Abs. 2 lit.b PAVO in sinngemässer Weise anwenden⁶⁷. Es handelt sich dabei um eine Aufgabe und Rolle, bei der die Wahrung des Kindeswohls und des Kindesinteresses und nicht die Interessen des Staates im Verfahren im Zentrum steht. Nicht vollständig geglückt scheint die Rollenzuschreibung der Vertrauensperson: Die gemäss Art. 17 Abs. 6 AsylG vom Bundesrat in Art. 7 Abs. 3 AsylV 1 vorgenommene Rollen-, Zuständigkeits- und Aufgabenzuschreibung beschränkt sich auf Begleitung und Unterstützung im Asyl- und Dublinverfahren, in der Beratung vor und während den Befragungen, der Unterstützung bei der Nennung und Beschaffung von Beweismitteln und im Beistand insbesondere im Verkehr mit Behörden sowie mit Einrichtungen des Gesundheitswesens. Mit Ausnahme des letzten Punktes wäre alles bereits abgedeckt durch die Verfahrensvertretung. Allerdings ist die Doppelaufgabe der Rechtsvertretung und der Vertrauensperson hybrid⁶⁸: Obliegt der Rechtsvertretung, in einem konkreten Verfahren die Optik des Kindes einzubringen und sich mit allen Sachverhaltsfragen und Erkenntnisquellen im Detail auseinander zu setzen, gleicht die Rolle der Vertrauensperson eher einer unspezifischen Begleitbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 ZGB («mit Rat und Tat»). Für die Rechtsvertretung ist der Aufbau eines Vertrauensverhältnisses und die Kenntnis der Lebensumstände und Perspektiven des betroffenen Kindes ausschlaggebend, während es bei der der Vertrauensperson zgedachten Rolle primär um Vernetzung und Unterstützung im Verkehr mit Dritten geht. Zentral bei der Aufgabe der Vertrauensperson ist der Aufbau eines Vertrauensverhältnisses zum/zur UMA⁶⁹. So wird gerade von der Vertrauensperson der PAVO erwartet, dass sie eine Person ausserhalb des Systems ist, um dem Kind zu ermöglichen, sich vertrauensvoll an eine, aus seiner Wahrnehmung objektiv neutralen Person zu wenden⁷⁰. Die Aufgabe der Vertrauensperson liegt auch darin, altersbedingte Erfahrungsdefizite der UMA's auszugleichen und die unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden auf den Stand einer durchschnittlichen erwachsenen asylsuchenden Person zu bringen⁷¹. Das kann in der Praxis dazu führen, dass die Vertrauensperson allenfalls über Informationen seitens der minderjährigen Person verfügt, welche sich bei Bekanntwerden eher negativ für das laufende Asylverfahren auswirken können. Die Vertrauensperson ist in solchen Situationen gehalten, analog einer Beistandsperson, die unter der Kindes- und erwachsenenschutzrechtlichen Geheimhaltungspflicht steht⁷², im Einzelfall eine Interessenabwägung aus Sicht des Kindeswohls respektive des Kindesinteresses vorzunehmen und die Persönlichkeitsrechte der minderjährigen Person zu wahren⁷³. Müsste die minderjährige Person damit rechnen, dass die Informationen aus der Begleitung durch die Vertrauensperson ungefiltert und in jedem Fall an die zuständigen

⁶⁵ Art. 17 Abs. 3 lit. a AsylG; Art. 7 Abs. 3 AsylV 1.

⁶⁶ BVGer D-5672/2014 vom 6. Januar 2016, E.5.4.3.; siehe auch Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, BBl 2014 8033.

⁶⁷ BK AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 308 N 27.

⁶⁸ STEFAN BLUM/SABINE BRUNNER/PETER GROSSNIKLAS/CHRISTOPH A. HERZIG/BARBARA JELTSCH-SCHUDEL/SUSANNE MEIER, Kindesvertretung, transcript Verlag, 2022 S. 22.

⁶⁹ So auch BVGer D-6835/2009 vom 12. März 2012, Seite 6.

⁷⁰ Siehe dazu Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Erläuterungen zu den revidierten Bestimmungen der Pflegekinderverordnung, Art. 1a Abs. 2, 2012, unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/kinderbetreuung/erl-vo-d.pdf> (besucht am 13.2.23).

⁷¹ BVGer D-7700/2015 vom 22. August 2016, E. 6.2.2.

⁷² Art. 413 Abs. 2 ZGB.

⁷³ BK AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 310/314b N 121.

Asylbehörden weitergeleitet werden, würde dies der gesetzlich vorgesehenen Rolle der Vertrauensperson und dem Ziel des Aufbaus einer Vertrauensbeziehung diametral entgegenstehen.

Dass die Funktion der Vertrauensperson mit der Rolle als Rechtsvertretung gekoppelt wird, bevor nach der Zuteilung zu den Kantonen die dann zuständige KESB eine Kinderschutzmassnahme (Beistandschaft oder Vormundschaft) errichtet, scheint nachvollziehbar. Beide Funktionen haben das gemeinsame Ziel, die Interessen der minderjährigen Person im Rahmen des Asylverfahrens als Rechtsvertretung wahrzunehmen, und als Vertrauensperson der/dem UMA in seiner Situation der Fremdbetreuung in den Bundesasylzentren beizustehen und ihn/sie zu beraten und zu unterstützen im Verkehr mit Behörden und Einrichtungen des Gesundheitswesens.

Die Verfahrensbeistandspersonen nach Art. 299 ZPO und Art. 314a^{bis} ZGB sind weisungsungebunden und unterliegen im Unterschied zu den Beistandspersonen nach Art. 306 und 308 ZGB sowie Vormundinnen und Vormunden keiner Aufsicht, Rechenschaftsablagepflicht und Kontrolle⁷⁴.

4.3.3.3 Sozialpädagog*innen in den BAZ

a. Aufgabe

Während dem Aufenthalt im BAZ steht jedem und jeder UMA eine sozialpädagogische Fachperson als Bezugsperson zur Seite für alle persönlichen Fragen ausserhalb des Asylverfahrens. Ausserdem obliegt der Bezugsperson die spezielle Beobachtung der UMA, die Führung von Einzelgesprächen, das Erkennen von Unterstützungsbedarf und die Dokumentierung der Entwicklung der/des UMA. Sie führt das Dossier und ist grundsätzlich verantwortlich für das Case Management und setzt die Unterbringung um⁷⁵.

b. Rolle der Bezugsperson

Die Bezugsperson ist Hauptansprechperson des oder der UMA für alle persönlichen Fragen ausserhalb des Asylverfahrens⁷⁶. Der Bezugsperson kommen nach Betriebskonzept des SEM demnach primär betreuende und unterstützende Funktionen und teils auch die Durchsetzung des institutionellen Ordnungs- und Disziplinarregimes zu⁷⁷. Dass sie aber auch Entscheidungskompetenzen anstelle der Eltern wahrnehmen sollen, ist nicht vorgesehen. Beispielsweise wird die genaue Dauer eines Sonderausgangs zwischen Rechtsvertretung und Fachspezialist P&A in Absprache mit der Bezugsperson festgelegt⁷⁸. In ihrer Funktion übt die Bezugsperson zwar eine direkte Betreuungsfunktion und im Rahmen ihres Pflichtenheftes und/oder Stellenbeschriebs auch *delegierte* Kompetenzen aus, die faktische Obhut liegt dagegen in den Händen des SEM. Soweit das SEM demnach den Sozialpädagog*innen Entscheidungskompetenzen einräumt, können diese sowohl im Rahmen des Ordnungs- und Disziplinarregimes des BAZ als auch im Rahmen von Art. 300 ZGB rechtsverbindlich handeln (Art. 300 Abs. 1 ZGB).

Die gehörige Vertretung der Eltern beinhaltet grundsätzlich zwei zentrale Elemente. Einerseits die Vertretung in der alltäglichen Erziehungs- und Betreuungsarbeit, andererseits die Vertretung ausserhalb der Alltagserziehung.

In der Alltagserziehung treffen somit die Sozialpädagog*innen diejenigen Entscheidungen, welche nach der Natur der Sache üblicherweise der unmittelbar erziehenden Person obliegen⁷⁹. Unter die

⁷⁴ BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 314a ZGB N 44; BK-Spycher, Art. 300 N 7.

⁷⁵ Staatssekretariat für Migration SEM, Handbuch zur Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) in den Bundesasylzentren (BAZ), Version 1.0, Stand 4. September 2020 vom 4.9.2020 S. 12 Ziff. II.1.2. und S. 53 ff. Ziff. IV.7.3.

⁷⁶ Staatssekretariat für Migration SEM, Handbuch zur Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) in den Bundesasylzentren (BAZ), Version 1.0, Stand 4. September 2020, Ziff. 1.2, Seite 12

⁷⁷ Art. 27 Verordnung des EJPD über den Betrieb von Zentren des Bundes und Unterkünften an den Flughäfen, SR 142.311.23; unter die Durchsetzung des Ordnungs- und Disziplinarregimes fallen beispielsweise auch situationsspezifische Ausgangssperren.

⁷⁸ Handbuch zur Betreuung von UMA in den BAZ S. 38.

⁷⁹ HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, Rz. 25.13.

Vertretungshandlungen fallen beispielsweise die alltägliche Erziehung, die Pflege und die Ernährung der Minderjährigen, die Bestimmung über den alltäglichen Aufenthaltsort, die Begleitung in schulischen und beruflichen Fragen, die Überwachung des Kontaktes mit Dritten, die Unterstützung und Mitgestaltung der sozialen Beziehungen und die Begleitung und Förderung in der Freizeitgestaltung⁸⁰. Die Pflegeeltern haben dabei die Bedürfnisse der minderjährigen Person, seine Lebenssituation und sein ursprüngliches soziales Umfeld zu berücksichtigen⁸¹.

Diese Rolle erfordert somit einen engen Kontakt zu den zugeteilten UMA's und wie bei der Funktion der Vertrauensperson, den Aufbau eines Vertrauensverhältnisses, damit insbesondere soweit möglich auch der Kontakt zu den Eltern hergestellt werden kann, um den besonderen Bedürfnissen der UMA's gerecht werden zu können. Aber auch in dieser Funktion sind die Sozialpädagog*innen ausschliesslich dem Kindeswohl verpflichtet⁸². Informationen, welche in dieser Funktion den Sozialpädagog*innen zukommen, dienen dazu, die Rolle als Elternvertretung wahrzunehmen und das Kindeswohl zu sichern und den Asylbehörden diejenigen Informationen zukommen zulassen, welche im Sinne der Interessen der UMA einen positiven Asylentscheid begünstigen. Anders wäre das Kindesinteresse nur zu gewichten, wenn ein positiver Asylentscheid den Kindesinteressen aus Sicht des Kindes und dessen Eltern zuwiderlaufen würde (zum Beispiel eine gewollte und gesuchte familiäre Zusammenführung im Heimatland verhindern oder erschweren würde).

Ausserhalb der Alltagserziehung steht ohne explizite Ermächtigung der Inhaber der elterlichen Sorge den Pflegeeltern die Vertretungskompetenz für Entscheidungen, die die UMA betreffen, nur zu, wenn eine Vertretungshandlung auf Grund zeitlicher Dinglichkeit notwendig ist⁸³.

4.3.3.4 *Zivilrechtliche Kindesschutzmandate*

Das schweizerische Zivilgesetzbuch sieht für die Sicherstellung der gesetzlichen Vertretung und/oder Betreuung der minderjährigen Personen bei Abwesenheit der sorgeberechtigten Eltern vier mögliche Interventionsformen vor.

a. Eigenes Handeln der KESB

Je nach Umfang und Liquidität der zu vertretenden Angelegenheit kann die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) die minderjährige Person direkt durch eigenes Handeln vertreten (Art. 306 Abs. 2 ZGB), insbesondere wenn die Angelegenheit dringlich ist oder aufgrund des beschränkten Umfangs der Angelegenheit die Bestellung eines Beistandes eine unnötige Formalität darstellen würde⁸⁴.

b. Beistandschaft

Art. 306 Abs. 2 ZGB regelt die Vertretung der minderjährigen Person in allen notwendigen Angelegenheiten, wenn die sorgeberechtigten Eltern an der Vertretung faktisch verhindert sind, sei dies aus Gründen von Krankheit oder Abwesenheit. Dem Wesen nach ist diese Form der Vertretung für Einzelgeschäfte oder allenfalls für konkrete in sich zusammenhängende Geschäfte vorgesehen, nicht aber für die dauerhafte Vertretung der sorgeberechtigten Eltern⁸⁵. Diese Form der situationsbezogenen Vertretung der UMA in Bezug auf Vertretungshandlungen, die aufgrund fehlender gesetzlicher Vertretungsbefugnissen nicht von der Vertrauensperson oder den Sozialpädagog*innen in der Pflegeelternstellung während des Aufenthaltes in den BAZ wahrgenommen werden können, ist durch die

⁸⁰ BK AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 300 N 28; MEIER/STETTLER (Fn 26) Rz. 1827.

⁸¹ Quality4Children Standards in der ausserfamiliären Betreuung in Europa, Standard Nr. 7, unter: <https://www.quality4children.ch/s/q4cstandards-deutschschweiz.pdf> (besucht am 13.2.23).

⁸² Art. 3 UNKRRK; Art. 296 Abs. 1 ZGB.

⁸³ BK AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 300 N 30.

⁸⁴ BK AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 306 N 48; BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 306 N 7b.

⁸⁵ BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 306 N 7

zuständige KESB am jeweiligen BAZ-Standort zu entscheiden. Insbesondere in dringlichen Situationen (z.B. Zustimmung zu notwendigen heiklen medizinischen Massnahmen) kann die zuständige KESB, soweit notwendig, vorsorglich oder superprovisorisch entscheiden⁸⁶.

c. Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts mit Fremdplatzierung

Wenn der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden kann, hat die KESB es den Eltern oder, wenn es sich bei Dritten befindet, diesen wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen⁸⁷. Mit der vorübergehenden Unterbringung eines/einer UMA in ein BAZ entfällt in aller Regel die Gefährdung des Kindeswohls mit Bezug auf Betreuung, Erziehung und Sicherung der elementaren Existenzbedürfnisse⁸⁸, weshalb eine kindeschutzbehördliche Platzierung nur dann in Betracht zu ziehen ist, wenn der Betreuungsrahmen der BAZ einem UMA in dessen konkreten Situation keinen hinreichenden Schutz gewährt. Das ist denkbar bei Vorliegen einer schweren psychischen Störung und einer anders begründeten zwangsweisen Sonderbehandlung in einer spezialisierten Einrichtung, wobei in solchen Fällen oft eine medizinisch indizierte FU zur Anwendung gelangen dürfte⁸⁹.

d. Vormundschaft

Muss eine dauerhafte Vertretung sichergestellt werden, sind weitergehende Kindeschutzmassnahmen, insbesondere der Entzug der elterlichen Sorge wegen Ortsabwesenheit gestützt auf Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB und die damit verbundene Errichtung einer Vormundschaft nach Art. 327a-c ZGB in Betracht zu ziehen. Die Sicherstellung der dauerhaften Vertretung durch eine weitergehende Kindeschutzmassnahme stellt sich aufgrund der sehr begrenzten Aufenthaltsdauer der UMA's in den BAZ in der Regel erst nach der Zuweisung der UMA in den entsprechenden Kanton, sie kann aber je nach Bedarf und gesundheitlichem Zustand eines Kindes oder aufgrund dessen familiären oder beziehungs-mässigen Situation (z.B. verstrickt in komplexe rechtliche Beziehungen) bereits beim Eintritt in ein BAZ akut werden.

4.4 BAZ als Betreuungseinrichtung

4.4.1 Fragestellungen

In Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung stellt sich die Frage, ob die Unterbringung und Betreuung von minderjährigen Asylsuchenden in einem BAZ voraussetzt, dass die fraglichen BAZ als Einrichtungen im Sinne der PAVO⁹⁰ über eine Heimbewilligung verfügen, oder ob Art. 28 AsylG als *lex specialis* vorgeht.

4.4.2 Ausgangslage

Bei der Unterbringung von minderjährigen unbegleiteten Asylsuchenden in den Bundesasylzentren handelt es sich um eine kollektive Unterbringungsform zum Zweck der Betreuung bis zur definitiven Zuweisung zu den Kantonen. In der Regel dauert der Aufenthalt 60-70 Tage.

Art. 316 Abs. 1 ZGB regelt im Grundsatz, dass die Aufnahme von Pflegekindern einer Bewilligungspflicht und der Aufsicht der KESB oder einer vom kantonalen Recht bezeichneten anderen Stelle am Wohnsitz der Pflegeeltern unterliegt⁹¹. Weiter gehende Anforderungen auf Gesetzesstufe sind keine

⁸⁶ Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 1 und 2 ZGB.

⁸⁷ Art. 310 / 314b ZGB.

⁸⁸ BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Vorbem. Art. 307-327c ZGB N 150.

⁸⁹ Handbuch Betreuung UMA in BAZ S. 28.

⁹⁰ Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern (Pflegekinderverordnung, PAVO, SR 211.222.338).

⁹¹ Botschaft Kindesrecht, BBl 1974 II 88.

vorgesehen, der Bundesrat erhält in Abs. 2 dieser Bestimmung die Kompetenz, Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Die gestützt darauf erlassene Pflegekinderverordnung (PAVO) hält in Art. 1 Abs. 1 als Grundsatz fest, dass die Aufnahme von Minderjährigen ausserhalb des Elternhauses einer Bewilligung bedarf und unter einer Aufsicht steht. Für kollektive Unterbringungen in einer Einrichtung sind die Art. 13 ff. PAVO massgebend. Es besteht eine generelle Bewilligungspflicht sowie Aufsicht durch sachkundige Vertreter der Bewilligungsbehörden, es sei denn, dass die kantonalen, kommunalen oder gemeinnützigen privaten Einrichtungen nach der Schul-, Gesundheits- oder Sozialhilfegesetzgebung einer besonderen Aufsicht unterliegen⁹².

Demgegenüber ermächtigt das Asylgesetz das Staatssekretariat für Migration und die kantonalen Migrationsbehörden in Art. 28 AsylG, Asylsuchende, also auch minderjährige Asylsuchende, einem Aufenthaltsort zuzuweisen und kollektiv unterzubringen, wobei bei der Unterbringung den besonderen Bedürfnissen von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden nach Möglichkeit Rechnung zu tragen ist⁹³. Das EJPD erlässt dazu für den Betrieb von Bundesasylzentren Bestimmungen für einen geordneten Betrieb⁹⁴, was mit der Verordnung des EJPD über den Betrieb von Zentren des Bundes und Unterkünften an den Flughäfen⁹⁵ umgesetzt wurde.

4.4.3 Vorgaben für den Betrieb der kollektiven Unterkunft von UMA

Gemäss Art. 5 der oberwähnten EJPD-VO BAZ ist den besonderen Bedürfnissen von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden und Schutzbedürftigen bei der Unterbringung und Betreuung Rechnung zu tragen. Unbegleitete minderjährige Asylsuchende und Schutzbedürftige sind getrennt von erwachsenen Asylsuchenden und Schutzbedürftigen unterzubringen. Das Betriebskonzept Unterbringung⁹⁶ (BEKO) regelt den Betrieb der Bundesasylzentren (BAZ), wobei für die Unterbringung und Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden Abweichungen vom Betriebskonzept im Konzept selber und mit Verweis auf das «Handbuch zur Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) in den Bundesasylzentren (BAZ)» festgehalten werden. Dieses Handbuch ist für alle BAZ gleichermassen verbindlich.

Das Betriebskonzept hält in Ziff. 7.1 explizit fest, dass UMA's grundsätzlich nur in BAZ untergebracht werden dürfen, welche die UMA-Standards erfüllen. Das gesamte Betriebskonzept enthält zahlreiche Spezialbestimmungen für UMA's, um den besonderen Bedürfnissen im Rahmen der kollektiven Unterbringung Rechnung zu tragen. Zudem regelt das Handbuch zur Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) in den Bundesasylzentren (BAZ) detailliert, wie die Betreuung der UMA's zu gestalten ist. Gemäss Art. 6 der EJPD-VO BAZ legt das SEM Qualitätsstandards für die Betreuung und Sicherheit fest und führt regelmässige Qualitätskontrollen durch.

Die Qualitätsstandards sind je nach Phase des Aufenthaltes in den BAZ formuliert. Für die Phase 1 (Ankunft «Ankommen») sind 3 Standards vorgegeben, für die Phase 2 (Aufenthalt im BAZ) sind in 16 Unterkategorien (z.B. Tagesstruktur, Hausarbeiten, Freizeitgestaltung etc.) 22 Standards formuliert und in der Phase 3 (Abschluss im BAZ und Abschied) weitere 4 Standards. Zudem sind weitere Standards betreffend Rolle SEM und Sozialpädagog*innen, Quantität des Betreuungspersonals sowie der Belegung vorgegeben. Je Qualitätsstandard sind die Indikatoren für die Zielerreichung und die Form

⁹² Art. 13 Abs. 2 lit. a PAVO.

⁹³ Art. 82 Abs. 3^{bis} AsylG.

⁹⁴ Art. 24b Abs. 2 AsylG.

⁹⁵ EJPD-VO BAZ, SR 142.311.23.

⁹⁶ BEKO, Version 4.0, Stand 1.1.2022.

der Beurteilung (Audit oder Inspektion) vorgegeben. Die Qualitätsstandards werden für die Überprüfung in kritische, wichtige und weniger wichtige Standards unterteilt.

4.4.4 Qualitätsmanagement Unterbringung

Am 1. Juli 2021 hat das SEM ein Konzept Qualitätsmanagement Unterbringung erarbeitet, welches periodisch überprüft und aktuell in einer revidierten Fassung vom 8. Februar 2022 angewendet wird. Das Konzept definiert die Ziele und Mittel des Qualitätsmanagements der Unterbringung und Betreuung in den Bundesasylzentren (BAZ) und will unter anderem sicherstellen, dass

- die Arbeitsweise in den BAZ den definierten Qualitätsstandards entspricht und bei Abweichungen zeitnah Massnahmen zur Behebung getroffen werden sowie
- die Einhaltung der Qualitätsstandards in der vorgegebenen Periodizität und mit den definierten Beurteilungsinstrumenten überprüft und einheitlich ausgewertet werden.

Als Beurteilungsinstrumente sieht das Konzept das Audit oder die Inspektion vor.

Die Überprüfung der Einhaltung der Arbeitsprozesse und definierten Qualitätsstandards wird durch ein Auditprogramm sichergestellt, welches jährlich sechs Audits vorsieht, d.h. jede Asylregion wird mindestens einmal pro Jahr auditiert. Die Audits werden von drei bis fünf internen Auditoren an vier Tagen durchgeführt und die Ergebnisse in einem Bericht zusammengefasst. Der Bericht gibt unter anderem Auskunft darüber, welche Qualitätsstandards konkret auditiert worden sind, ob Abweichungen festgestellt worden sind und falls ja, welche. Dabei wird jeweils ein Auditnachweis erbracht, d.h. es wird dargelegt, anhand welcher Dokumenten, Aussagen oder Beobachtungen die Überprüfung der Standards erfolgt ist.

Parallel dazu sind die Leitungen der Asylregionen für die Durchführung von regelmässigen Inspektionen zuständig, mit dem Ziel, die Einhaltung der dafür definierten Qualitätsstandards in allen BAZ zu überprüfen und zu verbessern. Bei den kritischen Qualitätsstandards wird mindestens zweimal jährlich in jedem BAZ eine Inspektion durchgeführt, für die wichtigen und die weniger wichtigen Qualitätsstandards einmal pro Jahr.

4.4.5 Verhältnis AsylG zum ZGB

Das Asylgesetz regelt abschliessend die Betreuung der Asylsuchenden Personen inklusive der unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden. Insbesondere in Art. 82 Abs. 3^{bis} AsylG wird festgehalten, dass den besonderen Bedürfnissen von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden bei der Unterbringung nach Möglichkeit Rechnung zu tragen ist. Damit bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er sich der Problematik der Minderjährigen bei der Unterbringung bewusst ist. Die asylrechtlichen Bestimmungen über die Unterbringung und Betreuung von UMA wurden im Unterschied zu den zivilrechtlichen Pflegekinderbestimmungen⁹⁷ nicht mit einem Bewilligungsvorbehalt zugunsten der Kantone verknüpft, sondern bundesrechtlich abschliessend normiert. Im Rahmen der Bestimmungen, die das EJPD zu erlassen hat (Art. 24b AsylG), wurden zudem die entsprechenden Spezialregelungen sowohl in der Verordnung des EJPD über den Betrieb von Zentren des Bundes und Unterkünften an den Flughäfen, als auch im Betriebskonzept BEKO vom 1.1.2021 sowie im Handbuch zur Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) in den Bundesasylzentren (BAZ) vom 4. September 2020 festgelegt. Diese Spezialregelungen orientieren sich an den Rahmenbedingungen des

⁹⁷ Art. 316 ZGB.

Übereinkommens über die Rechte des Kindes⁹⁸ sowie Art. 11 der Bundesverfassung. Die Regelungen des AsylG sind somit nach der hier vertretenen Auffassung als *lex specialis* zu den Pflegekinderbestimmungen des ZGB und der darauf basierenden Pflegekinderverordnung zu qualifizieren. Mit andern Worten ist eine kantonale Aufsicht über die im Rahmen der bundesrechtlichen Kompetenz zur Regelung des Asylbereichs aufgestellten Betreuungs- und Qualitätsstandards gesetzlich nicht vorgesehen, wohl aber bundesrechtliche Vorgaben für die Aufnahme von Minderjährigen für die BAZ, welche mit jenen der PAVO vergleichbar sind und sich an übergeordnetem Recht orientieren.

Vergleich der PAVO Anforderungen an die Bewilligung eines Heimes mit den Vorgaben des SEM an die Betreuung von UMA in den BAZ

PAVO Eine Bewilligung kann erteilt werden, wenn	Handbuch Anforderungen an den Betrieb
<p>a. wenn eine für die körperliche und geistige Entwicklung förderliche Betreuung der Minderjährigen gesichert erscheint;</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Während der Zeit im BAZ ist die oberste Zielsetzung, eine altersgerechte Betreuung und den Schutz der UMA in den BAZ sicherzustellen. Die diesbezüglich geltenden besonderen Bedürfnisse und rechtlichen Vorgaben müssen gewahrt werden. Insofern orientiert sich das Betreuungshandbuch an der geltenden Gesetzgebung, den Grundsätzen der Kinderrechtskonvention, am Kindeswohl und Kindswillen gemäss dem individuellen Entwicklungsstand (S. 9). • Die Betreuung während des Aufenthalts im BAZ verfolgt unmittelbar das Ziel, den UMA emotionale Sicherheit und Stabilität zu vermitteln und sie dabei zu unterstützen, den Druck des Asylverfahrens zu bewältigen. • Die UMA-Betreuung in den BAZ orientiert sich somit in ihren Zielen an den drei Säulen • Schutz, Förderung und Mitwirkung der «Strategie für eine schweizerische Kinder- und Jugendpolitik» des Bundesrates von 2008, welche aus der UN-Kinderrechtskonvention von 1989 abgeleitet sind. • Gemäss Art. 5 Abs. 3 EJPD-VO BAZ müssen UMA nach Geschlechtern getrennt getrennt von Erwachsenen untergebracht werden.

⁹⁸ UNKRK, SR 0.107.

	<ul style="list-style-type: none"> Gemäss Evaluationsbericht der ZHAW⁹⁹ wurden in den BAZ wichtige Verbesserungen bei der Unterbringung und Betreuung von UMA erzielt, diese reichen aber nicht aus. Laut Bundesrat¹⁰⁰ werden die sozialpädagogischen Kapazitäten bedarfsgerecht bemessen.
<ul style="list-style-type: none"> wenn der Leiter und seine Mitarbeiter nach Persönlichkeit, Gesundheit, erzieherischer Befähigung und Ausbildung für ihre Aufgabe geeignet sind und die Zahl der Mitarbeiter für die zu betreuenden Minderjährigen genügt; 	<ul style="list-style-type: none"> Die Bezugsperson ist Hauptansprechperson des oder der UMA für alle persönlichen Fragen ausserhalb des Asylverfahrens. Sie stellt die UMA-Betreuung gemeinsam mit einem Team aus sozialpädagogischen Fachpersonen und UMA Betreuungsmitarbeitenden sicher (S. 12). An die Leitung des BAZ werden diesbezüglich keine spezifischen Anforderungen gestellt, und der Betrieb des BAZ ist auch nicht an eine spezifische Person gebunden.
<ul style="list-style-type: none"> wenn für gesunde und abwechslungsreiche Ernährung und für ärztliche Überwachung gesorgt ist; 	<ul style="list-style-type: none"> Das BEKO hält in Ziff. 7.5. und Anhang 14 spezifische Bedingungen für eine gesunde, genügende und ausgewogene Ernährung.
<ul style="list-style-type: none"> wenn die Einrichtungen den anerkannten Anforderungen der Wohnhygiene und des Brandschutzes entsprechen; 	<ul style="list-style-type: none"> Gemäss UNHCR-Empfehlungen vom August 2017 zur Unterbringung von Asylsuchenden in BAZ entsprechen die BAZ weitestgehend menschen- und flüchtlingsrechtlichen Mindeststandards. Die baulichen Anpassungen zur Sicherung der Privatsphäre wurden umgesetzt.¹⁰¹
<ul style="list-style-type: none"> wenn das Heim eine gesicherte wirtschaftliche Grundlage hat; 	<ul style="list-style-type: none"> Die Finanzierung ist durch das Asylgesetz gesichert (Art. 24 ff. und 90).
<ul style="list-style-type: none"> wenn eine angemessene Kranken-, Unfall- und Haftpflichtversicherung der Minderjährigen gewährleistet ist. 	<ul style="list-style-type: none"> Gesichert durch Art. 82a AsylG

⁹⁹ ZHAW, Evaluation des UMA-Pilotprojektes, Befunde zur Kindes- und altersgerechten Unterbringung und Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden in den Zentren des Bundes, Schlussbericht Januar 2019.

¹⁰⁰ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20193898>: Bundesrätliche Antwort auf die Interpellation Glättli 19.3898 vom 21.6.2019.

¹⁰¹ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20193898>: Bundesrätliche Antwort auf die Interpellation Glättli 19.3898 vom 21.6.2019.

<p>Vor Bewilligung prüft die Behörde in geeigneter Weise, insbesondere durch Augenschein, Besprechungen und Erkundigungen und wenn nötig unter Beizug von Sachverständigen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Gemäss BEKO Ziff. 16.3 arbeitet das SEM zwecks Qualitätskontrolle der Unterbringung von AS eng mit der NKVF und dem UNHCR zusammen. Beide Organisationen haben jederzeit unangemeldeten Zugang zu den BAZ und geben an das SEM konkrete Empfehlungen ab, welche dieses innert nützlicher Zeit prüft. • Das SEM hat ein Qualitätsmanagement für die Unterbringung (QMU) definiert (BEKO Ziff. 19 und dortiger Anhang 9).
--	--

Auch wenn man sich auf den Standpunkt stellen würde, dass trotzdem die zivilrechtlichen Bestimmungen über die Aufnahme von Pflegekindern anzuwenden wären, ist zu prüfen, ob nicht eine Lücke als planwidrige Unvollständigkeit in der Pflegekinderverordnung besteht. So nimmt Art. 13 Abs. 2 lit. a PAVO explizit diejenigen Einrichtungen von der Anwendung der PAVO aus, die gemäss kantonaler Schul-, Gesundheits- oder Sozialhilfegesetzgebung einer besonderen Aufsicht unterstehen. In einer älteren Fassung der PAVO waren zudem Sonderschulen, die von der Invalidenversicherung zugelassen waren, ebenfalls von der PAVO ausgenommen. Diese Bestimmung wurde gestrichen, da es keine solche Sonderschulen mehr gibt. Gemäss Ausführungen des Bundesrates zu einer Interpellation von J. Fehr vom 31. Oktober 2001 will die Pflegekinderverordnung damit Doppelspurigkeiten vermeiden und er kommt zum Schluss, dass sich dieses Konzept grundsätzlich bewährt hat¹⁰². Bei der Teilrevision der Pflegekinderverordnung im Jahr 2012 im Hinblick auf das Inkrafttreten der Revision des Erwachsenenschutzrechts war die Unterbringung von unbegleiteten Minderjährigen in Bundesasylzentren kein Thema, was darauf schliessen lässt, dass der Bundesgesetzgeber die BAZ nicht der PAVO zuordnete, weil sie bundesrechtlich geregelt sind¹⁰³. Damit wurde auch der Ausnahmekatalog in Art. 13 Abs. 2 lit. a PAVO nicht angepasst. Wäre sich der Bundesgesetzgeber dieser Thematik schlicht nicht bewusst gewesen, müsste nach der hier vertretenen Auffassung auf eine Ausnahmelücke¹⁰⁴ respektive verdeckte Lücke geschlossen werden, da die Bundesasylzentren nicht von der Bewilligungspflicht für die Betreuung von minderjährigen unbegleiteten Asylsuchenden befreit wurden. Die Anwendung der kantonalen Bewilligungspflicht wäre auch deshalb wenig sinnvoll, wenn die vom EJPD erlassenen Anforderungen an den Betrieb von BAZ je nach Standort durch uneinheitliche kantonale Bestimmungen konkurrenziert und überlagert würden.

Fazit: Nach der hier vertretenen Auffassung sind die Bestimmungen der PAVO (Bewilligung und Aufsicht durch die kantonalen Behörden der Heimpflege) auf die Betreuung von minderjährigen unbegleiteten Asylsuchenden in BAZ nicht anwendbar. Die Rahmenbedingungen für den Betrieb der BAZ und die Betreuung richten sich nach dem Asylgesetz und den vom EJPD erlassenen Bestimmungen. Mit dem Konzept Qualitätsmanagement Unterbringung (QMU) vom 8.2.2022, den Qualitätsstandards Unterbringung (QSU) – Bereich Handbuch UMA Betreuung (Version 2.0/10.02.2022) und den

¹⁰² Interpellation zur Umsetzung der Pflegekinderverordnung J. Fehr vom 20.6.2001, 01.3344.

¹⁰³ Art. 24b Abs. 2 und Art. 82 Abs. 3^{bis} AsylG; SEM, Betriebskonzept Unterbringung (BEKO); SEM, Handbuch zur Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden in den Bundesasylzentren.

¹⁰⁴ BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 352.

regelmässigen Audits (z.B. Audit-Bericht BAZmV Altstätten, Asylregion OCH vom 6.-9.9.2021) wird auch in sachlicher Hinsicht die Durchsetzung kindergerechter Unterbringung von UMA gewährleistet.

5 Schlussfolgerungen

5.1 Zuständigkeit von SEM und KESB

5.1.1 SEM

Das SEM teilt kraft öffentlichen Rechts ausländische Minderjährige, welche um Asyl nachsuchen, einem Bundesasylzentrum zu. Das Bundesasylzentrum hat den Auftrag, die persönliche Betreuung und die Vertretung der UMA im Asylverfahren sicherzustellen. Weitergehende Bedürfnisse nach Interessenwahrung kann das SEM kraft seiner gesetzlichen Zuständigkeit nicht sicherstellen.

5.1.2 KESB

Die KESB muss vom Moment an, da sich ein ausländisches Kind in der Schweiz aufhält, die nötigen zivilrechtlichen Kinderschutzmassnahmen anordnen, wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist. In der Regel sind die Interessen des Kindes kurzfristig gewahrt, wenn das Kind durch seine Eltern begleitet ist, und bei UMA, wenn das SEM sie einem BAZ mit dessen Betreuungsstrukturen zuweist. Weil die Rechtsvertretung im Asylverfahren als Vertrauensperson keine Vertretungskompetenzen ausserhalb des Asylverfahrens hat, bedarf es einer zivilrechtlichen Kinderschutzmassnahme, sobald sich ein unaufschiebbarer weitergehender Vertretungsbedarf des Kindes manifestiert (Art. 306 Abs. 2 und Art. 327a-c ZGB). Die örtliche und sachliche Zuständigkeit der KESB für UMA richtet sich nach dem Ort des schlichten Aufenthalts, und eine Weigerung, Gefährdungsmeldungen bezüglich Kindern in einem BAZ anhand zu nehmen, verstiesse sowohl gegen den Anspruch auf besonderen Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV), gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 8 BV, Art. 2 UNKRK) als auch die Interventionspflicht und Officialmaxime der KESB (Art. 307 i.V.m. Art. 315 und Art. 446 ZGB).

5.2 Zuständigkeit von Rechtsvertretung und Vertrauensperson

Die asylrechtlich einer/einem UMA zugewiesene Rechtsvertretung ist auf das Asylverfahren begrenzt, ihr Aufwand wird auch nur in diesem Rahmen durch die Asylbehörden finanziert. Der Begriff der Vertrauensperson, welcher der Rechtsvertretung im Verordnungsrecht des Bundesrates zugesprochen wird, beinhaltet vor allem beabsichtigte und angestrebte Beziehungselemente, begründet aber weder gesetzliche Vertretungskompetenzen in Bereichen der fehlenden elterlichen Sorge noch Beistandsfunktionen, wie sie die zivilrechtlichen Vertretungsbeistandschaften kennen. Der Beistand, den eine Vertrauensperson dem/der UMA zu leisten hat¹⁰⁵, ist im Sinne von «beistehen» und nicht im Sinne von «vertreten» zu verstehen. Im Unterschied zu den Beistandschaften des zivilrechtlichen Kinderschutzes unterliegen Rechtsvertretungen und Vertrauenspersonen auch keiner Rechenschaftsablagepflicht und behördlichen Aufsicht, sondern üben eine weisungsunabhängige Funktion aus wie Prozessbeistandschaften nach Art. 299 ZPO und Verfahrensbeistandschaften nach Art. 314a^{bis} ZGB. Alle Bestrebungen, aus Praktikabilitätsgründen den Vertrauenspersonen Vertretungsverantwortlichkeiten zuzuschreiben¹⁰⁶, scheitern an der nötigen gesetzlichen Grundlage.

¹⁰⁵ «...insbesondere im Verkehr mit Behörden sowie mit Einrichtungen des Gesundheitswesens», Art. 7 Abs. 3 lit. c AsylV 1.

¹⁰⁶ Z.B. SEM, Merkblatt UMA - Einverständniserklärung in medizinische Behandlung Ziff. 4.1.

5.3 Zuständigkeit von Sozialpädagog*innen und BAZ-Leitung

Der Unterbringung des UMA in einem BAZ liegt ein Pflegeverhältnis zugrunde, dessen Entstehung und Inhalt durch die Zuweisung der Asylbehörden gestützt auf öffentliches Recht (Asylgesetzgebung) definiert wird.

Die BAZ-Leitung nimmt aus zivilrechtlicher Sicht die Stellung der Pflegeeltern ein, während die Sozialpädagog*innen die konkrete Betreuung als Bezugsperson der zugewiesenen UMAs sicherstellen. In ihrer Funktion übt die Bezugsperson zwar eine direkte Betreuungsfunktion und im Rahmen ihres Pflichtenheftes und/oder Stellenbeschriebs auch delegierte Kompetenzen aus, die Obhut liegt dagegen in den Händen der BAZ-Leitung.

Soweit das SEM respektive die BAZ-Leitung demnach den Sozialpädagog*innen Entscheidungskompetenzen einräumt, können diese sowohl im Rahmen des Ordnungs- und Disziplinarregimes des BAZ als auch im Rahmen von Art. 300 ZGB rechtsverbindlich handeln (Art. 300 Abs. 1 ZGB). Soweit Vertretungshandlungen und Entscheidungen notwendig sind, welche die Kompetenzen von Art. 300 Abs. 1 ZGB übersteigen, können diese nur durch eine Beistandsperson (Art. 306 Abs. 2 ZGB) oder einen Vormund oder Vormundin (Art. 327a-c ZGB) oder durch eigenes Handeln der KESB (Art. 306 Abs. 2 ZGB) getroffen werden.

5.4 Zuständigkeit von Vertretungsbeistandschaft und Vormundschaft

Fehlt es namentlich infolge Abwesenheit an der nötigen elterlichen Sorge, und müssen für das Kind Entscheidungen getroffen werden, muss die KESB entweder anstelle der Eltern handeln, wenn eine Sache liquid und rasch lösbar ist, oder aber sie hat für einzelne Belange eine Beistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB oder bei umfassenden Betreuungsbedarf eine Vormundschaft nach Art 327a-c ZGB zu errichten.

5.5 Konsequenzen

- a) Die Rollenumschreibungen im „Handbuch zur Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) in den Bundesasylzentren (BAZ)“ für Verfahrensbeistandspersonen respektive Vertrauenspersonen, Sozialpädagog*innen und BAZ-Leitung müssen entsprechend den Erwägungen unter Ziff. 5.1 bis 5.4 angepasst werden.
- b) Die Aufsichts- und Qualitätssicherungsinstrumente zur Betreuungsarbeit der BAZ müssen konsequent und in realistischen Perioden umgesetzt werden, wobei die Erkenntnisse externer Audits (namentlich NKVF und Unicef) transparent mitberücksichtigt werden.
- c) Das betreuende Personal, die Rechtsvertretungen/Vertrauenspersonen, das medizinische Fachpersonal und die BAZ-Leitungen sind so zu instruieren, dass Kompetenzkonflikte in erzieherischen und medizinischen Entscheidungen unter den Beteiligten vermieden werden können.

Anhang: Literaturliste

1. Artikel

Affolter-Fringeli Kurt, Vertretung unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender, ZKE 6/2016 S. 485 ff.

Gassner Sybille, Das Vertretungsrecht der Pflegeeltern, in: Eitel/Zeiter (Hrsg.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich 2014, 89 ff.

Gordzielik Teresia, Rechtliche Rahmenbedingungen zur aktuellen Unterbringungssituation von Asylsuchenden in der Schweiz, in: Jusletter 14. März 2016.

Herrendorff Sarah Maria, Die Vertretung unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender, in: Jusletter 9. Juli 2018

Jimenez Dávila Heide, Bedürfnisgerechte Unterbringung in den Bundesasylzentren: Entwicklungen am Beispiel von Frauen und unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden, Asyl 4/20 S. 3-9

Lischetti Nora, Unbegleitete Minderjährige im schweizerischen Asylverfahren, Asyl 1/2012 S. 3-12

2. Bücher, Dissertationen, Masterarbeiten

Andenmatten Nicole, Minderjährige im schweizerischen und internationalen Migrationsrecht, Grosse Masterarbeit, 2009

Bucher Laura, Die Rechtsstellung der Jugendlichen im öffentlichen Recht, Diss. Zürich 2013

Caroni Martina/Scheiber Nicole/Preisig Christa/Zoetewijj Margarite, Migrationsrecht, 4. Aufl., Stämpfli Verlag, 2018

Corbaz Matthieu, Les mineurs non accompagnés en droit d'asile : étude du droit suisse à la lumière du droit international des droits de l'enfant, Diss. Lausanne 2019

Grasdorf-Meyer Tobias/Ott Lisa/Vetterli Luzia, Geflüchtete Menschen im Schweizer Recht, Stämpfli Verlag, 2021 (Rz. 472 ff.)

Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7. Aufl., Stämpfli Verlag, 2022

Kilde Gisela, Stellung und Mitwirkung des Kindes in einzelnen Verfahren, § 9 Asylverfahren, in: Hotz Sandra (Hrsg.), Handbuch Kinder im Verfahren, Dike Verlag 2020, S. 328 ff.

Meier Philippe, Droit de filiation, 6^e éd., Schulthess, 2019

Rohner Rebecca, Unbegleitet – minderjährig – asylsuchend – weiblich, Master-Thesis Fachhochschulen Bern, Luzern, St. Gallen und Zürich, August 2015

Spescha Marc/Kerland Antonia/Bolzli Peter, Handbuch zum Migrationsrecht, 4. Aufl., Orell Füssli, 2019

Wintsch Sandra, Der Schutz von unbegleiteten Minderjährigen im Asylverfahren, in: Eckner/Kempin, Recht des Stärkeren – Recht des Schwächeren, Zürich 2005, S. 111 ff.

3. *Kommentare*

Affolter-Fringeli Kurt/Vogel Urs, Berner Kommentar zu Art. 296-327c ZGB (Die elterliche Sorge, der Kinderschutz, das Kindesvermögen, Minderjährige unter Vormundschaft), Stämpfli Verlag, 2016

Lienhard Bettina/Affolter Kurt, **Basler Kommentar zu Art. 327a-c ZGB**, 7. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2022

Schwenzer Ingeborg/Cottier Michelle, Basler Kommentar zu Art. 296 und 306 ZGB, 7. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2022

4. *Materialien*

Arbeitspapier des SEM (undatiert) zu Fragen im Zusammenhang mit der (externen) Unterbringung von asylsuchenden Personen (insb. Vulnerablen Personen) während der Zuständigkeit des Bundes

Betriebskonzept Unterbringung (BEKO), EJPD/SEM/Direktionsbereich Asyl, 1.1.2021

Empfehlungen für den Kinderschutz im Asyl- und Flüchtlingsbereich (inklusive Sans-Papiers-Kinder), Arbeitsgruppe der Kinderschutzkommission für Kinderschutz bei Flüchtlingen, Kanton Zürich, September 2017

Evaluation des UMA-Pilotprojektes, Institut für Vielfalt und gesellschaftliche Teilhabe/Institut für Kindheit, Jugend und Familie, ZHAW, Schlussbericht Januar 2019 (im Auftrag des SEM, Direktionsbereich Asyl)

Handbuch zur Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) in den Bundesasylzentren (BAZ), SEM Direktionsbereich Asyl/Res Publica Consulting, Stand September 2020

Kommentar «Umsetzung der Vorlage zur Beschleunigung der Asylverfahren (Neustrukturierung des Asylbereichs)»: Änderung der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen (AsylV 1), der Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen (AsylV 2), der Asylverordnung 3 über die Bearbeitung von Personendaten (AsylV 3) und der Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung sowie der Landesverweisung von ausländischen Personen (VWWAL), Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), Bern, Mai 2018, S. 22

Konzept-Qualitätsmanagement Unterbringung (QMU), Direktionsbereich Asyl, Sektion Unterbringung und Projekte Regionen (SUPR), Bern 8. Februar 2022

Netzwerk Kinderrechte Schweiz, Kinder im Asylbereich, geflüchtete Kinder und Kinder im Migrationskontext, Auszug aus: Vierter NGO-Bericht an den UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, Bern 2021, S. 73 - 78

Ombudsstelle Kinderrechte Schweiz, Präsentation Kinder stärken und schützen, 14.9.2021

Publikationen zum Themenkreis Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, Kinderflüchtlinge, Kindersoldaten, Annotierte Bibliographie, Stand Juli 2016, Kompetenz-Zentrum Pflegekinder, Berlin

Qualitätsstandards Unterbringung (QSU) – Bereich Handbuch UMA Betreuung, Version 2.0/10.02.2022/SUPR

Rechtliches Gehör in Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren – Leitfaden, Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern als Aufsichtsbehörde im Kindes- und Erwachsenenschutz, 12.12.2016

Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht, VERNACHLÄSSIGTES KINDESWOHL: Minderjährige in Asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren, Bern 2020

Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht, Kinder und Jugendliche auf der Flucht: Die Situation von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden in der Schweiz, Bern 2014

Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht, Kinderrechte und die Anwendung der Migrationsgesetzgebung in der Schweiz, Bern 2013

Schweizerischen Flüchtlingshilfe, Positionspapier: Kindesschutzmassnahmen in Bundesasylzentren, 20. September 2020

SODK, Empfehlungen vom 20. Mai 2016: Unbegleiteten minderjährigen Kindern und Jugendlichen aus dem Asylbereich

SODK/KOKES, Merkblatt zum Umgang mit schutzbedürftigen Kindern aus der Ukraine, 6. April 2022

Übereinkommen über die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen, Antwort der Schweiz (Bundesrat) vom 18. Dezember 2020 zur «List of Issues» vor Einreichen des fünften und sechsten Staatenberichts

UMA-Betreuung in den Bundesasylzentren (BAZ), Offene Fragen zur Rolle der Vertrauensperson und der Vertretung des Kindes sowie zu allfällig weiteren Kindesschutzmassnahmen, Zuständigkeiten und juristische Grundlagen, SEM, Direktionsbereich Asyl, Abteilung Region Bern

Unbegleitete minderjährige Asylsuchende: Zuständigkeit für die Betreuung, Rechtsgutachten von Markus Bucheli, Dr. rer. Pol., zuhanden des Sicherheits- und Justizdepartementes sowie der Vereinigung St. Galler Gemeindepräsidentinnen und Gemeindepräsidenten vom 31.3.2016

UNHCR/UNICEF, Guardianship and legal representation, Auszug aus: The Way Forward, 2017, S. 16-23

UNHCR/UNICEF, Safe & Sound: Welch Massnahmen Staaten ergreifen können, um das Kindeswohl von unbegleiteten Kindern in Europa zu gewährleisten, 2016

Wer mit und für Kinder arbeitet, soll die Kinderrechte kennen und anwenden, Massnahmen des Bundesrates zur Umsetzung von Empfehlungen des UN-Kinderrechtsausschusses vom 5.3.2021