



Freiheitsentziehende Zwangsmassnahmen des Ausländerrechts (ausländerrechtliche Administrativhaft)

Allgemeine Grundsätze

Eine freiheitsentziehende Zwangsmassnahme des Ausländerrechts ist eine **verwaltungsrechtliche Massnahme**. Sie ist keine Strafe, sondern dient ausschließlich der **Sicherung des Verfahrens und des Vollzugs einer Aus- oder Wegweisung oder einer Landesverweisung**.¹ Diesem Umstand ist bei der Ausgestaltung des Freiheitsentzugs Rechnung zu tragen.²

Voraussetzung dieser freiheitsentziehenden Zwangsmassnahme ist, dass ein **Aus- oder Wegweisungsverfahren hängig** ist (sog. „schwebendes Verfahren“).³ Ist der Vollzug der Aus- und Wegweisung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht durchführbar, ist der Freiheitsentzug aufzuheben.⁴

Die ausländerrechtliche Administrativhaft sollte **nur beschränkt zum Einsatz** kommen und muss im Hinblick auf die eingesetzten Mittel und die angestrebten Ziele dem Grundsatz der

Verhältnismässigkeit Rechnung tragen. Ein **Freiheitsentzug ist nur als letztes Mittel** gerechtfertigt, um die Wegweisung oder Landesverweisung vorzubereiten oder die Rückführung durchzuführen, wenn keine weniger einschneidenden Zwangsmassnahmen möglich sind.⁵ Die Behörden haben mit Blick auf das **Beschleunigungsgebot** auf den Vollzug der Aus- oder Wegweisung hinzuarbeiten und alle Massnahmen zu treffen, um das Aus- oder Wegweisungsverfahren sicherzustellen.⁶ Die Rechtmässigkeit dieses Freiheitsentzugs ist **regelmässig zu überprüfen**.⁷

Inhaftierung von besonders verletzlichen Personen

Die Anordnung einer Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft ist gestützt auf nationale Rechtsgrundlagen **ausgeschlossen gegenüber Kindern und Jugendlichen, die das 15. Altersjahr noch nicht erreicht haben**.⁸

Gestützt auf internationale Vorgaben verletzt

¹ Vgl. ACHERMANN ALBERTO/KÜNZLI JÖRG, Die Ausländerrechtliche Administrativhaft im Licht der internationalen Rechtsvorgaben, in: QUELOZ/NOLL/VON MANDACH/DELGRANDE (Hrsg.), Verletzlichkeit und Risiko im Justizvollzug, Schriftenreihe Kriminalität, Justiz und Sanktionen (Vol. 15), Bern 2015, (zit. ACHERMANN/KÜNZLI), S. 86.

² BGE 122 II 49 E. 5 und BGE 122 II 299; Twenty Guidelines on Forced Return, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe at the 925th Meeting of the Ministers' Deputies, 4 May 2005, (zit. CM(2005)40-final), Guideline 10 Ziff. 1; vgl. CPT, Angehörige fremder Staaten in ausländerrechtlicher Haft, Auszug aus dem 7. Jahresbericht des CPT (zit. CPT/Inf(97)10-part), Ziff. 29; CPT, Factsheet on Immigration Detention, März 2017 (zit. CPT/Inf(2017)3), S. 1.

³ Art. 5 Abs. 1 lit. f Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101 (zit. EMRK); Bei der Durchsetzungshaft muss gem. Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK zusätzlich ein Haftgrund vorliegen.

⁴ BGE 122 II 148 E. 3: Andernfalls verstösst die Haft gegen Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK.

⁵ Art. 16 der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 (zit. EU-Rückführungsrichtlinie); CPT, Schutzvorkehrungen für irreguläre Migranten in ausländerrechtlicher Haft, Auszug aus dem 19. Jahresbericht des CPT (zit. CPT/Inf(2009)27-part), Ziff. 80; CPT/Inf(2017)3, S. 2; vgl. EGMR, Kim gegen Russland, 44260/13 (2014), wonach es eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 und 4 EMRK darstellt, wenn sich jemand in Ausschaffungshaft befindet, aber keine realistische Möglichkeit zur Ausschaffung dieser Person besteht.

⁶ NKVF, Tätigkeitsbericht 2011, S. 26.

⁷ CPT/Inf(2009)27-part, Ziff. 86; CPT/Inf(2017)3, S. 2.

⁸ Art. 80 Abs. 4 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005, SR 142.20 (zit. AIG); Vgl. CPT/Inf(2017)3, S. 9.

eine **Inhaftierung von (insbesondere unbegleiteten)⁹ Minderjährigen** das Kindeswohl und ist daher stets als **unzulässig** zu bezeichnen.¹⁰

Der EGMR hat die **Inhaftierung von Minderjährigen** – einschliesslich von unbegleiteten oder getrennt reisenden Minderjährigen – als eine **Verletzung von Art. 3 EMRK und/oder Art. 5 EMRK** bezeichnet.¹¹ Zwar untersuchte der Gerichtshof die Haftbedingungen jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung der Dauer der Inhaftierung, stellte aber in jedem Fall eine Verletzung fest. Daraus folgt, dass Jugendliche unter 18 Jahren für ausländerrechtliche Zwecke nicht zu inhaftieren sind. Von einer solchen Unterbringung ist folglich grundsätzlich abzusehen oder diese zeitlich auf maximal 24 Stunden zu beschränken.

Eine **Inhaftierung von Schwangeren**, insbesondere in einem Gefängnis, ist nur als letztes Mittel (*ultima ratio*) zulässig bei Frauen, welche

besonders schwere Straftaten begangen haben und eine unmittelbare Gefahr für die Gesellschaft darstellen.¹² Daraus folgt, dass eine **Administrativhaft von schwangeren Frauen grundsätzlich unzulässig** ist. Eine Inhaftierung ist in jedem Fall nur solange zulässig, wie die Gesundheit der schwangeren Frau und des ungeborenen Kindes nicht gefährdet sind.¹³ Die Geburt sollte in einem Spital ausserhalb der Hafteinrichtung ermöglicht werden.¹⁴

Vollzugsgrundsätze

Vollzugsort und materielle Haftbedingungen

Personen in ausländerrechtlicher Haft sollten nur für die kürzest mögliche Dauer, namentlich zur Abklärung der Identität, in einer **polizeilichen Einrichtung** festgehalten werden.¹⁵ Ansonsten stellt eine Polizeistation **kein geeigneter Ort** dar, um ausländerrechtlich Inhaftierte unterzubringen.¹⁶

⁹ UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 23 on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, (Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families), 16. November 2017, CMW/C/GC4-CRC/C/GC/23 (zit. CRC, GC 23), Ziff. 7

¹⁰ Art. 37 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRK), SR 0.107; Art. 9 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2 (zit. UNO-Pakt II); CRC, GC 23, Ziff. 5, 7, 10; UN-Kinderrechtsausschuss, Report of the 2012 Day of General Discussion, Ziff. 78; UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 22 on the general principles regarding the human rights of children in the context of international migration, (Joint general comment No. 3 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers), 16. November 2017, CMW/C/GC3-CRC/C/GC/22 (zit. CRC, GC 22); vgl. dazu auch Art. 11 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Juni 2013 (zit. EU-Aufnahmerichtlinie) i.V.m. Art. 28 Abs. 4 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Juni 2013 (zit. Dublin-III-Verordnung) i.V.m. Art. 81 Abs. 4 lit. b AIG; CM(2005)40-final, Guideline 11 Ziff. 1; UN-Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 35 zu Art. 9, 16. Dezember 2014, CCPR/C/GC/35 (zit. MRA, GC 35), Ziff. 18; CPT/Inf(2009)27-part, Ziff. 97; CPT/Inf(2017)3, S. 8 f.

¹¹ EGMR, S.F. u.a. gegen Bulgarien, 8138/16 (2017), Ziff. 79-83, 93; EGMR, Abdullahi Elmi und Aweys Abubakar gegen Malta, 25794/13 und 28151/13 (2016), Ziff. 111-115; EGMR, Popov gegen Frankreich, 39472/07 und 39474/07 (2012), Ziff. 140 f.; EGMR, A.B. u.a. gegen Frankreich, 11593/12 (2016); EGMR, R.M. und M.M. gegen Frankreich, 33201/11 (2016); EGMR, A.M. u.a. gegen Frankreich, 24587/12 (2016); EGMR, R.K. gegen Frankreich, 68264/14 (2016); EGMR, R.C. gegen Frankreich, 76491/14 (2016).

¹² Vgl. Parliamentary Assembly Council Europe, Mothers and Babies in Prison, Res. 1469 (2000), Ziff. 5.3; Vgl. dazu auch Grundsätze der Vereinten Nationen für die Behandlung weiblicher Gefangener und für nicht freiheitsentziehende Massnahmen für weibliche Straffällige, Res. 65/229 der UN-Generalversammlung vom 21. Dezember 2010, A/RES/65/229 (zit. Bangkok-Regeln), Regel 64.

¹³ UNHCR, Richtlinien über anwendbare Kriterien und Standards betreffend Haft und Alternativen zur Haft von Asylsuchenden von 2012 (zit. UNHCR Detention Guidelines), Guideline 9.3, Ziff. 58; Bangkok-Regeln, Regeln 5, 19, 33, 42 und 64; UN-Frauenrechtsausschuss, General Recommendation No. 32 on the gender-related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women, 14. November 2014, CEDAW/C/GC/32, Ziff. 34 und 49; EGMR, Mahmudi u.a. gegen Griechenland, 14902/10 (2012), Ziff. 70; Art. 11 Abs. 1 und Art. 21 EU-Aufnahmerichtlinie; CPT, Factsheet on women in prison, CPT/Inf(2018)5, S. 5.

¹⁴ Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Behandlung der Gefangenen, Res. 70/175 der UN-Generalversammlung vom 17. Dezember 2015, A/RES/70/175 (zit. Nelson-Mandela-Regeln), Regel 28.

¹⁵ EGMR, Abdolkhani und Karimnia gegen Türkei (Nr.2), 50213/08 (2010), Ziff. 31; CPT/Inf(97)10-part, Ziff. 27; UNHCR Detention Guidelines, Guideline 8 Ziff. 48 (iii).

¹⁶ EGMR, Horshill gegen Griechenland, 70427/11 (2013), Ziff. 52; Déclaration publique relatif à la Grèce du CPT du 15 mars 2011, CPT/Inf(2011)10, Ziff. 7.

Auch **Gefängnisse** stellen **keine geeigneten Orte** dar für ausländerrechtlich Inhaftierte, welche weder strafrechtlich verdächtigt werden noch eine Strafe verbüssen.¹⁷ Eine Unterbringung in gewöhnlichen Haftanstalten darf deshalb nur **im begründeten Ausnahmefall für wenige Stunden oder Tage** und nur unter **Einhaltung des Trennungsgrundsatzes** zur Anwendung kommen.¹⁸ In diesem Fall ist der Gefängnischarakter der Einrichtung möglichst zu reduzieren.¹⁹ Eine bloss zellenweise Trennung ausländerrechtlich Inhaftierter von strafprozessual und strafrechtlich Inhaftierten genügt dabei den gesetzlichen Anforderungen nicht. Eine getrennte Abteilung in der Einrichtung muss dem Zweck der ausländerrechtlichen Haft Rechnung tragen und ein abweichendes und freieres Haftregime ermöglichen (Gemeinschaftsräumlichkeiten, Besuchsausübung, Freizeitaktivitäten).²⁰

Grundsätzlich hat die Inhaftierung einer ausländischen Person im Hinblick auf eine Ausschaffung, also in einer **speziell dafür vorgesehenen Hafteinrichtung ohne Gefängnischarakter** zu erfolgen.²¹

Eine solche Einrichtung sollte mindestens über einen **Sport- oder Fitnessraum**, über einen mit Gesellschaftsspielen und Büchern ausgestatteten **Gemeinschaftsraum**, über eine **Kochmöglichkeit** sowie über einen **täglich zugänglichen Aussenbereich** verfügen.²²

Haftregime

Das Haftregime sollte **möglichst offen**²³ und in Bezug auf die Einschlusszeiten und die Bewegungsmöglichkeiten **freier gestaltet** sein als bei anderen Formen des Freiheitsentzugs.²⁴

Die Inhaftierten sollten einen wesentlichen Teil des Tages **ausserhalb der Zellen** verbringen können.²⁵ So ist etwa ein Zelleneinschluss von 18 Stunden pro Tag gemäss Bundesgericht nicht mit dem allgemeinen Sicherungszweck und dem Anspruch auf angemessene soziale Kontakte vereinbar.²⁶ Anzustreben ist ein Regime, gemäss welchem inhaftierte Personen sich täglich den ganzen Tag über frei bewegen können und in welchem ein Zelleneinschluss nur in der Nacht erfolgt.²⁷

¹⁷ CPT/Inf(2009)27-part, Ziff. 77; CPT/Inf(97)10-part, Ziff. 28; CPT/Inf(2017)3, S. 3; MRA, GC 35, Ziff. 18.

¹⁸ Siehe BGer 2C_447/2019 vom 31. März 2020, E. 7.1. und 6.2.2: „Die Zulässigkeit einer separaten Festhaltung in einem besonderen Trakt eines Regionalgefängnisses kann nur im Bereich weniger Stunden oder Tage liegen“; Art. 81 Abs. 2 AIG; Siehe Durchführungsbeschluss des Rates der Europäischen Union zur Festlegung einer Empfehlung zur Beseitigung der 2018 bei der Evaluierung der Anwendung des Schengen-Besitzstands im Bereich der Rückkehr/Rückführung durch die Schweiz festgestellten Mängel (zit. Empfehlungen Schengen-Evaluation), vom 14. Mai 2019, 9272/19, Empfehlung 14.

¹⁹ Vgl. CM(2005)40-final, Guideline 10 Ziff. 2; CPT/Inf(97)10-part, Ziff. 29; CPT/Inf(2017)3, S. 4.

²⁰ Siehe BGE 122 II 49 E. 5a; siehe dazu auch Bundesrat, Botschaft vom 22. Dezember 1993 zum Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht, BBl 1994 I 305, S. 326; BGE 123 I 221 E. II/1b; 122 I 222 E. 4b; vgl. CM(2005)40-final, Guideline 10 Ziff. 4.

²¹ Art. 81 Abs. 2 AIG; BGer 2C_447/2019 vom 31. März 2020, E. 8; Urteil des EuGH vom 17. Juli 2014, C-473/13 und C-514/13; Vgl. Art. 10 Abs. 1 EU-Aufnahmerichtlinie i.V.m. Art. 28 Abs. 4 Dublin-III-Verordnung i.V.m. Art. 81 Abs. 4 lit. b AIG; Art. 17 EU-Rückführungsrichtlinie; CM(2005)40-final, Guideline 10 Ziff.1; CPT/Inf(97)10, Ziff. 29; CPT/Inf(2017)3, S. 4; ACHERMANN/KÜNZLI, S. 102 f.; Vgl. EGMR, Kim gegen Russland, 44260/13 (2014).

²² Vgl. Bericht an den Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt betreffend den Nachfolgebesuch der NKVF im Gefängnis Bässlergut vom 24. Mai 2017 (zit. NKVF, Bericht Bässlergut), Ziff. 11 und 12; Bericht an den Regierungsrat des Kantons Graubünden betreffend den Besuch der NKVF in der JVA Realta vom 4. Juli 2017, NKVF 10/2017 (zit. NKVF, Bericht Realta), Ziff. 11; Rapport au Conseil d'Etat du canton de Genève concernant la visite de suivi de la CNPT dans l'établissement concordataire de Frambois du 18 janvier 2018, Ziff. 11; Siehe auch CPT/Inf(2017)3, S. 4.

²³ Vgl. CPT/Inf(2017)3, S. 5.

²⁴ Vgl. z.B. BGE 122 II 49 E. 3b und 5 und BGE 122 II 299; Siehe auch Empfehlungen Schengen-Evaluation, Empfehlung 14.

²⁵ CPT/Inf(2017)3, S. 5; Siehe auch Empfehlungen Schengen-Evaluation, Empfehlungen 16, 19 und 20.

²⁶ BGer 2C_765/2022 vom 13. Oktober 2022, E. 5.1.

²⁷ Vgl. NKVF, Bericht Realta, Ziff. 17; NKVF, Bericht Bässlergut, Ziff. 16; Rapport au Conseil d'Etat du canton de Genève concernant la visite de la CNPT dans l'établissement fermé de Favra du 13 février 2017, CNPT 02/2017, Ziff. 12.

Sie sollten während mindestens zwei Stunden am Tag **Zugang zu sinnvoller Beschäftigung und Freizeitaktivitäten** haben.²⁸

Medizinische Versorgung²⁹

Bei allen neu eintretenden ausländerrechtlich Inhaftierten ist eine **medizinische Eintrittsbefragung und -untersuchung** durchzuführen.³⁰

Der **Zugang zu medizinischer und psychiatrischer Versorgung** ist in jedem Fall und regelmässig zu gewährleisten.³¹

Kontakte zur Aussenwelt

Personen in ausländerrechtlicher Administrativhaft sollten täglich während mindestens zwei Stunden **Besuch** in geeigneten Räumlichkeiten empfangen können.³²

Vor dem Hintergrund, dass es sich bei der ausländerrechtlichen Administrativhaft um keine strafrechtliche Sanktion handelt, sind der Internetzugang³³ und die Nutzung von eigenen Mobiltelefonen³⁴ wenigstens zeitweise (z.B. während des Spaziergangs) zu ermöglichen.³⁵ Eine generelle Verweigerung eines Internetzugangs stellt eine unverhältnismässige Einschränkung der Meinungs- und Informationsfreiheit dar.³⁶

Zugang zu Information und Rechtsberatung

Die **Hausordnung**, welche den Vollzug der ausländerrechtlichen Administrativhaft regelt, sollte in mehreren Sprachen vorliegen und frei zugänglich sein.³⁷

Ausländerrechtlich Inhaftierte müssen systematisch und in einer für sie verständlichen Sprache über **ihre Rechte und Pflichten** informiert werden (z.B. Eintritts-Flyer).³⁸

Ausländerrechtlich Inhaftierte sollten mindestens einmal pro Woche Zugang zu einer **Rechtsberatung** haben.³⁹

Personal

Für den Vollzug der ausländerrechtlichen Administrativhaft soll fachlich **geeignetes Personal** beigezogen werden.⁴⁰

Das Personal soll in Bezug auf seine Kleidung, Ausstattung und Haltung **nicht gefängnisähnlich** auftreten.⁴¹

Das Personal soll sorgfältig ausgewählt und ausgebildet werden⁴², wobei die Ausbildung neben der Vermittlung von **Fähigkeiten zur zwischenmenschlichen Kommunikation** auch eine **Sensibilisierung bezüglich der verschiedenen Kulturen** der Inhaftierten umfasst.

Ein Teil des Personals sollte über **relevante Sprachkenntnisse** verfügen.⁴³

²⁸ Rapport au Conseil d'Etat du canton de Valais concernant les visites de suivi de la CNPT dans le centre de détention LMC de Granges des 19 décembre 2017 et 17 janvier 2019, NKVF 01/2019, Ziff. 19; NKVF, Bericht Realta, Ziff. 18; NKVF, Bericht Bässlergut, Ziff. 17; Vgl. auch CPT/Inf(2017)3, S. 5; Siehe BGE 122 II 299 E. 5a zum Zugang zu sinnvoller Beschäftigung und Aktivitäten.

²⁹ Siehe allgemein hierzu die Minimalstandards gem. Gesamtbericht über die schweizweite Überprüfung der Gesundheitsversorgung im Freiheitszug durch die NKVF (2018-2019) vom 14. November 2019 (Gesamtbericht Gesundheitsversorgung), S. 12-22.

³⁰ Siehe hierzu CPT/Inf(2017)3, S. 6; NKVF, Gesamtbericht Gesundheitsversorgung, Ziff. 82 analog; NKVF, Bericht Realta, Ziff. 25.

³¹ Vgl. CPT/Inf(2017)3, S. 6; NKVF, Gesamtbericht Gesundheitsversorgung, Ziff. 101 und 108 analog.

³² NKVF, Bericht Bässlergut, Ziff. 24.

³³ Vgl. CPT/Inf(2017)3, S. 5; BGer 2C_765/2022 vom 13. Oktober 2022, E. 5.2.3.

³⁴ Vgl. CPT/Inf(2017)3, S. 2 f.; CPT/Inf(2009)27-part, Ziff. 82; Report to the Czech Government on the visit to the Czech Republic carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 1 to 10 April 2014, 31 March 2015, CPT/Inf (2015) 18, Ziff. 42.

³⁵ Vgl. NKVF, Bericht Bässlergut; NKVF, Bericht Realta, Ziff. 30.

³⁶ BGer 2C_765/2022 vom 13. Oktober 2022, E. 5.2.3.

³⁷ Art. 16 Ziff. 5 EU-Rückführungsrichtlinie; Bericht an den Regierungsrat des Kantons Graubünden betreffend den Besuch der NKVF in der JVA Realta und im Untersuchungsgefängnis Thuis vom 3. und 4. Mai 2011, NKVF 04/2011, Ziff. 71 und 95; NKVF, Bericht Realta, Ziff. 31.

³⁸ Art. 16 Ziff. 5 EU-Rückführungsrichtlinie; Vgl. Nelson-Mandela-Regeln, Regel 55 Ziff. 1; CM(2005)40-final, Guide-line 10 Ziff. 7; CPT/Inf(97)10-part, Ziff. 30; CPT/Inf(2017)3, S. 3; CPT/Inf(2009)27-part, Ziff. 88.

³⁹ NKVF, Bericht Bässlergut, Ziff. 29.

⁴⁰ CM(2005)40-final, Guideline 10 Ziff. 1; CPT/Inf(2009)27-part, Ziff. 77; CPT/Inf(2017)3, S. 6.

⁴¹ CPT/Inf(2017)3, S. 6.

⁴² Vgl. BGer 2A.337/2005 E. 6.5.3.

⁴³ CPT/Inf(2017)3, S. 6; Vgl. Rapport au Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg relatif à sa visite effectuée au Luxembourg par le Comité européen pour la prévention de la torture et de peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 28 janvier au 2 février 2015, Ziff. 111