

# Revision Sozialhilfe- und Präventionsgesetz (SPG) des Kantons Aargau

-

## Geschlossene Unterbringung von renitenten Personen aus dem Asylbereich

Stand: 5. Oktober 2014

## 1. Ausgangslage

Derzeit berät der Grosse Rat des Kantons Aargau die Revision des Sozialhilfe- und Präventionsgesetzes (SPG). Die Vorlage soll die mittel- und langfristige Unterbringung von Personen aus dem Asylwesen im Kanton Aargau regeln. So sollen Grossunterkünfte geschaffen und für renitente Personen verschärfte Hausordnungen und Einschränkungen der Bewegungsfreiheit gelten.<sup>1</sup>

Zuhanden der SVP Fraktion des Grossen Rates soll geprüft werden, ob eine Unterbringung von Personen aus dem Asylbereich, welche die öffentliche Sicherheit gefährden, in geschlossenen Unterkünften rechtlich zulässig ist und welche Anpassungen des SPG dazu notwendig wären. Dabei soll insbesondere übergeordnetes Recht (EMRK, BV und Bundesgesetze) beachtet werden. Zudem soll der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen werden.

## 2. Zuständigkeit

### 2.1 Generelle Zuständigkeit

*Art. 3 BV*

*Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind.*

Nach Artikel 3 der Bundesverfassung üben die Kantone alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen worden sind. Mit anderen Worten kann der Kanton sämtliche Bereiche des Staates regeln, sofern der Bund nicht eine abweichende Regelung getroffen hat oder die Regelung dieses Bereiches für sich in Anspruch nimmt.

### 2.2 Bundeszuständigkeit im Asylbereich

*Art. 121 Abs. 1 BV*

*Die Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie über die Gewährung von Asyl ist Sache des Bundes.*

*Art. 6a Abs. 1 AsylG*

*Das Bundesamt für Migration (BFM) entscheidet über Gewährung oder Verweigerung des Asyls sowie über die Wegweisung aus der Schweiz.*

Nach Art. 121 der Bundesverfassung ist grundsätzlich der Bund für die Regelung des Aufenthaltes von Ausländern in der Schweiz zuständig. Der Bund hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer<sup>2</sup> sowie das Asylgesetz<sup>3</sup> erlassen. Zuständig für Asylgesuche ist das Bundesamt für Migration (Art. 6a AsylG).

---

<sup>1</sup> Botschaft des Regierungsrates betreffend Massnahmen zur Sicherstellung genügender Asylunterkünfte\_ Gesetz über die öffentliche Sozialhilfe und die soziale Prävention (Sozialhilfe- und Präventionsgesetz, SPG); Änderung vom 12. Februar 2014, Bericht und Entwurf zur 1. Beratung, S. 6ff.

<sup>2</sup> SR 142.20

<sup>3</sup> SR 142.31

### 3. Abgrenzung Asylgesetz und Ausländergesetz

In der Praxis wird der Begriff „Flüchtling“ teilweise undifferenziert verwendet. Zu unterscheiden ist zwischen Personen, die um Asyl nachgesucht haben („Asylbewerber“ oder „Asylsuchende“); Personen, deren Flüchtlingseigenschaft rechtskräftig bestätigt wurde („Flüchtlinge“ oder „anerkannte Flüchtlinge“) und Personen, die, ohne die Flüchtlingseigenschaften zu erfüllen, um Asyl nachgesucht haben, deren Gesuch aber rechtskräftig abgewiesen wurde und die die Schweiz verlassen müssten, dies aber nicht tun („Ausreisepflichtige“).

Das Asylgesetz regelt die Voraussetzungen des Asyls und gibt das Verfahren vor. Wurde ein Asylgesuch abgewiesen oder rechtskräftig gutgeheissen, so fallen diese Personen nicht mehr unter das Asylgesetz, sondern unter das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG). Insbesondere Zwangsmassnahmen wie z.B. die Ausschaffungshaft sind nicht im Asylgesetz, sondern im Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer geregelt.

Bezugnehmend auf die Unterbringung von Personen aus dem Asylbereich ist die Unterscheidung von Relevanz, da, solange sie noch im Asylprozess sind, ihr Status im Asylgesetz geregelt wird, währendem sie ab Rechtskraft eines ablehnenden Asylentscheids unter das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer fallen.

### 4. Unterbringung von Personen aus dem Asylbereich

#### 4.1 Unterbringung von Asylsuchenden

##### 4.1.1 Generelles

##### Art. 26 Abs. 1 & 2 AsylG

<sup>1</sup> *Der Bund errichtet Empfangs- und Verfahrenszentren, die vom BFM geführt werden.*

<sup>1bis</sup> *Das BFM kann Asylsuchende, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden oder die durch ihr Verhalten den ordentlichen Betrieb der Empfangs- und Verfahrenszentren erheblich stören, in besonderen Zentren unterbringen, die durch das BFM oder durch kantonale Behörden errichtet und geführt werden. In diesen Zentren können unter den gleichen Voraussetzungen Asylsuchende untergebracht werden, die einem Kanton zugewiesen wurden. Bund und Kantone beteiligen sich im Umfang der Nutzung anteilmässig an den Kosten der Zentren.<sup>2</sup>*

<sup>1ter</sup> *In Zentren nach Absatz 1<sup>bis</sup> können die gleichen Verfahren durchgeführt werden wie in den Empfangs- und Verfahrenszentren; ausgenommen ist die Einreichung eines Asylgesuchs.<sup>3</sup>*

<sup>1quater</sup> *Nach Einreichung des Asylgesuches beginnt die Vorbereitungsphase. Sie dauert maximal drei Wochen.<sup>4</sup>*

<sup>2</sup> *In der Vorbereitungsphase erhebt das BFM die Personalien und erstellt in der Regel Fingerabdruckbogen und Fotografien. Es kann weitere biometrische Daten erheben, Altersgutachten (Art. 17 Abs. 3<sup>bis</sup>) erstellen, Beweismittel und Reise- und Identitätspapiere überprüfen und herkunfts- sowie identitätsspezifische Abklärungen treffen. Es kann die Asylsuchenden zu ihrer Identität, zum Reiseweg und summarisch zu den Gründen befragen, warum sie ihr Land verlassen haben.*

#### Art. 27 Abs. 3 AsylG

*Das BFM weist die Asylsuchenden den Kantonen zu (Zuweisungskantone).<sup>1</sup> Es trägt dabei den schützenswerten Interessen der Kantone und der Asylsuchenden Rechnung. Der Zuweisungsentscheid kann nur mit der Begründung angefochten werden, er verletze den Grundsatz der Einheit der Familie.*

In der „Vorbereitungsphase“ werden Asylsuchende neu in vom Bund betriebenen spezialisierten Empfangs- und Verfahrenszentren untergebracht (Art. 26 AsylG). Personen, welche die öffentliche Sicherheit gefährden, können in besondere Zentren mit eingeschränkter Bewegungsfreiheit bzw. mit strengeren Hausordnungen untergebracht werden (Art. 26 Abs. 1bis AsylG). In der „Vorbereitungsphase“, die maximal 3 Wochen dauern soll, wird das Asylgesuch entgegen genommen und es werden erste Abklärungen getroffen. Anschliessend erfolgt eine Zuweisung an die Kantone.

#### 4.1.2 Zuständigkeit für die Regelung der Unterbringungsmodalitäten

##### Art. 28 AsylG

<sup>1</sup> *Das BFM oder die kantonalen Behörden können Asylsuchenden einen Aufenthaltsort zuweisen.*

<sup>2</sup> *Sie können Asylsuchenden eine Unterkunft zuweisen, insbesondere sie kollektiv unterbringen. Die Kantone stellen einen geordneten Betrieb sicher; sie können dazu Bestimmungen erlassen und Massnahmen ergreifen.*

Für die vom Bund betriebenen Zentren hat der Bundesrat die Unterbringungsmodalitäten in einer Verordnung geregelt.<sup>4</sup> Diese definiert Öffnungszeiten, Zutrittskompetenzen, Ausgangsbewilligungen, etc. Wie der Kanton Personen aus dem Asylbereich unterzubringen hat, wird im Asylgesetz nicht geregelt. Art. 28 AsylG verpflichtet die Kantone, einen geordneten Betrieb sicherzustellen und erteilt ihnen dazu weitreichende Kompetenzen: So ist der Kanton befugt, „Bestimmungen“ zu erlassen und „Massnahmen“ zu ergreifen. Unter „Bestimmungen“ ist dabei an Hausordnungen wie z.B. Öffnungszeiten, Hausregeln, etc. zu denken. Indem der Gesetzgeber auch „Massnahmen“ erwähnt, ermöglicht er den Kantonen aber auch, über blosse „Bestimmungen“ hinausgehende Beschränkungen der Freiheitsrechte (wie z.B. Zutrittskontrollen, Öffnungszeiten, etc.) zu ergreifen.

#### 4.2 Unterbringung von abgewiesenen Asylbewerbern

Personen, die erfolglos ein Asylgesuch gestellt haben und die rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesen worden sind, fallen bezüglich Unterbringung nicht unter das Asylgesetz sondern unter das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (vgl. Ausführungen unter Ziff. 3).

---

<sup>4</sup> SR 142.311.23, vgl. auch SR 142.311

#### 4.2.1 Generelles

##### *Art. 1 AuG*

*Dieses Gesetz regelt die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt sowie den Familiennachzug von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz. Zudem regelt es die Förderung von deren Integration.*

Das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer regelt die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt sowie den Familiennachzug von Ausländern.

#### 4.2.2 Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht

##### *Art. 69 Abs. 1 AuG*

*<sup>1</sup>Die zuständige kantonale Behörde schafft Ausländerinnen und Ausländer aus, wenn:*

- a. diese die Frist, die ihnen zur Ausreise gesetzt worden ist, verstreichen lassen;*
- b. deren Weg- oder Ausweisung sofort vollzogen werden kann;*
- c. diese sich in Haft nach den Artikeln 76 und 77 befinden und ein rechtskräftiger Aus- oder Wegweisungsentscheid vorliegt.*

Das Bundesgesetz für die Ausländerinnen und Ausländer sieht vor, dass eine Person, die über keinen Aufenthaltstitel in der Schweiz verfügt, weggewiesen wird. Verlässt sie in der Folge das Land nicht, so wird die Ausschaffung in die Wege geleitet. Zuständig für die Ausschaffung ist der Kanton.

Zur Vorbereitung und Sicherung einer Ausschaffung sieht das AuG diverse Zwangsmassnahmen vor. Es sind dies:

- Kurzfristige Festhaltung (Art. 73 AuG)
- Ein- und Ausgrenzung (Art. 74 AuG)
- Vorbereitungs- und Ausschaffungshaft (Art. 75f AuG)
- Durchsetzungshaft (Art. 78 AuG)

Zuständig für den Vollzug dieser Zwangsmassnahmen sind die Kantone.

#### 4.2.3 Zuständigkeit für die Regelung der Unterbringungsmodalitäten

##### *Art. 124 Aufsicht und Vollzug*

*<sup>1</sup> Der Bundesrat beaufsichtigt den Vollzug dieses Gesetzes.*

*<sup>2</sup> Die Kantone erlassen die notwendigen Bestimmungen zum Vollzug dieses Gesetzes*

Das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer regelt nicht, ob und wie Personen ohne Aufenthaltstitel unterzubringen sind. Für den Vollzug des Ausländergesetzes ist aber grundsätzlich der Kanton zuständig (Art. 124 AuG), weshalb die Unterbringung grundsätzlich in seine Zuständigkeit fällt. Das Ausländergesetz macht den Kantonen diesbezüglich keine Vorgaben. Das Bundesgericht hielt aber fest, dass auch illegal in der Schweiz anwesende Personen Anrecht auf Nothilfe haben.<sup>5</sup> In der Praxis wird dies so umgesetzt, dass den jeweiligen Personen vom Kanton eine Schlafstelle zugewiesen wird. Zudem erhalten sie Fr. 7.50 Nothilfe pro Tag.

Nachdem das Ausländergesetz die Unterbringung von illegal in der Schweiz anwesenden Personen den Kantonen überlässt, könnten diese entsprechende Vorschriften erlassen. Dies umfasst auch Einschränkungen der Bewegungsfreiheit.

#### 4.3 Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es dem Kanton obliegt, die Unterbringung von Personen aus dem Asylbereich (Asylbewerber sowie abgewiesene Flüchtlinge) zu regeln. Das Asylgesetz verpflichtet dabei die Kantone, einen geordneten Betrieb sicherzustellen (Art. 28 Abs. 2 AsylG). Dabei sind aber verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben zu beachten.

### 5. Völkerrechtliche Vorgaben

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass kein völkerrechtlicher Anspruch auf eine Anwesenheit in einem fremden Land besteht. Dennoch sind die Vorgaben der EMRK zu beachten.

#### 5.1 Vorgaben der EMRK

##### *Art. 5 Recht auf Freiheit und Sicherheit*

*(1) Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:*

*a-e) ...*

*f) rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist.*

*(2) Jeder festgenommenen Person muss in möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind*

---

<sup>5</sup> BGE 131 I 166

*und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden.*

*(3) ...*

*(4) Jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, hat das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist.*

Ein Freiheitsentzug ist gemäss EMRK unter diversen Gesichtspunkten zulässig. So z.B. im Zuge einer Strafuntersuchung, zur Vollstreckung eines Strafurteils, aus gesundheitspolizeilichen Aspekten oder zur Erzwingung gesetzlicher Obliegenheiten. Im Bereich des Ausländerrechts sieht Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK vor, dass eine Festnahme zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie zur Durchsetzung des Ausweisungs- und Auslieferungsverfahrens zulässig ist. Diese Bestimmung widerspiegelt die im allgemeinen Völkerrecht anerkannte Auffassung, wonach kein grundsätzliches Aufenthaltsrecht in einem fremden Staat besteht. Mit anderen Worten ermöglicht Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK, dass eine Einreise in ein Land verweigert und die entsprechende Person bis zur Ausreise festgehalten wird. Als Voraussetzung nennt die EMRK eine gesetzliche Grundlage, die Information des Betroffenen in einer für ihn verständlichen Sprache sowie die Möglichkeit einer gerichtliche Überprüfung der Inhaftierung.

#### 5.1.1 Haltung des Bundesrates

Bis zur Revision des Ausländerrechts im Jahr 1995 war es möglich, illegal in der Schweiz anwesende Personen zu internieren. Diese Möglichkeit wurde mit dem am 1. Februar 1995 in Kraft getreten Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht aufgehoben. Vergeblich verlangten in der Folge diverse parlamentarische Vorstösse eine Wiedereinführung der Internierung. Der Bundesrat hielt als Antwort auf die Vorstösse jeweils fest, eine Internierung verstosse gegen die EMRK.<sup>6</sup> Damit brach der Bundesrat mit seiner früheren Auffassung sowie der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts. So hatte der Bundesrat in seinem Bericht zur Ratifizierung der EMRK noch die Auffassung vertreten, eine Internierung von Ausländern sei auch im Rahmen der EMRK möglich, weshalb eine Ratifizierung auch unter diesem Gesichtspunkt unproblematisch sei.<sup>7</sup>

Der Bundesrat stützte sich bei seinem Meinungswandel auf eine Einschätzung der Europäischen Menschenrechtskommission aus dem Jahr 1997. Demnach sei die Kommission zur klaren Überzeugung gelangt, die nach altem Schweizer Ausländerrecht vorgesehene Internierung verstosse gegen die EMRK.<sup>8</sup> Der Verweis des Bundesrates auf den Kommissionsentscheid in Sachen „Ali gegen Schweiz“ vom 28.02.1996 ist indessen unpräzis. Nach der damals geltenden Konzeption des Europäischen Gerichtshofs war die Menschenrechtskommission dem eigentlichen Gerichtshof vorgeschaltet. Sie

---

<sup>6</sup> Antwort des Bundesrates auf Postulat Hans Fehr vom 8.10.1997 (97.3456) & Motion Rudolf Keller vom 7.10.1998 (98.3455),

<sup>7</sup> Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 9. Dezember 1968, in BBl 1968 UU, S. 1088/109 Ziff. 4.

<sup>8</sup> Antwort des Bundesrates auf Motion Rudolf Keller vom 7.10.1998 (98.3455)

prüfte Klagen vorgängig, stellte einen allfälligen Verstoss gegen die EMRK fest und versuchte eine gütliche Einigung herzustellen. Ihre Feststellung war aber für die Mitgliedsstaaten nicht bindend. Beide involvierten Parteien konnten in der Folge an den Europäischen Gerichtshof gelangen und erst dieser stellte verbindlich einen Verstoss gegen die EMRK fest. Im vom Bundesrat zitierten Fall teilte die Schweiz die Auffassung der Kommission nicht und gelangte deshalb an den Europäischen Gerichtshof, um einen klaren (und verbindlichen) Entscheid zu erwirken. Der Kläger tauchte in der Folge aber unter, weshalb der Gerichtshof den Fall als erledigt von der Geschäftsliste strich.<sup>9</sup> Mit anderen Worten liegt kein verbindlicher Entscheid vor, wonach die altrechtliche Internierung EMRK-widrig ist. Es kommt hinzu, dass sich die Entscheidung der europäischen Kommission nur auf Fälle bezog, bei denen das Asylverfahren abgeschlossen und eine Ausschaffung nicht möglich war. Der vom Bundesrat zitierte Entscheid „Ali gegen Schweiz“ ist für die Frage der Vereinbarkeit einer Internierung mit der EMRK wenig tauglich.

### 5.1.2 Haltung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht musste sich unter dem bis 1995 gültigen Ausländergesetz wiederholt zur Frage der Vereinbarkeit einer Internierung mit der EMRK äussern. Es hielt dabei stets fest, dass eine Internierung mit der EMRK im Einklang stehe.<sup>10</sup>

Der Kommissionsentscheid „Ali gegen Schweiz“ ist aus juristischer Sicht wenig überzeugend. Die Kommission folgte einzig einer grammatikalischen Auslegung der EMRK, stützte sich also alleine auf den Wortlaut von Art. 5 EMRK. So sieht Art. 5 Ziff. 1 lit. f EMRK vor, dass ein Ausländer zur Verhinderung der unerlaubten Einreise oder zur Durchsetzung einer Ausschaffung festgehalten werden kann. Dementsprechend sei es gemäss Kommission nicht zulässig, eine Person, die bereits im Land sei und die nicht ausgeschafft werden könne, zu internieren. Demgegenüber hielt das Bundesgericht in früheren Entscheiden überzeugend fest, dass nicht bloss auf den Wortlaut der Norm abgestellt werden könne. Vielmehr müsse der Sinn hinterfragt werden (sog. „teleologische Auslegung“).<sup>11</sup> So führte das Bundesgericht aus, dass auch ein bereits illegal ins Land eingedrungener Ausländer erfasst werden könne und zwar auch dann, wenn er nicht abgeschoben werden kann. Die EMRK habe mit der Formulierung in Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK den Mitgliedstaaten die Möglichkeit geben wollen, Ausländer daran zu hindern, sich in einem fremden Staat frei zu bewegen.<sup>12</sup>

Aus juristischer Sicht ist der Kommissionsentscheid „Ali gegen Schweiz“ hinsichtlich der verwendeten Auslegungsmethodik mangelhaft. Die Kommission stützte sich einzig auf den Wortlaut von Art. 5 EMRK und blendet den Sinn der Bestimmung aus. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist juristisch gesehen wesentlich fundierter, beschränkt sich doch das Bundesgericht nicht auf eine wörtliche Auslegung sondern berücksichtigt den Sinn von Art. 5 EMRK.

---

<sup>9</sup> Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 5. August 1998, 69/1997/853/1060

<sup>10</sup> BGE 110 Ib 1, E 2cc.

<sup>11</sup> BGE 110 Ib 1, E 2cc.

<sup>12</sup> BGE 110 Ib 1, E2cc



### 5.1.3 Jüngere Rechtsprechung des Gerichtshofs für Menschenrechte

Der Gerichtshof für Menschenrechte anerkennt in einem jüngeren Entscheid das Recht eines Staates, seine Einwanderung zu steuern und Unberechtigten den Zutritt in ein Land zu verweigern.<sup>13</sup> Der Gerichtshof hielt im Entscheid „Saadi vs. UK“ vom 29.01.2008 fest, dass Fremde im Zusammenhang mit der Einwanderung grundsätzlich festgehalten werden dürfen. Die Massnahme müsse aber eine gesetzliche Grundlage haben und dürfe nicht willkürlich erscheinen. Entscheidend sei nebst der Länge der Festhaltung auch der damit verfolgte Zweck. Im Entscheid bleibt aber unklar, was der Gerichtshof mit dem Hinweis auf die Zeitdauer genau meint. Zudem bezieht sich der Entscheid auf einen „normalen“ Asylbewerber und nicht auf einen renitenten oder straffälligen. Aspekte der Sicherung der öffentlichen Ordnung wurden nicht thematisiert.

Im Entscheid „Rashed gegen Tschechien“ rügte ein Asylbewerber die mehrmonatige Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung. Der Gerichtshof gelangte zum Schluss, dass eine Verletzung der EMRK vorliege, allerdings nur, weil die Internierung keine ausreichende gesetzliche Grundlage hatte und eine gerichtliche Überprüfung der Internierung zu lange gedauert hatte. Die eigentliche Internierung wurde interessanterweise nicht behandelt, vielmehr wurde erneut bekräftigt, dass die Unterzeichnerstaaten Fremden den Zutritt in ein Land verweigern dürfen.<sup>14</sup>

### 5.1.4 Fazit

Die jüngere Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs beurteilt die Frage der Internierung differenziert. So wird grundsätzlich anerkannt, dass Fremden der Zutritt in ein Land verweigert und sie „festgehalten“ werden dürfen. Wo allerdings die Grenzen eines solchen „Festhaltens“ liegen, ist bis heute nicht geklärt. Im Entscheid „Saadi vs. UK“ hat der Gerichtshof aber betont, dass eine gesetzliche Grundlage notwendig sei und entsprechende Massnahmen nicht willkürlich erscheinen dürften und der Zweck legitim sein müsse. Zudem wurde im Entscheid „Rashed gegen Tschechien“ betont, dass die Möglichkeit, an ein Gericht zu gelangen, notwendig sei.

Insgesamt erscheint eine geschlossene Unterbringung von renitenten oder straffälligen Personen aus dem Asylbereich nicht als konventionswidrig, da die öffentliche Sicherheit als legitimer Zweck im Sinne der zitierten Rechtsprechung anzusehen ist.

## 5.2 Verfahrensvorgaben der EMRK

Hinsichtlich des Verfahrens verlangt die EMRK, dass eine festgenommene Person „in möglichst kurzer Frist“ in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe der Festnahme informiert wird (Art. 6 Ziff. 2 EMRK). Zudem muss die Möglichkeit bestehen, dass ein Gericht „innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet“, sofern der Betroffene dies wünscht (Art. 6 Ziff. 4 EMRK).

---

<sup>13</sup> European Court of Human Rights, Guide on Article 5 – Right to Liberty and security, Article 5 of the convention, 2012, S. 17, Abrufbar unter: [http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_5\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf) (Letzter Aufruf: August 2014)

<sup>14</sup> Entscheid des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Sachen Rashed gegen Tschechien vom 27.11.2008

## 6. Vorgaben der Bundesverfassung

### *Art. 31 Freiheitsentzug*

<sup>1</sup> *Die Freiheit darf einer Person nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgeschriebene Weise entzogen werden.*

<sup>2</sup> *Jede Person, der die Freiheit entzogen wird, hat Anspruch darauf, unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzugs und über ihre Rechte unterrichtet zu werden. Sie muss die Möglichkeit haben, ihre Rechte geltend zu machen. Sie hat insbesondere das Recht, ihre nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen.*

<sup>3</sup> (...)

<sup>4</sup> *Jede Person, der die Freiheit nicht von einem Gericht entzogen wird, hat das Recht, jederzeit ein Gericht anzurufen. Dieses entscheidet so rasch wie möglich über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs.*

Seitens der Bundesverfassung wird eine klare gesetzliche Grundlage, eine Aufklärung des Betroffenen über seine Rechte sowie die Möglichkeit ein Gericht anzurufen verlangt. Die richterliche Anordnung einer Inhaftierung ist damit nicht zwingend notwendig. Der Betroffene muss einzig die Möglichkeit haben, an ein Gericht zu gelangen und die Massnahme gerichtlich überprüfen zu lassen.

## 7. Alternativen zur geschlossenen Unterbringung

Das bereits heute geltende Rechts sieht verschiedene Möglichkeiten vor, renitente Personen aus dem Asylbereich adäquat zu kontrollieren. Leider ist die Umsetzung in der Praxis oftmals zu lasch:

- Das Ausländerrecht sieht vor, dass Personen zur Vorbereitung einer Ausschaffung in Ausschaffungshaft genommen werden können. Davon wird in der Praxis zu wenig Gebrauch gemacht.
- Das Migrationsamt kann straffällige Personen ein- oder ausgrenzen, ihnen also verbieten, ein bestimmtes Gebiet (z.B. die Stadt Aarau) zu betreten. Im Wiederholungsfall kann man sie gar auf ein bestimmtes Gebiet eingrenzen. Widerhandlungen können mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren bestraft werden. Leider machen viele Migrationsämter zu wenig Gebrauch von dieser Möglichkeit und auch die Staatsanwaltschaften zeigen unterschiedliche Motivation, Widerhandlungen genügend konsequent zu ahnden. Die Ein- und Ausgrenzung ist nicht mit einem kantonalen Rayonverbot zu verwechseln. Solche kantonalen Rayonverbote sind kantonale Übertretungsstrafnormen und weit weniger griffig als die Ein- und Ausgrenzung. Kantonale Rayonverbote werden „nur“ mit Busse bestraft, die strafrechtliche Durchsetzbarkeit ist daher mässig. Widerhandlungen gegen Ein- und Ausgrenzungen werden nach Art. 119 AuG mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren bestraft. Eine Widerhandlung gegen ein Rayonverbot wird in der Praxis mit Busse von ca. Fr. 200 bis Fr. 300 bestraft. Widerhandlungen gegen Ein- und Ausgrenzungen werden in der Praxis mit zwei oder drei Monaten Gefängnis bestraft.<sup>15</sup> Ein- und

---

<sup>15</sup> Vgl. die Strafmassempfehlungen der Konferenz der Schweizer Strafbehörden, abrufbar unter: [http://www.ksbs-caps.ch/docs\\_empf/Empfehlung%20Auslaendergesetz\\_d.pdf](http://www.ksbs-caps.ch/docs_empf/Empfehlung%20Auslaendergesetz_d.pdf) (letzter Aufruf: 5.10.2014)

Ausgrenzungen sind damit wesentlich griffiger als Rayonverbote. Beide Massnahmen haben aber ihre Berechtigung, da Rayonverbote schon bei geringeren Voraussetzungen angeordnet werden können.

- Wünschbar wäre, dass die Migrationsämter Personen, die sich illegal in der Schweiz aufhalten, konsequent zur Anzeige bringen würden. Gleich verhält es sich mit Personen die bei der Papierbeschaffung nicht mitwirken. Dies tun die Migrationsbehörden aber nur selten, obwohl sie dazu gesetzlich verpflichtet wären (§34 EG StPO<sup>16</sup>). Auch ahnden die Staatsanwaltschaften den illegalen Aufenthalt nicht überall mit der gleichen Konsequenz.
- Werden abgewiesene Asylbewerber angehalten, sieht die Polizei oftmals von einer Anzeige ab. Nur selten werden Inhaftierungen ausgesprochen. Diese Praxis ist gesetzwidrig, denn Polizeiorgane sind zur Anzeige verpflichtet, wenn sie Kenntnis von Straftaten erlangen (Art. 302 StPO)<sup>17</sup>. Wünschenswert wäre, dass abgewiesene Personen bei einer Anhaltung konsequent inhaftiert und von der Staatsanwaltschaft mittels Schnellverfahren abgeurteilt würden.
- Teilweise ist bei den Migrationsämtern zu wenig juristisches Fachwissen vorhanden um renitenten Asylbewerbern konsequent zu begegnen. Wünschbar wären spezialisierte Abteilungen die Problemfälle prioritär behandeln würden und die die bereits heute rechtlichen Möglichkeiten gezielt ausnutzen würden.

Die SVP Schweiz hat derzeit mehrere Vorstösse im Parlament hängig, um die Praxis zur konsequenteren Anwendung ihrer Möglichkeiten zu bewegen. Wünschenswert wäre es, wenn die obigen Themenkreise auch in den Kantonen vermehrt angeregt würden.

## **8. Abgrenzung zu anderen Rechtsgebieten**

### **8.1 Zu den ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen**

Als Argument gegen eine geschlossene Unterbringung kann ins Feld geführt werden, der Bund sehe im Ausländergesetz Zwangsmassnahmen vor und regle diesen Bereich abschliessend. Eine geschlossene Unterbringung sei im Bundesrecht bewusst nicht vorgesehen und die Kantone seien nicht befugt, eine solche anzuordnen. Dieser Argumentation kann entgegen gehalten werden, dass Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht (z.B. die Ausschaffungshaft) auf die Ausschaffung eines Fremden gerichtet sind. Eine geschlossene Unterbringung zielt demgegenüber nicht auf die Sicherung einer Ausschaffung, sondern soll eine geordnete Unterbringung von Personen aus dem Asylbereich sicherstellen. Zudem verpflichtet Art. 28 AsylG die Kantone, für eine geordnete Unterbringung zu sorgen. Zumindest für Personen im Asylprozess sieht Art. 28 AsylG ausdrücklich vor, dass die Kantone die Unterbringung regeln und Bestimmungen erlassen oder Massnahmen ergreifen können (vgl. Ziff. 4.1.2). Eine geschlossene Unterbringung ist damit nicht bundesrechtswidrig.

### **8.2 Zum Strafrecht**

Gemeinhin wird die Auffassung vertreten, Personen könnten nur im Zuge einer Strafuntersuchung, bzw. nachdem sie eine Straftat begangen haben, inhaftiert werden. Dies trifft nicht zu. So kennt das

---

<sup>16</sup> <https://gesetzsammlungen.ag.ch/frontend/versions/1510?locale=de>

<sup>17</sup> SR 312.0

Schweizer Recht diverse Formen des Freiheitsentzugs auch ausserhalb des Strafrechts. So können z.B. mittels vormundschaftlicher Massnahmen Personen in geschlossenen Heilanstalten untergebracht werden. Auch die kantonalen Polizeigesetze sehen vor, Personen, die die Öffentliche Sicherheit stören, zumindest kurzfristig zurückgehalten werden können. Die Schweizer Strafprozessordnung kennt ebenfalls die Möglichkeit, Personen präventiv (also ohne, dass sie eine Straftat begangen haben) zu inhaftieren. So genügt nach Art. 221 Abs. 2 StPO der dringende Verdacht, jemand beabsichtige eine Straftat zu begehen, um entsprechende Personen in Untersuchungshaft zu nehmen. Auch die EMRK nennt in Art. 5 EMRK neben strafrechtlichen Inhaftierungen auch noch anderen Anwendungsbereiche.

## 9. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann folgendes festgehalten werden:

- Die Kantone können die Unterbringung von Personen aus dem Asylbereich regeln.
- Eine geschlossene Unterbringung von Personen aus dem Asylbereich ist nicht bundesrechtswidrig.
- Ein Konflikt mit der Bundesverfassung besteht nicht.
- Eine geschlossene Unterbringung steht im Einklang mit der EMRK, sofern eine gesetzliche Grundlage geschaffen wird, die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung besteht, die Massnahme nicht willkürlich ausgestaltet wird und einen legitimen Zweck verfolgt. In neueren Entscheiden anerkennt der Gerichtshof ausdrücklich, dass Staaten Fremden den Zutritt bzw. die freie Bewegungsfreiheit verweigern dürfen.
- Bei der Umsetzung sind die Vorgaben der EMRK und der Bundesverfassung zu beachten:
  - o Klare gesetzliche Grundlage notwendig
  - o Rasche Belehrung des Festgenommenen über die Gründe der geschlossenen Unterbringung
  - o Die geschlossene Unterbringung muss innert kurzer Frist gerichtlich angefochten werden können

## 10. Vorschlag für Änderungsantrag des SPG

### 10.1 Änderungsantrag

Im Hinblick auf die zweite Beratung des SPG werden folgende Änderungsanträge vorgeschlagen:

#### §19 c

*<sup>1</sup> Asylsuchende und Ausreisepflichtige, die wiederholt oder schwerwiegend die öffentliche Ruhe und Ordnung gefährden, insbesondere wiederholte oder schwere strafbare Handlungen begehen oder wiederholt gegen Anordnungen nach §19a Abs. 3 verstossen, werden in geschlossenen Unterkünften untergebracht. Vorbehalten bleiben weitergehende ausländer- oder strafrechtliche Zwangsmassnahmen.*

*<sup>2</sup> Das Departement Gesundheit und Soziales verfügt die Unterbringung in einer geschlossenen Unterkunft, nachdem es den Betroffenen vorgängig angehört hat. Innert 24 Stunden überweist es die Akten mit einem kurzen Antrag an das Präsidium des Rekursgerichts im Ausländerrecht. Dieses*

*entscheidet innert kurzer Frist und verfügt die geschlossene Unterbringung für die Dauer von bis zu 6 Monaten oder die Entlassung des Betroffenen. Entlässt das Departement Gesundheit und Soziales den Betroffenen nicht vorher aus der geschlossenen Unterkunft, so beantragt es spätestens 10 Tage vor Ablauf der verfügten Unterbringung beim Präsidium des Rekursgerichts im Ausländerrecht deren Verlängerung um jeweils weitere 6 Monate. Für die Dauer des gesamten Verfahrens bleibt der Betroffene in der geschlossenen Unterkunft.*

<sup>3</sup> *Sind die Voraussetzungen für eine Unterbringung in einer geschlossenen Unterkunft nicht gegeben, kommt aber eine Massnahme nach 74 des Ausländergesetzes in Betracht, so beantragt das Departement Gesundheit und Soziales diese beim Migrationsamt. Sieht das Migrationsamt von der beantragten Massnahme ab, so begründet sie dies kurz.*

<sup>4</sup> *Das Departement Gesundheit und Soziales kann zur Prüfung einer geschlossenen Unterbringung Einsicht in die Akten des Migrationsamtes, der Polizei, der Staatsanwaltschaft sowie der Gerichte nehmen.*

<sup>5</sup> *Der Regierungsrat regelt die Einzelheiten des Verfahrens.*

#### *§19 d*

*Der Regierungsrat erlässt Einzelheiten zur Führung der geschlossenen Unterkünfte. Er kann diese als geschlossene Abteilungen der Unterkünfte nach §19a führen.*

## 10.2 Erläuterungen

### 10.2.1 Absatz 1

Absatz 1 stellt klar, dass eine geschlossene Unterbringung sowohl bei abgewiesenen Asylbewerbern wie auch bei Personen in einem laufenden Asylverfahren möglich sein soll. Voraussetzung einer geschlossenen Unterbringung sollen wiederholte oder schwerwiegende Gefährdungen der öffentlichen Ruhe und Ordnung sein. Dies ist bei Straftaten der Fall aber auch wenn sich die Betroffenen nicht an die milderen Massnahmen nach §19a Abs. 3 SPG halten. Der Vorbehalt zugunsten weitergehenden ausländer- oder strafrechtlicher Massnahmen soll verdeutlichen, dass nebst einer geschlossenen Unterbringung stets auch strafrechtliche Massnahmen (z.B. Untersuchungshaft) oder ausländerrechtliche Massnahmen (wie z.B. Ein- und Ausgrenzung) zulässig sind.

### 10.2.2 Absatz 2

Anordnende Behörde soll das Departement Gesundheit und Soziales sein, da dieses Departement die Unterbringung von Asylsuchenden bereits heute betreut. Die Vorgängige Anhörung des Betroffenen sowie die richterliche Anordnung der Massnahme ist Ausfluss aus den Vorgaben nach Art. 5 EMRK. Weder die EMRK noch die Bundesverfassung sehen zwar vor, dass zwingend ein Gericht die geschlossene Unterbringung anordnen muss. Es genügt, wenn der Betroffene innert kurzer Frist an ein Gericht gelangen kann. Der Gerichtshof für Menschenrechte führt in einem älteren Entscheid aus, dass es möglich sein müsse, innert 96 Stunden an ein Gericht zu gelangen. Aus Gründen der

Rechtsstaatlichkeit wird vorliegend aber ein Mechanismus analog zur Ausschaffungshaft vorgeschlagen, dass die geschlossene Unterbringung also von den Behörden angeordnet und innert wenigen Tagen vom Gericht bestätigt wird. Analog zur Ausschaffungshaft soll das Rekursgericht im Ausländerrecht zuständig sein. Die Frist innert der das Gericht die geschlossene Unterbringung überprüft, wird bewusst nicht geregelt um der Praxis eine gewisse Flexibilität zu belassen. Durch die Formulierung „innert kurzer Frist“ wird aber klargestellt, dass dies innert weniger Tage zu erfolgen hat.

Eine Entlassung aus einer geschlossenen Einrichtung kann entweder das Rekursgericht im Ausländerrecht oder das Departement Gesundheit und Soziales anordnen. Letzteres wird vor allem im Falle einer Ausschaffung der Fall sein.

#### 10.2.3 Absatz 3

Absatz 3 ruft in Erinnerung, dass stets auch ausländerrechtliche Zwangsmassnahmen wie z.B. eine Ein- oder Ausgrenzung oder eine Ausschaffungshaft zu prüfen sind. Neu soll die Möglichkeit geschaffen werden, dass das Departement Gesundheit und Soziales entsprechende Massnahmen beim Ausländeramt beantragen kann.

#### 10.2.4 Absatz 4

Absatz 4 soll sicherstellen, dass das Departement Gesundheit und Soziales die für ihren Antrag an das Rekursgericht notwendigen Informationen erhält. Anhand der Akten des Migrationsamtes sowie den Strafakten soll es ihr möglich sein, die individuelle Gefährdung der öffentlichen Sicherheit abzuschätzen und die notwendigen Massnahmen in die Wege zu leiten.

#### 10.2.5 §19 d

Der Begriff „geschlossene Unterkunft“ wird nicht genauer definiert. Dem Regierungsrat wird es überlassen, die konkrete Ausgestaltung der geschlossenen Unterkünfte zu regeln. So ist es denkbar, dass diese als spezielle Abteilungen der in §19a vorgesehenen Unterkünften geführt werden. Alternativ kann er aber auch spezielle Zentren vorsehen. Für besonders renitente Personen wäre als Ultima Ratio auch eine Unterbringung in einer Haftanstalt denkbar.