

**Bericht des Menschenrechtsbeirates zu  
Kindern und Jugendlichen  
im fremdenrechtlichen Verfahren**

**2011**

# INHALT

EXECUTIVE SUMMARY .....	I-IX
I. EINLEITUNG .....	1
I.1. Allgemeines, Mandat und Zusammensetzung der Arbeitsgruppe .....	1
I.2. Verhältnis zu den bisherigen Empfehlungen des MRB .....	2
I.3. Internationale Standards und nationale Rechtslage .....	2
I.4. Begriffsbestimmungen .....	2
I.5. Inhalte und Struktur des Berichts .....	2
I.6. Kinderhandel .....	3
I.7. Personal, Schulungen .....	4
II. PRÜFUNG DES KINDESWOHLS .....	5
II.1. Internationale Normen und Standards .....	5
II.2. Innerstaatliche Rechtslage .....	6
II.3. Innerstaatliche Rechtsprechung .....	6
II.4. Interpretation und Praxis auf internationaler Ebene .....	6
II.5. Aktuelle Erwägungen .....	8
III. ALTERSFESTSTELLUNG BEI JUGENDLICHEN OHNE DOKUMENTE .....	11
III.1. Internationale Normen und Standards .....	11
III.1.1. Alter als Teilaspekt der persönlichen Identität .....	11
III.1.2. Vorgehen bei Altersuntersuchung .....	11
III.2. Innerstaatliche Rechtslage .....	12
III.3. Bisherige Empfehlungen des MRB .....	13
III.4. Statistische Daten .....	15
III.5. Aktuelle Erwägungen .....	15
III.5.1. Bestellung eines Vormunds (Obsorgeberechtigten) .....	16
III.5.2. Altersbegutachtung als ultima ratio .....	16
III.5.3. Kindgerechte und korrekte Information .....	17
III.5.4. Kein Zwang zur Durchsetzung der Altersbegutachtung .....	18
III.5.5. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz - Multiprofessionelle statt rein medizinisch-physiologischer Altersbegutachtung .....	18
III.5.6. Im Zweifel zugunsten des/der Minderjährigen .....	18
III.5.7. Effektiver Rechtsschutz - Konsequenzen einer Volljährigkeitserklärung .....	19
IV. (UNBEGLEITETE) JUGENDLICHE IM FREMDENRECHTLICHEN VERFAHREN - HANDLUNGSFÄHIGKEIT, GESETZLICHE VERTRETUNG UND OBSORGE .....	21
IV.1. Internationale Normen und Standards .....	21
IV.1.1. Handlungsfähigkeit .....	21
IV.1.2. Gesetzliche Vertretung und Obsorge .....	21
IV.1.3. Personal, Schulungen .....	22
IV.2. Innerstaatliche Rechtslage .....	22
IV.3. Bisherige Empfehlungen des MRB .....	23
IV.4. Praxis der Behörden .....	24
IV.5. Beobachtungen der Kommissionen .....	25
IV.6. Aktuelle Erwägungen .....	25
IV.6.1. Vorzeitige Handlungsfähigkeit mit Vollendung des 16. Lebensjahres .....	25
IV.6.2. Beiziehung der Jugendwohlfahrt im fremdenrechtlichen Verfahren .....	26
IV.6.3. Bundesländerübergreifende Sachverhalte .....	27
IV.7. Exkurs - Weitere Fragen im Zusammenhang mit Grundversorgung und gesetzlicher Vertretung bzw. Obsorge durch die Jugendwohlfahrt .....	28
IV.7.1. Innerstaatliche Rechtslage .....	28
IV.7.2. Innerstaatliche Rechtsprechung .....	30
IV.7.3. Aktuelle Erwägungen .....	31
V. (UNBEGLEITETE) JUGENDLICHE IN SCHUBHAFT .....	33
V.1. Verhängung der Schubhaft .....	33

V.1.1. Internationale Normen und Standards .....	33
V.1.2. Innerstaatliche Rechtslage .....	34
V.1.3. Innerstaatliche Rechtsprechung .....	35
V.1.4. Bisherige Empfehlungen des MRB .....	36
V.1.5. Statistische Daten - Vom BM.I veranlasste Maßnahmen - Praxis der Behörden .....	37
V.1.6. Beobachtungen der Kommissionen .....	39
V.1.7. Aktuelle Erwägungen.....	40
V.2. Haftbedingungen.....	42
V.2.1. Internationale Normen und Standards .....	42
V.2.2. Innerstaatliche Rechtslage .....	44
V.2.3. Bisherige Empfehlungen des MRB .....	45
V.2.4. Maßnahmen des BM.I - Praxis der Behörde .....	45
V.2.5. Beobachtungen der Kommissionen .....	46
V.2.6. Aktuelle Erwägungen.....	46
VI. ANHALTUNG UND ABSCHIEBUNG VON FAMILIEN MIT KINDERN UND JUGENDLICHEN .....	49
VI.1. Internationale Normen und Standards .....	49
VI.1.1. Vorrang des Kindeswohls und Erhalt der Familieneinheit .....	49
VI.1.2. Verbot der Inhaftierung .....	49
VI.1.3. Haftbedingungen .....	50
VI.2. Innerstaatliche Rechtslage .....	51
VI.3. Rechtsgrundlage für die „faktische Mit-Anhaltung“ von Kindern in Schubhaft.....	54
VI.3.1. Vorbemerkungen .....	54
VI.3.2. Statistische Daten.....	55
VI.3.3. Aktuelle Erwägungen.....	55
VI.4. Haftbedingungen für Familien mit Kindern.....	57
VI.4.1. Vorbemerkungen .....	57
VI.4.2. Vom BM.I veranlasste Maßnahmen.....	57
VI.4.3. Aktuelle Erwägungen.....	57
VI.5. Erhalt der Familieneinheit.....	58
VI.5.1. Bisherige Empfehlungen des MRB .....	58
VI.5.2. Beobachtungen der Kommissionen .....	58
VI.5.3. Aktuelle Erwägungen.....	59
VI.6. Durchführung von Festnahmen und Familienabschiebungen .....	61
VI.6.1. Beobachtungen der Kommissionen .....	61
VI.6.2. Vom BM.I veranlasste Maßnahmen.....	61
VI.6.3. Aktuelle Erwägungen.....	62
VII. QUELLENVERZEICHNIS .....	65
ANHANG.....	68
Empfehlungen an das Bundesministerium für Inneres.....	68
Weitere im Rahmen des Berichts formulierte Anregungen.....	69

## ABKÜRZUNGEN

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946/1811
Abs.	Absatz
AG	Arbeitsgruppe
AIS	Asylinformationssystem
AnhO	Anhalteordnung
Art.	Artikel
AsylG 2005	Asylgesetz 2005 BGBl I 100/2005
AsylGH	Asylgerichtshof
BAA	Bundesasylamt
BH	Bezirkshauptmannschaft
BM.I	Bundesministerium für Inneres
BPD	Bundespolizeidirektion(en)
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 (Wv)
BVG	Bundesverfassungsgesetz(e)
CPT	Committee on the Rights of the Child (UN-Kinderrechtsausschuss) European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Europäischer Ausschuss zur Verhütung von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung oder Bestrafung)
CRC	Convention on the Rights of the Child (UN-Kinderrechtskonvention)
CT	Computertomographie
DB	Dringlichkeitsbericht
EASt	Erstaufnahmestelle
ECPAT	Arbeitsgemeinschaft zum Schutz der Rechte der Kinder vor sexueller Ausbeutung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage eines Gesetzes
EU	Europäische Union
FIS	Fremdeninformationssystem
FN	Fußnote(n)
FPG 2005	Fremdenpolizeigesetz 2005 BGBl I 2005/100
FrÄG 2011	Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011 BGBl I 38/2011
GVG-B	Grundversorgungsgesetz-Bund 2005 BGBl I 2005/100
GVS	Grundversorgungssystem
GVV	Grundversorgungsvereinbarung Art. 15a B-VG BGBl I 2004/80
GZ	Geschäftszahl
HMSA	Haager Minderjährigenschutzabkommen, BGBl 1975/446
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
ISS	International Social Service
JWG 1989	Jugendwohlfahrtsgesetz 1989 BGBl 161/1989
JWT	Jugendwohlfahrtsträger
Kap.	Kapitel
MA 11	Magistratsabteilung 11 der Stadt Wien (Kinder, Jugend und Familie)
maW	mit anderen Worten
MRB	Menschenrechtsbeirat
MRT	Magnetresonanztomographie
NAG	Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz BGBl I 100/2005
NGO	Nichtregierungsorganisation
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
PAZ	Polizeiianhaltezentrum
PI	Polizeiinspektion
RL	Richtlinie
SCEP	Separated Children in Europe Programme
StbG	Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 BGBl 311/1985
TBC	Tuberkulose
u.a.	unter anderem

UK	United Kingdom
UMF	Unbegleitete minderjährige Staatsangehörige dritter Länder/Flüchtlinge
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees (UN-Flüchtlingshochkommissariat)
UNICEF	United Nations Children´s Fund (UN-Kinderhilfswerk)
UNKRK	UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes, UN-Kinderrechtskonvention, BGBl 7/1993
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VwGH	Verwaltungsgerichtshof

## EXECUTIVE SUMMARY

Im Mai 2010 setzte der Menschenrechtsbeirat eine **Arbeitsgruppe „Minderjährige im fremdenrechtlichen Verfahren“** ein, um seinen aus dem Jahr 2000 stammenden Bericht „Minderjährige in Schubhaft“ zu aktualisieren und thematisch zu erweitern. Dieser Arbeitsgruppe gehörten neben Mitgliedern des Beirats und seiner Kommissionen Vertreterinnen und Vertreter des BM.I, der Wiener MA 11, des UNHCR und des NGO-Bereichs an.

Der von dieser Arbeitsgruppe erstellte Bericht setzt sich mit **folgenden Themen** auseinander: Prüfung des Kindeswohls, insbesondere bei unbegleiteten Minderjährigen (Kapitel II); Altersfeststellung bei Jugendlichen ohne Dokumente (Kapitel III); Handlungsfähigkeit, gesetzliche Vertretung und Obsorge (Kapitel IV); Haftverhängung und Haftbedingungen in Schubhaft (Kapitel V); Anhaltung und Abschiebung von Familien mit Kindern und Jugendlichen (Kapitel VI).

Der Bericht enthält eine umfangreiche Bestandsaufnahme der **internationalen Standards** in diesen Themenfeldern in Relation zur **innerstaatlichen Rechtslage und Praxis**. Eine Reihe nach Einschätzung des Menschenrechtsbeirats kurz- oder mittelfristig umsetzbarer **Anregungen** sind mit Blick auf die internationalen Vorgaben und Standards als Zwischenschritte auf dem Weg zur vollen Annäherung an dieses zum Teil recht hohe Anspruchsniveau anzusehen.

Der Menschenrechtsbeirat registriert in diesem Bericht gegenüber dem Vorbericht aus dem Jahr 2000 **Fortschritte**, etwa im Bereich der Schubhaft und deren Ersetzung durch gelindere Mittel, in letzter Zeit ferner auch im Zusammenhang mit der Vorgangsweise bei „Familienabschiebungen“ (allerdings auch einzelne Rückschritte). Er sieht jedoch weiterhin offene Fragen, **Probleme und Handlungsbedarf**, vor allem im Zusammenhang mit der Prüfung und Wahrung des Kindeswohls in verschiedenen Verfahrensstadien, der Feststellung des Alters (der Voll- oder Minderjährigkeit) junger Migranten, der gesetzlichen Vertretung und Obsorge unbegleiteter Jugendlicher sowie der Zusammenarbeit mit der Jugendwohlfahrt (letztere fällt in die Zuständigkeit der Bundesländer). Den Eintritt der Handlungsfähigkeit mit Vollendung bereits des 16. Lebensjahres nach dem Fremdenpolizeigesetz erachtet der Menschenrechtsbeirat für sehr problematisch.

Der Menschenrechtsbeirat hat im vorliegenden Bericht **elf konkrete Empfehlungen** an das BM.I und eine Reihe weiterer Anregungen formuliert (vgl. vollständige Auflistung im Anhang).

Zur besseren Übersicht werden **im Folgenden** der **Inhalt** der einzelnen Kapitel des Berichts und die **Überlegungen und Vorschläge** in knapper Form **zusammengefasst wiedergegeben**. Freilich kann diese summarische Wiedergabe die ausführlichen Informationen und Erwägungen des Berichts selbst nicht ersetzen.

### **Zusammenfassung Kapitel II. Prüfung des Kindeswohls**

Unbegleitete minderjährige Migrantinnen und Migranten, die – etwa im Rahmen von Zugkontrollen – aufgegriffen werden und nicht um Asyl ansuchen, werden nicht selten ohne weiteres zurückgeschoben bzw. ausgewiesen. Genauere Statistiken sind diesbezüglich jedoch nicht verfügbar.

Derzeit ist die Prüfung des Kindeswohls im fremdenpolizeilichen Verfahren (entgegen den Vorgaben des Art. 5 lit.a der RückführungsRL) im nationalen Recht nicht ausdrücklich verankert.

Eine individuelle Abklärung des Kindeswohls ist vor allem vor einer **Entscheidung über die Rückkehr der/des Minderjährigen oft schwierig**, da die Datenweitergabe im Laufe des Asylverfahrens nur eingeschränkt möglich ist und der Erhalt von Monitoringberichten über die Situation in den Herkunftsländern nicht einfach ist.

## Anregungen:

- Aufbereitung der **Dokumentation** in einer Weise, die einen bundesweiten zahlenmäßigen Überblick über **Zurückschiebungen und Ausweisungen** unbegleiteter Minderjähriger ermöglicht.
- Im Fall des Aufgriffs im Bundesgebiet ohne Asylantragsstellung Entscheidung über Zurückschiebung oder Ausweisung erst nach Durchführung einer **sachgerechten Erstabklärung** der tatsächlichen Situation im Rahmen eines **Clearing-Verfahrens**: Möchte die/der Minderjährige einen Asylantrag stellen? Familienzusammenführung mit Verwandten in Österreich oder in einen anderen Staat? Handelt es sich um ein Opfer von Kinderhandel? (Empfehlung)
- **Einbindung der Jugendwohlfahrt**: Verpflichtende Anwesenheit einer Vertreterin bzw. eines Vertreters des JWT. **Bei Zustimmung** zur Zurückweisung (keine Kindeswohlgefährdung) kann eine **altersadäquate Übergabe** im Wege der **grenzüberschreitenden Jugendwohlfahrtskooperation** erfolgen.
- **Einrichtung** einer zentralen, rund um die Uhr erreichbaren **Anlaufstelle** zur Abklärung der zu unternehmenden Schritte als Unterstützung für die Beamtinnen und Beamten vor Ort. (Empfehlung)
- Durchführung einer **multidisziplinären** (Beiziehung des JWT) **vertieften Kindeswohlprüfung** jedenfalls im Zusammenhang mit wichtigen Entscheidungen wie etwa der In Schubhaftnahme oder der Außerlandesbringung. (Empfehlung)
- Erörterung im Rahmen eines **Fachgesprächs**, wie eine **Kindeswohlprüfung** im fremdenpolizeilichen Verfahren Eingang **in das innerstaatliche Recht** finden kann.

## Zusammenfassung Kapitel III. Altersfeststellung bei Jugendlichen (UMF) ohne Dokumente

Seit der Fremdenrechtsnovelle 2009 werden bei Zweifeln über die Minderjährigkeit **multifaktorielle Altersbegutachtungen**, bestehend aus einer körperlichen Untersuchung, einer Beurteilung des Zahnstatus (Panoramaröntgen) und einer Handwurzelröntgenuntersuchung, durchgeführt. Im Herbst 2010 wurde zusätzlich die Möglichkeit einer CT-Untersuchung des Schlüsselbeins eröffnet. Im ersten Halbjahr 2010 wurden vom Bundesasylamt 359 Altersdiagnosen in Auftrag gegeben.

Die aktuelle Situation in Österreich kann nicht als vollständige Umsetzung internationaler Standards angesehen werden, insbesondere auf erlassmäßiger Ebene und im konkreten Vollzug.

Nach internationalen Standards ist vor Beginn eines Altersfeststellungsverfahrens ein qualifizierter unabhängiger „Vormund“ zu bestellen. Die **Rechtsberaterinnen und Rechtsberater im Asylverfahren** erfüllen diese Aufgabe **nicht zur Gänze**, da von ihnen keine einschlägige Erfahrung im Umgang mit Minderjährigen verlangt wird und sich ihr Mandat auf die rechtliche Vertretung im Asylverfahren beschränkt.

AsylG, FPG, NAG und StbG legen die Nachrangigkeit der Altersbegutachtung fest. Ebenso dürfen laut einem Erlass des BM.I Altersdiagnosen nur als „**ultima ratio**“ angeordnet werden, und zwar erst dann, wenn **vorgelegte Dokumente überprüft** wurden und die Echtheit der Dokumente bzw. Urkunden nicht außer Zweifel gestellt werden kann. In der Praxis wird jedoch vielfach die Überprüfung der vorgelegten Dokumente **nicht veranlasst** bzw. das Ergebnis der Prüfung **nicht abgewartet**.

Die Betroffenen werden im Rahmen der Einvernahme mit Zweifeln an ihren Altersangaben konfrontiert. Die **kindgerechte Ausführung der Altersfeststellung** ist jedoch fraglich, da Jugendliche berichteten, sie hätten vor/bei der Altersfeststellung große Angst gehabt und hätten sich beschämt und uninformiert gefühlt.

**Zwangsmittel** zur Durchsetzung einer radiologischen Untersuchung sind zwar nach internationalem und nationalem Recht **ausgeschlossen**, dennoch wird dies in der Praxis von den Betroffenen oft **gegenteilig wahrgenommen**, da sie keine Möglichkeit sehen, sich gegen die angeordneten Untersuchungen auszusprechen.

Die seit Herbst 2010 eingeführte **CT-Untersuchung des Schlüsselbeins** entspricht einer 6000-fachen Strahlenbelastung eines Handwurzelröntgens. Durch die Kombination mit der im Rahmen des Zulassungsverfahrens verpflichtenden TBC-Kontrolluntersuchung mittels Lungenröntgen (und allenfalls vorheriger Untersuchungen) kommt es zum **Aufsummieren der Strahlenexposition** und damit zu einer möglichen Erhöhung des Krebsrisikos.

Insgesamt gibt es eine Entwicklung zu vermehrten radiologischen Untersuchungen und höheren Zahlen an Altersfeststellungen, obwohl es **immer noch keine allgemein anerkannte medizinisch-wissenschaftliche Methode zur Altersfeststellung** gibt.

Den relevanten nationalen Gesetzen und Erlässen liegt das Prinzip „**in dubio pro minore**“ zugrunde, d.h. sollten Ermittlungen und Altersdiagnose nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führen, so ist im Zweifel von der Richtigkeit der Angaben der/des Minderjährigen auszugehen. Dieses Prinzip wird in der Praxis allerdings **nicht immer korrekt angewendet**, was zu einer Überschätzung des Alters und zu einer Benachteiligung der Betroffenen führt.

Mit der Volljährigkeitserklärung (die während der Einvernahme im Zulassungsverfahren mittels Verfahrensordnung erfolgt) **verliert** die betroffene Person die für Minderjährige vorgesehene **rechtliche Unterstützung**, zudem wird sie umgehend aus der **UMF-Einrichtung** entlassen.

#### **Anregungen:**

- Verbesserte Information der Jugendlichen und zur Seite Stellen eines **Obsorgeberechtigten** für unbegleitete minderjährige Fremde – auch dann, wenn Zweifel an ihrer Minderjährigkeit bestehen – **vor** der Anordnung eines **Altersgutachtens**.
- **Überarbeitung** der relevanten Passagen des entsprechenden Erlasses zur Klarstellung, dass radiologische Untersuchungen zur Altersdiagnose nur bei Zweifeln an der Minderjährigkeit vom Gesetz legitimiert sind.
- Setzung einer **angemessenen Frist zur Beibringung der Dokumente** für den Fall, dass Asylsuchende sich Dokumente nachschicken lassen. Überprüfung der Dokumente nach Einlangen, ehe eine Altersbegutachtung veranlasst wird.
- **Verpflichtende Schulung der Behördenvertreterinnen und -vertreter** in Zusammenarbeit mit unabhängigen Expertinnen und Experten zu Fragen der Altersbegutachtung.
- **Vorherige Klärung der Obsorge und der Anwesenheit des/der Obsorgeberechtigten** zur Gewährleistung einer kindgerechten und korrekten Information der Betroffenen bei allen Einvernahmen und der Altersbegutachtung.
- Gewährleistung des Rechtes betroffener Jugendlicher, eine **Ärztin oder einen Arzt zu wählen**, die/der die Untersuchung des Genitalbereiches durchführt sowie vorab entsprechend über dieses Recht informiert zu werden.
- Würdigung möglicher Gründe einer Verweigerung der Altersbegutachtung im Einzelfall (statt die Weigerung bei der Beweiswürdigung unbesehen zu Lasten der Betroffenen zu werten).
- Überlegungen im Rahmen eines **multidisziplinären Gesprächs**, inwieweit hohe **Strahlenbelastungen reduziert** werden könnten. (Empfehlung)
- Ein stärker multiprofessionell ausgerichtetes, psychosoziale Faktoren einbeziehendes Altersfeststellungsverfahren wäre im Einklang mit den internationalen Empfehlungen wünschenswert. (Empfehlung)



- **Schulung** der mit dem Vollzug des Asyl- und Fremdenrechts betrauten Personen zur Bedeutung des Grundsatzes „in dubio pro minore“ sowie **Information** über die Unsicherheiten und Unsicherheiten medizinischer Altersdiagnosen.
- **Eintragung** des 31. Dezember des ermittelten Geburtsjahres statt des 1. Jänner in jenen Datenbanken (zB AIS, FIS und GVS), in denen das Geburtsdatum aufscheint.
- **Prüfung** der Frage der **Rechtsform der Feststellung der Volljährigkeit**. Zur Sicherung eines ausreichenden Rechtsschutzes hält der Beirat die Erlassung eines Bescheides für wünschenswert. (Empfehlung)

#### **Zusammenfassung Kapitel IV. (Unbegleitete) Jugendliche im fremdenrechtlichen Verfahren – Handlungsfähigkeit, gesetzliche Vertretung und Obsorge**

Nach dem **AsylG** ist für den Eintritt der Handlungsfähigkeit ungeachtet der Staatsangehörigkeit des Fremden österreichisches Recht – also die Bestimmungen des ABGB – maßgeblich. Demnach sind Personen, die das **18. Lebensjahr** vollendet haben, voll handlungsfähig.

Demgegenüber sind in Verfahren nach den Hauptstücken 2 bis 10 des **FPG** minderjährige Fremde, die das **16. Lebensjahr** vollendet haben, **handlungsfähig**. Minderjährige Fremde, die das 16. Lebensjahr **noch nicht vollendet** haben und deren Interessen von ihrem gesetzlichen Vertreter nicht wahrgenommen werden können, können im eigenen Namen nur Verfahrenshandlungen zu ihrem Vorteil setzen.

Somit werden **alleinstehende** 16- und 17-Jährige, die sich in einem für sie **fremden Kontext** befinden und mit **Sprachbarrieren** und kulturellen Unterschieden konfrontiert sind, in einem rechtlichen Teilbereich für handlungsfähig erklärt. Gleichzeitig bestimmen aber die UNKRK und das ABGB, dass Personen unter 18 Jahren nicht voll handlungsfähig sind, obwohl diesen idR inländische, obsorgende Eltern zur Seite stehen.

Gemäß § 12 Abs. 1 FPG können Jugendliche, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, zu einer mündlichen Verhandlung einen **gesetzlichen Vertreter** und eine an der Sache nicht beteiligte **Person ihres Vertrauens beiziehen**. Seitens der Behörde erfolgt zwar eine Belehrung über diese Möglichkeit, jedoch wird von den Jugendlichen davon praktisch **nie** Gebrauch gemacht.

Die nunmehr mit dem FrÄG 2011 geregelte, ab dem 1. Dezember 2011 jedem Fremden im fremdenpolizeilichen Verfahren zur Verfügung stehende **Rechtsberatung** kann diese Probleme nur zum Teil abfedern, zumal die **Kompetenz** im Umgang mit minderjährigen Flüchtlingen keine für Rechtsberater geforderte Qualifikation ist.

Das Problem des **Übergangs von Zuständigkeiten**, insbesondere von einem Jugendwohlfahrtsträger auf einen anderen, ist ein österreichweites und ergibt sich unter anderem bei Folgeanträgen. Die Problematik liegt weniger an der gesetzlichen Regelung, als vielmehr an der Praxis, die ihre Verantwortlichkeit vielfach **nicht wahrnimmt**.

Derzeit besteht in den Bundesländern kein einheitliches System, was die **Kostentragung** für die Betreuung unbegleiteter Minderjähriger anlangt.

Gemäß internationaler und nationaler Rechtslage (OGH) besteht bei unbegleiteten Minderjährigen regelmäßig per definitionem ein **Obsorgenotstand**. Dieser kann sich, unabhängig von der Frage der nach FPG mit Vollendung des 16. Lebensjahres eintretenden Handlungsfähigkeit, bis zum 18. Lebensjahr ergeben. Die ehest mögliche **Bestellung eines Obsorgeberechtigten** ist daher unabdingbar.

Die allgemeinen **Jugendwohlfahrtsgesetze** sind anzuwenden, **insoweit** die **Grundversorgungsgesetze** (als lex specialis) **keine Sonderregelung** vorsehen. Die Grundversorgung stellt keinen Ersatz für die Zuständigkeit und die Aufgaben der Jugendwohlfahrt dar; vielmehr sind die beiden Bereiche als komplementäres Ganzes zu verstehen.

Ob es **Standards für die Unterbringung und Betreuung im gelinderen Mittel** gibt, ist nicht bekannt. Das BM.I sieht die GVV im Bereich des gelinderen Mittels als nicht unmittelbar anwendbar an, da Grundversorgungsleistungen während der Dauer einer Anhaltung ruhen.

#### **Anregungen:**

- Die für die **Handlungsfähigkeit** geltende Altersgrenze von **16 Jahren** und daraus resultierende Fragen der Vertretung und Obsorge unbegleiteter Minderjähriger sollen im Rahmen eines **bundesweiten Fachgesprächs** zur Diskussion gestellt werden. Abhaltung dieses Gesprächs auf breiter Ebene, insbesondere unter Beiziehung von Expertinnen und Experten aus dem Bereich der Kinderrechte, der Jugendwohlfahrt und des UNHCR. (Empfehlung)
- Aufnahme der Erfahrung und Kompetenz im Umgang mit Minderjährigen in das Anforderungsprofil und die Vertragsgestaltung für Rechtsberaterinnen und Rechtsberater bei der Ausschreibung von Rechtsberatungsleistungen. (Empfehlung)
- Erwägung einer Ausweitung des *best-practice* Modells eines **eigenen Fachbereichs für unbegleitete minderjährige Fremde beim Jugendwohlfahrtsträger** (Tirol) auf andere Bundesländer.
- Kontaktaufnahme mit den zuständigen Stellen der **Länder** zwecks Lösung der im Zusammenhang mit bundesländerübergreifenden Sachverhalten auftretenden praktischen Probleme, etwa im Rahmen eines **bundesweiten Fachgesprächs**: Erarbeitung eines **gemeinsamen Leitfadens** sowie Darstellung unterschiedlicher Varianten (etwa im Bereich der Verständigung des JWT) zur Identifizierung regional gepflegener, gut funktionierender Abläufe.
- Schaffung eines Systems zur **gleichmäßigen Verteilung der Kosten** für die Betreuung unbegleiteter Minderjähriger auf die Länder.
- Im Hinblick auf den nach internationaler und nationaler Rechtslage (OGH) bei unbegleiteten Minderjährigen regelmäßig anzunehmenden **Obsorgenotstand**, der sich bis zum 18. Lebensjahr ergeben kann, ist die ehest mögliche Bestellung eines Obsorgeberechtigten unabdingbar.
- Die Anwendung der allgemeinen **Jugendwohlfahrtsgesetze neben den Grundversorgungsgesetzen** ist ernst zu nehmen und in der Praxis durchzusetzen.
- **Für die Unterbringung und Betreuung im gelinderen Mittel** wären **Standards** zu entwickeln, welche die für die Betreuung unbegleiteter Minderjähriger in Grundversorgung geltenden Standards (vgl. Artikel 7 GVV) nicht unterschreiten sollten.

## **Zusammenfassung Kapitel V. (Unbegleitete) Jugendliche in Schubhaft**

### **V.I. Verhängung der Schubhaft**

In der österreichischen Schubhaftpraxis besteht bei 16- und 17jährigen Jugendlichen nach wie vor ein **Zahlenverhältnis von 2 zu 1 zwischen Schubhaft und gelinderem Mittel**. Mit dem FrÄG 2011 erfolgte nunmehr die Herausnahme 16- und 17jähriger aus der grundsätzlichen Pflicht zur Anwendung gelinderer Mittel anstelle der Schubhaft.

Dies steht **mit den internationalen Grundsätzen** der Anhaltung von Jugendlichen in Schubhaft (insb. Art. 1 und 37 UNKRK und Art. 17 der Rückführungsrichtlinie) als letztes Mittel und für die kürzest mögliche Zeit **nicht in Einklang**.

§ 80 Abs 2 Z 1 FPG idF FrÄG 2011 sieht nunmehr in Bezug auf **mündige Minderjährige** eine „**grundsätzliche**“ **Beschränkung der Schubhaft** auf eine Dauer von **höchstens zwei Monaten** vor.

Die **Begründung der Schubhaftbescheide** über Jugendliche ist zum Teil **mangelhaft**.

Eine **amtswegige Haftprüfung** durch den UVS erfolgt gemäß § 80 Abs. 7 FPG idF FrÄG 2011 **erst nach vier Monaten** durchgehender Anhaltung in Schubhaft, wozu es bei Minderjährigen nur selten kommt.

#### **Anregungen:**

- Bereinigung der durch das Wort „grundsätzlich“ in § 80 Abs.2 Z 1 FPG entstandenen legislativen Unklarheit bei nächster Gelegenheit. (Empfehlung)
- Stärkeres Hinwirken auf **Verkürzung der Haftdauer im Einzelfall**.
- **Amtswegige Überprüfung** der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Schubhaft durch den UVS innerhalb relativ **kurzer Frist** (etwa orientiert an jener des § 6 Abs. 1 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit: eine Woche). (Empfehlung)
- **Aufschlüsselung der bestehenden Statistiken** über Schubhaftverhängung in Bezug auf Geschlecht, Haftdauer, regionale Verteilung (Schubhaft verhängende Behörde; PAZ) sowie die Gründe für die Verhängung und Beendigung der Haft (Rechtsmittelentscheidung, Aufhebung nach Prüfung durch BM.I, Abschiebung, etc.).
- **Einzelfallbetrachtung** im Falle einer der **Schubhaft vorausgegangenen Straffälligkeit**, wobei die Frage des Zusammenhangs zwischen der (vorgeworfenen) Straftat und den Schubhaftzwecken zu prüfen ist.
- **Ersatz der Schubhaft** bei Jugendlichen **durch gelindere Mittel** im Einklang mit internationalen Standards (insb. UNKRK, Rückführungsrichtlinie).

#### **V.II. Haftbedingungen**

Die in **Anhaltung von Jugendlichen in Einrichtungen für Erwachsene** zu den für Erwachsene geltenden Bedingungen stellt entgegen internationalen Standards derzeit noch den Regelfall dar. Infolge des Gebots der Trennung von jugendlichen und erwachsenen Häftlingen kommt es faktisch immer wieder zur Anhaltung Jugendlicher in **Einzelhaft**.

Schubhaft (allenfalls Einzelhaft) bedeutet insbesondere für Jugendliche eine **hohe psychische Belastung**, vor allem bei längerer Schubhaftdauer und kaum vorhandenen Beschäftigungsmöglichkeiten.

#### **Anregungen:**

- Betrauung des **PAZ Rossauer Lände** mit der Spezialaufgabe und -verantwortung des **Schubhaftvollzugs an Jugendlichen** (österreichweit). Adaptierung der dort leer stehenden **Familienabteilung** als offene Station für Jugendliche. (Empfehlung)
- Gleichzeitig Ermöglichung des *ausnahmsweisen* Verbleibs in einem anderen PAZ wegen eines Wohnsitzes oder sonstiger bestehender Bindungen und Strukturen.
- Schaffung von Haftplätzen für Jugendliche im neuen **Schubhaftzentrum Vordernberg** nur in **sehr eingeschränktem Ausmaß**.
- Einführung einer Alltagsbetreuung der Jugendlichen im PAZ durch **diplomierten Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter** – in kleineren PAZen zumindest einmal wöchentlich. Klärung des Verhältnisses zur bzw. Vernetzung mit der **Jugendwohlfahrt** im Hinblick auf das Ziel einer zentralen Anlaufstelle und Vertrauensperson.
- Schaffung von **adäquaten Beschäftigungsmöglichkeiten** im PAZ Rossauer Lände und im SHZ Vordernberg. Bei längerer Anhaltung Sicherstellung des **Zugangs zu Bildung**.
- Gesetzliche Gewährleistung einer **jugendgerechten Unterbringung** im Stande der Anhaltung sowie der Schubhaft (die bisher nur für 14- bis 16-Jährige normiert ist - § 79 Abs. 2 FPG) **auch für 16- bis 18-Jährige**.

## Zusammenfassung Kapitel VI. Anhaltung und Abschiebung von Familien mit Kindern und Jugendlichen

### VI.3. Rechtsgrundlage für die „faktische Mit-Anhaltung“ von Kindern in Schubhaft

Nach § 76 Abs.1a FPG dürfen **unmündige Minderjährige nicht in Schubhaft** angehalten werden. In der **Praxis** kam es allerdings aufgrund bestimmter Erwägungen (etwa um die Trennung einer Familie bei der Sicherung der Ab- oder Zurückschiebung zu vermeiden) zu **faktischen Anhaltungen von Minderjährigen unter 14 Jahren im PAZ**. Die Grundlage des Aufenthaltes stellte eine im Einzelfall einzuholende **Zustimmung des/der Erziehungsberechtigten** dar.

Mit dem **FrÄG 2011** wurde die bisherige Praxis nunmehr gesetzlich verankert. So bestimmt § 76 Abs. 5 FPG, dass Fremden, die zeitnah zu einer Abschiebung in Schubhaft angehalten sind, zu gestatten ist, dass sie von ihnen zur Obsorge anvertrauten **Minderjährigen begleitet** werden, sofern eine familien- und kindgerechte Unterbringung gewährleistet ist. Im Falle des Begleitens gelten die Schutznormen aus der Hausordnung sinngemäß für die Minderjährigen.

Die Materialien zum FrÄG 2011 betonen, dass diese Minderjährigen gerade **nicht im Sinne des FPG angehalten** seien. Zudem soll Schubhaft in solchen Fällen im Einklang mit Art. 17 der RückführungsRL und § 80 Abs. 1 FPG nur für die kürzest mögliche angemessene Dauer eingesetzt werden.

#### Anregungen:

- Einsatz der (wenn auch kurzfristigen) Anhaltung von unmündigen Minderjährigen als **ultima ratio**, d.h. nur dann, wenn der Zweck nicht auch durch gelindere Mittel erreicht werden kann, und in aller Regel nur für wenige Stunden oder Tage. (Empfehlung)
- Verhängung von Schubhaft über Familien mit Kindern über einen **längeren Zeitraum** nur als **absolute Ausnahme**, und zwar dann, wenn eine geordnete Vorbereitung der Abschiebung anderweitig nicht möglich ist, insbesondere wenn Abschiebeversuche wiederholt frustriert worden sind. (Empfehlung)
- Berücksichtigung der Grundsätze der Art. 1 und 2 des **BVG über die Rechte von Kindern**, welche einen **besonderen Schutz- und Fürsorgeanspruch** gegenüber dem Staat zur Wahrung des Kindeswohls normieren.
- Ausreichende **Information der Eltern/Erwachsenen** (bei Bedarf mittels Dolmetsch) und Auflage eines verständlich gefassten Formblattes in den wichtigsten in Betracht kommenden Sprachen.
- **Absehen von einer gänzlichen Übertragung der Obsorge** über jene Minderjährigen, die nicht mitangehalten werden (können), an die Jugendwohlfahrt sowie von einer allfälligen Androhung einer solchen Übertragung gegenüber den Eltern.
- **Beziehung der Jugendwohlfahrt** in allen Fällen von Familienunterbringung in Haft oder im gelinderen Mittel sowie Einbindung in wichtige Entscheidungsprozesse.

### VI.4. Haftbedingungen für Familien mit Kindern

Im Herbst 2009 erfolgte die Einrichtung einer **Familienstation im PAZ Rossauer Lände**. Diese wurde ein Jahr darauf im Rahmen des Programms des BM.I zur Verbesserung der Rückführungspraxis bei Familien mit Kindern geschlossen.

Im Herbst 2010 wurde die „**Familienunterbringung Zinnergasse**“ eingerichtet. Diese dient als Transitstation, in welche Familien und unbegleitete Minderjährige unter 16 Jahren vor ihrer Rückführung per Bus oder Flugzeug aus ihren Quartieren überstellt und für einen, maximal zwei Tage angehalten werden.

Das Gebäude ermöglicht einen weitgehend offenen Vollzug der Anhaltung im 2. und 3. Stock und verfügt über 12 Wohneinheiten zu je 54 m<sup>2</sup>. Die Wohneinheiten bestehen aus einem Vorzimmer mit Kochnische, einem Bad, einem WC und zwei (Schlaf-)Zimmern. Die Fenster sind nicht vergittert, lassen sich aber aus Sicherheitsgründen nur kippen.

Ab Sommer 2011 sollen in 16 zusätzlichen Wohneinheiten im Objekt Zinnergasse auch Plätze für das **gelindere Mittel** geschaffen werden. Die Betroffenen sollen das Haus unter Meldepflicht auch verlassen dürfen und Freizeitmöglichkeiten erhalten.

#### **Anregungen:**

- **Gesetzliche Verankerung** der **Pflicht** zur Bereitstellung **familiengerechter Unterbringungsmöglichkeiten** (durch Einrichtung von geeigneten Familienhafträumen in PAZen oder besondere Familienunterkunft).
- **Klarstellung**, dass eine im Rahmen des **gelinderen Mittels** mögliche Anordnung, in von der Behörde bestimmten Räumen Unterkunft zu nehmen, **keinesfalls** einer **freiheitsbeschränkenden Maßnahme** gleichkommen darf.

#### **VI.5. Erhalt der Familieneinheit**

Die überwiegende Anzahl von Familienabschiebungen erfolgt weitestgehend reibungslos. Den problematischen Fällen, in denen es zu einer Trennung von Familien kommt, ist gemeinsam, dass **einzelne Familienmitglieder** im Zeitpunkt der Festnahme durch die Beamtinnen und Beamten entweder **verschwunden** waren oder sich wegen akuter psychischer Probleme in **stationärer Behandlung** befanden.

Die **Beurteilung der Rechtmäßigkeit** einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme, die zu einem Eingriff in das Familienleben führen kann, ist nach **Art. 8 EMRK** vorzunehmen: Ist nur ein **Teil der Familie** von der Maßnahme betroffen, ist ein Eingriff in das Familienleben zu bejahen (im Falle der Betroffenheit der gesamten Familie wäre es lediglich ein Eingriff in das Privatleben der Familienmitglieder). Dabei stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung bzw. **Verhältnismäßigkeit** der Maßnahme oder einer Grundrechtsverletzung.

Die Fremdenpolizei agiert hierbei in einem **Spannungsfeld** zwischen einer möglichst kurzen Dauer der Anhaltung und der Einplanung eines gewissen Spielraums für derartige Ausnahmesituationen (v.a. wenn ein konkreter Flug gebucht wurde oder ein von einem Nachbarstaat festgesetzter Übergabetermin eingehalten werden muss).

#### **Anregungen:**

- **Aufschiebung** von Abschiebungen, die zur **Trennung von Familienmitgliedern** führen. (Empfehlung)
- Bei einer wiederholten und offenbar absichtlich herbeigeführten **Verhinderung der Abschiebung** der gesamten Familie **Entscheidung im Einzelfall** nur nach sorgfältiger **Abwägung** der Kriterien des Art. 8 Abs. 2 EMKR und des vorrangigen Interesses an der Erhaltung der Familieneinheit.
- Sorgfältige **Dokumentation** der Fälle, in denen unter Hintanstellung der Familieneinheit abgeschoben oder überstellt wird, sowie **periodische Evaluierung** (unter Einbeziehung des MRB). (Empfehlung)
- Prüfung des vierstufigen **Programms der UK Border Agency** zur Rückführung von Familien mit Kindern daraufhin, ob die Einrichtung eines **vergleichbaren Prozesses auch in Österreich** sinnvoll wäre, sobald erste Erfahrungswerte über die Bewährung des Programms vorliegen.

#### **VI.6. Durchführung von Festnahmen und Familienabschiebungen**

Die Kommissionen des MRB orteten **Problemfelder im organisatorischen/infrastrukturellen Bereich** (wie etwa mangelndes Nahrungsangebot für Kleinkinder, Zeitdruck, nicht erfolgte Beiziehung einer Dolmetscherin bzw. eines Dolmetschers), aber

auch im **Umgang** mit den betroffenen Personen (Risiko der Traumatisierung der Kinder). Gleichzeitig wurde das – vor allem in Bezug auf die anwesenden Kinder – sensible und engagierte Verhalten einzelner Beamtinnen und Beamten hervorgehoben.

Das BM.I deckte den unmittelbaren Handlungsbedarf in diesem Bereich mit Erlass vom 29.10.2010, dem sog. **6-Punkte-Programm** zur Verbesserung der Abschiebep Praxis von Familien mit Kindern, grundsätzlich ab.

Diverse **Jugendwohlfahrtsträger** sowie der Berufsverband der Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter weigerten sich, im Sinne des Erlasses bei Abschiebungen von Familien mit Kindern mitzuwirken. Das BM.I verlautbarte, dass jedenfalls auch bei kategorischer Weigerung eine Information an den JWT zu übermitteln und um Unterstützung zur Sicherung des Kindeswohls zu ersuchen ist.

#### **Anregungen:**

- Einzelfallabwägung bestimmter Vor- und Nachteile in Bezug auf den „bestmöglichen“ **Zeitpunkt der Abschiebung** mit dem Ziel einer möglichststen Schonung der Betroffenen, insbesondere der Kinder.
- Sicherstellung einer **kontinuierlichen psychosozialen Unterstützung** der Familien durch **eine Betreuungsperson** (im Rahmen einer NGO oder durch unabhängige Einzelpersonen).

# I. EINLEITUNG

## I.1. Allgemeines, Mandat und Zusammensetzung der Arbeitsgruppe

In seiner Sitzung am 3. Dezember 2009 beauftragte der Menschenrechtsbeirat die Kommissionen, im 1. Quartal 2010 Beobachtungen zum Umgang mit Minderjährigen und Familien im Zuge von Abschiebungen durchzuführen, um im Anschluss daran eine Arbeitsgruppe einzusetzen, welche eine Aktualisierung und Erweiterung des bereits zehn Jahre alten Berichts zu Minderjährigen in Schubhaft<sup>1</sup> durchführen sollte. Am 27. Mai 2010 setzte der Beirat sodann die Arbeitsgruppe „Minderjährige im fremdenrechtlichen Verfahren“ ein und erteilte ihr auf Grundlage der Recherchen der Kommissionen folgendes Mandat:

- Untersuchung des gesamten Themenkomplexes „Familienunterbringungen“ im Lichte menschenrechtlicher Standards (dies auch im Hinblick auf das künftige Schubhaftzentrum Vordernberg);
- Rechtsgrundlage für die faktische „Mit“-Anhaltung von Kindern;
- Kommunikation zwischen Jugendämtern und Fremdenpolizeibehörden;
- Prüfung des Kindeswohls
- Haftungsfragen;
- Haftbedingungen für jugendliche minderjährige Einzelpersonen und Familien mit Kindern im Lichte internationaler Menschenrechtsstandards;
- Polizeiliche Maßnahmen am Weg zur Abschiebung;
- Auseinandersetzung der Behörden mit den Fragen der Minderjährigkeit und der Notwendigkeit der Schubhaftverhängung anstelle des gelinderen Mittels; Frage der obligatorischen Beigabe eines Rechtsvertreters für Minderjährige im fremdenrechtlichen Verfahren;
- Generelle Überarbeitung und Aktualisierung des Berichts „Minderjährige in Schubhaft“ aus dem Jahr 2000 im Hinblick auf Änderungen der Sach- und Rechtslage

Zu diesem Zeitpunkt hatten sich zwei Fälle noch nicht ereignet: Der Suizidversuch des 16-jährigen Afghanen Reza Haidari im PAZ Hernalser Gürtel in der Nacht vom 4. auf 5. Juni 2010 und der Fall der Familie Komani im Oktober 2010. Während die Festnahme der beiden 8-jährigen Mädchen, die Trennung von der Mutter, ihre Verbringung in die Schubhaft und darauf folgende (vorübergehende) Abschiebung einen breiten medialen und zivilgesellschaftlichen Aufschrei nach sich zog und letztlich ausschlaggebend war für wesentliche Änderungen in der Festnahme- und Anhaltepraxis, erfuhr die Öffentlichkeit erst Mitte September 2010 durch einen Artikel des Falter,<sup>2</sup> dass Reza Haidari bereits im Juli an den Folgen des Selbstmordversuchs verstorben war. Solche Ereignisse ließen in Verbindung mit anderen Faktoren bei den Mitgliedern der Arbeitsgruppe den Eindruck entstehen, dass insbesondere unbegleitete männliche Jugendliche weniger als schutzbedürftige Personengruppe, als vielmehr recht einseitig als sehr selbstständig und potenziell straffällig bzw. gewaltbereit wahrgenommen werden; seien es die geltenden Schubhaftbedingungen und die mit dem FrÄG 2011 vermehrte Möglichkeit der Inschubhaftnahme von über 16-Jährigen, sei es die Bestimmung über den vorzeitigen Eintritt der Handlungsfähigkeit mit Vollendung des 16. Lebensjahres und damit verbunden die unzureichende gesetzliche Vertretung der Jugendlichen (durch die Jugendwohlfahrt).

Neben dem bereits inhaltlich umfassenden Mandat kam es - sowohl durch den Anlassfall der Familie Komani und die Einrichtung der Familienunterbringung Zinnergasse in Wien, wie auch durch die aktuelle Fremdenrechtsnovelle 2011 – zu einer unvorhergesehenen Dynamik, sodass bis zur Fertigstellung des vorliegenden Berichts durch die Arbeitsgruppe insgesamt elf Sitzungen notwendig wurden.

Der AG gehörten neben Mitgliedern des MRB und der Kommissionen Vertreterinnen und Vertreter des BM.I, der MA 11, des UNHCR und des NGO-Bereichs an.<sup>3</sup>

Was die Arbeitsweise anlangt, so führte die AG ein Gespräch mit Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Jugendwohlfahrt und der Fremdenpolizei der Bezirkshauptmannschaften Baden

<sup>1</sup> Bericht des Menschenrechtsbeirates zum Problem „Minderjährige in Schubhaft“ (2000), [http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms15/index.php?option=com\\_content&view=article&id=93:-2000-minderjaehrige-in-schubhaft-&catid=51:berichte-zu-themenschwerpunkten-&Itemid=57](http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms15/index.php?option=com_content&view=article&id=93:-2000-minderjaehrige-in-schubhaft-&catid=51:berichte-zu-themenschwerpunkten-&Itemid=57)

<sup>2</sup> Falter 37/2010, 15.9.2010, Ein angekündigter Tod.

<sup>3</sup> S. genauer VII. Erstellung des Berichts.

und Vöcklabruck, besichtigte die neu eingerichtete Familienunterbringung Zinnergasse, wertete zahlreiche Kommissionsberichte der letzten Jahre aus und ersuchte sowohl die Kommissionen als auch das BM.I um ergänzende Informationen.

## **I.2. Verhältnis zu den bisherigen Empfehlungen des MRB**

Die Arbeitsgruppe setzte sich eingehend mit den im Jahr 2000 im Bericht „Minderjährige in Schubhaft“ ergangenen Empfehlungen und den Entwicklungen seitdem auseinander. Dabei ergab sich die Frage, in welchem Verhältnis diese Empfehlungen zum nunmehrigen Bericht stehen sollten, da in Teilbereichen eine Umsetzung im Sinne des MRB erfolgt ist, in anderen Bereichen der damals gesetzte Standard bislang nicht erreicht wurde. Die AG kam letztlich überein, dass eine Wiederholung - im Sinne einer neuerlichen Beschlussfassung - alter, nicht umgesetzter Empfehlungen in der Regel wenig sinnvoll erscheint. An den betreffenden Stellen wird stattdessen auf einzelne frühere Empfehlungen des MRB verwiesen.

Der Arbeitsgruppe erschien es auch nicht sinnvoll, alle im vorliegenden Bericht enthaltenen Anregungen als formelle Empfehlungen des MRB vorzuschlagen, zumal dies die Anzahl der bisher (schon rund 360) existierenden Empfehlungen des MRB über Gebühr vermehren könnte. **Als Empfehlungen**, mit denen sich der Beirat selbst nach den Vorstellungen der Arbeitsgruppe näher auseinandersetzen und verstärkt identifizieren sollte, wurden daher nur einige der AG besonders **wichtig erscheinende Aspekte** formuliert. Dies soll jedoch **nicht als Abschwächung der übrigen im Bericht enthaltenen Anregungen** verstanden werden.

## **I.3. Internationale Standards und nationale Rechtslage**

Die Frage des Auseinanderklaffens von Anspruch und Wirklichkeit stellte sich auch in Bezug auf internationale Normen und Standards. Feststeht, dass die Republik Österreich in Bezug auf Bestimmungen des *hard law* (UN-Kinderrechtskonvention, EU-Rückführungsrichtlinie etc.) zur Umsetzung so rasch als möglich verpflichtet ist. Doch auch in Bezug auf die als *soft-law* zu qualifizierenden Empfehlungen etwa des CPT oder des UN-Kinderrechtsausschusses, ist kein wesentlicher Unterschied zu sehen, da deren Umsetzung von den jeweiligen internationalen Monitoringgremien im Zuge nachfolgender Besuche oder im Rahmen des Berichtsverfahrens eingefordert zu werden pflegt. Der Menschenrechtsbeirat steht voll hinter diesen Standards wie auch hinter sämtlichen weiteren, angeführten Richtlinien und best-practice-Modellen. Wenn Erwägungen bzw. Empfehlungen in diesem Bericht stellenweise hinter internationalen Normen und Standards (aber auch hinter manchen bisherigen Empfehlungen des MRB) zurück bleiben, so darf dies keinesfalls dahingehend gedeutet werden, dass deren Zielsetzungen aufgegeben würden.

Der Bericht setzt sich eingehend mit der aktuellen innerstaatlichen Sach- und Rechtslage auseinander und enthält konkrete, kurz- oder mittelfristig umsetzbare Anregungen. Diese sind daher mit Blick auf die internationalen Vorgaben und Standards als realistische Zwischenschritte der notwendigen Annäherung an diese zu sehen.

## **I.4. Begriffsbestimmungen**

Im Sinne der UN-Kinderrechtskonvention und anderer internationaler Rechtsinstrumente gelten als „Kinder“ alle Menschen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs. Demgegenüber spricht die österreichische Rechtsordnung eher veraltet und sperrig von „mündigen“ oder „unmündigen“ „Minderjährigen“. Beide Begrifflichkeiten werden nach Ansicht des Menschenrechtsbeirates nicht den im Zentrum dieses Berichts stehenden Personengruppen gerecht, nämlich Kindern und Jugendlichen. Der Begriff „**Kind**“ umfasst im vorliegenden Bericht daher in der Regel **unter 14-Jährige**, als „**Jugendliche**“ werden **über 14- bis 18-Jährige** bezeichnet. Aufgrund der besonderen Regelungen des FPG über den Eintritt der Handlungsfähigkeit mit Vollendung des 16. Lebensjahrs, ist auch diese zusätzliche Altersgrenze zu beachten. Wo sie von Bedeutung ist, wird gesondert darauf verwiesen.

## **I.5. Inhalte und Struktur des Berichts**

Als ein den gesamten Bericht überspannendes Thema beginnt der Bericht mit einem ausführlichen Teil über die Feststellung des **Kindeswohls**. Die Altersgrenze für die (volle oder



beschränkte) Handlungsfähigkeit junger Flüchtlinge und Migranten stellt eine wichtige Grundsatzfrage dar, die der Menschenrechtsbeirat bereits im Jahr 2000 aufgegriffen hat. Dazu hatte er eine Gesetzesänderung im Sinne eines Abgehens von der im Fremdenpolizeigesetz enthaltenen Regelung **vorzeitiger Handlungsfähigkeit mit Vollendung des 16. Lebensjahres** empfohlen. Der Bericht setzt sich damit, wie auch mit den in engem Zusammenhang stehenden Fragen der gesetzlichen Vertretung und Obsorge von unbegleiteten Jugendlichen intensiv auseinander.

Der Beirat möchte an dieser Stelle festhalten, dass der Bereich der Jugendwohlfahrt nicht in die Kompetenz des BM.I fällt, weshalb nur Anregungen gemacht werden können, dazu mit den Ländern in entsprechenden Kontakt zu treten. Aufgrund der Zuständigkeit der Länder und der damit verbundenen regionalen Unterschiede, insbesondere was die Betreuung und Vertretung unbegleiteter Jugendlicher anlangt, kann dieser Bericht nur Teilbereiche dieses so komplexen Themas behandeln.<sup>4</sup>

Die weiteren Teile des Berichts beschäftigen sich mit Fragen rund um die Verhängung von **Schubhaft über Jugendliche** und deren Vollzug, Fragen der **Altersfeststellung**, sowie mit der **Anhaltung und Abschiebung von Familien**. Bleiberechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Familien werden hingegen nicht behandelt, zumal sie nicht unter das Mandat der Arbeitsgruppe gefallen sind und sich der Menschenrechtsbeirat in die laufenden Diskussionen eingebracht hat.

## **I.6. Kinderhandel**

Wie das "Statement of Good Practice"<sup>5</sup> des Separated Children in Europe Programme feststellt, kommen von ihren Eltern getrennte Kinder aus den unterschiedlichsten Gründen nach Europa: etwa als Asylsuchende, als Opfer sexueller oder anderer Ausbeutung oder um den Entbehrungen in ihrer Heimat zu entkommen und hier ein besseres Leben zu beginnen.<sup>6</sup>

Ein zahlenmäßig nicht zu vernachlässigender und jedenfalls besonders verletzlicher Teil der nach Österreich gelangenden Kinder und Jugendlichen ist demnach auch als **Opfer von Menschenhandel** anzusehen. Die Arbeitsgruppe setzte sich daher auch mit Fragen in diesem Zusammenhang auseinander. Vor allem wurde eine oftmals fehlende Sensibilisierung für die Anzeichen und unterschiedlichen Formen der Ausbeutung festgestellt, insbesondere was männliche Jugendliche betrifft, die sich knapp an der Volljährigkeitsgrenze befinden.

Da Kriterien für die Identifizierung von Opfern bereits ausgearbeitet wurden, sieht der Menschenrechtsbeirat einen wichtigen weiteren Schritt in der österreichweiten Schulung bzw. Sensibilisierung der Beamtinnen und Beamten (in den PAZ, auch etwa bei der Fremdenpolizei). Unabdingbar erscheint eine fallgerechte Behandlung der Betroffenen, da diese noch-

---

<sup>4</sup> Weiterführend s. dazu zB Fronek Heinz, *Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in Österreich, Asylverfahren und Lebensverhältnisse*, Mandelbaum, 2010.

<sup>5</sup> Separated Children in Europe Programme/Save the children/UNHCR/Unicef: *Statement of Good Practice*, 4. überarbeitete Version, März 2010, S. 14. [www.separated-children-europe-programme.org/separated\\_children/good\\_practice/index.html](http://www.separated-children-europe-programme.org/separated_children/good_practice/index.html).

<sup>6</sup> "Separated children may travel to, or within Europe, because they are seeking asylum owing to a fear of persecution or the lack of protection in their country of origin due to human rights violations, armed conflict or disturbances. Separated children may be seeking other forms of protection because they have been trafficked for sexual or other forms of exploitation, or because they have travelled to or within Europe to escape conditions of serious deprivation or to look for new opportunities and a better life. Some separated children may need to seek protection because they are fleeing from domestic violence and abuse within their family, or escaping gender-based discrimination or abuses, or because they may have been involved in armed combat or served the military in other ways - these children should not be perceived or treated as criminals, rather they should be seen primarily as child victims of violence. Some separated children arrive because they are seeking reunification with family members already present in Europe, where either the lack of regularisation programmes or restrictive reunification procedures do not allow for regularised reunification or reunification in a reasonable timescale. Some will not hold identity or residence documents and some may be in transit, passing through a country en route to a final destination. Some separated children will be European Union nationals who have travelled within Europe and others may have arrived in Europe as part of third country resettlement programmes and will thus hold residency documents upon arrival." Separated Children in Europe Programme, *Statement of Good Practice*, 4. überarbeitete Version, März 2010, S. 14. [www.separated-children-europe-programme.org/separated\\_children/good\\_practice/index.html](http://www.separated-children-europe-programme.org/separated_children/good_practice/index.html).

mals andere Bedürfnisse als „normale“ unbegleitete Jugendliche haben.<sup>7</sup> Damit im Zusammenhang steht auch die Frage ihrer Unterbringung, wobei der AG berichtet wurde, dass bundesweit als einzige Einrichtung mit entsprechend qualifiziertem Personal die „Drehscheibe Augarten“ in Wien zur Verfügung steht. Der MRB regt daher die Einrichtung von zwei weiteren Stellen dieser Art (etwa in Salzburg und Graz) nach Vorbild der „Drehscheibe“ sowie einer zentralen Anlaufstelle an. Eine andere Möglichkeit könnte darin bestehen, eine zentrale Notrufnummer einzurichten und in jedem Bundesland zwei bis drei für solche Fälle zuständige Personen sowohl im Polizeibereich wie auch bei der Jugendwohlfahrt zu betrauen.

Da das Thema Kinderhandel jedoch nicht im Zentrum des Mandats der AG stand, soll an dieser Stelle auf die interministerielle Arbeitsgruppe Kinderhandel im Außenministerium<sup>8</sup> und deren Bericht<sup>9</sup> samt Informationsbroschüre,<sup>10</sup> sowie auf ECPAT,<sup>11</sup> die Koordinationsstelle gegen kommerzielle sexuelle Ausbeutung von Kindern verwiesen werden.

Darüber hinaus widmet sich auch der MRB aktuell der Thematik, ebenso der Aktionsplan der Europäischen Kommission 2010-2014.

### **I.7. Personal, Schulungen**

Fragen der Personalauswahl und Schulung stellen sich in Bezug auf den Umgang mit Kindern und Jugendlichen bzw. Familien in besonderer Weise. In seinem Bericht „Minderjährige in Schubhaft“ aus dem Jahr 2000 hat der Menschenrechtsbeirat eine Reihe von Empfehlungen<sup>12</sup> dazu verabschiedet, auf welche an dieser Stelle nochmals verwiesen werden soll. Der Menschenrechtsbeirat anerkennt die Bemühungen des Ministeriums, dass nunmehr für Rückführungen von Familien mit Kindern und Jugendlichen besonders geschulte Beamtinnen und Beamte herangezogen werden. Zugleich hat er jedoch auch den Eindruck gewonnen, dass Fragen zum Umgang mit Kindern und Jugendlichen kein vorrangiges Thema in der Schulung des Personals darstellen. Vgl. dazu auch die Empfehlung in Kap. IV.6.2.

Zusammenfassend hält der Menschenrechtsbeirat fest, dass für den Umgang mit Kindern und Jugendlichen im fremdenpolizeilichen Kontext entsprechend qualifiziertes Personal herangezogen werden sollte, welches sich der Wichtigkeit und hohen Verantwortung dieser Tätigkeit bewusst und für diese geeignet ist. Wesentliche Aspekte in diesem Zusammenhang sind auch die Freiwilligkeit und die positive Bewertung und Anerkennung innerhalb der dienstlichen Hierarchien.

---

<sup>7</sup> Ausführlich dazu etwa Ö1, Journal Panorama vom 9. Juni 2011: „Verkaufte Kinder – zerstörte Seelen. Initiativen im Kampf gegen Kinderhandel.“

<sup>8</sup> <http://www.bmeia.gv.at/aussenministerium/aussenpolitik/menschenrechte/schwerpunktthemen/kampf-gegen-menschenhandel.html>.

<sup>9</sup> [http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user\\_upload/bmeia/media/2-Aussenpolitik\\_Zentrale/Menschenrechte/090220\\_letzte\\_Version\\_Bericht\\_AG\\_Kinderhandel.pdf](http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/bmeia/media/2-Aussenpolitik_Zentrale/Menschenrechte/090220_letzte_Version_Bericht_AG_Kinderhandel.pdf)

<sup>10</sup> [http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user\\_upload/bmeia/media/2-Aussenpolitik\\_Zentrale/Menschenrechte/Kinderhandel\\_Neuaufgabe-D-Web.pdf](http://www.bmeia.gv.at/fileadmin/user_upload/bmeia/media/2-Aussenpolitik_Zentrale/Menschenrechte/Kinderhandel_Neuaufgabe-D-Web.pdf)

<sup>11</sup> <http://www.ecpat.at>.

<sup>12</sup> Vgl. Empfehlungen Nr. 38-40, 66-67 und 292.

## II. PRÜFUNG DES KINDESWOHLS

### II.1. Internationale Normen und Standards

- **UNKRK**

Art. 3 (1) Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

(2) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.

(3) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass die für die Fürsorge für das Kind oder dessen Schutz verantwortlichen Institutionen, Dienste und Einrichtungen den von den zuständigen Behörden festgelegten Normen entsprechen, insbesondere im Bereich der Sicherheit und der Gesundheit sowie hinsichtlich der Zahl und der fachlichen Eignung des Personals und des Bestehens einer ausreichenden Aufsicht.

- **EU-Grundrechtecharta**

Art. 24 (2): Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.

- **EU-Rückführungsrichtlinie**

EG 22: In Übereinstimmung mit dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes von 1989 sollten die Mitgliedstaaten bei der Durchführung dieser Richtlinie insbesondere das „Wohl des Kindes“ im Auge behalten.

Art. 5: Bei der Umsetzung dieser Richtlinie berücksichtigen die Mitgliedstaaten in gebührender Weise: a) das Wohl des Kindes (...).

Art 17 (5): Dem Wohl des Kindes ist im Zusammenhang mit der Abschiebehaft bei Minderjährigen Vorrang einzuräumen.

- **EU-Aufnahmerichtlinie**<sup>13</sup>

Art 18 (1): Bei der Anwendung der Minderjährige berührenden Bestimmungen der Richtlinie berücksichtigen die Mitgliedstaaten vorrangig das Wohl des Kindes.

- **Rechtsprechung des EGMR**

Auch der EGMR hat den breiten Konsens darüber, dass das Kindeswohl bei allen Entscheidungen betreffend Kinder vorrangig zu berücksichtigen ist, bestätigt.<sup>14</sup> In einer aktuellen Entscheidung<sup>15</sup> stellte der Gerichtshof fest: „87. (...) Der Bf. fiel unbestritten in die Kategorie der schutzwürdigsten Personen der Gesellschaft, und es war Aufgabe des griechischen Staates, ihn zu beschützen und durch Ergreifen entsprechender Maßnahmen gemäß der positiven Verpflichtungen aus Art. 3 EMRK zu unterstützen (vgl. Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gegen Belgien, Absatz 55). (...)“

108. Tatsache ist, dass die Entscheidung zur Inhaftnahme des Bf. wie die automatische Anwendung von Art. 76 des Gesetzes Nr. 3386/2005 erscheint, **ohne dass seine spezielle Situation als unbegleiteter Minderjähriger ermittelt worden wäre**. Der Gerichtshof hält in diesem Punkt unter Hinweis auf Art. 3 der Kinderrechtskonvention vom 20.11.1989 fest, dass unter anderen Verwaltungsbehörden in allen Entscheidungen, die Kinder betreffen, vorrangig auf das Kindeswohl Bedacht zu nehmen haben. Überdies erkennt Art 37 dieser Konvention die Inhaftierung von Kindern nur als letztes Mittel an (siehe Absatz 33 oben). Zudem sieht das Präsidialdekret Nr. 220/2007, welches die Richtlinie 2003/9/EG des Rates der EU zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylwerbern in den Mitgliedstaaten in das griechische Recht umsetzt, auch vor, dass die Mitgliedstaaten das Kindeswohl als vorrangig zu erachten haben (siehe Absatz 25 oben). Schlussendlich stellt der Gerichtshof fest, dass er im Rahmen seiner Rechtsprechung zu Art. 8 der Konvention und zum Schutz des Familienlebens bereits eingeräumt hat, dass derzeit ein großes Einvernehmen – auch im internationalen Recht – über die Vorstellung, dass in allen Entscheidungen, die Kinder betreffen, deren Wohl im Vordergrund stehen muss, besteht. (Neulinger und Shuruk gegen die Schweiz (GK) Nr. 41615/07, § 135, 6. Juli 2010)

109. Nun haben sich die nationalen Behörden aber bei der Anordnung der Schubhaft für den Bf. offensichtlich gar nicht mit der Frage seines Kindeswohls als Minderjähriger auseinandergesetzt. Des Weiteren haben die staatlichen Stellen nicht ermittelt, ob die Unterbringung des Bf. im Haftzentrum in Pagani ein ultima ratio Akt war oder ob sie durch eine andere, weniger einschneidende Maßnahme zur Sicherstellung der Ausweisung hätte ersetzt werden können. Diese Vorgehensweise lässt beim Gerichtshofs Zweifel aufkommen, ob die Behörden bei der Verhängung der Schubhaft gewissenhaft gehandelt haben.“

<sup>13</sup> Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten

<sup>14</sup> Neulinger and Shuruk v. Switzerland, Nr. 41615/07, 6 July 2010, para 135. Ebenso Muskhadzhiyeva and others v. Belgium, No. 41442/07, 19 January 2010.

<sup>15</sup> Rahimi v. Greece, Nr. 8687/08, 5 April 2011.

## II.2. Innerstaatliche Rechtslage

- **BVG über die Rechte von Kindern**

Art. 1: Jedes Kind hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig ist sowie auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung. Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.

Art. 7: Eine Beschränkung der in den Artikeln 1, 2, 4 und 6 dieses Bundesverfassungsgesetzes gewährleisteten Rechte und Ansprüche ist nur zulässig, insoweit sie gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

- Im **FPG (idF FrÄG 2011)** findet das Kindeswohl an folgenden Stellen explizit Erwähnung:

Ausweisung

**§ 66 (3)** (...) Dasselbe gilt für Minderjährige, es sei denn, das Aufenthaltsverbot wäre zum Wohl des Kindes notwendig, wie es im Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes vorgesehen ist.

Eine analoge Regelung findet sich im **§ 67** betreffend die Erlassung eines Aufenthaltsverbots.

Fremdenpässe für Minderjährige

**§ 89. (2)** Ein Antrag auf Ausstellung eines Fremdenpasses für einen Minderjährigen bedarf der Genehmigung des Pflugschaftsgerichtes, wenn 1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass durch einen Auslandsaufenthalt des Minderjährigen dessen Wohl beeinträchtigt wäre (...).

## II.3. Innerstaatliche Rechtsprechung

Bislang existiert noch keine umfassendere Judikatur zum Kindeswohl, in einzelnen Entscheidungen betreffend Ausweisungen im Rahmen des Dublinverfahrens wurde jedoch bereits darauf Bezug genommen:

**VwGH 2006/19/0349, 07.10.2008:** „Auf Grund der in Art. 5 Abs. 2 Dublin-Verordnung vorgesehenen Versteinerung der Zuständigkeiten mit dem Zeitpunkt des ersten Asylantrages im Gebiet der Mitgliedstaaten ist Art. 6 zweiter Satz Dublin-Verordnung so zu lesen, dass damit die Zuständigkeit jenes Mitgliedstaates festgeschrieben wird, in dem der unbegleitete Minderjährige den ersten Asylantrag im Gebiet der Mitgliedstaaten gestellt hat (vgl. dazu allerdings auch den Bericht der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zur Bewertung des Dublin-Systems vom 6. Juni 2007, KOM (200) 299 endgültig, wonach Wiederaufnahmegesuche an andere Mitgliedstaaten im Falle unbegleiteter Minderjähriger zwar nicht ausgeschlossen werden sollten, dabei jedoch stets das Wohl des Kindes Vorrang habe; in diesem Sinn auch der UNHCR in seinem "Discussion Paper" vom April 2006 "The Dublin II Regulation" unter Bezugnahme auf Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, BGBl. Nr. 7/1993).“

**AsylGH S8 416170-1/2010, 09.11.2010:** „Weiters hat der Asylgerichtshof die seit 01.12.2009 in Kraft getretene GRC bei der Anwendung von Unionsrecht (wie u.a. der Dublin-Verordnung) zu berücksichtigen. Nach Art. 24 Abs. 2 GRC muss bei allen öffentlichen Stellen oder privaten Einrichtungen bei Kinder betreffende Maßnahmen das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.“

## II.4. Interpretation und Praxis auf internationaler Ebene

In den letzten Jahren hat auf internationaler Ebene eine Ausdifferenzierung der Standards für Prüfung des Kindeswohls und seiner Relevanz in Bezug auf die Rückführung bzw. Rückkehr von unbegleiteten Minderjährigen stattgefunden. Diese soll im Folgenden näher dargestellt werden.

Gemäß Art 3 UNKRK und Art 24 EU-Grundrechtecharta hat das Wohl des Kindes u.a. bei allen verwaltungsbehördlichen, gerichtlichen und gesetzgeberischen Maßnahmen, die Kinder betreffen, ein vorrangiger (wenn auch nicht der einzige) Gesichtspunkt zu sein.

Je nachdem **wie einschneidend eine Maßnahme** für das Kind ist, bedarf es unterschiedliche Verfahrensgarantien für die Feststellung, welche der verfügbaren Möglichkeiten dem Wohl des Kindes entspricht. Die UNKRK sieht strenge Verfahrensgarantien für Adoptionen (Artikel 21) und für die Entscheidung vor, ein Kind von seinen Eltern gegen deren Willen zu trennen, einschließlich Entscheidungen über die elterlichen Rechte und das Sorgerecht (Artikel 9). Diese Maßnahmen können nur von den zuständigen innerstaatlichen Behörden, oft Gerichten, getroffen werden und unterliegen dabei strengen, gesetzlich vorgeschriebenen Regeln. Der Ausschuss für die Rechte des Kindes hat darüber hinaus in seiner Allgemeinen

Bemerkung Nr. 6 über die Behandlung unbegleiteter und von ihren Eltern getrennter Kinder außerhalb ihres Herkunftslandes festgestellt, dass auch für die **Rückführung unbegleiteter und von ihren Eltern getrennter Kinder Garantien** vorhanden sein müssen, um sicherzustellen, dass der Grundsatz des Kindeswohls beachtet wird. Der Ausschuss für die Rechte des Kindes führt dazu aus: *„Eine Rückkehr ins Herkunftsland ist prinzipiell nur dann zu befürworten, wenn diese dem Kindeswohl dienlich ist. (...) Ist keine Betreuung durch Eltern oder Angehörige des erweiterten Familienkreises verfügbar, sollte eine Rückkehr ins Herkunftsland grundsätzlich nicht ohne vorherige Organisation gesicherter und konkreter Verantwortlichkeiten in Bezug auf Betreuung und Vormundschaft vor der Rückreise erfolgen. (...) In Ausnahmefällen kann nach sorgfältiger Abwägung des Kindeswohls gegenüber anderen Überlegungen eine Rückkehr in das Herkunftsland auch dann veranlasst werden, wenn letztere rechtens sind und gewichtiger ausfallen als das Kindeswohl. Solches kann der Fall sein, wenn das Kind für den Staat oder die Gesellschaft ein ernsthaftes Sicherheitsrisiko darstellt. Einwände ohne Rechtsgrundlage, beispielsweise im Sinne einer allgemeinen Einwanderungskontrolle bilden kein ausreichendes Gegengewicht zu Erwägungen im Sinne des Kindeswohls.“* Das **Statement of Good Practice** des Separated Children in Europe Programme hält dazu gleichermaßen fest: *„Wird entschieden, ein von seinen Eltern/Sorgeberechtigten getrenntes Kind im Rahmen eines Abkommens oder einer Richtlinie betreffend die Rückkehr, die Überstellung (zum Beispiel die „Dublin-Verordnung“), die Wiedereinreise oder die Neuansiedlung zurückzuschicken oder neu anzusiedeln, ist durch entsprechende Schritte sicherzustellen, dass diese Maßnahme dem Kindeswohl dient. (...) Ein von seinen Eltern/Sorgeberechtigten getrenntes Kind sollte jedenfalls nur dann in sein Herkunftsland zurückgeschickt oder in ein Drittland überstellt oder dort neu angesiedelt werden, wenn dies zu seinem Wohl geschieht.“*

Unter dem Begriff **Kindeswohl** wird in den UNHCR-Richtlinien zur Feststellung des Kindeswohls<sup>16</sup> *„das Wohlergehen eines Kindes im weitesten Sinn“* bezeichnet. *„Dieses Wohlergehen wird von einer Reihe persönlicher Umstände wie dem Alter des Kindes, seiner Reife, dem Vorhandensein oder dem Fehlen der Eltern, dem Umfeld des Kindes und seinen Erfahrungen bestimmt“* und muss *„im Einklang mit der Kinderrechtskonvention und anderen völkerrechtlichen Normen“* interpretiert und angewendet werden.

Zur Ermittlung des Kindeswohls ist es gemäß den UNHCR-Richtlinien wichtig, dass alle Rechte des Kindes in Betracht gezogen werden: *„Neben den in der Kinderrechtskonvention enthaltenen Normen gibt es andere einschlägige Rechtsgrundlagen sowohl auf internationaler als auch auf nationaler Ebene, die für derartige Entscheidungen von Bedeutung sein können. Gemäß Artikel 41 der UNKRK hat stets der höhere Standard zu gelten. Zu den einschlägigen internationalen und regionalen Vertragswerken zählen jene zu allgemeinen Menschenrechten, zum humanitären Völkerrecht, zum Flüchtlingsrecht sowie kinderspezifische Rechtsinstrumente. Das so genannte „soft law“, etwa die Allgemeine Stellungnahme Nr. 6 des Ausschusses für die Rechte des Kindes und der Beschluss Nr. 107 des UNHCR-Exekutivkomitees über gefährdete Kinder, bietet wertvolle Interpretationshilfen.“*

Der Ausschuss für die Rechte des Kindes hat darüber hinaus in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 6 über die Behandlung unbegleiteter und von ihren Eltern getrennter Kinder außerhalb ihres Herkunftslandes festgestellt, dass eine entsprechende Entscheidung unter anderem folgende Aspekte in Betracht zu ziehen hat:<sup>17</sup>

- „Die persönliche und allgemeine Sicherheit, sowie die Lebensbedingungen, unter anderem sozioökonomischer Art, die das Kind bei seiner Rückkehr erwarten, unter anderem, wenn angebracht, eine Untersuchung der häuslichen Verhältnisse durch soziale Organisationen.
- Die Verfügbarkeit von Betreuung für das entsprechende Kind.
- Die Meinung des Kindes nach Artikel 12 des Übereinkommens, sowie die der Betreuungspersonen.
- Das Ausmaß der Integration des Kindes im Gastland und die Dauer seines Aufenthalts außerhalb seines Herkunftslandes.
- Das Recht des Kindes, „seine Identität, einschließlich seiner Staatsangehörigkeit, seines Namens und seiner gesetzlich anerkannten Familienbeziehungen, ohne rechtswidrige Eingriffe zu behalten“ (Artikel 8).

<sup>16</sup> UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child“, Mai 2008.

<sup>17</sup> CRC/GC/2005/6, 3. Juni 2005, Seite 20.

- Die „erwünschte Kontinuität in der Erziehung des Kindes“ sowie die gebührende Berücksichtigung der „ethnische[n], religiösen, kulturellen und sprachlichen Herkunft des Kindes“ (Artikel 20).“

Das Statement of Good Practice verlangt eine Klärung zumindest folgender Voraussetzungen:<sup>18</sup>

- „Es wurde sorgfältig überprüft, dass die Sicherheit des Kindes im Fall der Rückkehr in sein Herkunftsland bzw. der geplanten Überstellung in ein Drittland oder der Neuansiedlung in einem Drittland gewährleistet ist. Dabei wurde ein mögliches Verfolgungsrisiko, das Risiko, von bewaffneten Konflikten betroffen zu sein, das Risiko der Gewalt, des Missbrauchs und der Ausbeutung berücksichtigt.
- Der Sorgeberechtigte oder Vormund des Kindes im Aufnahmeland hat zugestimmt, dass die Rückkehr, die Überstellung oder die Neuansiedlung dem Kindeswohl entspricht.
- Es wurde eine sorgfältige soziale Bewertung der Familiensituation im Heimatland bzw. im geplanten Überstellungs- oder Neuansiedlungsland vorgenommen. Eltern oder Sorgeberechtigte mussten ihre Identität nachweisen, und es wurde festgestellt, dass die Familie (Eltern oder andere Angehörige) des Kindes oder andere für die Betreuung in Frage kommende Personen bereit und fähig sind, das Kind angemessen zu betreuen.
- Es wurde eine sorgfältige Einschätzung der Verfügbarkeit von Verpflegung, Unterkunft, Gesundheitsversorgung, Bildung, Berufsausbildung und Arbeitsmöglichkeiten im Herkunftsland bzw. im geplanten Neuansiedlungs- oder Überstellungsland vorgenommen.
- Die Eltern des Kindes, Verwandte oder sonstige erwachsene Betreuungspersonen haben zugestimmt, unmittelbar nach Ankunft des Kindes im Herkunftsland bzw. im Neuansiedlungs- oder Überstellungsland die langfristige Betreuung des Kindes zu übernehmen.
- Die Ansichten der Familie über die Rückkehr, Neuansiedlung oder Überstellung des Kindes wurden in Erfahrung gebracht und beachtet.
- Das Kind wurde in allen Phasen ausführlich informiert und befragt und erhielt angemessene Beratung und Unterstützung. Auch die Ansichten des Kindes zu seiner Rückkehr, Neuansiedlung oder Überstellung sind entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen.
- Vor der Rückkehr, Neuansiedlung oder Überstellung wurden regelmäßige Kontakte zwischen dem Kind und seiner Familie gefördert.
- In Zusammenarbeit mit der Jugendfürsorge im Herkunfts-, Neuansiedlungs- bzw. Überstellungsland wurde ein Wiedereingliederungsplan erstellt.“

Bevor entschieden wird, welche Lösung unter den jeweiligen Umständen die geeignetste ist, müssen sowohl die kurzfristigen als auch die längerfristigen Folgen jeder Option untersucht werden.

Die „**Feststellung des Kindeswohls**“ ist dabei – im Gegensatz zur formloseren „Beurteilung des Kindeswohls“ – eine vertiefte Beurteilung, anhand deren im Hinblick auf besonders wichtige, das Kind berührende Entscheidungen ermittelt werden soll, was seinem Wohl am Besten entspricht. In diesem Verfahren ist die angemessene Mitwirkung des Kindes ohne jede Diskriminierung sicherzustellen und seine Meinung angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen. Das Statement of Good Practice schlägt dazu vor, dass die Feststellung des Kindeswohls *„von Fachleuten, die mit Kindern arbeiten, im Rahmen eines multidisziplinären Verfahrens unter Einbeziehung einschlägiger Akteure getroffen werden“*<sup>19</sup> muss.

## II.5. Aktuelle Erwägungen

Die Arbeitsgruppe hat Fragen des Kindeswohls bzw. der Kindeswohlprüfung in Bezug auf unterschiedliche Verfahrensstadien (Zugang zum und Verbleib im Bundesgebiet, Schubhaftverhängung, Rückkehr in den Heimatstaat) diskutiert:

Was den **Zugang zum bzw. den Verbleib im Hoheitsgebiet** betrifft, so wurde der Arbeitsgruppe von Fällen berichtet, wonach unbegleitete Minderjährige, die - etwa im Rahmen von Zugkontrollen - aufgegriffen werden und nicht um Asyl ansuchen, zurückgeschoben bzw. ausgewiesen worden seien. Die Arbeitsgruppe ersuchte daraufhin die Kommission Innsbruck, Näheres zu erheben.

Ein Besuch der Kommission in der PI Gries am Brenner ergab, dass die Beamtinnen und Beamten der PI Gries nur die Aufgriffe durchführen, ein (geringerer) Teil wird im Anhalteraum Brenner, die anderen in Innsbruck-Außenstelle Bahnhof dokumentiert. In beiden Fällen wird dann der Jurist der zuständigen Fremdenpolizei (BPD

<sup>18</sup> Statement of Good Practice, Seite 41 ff.

<sup>19</sup> Ibid, Seite 6.

Innsbruck bei internationalen Zügen, BH Innsbruck bei Regionalzügen) kontaktiert, der dann die jeweilige Entscheidung - meist Rückschiebung - trifft. Eine Statistik über minderjährige Betroffene im Bundesland Tirol konnte von der Kommission nicht erlangt werden.

Der MRB regt daher an, die **Dokumentation künftig in einer Weise aufzubereiten, die einen bundesweiten zahlenmäßiger Überblick über Zurückschiebungen und Ausweisungen unbegleiteter Kinder und Jugendlicher ermöglicht.**

**Soweit unbegleitete Kinder und Jugendliche im Bundesgebiet aufgegriffen werden und nicht um Asyl ansuchen, darf die Entscheidung über die Zurückschiebung oder Ausweisung erst nach Durchführung einer sachgerechten Erstabklärung** der tatsächlichen Situation getroffen werden, da nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, ob eine solche im jeweiligen Erstland stattgefunden hat, und sich die Situation inzwischen auch geändert haben könnte.

Gemäß internationaler *good practice* bedarf es in jedem Fall der **Abklärung folgender Punkte** gemeinsam mit der Jugendwohlfahrt: Möchte das Kind oder der/die Jugendliche einen Asylantrag stellen? Familienzusammenführung mit Verwandten in Österreich oder in einem anderen Staat? Handelt es sich um ein Opfer von Kinderhandel? Diese Abklärung sollte am Besten im Rahmen eines *Clearing*-Verfahrens erfolgen.

Ein pragmatischer erster Schritt könnte die Einbindung der Jugendwohlfahrt nach folgendem Muster sein: **Ein Vertreter/ eine Vertreterin der Jugendwohlfahrt muss bei der Einvernahme dabei sein. Stimmt er/sie der Zurückweisung zu** (keine Kindeswohlgefährdung, da weder Wunsch Asylantrag zu stellen, noch Familie in Österreich, noch Kinderhandelsverdacht), **kann eine altersadäquate Übergabe im Wege einer grenzüberschreitenden Jugendwohlfahrtskooperation erfolgen** (ähnlich der Kooperationen der „Drehschreibe“ in Südosteuropa). Um ein ‚Ping-Pong-Spiel‘ der mehrfachen Zurückweisung (als Konsequenz einer unzureichenden Erstabklärung) zwischen zwei Staaten zu vermeiden, wäre eine weitere notwendige Voraussetzung für die Zustimmung der Jugendwohlfahrt die Sicherstellung darüber, wohin die betroffenen Kinder bzw. Jugendlichen gebracht werden und welche Unterbringungsmöglichkeiten bestehen. Dies bedingt freilich den Ausbau der Kooperationen mit den jeweiligen Nachbarstaaten.

Da der MRB die Problematik erkennt, dass Fälle wie die beschriebenen für Polizeidienststellen eine Zusatzarbeit darstellen, die es so rasch wie möglich zu erledigen gilt, bestünde eine Unterstützungsmöglichkeit für die Beamtinnen und Beamten vor Ort in der **Einrichtung einer zentralen, rund um die Uhr erreichbaren Anlaufstelle**. Mit dieser könnten die zu unternehmenden Schritte geklärt werden.

**Kindeswohlprüfung bei Inhaftnahme:** Wie der EGMR in seiner oben angeführten Entscheidung festgestellt hat, ist das Kindeswohl auch bei der Entscheidung über eine allfällige Inhaftnahme jedenfalls zu prüfen. Dies entspricht auch Art 17 (5) der EU-Rückführungsrichtlinie.

**Kindeswohlprüfung vor Rückkehr in den Herkunftsstaat:** Eine umfassende Prüfung des Kindeswohls hat jedoch vor allem vor einer Entscheidung über die Rückführung von Kindern und Jugendlichen in ihren Herkunftsstaat zu erfolgen. Der MRB verkennt dabei nicht die Schwierigkeiten einer individuellen Abklärung. Im Rahmen des Asylverfahrens wird sie - aufgrund der Problematik, Daten weiterzugeben, bevor eine allfällige Verfolgung geklärt ist - nur eingeschränkt möglich sein. Fraglich scheint, wie sichergestellt werden kann, dass dem Kindeswohl auch im Herkunftsstaat tatsächlich Rechnung getragen wird und dass etwa eine Übergabe von unbegleiteten Jugendlichen nur an eine Vertrauensperson oder eine autorisierte Institution erfolgt. Wie der Arbeitsgruppe berichtet wurde, ist der Erhalt von Monitoringberichten der Herkunftsländer oftmals nicht einfach, sei es aufgrund nicht existierender Strukturen der Jugendwohlfahrt, oder etwa auch, weil dies als Einmischung in innere Angelegenheiten gesehen wird.

**Zusammenfassend** ist zu sagen, dass eine **vertiefte Kindeswohlprüfung jedenfalls im Zusammenhang mit wichtigen Entscheidungen, etwa über die In Schubhaftnahme oder über die Außerlandesbringung stattzufinden hat**. Feststeht für den Menschenrechtsbeirat

auch, dass diese Prüfung **multidisziplinär** (d.h. unter den gegebenen rechtlichen Rahmenbedingungen unter Beiziehung der Jugendwohlfahrt) erfolgen sollte, und nicht allein durch die Fremdenpolizei vorzunehmen ist.

Eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung der Kindeswohlprüfung im Fremdenrecht ist gemäß dem Informationsstand des MRB bislang erst im Vereinigten Königreich erfolgt. So wurden in Section 55 des *Borders, Citizenship and Immigration Act 2009* entsprechende Bestimmungen und ausführende Richtlinien für die Behörden erlassen.<sup>20</sup> Der Menschenrechtsbeirat regt an, dass die sich etablierende Praxis im Vereinigten Königreich weiter verfolgt werden sollte. Darüber hinaus führt der UNHCR nach den der AG vorliegenden Informationen derzeit eine Studie über die Feststellung des Kindeswohls in einigen europäischen Staaten (Großbritannien, Belgien, Norwegen, Italien, Spanien und Ungarn) durch und wird darauf aufbauend Ende 2011 Richtlinien über die Kindeswohlfeststellung in Industriestaaten vorlegen. Nach Vorliegen der Ergebnisse **sollten im Rahmen eines Fachgesprächs die Erkenntnisse darüber erörtert und überlegt werden, wie eine Kindeswohlfeststellung im Hinblick auf fremdenpolizeiliche Verfahren in das innerstaatliche Recht Eingang finden kann**, dies nicht zuletzt aufgrund der Vorgaben des Art. 5 lit. a EU-Rückführungsrichtlinie.

Was das in internationalen Standards geforderte Monitoring zu den Verhältnissen im Heimatstaat anlangt, so möchte der MRB abschließend auf ISS *International Social Service*, eine in Genf ansässige Organisation verweisen, welche ihr Tätigkeitsgebiet wie folgt beschreibt:<sup>21</sup>

The International Social Service (ISS) helps individuals, children and families confronted with social problems involving two or more countries as a consequence of international migration or displacement. As an international non-for-profit organization, ISS acts in around 140 countries through a network of national branches, affiliated bureaus and correspondents. Each year, it provides services to more than 50'000 persons throughout the world.

Cross-border movement, voluntary or forced, is one of the most challenging issues of the 21<sup>st</sup> century. Therefore, the activities of ISS are highly relevant to the current reality with its main areas of intervention being:

- International family conflicts (family separation prevention, issues concerning child protection in family separation, child abduction)
- Alternative care (foster care, national and intercountry adoption, search of origin)
- Voluntary or forced migrations (protection and care of unaccompanied or separated minors in the countries of origin and receiving countries)

ISS provides assistance to persons experiencing such situations or people seeking information relating to one of the above-mentioned issues. Some of the ISS services are: intercountry social and legal casework, counselling for individuals and professionals, research and analysis, project management, information diffusion and advocacy.

<sup>20</sup> Siehe dazu näher: <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/legislation/bci-act1/>  
<http://www.ilpa.org.uk/info-service/22%20Children%20-%20New%20Statutory%20Duty%20FINAL.pdf>

<sup>21</sup> <http://www.iss-ssi.org>



### III. ALTERSFESTSTELLUNG BEI JUGENDLICHEN OHNE DOKUMENTE

Der besondere Rechtsschutz für minderjährige Fremde im Fremdenpolizei- und Asylgesetz (v.a. Handlungsfähigkeit, gesetzliche Vertretung, Schubhaft) knüpft an schematisch festgelegte Altersgrenzen an. Bei jugendlichen Fremden, die ihre Identität nicht oder nicht ausreichend belegen können, stellt sich daher das Problem der Überprüfung ihrer Altersangaben.

Vorausgeschickt sei, dass die meisten Altersfeststellungen im Rahmen des asylrechtlichen Dublin-Verfahrens, und nicht im fremdenpolizeilichen Verfahren erfolgen.

#### III.1. Internationale Normen und Standards

##### III.1.1. Alter als Teilaspekt der persönlichen Identität

- **UNKRK**

**Art 8 (1)** Die Vertragsstaaten verpflichten sich, das Recht des Kindes zu achten, seine Identität, einschließlich seiner Staatsangehörigkeit, seines Namens und seiner gesetzlich anerkannten Familienbeziehungen, ohne rechtswidrige Eingriffe zu behalten.

(2) Werden einem Kind widerrechtlich einige oder alle Bestandteile seiner Identität genommen, so gewähren die Vertragsstaaten ihm angemessenen Beistand und Schutz mit dem Ziel, seine Identität so schnell wie möglich wiederherzustellen.

##### III.1.2. Vorgehen bei Altersuntersuchung

- **Separated Children in Europe Programme/Save the children/UNHCR/Unicef: Statement of Good Practice<sup>22</sup>**

D5.1 Verfahren zur Bestimmung des Alters sollten nicht routinemäßig, sondern als letztes Mittel und immer nur dann durchgeführt werden, wenn ernsthafte Zweifel bestehen und wenn es anhand anderer Methoden wie Befragungen und Versuche zur Beschaffung von Beweismitteln nicht gelungen ist, das Alter des Kindes zweifelsfrei festzustellen. Sollte eine Altersfeststellung für nötig erachtet werden, muss dazu die Einwilligung des entsprechend informierten Kindes eingeholt werden, und das Verfahren muss multidisziplinär von unabhängigen Fachkräften mit entsprechender Erfahrung und dem nötigen Wissen um den ethnischen und kulturellen Hintergrund des Kindes durchgeführt werden. Dabei sind die körperliche und psychische Verfassung des Kindes, sein Entwicklungsstand sowie umwelt- und kulturbezogene Faktoren abzuwägen. Es ist wichtig darauf hinzuweisen, dass die Altersfeststellung keine exakte Wissenschaft ist und allen Verfahren ein erheblicher Unsicherheitsbereich innewohnt. Bei der Durchführung einer Altersfeststellung muss im Zweifelsfall zugunsten des Kindes entschieden werden. Untersuchungen sollten niemals erzwungen werden oder sich gegen die kulturellen Vorstellungen des Kindes richten. Es muss in jedem Fall die am wenigsten invasive Methode gewählt und die Würde der Person geachtet werden. Es ist besonders darauf zu achten, dass die Altersfeststellung gendergerecht durchgeführt wird und dass sie unter der Aufsicht eines unabhängigen Vormunds stattfindet, der auf Wunsch der Betroffenen auch bei der Untersuchung anwesend ist.

D5.2 Das Verfahren zur Altersfeststellung, dessen Ergebnis und die Folgen müssen den Betroffenen in einer ihnen verständlichen Sprache erklärt werden. Das Ergebnis muss auch schriftlich vorgelegt werden. Es sollte ein Verfahren zur Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen diese Entscheidung und die dazu notwendige Unterstützung vorhanden sein.

D5.3 Im Zweifelsfall sollte eine Person, die angibt, jünger als 18 Jahre zu sein, zunächst auch als solche behandelt werden. Der Person sollte es erlaubt sein, eine Untersuchung zur Altersfeststellung abzulehnen, wenn dieses Verfahren ihre Würde verletzen würde oder ihrer körperlichen und seelischen Gesundheit abträglich wäre. Die Weigerung, sich dem Verfahren zu unterziehen, darf die Altersfeststellung oder die Entscheidung über den Antrag auf Schutz nicht präjudizieren.

- **UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 6**

31. Die in diesem Zusammenhang notwendigen Identifizierungsmaßnahmen schließen die Feststellung des Alters ein, wobei nicht nur dem physischen Zustand des Kindes Beachtung geschenkt werden sollte, sondern auch dessen psychischer Reife. Die Untersuchung ist zudem in einer Art und Weise durchzuführen, die wissenschaftlich fundiert, sicher, kindergerecht, vorurteilslos und dem Geschlecht des Kindes angemessen ist, jedes Risiko für die körperliche und seelische Unversehrtheit des Kindes meidet, die Würde des Menschen gebührend achtet, und, im Falle verbleibender Zweifel, zugunsten des Betroffenen entscheidet, so dass, wann immer die Möglichkeit besteht, dass es sich um ein Kind handeln könnte, er oder sie als solches zu behandeln ist.

---

<sup>22</sup> 4. überarbeitete Version, März 2010; [www.separated-children-europe-programme.org/separated\\_children/good\\_practice/index.html](http://www.separated-children-europe-programme.org/separated_children/good_practice/index.html)

- **UNHCR-Richtlinien zu Asylanträgen von Kindern**

75. Eine Alterseinschätzung wird vorgenommen, wenn das Alter eines Kindes in Zweifel steht, und sie muss Teil einer umfassenden Beurteilung sein, die sowohl das äußere Erscheinungsbild als auch die psychische Reife des Kindes berücksichtigt. Es ist wichtig, dass diese Beurteilung sicher, kind- und gendergerecht mit gebührender Achtung der menschlichen Würde durchgeführt wird. Der angesichts der Fehlerquote aller Altersfeststellungsmethoden verbleibende Ermessensspielraum sollte dahin gehend genutzt werden, dass die Person im Zweifelsfall als Kind angesehen wird. Da das Alter nicht auf der ganzen Welt gleich berechnet oder ihm dieselbe Bedeutung beigemessen wird, sollte man mit Negativbeurteilungen der Glaubwürdigkeit vorsichtig sein, wenn kulturelle oder länderspezifische Standards das Alter eines Kindes zu hoch oder zu niedrig anzusetzen scheinen. Den Kindern muss der Zweck und der Prozess der Altersbestimmung in einer ihnen verständlichen Sprache genau erklärt werden. Vor Beginn eines Altersfeststellungsverfahrens muss ein qualifizierter unabhängiger Vormund bestellt werden, der das Kind berät.

- **UNHCR-Richtlinien zu unbegleiteten Minderjährigen**

**5.11.** Wenn man hinsichtlich des Kindesalters auf Schätzungen angewiesen ist, sollte folgendes beachtet werden:

a) Bei der Einschätzung des Alters ist nicht nur das körperliche Erscheinungsbild des Kindes heranzuziehen, sondern auch seine psychische Reife.

b) Wenn man sich zur Feststellung des wahrscheinlichen Alters des Kindes wissenschaftlicher Methoden bedient, sollten gewisse Genauigkeitstoleranzen zulässig sein. Die Methoden müssen verlässlich und menschenwürdig sein.

c) Im Zweifelsfall sollte zugunsten des Kindes entschieden werden, wenn das genaue Alter ungewiss ist.

Wo immer möglich sollten die rechtlichen Folgen bzw. die Bedeutung des Alterskriteriums so gering wie möglich sein oder nur wenig ins Gewicht fallen. Es ist nicht wünschenswert, dass von diesem Kriterium ein Übermaß an rechtlichen Vor- oder Nachteilen abgeleitet wird, da dies einen Anreiz zur Manipulation darstellen könnte. Ausschlaggebend muss sein, ob der Betreffende eine "Unreife" und Hilflosigkeit zeigt, die eine sensiblere Behandlung erfordern könnten.

- **Asylverfahrensrichtlinie 205/85/EG<sup>23</sup>**

**Art 17** Garantien für unbegleitete Minderjährige

(5) Die Mitgliedstaaten können im Rahmen der Prüfung eines Asylantrags ärztliche Untersuchungen zur Bestimmung des Alters unbegleiteter Minderjähriger durchführen lassen.

In Fällen ärztlicher Untersuchungen stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass

a) unbegleitete Minderjährige vor der Prüfung ihres Asylantrags in einer Sprache, deren Kenntnis vernünftigerweise vorausgesetzt werden kann, über die Möglichkeit der Altersbestimmung im Wege einer ärztlichen Untersuchung informiert werden. Diese Information umfasst eine Aufklärung über die Untersuchungsmethode, über die möglichen Folgen des Untersuchungsergebnisses für die Prüfung des Asylantrags sowie über die Folgen der Weigerung des unbegleiteten Minderjährigen, sich der ärztlichen Untersuchung zu unterziehen,

b) eine Untersuchung zur Altersbestimmung nach Einwilligung des unbegleiteten Minderjährigen und/oder seines Vertreters durchgeführt wird; und

c) die Entscheidung, den Asylantrag eines unbegleiteten Minderjährigen abzulehnen, der diese ärztliche Untersuchung verweigert hat, nicht ausschließlich in dieser Weigerung begründet ist.

Die Tatsache, dass ein unbegleiteter Minderjähriger eine solche ärztliche Untersuchung verweigert hat, hindert die Asylbehörde nicht daran, eine Entscheidung über den Asylantrag zu treffen.

(6) Bei der Durchführung dieses Artikels berücksichtigen die Mitgliedstaaten vorrangig das Kindeswohl.

## **III.2. Innerstaatliche Rechtslage**

Die Möglichkeit radiologischer Untersuchungen zur Altersfeststellung wurde durch die Fremdenrechtsnovelle 2009 rechtlich verankert. Dabei handelt es sich um einen Anwendungsfall von Röntgenuntersuchungen ohne medizinische Indikation. Bis zum 1.1.2010 war dies aufgrund der Bestimmungen des Strahlenschutzgesetzes nicht erlaubt. Allerdings wurde mit der Novelle des Strahlenschutzgesetzes aus 2002<sup>24</sup> bereits die Voraussetzung für die 2009 vollzogene Änderung geschaffen.

- **AsylG 2005**

**§ 2.** (1) Im Sinne dieses Bundesgesetzes ist

25. multifaktorielle Untersuchungsmethodik: ein auf drei individuellen medizinischen Untersuchungen (insbesondere körperliche, zahnärztliche und Röntgenuntersuchung) basierendes Modell zur Altersdiagnose nach dem Stand der Wissenschaft.

**§ 15.** (1) Ein Asylwerber hat am Verfahren nach diesem Bundesgesetz mitzuwirken; insbesondere hat er ...

<sup>23</sup> Richtlinie 205/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft.

<sup>24</sup> BGBl. I Nr. 146/2002.

6. eine behauptete und auf Grund der bisher vorliegenden Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zweifelhafte Minderjährigkeit, auf die er sich in einem Verfahren nach diesem Bundesgesetz beruft, durch unbedenkliche Urkunden oder sonstige geeignete und gleichwertige Bescheinigungsmittel nachzuweisen. Gelingt dies dem Fremden nicht, kann das Bundesasylamt oder der Asylgerichtshof im Rahmen einer multifaktoriellen Untersuchungsmethodik zur Altersdiagnose auch die Vornahme radiologischer Untersuchungen, insbesondere Röntgenuntersuchungen, anordnen. Jede Untersuchungsmethode hat mit dem geringst möglichen Eingriff zu erfolgen. Die Mitwirkung des Fremden an einer radiologischen Untersuchung ist nicht mit Zwangsmittel durchsetzbar (Abs. 1 Z 2 letzter Satz). Bestehen nach der Altersdiagnose weiterhin begründete Zweifel, so ist zu Gunsten des Fremden von seiner Minderjährigkeit auszugehen.

- **FPG 2005**

§12 (4). Gelingt es dem Fremden nicht, eine behauptete und auf Grund der bisher vorliegenden Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zweifelhafte Minderjährigkeit, auf die er sich in einem Verfahren nach diesem Bundesgesetz beruft, durch unbedenkliche Urkunden oder sonstige geeignete und gleichwertige Bescheinigungsmittel nachzuweisen, kann die Behörde im Rahmen einer multifaktoriellen Untersuchungsmethodik zur Altersdiagnose (§ 2 Abs. 1 Z 25 AsylG 2005) auch die Vornahme radiologischer Untersuchungen, insbesondere Röntgenuntersuchungen, anordnen. Jede Untersuchungsmethode hat mit dem geringst möglichen Eingriff zu erfolgen. Die Mitwirkung des Fremden an einer radiologischen Untersuchung ist nicht mit Zwangsmittel durchsetzbar. Bestehen nach der Altersdiagnose weiterhin begründete Zweifel, so ist zu Gunsten des Fremden von seiner Minderjährigkeit auszugehen. Behauptet ein Fremder, ein bestimmtes Lebensjahr noch nicht vollendet zu haben und daher minderjährig zu sein, so ist – außer im Fall offenkundiger Unrichtigkeit – unverzüglich mit dem zuständigen Jugendwohlfahrtsträger Kontakt aufzunehmen und dieser zu hören.

- **Erlass BMI-FW1200/0665-BAA-GDA/2010**

Der Erlass vom 5. November 2010 regelt auf 20 Seiten die genaue Vorgangsweise bei der Altersdiagnose. Auf einzelne Punkte wird in den Erwägungen (s. III.5.) eingegangen.

### **III.3. Bisherige Empfehlungen des MRB**

#### **Empfehlungen aus dem Bericht „Minderjährige in Schubhaft“ (2000)**

41. Der Beirat empfiehlt, von einer Schaffung gesetzlicher Voraussetzungen der Altersfeststellung mit Hilfe von wissenschaftlichen Methoden Abstand zu nehmen, da derzeit offenkundig keine allgemein anerkannte wissenschaftliche Methode, die eine exakte Altersfeststellung gewährleistet, zur Verfügung steht.

42. Der Beirat empfiehlt, von einer Schaffung gesetzlicher Voraussetzungen der Altersfeststellung mit Hilfe von medizinischen Methoden insbesondere unter Anwendung ionisierender Strahlenuntersuchungen Abstand zu nehmen.

43. Der Beirat empfiehlt, den internationalen wissenschaftlichen Diskurs bezüglich der Altersfeststellung zu beobachten und Anfragen zur Vergleichung der Verwaltungspraxis an die zuständigen Ministerien und der jugendstrafrechtlichen Praxis der Justizbehörden der EU-Länder über ihr Vorgehen hinsichtlich der Altersfeststellung zu veranlassen.

44. Der Beirat empfiehlt, in den einschlägigen fremdenrechtlichen Bestimmungen - insbesondere in den §§ 95 FrG und 25 AsylG - eine Regelung aufzunehmen, wonach die Behörde im Zweifel von einer tatsächlichen Minderjährigkeit auszugehen hat, soweit das Gegenteil nicht evident ist.

45. Der Beirat empfiehlt, dass bei Fremden, die ihre Minderjährigkeit angeben, jedenfalls sofort der gesetzliche Vertreter/ die gesetzliche Vertreterin, bei unbegleiteten Fremden der Jugendwohlfahrtsträger von der Behörde informiert und in das Verfahren einbezogen werden soll.

46. Der Beirat empfiehlt, die zuständigen Behörden zu informieren, dass es derzeit keine allgemein anerkannte medizinisch – wissenschaftliche Methode zur Altersfeststellung gibt und alle Personen, die von den Behörden zur Altersschätzung herangezogen werden können wie z.B. Amtsärzte bei der Überprüfung der Altersangaben des/der Betroffenen auf Schätzungen angewiesen sind. Die Ungenauigkeit dieser Schätzungen muß im Rahmen der Beweiswürdigung verfahrensrechtlichen Niederschlag finden.

47. Der Beirat empfiehlt, die zuständigen Behörden über die Erfordernisse eines Sachverständigengutachtens nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und die Begründungspflicht von Entscheidungen über die Altersschätzung zu informieren (siehe hierzu insbesondere die einschlägige Entscheidung des VwGH vom 17. Dezember 1999, Zl. 99/02/0294-7, Anhang 7).

48. Der Beirat empfiehlt, auf die gemeinsame Erstellung einer Liste von ExpertInnen, die mit Minderjährigen viel Kontakt und Erfahrungen haben (z.B. Kinderärzte und KinderpsychologInnen) und bei der Frage der Feststellung des Ausschlusses eines Mindestalters von den Behörden beizogen werden sollen, durch die zuständige Behörde und die jeweils zuständigen Jugendwohlfahrtsträger hinzuwirken.

49. Der Beirat empfiehlt, dass trotz der Verbreiterung der Grundlage für die Entscheidung der Altersschätzung durch die Beiziehung externer ExpertInnen die Bandbreite der Schätzungen zu berücksichtigen ist. Wenn unter Berücksichtigung der Bandbreite ausgeschlossen werden kann, dass die/der Betroffene ein jeweils vorgegebenes Mindestalter unterschreitet, soll diese Schätzung relevant sein. Wenn jedoch unter Berücksichtigung der Bandbreite der Altersschätzung die Unterschreitung des vorgegebenen Mindestalters nicht ausgeschlossen werden kann, soll die Zweifelsregel Anwendung finden.

## Stellungnahme des MRB zur Fremdenrechtsnovelle 2009<sup>25</sup>

**3. Zu Art 1 Z 14 (§ 15 Abs. 1 Z 6 AsylG) – radiologische Untersuchung:** Die vorgeschlagene Neuregelung sieht vor, dass dem Bundesasylamt und dem Asylgerichtshof nunmehr die Möglichkeit eingeräumt wird radiologische Untersuchungen zur Alterseingrenzung anzuordnen.

Der im Begutachtungsentwurf gewählten Formulierung zufolge kann das Bundesasylamt bzw. der Asylgerichtshof „die Vornahme einer radiologischen Untersuchung“ zur Alterseingrenzung anordnen“. Um Missverständnissen vorzubeugen erscheint an dieser Stelle die Verwendung einer Pluralkonstruktion klarer, damit das Wort „ein“ nicht als Zahlwort interpretiert werden kann und bei nicht eindeutigen Ergebnis weitere Untersuchungen zulässig sind. Radiologische Untersuchungen können überdies mehrere Körperteile, insb. Handwurzel, Schlüsselbein und Zähne betreffen.

Zur Erstellung einer in den Materialien genannten multifaktoriellen Altersanalyse wird nach den Erläuterungen eine Kombination unterschiedlicher radiologischer (und nicht radiologischer) Untersuchungen als notwendig erachtet. Nach den derzeitigen internationalen Empfehlungen kommt einer Kombination von körperlicher, psychosozialer, zahnmedizinischer und radiologischer Untersuchung die höchste Aussagekraft zu. Die Erläuterungen heben dies ausdrücklich hervor; es muss aber auch im Text des Gesetzes zum Ausdruck kommen. Die genannte Wortfolge „*einer radiologischen Untersuchung zur Alterseingrenzung*“ ist keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine solche multifaktorielle Altersanalyse und könnte sogar als Ausschluss der Zulässigkeit einer Kombination mehrerer Methoden verstanden werden.

Des Weiteren erscheint es zweckmäßig, die Regelung, dass entsprechend dem Grundsatz „in dubio pro minore“ im Zweifel von den Altersangaben des Asylwerbers auszugehen ist, in den Gesetzestext aufzunehmen und nicht nur in den Materialien darauf zu verweisen.<sup>26</sup> Denn selbst wenn die Vornahme mehrerer Untersuchungsmethoden die Wahrscheinlichkeit der Annäherung an das so genannte chronologische Alter der Person erhöht, kann bei seriöser Betrachtung nur von einer Alterseingrenzung und nicht von einer Altersfeststellung gesprochen werden (vgl. VwGH 16.04.2007, 2005/01/0463).

Dass die Behörde die mangelnde Mitwirkung des Asylwerbers an der radiologischen Untersuchung im Rahmen der freien Beweiswürdigung berücksichtigen kann, entspricht dem in § 45 Abs 2 AVG normierten Grundsatz; dessen Anwendbarkeit im Asylverfahren braucht nicht eigens hervorgehoben zu werden. Klar muss nur sein, dass eine radiologische Untersuchung nie gegen den Willen des Betroffenen stattfinden darf. Zu betonen ist, dass eine Weigerung zur Mitwirkung an einer radiologischen Untersuchung ihre Ursache nicht unbedingt in einer mangelnden Kooperationsbereitschaft haben muss. Sie kann auch in einer Unkenntnis der Untersuchungsmethode und in befürchteten gesundheitlichen Risiken wurzeln, insbesondere wenn der Asylwerber aus einem anderen Kulturkreis stammt und noch nie ein Röntgengerät gesehen oder benutzt hat. Die Anordnung der Untersuchung oder sogar schon der Anblick des Geräts könnten uU vorhandene Ängste oder Traumata verstärken. Überdies könnte die Weigerung einer Asylwerberin ihre sachliche Rechtfertigung auch in einer Angst vor noch unbekannter Schwangerschaft haben. Es muss somit unbedingt vermieden werden, dass eine Weigerung in solchen Fällen zum Nachteil des Betroffenen ausschlägt. Das Hervorheben des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung könnte von den Rechtsanwendern dahingehend fehlinterpretiert werden, dass eine Weigerung im Regelfall zum Nachteil des Betroffenen auszuschlagen habe, was in den beispielhaft angeführten Fällen unsachlich wäre. Um solchen Fehlinterpretationen vorzubeugen, sollte man diesen Satzteil des § 15 Abs 1 Z 6 ersatzlos streichen.

In jedem Fall ist eine Aufklärung durch einen fachkundigen Arzt erforderlich, um Missverständnissen so weit wie möglich vorzubeugen. Diese Aufklärung muss in einer dem Fremden verständlichen Sprache erfolgen; allenfalls wird die Beiziehung einer dolmetschenden Person notwendig sein.

Vorbehaltlich einer abweichenden Beurteilung durch das Bundesministerium für Gesundheit regt der MRB daher an, § 15 Abs. 1 Z 6 etwa wie folgt zu ändern:

„6. eine behauptete Minderjährigkeit, auf die er sich in einem Verfahren nach diesem Bundesgesetz beruft, durch unbedenkliche Urkunden oder sonstige geeignete und gleichwertige Bescheinigungsmittel nachzuweisen. Gelingt dies dem Fremden nicht, *so hat eine multifaktorielle Altersanalyse stattzufinden. Sofern es notwendig und in Hinblick auf das Gesundheitsrisiko verhältnismäßig ist, kann das Bundesasylamt oder der Asylgerichtshof im Rahmen dieser Analyse dem jeweiligen Stand der Wissenschaft entsprechend und nach fachlicher Aufklärung die Vornahme von radiologischen Untersuchungen zur Alterseingrenzung anordnen. Im Zweifelsfall ist von dem vom Asylwerber angegebenen Geburtsdatum (Alter) auszugehen.*“

Analoge Bestimmungen wären auch in § 12 Abs. 4 FPG, § 29 Abs. 4 NAG und § 5 Abs. 1 StbG aufzunehmen.

<sup>25</sup> Stellungnahme des MRB zum Entwurf eines BG, mit dem das AsylG 2005, das FPG 2005, das GVG – Bund 2005, das NAG, das StbG und das TilgG geändert werden (August 2009), siehe unter: [http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms15/index.php?option=com\\_content&view=article&id=210:200908-mrb-zum-bmi-gesetzesentwurf-aenderung-des-asylg-fpg-gvg-bund-nag-stbg-tilgg&catid=50:stimmnahmen&Itemid=14](http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms15/index.php?option=com_content&view=article&id=210:200908-mrb-zum-bmi-gesetzesentwurf-aenderung-des-asylg-fpg-gvg-bund-nag-stbg-tilgg&catid=50:stimmnahmen&Itemid=14).

<sup>26</sup> Vgl. MRB-Empfehlung Nr. 44 vom Juli 2000.

### III.4. Statistische Daten<sup>27</sup>

Jahr	Asylanträge UMF	Volljährig erklärt
2002	3.163	Nicht erhoben
2003	2.049	Nicht erhoben
2004	1.212	298
2005	881	91
2006	488	74
2007	582	66
2008	874	104
2009	1.185	123
2010	934	247

Aus der Beantwortung einer Parlamentarischen Anfrage (6373/AB XXIV. GP)<sup>28</sup> ergibt sich für 2010 ein von der oben erwähnten Statistik abweichendes Bild, das auf eine **höhere Anzahl an Volljährigkeitserklärungen** schließen ließe: Der Anfragebeantwortung zufolge wurden im ersten Halbjahr 2010 vom BAA 359 Altersdiagnosen in Auftrag gegeben. In 272 Fällen wurden dem BAA Altersgutachten übermittelt, wovon 173 Mal die Volljährigkeit festgestellt wurde. Laut BM.I-Jahresstatistik wurde im ersten Halbjahr 2010 hingegen bei 159 Asylwerberinnen und Asylwerbern die Volljährigkeit festgestellt.

### III.5. Aktuelle Erwägungen

Der Menschenrechtsbeirat ist sich der Problematik bewusst, dass es erwachsene Asylwerberinnen und Asylwerber gibt, die sich zum Erlangen von Vorteilen als minderjährig ausgeben. Es ist die Pflicht eines Rechtsstaates, sich dieser Problematik mit der notwendigen Sorgfalt zu stellen. Primär hat der Staat die Verpflichtung, sicher zu stellen, dass kein/e Minderjährige/r ungerechtfertigt den ihm/ihr zustehenden Schutz verliert.

Mit der Fremdenrechtsnovelle 2009 kam es zur Verankerung der Altersbegutachtung im AsylG und im FPG. Anders als noch in seiner Empfehlung Nr. 42 aus dem Jahr 2000 hat der Menschenrechtsbeirat in seiner Stellungnahme zur Novelle<sup>29</sup> vom August 2009 eine solche gesetzliche Regelung, die auch eine radiologische Untersuchung beinhaltet, nicht mehr völlig abgelehnt, sondern vielmehr Kriterien dafür eingefordert. Diese basierten auf einer Reihe von Vorarbeiten, die von Medizinerinnen und Juristen aus dem Beirat getroffen worden waren. So forderte der Beirat eine multifaktorielle Altersanalyse, eine Verankerung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und eine Zweifelsregel zu Gunsten der Minderjährigkeit ein. Diesen Anregungen des MRB wurde im Gesetzestext weitgehend Rechnung getragen.

Allerdings scheint der **ganzheitliche**, auch die psychische Reife, „geistige Merkmale“ und die ethnisch-kulturelle Herkunft, somit psychosoziale Faktoren einschließende **Ansatz**, der in älteren Erlässen des Bundesasylamtes durchaus angesprochen worden war, im Zuge der Neuorganisation der „Altersdiagnose“ nach der Novelle 2009 **aufgegeben** worden zu sein. Zugleich trat an die Stelle der „Alterseingrenzung“, von der noch in den Erläuterungen zum Ministerialentwurf zur Fremdenrechtsnovelle 2009 die Rede war, eine Präzision beanspruchende „**Altersfeststellung**“. Dieser Entwicklung leistete bereits die Novelle selbst Vorschub, indem § 2 Abs 1 Z 25 AsylG anordnete, dass unter einer „multifaktoriellen Untersuchungsmethodik“ ein „auf drei individuelle **medizinische** Untersuchungen (insbesondere körperliche, zahnärztliche und radiologische Untersuchungen) basierendes Modell“ zu verstehen sei.

Der Erlass des BAA zur Vorgangsweise bei Altersdiagnosen vom 5.11.2010, GZ BMI-FW 1200/0665-BAA-GDA/2010, erwähnt im Rahmen der Begründung einer Altersdiagnose-Anordnung – abgesehen von gegebenenfalls widersprüchlichen Angaben des Betroffenen selbst – **ausschließlich physiologisch-medizinische Faktoren**. Überdies verlangt er eine **Feststellung des Lebensalters** nach dem Ergebnis dieser Untersuchungen „**auf den Tag**“

<sup>27</sup> Quelle: BM.I Jahresstatistiken 2002 – 2010, [http://www.bmi.gv.at/cms/BMI\\_Asylwesen/statistik/start.aspx](http://www.bmi.gv.at/cms/BMI_Asylwesen/statistik/start.aspx).

<sup>28</sup> Quelle: [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/AB/AB\\_06373/index.shtml](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/AB/AB_06373/index.shtml).

<sup>29</sup> Siehe dazu oben III.3. Bisherige Empfehlungen des Menschenrechtsbeirates bzw. unter [http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms15/index.php?option=com\\_content&view=article&id=210:200908-mrb-zum-bmi-gesetzesentwurf-aenderung-des-asylg-fpg-gvg-bund-nag-stbg-tilgg&catid=50:stimmnahmen&Itemid=14](http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms15/index.php?option=com_content&view=article&id=210:200908-mrb-zum-bmi-gesetzesentwurf-aenderung-des-asylg-fpg-gvg-bund-nag-stbg-tilgg&catid=50:stimmnahmen&Itemid=14).

**genau**“. Diese Einengung des Altersdiagnoseansatzes erscheint dem Menschenrechtsbeirat problematisch und dürfte mit dem Grundgedanken einer „multifaktoriellen“ Altersdiagnose nicht mehr im Einklang stehen. Ferner lässt der zitierte Durchführungserlass die erwähnten medizinischen Untersuchungen nicht nur bei begründeten Zweifeln an der Minderjährigkeit des Betroffenen, sondern etwa auch bei „offensichtlich Volljährigen“ zu; dies dürfte dem Verhältnismäßigkeits- bzw. Ultima-ratio-Prinzip widersprechen.

Seit Jänner 2010 wird nun die multifaktorielle Altersbegutachtung, bestehend aus einer körperlichen Untersuchung, einer Beurteilung des Zahnstatus (Panoramaröntgen) und einer Handwurzelröntgenuntersuchung angewandt. Seit Herbst 2010 wird – unter bestimmten Voraussetzungen - zusätzlich eine CT-Untersuchung der Schlüsselbeingelenke durchgeführt.

Im Ergebnis führte die rechtliche Verankerung der multifaktoriellen Altersbegutachtung zu einem **deutlichen Anstieg der angeordneten Altersfeststellungen**. Im ersten Halbjahr 2010 brachten, laut BM.I Jahresstatistik 498 unbegleitete Minderjährige einen Asylantrag ein; im gleichen Zeitraum wurden vom Bundesasylamt 359 Altersdiagnosen in Auftrag gegeben.<sup>30</sup> Setzt man diese beiden (wegen des Zeitunterschieds zwischen Auftragserteilung, Begutachtung und Altersfeststellung nicht völlig deckungsgleichen) Gruppen in Relation, so würde dies bedeuten, dass 72% - also nahezu  $\frac{3}{4}$  aller Betroffenen - zur Altersbegutachtung geschickt wurden. Festzuhalten ist allerdings, dass nah den Ergebnissen der Altersbegutachtungen in mehr als der Hälfte der Fälle die Volljährigkeit festgestellt wurde.

Auch in diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass das „Statement of Good Practice“<sup>31</sup> fordert, Verfahren zur Bestimmung des Alters nicht routinemäßig, sondern immer nur als letztes Mittel durchzuführen.

Insgesamt kann die aktuelle Situation in Österreich nicht als vollständige Umsetzung internationaler Standards angesehen werden, insbesondere auf erlassmäßiger Ebene und im konkreten Vollzug. Auf die **einzelnen Problemfelder** soll im Folgenden eingegangen werden.

### III.5.1. Bestellung eines Vormunds (Obsorgeberechtigten)

Um den Schutz und das Kindeswohl von unbegleiteten Minderjährigen sicher zu stellen, ist eine umfassende Begleitung und Unterstützung zu gewährleisten. Nach internationalen Standards<sup>32</sup> ist vor Beginn eines Altersfeststellungsverfahrens ein qualifizierter unabhängiger Vormund zu bestellen. Die Rechtsberater/innen im Asylverfahren erfüllen diese Aufgabe nicht zur Gänze, da von ihnen keine einschlägige Erfahrung im Umgang mit Kindern bzw. Jugendlichen verlangt wird (vgl. Kap IV.6.2.) und sich ihr Mandat auf die rechtliche Vertretung im Asylverfahren beschränkt.

Der MRB regt daher an, dass unbegleiteten minderjährigen Fremden – auch dann, wenn Zweifel an ihrer Minderjährigkeit bestehen - vor der Anordnung eines Altersgutachtens ein Obsorgeberechtigter zur Seite gestellt wird. Dieser sollte neben der rechtlichen Vertretung besonderes Augenmerk auf die Wahrung des Kindeswohls legen.

### III.5.2. Altersbegutachtung als ultima ratio

AsylG, FPG, NAG und StbG legen die Nachrangigkeit der Altersbegutachtung fest. Nur wenn es dem Fremden nicht gelingt, seine Minderjährigkeit durch unbedenkliche Urkunden oder sonstige geeignete und gleichwertige Bescheinigungsmittel nachzuweisen, kann die Behörde Altersdiagnosen anordnen. Der oben zitierte Erlass BMI-FW1200/0665-BAA-GDA/2010 definiert als ein Grundprinzip, dass Altersdiagnosen nur als „ultima ratio“ angeordnet werden dürfen. Im Erlass wird auch die konkrete Vorgehensweise präzisiert. So darf die Altersbegutachtung erst dann in Auftrag gegeben werden, wenn vorgelegte Dokumente überprüft wurden und die Echtheit der Dokumente bzw. Urkunden nicht außer Zweifel gestellt werden kann. Auch verweist der MRB darauf, dass manche Asylsuchende sich aus ihrer Heimat Dokumente schicken lassen können. Die gegenwärtige Praxis zeigt hingegen, dass in vielen

<sup>30</sup> Beantwortung der Parlamentarischen Anfrage 6373/AB XXIV. GP.

<sup>31</sup> Statement of Good Practice, D5.1.

<sup>32</sup> Ibid. Ebenso UNHCR-Richtlinien zu Asylanträgen von Kindern, Pkt. 75.

Fällen die Überprüfung von vorgelegte Dokumenten und Urkunden vom Bundesasylamt zum Teil nicht vorgenommen oder das Ergebnis der Überprüfung – im Gegensatz zur erlassmäßigen Anordnung – nicht abgewartet wird.

AsylG, FPG, NAG und StbG bestimmen, dass radiologische Untersuchungen zur Altersdiagnose nur bei Zweifel an der Minderjährigkeit angeordnet werden dürfen. Die Erläuterungen führen explizit an: „ ... dass Untersuchungen zur Altersdiagnose jedenfalls dann nicht anzuordnen sind, wenn es offensichtlich ist, dass der Betroffene noch minderjährig ist.“<sup>33</sup> Wie der Arbeitsgruppe vom Verein *Asylkoordination*<sup>34</sup> berichtet wurde, werden Minderjährige immer wieder zur Altersbegutachtung geschickt, weil man zwar das von ihnen angeführte Alter, nicht aber die Minderjährigkeit, in Frage stellt (in einem berichteten Fall sogar drei Jahre später, also zu einem rechtlich nicht mehr relevanten Zeitpunkt). Der MRB regt daher eine Überarbeitung der entsprechenden Passagen des Erlasses BMI-FW1200/0665-BAA-GDA/2010 dahingehend an, dass klargestellt werden sollte, dass radiologische Untersuchungen zur Altersdiagnose ausschließlich bei Zweifel an der Minderjährigkeit vom Gesetz legitimiert sind.

Alle mit Fragen der Altersdiagnostik betrauten Behördenvertreterinnen und -vertreter sollten ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass eine multifaktorielle Altersbegutachtung nur als *ultima ratio* anzuordnen ist. Für den Fall, dass Asylsuchende sich Dokumente nachschicken lassen, empfiehlt der Menschenrechtsbeirat, ihnen eine angemessene Frist zur Beibringung der Dokumente zu setzen und letztere nach Einlangen zu überprüfen, ehe eine Altersbegutachtung veranlasst wird.

Darüber hinaus wird empfohlen, eine verpflichtende Schulung der Behördenvertreterinnen und -vertreter in Zusammenarbeit mit unabhängigen Expertinnen und Experten zu Fragen der Altersbegutachtung vorzusehen.

### III.5.3. Kindgerechte und korrekte Information

Die Betroffenen werden im Rahmen der Einvernahme mit Zweifeln an den Altersangaben konfrontiert. Ob dies in einer kindgerechten Weise geschieht, konnte von der Arbeitsgruppe nicht festgestellt werden. Es liegen jedoch Berichte von Jugendlichen vor, wonach sie vor/bei der Altersfeststellung große Angst gehabt hätten, sie sich beschämt und uninformiert fühlten. Auch wurde der AG von der *Asylkoordination* berichtet, dass die für den Betroffenen und ihre rechtliche Vertretung bereitgestellten Informationen zur Altersdiagnose in der Praxis immer wieder falsch seien; hier sei zuletzt allerdings eine Verbesserung zu beobachten. Immer noch unzulänglich sei jedoch die Information der Betroffenen über die beabsichtigten Untersuchungsmethoden.

Beispiel: Ein Minderjähriger erhielt eine Ladung zur MRT-Untersuchung, das gleichzeitig ausgehändigte Infoblatt (in deutscher Sprache) sprach hingegen von einer körperlichen Untersuchung, einer Röntgenuntersuchung oder auch MRT-Untersuchung der Hand sowie von einem Panorama-Röntgen der Zähne. Von der begutachtenden Stelle wurde keine MRT-Untersuchung gemacht, hingegen zusätzlich zu den anderen im Infoblatt erwähnten Methoden eine CT-Untersuchung der Schlüsselbeingelenke durchgeführt.

Der MRB regt daher an, durch eine vorherige Klärung der Obsorge und der Anwesenheit des Obsorgeberechtigten bei allen Einvernahmen und der Altersbegutachtung selbst eine kindgerechte und korrekte Information der Betroffenen besser zu gewährleisten.

Da im Rahmen der Altersbegutachtung auch eine Untersuchung des Genitalbereichs stattfindet, verweist der Beirat auf internationale Empfehlungen<sup>35</sup> zur gendergerechten Durchführung der Altersfeststellung. Jugendliche sollten das Recht haben, von einem Arzt bzw. einer Ärztin des selben Geschlechts untersucht zu werden oder einen Arzt bzw. eine Ärztin zu wählen, der die Untersuchung des Genitalbereichs durchführt, und vorab entsprechend über dieses Recht informiert werden. Bei Untersuchungen sollte eine Verletzung des Schamgefühls von Personen aus anderen Kulturkreisen weitestmöglich vermieden werden. Nicht zu-

<sup>33</sup> Siehe die Erläuterungen zum Fremdenrechtspaket 2005 (RV 952 XXII.GP), online verfügbar unter: [www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/II/\\_00330/fnameorig\\_167909.html](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/II/_00330/fnameorig_167909.html) (20.06.2011).

<sup>34</sup> [www.asyl.at](http://www.asyl.at)

<sup>35</sup> Siehe Statement of good practice D5.1.. Ebenso UNHCR-Richtlinien zu Asylanträgen von Kindern, Pkt. 75.

letztl sollte auch erwogen werden, ob eine (zusätzliche) Untersuchung des Genitalbereichs im Einzelfall überhaupt erforderlich ist.

#### III.5.4. Kein Zwang zur Durchsetzung der Altersbegutachtung

Entsprechend den Mindeststandards der EU-Asylverfahrensrichtlinie und den Bestimmungen der Kinderrechtskonvention sind Zwangsmittel zur Durchsetzung einer radiologischen Untersuchung nach österreichischem Recht ausgeschlossen. Dennoch wird dies nach den Eindrücken und Informationen von Mitgliedern der Arbeitsgruppe in der Praxis von den Betroffenen oft gegenteilig wahrgenommen, vor allem weil sie sich psychologisch in einer Drucksituation befinden oder zu befinden glauben, die Widerspruch nicht zulässt. Sie sehen keine Möglichkeit, sich gegen die angeordneten Untersuchungen auszusprechen. Auch diesem Umstand könnte nach Auffassung des Menschenrechtsbeirates mit einer verbesserten Information der Jugendlichen bzw. der frühzeitigen Beziehung eines Obsorgeberechtigten begegnet werden.

Darüber hinaus sollten im Fall einer Weigerung der betroffenen Person, sich der Altersbegutachtung zu unterziehen, mögliche Gründe einzelfallbezogen betrachtet werden, und die Weigerung nicht als solche bei der Beweiswürdigung qualifiziert werden.

#### III.5.5. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz - Multiprofessionelle statt rein medizinisch-physiologischer Altersbegutachtung

Die rechtlichen Bestimmungen zur Altersbegutachtung halten das Prinzip fest, dass jede Untersuchungsmethode mit dem geringst möglichen Eingriff zu erfolgen hat. Dies gilt zweifellos auch für die Wahl der Untersuchungsmethode: Von den zum Ziel führenden Methoden ist – jedenfalls zunächst – die am wenigsten belastende zu wählen. Dies folgt nicht zuletzt auch aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit nach Art 8 Abs 2 EMRK. Während im Prozess der Gesetzwerdung damit argumentiert wurde, dass die vorgesehenen radiologischen Untersuchungen (Handwurzelröntgen und Panoramarröntgen) nur mit geringen Strahlenbelastungen verbunden sind, trifft dieses Argument auf die später zusätzlich eingeführte CT-Untersuchung nicht zu.

##### **Strahlenbelastung** bei Röntgenuntersuchungen<sup>36</sup>

- |                    |         |
|--------------------|---------|
| • Röntgen Hand     | 0,1 µSv |
| • Röntgen Gebiss   | 26 µSv  |
| • CT Schlüsselbein | 600 µSv |

Die Strahlenbelastung der CT-Untersuchung des Schlüsselbeins entspricht demnach der 6000fachen Strahlenbelastung eines Handwurzelröntgens.

Der Menschenrechtsbeirat gibt zu bedenken, dass es im Rahmen des Zulassungsverfahrens zu einer verpflichtenden TBC-Kontrolluntersuchung mittels Lungenröntgen kommt. Dieser Untersuchung wurden Asylwerberinnen und Asylwerber teilweise auch schon in anderen Mitgliedsstaaten ausgesetzt. Dadurch kommt es zum **Aufsummieren der Strahlenexposition** und damit zu einer möglichen Erhöhung des Krebsrisikos. Zusätzliche radiologische Untersuchungen zur Altersdiagnose sollen auch aus diesem Grund möglichst vermieden werden. Der Beirat regt daher an, im Rahmen eines **multidisziplinären Gesprächs** Überlegungen anzustellen, inwieweit hohe Strahlenbelastungen reduziert werden könnten.

Insgesamt erscheint dem MRB die Entwicklung zur vermehrten Inanspruchnahme radiologischer Untersuchungen und zu steigenden Zahlen medizinischer Altersdiagnosen problematisch. Ein **stärker multiprofessionell ausgerichtetes, psychosoziale Faktoren einbeziehendes Altersfeststellungsverfahren** wäre im Einklang mit den internationalen Empfehlungen in hohem Maß wünschenswert. Dass sozialarbeiterisch-psychologischen Erfahrungswerten in der Praxis ein erheblicher Stellenwert zukommt – in etlichen Fällen auch im Sinne der Entbehrlichkeit weiterer Untersuchungen – wurde von dem der Arbeitsgruppe angehörenden Leiter der „Drehscheibe“ in Wien hervorgehoben.

#### III.5.6. Im Zweifel zugunsten des/der Minderjährigen

<sup>36</sup> Praxishandbuch Forensische Altersdiagnostik bei Lebenden (2008).



Ressortverantwortliche aus der Politik und leitende Vertreterinnen und Vertreter des Innenministeriums betonen immer wieder, dass es bei der Altersbegutachtung darum gehe, massiven Missbrauch zu verhindern. Aus diesem Grund findet sich in den relevanten Gesetzen und Erlässen das Prinzip „in dubio pro minore“. Sollten Ermittlungen und Altersdiagnose nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führen, so ist im Zweifel von der Richtigkeit der Angaben der/des Minderjährigen auszugehen. Berichten der *Asylkoordination* zufolge erfolgt die konkrete Anwendung dieses Prinzips in der Praxis allerdings nicht immer. Selbst wenn ein Altersgutachten ein Mindestalter von 18,1 Jahren zum Untersuchungszeitpunkt ergibt, wird von der Behörde automatisch die Volljährigkeit - zum Antragszeitpunkt - als erwiesen angesehen. Die Festlegung des Mindestalters erfolgt in solchen Fällen noch dazu nicht selten mit dem Datum 1. Jänner des ermittelten Geburtsjahres, was zu einer systematischen Überschätzung des Alters und somit einer zusätzlichen Benachteiligung der/s Betroffenen führt. Abgesehen von der Gefahr unrichtiger Altersberechnung im Einzelfall wird mit Praktiken dieser Art die wichtige Grunderkenntnis der Altersdiagnose, wonach es sich - unabhängig von den konkret angewendeten Untersuchungsmethoden – stets um eine **Alterseingrenzung und nicht um eine exakte Altersfeststellung** handelt, außer Acht gelassen.

Der MRB regt daher an, die mit dem Vollzug des Asyl- und Fremdenrechts betrauten Personen zur Bedeutung des Grundsatzes „in dubio pro minore“ zu schulen. Sie wären zudem über die Unschärfen und Unsicherheiten medizinischer Altersdiagnosen zu informieren. Im Sinne des Grundsatzes „in dubio pro minore“ und der Interpretation des UN-Kinderrechtsausschusses, dass Altersgrenzen, die besondere Schutzinteressen verfolgen, möglichst hoch angesetzt werden sollen, sollte in jenen Datenbanken, in denen das Geburtsdatum aufscheint (AIS, FIS und GVS) nicht der 1. Jänner des ermittelten Geburtsjahres, sondern der 31. Dezember als Geburtsdatum eingetragen werden.

Der MRB möchte abschließend noch auf eine mögliche weitere Folge der geltenden Regelungen und deren kinderrechtlichen Aspekt verweisen: Familien in den Herkunftsländern könnten sich in Zukunft auf den Rat von Schleppern hin veranlasst sehen, anstelle ihres ältesten jüngere Nachkommen, deren Minderjährigkeit außer Zweifel steht, loszuschicken. Ob dies dem Kindeswohl entspricht, sei dahingestellt.

### III.5.7. Effektiver Rechtsschutz - Konsequenzen einer Volljährigkeitserklärung

Im Erlass BMI-FW1200/0665-BAA-GDA/2010 vom 5. November 2010 wird darauf verwiesen, dass die/der ReferentIn während der Einvernahme die Volljährigkeit des Asylwerbers/ der Asylwerberin **mittels Verfahrensanordnung** feststellt. Dieser Schritt ist zu begründen und daraufhin ist die/der Rechtsberater/in im Zulassungsverfahren aus der Einvernahme zu entlassen. Mit der Volljährigkeitserklärung verliert die betroffene Person damit die für Minderjährige vorgesehene rechtliche Unterstützung, zudem wird sie umgehend aus der UMF-Einrichtung entlassen. Weitere Rechtsfolgen können nach dem erwähnten Erlass in der Nichtübermittlung des Altersgutachtens an die Jugendwohlfahrt sowie in der Erstattung einer Strafanzeige nach den Bestimmungen des FPG bestehen.

Aus Sicht des Menschenrechtsbeirates scheint es problematisch, eine so wesentliche rechtsstaatliche Entscheidung wie die Volljährigkeitserklärung als (nicht gesondert anfechtbare) Verfahrensanordnung zu treffen. Der Beirat verweist diesbezüglich auf die von D. und R. Lukits im Artikel „Die Altersfeststellung im österreichischen Asylverfahren“<sup>37</sup> angeführten Argumente. Auch UNHCR<sup>38</sup> und EU-Kommission<sup>39</sup> betonen die Notwendigkeit eines gegen diese Entscheidung zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfs und die dazu notwendige Unterstützung. Angezeigt wäre daher, auch aus rechtsstaatlichen Erwägungen, eine Altersfeststellung durch verfahrensrechtlichen Bescheid.<sup>40</sup> Der Beirat ist sich des Problems möglicher

<sup>37</sup> Daniela Lukits/ Rainer Lukits, Die Altersfeststellung im österreichischen Asylverfahren, MigraLex 1/2011, 21.

<sup>38</sup> Vgl. III.1.2., Statement of Good Practice, D5.2.

<sup>39</sup> Vgl. auch Aktionsplan für unbegleitete Minderjährige (2010 – 2014), Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, KOM(2010)213 endgültig, S 11f.

<sup>40</sup> In VfGH 2.10.2010, U 3078/09 hat der Verfassungsgerichtshof das besondere Rechtsschutzbedürfnis von Asylwerbern im Asylverfahren betont und daraus eine Pflicht zur Zuweisung von Rechtsberatern durch verfahrensrechtlichen Bescheid abgeleitet.

Verzögerungen des Asylverfahrens durch eine bescheidmäßige Feststellung der Volljährigkeit (und deren gesonderte Anfechtbarkeit) bewusst. Zu deren Vermeidung könnte man aber auch Sonderregelungen zur aufschiebenden Wirkung der Berufung nach § 64 AVG schaffen.

**Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt daher, zur Gewährleistung angemessenen Rechtsschutzes die Frage der Rechtsform der Feststellung der Volljährigkeit zu prüfen. Zur Gewährleistung ausreichenden Rechtsschutzes hält er die Erlassung eines Bescheides für wünschenswert.**

# IV. (UNBEGLEITETE) JUGENDLICHE IM FREMDENRECHTLICHEN VERFAHREN - HANDLUNGSFÄHIGKEIT, GESETZLICHE VERTRETUNG UND OBSORGE

## IV.1. Internationale Normen und Standards

### IV.1.1. Handlungsfähigkeit

- **UNKRK**

**Art. 1** Im Sinne dieses Übereinkommens ist ein Kind jeder Mensch, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt.

- **UNICEF, CRC Implementation Handbook, 2007<sup>41</sup>**

Ad Art 1 UNKRK: .. In general, minimum ages that are protective should be set as high as possible (for example protecting children from hazardous labour, criminalization, custodial sentences or involvement in armed conflict).

### IV.1.2. Gesetzliche Vertretung und Obsorge

- **UNKRK**

**Art. 12** (1) Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife.

(2) Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.

**Art. 20** (1) Ein 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, hat Anspruch auf den besonderen Schutz und Beistand des Staates.

(2) Die Vertragsstaaten stellen nach Maßgabe ihres innerstaatlichen Rechts andere Formen der Betreuung eines solchen Kindes sicher.

- **EU-Rückführungsrichtlinie**

**Art. 10** (1) Vor Ausstellung einer Rückkehrentscheidung für unbegleitete Minderjährige wird Unterstützung durch geeignete Stellen, bei denen es sich nicht um die für die Vollstreckung von Rückkehrentscheidungen zuständigen Behörden handelt, unter gebührender Berücksichtigung des Wohles des Kindes gewährt.

- **Separated Children in Europe Programme/Save the children/UNHCR/Unicef: Statement of Good Practice**

D10 Bestellung eines Vormunds

In allen Rechtsverfahren, einschließlich Berufungs- und Revisionsverfahren, ist von ihren Eltern/Sorgeberechtigten getrennten Kindern Rechtshilfe zu gewähren und ein Rechtsvertreter beizustellen, der sie bei ihrem Antrag auf Schutz und gegebenenfalls bei der Durchführung einer dauerhaften Lösung unterstützt.

- **UN-Kinderrechtsausschuss, Abschließende Beobachtungen zum 2. Staatenbericht der Republik Österreich<sup>42</sup>**

47./48.: Der Ausschuss anerkennt die Anstrengungen des Bundes und der Länder, die Zahl geeigneter Betreuungsplätze für unbegleitete und getrennte asylsuchende Kinder zu erhöhen, bleibt aber besorgt, weil die zur Verfügung gestellten Plätze und Betreuer noch nicht ausreichen im Vergleich zur Zahl der Bewerber.

Der Ausschuss empfiehlt,

a) sicherzustellen, dass systematisch unbegleiteten und getrennten asylsuchenden Kindern Betreuer beigelegt werden, um das Kindeswohl zu wahren;

- **UNHCR-Richtlinien zu Asylanträgen von Kindern**

Abs. 69: Im Fall unbegleiteter oder von ihren Eltern getrennter Kinder muss unverzüglich und kostenlos ein unabhängiger, qualifizierter Vormund bestellt werden. Kinder, die in einem Asylverfahren die Hauptantragsteller sind, haben auch Anspruch auf einen Rechtsvertreter. Dieser sollte entsprechend geschult sein und das Kind während des ganzen Verfahrens unterstützen.

- **UN Ausschuss für die Rechte des Kindes, Allgemeine Bemerkung Nr. 12 (2009), Das Recht des Kindes, gehört zu werden<sup>43</sup>**

21. Die Vertragsstaaten müssen sich der möglichen negativen Folgen einer unüberlegten Ausübung dieses Rechts bewusst sein. Dies gilt in erster Linie für Fälle, die sehr junge Kinder betreffen, sowie in Fällen, in denen das Kind Opfer von kriminellen Handlungen, sexuellem Missbrauch, Gewalt oder anderen Formen von Misshandlung geworden ist. Die Vertragsstaaten müssen alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass das Recht auf Gehör unter vollem Schutz des Kindes ausgeübt wird.

<sup>41</sup> [http://www.unicef.org/publications/index\\_43110.html](http://www.unicef.org/publications/index_43110.html)

<sup>42</sup> CRC/C/15/Add.251, 28 Jänner 2005.

<sup>43</sup> CRC/C/GC/12, 20. Juli 2009.

32. Artikel 12 Absatz 2 präzisiert, dass die Gelegenheit, gehört zu werden, insbesondere "in allen das Kind berührenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren" gegeben sein muss. Der Ausschuss betont, dass diese Bestimmung für alle einschlägigen gerichtlichen Verfahren gilt, die das Kind betreffen, zum Beispiel ..... unbegleitete Kinder, asylsuchende Kinder und Flüchtlingskinder sowie Opfer bewaffneter Konflikte und anderer Notlagen. Typische Verwaltungsverfahren betreffen zum Beispiel Entscheidungen über den Bildungsweg von Kindern sowie über Gesundheit, Umwelt, Lebensbedingungen oder Schutz.

C. Die Umsetzung des Rechts auf Gehör in verschiedenen Umfeldern und Situationen

9. In Einwanderungs- und Asylverfahren

123. Kinder, die als Flüchtlinge in ein Land kommen oder weil sie ihren nach Arbeit suchenden Eltern folgen, sind in einer besonders verletzlichen Lage. Aus diesem Grund ist es dringend, ihr Recht auf Meinungsäußerung zu allen Aspekten der Einwanderungs- und Asylverfahren voll zu erfüllen. Im Falle der Einwanderung müssen Kinder zu ihren Bildungserwartungen und ihrem Gesundheitszustand gehört werden, um sie ins Schulsystem und die Gesundheitsversorgung zu integrieren. Bei einem Asylantrag muss das Kind außerdem Gelegenheit haben, seine Gründe darzulegen, die zum Asylantrag geführt haben.

124. Der Ausschuss betont, dass diese Kinder alle Informationen über ihre Rechte, über vorhandene Dienste, einschließlich Kommunikationswege, und über das Einwanderungs- und Asylverfahren erhalten müssen, und zwar in ihrer Sprache, damit sie ihrer Stimme in den Verfahren Gehör verschaffen und deren angemessene Gewichtung sichern können. Ein Vormund oder Berater sollte kostenfrei eingesetzt werden. Bei um Asyl nachsuchenden Kindern müssen möglicherweise eine wirksame Nachforschung nach ihrer Familie angestellt und wichtige Information über die Situation im Herkunftsland eingeholt werden, um bestimmen zu können, was dem Kindeswohl dienlich ist. Besondere Unterstützung können Kinder benötigen, die in bewaffnete Konflikte verwickelt waren, damit sie ihre Bedürfnisse erklären können. Des Weiteren ist Aufmerksamkeit erforderlich, um zu sichern, dass staatenlose Kinder innerhalb der Territorien, in denen sie sich aufhalten, in Entscheidungsprozesse einbezogen werden.<sup>44</sup>

### IV.1.3. Personal, Schulungen

- **Separated Children in Europe Programme/Save the children/UNHCR/Unicef: Statement of Good Practice**

B 10 Staff Training: All those working with separated children must receive appropriate and ongoing training. Such training should focus specifically on the rights and needs of separated children, but also on cultural factors and the development of the appropriate skills for communicating with them. Training should also be given to ensure that those working with separated children are culturally and gender sensitive and understand intercultural communication. Immigration or border police staff and other relevant actors should receive training in conducting child-friendly interviews.

### IV.2. Innerstaatliche Rechtslage

- **ABGB<sup>45</sup>**

§ 21. (1) Minderjährige und Personen, die aus einem anderen Grund als dem ihrer Minderjährigkeit alle oder einzelne ihrer Angelegenheiten selbst gehörig zu besorgen nicht vermögen, stehen unter dem besonderen Schutz der Gesetze.

(2) Minderjährige sind Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben; haben sie das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet, so sind sie unmündig.

§ 151. (1) Ein minderjähriges Kind kann ohne ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters rechtsgeschäftlich weder verfügen noch sich verpflichten.

(2) Nach erreichter Mündigkeit kann es jedoch über Sachen, die ihm zur freien Verfügung überlassen worden sind, und über sein Einkommen aus eigenem Erwerb so weit verfügen und sich verpflichten, als dadurch nicht die Befriedigung seiner Lebensbedürfnisse gefährdet wird.

(3) Schließt ein minderjähriges Kind ein Rechtsgeschäft, das von Minderjährigen seines Alters üblicherweise geschlossen wird und eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betrifft, so wird dieses Rechtsgeschäft, auch wenn die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vorliegen, mit der Erfüllung der das Kind treffenden Pflichten rückwirkend rechtswirksam.

- **FPG 2005<sup>46</sup>**

Sonderbestimmungen für Minderjährige

§ 12. (1) Minderjährige Fremde, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, sind in Verfahren nach den Hauptstücken 2 bis 10 handlungsfähig. Sie können zu einer mündlichen Verhandlung einen gesetzlichen Vertreter und eine an der Sache nicht beteiligte Person ihres Vertrauens beiziehen.

(2) Der gesetzliche Vertreter eines Fremden nach Abs. 1 hat das Recht,

1. auch gegen den Willen des Minderjährigen Akteneinsicht zu nehmen und zu dessen Gunsten Beweisanträge zu stellen und

<sup>44</sup> Vgl. Allgemeine Bemerkung Nr. 6 (2005) über "Die Behandlung von unbegleiteten und getrennten Kindern außerhalb ihres Herkunftslandes" (CRC/GC/2005/6).

<sup>45</sup> JGS Nr. 946/1811 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2000 (Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001)

<sup>46</sup> BGBl. I Nr. 100/2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 122/2009

2. innerhalb der einer Partei offen stehenden Frist Rechtsmittel einzulegen, Beschwerden einzubringen und Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder auf Wiederaufnahme des Verfahrens zu stellen

(3) Minderjährige Fremde, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und deren Interessen von ihrem gesetzlichen Vertreter nicht wahrgenommen werden können, können im eigenen Namen nur Verfahrenshandlungen zu ihrem Vorteil setzen. Gesetzlicher Vertreter wird mit Einleitung eines solchen Verfahrens der Jugendwohlfahrtsträger der Hauptstadt des Bundeslandes, in dem sich der Minderjährige aufhält. Wäre dieselbe Behörde für das fremdenpolizeiliche Verfahren und die Vertretung zuständig, so wird der örtlich nächstgelegene Jugendwohlfahrtsträger gesetzlicher Vertreter.

In den Materialien zum FPG 2005<sup>47</sup>, finden sich zur Regelung der Handlungsfähigkeit (wobei hier ursprünglich sogar eine Herabsetzung des Eintritts der Handlungsfähigkeit mit Vollendung des 14. Lebensjahrs geplant war, dies jedoch schließlich nicht erfolgte) in § 12 FPG folgende Erwägungen:

*„Da sich die Sicherheitsbehörden zunehmend mit Fällen auseinandersetzen haben, in denen sich Minderjährige ohne gesetzlichen Vertreter im Bundesgebiet aufhalten und da diese Fremden in der Regel durchaus in der Lage sind, ihre Interessen im gebotenen Ausmaß selbst zu vertreten, schien es bereits im FrG 1992 angezeigt, die Handlungsfähigkeit von Minderjährigen, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, vorzusehen. Nunmehr entspricht einer durchgängigen Tendenz dieses Gesetzes, als auch des Asylgesetzes 2005, die Handlungsfähigkeit mit dem vollendetem 14. Lebensjahr festzulegen. Da dies Bereiche betrifft, in dem es regelmäßig zu belastenden Rechtsakten kommt, können mündige Minderjährige einer mündlichen Verhandlung gesetzliche Vertreter und an der Sache nicht beteiligte Personen ihres Vertrauens beiziehen. Die Vertretung durch zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugte Personen bleibt davon unberührt.“*

#### • AsylG 2005<sup>48</sup>

**§ 16.** (1) Für den Eintritt der Handlungsfähigkeit nach diesem Bundesgesetz ist ungeachtet der Staatsangehörigkeit des Fremden österreichisches Recht maßgeblich.

(2) In Verfahren nach diesem Bundesgesetz ist jeder Elternteil für sich zur Vertretung des Kindes befugt. Widersprechen die Erklärungen beider Elternteile bei ehelichen Kindern, ist die zeitlich frühere Erklärung relevant; ein Beschwerdeverzicht kann nicht gegen den erklärten Willen eines Elternteils abgegeben werden. Die Vertretung für das uneheliche Kind kommt bei widerstreitenden Erklärungen der Elternteile der Mutter zu, soweit nicht der Vater alleine mit der Obsorge betraut ist. Ein Minderjähriger, dessen Interessen von seinem gesetzlichen Vertreter nicht wahrgenommen werden können, ist berechtigt Anträge auf internationalen Schutz zu stellen.

(3) Ein mündiger Minderjähriger, dessen Interessen von seinem gesetzlichen Vertreter nicht wahrgenommen werden können, ist berechtigt, Anträge zu stellen und einzubringen. Gesetzlicher Vertreter für Verfahren nach diesem Bundesgesetz ist mit Einbringung des Antrags auf internationalen Schutz (§ 17 Abs. 2) der Rechtsberater (§ 64) in der Erstaufnahmestelle, nach Zulassung des Verfahrens und nach Zuweisung an eine Betreuungsstelle der örtlich zuständige Jugendwohlfahrtsträger jenes Bundeslandes, in dem der Minderjährige einer Betreuungsstelle zugewiesen wurde. Widerspricht der Rechtsberater (§ 64) vor der ersten Einvernahme im Zulassungsverfahren einer erfolgten Befragung (§ 19 Abs. 1) eines mündigen Minderjährigen, ist diese in seinem Beisein zu wiederholen.

(4) Entzieht sich der mündige Minderjährige dem Verfahren (§ 24 Abs. 1) oder lässt sich aus anderen Gründen nach Abs. 3 kein gesetzlicher Vertreter bestimmen, ist der Jugendwohlfahrtsträger, dem die gesetzliche Vertretung zuletzt zukam, gesetzlicher Vertreter bis nach Abs. 3 wieder ein gesetzlicher Vertreter bestimmt wurde. Hatte im bisherigen Verfahren nur der Rechtsberater (§ 64) die gesetzliche Vertretung inne, bleibt dieser gesetzlicher Vertreter, bis die gesetzliche Vertretung nach Abs. 3 erstmals einem Jugendwohlfahrtsträger zufällt.

(5) Bei einem unmündigen Minderjährigen, dessen Interessen von seinen gesetzlichen Vertretern nicht wahrgenommen werden können, ist der Rechtsberater (§ 64) ab Ankunft in der Erstaufnahmestelle gesetzlicher Vertreter. Solche Fremde dürfen nur im Beisein des Rechtsberaters (§ 64) befragt (§ 19 Abs. 1) werden. Im Übrigen gelten die Abs. 3 und 4.

### IV.3. Bisherige Empfehlungen des MRB

#### Empfehlungen aus dem Bericht „Minderjährige in Schubhaft“ (2001)

34. Der Beirat empfiehlt, eine Gesetzesänderung im Fremdenengesetz zur Vereinheitlichung des Eintritts der Handlungsfähigkeit mit Eintritt der gesetzlichen Volljährigkeit und zur Angleichung der gesetzlichen Vertretung durch den Jugendwohlfahrtsträger bis zum Erlangen der Volljährigkeit zu initiieren. Das Fremdenengesetz wäre dahingehend zu ändern, dass

- Fremde, die gesetzlich volljährig sind, im Verfahren nach dem Fremdenengesetz handlungsfähig sind (analog zu § 25 Abs. 1 AsylG);
- Fremde, die noch nicht gesetzlich volljährig sind, und deren Interessen nicht von ihrem gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden, im eigenen Namen nur Verfahrenshandlungen zu ihrem Vorteil setzen können (Angleichung des § 95 Abs. 3 FrG);
- bei unbegleiteten Minderjährigen der örtlich zuständige Jugendwohlfahrtsträger mit Einleitung eines Verfahrens nach dem Fremdenengesetz gesetzlicher Vertreter wird;
- Minderjährige in Verfahren nach dem FrG nur in Gegenwart des gesetzlichen Vertreters einvernommen werden dürfen (analog zu § 27 Abs. 3 AsylG).

<sup>47</sup> [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/II\\_00952/index.shtml#tab-VorparlamentarischesVerfahren](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/II_00952/index.shtml#tab-VorparlamentarischesVerfahren)

<sup>48</sup> BGBl. I Nr. 100/2005 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 38/2011.

35. Der Beirat empfiehlt dem Bundesminister für Inneres, Vorkehrungen dafür zu treffen, dass das zuständige Jugendamt unverzüglich, jedenfalls aber binnen 12 Stunden, von der Festnahme eines/einer minderjährigen Fremden informiert wird. Eine entsprechende Information des Jugendamtes soll auch dann unverzüglich erfolgen, wenn mangels verfügbarer Dokumente und Dolmetscher und Dolmetscherinnen nur die Augenscheinsbeurteilung durch den Journalbeamten und Journalbeamtinnen auf eine eventuelle Minderjährigkeit schließen lässt.

36. Der Beirat empfiehlt dem Bundesminister für Inneres, in Gesprächen mit den Ländern darauf hinzuwirken, dass die Jugendämter in jenen Bezirken, in denen höhere Aufgriffszahlen von minderjährigen Fremden zu verzeichnen sind, auch außerhalb der üblichen Dienststunden eine Rufbereitschaft einrichten und zusätzliches Personal für die Betreuung dieser Minderjährigen zugewiesen bekommen.

37. Der Beirat empfiehlt, dass bis zur Angleichung der Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit im Fremden- und Asylgesetz – und der Bestimmung des Jugendwohlfahrtsträgers zum gesetzlichen Vertreter – die Fremdenbehörde unbegleitete Minderjährige ab 16 Jahren auch im fremdenrechtlichen Verfahren besonders darauf hinweist, dass sie gemäß § 95 Abs. 1 FrG zur mündlichen Verhandlung „eine an der Sache nicht beteiligte Person ihres Vertrauens“ beiziehen können. Sofern der/die betroffene Minderjährige keine derartige Person namhaft machen kann, soll ihm regelmäßig die Möglichkeit eröffnet werden, dass (vorbehaltlich seiner Zustimmung) der Jugendwohlfahrtsträger von seiner Einvernahme in Kenntnis gesetzt wird und er/sie einen Vertreter/eine Vertreterin als beizuziehende Vertrauensperson namhaft machen kann.

45. Der Beirat empfiehlt, dass bei Fremden, die ihre Minderjährigkeit angeben, jedenfalls sofort der gesetzliche Vertreter/die gesetzliche Vertreterin, bei unbegleiteten Fremden der Jugendwohlfahrtsträger von der Behörde informiert und in das Verfahren einbezogen werden soll

#### IV.4. Praxis der Behörden

In einem Gespräch, das die Arbeitsgruppe mit einem Vertreter der **Fremdenpolizei der BH Baden** führte, wurde berichtet, dass die Betroffenen in der der Schubhaftverhängung vorgelagerten Vernehmung auf die Möglichkeit der Beiziehung des gesetzlichen Vertreters und einer Vertrauensperson hingewiesen würden, sie jedoch in aller Regel nicht in Anspruch nähmen. Die Motive der Jugendlichen seien nicht bekannt. Für den Fall, dass die Beiziehung einer Vertrauensperson gewünscht werde, die Betroffenen aber niemanden nennen könnten, würde die Jugendwohlfahrt beigezogen. Auch Mitflüchtlinge oder ein/e Betreuer/in aus der Betreuungsstelle kämen als Vertrauenspersonen in Frage.

**Meldung der Verhängung von Schubhaft über Jugendliche an die Jugendwohlfahrt:** diese erfolgt durch die Fremdenpolizeibehörden, nicht durch das vollziehende PAZ. In Wien ergeht aus der Anhaltedatei täglich per E-Mail eine automatische Meldung des PAZ an die MA 11.

Zur **gesetzlichen Vertretung bzw. Obsorgeübernahme** bei unbegleiteten Minderjährigen, die in der EAST Traiskirchen untergebracht sind wurde von Seiten der **Jugendwohlfahrt der BH Baden** wie folgt Stellung genommen: die in Traiskirchen untergebrachten UMF hätten dort keinen gewöhnlichen Aufenthalt im üblichen Sinn, sondern nur einen faktischen Aufenthalt bis zur Zuweisung in die Betreuungsstelle eines Bundeslandes oder die Rückführung in das zuständige Mitgliedsland der EU. Für nicht spezialgeregelte vordringliche Angelegenheiten sei somit das Fachgebiet Jugendwohlfahrt der BH Baden zuständig. Die Aufgabe werde von einem in der Materie erfahrenen DSA regelmäßig wahrgenommen. Die Vertretung im Asylverfahren obliege gem. § 16 AsylG den Rechtsberatern, im fremdenpolizeilichen Verfahren seien die betroffenen Personen wenn über 16 selbst handlungsfähig, bei unter Sechzehnjährigen sei der Magistrat der Landeshauptstadt gesetzlicher Vertreter.

Sobald die UMF zugelassen und einer UMF-Betreuungsstelle der Grundversorgung NÖ zugewiesen seien, gehe die gesetzliche Vertretung im Asylverfahren auf die jeweils zuständige Organsiationseinheit des Landes NÖ als Jugendwohlfahrtsträger über. Die im Bezirk Baden untergebrachten UMF erhielten jedenfalls ausführliche Beratung und Anleitung durch zwei Fachjuristinnen. In der Folge werde so schnell als möglich eine gerichtliche Obsorgeübertragung angestrebt. Ob durch die Übertragung der gesamten Obsorge an den JWT die volle Handlungsfähigkeit der Mj. im fremdenpolizeilichen Verfahren erlischt, sei ungeklärt.

Zu letzterem Punkt wurde innerhalb der Arbeitsgruppe betont, dass dieser Umstand nicht ungeregelt bleiben könne. Der Begriff der Obsorge sei in Österreich ein einheitlicher, unabhängig davon, ob es sich um einen Fremden oder Österreicher handelt. Die Handlungsfähigkeit sei daher generell jene nach dem ABGB und werde, sofern in einer speziellen Rechtsmaterie geregelt, nur punktuell verdrängt.

Im Zuständigkeitsbereich der **Jugendwohlfahrt Tirol** ist ein eigener Fachbereich „Unbegleitete minderjährige Staatsangehörige dritter Länder/Flüchtlinge (umF)“ eingerichtet. Diesem obliegen laut Website des Landes Tirol<sup>49</sup> sämtliche Aufgaben, wie

- Rechtsvertretungen nach § 12 Abs. 3 FPG und § 16 Abs. 3 AsylG (soweit diese nicht von anderer Seite z.B. durch ein Jugendamt oder durch das Clearinghaus wahrgenommen werden).
- Sozialarbeiterische bzw. psychosoziale Betreuung von umF sowie Sorge um Nachbetreuung im Einzelfall (soweit dies nicht von anderer Seite z.B. durch ein Jugendamt, eine andere Abteilung des Amtes der Landesregierung oder eine andere hierfür geeignete Einrichtung wahrgenommen wird).
- Suche nach jugendgerechten Unterbringungsmöglichkeiten und fachliche Unterstützung bei der Schaffung solcher Möglichkeiten (soweit dies nicht von anderer Seite z.B. durch ein Jugendamt, eine andere

<sup>49</sup> Vgl. <http://www.tirol.gv.at/themen/gesellschaft-und-soziales/jugend/jugendwohlfahrt/bereichunbegleiteteminderj>

Abteilung des Amtes der Landesregierung oder eine andere hierfür geeignete Einrichtung wahrgenommen wird).

- Führung der Warteliste für die Aufnahme von umF in das Clearinghaus Salzburg; Vermittlung allenfalls auch Überstellung von umF in das Clearinghaus Salzburg.
- Kontakte mit Bundesasylamt Innsbruck, Sicherheitsdirektion für Tirol und Fremdenpolizei.
- Teilnahme an Besprechungen (Verbindungsstelle der Bundesländer, Bundesministerium für Inneres, Clearingkomitee, etc.).
- Vernetzung mit anderen mit der Thematik umF befassten Einrichtungen
- Dokumentation, Statistik

## IV.5. Beobachtungen der Kommissionen

Die **Kommission OLG Innsbruck** führte mit dem in Tirol für unbegleitete Minderjährige zuständigen Sozialarbeiter (s. oben Kap IV.) zwei ausführliche Gespräche.<sup>50</sup> Demnach funktionieren die Verständigung hinsichtlich unbegleiteter Jugendlicher in Schubhaft sehr gut. Auch die Zusammenarbeit mit dem Verein Menschenrechte sei sehr gut. In zwei Fällen angehaltener Minderjähriger sei die Verständigung nicht sofort über die Behörde erfolgt, da sei er früher vom Verein Menschenrechte benachrichtigt worden. Die Verständigung laufe über die zuständige Fremdenpolizeibehörde. Mit Blick auf Urlaube und Krankenstände habe der Gesprächspartner den Wunsch geäußert, den derzeit eher informellen Charakter des Kontaktes zu formalisieren (Verständigungen einheitlich an die offizielle Büroadresse der Jugendwohlfahrt per Email) was von der Kommission unterstützt werde.

Eine Verständigung gebe es nur bei Schubhaft, nicht aber wenn Jugendliche in Verwaltungshaft kämen. Der Sozialarbeiter habe auch auf die Problematik der zahlreichen Verwaltungsstrafen verwiesen, die sich „zusammenlappern“ würden und die die Betroffenen dann absitzen müssten, da sie ja kein Geld hätten.

Die Kommission beurteilte den Gesprächspartner als sehr engagiert und kompetent, es sei davon auszugehen, dass er für eine Unterbringung im gelinderen Mittel sofort alles in Bewegung setze. Unbegleitete minderjährige Fremde seien in Tirol wohl besser rechtlich informiert und betreut als anderswo.

Als weiteres „Sicherheitsnetz“ und in Erinnerung an jenen Fall vor einigen Jahren, als ein Jugendlicher über etwa eineinhalb Monate ohne entsprechenden Kontakt sich in Schubhaft befand (vgl. Bericht 1/2003) hält es die Kommission für sinnvoll, wenn diesbezügliche Informationen auch *direkt* vom PAZ der Jugendwohlfahrt weitergeleitet würden, wie im Jahr 2003 nach dem Anlassfall mit der BPD besprochen wurde.

## IV.6. Aktuelle Erwägungen

### IV.6.1. Vorzeitige Handlungsfähigkeit mit Vollendung des 16. Lebensjahres

Die persönliche Rechts- und Handlungsfähigkeit von Beteiligten in Verwaltungsverfahren ist von der Behörde, wenn in den Verwaltungsvorschriften nichts anderes bestimmt ist, nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen (§ 9 AVG). Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Einheitlichkeit der Behördenpraxis wird im ABGB nicht auf die intellektuellen und volitiven Fähigkeiten des Einzelnen abgestellt, sondern werden schematische Altersgrenzen festgesetzt. Personen, die das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, werden als volljährig bezeichnet und sind damit voll handlungsfähig.

Sowohl das Fremdenpolizeigesetz als auch das Asylgesetz legen eigene schematische Altersgrenzen fest. So ist nach dem AsylG für den Eintritt der Handlungsfähigkeit ungeachtet der Staatsangehörigkeit des Fremden österreichisches Recht – also die Bestimmungen des ABGB - maßgeblich. Demgegenüber sind in Verfahren nach den Hauptstücken 2 bis 10 des FPG minderjährige Fremde, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, handlungsfähig. Sie können zu einer mündlichen Verhandlung einen gesetzlichen Vertreter und eine an der Sache nicht beteiligte Person ihres Vertrauens beiziehen. Minderjährige Fremde, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und deren Interessen von ihrem gesetzlichen Vertreter nicht wahrgenommen werden können, können im eigenen Namen nur Verfahrenshandlungen zu ihrem Vorteil setzen.

Diese Sonderbestimmung über die Handlungsfähigkeit stammt aus dem FrG 1992. 2005 wurde sie – nachdem zunächst beabsichtigt war, den Eintritt der Handlungsfähigkeit bereits mit Vollendung des 14. Lebensjahres festzulegen - ins FPG 2005 übernommen. In seiner damaligen Stellungnahme<sup>51</sup> stellte der Menschenrechtsbeirat fest:

<sup>50</sup> V - 21/2010.

<sup>51</sup> [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/ME/ME\\_00259\\_45/index.shtml](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/ME/ME_00259_45/index.shtml)

*„Entgegen den Erläuterungen zu § 12 kann in aller Regel nicht angenommen werden, dass 14- bis 16-Jährige auch nur annähernd in der Lage sind, ihre Rechte allein wahrzunehmen und zu vertreten. Der UN-Kinderrechtsausschuss steht in seiner Praxis zur Frage von Altersgrenzen generell auf dem Standpunkt, Altersgrenzen, die Schutzzwecken dienen, möglichst hoch zu halten, und nur solche, die einer Förderung der Verselbständigung von Kindern/Jugendlichen dienen, herabzusetzen (zB bei Partizipation). Im Bereich unbegleiteter Minderjähriger steht wohl ganz zentral der Schutzzweck im Vordergrund, gerade hier Vertretungspflichten zu reduzieren erscheint jedenfalls nicht im besten Interesse des betroffenen Jugendlichen. Generell ist darauf hinzuweisen, dass die völkerrechtlichen Pflichten Österreichs nach der Kinderrechtskonvention (siehe insbesondere Art. 1 und Art. 22 UNKRK) jedenfalls weiterhin für alle Kinder bis 18 Jahre erhalten bleiben, unabhängig davon was ein österreichisches Einzelgesetz zu einem bestimmten Bereich festlegt.“*

Gleichzeitig rief der Beirat seine Empfehlung Nr. 34 zur Vereinheitlichung des Eintritts der Handlungsfähigkeit mit Eintritt der gesetzlichen Volljährigkeit und zur Angleichung der gesetzlichen Vertretung durch den Jugendwohlfahrtsträger bis zum Erlangen der Volljährigkeit in Erinnerung.

Im Lichte der **internationalen Standards**, Altersgrenzen zu Schutzzwecken möglichst hoch zu halten,<sup>52</sup> und nur jene, die einer Förderung der Verselbständigung von Kindern/Jugendlichen dienen, herabzusetzen, und der Bestimmungen der §§ 21 und 151 ABGB kann „Handlungsfähigkeit“ im gegebenen Zusammenhang wohl nur bedeuten, dass die Betroffenen Handlungen zu ihrem Vorteil setzen können. Die selbstständige Wahrnehmung von Rechten und Pflichten im fremdenrechtlichen Verfahren fällt jedenfalls nicht darunter.

Wenngleich die Betroffenen infolge bereits gemachter Erfahrungen und daraus resultierender Notwendigkeiten mitunter sehr selbstständig sind oder wirken, kann aus der Tatsache, dass sie regelmäßig die Beiziehung einer Vertrauensperson bzw. eines Vertreters/ einer Vertreterin der Jugendwohlfahrt nicht in Anspruch nehmen (vgl. Pkt. IV Praxis der Behörde), nicht auf ihre volle Souveränität geschlossen werden. Vielmehr ist darin ein Hinweis zu sehen, dass sie sich ihrer Schutzbedürftigkeit nicht bewusst sind und den Behördenkontext, mit dem sie konfrontiert sind, nicht adäquat einzuschätzen vermögen. Der Ansatz, alleinstehende 16- und 17-Jährige, die sich in einem für sie fremden Kontext befinden und mit Sprachbarrieren und kulturellen Unterschieden konfrontiert sind, in einem rechtlichen Teilbereich für handlungsfähig und damit „erwachsen“ zu erklären, erscheint widersinnig, wenn gleichzeitig die UNKRK und das ABGB bestimmen, dass Personen unter 18 Jahren nicht voll handlungsfähig sind, obwohl diesen idR inländische, obsorgende Eltern zur Seite stehen.

**Es wird daher empfohlen, die geltende Altersgrenze von 16 Jahren und die daraus resultierenden Fragen in einem bundesweiten Fachgespräch zu Vertretung und Obsorge von unbegleiteten Minderjährigen zu erörtern. Dieses soll auf breiter Ebene stattfinden, insbesondere unter Beiziehung von Expertinnen und Experten aus dem Bereich der Kinderrechte, der Jugendwohlfahrt und des UNHCR.**

#### **IV.6.2. Beiziehung der Jugendwohlfahrt im fremdenrechtlichen Verfahren**

Gemäß § 12 Abs. 1 FPG können Jugendliche, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, zu einer mündlichen Verhandlung einen gesetzlichen Vertreter und eine an der Sache nicht beteiligte Person ihres Vertrauens beiziehen. Da – im Sinne von MRB-Empfehlung 37 – seitens der Behörde eine Belehrung über diese Möglichkeit zwar erfolgt, die Jugendlichen davon jedoch praktisch nie Gebrauch machen, steht fest, dass das Ziel einer Unterstützung bzw. rechtlichen Vertretung von über 16-Jährigen mit einer rein routinemäßigen Belehrung nicht erreicht werden kann. Die AG setzte sich eingehend mit den möglichen Hintergründen auseinander. Verwiesen wurde insbesondere auch auf die Sozialisierung der Jugendlichen, die nicht zuletzt durch ihre lange Reise sehr selbstständig seien und dies auch nicht aufge-

---

<sup>52</sup> So etwa UNICEF, CRC Implementation Handbook, 2007, Ad Art 1, [http://www.unicef.org/publications/index\\_43110.html](http://www.unicef.org/publications/index_43110.html)



ben wollten bzw. ihre eigene Ziele verfolgen und Behörden – nicht zuletzt auch aufgrund ihrer Erfahrungen – oft nur schwer Vertrauen entgegenbringen würden.

Als zentralen Punkt sieht der Menschenrechtsbeirat daher weiterhin die Gewährleistung altersgerechter gesetzlicher Rahmenbedingungen gemäß seiner Stellungnahme zum FPG 2005 an. Aus Sicht der Arbeitsgruppe ergibt sich auch aus Art. 10 EU-Rückführungsrichtlinie eine entsprechende Handlungsaufforderung. Denn diese Bestimmung verlangt vor der Ausstellung einer Rückkehrentscheidung für unbegleitete Minderjährige die Unterstützung durch geeignete Stellen, wobei es sich dabei nicht um die für die Vollstreckung von Rückkehrentscheidungen zuständigen Behörden handelt. Die Entwicklungen auf europäischer und internationaler Ebene sollen im vorgeschlagenen Fachgespräch näher beleuchtet werden.

Die nunmehr mit dem FrÄG 2011 geregelte,<sup>53</sup> und ab 1. Dezember 2011 jedem Fremden im fremdenpolizeilichen Verfahren zur Verfügung stehende Rechtsberatung kann die dargestellten Probleme nur zum Teil abfedern. Der Menschenrechtsbeirat stellt fest, dass Kompetenz im Umgang mit Minderjährigen für Rechtsberaterinnen und -berater weder nach dem AsylG noch nach dem FrÄG 2011 eine erforderliche Qualifikation ist. Angesichts des nicht unbedeutlichen Anteils minderjähriger Klientinnen und Klienten und mit Blick auf internationale Standards, welche geeignetes und entsprechend geschultes Personal fordern, besteht daher nach Auffassung des MRB Handlungsbedarf. Wie Berichte zu den polizeilichen Erstbefragungen von Asyl suchenden unbegleiteten Minderjährigen zeigen, führen Mangel an Qualifikation im Umgang mit Kindern bzw. Jugendlichen derzeit dazu, dass unbegleitete Minderjährige nicht effektiv vertreten werden.

Der Menschenrechtsbeirat empfiehlt daher, **bei der Ausschreibung von Rechtsberatungsleistungen Erfahrung und Kompetenz im Umgang mit Minderjährigen in das Anforderungsprofil und die Vertragsgestaltung für Rechtsberater aufzunehmen.**

Im Sinne einer bestmöglichen Vertretung der Interessen unbegleiteter jugendlicher Fremder erscheint für den Bereich der Jugendwohlfahrt und damit vorbehaltlich der Regelungskompetenz der Länder, die in **Tirol getroffene Lösung eines eigenen Fachbereichs für unbegleitete minderjährige Fremde beim Jugendwohlfahrtsträger** als *best-practice* Modell, dessen Ausweitung auch auf andere Bundesländer erwogen werden sollte. Neben der besonderen Kompetenz der Betreuungsperson(en) und einer kontinuierlichen Betreuung sprechen nicht zuletzt auch Befangenheitserwägungen (vgl. § 12 Abs. 3 letzter Satz FPG für unter 16-Jährige) für dieses Modell.

#### **IV.6.3. Bundesländerübergreifende Sachverhalte**

Im Gefolge der Diskussion mit Vertreterinnen und Vertretern der Fremdenpolizei und der Jugendwohlfahrt und der Tatsache, dass Schubhaften, welche etwa die BH Baden über Jugendliche verhängt, und die regelmäßig in Wien vollzogen werden, erörterte die AG die Problematik bundesländerübergreifender Sachverhalte und den im Raum stehenden Vorwurf, niemand „fühle“ sich zuständig. Dabei war und ist sich die Arbeitsgruppe sehr wohl ihres auf den Bereich des Innenressorts beschränkten Mandats bewusst.

Besuche von Jugendlichen, die im Zuständigkeitsbereich der BPD Wien in Schubhaft genommen werden, durch eine Mitarbeiterin der MA 11 funktionieren nach den der AG vorliegenden Informationen im Wesentlichen. Hingegen stellt sich die Lage am Beispiel Wien - Niederösterreich anders dar: So informierte die Vertreterin der Jugendwohlfahrt der BH Baden die AG, dass bei Schubhaftverhängung über einen Jugendlichen und dessen Überstellung nach Wien eine Meldung an die MA 11 erfolge, da man ja nunmehr nicht mehr örtlich zuständig sei. In der Arbeitsgruppe vertrat der Leiter der „Drehscheibe“ (MA 11) hingegen die Meinung, dass der BH Baden weiterhin die Zuständigkeit zukomme. Schubhaftbeschwerde oder Besuche der Jugendlichen hätten durch ihre Vertreterinnen und Vertreter zu erfolgen. Kämen die Betroffenen aber etwa bei ihm im gelinderen Mittel unter (in seiner Einrichtung stünden 10 Plätze für unbegleitete Minderjährige zur Verfügung), dann stelle sich die Frage, wer für die Kostentragung zuständig sei.

<sup>53</sup> Siehe §§ 84 ff FPG 2005 idF FRÄG 2011, BGBl. I Nr. 38/2011.

Für den Menschenrechtsbeirat steht fest, dass das Problem des Übergangs von Zuständigkeiten ein österreichweites ist und sich insbesondere bei Folgeanträgen ergibt. Die Problematik liegt nicht an der gesetzlichen Regelung, sondern vielmehr an der Praxis, die diese nicht wahrnimmt. Nach Auffassung des Beirates muss für die Praxis klar sein, welcher Jugendwohlfahrtsträger für einen im PAZ Wien einsitzenden jugendlichen Schubhäftling, über den (beispielsweise) die BH Baden Schubhaft verhängt hat, zuständig ist und welche Schritte standardmäßig abzulaufen haben. Ein Besuch der betroffenen Personen und die Abklärung ihrer Bedürfnisse, welche von medizinischen und psychologischen (mögl. Suizidgefährdung) bis hin zu juristischen Fragen reichen können, stellt einen ersten Schritt dar. Klar ist damit auch, dass es sich jedenfalls nicht um eine bloße pro forma -Visite handeln darf.

Nach Auffassung des Menschenrechtsbeirates darf es im Bereich des Schutzes der Interessen von Kindern und Minderjährigen keine Unklarheiten der beschriebenen Art geben. Weiters stellt der Beirat fest, dass funktionierende informelle Lösungen zwar gut sind, solange sie funktionieren, diese jedoch durch klare Richtlinien mit konkreten Handlungsabläufen ergänzt werden sollten. Er regt daher eine **Kontaktaufnahme mit den zuständigen Stellen der Länder** an, um die im Zusammenhang mit bundesländerübergreifenden Sachverhalten auftretenden praktischen Probleme in den Griff zu bekommen. Dies könnte im Rahmen des vorgeschlagenen bundesweiten **Fachgesprächs** (S. IV.6.1.) erfolgen, an dessen Ende die **Erarbeitung eines gemeinsamen Leitfadens** stehen sollte. Durch Darstellung unterschiedlicher Varianten (etwa im Bereich der Verständigung des Jugendwohlfahrtsträgers) könnte gleichzeitig regional gepflogenen, gut funktionierenden Abläufen Rechnung getragen werden.

Wie der Arbeitsgruppe im Gespräch mit den Vertreterinnen und Vertretern der Bezirkshauptmannschaften Baden und Vöcklabruck berichtet wurde, besteht in den Bundesländern derzeit kein einheitliches System, was die **Kostentragung** für die Betreuung unbegleiteter Minderjähriger anlangt. In Oberösterreich erfolgt sie etwa allein durch den Sozialhilfeverband des Bezirks Vöcklabruck, in Niederösterreich durch das Land. Es sollte daher auch in finanzieller Hinsicht eine Lösung im Sinne einer **gleichmäßigen Verteilung** der Kosten auf die Länder gefunden werden.

#### **IV.7. Exkurs - Weitere Fragen im Zusammenhang mit Grundversorgung und gesetzlicher Vertretung bzw. Obsorge durch die Jugendwohlfahrt**

Dem Regelungsinhalt nach beschäftigen sich sowohl Teile der Grundversorgungsgesetze als auch der Jugendwohlfahrtsgesetze/ ABGB mit der Unterbringung und Erziehung von allein stehenden Minderjährigen, somit auch unbegleiteten minderjährigen Fremden. Wie bereits festgehalten, ist sich die AG ihres beschränkten Mandats bewusst. Da die sich im Zusammenhang mit unbegleitete minderjährigen Fremden stellenden Fragen jedoch nicht auf den Zuständigkeitsbereich des BM.I isoliert betrachten und wohl auch nicht lösen lassen werden, sollen jene Aspekte, die in der AG erörtert wurden, im nachstehenden Exkurs behandelt werden.

##### **IV.7.1. Innerstaatliche Rechtslage**

- **Grundversorgungsgesetz-Bund (GVG-B) 2005<sup>54</sup>**

Die **Zuständigkeit des Bundes** ergibt sich aus den §§ 2 Abs. 1 und 6 GVG-B 2005. Demnach ist der Bund für die Dauer des Zulassungsverfahrens jedenfalls für die Versorgung zuständig. „Bis zur Herstellung des Einvernehmens mit der zuständigen Stelle des betroffenen Bundeslandes“ können Asylwerber „im unbedingt erforderlichen Ausmaß in der Betreuungsstelle des Bundes (§ 1 Z 4) weiter versorgt werden, jedoch nicht für einen 14 Tage übersteigenden Zeitraum.“

Seitens der UVS wurde diesbezüglich in mehreren Erkenntnissen<sup>55</sup> ausgeführt:

---

<sup>54</sup> BGBl. Nr. 405/1991 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2005

<sup>55</sup> Vgl: Senat-AB-05-2021, Senat-AB-06-2019, Senat-AB-06-2065, Senat-AB-07-2010, Senat-AB-07-2020, Vwsen-700013/2/BP/Wb, Vwsen-700014/2fBP/Wb, VwSen-70001512/BP/Wb, Vwsen-700016/2/BP/Wb, Vwsen-700027/2/BP/Wb, u.a.

„Aufgrund der zwischenzeitigen Zulassung zählt der Berufungswerber nunmehr nicht zum Kreis der grundsätzlich durch das GVG-B 2005 begünstigten Personen.“

„In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass die Versorgung Fremder, soweit sie nicht als Annex-Materie dem Fremdenrecht zuzurechnen ist (vgl. VfGH 03.10.2006, G33/06), nach Art. 15 B-VG Landessache in Gesetzgebung und Vollziehung ist. Da das Gemeinschaftsrecht die innerstaatliche Kompetenzverteilung jedoch unberührt lässt, kann sich dieser Anwendungsvorrang nicht auf das GVG-Bund beziehen, sondern wäre im Bereich der entsprechenden Regelungen der Länder zu berücksichtigen.“

„Aus dieser Bestimmung wird deutlich, dass die Pflicht zur Grundversorgung inklusive Krankenversicherung den Bund nur während aufrehtem Zulassungsverfahren trifft. Auch die weiteren Absätze des § 2 GVG-B 2005 gehen von dieser Gegebenheit aus und regeln Fälle innerhalb dieses Zeitraumes. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Bw jedoch bereits im Mai 2007 zum Asylverfahren zugelassen wurden, weshalb ex lege die Versorgungspflicht für den Bund ausscheidet.“

Es ist festzuhalten, dass das GVG-B 2005 der belangten Behörde keine rechtliche Handhabe bietet den gestellten Anträgen nachzukommen.“

Nach Rechtsprechung der UVS ist damit ab 14 Tagen nach Zulassung ein ex lege Zuständigkeitsübergang vom Bund auf die **Länder** gegeben.

- **Grundversorgungsvereinbarung - Art. 15a B-VG<sup>56</sup>**

Der **Umfang** der Grundversorgung wird in Art. 6 allgemein und in Art. 7 auf unbegleitete minderjährige Fremde bezogen geregelt:

**Art. 7 (1)** Die Vertragspartner kommen überein, dass unbegleitete minderjährige Fremde einer über Art. 6 hinausgehenden Grundversorgung bedürfen. Diese werden durch Maßnahmen zur Erstabklärung und Stabilisierung unterstützt, die der psychischen Festigung und dem Schaffen einer Vertrauensbasis dienen sollen. Im Bedarfsfall ist darüber hinaus sozialpädagogische und psychologische Unterstützung zu gewähren. Die Unterbringung hat in einer Wohngruppe, einem Wohnheim, in einer sonstigen geeigneten organisierten Unterkunft, in betreutem Wohnen oder in individueller Unterbringung zu erfolgen.

(2) Wohngruppen sind für unbegleitete minderjährige Fremde mit besonders hohem Betreuungsbedarf einzurichten. Wohnheime sind für nicht selbstversorgungsfähige unbegleitete minderjährige Fremde einzurichten. Betreutes Wohnen ist für Betreute einzurichten, die in der Lage sind, sich unter Anleitung selbst zu versorgen.

(3) Darüber hinaus umfasst die Betreuung unbegleiteter minderjähriger Fremder

1. eine an deren Bedürfnisse angepasste Tagesstrukturierung (Bildung, Freizeit, Sport, Gruppen- und Einzelaktivitäten, Arbeit im Haushalt) und
2. die Bearbeitung von Fragen zu Alter, Identität, Herkunft und Aufenthalt der Familienangehörigen
3. die Abklärung der Zukunftsperspektiven in Zusammenwirken mit den Behörden,
4. gegebenenfalls die Ermöglichung der Familienzusammenführung und
5. gegebenenfalls die Erarbeitung eines Integrationsplanes sowie Maßnahmen zur Durchführung von Schul-, Ausbildungs- und Berufsvorbereitungsaktivitäten unter Nutzung der bestehenden Angebote mit dem Ziel der Selbsterhaltungsfähigkeit

Bestimmungen über die **Durchführung der Unterbringung und Betreuung bzw. Kostentragung** finden sich ebenfalls in der Grundversorgungsvereinbarung:

**Art. 3 (5):** Der Bund kann sich zur Erfüllung seiner Aufgaben gemäß der Abs. 1 (ausgenommen die Erstaufnahmestelle), Abs. 2 Z 2, Z 3 und Z 6 hinsichtlich der Maßnahmen zur Durchführung der Rückkehrprogramme sowie Abs. 4 humanitärer, kirchlicher oder privater Einrichtungen oder Institutionen der freien Wohlfahrtspflege bedienen.“

**Art 4 (2):** Bei der Versorgung der in die Betreuung aufgenommenen Fremden und der Schaffung und Erhaltung der nötigen Infrastruktur gemäß Abs. 1 Z 4 können sich die Länder humanitärer, kirchlicher oder privater Einrichtungen oder Institutionen der freien Wohlfahrtspflege bedienen.

Es können sich daher sowohl der Bund als auch die Länder der Einrichtungen der jeweiligen Jugendwohlfahrtsträger zur Durchführung der Versorgung iSd Art. 7 GVV bedienen. Art 9 Z 7 GVV legt dafür Kostenhöchstsätze fest, nämlich max. € 75 pro Person und Tag für „Unterbringung, Verpflegung und Betreuung“ von unbegleiteten minderjährigen Fremden. Eine darüber hinausgehende Kostentragung ist im Rahmen der Grundversorgung nicht möglich, so nicht eine Subsumtion unter eine andere Ziffer des Art. 9 möglich ist, z.B. Schule. Die darüber hinausgehenden Kosten wären somit von den Jugendwohlfahrtsträgern iSd o.a. gesetzlichen Zuständigkeit zu tragen.

- **Zuständigkeit der Jugendwohlfahrt**

Der Jugendwohlfahrt kommt eine allgemeine Zuständigkeit für Kinder und Jugendliche im Alter von 0 – 18 Jahren zu. Träger sind die Länder (Jugendwohlfahrtsträger).

Die **Aufgaben** der öffentlichen Jugendwohlfahrt richten sich nach dem ABGB und JWG bzw. den Jugendwohlfahrtsgesetzen der Länder. So bestimmt § 1 Abs. 2 JWG 1989, dass die öffentliche Jugendwohlfahrt „die Entwicklung Minderjähriger durch Anbot von Hilfen zur Pflege und Erziehung zu fördern und durch Gewährung von Erziehungsmaßnahmen zu sichern (Jugendfürsorge)“ hat. § 1 OÖ JWG 1991 definiert als Aufgabe der Jugendwohlfahrt

<sup>56</sup> BGBl. I Nr. 80/2004

fahrt, „die persönliche und soziale Entfaltung Minderjähriger, deren Pflege und Erziehung durch geeignete Maßnahmen zu fördern und zu sichern (Jugendfürsorge)“; § 1 NÖ JWG 1991 spricht von „Sicherung und Förderung der Entwicklung Minderjähriger durch Angebot von Hilfen zur Pflege und Erziehung sowie durch Erziehungsmaßnahmen“. Öffentliche Jugendwohlfahrt ist nach § 2 Abs. 2 JWG 1989 zu gewähren, „wenn und insoweit die Erziehungsberechtigten das Wohl des Minderjährigen nicht gewährleisten“.

Was den **persönlicher Anwendungsbereich** anlangt, so ist öffentliche Jugendwohlfahrt nach § 3 JWG 1989 „allen Personen zu gewähren, die ihren Aufenthalt im Inland haben; österreichischen Staatsbürgern und Staatenlosen jedenfalls, wenn sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben“. Nach § 3 des OÖ JWG ist sie „allen dafür in Betracht kommenden Personen zu gewähren, die sich in Oberösterreich aufhalten“. Nach § 4 NÖ JWG ist Jugendwohlfahrt „allen Personen zu leisten, die ihren Aufenthalt in Niederösterreich haben.“

Die **örtliche Zuständigkeit** des Jugendwohlfahrtsträgers richtet sich entsprechend § 5 JWG 1989 „nach dem gewöhnlichen Aufenthalt, mangels eines solchen nach dem Aufenthalt des Betroffenen. Bei Gefahr im Verzug ist der Jugendwohlfahrtsträger örtlich zuständig, in dessen Wirkungsbereich die erforderliche Maßnahme zu setzen ist. Doch hat in einem solchen Fall der Jugendwohlfahrtsträger, in dessen Bereich der Betroffene seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, die Kosten zu ersetzen.“

Seit 2008 werden Verhandlungen über ein **neues Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz** geführt. Ein dezidierte Bestimmung über die **Obsorgeübernahme bei Unbegleitetheit** findet sich in den bisher vorliegenden Gesetzesentwürfen nicht, was insbesondere in den beiden Stellungnahmen der Kinder- und Jugendanwältinnen und -anwälte Österreichs<sup>57</sup> kritisiert wurde: „Ganz allgemein wird auch ein gesetzförmiges Bekenntnis dazu vermisst, wie bei „konkurrierenden Leistungen bzw. Diensten“ vorzugehen ist. Diesbezüglich sei exemplarisch die Situation von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen erwähnt. In diesem Zusammenhang wird mit Bedauern bemerkt, dass die Situation von unbegleiteten Kindern und Jugendlichen (Kinderflüchtlinge, Betroffene von Kinderhandel, untergetauchte/ verschwundene/abgängige Kinder, ...) im Entwurf an keiner Stelle ausdrücklich berücksichtigt wird, selbst in den Erläuterungen findet man den Begriff "Kinderhandel" nur illustrierend, "unbegleitet" nur einmal. Der Umgang mit Kindern aus dem Ausland, die ohne Familienangehörige/gesetzliche Vertreter nach Österreich gelangen, wird aus unserer Sicht eine der größten Herausforderungen der Jugendwohlfahrt der kommenden Jahre, hat doch auch der OGH ausdrücklich die JW-Zuständigkeit festgestellt.“

#### IV.7.2. Innerstaatliche Rechtsprechung

Auch der **OGH**<sup>58</sup> hat sich mit der Frage der Obsorgeübernahme bei unbegleiteten minderjährigen Fremden auseinandergesetzt und dazu festgestellt:

„Zutreffend gehen alle Beteiligten davon aus, dass im vorliegenden Pflschaftsfall die Bestimmungen des **Übereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen**, BGBl 1975/446 (Haager Minderjährigenschutzabkommen, im Folgenden HMSA) maßgebend sind, deren Anwendung einerseits die Minderjährigkeit und andererseits den gewöhnlichen Aufenthalt des Minderjährigen in einem Vertragsstaat des Abkommens - also etwa in Österreich - voraussetzen. Ein gewöhnlicher Aufenthalt in einem Vertragsstaat wird im Allgemeinen ab einer Aufenthaltsdauer von ungefähr 6 Monaten und weitgehender Integration des Minderjährigen angenommen (EvBl 1978/128; IPRax 1986, 385; 1 Ob 2155/96k; 8 Ob 106/98s; vgl RIS-Justiz RS0074198). Beide Voraussetzungen liegen hier vor: Martin ist erst 14 Jahre alt (und daher zweifellos auch nach den Sachnormen seines Heimatstaates Nigeria noch minderjährig) und lebt seit fast zwei Jahren in Wien, das „den Mittelpunkt seiner Lebensführung“ bildet (vgl Anzinger in Burgstaller IZVR Rz 5.64 mwN).

Richtig wurde weiters auch schon vom Rekursgericht erkannt, dass Art 8 HMSA die Behörden des Staates, in dem der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, unabhängig vom Vorliegen eines gesetzlichen Gewaltverhältnisses (L. Fuchs, Internationale Zuständigkeit in Außerstreitverfahren Rz 201) zu Schutzmaßnahmen verpflichtet, falls der Minderjährige in seiner Person oder in seinem Vermögen „ernstlich“ gefährdet ist. Zu solchen **im Interesse des Minderjährigen erforderlichen Schutzmaßnahmen** iSd HMSA zählt ua insbesondere auch die **Übertragung der Obsorge an den Jugendwohlfahrtsträger** (Anzinger aaO Rz 5.76; vgl EvBl 1978/128; JBl 1984, 153 [zust Schwimann]; RZ 1988/41; ÖA 1990, 19; RZ 1994/53; 8 Ob 106/98s; RIS-Justiz RS0047773).

Was unter eine „**ernstliche Gefährdung**“ iSd Art 8 HMSA zu subsumieren ist, lässt das Abkommen allerdings undefiniert. Ohne Zweifel ist von einer Gefährdung auszugehen, wenn bestimmte Umstände eine Beeinträchtigung des seelischen und körperlichen Wohlergehens des Minderjährigen sowie seiner Vermögenslage besorgen lassen (Siehr in MünchKomm3 Rz 318 zu Art 19 Anh EGBGB). Nach überwiegender Meinung, der sich der erkennende Senat anschließt, wird man im Interesse eines bestmöglichen Minderjährigenschutzes an den Begriff

<sup>57</sup> Stellungnahme der Kinder- und JugendanwältInnen Österreichs zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Grundsätze für soziale Arbeit mit Familien und Erziehungshilfen für Kinder und Jugendliche (Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2009 – B-KJHG 2009), BMGFJ-421600/0037-II/2/2008 (siehe [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/ME/ME\\_00231/index.shtml](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIII/ME/ME_00231/index.shtml)) und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Grundsätze für Hilfen für Familien und Erziehungshilfen für Kinder und Jugendliche (Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2010 – B-KJHG) BMWFJ-421600/0009-II/2/2009 (siehe [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME\\_00114\\_07/index.shtml](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00114_07/index.shtml))

<sup>58</sup> 7Ob 209/05v, 19.10.2005.

„ernstlich“ hinsichtlich der Intensität der Gefährdung keine überzogenen Anforderungen stellen und jede konkrete Gefährdung für ausreichend erachten (Anzinger aaO Rz 5.99 mwN aus dem Schrifttum; vgl Kropholler, Das Haager Abkommen über den Schutz Minderjähriger<sup>2</sup> 87 mwN); die Bedeutung dieses Ausdrucks erschöpft sich demnach in einer Aufforderung an den Richter, die Voraussetzungen des Art 8 nicht leichtfertig zu bejahen (Anzinger aaO mwN).

Die Beantwortung der - hier also entscheidenden - Frage, ob ein Minderjähriger iSd Art 8 HMSA ernstlich gefährdet ist, hat sich an der Grundlage und am Zielpunkt jeder einschlägigen pflegschaftsgerichtlichen Entscheidung, am **Kindeswohl** (RIS-Justiz RS0074268; 1 Ob 17/02k ua) zu orientieren und **kann sich daher nicht allein darin erschöpfen, ob die Grundbedürfnisse des Minderjährigen, wie Essen, Wohnen, Kleidung, Schulbesuch und medizinische Behandlung im Krankheitsfall, gedeckt sind**. Vielmehr sind auch die nach § 146 ABGB weiteren, von der Pflege des mj Kindes umfassten Aspekte, wie insbesondere die **Entfaltung der körperlichen, geistigen, seelischen und sittlichen Kräfte und die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes, zu berücksichtigen**. Werden diese vernachlässigt, erscheint das Kindeswohl, auch wenn für Essen, Wohnung, Kleidung etc des Minderjährigen gesorgt ist, gefährdet. In diesem Sinne weist auch Hacker, Gerichtliche Obsorgeregelung für unbegleitete minderjährige Fremde, in ÖA 2002, 108 (111) zutreffend darauf hin, dass (auf das Kindeswohl bedachte) elterliche Obsorge über die Deckung der Grundbedürfnisse Minderjähriger im Rahmen von Flüchtlingsprojekten, die Möglichkeit der Finanzierung einzelner medizinischer Behandlungen über die Sozialhilfe und die ex lege bestehende gesetzliche Vertretung im Asylverfahren hinausgeht. „Niemand käme auf die Idee, die Notwendigkeit elterlicher Obsorge in Frage zu stellen, nur weil Vater und Mutter ihren Kindern auch ohne Obsorgeauftrag Essen und Trinken sowie ein Dach über den Kopf zur Verfügung stellten“. Richtig weist schließlich der Genannte, aaO (110), auch noch auf den Umstand hin, dass die die Obsorge für Minderjährige regelnden Bestimmungen des **ABGB** im Zusammenhang mit den Fragen der **Notwendigkeit der Obsorgeregelung** sowie des **Inhaltes und Umfangs der mit der Betrauung der Obsorge verbundenen Rechte und Pflichten zwischen österreichischen Staatsbürgern und Fremden nicht differenzieren**.

Diese Überlegungen führen in einem Fall, wie dem vorliegenden, zum Ergebnis, dass **dem ganz allein stehenden Minderjährigen - auch wenn er bereits „mündig“ ist, und daher geringfügige Angelegenheiten des Lebens auch schon selbst regeln kann - ein Obsorgeberechtigter zur Seite zu stellen ist**. Ein Minderjähriger, der wie hier Martin, 14-jährig unbegleitet nach Österreich kommt und um Asyl ansucht, bedarf über die Deckung seiner Grundbedürfnisse und einer Vertretung im Asylverfahren hinaus entsprechender Unterstützung, die ihm nur im Rahmen der vollen Obsorge zuteil werden kann, die nach der Legaldefinition des § 144 ABGB neben der Pflege, der Erziehung und der Vermögensverwaltung auch die Vertretung des Minderjährigen in allen anderen Angelegenheiten umfasst. Dass iSd § 213 ABGB andere, Martin nahestehende oder sonst besonders geeignete Personen in Wien oder sonstwo in Österreich vorhanden wären bzw als Obsorgeberechtigte in Frage kämen, wird auch vom Revisionsrekursgegner gar nicht behauptet. Gemäß § 213 ABGB ist die Obsorge im vorliegenden Fall daher dem nach § 4 Abs 1 JWG 1989 iVm § 4 WrJWG 1990 zuständigen Jugendwohlfahrtsträger zu übertragen.“

### IV.7.3. Aktuelle Erwägungen

Im Rechtsstaat hat jeder Mensch Anspruch auf volle rechtliche Handlungsfähigkeit oder deren Substitution durch Obsorge und rechtliche Vertretung sowie Anspruch auf umfassenden Rechtsschutz. Dies hat auch für unbegleitete Kinder und Jugendliche uneingeschränkt zu gelten. Ein wesentliches Kriterium dafür ist, ob die betroffene Person schutzbedürftig ist.

Gemäß internationaler und nationaler Rechtslage (vgl. die zitierte Judikatur des OGH in Kap. IV.7.2.) besteht bei unbegleiteten Minderjährigen regelmäßig per definitionem ein Obsorgenotstand. Die **ehest mögliche Bestellung eines Obsorgeberechtigten** ist daher unabdingbar. In diesem Zusammenhang sollten auch die existierenden Probleme in Bezug auf den Übergang der Zuständigkeit bei Aufenthaltswechsel geregelt werden: Wo notwendig, kann eine andere Behörde um Amtshilfe ersucht werden bzw. wo notwendig, die Obsorge in der Folge an diese übertragen werden.

Es wird daher angeregt, die Umsetzbarkeit internationaler Vorgaben, nach denen unmittelbar nach Identifizierung eines unbegleiteten Minderjährigen ein Vormund<sup>59</sup> bestellt werden soll, nach dem innerstaatlichen Recht zu prüfen. Auch dieser Aspekt, und insbesondere die **Frage der Dauer des Aufenthalts als Voraussetzung der Obsorge**, sollten nach Ansicht des Menschenrechtsbeirates im Rahmen des empfohlenen **Fachgesprächs** (vgl. Kap IV.6.1.) thematisiert werden.

<sup>59</sup> Die internationalen Standards verwenden die Begriffe Vormundschaft, Guardianship bzw. Obsorge synonym.

Der Beirat möchte in diesem Zusammenhang auch auf das in den Niederlanden praktizierte Modell der Obsorge verweisen: Diese wird vom Verein Nidos durchgeführt und erscheint, sowohl was die personelle Ausstattung als auch die Arbeitsweise betrifft, als good practice-Modell:

Guardianship at Nidos ([www.nidos.nl](http://www.nidos.nl))

In case of an asylum request of minors without (a) parent(s) in the Netherlands, a guardian has to be appointed. Commissioned by the Dutch authorities, Nidos acts as guardian for these minors in the form of temporary guardianship.

Based on a temporary appointment, the guardian is responsible for education and care. The guardian ensures that sufficient conditions exist for an as balanced as possible growth to adulthood, takes care of the interests of the minors and adjusts and interferes if the situation requires this. The guardian also supervises adequate execution of the asylum proceedings. The guardian is the legal representative of the minors and in that capacity protects their rights.

In general, the guardian counsels the minor until he/she reaches the age of 18 or until the return to his/her country of origin.

Moreover, the Nidos youth care worker and, the Family and Juvenile Law department of the court, the Custody Register of the court, the Child Care and Protection Board and the parent/counsellor/carer are always involved in the guardianship.

The objectives of the guardianship can be divided in legal and pedagogic objectives. Children up to the age of 18 are considered to be legally dependent and incompetent. The legislator, consequently, does not consider them able to live without authority. Therefore Nidos provides the requested authority by means of temporary guardianship

Da der Jugendwohlfahrt die generelle Obsorge bei Minderjährigen zukommt, den Grundversorgungsstellen jedoch besondere Aufgaben betreffend unbegleitete minderjährige Fremde, sind die Grundversorgungsgesetze als *lex specialis* zu werten. Die allgemeinen Jugendwohlfahrtsgesetze sind daher anzuwenden, insoweit die Grundversorgungsgesetze keine Sonderregelung vorsehen. MaW, die Grundversorgung stellt keinen Ersatz für die Zuständigkeit und die Aufgaben der Jugendwohlfahrt dar. Die beiden Bereiche sind vielmehr als komplementäres Ganzes zu sehen. Unabhängig von der Frage der nach FPG mit Vollendung des 16. Lebensjahrs eintretenden Handlungsfähigkeit kann sich ein Obsorgenotstand bis 18 Jahre ergeben.

Dem Menschenrechtsbeirat ist nicht bekannt, ob es **Standards für die Unterbringung und Betreuung im gelinderen Mittel** gibt. Die in der Grundversorgung festgelegten Sonderbestimmungen für unbegleitete minderjährige Fremde stellen aus Sicht des UNHCR Mindeststandards für die Unterbringung unbegleiteter Minderjähriger dar. Vom BM.I wird die GVV im Bereich des gelinderen Mittels als nicht unmittelbar anwendbar angesehen, da Grundversorgungsleistungen während der Dauer einer Anhaltung ruhen. Das gelindere Mittel wird somit in diesem Zusammenhang als „Anhaltung“ gesehen, obwohl es tatsächlich eine Alternative zur Schubhaft darstellt. **Es sollte daher jedenfalls sichergestellt werden, dass die Unterbringungs- und Betreuungsstandards im gelinderen Mittel die für die Betreuung unbegleiteter Minderjähriger in Grundversorgung geltenden Standards (vgl. Artikel 7 GVV) nicht unterschreiten.**

## V. (UNBEGLEITETE) JUGENDLICHE IN SCHUBHAFT

### V.1. Verhängung der Schubhaft

#### V.1.1. Internationale Normen und Standards

- **UNKRK**

**Art. 37** Die Vertragsstaaten stellen sicher,

b) dass keinem Kind die Freiheit rechtswidrig oder willkürlich entzogen wird. Festnahme, Freiheitsentziehung oder Freiheitsstrafe darf bei einem Kind im Einklang mit dem Gesetz nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden.

- **EMRK und Rechtsprechung des EGMR**

**Art. 5** (1) Jedermann hat ein Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf einem Menschen nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:

d) wenn es sich um die rechtmäßige Haft eines Minderjährigen handelt, die zum Zwecke überwachter Erziehung angeordnet ist, oder um die rechtmäßige Haft eines solchen, die zum Zwecke seiner Vorführung vor die zuständige Behörde verhängt ist.

f) wenn er rechtmäßig festgenommen worden ist oder in Haft gehalten wird, um ihn daran zu hindern, unberechtigt in das Staatsgebiet einzudringen oder weil er von einem gegen ihn schwebenden Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren betroffen ist.

Unter der Voraussetzung, dass alle materiellen und verfahrensrechtlichen Garantien zur Anwendung gelangen, verbietet das System der EMRK nicht generell die Inhaftierung von Kindern zur Verhinderung der unerlaubten Einreise oder zur Sicherung der Abschiebung. Obwohl Art. 5 Abs 1 lit d EMRK besondere Gründe für die Inhaftierung von Kindern vorsieht, ist diese Aufzählung nach Auffassung des EGMR nicht erschöpfend, da Kindern die Freiheit auch aus den in Art. 5 Abs 1 EMKR aufgezählten Gründen entzogen werden kann.<sup>60</sup> Der EGMR verlangt jedoch eine Beziehung zwischen dem Grund des Freiheitsentzugs und dem Ort und den Bedingungen der Haft. In Bezug auf die Abschiebehaft hielt er fest, dass ein geschlossenes Zentrum, das für erwachsene Schubhäftlinge konzipiert ist, nicht den speziellen Anforderungen für Kinder gerecht wird.<sup>61</sup>

- **EU-Rückführungsrichtlinie**

**Art. 17** (1) Bei unbegleiteten Minderjährigen und Familien mit Minderjährigen wird Haft nur im äußersten Falle und für die kürzestmögliche angemessene Dauer eingesetzt.

- **UNHCR-Richtlinien zu unbegleiteten Minderjährigen**

7.6: Asylsuchende Kinder sollten nicht in Haft gehalten werden. Das gilt ganz besonders für unbegleitete Kinder.

7.7: Staaten, die Asyl suchende Kinder bedauerlicherweise entgegen der oben ausgesprochenen Empfehlung dennoch in Haft nehmen, sollten zumindest Artikel 37 der Konvention über die Rechte des Kindes beachten, demzufolge die Haft [eines Kindes] nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden darf.

- **OHCHR, Study on challenges and best practices in the implementation of the international framework for the protection of the rights of the child in the context of migration**<sup>62</sup>

53. Where it is deemed to be absolutely necessary, children should only ever be detained as a measure of last resort, this detention must always be justified in law, and it must be for the shortest possible period of time. A maximum period of detention must be set in law. There should be a judicial review of the decision to detain, and the child must be able effectively to challenge the legality of their detention before a court or other competent body, and to have a prompt decision.<sup>63</sup>

- **UNHCR-Richtlinien zur Haft von Asylsuchenden**

In Übereinstimmung mit dem allgemeinen Grundsatz in Richtlinie 2 und den UNHCR-Richtlinien über Flüchtlingskinder sollten Asyl suchende Minderjährige nicht inhaftiert werden. Unbegleitete Minderjährige sollten grundsätzlich nicht inhaftiert werden. (...) Im Fall von Kindern in Begleitung ihrer Eltern sollten alle geeigneten Alternativen geprüft werden. Kinder und ihre wichtigsten Betreuer sollten nicht inhaftiert werden, solange es irgendeine andere Möglichkeit gibt, die Familieneinheit zu erhalten. Wenn sich keine der Alternativen als durchführbar erweist und Staaten Kinder tatsächlich in Haft nehmen, sollte die Haft - gemäß Artikel 37 der Konvention über die Rechte des Kindes - das letzte Mittel sein und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden. (...)

<sup>60</sup> EGMR, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, No. 13178/03, 12 October 2006, para 100-101.

<sup>61</sup> Vgl. etwa *Muskhadzhiyeva and others v Belgium*, No. 41442/07, 19 January 2010, para 55-63, betreffend vier mit ihrer Mutter gemeinsam inhaftierte Mädchen, von welchen eines dokumentierte Anzeichen von Traumatisierung hatte.

<sup>62</sup> A/HRC/15/29; 5 July 2010; <http://daccess-ods.un.org/TMP/1820243.59703064.html>

<sup>63</sup> Vgl. Art. 9 ICCPR.

- **UNHCR-Exekutivkomitee, Beschluss Nr. 107, (b) (xi):**

In Anerkennung der Tatsache, dass Haft das körperliche und geistige Wohl von Kindern beeinträchtigen und ihre Verletzlichkeit erhöhen kann, sollten die Staaten darauf verzichten, Kinder in Haft zu nehmen, und eine solche Maßnahme nur als äußerstes Mittel und für die kürzest angemessene Zeit einsetzen, wobei auf das Wohl des Kindes Bedacht zu nehmen ist.

- **CPT, 20 years of combating torture, 19th General Report of the CPT, 1 August 2008 – 31 July 2009**  
**Safeguards for irregular migrants deprived of their liberty/ Additional safeguards for children**

97. The CPT considers that every effort should be made to avoid resorting to the deprivation of liberty of an irregular migrant who is a minor. Following the principle of the “best interests of the child”, as formulated in Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, detention of children, including unaccompanied and separated children, is rarely justified and, in the Committee’s view, can certainly not be motivated solely by the absence of residence status.

When, exceptionally, a child is detained, the deprivation of liberty should be for the shortest possible period of time; all efforts should be made to allow the immediate release of unaccompanied or separated children from a detention facility and their placement in more appropriate care. Further, owing to the vulnerable nature of a child, additional safeguards should apply whenever a child is detained, particularly in those cases where the children are separated from their parents or other carers, or are unaccompanied, without parents, carers or relatives.

- **Council of Europe, Commissioner for Human Rights. Positions on the rights of minor migrants in an irregular situation**<sup>64</sup>

The use of detention for minors should be kept to the absolute minimum in accordance with the provisions of the UN Convention on the Rights of the Child. ... While the detention of children for a matter of hours or days prior to a certain expulsion might exceptionally fall within the permissible scope of these provisions, anything much longer would be of serious concern. .... It is imperative that any decision to detain children be taken by a judicial authority, capable of independently weighing all the relevant considerations. Children should have access to legal aid, the opportunity to receive visits from friends, relatives, religious, social and legal counsel and their guardians. ....

## V.1.2. Innerstaatliche Rechtslage

- **FPG 2005** (geltende Fassung bis 30. Juni 2011)

**§ 77 (1)** Die Behörde kann von der Anordnung der Schubhaft Abstand nehmen, wenn sie Grund zur Annahme hat, dass deren Zweck durch Anwendung gelinderer Mittel erreicht werden kann. **Gegen Minderjährige** hat die Behörde gelindere Mittel anzuwenden, es sei denn, sie hätte Grund zur Annahme, dass der Zweck der Schubhaft damit nicht erreicht werden kann.

- **FPG idF FrÄG 2011**<sup>65</sup> (geltende Fassung ab 1. Juli 2011)

**§ 76 (1a)** Unmündige Minderjährige dürfen nicht in Schubhaft angehalten werden.

**§ 77 (1)** Die Behörde hat bei Vorliegen der in § 76 genannten Gründe gelindere Mittel anzuordnen, wenn sie Grund zur Annahme hat, dass der Zweck der Schubhaft durch Anwendung des gelinderen Mittels erreicht werden kann. **Gegen mündige Minderjährige bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres** hat die Behörde gelindere Mittel anzuwenden, es sei denn bestimmte Tatsachen rechtfertigen die Annahme, dass der Zweck der Schubhaft damit nicht erreicht werden kann; diesfalls gilt § 80 Abs. 2 Z 1.

**§ 80. (1)** Die Behörde ist verpflichtet, darauf hinzuwirken, dass die Schubhaft so kurz wie möglich dauert. Die Schubhaft darf so lange aufrechterhalten werden, bis der Grund für ihre Anordnung weggefallen ist oder ihr Ziel nicht mehr erreicht werden kann.

(2) Die Schubhaftdauer darf grundsätzlich

1. zwei Monate nicht überschreiten, wenn die Schubhaft gegen einen mündigen Minderjährigen verhängt wird;

(4) Kann oder darf ein Fremder deshalb nicht abgeschoben werden,

1. weil die Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit nicht möglich ist oder

2. weil die für die Ein- oder Durchreise erforderliche Bewilligung eines anderen Staates nicht vorliegt oder

3. weil er die Abschiebung dadurch vereitelt, dass er sich der Zwangsgewalt (§ 13) widersetzt.

kann die Schubhaft wegen desselben Sachverhalts innerhalb eines Zeitraumes von einem Jahr nicht länger als sechs Monate aufrecht erhalten werden, es sei denn, die Nichtvornahme der Abschiebung ist dem Verhalten des Fremden zuzurechnen. In diesen Fällen darf der Fremde wegen desselben Sachverhalts innerhalb eines Zeitraumes von 18 Monate nicht länger als 10 Monate in Schubhaft angehalten werden. Gleiches gilt, wenn die Abschiebung dadurch gefährdet erscheint, dass der Fremde sich bereits einmal dem Verfahren entzogen hat. Ebenso kann die Schubhaft, die gemäß § 76 Abs. 2 verhängt wurde, länger als sechs Monate in einem Jahr, aber nicht länger als 10 Monate in 18 Monaten aufrechterhalten werden.

(5) In Fällen, in denen die Schubhaft gemäß § 76 Abs. 2 oder 2a verhängt wurde, kann diese bis zum Ablauf der vierten Woche nach rechtskräftig negativer Entscheidung über den Antrag auf internationalen Schutz aufrecht

<sup>64</sup> Strasbourg, 25 June 2010, CommDH/PositionPaper(2010)6, [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/PositionPaper\(2010\)6&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/PositionPaper(2010)6&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864)

<sup>65</sup> Bundesgesetz, mit dem das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Asylgesetz 2005, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005 und das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 geändert werden (Fremdenrechtsänderungsgesetz 2011 – FrÄG 2011) BGBl. I Nr. 38/2011.



erhalten werden, es sei denn, es läge auch ein Fall des Abs. 4 Z 1 bis 3 vor. Wird der Beschwerde gegen eine Ausweisung, die mit einer zurückweisenden Entscheidung verbunden ist, die aufschiebende Wirkung gemäß § 37 AsylG 2005 zuerkannt, darf die Schubhaft bis zur Entscheidung des Asylgerichtshofes aufrecht erhalten werden. Darüber hinaus darf die Schubhaft nur aufrechterhalten werden, wenn der Asylgerichtshof eine zurück- oder abweisende Entscheidung erlässt. Die Schubhaftdauer darf in diesen Fällen die Dauer von zehn Monaten innerhalb eines Zeitraumes von 18 Monaten nicht überschreiten.

- **Handbuch zum FPG (BMI-FW1440/0016-II/3/2011, Stand 1. Juli 2011)**

- **§ 76 Anmerkungen - Minderjährige**

Minderjährige **unter 14 Jahre** dürfen nicht in Schubhaft genommen werden (§ 76 Abs 1a; siehe jedoch Regelung zum Begleiten § 79 Abs 5).

Bei Minderjährigen bis zur Vollendung des 16. Lebensjahrs (= 16. Geburtstag) hat die Behörde gelindere Mittel anzuwenden, es sei denn die Behörde hat Grund zur Annahme, dass der Zweck der Schubhaft nicht erreicht werden kann. Vom Vorliegen solcher Gründe ist auszugehen, wenn es sich um einen straffälligen Minderjährigen handelt bzw der Betroffene ein bereits einmal angeordnetes gelinderes Mittel zum Untertauchen benutzt hat.

Wird über einen Minderjährigen (Personen unter 18 Jahre) Schubhaft verhängt, hat die Behörde im Bescheid darzutun, aus welchen Gründen sie im konkreten Einzelfall von der Anordnung gelinderer Mittel Abstand nimmt.

Dem Bundesministerium für Inneres, Abteilung II/3 – bmi-II-3@bmi.gv.at, ist **lückenlos jeder Bescheid**, mit dem über einen Minderjährigen Schubhaft verhängt wird, in jedem Einzelfall und unter dem Betreff „**Schubhaft Minderjährige**“ vorzulegen.

Bei Minderjährigen, die sich in Strafhafte befinden, hat die Behörde das gebotene Verfahren zur Aufenthaltsbeendigung während dieser Anhaltung durchzuführen und darauf hinzuwirken, dass bei Durchsetzung der Aufenthaltsbeendigung eine Anhaltung von Minderjährigen in Schubhaft im Anschluss an eine gerichtliche Strafhafte zu vermeiden ist.

Minderjährigen Fremden, die aus fremdenpolizeilichen Gründen im PAZ angehalten werden, ist auf Verlangen Gelegenheit zur **Kontaktaufnahme mit dem Vertreter des zuständigen Jugendwohlfahrtsträgers** zu geben. Die Einräumung von Besuchszeiten ist im Einzelfall direkt zwischen dem zuständigen Amt für Jugend und Familie und dem PAZ zu vereinbaren; hiebei ist ein großzügiger Maßstab anzulegen. Für solche Besuche ist von der Behörde kein Dolmetscher zur Verfügung zu stellen.

Werden minderjährige, unbegleitete Fremde aus einer fremdenrechtlichen Anhaltung (zB Schubhaft, Festnahme) entlassen, so ist von diesem Umstand der zuständige Jugendwohlfahrtsträger zu verständigen. Diese Verständigung hat so zeitgerecht zu erfolgen, dass eine Abholung durch diesen sogleich nach der Entlassung bewerkstelligt werden kann. Eine Aufrechterhaltung der Anhaltung darf damit nicht verbunden sein.

- **§ 77 Anmerkungen - Regelfall bei Minderjährigen (unter 16 Jahre)**

Bei Jugendlichen bis zur Vollendung des 16. Lebensjahrs ist die Anwendung des gelinderen Mittels die Regel, der Vollzug der Schubhaft die Ausnahme. Hier ist das gelindere Mittel verpflichtend vorgesehen, es sei denn, der Sicherungszweck kann in diesem Fall nicht erreicht werden.

Davon wird auszugehen sein, wenn es sich um einen straffälligen Minderjährigen handelt oder einen Minderjährigen, der ein bereits einmal angeordnetes gelinderes Mittel dazu benutzt hat, sich mittels Untertauchen dem Verfahren zu entziehen. Warum im Einzelfall die Anordnung der Schubhaft notwendig erscheint, ist gerade hier detailliert darzulegen.

Wird gegenüber einem Minderjährigen ein gelindere Mittel angeordnet, ist stets zu prüfen, ob bei einem in dessen Begleitung befindlichen Elternteil oder Erziehungsberechtigten, erwachsenen Geschwistern usw. – bei denen die Voraussetzungen zur Verhängung der Schubhaft vorliegen – ebenfalls eine solche Maßnahme der Schubhaft vorzuziehen ist.

Soweit keine Altersfeststellung erfolgt ist, ist im Zweifel von der Minderjährigkeit und damit vom Vorrang des gelinderen Mittels auszugehen (zur Altersfeststellung siehe § 12 Abs 4).

### **V.1.3. Innerstaatliche Rechtsprechung**

#### **VwGH 2007/21/0370, 24.10.2007**

.... Der Klarheit halber sei festgehalten, dass nicht schon das Bestehen eines Sicherheitsbedürfnisses an sich die Anordnung des gelinderen Mittels ausschließt. Das ergibt sich unzweifelhaft daraus, dass das gelindere Mittel an die Stelle der Schubhaft treten kann bzw. soll, was bedingt, dass grundsätzlich auch im Fall seiner Anordnung die Voraussetzungen der Schubhaft erfüllt sein müssen. Die Anordnung des gelinderen Mittels ist daher nur dann ausgeschlossen, wenn dem Sicherheitsbedürfnis auf diese Art nicht entsprochen werden kann, was bei Minderjährigen gemäß § 77 Abs. 1 zweiter Satz FPG das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte in diese Richtung voraussetzt.

Im Schubhaftbescheid ... finden sich keine Überlegungen zu dieser Frage. Es wird dort lediglich ... ausgeführt, die Behörde habe keinen Grund zur Annahme, dass der Zweck der Schubhaft durch die Anwendung des gelinderen Mittels erreicht werden könne. Dieser Schubhaftbescheid lässt allerdings auch nicht ansatzweise erkennen, dass die Behörde von einer Volljährigkeit des Beschwerdeführers ausgegangen wäre oder auch nur Zweifel hinsichtlich seiner Minderjährigkeit gehabt hätte. Diese Zweifel sind erst in weiterer Folge, insbesondere auf Grund der erhobenen Schubhaftbeschwerde, artikuliert worden und finden sich schließlich auch im nunmehr bekämpften Bescheid, der auf die Möglichkeit verweist, dass die Angaben des Beschwerdeführers hinsichtlich seines Geburtsdatums "unrichtig sein könnten". Den Versuch, die Schubhaft auf § 77 Abs. 1 zweiter Satz FPG zu stützen bzw. zu begründen, warum Grund zur Annahme bestehe, dass der Zweck der Schubhaft durch die Anordnung des gelinderen Mittels nicht erreicht werden könne ... hat auch die belangte Behörde nicht unternommen. Mit dem Verweis auf die bloße Möglichkeit, dass der Beschwerdeführer bereits volljährig sein könne, durfte sich die

belangte Behörde ... dieser Aufgabe allerdings nicht entziehen. Zweifel an der Minderjährigkeit des Beschwerdeführers - die fallbezogen allerdings nur sehr vage auszumachen sind - hätten sie vielmehr zur Aufnahme entsprechender Ermittlungen veranlassen müssen ..., die letztlich, nach Darlegung der dafür maßgeblichen Erwägungen im Rahmen der Beweiswürdigung, in eindeutige Feststellungen zum präsumtiven Alter des Beschwerdeführers zu münden gehabt hätten (siehe auch *Riel/Schrefler-König/Szymanski/Wollner*, FPG § 12 Anm. 9).

#### **VwGH 2009/21/0121, 25.03.2010**

In dieser Entscheidung setzte sich der VwGH eingehend mit der Frage des **Sicherungsbedürfnisses** auseinander:

..... Fehlende Ausreisewilligkeit für sich allein ... erfüllt dieses Erfordernis noch nicht. Die bloße (Absicht der) Nichtbefolgung eines Ausreisebefehls vermag somit für sich genommen die Verhängung der Schubhaft nicht zu rechtfertigen, sondern der Sicherheitsbedarf muss in weiteren Umständen begründet sein. Für die Bejahung eines Sicherheitsbedarfs kommen im Anwendungsbereich des § 76 Abs. 1 FPG insbesondere das **Fehlen ausreichender familiärer, sozialer oder beruflicher Anknüpfungspunkte im Bundesgebiet** in Betracht, was die Befürchtung, es bestehe das Risiko des Untertauchens eines Fremden, rechtfertigen kann. Abgesehen von der damit angesprochenen Integration des Fremden in Österreich ist bei Prüfung des Sicherheitsbedarfs freilich auch sein **bisheriges Verhalten** in Betracht zu ziehen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. März 2009, Zl. 2007/21/0542, mwH).

Unter diesem Gesichtspunkt wird in der Amtsbeschwerde ... vorgebracht, es liege angesichts der kriminellen Energie des Mitbeteiligten nahe, dass er weitere Delikte setzen werde, um den Lebensunterhalt zu finanzieren. Er wäre daher durchaus in der Lage, unterzutauchen. Auch wenn der Mitbeteiligte immer wieder in das Krisenzentrum zurückgekehrt sei, so sei dem entgegen zu halten, dass die gegenwärtige Situation für den Mitbeteiligten als vorbestrafter illegal aufhältiger Fremder nunmehr wesentlich prekärer und daher mit der damaligen nicht vergleichbar sei. Wenn seine therapeutische Betreuungsbedürftigkeit und die triste Zukunftsaussicht in Rumänien ins Treffen geführt werde, dann mache dies ein Untertauchen .. nur noch wahrscheinlicher, weil er alles daran setzen werde, nicht abgeschoben zu werden. Dass er aber weder über finanzielle Mittel noch über soziale Bindungen in Österreich verfüge, sei unstrittig. Es wären somit hinreichende Verdachtsmomente gegeben gewesen, dass sich der Mitbeteiligte einer Abschiebung entziehen werde. Die Anordnung der Schubhaft sei im Hinblick auf das bereits gezeigte Verhalten des Mitbeteiligten verhältnismäßig und notwendig gewesen, um nicht Gefahr zu laufen, seiner für die Abschiebung nicht mehr habhaft zu werden.

Damit ist die amtsbeschwerdeführende Sicherheitsdirektion am Maßstab der eingangs dargestellten Judikatur im Recht: ..... Zur Meinung der belangten Behörde ist aber vor allem darauf hinzuweisen, dass den Sicherheitsbedarf nicht nur eine Vereitelung der Abschiebung auf Dauer, sondern auch deren wesentliche Erschwerung begründen kann. Inwieweit eine zu befürchtende (bloße) Erschwerung fremdenpolizeilicher Maßnahmen Schubhaft rechtfertigen kann, steht im Zusammenhang mit der **Größe des öffentlichen Interesses an der Abschiebung** des Fremden.

Vor diesem Hintergrund hätte bei der Prüfung des Sicherheitsbedarfs im vorliegenden Fall auch das massive strafrechtliche Verhalten des Mitbeteiligten in Bezug auf Gewalt- und Vermögensdelikte in Verbindung mit der wegen seiner Mittellosigkeit naheliegenden Wiederholungsgefahr, die sich auch in dem erlassenen Aufenthaltsverbot manifestiert, einbezogen werden müssen. Diesen Umständen kann nämlich im Rahmen der angesprochenen Verhältnismäßigkeitsprüfung insofern Bedeutung zukommen, als eine **erhebliche Delinquenz** des Fremden **das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Effektivität seiner (baldigen) Abschiebung - in Abhängigkeit von der Schwere der Straftaten - maßgeblich vergrößern kann** .... Das ist hier unzweifelhaft der Fall.

Dazu kommt, dass in der Amtsbeschwerde zutreffend darauf hingewiesen wird, die Lage habe sich für den Mitbeteiligten nunmehr insofern geändert, als er nach der Entlassung aus der Gerichtshaft mit der Umsetzung des durchsetzbaren Aufenthaltsverbotes, also seiner Abschiebung, rechnen muss. Bei dieser Situation lag daher angesichts seines bisherigen Verhaltens, mit dem der Mitbeteiligte die Negierung von (gesetzlichen) Regeln und behördlichen Anordnungen eindrucksvoll bewiesen hat, auf der Hand, dass nach seiner Entlassung aus der Gerichtshaft die Gefahr bestehen würde, der Mitbeteiligte werde (wieder) in die Illegalität "abtauchen" und sich dem behördlichen Zugriff entziehen. Diese Beurteilung steht im Übrigen im Einklang mit der Einschätzung der Mutter des Mitbeteiligten, die einräumte, er sei mit Sicherheit nicht bereit, sich einem Verfahren zu stellen und sich an ein gelinderes Mittel zu halten. Aus welchen Gründen die in Aussicht genommene "Betreuung und Begleitung" des Mitbeteiligten auch insoweit zu einer Einstellungsänderung führen könnte, dass er für eine Abschiebung zur Verfügung stehen und diesbezüglichen behördlichen Verfügungen entsprechen werde, wird aber im angefochtenen Bescheid nicht dargelegt.

Vor diesem Hintergrund erweist sich somit die Annahme der belangten Behörde, es sei im vorliegenden Fall (überhaupt) kein Sicherheitsbedarf gegeben gewesen, als nicht gerechtfertigt. ....

### **V.1.4. Bisherige Empfehlungen des MRB**

#### **Empfehlungen aus dem Bericht „Minderjährige in Schubhaft“ (2000)**

52. Der Beirat empfiehlt, in das Gesetz eine abschließende Aufzählung jener Tatbestände aufzunehmen, in denen die Behörde von der Anordnung gelinderer Mittel über Minderjährige absehen und die Schubhaft verhängen kann. Dabei sollte die Zulässigkeit der Schubhaft bei Minderjährigen auf folgende Fälle beschränkt werden:

- Minderjährige, gegen die bereits einmal ein gelinderes Mittel angeordnet wurde und die sich durch „Untertauchen“ dem fremdenpolizeilichen Verfahren entzogen haben und eine Wiederholung dieses Verhaltens auf Grund bestimmter Annahmen zu befürchten ist;
- Straffällige Minderjährige, sofern sie von einem inländischen Gericht zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten rechtskräftig verurteilt wurden;

- Straffällige Minderjährige, sofern sie von einem inländischen Gericht zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt worden sind und in der Folge einem aus diesem Grund verhängten Aufenthaltsverbot zuwider in das Bundesgebiet eingereist sind.

53. Der Beirat empfiehlt, die maximale Dauer der Schubhaft bei Minderjährigen gesetzlich auf zwei Monate zu beschränken.

54. Der Beirat empfiehlt, sicherzustellen, dass eine Verhängung der Schubhaft über Minderjährige nach Ende einer Straftat tunlichst vermieden wird und aufenthaltsbeendende Maßnahmen unmittelbar nach Ende der Straftat durchgesetzt werden.

55. Der Beirat empfiehlt, dass der zuständigen Fachabteilung des BM.I für einen Zeitraum von drei Monaten sämtliche Schubhaftbescheide über Minderjährige zur Evaluierung in Bezug auf die Erlassregelungen vorgelegt werden.

#### **Empfehlungen aus dem Bericht „Auswirkungen des Fremdenrechtspakets 2005“ (2006)**

292. Der Beirat empfiehlt sicherzustellen, dass die bisherigen Empfehlungen im Bericht zum Problem „Minderjährige in Schubhaft“, insbesondere Nr. 20 (= Nr. 52), den Fremdenpolizeibehörden zur Kenntnis gebracht werden. Zur Sicherung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und der Judikatur des VwGH, wonach Schubhaft keine Beugehaft ist, empfiehlt der Menschenrechtsbeirat, verstärktes Augenmerk auf eine gesetzeskonforme Vollziehung des § 80 Abs. 2 FPG, wonach die Schubhaft nur so lange aufrechterhalten werden darf, bis der Grund für ihre Anordnung weggefallen ist oder ihr Ziel nicht mehr erreicht werden kann, zu legen.

#### **Stellungnahme des MRB<sup>66</sup> zum Begutachtungsentwurf des FrÄG 2011<sup>67</sup>**

§ 77 FPG – Gelinderes Mittel: Die vorgeschlagene Fassung des § 77 Abs 1 will die grundsätzliche Pflicht zur Anwendung gelinderer Mittel statt der Schubhaft auf Minderjährige bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres beschränken. Eine solche Herausnahme 16- und 17 jähriger Minderjähriger aus dieser Anordnung stünde jedoch nicht im Einklang mit Art 17 Abs 1 der Rückführungsrichtlinie, dass allgemein „bei unbegleiteten Minderjährigen und Familien mit Minderjährigen“ die Haft nur im äußersten Falle und für die kürzestmögliche angemessene Dauer eingesetzt (wird).“

Der UN-Kinderrechtsausschuss hat darüber hinaus in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 6 Abs 61 festgehalten: „Gemäß Art 37 des (Kinderrechts-) Übereinkommens.....sollte unbegleiteten Kindern im Regelfall nicht die Freiheit entzogen werden. Eine Inhaftierung kann nicht allein... gerechtfertigt werden... durch seinen Auswanderer- oder Einbürgerungsstatus bzw. dessen Nichtvorhandensein.“ Nach der UNHCR-Richtlinie sollten asylsuchende Kinder überhaupt nicht in Haft gehalten werden.

Schon die geltende Regelung des § 77 FPG, nach der etwa im Jahre 2008 trotz des gesetzlichen Vorrangs gelinderer Mittel immerhin 181 Minderjährige - wohl in aller Regel nach Vollendung des 16. Lebensjahres – in Schubhaft genommen worden sind, erscheint im Lichte der Richtlinie und der erwähnten internationalen Grundsätze problematisch. Deren Verschlechterung wird vom Menschenrechtsbeirat nachdrücklich abgelehnt.

### **V.1.5. Statistische Daten - Vom BM.I veranlasste Maßnahmen - Praxis der Behörden**

#### **Minderjährige in Schubhaft 2002 – 2010<sup>68</sup>**

	14-16 Jahre	16 – 18 Jahre	gesamt
2002	58	293*	351
2003	69	307	376
2004	25	250	275
2005	14	157	171
2006	14	171	185
2007	31	132	163
2008	20	161	181
2009	9	137	146
2010	18	154	172

<sup>66</sup> [http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms15/index.php?option=com\\_content&view=article&id=276:201103-stellungnahme-des-mrb-zum-fremdenrechtspaket-2011&catid=107:willkommen-beim-menschenrechtsbeirat-oesterreich&Itemid=1](http://www.menschenrechtsbeirat.at/cms15/index.php?option=com_content&view=article&id=276:201103-stellungnahme-des-mrb-zum-fremdenrechtspaket-2011&catid=107:willkommen-beim-menschenrechtsbeirat-oesterreich&Itemid=1)

<sup>67</sup> Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Asylgesetz 2005 und das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 geändert werden, GZ: BMLR1355/0007-III/1/c/2010

<sup>68</sup> Der Arbeitsgruppe aus dem Zahlenmaterial des BM.I übermittelt.

### Jugendliche im gelinderen Mittel 2000 - 2010<sup>69</sup>

	14-16 Jahre	16-18/19 Jahre	Gesamt
2000	767	283	1050
2001	168	147	315
2002	253	146	399
2003	121	94	215
2004	98	54	152
2005	78	31	109
2006	375	61	436
2007	367	68	435
2008	384	91	475
2009	357	78	435
2010	365	84	449

### Zahl der im Jahr 2010 pro PAZ angehaltenen Jugendlichen<sup>70</sup>

Schubhaft Minderjährige 2010	
	Neuzugang Mj.
PAZ Bludenz	0
PAZ Eisenstadt I	3
PAZ Graz	3
PAZ Innsbruck	10
PAZ Klagenfurt	3
PAZ Leoben	10
PAZ Linz	1
PAZ Salzburg	17
PAZ Schwechat	4
PAZ St. Pölten	3
PAZ Steyr	0
PAZ Villach	3
PAZ Wels	3
PAZ Wien Hernalser Gürtel	74
PAZ Wien Roßauer Lände	21
PAZ Wr. Neustadt	12

Die durchschnittliche Haftdauer bei diesen Fällen liegt bei 16 Tagen, der Median bei 12 Tagen (50 % der Haftten unter 12 Tagen und 50% der Haftten über 12 Tage).

Die Frage der **Begründung von Schubhaftbescheiden über Minderjährige bzw. der Berichtsverpflichtung an das BM.I** wurde im MRB im Zuge der Diskussion über einen Dringlichkeitsbericht der Kommission Wien 1 zum PAZ Hernalser Gürtel<sup>71</sup> erörtert. Zur konkreten Vorgangsweise führte das BM.I in einem Antwortschreiben an den Vorsitzenden des MRB vom 8. September 2009<sup>72</sup> aus:

*1. In welcher Weise ist in den Jahren 2008 und 2009 von den Behörden der Berichtsverpflichtung an das BM.I bei Schubhaftverhängung gegenüber Minderjährigen wahrgenommen worden?*

*Auf Grundlage des Erlasses vom 29.12.2005, ZI BMI-FW1440/Rechtliche Angelegenheiten/0041-II/3/2005, sind die Fremdenpolizeibehörden verpflichtet, jeden gegenüber Minderjährigen erlassenen Schubhaftbescheid unverzüglich dem BM.I, Abt II/3, vorzulegen. In der Praxis wird der Schubhaftbescheid durch die Behörden in elektronischer Form an die Abt II/3 übermittelt, was eine zeitnahe Bearbeitung sicherstellt.*

<sup>69</sup> Der Arbeitsgruppe aus dem Zahlenmaterial des BM.I übermittelt.

<sup>70</sup> Der Arbeitsgruppe aus dem Zahlenmaterial des BM.I übermittelt.

<sup>71</sup> DB I-19/2009, Besuch im PAZ Hernalser Gürtel vom 28.3.2009

<sup>72</sup> BMI-LR1600/0103-Büro MRB/2009.

In diesem Zusammenhang wird bemerkt, dass im Zuge der Umsetzung der geplanten Novelle des FPG in Aussicht genommen wurde, das Rundschreiben vom 29.12.2005, ZI BMI-FW1440/ Rechtliche Angelegenheiten/0041-II/3/2005, grundlegend zu überarbeiten. Dabei wird auch die besondere Situation von Minderjährigen umfassend berücksichtigt werden und den Behörden die Verpflichtung zur Vorlage aller Schubhaftbescheide gegenüber Minderjährigen neuerlich in Erinnerung gerufen werden.

2. In wie vielen Fällen hat das BM.I der Ansicht der berichtenden Behörden widersprochen und 3. in wie vielen Fällen haben sich daraus Konsequenzen hinsichtlich der Schubhaftverhängung ergeben?

Entsprechende Statistiken zu dieser Frage werden nicht geführt. Auf Grund des damit verbundenen Arbeitsaufwandes – jeder einzelne ELAK müsste in Augenschein genommen werden – kann die Frage in dieser Form aktuell nicht beantwortet werden. Allgemein kann jedoch festgehalten werden, dass, wenn die Verfügung der Schubhaft auf Grund des vorliegenden Bescheides zweifelhaft erscheint mit der anordnenden Behörde jedenfalls Kontakt aufgenommen wird und gegebenenfalls auch die Aufhebung der Schubhaft angeordnet wird.

Im Zusammenhang mit der anstehenden Novelle des FPG und dem oben angesprochenen Erlass, welcher entsprechend an die Novelle angepasst werden wird, soll geprüft werden, ob die Erstellung einer derartigen Statistik bzw einer Monitoringliste, aus welcher die Fragen beantwortet werden können, über das bereits bestehende fallbezogene Monitoring hinaus für die Praxis einen Mehrwert bringen kann.

In einem Gespräch, das die **Arbeitsgruppe mit einem Vertreter der Fremdenpolizei der BH Baden** am 4.11.2010 führte, berichtete dieser, dass man bei der Verhängung von Schubhaft über Jugendliche sehr zurückhaltend agiere. Über 14- und 15-Jährige werde keine Schubhaft verhängt, erst bei 16-Jährigen und Älteren. Und auch nur dann, wenn es die Sachlage rechtfertige. So bei einem massiven Verdacht, dass die betroffene Person untertauchen werde. Ein solcher Verdacht bestehe, wenn sie sich z.B. bereits bisher ihrer Mitwirkungspflicht (im Asylverfahren) entzogen haben. Eine allfällige Straffälligkeit sei kein Kriterium für die Verhängung der Schubhaft. Im heurigen Jahr seien bislang 26 Schubhaften über Jugendliche zwischen 16 und 18 Jahren verhängt worden. Es müsse sich nicht nur um unbegleitete Jugendliche handeln. Bei unbegleiteten Minderjährigen käme das gelindere Mittel kaum in Frage, da sie aus Erfahrung untertauchen würden. Der Vertreter erläutert weiter, dass Jugendliche, die nicht in Schubhaft genommen würden, in Bundesbetreuung verblieben. Auf dem Areal der EAST Traiskirchen gebe es ein Haus für Minderjährige, das für ca. 80 Personen Platz biete und vom Verein Menschen.Leben betrieben werde. Würden sich die Jugendlichen der Betreuung entziehen, so fiele das den Betreuerinnen und Betreuern rasch auf und werde an die Fremdenpolizei gemeldet. Insgesamt sei festzuhalten, dass das Verfahren der Altersfeststellung dazu beigetragen habe, dass Fälle von (behaupteter) Minderjährigkeit seltener würden.

Auch die Frage der **Kostentragung für eine Schubhaftbeschwerde durch die Betroffenen** wurde von der Arbeitsgruppe erörtert:

Dazu wurde ihr von der **Asylkoordination** folgender Fall eines 17-jährigen Mädchens aus Somalia berichtet: Die Jugendliche wurde am 17.6.2010 in den Abendstunden in Wien aufgegriffen. Sie wies sich mit einem falschen Dokument (Alter 41 Jahre) aus, gab ihr Geburtsdatum aber mit 26.12.1993 an. Sie beabsichtigte mit dem Zug nach Deutschland (Ziel laut eigener Angaben war Dänemark) weiter zu reisen. Die Behörde ordnete sofort Schubhaft an. Der Bescheid wurde ihr umgehend ausgefolgt. Sie wurde als Minderjährige eingetragen, am 18.6. wurde schätzte die Amtsärztin das Alter des Mädchens mit 16 Jahren (+/- 2 Jahre) ein. Am 21.6 stellte das Mädchen einen Asylantrag. Am 22.6. erfolgt die Entlassung aus der Schubhaft, sie wird nach Traiskirchen gebracht.

Auf Anraten eines Rechtsberaters nahm das Mädchen Kontakt mit einer Rechtsanwaltskanzlei auf. Diese brachte am 3.8.2010 eine Beschwerde gegen die Schubhaftverhängung ein. Am 28.9. kam es zu einer mündlichen Verhandlung beim UVS Wien. Bereits am Ende der Verhandlung wurde dem Mädchen mündlich verkündet, dass die Beschwerde abgewiesen wird. Die schriftliche Ausfertigung des Bescheids datiert mit dem 11.11. und langte am 14.11. in der Anwaltskanzlei ein. Von der Anwaltskanzlei wurde keine VWGH /VfGH Beschwerde erhoben. Die Minderjährige wurde erst am 30.3.2011 – also nach Ablauf der Beschwerdefrist - schriftlich über das Ergebnis des Verfahrens informiert (Übermittlung des Bescheides). Zudem wurde sie darüber informiert, dass sie der Bundespolizei Wien Kosten in der Höhe von 887,20 € zu ersetzen habe. Offensichtlich hatte diese kurz vorher Zahlscheine an die Kanzlei übermittelt.

## V.1.6. Beobachtungen der Kommissionen

Wiederkehrend<sup>73</sup> kritisieren die Kommissionen, dass seitens der Behörde eine Auseinandersetzung mit Fragen der Minderjährigkeit bzw. der Notwendigkeit der Verhängung der Schubhaft anstelle des gelinderen Mittels nicht bzw. nicht in ausreichendem Ausmaß erfolge. Beispielhaft angeführt sei etwa ein aktueller Bericht der Kommission Linz<sup>74</sup>: *Ein Schubhäftling war minderjährig (geb 8.2.1994). Aus den behördlichen Unterlagen ergibt sich ein Aliasgeburtsdatum 29.7.1992, allerdings ist es nicht möglich, aus den vorhandenen Unterlagen die Herkunft dieses Aliasdatums nachzuvollziehen), Staatsangehörigkeit Marokko, BH Kirchdorf: Haft seit 28.11.2010, gestützt auf § 76 Abs 1 und 3 FPG zur Erlassung einer Ausweisung;*

*Haftbescheid vom 28.11.2010: 16.3.2010 und 18.3.2010 Zurückschiebung durch BH Innsbruck auf dem Landweg nach Italien, 23.3.2010 Aufenthaltsverbot BH Melk, 27.11.2010 Aufriff durch PI Windischgarsten nach Einschlagen einer Fensterscheibe, um sich im Haus vor dem Erfrieren zu schützen; leicht bekleidet und mittellos, ohne Ausweis; Haft notwendig, weil auf Grund bisheriger illegaler Einreisen der Verdacht bestehe, er werde sich einer*

<sup>73</sup> Vgl. etwa Dringlichkeitsbericht I-19/2009, IV-92/2008, IV-91/2009.

<sup>74</sup> IV - 2/2011, PAZ Wels, Besuch vom 4.2.2011.

*Ausweisung entziehen und weitere kriminelle Handlungen begehen; Sicherungsbedarf, der durch Anwendung gelinderer Mittel nicht erreicht werden könne; Bescheid mit Textbausteinen und floskelhaft begründet, keine Befassung mit der Frage der Minderjährigkeit. ....*

*Menschenrechtliche Beurteilung: Aus den eingesehenen Unterlagen konnte nicht nachvollzogen werden, weshalb ein Minderjähriger in Schubhaft genommen wurde, vielmehr erschien der Abordnung, dass die Zuweisung einer warmen Unterkunft mit Verpflegung, abgesichert durch Weisungen die Haft substituieren hätte können und ein gelinderes Mittel daher ausreichend gewesen wäre. Insofern erscheint eine unrechtmäßige Haft und damit ein Eingriff in das verfassungsrechtlich garantierte Freiheitsrecht vorzuliegen, zumal sich der Haftbescheid auch nicht mit der Frage der Minderjährigkeit auseinandersetzt.*

### V.1.7. Aktuelle Erwägungen

Mit Blick auf sämtliche internationale Normen und Standards, insbesondere Art. 37 UNKRK und Art. 17 der EU Rückführungsrichtlinie, hält die Arbeitsgruppe fest, dass die Anhaltung von Jugendlichen in Schubhaft immer nur als letztes Mittel und für die kürzest mögliche Zeit in Frage kommen kann. Erwähnenswert scheint in diesem Zusammenhang die Position des Menschenrechtskommissars des Europarates, Thomas Hammarberg:<sup>75</sup> *“The use of detention for minors should be kept to the absolute minimum in accordance with the provisions of the UN Convention on the Rights of the Child. ... While the detention of children for a matter of hours or days prior to a certain expulsion might exceptionally fall within the permissible scope of these provisions, anything much longer would be of serious concern. ...”*

Das in der österreichischen Schubhaftpraxis nach wie vor bestehende Zahlenverhältnis von 2:1 zwischen Schubhaft und gelinderem Mittel bei 16- und 17jährigen Jugendlichen legt die Annahme nahe, dass das Anwendungspotential der gelinderen Mittel nicht ausgeschöpft wird. Dies steht mit den erwähnten Grundsätzen nicht in Einklang.

Zwar deutet die Statistik (vgl. dazu oben die durchschnittliche Dauer 2010 von 16 Tagen, den Median von 12 Tagen) auf relativ kurze Haftzeiten hin. Mangels Verfügbarkeit einer detaillierteren Aufstellung konnte die Arbeitsgruppe die Zahl der sehr kurzen Anhaltungen im Verhältnis zu einzelnen langen Fällen jedoch nicht eruieren. Beispielhaft angeführt sei aber der von der Kommission Linz<sup>76</sup> berichtete Fall, in dem sich ein Jugendlicher über zwei Monate in Schubhaft befand.

§ 80 Abs 2 Z 1 FPG idF FrÄG 2011 sieht nunmehr in Bezug auf mündige Minderjährige eine „grundsätzliche“ Beschränkung der Schubhaft auf eine Dauer von höchstens zwei Monaten vor. Szymanski<sup>77</sup> äußerte in einem Fachartikel dahingehend Bedenken, dass demnach doch eine Verlängerung der „Normalschubhafthöchstdauer“ möglich wäre: *„Für diese mündigen Minderjährigen, also auch für jene, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, gelten dann alle Haftverlängerungsoptionen des § 80 Abs 4 und 5, wobei es auch hier zu Verschärfungen insofern kam, als nunmehr der Beobachtungszeitraum für bis zu zehnmonatige Schubhaft von zwei Jahren auf 18 Monate herabgesetzt wurde.“*

Nach Ansicht des Menschenrechtsbeirates darf das Wort „grundsätzlich“ bei europarechts- und verfassungskonformer Auslegung nicht im Sinne der Zulässigkeit von Ausnahmen verstanden werden. Eine bis zu zehnmonatige Schubhaftdauer erscheint bei Minderjährigen auch in Einzelfällen nicht vertretbar. **Die Schubhaftdauer von zwei Monaten wäre vielmehr als Höchstgrenze zu verstehen.**

In diesem Sinne stellt nun auch das aktualisierte Handbuch zum FPG<sup>78</sup> in seiner Anmerkung zu § 80 Abs. 2 FPG klar: **„Eine Verlängerung ist nicht möglich.“**

**Die durch das Wort „grundsätzlich“ in § 80 Abs.2 Z 1 FPG entstandene legistische Unklarheit sollte allerdings bei nächster Gelegenheit bereinigt werden.**

<sup>75</sup> Council of Europe, Commissioner for Human Rights. Positions on the rights of minor migrants in an irregular situation, Strasbourg, 25 June 2010, CommDH/PositionPaper(2010)6, [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/PositionPaper\(2010\)6&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/PositionPaper(2010)6&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864)

<sup>76</sup> IV-2/2011.

<sup>77</sup> Bichl Norbert/ Schmid Christian/ Szymanski Wolf, Im Hamsterrad der Fremden gesetzgebung – „Rot-Weiß-Rot-Karte“, Anwesenheitspflicht für Asylwerber und Schubhaft für Minderjährige, Migralex 3/2011, 58.

<sup>78</sup> BMI-FW1440/0016-II/3/2011, Stand 1. Juli 2011.

Was konkrete Einzelfälle von jugendlichen Schubhäftlingen anlangt, so sollte entsprechend den internationalen Empfehlungen die Haft möglichst kurz zu halten, und mit Blick auf die gegenwärtigen Haftbedingungen und mangelnden Beschäftigungsmöglichkeiten noch stärker auf die **Verkürzung der Haftdauer** hingewirkt werden.

Neben einzelnen Fällen von langer Schubhaftdauer thematisieren die Kommissionen immer wieder die mangelnde Begründung von Schubhaftbescheiden über Jugendliche. Zwar sind die Fremdenpolizeibehörden verpflichtet, jeden gegenüber einer minderjährigen Person erlassenen Schubhaftbescheid unverzüglich dem BM.I vorzulegen und werden diese seitens des Ministeriums einer Überprüfung unterzogen. Abgesehen davon, dass es sich dabei jedoch um keinen Instanzenzug handelt, hat eine Anfrage des MRB ergeben, dass bislang keine Aufzeichnungen über allfällige Konsequenzen (d.h. Aufhebung der Schubhaft durch das BM.I) dieser Überprüfung geführt werden. Damit lässt sich keine Aussage über das Funktionieren der Aufsicht durch das Ministerium treffen. Seit dem Schreiben des BM.I an den MRB vom 8. September 2009 (siehe oben, FN 10) dürfte keine wesentliche Änderung der Praxis eingetreten sein.

In Bezug auf die Überprüfung von Haftbescheiden fordert Menschenrechtskommissar Hammarberg eine unabhängige Instanz:<sup>79</sup> *“..... It is imperative that any decision to detain children be taken by a judicial authority, capable of independently weighing all the relevant considerations. Children should have access to legal aid, the opportunity to receive visits from friends, relatives, religious, social and legal counsel and their guardians. ....”*

Ebenso betont eine aktuelle Studie des UN Hochkommissariats für Menschenrechte:<sup>80</sup> *“There should be a judicial review of the decision to detain, and the child must be able effectively to challenge the legality of their detention before a court or other competent body, and to have a prompt decision.”*

Insbesondere angesichts der in Österreich normierten rechtlichen Handlungsfähigkeit Minderjähriger mit 16 Jahren und dem Mangel an ausreichender Rechtsberatung und -vertretung hält der Menschenrechtsbeirat die Rechtsmittelbefugnis der Betroffenen für nicht effektiv genug. Vielmehr erscheint eine amtswegige Haftprüfung durch den unabhängigen Verwaltungssenat erforderlich. § 80 Abs. 7 FPG idF FrÄG 2011 sieht eine solche jedoch erst nach vier Monaten durchgehender Anhaltung in Schubhaft vor, wozu es bei Minderjährigen nicht kommt. **Es wird daher empfohlen, die gesetzliche Grundlage insofern anzupassen, als bei Jugendlichen innerhalb relativ kurzer Frist eine amtswegige Überprüfung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Schubhaft durch den UVS zu erfolgen hätte. Diese Frist könnte sich an jener des § 6 Abs. 1 des BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit<sup>81</sup> orientieren.**

Weiters sollten die bestehenden **Statistiken** nach Auffassung des Beirates in Bezug auf **Geschlecht, Haftdauer, regionale Verteilung (Schubhaft verhängende Behörde; PAZ), sowie die Gründe für die Verhängung und Beendigung der Haft (Rechtsmittelentscheidung, Aufhebung nach Prüfung durch BM.I, Abschiebung, etc.)** aufgeschlüsselt werden.

Die bisherigen Ausführungen wollen nicht verkennen, dass auch nach Auffassung des Menschenrechtsbeirates eine Verhängung der Schubhaft unter bestimmten Umständen im Einzelfall notwendig werden kann, etwa nach erfolgtem Untertauchen aus dem gelinderen Mittel oder bei vorausgegangener gravierender (nicht bloß situationsbedingter) Straffälligkeit (vgl.

<sup>79</sup> Council of Europe, Commissioner for Human Rights. Positions on the rights of minor migrants in an irregular situation, Strasbourg, 25 June 2010, CommDH/PositionPaper(2010)6, [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/PositionPaper\(2010\)6&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/PositionPaper(2010)6&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864)

<sup>80</sup> Study of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on challenges and best practices in the implementation of the international framework for the protection of the rights of the child in the context of migration, A/HRC/15/29; 5 July 2010; <http://daccess-ods.un.org/TMP/1820243.59703064.html>.

<sup>81</sup> Art 6 (1) Jedermann, der festgenommen oder angehalten wird, hat das Recht auf ein Verfahren, in dem durch ein Gericht oder durch eine andere unabhängige Behörde über die Rechtmäßigkeit des Freiheitsentzuges entschieden und im Falle der Rechtswidrigkeit seine Freilassung angeordnet wird. Die Entscheidung hat binnen einer Woche zu ergehen, es sei denn, die Anhaltung hätte vorher geendet.

MRB-Empfehlung Nr. 52). Im Falle der vorausgegangen Straffälligkeit bedarf es nach Ansicht des Beirates aber **jedenfalls einer Einzelfallbetrachtung, die die Frage des Zusammenhangs zwischen der (vorgeworfenen) Straftat und den Schubhaftzwecken prüft.**

Der Menschenrechtsbeirat stellt fest, dass im Einklang mit der UN-Kinderrechtskonvention und den anderen maßgeblichen internationalen Standards die Schubhaft bei Jugendlichen **grundsätzlich durch gelindere Mittel zu ersetzen** ist. Wie der MRB in seiner Stellungnahme im Begutachtungsverfahren betont hat, steht die mit dem FrÄG 2011 nunmehr erfolgte **Herausnahme 16- und 17-Jähriger aus der grundsätzlichen Pflicht zur Anwendung gelinderer Mittel anstelle der Schubhaft nicht im Einklang mit Art. 1 der UN-Kinderrechtskonvention und Art 17 Abs 1 der Rückführungsrichtlinie.** Im Übrigen betont Szymanski<sup>82</sup>, dass sich der Grund für diese Verschärfung weder aus der Rückführungsrichtlinie noch aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage ergibt.

Letztlich möchte der Beirat noch auf eine erhebliche kostenmäßige Auswirkung der Verhängung von Schubhaft über Jugendliche bzw. der Erhebung einer – erfolglosen - Schubhaftbeschwerde verweisen (zum Fall siehe oben Pkt. V.1.5. Praxis der Behörde; die Betroffene hatte der BPD Wien für das Verfahren vor dem UVS Kosten in der Höhe von €887,20 zu ersetzen). Bei Mittellosigkeit – was idR der Fall sein wird - könnte betroffenen Jugendlichen wohl kaum zu einer Schubhaftbeschwerde geraten werden, da die Entscheidung durch den UVS immer offen ist und eine Abweisung zu zusätzlichen finanziellen Problemen für die Betroffenen führen kann. Auch Kostenaspekte sprechen daher für eine weitestgehende Einschränkung der Schubhaftverhängung bei Minderjährigen, für eine amtswegige Haftprüfung binnen kurzer Frist sowie für eine nicht verlängerbare maximale Haftdauer.

## V.2. Haftbedingungen

### V.2.1. Internationale Normen und Standards

- **EU-Rückführungsrichtlinie, Art. 17: Inhaftnahme von Minderjährigen und Familien**

(3) In Haft genommene Minderjährige müssen die Gelegenheit zu Freizeitbeschäftigungen einschließlich altersgerechter Spiel- und Erholungsmöglichkeiten und, je nach Dauer ihres Aufenthalts, Zugang zur Bildung erhalten.

(4) Unbegleitete Minderjährige müssen so weit wie möglich in Einrichtungen untergebracht werden, die personell und materiell zur Berücksichtigung ihrer altersgemäßen Bedürfnisse in der Lage sind.

(5) Dem Wohl des Kindes ist im Zusammenhang mit der Abschiebehaft bei Minderjährigen Vorrang einzuräumen.

- **UNHCR-Richtlinien zu unbegleiteten Minderjährigen**

7.7: Staaten, die Asyl suchende Kinder bedauerlicherweise entgegen der oben ausgesprochenen Empfehlung dennoch in Haft nehmen, sollten zumindest Artikel 37 der Konvention über die Rechte des Kindes beachten, demzufolge die Haft [eines Kindes] nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden darf. Wenn Kinder, die Asylsuchende sind, auf Flughäfen, in Anhaltezentren oder Gefängnissen festgehalten werden, darf dies nicht unter gefängnisähnlichen Bedingungen geschehen. Es muss alles Erdenkliche unternommen werden, um die Haft zu beenden und andere Unterbringungsmöglichkeiten zu finden. Ist dies nicht durchführbar, müssen Sondermaßnahmen getroffen werden, um geeignete Unterkünfte für Kinder und ihre Familien zu beschaffen. Das Grundprinzip soll "Betreuung", nicht "Haft" lauten. Die Räumlichkeiten sollten sich nicht an entlegenen Orten befinden, wo möglicherweise keine kulturgerechten Gemeinschaftsdienste vorhanden sind und kein legaler Zugang möglich ist.

- **CPT-Länderberichte**

In mehreren Länderberichten befasste sich das CPT mit der Frage getrennte Anhaltung von Jugendlichen und Erwachsenen versus Einzelhaft. Dies jedoch immer im Kontext von Strafanstalten: „*Eines der Kardinalprinzipien der UN-Kinderrechtskonvention und der Beijing Rules ist, dass Jugendlichen die Freiheit nur als allerletztes Mittel und für die kürzest mögliche Zeit entzogen werden soll. Das CPT bekräftigt dieses Prinzip voll. Wenn Jugendliche ausnahmsweise in einer Einrichtung für Erwachsene angehalten werden, so sind sie immer getrennt von Erwachsenen unterzubringen, in einer eigenen Abteilung, die speziell für Personen dieses Alters eingerichtet ist und ein System bietet, das auf ihre Bedürfnisse zu geschritten ist. Das Personal sollte im Umgang mit Jugendlichen geschult sein. Nach Auffassung des CPT sind die Risiken, die eine gemeinsame Unterbringung von Jugendlichen und Erwachsenen Strafgefangenen mit sich bringt, so hoch, dass dies nicht erfolgen sollte.*“<sup>83</sup>

<sup>82</sup> Bichl/ Schmid/ Szymanski, Migralex 3/2011, 58.

<sup>83</sup> Guernsey 2008, Report to the United Kingdom Government on the visit to the Bailiwick of Guernsey carried out by the CPT from 19 to 22 March 2010, CPT/Inf (2010) 37, para 20 und Montenegro 2008, Report to the Govern-



In einem Gefängnis auf Guernsey wurden jugendliche und junge Erwachsene in einem eigenen Trakt getrennt von den übrigen männlichen Gefangenen angehalten. Das CPT anerkannte, dass das beschriebene Arrangement auf einer kleinen Insel unter dem Gesichtspunkt der möglichst effizienten Nutzung beschränkter Ressourcen sinnvoll sein könne. Nichtsdestotrotz sei für Jugendliche die Anhaltung in speziell auf ihre Bedürfnisse zugeschnittenen Haftzentren bei weitem vorzuziehen. Das CPT anerkannte, dass die praktizierte gemeinsame Anhaltung von Jugendlichen und jungen Erwachsenen für die betroffenen Personen von Vorteil sein könne. Dies erfordere jedoch ein sorgfältiges Management um negative Auswirkungen, wie Beherrschung und Ausbeutung, einschließlich Gewalt, zu verhüten.<sup>84</sup>

Angesichts der geringen Zahl von jugendlichen Strafgefangenen in Montenegro könnten Arrangements getroffen werden, jugendliche Untersuchungshäftlinge und nach einer Straftat verurteilte Jugendliche gemeinsam in einer speziellen Einheit unterzubringen. Im Fall, dass nur ein Jugendlicher des entsprechenden Geschlechts sich in Haft befindet, sollte – um Isolation zu vermeiden – ihm die Gelegenheit geboten werden, in Aktivitäten außerhalb der Zelle mit Erwachsenen teilzunehmen. Dies unter geeigneter Aufsicht. Auch sollten sie nicht allein für längere Zeit in der Zelle eingesperrt sein.<sup>85</sup>

In einem dt. Gefängnis war zwar eine Trennung nach Geschlecht, nicht jedoch dem Alter nach sichergestellt. Einige Tage vor dem Besuch der Delegation wurden eine 17-Jährige und eine erwachsene Frau, die einer schweren Straftat beschuldigt wurde und sich in einem beträchtlich instabilen Zustand befand, gemeinsam untergebracht, obwohl mehrere Zellen nicht belegt waren. Der Ausschuss anerkannte, dass es ausnahmsweise im Interesse eines Jugendlichen sein könne, nicht von bestimmten Erwachsenen getrennt zu werden. Dennoch sei das Erfordernis der getrennten Anhaltung von Jugendlichen und Erwachsenen eines der in internationalen Dokumenten enthaltenen Prinzipien.<sup>86</sup>

Nach slowenischem Recht ist grundsätzlich die getrennte Unterbringung vorgesehen. Ausnahmsweise kann jedoch der Untersuchungsrichter über die gemeinsame Anhaltung eines jugendlichen Untersuchungshäftlings mit Erwachsenen entscheiden, wenn dies zu seinem Wohl ist, unter Bedachtnahme auf die Persönlichkeit des Jugendlichen und anderer Umstände. Das CPT äußerte Zweifel, ob die gemeinsame Unterbringung immer im Interesse der Jugendlichen liegen könnte, besonders mit Blick auf eine Haftanstalt, in der eine Jugendliche mit vier erwachsenen Frauen in einer Zelle angehalten wurde, von denen die meisten drogenabhängig waren. Der Ausschuss akzeptierte, dass es in außergewöhnlichen Situationen gerechtfertigt sein könne, Jugendliche zu ihrem Wohl nicht von bestimmten Erwachsenen zu trennen. Gleichzeitig verwies das CPT auf das Risiko der Dominanz und Ausbeutung und betonte die Notwendigkeit der besonders sorgfältigen Auswahl der erwachsenen Mitangehaltenen.<sup>87</sup>

- **Standards des CPT<sup>88</sup>** (Auch die CPT-Standards betreffen idR Strafanstalten)

25. Die Erfahrung des Komitees legt auch nahe, dass Misshandlungen von Jugendlichen, wenn sie auftreten, häufiger aus dem Fehlen adäquaten Schutzes der betroffenen Personen vor Übergriffen resultieren als aus einer bewussten Absicht, Leid zuzufügen. Ein wichtiges Element jeder Strategie, solche Übergriffe zu verhüten, ist die Beachtung des Prinzips, dass inhaftierte Jugendliche in der Regel getrennt von Erwachsenen untergebracht werden sollten. ....

Das Komitee räumt ein, dass es Ausnahmesituationen geben kann (z.B. wenn Kinder und Eltern als Immigrationshäftlinge festgehalten werden), in denen es eindeutig im besten Interesse der Jugendlichen ist, nicht von bestimmten Erwachsenen getrennt zu werden. Jedoch bringt die gemeinsame Unterbringung von Jugendlichen mit nicht verwandten Erwachsenen unvermeidlich die Möglichkeit von Beherrschung und Ausbeutung mit sich.

#### Hafteinrichtungen für Jugendliche

##### 1. Einführung

28. Nach Ansicht des CPT sollten alle Jugendlichen, denen die Freiheit aufgrund einer strafrechtlichen Anklage oder Verurteilung entzogen ist, in Hafteinrichtungen festgehalten werden, die speziell für Personen dieses Alters vorgesehen sind, die ein Haftregime bieten, das auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten ist, und deren Personal im Umgang mit Jugendlichen geschult ist. ....

##### 2. Materielle Haftbedingungen

29. Eine gute Jugendhafteinrichtung wird für positive und persönliche Haftbedingungen von jungen Personen sorgen, denen die Freiheit entzogen ist. Die Schlaf- und Wohnbereiche der Jugendlichen sollten eine angemessene Größe aufweisen, gut beleuchtet und belüftet sein; zusätzlich sollten sie passend möbliert und in gutem Renovierungszustand sein und angemessene visuelle Anregungen bieten. Sofern keine zwingenden Sicherheits-

---

ment of Montenegro on the visit to Montenegro carried out by the CPT from 15 to 22 September 2008, CPT/Inf (2010) 3, para 44. Ebenso Guernsey, para 31.

<sup>84</sup> Guernsey 2008, paras 30 und 31.

<sup>85</sup> Montenegro 2008, Report to the Government of Montenegro on the visit to Montenegro carried out by the CPT from 15 to 22 September 2008, CPT/Inf (2010) 3, para 44.

<sup>86</sup> Deutschland 2005, Report to the German Government on the visit to Germany carried out by the CPT from 20 November to 2 December 2005, para 107.

<sup>87</sup> Slowenien 2006, Report to the Slovenian Government on the visit to Slovenia carried out by the CPT from 31 January to 8 February 2006, CPT/Inf (2008) 7, para 90.

<sup>88</sup> Kap. VI. *Jugendliche, denen die Freiheit entzogen ist, Auszug aus dem 9. Jahresbericht [CPT/Inf (99)12]*. Die angeführten Standards beinhalten zunächst eine Reihe von Schutzvorkehrungen gegen Misshandlung, welche nach Auffassung des CPT nach *allen* Jugendlichen geboten werden sollten, denen die Freiheit entzogen ist. Danach erörtern sie jene Bedingungen, die in (*Straf-*) *Hafteinrichtungen* für Jugendliche vorherrschen sollten.

gründe dagegen sprechen, sollte den Jugendlichen erlaubt sein, eine angemessene Menge persönlicher Gegenstände zu behalten.

### 3. Aktivitätenregime

31. Das Fehlen sinnvoller Aktivitäten ist für jeden Gefangenen schädlich; besonders schädlich ist es für Jugendliche, die ein besonderes Bedürfnis nach körperlichen Aktivitäten und intellektueller Anregung haben. Jugendlichen, denen die Freiheit entzogen ist, sollte ein volles Programm von Erziehung, Sport, Berufsausbildung, Freizeit und anderer sinnvoller Aktivitäten angeboten werden. Leibeserziehung sollte einen wichtigen Teil dieses Programms bilden.

Es ist besonders wichtig, dass Mädchen und junge Frauen, denen die Freiheit entzogen ist, gleichberechtigt mit ihren männlichen Mithäftlingen Zugang zu solchen Aktivitäten haben. .... In diesem Zusammenhang möchte das CPT seine Zustimmung zu dem Prinzip äußern, das in der Regel 26.4 der *Beijing Rules* festgelegt ist und besagt, dass jede Anstrengung unternommen werden muss, sicherzustellen, dass weibliche Jugendliche, denen die Freiheit entzogen ist, „unter keinen Umständen weniger Fürsorge, Schutz, Beistand, Behandlung und Ausbildung erhalten als junge männliche Straftäter. Ihre faire Behandlung muss sichergestellt sein.“

## V.2.2. Innerstaatliche Rechtslage

- **BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit**<sup>89</sup>

Art 1. (4) Wer festgenommen oder angehalten wird, ist unter Achtung der Menschenwürde und mit möglicher Schonung der Person zu behandeln und darf nur solchen Beschränkungen unterworfen werden, die dem Zweck der Anhaltung angemessen oder zur Wahrung von Sicherheit und Ordnung am Ort seiner Anhaltung notwendig sind.

- **FPG - Durchführung der Schubhaft**

§ 79. (1) Für die Anhaltung in Schubhaft in Hafträumen einer Fremdenpolizeibehörde gilt § 53c Abs. 1 bis 5 VStG, für die Anhaltung in gerichtlichen Gefangenenhäusern und Strafvollzugsanstalten gilt § 53d VStG.

(2) Fremde unter sechzehn Jahren dürfen in Schubhaft angehalten werden, wenn eine dem Alter und Entwicklungsstand entsprechende Unterbringung und Pflege gewährleistet ist.

(3) Minderjährige Schubhäftlinge sind von Erwachsenen getrennt anzuhaltend. Wurde auch gegen einen Elternteil oder Erziehungsberechtigten die Schubhaft verhängt, sind minderjährige Schubhäftlinge gemeinsam mit diesem anzuhaltend, es sei denn, dass ihr Wohl eine getrennte Anhaltung verlangt.

- **Anhalteordnung - AnhO**<sup>90</sup>

§ 4. (1) Die Häftlinge sind unter Achtung der Menschenwürde und mit möglicher Schonung ihrer Person anzuhaltend.

.....

(3) Die Anhaltung der Häftlinge erfolgt grundsätzlich in Gemeinschaftshaft. Häftlinge, an denen Schubhaft vollzogen wird (Schubhäftlinge), Häftlinge, an denen eine Verwaltungsfreiheitsstrafe vollzogen wird (Verwaltungsstrafhäftlinge), und Häftlinge, die auf Grund einer durch ein Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes aus eigenem oder in Vollziehung eines richterlichen Haftbefehls vorgenommenen Festnahme angehalten werden (Verwahrungshäftlinge), sind nach Möglichkeit getrennt voneinander anzuhaltend. Frauen sind von Männern, Minderjährige von Erwachsenen getrennt zu verwahren. Wünsche eines Häftlings, mit bestimmten anderen Häftlingen gemeinsam oder nicht gemeinsam angehalten zu werden, sind nach Möglichkeit ebenso zu berücksichtigen wie Wünsche auf Anhaltung in einer Nichtraucherzelle.

(4) Schubhäftlinge unter sechzehn Jahren dürfen nur angehalten werden, wenn eine ihrem Alter und Entwicklungsstand entsprechende Unterbringung und Pflege gewährleistet ist. Wurde auch gegen einen Elternteil oder Erziehungsberechtigten eines minderjährigen Schubhäftlings die Schubhaft verhängt, so sind beide gemeinsam anzuhaltend, es sei denn, dass das Wohl des Minderjährigen eine getrennte Anhaltung verlangt.

- **Erlass BMI-FW1410/0387-II/1/b/2010 vom 19.11.2010 zur Familienunterbringung Zinnergasse**<sup>91</sup>

Das Gebäude Wien 11., Zinnergasse 29a wird im Vollbetrieb für die Unterbringung von bis zu 12 Familien und UMF bis 16 Jahre vor deren Außerlandesbringung adaptiert.

...

Die Anhaltung von Familien und „UMF grundsätzlich bis 16 Jahre“ – nach Einzelprüfung durch die Abt. II/3 – hat hinkünftig, wenn ihr weder medizinische Gründe noch in der Person des Häftlings liegende Gründe (insbesondere Aggressionsverhalten, Gewaltbereitschaft oder vorangegangene Fluchtversuche) entgegenstehen, grundsätzlich in den Apartments auf bedarfskonformen Sicherheitsniveau um eine möglichst geringfügige Beeinträchtigung der Betroffenen zu erreichen zu erfolgen. ....

Unbegleitete minderjährige Fremde ab 16 Jahren werden grundsätzlich weiterhin in „Offenen Stationen“ der PA-Zen untergebracht und dort altersgerecht angehalten. Bei Jugendlichen bis 16 Jahren ist jedenfalls eine Einzelfallprüfung durchzuführen und die Zustimmung der Abt. II/3 einzuholen, bevor eine Unterbringung in einem Polizeianhaltezentrum oder in der Familienunterbringung Zinnergasse erfolgt.

<sup>89</sup> BGBl. Nr. 684/1988

<sup>90</sup> Verordnung der Bundesministerin für Inneres über die Anhaltung von Menschen durch die Sicherheitsbehörden und Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes BGBl. II Nr. 128/1999 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 439/2005.

<sup>91</sup> BMI-FW1410/0387-II/1/b/2010 vom 19.11.2010, Abschiebepaxis - Vorgangsweise bei der Unterbringung von fremdenrechtlich festgenommenen Familien bzw. unbegleiteten Minderjährigen bis 16 Jahre in der Familienunterbringung Wien 11., Zinnergasse 29a;

### V.2.3. Bisherige Empfehlungen des MRB

#### Empfehlungen aus dem Bericht „Minderjährige in Schubhaft“ (2001)

56. Der Beirat empfiehlt, die Unterbringung von Minderjährigen in Schubhaft nur in solchen Unterbringungseinrichtungen durchzuführen, die die Einhaltung von Mindeststandards für die Unterbringung von Jugendlichen garantieren.

57. Der Beirat empfiehlt, solange in Österreich keine Einrichtungen geschaffen worden sind, die den international normierten und empfohlenen Standards entsprechen, von der Verhängung der Schubhaft über Minderjährige mangels geeigneter Unterbringungsmöglichkeit Abstand zu nehmen.

62. Der Beirat empfiehlt, die Anhalteordnung dahingehend zu überarbeiten, dass sie insbesondere den im CPT Bericht *Juveniles deprived of their Liberty – 9th General Report on the Activities of the CPT*, sowie in den übrigen CPT Berichten geforderten Haftstandards für die Unterbringung von Kindern und Jugendlichen entsprechen.

63. Der Beirat empfiehlt, in zumindest einem Gefangenenhaus pro Bundesland die tatsächlichen Voraussetzungen für die Anhaltung von Minderjährigen in Schubhaft zu schaffen.

64. Der Beirat empfiehlt, Minderjährige in Schubhaft weiterhin grundsätzlich getrennt von Erwachsenen unterzubringen. Ausnahmen sollen ausschließlich für Minderjährige gemacht werden, die gemeinsam mit Familienangehörigen angehalten sind und soweit den Umständen nach weder eine schädliche Beeinflussung noch eine sonstige Benachteiligung des/der minderjährigen Fremden zu besorgen ist. Würde die getrennte Unterbringung für den Minderjährigen unzumutbare Haftbedingungen (keine jugendgerechte Ausstattung, unzureichende Haftstandards), Einzelhaft oder die Verlegung in weiter entfernte Gefangenenhäuser bedeuten, ist vom (weiteren) Vollzug der Schubhaft beim Minderjährigen Abstand zu nehmen und das gelindere Mittel in Anwendung zu bringen.

#### Empfehlungen aufgrund eines Dringlichkeitsberichts<sup>92</sup> der Kommission Wien 1 zum PAZ Hernalser Gürtel (2004)

265. Der Beirat verweist iZm der Anhaltung von Minderjährigen in Schubhaft auf seine bisherigen Empfehlungen, insbesondere auf die Empfehlungen Nr. 56, 57, 61, 62, 63 und 64 und empfiehlt darüber hinaus Minderjährige nur dann über einen Zeitraum von einigen Stunden hinaus in Einzelhaft anzuhalten, wenn die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 bzw. Abs. 3 Z 1 und 5 AnhO<sup>93</sup> vorliegen, und in diesen Fällen diese Tatsache sowie ihre Begründung gesondert zu dokumentieren.

266. Der Beirat empfiehlt, Minderjährige keinesfalls nur deshalb in Einzelhaft anzuhalten, um dem Gebot der von Erwachsenen getrennten Anhaltung gemäß § 4 Abs. 3 AnhO zu entsprechen.

267. Der Beirat empfiehlt, mit Ausnahme unter § 5 Abs. 1 bzw. Abs. 3 Z 1 und 5 AnhO genannten Fälle die Zellentüren für minderjährige Häftlinge tagsüber geöffnet zu halten.

268. Der Beirat empfiehlt, Minderjährige, sofern sie in Schubhaft angehalten werden, in allen Aspekten des Haftvollzuges gegenüber Erwachsenen keinesfalls zu benachteiligen sondern ihnen vielmehr soweit als möglich Erleichterungen im Vollzug zu gewähren.

### V.2.4. Maßnahmen des BM.I - Praxis der Behörde

In Beantwortung einer Anfrage des MRB zum **Umsetzungsstand der oben genannten Empfehlungen** gab das BM.I bekannt:

*„265: Zu Einzelhaft kommt es vor allem, wenn nur ein(e) Minderjährige(r) in Haft ist. Zwei oder mehr Minderjährige gleichen Geschlechts in Schubhaft werden zusammen untergebracht. Gelegentlich muss ein(e) Minderjährige(r) aus ärztlicher Sicht (ansteckende Krankheit) oder aus Sicherheitsgründen (dies allerdings nur vorübergehend) in Einzelhaft untergebracht werden.*

*267: Weibliche Minderjährige werden ausnahmslos im Bereich für weibliche Häftlinge untergebracht. Bei weiblichen minderjährigen Schubhäftlingen ist durch grundsätzliche Unterbringung in Form des offenen Vollzuges das Offenstehen der Zellentüren über weite Teile des Tages gewährleistet.*

*Bei männlichen Minderjährigen gilt folgendes: Entweder sind die Minderjährigen in einer Zelle im Bereich für weibliche Häftlinge untergebracht, sodass entweder die Türen der Zellen mit weiblichen Häftlingen oder die Türen der Zellen mit Minderjährigen offen sind, oder sie müssen im Bereich für männliche Häftlinge - normaler Vollzug - untergebracht werden. Dort ist das Offenlassen von Zellentüren über einen längeren Zeitraum schon aus organisatorischen und Sicherheitsgründen nicht möglich. Hier besteht keine Möglichkeit der Abgrenzung eines be-*

<sup>92</sup> I-47/2003.

<sup>93</sup> AnhO: § 5. (1) Die Anhaltung eines Häftlings hat in Einzelhaft zu erfolgen

1. wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass der Häftling gegen andere gewalttätig werde;
2. wenn bei Häftlingen, gegen die ein gerichtliches Strafverfahren anhängig ist, vom Gericht darum ersucht wird;
3. wenn vom Häftling Ansteckungsgefahr ausgeht oder wenn er auf Grund seines Erscheinungsbildes oder seines Verhaltens andere Häftlinge erheblich belasten würde

(3) Die Anhaltung eines Häftlings kann in Einzelhaft erfolgen

1. auf Wunsch des Häftlings

5. wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Häftling durch Gewalttätigkeit sein Leben oder seine Gesundheit gefährde

stimmten Bereiches, in dem sich die Häftlinge aufhalten können, vielmehr ist der Bereich eines gesamten Stockwerkes mit den darin befindlichen Räumen bei geöffneten Türen zugänglich.

Ein unkontrolliertes Offenhalten der Zellentüren für Jugendliche würde zu einem unkontrollierten Zusammentreffen mit Erwachsenen führen, was dem § 79 Abs. 3 FPG zugrunde liegendem Schutzgedanken, insbesondere bei männlichen minderjährigen Schubhäftlingen, zuwider laufen würde.

268: Unter anderem wird bei geringfügigen Verstößen gegen die Anhalteordnung durch Jugendliche bei der Verhängung von Disziplinierungsmaßnahmen der Maßstab nicht so streng angelegt wie bei erwachsenen Häftlingen. Die Unterbringung in einer Einzelzelle aus diesem Grund wird nur ganz selten zur Anwendung gebracht und wird auch die zeitliche Dauer dieser Maßnahme (max. 3 Tage) im Regelfall nicht ausgeschöpft. Bei minderjährigen Schubhäftlingen wird eine besondere Betreuung durch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des PAZ durchgeführt. Es wird versucht, den Wünschen der Minderjährigen im Rahmen des Möglichen verstärkt Rechnung zu tragen. Neben den Möglichkeiten wie sie auch erwachsene Schubhäftlinge haben, werden den Minderjährigen z.B. vermehrt Besuche und Telefonate gestattet (falls erwünscht). Erforderlichenfalls kann neben der sozialen Unterstützung auch psychiatrische Hilfe organisiert werden. Als Erleichterung während der Anhaltung kann auch auf eine verstärkte Kontaktaufnahme mit den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Schubhaftbetreuungsorganisationen hingewiesen werden. Nach Möglichkeit wird auch mehr Bewegung im Freien (Spazierhof) angeboten sowie Bücher, Zeitschriften und Spiele beigestellt. Ansonsten bestehen keine wesentlichen Unterschiede in der Behandlung von Minderjährigen und nicht Minderjährigen in Schubhaft.“

### V.2.5. Beobachtungen der Kommissionen

PAZ Eisenstadt:<sup>94</sup> Gemäß der AnhO findet der Vollzug in getrennten Zellen statt. Tagsüber können minderjährige Angehaltene mit den übrigen Häftlingen am offenen Vollzug teilnehmen.

PAZ St. Pölten:<sup>95</sup> Minderjährige werden laut Beamten nicht in getrennten Zellen untergebracht, sondern wenn möglich mit anderen (jüngeren) Häftlingen.

PAZ Innsbruck:<sup>96</sup> Es gibt im Paz Innsbruck keinerlei Hafterleichterungen für Minderjährige. Die AnhO führt dazu, dass Minderjährige oft in Einzelhaft angehalten werden müssen, da sich meist kein zweiter Jugendlicher gleichzeitig in Schubhaft befindet. Jugendliche werden – sofern nicht jemand mit Ansteckungsgefahr inhaftiert ist – in einer Zelle, die mit Dusche besser ausgestattet ist als die Normalzellen, angehalten. Da sich diese Zelle am selben Stock befindet wie die Fraueneilung, wird die Türe tagsüber nicht offen gehalten. Ein Verlassen der Zelle ist daher nur für die eine Stunde Hofspaziergang pro Tag möglich.

PAZ Hernalser Gürtel:<sup>97</sup> Bedenklich von Größe und Belichtung her sind die "10er"-Zellen in den Stockwerken. Diese liegen am hintersten Ende des jeweiligen Ganges, sind deutlich kleiner und vor allem sehr dunkel. Gerade diese Zellen sind aber für die Anhaltung von Jugendlichen vorgesehen, weil sie deutlich kleiner sind als die anderen (für 8 Personen ausreichenden) Gemeinschaftszellen und relativ wenig Jugendliche (zZ des Besuches gerade 4) angehalten werden. Obwohl Jugendliche an sich "automatisch" in den offenen Vollzug kommen, wurden einige im 3. Stock und nicht im Erdgeschoss angetroffen. Einer davon anscheinend aufgrund seines Hungerstreiks, den er allerdings laut seinen eigenen Angaben gegenüber der Kommission am Besuchstag abgebrochen hat. Zustand der Zelle: Zwei nach eigenen Angaben Jugendliche (davon mindestens einer dem Augenschein nach tatsächlich unter 18) waren in einer eigenen Zelle für Jugendliche angehalten, die maximal 4 Personen Platz bietet, am Ende des Zellenganges liegt und für die Anhaltung von Jugendlichen auf Dauer nicht geeignet ist. Die Zelle wirkt armselig, stark abgewohnt. Es gibt nicht einmal ein TV-Gerät (die beiden Häftlinge konnten miteinander gar nicht kommunizieren, weil sie völlig unterschiedliche Sprachen sprechen). Beschäftigungsmöglichkeiten sind nach wie vor nicht vorhanden, was vor allem für jugendliche Häftlinge, die nicht einmal Möglichkeit zum Fernsehen haben, problematisch scheint. Verpflegung/ Qualität/Quantität: Fallweise geht den Hausarbeitern, die das Essen verteilen, in einem Stockwerk das Essen aus, die Portionen scheinen eher knapp bemessen (die am Ende des Ganges im 3.Stock angehaltenen Jugendlichen berichten davon, dass sie mehrmals (fast) nichts mehr bekommen hätten. In diesen Fällen behelfe man sich (Auskunft der Leitung) hausintern mit jenen Portionen, die zwar vorbereitet, von hungerstreikenden Häftlingen aber nicht konsumiert wurden. Menschenrechtliche Beurteilung: Das PAZ Hernalser ist für die Anhaltung von Jugendlichen in Schubhaft nicht geeignet

### V.2.6. Aktuelle Erwägungen

Vorausgeschickt sei, dass der Menschenrechtsbeirat die Bemühungen des Ministeriums und der Beamtinnen und Beamten im Schubhaftvollzug anerkennt, auf den Aspekt der möglichen Schonung der Person eines Kindes oder Jugendlichen Rücksicht zu nehmen bzw. auf die besonderen Bedürfnisse nach Möglichkeit einzugehen.

Die nach internationalen Standards<sup>98</sup> nur ausnahmsweise vorgesehene Anhaltung von Jugendlichen in Einrichtungen für Erwachsene zu den für Erwachsene geltenden Bedingungen

<sup>94</sup> III-20/2010, 14.4.2010.

<sup>95</sup> III-27/2010, 21.4.2010.

<sup>96</sup> V-22/2010, 29.3.2010 und Antwortmail der Kommissionsleiterin vom 2.3.2011 auf Fragen der Arbeitsgruppe.

<sup>97</sup> I-89/2010, 9.12.2010 und I-6-2010, 18.1.2010.

<sup>98</sup> S. oben V.2.1.

stellt derzeit jedoch noch den Regelfall dar. So kann etwa derzeit im Zuständigkeitsbereich der Kommission Linz kein PAZ als jugendgerecht angesehen werden. Auch das PAZ Hernalser Gürtel ist, wie die Kommission Wien 1 regelmäßig hervorhebt, strukturell ungeeignet für die Anhaltung Jugendlicher; dennoch erfolgt dort eine sehr hohe Zahl an Anhaltungen. Besonders kritisch sieht der Beirat die Tatsache, dass es infolge des Gebots der Trennung von jugendlichen und erwachsenen Schubhäftlingen faktisch immer wieder zur Anhaltung Jugendlicher in Einzelhaft kommt. Entsprechend MRB-Empfehlung Nr. 64 spricht sie sich zwar auch weiterhin dafür aus, Minderjährige getrennt von Erwachsenen unterzubringen. Die Argumentation, Jugendliche dürften zum Schutz vor Misshandlung nicht mit Erwachsenen gemeinsam angehalten werden, vermag jedoch ihre Anhaltung in Einzelzellen nicht zu rechtfertigen, da sie das Ziel dieser Regelung ins Gegenteil verkehrt. Statt Jugendliche im Haftvollzug zu schützen, werden sie besonderen zusätzlichen Belastungen ausgesetzt. Bedeutet Einzelhaft bereits für Erwachsene in aller Regel eine hohe psychische Belastung, so muss dies wohl noch mehr für jugendliche Schubhäftlinge gelten, insbesondere bei zunehmender Schubhaftdauer und kaum vorhandenen Beschäftigungsmöglichkeiten

Gegenwärtig ist ein zentraler Punkt darin zu sehen, dass die die Schubhaft verhängende Behörde zwar die Notwendigkeit der Schubhaft im Einzelfall zu prüfen und dem BM.I zu berichten hat, die konkrete Zuteilung an den Haftort aber dann eine Frage des Schubhaftmanagements ist. Ein entscheidendes Kriterium dafür ist die Belegung des nächsten (nächstgelegenen) freien Haftplatzes. Die Frage, ob bzw. wo gleichzeitig andere Jugendliche angehalten werden, scheint derzeit kein maßgebender Entscheidungsgrund zu sein. Nach Informationen des Ministeriums ist jedoch in Zukunft eine Optimierung des Schubhaftjournaldienstes nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten (Versuch der Zuteilung nach fremdenpolizeilichem Bezug – Ort der Außerlandesbringung; auch nach speziellen Schwerpunkten, wie etwa medizinischen Bedürfnissen) geplant. Auch sollen für die Aufgabe künftig Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit Vollzugskenntnissen bzw. Erfahrung im fremdenrechtlichen Verfahren eingesetzt werden.

Die Arbeitsgruppe hat in der Folge sehr eingehend unterschiedliche Ansätze diskutiert, wie der Problematik am besten begegnet werden könnte. Der Menschenrechtsbeirat schlägt vor, künftig das **PAZ Wien österreichweit mit der Spezialaufgabe und –verantwortung des Schubhaftvollzugs an Jugendlichen zu betrauen und die dort leer stehende Familienabteilung im PAZ Rossauer Lände in Form einer eigenen offenen Station für Jugendliche entsprechend zu adaptieren**. Die Einrichtung sollte auch nach Fertigstellung des Schubhaftzentrums in Vordernberg bestehen bleiben, da dort der Zugang zu spezialisierten sozialen und medizinischen Betreuungseinrichtungen, wie auch zur Jugendwohlfahrt, eher kritisch gesehen wird.

Die Konzentration in Ostösterreich hätte zwar zur Folge, dass Jugendliche zum Teil über weitere Strecken durch das Bundesgebiet transportiert werden. In einer Gesamtabwägung erscheint der zentrale Vollzug in Wien aber dennoch vorteilhaft, um unerwünschte Phänomene im Vollzug wie Anhaltung in Einzelhaft bzw. in nicht jugendgerechten Einrichtungen zu minimieren. Zu dem Argument, dass die Jugendlichen mit einer geographisch weiter entfernt vollzogenen Schubhaft tendenziell von ihrem privaten Umfeld (Besuche im PAZ) abgeschnitten würden, ist festzuhalten, dass der Großteil der Betroffenen unmittelbar nach Aufgriff in Schubhaft genommen wird, die wenigsten nach einer rechtskräftigen Ausweisungsentscheidung. Es handelt sich somit in der Regel um Jugendliche in der Dublin-Phase, oder solche, die sich in keinem Asylverfahren befinden und damit über keine oder nur wenige Bindungen im Land verfügen.

Sollte es wegen eines **Wohnsitzes bzw. sonstiger bestehender Bindungen und Strukturen** sinnvoll erscheinen (etwa auf Verlangen des Jugendamtes), **Jugendliche in der Region zu belassen**, so sollte **ausnahmsweise der Verbleib in einem bestimmten PAZ möglich** sein. In solchen Fällen wären auch die Konsequenzen (zB Einzelhaft) zu bedenken bzw. eine Isolation zu vermeiden. Die Entscheidung wäre jedenfalls von der die Schubhaft ver-

hängenden Behörde zu treffen. Essentiell erscheint in diesem Zusammenhang die Anhörung der betroffenen Jugendlichen im Hinblick auf ihre Bedürfnisse.<sup>99</sup>

Was die **Zahl der Haftplätze** anlangt, so verweist die Arbeitsgruppe auf das bereits von der AG zum Schubhaftzentrum Leoben (Vordernberg) genannte Risiko, dass einmal vorhandene Haftkapazitäten zu Lasten der Verhängung des gelinderen Mittels auch genutzt würden. Diese AG sprach sich daher gegen die Einrichtung von Haftplätzen für Jugendliche im neuen Schubhaftzentrum aus. Jedoch bestünde die Alternative wohl darin, den status quo zu belassen, was klar den internationalen Vorgaben widerspräche. Nach Auffassung des Menschenrechtsbeirates sollten Haftplätze für Jugendliche im neuen Schubhaftzentrum daher nicht ausgeschlossen, aber nur in **sehr eingeschränktem Ausmaß** geschaffen werden.

Im PAZ sollten die Jugendlichen nach Ansicht der Arbeitsgruppe zumindest einmal wöchentlich von **diplomierten Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeitern** besucht werden, wobei in unterschiedlichen Phasen auch häufigere Besuche notwendig sein können. Dabei ginge es um eine reine Alltagsbetreuung, auch im Sinne eines Frühwarnsystems. Die Unabhängigkeit der Betreuung erscheint dem Beirat durch den „Zukauf“ qualifizierter Fachkräfte am Besten gewahrt. Dabei wird auf das Modell<sup>100</sup> der Arbeitsgruppe „Gesundheitsvorsorge in Schubhaft“ des MRB, welche sich mit der Frage der Einrichtung einer sozialen Betreuung an den PAZ auseinandersetzt, verwiesen:

- Die psychosoziale Betreuung soll von qualifizierten Fachkräften, d.h. von diplomierten Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeitern, die idealerweise über entsprechende Fremdsprachenkenntnisse verfügen, durchgeführt werden.
- Diese Tätigkeit ist idealerweise eine von der Rechts- und Rückkehrberatung getrennte Funktion. In jedem Fall sollte es eine personelle Trennung sein.
- Eine hohe Anwesenheit im PAZ ist erforderlich, jedoch abhängig von der Größe des jeweiligen PAZ und der Zahl der Angehaltenen. In den Wiener PAZen wäre eine permanente Anwesenheit erforderlich, während in kleineren PAZen 1-2 Mal pro Woche ausreichen würde. Jedenfalls soll die Anwesenheit so gestaltet sein, dass das Aufnahmegespräch („Sozialanamnese“) ohne unnötigen Aufschub nach der Aufnahme erfolgen kann.
- Die Entlastungsfunktion der sozialen Betreuung für PAZ-Beamtinnen und Beamten bzw. die Funktion als Frühwarnsystem wird nochmals betont.

Mit Blick auf jugendliche Schubhäftlinge erscheint dem Menschenrechtsbeirat insbesondere die Klärung des Verhältnisses zur bzw. die Vernetzung mit der Jugendwohlfahrt wichtig. In der Praxis sollte den Betroffenen eine zentrale Anlaufstelle und eine Vertrauensperson zur Verfügung stehen.

In engem Zusammenhang mit der Schaffung einer Sozialbetreuung an den PAZ sind auch die besonders für Jugendliche negativen Auswirkungen einer mangelnden Beschäftigung zu sehen. Daher sollten im PAZ Rossauer Lände und im Schubhaftzentrum Vordernberg **adäquate Beschäftigungsmöglichkeiten** geschaffen, und für den Fall einer längeren Anhaltung auch der **Zugang zu Bildung** sichergestellt werden. Beispielhaft genannt sei etwa das vor einigen Jahren für die Insassen des PAZ Salzburg durchgeführte Kunstprojekt.

Eine **jugendgerechte Unterbringung im Stande der Anhaltung sowie der Schubhaft** (die bisher nur für 14- bis 16-Jährige normiert ist - § 79 Abs. 2 FPG) sollte nach Ansicht des Menschenrechtsbeirates **auch für 16- bis 18-Jährige gesetzlich gewährleistet sein**.

---

<sup>99</sup> Vgl. etwa UN-Kinderrechtsausschuss Allgemeine Bemerkung Nr. 12 (2009) Das Recht des Kindes, gehört zu werden, CRC/C/GC/12: „... 67. *Verwaltungsverfahren, die für Kinder bedeutsam sind, befassen sich unter anderem mit Disziplinarmaßnahmen und Verweigerung von Vergünstigungen in Jugendhaftanstalten sowie Asylanträgen unbegleiteter Kinder*. In diesen Angelegenheiten sollte ein Kind das Recht haben, gehört zu werden und auch die anderen Rechte „im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften“ in Anspruch zu nehmen.“

<sup>100</sup> AG Gesundheitsvorsorge in Schubhaft, Protokoll der Sitzung vom 29. April 2011.

## VI. ANHALTUNG UND ABSCHIEBUNG VON FAMILIEN MIT KINDERN UND JUGENDLICHEN

Zahlreiche Aspekte der Abschiebung und allenfalls vorausgehenden Anhaltung von Familien mit Kindern in Schubhaft beschäftigten den Beirat und seine Kommissionen in den letzten Jahren. So wurden immer wieder Fälle bekannt, in denen es im Vorfeld der Abschiebung zur Trennung von Familien oder zu einem großen Aufgebot von Polizeikräften im Zuge der Festnahme der Betroffenen kam. Auch die faktische Mit-Anhaltung von Kindern, deren Eltern bzw. ein Elternteil in Schubhaft genommen wurden, war mehrfach Gegenstand der (öffentlichen) Diskussion. Seitens der Behörden wurden in diesem Zusammenhang manche Fehler eingeräumt und Maßnahmen in Reaktion darauf gesetzt. Gleichzeitig wurde aber auch darauf verwiesen, dass einige der Fälle in den Medien verzerrt dargestellt worden seien. Aufgabe der AG war es in der Folge, die menschenrechtlichen Aspekte in diesem Zusammenhang noch einmal eingehend zu beleuchten.

### VI.1. Internationale Normen und Standards

#### VI.1.1. Vorrang des Kindeswohls und Erhalt der Familieneinheit

- **UNKRK**

**Art. 3 (1):** Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, [...] ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

**Art. 9 (1):** Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird, es sei denn, dass die zuständigen Behörden in einer gerichtlich nachprüfaren Entscheidung nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften und Verfahren bestimmen, dass diese Trennung zum Wohl des Kindes notwendig ist. Eine solche Entscheidung kann im Einzelfall notwendig werden, wie etwa wenn das Kind durch die Eltern misshandelt oder vernachlässigt wird oder wenn bei getrennt lebenden Eltern eine Entscheidung über den Aufenthaltsort des Kindes zu treffen ist.

**Art. 20 (1):** Ein 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, hat Anspruch auf den besonderen Schutz und Beistand des Staates.

- **EU-Grundrechtecharta**

**Art. 24 (2):** Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.

- **EU-Rückführungsrichtlinie**

EG 22 In Übereinstimmung mit dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes von 1989 sollten die Mitgliedstaaten bei der Durchführung dieser Richtlinie insbesondere das „Wohl des Kindes“ im Auge behalten.

**Art. 5** Bei der Umsetzung dieser Richtlinie berücksichtigen die Mitgliedstaaten in gebührender Weise: a) das Wohl des Kindes (...).

- **EMRK, Schutz des Familienlebens**

**Art. 8 (1)** Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

(2) Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

#### VI.1.2. Verbot der Inhaftierung

- **UNKRK**

**Art. 37** Die Vertragsstaaten stellen sicher, b) dass keinem Kind die Freiheit rechtswidrig oder willkürlich entzogen wird. Festnahme, Freiheitsentziehung oder Freiheitsstrafe darf bei einem Kind im Einklang mit dem Gesetz nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden.

**Art. 9 (1):** Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass ein Kind nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt wird, es sei denn, dass die zuständigen Behörden in einer gerichtlich nachprüfaren Entscheidung nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften und Verfahren bestimmen, dass diese Trennung zum Wohl des Kindes notwendig ist. Eine solche Entscheidung kann im Einzelfall notwendig werden, wie etwa wenn das Kind durch die Eltern misshandelt oder vernachlässigt wird oder wenn bei getrennt lebenden Eltern eine Entscheidung über den Aufenthaltsort des Kindes zu treffen ist.

- **UNHCR-Richtlinien zur Haft von Asylsuchenden**

In Übereinstimmung mit dem allgemeinen Grundsatz in Richtlinie 2 und den UNHCR-Richtlinien über Flüchtlingskinder sollten Asyl suchende Minderjährige nicht inhaftiert werden. Unbegleitete Minderjährige sollten grundsätzlich nicht inhaftiert werden. (...) Im Fall von Kindern in Begleitung ihrer Eltern sollten alle geeigneten Alternativen geprüft werden. Kinder und ihre wichtigsten Betreuer sollten nicht inhaftiert werden, solange es irgendeine andere Möglichkeit gibt, die Familieneinheit zu erhalten. Wenn sich keine der Alternativen als durchführbar erweist und Staaten Kinder tatsächlich in Haft nehmen, sollte die Haft - gemäß Artikel 37 der Konvention über die Rechte des Kindes - das letzte Mittel sein und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden. (...) Während der Haft haben Kinder das Recht auf Unterricht, der möglichst außerhalb der Hafteinrichtung stattfinden sollte, damit die Fortsetzung der Ausbildung nach der Freilassung erleichtert wird. Ferner ist für Freizeitgestaltung und Spielmöglichkeiten zu sorgen, die für die geistige Entwicklung

- **UNHCR-Exekutivkomitee, Beschluss Nr. 107**

(b)(xi) In Anerkennung der Tatsache, dass Haft das körperliche und geistige Wohl von Kindern beeinträchtigen und ihre Verletzlichkeit erhöhen kann, sollten die Staaten darauf verzichten, Kinder in Haft zu nehmen, und eine solche Maßnahme nur als äußerstes Mittel und für die kürzest angemessene Zeit einsetzen, wobei auf das Wohl des Kindes Bedacht zu nehmen ist.

- **EU-Rückführungsrichtlinie**

**Art. 17 (1)** Bei unbegleiteten Minderjährigen und Familien mit Minderjährigen wird Haft nur im äußersten Falle und für die kürzestmögliche angemessene Dauer eingesetzt.

(5) Dem Wohl des Kindes ist im Zusammenhang mit der Abschiebehaft bei Minderjährigen Vorrang einzuräumen.

- **Council of Europe, Commissioner for Human Rights. Positions on the rights of minor migrants in an irregular situation**<sup>101</sup>

The use of detention for minors should be kept to the absolute minimum in accordance with the provisions of the UN Convention on the Rights of the Child. ... While the detention of children for a matter of hours or days prior to a certain expulsion might exceptionally fall within the permissible scope of these provisions, anything much longer would be of serious concern. .... It is imperative that any decision to detain children be taken by a judicial authority, capable of independently weighing all the relevant considerations. Children should have access to legal aid, the opportunity to receive visits from friends, relatives, religious, social and legal counsel and their guardians. ....

- **Rechtsprechung des EGMR**

Unter der Voraussetzung, dass alle materiellen und verfahrensrechtlichen Garantien zur Anwendung gelangen, verbietet das System der EMRK nicht generell die Inhaftierung von Kindern zur Verhinderung der unerlaubten Einreise oder zur Sicherung der Abschiebung. Der EGMR verlangt jedoch eine Beziehung zwischen dem Grund des Freiheitsentzugs und dem Ort und den Bedingungen der Haft. In Bezug auf die Abschiebehaft hielt er fest, dass ein geschlossenes Zentrum, das für erwachsene Schubhäftlinge konzipiert ist, nicht den speziellen Anforderungen für Kinder gerecht wird.<sup>102</sup>

### VI.1.3. Haftbedingungen

- **EU-Rückführungsrichtlinie**

**Art. 17 (2)** Bis zur Abschiebung in Haft genommene Familien müssen eine gesonderte Unterbringung erhalten, die ein angemessenes Maß an Privatsphäre gewährleistet.

(3) In Haft genommene Minderjährige müssen die Gelegenheit zu Freizeitbeschäftigungen einschließlich altersgerechter Spiel- und Erholungsmöglichkeiten und, je nach Dauer ihres Aufenthalts, Zugang zur Bildung erhalten.

(5) Dem Wohl des Kindes ist im Zusammenhang mit der Abschiebehaft bei Minderjährigen Vorrang einzuräumen.

- **CPT, 20 years of combating torture, 19th General Report of the CPT, 1 August 2008 – 31 July 2009**

Additional safeguards for children

100. In order to limit the risk of exploitation, special arrangements should be made for living quarters that are suitable for children, for example, by separating them from adults, unless it is considered in the child's best interests not to do so. This would, for instance, be the case when children are in the company of their parents or other close relatives. In that case, every effort should be made to avoid splitting up the family.

<sup>101</sup> Strasbourg, 25 June 2010, CommDH/PositionPaper(2010)6,

[https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/PositionPaper\(2010\)6&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/PositionPaper(2010)6&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864)

<sup>102</sup> EGMR, *Muskhadzhiyeva and others v Belgium*, No. 41442/07, 19 January 2010, para 55-63, betreffend vier mit ihrer Mutter gemeinsam inhaftierte Mädchen, von welchen eines dokumentierte Anzeichen von Traumatisierung hatte.



- **Rechtsprechung des EGMR**

Der EGMR verlangt eine Beziehung zwischen dem Grund des Freiheitsentzugs und dem Ort und den Bedingungen der Haft. In Bezug auf die Abschiebehaft hielt er fest, dass ein geschlossenes Zentrum, das für erwachsene Schubhäftlinge konzipiert ist, nicht den speziellen Anforderungen für Kinder gerecht wird.<sup>103</sup>

- **UNHCR-Richtlinien zur Haft von Asylsuchenden**

Während der Haft haben Kinder das Recht auf Unterricht, der möglichst außerhalb der Hafteinrichtung stattfinden sollte, damit die Fortsetzung der Ausbildung nach der Freilassung erleichtert wird. Ferner ist für Freizeitgestaltung und Spielmöglichkeiten zu sorgen, die für die geistige Entwicklung

## VI.2. Innerstaatliche Rechtslage

- **BVG über die Rechte von Kindern**<sup>104</sup>

**Art. 1.** Jedes Kind hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sind, auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung sowie auf die Wahrung seiner Interessen auch unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit. Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.

**Art. 2.** (1) Jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen.

(2) Jedes Kind, das dauernd oder vorübergehend aus seinem familiären Umfeld, welches die natürliche Umgebung für das Wachsen und Gedeihen aller ihrer Mitglieder, insbesondere der Kinder ist, herausgelöst ist, hat Anspruch auf besonderen Schutz und Beistand des Staates.

- **FPG 2005**

**§ 39.** (2) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, einen Fremden festzunehmen, 1. gegen den ein Festnahmeauftrag (§ 74 Abs. 1 oder 2) besteht, um ihn der Behörde vorzuführen

**§ 46** (4) Liegen bei Angehörigen (§ 72 StGB) die Voraussetzungen für die Abschiebung gleichzeitig vor, so hat die Behörde bei der Erteilung des Auftrages zur Abschiebung Maßnahmen anzuordnen, die im Rahmen der Durchführung sicherstellen, dass die Auswirkung auf das Familienleben dieser Fremden so gering wie möglich bleibt.

**§ 74.** (1) Die Behörde kann die Festnahme eines Fremden auch ohne Erlassung eines Schubhaftbescheides anordnen (Festnahmeauftrag), wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass die Voraussetzungen für die Erlassung einer Ausweisung oder eines Aufenthaltsverbotes vorliegen und

1. der Fremde ohne ausreichende Entschuldigung einer ihm zu eigenen Händen zugestellten Ladung, in der dieses Zwangsmittel angedroht war, nicht Folge geleistet hat oder  
2. der Aufenthalt des Fremden nicht festgestellt werden konnte, sein letzter bekannter Aufenthalt jedoch im Sprengel der Behörde liegt.

(2) Ein Festnahmeauftrag kann gegen einen Fremden auch dann erlassen werden,

1. wenn die Voraussetzungen zur Verhängung der Schubhaft nach § 76 Abs. 1 vorliegen und nicht aus anderen Gründen die Vorführung vor die Fremdenpolizeibehörde erfolgt;  
2. wenn er seiner Verpflichtung zur Ausreise (§ 67, § 10 AsylG 2005) nicht nachgekommen ist;  
3. wenn gegen den Fremden ein Auftrag zur Abschiebung (§ 46) erlassen werden soll oder  
4. wenn er, ohne ausreichende Entschuldigung, einer ihm zu eigenen Händen zugestellten Ladung, in der dieses Zwangsmittel angedroht war, zur Befragung zur Klärung seiner Identität und Herkunft, insbesondere zum Zweck der Erlangung eines Heimreisezertifikates seitens ausländischer Behörden, nicht Folge geleistet hat.

(3) Für einen Fremden, der durchbefördert (§ 48) werden soll, ist ein Übernahmearauftrag zu erlassen.

(4) Festnahme- und Übernahmearauftrag ergehen in Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehlsgewalt; sie sind aktenkundig zu machen.

(5) In den Fällen des Abs. 1 und 2 ist dem Beteiligten auf sein Verlangen sogleich oder binnen der nächsten 24 Stunden eine Durchschrift des Festnahmeauftrages zuzustellen.

**§ 77.** (5) Die Anwendung eines gelinderen Mittels steht der für die Durchsetzung der Abschiebung, der Zurück-schiebung oder Durchbeförderung erforderlichen Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt nicht entgegen. Soweit dies zur Abwicklung dieser Maßnahmen erforderlich ist, kann den Betroffenen aufgetragen werden, sich für insgesamt 72 Stunden nicht übersteigende Zeiträume an bestimmten Orten aufzuhalten.

- **Richtlinien-Verordnung**<sup>105</sup>

Für den Festnahmeprozess gelten weiters die Regelungen der Richtlinien-Verordnung für das Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes. Hervorgehoben sei insb. § 5 betreffend die **Achtung der Menschenwürde**:

§ 5. (1) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben bei der Erfüllung ihrer Aufgaben alles zu unterlassen, das geeignet ist, den Eindruck von Voreingenommenheit zu erwecken oder als Diskriminierung auf Grund

<sup>103</sup> *Muskhadzhiyeva and others v Belgium*, EGMR, No. 41442/07, 19 January 2010, para 55-63, betreffend vier mit ihrer Mutter gemeinsam inhaftierte Mädchen, von welchen eines dokumentierte Anzeichen von Traumatisierung hatte.

<sup>104</sup> BGBl. I Nr. 4/2011

<sup>105</sup> BGBl. Nr. 266/1993

des Geschlechtes, der Rasse oder Hautfarbe, der nationalen oder ethnischen Herkunft, des religiösen Bekenntnisses, der politischen Auffassung oder der sexuellen Orientierung empfunden zu werden.

(2) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben alle Menschen, bei denen dies dem üblichen Umgang entspricht oder die es verlangen, mit „Sie“ anzusprechen.

(3) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes haben dafür zu sorgen, daß die Durchsuchung eines Menschen (Durchsuchung der Kleidung und Besichtigung des Körpers) nur von jemandem desselben Geschlechtes oder von einem Arzt vorgenommen wird; dies gilt nicht, soweit ein hiezu erforderlicher Aufschub der Durchsuchung deren Zweck gefährden würde. Hievon ist die Durchsuchung von Kleidungsstücken ausgenommen, die nach den Umständen ohne Verletzung des Anstandes und ohne Verletzung anderer schutzwürdiger Interessen des Betroffenen abgelegt werden können.

• **Erlass BMI-FW1410/0323-II/3/2010, 29.10.2010, Abschiebep Praxis - Maßnahmen 12 10 2010 (Familien, 6-Punkte-Programm FBM, Umsetzung) - Auszug**

1) Besonders geschulte Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes

Im Falle von Rückführungen von Familien mit Minderjährigen sind bereits bei der Abholung von der jeweiligen Unterkunft besonders geschulte Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Sinne des Erlasses vom 23.04.2007, GZ BM.IEE2300/0054-II/2/b/2007 (Angehörige des „Abschiebepools“) oder solche, die eine besondere Ausbildung in kommunikativer und psychologischer Schulung genossen haben (z.B. Peer-Support, Jugendkontaktbeamte, Gewalt-Präventionsbeamte, Mitglieder von Verhandlungsgruppen) zur Unterstützung beizuziehen. Über den konkreten Bedarf hat die zuständige Fremdenpolizeibehörde erster Instanz die zuständige PI sowie das LPK zu informieren.

2) Zivilkleidung

Adjustierung und Bewaffnung der eingesetzten Bediensteten sind unter Berücksichtigung der besonderen Sensibilität für die Betroffenen und der Verhältnismäßigkeit zu wählen.

Die Einsätze sind daher grundsätzlich in Zivilkleidung durchzuführen, die Bewaffnung und sonstigen Einsatzmittel sind verdeckt zu führen.

Uniformierte Kräfte sind nur bei spezifischem Bedarf (z.B. zur Außensicherung oder bei besonderen Gefährdungslagen) heranzuziehen. Die Langwaffe ist nur dann sichtbar im Einsatz zu führen, wenn dies aufgrund einer besonderen Gefährdungslage geboten ist.

Sondereinsatzkräfte mit Spezialausrüstung sind nur in Ausnahmesituationen vor Ort einzusetzen.

3) Ärztliche Begleitung / psychologische Unterstützung

a) Ärzte sind zur Begleitung der fremdenpolizeilichen Amtshandlung bei Familien verstärkt beizuziehen insbesondere dann, wenn gesundheitliche Probleme schon im Vorfeld erkennbar sind.

Die Fremdenpolizeibehörde hat die Anforderung ehestmöglich – unter kurzer Schilderung der zu erwartenden Problemlagen – an die Abteilung II/3 zu richten, welche die Verfügbarkeit mit der Abteilung II/6 abklärt und diesfalls die Entsendung bewirkt. Die Ärzte gelten für die Zeit dieser Tätigkeit als dem BM.I dienstzugehörig

Ein Pool von Amtsärzten zur Begleitung im Zuge von Charter-Abschiebungen wurde bereits geschaffen (Erlass des BM.I vom 07.07.2010, Zl. BM.I-PA1000/1037-I/1/e/2010).

b) Psychologische Aspekte sind dahingehend abzudecken, als seitens der zuständigen Fremdenpolizeibehörde der jeweilige örtlich zuständige Jugendwohlfahrts-träger von der Abholung/Festnahme zu informieren und um Unterstützung zu ersuchen ist.

Die Umstände der psychologischen Betreuung, oder der Nichtinanspruchnahme/Weigerung der Betroffenen an der Teilnahme, sind entsprechend zu dokumentieren.

4) Familiengerechte Unterbringung

Der im § 77 Abs. 1 FPG angelegte „Anwendungsvorrang“ des gelinderen Mittels bei Minderjährigen wird – in Familienverfahren – sinngemäß für die gesamte Familie zu Grunde gelegt werden.

Dabei ist zukünftig hinsichtlich der Aufenthaltsverpflichtung an einem bestimmten Ort (für die Zeit unmittelbar vor der Abschiebung und zur Abwicklung der nötigen Vorbereitungen wie Flugtauglichkeitsuntersuchung und Abschiebungs- Kontaktgesprächen) ausschließlich auf die zu schaffende Infrastruktur („betreute Wohnung“) zurückzugreifen.

In der Zwischenzeit – ab sofort – ist die Nutzung des PAZ auch für die kurzfristige Unterbringung im Stande der Festnahme zur Abschiebung nicht zulässig.

5) Zentrale Koordinierungs- und Ombudsstelle

a) Ombudsstelle zum Fremdenwesen: Im BM.I wurde mit 28.10.2010 eine Ombudsstelle eingerichtet. Diese stellt eine Auskunftsstelle dar, die Unterstützung und Hilfestellung bei Familienrückführungen gibt. Zielgruppe dieser Ombudsstelle sind Betroffene, NGO's und interessierte Bürgerinnen und Bürger. Die Ombudsstelle ist an Werktagen, Montag bis Freitag, von 08:00 bis 18:00 Uhr unter der Telefonnummer 0810 220 245 oder unter der Email-Adresse ombudsstelle.fremdenwesen@bmi.gv.at erreichbar und steht für Fragen, Beschwerden und Anregungen zur Verfügung.

b) Zentrale Koordinierungsstelle: Im BM.I wird eine Zentrale Koordinierungsstelle für Behörden geschaffen, welche u.a. die rechtlichen Aspekte (insb. im Hinblick auf die Grundrechtssensibilität - Art. 8 EMRK) bei Abschiebungen mit Familienbezug beurteilt. Der Informationsfluss wird – einschließlich einer Vorprüfung und eines Entscheidungsvorschlages – dem Dienstweg entsprechend, über die Sicherheitsdirektionen (in Wien: Leitung der Verwaltungspolizeilichen Abteilung) mittels standardisierter Vorlagen erfolgen. Der Betrieb der zentralen Koordinierungsstelle und die laufende statistische Erfassung der Familienfälle wird zeitnah aufgenommen. Die näheren Details werden derzeit unter der Federführung des Bereiches II-B-2 geprüft und entwickelt. Entsprechende Informationen werden den Behörden nachgereicht.

• **Erlass BMI-FW1410/0387-II/1/b/2010, 19.11.2010, Abschiebepaxis - Vorgangsweise bei der Unterbringung von fremdenrechtlich festgenommenen Familien bzw. unbegleiteten Minderjährigen bis 16 Jahre in der Familienunterbringung Wien 11., Zinnergasse 29a; - Auszug**

2. Beschreibung / Festlegung der Arbeitsabläufe betreffend Abholung und Betreuung in der familiengerechten Unterkunft:

Sofern eine Familie oder ein UMF nicht freiwillig ihrer Ausreiseverpflichtung nachkommen und aufenthaltsbeendende Maßnahmen erforderlich sind, ist polizeiliches Handeln zur Durchführung einer Abschiebung auf eine Festnahme gem. § 39 FPG 2005 iVm § 74 FPG 2005 (bis zu 48 Std.) bzw. in Verbindung mit einer behördlichen Unterkunftsanordnung im Rahmen des gelinderen Mittels gemäß § 77 Abs. 5 FPG 2005 (bis zu 72 Std.) zu stützen.

Die Festnahme zielt darauf ab, die unerlässliche Anwesenheit der Betroffenen und der Obsorge unter- bzw. nahestehenden Minderjährigen für die Durchsetzung der Ausreiseverpflichtung (einschließlich den unbedingt notwendigen Vorbereitungen wie ärztliche Untersuchung, Abschiebegespräche) sicherzustellen.

Für den Festnahmeprozess gelten im Speziellen die Regelungen der Richtlinien-Verordnung – RLV für das Einschreiten der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes. Als Rechtsgrundlagen/Titel zur Außerlandesbringung gem. § 46 FPG sind durchsetzbare Ausweisungen (§ 10 AsylG od. §§ 53 u. 54 FPG) oder durchsetzbare Aufenthaltsverbote (§ 60 FPG) erforderlich.

Das Gebäude Wien 11., Zinnergasse 29a wird im Vollbetrieb für die Unterbringung von bis zu 12 Familien und UMF bis 16 Jahre vor deren Außerlandesbringung adaptiert (der diesbezügliche Grundsatzterlass der Abt. IV/3 ist unter Zl. BMI-RS1400/0747-IV/3/2010 am 02.11.2010 an die BPD Wien ergangen). Die Bezeichnung für die neue Dienststelle lautet „Familienunterbringung-Zinnergasse“ (Kurzbezeichnung „FamU-ZG“).

Das Objekt wird nach Fertigstellung die Anforderungen nach der Verordnung der Bundesministerin für Inneres über die Anhaltung von Menschen durch die Sicherheitsbehörden und Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes (vgl. BGBl. II 1999/128 idF BGBl. II 2005/439 vom 22.12.2005) erfüllen, um die notwendigen Voraussetzungen für die Übernahme festgenommener Personen und deren Anhaltungen (zur Vorbereitung der Abschiebungen) zu bilden.

Die Anhaltung von Familien und „UMF grundsätzlich bis 16 Jahre“ – nach Einzelprüfung durch die Abt. II/3 – hat hinkünftig, wenn ihr weder medizinische Gründe noch in der Person des Häftlings liegende Gründe (insbesondere Aggressionsverhalten, Gewaltbereitschaft oder vorangegangene Fluchtversuche) entgegenstehen, grundsätzlich in den Apartments auf bedarfskonformen Sicherheitsniveau um eine möglichst geringfügige Beeinträchtigung der Betroffenen zu erreichen zu erfolgen.

Dabei wird auf eine größtmögliche Bewegungsfreiheit im Gebäude sowie auf die Autonomie der Familien innerhalb der Apartments besonderer Wert gelegt. Regelmäßige Kontrollen der Apartments sind – ausgenommen während der Nachtruhe – vorgesehen. Ebenso erfolgt das Versperren der Apartment-Türen nur während der Zeit der Nachtruhe. Unbegleitete minderjährige Fremde ab 16 Jahren werden grundsätzlich weiterhin in „Offenen Stationen“ der PAZen untergebracht und dort altersgerecht angehalten. Bei Jugendlichen bis 16 Jahren ist jedenfalls eine Einzelfallprüfung durchzuführen und die Zustimmung der Abt. II/3 einzuholen, bevor eine Unterbringung in einem Polizeianhaltezentrum oder in der Familienunterbringung Zinnergasse erfolgt.

Im Falle des freiwilligen Begleitens eines Elternteils durch ein minderjähriges Kind (bzw. Kinder) muss eine Zustimmungserklärung der Eltern bei der Festnahme eingeholt werden. Die medizinische Betreuung sowie allfällig erforderliche Abschiebeuntersuchungen erfolgen im Allgemeinen durch den polizeiamtsärztlichen Dienst der Bundespolizeidirektion Wien (Ärztinnen und Ärzte der PAZen und „Aeskulap-Dienste“).

Der Dienst in der FamU-ZG erfolgt grundsätzlich in Zivil, sofern es für die angehaltenen Fremden nicht notwendig ist, die Dienst versehenen EB als solche zu erkennen, um allfällige Probleme, Fragen oder Hilfebedarf an diese heranzutragen. Für EB in Zivil ist eine Erkennbarkeit sicherzustellen (z.B. durch Lanyards mit Steck- und Sicherheitsverschluss mit Autorisierungsschildern - „Polizei“). Die erforderliche Ausrüstung wie Pfefferspray, Handfessel und Multifunktions-Tool ist mitzuführen.

3. Veranlassung und Beauftragung einer Außerlandesbringung einer Familie durch die zuständige Fremdenbehörde:

Die Abholung (Festnahme) von Familien erfolgt grundsätzlich unter Mitwirkung besonders geschulter Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes - z.B. „Abschiebepool“ (vgl. GDErlass, Zl. BMI-FW1410/0323-II/3/2010 vom 29.10.2010), in Zivilkleidung.

Die Fremdenbehörde beauftragt die örtlich zuständige PI mit der Festnahme der jeweiligen Fremden (Personen) und verständigt mittels E-Mail gleichzeitig das zuständige Landespolizeikommando sowie das BM.I (Abteilung II/3 und Referat II/2/b).

Das Landespolizeikommando (OEA, in Wien die AFA) hat die Gesamtkoordinierung und Steuerung der operativen Umsetzung der Festname zu veranlassen.

Die Personalstärke und -zusammensetzung des Teams hat sich nach einer aktuellen Einschätzung auf Grund bekannter Faktoren wie insbesondere der Familiengröße/-struktur und dem Alter der Kinder/Minderjährigen zu richten.

Einem Abhol- bzw. Festnahmeteam haben qualifizierte EB und Verwaltungsbedienstete der Fremdenpolizei anzugehören (demonstrativ)

- ein EB der örtlich zuständigen PI (Lokalkenntnisse, führt die Amtshandlung aufgrund der örtlichen Zuständigkeit) bzw. in Wien AFA, FB 04

- ein EB des Abschiebepools, zwecks kommunikativer und psychologischer Mitwirkung (Nominierung durch LPK. Dieser EB ist im Hinblick auf weitere Planungsmaßnahmen unverzüglich dem BM.I - Ref. II/2/b bekannt zu geben.)

- weitere Kräfte für den Transport der Fremden vom Quartier bis zur speziell adaptierten FamU-ZG (Familienunterkunft)
- Angehöriger FrB (bei Bedarf bzw. BPD Wien)
- Dolmetscher/innen (bei Bedarf)
- Die Beziehung eines Arztes im Bedarfsfall (siehe Erl. Zl. BMI-FW1410/0323-II/3/2010 vom 29.10.2010 geregelt).

Die Entscheidung, ob ein besonders geschultes Organ auch den Transport begleitet oder bereits vor Ort in seine Stammdienststelle zurückkehrt, ist nach Bedarf und Einschätzung vor Ort zu treffen. Erfahrungsgemäß ergeben sich die kritischen Momente nur bei der Festnahme und der Verbringung in das Transportfahrzeug.

Der örtlich zuständige Jugendwohlfahrtsträger ist durch die zuständige Fremdenpolizeibehörde über die geplante Festnahme zu informieren und ggf. um Unterstützung zu ersuchen. Die Inanspruchnahme oder Verweigerung von Betreuungsleistungen durch die Festgenommenen ist aktenkundig zu machen.

Anschließend erfolgt die Aufnahme in die speziell adaptierte FamU-ZG (Zinnergasse 29a) und weitere Anhaltung durch Kräfte der AFA-Wien. Das Aufnahmeverfahren erfolgt analog zu dem eines Polizeianhaltezentrum (Sanitätsstelle, Eintrag in die Anhaltedatei-Vollzugsverwaltung).

In der Familienunterkunft werden überwiegend besonders geschulte EB aus den PAZen der BPD Wien eingesetzt. Es wird hingewiesen, dass es sich hierbei um EB handelt, die im Rahmen der berufsbegleitenden Fortbildung einschlägige Schulungen erhalten haben (Konfliktmanagement, Kommunikation, Kulturvorträge etc.).

Besondere Sicherungsmaßnahmen gem. § 5 AnHÖ und Eskalationsstufen (gewaltbereite Familienangehörige) können in der Familienunterbringung nur kurzfristig durchgeführt werden. Erforderlichenfalls wird hier eine Überstellung in das Polizeianhaltezentrum nicht zu verhindern sein (besonders gesicherte Hafträume, d.h. z.B. Eltern teil im PAZ, Minderjährige in Betreuung bei der Jugendwohlfahrt)

- **Erlass BMI-OA1320/0070-II/1/b/2008**, 9.7.2008, Polizeianhaltezentren (PAZ), Allgemeines und Gewahrsame im Bereich der Sicherheitsexekutive, Med. Untersuchung von Kindern im Rahmen von Abschiebungen auf dem Luftwege.

### VI.3. Rechtsgrundlage für die „faktische Mit-Anhaltung“ von Kindern in Schubhaft

#### VI.3.1. Vorbemerkungen

Bereits in seinem Bericht aus dem Jahr 2000 empfahl der MRB, die In Schubhaftnahme von minderjährigen Fremden unter 14 Jahren *gesetzlich* zu verbieten.<sup>106</sup> Weiters empfahl er, durch Gesetz die Verpflichtung zur Anordnung eines gelinderen Mittels gegenüber unmündigen Minderjährigen auch auf eine erziehungsberechtigte Begleitperson, bei der die Voraussetzungen zur Verhängung der Schubhaft vorliegen, auszudehnen.<sup>107</sup>

Seit dem Jahr 2009 diskutierte der MRB immer wieder die Frage, welche gesetzliche Grundlage für eine Unterbringung von Kindern unter 14 Jahren in einem PAZ in Frage kommen könnte.<sup>108</sup> Die Mit-Unterbringung erschien dem Beirat wegen des damit unweigerlich einhergehenden Freiheitsentzugs und der für den Staat erwachsenden besonderen Sorgfaltspflichten problematisch.

Auslöser der Diskussion war der Fall der Familie *Ramazani*: Am Dienstag, den 7 April 2009 war die Überstellung der Familie ins PAZ Rossauer Lände zur Durchführung der Abschiebung nach Griechenland geplant. Bei der Festnahme in der EASt St. Georgen gab die Mutter gesundheitliche Probleme an, woraufhin die stationäre Aufnahme ins LKH Vöcklabruck erfolgte. Der Vater und die 3 minderjährigen Kinder (4, 7 und 11 Jahre) wurden als „Passanten“ ins PAZ Rossauer Lände gebracht. Die Unterbringung erfolgte in einem abgeschlossenen Bereich im 4. Stock des PAZ. Diese Zelle wurde provisorisch im Sinne eines offenen Vollzugs für die Unterbringung von Familien adaptiert. Am nächsten Tag erklärte der Vater, nicht ohne seine Frau abgeschoben werden zu wollen. Die Abschiebung wurde daraufhin abgebrochen, über den Vater die Schubhaft verhängt. Auf einem Formular, welches in deutscher Sprache verfasst war, erteilte der Vater seine schriftliche Zustimmung zur Anhaltung der drei Kinder. Der Inhalt des Formulars war ihm mittels Dolmetsch verständlich gemacht worden. Am Freitag, den 10. April 2009 erging seitens der griechischen Behörden die Information, dass in den nächsten zwei Wochen keine Überstellungen nach Griechenland bewilligt würden. Die BH Vöcklabruck verfügte daraufhin die Verhängung des gelinderen Mittels und veranlasste die Unterbringung des Vaters und der drei Kinder in Bad Vöslau. Die Mutter befand sich zu diesem Zeitpunkt noch in stationärer Behandlung im Krankenhaus Vöcklabruck. Während des Aufenthalts im PAZ suchte die Rechtsvertretung Herrn Ramazani zwei Mal auf, die Schubhaftbetreuung am Donnerstag. Vertreter/innen der Jugendwohlfahrt besuchten die Familie am Freitagvormittag.

<sup>106</sup> Empfehlung Nr. 50.

<sup>107</sup> Empfehlung Nr. 51.

<sup>108</sup> Schreiben des MRB-Vorsitzenden Dr. Wielinger an SC Dr. Vogl vom 29. September 2009.

Das Ministerium erläuterte in einer Stellungnahme zum genannten Fall gegenüber dem Beirat, dass Fremde unter 14 Jahren keinesfalls in Schubhaft genommen würden.<sup>109</sup> Die Grundlage des Aufenthalts von Minderjährigen unter 14 Jahren im PAZ stelle eine im Einzelfall vom Erziehungsberechtigten einzuholende Zustimmung dar. Um eine Trennung der Familie zu vermeiden, werde den Betroffenen ermöglicht, sich gemeinsam im PAZ aufzuhalten. Alternativ wäre in derartigen Fällen für die Kinder die Obsorge der Jugendwohlfahrt zu organisieren, was aber im Verhältnis der relativen Kurzfristigkeit und in Anbetracht der besonderen Unterbringungsvorsorge im PAZ im Ergebnis wohl die "weniger schonende" Vorgangsweise darstellen würde.<sup>110</sup>

Mit dem **FrÄG 2011**<sup>111</sup> wurde diese im Vollzug gepflogene Vorgangsweise nun gesetzlich verankert: So bestimmt § 76 Abs. 1a FPG ausdrücklich „*Unmündige Minderjährige dürfen nicht in Schubhaft angehalten werden.*“ In § 79 FPG wurde folgender Abs. 5 angefügt: „*Sofern eine familien- und kindgerechte Unterbringung gewährleistet ist, ist Fremden, die zeitnah zu einer Abschiebung in Schubhaft angehalten sind, zu gestatten, dass sie von ihnen zur Obsorge anvertrauten Minderjährigen begleitet werden. Im Falle des Begleitens gelten die Schutznormen aus der Hausordnung sinngemäß für die Minderjährigen.*“

Die Materialien<sup>112</sup> betonen die Gewährleistung einer größtmöglichen Sicherheit auch gegenüber den Minderjährigen, die ja gerade *nicht* im Sinne des Gesetzes angehalten seien. Zudem solle die Schubhaft in Entsprechung des Art. 17 der RückführungsRL für die kürzest mögliche angemessene Dauer eingesetzt werden. Dies entspreche dem schon bisher in § 80 Abs. 1 FPG normierten Grundsatz, dass die Behörde verpflichtet ist darauf hinzuwirken, dass die Schubhaft so kurz wie möglich dauert.

### **VI.3.2. Statistische Daten**

Vor Inbetriebnahme der Familienunterbringung Zinnergasse (vgl. VI.2.) wurden im PAZ mitangehaltene Kinder nicht in der Anhaltedatei erfasst. Dies wurde damit begründet, dass Minderjährige unter 14 Jahren sich ja nicht in Schubhaft befänden. Genaue Zahlen für die Vergangenheit sind daher nicht verfügbar bzw. wäre dies laut Auskunft des BM.I mit sehr großem Aufwand verbunden, weshalb die Arbeitsgruppe von der Einholung absah.

Nunmehr ist eine Abrufbarkeit über die Anhaltedatei möglich: Vom Tag der Inbetriebnahme der Familienunterbringung am 18. Jänner 2011 bis einschließlich 29. August 2011 wurden insgesamt 194 Personen angehalten, davon 84 Erwachsene und 110 Kinder.<sup>113</sup>

### **VI.3.3. Aktuelle Erwägungen**

Das BM.I begründete die oben dargestellte Vorgangsweise damit, dass eine Inschubhaftnahme von Eltern bzw. eines Elternteils mit Kindern zwar unter Umständen nicht zur Verfahrensicherung, aber zur Sicherung der faktischen Ab- oder Zurückschiebung zumindest für einen kurzen Zeitraum geboten erscheinen könne. Neben den unbedingt notwendigen Vorbereitungen wie ärztliche Untersuchung, Abschiebegespräche etc. solle sichergestellt werden, dass sich die betroffenen Personen nicht im letzten Augenblick der Außerlandesbringung entziehen. Dem Kindeswohl entspreche es in solchen Fällen wohl am besten, wenn die Kinder mitgenommen würden. Die nunmehr mit dem FrÄG getroffene Regelung stelle die bisherige Praxis auf eine gesetzliche Grundlage, indem Fremden, die „zeitnah“ zu einer Abschiebung in Schubhaft angehalten sind, gestattet werde, dass sie von ihnen zur Obsorge anvertrauten Minderjährigen „begleitet“ werden.

Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang abermals auf die Position des Menschenrechtskommissars des Europarates. Zwar betont dieser ausdrücklich, dass die Verhängung von Haft über Minderjährige auf ein absolutes Minimum beschränkt werden und im Einklang mit

<sup>109</sup> Vgl. Handbuch zum FPG (2005), Anmerkungen zu § 12: „Über Minderjährige unter 14 Jahren ist keinesfalls die Schubhaft anzuordnen, erforderlichenfalls ein gelinderes Mittel!“

<sup>110</sup> Schreiben der Abt. II/3 vom 21. Oktober 2009, BM.I-1022002/0005-II/3/2009.

<sup>111</sup> BGBl. I Nr. 38/2011.

<sup>112</sup> [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/II/II\\_01078/fnameorig\\_206974.html](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/II/II_01078/fnameorig_206974.html)

<sup>113</sup> Der Arbeitsgruppe von CI Grasel aus dem Zahlenmaterial des BM.I übermittelt.

den Bestimmungen der UN-Kinderrechtskonvention erfolgen sollte. In der Anhaltung von Kindern für einige wenige Stunden oder Tage vor einer tatsächlich stattfindenden Abschiebung sieht er jedoch noch eine ausnahmsweise zulässige Maßnahme.

In diesem Sinne hält der Beirat fest, dass **selbst eine kurzfristige Anhaltung von Kindern immer ultima ratio bleiben muss und erst dann zum Einsatz gelangen darf, wenn der Zweck nicht auch durch gelindere Mittel erreicht werden kann.** Im Sinne der Erhaltung der Familieneinheit scheint jedoch auch dem Menschenrechtsbeirat die faktische Mit-Anhaltung von Kindern in der neu eingerichteten Familienunterkunft die weniger eingriffssensitive Maßnahme als eine Trennung von den Eltern. **Es steht aber fest, dass es sich immer nur um sehr kurze Anhaltungen handeln kann. Eine längere Mitnahme von Kindern in die Schubhaft kann im Lichte der internationalen Menschenrechtsnormen und –standards nicht gerechtfertigt werden. Es ist daher davon auszugehen, dass Fälle längerer Schubhaft von Familien mit Kindern nur mehr eine absolute Ausnahme darstellen werden, und zwar dann, wenn eine geordnete Vorbereitung der Abschiebung anderweitig nicht möglich ist und insbesondere wenn Abschiebeversuche wiederholt frustriert worden sind.** Allerdings ist die Arbeitsgruppe dahin informiert worden, dass im Schubhaftzentrum Vordernberg doch einzelne Familienwohnungen für die nicht ganz kurzfristige Unterbringung von Familien sowie mehrere der Familienunterkunft Zinnergasse vergleichbare Wohnungen für einen kurzen, der Vorbereitung der Abschiebung dienenden Aufenthalt, geplant sind.

Letztlich möchte der Beirat nochmals daran erinnern, dass **alle Minderjährigen** „Kinder“ im Sinne der UN-Kinderrechtskonvention und des unlängst vom Nationalrat beschlossenen **Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern** sind. Die Grundsätze der Art 1 und 2 dieses neuen BVG sind auch im FPG zu berücksichtigen; Kinder haben danach Anspruch auf „den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig ist“ und das Wohl des Kindes muss „bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen eine vorrangige Erwägung sein“ (Art 1). Noch dazu hat „jedes Kind, das dauernd oder vorübergehend aus seinem familiären Umfeld ..... herausgelöst ist, Anspruch auf besonderen Schutz und Beistand des Staates“ (Art 2 Abs 2). Unzweifelhaft stellt die Anhaltung der Eltern eines Minderjährigen in Schubhaft unabhängig von dessen aktuellem Aufenthaltsort eine Situation dar, die im Interesse des Kindeswohls einen besonderen Schutz- und Fürsorgeanspruch gegenüber dem Staat im Sinne der erwähnten Grundsätze auslöst. Entweder wird dadurch nämlich das Kind aus seinem „familiären Umfeld herausgelöst“ oder ist diese Situation unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls einem solchen gleichzuhalten. Daraus folgt, dass zwar die Rechte und Pflichten der obsorgeberechtigten Eltern des Minderjährigen vorrangig zu berücksichtigen sind, die **Initiative zur Wahrung des Kindeswohls** in der in Rede stehenden Ausnahmesituation des Minderjährigen (Aufenthalt außerhalb des Heimatstaates, Schubhaft der Eltern) aber nicht den Eltern allein überlassen werden darf, sondern auch der Behörde zukommt. MaW, das Einverständnis der Eltern, ihre Kinder in die Schubhaft mitzunehmen, kann die behördliche Verantwortung für die umfassende Wahrung des Kindeswohls weder ersetzen noch einschränken<sup>114</sup>.

Die Einholung eines informierten Einverständnisses der Eltern/Erwachsenen setzt bei Fremden ohne ausreichende Deutschkenntnisse die Beiziehung einer/s Dolmetscherin/ers und/oder die Auflage eines verständlich gefassten **Formblattes** in den wichtigsten in Betracht kommenden Sprachen voraus. Die Informationspflicht beinhaltet auch Informationen über die bestehenden Aufenthalts- und Unterbringungsmöglichkeiten inner- und außerhalb des Haftzentrums. Von einer gänzlichen Übertragung der Obsorge über Kinder und Jugendliche, die nicht mitangehalten werden (können), an die Jugendwohlfahrt sowie von einer allfälligen Androhung einer solchen Übertragung gegenüber den Eltern ist abzusehen.

---

<sup>114</sup> Vgl. dazu auch *Muskhadzhiyeva and others v Belgium*, No. 41442/07, 19 January 2010, paras 55 – 63. In diesem Fall waren vier Kinder gemeinsam mit ihrer Mutter in einem nicht für Kinder konzipierten Transitzentrum am Brüsseler Flughafen festgehalten. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Tatsache, dass die Kinder nicht von ihrer Mutter getrennt worden waren, die Behörden nicht von ihrer Verpflichtung entband, adäquate Maßnahmen iSv Art. 3 EMRK zu treffen.

In allen Fällen von Familienunterbringung in Haft oder im gelinderen Mittel sollte daher die **Jugendwohlfahrt beigezogen und stets in wichtige Entscheidungsprozesse eingebunden** werden.

## **VI.4. Haftbedingungen für Familien mit Kindern**

### **VI.4.1. Vorbemerkungen**

Eine weitere Folge des Falles der Familie *Ramazani*<sup>115</sup> war die erlassmäßige Einrichtung einer Familienstation im PAZ Rossauer Lände im Herbst 2009.<sup>116</sup> Seitens der zuständigen Kommission Wien 2 und des Beirates wurde die Einrichtung der Familienstation grundsätzlich begrüßt, da damit ein menschenrechtsschonenderer Schubhaftvollzug im Sinne des Art 8 EMRK ermöglicht wurde.

Nichtsdestotrotz merkte die Kommission an, dass im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit von der Einschubhaftnahme von Familien mit Kindern grundsätzlich Abstand zu nehmen sei und eine Festnahme nur vorübergehend zur unmittelbaren Sicherung der Abschiebung erfolgen sollte. In weiterer Folge kritisierte die Kommission im Zuge eines Besuches<sup>117</sup> während der Sommermonate die Schließung der Station obwohl zum Zeitpunkt des Besuchs zwei Familien im PAZ untergebracht waren. Als Grund wurde von den Beamten angegeben, dass die Familienstation aus Kapazitätsgründen nicht für eine Familie offengehalten werde, insbesondere im Sommer während der Urlaubszeiten. Die Station würde vorübergehend nur kurzfristig für ein oder zwei Nächte im Vorfeld von Charterabschiebungen von Familien mit kleinen Kindern geöffnet. Aus Sicht der Kommission schien es bedenklich, dass die Einrichtung der Familienstation von Seiten der Behörden zwar offiziell als großer Fortschritt im Hinblick auf eine schonendere Unterbringung von Familien vor der Abschiebung dargestellt wurde, die Station in der Praxis jedoch aus Gründen des Personalmangels offenbar immer wieder nicht verwendet wird. Sie regte daher dringend die Bereitstellung des nötigen Personals an, um die neugeschaffene Möglichkeit der Familienunterbringung auch praktisch zu realisieren.

### **VI.4.2. Vom BM.I veranlasste Maßnahmen**

Infolge des Falles der Familie *Komani* im Herbst 2010 beauftragte Bundesministerin Fekter ein Programm zur Verbesserung der Rückführungspraxis bei Familien mit Kindern. Eine Maßnahme im Zuge der Umsetzung dieses Programms war die Schließung der Familienstation im PAZ Rossauer Lände und die Einrichtung<sup>118</sup> der **Familienunterbringung Zinnergasse** (vgl. Kapitel VI.2., in welchem der Erlass ausführlich dargestellt ist). Dieser kommt nun die Funktion einer Transitstation zu, in welche Familien und unbegleitete Minderjährige unter 16 Jahren vor ihrer Rückführung per Bus oder Flugzeug aus ihren Quartieren überstellt und für einen, maximal zwei Tage angehalten werden.

Aktuell werden im Objekt in der Zinnergasse weitere Plätze für das **gelindere Mittel** geschaffen. Diese sollen für Fremde der BPD Wien bzw. der BPDen zur Verfügung stehen. Das Gebäude soll ausgebaut und horizontal zweigeteilt genutzt werden (Familienunterbringung = Anhaltung im offenen Vollzug im 2. und 3. Stock, gelinderes Mittel in den beiden unteren Stockwerken). In den 16 zusätzlichen Wohneinheiten werden die Betroffenen im Rahmen des gelinderen Mittels untergebracht sein und das Haus unter Meldepflicht auch verlassen dürfen. Nebenbei sollen sie Freizeitmöglichkeiten erhalten. Im Freien sind eine Außenanlage sowie ein Spielplatz hinter dem Gebäude geplant, die eine Bewegung im Freien garantieren. Entsprechend einer Information durch das BM.I wird mit der Fertigstellung Ende September 2011 gerechnet. Nach Ausstattung der Räumlichkeiten ist die Inbetriebnahme Anfang Oktober 2011 geplant.

### **VI.4.3. Aktuelle Erwägungen**

Im Rahmen eines Besuchs konnte sich die Arbeitsgruppe selbst ein Bild von den in der neuen Familienunterbringung Zinnergasse herrschenden Haftbedingungen machen. Das Ge-

---

<sup>115</sup> Siehe dazu oben Kap. VI.3.1.

<sup>116</sup> BMI-OA1320/0085-II/1/b/2009, 10.11.2009, Polizeianhaltezentren (PAZ), Allgemeines und Gewahrsame im Bereich der Sicherheitsexekutive Polizeianhaltezentrum Wien-Roßauer Lände, Schaffung einer Familienstation;

<sup>117</sup> II-37/2010, 30.7.2010.

<sup>118</sup> BMI-FW1410/0387-II/1/b/2010, 19.11.2010, Abschiebep Praxis - Vorgangsweise bei der Unterbringung von fremdenrechtlich festgenommenen Familien bzw. unbegleiteten Minderjährigen bis 16 Jahre in der Familienunterbringung Wien 11., Zinnergasse 29a;

bäude ermöglicht einen offenen Vollzug der Anhaltung im 2. und 3. Stock und verfügt über 12 Wohneinheiten zu je 54 m<sup>2</sup>. Die Wohneinheiten bestehen aus einem Vorzimmer mit Kochnische, einem Bad, einem WC und zwei (Schlaf)zimmern. Die Fenster sind nicht vergittert, lassen sich aber aus Sicherheitsgründen nur kippen.

Soweit es tatsächlich notwendig ist, Familien und Kinder in Vollziehung fremdenrechtlicher Bestimmungen anzuhalten, erscheint eine kurzfristige Anhaltung in dieser Einrichtung jedenfalls - vor allem für Kinder - weniger eingriffsintensiv als in den bisher zur Verfügung stehenden "Familienzellen" im PAZ. Wie bereits in der Stellungnahme des MRB zum Begutachtungsentwurf des FrÄG 2011 empfohlen, sollte die **Pflicht zur Bereitstellung familiengerechter Unterbringungsmöglichkeiten** (durch Einrichtung von geeigneten Familienhafräumen in Polizeianhaltezentren oder besondere Familienunterbringung im Sinne des Erlasses vom 19. November 2010/Familienunterkunft Wien 10., Zinnergasse) nach Ansicht des Menschenrechtsbeirates **gesetzlich verankert** werden.

Aufgrund von Erfahrungen aus der Praxis verweist der Beirat letztlich noch darauf, dass in Bezug auf die im Rahmen eines gelinderen Mittels mögliche **Anordnung, in von der Behörde bestimmten Räumen Unterkunft zu nehmen** (§ 77 Abs. 3 Z1 FPG), **klargestellt** werden sollte, dass diese Anordnung **keinesfalls einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme gleichkommen darf**.

## VI.5. Erhalt der Familieneinheit

### VI.5.1. Bisherige Empfehlungen des MRB

#### Empfehlungen aus dem Bericht „Minderjährige in Schubhaft“ (2001)

69. Der Beirat empfiehlt, im Schubhaftmanagement des BM.I dafür Sorge zu tragen, dass im Fall der Familientrennung unter Anwendung des gelinderen Mittels für den einen Familienteil der Vollzug der Schubhaft für die restliche Familie in der nächstgelegenen Haftanstalt, bei der Anhaltung von Minderjährigen in altersgemäßen Hafräumlichkeiten jedenfalls aber im selben Bundesland möglich wird.

70. Der Beirat empfiehlt, dass Familienangehörige – sofern Schubhaft verhängt wird – jedenfalls in derselben Haftanstalt angehalten werden.

#### Aus Anlass des Falles Komani hat der MRB eine Empfehlung aus dem Bericht zum Einsatz behördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (2004) in Erinnerung gerufen:

257. Unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsprinzips wird empfohlen, der Abwägung zwischen der Bedeutung der Durchsetzung einer Amtshandlung - insbesondere unter Anwendung von Zwangsgewalt - und den damit verbundenen Risiken in der konkreten Situation mehr Beachtung zu schenken. Diese Abwägung kann im Einzelfall zu

- einer Innehaltung,
- einer Verschiebung auf einen späteren Zeitpunkt oder auch
- einem Abbruch

der Amtshandlung oder ihrer zwangsweisen Durchsetzung führen. Dieser Aspekt sollte in der Schulung der Exekutivbeamtinnen und -beamten besonders berücksichtigt werden.

**Weiters verabschiedete der Beirat aus diesem Anlass eine neue Empfehlung.** Anstoß dazu gab der Dringlichkeitsbericht der Kommission OLG Wien II anlässlich eines Besuches im PAZ Rossauer Lände (II-60/2010) und der darauffolgenden Wahrnehmungen zum Fall der Familie Komani. Hierbei nimmt der Beirat Bezug auf die Fortsetzung der Abschiebung des Vaters und der zwei Töchter, obwohl im Zuge deren Festnahme bekannt und verifizierbar wurde, dass die Mutter sich stationär im Spital befand. Dies schien im Hinblick auf das verfassungsmäßig gewährleistete Recht auf Schutz des Familienlebens iSd Art 8 EMRK bedenklich:

353. Aus Anlass seiner Wahrnehmungen zum Fall der Familie Komani empfiehlt der MRB, bei Abschiebungen in jeder Phase des Geschehens zu prüfen, ob menschenrechtliche Aspekte aufgetreten sind, die eine Fortsetzung der Abschiebung als nicht angezeigt erscheinen lassen.

### VI.5.2. Beobachtungen der Kommissionen

Insbesondere von der Kommission OLG Linz wurden im Jahr 2009 immer wieder<sup>119</sup> Fälle berichtet, die im Hinblick auf das durch Art. 8 gewährte Recht auf Familienleben bedenklich schienen, da es zur Trennung von Familien, teilweise mit Kleinkindern und Babies gekommen war.

Im Juni 2010 berichtete die Kommission Wien III<sup>120</sup> über eine georgische Familie (2 Erw. und 4 Kinder), die ohne ihren Sohn S. (geb. 22.07.1994) abgeschoben werden sollte. Der Sohn sei im Zuge der Festnahme geflohen, die

<sup>119</sup> Vgl. Bericht IV-63/2009 über ein Gespräch mit Vertretern der BH Vöcklabruck.



Mutter äußerte große Bedenken, ihr Sohn könne sich etwas antun. Angeblich bestand Kontakt zum VMÖ, welcher versuchte, den Jungen zur Mitfahrt zu bewegen. Im Lichte des Rechts auf Schutz des Familienlebens erachtete die Kommission die Abschiebung der Familie ohne ihren minderjährigen Sohn als menschenrechtlich bedenklich. Sie verwies auf § 46 Absatz 4 FPG wonach "die Behörde bei der Erteilung des Auftrages zur Abschiebung Maßnahmen anzuordnen hat, die im Rahmen der Durchführung sicherstellen, dass die Auswirkung auf das Familienleben dieser Fremden so gering wie möglich bleibt". Aus den Gesetzesmaterialien zur Regierungsvorlage des FPG 2005 gehe hervor, dass die ratio legis dieser Bestimmung darin bestand, den Eingriff in das Familienleben der betreffenden Personen durch eine gemeinsame Abschiebung so gering wie möglich zu halten. Auch wenn im konkreten Fall davon auszugehen gewesen sei, dass der minderjährige Sohn verschwunden war, um der Abschiebung zu entgehen, und damit die Trennung von der Familie selbst verschuldete, so stehe im Hinblick auf die Minderjährigkeit der betreffenden Person die besondere Schutzwürdigkeit des Familienlebens den staatlichen Interessen an einer unmittelbaren Durchsetzung der Ausweisung entgegen. Aus Sicht der Kommission sollte die zitierte Bestimmung so ausgelegt werden, dass minderjährige Kinder nicht unbegleitet in Österreich zurückbleiben.

Die Anfrage der Arbeitsgruppe, ob in letzter Zeit Fälle der getrennten Außerlandesbringung von Minderjährigen und deren Angehöriger bekannt geworden seien, wurde von der Kommission Wien 2 verneint. In einem Fall<sup>121</sup> war eine Mutter mit ihrem 14-jährigen Sohn in das Otto Wagner-Spital eingeliefert worden. Die Abschiebung der Familie sei zwar nicht sofort, aber letztendlich doch abgesagt worden.

### VI.5.3. Aktuelle Erwägungen

Eine immer wiederkehrende Gemeinsamkeit der in den vergangenen Jahren im Beirat, in den Kommissionen wie auch in der Öffentlichkeit diskutierten Fälle liegt darin, dass einzelne Familienmitglieder im Zeitpunkt der Festnahme durch die Beamten entweder verschwunden waren oder sich wegen akuter psychischer Probleme in stationärer Behandlung befanden. Vorausgeschickt sei, dass die überwiegende Anzahl von Familienabschiebungen weitestgehend reibungslos funktioniert und es zu keiner Trennung von Familienmitgliedern kommt. Die angesprochenen Fälle stellen gemessen an der Gesamtzahl der Familienabschiebungen einen geringen Anteil dar.

Art. 8 gewährleistet das Recht auf Achtung des Familienlebens. Dies bedeutet zunächst, dass die Familie ein gemeinsames Leben entsprechend der Bindung untereinander führen kann. Nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR ist das Zusammensein von Eltern(-teil) und Kind nicht nur ein grundlegender Bestandteil des Familienlebens, sondern eines der von Art. 8 verfolgten Ziele.<sup>122</sup> Auch ausländische Bürger genießen das Recht auf Achtung ihres Familienlebens gemäß Art. 8 Abs. 1.<sup>123</sup> Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme, die zu einem Eingriff in die Garantie des Zusammenseins der Familie führe, ist zunächst zu fragen, ob die *gesamte* Familie betroffen ist. Ist das der Fall, dann greift sie lediglich in das *Privatleben* der Familienmitglieder, nicht aber in ihr *Familienleben* ein. Ist hingegen nur ein Teil der Familie betroffen, dann ist ein Eingriff in das Familienleben zu bejahen. In weiterer Folge stellt sich die Frage nach der Rechtfertigung bzw. Verhältnismäßigkeit der Maßnahme oder einer allfälligen Grundrechtsverletzung. Im Fall Komani<sup>124</sup> hielt die Kommission Wien 2 fest, dass die in Art. 8 Abs. 2 EMRK aufgezählten Interessen in keiner Weise geeignet seien, einen Eingriff zu rechtfertigen, durch den die Abschiebung eines Ehemannes und seiner Kinder ohne die Mutter vorgenommen und damit eine Trennung der Familie auf unbestimmte Zeit in Kauf genommen wird. Als Gründe für die Unverhältnismäßigkeit führte sie das junge Alter der Kinder, die schlechte psychische Verfassung der Mutter und die Trennung auf ungewisse Zeit an.

Im Gegenzug wird seitens der Behörden argumentiert, dass man mit zahlreichen Fällen konfrontiert sei, in denen ein Elternteil (teilweise mehrere Male) kurz vor der Abschiebung in psychiatrische Behandlung gehe und, dass dahinter sehr wohl das Kalkül stehe, die Abschiebung zu verhindern oder zumindest zu verzögern. Ebenso seien Fälle zu sehen, in denen ein Familienmitglied (auch minderjährige Kinder) vorübergehend untertauche.<sup>125</sup> In Dub-

---

<sup>120</sup> III-51/2010, PAZ Rossauer Lände, 28.6.2010.

<sup>121</sup> I-15 und II-19/2011, Freunde schützen Haus, 8.3.2011.

<sup>122</sup> Vgl. Grabenwarter Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, C.H. Beck/Manz, 2003, 185.

<sup>123</sup> Grabenwarter, 185.

<sup>124</sup> DB II-60/2010.

<sup>125</sup> Vgl. etwa <http://ooe.orf.at/stories/510489/>

lin-Verfahren gelte es, allfällige Fristabläufe zur Überstellung von Asylwerbern in den zuständigen Mitgliedsstaat zu berücksichtigen. Diese könnten mit dem Untertauchen oder Verstecken einzelner Familienmitglieder herbeigeführt werden. Um sicherzustellen, dass die betroffenen Personen auch tatsächlich in ihren Unterkünften angetroffen werden und nicht die – unter Umständen lange vorbereitete - Abschiebung frustrieren, wird seitens der Behörden mit Festnahmen in den frühen Morgenstunden (siehe dazu weiter unten) und der Verbringung der betroffenen Familien in das Quartier in der Wiener Zinnergasse für die letzten Stunden bzw. Tage vor der Abschiebung reagiert.

Der Menschenrechtsbeirat hält fest, dass es grundsätzlich iS des Art. 8 EMRK zu keiner Trennung von Familienangehörigen kommen sollte. Gleichzeitig sieht er das Dilemma, dass es einen Anreiz darstellen kann, die Situation durch Untertauchen oder Erkranken einzelner Familienmitglieder auszunützen, und dass (vorübergehende) Trennungen damit von den Betroffenen daher manchmal auch selbst herbeigeführt werden. Die Verabschiedung konkreter Empfehlungen fällt daher schwer. Eskalationen wie die geschilderten sollten bei der Zeitplanung jedenfalls einberechnet werden. Der MRB verkennt dabei auch nicht das Spannungsfeld, in dem sich die Fremdenpolizei bewegt: So ist idR ein konkreter Flug gebucht oder ein von einem Nachbarstaat festgesetzter Übergabetermin an der Grenze muss eingehalten werden. Die Dauer der Anhaltung soll möglichst kurz sein. Die Einplanung eines längeren Spielraums für allfällige Ausnahmesituationen könnte aber wieder zu einer tendenziell längeren Anhaltung führen.

**Abschiebungen, die zu einer Trennung Minderjähriger von Familienmitgliedern (insb. Eltern) führen würden, sollten daher aufgeschoben werden.** Sollte es aber in Einzelfällen zu einer wiederholten und offenbar absichtlich herbeigeführten Verhinderung der Abschiebung der gesamten Familie kommen, dann wäre eine Entscheidung im Einzelfall nur nach sorgfältiger Abwägung zwischen den Kriterien des Art. 8 Abs. 2 EMRK und dem vorrangigen Interesse an der Erhaltung der Familieneinheit zu treffen. Fälle, in denen dennoch unter Hintanstellung der Familieneinheit abgeschoben oder überstellt wird, sollten jedenfalls sorgfältig dokumentiert und unter Einbeziehung des MRB periodisch evaluiert werden.

Der Menschenrechtsbeirat möchte beispielhaft auf ein im Vereinigten Königreich seit 2010 laufendes Programm der **UK Border Agency**<sup>126</sup> zur Rückführung von Familien mit Kindern verweisen. Im Rahmen des Asylverfahrens werden die Familien von speziell ausgebildeten Kräften betreut. Nach Erschöpfung aller Rechtsmittel werden Familien im Rahmen eines vierstufigen Prozesses auf die Rückführung vorbereitet. Das Programm beinhaltet:

- Familienkonferenzen zur Erörterung der Rückkehr, von Wohlfahrtsmaßnahmen und medizinischen Belangen und auf die Familien zugeschnittene Angebote der unterstützten Rückkehr
- Unterstützung nach der Rückkehr um den Familien den Neuanfang zu erleichtern
- Die Aufforderung zur Rückkehr an Familien, die das Unterstützungsangebot nicht annehmen. Der einstweilige Verbleib in ihrer Unterkunft wird gestattet, jedoch unter Setzung einer zweiwöchigen Frist um den Heimflug selbstständig und ohne Einsatz von Zwang anzutreten, sowie
- die Durchsetzung der Rückkehr als letztes Mittel. Scheitert das freiwillige Verlassen des Landes durch die Familie, so steht eine Reihe von Optionen zur Durchsetzung der Rückkehr zur Verfügung. Diese sind an die jeweils konkreten Umstände der Familie anzupassen. Gemeinsam mit einem neuen, unabhängigen Ausschuss (Independent Family Returns Panel) werden Rückkehrpläne vereinbart. Neu entwickelte Optionen beinhalten eine Form der kurzfristigen Abschiebung, die Einrichtung einer offenen Unterkunft, und – als letztes Mittel – wenn Familien sich entschieden den Anordnungen widersetzen, eine familienfreundliche Unterkunft für die letzte Zeit vor der Abschiebung.<sup>127</sup>

<sup>126</sup> <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/newsarticles/2010/dec/48-family-returns>

<sup>127</sup> Weitere Informationen zur neuen Policy im Vereinigten Königreich und zum Independent Family Returns Panel:

Review into ending the detention of children for immigration purposes:

<http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/consultations/26-end-child-detention/child-detention-conclusions.pdf?view=Binary>

House of Commons: Ending child immigration detention:

<http://www.parliament.uk/briefingpapers/commons/lib/research/briefings/snha-05591.pdf>

Family Returns Fact Sheets

Aufgabe des Independent Family Returns Panel ist es, der UK Border Agency in Fällen, in denen eine überwachte Rückkehr individueller Familien notwendig ist, eine unabhängige Beratung über die konkrete Vorgangsweise zur Verfügung zu stellen. Die Beratung soll sicherstellen, dass die individuellen Rückkehrpläne dem Wohl der beteiligten Kinder voll Rechnung tragen und die Behörde ihren Verpflichtungen nach Section 55 des *Borders, Citizenship and Immigration Act 2009* nachkommt.

Da sich Eskalationen in „Extremsituationen“ wie Abschiebungen nie ganz verhindern lassen werden, möchte der Beirat festhalten, dass Aufklärung, durchgehende Begleitung und Unterstützung der Betroffenen für den Neuanfang im Herkunftsland, Ängste lindern können. Deswegen erscheint es hilfreich, nach Erschöpfung aller Rechtsmittel im Asylverfahren, entsprechende individuelle Rückkehrpläne nach dem Vorbild eines *Case Management* (um die Bedürfnisse der Klientinnen und Klienten in einem kooperativen Prozess mit dem vorhandenen und benötigten Versorgungssystem zu verknüpfen), zeitgerecht und mit den Betroffenen gemeinsam zu erarbeiten. Das vierstufige Programm der UK Border Agency scheint dem Beirat als Leitfaden dafür sehr gut geeignet zu sein. Interessant scheinen dem MRB vor allem auch die Erfahrungen des unabhängigen Ausschusses aus seiner konkreten Einzelfallarbeit. Da das Programm erst seit dem Vorjahr läuft, liegen derzeit noch wenige Informationen über den tatsächlichen Ablauf in der Praxis vor. Der Menschenrechtsbeirat regt daher an, **zu prüfen, ob die Einrichtung eines vergleichbaren Prozesses auch in Österreich eine sinnvolle Vorgangsweise wäre, sobald erste Erfahrungswerte zu diesem britischen Programm vorliegen.**

## VI.6. Durchführung von Festnahmen und Familienabschiebungen

### VI.6.1. Beobachtungen der Kommissionen

Insbesondere die Kommission OLG Linz hat in den letzten zwei Jahren die Beobachtung von Festnahmen im Zuge von Abschiebungen zu einem Schwerpunkt ihrer Tätigkeit gemacht. Die Kommission erhält von der PI EAST West - St. Georgen im Attergau regelmäßig Informationen über bevorstehende Abschiebungen übermittelt und konnte so nahezu alle<sup>128</sup> über diese Dienststelle erfolgenden Festnahmen in den entsprechenden Unterkünften und Abschiebungen beobachten. U.a. ortete die Kommission Problemfelder im organisatorischen/infrastrukturellen Bereich (wie etwa mangelndes Nahrungsangebot für Kleinkinder, Zeitdruck, nicht erfolgte Beiziehung eines Dolmetschers), aber auch im Umgang mit den betroffenen Personen. Gleichzeitig hob die Kommission regelmäßig das – vor allem in Bezug auf die anwesenden Kinder – sensible und engagierte Verhalten einzelner Beamtinnen und Beamten hervor. Im Februar 2011 fand ein ausführliches Gespräch der Kommission mit Vertreterinnen und Vertretern des BM.I, des Landes- und des Bezirkspolizeikommandos sowie der Dienststelle über die Vorgangsweise bei Familienabschiebungen statt.

Beobachtungen von Kontaktgesprächen vor Abschiebungen bzw. der Abschiebung selbst erfolgten auch durch die drei Wiener Kommissionen.<sup>129</sup>

### VI.6.2. Vom BM.I veranlasste Maßnahmen

Auf Anfrage der Arbeitsgruppe, welche Konsequenzen sich für das BM.I aus der Weigerung diverser JWT bzw. des Berufsverbandes der Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter<sup>130</sup>, bei Abschiebungen von Familien mit Kindern mitzuwirken, ergäben, teilte das Ministerium, Abt. II/3, mit Schreiben vom 28. April 2011 mit: *„Dies ist nach (ho) Verständnis gerade Aufgabe des JWT und scheint es daher auf Grund der bisherigen Erfahrungen opportun, den JWT von Anfang an beizuziehen. Die Beziehung von Personen, die im Umgang mit Kindern in Ausnahmesituationen geschult sind (wie eben gerade der JWT) kann darüber hinaus auch hier zur Deeskalation der Lage beitragen und eine entspanntere Atmosphäre schaffen. Des Weiteren wird darauf hingewiesen, dass der Erlass des BM.I die ihm untergeordneten Behörden als Adressat hat und keine, nicht bereits gesetzlich bestehende, Verpflichtungen der JWT berührt oder neu begründet. Es ist die gesetzliche Aufgabe des JWT aus eigenem das*

---

<http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/aboutus/workingwithus/296503/family-returns-factsheets>

<http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/aboutus/workingwithus/inbodies/04independent-family-returns/>

<sup>128</sup> Vgl. etwa Berichte IV-16/2010, IV-39/2010, IV-42/2010, IV-52/2010, IV-63/2010, IV-71/2010, IV-81/2010, IV-85/2010, IV-88/2010, IV-95/2010, IV-100/2010, IV-113/2010.

<sup>129</sup> Vgl. etwa Berichte I-15/2011, II-5/2011, II-1-2010, II-81/2010, III-47/2010, III-51/2010, III-102/2010.

<sup>130</sup> Der Standard, Printausgabe, 7.4.2011: Jugendämter verweigern Abschiebung von Kindern; S. auch: Aussendung des - Österreichischen Berufsverbandes der SozialarbeiterInnen OTS0110 / 08.11.2010 / 11:59.

*Wohl des Jugendlichen zu sichern. Diese Verpflichtung trifft den JWT auch im Rahmen einer zwangsweisen Außerlandesbringung, zu der es erst kommt, wenn eine freiwillige Alternative nicht wahrgenommen wurde. Eine Gefährdung des Jugendwohls aufgrund der Weigerung der Jugendwohlfahrt sich um das Wohl der in ein Abschiebungsverfahren involvierten Jugendlichen zu kümmern ist ausschließlich der Jugendwohlfahrt zuzurechnen. Im Rahmen der letzten Leiter II Tagung wurde die Problematik ebenfalls erörtert und festgehalten, dass jedenfalls auch bei kategorischer Weigerung eine Information zu übermitteln und um Unterstützung (zur Sicherung des Jugendwohls) zu ersuchen ist.“*

### **VI.6.3. Aktuelle Erwägungen**

Grundsätzlich scheint dem Beirat der unmittelbare Handlungsbedarf in Bezug auf die Modalitäten der Abschiebung von Familien mit dem neuen Erlass vom 29.10.2010 abgedeckt.<sup>131</sup> Auf einzelne Punkte soll aber noch detaillierter eingegangen werden:

Eine eingehende Diskussion erfolgte in der Arbeitsgruppe über die im Sinne des Kindeswohls **günstigste Tageszeit** für die Festnahme der Betroffenen in ihrer Unterkunft bzw. für die Durchführung von Abschiebungen. Immer wieder wird seitens der Kommissionen das Einschreiten in den frühen Morgenstunden als problematisch angesehen Dies insbesondere wenn noch nicht schulpflichtige Kinder betroffen seien oder es sich nicht um die Abschiebung selbst, sondern um die Überstellung nach Traiskirchen oder in die neue Familienunterbringung handle, von wo aus der weitere Transfer erfolge. Dem gegenüber stand die bei der Beobachtung mehrerer Busabschiebungen gewonnene Position, dass man nicht davon ausgehen könne, dass Abschiebungen zu einer späteren Tageszeit humaner seien. Für mehrstündige Fahrten mit Kindern seien die Nachtstunden sogar vorteilhafter, da sie – „einmal im Bus - sofort wieder einschlafen würden“.

Unterschieden wurde auch zwischen einer Abholung aus den Grundversorgungsquartieren bzw. dem gelinderen Mittel zwecks Überstellung in die Familienunterbringung nach Wien und der Abholung zur Abschiebung von dort, wo die Betroffenen von der unmittelbar bevorstehenden Abreise auszugehen hätten bzw. man an fixe Abfahrts- und Abflugzeiten gebunden sei.

Als Argument für Festnahme in den Nacht- bzw. frühen Morgenstunden wurde auch immer wieder darauf verwiesen, dass die Betroffenen dann am ehesten anzutreffen seien.

Aus Sicht des Beirats scheint ein in diesem Sinn *optimaler* Zeitpunkt nicht zu existieren und es muss immer gelten, bestimmte Vor- und Nachteile mit dem Ziel einer möglichst Schonung der betroffenen Personen, und hier wiederum insbesondere der Kinder, gegeneinander **abzuwägen**. Was deren seelische Belastung anlangt, so ist davon auszugehen, dass sich die der Abschiebung oft wochenlang vorausgehende Verunsicherung der Eltern (auch durch zahlreiche gegenläufige Aussagen und Ratschläge von verschiedensten Stellen) auf die Kinder überträgt. Je nach den Umständen und den Rahmenbedingungen der Festnahme kann dann ein höheres Risiko der Traumatisierung der Kinder bestehen. In der Aufregung der Abreisevorbereitungen und Festnahme bleiben sie – wie von den Kommissionen immer wieder berichtet – meist sich selbst überlassen. Oftmals übernehmen auch die älteren Kinder die Rolle der Erwachsenen (anziehen der Kleinsten etc.). Wichtig erscheint dem Beirat daher die Sicherstellung einer **kontinuierlichen psychologischen Unterstützung der Familien** durch *eine* Betreuungsperson (im Rahmen einer NGO oder durch unabhängige Einzelpersonen). Diesen – den Betroffenen dann bereits bekannten - Personen könnte auch bei der Festnahme bzw. Abschiebung selbst die Aufgabe der Unterstützung der Kinder zufallen.

Der Menschenrechtsbeirat möchte daher auch die Weigerung der Jugendämter, an Abschiebungen mitzuwirken, nicht unhinterfragt lassen. Ausgangspunkt deren Position ist, dass Abschiebungen als jedenfalls traumatisierend gesehen werden, und man dabei die Polizei nicht noch unterstützen wolle. Zum Tätigkeitsgebiet der Jugendwohlfahrt gehören aber u.a. auch Kindesabnahmen, welche – auch wenn sie zum Wohle des Kindes erfolgen – für die jeweili-

---

<sup>131</sup> BM.I-FW1410/0323-II/3/2010 vom 29.10.2010, Abschiebepaxis - Maßnahmen 12 10 2010 (Familien, 6-Punkte-Programm FBM, Umsetzung).

gen Kinder in der Regel traumatisierend wirken. Insbesondere wird jedoch verkannt, dass die von der Abschiebung betroffenen Kinder und Jugendlichen damit wiederum keinerlei Unterstützung erfahren bzw. dies dem Engagement einzelner, an der Amtshandlung beteiligter Polizistinnen und Polizisten überlassen bleibt.

## VII. ERSTELLUNG DES BERICHTS

Der Bericht beruht auf Vorarbeiten der vom Menschenrechtsbeirat eingesetzten **Arbeitsgruppe „Minderjährige im fremdenrechtlichen Verfahren“**, der die folgenden Mitglieder des Beirates und zugezogenen Expertinnen und Experten angehörten:

Dr. Roland **MIKLAU** (MRB, Leiter der AG ab Oktober 2010), Mag. Lisa **ALLURI** (Kommission OLG Wien 2, ab 1. Jänner 2011), Norbert **CEIPEK** (MA11, Leiter der „Drehscheibe“), Günter **ECKER** (MRB, Verein Menschenrechte Österreich), Mag. Birgit **EINZENBERGER** (Rechtsabteilung UNHCR-Büro in Österreich), Heinz **FRONEK** (Asylkoordination), Dipl. iur. Katalin **GOMBÁR** (Kommission OLG Linz), CI Albert Grasel, (BM.I II/10/a Organisation und Dienstbetrieb, stv. MR-Koordinator), Mag.a Nicole **LANG**, BM.I II/10/a Organisation und Dienstbetrieb), Mag.a Caroline **PAAR** (Geschäftsstelle des MRB), OR Mag. Gernot **RESINGER** (BM.I, II/3/c, Fremdenpolizeiliche Zwangsmaßnahmen und Rückkehr).

In den ersten beiden Sitzungen hatte MRin Dr.in Anna **SPORRER** (MRB) die Leitung der AG inne. An einzelnen Sitzungen nahmen ferner teil: Mag.a Sandra **GERÖ** (Kommission OLG Wien 2), Oberst B.A. Isabella **GRUBER** (BM.I, II/3/c, Fremdenpolizeiliche Zwangsmaßnahmen und Rückkehr), Mag.a Anna **LANDAUER** (Geschäftsstelle des MRB), Marcell **PRUGGER** (BH Baden, Leiter Fremdenpolizei), DSA Josef **SCHEIPL** (BH Vöcklabruck, Jugendwohlfahrt), Mag.a Susanne **STOKREITER-STRAU** (BH Baden, Jugendwohlfahrt).

Folgende **Sitzungen** der Arbeitsgruppe fanden statt: 16. Juni, 22. September, 4. November (Gespräch mit Vertreterinnen und Vertretern der BH Baden und Vöcklabruck) und 15. Dezember 2010; 20. Jänner, 18. Februar, 28. Februar, 11. April, 16. Mai, 6. Juni und 22. Juni 2011.

**Der Bericht** wurde in den Sitzungen des MRB am 30. Juni und 15. September 2011 beraten und **am 15. September 2011 beschlossen**.

## VII. QUELLENVERZEICHNIS

### Internationale Normen, Standards, Stellungnahmen und Studien

Council Of Europe, Commissioner for Human Rights: Positions on the rights of minor migrants in an irregular situation, Strasbourg, 25 June 2010, CommDH/PositionPaper(2010)6, [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/PositionPaper\(2010\)6&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/PositionPaper(2010)6&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864)

CPT, 20 years of combating torture, 19th General Report, 1 August 2008 – 31 July 2009; Safeguards for irregular migrants deprived of their liberty/ Additional safeguards for children; <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-19.pdf>

CPT-Länderberichte: Guernsey, 19.-22. März 2010 (CPT/Inf(2010)37); Montenegro, 15.-22. September 2008 (CPT/Inf(2010)3); Deutschland, 20. November- 2. Dezember 2005 (CPT/Inf(2007)18); Slowenien, 31. Jänner-8. Februar 2006 (CPT/Inf(2008)7).

CPT Standards: Kap. VI. Jugendliche, denen die Freiheit entzogen ist, Auszug aus dem 9. Jahresbericht [CPT/Inf (99)12]; <http://www.cpt.coe.int/en/annual/rep-09.pdf>

EMRK: Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl 1958/210.

EU-Grundrechtecharta: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C 364/01, 18.12.2000; [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_de.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_de.pdf)

EU-Rückführungsrichtlinie: Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348/98, 24.12.2008; [http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr\\_data/pdfs/rechtsinformationen/2\\_EU/3\\_EU-Migration/C.13\\_Rueckkehr/RueckfuehrungDrittstaat.pdf](http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/2_EU/3_EU-Migration/C.13_Rueckkehr/RueckfuehrungDrittstaat.pdf)

EU-Aufnahmerichtlinie: Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, ABl. L 31/18; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:031:0018:0025:DE:PDF>

EU-Asylverfahrensrichtlinie: Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABl. L 326/13; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:326:0013:0034:DE:PDF>

Europäische Kommission: Aktionsplan für unbegleitete Minderjährige (2010-2014), Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, KOM(2010)213 endgültig.

OHCHR, Study on the challenges and best practices in the implementation of the international framework for the protection of the rights of the child in the context of migration, A/HRC/15/29, 5 July 2010, <http://daccess-ods.un.org/TMP/1820243.59703064.html>.

Statement of Good Practice: Separated Children in Europe Programme/Save the children/UNHCR/Unicef, Statement of Good Practice: 4. überarbeitete Version, März 2010; [www.separated-children-europe-programme.org/separated\\_children/good\\_practice/index.html](http://www.separated-children-europe-programme.org/separated_children/good_practice/index.html)

UN Kinderrechtskonvention (UNKRK): Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl 7/1993; [http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1993\\_7\\_0/1993\\_7\\_0.pdf](http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1993_7_0/1993_7_0.pdf)

UN-Kinderrechtsausschuss: Abschließende Stellungnahme zu Österreich: CRC/C/15/Add.251, CRC/C/15/Add.251, März 2005; <http://tb.ohchr.org/default.aspx?Symbol=CRC/C/15/Add.251>

UN-Kinderrechtsausschuss: Allgemeine Bemerkung Nr. 6 (2005) betreffend die Behandlung unbegleiteter und von ihren Eltern getrennter Kinder außerhalb ihres Herkunftslandes, CRC/GC/2005/6;

<http://www.vonloeper.de/fluechtlingskinder/download/Fluechtlingskinder/sonstigeMaterialien/Leitf%E4den-Kommentare-Infos/UN%20KRK%20General%20Comment%206%20dt.pdf>

UN-Kinderrechtsausschuss: Allgemeine Bemerkung Nr. 12 (2009) betreffend das Recht des Kindes, gehört zu werden, CRC/C/GC/12;

[http://www.ekkj.admin.ch/c\\_data/GeneralCommentlang.pdf](http://www.ekkj.admin.ch/c_data/GeneralCommentlang.pdf)

UNHCR-Exekutivkomitee: Beschluss Nr. 107 (LVIII) des UNHCR-Exekutivkomitees über gefährdete Kinder, 2007 (mit Verweisen auf ältere Beschlüsse des UNHCR-Exekutivkomitees zu Kinderflüchtlingen):

[http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr\\_data/pdfs/rechtsinformationen/1\\_International/1\\_Voelker rechtl-](http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/1_International/1_Voelker_rechtl)

[che\\_Dokumente/08\\_EXKOM/EXKOM\\_107.pdf?PHPSESSID=41cccb79e3f063455c8a41701208c5c9](http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/1_International/1_Voelker_rechtl-che_Dokumente/08_EXKOM/EXKOM_107.pdf?PHPSESSID=41cccb79e3f063455c8a41701208c5c9)

UNHCR-Richtlinien zu Asylanträgen von Kindern: Richtlinien zum internationalen Schutz: Asylanträge von Kindern im Zusammenhang mit Artikel 1 (A) 2 und 1 (F) des Abkommens von 1951 bzw. des Protokolls von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, 2009:

[http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr\\_data/pdfs/rechtsinformationen/2\\_EU/2\\_EU-Asyl/B.04\\_Asylverfahrensrichtlinie/GL8-ChildClaims-de.pdf](http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/2_EU/2_EU-Asyl/B.04_Asylverfahrensrichtlinie/GL8-ChildClaims-de.pdf)

UNHCR-Richtlinien zu unbegleiteten Minderjährigen: UNHCR-Richtlinien über allgemeine Grundsätze und Verfahren zur Behandlung Asylsuchender unbegleiteter Minderjähriger, 1997:

[http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr\\_data/pdfs/rechtsinformationen/1\\_International/3\\_Asylverfahren/04\\_Besondere\\_Groupen/02\\_UNHCR-RL\\_UMF.pdf](http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/1_International/3_Asylverfahren/04_Besondere_Groupen/02_UNHCR-RL_UMF.pdf)

UNHCR-Richtlinien zur Haft von Asylsuchenden: UNHCR-Richtlinien über anwendbare Kriterien und Standards betreffend die Haft von Asylsuchenden, März 1999:

[http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr\\_data/pdfs/rechtsinformationen/1\\_International/3\\_Asylverfahren/03\\_Abschiebehft/01\\_UNHCR-RL\\_Haft.pdf](http://www.unhcr.at/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/1_International/3_Asylverfahren/03_Abschiebehft/01_UNHCR-RL_Haft.pdf)

UNHCR-Richtlinien zur Feststellung des Kindeswohls: UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, Mai 2008;

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=48480c342&page=search>

UNICEF: CRC Implementation Handbook (2007);

[http://www.unicef.org/publications/index\\_43110.html](http://www.unicef.org/publications/index_43110.html).

## **EGMR-Entscheidungen**

Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium, No. 13178/03, 12 October 2006;

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/45d5cef72.html>.

Muskhadzhiyeva and others v. Belgium, No. 41442/07, 19 January 2010.

<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/e4ca7ef017f8c045c1256849004787f5/f2e229a95b7e6582c12576af004628d0?OpenDocument>

Neulinger and Shuruk v. Switzerland, Nr. 41615/07, 6 July 2010;

<http://www.caselaw.ch/d/div/egmr%206-7-10.pdf>

Rahimi v. Greece, Nr. 8687/08, 5 April 2011;

<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/d0cd2c2c444d8d94c12567c2002de990/f4a3b8b476bfa1cdc1257863002bca3a?OpenDocument>



## **Fachliteratur und Printmedien**

Berger Ernst, Altersbestimmung im administrativen Kontext,  
[http://www.asyl.at/umf/umf/altersbestimmung\\_berger.pdf](http://www.asyl.at/umf/umf/altersbestimmung_berger.pdf)

Bichl Norbert/ Schmid Christian/ Szymanski Wolf, Im Hamsterrad der Fremdengesetzgebung – “Rot-Weiß-Rot-Karte”, Anwesenheitspflicht für Asylwerber und Schubhaft für Minderjährige, Migralex 2/2011.

Der Standard, Printausgabe, 7.4.2011: Jugendämter verweigern Abschiebung von Kindern  
Falter 37/2010, 15.9.2010, Ein angekündigter Tod (Nina Horaczek).

Fronek Heinz, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in Österreich, Asylverfahren und Lebensverhältnisse, Mandelbaum, 2010.

Grabenwarter Christoph, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, C.H. Beck/Manz, 2003.

Lukits Daniela/ Lukits Rainer, Die Altersfeststellung im österreichischen Asylverfahren, MigraLex 1/2011.

Parzeller Markus/ Bratzke Hansjürgen/ Ramsthaler Frank, Praxishandbuch Forensische Altersdiagnostik bei Lebenden, Richard Boorberg Verlag, 2007.

## **Innerstaatliche Judikatur**

AsylGH S8 416170-1/2010, 09.11.2010

VwGH 2006/19/0349, 07.10.2008

VwGH 2007/21/0370, 24.10.2007

VwGH 2009/21/0121, 25.03.2010

VfGH U 3078/09, 02.10.2010

OGH 7Ob 209/05v, 19.10.2005

# ANHANG

## Empfehlungen an das Bundesministerium für Inneres

(fortlaufende Nummerierung in Klammer)

1. (360.) Der MRB empfiehlt, bei unbegleiteten Kindern und Jugendlichen, die im Bundesgebiet aufgegriffen werden und nicht um Asyl ansuchen
  - a) eine altersadäquate Erstabklärung der persönlichen, sozialen und rechtlichen Situation unter Beiziehung des Jugendwohlfahrtsträgers durchzuführen und erst danach eine Entscheidung über die Zurückschiebung zu treffen, sowie
  - b) zur Gewährleistung einer das Kindeswohl berücksichtigenden und möglichst einheitlichen Vorgangsweise eine zentrale, rund um die Uhr erreichbare Anlaufstelle einzurichten (S. Seite 9).
2. (361.) Der MRB empfiehlt, vor wichtigen Entscheidungen über Kinder und Jugendliche (insb. im Zusammenhang mit Schubhaft und Ausweisung) eine fachgerechte – in der Regel multidisziplinäre – und vertiefte Kindeswohlprüfung durchzuführen (S. Seite 9f).
3. (362.) Der MRB empfiehlt, die Standards für die Durchführung von Altersfeststellungen im Rahmen eines Fachgesprächs mit multidisziplinärer Beteiligung zu erörtern und insbesondere zu prüfen, inwieweit zu einem System multiprofessioneller Altersdiagnose übergegangen werden kann (S. Seite 18).
4. (363.) Der MRB empfiehlt, zur Gewährleistung angemessenen Rechtsschutzes die Frage der Rechtsform der Feststellung der Volljährigkeit zu prüfen und hält die Erlassung eines Bescheides zur Sicherung ausreichenden Rechtsschutzes für wünschenswert (S. Seite 20).
5. (364.) Der MRB empfiehlt, die Frage der Handlungsfähigkeit nach dem Fremdenpolizeigesetz (mit 16/18 Jahren) im Lichte internationaler Standards und des BVG über die Rechte von Kindern bei einem Roundtable-Gespräch auf breiter Ebene zu erörtern (S. Seite 26).
6. (365.) Der MRB empfiehlt, maßgebende Vertreter der Bundesländer und der Jugendwohlfahrt zu ausführlichen Fachgesprächen über die Rolle der letzteren bei (insb. unbegleiteten) Kindern und Jugendlichen (Rechtsvertretung, Altersfeststellung, Obsorge, Zuständigkeiten bei Aufenthaltswechsel, Familienabschiebungen usw.) einzuladen und hiebei das „Tiroler Modell“ der Betreuung zur Diskussion zu stellen (S. u.a. Seiten 9, 10, 26ff).
7. (366.) Der MRB empfiehlt, bei der Ausschreibung von Rechtsberatungsleistungen Erfahrung und Kompetenz im Umgang mit Minderjährigen in das Anforderungsprofil und die Vertragsgestaltung für Rechtsberater aufzunehmen (S. Seite 27).
8. (367.) Der MRB empfiehlt, im Fall der Verhängung der Schubhaft über Jugendliche
  - a) eine amtswegige Haftprüfung durch den UVS binnen kurzer Frist (höchstens 7 Tage) vorzunehmen (S. Seite 41) und
  - b) die Bereinigung der durch das Wort „grundsätzlich“ in § 80 Abs.2 Z 1 FPG entstandenen legislativen Unklarheit bei nächster Gelegenheit (S. Seite 40).
9. (368.) Der MRB empfiehlt, den Schubhaftvollzug an Jugendlichen im PAZ Wien in einer offenen Station für Jugendliche zu konzentrieren, etwa in der bisherigen Familienabteilung des PAZ Rossauer Lände (S. Seite 47).
10. (369.) Der MRB empfiehlt, die „faktische Mit-Anhaltung“ von Kindern und Jugendlichen bei in Schubhaft genommenen Eltern/Obsorgeberechtigten nur als ultima ratio und in aller Regel nur für wenige Stunden oder Tage unmittelbar vor einer (Familien-)Abschiebung zuzulassen. (S. Seite 56).
11. (370.) Der MRB empfiehlt, von Abschiebungen aufzuschieben, die zur Trennung Minderjähriger von Familienmitgliedern führen würden. Fälle, in denen unter Hintanstellung der Familieneinheit abgeschoben oder überstellt wird, sollten jedenfalls sorgfältig dokumentiert und unter Einbeziehung des Menschenrechtsbeirates periodisch evaluiert werden. (S. Seite 60)

## Weitere im Rahmen des Berichts formulierte Anregungen

- Einrichtung von zwei weiteren Stellen nach Vorbild der „Drehscheibe“ (etwa in Salzburg und Graz) sowie einer zentralen Anlaufstelle. Eine Alternative könnte in der Einrichtung einer zentralen Notrufnummer und in der Betrauung von zwei bis drei in jedem Bundesland zuständige Personen sowohl im Polizeibereich wie auch bei der Jugendwohlfahrt bestehen. (S. Seite 4 )
- Einsatz von Personal, das für den Umgang mit Kindern und Jugendlichen im fremdenpolizeilichen Kontext entsprechend qualifiziert und sich der Wichtigkeit und hohen Verantwortung dieser Tätigkeit bewusst ist. Wesentlich in diesem Zusammenhang sind auch Freiwilligkeit und die positive Bewertung/Anerkennung innerhalb der dienstlichen Hierarchien. (S. Seite 4 )
- Aufbereitung der Dokumentation in einer Weise, die einen bundesweiten zahlenmäßigen Überblick über Zurückschiebungen und Ausweisungen unbegleiteter Minderjähriger ermöglicht. (S. Seite 9)
- Einbindung der Jugendwohlfahrt: Verpflichtende Anwesenheit einer Vertreterin bzw. eines Vertreters des JWT. Bei Zustimmung zur Zurückweisung (keine Kindeswohlgefährdung) kann eine altersadäquate Übergabe im Wege der grenzüberschreitenden Jugendwohlfahrtskooperation erfolgen. (S. Seite 9).
- Erörterung im Rahmen eines Fachgesprächs, wie eine Kindeswohlprüfung im fremdenpolizeilichen Verfahren Eingang in das innerstaatliche Recht finden kann. (S. Seite 10)
- Verbesserte Information der Jugendlichen und zur Seite Stellen eines Obsorgeberechtigten für unbegleitete minderjährige Fremde – auch dann, wenn Zweifel an ihrer Minderjährigkeit bestehen – vor der Anordnung eines Altersgutachtens. (S. Seite 16)
- Überarbeitung der betreffenden Passagen des entsprechenden Erlasses zur Klarstellung, dass radiologische Untersuchungen zur Altersdiagnose nur bei Zweifeln an der Minderjährigkeit vom Gesetz legitimiert sind. (S. Seite 17)
- Setzung einer angemessenen Frist zur Beibringung der Dokumente für den Fall, dass Asylsuchende sich Dokumente nachschicken lassen. Überprüfung der Dokumente nach Einlangen, ehe eine Altersbegutachtung veranlasst wird. (S. Seite 17)
- Verpflichtende Schulung der Behördenvertreterinnen und -vertreter in Zusammenarbeit mit unabhängigen Expertinnen und Experten zu Fragen der Altersbegutachtung. (S. Seite 17)
- Vorherige Klärung der Obsorge und der Anwesenheit des/der Obsorgeberechtigten zur Gewährleistung einer kindgerechten und korrekten Information der Betroffenen bei allen Einvernahmen und der Altersbegutachtung. (S. Seite 17)
- Gewährleistung des Rechtes betroffener Jugendlicher, eine Ärztin oder einen Arzt zu wählen, die/der die Untersuchung des Genitalbereiches durchführt sowie vorab entsprechend über dieses Recht informiert zu werden. (S. Seite 17)
- Würdigung möglicher Gründe einer Verweigerung der Altersbegutachtung im Einzelfall (statt die Weigerung bei der Beweiswürdigung unbesehen zu Lasten der Betroffenen zu werten). (S. Seite 18)
- Schulung der mit dem Vollzug des Asyl- und Fremdenrechts betrauten Personen zur Bedeutung des Grundsatzes „in dubio pro minore“ sowie Information über die Unsicherheiten und Unsicherheiten medizinischer Altersdiagnosen. (S. Seite 19)
- Eintragung des 31. Dezember des ermittelten Geburtsjahres statt des 1. Jänner in jenen Datenbanken (zB AIS, FIS und GVS), in denen das Geburtsdatum aufscheint. (S. Seite 19)

- Erwägung einer Ausweitung des *best-practice* Modells eines eigenen Fachbereichs für unbegleitete minderjährige Fremde beim Jugendwohlfahrtsträger (Tirol) auf andere Bundesländer. (S. Seite 27)
- Kontaktaufnahme mit den zuständigen Stellen der Länder zwecks Lösung der im Zusammenhang mit bundesländerübergreifenden Sachverhalten auftretenden praktischen Probleme, etwa im Rahmen eines bundesweiten Fachgesprächs: Erarbeitung eines gemeinsamen Leitfadens sowie Darstellung unterschiedlicher Varianten (etwa im Bereich der Verständigung des JWT) zur Identifizierung regional gepflogener, gut funktionierender Abläufe. (S. Seite 28)
- Schaffung eines Systems zur gleichmäßigen Verteilung der Kosten für die Betreuung unbegleiteter Minderjähriger auf die Länder. (S. Seite 28)
- Im Hinblick auf den nach internationaler und nationaler Rechtslage (OGH) bei unbegleiteten Minderjährigen regelmäßig anzunehmenden Obsorgenotstand, der sich bis zum 18. Lebensjahr ergeben kann, ist die ehest mögliche Bestellung eines Obsorgeberechtigten unabdingbar. (S. Seite 31)
- Die Anwendung der allgemeinen Jugendwohlfahrtsgesetze neben den Grundversorgungsgesetzen ist ernst zu nehmen und in der Praxis durchzusetzen. (S. Seite 32)
- Für die Unterbringung und Betreuung im gelinderen Mittel wären Standards zu entwickeln, welche die für die Betreuung unbegleiteter Minderjähriger in Grundversorgung geltenden Standards (vgl. Artikel 7 GVV) nicht unterschreiten sollten. (S. Seite 32)
- Stärkeres Hinwirken auf Verkürzung der Haftdauer im Einzelfall. (S. Seite 41)
- Aufschlüsselung der bestehenden Statistiken über Schubhaftverhängung in Bezug auf Geschlecht, Haftdauer, regionale Verteilung (Schubhaft verhängende Behörde; PAZ) sowie die Gründe für die Verhängung und Beendigung der Haft (Rechtsmittelentscheidung, Aufhebung nach Prüfung durch BM.I, Abschiebung, etc.). (S. Seite 41)
- Einzelfallbetrachtung im Falle einer der Schubhaft vorausgegangenen Straffälligkeit, wobei die Frage des Zusammenhangs zwischen der (vorgeworfenen) Straftat und den Schubhaftzwecken zu prüfen ist. (S. Seite 42)
- Ersatz der Schubhaft bei Jugendlichen durch gelindere Mittel im Einklang mit internationalen Standards (insb. UNKRK, Rückführungsrichtlinie). (S. Seite 42)
- Ermöglichung des ausnahmsweisen Verbleibs in einem anderen PAZ wegen eines Wohnsitzes oder sonstiger bestehender Bindungen und Strukturen (als Ausnahme zu Empfehlung Nr. 9). (S. Seite 47)
- Schaffung von Haftplätzen für Jugendliche im neuen Schubhaftzentrum Vordernberg nur in sehr eingeschränktem Ausmaß. (S. Seite 48)
- Einführung einer Alltagsbetreuung der Jugendlichen im PAZ durch diplomierte Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter – in kleineren PAZen zumindest einmal wöchentlich. Klärung des Verhältnisses zur bzw. Vernetzung mit der Jugendwohlfahrt im Hinblick auf das Ziel einer zentralen Anlaufstelle und Vertrauensperson. (S. Seite 48)
- Schaffung von adäquaten Beschäftigungsmöglichkeiten im PAZ Rossauer Lände und im SHZ Vordernberg. Bei längerer Anhaltung Sicherstellung des Zugangs zu Bildung. (S. Seite 48)
- Gesetzliche Gewährleistung einer jugendgerechten Unterbringung im Stande der Anhaltung sowie der Schubhaft (die bisher nur für 14- bis 16-Jährige normiert ist - § 79 Abs. 2 FPG) auch für 16- bis 18-Jährige. (S. Seite 48)
- Berücksichtigung der Grundsätze der Art. 1 und 2 des BVG über die Rechte von Kindern, welche einen besonderen Schutz- und Fürsorgeanspruch gegenüber dem Staat zur Wahrung des Kindeswohls normieren. (S. Seite 56)

- Ausreichende Information der Eltern/Erwachsenen (bei Bedarf mittels Dolmetsch) und Auflage eines verständlich gefassten Formblattes in den wichtigsten in Betracht kommenden Sprachen. (S. Seite 56)
- Absehen von einer gänzlichen Übertragung der Obsorge über jene Minderjährigen, die nicht mitangehalten werden (können), an die Jugendwohlfahrt sowie von einer all-fälligen Androhung einer solchen Übertragung gegenüber den Eltern. (S. Seite 56)
- Beiziehung der Jugendwohlfahrt in allen Fällen von Familienunterbringung in Haft oder im gelinderen Mittel sowie Einbindung in wichtige Entscheidungsprozesse. (S. Seite 57)
- Gesetzliche Verankerung der Pflicht zur Bereitstellung familiengerechter Unterbringungsmöglichkeiten (durch Einrichtung von geeigneten Familienhafträumen in PAZen oder besondere Familienunterkunft). (S. Seite 58)
- Klarstellung, dass eine im Rahmen des gelinderen Mittels mögliche Anordnung, in von der Behörde bestimmten Räumen Unterkunft zu nehmen, keinesfalls einer freiheitsbeschränkenden Maßnahme gleichkommen darf. (S. Seite 58)
- Prüfung des vierstufigen Programms der UK Border Agency zur Rückführung von Familien mit Kindern daraufhin, ob die Einrichtung eines vergleichbaren Prozesses auch in Österreich sinnvoll wäre, sobald erste Erfahrungswerte über die Bewährung des Programms vorliegen. (S. Seite 61)
- Einzelfallabwägung bestimmter Vor- und Nachteile in Bezug auf den „bestmöglichen“ Zeitpunkt der Abschiebung mit dem Ziel einer möglichststen Schonung der Betroffenen, insbesondere der Kinder. (S. Seite 62)
- Sicherstellung einer kontinuierlichen psychosozialen Unterstützung der Familien durch *eine* Betreuungsperson (im Rahmen einer NGO oder durch unabhängige Einzelpersonen). (S. Seite 62)

**Geschäftsstelle des Menschenrechtsbeirates  
Bundesministerium für Inneres**

Minoritenplatz 9

1014 Wien

Tel: +43 (1) 53126 – 3501

Fax: +43 (1) 53126 – 3504

E-Mail: [office@menschenrechtsbeirat.at](mailto:office@menschenrechtsbeirat.at)

Internet: [www.menschenrechtsbeirat.at](http://www.menschenrechtsbeirat.at)