

## Das Kindeswohl im Asyl- und Fremdenrecht – ein Leitfaden

**Kind** = jede Person **unter 18 Jahren** (Art. 1 UN-Kinderrechtskonvention, Art. 2 lit. j Dublin III-VO etc.)

Eigenständiges Rechtssubjekt – nicht bloßer „Annex“ des Elternteiles

**Kindeswohlvorrang** = Prüfmaßstab und Auslegungsleitlinie bei Ermessens- und Abwägungsentscheidungen; ein Gesichtspunkt mit vorrangiger Bedeutung, jedoch keine absolute Geltung (Begründungs- und Abwägungspflicht)

### Rechtsgrundlagen zur verpflichtenden vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls

Völkerrecht	Europarecht	Verfassungsrecht	Einfache Gesetze	Rechtsprechung
<ul style="list-style-type: none"> <li>• UN-Kinder-Rechtskonvention (KRK)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Art. 24 GRC</li> <li>• Dublin III-VO</li> <li>• Verfahrens-RL</li> <li>• Rückführungs-RL</li> <li>• Status-RL</li> <li>• Aufnahme-RL etc.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• BVG Kinderrechte</li> <li>• EMRK</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• § 40 Abs. 2 AsylG 2005</li> <li>• § 13 Abs. 6 BFA-VG</li> <li>• NAG</li> <li>• § 138 ABGB etc.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• EGMR</li> <li>• EuGH</li> <li>• VfGH</li> <li>• VwGH</li> </ul>

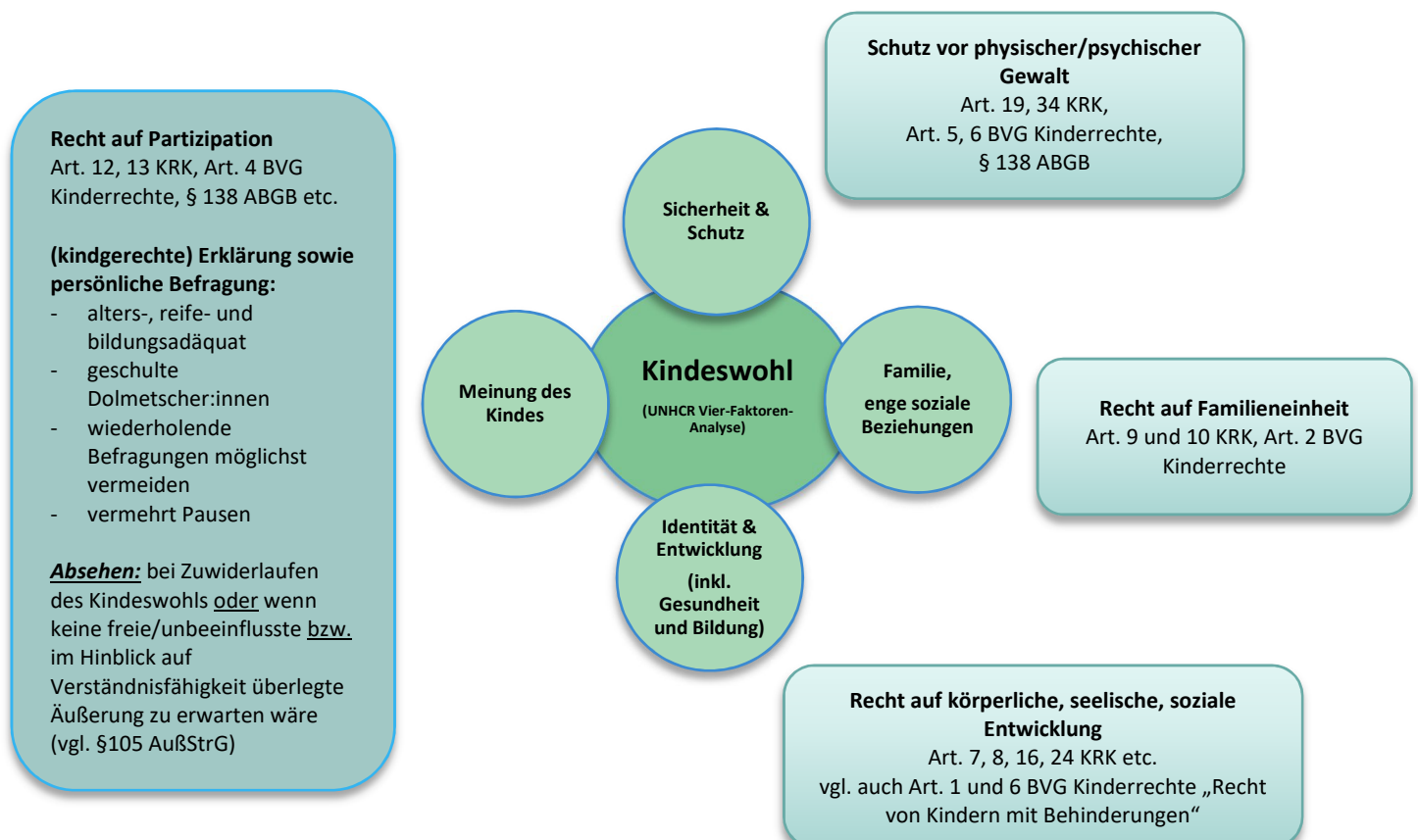
### Keine eigene Definition des Kindeswohls („unbestimmter Rechtsbegriff“)

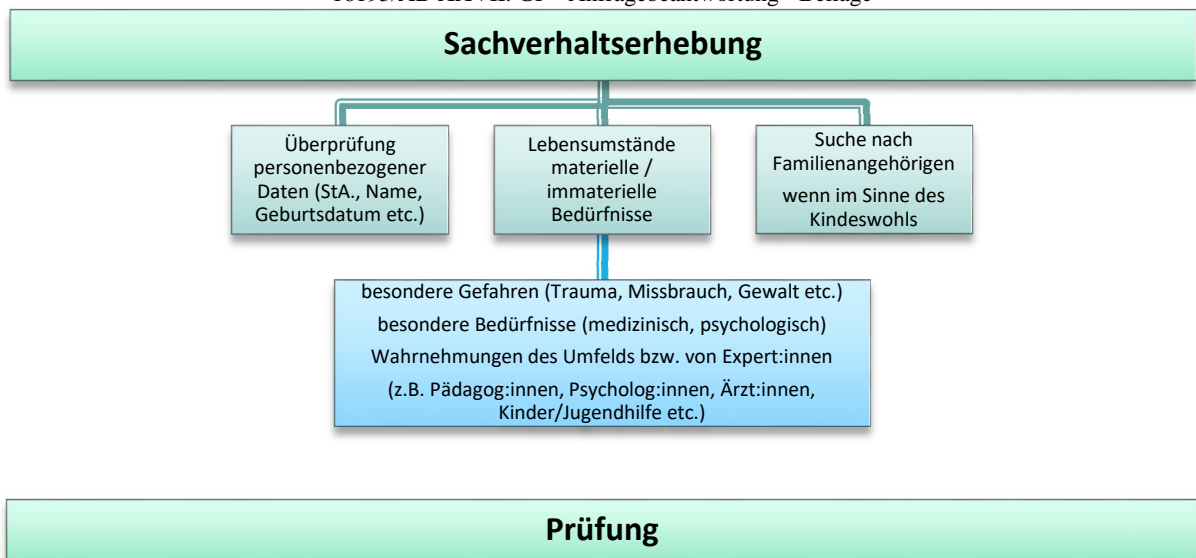
Jegliche Definition wäre zielwiderig: keine so umfassende Formulierung um jedem individuellen Einzelfall sowie den persönlichen Umständen gerecht zu werden → **Einzelfallentscheidung**

Leitlinien: General Comment/Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2013) des UN-Kinderrechtsausschusses zu Art. 3 KRK; EASO-Praxisleitfaden „Zum Wohl des Kindes in Asylverfahren“; UNHCR-Richtlinien „Best Interests Procedure Guidelines“; UNHCR Kindeswohlbericht 2021

§ 138 ABGB als Orientierungsmaßstab (Regelungen der Privatautonomie unterliegende Eltern-Kind-Verhältnisse, daher bloß beschränkte Maßstabfunktion, vgl. VwGH 24.9.2019, Ra 2019/20/0274, RS1 mwN, zuletzt VwGH 26.9.2022, Ra 2021/20/0054-0060 mwN)

**Kindeswohl ist letztlich von Behörden/Gerichten zu ermitteln** (VwGH 15.5.2019, Ra 2018/01/0076)





### I. Zulassungsverfahren

- **Altersbegutachtung:** iZw Minderjährigkeit „*in dubio pro minore*“ (§ 2 Abs. 1 Z 25 AsylG 2005 iVm § 13 Abs. 3 BFA-VG, § 29 Abs. 6 Z 2 AsylG 2005)
- **Faktoren** iSv. Art. 6 Abs. 3 Dublin III-VO
  - Möglichkeiten der Familienzusammenführung
  - Wohlergehen und soziale Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung des Hintergrundes
  - Schutz- und Sicherheitserwägungen (insb. bei Gefahr des Menschenhandels: Stellungnahmen von Opferschutzeinrichtungen bspw. LEFÖ-Interventionsstelle Frauenhandel, MEN VIA, MA 11/Schutzeinrichtung „Drehscheibe“)
  - Ansichten der Minderjährigen entsprechend ihrem Alter/Reife
- **Ermittlung** von Familienangehörigen/Geschwistern/Verwandten unter Wahrung des Kindeswohls (Abs. 4), gegebenenfalls mittels Unterstützung des Roten Kreuzes
- **Zuständigkeit bei UMF:** Jener MS, in dem Asylantrag gestellt wurde, sofern keine Familienangehörigen/Geschwister/Verwandten ermittelbar sind und es dem Kindeswohl dient (Art. 8)
- Recht eines **UMF** auf einen **gerichtlichen Rechtsbehelf gegen die Ablehnung eines Aufnahmeersuchens** gem Art. 8 Abs. 2 Dublin-III-VO zwecks **Zusammenführung** mit einem **Verwandten** im ersuchten MS (EuGH 1.8.2022, *I ua/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-19/21)
- **Trennung** der **schwangeren Mutter** vom **Kindsvater** und **Verweis** auf **bloße Besuchskontakte** zu (**künftigem Kind**) sind **nicht verhältnismäßig**, um **Dublin-Zuständigkeit** zu effektuieren (vgl. VwGH 2.2.2023, Ra 2022/18/0164)

### II. Anträge auf internationalen Schutz – inhaltliche Prüfung

- (Originäre) Prüfung der **Asyl-** bzw. **Subsidiären Schutz-Gründe** des Kindes
- **Kinderspezifische Länderfeststellungen**
- Geringere Anforderungen an **Glaubhaftmachung** und **Mitwirkung** (Würdigung der Minderjährigkeit)
- Erhöhte **Ermittlungspflichten** (insb. bei ergänzungsbedürftigem Fluchtvorbringen), mögliche Unterstützung bei zusätzlichen Erhebungen durch den Kinder- und Jugendhilfeträger; Überprüfung der Aktualität verfügbarer Informationen (bspw. Gesundheitsstatus des Kindes)

#### ❖ Asyl

- **Kindgerechte Auslegung** der **GFK**, aber Kindeswohl kein internationaler Schutz auslösender Tatbestand
- Beachtung **kindspezifischer Fluchtgründe** (Zwangsrekrutierung, Kinderhandel, FGM, mangelnder Zugang zu Bildungsmöglichkeiten, Kinderheirat, Zwangsarbeit etc., vgl. VfGH 9.3.2023, E1301/2022 ua; VwGH 27.1.2023, Ra 2022/19/0270-0271)
- „Kindsein“ – mögliche Zugehörigkeit zu einer **bestimmten sozialen Gruppe**
- Niedrigere Schwelle der **Asylrelevanz** (Eingriffsintensität, vgl. VfGH 7.6.2021, E4359/2020 ua)
- **IFA-Prüfung** (mögliche Schutzrisiken am Zielort unter Berücksichtigung von Alter/Anpassungsfähigkeit)

### ❖ Subsidiärer Schutz

- Besondere **Vulnerabilität** von **Minderjährigen** (vgl. VfGH 4.3.2020, E2373/2019 ua; VfGH 10.3.2020, E349/2020; VfGH 28.2.2022, E2047/2021 ua mwN, zuletzt VfGH 15.3.2023, E2289/2022 ua; VwGH 7.1.2021, Ra 2019/18/0451 und 0473-0478, RS1 mwN; VwGH 18.7.2022, Ra 2021/18/0326-0333 mwN; VwGH 12.10.2022, Ra 2022/18/0124-0125, zuletzt VwGH 23.2.2023, Ra 2021/18/0078-0082)
- Zwingende Feststellungen zur **Sicherheits-** und **Versorgungslage** im Zusammenhang mit Minderjährigkeit (vgl. VfGH 26.2.2019, E3837/2018 ua; VfGH 13.3.2019, E1480/2018 ua; VfGH 8.6.2021, E149/2021 ua mwN, zuletzt VfGH 15.3.2023, E2289/2022 ua; VwGH 11.7.2022, Ra 2022/18/0143-0146)
- **Tatsächliche Rückkehrsituation:** Ausbildungs- und Berufsmöglichkeiten, Unterstützung durch Familie und Dritte, Hilfsorganisationen, Behandlungsmöglichkeiten, Lebensunterhalt (vgl. VfGH 24.11.2020, E3039/2020 ua; VfGH 29.11.2021, E2517/2021 ua; VfGH 28.2.2022, E111/2021 ua, zuletzt VfGH 13.6.2022, E979/2021 ua mit Bezug auf EuGH 14.1.2021, C-441/19; VwGH 10.3.2022, Ra 2021/18/0349; VwGH 18.7.2022, Ra 2021/18/0326-0333 mwN, zuletzt VwGH 23.2.2023, Ra 2021/18/0078-0082)

### III. Aufenthaltsbeendende Maßnahmen (unmittelbar/mittelbar [Eltern, Bezugsperson])

#### **Achtung!**

Maßnahmen gg. Drittstaatsangehörige dürfen nicht dazu führen, dass ein Kind als **Unionsbürger:in** von Rechten nach **Art. 20 AEUV** de facto ausgeschlossen wird; *Abhängigkeitsverhältnis?* Legitime Ausweisung im Ausnahmefall (vgl. EuGH 8.3.2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09; 10.5.2017, *Chavez-Vilchez u.a.*, C-133/15; VwGH 17.6.2019, Ra 2018/22/0195; VfGH 1.3.2022, E4229/2021)

- **Eigenständige Kindeswohlprüfung** im Zusammenhang mit **Interessenabwägung** und **Verhältnismäßigkeitsprüfung** (Art. 8 EMRK, Art. 1 BVG Kinderrechte, § 9 Abs. 2 BFA-VG): Kindeswohl als eigenes Kriterium (u.a. Erweiterung der „Boultif“-Kriterien, EGMR 18.10.2006, *Üner/Niederlande*, 46410/99) sowie Prüfung der Kriterien iSd § 9 Abs. 2 BFA-VG unter Blickwinkel des Kindeswohles (vgl. VwGH 13.6.2022, Ra 2021/17/0201-0204 mwN, zuletzt VwGH 19.1.2023, Ra 2022/19/0216-0219)
- **Familienleben:**
  - „Wahrung der Familieneinheit“: Anspruch auf verlässliche Kontakte zu beiden Elternteilen bzw. wichtigen Bezugspersonen (VwGH 30.4.2020, Ra 2019/21/0134 mwN; VwGH 6.10.2020, Ra 2019/19/0332; VwGH 5.3.2021, Ra 2020/21/0465, zuletzt VwGH 19.5.2022, Ra 2020/21/0322 mwN)
  - weite Auslegung (Großeltern, Geschwister etc.); *ipso iure* Beziehung zwischen Eltern und Kind durch Geburt, Auflösung nur unter außergewöhnlichen Umständen zB. Verlust jeglicher Bindung (für viele: VfGH 19.6.2015, E426/2015, zuletzt VfGH 14.6.2022, E2681/2021 mit ausführlicher Darstellung der Rsp des EGMR; VwGH 19.8.2021, Ra 2021/21/0062, zuletzt VwGH 17.5.2022, Ra 2021/19/0209 mwN)
  - Notwendigkeit des ständigen Kontakts mit der Mutter in den ersten Lebensphasen (vgl. VwGH 16.1.2019, Ra 2018/18/0272; VwGH 26.2.2020, Ra 2019/18/0456)
  - Auch ungeborene Kinder/Berücksichtigung der absehbaren Geburt – Bedeutung der Bindung eines Vaters zum Kind in den ersten Lebensmonaten für die Entwicklung (vgl. VfGH 8.6.2021, E4076/2020; VfGH 1.3.2022, E4229/2021)
- **Moderne Kommunikationsmittel** zur Aufrechterhaltung eines Kontakts zu einem Kleinkind grundsätzlich lebensfremd (vgl. VfGH 8.6.2021, E575/2021; VfGH 20.9.2022, E4559/2021; VwGH 25.1.2022, Ra 2021/19/0146-0149)
- **Aufenthaltsdauer** in Relation zur Gesamtlebensdauer
- **Grad der Integration:** Aneignung von *Sprachkenntnissen*? Wahrnehmung von *Aus-* und/oder *Weiterbildungen*? Teilhabe am *gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben*? (Freundschaften, Sport, ehrenamtliche Tätigkeiten, Zukunftspläne, vgl. VfGH 12.6.2013, U485/2012; VfGH 7.10.2014, U2459/2012 ua, zuletzt VfGH 14.12.2022, E1487/2022ua; VwGH 30.8.2017, Ra 2017/18/0070; VwGH 25.4.2019, Ra 2018/22/0251, zuletzt VwGH 14.3.2023, Ra 2023/19/0029-0033)
- Erwartete **Schwierigkeiten/Entwicklungen** bei Rückkehr sowie soziale, kulturelle und familiäre Bindungen sowohl zum Aufenthalts- als auch zum Herkunftsstaat: *Geburtsort?* *sprachliches- und kulturelles Umfeld?* *Vorhandensein von Familie/Bezugspersonen bzw. Unterstützungsnetzwerk, Schulbildung/Ausbildungsort?* *Kulturelle Unterschiede?* *Sprachkenntnisse im Herkunftsstaat*, auch Kenntnisse der *Unterrichtssprache* (z.B. Russisch in Tschetschenien)? (VfGH 14.12.2022, E1487/2022ua; VwGH 14.1.2022, Ra 2021/19/0009-0012 mwN; VwGH 9.3.2022, Ra 2022/14/0044-0047 mwN; VwGH 13.6.2022, Ra 2021/17/0201-0204; VwGH 19.1.2023, Ra 2022/19/0216-0219, zuletzt VwGH 14.3.2023, Ra 2023/19/0029-0033)

- **Sozialisation** etwa nach Vollendung des 3. Lebensjahres (vgl. VwGH 29.5.2018, Ra 2018/21/0067; VwGH 2.3.2022, Ra 2021/20/0458)
- **Anpassungsfähigkeit:** im Hinblick auf Aufenthaltsverfestigung sowie Zumutbarkeit einer Rückkehr mit den Eltern in den Herkunftsstaat, keine fixen Altersgrenzen, stets individuell und abhängig von u.a. Bindungssicherheit, Stabilität von Beziehungen, existenzielle Absicherung (vgl. EGMR 26.1.1999, *Sarumi/Vereinigtes Königreich*, 43279/98; EGMR 31.7.2008, *Darren Omoregie u.a./Norwegen*, 265/07; EGMR 17.2.2009, *Onur/Vereinigtes Königreich*, 27319/07; EGMR 24.11.2009, *Omojudi/Vereinigtes Königreich*, 1820/08; VwGH 13.6.2022, Ra 2021/17/0201-0204 mit Verweis auf VwGH 3.5.2018, Ra 2018/18/0195-0199 mwN, sowie ferner VwGH 30.7.2015, Ra 2014/22/0055-0057; VwGH 21.3.2018, Ra 2017/18/0333-0335; weiters VfGH 10.3.2011, B1565/10 ua, wonach keine Anpassungsfähigkeit anzunehmen ist, wenn der Betroffene wesentliche Teile seiner Kindheit und Jugend in Österreich verbracht hat; vgl. hingegen VwGH 9.3.2022, Ra 2022/14/0044-0047 mwN, wonach auch der überwiegende oder gänzliche Schulbesuch in Österreich nicht zu einem Überwiegen der privaten Interessen am Verbleib in Österreich führt)
- **Jugenddelinquenz:** Fehlende Resozialisierungsmaßnahmen können für Verbleib sprechen (EGMR 23.6.2008, *Maslov/Österreich*, 1638/03) bei nicht überwiegenden Gewaltdelikten (VwGH 27.8.2020, Ra 2020/21/0276)
- **Unsicherer Aufenthaltsstatus:** Wenngleich minderjährigen Kindern der unsichere Aufenthaltsstatus nicht vorzuwerfen ist, muss das Bewusstsein der Eltern über die Unsicherheit ihres Aufenthalts auch auf die Kinder durchschlagen, wobei diesem Umstand allerdings bei ihnen im Rahmen der Gesamtabwägung im Vergleich zu anderen Kriterien weniger Gewicht zukommt (vgl. VfGH 10.3.2011, B1565/10 ua; VwGH 7.3.2019, Ra 2019/21/0044-0046; VwGH 28.2.2020, Ra 2019/14/0545-0548; VwGH 9.3.2022, Ra 2022/14/0044-0047; VwGH 13.6.2022, Ra 2021/17/0201-0204 mwN, zuletzt VwGH 19.1.2023, Ra 2022/19/0216-0219)
- RKE im **Familienverband** können **nach sorgfältiger Prüfung** (Interessensabwägung/Kriterien wie oben) **zulässig** sein
- Betreffend **RKE**, die zu einer **Trennung** von **Familienangehörigen** führen: **Feststellungen** zu **Auswirkungen** der Trennung auf Lebenssituation des Kindes (vgl. VfGH 11.6.2018, E435/2018; VfGH 24.11.2020, E3806/2019, zuletzt VfGH 1.3.2022, E4229/2021; VwGH 22.2.2022, Ra 2021/21/0322; VwGH 21.12.2022, Ra 2021/18/0411 und Ra 2022/18/0104, zuletzt VwGH 30.3.2023, Ra 2021/21/0028 erforderlich: *Gemeinsamer Haushalt? Intensität der Beziehung? Betreuung? Vorhandene Obsorge- und Kontaktregelungen? Gründe für seltenen Kontakt sowie Auswirkung auf zukünftige Beziehung* (untergeordnete Rolle begrenzter Unterhaltsleistungen bei regelmäßigem Kontakt)
- **Trennung** idR zulässig bei **sehr großem öffentlichen Interesse** (schwere Straffälligkeit; von Anfang an beabsichtigte Umgehung der Regeln über den Familiennachzug, vgl. VfGH 10.3.2011, B1565/10 ua; EGMR 25.4.2017, *Krasniqi/Österreich*, 41697/12; EGMR 27.9.2022, *Otite/UK*, 18339/19; EGMR 11.4.2023, *Loukili/Niederlande*, 57766/19; VwGH 13.9.2021, Ra 2021/18/0112; VwGH 22.4.2022, Ra 2021/19/0470; VwGH 31.5.2022, Ra 2020/21/0176; VwGH 21.12.2022, Ra 2022/19/0309, zuletzt VwGH 30.3.2023, Ra 2021/21/0028)
- Bei **UMF vor Erlassung** von **RKE**:
  - Umfassende Beurteilung der Situation sowie geeigneter Aufnahmemöglichkeit (EuGH 14.1.2021, *TQ/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, C-441/19 vgl. dazu VfGH 13.6.2022, E979/2021; VwGH 10.3.2022, Ra 2021/18/0349)
  - Gewährung von Unterstützung durch geeignete, nicht für die Vollstreckung zuständige, Behörden (vgl. Art. 10 Abs. 1 Rückführungs-RL)

#### IV. Visa / Familienzusammenführung

- Anträge sind rasch, achtsam und mit besonderer Sorgfalt zu untersuchen (EGMR 10.7.2014, *Mugenzi/Frankreich*, 52701/09)
- ungerechtfertigte gesetzliche dreijährige Wartefrist von Personen mit subsidiärem/vorübergehendem Status, die keine individuelle Beurteilung zulässt (EGMR 9.7.2021, *M.A./Dänemark*, 6697/18)
- **Zeitpunkt** der **Antragstellung** maßgeblich für Beurteilung entscheidungserheblicher **Minderjährigkeit** zur Verwirklichung des Anspruches auf **Familiennachzug** iSd Familienzusammenführungs-RL: im Hinblick auf **Elternnachzug** siehe EuGH 12.4.2018, *A und S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-550/16, zuletzt EuGH 1.8.2022, *SW ua/Deutschland*, C-273/20 und C-355/20, wonach ein **UMF**, der während des Asylverfahrens volljährig wird, sein Recht auf Familienzusammenführung behält, sofern der Antrag auf Familienzusammenführung fristgerecht gestellt wird; im Hinblick auf **Kindernachzug** siehe EuGH 16.7.2020, *B.M.M. u.a./Belgien*, C-133/19, C-136/19 und C-137/19, zuletzt EuGH 1.8.2022, *XC/Deutschland*, C-279/20 wonach Kinder des Zusammenführenden, die während des Verfahrens auf Familienzusammenführung/gegen die Ablehnung dieser volljährig werden, weiterhin als minderjährig iSd RL anzusehen sind, sofern der Antrag auf Familienzusammenführung fristgerecht gestellt wird, vgl. dazu auch VwGH 16.2.2023, Ra 2022/18/0309)
- **Keine Ablehnung** ausschließlich wegen **fehlender Unterlagen** (EuGH 13.3.2019, *E/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-635/17; VwGH 9.1.2020, Ra 2019/19/0124-0128) sowie generelle Flexibilität bei Beweismitteln zur Bescheinigung familiärer Verhältnisse (EGMR 10.7.2014, *Tanda-Muzinga/Frankreich*, 2260/10)
- Auch in **Visaverfahren** nach § 35 AsylG ist die **Einhaltung** des **Art. 8 EMRK** zu berücksichtigen und sicherzustellen (VfGH 6.6.2014, B369/2013; VwGH 1.3.2016, Ro 2015/18/0002-0007, vgl. auch, im Hinblick auf Art. 20 AEUV, EuGH 5.5.2022,

*XU und QP/Spanien, C-451/19 und C-532/19)*

- Fremden ist auf ihr **Verlangen** eine **DNA-Analyse** gemäß § 13 Abs. 4 BFA-VG 2014 zum Nachweis ihres Abstammungsverhältnisses zu ermöglichen, wobei organisatorische Hilfestellung zur Beibringung des DNA-Nachweises und die entsprechende Belehrung zu erfolgen haben (VwGH 29.3.2021, Ra 2021/20/0065)
- Ein **UMF**, der sich in einem MS aufhält, muss **nicht unverheiratet** sein, um zum Zweck der Familienzusammenführung mit seinen **Verwandten in gerader aufsteigender Linie ersten Grades** die Rechtsstellung eines **Zusammenführenden** zu erlangen (EuGH 17.11.2022, *X/Belgien*, C-230/21)

## V. Schubhaft

- Unzulässig bei **unmündigen Minderjährigen**; Begleitung von Obsorgeberechtigten nur bei kindgerechter Unterbringung sowie zeitnahe Abschiebung (Anhaltung von Kindern als *ultima ratio*, vgl. EGMR 17.1.2023, *Minasian ua/Moldau*, 26879/17)
- **Gelindere Mittel** bei mündigen Minderjährigen außer Zweckvereitelung
- **Haftdauer** und **-bedingungen** (mögliche Unzulässigkeit bereits nach wenigen Tagen; auch fehlende Spielgelegenheiten und gefährliche Umgebung beachtlich, EGMR 19.1.2010, *Muskhadzhiyeva u.a./Belgien*, 41442/07; EGMR 7.12.2017, *S.F. u.a./Bulgarien*, 8138/16; EGMR 3.3.2022, *Nikoghosyan u.a./Polen*, 14743/17)

Bei Verdacht auf **Kindeswohlgefährdung** (Misshandlung, Quälen, Vernachlässigung, sexueller Missbrauch bzw. sonstiger erheblicher Gefährdung) ist Maßnahme jedenfalls **unzulässig** + gesetzliche **Mitteilungspflicht** an **KJHT** (vgl. § 37 B-KJHG 2013)

