

Die Altersbestimmung bei unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden unter rechtlichen Gesichtspunkten

Seminararbeit von

Matthias Plattner

5. Semester

Abgabedatum: 17. Dezember 2017

Verfasst und präsentiert im Rahmen des Seminars «Migrationsrecht» von Prof. Dr. Stephan Breitenmoser und Prof. Dr. Peter Uebersax, im Herbstsemester 2017 an der
Universität Basel

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III
Materialienverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	V
1. Einleitung	1
2. Rechtliche Grundlagen	2
2.1 Kinder- und Flüchtlingsschutz	2
2.2 Völkerrechtliche Grundlagen	2
2.2.1 Völkerrechtliche Grundsätze	2
2.2.2 Völkerrechtliche Abkommen.....	3
2.3 Verfassungsrechtliche Grundlagen	5
2.4 Gesetzliche Grundlagen	5
3. Asylverfahren für UMA	6
3.1. Besondere Rechtsstellung.....	6
3.1.1. Voraussetzung	6
3.1.2 Vertrauensperson/Kinderschutzmassnahme	7
3.2 Ablauf des Asylverfahrens.....	8
3.2.1 Asylgesuch.....	8
3.2.2. Vorbereitungsphase	9
3.2.2 Untersuchungphase	10
3.2.3 Verteilung auf die Kantone	11
3.2.4 Asylentscheid.....	11
3.2.5 Wegweisungsvollzug.....	11
4. Forensische Altersdiagnostik	12
4.1 Allgemeines zur forensischen Altersdiagnostik	12
4.2 Praktisches Vorgehen in der Schweiz	13

4.3	Methoden der Altersbestimmung.....	14
4.3.1	<i>Körperliche Untersuchungen.....</i>	14
4.3.2	<i>Zahnmedizinische Untersuchungen</i>	15
4.3.3	<i>Röntgenuntersuchung der linken Hand</i>	15
4.3.4	<i>Radiologische Untersuchung des Schlüsselbeins</i>	16
4.3.5	<i>Abschliessende Altersdiagnose.....</i>	17
4.3.6	<i>Exkurs: Nichtionisierende Bildgebungsverfahren.....</i>	18
4.4	Rechtliche Grundlagen der Altersdiagnostik.....	18
4.5	Rechtsprechung zur Altersbestimmung.....	20
4.5.1	<i>Grundsätzliches zur Rechtsprechung.....</i>	20
4.5.2	<i>Bisherige Rechtsprechung</i>	20
4.5.3	<i>Rechtsprechung zum Methodenpluralismus nach AGFAD</i>	22
4.5.4	<i>Würdigung von Praxis und Rechtsprechung.....</i>	23
4.5.5	<i>Exkurs: Grundrechtskonformität des Altersgutachtens</i>	24
5.	Fazit.....	25
	Eigenständigkeitserklärung	27

Literaturverzeichnis

Zitierhinweise:

Die nachstehenden Werke werden, wenn nicht anders angegeben, mit Nachnamen der Autorin oder des Autors sowie mit der Seitenzahl zitiert.

- BERSET DUFT, SOPHIE
 Kommentierung des Art. 17, in: Amarelle, Cesla/Minh Son, Nguyen (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations – Volume IV: Loi sur l’asile (LAsi), Bern 2015 (zit. BERSET DUFT, Code annoté, N ... zu Art. ... AsylG)
- CARONI, MARTINA/GRASDORF-MEYER, TOBIAS/OTT, LISA/SCHREIBER, NICOLE
 Migrationsrecht, 3. Auflage, Bern 2014
- CORBAZ, MATTHIEU
 La détermination de l’âge du requérant d’asile, in: Actualité du droit des étrangers – Jurisprudence et analyse 2015/volume II, S. 13 ff.
- COSSY, SYLVIE
 Kommentierung des Art. 29, in: Amarelle, Cesla/Minh Son, Nguyen (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations – Volume IV: Loi sur l’asile (LAsi), Bern 2015 (zit. COSSY, Code annoté, N ... zu Art. ... AsylG)
- HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER/KELLER, HELEN, THURNHERR, DANIELA
 Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich 2016
- HRUSCHKA, CONSTANTIN
 Kommentierung des Art. 17, in: Spescha, Marc/Thür, Hanspeter/Zünd, Andreas/Bolzli, Peter/Hruschka, Constatin (Hrsg.), Migrationsrecht Kommentar, 4. Auflage, Zürich 2015 (zit. HRUSCHKA, MR-Komm, N ... zu Art. ... AsylG)
- KIENER, REGINA/RÜTSCHKE, BERNHARD/KUHN MATHIAS
 Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015
- LIENHARD, BETTINA/AFFOLTER KURT
 Kommentierung des Art. 327a, in: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel 2014 (zit. LIENHARD/AFFOLTER, BSK ZGB I, N ... zu Art. ... ZGB)
- MÖSCH, JOANA MARIA
 Multidisziplinäres Verfahren unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender, in: Jusletter 15. August 2016

- MÜLLER, JOËL OLIVIER
«Nichts Genaues» weiss man nicht:
Altersbestimmung im schweizerischen
Asylverfahren, in: Jusletter 20. März 2017
- MUND, MICHAEL T.
Forensische Altersdiagnostik bei Lebenden
in der Schweiz, in: Grassberger,
Martin/Türk, Elisabeth E./Yen, Kathrin
(Hrsg.), Klinisch-forensische Medizin, Wien
2013, S. 487 ff.
- NOWOTNY, THOMAS/EISENBERG,
WINFRID/MOHNKE, KLAUS
Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge:
Strittiges Alter – strittige Altersdiagnostik, in:
Deutsches Ärzteblatt 18/2014, S. 786 ff.
- PARZELLER, MARKUS/BRATZKE,
HANSJÜRGEN/RAMSTHALER FRANK (HRSG.)
Praxishandbuch forensische
Altersdiagnostik bei Lebenden –
Medizinische und rechtliche Grundlagen,
Stuttgart 2008
- RHINOW, RENE/SCHEFER,
MARKUS/UEBERSAX, PETER
Schweizer Verfassungsrecht, 3. Auflage,
Basel 2016
- SCHMELING, ANDREAS
Forensische Altersdiagnostik bei Lebenden
in Deutschland, in: Grassberger,
Martin/Türk, Elisabeth E./Yen, Kathrin
(Hrsg.), Klinisch-forensische Medizin, Wien
2013, S. 467 ff. (zit. SCHMELING, S. ...)
- SCHMELING, ANDREAS/DETTMEYER,
REINHARD/RUDOLF, ERNST/VIETH,
VOLKER/GESERICK, GUNTHER
Forensische Altersdiagnostik – Methoden,
Aussagesicherheit, Rechtsfragen, in:
Deutsches Ärzteblatt 4/2016, S. 44 ff. (zit.
SCHMELING et al. DÄ, S. ...)
- SCHMELING, ANDREAS/GESERICK,
GUNTHER/TSOKOS, MICHAEL/DETTMEYER,
REINHARD/RUDOLF, ERNST/PÜSCHEL, KLAUS
Aktuelle Diskussion zur Altersdiagnostik bei
unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen,
in: Rechtsmedizin 06/2014, S. 457 ff. (zit.
SCHMELING et al. RM, S. ...)
- SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE SFH
(HRSG.)
Handbuch zum Asyl- und
Wegweisungsverfahren, 2. Auflage, Bern
2015 (zit. Handbuch SFH, S. ...)
- TSCHECHTSCHER, AXEL
Kommentierung des Art. 10, in: Waldmann,
Bernhard/Besler, Eva Maria/Epiney, Astrid
(Hrsg.), Basler Kommentar,
Bundesverfassung, Basel 2015 (zit.
TSCHECHTSCHER, BSK BV, N ... zu Art. ...
BV)

Materialienverzeichnis

Eidgenössische Materialien

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV, S. ...)

Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 26. Mai 2010, BBl 2010 4455 ff. (zit. Botschaft AsylG, S. ...)

Internationale Materialien

Richtlinien über allgemeine Grundsätze und Verfahren zur Behandlung asylsuchender unbegleiteter Minderjähriger, Der Hohe Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen, Februar 1997 (zit. Richtlinien UNHCR, Ziff. ...)

Weitere amtliche Publikationen

Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C10: Unbegleitete minderjährige Asylsuchende, Staatssekretariat für Migration (zit. Handbuch SEM, S. ...)

Abkürzungsverzeichnis

aAsylG	Altes Asylgesetz vor der Teilrevision am 1. Februar 2014
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948
AGFAD	Arbeitsgemeinschaft für forensische Altersdiagnostik
Art.	Artikel
Abs.	Absatz
ARK	Schweizerische Asylrekurskommission
AsylG	Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (SR 142.31)
AsylV 1	Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 (SR 142.31)
BBI	Bundesblatt
BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgericht (amtliche Sammlung)
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BMI	Bundesministerium für Inneres (Republik Österreich)
BSK BV	Basler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung
BSK ZGB	Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesverwaltungsgericht (amtliche Sammlung)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	Bezüglich
bzw.	Beziehungsweise
DÄ	Deutsches Ärzteblatt (Köln)
Dublin-III-VO	Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung)
E.	Erwägung
EMARK	Entscheide der Schweizerischen Asylrekurskommission
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, In Kraft getreten für die

	Schweiz am 28. November 1974 (Europäische Menschenrechtskonvention, SR 0.101)
et al	et alia (lat. «und weitere»)
EU	Europäische Union
EVZ	Empfangs- und Vollzugszentrum
f.	Folgend
ff.	Folgende
FK	Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge Abgeschlossen in Genf am 28. Juli 1951, In Kraft getreten für die Schweiz am 21. April 1955 (Flüchtlingskonvention, SR 0.142.30)
Hrsg.	Herausgeber
inkl.	Inklusive
IOM	International Organization for Migration
i.V.m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
KESB	Kindes und Erwachsenenschutzbehörde
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes, Abgeschlossen in New York am 20. November 1989, In Kraft getreten für die Schweiz am 26. März 1997 (Kinderrechtskonvention, SR 0.107)
lit.	Litera
m.w.Verw.	mit weiteren Verweisen
MR-Komm	Migrationsrecht Kommentar
MRT	Magnetresonanztomographie
N	Randnote
Nr.	Randnummer
NR	Nationalrat
resp.	Respektive
RM	Rechtsmedizin (Berlin, Heidelberg)
S.	Seite
SEM	Staatssekretariat für Migration
SFH	Schweizerische Flüchtlingshilfe
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
UMA	Unbegleitete minderjährige Asylsuchende
UN/UNO	United Nations Organisation (Vereinigte Nationen)

UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees (Hoher Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen)
Vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert

1. Einleitung

In den letzten Jahren hat die Bedeutung der forensischen Altersdiagnostik bei Lebenden stark zugenommen. Untersucht werden hauptsächlich Personen mit Migrationshintergrund, bei welchen das Geburtsdatum nicht zweifelsfrei dokumentiert ist und deren Alter in einem juristischen Verfahren eine wichtige Rolle spielt. Sowohl im Strafrecht als auch im Zivilrecht und Verwaltungsrecht ist eine Minderjährigkeit oft mit prozessualen Vorteilen oder speziellen Leistungsansprüchen verbunden, da Minderjährige einen besonderen Schutz genießen.¹

Im Verwaltungsrecht, vor allem im Asylrecht, ist dies z.B. bei sogenannten unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden (UMA) der Fall.²

Da diese Vorteile der UMA für den Staat mit zusätzlichem Aufwand verbunden sind, hat dieser ein Interesse daran, diese nur den Personen zu gewähren, welche auch effektiv minderjährig sind, um Missbrauch der mit Minderjährigkeit verbundenen Privilegien zu verhindern.

Im Asylverfahren darf deswegen, wenn ein angegebenes Alter bezweifelt wird, ein Altersgutachten in Auftrag gegeben werden, welches auf wissenschaftlichen Methoden basieren muss. Dabei stellt sich das Problem, dass nach dem bisherigen Stand der Wissenschaft keine Methode existiert, mit welcher sich das Alter einer Person eindeutig bestimmen lässt. In diesem Zusammenhang wird auch der Begriff «Altersbestimmung» kritisiert, da es sich dabei doch eher um eine «Altersschätzung» handle.³

Mit der vorliegenden Arbeit soll aufgezeigt werden, welche Methoden zur Altersbestimmung existieren und wie mit dem Problem deren Ungenauigkeit in der Rechtsprechung umgegangen wird. Zuvor werden aber die Besonderheiten im Verfahren von UMA sowie die Rechtsgrundlagen, auf denen sie basieren, erörtert.

Um den Anforderungen einer juristischen Arbeit Rechnung zu tragen, werden hier die Methoden der forensischen Altersdiagnostik und deren Eigenschaften nur in den Grundzügen erläutert und es wird nicht auf verschiedene Fallstudien oder andere fachfremde Bereiche detaillierter eingegangen. Auch soll das Asylverfahren der UMA nur in den Grundzügen dargestellt werden, da dies sonst den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde. Ebenso wenig kann die Arbeit eine rechtsvergleichende Abklärung bieten.

Die Arbeit ist in drei Teile gegliedert. In einem ersten Teil werden sowohl die internationalen wie auch nationalen rechtlichen Grundlagen aufgezeigt, aus welchen der besondere Schutz für UMA hergeleitet wird. Anschliessend wird erläutert wie das Asylverfahren eines UMA grundsätzlich abläuft und welche besonderen Aspekte dabei zu berücksichtigen sind. In einem

¹ SCHMELING, S. 468

² UMA erhalten aber auch zivilrechtlichen Schutz, vgl. Kapitel 2.5

³ Altersfestsetzung bei jugendlichen Flüchtlingen, Dr. Winfrid Eisenberg, S. 1, abrufbar unter: https://www.ipnw.de/commonFiles/pdfs/Soziale_Verantwortung/Altersfestsetzung_UMF.pdf (zuletzt besucht am 13.10.2017)

dritten Teil wird auf die forensische Altersdiagnostik eingegangen. Zuerst wird aufgezeigt, welche Methoden zur Altersbestimmung existieren, wie diese funktionieren und wie die Wissenschaft diese beurteilt. Dann werden die rechtlichen Rahmenbedingungen sowie das spezifische Verfahren bei der Altersdiagnose erläutert, um danach auf die Rechtsprechung zur Altersbestimmung einzugehen. Die Praxis und Rechtsprechung wird dann abschliessend kritisch gewürdigt.

2. Rechtliche Grundlagen

2.1 Kinder- und Flüchtlingsschutz

Der Schutz für UMA wird aus mehreren Rechtsgrundlagen abgeleitet. Dies aufgrund deren besonderer Konstellation, sowohl minderjährig als auch Flüchtling zu sein, und somit zwei Personengruppen anzugehören, welche wegen ihrer Vulnerabilität besonderen rechtlichen Schutz geniessen. Deswegen erhalten die UMA einerseits Schutz aus Erlassen, die sich dem Flüchtlingsschutz widmen, andererseits aus Erlassen, die den Schutz von Kindern resp. des Kindeswohls anstreben.⁴

2.2 Völkerrechtliche Grundlagen

2.2.1 Völkerrechtliche Grundsätze

Nach Art. 5 Abs. 4 BV sind von der Schweiz ratifizierte völkerrechtliche Verträge Bestandteil des Bundesrechts und müssen deswegen im Vollzug beachtet werden, da diese auch der Rechtsprechung zugrunde liegen.⁵ Ob sich aus diesen Bestimmungen ein direkt durchsetzbarer Anspruch für UMA ergibt, ist abhängig davon, ob es sich um eine unmittelbar oder nicht unmittelbar anwendbare Bestimmung handelt, denn ein Staatsvertrag kann beides enthalten, wie dies z.B. bei der Kindesrechtskonvention (KRK) der Fall ist. Unmittelbar anwendbar sind Rechtssätze, welche hinreichend bestimmt und klar sind, um als Grundlage eines Rechtsanwendungsaktes zu dienen.⁶ Nicht unmittelbar anwendbar sind hingegen Bestimmungen, welchen den innerstaatlichen Gesetzgeber dazu verpflichten, landesrechtliche Vorschriften zu erlassen, welche die Grundsätze des Staatsvertrages durchsetzen sollen.⁷

Das Migrationsrecht gehört zum sogenannten *domaine réservé*, also dem Bereich, welchen die Staaten frei und unabhängig von völkerrechtlichen Verpflichtungen regeln können.⁸

⁴ Vgl. Handbuch SEM, S. 3

⁵ Botschaft BV, S. 134 f.

⁶ BGE 106 Ib 182 S. 187

⁷ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Nr. 1894

⁸ CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHREIBER, S. 34

Aufgrund dessen besteht bis heute weder ein internationales Migrationsregime noch eine umfassende internationale Regelung der Migration.⁹

2.2.2 Völkerrechtliche Abkommen

Die allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 enthält mit Art. 14 AEMR und Art. 25 Ziff. 2 AEMR sowohl Bestimmungen zum Schutz von Flüchtlingen als auch zum Schutz von Kindern. In Art. 14 AEMR wurde zum ersten Mal die Idee festgehalten, dass jeder Mensch, welcher in seinem Heimatland verfolgt wird, ein Recht auf Asyl hat, sofern nicht die Kriterien aus Art. 14 Ziff. 2 AEMR dem entgegenstehen. In Art. 25 Ziff. 2 AEMR wird ausserdem festgehalten, dass Kinder Anspruch auf besondere Fürsorge und Unterstützung haben.

Ein wichtiges Abkommen ist die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten von 1950, besser bekannt als Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK). Auch die EMRK enthält keine Normen, die ausdrücklich die Situation von minderjährigen Asylsuchenden behandelt. Die EMRK hat jedoch eine starke Bedeutung im Asylrecht. So enthält Art. 3 EMRK ein menschenrechtliches Rückschiebungsverbot, welches, im Gegensatz zum flüchtlingsrechtlichen Refoulementverbot nach Art. 33 FK, auch Personen schützt, welche die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllen.¹⁰ Wichtige Bedeutung im Asyl- und Ausweisungsverfahren haben auch die verfahrensrechtlichen Garantien in Art. 13 EMRK.¹¹

Das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge aus dem Jahre 1951, oft auch Genfer Flüchtlingskonvention (FK) genannt, regelt, wer als Flüchtling anzuerkennen ist und enthält auch einen Katalog an Minimalgarantien, welcher den Flüchtlingen zu gewähren ist. Das Abkommen wurde im Jahre 1967 durch das Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge ergänzt, wodurch die zeitliche und geographische Beschränkung des Abkommens aufgehoben wurden. Das Abkommen gilt als Ursprung des modernen Asylrechts und dessen Flüchtlingsdefinition stellt das Richtmass für die nationale Gesetzgebung dar. In Art. 33 FK ist das bekannte Non-refoulement-Gebot verankert, welche die Rückweisung an den Verfolgerstaat verbietet. Eine besondere Norm bezüglich UMA enthält das Abkommen indessen nicht.¹²

Eine wichtige Rolle in Bezug auf UMA kommt dem Übereinkommen über die Rechte des Kindes aus dem Jahr 1989 zu. Das Übereinkommen ist auch besser bekannt als Kinderrechtskonvention (KRK). Erst seit dem Beitritt zur KRK wurden im Schweizer Asylgesetz erste Bestimmungen eingeführt, welche sich direkt mit der Situation von asylsuchenden Minderjährigen befassten und diese gesetzlich regelten. Durch die KRK verpflichtete sich die

⁹ CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHREIBER, S. 61

¹⁰ Handbuch SFH, S. 47

¹¹ CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHREIBER, S. 58

¹² Handbuch SFH S. 31

Schweiz z.B. dazu, ausländische Kinder diskriminierungsfrei zu behandeln (Art. 2 KRK) oder auch geeignete Massnahmen zu treffen, aufgrund welcher Asylsuchende wie auch als Flüchtling anerkannte Kinder, einen angemessenen Schutz und Hilfe zur Wahrung ihrer Rechte erhalten (Art. 22 KRK).¹³ Weiter enthält die Konvention Rechte die dem speziellen Schutz von Minderjährigen dienen. Als Grundprinzip und Leitmotiv des Übereinkommens gilt das Wohl des Kindes, welches in Art. 3 Abs. 1 KRK genannt wird. Auch indirekt von Bedeutung für die UMA ist Art. 10 KRK, welcher die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, Anträge von Kindern zum Zwecke der Familienzusammenführung beschleunigt zu bearbeiten.¹⁴

Nicht zu den völkerrechtlichen Verträgen gehören die Richtlinien über allgemeine Grundsätze und Verfahren zur Behandlung asylsuchender unbegleiteter Minderjähriger des UNHCR, sie spielen aber dennoch eine wichtige Rolle. Diese Richtlinien sind nicht rechtsverbindlich, sie dienen aber dem Verständnis und der Weiterbildung völkerrechtlicher Grundsätze und werden auch zur Auslegung des innerstaatlichen Rechts herbeigezogen.¹⁵

Ausführlich mit dem Thema UMA befasst sich auf europäischer Ebene die Dublin-III-VO. Seit im Jahre 2005 der Bundesbeschluss über die Assoziierung an Schengen/Dublin¹⁶ im Rahmen einer Volksabstimmung angenommen wurde, ist die Schweiz in gewissen Bereichen in das Asylsystem der EU eingebunden. Das Dublin-Assoziierungsabkommen regelt dabei die Zuständigkeiten bei der Behandlung von Asylgesuchen. Mit dem Abkommen verpflichtete sich die Schweiz den Dublin-Besitzstand sowie Regeln zur konkreten Durchführung der Assoziierung und Vorschriften zur Übernahme von künftigen Weiterentwicklungen des Dublin-Besitzstands zu übernehmen.¹⁷ Dabei enthält die Dublin-III-VO viele Bestimmungen, welche die Situation von UMA regelt. In Art. 2 Bst. j) Dublin-III-VO findet sich z.B. eine Legaldefinition zum Begriff unbegleiteter Minderjähriger. Das Schweizer Asylgesetz selber besitzt keine Legaldefinition des Begriffs UMA, weshalb in Entscheiden des Bundesverwaltungsgerichtes teilweise auf die Definition der Dublin-Verordnung verwiesen wird.¹⁸ Es besteht jedoch eine gefestigte Rechtsprechung dazu, welche Kriterien erfüllt sein müssen um als UMA zu gelten, welche dieser Definition in grösstenteils entspricht.¹⁹

¹³ Handbuch SFH S. 482

¹⁴ CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHREIBER, S. 55

¹⁵ Multidisziplinäres Verfahren unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender – Prozessuale Probleme mit Verbesserungspotential, Joana Maria Mösch, S. 6, abrufbar unter: https://ius.unibas.ch/uploads/tx_x4equalificationgeneral/37438/20160406145537_57050749c2af6.pdf (zuletzt besucht am 16.10.2017)

¹⁶ Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Assoziierung an Schengen und Dublin von 17. Dezember 2004 (SR 362)

¹⁷ Handbuch SFH, S. 49

¹⁸ Vgl. BGVE 2016/1 E. 4.1 S. 1

¹⁹ Siehe unten 3.1.1

In Art. 6 Dublin-III-VO sind diverse Garantien für Minderjährige enthalten, wie unter anderem die Garantie, in allen Verfahren durch einen Vertreter vertreten und/oder unterstützt zu werden. Auch wird hervorgehoben, dass das Wohl des Kindes in allen Verfahren eine vorrangige Erwägung ist. Weiter wird in Art. 8 Dublin-III-VO festgehalten, dass der Antrag eines unbegleiteten Minderjährigen von dem Mitgliedsstaat zu prüfen ist, in welchem sich allfällige Familienangehörige oder Geschwister rechtmässig aufhalten, sofern dies dem Wohl des Minderjährigen dient.

2.3 Verfassungsrechtliche Grundlagen

In der Schweiz regelt die Bundesverfassung, welche Aufgaben in den Zuständigkeitsbereich des Bundes fallen. Massgebend sind auf Basis der «Grundnorm» Art. 3 BV die Art. 42 BV, Art. 43 BV sowie Art. 43a BV. Daraus ergibt sich die subsidiäre Generalkompetenz der Kantone mit Verfassungsvorbehalt des Bundes.²⁰ Die Kantone können bestimmen welche Staatsaufgaben sie im Rahmen ihrer Zuständigkeit erfüllen wollen, solange keine ausschliessliche Bundeskompetenz durch die Bundesverfassung eingeräumt wird.

Die Bundesverfassung selber enthält keine Bestimmungen zu UMA, die Grundlagen zur Gesetzgebung in den dafür relevanten Bereichen ergeben sich jedoch daraus.

In Art. 121 BV wird festgehalten, dass die Gesetzgebung über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern sowie der Gewährung von Asyl unter die Zuständigkeit des Bundes fällt.

Des Weiteren wird in Art. 11 BV der Begriff des Kindesschutzes, wie er in der Kinderrechtskonvention verankert ist, verfassungsrechtlich eingegliedert. Aus diesem Artikel lässt sich allerdings kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für UMA ableiten.²¹ Bei asylrechtlichen Bestimmungen ist dennoch darauf zu achten, dass diese verfassungskonform angewandt werden und somit Kindern und Jugendlichen ein besonderer Schutz eingeräumt wird.²²

Weiter sind in der Verfassung auch Verfahrensgarantien festgehalten, wie z.B. der Anspruch auf rechtliches Gehör oder unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 2 und 3 BV), welche eine wichtige Bedeutung für das Verfahren der UMA haben.

2.4 Gesetzliche Grundlagen

Gestützt auf die in Art. 121 BV enthaltene Kompetenz zur Gesetzgebung im Asylbereich hat der Bund das Asylgesetz (AsylG) erlassen. Das Asylgesetz, welches regelt, wer als Flüchtling anerkannt wird und welche Voraussetzungen für die Asylgewährung bestehen, wird dabei

²⁰ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, S. 135

²¹ m.w.Verw. MÖSCH, S. 5

²² Handbuch SFH, S. 483

durch die Asylverordnung 1 (AsyV 1) präzisiert. Diese beiden Erlasse regeln das in der Schweiz geltende Verfahren für UMA.

Art. 17 Abs. 2 AsylG ermächtigt den Bundesrat zum Erlass von ergänzenden Bestimmungen über das Asylverfahren, um insbesondere der speziellen Situation von Frauen und Minderjährigen im Verfahren gerecht zu werden. Diese Kompetenz führte zum Erlass von Art. 7 AsyV 1. Dieser Artikel enthält verschiedene Absätze, welche der besonderen Situation von Minderjährigen im Asylverfahren Rechnung tragen sollen. Weiter ist in Art. 17 Abs. 2^{bis} AsylG vorgesehen, dass das Asylgesuch von UMA prioritär zu behandeln ist und in Art. 17 Abs. 3, dass die zuständige kantonale Behörde dem UMA unverzüglich eine Vertrauensperson zu bestimmen hat. Für die Altersbestimmung besonders hervorzuheben ist Art. 17 Abs. 3^{bis} AsylG, der die rechtliche Grundlage für ein Altersgutachten darstellt und durch Art. 7 Abs. 1 AsyV 1 ergänzt wird. Auf die besonderen Verfahrensregeln, welche für UMA gelten, sowie auf die Normen zur Altersbestimmung wird später genauer eingegangen.

Im Asylverfahren der UMA kommen auf gesetzlicher Ebene des Weiteren noch Kinderschutzmassnahmen hinzu, welche zu ihrem Schutz ergriffen werden müssen. Kinderschutzmassnahmen sind abschliessend im ZGB geregelt und werden durch die Kantone umgesetzt.²³

3. Asylverfahren für UMA

3.1. Besondere Rechtsstellung

3.1.1. Voraussetzung

UMA haben aufgrund ihrer allgemein anerkannten Verletzlichkeit eine besondere Rechtsstellung im Asylverfahren. Einerseits wird man dadurch den internationalen Verpflichtungen im Kinderschutz gerecht, auf der anderen Seite unterstützt man damit einen möglichen Integrationsprozess und vermindert altersbedingte Komplikationen des Verfahrens. Voraussetzung dafür, in Genuss dieser besonderen Rechtsstellung im Verfahren zu kommen ist, dass man die dazu nötigen Kriterien erfüllt, unbegleitet und minderjährig zu sein.

Wie bereits erwähnt enthalten das AsylG wie auch die AsyV 1 keine Legaldefinition des Begriffs UMA, das Bundesverwaltungsgericht hat indes eine klare Rechtsprechung dazu entwickelt, welche im Wesentlichen der Begriffsbestimmung des UNHCR entspricht.²⁴

Als unbegleitet gilt ein Minderjähriger, welches von beiden Eltern getrennt ist und nicht von mindestens einer erwachsenen Person betreut wird, welche rechtlich dafür eingesetzt worden ist. Die elterliche Sorge steht dabei einem in der Schweiz lebenden volljährigen Geschwister

²³ MÖSCH, S. 5

²⁴ Richtlinien UNHCR, Ziff. 3

nicht von Amtes wegen zu.²⁵ Steht das Kind unter der Obhut einer/eines nahen Verwandten, so gilt es nach der Praxis des SEM nur als begleitet, wenn diese/r Verwandte im Herkunftsland mit dem Kind in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hat, für das Kind aufkam und verantwortlich war. Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, so kann ausnahmsweise ein Kind als begleitet betrachtet werden, wenn die Angehörigen bereit sind, die Verantwortung für das Kind zu übernehmen und es während seines Aufenthalts in der Schweiz betreuen.²⁶

Wie auch in Art. 1a lit. d AslyV1 festgehalten gilt als minderjährig, wer gemäss Art. 14 ZGB das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

3.1.2 Vertrauensperson/Kinderschutzmassnahme

Art. 17 AsylG sieht einige Massnahmen vor, welche dem Schutz des UMA dienen, um den besonderen Bedürfnissen im Verfahren gerecht zu werden. Dies ergibt sich aus den Grundsätzen der Achtung des Kindeswohls aus Art. 3 KRK und Art. 11 BV. Eine Massnahme, die sich über das gesamte Verfahren erstreckt, ist diejenige, dass die kantonalen Behörden nach Art. 17 Abs. 3 AsylG eine Vertrauensperson bestimmen, welche die Interessen des UMA wahrnehmen. Nach Art. 7 Abs. 2^{bis} AsylV 1 beginnt die Tätigkeit der Vertrauensperson mit der Kurzbefragung nach Art. 26 Abs. 2 AsylG und dauert bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Asylgesuch.

Der Begriff der Vertrauensperson ist in einem weiten Sinne zu verstehen, denn dabei kann es sich auch um einen Vormund oder Beistand nach Art. 308 resp. Art. 327a ZGB handeln.

Der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) obliegt die Aufgabe, eine Beistandschaft oder Vormundschaft zu errichten. Diese muss unverzüglich nach der Zuweisung in den Kanton errichtet werden, doch kommen nicht alle Kinderschutzbehörden fristgerecht der Verpflichtung nach. In diesem Fall muss die zuständige kantonale Behörde nach Art. 7 Abs. 2 AsylV 1 unverzüglich eine Vertrauensperson ernennen. Ausserdem haben diese auch eine Vertrauensperson zu ernennen, wenn während des Aufenthalts im EVZ oder im Flughafen entscheidrelevante Verfahrensschritte durchgeführt werden (Art. 17 Abs. 3 lit. a und b AsylG). Die Bestellung einer Vertrauensperson enthebt die KESB jedoch nicht von der Pflicht, der minderjährigen Person so schnell wie möglich einen Vormund oder Beistand zu ernennen.²⁷

Die Vormundschaft ist die umfassendste Form von Schutz und Unterstützung für einen Minderjährigen. Die Voraussetzung für eine Vormundschaft ist einerseits die Minderjährigkeit des Kindes, andererseits das Fehlen der elterlichen Sorge.²⁸ Nach Art. 327a ff. ZGB übernimmt

²⁵ EMARK 2004/9 Erw. 3c

²⁶ Handbuch SEM, S. 6

²⁷ CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHREIBER, S. 310

²⁸ LIENHARD/AFFOLTER, BSK ZGB I, N 1 zu Art. 327a ZGB

der Vormund die Betreuung und hat seine gesamten persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen zu wahren. Ist die elterliche Sorge nur eingeschränkt oder fällt sie von Gesetzes wegen weg, so reicht die Errichtung einer Beistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB. Die Beistandschaft dient einem eingeschränkteren, oft temporären Schutz, im Hinblick auf bestimmte Geschäfte oder die Verwaltung des Vermögens.²⁹

Ein beispielhafter, aber nicht abschliessender Aufgabenkatalog für die Vertrauensperson findet sich in Art. 7 Abs. 3 AsylV 1. Die Vertrauensperson hat den UMA während des gesamten Verfahrens zu begleiten und zu unterstützen. Die Vertrauensperson berät ihn vor und während Befragungen, unterstützt ihn bei der Nennung und Beschaffung von Beweismitteln und dient als Beistand im Verkehr mit den Behörden. Auch festgehalten ist, dass die Vertrauensperson über hinreichende Rechtskenntnisse im Asylrecht und des Rechts betreffend des Dublin-Verfahrens verfügen muss. Eine Anhörung, welche ohne Anwesenheit eines Beistands oder einer anderen rechtskundigen Begleitperson erfolgt, stellt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV dar.³⁰ Weiter muss die Vertrauensperson sicherstellen, dass die minderjährige Person eine Rechtsberatung in Anspruch nehmen kann, sollte es die Komplexität der Situation erfordern.³¹ Die Unterstützung gemäss Art. 7 Abs. 3 AsylV 1 geht dabei über das Asylverfahren im engeren Sinn hinaus. Die Vertrauensperson ist auch zuständig für administrative und organisatorische Aufgaben ausserhalb des Verfahrens, da es sich bei der Vertrauensperson um einen Ersatz für die Errichtung einer Beistand- oder Vormundschaft handelt.³²

3.2 Ablauf des Asylverfahrens

Das erstinstanzliche Asylverfahren lässt sich in der Regel in zwei oder drei Schritte teilen. Zuerst entscheidet das SEM, ob auf das Asylgesuch eingetreten wird. Ist dies der Fall, so prüft es ob die Flüchtlingseigenschaft bei der asylsuchenden Person erfüllt ist. Kommt es zu einem Nichteintreten oder zu einer Ablehnung, wird ein Wegweisungsentscheid verfügt. Als dritter Schritt muss das SEM in diesem Fall noch prüfen, ob der Wegweisungsvollzug zulässig und zumutbar ist.³³

3.2.1 Asylgesuch

Für Asylgesuche zuständig ist nach Art. 6 AsylG das SEM. Als Asylgesuch gilt nach Art. 18 AsylG jede Äusserung, mit welcher eine Person zu erkennen gibt, dass sie die Schweiz um

²⁹ MÖSCH, S. 22

³⁰ COSSY, N 26 zu Art. 29 AsylG; EMARK 1999/18 E. 5.c.

³¹ EMARK 2006/14 E. 4.2; EMARK 2003/1 E. 3c.

³² CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHREIBER, S. 310

³³ Handbuch SFH, S. 104

Schutz vor Verfolgung bittet, das Gesuch ist formfrei und kann gemäss Art. 19 AsylG an einem schweizerischen Flughafen, Grenzübergang oder Empfangs- und Verfahrenszentrum eingereicht werden, wobei sie auf ihre Rechte und Pflichten hingewiesen werden müssen.

Die Einreichung eines Asylgesuchs setzt die Prozessfähigkeit der asylsuchenden Person voraus. Die Prozessfähigkeit kommt der Handlungsfähigkeit, wie sie in Art. 12 ff. ZGB festgehalten ist, gleich und setzt Volljährigkeit und Urteilsfähigkeit voraus.³⁴ Da das Asylgesuch den Schutz gewisser Persönlichkeitsrechte bezweckt, ist die Einrichtung einem höchstpersönliches Recht im Sinne des Art. 19 Abs. 2 ZGB gleichzustellen.³⁵ Urteilsfähige Minderjährige können daher ein Asylgesuch stellen, während nicht urteilsfähige Minderjährige das Asylgesuch durch eine vertretende Person einrichten müssen.³⁶

3.2.2. Vorbereitungsphase

In einem ersten Schritt prüft das SEM seine Zuständigkeit zur Durchführung des Asylverfahrens unter Berücksichtigung des Dublin-Assoziierungsabkommen. Hat eine asylsuchende Person bereits in einem anderen sogenannten Dublin-Staat³⁷ einen Asylantrag gestellt, so ist die Schweiz nicht für das Asylverfahren zuständig und kann die Person in den betreffenden Staat zurückführen. Handelt es sich dabei allerdings um einen UMA, so kann dieser nach Art. 8 Abs. 1 ff. Dublin-III-VO nur in einen anderen Dublin-Staat zurückgeführt werden, sofern er dort Angehöriger hat. Ansonsten ist gemäss Art. 8 Abs. 4 Dublin-III-VO die Schweiz zuständig. Somit besteht für die UMA, zumindest in rechtlicher Hinsicht, eine gewisse Wahlfreiheit in welchem Mitgliedstaat sie das Asylverfahren durchlaufen möchten.³⁸

Ist die Zuständigkeit gegeben, stellt sich zuerst die Aufgabe, möglichst viele Daten über den UMA zu erhalten. Im Rahmen einer summarischen Befragung werden persönliche und familienbezogene Informationen wie auch Gründe für die Abreise aus dem Herkunftsland gesammelt.

In dieser Befragung soll die Glaubhaftigkeit der angegebenen persönlichen Daten beurteilt werden, wobei allfällige Nachforschungen vor Ort einzuleiten sind. Zu den personenbezogenen Daten gehört unter anderem das Alter. Sollten also Hinweise darauf bestehen, dass eine Person, die angibt minderjährig zu sein, das Mündigkeitsalter bereits erreicht hat, kann die Erstellung eines Altersgutachtens veranlasst werden.³⁹

Dabei ist es zulässig, über die Frage der geltend gemachten Minderjährigkeit, ohne Beiordnung einer Vertrauensperson, vorfrageweise zu befinden. Die Schweizerische

³⁴ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Nr. 605

³⁵ EMARK 1996/5 Erw. 4a-b

³⁶ Handbuch SEM, S. 7

³⁷ Staaten, welche das Dubliner Übereinkommen oder ein Assoziierungsabkommen unterzeichnet haben.

³⁸ MÜLLER, S. 7

³⁹ Handbuch SEM, S. 12

Asylrekurskommission (ARK)⁴⁰ argumentierte, dass bei einer einfachen Frage wie derjenigen nach dem Alter die Gefahr einer altersbedingten Überforderung ohne weiteres ausgeschlossen werden könne.⁴¹ Dieses Vorgehen wird kritisiert und es wird verlangt, dass auch bei anfänglichen Zweifeln über das Alter eine Vertrauensperson beizuordnen ist.⁴² Das Bundesverwaltungsgericht relativierte diesen Entscheid insofern ein wenig, als dass es in einem Dublin-Verfahren in einer weiteren Befragung eine Vertrauensperson für entscheidrelevante Sachverhalte als zweckdienlich erachtet, auch wenn das Alter noch nicht geklärt ist.⁴³

Auf das genaue Verfahren bei der Altersbestimmung sowie die Verfahrensgrundsätze, welche während dem Asylverfahren gelten, wird später bei der Behandlung der forensischen Altersdiagnostik genauer eingegangen.

3.2.2 Untersuchungsphase

Mit der Untersuchungsphase wird das eigentliche Asylverfahren eingeleitet. Der einlässlichen Anhörung zu den Asylgründen nach Art. 29 AsylG kommt im Rahmen des Asylverfahrens ein zentrales Gewicht zu, sofern darin der rechtserhebliche Sachverhalt hinsichtlich der Flüchtlingseigenschaft und auch hinsichtlich möglicher Wegweisungsvollzugshindernisse vollständig erhoben wurden. Nach Art. 7 AsylG muss die Flüchtlingseigenschaft glaubhaft gemacht werden. Auf eine solche Anhörung kann verzichtet werden, wenn ein Nichteintretensentscheid nach Art. 31a ff. AsylG gefällt wurde.⁴⁴

In Art. 17 Abs. 2^{bis} AsylG ist festgehalten, dass Asylgesuche von UMA prioritär zu behandeln sind. Diese Bestimmung wurde aufgrund der langen Verfahrensdauer des AsylG eingeführt, denn lange Verfahren können entwicklungshemmend auf das Kind wirken.⁴⁵ Ausserdem vermeidet man so auch Schwierigkeiten im Integrationsprozess oder erleichtert eine allfällige Rückkehr und Wiedereingliederung im Herkunftsland.⁴⁶

Durch Art. 7 Abs. 5 AsylV 1 erhalten die UMA einen besonderen Schutz bei der Anhörung. Dieser statuiert nämlich, dass Personen, welche die minderjährigen Asylsuchenden anhören, den besonderen Aspekten der Minderjährigkeit Rechnung zu tragen haben. Diesbezüglich konkretisierte das Bundesverwaltungsgericht, dass bei der Anhörung insbesondere Alter, Reifegrad, Komplexität der Vorbringen und besondere verfahrensrechtliche Anforderungen

⁴⁰ Vorgängerinstanz des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich der Asylverfahren

⁴¹ EMARK 2004/30 E. 6.4.1

⁴² Handbuch SFH, S. 488 f.; MÜLLER, S. 17

⁴³ BVEGE 2011/23 E. 5.4.6.

⁴⁴ Handbuch SFH, S. 88 f.

⁴⁵ HRUSCHKA, MR-Komm, N 4 zu Art. 17 AsylG

⁴⁶ Handbuch SEM, S. 17

hinsichtlich des Beweiswerts der Vorbringen berücksichtigt werden müssen.⁴⁷ Die Person, welche die UMA befragt, muss dafür speziell ausgebildet und geschult sein.⁴⁸

3.2.3 Verteilung auf die Kantone

Spätestens nach 90 Tagen Aufenthalt in einem EVZ müssen gemäss Art. 16 Abs. 2 AsylV 1 die Asylsuchenden einem Kanton zugeteilt werden. Die UMA werden grundsätzlich nach dem allgemeinen Verteilungsschlüssel nach Art. 21 AsylV 1 auf die Kantone verteilt. Dabei ist das Kindeswohl zu beachten. Das BFM muss persönliche Faktoren wie Alter oder Reife, familiäres Umfeld, welches sich bereits in der Schweiz befindet, aber auch Wünsche und Vorstellungen des Kindes beachten.⁴⁹

3.2.4 Asylentscheid

Vermag die asylsuchende Person ihre Flüchtlingseigenschaft nachzuweisen oder zumindest glaubhaft zu machen, so wird ihr Asyl gewährt, sofern keine Ausschlussgründe vorliegen.

Eine Legaldefinition des Flüchtlingsbegriffs befindet sich dabei in Art. 3 AsylG. Obwohl UMA als besonders verletzlich gelten, qualifiziert sie dies nicht automatisch als Flüchtlinge.⁵⁰

Die erstinstanzliche Verfügung des SEM muss nach Art. 53a AsylV 1 sowohl dem UMA als auch seinem Rechtsvertreter eröffnet werden und ist zudem Voraussetzung für den Beginn der Beschwerdefrist. Gegen Nichteintretensentscheide wie auch negative Entscheide kann gemäss Art. 105 AsylG vor Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden.

3.2.5 Wegweisungsvollzug

Enthält eine asylsuchende Person eine Wegweisungsverfügung, muss geprüft werden, ob die Voraussetzungen für den Vollzug der Wegweisung gegeben sind (Art. 83 AuG). Dabei ist massgeblich, ob den Schweizer Behörden im Vollzug völkerrechtliche Verpflichtungen entgegenstehen und die Rückkehr der Person, aufgrund der allgemeinen Situation vor Ort, nicht unzumutbar oder unmöglich ist. Unzumutbarkeit kann unter anderem bei einer konkreten Gefährdung durch Krieg oder eine medizinische Notlage bestehen. Kann die Wegweisung nicht vollzogen werden, wird die asylsuchende Person vorläufig aufgenommen.⁵¹

Bei UMA stellt der Grundsatz des Kindeswohls nach Art. 3 KRK einen zentralen Bestandteil der Prüfung des Wegweisungsvollzugs dar. Dabei sollen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verschiedene Elemente berücksichtigt werden, welche an die

⁴⁷ BVGE 2014/30 E 2.3.2 S. 489

⁴⁸ CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHREIBER, S. 311; Richtlinien UNHCR, Ziff. 8.4

⁴⁹ CARONI/GRASDORF-MEYER/OTT/SCHREIBER, S. 301

⁵⁰ MÖSCH, S. 16

⁵¹ Handbuch SFH, S. 110

Persönlichkeit des Kindes geknüpft sind, wie z.B. der Grad der Abhängigkeit, die Beziehung zu den Betreuungspersonen oder Chancen und Risiken einer Reintegration im Herkunftsland.⁵²

Art. 69 Abs. 4 AuG sieht vor, dass vor der Ausschaffung von UMA sichergestellt werden muss, dass diese im Rückkehrstaat ein Familienmitglied, einen Vormund oder eine Aufnahmeeinrichtung haben, welche den Schutz des Kindes gewährleisten können. Es muss geprüft werden, ob ein tragfähiges Beziehungsnetz, eine gesicherte Wohnsituation aber auch die finanziellen Mittel vorhanden sind, damit eine, dem Kindeswohl entsprechende, altersgerechte Betreuung sichergestellt werden kann.⁵³

Auch bei der Rückführung in einen Dublin-Staat ist die Kindeseigenschaft bei einem UMA zu berücksichtigen. Nach Umständen des Einzelfalls kann nämlich eine solche Rückführung eine unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK darstellen, auch wenn für einen Erwachsenen in der gleichen Situation keine Verletzung vorliegen würde. Der EGMR hielt fest, dass aufgrund der besonderen Verletzlichkeit des Kindes, besondere kindgerechte Unterbringungsmöglichkeiten unabdingbar sind, selbst wenn diese nicht unbegleitet sind.⁵⁴

4. Forensische Altersdiagnostik

4.1 Allgemeines zur forensischen Altersdiagnostik

Forensische Altersdiagnostik an lebenden Personen wird heutzutage zum grössten Teil bei Personen mit Migrationshintergrund durchgeführt, weil diese zum Teil keine genügenden Dokumente vorlegen können oder die vorgelegten Dokumente zweifelhaft sind. Die Gründe dafür können z.B. sein, dass sie ihr Heimatland überstürzt verlassen mussten, im Heimatland keine Geburtenregistrierung existiert oder ihnen die Identitätspapiere von Schleppern weggenommen wurden.⁵⁵ Ausserdem geltend gewisse Identitätspapiere nicht als gesicherter Identitätsnachweis, da sie erwerblich und leicht zu fälschen sind. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verfügt deswegen z.B. die Taskara, welches das häufigste Identitätsdokument in Afghanistan ist, über keinen hohen Beweiswert.⁵⁶

In den meisten Fällen sind die Auftraggeber für Expertisen zur Altersbestimmung Strafuntersuchungsbehörden oder Asylbehörden.⁵⁷ Praktische Bedeutung hat die forensische

⁵² Handbuch SEM, S. 19

⁵³ Urteil des BVGer vom 27. Juni 2008, D-7711/2007 E. 7.3

⁵⁴ EGMR, *Trakhel/Schweiz*, Urteil vom 4. November 2014, Nr. 29217/12, Rn. 119-121

⁵⁵ BMI/IOM, Resource Book for Law Enforcement Officers on Good Practices in Combating Child Trafficking, 2006, S. 34 ff., abrufbar unter: [http://lastradainternational.org/lsidocs/170%20Resource%20book%20\(IOM\).pdf](http://lastradainternational.org/lsidocs/170%20Resource%20book%20(IOM).pdf) (zuletzt besucht am 20.10.2017)

⁵⁶ Urteil des BGer 1C_240/2012 vom 13. August 2012 E. 5.1

⁵⁷ MUND, S. 488

Altersdiagnostik aus diesem Grund sonst nur bei unbekanntem Leichen, bei welchen man sich dadurch weitere Indizien erhofft. Während bei unbekanntem Verstorbenen eine ungefähre bzw. grobe Schätzung des Alters in der Regel ausreichend ist, stellt sich bei der Altersdiagnostik an Lebenden das Problem, dass eine möglichst exakte Bestimmung des Alters notwendig ist, da dies über juristisch relevante Sachverhalte entscheidet.⁵⁸

Es bestehen unterschiedliche Methoden zur Bestimmung des biologischen Alters. Grundlage dieser Methoden sind jedoch immer Analysen und Beurteilungen von beobachtbaren und messbaren Merkmalen, deren Veränderung in enger Verbindung zum chronologischen Alter liegen. Keine der zurzeit bekannten Methoden lässt aber eine medizinisch genaue Bestimmung des Alters zu. Unter anderem ursächlich dafür ist, dass die körperliche Entwicklung in Schüben abläuft und kein gleichbleibendes Tempo besitzt.⁵⁹

All diese Methoden führen zu statisch definierbaren Schätzungen, welche mit Standardabweichungen angegeben werden. Im Ergebnis einer Untersuchung erhält man eine Alterszahl \pm Standardabweichung.⁶⁰

Die Methoden dienen also nicht der fixen Bestimmung des Alters, sondern lediglich der Ermittlung der Wahrscheinlichkeit, ob die untersuchte Person ein gewisses vorgegebenes Alter besitzt.

4.2 Praktisches Vorgehen in der Schweiz

Zum praktischen Vorgehen in der Schweiz zu erwähnen ist vorweg, dass es in naher Zukunft wohl zu einem Umbruch in der Praxis kommen wird. In der bisherigen Praxis wurde nur die Röntgenuntersuchung der linken Hand zur Altersdiagnose verwendet. Im Testbetrieb VZ Zürich wird, wie auch vom Bundesrat bestätigt, in einer Testphase der Methodik nach den aktualisierten Empfehlungen der Arbeitsgemeinschaft für forensische Altersdiagnostik⁶¹ (AGFAD) gefolgt, welche zur Altersschätzung drei Einzeluntersuchungen («3-Säulenprinzip») vorsieht.⁶²

Zu diesen 3-Säulen gehören eine körperliche Untersuchung, eine zahnärztliche Untersuchung sowie die bereits erwähnte Röntgenuntersuchung der linken Hand. Ist die Entwicklung des Handskeletts bereits abgeschlossen, so kommt es zusätzlich noch zu einer Untersuchung der Schlüsselbeine (als zweiter Teil der 3. Säule).⁶³

⁵⁸ PARZELLER/BRATZKE/RAMSTHALER, S. 34 f.

⁵⁹ PARZELLER/BRATZKE/RAMSTHALER, S. 43

⁶⁰ PARZELLER/BRATZKE/RAMSTHALER, S. 39

⁶¹ Die Arbeitsgemeinschaft für Forensische Altersdiagnostik der Deutschen Gesellschaft für Rechtsmedizin wurde im Jahr 2000 gegründet und besteht aus Rechtsmedizinern, Zahnärzten, Radiologen und Anthropologen aus vielen verschiedenen Ländern (inkl. Schweiz)

⁶² Stellungnahme des Bundesrates vom 24.08.2016 zur NR-Interpellation 16.3598

⁶³ MUND, S. 490, vgl. auch Urteil des BVerfG D-859/2016 vom 7. April 2016 E. 6.2

Jede Untersuchung wird durch eine auf dem jeweiligen Gebiet erfahrene Fachperson vorgenommen, welche das Ergebnis ihrer Untersuchungen festhält. Dabei muss berücksichtigt werden, dass die zur Altersdiagnostik verwendeten Referenzstudien bestimmte Anforderungen erfüllt. Diese sollten unter anderem eine adäquate Stichprobengrösse (unter Berücksichtigung der Altersklassen und Bevölkerungsgruppen), gleichmässige Altersverteilung, Geschlechtertrennung, genaue Beschreibung der Methodik, Angaben zur Referenzpopulation (hinsichtlich genetisch geographischer Herkunft, sozioökonomischem Status und Gesundheitszustand) als auch Angaben zum Mittelwert und zu Streuungsmassen der untersuchten Merkmale aufweisen.⁶⁴

Durch einen koordinierenden Gutachter werden diese Ergebnisse anschliessend zu einer Altersdiagnose zusammengeführt.⁶⁵ Dieser Methodenpluralismus wird angewandt, da wie bereits erwähnt durch keine der heute bekannten Methoden eine genaue Bestimmung des Alters möglich ist, und man sich so eine präzisere Schätzung des Alters erhofft.

4.3 Methoden der Altersbestimmung

4.3.1 Körperliche Untersuchungen

Die körperliche Untersuchung stellt einen unverzichtbaren Bestandteil der Altersdiagnostik dar, denn das Ergebnis dieser Untersuchung beeinflusst die Ergebnisse aller anderen Untersuchungen. Dabei werden Körpermasse (Grösse, Gewicht, Körperbau), Ernährungszustand und sexuelle Reifezeichen analysiert. Weiter wird die zu untersuchende Person bezüglich ihrer bisherigen Lebensbedingungen befragt, welche Aufschluss über den sozioökonomischen Status, frühere Verletzungen oder Erkrankungen geben. Ziel der Untersuchung sowie der Befragung ist es, möglichst viele Informationen über die Person zu sammeln, welche Einfluss auf die Entwicklung der Skelett- oder Zahnreife haben können.⁶⁶

Die meisten Erkrankungen haben eine Entwicklungsverzögerung zur Folge, welche in juristischer Hinsicht weniger bedenklich sind, da sie zu einer Altersunterschätzung führen. Kritischer sind Erkrankungen, welche zu einer Entwicklungsbeschleunigung und somit zu einer Altersüberschätzung führen. Liegt eine solche Erkrankung vor, kann keine verlässliche altersdiagnostische Beurteilung vorgenommen werden und wäre deshalb unzulässig.⁶⁷ Derartige Erkrankungen stellen in der Praxis allerdings eine Rarität dar.⁶⁸

⁶⁴ Empfehlungen für die Altersdiagnostik bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen ausserhalb des Strafverfahrens, S. 3, abrufbar unter: https://campus.uni-muenster.de/fileadmin/einrichtung/agfad/empfehlungen/empfehlungen_ausserhalb_strafverfahren.pdf (zuletzt besucht am 20.10.2017)

⁶⁵ SCHMELING, S. 472

⁶⁶ MUND, S. 490

⁶⁷ SCHMELING et al. RM, S. 476

⁶⁸ SCHMELING et al. DÄ, S. 46

Die körperliche Untersuchung dient in erster Linie dazu, Wachstums- und Entwicklungsstörungen festzustellen, und nicht etwa der Altersschätzung.⁶⁹ Eine Altersbegutachtung, welche sich alleine auf eine solche Untersuchung stützt sei demnach abzulehnen.⁷⁰

4.3.2 Zahnmedizinische Untersuchungen

Als weitere Methode zur Altersdiagnostik dient die zahnärztliche Untersuchung zur Bestimmung des Zahnalters. Dabei sind die entwicklungsbiologischen Merkmale Zahndurchbruch und Zahnmineralisation der 3. Molaren (Weisheitszähne) von Bedeutung. Diese Beurteilung basiert sowohl auf einer zahnärztlichen Inspektion bezüglich des Zahndurchbruchs als auch auf Röntgenaufnahmen des Gebisses, um den Mineralisationsgrad zu beurteilen.⁷¹

Die Untersuchung des Durchbruchs des 3. Molaren nimmt dabei eine Sonderstellung in der forensischen Altersdiagnostik ein. Für diesen entwicklungsbiologischen Schritt werden zum Teil beträchtliche Populationsunterschiede beschrieben, weshalb für die Begutachtung populationspezifische Referenzstudien zu verwenden sind.⁷² Aussagekräftige Studien zur Weisheitszahnmineralisation sind meist auf frühe Entwicklungsstadien beschränkt, jedoch sollen Unterschiede in den späteren Entwicklungsstadien geringer ausfallen. Gemäss einer Studie soll es zwischen weissen und schwarzen US-Amerikanern im Alter zwischen 14 und 25 Jahren keine signifikanten Unterschiede in dieser Hinsicht geben.⁷³

4.3.3 Röntgenuntersuchung der linken Hand

Wie bereits erwähnt, wurde in der früheren Praxis zur Altersbestimmung hauptsächlich die Röntgenuntersuchung der linken Hand angewandt. Es wird die linke Hand empfohlen, weil traumatische Veränderungen häufiger die rechte Hand betreffen.⁷⁴ Die Atlasmethode nach Greulich und Pyle, mit welcher ein direkter visueller Vergleich möglich ist, ist dabei die renommierteste Methode. Ebenfalls von der AGFAD empfohlen und in der Praxis oft verwendet wird die Atlasmethode nach Thiemann, Nitz und Schmeling.⁷⁵ Beide Methoden lassen die Altersbestimmung bis zum 19. Lebensjahr zu, da danach die Verknöcherung des Handskelettes abgeschlossen ist.

⁶⁹ Urteil des BVerG A-7011/2016 vom 19. Januar 2017 E. 5.2

⁷⁰ PARZELLER/BRATZKE/RAMSTHALER, S. 82

⁷¹ SCHMELING, S. 471

⁷² SCHMELING et al. DÄ, S. 47

⁷³ Urteil des BVerG D-6422/2016 vom 10. Januar 2017 E 5.4

⁷⁴ PARZELLER/BRATZKE/RAMSTHALER, S. 51

⁷⁵ SCHMELING et al. DÄ, S. 47

Das Ergebnis einer Röntgenuntersuchung der Hand ist genauer, je jünger die zu untersuchende Person ist. Die Standardabweichung und somit die Unschärfe der Methode nehmen mit zunehmendem Alter zu.⁷⁶ Unter Berücksichtigung einer zweifachen Standardabweichung umfasst die geschätzte Altersspanne bei 9-jährigen Jungen ± 18 Monate, bei 17-jährigen Jungen hingegen ± 26 Monate.⁷⁷

Die Atlasmethode nach Greulich und Pyle stammt aus den Jahren zwischen 1931 bis 1942 und wurde in den USA an Personen mit europäischer Herkunft durchgeführt. Dies führt zur Frage, ob diese Methode noch zeitgemäss und überhaupt auf nichteuropäische Populationen übertragbar sei. Mittlerweile liegen für alle relevanten ethnischen Hauptgruppen Studien bezüglich der Ossifikation⁷⁸ vor, aus welchen hervorgeht, dass sich die Skelettreifung in identischen, definierbaren Stadien vollzieht. Ethnische Zugehörigkeiten haben dabei keinen nennenswerten Einfluss. In der Wissenschaft wird die Meinung vertreten, dass vor allem sozioökonomische Faktoren Einfluss auf die Ossifikationsgeschwindigkeit haben. Ein geringer sozioökonomischer Status führt zu Entwicklungsverzögerungen und somit zu einer tendenziellen Altersunterschätzung.⁷⁹ Vor dem Hintergrund, dass in den Herkunftsländern der Flüchtlinge, der Reichtum in der Regel sehr ungleich verteilt ist, ergeben sich juristisch also keine Nachteile für die Betroffenen.⁸⁰

4.3.4 Radiologische Untersuchung des Schlüsselbeins

Bei der Untersuchung des Schlüsselbeins ist, wie auch bei der Röntgenuntersuchung der Hand, der Verknöcherungszustand von Relevanz. Bei dieser Methode wird nun die brustbeinnahe Wachstumsfuge des Schlüsselbeins untersucht. Neben der Computertomographie bestehen auch Referenzstudien zur Untersuchung mittels herkömmlicher Röntgenaufnahmen. Logischerweise funktioniert die Altersschätzung jedoch nur mit der methodenspezifischen Referenzstudie, eine Röntgenaufnahme kann also nicht mit einer Referenzstudie zur Computertomographie begutachtet werden.⁸¹

Die radiologische Untersuchung des Schlüsselbeins lässt eine Altersschätzung bis zum 21. Altersjahr zu. Aus diesem Grund wird diese Methode in der Praxis angewandt, sobald die Entwicklung des Handskeletts abgeschlossen ist, was wie oben erwähnt als ein Indiz für das vollendete 19. Lebensjahr gilt.⁸² Aufgrund der Standardabweichung solcher Methoden kann auch ein vollendetes 19. Lebensjahr nicht als genügendes Indiz für die Volljährigkeit gelten.

⁷⁶ PARZELLER/BRATZKE/RAMSTHALER, S. 63

⁷⁷ PARZELLER/BRATZKE/RAMSTHALER, S. 90 f.

⁷⁸ Ossifikation bedeutet die Bildung des Knochengewebes (Verknöcherung)

⁷⁹ Urteil des BVerG D-6422/2016 vom 10. Januar 2017 E. 5.4

⁸⁰ SCHMELING et al. DÄ, S.47; PARZELLER/BRATZKE/RAMSTHALER, S. 61

⁸¹ SCHMELING, S. 471

⁸² MUND, S. 490

Ist das Wachstum der Knochen der linken Hand nicht abgeschlossen, so können durch eine Schlüsselbein-Untersuchung keine neuen Erkenntnisse gewonnen werden, weshalb auf eine Computertomographie aus strahlenhygienischer Sicht zu verzichten ist.⁸³

4.3.5 Abschliessende Altersdiagnose

Wie bereits erwähnt, folgt im Anschluss an die verschiedenen Untersuchungen eine Altersdiagnose durch einen koordinierenden Gutachter bzw. eine koordinierende Gutachterin, welcher/welche die verschiedenen Ergebnisse zusammenführt. Dabei handelt es sich in der Regel um einen Facharzt oder eine Fachärztin für Rechtsmedizin mit spezifischer Erfahrung in der Altersdiagnostik.⁸⁴ In dieser Diagnose sind alle altersrelevanten Fakten festzuhalten und bezüglich ihrer Konsequenz für die Beurteilung des Alters zu würdigen. So muss in dieser Diagnose ersichtlich sein, welche Referenzstudien angewandt wurden und wie die von der zu untersuchenden Person abhängigen Kriterien wie bspw. abweichende ethnische Zugehörigkeit, abweichender sozioökonomischer Status und entwicklungsbeeinflussende Erkrankungen dabei berücksichtigt wurden.⁸⁵

Auf Basis dieser zusammenfassenden Betrachtung nimmt das Gutachten Stellung zu dem von der untersuchten Person behaupteten Alter.

Dabei können drei Aussagen zum Alter gemacht werden. Eine erste Aussage zum wahrscheinlichen Alter, eine zweite Aussage zum Mindestalter mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (84.1%) und eine dritte Aussage zum Mindestalter mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit (99.8%).⁸⁶ Ob das Altersgutachten zum wahrscheinlichen Alter oder zum Mindestalter Stellung nimmt, hängt von der Fragestellung im Gutachtenauftrag ab.⁸⁷ Bei einer Änderung des Eintrags im ZEMIS⁸⁸ interessiert z.B. nicht das Mindestalter, sondern das wahrscheinlichste Alter.⁸⁹

Wenn das Überschreiten einer juristisch relevanten Altersgrenze mit dem höchsten Beweismass («mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit») zu beurteilen ist, wird das Mindestalterkonzept verwendet. Dabei ergibt sich das Mindestalter aus dem Altersminimum für eine bestimmte Merkmalsausprägung, welche in der Referenzstudie festgestellt wurde. Bei der Untersuchung mehrerer Merkmalsysteme ist das höchste festgestellte Mindestalter

⁸³ Urteil des BVerG A-7011/2016 vom 19. Januar 2017 E. 5.2

⁸⁴ MUND, S. 491

⁸⁵ SCHMELING et al. DÄ, S. 47

⁸⁶ Urteil des BVerG A-7011/2016 vom 19. Januar 2017 E. 5.4

⁸⁷ Urteil des BVerG D-6422/2016 vom 10. Januar 2017 E. 5.3

⁸⁸ Zentrales Migrationsinformationssystem, geregelt in der Verordnung über das Zentrale Migrationsinformationssystem vom 12. April 2016 (SR 142.513)

⁸⁹ Urteil des BVerG A-7011/2016 vom 19. Januar 2017 E. 5.4

massgeblich. Durch die Anwendung dieses Konzepts wird sichergestellt, dass das forensische Alter der untersuchten Person nicht zu hoch angegeben wird.⁹⁰

4.3.6 Exkurs: Nichtionisierende Bildgebungsverfahren

Die Untersuchung zur Erstellung eines Altersgutachtens stellt einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar und dieser ist entsprechend dem allgemeinen Rechtgrundsatz der Verhältnismässigkeit möglichst gering zu halten. Der Vorteil von nichtionisierenden Bildgebungsverfahren gegenüber ionisierenden Bildgebungsverfahren liegt darin, dass diese nach dem heutigen Stand der Wissenschaft keine gesundheitliche Gefährdung mit sich bringen.

Zu den nichtionisierenden Bildgebungsverfahren gehören die Magnet-Resonanz-Tomographie und die Sonographie. Bei der Magnet-Resonanz-Tomographie (MRT), auch oft Kernspintomographie genannt, lassen sich mittels starker Magnetfelder und Radiowellen Schichtaufnahmen von nahezu jedem Körperteil in beliebigem Winkel und aus beliebiger Richtung erzeugen. Auch wenn dies mehrheitlich zur Darstellung von Weichgewebe benutzt wird, lassen sich mittels MRT auch Wachstumsfugen darstellen.⁹¹

Die Sonografie, besser bekannt als Ultraschall, benutzt Schallwellen für das Bildgebungsverfahren. Die Schallleitungsgeschwindigkeit unterscheidet sich ebenfalls je nach Ossifikationsgrad, weshalb auch diese Methode prinzipiell als Altersbestimmungsverfahren in Betracht gezogen werden könnte.⁹²

Beide Methoden haben jedoch gemein, dass es zurzeit noch nicht genügend Referenzstudien gibt und dass sie deswegen für den Einsatz in der forensischen Altersdiagnostik bisher noch ungeeignet sind. Da sie aber von ionisierenden Strahlen freie Untersuchungstechniken darstellen, und somit mit weniger gesundheitlichen Gefahren verbunden sind, gelten sie als zukünftige technische Alternativen.⁹³

4.4 Rechtliche Grundlagen der Altersdiagnostik

Zuständig für die Gewährung oder Verweigerung von Asyl ist gemäss Art. 6a das Staatssekretariat für Migration (SEM). Nach Art. 12 VwVG muss die zuständige Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen und ist deswegen zur Untersuchung bzw. Feststellung des Alters verpflichtet. Nötigenfalls nutzt sie dazu Beweismittel wie Urkunden, Auskünfte der Parteien aber auch Gutachten von Sachverständigen. Der

⁹⁰ SCHMELING et al. DÄ, S. 49

⁹¹ PARZELLER/BRATZKE/RAMSTHALER, S. 67

⁹² PARZELLER/BRATZKE/RAMSTHALER, S. 68

⁹³ Vgl. PARZELLER/BRATZKE/RAMSTHALER, S. 67 ff.

Untersuchungsgrundsatz findet seine Grenze in der gesetzlichen Mitwirkungspflicht der Parteien nach Art. 13 VwVG, welche im Asylverfahren in Art. 8 AsylG konkretisiert wird. Die asylsuchende Person muss ihre Identität offenlegen, ihre Reisepapiere und Identitätsausweise abgeben und bei der Erhebung biometrischer Daten mitwirken.

Nach der Lehre und Praxis trägt die asylsuchende Person die Beweislast für die behauptete Minderjährigkeit, da der allgemeine Rechtsgrundsatz von Art. 8 ZGB auch im öffentlichen Recht zur Anwendung gelangt. Die gesuchstellende Person muss also das Vorhandensein von Tatsachen beweisen, aus welcher sie Rechte ableiten möchte. Die asylsuchende Person hat die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.⁹⁴ Dabei wird als Beweisgrad zumindest ein Glaubhaftmachen der Minderjährigkeit im Sinne des Art. 7 AsylG gefordert. In diesem Zusammenhang ist die betroffene Person zu allen Aussagen, Belegen und Argumenten, welche ihr Alter betreffen, sowie zu den Gründen für die Nichtabgabe von Identitätspapieren anzuhören.⁹⁵

Nach Art. 17 Abs. 3^{bis} AsylG kann das SEM ein Altersgutachten veranlassen, sollten Hinweise darauf bestehen, dass eine angeblich minderjährige asylsuchende Person das Mündigkeitsalter bereits erreicht hat.⁹⁶ Die Entscheidung, in welchen Fällen ein Altersgutachten erstellt werden soll, steht also im Ermessen des SEM. Hierzu wird die Meinung vertreten, dass dieser Ermessensspielraum durch den Grundsatz des Kindeswohls nach Art. 3 KRK limitiert sein müsste, da die Untersuchung zur Erstellung eines Altersgutachtens einschüchternde Wirkung und negative Einflüsse auf das Vertrauensklima haben könne, welches für ein reibungsloses Verfahren speziell bei UMA wesentlich sei.⁹⁷

In Art. 7 Abs. 1 AsylV 1 wird weiter ergänzt, dass mit der Unterstützung von wissenschaftlichen Methoden abgeklärt werden kann, ob die Altersangabe der asylsuchenden Person mit dem tatsächlichen Alter übereinstimmt.

Liegen keine Ausweispapiere vor und bestehen Zweifel an dem von der asylsuchenden Person geltend gemachten Alter, so wird in der Rechtsprechung verlangt, dass eine Gesamtbeurteilung sämtlicher Indizien vorzunehmen ist. Diese Beurteilung hat bereits im EVZ zu erfolgen, da die Minderjährigkeit wie bereits weiter oben erwähnt das Asylverfahren beeinflusst. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung wird eine Abwägung aller Elemente vorgenommen, welche die Aussage bzgl. des geltend gemachten Alters bestärken oder entkräften.⁹⁸

⁹⁴ Urteil des BVGer E-6769/2015 vom 27. Januar 2016 E. 5.2 m.w.V. EMARK 2004/30 E. 5.2

⁹⁵ Handbuch SEM, S. 13

⁹⁶ BERSET DUFT, Code Annoté, N 15 zu Art. 17 AsylG

⁹⁷ CORBAZ, S. 16

⁹⁸ Handbuch SEM, S. 13

Auf Basis dieser Abwägungen wird anschliessend der Entscheid über den Eintritt auf das Gesuch gefällt. Stellt sich in den Abwägungen heraus, dass die asylsuchende Person versucht hat, die Behörden über ihre Identität (wozu das Geburtsdatum gemäss Art.1a lit. a AsylV 1 gehört) zu täuschen oder sie die Mitwirkungspflicht schuldhaft verletzt hat (beispielsweise durch eine ungerechtfertigte Widersetzung zur Erstellung eine Altersdiagnose), so kann dies einen Nichteintretensentscheid zur Folge haben. In diesem Fall ist die asylsuchende Person gemäss Art. 36 AsylG im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu der behaupteten Minderjährigkeit anzuhören.

4.5 Rechtsprechung zur Altersbestimmung

4.5.1 Grundsätzliches zur Rechtsprechung

Die Schweizer Praxis zur Altersdiagnostik befindet sich derzeit in einem Umbruch. In der früheren Praxis wurde zur Feststellung des Alters die Röntgenuntersuchung der linken Hand nach Greulich/Pyle verwendet. Zukünftig wird die Altersdiagnostik wohl den Empfehlungen der AFGAD folgen, wie es bereits im Testbetrieb VZ Zürich der Fall ist.⁹⁹ Dies hat zur Folge, dass ein grosser Teil der bisherigen Rechtsprechung auf der Methode nach Greulich/Pyle basiert, weshalb in der Folge zuerst auf diese eingegangen wird. Anschliessend werden die Erkenntnisse der jüngsten Rechtsprechung nach dem erwähnten Umbruch behandelt.

4.5.2 Bisherige Rechtsprechung

Wie bereits erwähnt, kann das SEM auf Basis von Art. 17 Abs. 3bis AsylG iVm Art. 7 Abs. 1 AsylV 1 Altersgutachten veranlassen, die auf wissenschaftlichen Methoden basieren. Diese zählen zu den Beweismitteln nach Art. 12 VwVG.

Den Beweismitteln kommt nach der Rechtsprechung unterschiedliche Beweiskraft zu. Als starke Beweismittel gelten das Vorlegen von echten Identitätsausweisen, die Würdigung der Angaben der gesuchstellenden Person in Bezug auf das geltend gemachte Alter sowie die Würdigung der Aussage zu den Gründen für die Nichtabgabe der Ausweispapiere. Bei der Würdigung der Angaben zum geltend gemachten Alter wird z.B. darauf geachtet, ob sich die Person dem angegebenen Alter entsprechend verhält oder ob die Aussagen zu den Altersfragen stringent sind.¹⁰⁰ Diese Würdigung erfolgt mittels Fragen zu Geburtsdatum, Schulbildung und Familie. So gilt es zum Beispiel als unglaubwürdig, wenn man über das Alter der Geschwister Auskunft geben kann, über das eigene Alter jedoch nicht.¹⁰¹ Bei der Würdigung dieser Angaben sollte der Umstand berücksichtigt werden, dass Minderjährige

⁹⁹ Siehe Kapitel 4.2

¹⁰⁰ Handbuch SEM, S. 13

¹⁰¹ MÜLLER, S. 13

vergangene Ereignisse nicht in gleichem Masse zeitlich kohärent angeben können wie Erwachsene.¹⁰²

Als Identitätspapiere können auch Geburtsurkunden, Schulausweise oder Taufscheine gelten, massgebend für den Beweiswert ist aber ihre Echtheit und Vertrauenswürdigkeit. Hier stellt sich das Problem, dass die gebräuchlichen Dokumente aus den häufigsten Herkunftsländern der UMA (Afghanistan, Eritrea, Somalia) in der Rechtsprechung oft nicht als gesicherter Identitätsnachweis anerkannt werden, da sie als leicht fälschbar gelten.¹⁰³

Auch Angaben gegenüber ausländischen Behörden, dem schweizerischen Grenzwachtkorps sowie Angaben im Personalienblatt (Selbstdeklaration beim Eintritt in ein EVZ) werden, sofern abweichend, praxisgemäss in die Würdigung miteinbezogen. MÜLLER plädiert dafür, diese aufgrund systembedingter Fehleranfälligkeit nur als sehr schwaches Indiz in die Gesamtwürdigung einzubeziehen.¹⁰⁴

Als schwaches Indiz galten bisher die Würdigung des Resultats einer Knochenaltersanalyse und als sehr schwaches Indiz galt die Würdigung der äusserlichen Erscheinung der gesuchstellenden Person.¹⁰⁵ Die Knochenaltersanalyse (Röntgenuntersuchung der linken Hand) gilt nicht als Gutachten, sondern als schriftliche Auskunft gemäss Art. 12 lit. c VwVG.¹⁰⁶ Von der Rechtsprechung wird die Knochenaltersanalyse nur als schwaches Indiz gewertet, weil sich mit dieser Methode das Alter nicht genau bestimmen lässt. In einem Grundsatzentscheid hatte sich die ARK einlässlich mit der Methodik der Handknochenanalyse auseinandergesetzt. Dort wurde festgehalten, dass die radiographische Untersuchung des Handknochens nur beschränkten Aussagewert hat, da das Knochenwachstum im individuellen Fall variieren kann und dass eine Abweichung von zweieinhalb bis drei Jahren zwischen dem Knochenalter und dem tatsächlichen Alter noch innerhalb des Normalbereichs liegen kann. Es wurde die Praxis entwickelt, nach welcher das von der asylsuchenden Person behauptete Alter im Vergleich zum festgestellten Knochenalter noch innerhalb dieser Standardabweichung von drei Jahren liegen muss, damit die Knochenaltersanalyse einen geringen Beweiswert aufweist, und somit keine genügende Grundlage für einen Nichteintretensentscheid im Sinne des damaligen Art. 32 Abs. 2 lit. b aAsylG darstellt.¹⁰⁷ Ergab z.B. eine Knochenaltersanalyse, dass die Entwicklung des Handknochens und somit das 19. Lebensjahr abgeschlossen war, so wurde eine Täuschung über die Identität angenommen, wenn die asylsuchende Person behauptete, sie sei jünger als 16 Jahre. Diese Praxis wurde in weiteren Entscheiden

¹⁰² Vgl. CORBAZ, S. 24

¹⁰³ CORBAZ, S. 18 ff.

¹⁰⁴ MÜLLER, S. 14

¹⁰⁵ Handbuch SEM, S. 13 f.; Stellungnahme des Bundesrates vom 24.08.2016 zur NR-Interpellation 16.3598

¹⁰⁶ HRUSCHKA, MR-Komm, N 7 zu Art. 17 AsylG

¹⁰⁷ EMARK 2000/19 E. 7

bestätigt.¹⁰⁸ Diese Praxis wäre heute wohl immer noch mit dem Abschreibungstatbestand von Art. 8 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 8 Abs. 3^{bis} AsylG anwendbar, statt Art. 32 aAsylG, welcher im Zuge der Teilrevision des Asylgesetzes im Jahre 2014 aufgehoben wurde.¹⁰⁹

4.5.3 Rechtsprechung zum Methodenpluralismus nach AGFAD

In neueren Gerichtsentscheiden beschäftigt sich das Bundesverwaltungsgericht nun mit dem Methodenpluralismus nach den Empfehlungen der AGFAD. Diese setzt sich wie oben ausgeführt aus mehreren Einzeluntersuchungen zur Altersschätzung zusammen, worunter sich auch die Röntgenuntersuchung der linken Hand befindet.

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigt auch in der aktuellen Rechtsprechung, dass eine Gesamtwürdigung sämtlicher Anhaltspunkte, welche für oder gegen die Richtigkeit eines geltend gemachten Alters sprechen, vorzunehmen ist.¹¹⁰ So gilt weiterhin, dass ein Altersgutachten alleine nicht über den rechtserheblichen Sachverhalt entscheiden soll.

Ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 2016 setzt sich dabei ausführlich mit einem Gutachten nach den Empfehlungen der AGFAD auseinander und behandelt dabei den aktuellen Stand der Wissenschaft.¹¹¹

Schlussendlich wird in mehreren Entscheiden festgehalten, dass den jeweiligen Untersuchungsmethoden für sich alleine weiterhin ein beschränkter Aussagewert zukommt. Die Aussagekraft des Altersgutachtens wird jedoch durch die Verwendung von mehreren Methoden bedeutend erhöht und lässt sich somit nicht mit einer Expertise vergleichen, welche lediglich auf einer Handknochenanalyse basiert. Aus diesem Grund wird einem Gutachten nach den Empfehlungen der AFGAD in der neuen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine erhebliche Beweiskraft beigemessen.¹¹²

In Übereinstimmung mit dem UNHCR bestätigt das Bundesverwaltungsgericht auch, dass im Zweifel von der Minderjährigkeit der gesuchstellten Person auszugehen ist, weil eine unrechtmässige Feststellung der Volljährigkeit zu erheblichen Rechtsnachteilen führen würde.¹¹³

Die Praxis, wonach das Ergebnis des Altersgutachtens mit dem von der asylsuchenden Person behaupteten Alter bezüglich einer Standardabweichung verglichen wird, um anschliessend zu entscheiden, ob über das Alter und somit die Identität getäuscht wird, ist

¹⁰⁸ EMARK 2004/30 E. 6.2

¹⁰⁹ Botschaft AsylG, S. 4495

¹¹⁰ Urteil des BVGer D-181/2017 vom 18. Januar 2017 E. 4.2

¹¹¹ Vgl. Urteil des BVGer D-6422/2016 vom 10. Januar 2017 E. 5.3 ff.; Die Erkenntnisse des Entscheids stimmen mit den in Kapitel 4.3 genannten Erwägungen überein.

¹¹² Vgl. Urteil des BVGer A-7011/2016 vom 19. Januar 2017 E. 5.3; Urteil des BVGer D-181/2017 vom 18. Januar 2017 E 4.3.2; Urteil des BVGer E-1443/2017 vom 29. Juni 2017 E 4.5

¹¹³ Urteil des BVGer D-6422/2016 vom 10. Januar 2017 E. 4.2; Richtlinien UNHCR, Ziff. 5.11 Bst. c.

indes in der Rechtsprechung bezüglich der Methoden nach Empfehlungen der AGFAD nicht mehr ersichtlich.

4.5.4 Würdigung von Praxis und Rechtsprechung

In Art. 7 Abs. 1 AsylV 1 wird erwähnt, dass zur Feststellung des Sachverhaltes mit Unterstützung von wissenschaftlichen Methoden ermittelt werden kann, ob die Altersangabe der asylsuchenden Personen ihrem tatsächlichen Alter entspricht. Der Begriff wissenschaftliche Methode wird dabei nicht genauer definiert und ist somit ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen rechtlicher Inhalt durch Rechtsprechung und Lehre ermittelt werden muss. Aufgrund der Natur der Wissenschaft, die immer wieder neue Erkenntnisse und Methoden zum Vorschein bringt, wäre eine engere Umschreibung und Festlegung auf bestimmte Methoden auch nicht praktikabel und unnötig einengend.

Dies führt im Fall der Altersdiagnostik, welche ja grundsätzlich eine Altersschätzung darstellt, dazu, dass aber auch keine klaren Kriterien für deren Genauigkeit bestehen, was folgelogisch kritische Stimmen hervorruft. Speziell unter deutschen Medizinerinnen findet eine angeregte Diskussion statt, ob radiologische Verfahren zur Altersdiagnostik aus medizinethischer und juristischer Sicht zugelassen sein sollten. So lehnt z.B. der Deutsche Ärztetag¹¹⁴ wiederholt die Beteiligung von Ärztinnen und Ärzten zur Feststellung des Alters von Ausländern ab. Als Alternative wird die Möglichkeit eines Clearingverfahrens genannt, wobei nicht nur der physischen, sondern auch psychischen Reife Beachtung geschenkt werden soll. Denn so könne auch beurteilt werden, ob ein Mensch der Hilfe und Betreuung bedarf, was ja nicht nur vom chronologischen Alter abhängig sei. Dies wird wiederum von der Gegenmeinung als unwissenschaftlich diskreditiert.¹¹⁵

Als problematisch anzusehen ist, dass aufgrund fehlender Normierung, sowohl in der Ermessensausübung, ob ein Altersgutachten angeordnet wird, sowie auch in der Wahl der Methode zur Altersbestimmung, in den verschiedenen EVZ unterschiedliche Praktiken herrschen. Im Sinne der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit werden hier einheitliche Standards als wünschenswert erachtet.¹¹⁶

Ein allgemeiner Konsens besteht dahingehend, dass im Zweifel von der Minderjährigkeit der asylsuchenden Person ausgegangen werden sollte. Auch in der Schweizer Rechtsprechung wird dieser Grundsatz anerkannt. Wie bereits erwähnt kommt es in der Schweizer Rechtsprechung zu einer Gesamtwürdigung aller Indizien, wobei einem Altersgutachten, welches sich auf mehrere Methoden stützt, erhebliche Beweiskraft beigemessen wird. Zur

¹¹⁴ Hauptversammlung der Bundesärztekammer

¹¹⁵ Vgl. zum Ganzen NOWOTNY/EISENBERG/MOHNKE, S. 786 ff.; SCHMELING et al. RM, S. 475 ff.

¹¹⁶ MÜLLER, S. 20 ff.

Überprüfung, ob dieser Grundsatz von der Rechtsprechung eingehalten wird, muss deswegen die Frage gestellt werden, ab wann diese das Ergebnis der Gesamtwürdigung als zweifelhaft erachtet.

Das Bundesverwaltungsgericht stützte in einem jüngeren Entscheid das SEM, welches von der Volljährigkeit einer asylsuchenden Person ausging. Das Altersgutachten, welches diesem Entscheid zu Grunde lag, kam zum Ergebnis, dass der Beschwerdeführer mit überwiegender Wahrscheinlichkeit volljährig sei (zwischen 19 und 22 Jahren) und mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ein Mindestalter von 16 Jahren aufweise. Mit dem Gutachten konnte eine Volljährigkeit nicht bewiesen werden und das vom Beschwerdeführer angegebene Alter hätte grundsätzlich zutreffen können. Aufgrund der hohen Wahrscheinlichkeit, die für die Volljährigkeit sprach, sowie unter Würdigung der mangelhaften Stringenz seiner Aussagen zum Alter, wurde dennoch von einer Volljährigkeit ausgegangen.¹¹⁷ Es kann somit festgehalten werden, dass ein in einem Altersgutachten festgestelltes Mindestalter von unter 18 Jahren nicht automatisch dazu führt, dass eine Person als minderjährig angesehen wird, sofern eine Volljährigkeit überwiegend wahrscheinlich ist. Aus einer naturwissenschaftlichen (insbesondere statistischen) Sichtweise ist dies wohl ein akkurateres Ergebnis, da sich beim Mindestalterkonzept das Mindestalter aus dem Altersminimum ergibt, welches in der Referenzstudie festgestellt wurde. Dennoch lässt sich fragen, ob man so dem Grundsatz *in dubio pro minore*¹¹⁸ vollständig gerecht wird.

4.5.5 Exkurs: Grundrechtskonformität des Altersgutachtens

Die radiologische Untersuchung zur Erstellung eines Altersgutachtens stellt einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit nach Art. 10 BV dar.¹¹⁹ Weiter ist auch die Untersuchung der Genitalien während der körperlichen Untersuchung ein Eingriff in die Privatsphäre nach Art. 13 BV. Die gesetzliche Grundlage dazu ergibt sich im Asylrecht aus Art. 8 AsylG i.V.m. Art. 17 Abs. 3^{bis} AsylG. Unsere Nachbarländer Österreich und Deutschland verlangen für den Einsatz von Röntgenuntersuchungen, die nicht medizinisch indiziert sind, spezielle Legitimationsnormen.¹²⁰

Die Untersuchungen finden jedoch ohne medizinische Indikation statt und stellen somit keinen ärztlichen Heileingriff dar, was die Grundrechtskonformität des Eingriffs problematischer macht. Das Bundesverwaltungsgericht ging bisher erst in einem Entscheid auf die

¹¹⁷ Urteil des BVerG D-859/2016 vom 7. April 2016 E. 6.2 ff.

¹¹⁸ Stellungnahme der Zentralen Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten (Zentrale Ethikkommission) bei der Bundesärztekammer – «Medizinische Altersschätzung bei unbegleiteten jungen Flüchtlingen», S. 5, abrufbar unter: <http://www.zentrale-ethikkommission.de/downloads/Altersschaetzung2016.pdf> (zuletzt besucht am 20.10.2017)

¹¹⁹ Vgl. TSCHENTSCHER, BSK BV, N 52 zu Art. 10 BV

¹²⁰ MUND, S. 489

Grundrechtskonformität des Gutachtens ein. Das Bundesverwaltungsgericht hielt in dieser Entscheidung fest, dass die Abklärung im öffentlichen Interesse liege, das Altersgutachten geeignet sei, das Alter festzustellen und auch erforderlich, da keine andere Abklärungsmöglichkeit bestehe, wenn keine genügenden Identitätspapiere abgegeben werden. Weiter ist es auch zumutbar, da die asylsuchende Person es in der Hand habe, Identitätspapiere einzureichen.¹²¹ Darauf, ob ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse und der mit der Abklärung verbundenen Freiheitseinschränkung besteht, wurde in dieser Entscheidung nicht näher eingegangen. Auch wird das Besorgen eines Identitätsausweises nicht immer zumutbar sein, wenn z.B. im Heimatland keine flächendeckende Geburtenregistrierung existiert. Nach der hier vertretenen Ansicht wurde insbesondere die Frage der Zumutbarkeit in dieser Entscheidung summarisch abgehandelt. Auch in der Literatur wird die Verhältnismässigkeit des Eingriffs kritisiert.¹²² Dabei setzt sich insbesondere MÜLLER umfangreich mit der Verhältnismässigkeit auseinander.

5. Fazit

Seit dem Beitritt zur Kindesrechtskonvention wird der besonderen Schutzbedürftigkeit von UMA in der Schweiz gesetzlich Rechnung getragen und dieser Aspekt seither auch fortentwickelt. Die bedeutendsten Vorteile, die sich für UMA im Asylverfahren ergeben, liegen im Wesentlichen in den Kindeschutzmassnahmen (resp. der Bestellung einer Vertrauensperson) sowie auch in den Wegweisungshinderungsgründen. Aufgrund der Minderjährigkeit wird jedoch nicht automatisch auch Asyl gewährt. Diese Vorteile sollen Personen zugestanden werden, welche effektiv auch minderjährig sind und nicht nur vorgeben, es zu sein. Dass deshalb ein nicht unbeachtlicher Aufwand betrieben wird, das tatsächliche Alter festzustellen, ist plausibel und legitim.

Bezüglich der Rechtsprechung lässt sich festhalten, dass bei Zweifeln über die geltend gemachte Minderjährigkeit eine Gesamtwürdigung sämtlicher Anhaltspunkte vorzunehmen ist, die für oder gegen die Richtigkeit der betreffenden Altersangabe sprechen. Dazu werden verschiedene Beweismittel herangezogen, welche unterschiedliche Beweiskraft besitzen. Als starke Indizien gelten echte Identitätsausweise, Würdigung der Angaben in Bezug auf das geltend gemachte Alter und einer allfälligen Nichtabgabe von Ausweispapieren sowie seit neuerem auch ein Altersgutachten, das den Empfehlungen der AGFAD entspricht. Die Rechtsprechung und die dieser folgend entwickelte Vollzugspraxis stützt sich im Gegensatz zur früheren Praxis in der Altersdiagnostik auf mehrere Methoden und nicht nur auf die Handknochenanalyse, wodurch die Aussagekraft der Diagnose erhöht wird. Es darf deshalb

¹²¹ Urteil des BVer E-1443/2017 vom 3. Mai 2017 E. 4.5

¹²² CORBAZ, S. 30; MÜLLER, S. 35 ff.

davon ausgegangen werden, dass dieser Methodenpluralismus zukünftig allgemein in der Praxis angewandt wird. Auch wenn die Genauigkeit der Altersgutachten mit dem Methodenpluralismus zugenommen hat, eine Methode mit der sich das Alter präzise feststellen lässt, existiert weiterhin nicht.

Wenn ein Altersgutachten ein Mindestalter unter 18 Jahren festhält, führt dies nicht automatisch dazu, dass eine Minderjährigkeit angenommen wird, wenn eine Volljährigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit aufgrund der Faktenlage als wesentlich wahrscheinlicher gilt. Dadurch wird der Grundsatz, im Zweifel von einer Minderjährigkeit auszugehen, nach der hier vertretenen Meinung zumindest geschwächt.

Zu hoffen bleibt, dass in naher Zukunft zu den nichtionisierenden Untersuchungstechniken wie der Kernspintomographie und Sonografie zuverlässige Referenzstudien erarbeitet und veröffentlicht werden, so dass eventuell radiologische Untersuchungen nicht mehr nötig sein werden und der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der Asylsuchenden somit vermindert werden kann. Diesbezüglich wäre eine tiefere Auseinandersetzung der Lehre und Rechtsprechung mit der Grundrechtskonformität der heutigen Untersuchungen wünschenswert.

Die gegebenenfalls flankierende Einführung eines Clearingverfahrens, bei welchem beurteilt wird, ob eine Person aufgrund ihrer psychischen Reife, Hilfe und Betreuung benötigt, ist meines Erachtens sehr interessant und zumindest in besonders gelagerten Fällen prüfenswert. Aufgrund der umstrittenen Wissenschaftlichkeit und einer gewissen Missbrauchsgefahr ist eine Anwendung dieses noch nicht ausgereiften Verfahrens zurzeit problematisch und es darf auch der mit einer komplementären Anwendung verbundene Zusatzaufwand nicht übersehen werden.

Eigenständigkeitserklärung

Ich bezeuge mit meiner Unterschrift, dass ich meine Arbeit selbständig ohne fremde Hilfe verfasst habe und meine Angaben über die bei der Abfassung meiner Arbeit benützten Quellen in jeder Hinsicht der Wahrheit entsprechen und vollständig sind. Alle Quellen, die wörtlich oder sinngemäss übernommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Eine Überprüfung der Arbeit auf Plagiate unter Einsatz entsprechender Software darf vorgenommen werden. Ich habe zur Kenntnis genommen, dass unlauteres Verhalten zum Ausschluss vom Studium der Rechtswissenschaften führen kann.

.....

.....