

Joël Olivier Müller

«Nichts Genaues» weiss man nicht: Altersbestimmung im schweizerischen Asylverfahren

**Unter besonderer Berücksichtigung der
Verfassungskonformität medizinisch-forensischer
Altersgutachten**

Im Spannungsfeld zwischen der Wahrung des Kindeswohls und der behördlichen Missbrauchsbekämpfung stellt die asylrechtliche Altersbestimmung eine verantwortungsvolle sowie herausfordernde Aufgabe dar. In Ermangelung gesetzlicher Normierungen oder verbindlicher Richtlinien variiert die behördliche Methodik der Altersbestimmung innerhalb Schweiz. Der Beitrag vermittelt zuerst einen Überblick über die allgemeine Methodik der asylrechtlichen Altersbestimmung. Infolgedessen wird der Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit medizinischer Altersbestimmungen ein besonderes Augenmerk gewidmet.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Ausländer- und Asylrecht

Zitiervorschlag: Joël Olivier Müller, «Nichts Genaues» weiss man nicht: Altersbestimmung im schweizerischen Asylverfahren, in: Jusletter 20. März 2017

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 1. Ausgangslage
 2. Zahlen und Fakten
- II. Rechtsstellung von UMA
 1. Relevante Rechtsquellen
 - 1.1. Internationales Recht
 - 1.2. Nationales Recht
 2. Besondere Verfahrensrechte
 - 2.1. Bestimmung der Asylzuständigkeit
 - 2.2. Vertrauensperson
 - 2.3. Anhörung
 - 2.4. Wegweisungspunkt
 3. Zwischenfazit und Problemstellung
- III. Asylrechtliche Altersbestimmung
 1. Gegenstand
 2. Methodik
 - 2.1. Anwendbare Verfahrensgrundsätze
 - 2.2. Rechtsprechung: Gesamtwürdigung
 - a. Identitätsdokumente
 - b. Aussagewürdigung
 - c. Angaben gegenüber ausländischen Behörden und in der Selbstdeklaration
 - d. Äusseres Erscheinungsbild
 - e. Multidisziplinärer Ansatz zur Altersfestsetzung
 - 2.3. Im Zweifel für die Minderjährigkeit
 - 2.4. Zwischenfazit und Stellungnahme
 3. Altersbestimmung als Verwaltungsakt
 - 3.1. Handlungsmöglichkeiten im Einzelfall
 - 3.2. Schweizweite Praxis der Altersbestimmung
 - a. Offizielle Stellungnahme
 - b. Divergierende Methodik
 - c. Divergierende Ermessensausübung
 - 3.3. Rechtsnatur und Rechtsschutz
 - 3.4. Zwischenfazit und Stellungnahme
- IV. Im Besonderen: Medizinische Altersgutachten
 1. Gesetzliche Grundlage
 - 1.1. Ausgangslage
 - 1.2. Tatbestandsseite
 - 1.3. Rechtsfolgeseite
 2. Stellungnahme zur gesetzlichen Grundlage
 - 2.1. Auslegung von «Hinweisen»
 - 2.2. Vergleichsweise: geringe Regelungsdichte
 3. Medizinische Methoden der Altersbestimmung
 - 3.1. Herkömmliche Knochenaltersanalyse
 - a. Methodik
 - b. Beweiswert
 - 3.2. Aktueller Stand der Wissenschaft: Vier-Punkte-Analyse
 - a. Körperliche Untersuchung
 - b. Knochenaltersanalyse
 - c. Radiologische Untersuchung der Schlüsselbeine
 - d. Zahnärztliche Untersuchung
 - e. Zusammenfassende Beurteilung
 - f. Verbalprädikate

- g. Beweiswert
 - 4. Kritik von Seiten der Ärzteschaft
 - 5. Medizinische Altersgutachten als Grundrechtseingriff
 - 5.1. Tangierte Grundrechte
 - 5.2. Eingriffsprüfung
 - a. Allgemeines (36 BV)
 - b. Gesetzliche Grundlage
 - aa. Eingriffsintensität
 - bb. Bestimmtheitsgebot
 - c. Öffentliches Interesse / Schutz Grundrechte Dritter
 - d. Verhältnismässigkeit
 - aa. Eignung
 - bb. Erforderlichkeit
 - bb. Zumutbarkeit
 - 5.3. Prüfschema zur verfassungskonformen Anordnung eines Altersgutachtens
 - a. 1. Schritt: Prüfung des Vorliegens von Hinweisen
 - b. 2. Schritt: (Pseudo)-Ermessen
 - c. 3. Schritt: Kindsgerechte Gesamtwürdigung
- V. Sonderfragen
- 1. Quid bei Hinweisen auf eine Minderjährigkeit?
 - 2. Konkurrierende datenschutzrechtliche Ansprüche
 - 2.1. Ausgangslage
 - 2.2. Unterschiedliche Beweisobjekte und Beweislastverteilung
 - 2.3. Vorrang des asylrechtlichen Verfahrens?
 - 2.4. Stellungnahme
 - a. Kompensatorische Funktion des Datenschutzes
 - b. Wenn schon: datenschutzrechtlicher Vorrang
 - c. Inskünftig: bessere Koordination der Verfahren
- VI. Schluss
- 1. Zur asylrechtlichen Altersbestimmung
 - 1.1. Allgemein: fehlende gesetzliche Normierung
 - 1.2. Im Einzelfall: kindsgerechte Gesamtwürdigung
 - 2. Mangelhafter Rechtsschutz
 - 2.1. De lege lata: kompensatorische Funktion des Datenschutzes
 - 2.2. De lege ferenda: Anpassung von Art. 107 Abs. 2 AsylG
 - 3. Zu den medizinisch-forensischen Altersgutachten
 - 3.1. Beachtung der bestehenden gesetzlichen Grundlage
 - 3.2. De lege lata: Vereinheitlichung der Praxis durch Richtlinien
 - 3.3. De lege ferenda: Anpassung der gesetzlichen Grundlage
 - 3.4. Im Einzelfall: zweifach beschränktes Ermessen
 - a. Hohe Anforderungen an das Vorliegen von Hinweisen
 - b. Kein Ermessen zur Nichtanordnung
 - 4. Zitat zum Schluss

I. Einleitung

1. Ausgangslage

[Rz 1] Nach einem gescheiterten Entführungsversuch durch die Taliban verliess Hamid sein Heimatdorf in der afghanischen Provinz Kundus in Richtung Pakistan. Von Pakistan aus gelangte Hamid illegal in den Iran. Als Identitätsdokument führte Hamid einen afghanischen Identitäts-

ausweis («Tazkera») mit.¹ Diesem Dokument liess sich entnehmen, dass Hamid im Ausstellungsjahr 2009 acht Jahre alt war. Im Iran wurde ihm sein Rucksack samt Tazkera gestohlen. Der mittlerweile schriftenlose Hamid reiste illegal an die türkische Küste weiter, von wo aus er die Überfahrt nach Griechenland antrat. Bei Ankunft wurde Hamid von den griechischen Behörden als volljährige Person registriert und ihm wurde ein Passierschein ausgestellt. Hamid reiste in der Folge über die Balkanroute bis in die Schweiz weiter, wo er ein Asylgesuch stellte. Das von den griechischen Behörden bestimmte – im mitgeführten Passierschein aufgeführte Alter (1. Januar 1999) – wurde bei der Einreise von Hamid durch das schweizerische Grenzwachtkorps übernommen. Bei Ankunft im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) im Januar 2017 bringt Hamid vor, dass er minderjährig sei und das Geburtsdatum 1. Januar 1999 in Griechenland falsch erfasst worden sei. Das zuständige EVZ bezweifelt seine Altersangabe, wonach er gemäss seiner Tazkera im Jahre 2009 acht Jahre alt gewesen sei bzw. im Januar 2017 16 Jahre alt sein soll. Hamid wird mitgeteilt, dass er aufgrund seiner Angaben gegenüber den griechischen Behörden und wegen fehlender Identitätsdokumente im laufenden Asylverfahren als volljährige asylsuchende Person gelte und dass das bei Eintritt in die Schweiz erfasste Geburtsdatum 1. Januar 1999 unverändert belassen werde. Zudem wurde ihm im EVZ mitgeteilt, dass er ohne gültige Originaldokumente gegen die Altersfestsetzung nichts unternehmen könne.

[Rz 2] Unbegleitete minderjährige Asylsuchende (UMA) wie Hamid gehören zu einer *besonders verletzbaren Personengruppe*². Die unrechtmässige Behandlung als volljährige Person zeitigt für Hamid weitreichende Konsequenzen, weil er dadurch nicht in den Genuss der besonderen Verfahrensgarantien und Schutzbestimmungen für UMA (II.) kommt. Die Feststellung der Identität und mithin des korrekten Geburtsdatums einer asylsuchenden Person gehört zur behördlichen Untersuchungspflicht. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sich manche asylsuchende Personen gegenüber den Behörden als minderjährig ausgeben, obwohl sie an sich bereits volljährig sind. Aufgrund dieser Ausgangslage wird ersichtlich, dass die *asylrechtliche Altersbestimmung* in einem *diffizilen Spannungsfeld* zwischen der Wahrung des Kindeswohls und der behördlichen Missbrauchsbekämpfung stattfindet.

[Rz 3] Der Beitrag soll aufzeigen, welche Methodik und welcher Rechtsschutz der rechtlichen Altersbestimmung im schweizerischen Asylverfahren zu Grunde liegen (III.). In der Folge wird der umstrittenen *medizinischen Altersbestimmung* ein besonderes Augenmerk gewidmet, indem der Leserschaft die gesetzliche Grundlage, die bestehenden Methoden der medizinischen Altersbestimmungen sowie deren Grundrechtskonformität erläutert werden (IV.). Die Relevanz der Altersbestimmung in der asylrechtlichen Praxis wird sodann an zwei aktuellen Sonderfragen illustriert (V.). Im Schlussfazit wird der Inhalt des Beitrags zusammengefasst und es werden dabei *de lege lata* und *de lege ferenda* Verbesserungsvorschläge für die Gewährleistung einer *gesetzes- und verfassungskonformen* Praxis der Altersbestimmung gemacht (VI.).

¹ Hamid ist der Protagonist des fiktiven Einleitungsbeispiels. Für das Einleitungsbeispiel ist anzunehmen, dass die Angaben in der Tazkera dem tatsächlichen Alter von Hamid entsprechen. Weiterführend zur Tazkera siehe MATHIEU CORBAZ, *Partie I Articles de fond consacrés à la procédure / La détermination de l'âge du requérant d'asile*, in: Semsija Etemi / Min Son Nguyen (Hrsg.) *Actualité du droit des étrangers – Volume II du 1er juillet au 31 décembre 2015*, S. 6.

² Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-7700/2015 vom 22. August 2016 E. 5 ff. Siehe hierzu anschliessend unter II.

2. Zahlen und Fakten

[Rz 4] Wie Hamid gelangten im Jahre 2016 361'712 *Personen* auf dem Seeweg nach Europa.³ Am meisten asylsuchende Personen wurden dabei an den Küsten Italiens registriert (181'436), wovon 7% (12'700) als UMA erfasst wurden.⁴ Innerhalb der Schweiz haben die *Asylgesuche von UMA* prozentual zur Gesamtzahl der gestellten Asylanträge in den vergangenen Jahren kontinuierlich *zugenommen*. Im Jahre 2014 wurden 795 Asylgesuche, d.h. 3.34% aller in der Schweiz gestellten Asylgesuche, von UMA gestellt. Im Jahre 2015 verdoppelte sich der Anteil an UMA-Gesuchen im Verhältnis zur Gesamtzahl der gestellten Asylgesuche und betrug dabei 6.92%. Im Jahre 2016 wurden bei einer Gesamtzahl von 27'207 in der Schweiz gestellten Asylgesuchen 7.3% von UMA eingereicht. Wie bereits in den vergangenen Jahren stammte die überwiegende Mehrheit aller UMA aus Eritrea (850) und Afghanistan (352), wobei diese grösstenteils (63%) zwischen 16–17 Jahren alt waren.⁵ Die stetige Zunahme von UMA-Gesuchen hat zur Folge, dass sich die Frage der Altersbestimmung für die rechtsanwendenden Behörden häufiger stellt. Zahlreiche Medienartikel aus dem Jahre 2016 mit Titeln wie: «Jugendliche Flüchtlinge als volljährig registriert: Gericht rügt Asylbehörde»⁶, «Junge Flüchtlinge müssen zum Genitaltest»⁷ oder «Das ist Sommaruga in die Knochen gefahren»⁸, exemplifizieren, dass das Thema der Altersbestimmung im Asylverfahren vermehrt im Fokus der Öffentlichkeit steht.

³ UNHCR Übersicht 2016, <http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>, Website zuletzt besucht am 5. Januar 2017.

⁴ UNHCR Factsheet 2016 Italien. <http://data.unhcr.org/mediterranean/regional.php>, Website zuletzt besucht am 5. Januar 2017. Vgl. allgemein und interessant zu UMA NORA LISCHETTI, *Unbegleitete Minderjährige im schweizerischen Asylverfahren*, ASYL 2012/1, S. 3–12.

⁵ *Unbegleitete minderjährige Asylsuchende in der Schweiz (UMA) Statistiken / Vergleichstabelle* vom 23. Januar 2017. <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/publiservice/statistik/asylstatistik/statistikenuma/uma-2016-d.pdf>, Website zuletzt besucht am 25. Januar 2017.

⁶ «Der Bund lässt Altersgutachten erstellen und stuft junge Flüchtlinge dann als 18-Jährige ein. Das Staatssekretariat für Migration weist die Kritik von sich – und hält an den umstrittenen Methoden zur Altersbestimmung fest». <http://www.watson.ch/Schweiz/Gesellschaft%20&%20Politik/242438845-Jugendliche-Fl%C3%BChtlinge-als-vollj%C3%A4hrig-registriert--Gericht-r%C3%BCgt-Asylbeh%C3%B6rde>, Website zuletzt besucht am 15. Dezember 2016.

⁷ «Minderjährige Asylsuchende geniessen einen speziellen Schutz. Für die Altersbestimmung setzt das Bundesamt für Migration auf umstrittene Methoden». <http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Junge-Fluechtlinge-muessen-zum-Genitaltest-/story/30273737>, Website zuletzt besucht am 15. Dezember 2016.

⁸ «Nach BLICK-Bericht über Kinder-Flüchtlinge muss sich die Migrationsbehörde bei der Chefin erklären. Ärzte und Politiker fordern ein Ende der Handknochenanalyse. Bundesrätin Sommaruga will vom SEM Erklärungen für die Verzerrungen in der Asylstatistik». <http://www.blick.ch/news/politik/asyl-trickserei-des-sem-das-muss-sommaruga-in-die-knochen-fahren-id5026374.html>, Website zuletzt besucht am 15. Dezember 2016.

II. Rechtsstellung von UMA⁹

1. Relevante Rechtsquellen

1.1. Internationales Recht

[Rz 5] Die besondere Situation und das erhöhte Schutzbedürfnis von Kindern sind in verschiedenen internationalen Erlassen positiviert. Elementar wird in der Präambel der *Kinderrechtskonvention* (KRK)¹⁰ festgehalten, dass Kinder wegen ihrer Verletzlichkeit Anspruch auf besondere Fürsorge und Unterstützung haben. Die Bestimmungen der KRK gewährleisten *allen Kindern* – d. h. natürlichen Personen bis zum 18. Lebensjahr – Schutz sowie Unterstützung und legen globale Grundsätze fest, damit Kinder ihre Persönlichkeit entfalten können. In Übereinstimmung mit der KRK wird dem Kindeswohl auch im innereuropäischen Kontext Rechnung getragen. So sieht bspw. Art. 6 der Dublin III-Verordnung¹¹ Garantien für Minderjährige vor und hält dabei in Abs. 1 grundsätzlich fest, dass das *Wohl des Kindes* eine vorrangige Erwägung der Mitgliedstaaten sein müsse.

1.2. Nationales Recht

[Rz 6] Die Bundesverfassung (BV)¹² enthält grundrechtliche Bestimmungen, deren persönlicher Geltungsbereich auch UMA umfasst. Art. 11 BV etwa sieht den Anspruch auf Schutz der Unversehrtheit und auf Förderung der Entwicklung von Kindern und Jugendlichen vor. Zudem statuiert Art. 19 BV das Recht auf unentgeltlichen Grundschulunterricht aller Kinder, weshalb UMA, sofern sie sich nicht nur vorübergehend und für wenige Wochen in der Schweiz aufhalten, zu den Grundrechtsträgern von Art. 19 BV zu zählen sind.¹³

[Rz 7] Die besondere Rechtsstellung von UMA wird bspw. aus einzelnen Bestimmungen des Asylgesetzes (AsylG) und des Ausländergesetzes (AuG)¹⁴ ersichtlich. Im Sinne einer Grundsatzregel

⁹ Bei begleiteten minderjährigen asylsuchenden Personen ist sowohl im europäischen Kontext (vgl. Art 11 Dublin III-Verordnung) als auch innerhalb der Schweiz der *Grundsatz der Einheit der Familie* zu wahren (vgl. Art. 27 Abs. 3 Asylgesetz (AsylG), SR 142.31, i.V.m. Art. 22 Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen (AsylV1), SR. 142.311). Sofern ein Elternteil den Asylstatus erhält, wird eine begleitete minderjährige asylsuchende Person in das Familienasyl gemäss Art. 51 AsylG eingeschlossen. Das Gesagte gilt auch für den Fall, dass einem Elternteil eine vorläufige Aufnahme gewährt wird, da gemäss Art. 44 AsylG auch der Grundsatz der Einheit der Familie zu beachten ist. Vgl. hierzu Corbaz, a.a.O. FN 1, S. 2. Aufgrund des Gesagten anbietet sich eine nähere Betrachtung der *besonders verletzlichen UMA*, obwohl sich die *Frage der Altersbestimmung* grundsätzlich auch bei *begleiteten minderjährigen asylsuchenden Personen* stellt.

¹⁰ Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK), SR 0.107. Dieser 1989 durch die Vereinten Nationen geschaffene Menschenrechtsvertrag wurde von allen Ländern ausser der USA und Somalia ratifiziert. Die Einhaltung der KRK wird durch den Ausschuss für die Rechte des Kindes und die Unterzeichnerstaaten periodisch überprüft. Der *Kinderrechtsausschuss* ist zur *Abgabe von Empfehlungen* an die Mitgliedsstaaten *kompetent*. Interessant zur Anwendbarkeit der KRK in der Schweiz: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-3349/2016 vom 23. Juni 2016 E. 7.

¹¹ *Verordnung (EU) Nr. 604/2013* des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist.

¹² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV), SR 101.

¹³ Siehe hierzu auch Art. 28 KRK sowie weiterführend JUDITH WYTENBACH, Art. 19 RZ 6 (m.w.H.), in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, 2015.

¹⁴ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG), SR 142.20. Weiterführend hierzu SPESCHA u.a., *Kommentar Migrationsrecht*, 2015, Nr. 1 ff sowie UEBERSAX u.a., *Ausländerrecht: Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz*, 2002, S. 1122.

hält Art. 17 Abs. 2bis AsylG etwa fest, dass Asylgesuche von UMA *prioritär* zu behandeln seien. «Prioritäre Behandlung meint reduzierte Warteperioden auf jeder Stufe des Asylverfahrens»¹⁵, weshalb auch ein allfälliges Beschwerdeverfahren *prioritär* zu behandeln ist. Im Hinblick auf die durch die Dublin III-Verordnung gesetzten Anforderungen haben u.a. besondere Bestimmungen zu Wegweisungsverfügungen, Ausschaffungen, Haftanordnungen, Haftüberprüfungen sowie zu den Haftbedingungen von unbegleiteten Minderjährigen, Eingang ins AuG gefunden.¹⁶

2. Besondere Verfahrensrechte

[Rz 8] Nachfolgend werden unter 2.1–2.4 vier Aspekte vorgestellt, welche die *besonderen Verfahrensrechte* und mithin die privilegierte Rechtsstellung von UMA veranschaulichen.

2.1. Bestimmung der Asylzuständigkeit

[Rz 9] Die Dublin III-Verordnung legt die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des für ein Asylgesuch zuständigen Mitgliedstaates fest.¹⁷ Für UMA gelten aufgrund von Art. 8 i.V.m. Art. 6 der Dublin III-Verordnung spezifische Bestimmungen zur Festlegung der Asylzuständigkeit eines Dublin-Staates. Sofern UMA keine Familienangehörigen in einem Mitgliedstaat haben, sieht Art. 8 Ziff. 4 der Dublin III-Verordnung vor, dass derjenige Mitgliedstaat zuständig ist, in welchem der/die UMA ihr Asylgesuch gestellt hat bzw. stellen wird. Diese Bestimmung vermittelt UMA – im Unterschied zu erwachsenen Asylsuchenden – *de facto* eine gewisse *Wahlfreiheit*, in welchem Mitgliedstaat das Asylverfahren durchlaufen werden soll. Aufgrund von Art. 8 Abs. 4 Dublin III-Verordnung kommt der *Glaubhaftmachung der Minderjährigkeit* und mithin der Altersbestimmung im Kontext von Dublin-Zuständigkeitsverfahren herausragende *praktische Relevanz* zu.¹⁸

2.2. Vertrauensperson

[Rz 10] Art. 22 KRK verpflichtet die Mitgliedstaaten, UMA angemessenen Schutz und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung ihrer Rechte zu gewähren. Im Sinne einer *asylrechtlichen Kindeschutzmassnahme* sieht Art. 17 Abs. 3 AsylG für UMA vor, dass die zuständigen kantonalen Behörden unverzüglich eine *Vertrauensperson* zu bestimmen haben.¹⁹ Die Tätigkeit der Vertrauensperson beginnt mit der Kurzbefragung gemäss Art. 26 Abs. 2 AsylG und dauert bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Asylgesuch.²⁰ Eine Vertrauensperson muss über Kenntnisse des Asyl-

¹⁵ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-7700/2015 vom 22. August 2016 E. 6.2.3.

¹⁶ Vgl. Art. 64 AuG i.V.m. Art. 64a 3bis AuG; Art. 69 Abs. 5 AuG, Art. 80a Abs. 6 AuG; Art. 81 Abs. 3 AuG. Siehe zum Ganzen auch Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme der Verordnungen (EU) Nr. 603/2013 und (EU) Nr. 604/2013, BBl 2014 2675 ff., 2683. Vgl. hierzu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-7857/2015 vom 4. März 2016 E. 5.3.

¹⁷ Weiterführend zur Dublin III-Verordnung FILZWIESER/SPRUNG, Dublin III-Verordnung, 2014, zu Art. 8 K 1 ff.

¹⁸ Entsprechend reichhaltig ist auch die Rechtsprechung des BVGer. Vgl. statt vieler BVGE 2016/1 (m.w.H.).

¹⁹ Die zuständigen kantonalen Behörden und *nicht die Vertrauensperson* bleiben zur Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB) zuständig. Vgl. Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 3. September 2014, BBl 2014 7991, 8032.

²⁰ Art. 7 Abs. 2bis AsylV1. Gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-7857/2015 vom 4. März 2016 E. 5.4 kann in Fällen, wo das nationale Asyl- und Wegweisungsverfahren durchgeführt wird eine BzP auch vor Ernennung

rechts und des Rechts betreffend das Dublin-Verfahren verfügen.²¹ Durch die Unterstützung der Vertrauensperson sollen «altersbedingte Erfahrungsdefizite»²² ausgeglichen und die unbegleitete minderjährige asylsuchende Person «auf den Stand einer durchschnittlichen erwachsenen asylsuchenden Person gebracht werden».

[Rz 11] Im Rahmen der *Neustrukturierung des Asylrechts* ist vorgesehen, dass sämtliche asylsuchenden Personen, deren Gesuche in Zentren des Bundes behandelt werden, Anspruch auf unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung haben (vgl. Art. 102f E-AsylG). In Personalunion wird die zugewiesene Rechtsvertretung (vgl. Art. 102h E-AsylG) während der Dauer des Verfahrens im Zentrum des Bundes auch die Funktion der Vertrauensperson wahrnehmen (vgl. Art. 102k Abs. 1 lit. e E-AsylG).²³ Nach der Zuweisung in den Kanton wird weiterhin der zuständige Kanton für die Ernennung einer Vertrauensperson verantwortlich sein (vgl. Art. 17 Abs. 3 lit. b E-AsylG).

2.3. Anhörung

[Rz 12] Der offen formulierte Art. 7 Abs. 5 der Asylverordnung 1 (AsylV1) statuiert, dass bei der Anhörung von UMA den *besonderen Aspekten der Minderjährigkeit* Rechnung zu tragen sei.²⁴ Dies bedeutet etwa, dass die für die Anhörung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden zuständige Person über eine besondere Ausbildung verfügen muss, welche es ihr ermöglicht, den kognitiven Fähigkeiten des Kindes Rechnung zu tragen und die Anhörung auf *kindsgerechte Weise* durchführen zu können.²⁵

2.4. Wegweisungspunkt

[Rz 13] Die spezifische Situation von UMA muss anlässlich der Prüfung des Vollzugs von Wegweisungsverfügungen unter dem *Aspekt der Zumutbarkeit* beachtet werden.²⁶ Unter dem Blickwinkel des Kindeswohls ist die rechtsanwendende Verwaltungsbehörde von Amtes wegen verpflichtet, spezifische Abklärungen zur persönlichen Situation von UMA vorzunehmen.²⁷ Die Achtung des

der Vertrauensperson durchgeführt werden, was vom Gericht mit dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 3 lit. b AsylG begründet wird. M.a.W. gilt Art. 7 Abs. 2bis AsylV1 *nur für Dublin-Verfahren*.

²¹ Vgl. auch schon EMARK 2003 Nr. 1, 2006 Nr. 14, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-7700/2015 vom 22. August 2016 E. 6.2 ff. Weitere Anforderungen an die Vertrauensperson werden in Art. 7 AsylV1 konkretisiert.

²² Vgl. hierzu und zum darauf folgenden Wortzitat Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-7700/2015 vom 22. August 2016 E. 6.2.2.

²³ Für die vorgeschlagene Regelung spricht gemäss Auffassung des Bundesrates vor allem, dass die unbegleitete minderjährige Person in den Zentren des Bundes nur eine einzige Ansprechperson hat und zudem auch die organisatorischen Abläufe erleichtert werden. Einige Vernehmlassungsteilnehmer forderten die Zusammenarbeit der Asylbehörden mit den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden zu institutionalisieren. Vgl. zum Gesagten Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 3. September 2014, BBl 2014 7991, 8032 f.

²⁴ Vgl. für Kriterien einer kindsgerechten Asylbefragung etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-5381/2014 vom 11. Mai 2015 E. 4.2.

²⁵ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-7700/2015 vom 22. August 2016 E 6.3.1, ATAF 2014/30 consid. 2.3. Zudem sind *je nach Alter und Reifegrad* der minderjährigen Person die notwendigen Massnahmen zu treffen, dass sich diese während der Anhörung wohl fühlt und ein Klima des Vertrauens entstehen kann. Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-3855/2015 vom 21. Januar 2016 (m.w.H.).

²⁶ Vgl. etwa EMARK 1997 Nr. 23 E. 5.

²⁷ Vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts E-3349/2016 vom 23. Juni 2016 E. 7.2, D-4692/2009 vom 23. Juni 2009 E. 5.7.3; EMARK 2006 Nr. 24 E. 6, 1998 Nr. 13 E. 5.e.

Grundsatzes des Kindeswohls gebietet die Berücksichtigung von bestimmten an die Persönlichkeit des Kindes geknüpften Elementen wie Alter, Reife, Grad der Abhängigkeit, Art der Beziehungen zu den Bezugspersonen im Heimatland (Unterstützungsbereitschaft), Ressourcen dieser Personen (Unterstützungsfähigkeit), Schulbildung oder Ausbildung, Grad der Integration im Verhältnis zur Aufenthaltsdauer in der Schweiz sowie Chancen und Risiken einer Reintegration im Heimat- oder Herkunftsland. Diese Elemente sind einzelfallbezogen und in Würdigung der sozialen und wirtschaftlichen Realität im jeweiligen Heimat- oder Herkunftsland realistisch zu beurteilen.²⁸

3. Zwischenfazit und Problemstellung

[Rz 14] Der KRK kommt als umfassende und international anerkannte Rechtsquelle auch im schweizerischen Asylverfahren überragende Bedeutung zu, indem diese die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls im gesamten Asylverfahren erforderlich macht. Die *privilegierte Rechtsstellung von UMA* zeigt sich im innereuropäischen Kontext bspw. an den besonderen Bestimmungen der Dublin III-Verordnung zur Festlegung des zuständigen Dublin-Staates.²⁹ Im Sinne einer *asylrechtlichen Kinderschutzmassnahme* stehen UMA während dem Asylverfahren rechtskundige Vertrauenspersonen zur Seite. Das Asylverfahren und ein allfälliges Beschwerdeverfahren von UMA werden prioritär behandelt. Anlässlich der Anhörung nach Art. 29 AsylG haben die Behörden die besonderen Aspekte der Minderjährigkeit zu berücksichtigen. Schliesslich ist dem Kindeswohl auch im Rahmen der Prüfung des Vollzugs von Wegweisungsverfügungen Rechnung zu tragen. Die vorgängig erwähnten Aspekte zeigen auf, dass die schweizerische Gesetzgebung der *besonderen Schutzbedürftigkeit* von UMA in verschiedenen Bestimmungen Rechnung trägt.

[Rz 15] Die asylrechtliche Altersbestimmung ist im Sinne einer Vorfrage für sämtliche UMA relevant, da nur tatsächlich minderjährige Personen in den Genuss der besonderen UMA Privilegien kommen. Im Asylrechtsalltag kommt es vor, dass sich gewisse an sich volljährige asylsuchende Personen gegenüber den Behörden als minderjährig ausgeben.³⁰ Umgekehrt werden asylsuchende Personen von den Behörden teilweise zu Unrecht als volljährige Personen qualifiziert, wodurch diesen die besonderen Schutzbestimmungen und Verfahrensrechte vorenthalten bleiben.³¹ In Anbetracht dieser Ausgangslage wird ersichtlich, dass eine möglichst zuverlässige, korrekte und rechtsgleiche Methodik der Altersbestimmung gleichermassen im Interesse der UMA wie auch der Behörde liegt. Obwohl das Alter einer asylsuchenden Person und die Altersbestimmung zentrale Aspekte des Asylverfahrens darstellen, findet sich im schweizerischen Asylrecht keine einzige generell-abstrakte Bestimmung zur Altersbestimmung im Allgemeinen. M.E. trägt der

²⁸ Vgl. Handbuch Asyl und Rückkehr, Art. C 10 Unbegleitete minderjährige Asylsuchende, S. 19 (m.w.H) sowie Art. 69 Abs. 4 AuG. Vgl. hierzu auch Art. 10 der *Richilinie 2008/11/115/EG* des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, (*Rückführungsrichtlinie*). <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/Return-DE.pdf>

²⁹ Für ein weiteres Beispiel siehe weiter unten bei IV., 2., 2.2.

³⁰ Im Sinne einer Wechselwirkung kann dies zur Folge haben, dass den von minderjährigen asylsuchenden Personen gemachten Altersangaben von Seiten des befassten Behördenmitgliedes *vorbestehende Zweifel* entgegengebracht werden. Es gehört zu den Herausforderungen eines Behördenmitglieds, dass trotz solcher (allenfalls) vorbestehender Zweifel die Altersbestimmung auf *neutrale und einzelfallbezogene* Weise vorgenommen wird.

³¹ Vgl. hierzu nachfolgend III., 3., 3.2 und IV., 1.

Gesetzgeber der besonderen Schutzbedürftigkeit von UMA in dieser Hinsicht nicht ausreichend Rechnung.

[Rz 16] Nachfolgend werden vorab der Gegenstand und die asylrechtliche Methodik der Altersbestimmung näher vorgestellt (III., 1., 2.). Im Anschluss wird dargelegt, wann und unter welchen *Voraussetzungen* eine behördliche Altersanpassung zulässig ist und welcher *Rechtsschutz* gegen eine Altersanpassung besteht (III., 3.).

III. Asylrechtliche Altersbestimmung

1. Gegenstand

[Rz 17] «Die Frage nach dem «Alter» bzw. dem Prozess des «Alterns» verlangt nach einer breiten Begriffsbestimmung. (...) Dabei ist im Wesentlichen hervorzuheben, dass es sich beim Faktor «Alter» um kein homogenes Konstrukt handelt. Der Alternsprozess verläuft sowohl multidimensional, also als Prozess, der auf mehreren Ebenen der Person (z. B. körperlich, psychisch, sozial) fortschreitet sowie multidirektional in verschiedenen Teilebenen und in unterschiedlichem Tempo und Ausmass und ist letztlich auch multikausal, indem Altern nicht eine, sondern viele Ursachen hat».³²

[Rz 18] Je nach *wissenschaftlicher Perspektive* kann einem Menschen ein chronologisches, soziales, biologisches oder entwicklungspsychologisches *Lebensalter* zugeordnet werden, wobei diese keineswegs übereinstimmen müssen.³³

[Rz 19] Im rechtlichen Bezugsrahmen kommt dem Lebensalter eines Menschen in verschiedenen Konstellationen Relevanz zu, da gewisse Rechte und Pflichten von der Über- bzw. Unterschreitung eines gesetzlich festgelegten Alters abhängen.³⁴ Gegenstand der rechtlichen Altersbestimmung im Asylverfahren ist die Bestimmung des *chronologischen Lebensalters* einer asylsuchenden Person.³⁵ Die Zählung des chronologischen Alters eines Menschen beginnt ab dessen Geburt bzw. dem Geburtstag und wird sodann in Jahren, Monaten und Tagen fortgesetzt.

[Rz 20] Die bestehenden medizinischen Methoden zur Altersbestimmung gelten als kontrovers, wobei bereits an dieser Stelle vorweggenommen werden kann, dass eine hinreichend zuverlässige und anerkannte medizinisch-wissenschaftliche «*Supermethode*» zur Bestimmung des *genauen*

³² PETRA PINKL, Alter (ver)messen? Gesellschaftspolitische Anwendungszusammenhänge wissenschaftlicher Vermessungstechniken zur chronologischen Lebensalterbestimmung im österreichischen Kontext, Wien 2009, S. 200. http://othes.univie.ac.at/3502/1/2009-01-02_9603463.pdf, Website zuletzt besucht am 12. Januar 2017.

³³ <https://de.wikipedia.org/wiki/Alter>, Website zuletzt besucht am 20. Januar 2017. Das *psychosoziale Alter* hängt etwa vom Unterstützungsbedarf eines Menschen ab. Vgl. hierzu ausführlicher PINKL, a.a.O. FN 32, S. 222 ff. Dass die Altersbestimmung nicht absolut ist, zeigt etwa auch das sog. «Football Age». https://en.wikipedia.org/wiki/Age_fraud_in_association_football, Website zuletzt besucht am 12. Januar 2017.

³⁴ Aus *strafrechtlicher Sicht* sind Kinder bspw. erst ab 10 Jahren strafmündig. Jugendliche zwischen 10 und 18 Jahren unterstehen wiederum dem *besonderen Jugendstrafrecht*. Die *Ehefähigkeit* gemäss Art. 94 ZGB verlangt die Zurücklegung des 18. Lebensjahres. Umgekehrt schützt bspw. die KRK nur Kinder, d.h. Personen mit chronologischem Alter unter 18 Jahren. Vgl. zum Gesagten auch PINKL, a.a.O. FN 32, S. 201.

³⁵ Ein anderer Ansatz wäre die Ermittlung des Schutzbedürfnisses eines jungen Flüchtlings aufgrund seines *psychobiologischen Reifestandes*. Vgl. hierzu die 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, 30. September 2016 Berlin, S.2. <http://www.zentrale-ethikkommission.de/downloads/Altersschaetzung2016.pdf>, Website zuletzt besucht am 15. März 2017.

chronologischen Alters eines Menschen bis heute nicht existiert.³⁶ Entsprechend folgt die asylrechtliche Altersbestimmung einer eigenen Methodik, in welche Erkenntnisse medizinischer Altersgutachten u.U. miteinbezogen werden.³⁷

2. Methodik

2.1. Anwendbare Verfahrensgrundsätze

[Rz 21] Im Asylverfahren gilt der *Untersuchungsgrundsatz* sowie die Pflicht zur vollständigen und richtigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts, wovon *auch behördliche Nachforschungen* zur Identität und mithin *zum Geburtsdatum* einer asylsuchenden Person erfasst sind.³⁸

[Rz 22] Die behördliche Untersuchungspflicht findet ihre Grenzen in der in Art. 8 AsylG statuierten *Mitwirkungspflicht*, wonach die asylsuchende Person zur Mitwirkung bei der Feststellung *des* rechtserheblichen Sachverhalts verpflichtet ist. Die asylsuchende Person hat bspw. gemäss Art. 8 lit. a und b AsylG, ihre Identität offenzulegen und ihre Reisepapiere und Identitätsausweise abzugeben.³⁹

[Rz 23] Eine vorgetragene Minderjährigkeit ist gemäss Art. 7 AsylG zu beweisen, soweit der Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens *glaubhaft* zu machen.⁴⁰ Gemäss Rechtsprechung trägt die asylsuchende Person die *Beweislast* für die behauptete Minderjährigkeit, das heisst die behauptete Minderjährigkeit gilt als unbewiesen, wenn weder der asylsuchenden Person der Nachweis gelingt, dass sie jünger als 18 Jahre alt ist, noch der Behörde, dass sie 18-jährig oder älter ist.⁴¹

[Rz 24] Wie bereits erwähnt, enthält die schweizerische Asylgesetzgebung keine allgemeinen Normen zur asylrechtlichen Altersbestimmung, da sich die bestehenden Art. 17 Abs. 3bis AsylG, 26 Abs. 2 AsylG⁴² sowie Art. 7 AsylIV1 *spezifisch* und zudem bloss rudimentär mit medizinischen Altersgutachten im Besonderen befassen.⁴³

³⁶ Ausführlicher zu den medizinischen Methoden im Allgemeinen unter IV.,3., sowie zur Kritik innerhalb der Ärzteschaft im Besonderen unter IV., 4.

³⁷ Ausführlicher hierzu unter III., 2., 2.2., e.) sowie IV., 3., 3.1.

³⁸ Vgl. Art. 12 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG), SR 172.021, i.V.m. Art. 6 AsylG. Zum *Verhältnis zwischen Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht* im Asylverfahren vgl. BVGE 2008/24 E. 7.2.

³⁹ Vgl. BVGE 2009/50 E. 10.2, EMARK 1993 Nr. 7 E. 3d.

⁴⁰ Siehe statt vieler EMARK 2004 Nr. 30 E. 5.3.3, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-7488/2014 vom 8. Januar 2015 E 6.1. Weiterführend und interessant hierzu CORBAZ, a.a.O. FN 1, S. 13 ff.

⁴¹ Vgl. Art. 7 AsylG i.V.m. Art. 8 ZGB sowie EMARK 2004 Nr. 30 E. 5.2., 6.4.2. Diese *Beweislastverteilung* ergibt sich gemäss EMARK *aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz*, wonach das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache von derjenigen Partei zu beweisen ist, welche daraus Rechte ableitet. Zu den *Folgen der Beweislosigkeit* siehe auch BGE 128 III E. 2a. Zu der Frage der Vereinbarkeit dieser Beweislastverteilung mit dem Grundsatz im Zweifel für die Minderjährigkeit siehe weiter unten bei III., 2., 2.3 und 2.4.

⁴² Auf Art. 26 Absatz AsylG, welcher einzig auf Art. 17 Abs. 3bis AsylG verweist, wird nachfolgend nicht näher eingegangen.

⁴³ Kritisch hierzu weiter unten bei III., 3.,3.2, 3.4 sowie IV., 1.

2.2. Rechtsprechung: Gesamtwürdigung

[Rz 25] In Ermangelung generell-abstrakter Normen zur Altersbestimmung im Asylverfahren kommt der *Rechtsprechung* des Bundesverwaltungsgerichts in dieser Frage *grosse Relevanz* zu. Im auch heute noch massgeblichen⁴⁴ *Leitentscheid EMARK 2004 Nr. 30* ist zu lesen: «Bei der Beurteilung der Frage, ob das angegebene Alter einer asylsuchenden Person glaubhaft erscheint, ist im Rahmen einer *Gesamtwürdigung* eine Abwägung sämtlicher Anhaltspunkte, welche für oder gegen die Richtigkeit der betreffenden Altersangabe sprechen, vorzunehmen⁴⁵». Die *einzelnen Anhaltspunkte* stellen somit im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigende *Indizien* dar, wobei zwischen «schwachen» und «starken» Indizien unterschieden wird.⁴⁶

[Rz 26] Altersbestimmungen, die nicht auf einer korrekten Gesamtwürdigung beruhen, stellen eine *Verletzung der Untersuchungspflicht* gemäss Art. 12 AsylG dar.⁴⁷ Die verschiedenen in die Gesamtwürdigung einzubeziehenden *Anhaltspunkte* werden nachfolgend unter a.) – e.) vorgestellt.

a. Identitätsdokumente⁴⁸

[Rz 27] Zur Beurteilung des Alters einer asylsuchenden Person fallen *in erster Linie* von dieser Person abgegebene oder von den Behörden auf andere Weise erlangte und für echt befundene Identitätspapiere in Betracht.⁴⁹ Im Asylrechtsalltag kommt es häufig vor, dass asylsuchende Personen keine bzw. nicht rechtsgenügeliche Identitätsdokumente vorlegen können, was aus «kontinentaleuropäischer bzw. westlicher Sichtweise» nur schwerlich nachvollziehbar sein mag.⁵⁰ Für das Fehlen von Identitätspapieren sind jedoch zahlreiche plausible Gründe denkbar. So ist etwa zu berücksichtigen, dass weltweit rund 230 Millionen Kinder unter 5 Jahren in keinem Geburtenregister eingetragen sind⁵¹, wodurch diese keine «legale Identität»⁵² besitzen. Identitätspapiere können aber auch auf der Flucht verloren gegangen oder gestohlen worden sein.

⁴⁴ M.E. ist dieser *Leitentscheid* in verschiedenen Punkten als überholt zu bezeichnen. Zur Erklärung siehe weiter unten bei III., 2., 2.4 und insbesondere unter VI., 1., 1.2. Das SEM teilte auf Anfrage des Schreibenden in einer offiziellen Stellungnahme mit, dass die Altersbestimmung nach wie vor gemäss *EMARK 2004 Nr. 30* erfolgen würde. Vgl. dazu weiter unten bei III., 3., 3.2, a.).

⁴⁵ Entscheidungen und Mitteilungen der Asylrekurskommission (EMARK), *EMARK 2004 Nr. 30 E. 6.1*. Vgl. statt vieler auch *ATAF 2009/54 consid. 4.1*.

⁴⁶ Siehe dazu Stellungnahme des Bundesrates vom 24. August 2016 auf die Interpellation 16.3598 von Lisa Mazzone.

⁴⁷ Vgl. etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-5343/2012 vom 14. August 2014 E. 5.3, sowie arrêts du Tribunal administratif fédéral E-803/2015 du 5 août 2015, E-4661/2013 du 26 mars 2014.

⁴⁸ Vgl. Art. 1 lit. a und lit. c AsylV1 i.V.m. Art. 12 lit. a VwVG.

⁴⁹ Hierzu ist zu sagen, dass bei gültigen Identitätsdokumenten oftmals auf eine Gesamtwürdigung verzichtet wird, da das Alter der asylsuchenden Person dadurch oftmals bereits hinreichend glaubhaft gemacht wurde. Im Grundsatzurteil *BVGE 2007/7* wurde festgelegt, dass unter Identitätspapieren jeder Ausweis zu verstehen ist, der (hauptsächlich) zum Zwecke des Identitätsbeweises von den heimatlichen Behörden ausgestellt worden ist, solche Dokumente die Identität fälschungssicher und zweifelsfrei belegen müssen und diese Anforderungen grundsätzlich nur Reisepapiere (-pässe) und Identitätskarten erfüllen, nicht aber zu anderen Zwecken ausgestellte Dokumente (E. 4–6). Neben amtlichen Dokumenten mit Fotografie, welche zum Zweck des Nachweises der Identität seiner Inhaberin oder seines Inhabers ausgestellt wurden, kommen anderen Dokumenten wie bspw. Schulzeugnissen, Geburts- oder Taufurkunden zumindest Indiziencharakter zu, weshalb auch solche Dokumente in die Gesamtwürdigung einzu beziehen sind. Vgl. *CORBAZ, a.a.O. FN 1, S. 5 (m.w.H. auf Rechtsprechung)*.

⁵⁰ Ausführlich und treffend zum Inhalt und Beweiswert einzelner im Asylverfahren weit verbreiteter Identitätsdokumente vgl. *CORBAZ, a.a.O. FN 1, S. 5*.

⁵¹ Unicef, Geburtenregistrierung, <http://www.unicef.ch/de/so-helfen-wir/programme/geburtenregistrierung>, Website zuletzt besucht am 20. Januar 2017.

⁵² Recht auf eine Identität – die globale Situation, <http://www.humanium.org/de/recht-identitat-weltweit/>, Website zuletzt besucht am 20. Januar 2017.

[Rz 28] Infolgedessen ist es *zentral*, dass das bloss Fehlen von Identitätspapieren neutral als Fakt berücksichtigt und somit nicht als Anhaltspunkt gegen eine vorgetragene Minderjährigkeit verstanden wird.⁵³ Im Falle der Nichtabgabe von Identitätspapieren ist es hingegen geboten, die dafür geltend gemachten Gründe auf deren Plausibilität zu prüfen und in die Gesamtwürdigung einzubeziehen.⁵⁴ Im Rahmen dieser Plausibilitätsprüfung ist der länderspezifische Kontext⁵⁵ einzelfallspezifisch und angemessen zu berücksichtigen.

b. Aussagewürdigung

[Rz 29] Im Rahmen der Gesamtwürdigung kommen den *Angaben* der asylsuchenden Person, die sie einerseits zu *ihrem eigenen Alter*, andererseits zur unterbliebenen *Abgabe von Identitätspapieren* macht, entscheidende Bedeutung zu.⁵⁶ Entsprechend werden die Aussagen einer asylsuchenden Person innerhalb der vorzunehmenden Gesamtwürdigung als *starkes Indiz* berücksichtigt.⁵⁷ Anlässlich der Befragung zur Person (BzP) werden die *Personalien* der asylsuchenden Person erstmals *umfassend erhoben* und dabei die von einer minderjährigen asylsuchenden Person gemachten *Altersangaben* allenfalls überprüft.⁵⁸ Im Hinblick auf die Altersbestimmung wird eine asylsuchende Person insbesondere über ihr Geburtsdatum (bspw. «Woher kennen Sie Ihr Geburtsdatum?»)⁵⁹, ihre Schulbildung (bspw. «In welchem Jahr haben Sie die Schule begonnen?», «Wie alt waren Sie in der vierten Klasse?», «Wann war ihr letzter Schultag?») und ihre Familie (bspw. «Nennen Sie sämtliche Namen und Geburtsdaten Ihrer Geschwister.», «Wie viele Jahre älter sind Sie als ihr Bruder?», «Wie viele Jahre sind Sie jünger als ihre Schwester?») befragt. Ausgehend vom angegebenen Alter werden die gemachten Aussagen auf ihre Konsistenz und Glaubhaftigkeit geprüft.⁶⁰ Die gemachten Aussagen bzw. allfällige Widersprüche werden der asylsuchenden Person sodann vorgehalten (bspw. «ihre Angaben zur Schulbildung fallen unsubstantiiert aus», «dass sie über das Alter das Alter der Geschwister habe Auskunft geben können, nicht jedoch über ihr eigenes», «dass sie ihr eigenes Geburtsdatum kenne, nicht jedoch das Alter ihrer Geschwister», «dass Sie widersprüchliche Angaben zu ihrer Schulzeit gemacht habe»), worauf dieser u.U. mitgeteilt wird, weshalb am von ihr angegebenen Alter gezweifelt werde bzw. welche Hinweise auf eine Volljährigkeit deuten würden.

⁵³ Ein *Negativbeispiel* für eine behördliche Gesamtwürdigung lässt sich im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-6769/2015 vom 27. Januar 2016 E. 5.6.1 nachlesen.

⁵⁴ EMARK 2004 Nr. 30 E. 6.1.

⁵⁵ Bspw. ein im Vergleich zur Schweiz geringerer gesellschaftlicher Stellenwert des Geburtstages im betreffenden Land. Vgl. arrêt du Tribunal administratif fédéral E-7073/2015 du 17 décembre 2015 consid. 3.4, sowie CORBAZ, a.a.O. FN 1, S. 9.

⁵⁶ Vgl. EMARK 2004 Nr. 30 E. 6.4.1.

⁵⁷ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 24. August 2016 auf die Interpellation 16.3598 von Lisa Mazzone.

⁵⁸ Vgl. Hierzu Medienmitteilung SEM unter III., 3., 3.2, a.) bzw. FN 95. Entgegen den Angaben des SEM teilte die Beratungsstelle für Asylsuchende Basel mit E-Mail vom 20. Februar 2017 mit, dass in Basel *medizinische Altersgutachten teilweise vor der BzP* durchgeführt würden und entsprechend die Überprüfung der Altersangaben bereits früher beginnt. Weiterführend Handbuch Asyl und Rückkehr, Artikel C6 Die Befragung zur Person, S. 1 ff. <https://www.sem.admin.ch/dam/data/sem/asyl/verfahren/hb/c/hb-c6-d.pdf>, Website zuletzt besucht am 22. Januar 2017.

⁵⁹ Es handelt sich beim vorliegenden und den in diesem Abschnitt folgenden Beispielen um fiktive Beispiele, wobei der Inhalt dieser Standardfragen als notorisch bezeichnet werden kann, weshalb aus Gründen des Datenschutzes auf konkrete Beispiele verzichtet wird.

⁶⁰ Vgl. Handbuch UMA, a.a.O. FN 28, S. 12 f.

c. Angaben gegenüber ausländischen Behörden und in der Selbstdeklaration

[Rz 30] Anlässlich der Einreise in die Schweiz wird die Identität asylsuchender Personen i.d.R. erstmals durch das schweizerische Grenzwachtkorps (GWK) in einem vertraulichen GWK-Rapport erfasst. Beim anschliessenden Eintritt in ein EVZ füllen asylsuchende Personen zudem ein *Personalienblatt* (Selbstdeklaration) aus. Sofern diese Dokumente ein anderes Geburtsdatum enthalten, als das von der asylsuchenden Person anlässlich der BzP gemachte, wird dies praxisgemäss als Anhaltspunkt gegen eine vorgetragene Minderjährigkeit gewertet.

[Rz 31] Zum GWK-Rapport ist zu sagen, dass dieser i.d.R. computergeschrieben von den Behörden ausgefüllt wird und dabei eine *hohe Fehleranfälligkeit* aufweist. Dies hat m.E. *einerseits* damit zu tun, dass die Grenzwachbehörden i.d.R. das Geburtsdatum aus dem im europäischen Erstankunftsland erstellten und von der asylsuchenden Person mitgeführten Passierschein übertragen⁶¹, wobei nicht abgeklärt wird, ob das im Ausland registrierte Geburtsdatum korrekt erfasst wurde.⁶² *Andererseits* wird die Fehleranfälligkeit von GWK-Rapporten m.E. auch durch die Umstände des Zustandekommens begünstigt, indem die Grenzwächter*innen die Personalien ohne Unterstützung eines/r Übersetzers/-in und unter erheblicher Arbeitsbelastung erfassen müssen.

[Rz 32] Das Personalienblatt wird bei Eintritt in das zuständige EVZ durch die asylsuchende Person ohne Beisein eines/r Übersetzers/-in und noch vor der Aufklärung der asylsuchenden Person über ihre Wahrheits- und Mitwirkungspflicht ausgefüllt, wobei in den EVZ nicht konsequent überprüft wird, ob die asylsuchende Person das Personalienblatt tatsächlich selber ausfüllt.⁶³

[Rz 33] Solange diese *systembedingten Fehlerquellen* fortbestehen, sollten m.E. die Angaben gegenüber ausländischen Behörden⁶⁴, gegenüber dem GWK sowie im Personalienblatt wenn schon als *sehr schwaches Indiz* in die Gesamtwürdigung einbezogen werden und dabei der asylsuchenden Person Gelegenheit gegeben werden, zu allfälligen Unstimmigkeiten Stellung zu nehmen.⁶⁵

d. Äusseres Erscheinungsbild

[Rz 34] Das äussere Erscheinungsbild kann in Fällen, in denen die *asylsuchende Person* als *eindeutig minder- oder volljährig* erkennbar ist, für eine *grobe Altersschätzung* beigezogen werden.

⁶¹ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3080/2016 vom 26. Januar 2017 E. 7.1.

⁶² Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass es unter unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden nicht unüblich ist, dass sie sich bei ihrer Ankunft in Griechenland oder Italien als volljährig ausgeben, weil sie so «schneller» weiterreisen können. Vgl. dazu Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3080/2016 vom 26. Januar 2017 E. 7.3.1, D-5785/2015 vom 10. März 2016 E. 3.6.

⁶³ M.E. schwächen diese drei Punkte den Beweiswert des Personalienblatts erheblich. Obwohl auf dem Personalienblatt im zutreffenden Feld oftmals «selbstständig ausgefüllt» angekreuzt ist geben asylsuchende Personen regelmässig an, dass sie das Blatt nicht selber ausgefüllt hätten, weil sie müde waren, Analphabeten sind bzw. ein Kollege besser schreiben könne, was darauf hinweist, dass in den EVZ nicht ausreichend überprüft wird, ob die asylsuchende Person das Personalienblatt tatsächlich selbst ausfüllt.

⁶⁴ Zu den Umständen der gegenüber ausländischen Behörden gemachten Angaben sollte die asylsuchende Person zumindest vorgängig befragt werden. Der schwache Beweiswert wird im Ergebnis auch im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3080/2016 vom 26. Januar 2017 E. 7.4 bestätigt. Anders im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-6883/2016 vom 28. November 2016 E. 5.3.1, wo trotz schlüssiger und plausibler Angaben zum Geburtsdatum und Schulzeit massgeblich darauf abgestellt wurde, dass der Beschwerdeführer nicht plausibel darlegen konnte, weshalb er sich in Italien als Volljähriger ausgegeben habe.

⁶⁵ Anders im Urteil D-5785/2015 vom 10. März 2016 E. 3.6 ersichtlich. Im Rechtsalltag kommen Widersprüche zwischen Angaben gegenüber ausländischen Behörden oder in Selbstdeklarationen und den Angaben an der BzP bei der Altersbestimmung *de facto eine sehr wichtige Funktion* zu um eine vorgetragene Minderjährigkeit in Zweifel zu ziehen.

Gemäss geltender Rechtsprechung ist eine *Schätzung des chronologischen Alters nach Augenschein* innerhalb der relevanten Alterskategorie zwischen 15–25 Jahren demgegenüber *nicht zuverlässig* möglich. Die Vornahme eines Augenscheins des äusseren Erscheinungsbildes zur Beurteilung einer geltend gemachten Minderjährigkeit stellt im Rahmen einer Gesamtwürdigung lediglich ein *schwaches* bzw. innerhalb der Alterskategorie gar *ungeeignetes Indiz*.⁶⁶ In Missachtung dieser Rechtsprechung wird das äussere Erscheinungsbild in der Praxis des SEM auch innerhalb der Alterskategorie von 15–25 als relevantes Kriterium in die Gesamtwürdigung miteinbezogen.⁶⁷ Handknochenanalyse⁶⁸

[Rz 35] Damit medizinische Handknochenanalysen⁶⁹ überhaupt als Beweismittel in Betracht kommen, müssen diese bestimmten Anforderungen genügen.⁷⁰ Gemäss EMARK 2004 Nr. 30 E. 6.2. kommen den Ergebnissen einer gültigen Handknochenanalyse im Rahmen der zur Altersbestimmung erforderlichen Gesamtwürdigung ein *äusserst beschränkter Aussagewert* zu. Der in zahlreichen EVZ verbreiteten Handknochenanalyse wird auch in der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts *generell nur ein beschränkter Aussagewert* zur Bestimmung des tatsächlichen Alters eingeräumt.⁷¹

e. **Multidisziplinärer Ansatz zur Altersfestsetzung**

[Rz 36] Das Separated Children in Europe Programme (SCEP) und UNHCR kritisieren im Zusammenhang mit der Altersbestimmung von unbegleiteten Asylsuchenden u.a., dass keine (internationalen) Leitlinien bestehen, welche Arten von Belegmaterial im Rahmen einer Altersbestimmung akzeptiert werden und dass die Bedingungen, unter denen Altersfestsetzungen erlaubt sein können sowie die Methoden, die zu verwenden sind, nicht durch einheitliche rechtliche Bestimmungen festgelegt sind.⁷² SCEP und UNHCR empfehlen einen *multidisziplinären Ansatz zur Altersfestsetzung*. Die verwendeten Verfahren sollten eine ganzheitliche Einschätzung der jungen Person erlauben und dabei gleichermassen körperliche, psychologische und kulturelle Entwicklungs- und Umweltfaktoren umfassen. Bemängelt wird dabei, dass die Altersbestimmung kaum je auf einer ganzheitlichen Einschätzung beruhen würde, wobei insbesondere kognitive Verhaltensbeurteilungen und psychologische Einschätzungen aus Kostengründen nicht vorgenommen werden. Die genannten Organisationen messen *Experten für Kindesentwicklung*⁷³ im

⁶⁶ Vgl. und den zwei vorangehenden Sätzen EMARK 2004 Nr. 30 E. 6.3 sowie Handbuch UMA, a.a.O FN 28, S. 13.

⁶⁷ Urteile des Bundesverwaltungsgerichts E-5343/2012 vom 14. August 2014 E. 5., A-4313/2015 vom 14. Dezember 2015 E. 5.2, D-5785/2015 vom 10. März 2016 E. 3.3.1.

⁶⁸ Ausführlicher zur Handknochenanalyse IV., 3., 3.1. Siehe zum Ganzen auch Corbaz, a.a.O. FN 1, S. 10 ff. Corbaz, a.a.O. FN 1, S. 11, vertritt die Auffassung, dass sich die Schweiz an Ländern wie Kroatien, Zypern, Slowenien, dem vereinigten Königreich, Irland, Canada und den USA orientieren sollte und auf die zur Altersbestimmung ungeeigneten Handknochenanalysen gänzlich verzichten sollte.

⁶⁹ Die Verwendung des allgemeineren Begriffs Knochenaltersanalyse ist im vorliegenden Beitrag gleichbedeutend mit dem Begriff Handknochenanalyse.

⁷⁰ Vgl. EMARK 2004 Nr. 31, 2005 Nr. 16. Zu den einzelnen Voraussetzungen siehe weiter unten IV., 3., 3.1.

⁷¹ Vgl. für viele etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-5860/2013 vom 6. Januar 2014 E 5.2. Dazu ausführlicher unter IV., 3., 3.1.

⁷² Vgl. hierzu und zum Folgenden Satz Positionspapier SCEP zur Altersfestsetzung bei unbegleiteten Minderjährigen in Europa 2012, S 9 ff. http://umf.asyl.at/files/DOK51altersfestsetzung_scep_2012.pdf, Website zuletzt besucht am 20. Januar 2017.

⁷³ Positionspapier SCEP, a.a.O FN 72, S. 12.

Prozess der Altersfestsetzung eine zentrale Bedeutung bei und erachten deren Beizug zur Vornahme einer *gesamtheitlichen Beurteilung als notwendig*.

[Rz 37] Sowohl EMARK 2004 Nr. 30 als auch die aktuellere Rechtsprechung zur Altersbestimmung berücksichtigen den Entwicklungsstand einer asylsuchenden Person *nicht als Anhaltspunkt*.⁷⁴ Hierbei lohnt sich ein vergleichender Blick über die Landesgrenze hinaus nach Deutschland, wo der Einschätzung des Entwicklungsstandes einer asylsuchenden Person Bedeutung zukommt: «Die meisten Bundesländer gehen auch analog zum BAMF bei der Altersfeststellung so vor, dass sie Gespräche mit den Jugendlichen führen, den Entwicklungsstand einschätzen und ihnen ihr Alter im Zweifel einfach glauben».⁷⁵ Ein derart *gewichtiges Abstellen* auf den *Entwicklungsstand* ist mit der gemäss gefestigter Rechtsprechung erforderlichen *Gesamtwürdigung aller Anhaltspunkte* nicht vereinbar. Hingegen bestehen in Anbetracht des geltenden Untersuchungsgrundsatzes und der Pflicht zur vorrangigen Beachtung Kindeswohl nach Ansicht des Schreibenden *keine (guten) Gründe*, weshalb der durch Experten für Kindsentwicklung ermittelte *psychobiologische Reife- bzw. Entwicklungsstand* nicht als ein weiteres Indiz in eine kindgerechte Gesamtwürdigung einbezogen werden sollte.

2.3. Im Zweifel für die Minderjährigkeit

[Rz 38] Dieser *ungeschriebene Grundsatz*⁷⁶, welcher sich nach hier vertretener Ansicht dogmatisch aus der Pflicht zur vorrangigen Beachtung des Kindeswohls ableiten lässt; hat mit der Zeit *Einzug* in die schweizerische Rechtsordnung gefunden. Die grundsätzliche Geltung des Grundsatzes ist heute anerkannt. So hielt etwa der Bundesrat in einer Stellungnahme fest: «In Zweifelsfällen ist von der behaupteten Minderjährigkeit auszugehen»⁷⁷. Auch das SEM erklärte gegenüber den Medien, dass die Behörde Einzelfälle prüfen und *im Zweifel für die Minderjährigkeit* entscheiden würde.⁷⁸ Schliesslich hat auch das Bundesverwaltungsgericht⁷⁹ die Geltung des asylrechtlichen Grundsatzes *in dubio pro minore* bereits bestätigt.

[Rz 39] Weitaus *kontroverser* und dabei kaum geklärt ist hingegen, welche Konsequenzen die Geltung des Grundsatzes für die Altersbestimmung von asylsuchenden Personen nach sich zieht.⁸⁰ Aufgrund seiner pauschalen Formulierung zeitigt der Grundsatz hypothetisch weitreichende Fol-

⁷⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-859/2016 vom 7. April 2016 E. 6.3: «Die Zuverlässigkeit einer psychosozialen Altersschätzung, die in mehrwöchigen Verfahren zur Altersschätzung aufgrund der psychischen Reife führen soll, ist nicht durch wissenschaftliche Studien belegt (vgl. SCHMELING u.a., Aktuelle Diskussionen zur Altersdiagnostik bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, in: Rechtsmedizin 2014, Berlin/Heidelberg, S. 475 ff.)». Dass die Zuverlässigkeit nicht belegt ist, kann kein Argument sein inskünftig auf psychosoziale Altersschätzungen zu verzichten. Entsprechend sollten solche Studien nun alsbald als möglich an die Hand genommen werden.

⁷⁵ Gemeinsame Stellungnahme vom 2. November 2015 zu Methoden der Altersfeststellung bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen der DGKJP <http://www.dgkjp.de/stellungnahmen-positions-papiere/stellungnahme-2015/339-altersfeststellung>, Website zuletzt besucht am 20. Januar 2017; so auch DR. EVA BRITTING-REIMER, Altersbestimmung in Deutschland und im Europäischen Vergleich, S. 89. http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Presse/2015-06-22-brittingreimer-alterbestimmung-umf.pdf?__blob=publicationFile, Website zuletzt besucht am 20. Januar 2017.

⁷⁶ Dies im Unterschied zu Art. 25 Ziff. 5 der Verfahrensrichtlinie. Vgl. hierzu weiter unten bei IV., 2., 2.2.

⁷⁷ Stellungnahme des Bundesrates vom 05.11.2014 auf die Interpellation 14.3874 von Silvia Schenker.

⁷⁸ Vgl. Blick vom 12. Mai 2016, Warum sind so viele Flüchtlinge 18 Jahre alt? <http://www.blick.ch/news/schweiz/datenrecherche-zeigt-der-bund-laesst-kinder-fluechtlinge-im-stich-id5021987.html>, Website zuletzt besucht am 27. Januar 2017.

⁷⁹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7588/2015 vom 26. Februar 2016 E. 4.2., bestätigt im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1987/2016 vom 6. September 2016 E. 7.7.

⁸⁰ Im Leitentscheid EMARK 2004 Nr. 30 fand dieser keine Erwähnung.

gen, weshalb inskünftig eine Konkretisierung der Tragweite des Grundsatzes durch Lehre und Rechtsprechung notwendig sein wird.

Beispielhaft sei an dieser Stelle auf folgende Konstellation verwiesen, wo sich die Frage nach der Vereinbarkeit der geltenden Rechtsprechung mit dem Grundsatz im Zweifel für die Minderjährigkeit stellt. Sollen im Einzelfall die besonderen UMA-Verfahrensvorschriften (insb. Beiordnung einer Vertrauensperson) zur Anwendung gelangen, bis das zuständige EVZ über die Frage der Glaubhaftigkeit einer geltend gemachten Minderjährigkeit einer asylsuchenden Person entschieden hat?

[Rz 40] Das Bundesverwaltungsgericht vertritt hierzu die Auffassung: «Wenn Zweifel an den Altersangaben der asylsuchenden Person bestehen, ist vorfrageweise – ohne Beiordnung einer Vertrauensperson – über die Frage der Glaubhaftigkeit einer geltend gemachten Minderjährigkeit zu befinden»⁸¹. In Beachtung des Kindeswohls sollte m.E. im «Zweifelsfalle» dieser Ausgangslage bis zur vorfrageweisen Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Altersangaben durch das EVZ, «von der Minderjährigkeit» der asylsuchenden Person ausgegangen werden, weshalb ihr eine Vertrauensperson beizuordnen wäre.⁸²

Im Sinne eines weiteren Beispiels stellt sich etwa die Frage, wie und ob der Grundsatz im Zweifel für die Minderjährigkeit mit der im Asylverfahren geltenden Beweislastverteilung zu vereinbaren ist, wonach die Minderjährigkeit durch die asylsuchende Person glaubhaft gemacht werden muss.

[Rz 41] Soweit man den Grundsatz im Zweifel für die Minderjährigkeit als blosser Beweislastregel versteht, ist dieser mit der aktuellen Verteilung der Beweislast im Asylverfahren nicht vereinbar, da die asylsuchende Person ihr Alter glaubhaft machen muss und dabei die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit trägt.⁸³

⁸¹ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-7816/2016 vom 23. Dezember 2016 (m.w.H). Sofern anlässlich des Gesprächs zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Minderjährigkeit auch über die Dublin-Zuständigkeit gesprochen wird, ist das Beisein einer Vertrauensperson gemäss ATAF 2011/23 consid. 5.4 zwingend notwendig. Vgl. hierzu auch schon EMARK 2004 Nr. 30 E. 6.4.5: «Dies wiederum bedeutet, dass es für das BFF durchaus angezeigt sein kann, die für Minderjährige geltenden Verfahrensgarantien auch dann einzuhalten, wenn es die Altersangaben einer unbegleiteten, ihre Minderjährigkeit behauptenden asylsuchenden Person bezweifelt; denn die nachträgliche Feststellung im Beschwerdeverfahren, dass die Altersangaben der betreffenden Person – und damit die von ihr geltend gemachte Minderjährigkeit – als glaubhaft zu erachten sind, ihr aber vor der Anhörung zu den Asylgründen keine Vertrauensperson beigeordnet worden ist, hätte die Kassation des vorinstanzlichen Entscheids wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Folge».

⁸² So auch CORBAZ, a.a.O. FN 1, S.16 f., der sich dafür ausspricht, dass aufgrund der Relevanz der Altersbestimmung im Dublin-Verfahren einer unbegleiteten asylsuchenden Person von Beginn des Asylverfahrens an eine Vertrauensperson beizuordnen sei. Zudem schlägt er sinnig vor, dass die fehlende Begleitung einer Vertrauensperson immerhin im Rahmen der Aussagewürdigung zu Gunsten der asylsuchenden Person zu berücksichtigen ist. Zur Aussagewürdigung siehe weiter oben bei III., 2., 2.2, b.) und nachfolgend bei III., 2., 2.4.

⁸³ CORBAZ, a.a.O. FN 1, S. 15. Aufgrund dieses Umstandes fordert etwa das UNHCR eine «Umkehr der Beweislast», wonach der Staat die Volljährigkeit einer asylsuchenden Person beweisen muss. Vgl. swissinfo.ch, Umstrittene Altersbestimmung bei minderjährigen Flüchtlingen, 25. November 2016. http://www.swissinfo.ch/ger/politik/unzuverlaessige-handknochentests_umstrittene-altersbestimmung-bei-minderjaehrigen-fluechtlingen/42613752, Website zuletzt besucht am 30. Januar 2017.

2.4. Zwischenfazit und Stellungnahme

[Rz 42] Eine *Gesamtwürdigung* sämtlicher Indizien ist zur Altersbestimmung mangels hinreichend zuverlässiger wissenschaftlicher Methoden nach wie vor als die am «*ehesten geeignete Methode*» zu bezeichnen. In Beachtung des Kindeswohls sowie des Grundsatzes im Zweifel für die Minderjährigkeit sollte die Altersbestimmung dabei aber in Vornahme einer *kindsgerechten Gesamtwürdigung* erfolgen. Der Grundsatz im Zweifel für die Minderjährigkeit ist m.E. mehr als eine Beweislastregel. Zur Erläuterung sei vorab auf folgende Bestimmung verwiesen: «Wenn das Alter des Opfers nicht bekannt ist und Anlass zu der Annahme besteht, dass es sich bei dem Opfer um ein Kind handelt, ist es als Kind zu betrachten und (recte: es) sind ihm bis zur Feststellung seines Alters besondere Schutzmassnahmen zu gewähren»⁸⁴. Auch im Asylrecht greift der Grundsatz im Zweifel für die Minderjährigkeit m.E. nicht erst zum Zeitpunkt der Gesamtwürdigung, indem es zu beurteilen gilt, ob es einer asylsuchenden Person gelungen ist, das von ihr vorgetragene Alter glaubhaft zu machen. Der Grundsatz ist im gesamten Verfahren zur Altersbestimmung zu berücksichtigen, weshalb dieser auch die Erlangung und Würdigung der einzelnen in die Gesamtwürdigung einzubeziehenden Anhaltspunkte beschlägt. Zu Gunsten der asylsuchenden Person ist das blosses Fehlen von Identitätsdokumenten nicht als Anhaltspunkt gegen eine vorgetragene Minderjährigkeit zu werten, weshalb der betroffenen Person angemessen Gelegenheit einzuräumen ist, so dass diese die Gründe für das Fehlen darlegen kann. Im Rahmen der BzP bzw. der Würdigung gemachter Aussagen ist die persönlichen Reife, der Bildungsgrad sowie der länderspezifische Kontext der gesuchstellenden Person einzelfallspezifisch und angemessen zu berücksichtigen.⁸⁵ Anlässlich der Vornahme einer Gesamtwürdigung zwecks Altersbestimmung sollten *einzig Widersprüche*, die einen *Bezug zum Alter* der asylsuchenden Person aufweisen (hierzu gehören aber bspw. auch widersprüchliche Angaben zu Ausweispapieren), berücksichtigt werden.⁸⁶ Anderweitige Widersprüche ohne Bezug zum Alter sind m.E. von der *zwecks Altersbestimmung* vorgenommenen Gesamtwürdigung auszuklammern, zumal Erwachsene und Minderjährige gleichermaßen zu widersprüchlichen Aussagen im Stande sind, weshalb bspw. aus unglaubhaften Aussagen zu den Asylgründen nicht auf das tatsächliche Alter einer asylsuchenden Person geschlossen werden kann.⁸⁷ Angaben gegenüber ausländischen Behörden, in der Selbstdeklaration im EVZ oder gegenüber dem GWK sollten im Zweifel für die Minderjährigkeit und im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung m.E. nur ein *äusserst geringer Beweiswert* beigemessen werden. Im Zweifel für die Minderjährigkeit bedeutet aber bspw. auch, dass im Einzelfall *zu Gunsten* einer vorgetragenen Minderjährigkeit auf das äussere Erscheinungsbild einer asylsuchenden Person abgestellt werden kann. Entgegen der bisherigen Praxis der Altersbestimmung sollte neben einem medizinischen Altersgutachten im Zweifelsfalle auch der durch Experten für Kindsentwicklung festgestellte *Entwicklungsstand* einer asylsuchenden Person als

⁸⁴ Art. 10 Abs. 3 Übereinkommen zur Bekämpfung des Menschenhandels, SR. 0.311.543.

⁸⁵ EMARK 2004 Nr. 30 E. 6.4.3. Gerade im Kontext der anlässlich der BzP gestellten Fragen zum Alter (vgl. weiter oben III., 2., 2.2, b.) verlangt die Beachtung der besonderen Aspekte der Minderjährigkeit, dass dem Bildungsniveau einzelfallbezogen Rechnung getragen wird. Im Falle von «Rechnungsfehlern» ist es daher geboten nach dem «Lösungsweg» bzw. den Überlegungen der asylsuchenden Person zu suchen.

⁸⁶ Ebenso CORBAZ, a.a.O. FN 1, S. 8. Dies widerspricht dem Umstand, dass die persönliche Glaubwürdigkeit einer asylsuchenden Person in die Gesamtwürdigung einbezogen wird. Vgl. Handbuch UMA, a.a.O. FN 28, S.13. Weiterführend zur persönlichen Glaubwürdigkeit siehe WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, 1990, S. 305.

⁸⁷ Für diese Auffassung spricht m.E. auch, dass der Altersbestimmung andernfalls im Asylverfahren pönalisierende Funktion zukommen könnte, indem die asylsuchende Person für (vermeintlich) unglaubhafte Angaben mit einer Altersanpassung sanktioniert werden könnte.

weiterer Anhaltspunkt in die Gesamtwürdigung einbezogen werden. In Berücksichtigung dieser Umstände und in Erweiterung von EMARK 2004 Nr. 30⁸⁸ könnte so eine mit dem Kindeswohl und dem Grundsatz im Zweifel für die Minderjährigkeit konforme «*kindsgerechte Gesamtwürdigung*» vorgenommen werden.

3. Altersbestimmung als Verwaltungsakt

3.1. Handlungsmöglichkeiten im Einzelfall

[Rz 43] Die Altersbestimmung einer asylsuchenden Person setzt die Vornahme einer korrekten Gesamtwürdigung voraus, wobei infolgedessen *drei verschiedene Konstellationen* möglich sind. Sofern keine oder vernachlässigbare⁸⁹ Hinweise auf eine Volljährigkeit auszumachen sind, ist es der asylsuchenden Person gelungen, das von ihr vorgetragene Alter glaubhaft zu machen, weshalb ihr Alter diesfalls unverändert zu belassen ist. Falls eine rechtlich korrekte Gesamtwürdigung jedoch *Hinweise*⁹⁰ auf eine Volljährigkeit zu Tage fördert, bestehen *zwei Möglichkeiten* zur weiteren *behördlichen Vorgehensweise*. Einerseits kann das SEM gestützt auf Art. 17 Abs. 3bis AsylG ein medizinisches Altersgutachten anordnen, deren Ergebnisse sodann in eine nachfolgende Gesamtwürdigung einzubeziehen sind.⁹¹

[Rz 44] *Andererseits* ist es im Asylrechtsalltag nicht unüblich⁹², dass das SEM im Einzelfall auf die Anordnung eines medizinischen Altersgutachtens verzichtet und es dadurch zu einer «*direkten*»⁹³

[Rz 45] Altersanpassung kommt. Unabhängig davon, ob im Einzelfall ein Altersgutachten angeordnet wurde oder nicht, wird der betroffenen Person, nachdem das SEM zum Schluss gekommen ist, dass es der betroffenen Person im Einzelfall nicht gelungen sei ihr Alter glaubhaft zu machen, zur *Altersanpassung* das *rechtliche Gehör* gewährt.⁹⁴

⁸⁸ Nach hier vertretener Auffassung ist EMARK 2004 Nr. 30 aus verschiedenen Gründen als teilweise überholt zu betrachten. Vgl. hierzu ausführlicher weiter unten bei VI., 1., 1.2.

⁸⁹ Hierbei ist etwa an eine Konstellation zu denken, wo eine asylsuchende Person anlässlich der BzP widerspruchsfreie Angaben zu ihrem Alter und ihrer Schulbildung gemacht hat. Der GWK in seinem Rapport aber ein von ausländischen Behörden falsch aufgenommenes Geburtsdatum aufgenommen hat, welches dem anlässlich der BzP angegebenen Geburtsdatum widerspricht.

⁹⁰ Das SEM selbst spricht von ernsthaften Anhaltspunkten, dass überhaupt eine Überprüfung der Anhaltspunkte vorgenommen wird. Vgl. FN 95. Zur Stellungnahme wie «Hinweise» nach Ansicht des Schreibenden zu verstehen sind, siehe weiter unten bei IV., 1., 1.2.

⁹¹ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-7488/2014 vom 8. Januar 2015 E. 6.1. Ausführlicher zu den Anwendungsvoraussetzungen eines Altersgutachtens weiter unten bei IV., 1., 1.2.

⁹² Vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts E-1477/2015 vom 8. April 2015 E. 5.2., A-2143/2016 vom 6. Dezember 2016 E. 5.3., wo das BVGer die Durchführung eines Altersgutachtens für angezeigt oder zumindest angemessen hielt und eine «direkte» Altersanpassung entsprechend als unzulässig erachtete. Für den umgekehrten Fall siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-6883/2016 vom 28. November 2016 E. 5.3.3.

⁹³ Eine «direkte» Altersanpassung ist kein stehender Begriff. Gemeint ist damit, dass das Alter einer asylsuchenden Person im Einzelfall ohne den Beizug von Ergebnissen eines medizinischen Altersgutachtens «nach oben» (bspw. von 14 auf 17 Jahre) angepasst wird.

⁹⁴ Vgl. Handbuch UMA, a.a.O FN 28, S.13.

3.2. Schweizweite Praxis der Altersbestimmung

a. Offizielle Stellungnahme

[Rz 46] Auf Anfrage des Schreibenden, *wie die Behörde eine einheitliche Praxis der Altersbestimmung gewährleisten würde*, teilte die zuständige Stelle des SEM mit, dass die Methodik der Altersbestimmung gemäss den Vorgaben in den Leitentscheiden EMARK 2004 Nr. 30 und 2005 Nr. 16 erfolgen würde. Eine Überprüfung der Minderjährigkeit erfolge nur in Würdigung aller Indizien und bei Vorliegen ernsthafter Anhaltspunkte (Anm. mutmasslich für eine Volljährigkeit).⁹⁵ Die Überprüfung der gemachten Altersangaben beginne mit der BzP bzw. einem Gespräch und werde nur fortgesetzt, wenn danach Zweifel fortbeständen. Zu diesem *Zeitpunkt* könne sodann auf medizinische Altersgutachten zurückgegriffen werden. Bei den Altersgutachten handle es sich um ein Mittel, welches auf *gar keinen Fall systematisch* zur Anwendung gelangen sollte.⁹⁶ Die Mitarbeiter des SEM würden in einem Modul zu UMA darüber aufgeklärt und zudem enthalte das Handbuch einen Artikel dazu. Die Vorgesetzten müssten gewährleisten, dass die gesetzten Vorgaben im Einzelfall umgesetzt werden.⁹⁷ Die Frage des Schreibenden, *ob die Anordnung eines Altersgutachtens im Ermessen der/s zuständigen Fachspezialisten stehe*, bejahte das SEM und teilte zudem mit, dass die mit dem Einzelfall betraute Person im Rahmen einer korrekten Abklärung des Sachverhaltes entscheide, ob ein Altersgutachten angeordnet werde, oder nicht.⁹⁸

b. Divergierende Methodik

[Rz 47] Die Glaubhaftigkeitsprüfung einer vorgetragenen Minderjährigkeit erfolgt in einer Vielzahl von Fällen durch das im *Einzelfall zuständige EVZ*.⁹⁹ Gemäss Bundesverwaltungsgericht ist eine vorfrageweise Prüfung der Glaubhaftigkeit einer geltend gemachten Minderjährigkeit durch das EVZ zulässig, wenn im Einzelfall *Zweifel* an den von einer asylsuchenden Person gemachten Altersangaben bestehen.¹⁰⁰

[Rz 48] *Schweizweit* verwenden *nicht alle EVZ die gleichen Methoden* zur Altersbestimmung einer asylsuchenden Person.¹⁰¹ Im EVZ Vallorbe werden kategorisch keine medizinischen Altersgutachten angeordnet, womit deren Ergebnisse in Vallorbe auch nie als Anhaltspunkt in die Gesamt-

⁹⁵ Die zuständige Stelle des (SEM Direktionsbereich Asyl) beantwortete die Anfrage des Schreibenden mit einem E-Mail vom 16. Februar 2017 in französischer Sprache, weshalb der guten Ordnung halber Teile der Originalnachricht zitiert werden. Zum hier Gesagten: «cet examen de la minorité se fait uniquement en application du principe du faisceau d'indices sérieux».

⁹⁶ «Il s'agit donc d'un moyen dont dispose le SEM qui ne devrait en aucun cas être mené de manière systématique».

⁹⁷ Schliesslich erwähnt das SEM auch noch, dass die Praxis der Altersbestimmung aufgrund der aktuellen Rechtsprechung des BVGer vom SEM einer vertieften Überprüfung unterzogen würde.

⁹⁸ Das SEM schreibt hierzu weiter: «Cette mesure d'instruction complémentaire est de sa responsabilité, toute comme le serait une autre mesure d'instruction nécessaire à l'établissement des faits (par exemple une demande d'Ambassade). Les supérieurs hiérarchiques doivent s'assurer de la conformité de l'instruction du dossier et de la décision avec la pratique en matière d'asile, et notamment en l'espèce le respect du principe de proportionnalité».

⁹⁹ Vgl. SEM Weisung Asylverfahren, Stand 1. Juli 2015, S. 12. Die Prüfung erfolgt durch das EVZ in Situationen nach Artikel 17 Absatz 3 lit. b (entscheidrelevante Verfahrensschritte im EVZ durchgeführt), lit. c (Verfahren nach Zuweisung der UMA an einen Kanton) oder lit. d (Dublin-Verfahren) AsylG.

¹⁰⁰ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-5114/2010 vom 9. Januar 2013 E. 3.3. Zweifel stellen eine strengere Voraussetzung dar als Hinweise.

¹⁰¹ Das Gesagte lässt sich anhand der nachfolgenden Sätze und deren Quellen belegen. Eine umfassende Übersicht über die Praxis aller EVZ kann aus Informationsmangel nachfolgend nicht verschafft werden. Für die nachfolgenden Schlüsse ist die dem Schreibenden zur Verfügung stehende Informationslage aber ausreichend.

würdigung einbezogen werden können.¹⁰² Die EVZ Kreuzlingen, Altstetten und Basel berücksichtigen im Rahmen einer Altersbestimmung hingegen in gewichtiger Weise die Ergebnisse von Handknochenanalysen, wobei diese EVZ medizinische Altersgutachten (zumindest teilweise) – entgegen den Vorgaben des SEM – bereits *vor der BzP* durchführen.¹⁰³ Im Testbetrieb des Verfahrenszentrum Zürich können bei Hinweisen auf eine Volljährigkeit Altersgutachten nach der 4-Punkte-Methode¹⁰⁴ angeordnet werden.

[Rz 49] Die zwischen den EVZ divergierenden Methoden der Altersbestimmung sind nur möglich, weil *keine Normen* bestehen, welche die anzuwendende *Methode*, die *Grundzüge*¹⁰⁵ und die zu beachtenden Grundsätze¹⁰⁶ der asylrechtlichen Altersbestimmung verbindlich festlegen würden. Zudem bestehen auch keine verwaltungsinterne Richtlinien, welche eine rechtsgleiche und rechtssichere Praxis der Altersbestimmung gewährleisten könnten.

c. Divergierende Ermessensausübung

[Rz 50] Die fehlende Normierung der Altersbestimmung *begünstigt eine rechtsungleiche Praxis* der Altersbestimmung *im Einzelfall*. Das in der Stellungnahme vom SEM erwähnte Handbuch gibt keinen Aufschluss darüber, ob und falls ja unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall das Alter einer asylsuchenden Person unverändert belassen, ein medizinisches Altersgutachten angeordnet oder das Alter «direkt» angepasst werden soll.¹⁰⁷ De facto ist das Ermessen der im Einzelfall befassten Person somit praktisch unbeschränkt¹⁰⁸, so dass es gar nicht möglich ist, das Ermessen im Einzelfall im Sinne der Rechtssicherheit auch tatsächlich *rechtsgleich* auszuüben. Dass bei der Altersbestimmung das weite Ermessen im Einzelfall rechtsfehlerhaft ausgeübt wird, lässt sich auch durch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts belegen.¹⁰⁹

[Rz 51] Ein Beispiel für das zu weit geratene Ermessen ist, dass die Anordnung resp. der Verzicht auf die Anordnung eines medizinischen Altersgutachtens einzig im Ermessen der mit dem

¹⁰² E-Mail Auskunft von der SAJE Yverdon vom 19. Januar 2017. Gemäss SAJE erfolgt die Altersbestimmung in Vallorbe *aufgrund* des persönlichen Eindrucks der zuständigen Person sowie in Würdigung der Aussagen der asylsuchenden Person.

¹⁰³ Vgl. hierzu und zum Folgenden Satz E-Mail Auskünfte der BAS Beratungsstelle für Asylsuchende der Region Basel vom 20. Februar 2017 sowie HEKS Rechtsberatungsstellen für Asylsuchende SG/AI/AR/TG vom 21. Februar 2017. Ausführlicher und kritisch zur Praxis der Anordnung von Altersgutachten bei IV., 1., 1.2. Zu den Vorgaben des SEM siehe Stellungnahme III., 3., 3.2., a.).

¹⁰⁴ Siehe hierzu weiter unten bei IV., 3., 3.2.

¹⁰⁵ Bspw. dass die Altersbestimmung eine Gesamtwürdigung aller Anhaltspunkte erfordert und eine Altersanpassung das Bestehen von Zweifeln am angegebenen Alter voraussetzt.

¹⁰⁶ Bspw. die Beachtung des Kindeswohls oder des Grundsatzes im Zweifel für die Minderjährigkeit.

¹⁰⁷ Vgl. für ein Beispiel einer unrechtmässigen Altersanpassung in Folge rechtsfehlerhafter Gesamtwürdigung Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-772/2016 E. 4.7: Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die weitgehend konsistenten Aussagen des Beschwerdeführers zu seinem Alter und die eingereichten Schuldokumente Indizien sind, die für seine Minderjährigkeit sprechen und das Ergebnis der Knochenaltersanalyse sowie die weiteren Einwände des SEM lediglich schwache Gegenargumente darstellen. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt aufgrund der gesamten Aktenlage zum Schluss, dass im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände überwiegende Hinweise auf die Minderjährigkeit des Beschwerdeführers bestehen.

¹⁰⁸ Vgl. kritisch hierzu weiter unten bei IV., 1., 1.3 sowie IV., 5., 5.3.

¹⁰⁹ Vgl. u.a. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-1477/2015 vom 8. April 2015 E. 5.2, wo das Gericht aus den Akten gewisse Hinweise für die Minderjährigkeit der asylsuchenden Person ausmachte und das SEM zu weiteren Abklärungen zum Alter der asylsuchenden Person aufforderte. So bspw. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts E-1477/2015 vom 8. April 2015 E. 5.2., A-2143/2016 vom 6. Dezember 2016 E. 5.3.

Einzelfall befassten Person liegt. Zur Veranschaulichung und besseren Nachvollziehbarkeit der Problematik ein konkretes Beispiel¹¹⁰ sowie eine «kritische Subsumption»¹¹¹ dazu:

FS: «Wie können Sie Ihre Minderjährigkeit glaubhaft machen? Sie haben jetzt Gelegenheit noch weitere Angaben zu machen.» A: (keine Antwort). FS: «Schliesslich sehen Sie zwar jung aus, aber nicht wie ein 16-jähriger Junge. Wie nehmen Sie dazu Stellung?» A: «Ich habe keine Beweise, Sie können mich ja zur ärztlichen Untersuchung schicken.» FS: «Sie haben angegeben, Sie seien 17 Jahre alt. Zuvor haben Sie auch angegeben, dass Sie 16 Jahre (Anmerkung: der GWK hat dies so aufgenommen) alt sind. Ausserdem haben Sie keine Papiere und konnten keine plausiblen Gründe für deren Fehlen angeben. Überdies sind die Angaben zu Ihren Schulaufhalten und Ihren Reisedaten ungenau und teilweise widersprüchlich. Wir halten Sie daher für volljährig. Was meinen Sie dazu?» A: «In (...) habe ich keine Angehörigen, die mir irgendwelche Dokumente beschaffen könnten. Sie können mir eine ärztliche Untersuchung anordnen».

3.3. Rechtsnatur und Rechtsschutz

[Rz 52] Erfolgt eine Anpassung des Alters wird der betroffenen asylsuchenden Person mitgeteilt, *weshalb* ihr Alter angepasst wird sowie dass sie im weiteren Verfahren als volljährige¹¹² Person gelte. In der Folge wird das Geburtsdatum im Zentralen Migrationsinformationssystem (ZEMIS)¹¹³ auf ein *fiktives Datum*, i.d.R. den 1. Januar des betreffenden Jahres geändert.¹¹⁴

[Rz 53] Die Frage nach dem *Rechtsschutz* gegen eine (unrechtmässige) Altersanpassung hängt von der Rechtsnatur einer behördlichen Altersanpassung als Verwaltungsakt ab.

[Rz 54] Das Bundesverwaltungsgericht qualifiziert eine Altersanpassung während dem Asylverfahren nicht als (Zwischen-)Verfügung: «Verfügungscharakter weisen grundsätzlich nur Vorgänge auf, mit denen die Behörde Rechtswirkungen anstrebt (...). Fehlt einer Anordnung die Regelungabsicht, d.h. der immanente Wille, ein verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis zu regeln,

¹¹⁰ Diese Passage stammt aus einem EB-Protokoll und wurde vollständig anonymisiert. (N XXX XXX, EB- Protokoll, S. 8.)

¹¹¹ Dieses Beispiel zeigt auf, dass das im vorliegenden Einzelfall gewichtig auf widersprüchlichen Altersangaben abgestellt wurde (GWK). Zudem wurden von Seiten der Behörde in Verletzung ihrer Begründungspflicht nicht dargelegt, inwiefern widersprüchliche Aussagen zu den Reisedaten und Schulaufhalten gemacht worden seien, weshalb die asylsuchende Person dazu auch nicht Stellung nehmen konnte. Zudem wurde auch nicht begründet, weshalb auf die Anordnung eines Altersgutachtens im Einzelfall verzichtet wurde. Schliesslich wurde entgegen EMARK 2004 Nr. 30 im vorliegenden Einzelfall zu Ungunsten der asylsuchenden Person auf das äussere Erscheinungsbild abgestellt. Aufgrund des weiten Ermessens wäre es im nämlichen Fall auch möglich gewesen, dass eine andere mit diesem Einzelfall befasste Person das Alter der asylsuchenden Person unverändert belassen hätte oder weitere Abklärungen vorgenommen hätte.

¹¹² Das gleiche Vorgehen kommt bei allen Altersanpassungen zu tragen, d.h. auch in Fällen, wo das Alter einer asylsuchenden Person bspw. von 14 auf 17 Jahre angepasst wird.

¹¹³ Vgl. hierzu weiter unten bei V., 2.

¹¹⁴ Diese Praxis des fiktiven Datums wird vom Bundesverwaltungsgericht gestützt. Vgl. etwa Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-7588/2015 vom 26. Februar 2016 E. 5.4, D-8083/2016 vom 18. Januar 2017. Anders in Deutschland. Vgl. BVerwG EZAR 600 Nr.6. Das Gericht kommt zum Schluss, dass unter Heranziehung des Schutzedankens des Art. 20 Abs.1 der UN- Kinderrechtskonvention bei der Ungewissheit über den Tag der Geburt *das spätest mögliche Geburtsdatum* innerhalb des bekannten Geburtsjahres zugrunde zu legen ist (31. Dezember). M.E. ergibt sich dieses Ergebnis auch aus dem Grundsatz *im Zweifel für die Minderjährigkeit*.

liegt keine Verfügung vor (...)»¹¹⁵. Einer Altersfestsetzung kommt gemäss EMARK 2004 Nr. 30 *kein definitiver Charakter* zu, weil diese im weiteren Verlauf des erst- oder zweitinstanzlichen Verfahrens¹¹⁶ durch eine nachträgliche Glaubhaftmachung der Minderjährigkeit wieder angepasst werden könne und es sich bei der Altersfestsetzung insofern nicht um einen «bereits endgültig»¹¹⁷ gefassten Vorentscheid handle.¹¹⁸

[Rz 55] Diese Begründung ist m.E. abzulehnen. In Anbetracht der *erheblichen Rechtswirkungen*, die eine unrechtmässige Qualifikation als volljährige Person für die betroffene Person faktisch bewirkt¹¹⁹, gebieten es, das vorrangig zu beachtende Kindeswohl sowie das Interesse an einer rechtskonformen und -sicheren Rechtsanwendung, dass die asylrechtliche Altersanpassung als Verwaltungsakt zeitnah mit einem selbstständigen Rechtsmittel einer *gerichtlichen Überprüfung* unterzogen werden kann.¹²⁰ Für ein selbstständiges Rechtsmittel spricht auch, dass sofern eine Altersanpassung die Volljährigkeit der betroffenen Person nach sich zieht, auch die Pflicht zur prioritären Behandlung des Asylgesuches entfällt¹²¹, weshalb es bis zum Asylentscheid und damit bis zur erstmaligen gerichtlichen Überprüfung der Rechtmässigkeit der Altersanpassung auf Beschwerdeebene entsprechend länger dauert. Dabei ist zudem zu berücksichtigen, dass auch eine an sich minderjährige Person in der Zeit zwischen der behördlichen Altersanpassung bis zum Beschwerdeentscheid älter wird. So gesehen ist eine unrechtmässige Altersanpassung geradezu prädestiniert, der betroffenen Person einen *nicht wiedergutzumachenden Nachteil* zu verursachen.¹²²

Als Beispiel¹²³ für den fehlenden effektiven Rechtsschutz bei Altersanpassungen sei auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-5343/2012 vom 14. August 2014 verwiesen. Der Beschwerdeführer stellte als Minderjähriger ein Asylgesuch in der Schweiz. Sein Alter wurde in der Folge angepasst, so dass er fortan als volljährige asylsuchende Person galt und nicht mehr von den besonderen Betreuungsstrukturen pro-

¹¹⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1987/2016 vom 6. September 2016 E. 3.4.2.

¹¹⁶ In der Praxis wird eine unrechtmässige Altersanpassung oftmals mit dem Rückgriff auf das datenschutzrechtliche Berichtigungsverfahren bestritten. Vgl. hierzu weiter unten V., 2. sowie CORBAZ, a.a.O. FN 1, S. 16. Eine *asylrechtliche Überprüfung des Alters* kann m.E. auf Beschwerdeebene auch dann erwirkt werden, wenn das angepasste Alter nicht Teil des Entscheiddispositivs ist, indem argumentiert wird, dass an der Anhörung der asylsuchenden Person aufgrund der unrechtmässigen Altersanpassung keine Vertrauensperson zugegen war oder mit der Rüge, dass ein Befragung nicht UMA-konform durchgeführt worden ist. Hingegen kann ohne Entgegenkommen des SEM gegen eine asylrechtliche Altersanpassung bis zum Asylentscheid nichts unternommen werden.

¹¹⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1987/2016 vom 6. September 2016 E. 3.4.3.

¹¹⁸ EMARK 2004 Nr. 30 E. 6.4.5. Dieses Argument lässt unberücksichtigt, dass eine unrechtmässige Altersanpassung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hat.

¹¹⁹ Führt die Altersanpassung zur Volljährigkeit bewirkt dies u.a. den Wegfall der kindsgerechten Betreuungs- und Unterbringungsstrukturen oder die Wiederaufnahme des Dublin-Verfahrens.

¹²⁰ So auch das SCEP. Vgl. Positionspapier SCEP, a.a.O. FN 72, S 16. In Schweden bestehen konkrete Forderungen zu einem selbstständigen Rechtsmittel gegen Altersanpassungen im Asylverfahren. Vgl. Asylum Information Database (AIDA), Sweden: Proposal to introduce right to appeal age assessment, vom 25. November 2016. <http://www.asylumineurope.org/news/25-11-2016/sweden-proposal-introduce-right-appeal-age-assessment>, Website zuletzt besucht am 10. Februar 2017.

¹²¹ Art. 17 Abs. 2bis AsylG im Umkehrschluss.

¹²² Es ist nicht möglich einer asylsuchenden Person, die während des laufenden Beschwerdeverfahrens unrechtmässig als volljährig qualifiziert wurde, im Sinne einer Kompensation rückwirkend die privilegierte Rechtsstellung eines UMA «zurückzuerstatten», da diese Privilegien nur *tatsächlich Minderjährigen* zukommen, insofern *alle unrechtmässigen Altersanpassungen* einen *nicht wiedergutzumachenden Nachteil* bewirken.

¹²³ Für weitere Beispiele siehe arrêts du Tribunal administratif fédéral E-6073/2011 du 11 décembre 2012 consid. 2.1, E-1501/2012 du 4 mai 2012 consid. 2.1.

fitieren konnte. In der gegen den Asylentscheid vom 12. September 2012 erhobenen Beschwerde wurde u.a. beantragt, dass festzustellen sei, dass der Beschwerdeführer minderjährig sei, und die Angelegenheit der Vorinstanz zur erneuten Überprüfung unter Berücksichtigung der Minderjährigkeit zurückzuweisen sei. Der Beschwerdeentscheid erging beinahe *zwei Jahre* später. Dabei hielt das Bundesverwaltungsgericht fest (E. 5.3): «Hinsichtlich des Alters des Beschwerdeführers ist vorab festzuhalten, dass das Bundesverwaltungsgericht vom (...) 1995 als Geburtsdatum ausgeht und damit von dessen Minderjährigkeit nicht nur im Zeitpunkt der Einreichung des Asylgesuchs, sondern auch des vorinstanzlichen Entscheids vom 10. September 2012». Das Bundesverwaltungsgericht hat in diesem Entscheid dargelegt, weshalb es sich um eine *unrechtmässige Altersanpassung* gehandelt hat (insb. Abstellen auf äusseres Erscheinungsbild und auf eine Knochenaltersanalyse, die den qualitativen Anforderungen nicht genügt, vgl. E. 5.3.). Schliesslich hielt es aber dennoch fest: «Nachdem der Beschwerdeführer nun im Urteilszeitpunkt mit Sicherheit volljährig ist, ist der Beschwerdeantrag auf Feststellung der Minderjährigkeit und auf Kassation der angefochtenen Verfügung und Rückweisung an die Vorinstanz zur erneuten Überprüfung unter Berücksichtigung der Minderjährigkeit abzuweisen».

3.4. Zwischenfazit und Stellungnahme

[Rz 56] Die Methoden und Ergebnisse von Altersbestimmungen variieren unter den verschiedenen EVZ. Die *Verwendung unterschiedlicher Methoden* ist mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit nicht vereinbar. Es ist als stossend zu bezeichnen, dass manche EVZ die Möglichkeit der Durchführung eines medizinischen Altersgutachtens gar nicht vorsehen, wo in anderen EVZ die Durchführung medizinischer Altersgutachten regelmässig, aber in Verstoß gegen die SEM-eigenen Vorgaben vorgenommen werden.

[Rz 57] Eine einheitliche und rechtsgleiche Praxis ist bspw. im Hinblick auf die Frage, ob im Einzelfall ein medizinisches Altersgutachten in die Gesamtwürdigung einbezogen oder die asylsuchende Personen «direkt volljährig gemacht» werden soll, nicht auszumachen, was sich auch damit erklären lässt, dass das Handbuch hierzu keine ermessenseinschränkenden Vorgaben enthält.

[Rz 58] *Schweizweit einheitliche Standards* der Methode der Altersbestimmung erscheinen aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit notwendig. Gesetzliche Grundlagen zur Altersbestimmung von asylsuchenden Personen sind in Anbetracht des Stellenwerts des Alters einer asylsuchenden Person im Asylverfahren *de lege ferenda* geboten. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil m.E. eine unrechtmässige Altersanpassung *einen Grundrechtseingriff* bewirkt. So kann eine betroffene Person u.U. entgegen der Vorgabe von Art. 19 BV nicht mehr zur Schule gehen. Der Wegfall der besonderen UMA-Betreuungsstrukturen sowie der Vertrauensperson hat zudem zur Folge, dass die betroffene Person nicht in den Genuss des besonderen Schutzes ihrer Unversehrtheit und der Förderung ihrer Entwicklung i.S.v. Art. 11 BV kommt.

[Rz 59] In Ermangelung einschlägiger gesetzlicher Bestimmungen erscheint *de lege lata* zur Gewährleistung einer rechtsgleichen Praxis der Altersbestimmung der Erlass von ermessenseinschränkenden Richtlinien angezeigt. Zur Wahrung des vorrangig zu *beachtenden Kindeswohls* und zur Vermeidung eines *nicht wiedergutzumachenden Nachteils* sollte gegen eine behördliche Altersanpassung zeitnah ein selbstständiges und mit aufschiebender Wirkung versehenes *Rechtsmittel*

ergriffen werden können. Aufgrund des Gesagten sollte eine Altersanpassung im Asylverfahren als Zwischenverfügung i.S.v. Art. 107 Abs. 2 AsylG qualifiziert und die Gesetzesbestimmung *de lege ferenda* entsprechend ergänzt werden.¹²⁴

IV. Im Besonderen: Medizinische Altersgutachten

1. Gesetzliche Grundlage

1.1. Ausgangslage

[Rz 60] Das *Legalitätsprinzip* gemäss Art. 5 Abs. 1 BV besagt, dass jedes staatliche Handeln einer gesetzlichen Grundlage bedarf und dass sich ein staatlicher Akt auf eine materiell gesetzliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und vom staatsrechtlich hierfür zuständigen Organ erlassen worden ist. Es dient damit einerseits dem demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, andererseits dem rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlichen Handelns.¹²⁵

[Rz 61] Bestehen *Hinweise*, dass eine minderjährige asylsuchende Person das Mündigkeitsalter bereits erreicht haben könnte, *kann* das SEM gestützt auf Art. 17 Abs. 3bis AsylG ein Altersgutachten veranlassen.

[Rz 62] Art. 7 Abs. 1 AsylV1 sieht vor, dass im Rahmen der Feststellung des Sachverhalts mit Unterstützung *wissenschaftlicher Methoden* abgeklärt werden kann, ob die Altersangabe der asylsuchenden Person dem tatsächlichen Alter entspricht.

1.2. Tatbestandsseite

[Rz 63] Diese beiden Vorschriften zur Anordnung von medizinischen Altersgutachten enthalten auf Tatbestandsseite *unbestimmte Rechtsbegriffe*¹²⁶. Was unter «Hinweisen»¹²⁷ i.S.v. Art. 17 Abs. 3bis AsylG zu verstehen ist, wird weder auf Gesetzes- noch auf Verordnungsebene weiter ausgeführt und bedarf entsprechend einer (wertenden) Konkretisierung. Dem Gesetzeswortlaut folgend, wird ersichtlich, dass die Anordnung eines Altersgutachtens im Einzelfall nur bei «Hinweisen» zulässig ist. Insofern stellen «Hinweise» eine im Einzelfall zwingend zu prüfende *Anwendungsvoraussetzung* dar. Die nachfolgenden Beispiele sollen aufzeigen, dass diesem Umstand im Asylrechtsalltag nicht ausreichend Rechnung getragen wird.

¹²⁴ *De lege ferenda* gebietet die Wahrung des übergeordneten Kindesinteresses eine Anpassung von Art. 107 Abs. AsylG. Gleicher Ansicht CORBAZ, a.a.O. FN 1, S. 18.

¹²⁵ Vgl. BGE 141 II 169 E. 3.1, wo weiter steht: «Art. 164 Abs. 1 BV konkretisiert dieses Prinzip für die Bundesgesetzgebung. Danach sind die wichtigen rechtssetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte sowie die grundlegenden Bestimmungen über Rechte und Pflichten von Personen.» Vgl. weiterführend zu Art. 5 BV für viele TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Auflage, Bern 2014, § 19 RZ 1 ff. Zum Bestimmtheitsgebot siehe weiter unten bei IV., 5., 5.2, b.).

¹²⁶ «Ein unbestimmter Rechtsbegriff liegt vor, wenn eine Norm die tatbeständlichen Voraussetzungen der Rechtsfolge in besonders offener Weise umschreibt, sodass der Schluss, der Tatbestand sei erfüllt, nach einer wertenden Konkretisierung verlangt». TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O. FN 118, § 26 RZ 25. Vgl. hierzu auch RUTH HERZOG, in: Achermann u.a., Jahrbuch für Migrationsrecht 2008/2009, S. 48 ff.

¹²⁷ Nachfolgend wird der Begriff «Hinweise» in Anführungszeichen verwendet, wenn explizit auf den Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung von Art. 17 Abs. 3bis AsylG Bezug genommen wird.

Den Akten zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-6411/2015 vom 13. Oktober 2015 lässt sich entnehmen, dass die asylsuchende Person bei Eintritt ins EVZ Kreuzlingen eine Minderjährigkeit geltend machte. Die asylsuchende Person wurde am 9. Juli 2015 in eine Handknochenanalyse zur Altersbestimmung geschickt. Die BzP und die Gewährung des rechtlichen Gehörs zur Altersanpassung wurden erst nachträglich am 14. Juli 2015 durchgeführt. Nachdem die asylsuchende Person anlässlich der BzP angab, dass sie minderjährig sei und ihr Geburtsdatum konsistent wiederholte, wurde ihr mitgeteilt: «Sie waren im Kantonsspital Thurgau zur radiologischen Untersuchung. Die Untersuchung hat ergeben, dass Ihr Skeletalter mindestens 19 Jahre beträgt.» Ebenfalls am 14. Juli wurde der asylsuchenden Person mitgeteilt, dass sie wegen erheblicher Zweifel am angegebenen Alter einer Handknochenanalyse unterzogen worden sei.¹²⁸

Eine gleiche Vorgehensweise lässt sich auch aus Akten des EVZ Altstätten erkennen, wo im Einzelfall¹²⁹ der Auftrag zur Knochenaltersbestimmung sowie die Knochenaltersbestimmung selbst *vor der BzP* durchgeführt wurden und die Ergebnisse der vorgängigen Handknochenanalyse der betroffenen Person an der BzP vorgehalten wurde und ihr Alter massgeblich aufgrund der zuvor erlangten Ergebnisse der Altersuntersuchung angepasst wurde.

Auch die Beratungsstelle für Asylsuchende Basel (BAS) teilte auf Anfrage des Schreibenden mit E-Mail vom 20. Februar 2017 mit, dass im EVZ Basel *medizinische Altersgutachten teilweise bereits vor der BzP* durchgeführt würden.¹³⁰

[Rz 64] Diese Beispiele zeigen, dass einige EVZ gegen die SEM eigene Vorgabe verstossen, wonach die Überprüfung der gemachten Altersangaben mit der BzP beginne und nur fortgesetzt würde, wenn danach Zweifel fortbestehen würden. In den beiden ersten Beispielen wurde vorgängig nicht begründet, inwiefern Hinweise auf eine Volljährigkeit bestehen würden, womit die gesetzliche Anwendungsvoraussetzung für die Anordnung eines Altersgutachtens auch nicht geprüft wurde.¹³¹ Eine solche Praxis ist als eindeutig *gesetzeswidrig* abzulehnen, zumal die gesetzliche Regelung ins Gegenteil verkehrt wird, wenn Altersgutachten im Sinne einer «*fishing expedition*» angeordnet werden, um erst allfällige Hinweise auf eine Volljährigkeit zu erlangen.

1.3. Rechtsfolgeseite

[Rz 65] Sowohl Art. 17 Abs. 3^{bis} AsylG als auch Art. 7 Abs. 1 AsylV1 sind zudem als *Kann-Vorschriften* ausgestaltet, wodurch die Anordnung eines Altersgutachtens im Einzelfall ins *Rechts-*

¹²⁸ Das gleiche Vorgehen wurde auch in den dem Schreibenden zur Einsicht stehenden Akten N XXX XXX festgestellt. Im Rahmen einer Dossierrecherche der HEKS Rechtsberatungsstellen für Asylsuchende SG/AI/AR/TG konnte ebendiese mit E-Mail vom 21. Februar 2017 gegenüber dem Schreibenden bestätigen, dass in mehreren Fällen eine Handknochenanalyse *vor der BzP* durchgeführt worden sei. Daraus lässt sich in der Tendenz erahnen, dass diese gestzeswidrige Vorgehensweise, welche gegen die Vorgaben des SEM verstösst, nicht auf Einzelfälle beschränkt ist.

¹²⁹ Akten N XXX XXX, Protokoll BzP.

¹³⁰ Gemäss BAS legt dies die Vermutung nahe, dass auch Informationen herangezogen würden, die sich aus den ersten Verfahrensschritten rund um die Registrierung ergeben (z.B. Eintrittsformular, daktyloskopische und fotografische Erfassung).

¹³¹ Es handelt sich hierbei nicht um einen Einzelfall. Vgl. FN 128, 129.

folgeermessen der rechtsanwendenden Behörde gestellt wird.¹³² M.E. handelt es sich beim durch Art. 17 Abs. 3^{bis} AsylG eingeräumten Ermessen um ein blosses «Pseudo-Ermessen», da sich eine Einschränkung des Ermessens insbesondere aus dem vorrangig zu berücksichtigenden Kindeswohl ergibt.¹³³

[Rz 66] Obwohl das Ermessen der Behörden zu Art. 17 Abs. 3bis AsylG beschränkt wäre, wird dieses im Rechtsalltag nicht einheitlich ausgeübt. Exemplarisch sei auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-1533/2016 vom 18. März 2016 verwiesen, wo sich das Bundesverwaltungsgericht veranlasst sah, korrigierend ins Ermessen der Behörde einzugreifen (S. 7): «dass zwar ein Altersgutachten nicht zwingend zu erstellen ist, es aber – auch wenn es einen beschränkten Aussagewert hat (...) – aufgrund der vorliegenden Sachlage angebracht erscheint, da in *verfahrensrechtlicher Hinsicht erhebliche Konsequenzen* bestünden, wenn der Beschwerdeführer zu *Unrecht als volljährig qualifiziert* würde».¹³⁴

[Rz 67] Bei näherer Betrachtung der Bestimmungen zur Anordnung eines Altersgutachtens fällt zudem auf, dass die Gesetzes- und die Verordnungsbestimmung *inkompatibel* sind.¹³⁵ Im Unterschied zu Art. 17 Abs. 3bis AsylG, welcher als *Rechtsfolge spezifisch* die Anordnung eines Altersgutachtens vorsieht, erlaubt die weitergehende Verordnungsbestimmung den rechtsanwendenden Behörden zur Bestimmung des Alters *allgemein* auf wissenschaftliche Untersuchungen zurückzugreifen. Die Rechtsfolge der Verordnungsbestimmung von Art. 7 Abs. 1 AsylV1 übertrifft somit in ihrer Unbestimmtheit, die an für sich bereits unbestimmte Gesetzesbestimmung.

2. Stellungnahme zur gesetzlichen Grundlage

2.1. Auslegung von «Hinweisen»

[Rz 68] Aufgrund des vorstehend Gesagten ist die gesetzliche Regelung zu den Altersgutachten im Lichte des geltenden Legalitätsprinzips als *problematisch* zu bezeichnen.¹³⁶ Die Kombination von offen formulierten Tatbeständen und eingeräumtem Rechtsfolgeermessen ist de lege lata durch *verbindliche Richtlinien* auszugleichen.¹³⁷ Die Gewährleistung einer rechtssicheren, will-

¹³² «Unter Ermessen versteht man einen Handlungsspielraum, den der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden bei der Anordnung von Rechtsfolgen anordnet». «Willkürverbot, Gleichbehandlung und Verhältnismässigkeit sind selbstverständlich Begleiter der Ermessenbetätigung; (...). *Freies Ermessen gibt es nicht, (...)*». Ermessen ist stets *pflichtgemäss*, d.h. verfassungs- und gesetzeskonform auszuüben. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O. FN 125, § 26 RZ 3, 11.

¹³³ Ausführlicher hierzu weiter unten bei IV., 5., 5.3, b.) sowie VI., 3., 3.4. Vgl. zur Einschränkung des Ermessens durch das Kindeswohl auch CORBAZ, a.a.O. FN 1, S 18. Das SEM bestätigt in seinem Statement ebenfalls, dass die Anordnung eines Altersgutachtens im Einzelfall im Ermessen, der mit dem Dossier betrauten Person liege, wobei es das vorrangig zu beachtende Kindeswohl mit keiner Silbe erwähnt.

¹³⁴ Siehe auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2143/2016 vom 6. Dezember 2016 E. 5.3, wo das Bundesverwaltungsgericht insinuiert, dass eine Knochenaltersanalyse als weiterer Anhaltspunkt zur Altersbestimmung hätte beigezogen werden müssen.

¹³⁵ Dies hat sicher damit zu tun, dass die Verordnungsbestimmung seit Januar 2008 in Kraft ist, währendem die «neuere» Gesetzesbestimmung von Art. 17 Abs. 3bis AsylG erst seit Februar 2014 in Kraft ist. Vgl. hierzu BBl 2010 4455, 2011 7325.

¹³⁶ Zum Bestimmtheitsgebot im Besonderen siehe weiter unten bei IV., 5., 5.2,b.).

¹³⁷ Solche Richtlinien sollten sich u.a. zur Frage äussern, *wann Hinweise vorliegen* bzw. wann die Anordnung eines Altersgutachtens im Einzelfall zulässig und wann sie geboten ist oder wie die Ergebnisse eines medizinischen Altersgutachtens aus rechtlicher Sicht zu würdigen sind.

kürfreien und rechtsgleichen Anwendung der Vorschriften zur Anordnung von Altersgutachten ist m.E. andernfalls nicht sicherzustellen.

[Rz 69] Zur Wahrung des vorrangig zu beachtenden Kindeswohls sollte das Vorliegen von «Hinweisen» im Einzelfall nur nach sorgfältiger Prüfung und mit Zurückhaltung angenommen werden, was durch eine restriktive Auslegung von «Hinweisen» gewährleistet werden könnte. Eine restriktive Auslegung rechtfertigt sich insbesondere, weil das Vorliegen von «Hinweisen» die Anordnung eines medizinischen Altersgutachtens und mithin eines Grundrechtseingriffs¹³⁸ ermöglicht.

[Rz 70] «Hinweise» sind m.E. im Sinne einer Konkretisierung als *hinreichend begründbare Hinweise* auszulegen. Dies bedeutet einerseits, dass die verschiedenen Anhaltspunkte auf eine Volljährigkeit im Einzelfall *hinreichend*, d.h. ausreichend konkret, gewichtig und plausibel, sind. Andererseits erfordert dies, dass die ausgemachten Anhaltspunkte auf eine Volljährigkeit der betroffenen Person im Einzelfall vor der Durchführung eines Altersgutachtens *in Verfügungsform dargelegt* werden müssen.

2.2. Vergleichsweise: geringe Regelungsdichte

[Rz 71] Die Schweiz vertritt die Auffassung, dass die Aufnahme-¹³⁹ und die Verfahrensrichtlinie¹⁴⁰ keine Bestandteile des Schengen/Dublin-Besitzstands darstellen würden und daher für die Schweiz auch nicht verbindlich seien.¹⁴¹ Nichts desto trotz erscheint an dieser Stelle ein Vergleich m.E. angebracht, weil dadurch ersichtlich wird, wie gering die Regelungsdichte der gesetzlichen Grundlage von Art. 17 Abs. 3bis AsylG ist.

[Rz 72] Art. 25 der Verfahrensrichtlinie¹⁴² enthält Garantien für unbegleitete Minderjährige und liefert dabei unter Ziff. 5 die gesetzliche Grundlage für ärztliche Untersuchungen zur Bestimmung des Alters unbegleiteter Minderjähriger. Die Bestimmung lautet wie folgt:

«Die Mitgliedstaaten können im Rahmen der Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz ärztliche Untersuchungen zur Bestimmung des Alters unbegleiteter Minderjähriger durchführen lassen, wenn aufgrund allgemeiner Aussagen oder anderer einschlägiger Hinweise Zweifel bezüglich des Alters des Antragstellers bestehen. Bestehen diese Zweifel bezüglich des Alters des Antragstellers danach fort, so gehen die Mitgliedstaaten davon aus, dass der Antragsteller minderjährig ist. Die ärztliche Untersuchung wird unter uneingeschränkter Achtung der Würde der Person und mit den

¹³⁸ Ausführlicher zum Grundrechtseingriff unter IV. 5.

¹³⁹ *Richtlinie 2013/33/EU* des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:180:0096:0116:DE:PDF>, Website zuletzt besucht am 29. Januar 2017. Die Aufnahme richtlinie sieht einen besonderen Schutz für verletzte Personen im Allgemeinen (vgl. Art. 21) sowie für unbegleitete minderjährige Personen im Besonderen (vgl. Art. 24) vor.

¹⁴⁰ *Richtlinie 2013/32/EU* des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:180:0060:0095:DE:PDF>, Website zuletzt besucht am 29. Januar 2017.

¹⁴¹ Botschaft zur Genehmigung der Vereinbarung zwischen der Schweiz und der EU zur Festlegung der Modalitäten der Beteiligung der Schweiz am Europäischen Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO), BBl 2014 6915, 6918.

¹⁴² Weiterführend zum Art. 25 Verfahrensrichtlinie JENS VEDSTED-HANSEN, Art. 25 RZ 1 ff., in: Hailbronner/Thym (Hrsg.), *EU Immigration and Asylum Law*, 2. Auflage 2016.

schonendsten Methoden von qualifizierten medizinischen Fachkräften, die so weit wie möglich ein zuverlässiges Ergebnis gewährleisten, durchgeführt. Bei ärztlichen Untersuchungen stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass (...)».

[Rz 73] Im Sinne einer *Schutzbestimmung* legt Art. 25 Ziff. 5 der Verfahrensrichtlinie die Grundsätze der Durchführung der ärztlichen Untersuchung ausführlich und unmittelbar im Gesetz dar. Implizit erwähnt Art. 25 Ziff. 5 der Verfahrensrichtlinie zudem den Grundsatz im Zweifel für die Minderjährigkeit.¹⁴³ Die bestehenden gesetzlichen Grundlagen von Art. 17 Abs. 3^{bis} AsylG i.V.m. Art. 7 AsylV1 sollten aus Gründen der Gesetzesmässigkeit aufeinander abgestimmt, inhaltlich detaillierter und bestimmter ausgestaltet und dabei zur Gewährleistung eines *europäischen Standards* im Bereich der medizinischen Altersbestimmung an Art. 25 Ziff. 5 der Verfahrensrichtlinie angeglichen werden.

3. Medizinische Methoden der Altersbestimmung

[Rz 74] Die medizinischen Methoden zur Altersbestimmung werden in *ärztliche Untersuchungen*¹⁴⁴ und *ärztlichen Massnahmen*¹⁴⁵, bei denen Röntgendiagnostik zum Einsatz kommt, unterteilt.¹⁴⁶

[Rz 75] Die Anwendung von ionisierenden Strahlen (Röntgen) erfordert die Beachtung der Bestimmungen zum Strahlenschutz. Das hierbei geltende *Minimierungsgebot* verlangt, dass jede Untersuchung so dosissparend wie möglich durchgeführt wird und dabei auf nicht zwingend notwendige Strahlenexpositionen zu verzichten ist.¹⁴⁷ Nachfolgend soll die herkömmliche Methodik der Knochenaltersanalyse (3.1) sowie die aktuellere Methode gemäss 4-Punkte-Analyse (3.2) näher vorgestellt werden. Aus rechtlicher Betrachtungsweise interessiert dabei insbesondere, ob die Rechtsprechung der aktuelleren 4-Punkte-Methode gegenüber der herkömmlichen Knochenaltersanalyse einen erhöhten Beweiswert zumisst.

3.1. Herkömmliche Knochenaltersanalyse

a. Methodik

[Rz 76] Im Rahmen einer Handknochenanalyse, welche etliche EVZ als Mittel zur Altersbestimmung beiziehen¹⁴⁸, werden unter Verwendung von Röntgenaufnahmen «des für die Gesamtent-

¹⁴³ Dies insofern, als bei Fortbestehen von Zweifeln am Alter nach Vornahme einer ärztlichen Untersuchung von der Minderjährigkeit der begutachteten Person auszugehen sei.

¹⁴⁴ Etwa visuelle Begutachtung des Gebisses/Feststellung der Zahnreife, Beurteilung der körperlichen Reife.

¹⁴⁵ Röntgendiagnostik der Zähne, Handwurzelknochen und oder Schlüsselbeine. Vgl. hierzu weiter unten bei IV., 5., 5.2, wo der Begriff «röntgendiagnostische Untersuchungsmassnahmen» synonym verwendet wird.

¹⁴⁶ Vgl. DR. EVA BRITTING-REIMER, Altersbestimmung in Deutschland und im europäischen Vergleich, S. 89. http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Presse/2015-06-22-brittingreimer-alterbestimmung-umf.pdf?__blob=publicationFile, Website zuletzt besucht am 20. Januar 2017.

¹⁴⁷ Verfahrensanweisung zur Durchführung forensischer Altersschätzungen, gültig ab 1. August 2015, IRM Basel, S. 3.

¹⁴⁸ Vgl. weiter oben bei III., 3., 3.2. Im Jahr 2015 wurden 1034 Minderjährige für die Knochenanalyse einer Röntgenuntersuchung unterzogen. Vgl. [www.swissinfo.ch](http://www.swissinfo.ch/ger/politik/unzuverlaessige-handknochentests_umstrittene-alterbestimmung-bei-minderjaehrigen-fluechtlingen/42613752), Umstrittene Altersbestimmung bei minderjährigen Flüchtlingen, 25. November 2016. http://www.swissinfo.ch/ger/politik/unzuverlaessige-handknochentests_umstrittene-alterbestimmung-bei-minderjaehrigen-fluechtlingen/42613752, Website zuletzt besucht am 30. Januar 2017. Gemäss Rückmeldungen der jeweils zuständigen kantonalen Rechtsberatungsstellen führen ausser Vallorbe alle EVZ Handknochenanalysen durch.

wicklung des Skeletts als repräsentativ angesehenen Handskeletts sog. *Wachstumsfugen* analysiert und nach einem bestimmten Schema¹⁴⁹ ausgewertet¹⁵⁰. *Offene Wachstumsfugen* weisen darauf hin, dass sich das Skelett noch im Wachstum befindet, was als *Indiz für die Minderjährigkeit* der begutachteten Person beigezogen wird. *Geschlossene Wachstumsfugen* werden *umgekehrt* als *Hinweis* für den Abschluss des Längenwachstums und die *Volljährigkeit* der begutachteten Person verstanden.¹⁵¹

b. Beweiswert

[Rz 77] Als *Beweismittel* kommen gestützt auf Knochenaltersanalysen erstellte Altersgutachten nur dann in Betracht, wenn bestimmte inhaltliche und formale Anforderungen erfüllt sind.¹⁵² Dem Umstand, dass das Knochenalter individuell variiert, trägt die sog. *doppelte Standardabweichung*¹⁵³ Rechnung, was wiederum zur Folge hat, dass inhaltlich und formal korrekte Knochenaltersanalysen aus rechtlicher Sicht als Beweismittel nur dann taugen, wenn die Abweichung zwischen dem festgestellten Knochenalter und dem behaupteten chronologischen Alter drei Jahre übersteigt.¹⁵⁴ Liegt die Differenz zwischen dem im Gutachten festgestellten Knochenalter und dem von der asylsuchenden Person angegebenen Alter über drei Jahre dient eine Knochenaltersanalyse als Indiz dafür, dass eine asylsuchende Person ungläubhafte Angaben zu ihrem Alter gemacht hat. Gemäss dem Leitentscheid EMARK 2004 Nr. 30 kommt einer Knochenaltersanalyse, auch wenn sämtliche Anforderungen erfüllt sind, im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung aller Anhaltspunkte *ein äusserst beschränkter Beweiswert* zu.¹⁵⁵

¹⁴⁹ «Das Röntgenbild wird entweder mit den Standardaufnahmen des jeweiligen Alters und Geschlechts verglichen (Atlasmethode), oder es wird für ausgewählte Knochen der jeweilige Reifegrad bzw. das Knochenalter bestimmt (Einzelknochenmethode)». Verfahrensanweisung IRM Basel, a.a.O. FN 147, S. 3.

¹⁵⁰ Vgl. MARIO GATTIKER, Rechtliche Probleme der Altersbestimmung bei minderjährigen Asylsuchenden, ASYL 1/100, S. 16, der da weiter ausführt: «Die Auswertung geschieht anhand von Tabellen, die auf Vergleichsstudien basieren und die Rückschlüsse auf das Knochenalter erlauben. In der schweizerischen Röntgendiagnostik wird hierzu insbesondere die Studie von GREULICH & PYLE benützt».

¹⁵¹ Siehe GATTIKER, a.a.O. FN 150, S. 16 f.

¹⁵² Vgl. hierzu EMARK 2004 Nr. 31 E. 5 f. Eine Handknochenanalyse muss neben der Bekanntgabe des Resultats der Knochenalterbestimmung auch Angaben betreffend die fachliche Qualifikation des Arztes, die Identität des Exploranden, allfällige von diesem geltend gemachte Krankheiten oder besondere Lebensumstände, die angewandte Analysemethode, die Umschreibung des festgestellten Befundes und die daraus abgeleitete Schlussfolgerung enthalten. Zudem ist eine Handknochenanalyse bzw. deren Ergebnisse der asylsuchenden Person im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs offenzulegen.

¹⁵³ Gemeint ist damit die *individuelle Variabilität des Knochenalters*. Diese beträgt nach GREULICH & PYLE, bei einem 17-jährigen männlichen jugendlichen beispielsweise 15.4 Monate. Unter Berücksichtigung einer *wissenschaftlich üblichen doppelten Standardabweichung*, (...) ergibt sich daraus eine Abweichung von mehr als zwei Jahren. Vgl. *Georg Friedrich Eich/Valerie Schwitzgebel: Knochenaltersbestimmung bei Asylsuchenden ist unbrauchbar*, Schweizerische Ärztezeitung, 2016; 97 (14): S. 507. Vgl. zur Standardabweichung für viele auch EMARK 2000 Nr. 19 E. 7., 2000 Nr. 18, 2001 Nr. 23.

¹⁵⁴ Siehe Stellungnahme des Bundesrates vom 24. August 2016 auf die Interpellation 16.3598 von Lisa Mazzone. Vgl. auch EMARK 2004 Nr. 30 E. 6.2: «*Hinsichtlich der Frage, ob eine Person das 18. Altersjahr tatsächlich bereits erreicht hat, sind aufgrund einer Knochenaltersanalyse demgegenüber keine wissenschaftlich zuverlässigen Aussagen möglich*». Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-5114/2010 vom 9. Januar 2013 E. 4.7, wo gestützt auf eine Handknochenanalyse eine *Identitätstäuschung* bejaht wurde.

¹⁵⁵ Vgl. hierzu und zum Folgenden EMARK 2004 Nr. 30 E. 6.2. Das Gesagte gilt grundsätzlich bis heute. Vgl. für viele Urteile des Bundesverwaltungsgerichts E-5860/2013 E. 5.2 vom 6. Januar 2014 m.w.H., wo von einem «generell beschränkten Aussagewert» von Knochenaltersanalysen gesprochen wird. In diesem Urteil verwendete das BVGer das Altersgutachten als Anhaltspunkt gegen die vorgetragene Minderjährigkeit, obwohl die Differenz zwischen dem behaupteten Alter und dem festgestellten Alter unter drei Jahren lag. Der Beweiswert von Handknochenanalysen wird in der Rechtsprechung des BVGer nicht einheitlich beurteilt. So wird anders und treffend im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-6769/2015 vom 27. Januar 2016 E. 5.5.1 f. festgehalten: «*Nur in einem solchen Fall*

3.2. Aktueller Stand der Wissenschaft: Vier-Punkte-Analyse¹⁵⁶

[Rz 78] Dem aktuellsten Stand der Wissenschaft folgend, wird im Testbetrieb des Verfahrenszentrum Zürich die medizinische Altersbestimmung mittels *4-Punkte-Analyse* vorgenommen.¹⁵⁷ Mit der Durchführung der forensischen Altersschätzungen ist seit Sommer des Jahres 2016 das von der Arbeitsgemeinschaft für forensische Altersdiagnostik (AGFAD) zertifizierte Institut für Rechtsmedizin (IRM) Basel betraut.¹⁵⁸

[Rz 79] Die 4-Punkte-Analyse beinhaltet folgende Untersuchungsmethoden:¹⁵⁹

a. Körperliche Untersuchung

[Rz 80] Im Rahmen der körperlichen Untersuchung werden einerseits anthropometrischen Massen, wie Körperhöhe, -gewicht und Körperbautyp erfasst, und andererseits die äusserlich erkennbaren sexuellen Reifezeichen begutachtet.¹⁶⁰ Die körperliche Untersuchung wird im öffentlichen Diskurs regelmässig kritisch hinterfragt und teilweise auch abgelehnt.¹⁶¹ Die körperliche Untersuchung ist zum Ausschluss möglicher äusserlich sichtbarer altersrelevanter Krankheiten und zur Prüfung, ob die Ergebnisse der Skelett- und Zahnaltersbestimmung im Einklang mit der Entwicklung des Gesamtorganismus stehen, dringend notwendig.¹⁶²

b. Knochenaltersanalyse

[Rz 81] Die bereits vorgängig unter IV., 3., 3.1, behandelte Röntgenuntersuchung der linken Hand stellt ein weiteres Element der 4-Punkte-Analyse dar.¹⁶³ «Der Handröntgenuntersuchung kommt im Rahmen der Altersdiagnostik eine doppelte Bedeutung zu. Zum einen belegt ein nicht ausge-

(Anm. Abweichung über drei Jahre) kann die festgestellte Unrichtigkeit der Altersangabe ein (blosses) Indiz für die Annahme der Unglaubhaftigkeit einer behaupteten Minderjährigkeit darstellen. Vorliegend beträgt die Differenz zwischen angegebenen Alter und dem Knochenalter gemäss Analyse nur (...) Jahre. Dieses Ergebnis liegt im Ungenauigkeitsbereich der radiologischen Knochenaltersanalyse. Diese ist nach dem Gesagten ein *gänzlich untaugliches Beweismittel*».

¹⁵⁶ Nachfolgend wird zum Teil auch von der Vier-Punkte-Methode gesprochen.

¹⁵⁷ Hosen runter für Flüchtlinge, vom 4. Juni 2016, http://www.schweizamsonntag.ch/ressort/nachrichten/hosen_runter_fuer_fluechtlinge/, Website zuletzt besucht am 5. Februar 2017.

¹⁵⁸ Siehe grundlegend zum Ganzen auch die Empfehlungen der Arbeitsgemeinschaft für Forensische Altersdiagnostik der Deutschen Gesellschaft für Rechtsmedizin (AGFAD) zur Altersbestimmung ausserhalb von Strafverfahren. https://campus.uni-muenster.de/fileadmin/einrichtung/agfad/empfehlungen/empfehlungen_ausserhalb_strafverfahren.pdf, Website zuletzt besucht am 10. Februar 2017.

¹⁵⁹ Teilweise wird auch von den vier Säulen der forensischen Altersdiagnostik gesprochen. Vgl. Verfahrensanweisung IRM Basel, a.a.O. FN 147, S. 3.

¹⁶⁰ Bei männlichen Jugendlichen sind dies Entwicklungsstand von Penis und Hodensack, Schambehaarung, Achselhöhlenbehaarung, Bartwuchs und Kehlkopfprominenz; bei Mädchen Brustentwicklung, Schambehaarung, Achselbehaarung und Hüftform. Vgl. Verfahrensanweisung IRM Basel, a.a.O. FN 147, S. 3.

¹⁶¹ Vgl. etwa Junge Flüchtlinge müssen für Altersbestimmung zum Genital-Check, vom 5. Juni 2016, <http://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/junge-fluechtlinge-muessen-fuer-altersbestimmung-zum-genital-check-130324309>, Website zuletzt besucht am 15. März 2017. Kritisch zur körperlichen Untersuchung CORBAZ, a.a.O. FN 1, S. 13. Er gibt dabei zu bedenken, dass das Wachstum der sexuellen Reifezeichen bei Mädchen mit 16 und bei Jungen mit 17 Jahren abgeschlossen sei, weshalb diese Begutachtung keinen Schluss darüber zulässt, ob eine untersuchte Person die Volljährigkeit bereits erreicht hat. Dieser Argumentation müsste m.E. entgegengetreten werden, dass bei abgeschlossenem Wachstum der sexuellen Reifezeichen immerhin ein Mindestalter bestimmt werden kann.

¹⁶² Verfahrensanweisung IRM Basel, a.a.O. FN 147, S. 3.

¹⁶³ Verfahrensanweisung IRM Basel, a.a.O. FN 147, S. 3. Ausführlicher zur Knochenaltersanalyse weiter oben bei IV., 3., 3.1.

reiftes Handskelett mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Minderjährigkeit. Zum anderen dient die Handröntgenuntersuchung der Indikationsstellung für die CT-Untersuchung der Schlüsselbeine, die mit einer deutlich höheren Strahlenexposition verbunden ist».¹⁶⁴

c. Radiologische Untersuchung der Schlüsselbeine

[Rz 82] «Nach Abschluss der Handskelettentwicklung kommt der Beurteilung des Ossifikationsgrades der medialen Epiphysenfuge der Claviculae (Anm. nachfolgend: Schlüsselbein) entscheidende Bedeutung zu».¹⁶⁵Die radiologische Untersuchung des Schlüsselbeins erfolgt durch die Vornahme einer Computertomographie (CT), die – im Vergleich zu einem herkömmlichen Röntgen – eine *bedeutend höhere Strahlenbelastung* nach sich zieht. Umgekehrt erlaubt die radiologische Untersuchung des Schlüsselbeins eine *genauere Bestimmung des Knochenalters*. Aus Gründen der Strahlenhygiene und des geltenden Minimierungsgebotes kommt diese Methode, trotz erhöhter Genauigkeit, nur bei asylsuchenden Personen zur Anwendung, deren Wachstumsfuge der linken Hand bereits geschlossen ist.¹⁶⁶

d. Zahnärztliche Untersuchung

[Rz 83] Als wichtiges entwicklungsbiologisches Merkmal bei zahnärztlichen Untersuchungen gilt der *Zahndurchbruch* und die *Zahnmineralisation* der dritten Molaren (Weisheitszähne).¹⁶⁷Der Zahndurchbruch wird mittels Inspektion der Mundhöhle beurteilt. Die Beurteilung der Zahnmineralisation der dritten Molare erfordert hingegen eine Röntgenaufnahme des Gebisses. Der zeitliche Verlauf der Eruption und Mineralisation der dritten Molaren variiert innerhalb der ethnischen Zugehörigkeit.¹⁶⁸ Mit Verweis auf SCHMELING hält PINKL dazu fest: «Eine um mehrere Jahre frühere Entwicklung der Weisheitszahneruption wurde bei Afrikanern im Vergleich zur euroamerikanischen Bevölkerung beobachtet. Bezüglich des genauen Ausmasses des Einflusses der Ethnie auf die Eruption und Mineralisation der dritten Molaren bedarf es wie auch in allen anderen Untersuchungen noch zahlreicher Forschungen».¹⁶⁹Gemäss SCHMELING ist diesem Umstand anlässlich der Begutachtung unter Beizug populationspezifischer Referenzstudien Rechnung zu tragen.¹⁷⁰

¹⁶⁴ ANDREAS SCHMELING u.a., Forensische Altersdiagnostik, Methoden, Aussagesicherheit, Rechtsfragen, in: Deutsches Ärzteblatt 4/2016, S. 47.

¹⁶⁵ Schmeling u.a., a.a.O. FN 164, S. 48. Zur Beurteilung des Ossifikationsgrades werden die von Schmeling u.a. entwickelten 5 Stadien beigezogen. Vgl. Verfahrensanweisung IRM Basel, a.a.O. FN 147, S. 3 f.

¹⁶⁶ Vgl. hierzu etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3080/2016 vom 26. Januar 2017 E. 7.2.1.

¹⁶⁷ Die Beurteilung der Zahnmineralisation nimmt das IRM Basel u.a. gestützt auf die Stadieneinteilung von Demirjian u.a. vor. Vgl. hierzu und zum Folgenden Verfahrensanweisung IRM Basel, a.a.O. FN 147, S. 3 f.

¹⁶⁸ SCHMELING u.a., a.a.O. FN 164, S. 47.

¹⁶⁹ PINKL, a.a.O. FN 32, S. 227 f.

¹⁷⁰ SCHMELING u.a., a.a.O. FN 164, S. 47. Vgl. für eine andere Auffassung, Alterszwangsfestsetzung bei unbegleiteten minderjährigen Geflüchteten, Stellungnahme der kritischen Mediziner*innen, S. 3.

e. Zusammenfassende Beurteilung

[Rz 84] Gestützt auf die Ergebnisse der Einzeluntersuchungen¹⁷¹ erstellt das IRM Basel eine *zusammenfassende Altersdiagnose*. In Abhängigkeit des konkreten Untersuchungsauftrages kann eine Aussage über das Mindestalter, das wahrscheinlichste Alter oder über das Erreichen einer rechtlich relevanten Altersgrenze (insb. Volljährigkeit) der begutachteten Person getroffen werden.¹⁷² Die gemäss Untersuchungsauftrag relevanten Altersangaben werden vom IRM Basel im Altersgutachten mittels *Verbalprädikaten* umschrieben.¹⁷³

f. Verbalprädikate

[Rz 85] Am Beispiel des Erreichens der Volljährigkeit werden die vom IRM Basel verwendeten Verbalprädikate veranschaulicht:

- Die untersuchte Person hat mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das 18. Lebensjahr vollendet und die Volljährigkeit erreicht. *Alle Untersuchungsmethoden, mit denen eine Schätzung von 18 Jahren bzw. darüber möglich ist, ergeben ein Mindestalter von 18 Jahren oder darüber.*¹⁷⁴
- Die untersuchte Person hat mit überwiegender Wahrscheinlichkeit das 18. Lebensjahr vollendet und die Volljährigkeit erreicht. *Alle Untersuchungsmethoden, mit denen eine Schätzung von 18 Jahren bzw. darüber möglich ist, ergeben ein Durchschnittsalter (Median) von 18 Jahren oder darüber, bei maximal einer Untersuchung liegt unter Einbezug der Standardabweichung / Streuung das Mindestalter unter 18 Jahren.*
- Bei der untersuchten Person lässt sich die Vollendung des 18. Lebensjahres und damit das Erreichen der Volljährigkeit *nicht mit der notwendigen Sicherheit* belegen. *Alle Untersuchungsmethoden, mit denen eine Schätzung von 18 Jahren bzw. darüber möglich ist, ergeben ein Durchschnittsalter (Median) von 18 Jahren oder darüber, bei mehreren Untersuchungen liegt unter Einbezug der Standardabweichung / Streuung das Mindestalter unter 18 Jahren.*
- Bei der untersuchten Person ist die Vollendung des 18. Lebensjahres und damit das Erreichen der Volljährigkeit höchst unwahrscheinlich / praktisch ausgeschlossen. *Alle Untersuchungsmethoden, mit denen eine Schätzung von 18 Jahren bzw. darüber möglich ist, ergeben ein Minimal-/Durchschnittsalter (Median) von unter 18 Jahren, bei maximal einer Untersuchung liegt unter Einbezug der Standardabweichung das Alter über 18 Jahren.*

¹⁷¹ Einzeluntersuchungen nehmen neben dem IRM Basel (körperliche Begutachtung) auch das Universitätskinderspital beider Basel (UKBB, Handröntgen, Brustbein CT) sowie die Universitätsklinik für Zahnmedizin der Universität Basel vor.

¹⁷² Die erstellten Gutachten können im Allgemeinen drei Aussagen treffen: *erstens* zum wahrscheinlichen Alter (Spanne der ermittelten Durchschnittsalter und Scheitelpunkt der Gauss-Verteilungen), *zweitens* zum Mindestalter mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (Durchschnittsalter unter Abzug einer Standardabweichung, sodass die Person mit einer Wahrscheinlichkeit von 84.1% das angegebene Mindestalter aufweist) und *drittens* zum Mindestalter mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit (> 99.8%). Vgl. zu den Gutachten des IRM Zürichs, welches vor dem IRM Basel die Altersgutachten für den Testbetrieb in Zürich erstattete Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3080/2016 vom 26. Januar 2017 E. 5.4 (m.w.H.).

¹⁷³ Siehe hierzu und zum Folgenden *Anhang* zur Verfahrensanweisung IRM Basel, a.a.O. FN 147, Gesamtbeurteilung Lebensaltersschätzung, Verbalprädikate, S. 2.

¹⁷⁴ Im noch nicht rechtskräftigen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-8083/2016 vom 18. Januar 2017 verwendete das IRM Basel das Prädikat «mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit», obwohl nicht alle Untersuchungsmethoden ein Mindestalter von 18 Jahren ergeben haben.

[Rz 86] Nach hier vertretener Auffassung sollte der Untersuchungsauftrag medizinischer Altersgutachten in Anwendung des Grundsatzes im Zweifel für die Minderjährigkeit primär auf das *Mindestalter* fokussieren. Eine Übereinstimmung zwischen dem von der asylsuchenden Person angegebenen Alter und dem festgestellten Mindestalter sollten dabei als Anhaltspunkt für eine vorgetragene Minderjährigkeit gewürdigt werden.¹⁷⁵

g. Beweiswert

[Rz 87] Aus rechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob Altersgutachten, die gestützt auf die 4-Punkte-Analyse erstellt wurden, ein höherer Beweiswert beigemessen wird. Der Bundesrat vertritt die Ansicht, dass der 4-Punkte-Analyse «nicht wesentlich mehr Beweiskraft»¹⁷⁶ zukomme als der herkömmlichen Knochenaltersanalyse. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts lässt in der Tendenz hingegen erkennen, dass den auf mehreren Einzeluntersuchungen beruhenden Altersgutachten mehr Beweiskraft beigemessen wird.¹⁷⁷

[Rz 88] Zwar ist noch nicht geklärt «wie viel gewichtiger» die Altersgutachten nach der 4-Punkte-Analyse aus beweisrechtlicher Sicht sein werden. Immerhin erscheint aber bereits heute klar, dass eine *Gesamtwürdigung* aller Anhaltspunkte zur Bestimmung des Alters einer asylsuchenden Person notwendig bleibt. Entsprechend hielt das Bundesverwaltungsgericht in einem neueren Urteil fest: «Die vom SEM vertretene Auffassung, vor dem Hintergrund des Ergebnisses des Altersgutachtens erübrige sich eine Würdigung der Glaubhaftigkeit der Aussagen des Beschwerdeführers, steht im Widerspruch zur gefestigten Rechtsprechung (...)»¹⁷⁸. Der Beweiswert der 4-Punkte-Methode ist m.E. *berechtigterweise höher einzustufen* als jener einer herkömmlichen Handknochenanalyse, wobei eine Gesamtwürdigung aller Anhaltspunkte m.E. zwingend nötig bleibt. Sofern die Voraussetzungen zur Anordnung eines Altersgutachtens im Einzelfall erfüllt sind, bedeutet dies insbesondere, dass schweizweit zwingend *diejenige Methode mit der grössten Beweiskraft* zu verwenden ist. Dies rechtfertigt sich sowohl aus Gründen der Rechtsgleichheit¹⁷⁹ als auch aufgrund des geltenden Untersuchungsgrundsatzes. An dieser Stelle sei noch erwähnt, dass es zu begrüssen ist, dass sich das SEM trotz höherer Kosten um eine Annäherung an die materielle Wahrheit bemüht, indem es die zuverlässigere Methode der medizinischen Altersbestimmung in die rechtliche Gesamtwürdigung einzubeziehen sucht.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3080/2016 vom 26. Januar 2017 E. 7.4.

¹⁷⁶ Stellungnahme des Bundesrates vom 24. August 2016 auf die Interpellation 16.3598 von Lisa Mazzone.

¹⁷⁷ Siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1987/2016 vom 6. September 2016 E. 8.7.2. mit Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-859/2016 vom 7. April 2016 E. 6.3, wo zu lesen ist: «Aufgrund des vorstehend Gesagten ist festzuhalten, dass dem vorliegend aufgrund wissenschaftlicher Kriterien erstellten Gutachten zur Altersschätzung für die Beurteilung des wirklichen Alters des Beschwerdeführers wesentlich mehr Beweiskraft zukommt, als der nicht bei den Akten liegenden Taskera». Bestätigt im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-7798/2016 vom 12. Januar 2017 S.10: «dass dem vorliegend aufgrund wissenschaftlicher Kriterien erstellten Gutachten zur Altersschätzung für die Beurteilung des wirklichen Alters des Beschwerdeführers wesentlich mehr Beweiskraft zukommt, als dem in Kopie zu den Akten gereichten Taufschein». Vgl. ferner die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-3080/2016 vom 26. Januar 2017 E. 7.2.2, A-7011/2016 vom 19. Januar 2017, E-7721/2016 vom 21. Dezember 2016, E-7720/2016 vom 22. Dezember 2016.

¹⁷⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-6422/2016 vom 10. Januar 2017 E. 5.5.

¹⁷⁹ Da es andernfalls aus Sicht der Rechtsgleichheit als stossend zu bezeichnen ist, wenn in manchen EVZ gar keine oder bloss Handknochenanalysen durchgeführt werden und in anderen EVZ genauere und zuverlässigere Methoden verwendet werden.

¹⁸⁰ Freilich handelt es sich hierbei auch um einen stärkeren Eingriff in die Sphäre der betroffenen Person. Ausführlicher hierzu nachfolgend unter IV., 5.

4. Kritik von Seiten der Ärzteschaft¹⁸¹

[Rz 89] Die *Eignung*, der *Nutzen* sowie die *medizinethische Vertretbarkeit* von medizinisch-forensischen Altersgutachten werden innerhalb der Ärzteschaft kontrovers diskutiert. Nachfolgend werden einige Kritikpunkte vorgestellt.¹⁸²

- Gemäss EICH/SCHWITZGEBEL¹⁸³ stellt die Skelettaltersbestimmung nach GREULICH & PYLE sowie TANNER & WHITEHOUSE eine anerkannte Standardmethode zur Beurteilung des biologischen Alters dar. Die Skelettalterbestimmung nach Greulich und Pyle sowie Tanner ist hingegen *nicht zur Bestimmung des chronologischen Alters* vorgesehen.
- *Mädchen* erreichen den *Abschluss des Wachstums früher* als Knaben, was die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass ein minderjähriges Mädchen ein ausgereiftes Skelett in der Handröntgenaufnahme zeigt.
- Die Methode von GREULICH & PYLE basiert auf einem *Normalkollektiv* von Kindern *europäischer Herkunft* aus den USA. Die Studie wurde im frühen 20. Jahrhundert durchgeführt. Aktuelle Daten zum Knochenalter unterschiedlicher Ethnien sind *nur punktuell* vorhanden.
- *Röntgenaufnahmen* werden mit ionisierenden, potentiell *krebsauslösenden Strahlen* durchgeführt. Studien weisen eine erhöhte Krebsrate nach CT-Untersuchungen und zahnärztlichen Panoramaaufnahmen nach.¹⁸⁴ Obschon die Strahlendosis für eine Aufnahme der Hand relativ gering ist, wird diese Untersuchung im klinischen Betrieb nur bei entsprechender medizinischer Indikation durchgeführt. Diese Indikation entfällt bei den Asylsuchenden, womit die Untersuchung fiskalischen und administrativen Zwecken dient.¹⁸⁵

5. Medizinische Altersgutachten als Grundrechtseingriff

5.1. Tangierte Grundrechte

[Rz 90] Im Rahmen der *körperlichen Untersuchung* werden die äusserlich erkennbaren sexuellen Reifezeichen der untersuchten Person begutachtet. Dadurch wird in die Intimsphäre der untersuchten Person eingegriffen, wobei die Menschenwürde (Art. 7 BV) und u.U. die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) der untersuchten Person angemessen berücksichtigt werden

¹⁸¹ Dass die Methoden aus medizinischer und ethischer Sicht umstritten sind, zeigt sich auch am Umstand, dass das Universitäts-Kinderspital beider Basel gegenüber SRF im April 2016 noch erklärte, dass sie keine Röntgenuntersuchungen zur Altersbestimmung minderjähriger Asylsuchender durchgeführt haben und dies auch in Zukunft nicht tun werden. Gerade mal vier Monate später führte das nämliche Spital erste Röntgenuntersuchungen zur Altersbestimmung Asylsuchender durch. Über die Gründe für den extremen Positionswechsel kann nur gemutmasst werden. Vgl. zum Gesagten: <http://www.srf.ch/news/schweiz/knochenanalysen-zur-altersbestimmung-unbrauchbar> besucht am 27. Januar 2017.

¹⁸² Vgl. hierzu und zum Folgenden EICH/SCHWITZGEBEL, a.a.O. FN 153, S. 507. Interessant zum Ganzen auch GREGOR NOLL, Junk Science? Four Arguments against the Radiological Age Assessment of Unaccompanied Minors Seeking Asylum, in: International Journal of Refugee Law, Volume 28 Number 2 June 2016, S. 234 ff.

¹⁸³ EICH/SCHWITZGEBEL, a.a.O., FN 153, S. 507.

¹⁸⁴ Vgl. THOMAS NOWOTNY u.a., Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge: Strittiges Alter – strittige Altersdiagnostik, in: deutsches Ärzteblatt 2014. <https://www.aerzteblatt.de/archiv/159516/Unbegleitete-minderjaehrige-Fluechtlinge-Strittiges-Alter-strittige-Altersdiagnostik>, Website zuletzt besucht am 12. Februar 2017.

¹⁸⁵ Vgl. zum Gesagten auch Stellungnahme Ethikkommission, a.a.O. FN 35, S. 3. Das IRM Basel geht davon aus, dass zur Legitimation von medizinisch nicht indizierten Röntgenuntersuchungen eine behördliche Anordnung notwendig sei. Vgl. Verfahrensweisung IRM Basel, a.a.O. FN 147, S. 2.

müssen.¹⁸⁶ In einem medizinischen Altersgutachten werden sensible Angaben zur Gesundheit und Intimsphäre der begutachteten Person erfasst und bearbeitet. Bei der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten (vgl. Art. 3 des Bundesgesetzes über den Datenschutz; DSG¹⁸⁷), ist der Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) der untersuchten Person zu wahren.¹⁸⁸ Die Durchführung von medizinisch nicht indizierten röntgendiagnostischen Untersuchungsmassnahmen an Zähnen, Handgelenk oder Schlüsselbein stellt weiter einen Eingriff in die durch Art. 10 BV geschützte persönliche Freiheit, namentlich in die *körperliche Unversehrtheit* der untersuchten Person, dar.¹⁸⁹ Schliesslich ist in diesem Zusammenhang auch das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK¹⁹⁰ zu beachten. Das hier Gesagte zeigt auf, dass medizinische Altersgutachten in den Schutzbereich verschiedener Grundrechte eingreifen. Die nachfolgende Eingriffsprüfung beschränkt sich auf die Frage der Verfassungsmässigkeit von röntgendiagnostischen Untersuchungsmassnahmen im Lichte der durch Art. 10 BV geschützten persönlichen Freiheit.

5.2. Eingriffsprüfung

a. Allgemeines (36 BV)

[Rz 91] Das durch röntgendiagnostische Untersuchungsmassnahmen tangierte Grundrecht auf persönliche Freiheit kann unter Beachtung der Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden.¹⁹¹

b. Gesetzliche Grundlage

aa. Eingriffsintensität

[Rz 92] *Schwere Eingriffe* in Freiheitsrechte bedürfen gemäss Art. 36 BV einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem *formellen Gesetz*. In diesem Lichte stellt sich die Frage nach der *Eingriffsintensität* röntgendiagnostischer Untersuchungsmassnahmen, wobei es nach objektiven Kriterien zu beurteilen gilt, ob diese als schwere Grundrechtseingriffe qualifizieren.¹⁹² Zur Klärung dieser Frage ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu *medizinischen Zwangseingriffen* zu berücksichtigen.¹⁹³ GATTIKER geht davon aus, dass das Bundesgericht «eher zur Annahme ei-

¹⁸⁶ Vgl. Stellungnahme Ethikkommission, a.a.O. FN 35, S.3.

¹⁸⁷ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), SR 235.1.

¹⁸⁸ «Der Anspruch impliziert, dass jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung und Speicherung von sie betreffenden Informationen bestimmen können muss, ob und zu welchem Zwecke diese Informationen über sie bearbeitet und gespeichert werden.» BGE 140 I 2 E. 9.1 (m.w.H.).

¹⁸⁹ Vgl. Art. 10 Abs. 2 BV, so auch GATTIKER, a.a.O. FN 150, S. 18.

¹⁹⁰ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

¹⁹¹ Einschränkungen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage; soweit sie als schwer zu qualifizieren sind, müssen sie in einem formellen Gesetz vorgesehen sein. Darüber hinaus muss der Grundrechtseingriff durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein. Der Kerngehalt eines Grundrechts darf nicht angetastet werden. Vgl. BGE 127 I 6 E. 6. Auf die polizeiliche Generalklausel sowie die *Frage des Kerngehalts* wird nachfolgend nicht eingegangen.

¹⁹² Vgl. GATTIKER, a.a.O. FN 150, S. 18. Schwere und Intensität eines Grundrechtseingriffs, beurteilten sich nach objektiven Kriterien, vgl. BGE 130 I 65 E. 3.3.

¹⁹³ Vgl. m.w.H. GATTIKER, a.a.O. FN 150, S. 16 f. GATTIKER unterteilt dabei die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts sorgfältig in *Fallgruppen* und verweist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu leichten und schweren Eingriffen in die persönliche Freiheit.

nes schweren denn eines leichten Eingriffs in die persönliche Freiheit tendieren würde»¹⁹⁴. Er begründet dies damit, dass sich das Bundesgericht in BGE 104 Ia 480 mit den bei Primarschulkindern obligatorischen Schirmbilduntersuchungen¹⁹⁵ zu befassen hatte und dabei die Frage nach der hinreichenden gesetzlichen Grundlage *frei* prüfte, was das Bundesgericht praxisgemäss nur bei schweren Eingriffen tue.¹⁹⁶ GATTIKER weist zur Untermauerung seiner Ansicht zudem auf die Gefahr ionisierender Strahlen hin, welche «bei der Einwirkung auf Keimzellen zu Erbschäden und bei somatischen Zellen zu Krebs führen»¹⁹⁷ können. Zieht man zudem in Betracht, dass die untersuchte Person, einzig zu fiskalischen und administrativen Zwecken einer potentiell gesundheitsgefährdenden Massnahme mit *zweifelhafter Eignung* ausgesetzt wird, erscheint die Annahme eines (*eher*) *schweren Eingriffs* m.E. zulässig. Für die Annahme eines schweren Eingriffs spricht auch, dass der *Gesetzgeber* mit Art. 17 Abs. 3bis AsylG eine formell gesetzliche Grundlage zur Durchführung von Altersgutachten geschaffen hat.¹⁹⁸

bb. Bestimmtheitsgebot

[Rz 93] Das Legalitätsprinzip im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV verlangt eine hinreichende und angemessene *Bestimmtheit* der anzuwendenden Rechtssätze. Das *Bestimmtheitsgebot* steht im Dienste der *Rechtssicherheit* (mit den Elementen der *Berechenbarkeit* und *Vorhersehbarkeit* staatlichen Handelns) sowie der *rechtsgleichen Rechtsanwendung*.¹⁹⁹ Aus Sicht der erforderlichen Bestimmtheit fällt vorab auf, dass *de lege lata* die mit der Anordnung von Altersgutachten verbundenen *Grundrechtseingriffe an sich*²⁰⁰ weder in Art. 17 Abs. 3bis AsylG noch auf Verordnungsebene positiviert sind.²⁰¹ Für die rechtsunterworfenen asylsuchende Person ist die *Praxis der Anordnung von Altersgutachten und mithin der Altersbestimmung* weder *berechenbar* noch *vorhersehbar*. Kommt hinzu, dass die *unbestimmte Natur* von Art. 17 Abs. 3bis AsylG durch ein *weites Rechtsfolgenmassen im Einzelfall* ergänzt wird, wodurch die Frage, ob das Alter einer asylsuchenden Person belassen, ein Altersgutachten angeordnet wird oder das Alter der Person ohne Altersgutachten «direkt» angepasst wird, einzig im Ermessen der im Einzelfall mit dem Dossier betrauten Person liegt. M.E. begünstigt diese unbestimmte gesetzliche Grundlage eine *rechtsungleiche und rechtsunsichere* Praxis der Altersbestimmung und *genügt* in ihrer aktuellen Form den *Anforderungen des Bestimmtheitsgebots nicht*.

¹⁹⁴ GATTIKER, a.a.O. FN 150, S. 18.

¹⁹⁵ D.h. mit röntgendiagnostischen Untersuchungsmassnahmen.

¹⁹⁶ GATTIKER, a.a.O. FN 150, S. 18 f.

¹⁹⁷ GATTIKER, a.a.O. FN 150, S. 19.

¹⁹⁸ Siehe hierzu weiter oben bei IV., 1. Dies ist zumindest als Indiz zu werten, da zur Zeit des Aufsatzes von GATTIKER einzig die Verordnungsbestimmung von Art. 7 AsylV1 existierte und nachträglich eine formell-gesetzliche Grundlage geschaffen wurde.

¹⁹⁹ «Diese (Anm.: Rechtssätze) müssen so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können». Siehe hierzu statt vieler BGE 139 I 280 E. 5.1 (m.w.H.).

²⁰⁰ Bspw. die verwendeten Methoden, der Einsatz ionisierender Strahlen, die Entkleidung und Begutachtung der sexuellen Reifezeichen oder die Bearbeitung besonders schützenswerter Daten.

²⁰¹ M.E. wäre die Gesetzesbestimmung von Art. 17 Abs. 3bis AsylG im Sinne von Art. 25 (5) der Verfahrensordnung zu ergänzen. Vgl. dazu die Ausführungen weiter oben bei IV., 2.

c. Öffentliches Interesse / Schutz Grundrechte Dritter

[Rz 94] *Grundrechtseingriffe* wie röntgendiagnostische Untersuchungsmassnahmen zum Zwecke der Altersbestimmungen müssen sich durch ein *öffentliches Interesse* oder den *Schutz der Grundrechte Dritter rechtfertigen lassen*. Das öffentliche Interesse bei der Altersbestimmung von asylsuchenden Personen liegt in der Missbrauchsbekämpfung. So sollen nur tatsächlich Minderjährige von den besonderen Schutz-, Unterstützungs- und Betreuungsmöglichkeiten für UMA profitieren können. Die Betreuung und Unterbringung von UMA ist kostenintensiver, insofern die Altersbestimmung auch fiskalischen Interessen dient. Schliesslich bezwecken medizinische Altersbestimmungen auch den *Schutz der Grundrechte anderer Minderjähriger*, da so gewährleistet werden soll, dass *Minderjährige* nicht mit Erwachsenen (bzw. «Scheinminderjährigen») untergebracht werden. Kurzum ist das *Vorliegen* eines *öffentlichen Interesses* an der medizinischen Altersbestimmung mittels röntgendiagnostischen Untersuchungsmassnahmen m. E. zu *bejahen*.

d. Verhältnismässigkeit

[Rz 95] Ein Grundrechtseingriff ist nur dann zulässig, wenn er in seiner *Ausprägung verhältnismässig* ist.²⁰² Als Teilaspekte beinhaltet die Verhältnismässigkeit die *Eignung*, die *Erforderlichkeit* sowie die *Zumutbarkeit*, wobei *kumulativ alle drei Aspekte* erfüllt sein müssen.²⁰³

aa. Eignung

[Rz 96] *Geeignet* ist eine staatliche Massnahme dann, wenn sie dazu taugt *den im öffentlichen Interessen liegenden Zweck zu erreichen*.²⁰⁴ Die in medizinischen Altersgutachten verwendeten röntgendiagnostischen Untersuchungsmassnahmen sind *geeignet* eine *Aussage zum Mindestalter* oder zum *wahrscheinlichen Alter* einer Person zu treffen.²⁰⁵ Eine *genaue* Bestimmung des chronologischen Alters ist mit diesen Methoden aktuell *nicht möglich*.²⁰⁶ Aufgrund des Gesagten wird ersichtlich, dass die Beurteilung der Frage, ob röntgendiagnostische Untersuchungsmassnahmen eine *geeignete* und somit verhältnismässige Massnahme darstellen, vom konkreten *Inhalt des Untersuchungsauftrages* abhängt.

²⁰² So schon BGE 52 I 222 E. 5.

²⁰³ Vgl. etwa BGE 124 I 107 E. 4c, sowie RAINER J. SCHWEIZER, Art. 36 RZ 37 ff., in Ehrenzeller et. al, St. Galler Kommentar BV, Band 1, 2014.

²⁰⁴ SCHWEIZER, a.a.O. FN 203, Art. 36 RZ 38.

²⁰⁵ Eine andere Frage ist wie diese Erkenntnis im rechtlichen Verfahren zu gewichten sind. Aufgrund der nicht unerheblichen Kritik innerhalb der Ärzteschaft ist m.E. Zurückhaltung angebracht.

²⁰⁶ Zumindest die Anordnung röntgendiagnostischer Untersuchungsmassnahmen zur Ermittlung des *genauen chronologischen Alters* würde in Folge *mangelnder Eignung* einen unverhältnismässigen Grundrechtseingriff darstellen. Die Ethikkommission der deutschen Bundesärztekammer hält entsprechend fest: «*Eine Untersuchung mit Röntgenstrahlen und vergleichbaren Methoden stellt jedoch bereits insofern einen unverhältnismässigen Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit dar, als die Eignung zur Erreichung des Zwecks – sichere Ermittlung des Alters nach allen vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnissen zweifelhaft ist*». Stellungnahme Ethikkommission, a.a.O. FN 35, S.3.

bb. Erforderlichkeit

[Rz 97] *Erforderlichkeit* meint, dass bei Bestehen mehrerer zur Zweckerreichung geeigneter Massnahmen, diejenige Massnahme mit den mildesten Eingriffswirkungen zu wählen ist.²⁰⁷ Die 4-Punkte-Analyse stellt gemäss Ansicht des IRM «die derzeit am besten geeignete Methodik»²⁰⁸ dar. Auch das Bundesverwaltungsgericht misst Altersgutachten nach der 4-Punkte-Analyse einen *höheren Beweiswert* zu. Aus Sicht der betroffenen Person führt dies zu einer verworrenen Situation. *Einerseits* hat diese kein Interesse an einer Strahlenexposition und wenn schon an einer möglichst geringen, was für die herkömmliche Knochenaltersanalyse sprechen würde.²⁰⁹ *Andererseits* liegt eine möglichst zuverlässige medizinische Altersbestimmung (auch) im Interesse der betroffenen Person. Da, die in ihrer Eingriffsintensität schwerere (höhere Strahlenbelastung durch CT) 4-Punkte-Analyse zuverlässiger, aussagekräftiger und somit besser *geeignet* ist, als die weit verbreitete Knochenaltersanalyse, ist die 4-Punkte-Analyse als *die einzig geeignete* und somit auch *die erforderliche* Methode zur medizinischen Altersbestimmung zu bezeichnen. Daraus folgt, dass medizinische Altersgutachten, welche gestützt auf eine *Knochenaltersanalyse* erstellt werden, aufgrund der vergleichsweise geringeren Eignung, nicht erforderliche, unzumutbare und somit *unverhältnismässige Grundrechtseingriffe* bewirken.

bb. Zumutbarkeit

[Rz 98] Sodann muss ein Grundrechtseingriff auch *zumutbar* sein. Dabei wird im konkreten Fall der *Eingriffszweck* in ein *Verhältnis zur Eingriffswirkung* gesetzt. «Dazu sind die Interessen des Gemeinwesens am Eingriff gegen die entgegenstehenden spezifischen Interessen der betroffenen Grundrechtsträgerinnen und -träger abzuwägen».²¹⁰ Die Vornahme röntgendiagnostischer Untersuchungsmassnahmen dient fiskalischen öffentlichen Interessen sowie dem Grundrechtsschutz anderer UMA. Gleichermassen im öffentlichen Interesse wie im privaten Interessen steht dabei das Anliegen, dass das Alter einer asylsuchenden Person in einem rechtsgleichen und möglichst zuverlässigen Verfahren bestimmt wird. Im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung ist im Einzelfall die gesundheitliche Situation der asylsuchenden Person zu berücksichtigen. Unter dem Aspekt der Zumutbarkeit ist den Interessen der betroffenen Person Rechnung zu tragen, indem *einzelfallspezifisch zu prüfen und begründen* ist, welche Hinweise auf eine Volljährigkeit deuten. Sofern im Einzelfall keine (hinreichend begründbaren) Hinweise bestehen, überwiegen die privaten Interessen der betroffenen Person an ihrer körperlichen Unversehrtheit sowie das Kindeswohl die öffentlichen Interessen an der Vornahme einer medizinischen Altersbestimmung mittels röntgendiagnostischer Untersuchungsmassnahmen. M.a.W. stellt ein – ohne (hinreichend begründbare) Hinweise auf eine Volljährigkeit – angeordnetes Altersgutachten sowohl einen *gesetzeswidrigen* als auch *unzumutbaren* Grundrechtseingriff dar.

²⁰⁷ SCHWEIZER, a.a.O. FN 203, Art. 36 RZ 39.

²⁰⁸ Verfahrensanweisung zur Durchführung forensischer Altersschätzungen, a.a.O. FN 147, S. 3.

²⁰⁹ Verzwickt ist auch die Frage wie das *strahlenschutzrechtliche Minimierungsgebot* mit dem *Untersuchungsgrundsatz* sowie dem Grundsatz der *Rechtsgleichheit* zu vereinbaren ist. Die Vornahme eines Brustbein-CT wird aus Gründen des Strahlenschutzes nur bei abgeschlossener Wachstumsfuge der Hand angeordnet. Andererseits liegt es im Interesse der begutachteten Person sowie der untersuchenden Behörde, dass das Alter (wenn schon) auch bei Personen, deren Wachstumsfuge noch nicht abgeschlossen ist, mit der genaueren Methode (4-Punkte-Analyse, einschliesslich Brustbein CT) bestimmt wird.

²¹⁰ Vgl. hierzu und zum Vorangehenden Satz SCHWEIZER, a.a.O., FN 203, Art. 36 RZ 40.

5.3. Prüfschema zur verfassungskonformen Anordnung eines Altersgutachtens

[Rz 99] Im Sinne eines *Zwischenfazits* zu 5.2 ist zu schliessen, dass die Anordnung eines Altersgutachtens nach der 4-Punkte-Methode (und nur diese) einen verhältnismässigen Grundrechtseingriff darstellen kann, wenn im Einzelfall das Vorliegen von hinreichenden Hinweisen sorgfältig geprüft und dabei *vor der Durchführung* eines des Altersgutachtens gegenüber der betroffenen Person begründet wird. Zur Gewährleistung einer rechtsgleichen und verfassungskonformen Praxis der behördlichen Anordnung von Altersgutachten könnte im Einzelfall einem kaskadenartig aufgebauten *Prüfschema* gefolgt werden, welches aus maximal *drei Schritten* besteht und verschiedene *Varianten* und *Untervarianten* kennt.

a. 1. Schritt: Prüfung des Vorliegens von Hinweisen

[Rz 100] Auf Stufe der gesetzlichen Grundlage (i.S.v. Art. 17 Abs. 3bis AsylG) sind in einem *ersten Schritt* alle Anhaltspunkte auszumachen, die für bzw. gegen das vorgetragene Alter einer asylsuchenden Person sprechen. Zum Abschluss des ersten Schrittes gehört, dass alle bestehenden Anhaltspunkte in eine erste kindsgerechte Gesamtwürdigung einbezogen werden.

Variante 1: Anordnung eines Altersgutachtens ohne hinreichend begründbare Hinweise?

Bestehen nach der Vornahme der ersten Gesamtwürdigung keine «Hinweise», welche die vorgetragene Minderjährigkeit in Zweifel zu ziehen vermögen, ist auf die Anordnung eines Altersgutachtens zu verzichten und das Alter der asylsuchenden Person in Anwendung des Grundsatzes im Zweifel für die Minderjährigkeit unverändert zu belassen. Die Anordnung eines medizinischen Altersgutachtens ist diesfalls *gesetzeswidrig* und bewirkt zudem einen unzumutbaren und damit *unverhältnismässigen Grundrechtseingriff*. Ein gesetzeswidrig erstelltes Altersgutachten fällt unter das Verbot der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel und ist entsprechend *nicht verwertbar*.²¹¹ Gemäss Variante 1 endet das Prüfschema hier.

Begründung:

Die Anordnung eines Altersgutachtens ist im Einzelfall nur dann gesetzesmässig, wenn «Hinweise» auf eine Volljährigkeit bestehen. Diese Anwendungsvoraussetzung trägt dem Kindeswohl Rechnung, indem der Einsatz ionisierender Strahlung als Grundrechtseingriff auf jene *Einzelfälle beschränkt* wird, in welchen tatsächlich Hinweise auf eine Volljährigkeit bestehen. «Hinweise» sind im Sinne einer Konkretisierung und in Anwendung des Grundsatzes im Zweifel für die Minderjährigkeit als *«hinreichend begründbare Hinweise»* auszulegen. Dies bedeutet einerseits, dass die Hinweise im Einzelfall *hinreichend*, d.h. ausreichend konkret, gewichtig und plausibel, sein müssen und andererseits, dass die ausgemachten Hinweise der betroffenen Person im Einzelfall vor der Durchführung eines Altersgutachtens in Verfügungsform *begründet* werden. Die Anforderungen an die *Begründungsdichte* der Anordnung eines Altersgutachtens

²¹¹ Vgl. hierzu treffend und ausführlicher auch GATTIKER, a.a.O. FN 150, S. 21. Weiterführend zum Beweisverwertungsverbot im Verwaltungsverfahren siehe CHRISTOPH AUER, Art.12 RZ 23, in Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008.

sind in Anbetracht eines drohenden Grundrechtseingriffs im Einzelfall hoch anzusetzen, wodurch das Ermessen zur Anordnung eines Altersgutachtens im Einzelfall de facto beschränkt ist.

Variante 2: Bestehen von hinreichend begründbaren Hinweisen

Sofern nach der Vornahme der ersten Gesamtwürdigung *hinreichend begründbare Hinweise* am vorgetragenen Alter (fort-)bestehen, sind die gesetzlichen Voraussetzungen zur Anordnung eines medizinischen Altersgutachtens erfüllt. Es folgt der zweite Schritt des Prüfschemas.

b. 2. Schritt: (Pseudo)-Ermessen

[Rz 101] Die unbestimmte Kann-Bestimmung von Art. 17 Abs. 3bis AsylG räumt den rechtsanwendenden Behörden ein weites Rechtsfolgeermessen ein. Auch das SEM geht davon aus, dass die Anordnung eines Altersgutachtens einzig im Ermessen der im Einzelfall mit dem Dossier betrauten Person liegt und erwähnt dabei das Kindeswohl mit keinem Wort.²¹² Dies hat zur Folge, dass in einem *zweiten Schritt* im Einzelfall zu prüfen ist, ob ein medizinisches Altersgutachten angeordnet werden soll.

Variante 1: Verzicht auf die Anordnung eines Altersgutachtens? Das Ermessen zur Nichtanordnung eines medizinischen Altersgutachtens ist in Anbetracht der erheblichen Konsequenzen, die eine unrechtmässige Qualifikation als volljährige Person nach sich zieht, des Kindeswohls sowie des Untersuchungsgrundsatzes als sehr gering zu bezeichnen und folglich auf «klare Fälle»²¹³ zu beschränken. Diesfalls kann eine Gesamtwürdigung ohne Altersgutachten sowie *ausnahmsweise* eine «direkte» Altersanpassung zulässig sein. Für alle anderen «Zweifelsfälle» gilt hingegen die sogleich folgende Variante 2.

Variante 2: Anordnung eines Altersgutachtens Sofern im Einzelfall die gesetzlichen Voraussetzungen zum Erlass eines Altersgutachtens erfüllt sind (vgl. Schritt 1 Variante 2), *gebieten* es der Untersuchungsgrundsatz, das vorrangig zu beachtende Kindeswohl sowie das Interesse an einer rechtsgleichen und rechtssicheren Rechtsanwendung, die Ergebnisse eines Altersgutachten nach der 4-Punkte-Methode als Anhaltspunkt zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit einer vorgetragenen Minderjährigkeit mit zu berücksichtigen. Da die Aktenlage hinreichend begründbare Hinweise auf eine Volljährigkeit aufweist, erfolgt die Durchführung eines Altersgutachtens zu diesem Zeitpunkt *im Interesse* der asylsuchenden Person, da die Gutachtenergebnisse, die zuvor hinreichend begründbaren Hinweise auf eine Volljährigkeit, womöglich zu *relativieren* vermögen. Variante 2 kennt zwei Untervarianten.

²¹² Vgl. Stellungnahme SEM oben unter III., 3., 3.2, a.).

²¹³ Dabei ist bspw. an Fälle zu denken, wo eine Person i.S.v. *kumulativen Voraussetzungen*: eindeutig älter aussieht, keine rechtsgenügenden Dokumente besitzt *und* dies auch nicht plausibel erklären kann, widersprüchliche Angaben zu ihrem Alter gemacht hat *und* diese Widersprüche auch auf Vorhalt nicht klären konnte.

Variante 2.1: Einwilligung der betroffenen Person: «Wenn Sie sich als minderjährige Person präsentieren, gewisse Anhaltspunkte jedoch darauf schliessen lassen, dass Sie bereits volljährig sind, kann eine Expertise zur Bestimmung ihres Alters angeordnet werden».²¹⁴ Dem Merkblatt für Asylsuchende ist zu entnehmen, dass die Durchführung eines Altersgutachtens *keiner ausdrücklichen Zustimmung* der betroffenen Person bedarf. Würdigt man, dass es sich bei röntgendiagnostischen Untersuchungsmassnahmen um «(eher) schwere Grundrechtseingriffe mit zweifelhafter Eignung» handelt, ist es m.E. angebracht, der asylsuchenden Person bei hinreichend begründbaren Hinweisen auf eine Volljährigkeit (Ausgangslage Variante 2) die Durchführung eines medizinischen Altersgutachtens «in Aussicht zu stellen», bzw. die Durchführung eines medizinischen Altersgutachtens von der *expliziten Zustimmung* der asylsuchenden Person *abhängig* zu machen.²¹⁵ Eine gültige Ausübung dieses Wahlrechts setzt freilich voraus, dass die zu begutachtende Person vorgängig *umfassend* über den Zweck, die Methode und die Risiken der medizinischen Altersuntersuchung in einer ihr verständlichen Sprache *informiert* wurde.²¹⁶ In Folge einer expliziten Zustimmung durch die asylsuchende Person kann ein medizinisches Altersgutachten nach der 4-Punkte-Analyse durchgeführt werden. In dieser Konstellation kommt es zum dritten Schritt des Prüfschemas.

Variante 2.2: Weigerung der betroffenen Person: Eine freie Ausübung dieses Wahlrechts ist nur möglich, wenn eine allfällige *Weigerung der Teilnahme* an einem medizinischen Altersgutachten nicht als Mitwirkungspflichtverletzung gewertet wird bzw. keine anderweitigen verfahrensrechtliche Nachteile bewirkt, sondern viel mehr als Ausübung des Rechts auf persönliche Freiheit aufgefasst wird.²¹⁷ Im Falle einer Weigerung kann die rechtsanwendende Behörde die Glaubhaftigkeit einer vorgetragenen Minderjährigkeit bzw. das Alter der betroffenen Person in Vornahme einer kindsgerechten Gesamtwürdigung im Sinne des Schrittes 1 und der bestehenden Aktenlage entscheiden, ohne dass ein Altersgutachten durchgeführt wird.

c. 3. Schritt: Kindsgerechte Gesamtwürdigung

[Rz 102] Sofern die Konstellation gemäss Variante 2. und 2.1 erfüllt ist, kommt es in einem *dritten Schritt* zu einer *kindsgerechten Gesamtwürdigung*²¹⁸ aller Anhaltspunkte, welche für oder gegen

²¹⁴ Merkblatt für Asylsuchende und Schutzbedürftige, Version 2015_1., S. 9.

²¹⁵ So GATTIKER, a.a.O. FN 150, S. 20.

²¹⁶ Vgl. zur Form und Notwendigkeit der *Einwilligung* auch Stellungnahme Ethikkommission, a.a.O. FN 35, S.5.

²¹⁷ In dieser Konstellation kann der Zwischenschritt des Einholens eines Altersgutachtens ausnahmsweise ausgelassen werden.

²¹⁸ Im Unterschied zur ersten kindsgerechten Gesamtwürdigung (*Schritt 1*), wo es primär darum geht zu *beurteilen*, ob hinreichend begründbare Hinweise auf eine Volljährigkeit vorliegen bzw. der *Erlass eines Altersgutachtens im Einzelfall überhaupt gesetzesmässig* ist, wird im Rahmen der zweiten Gesamtwürdigung unter Einbezug der (z.G. der asylsuchenden Person erlangten) medizinischen Erkenntnisse eines Altersgutachtens nochmals geprüft, ob es der asylsuchenden Person gelungen ist, ihr Alter glaubhaft zu machen. Als Indiz sollte im Zweifel für die Minderjährigkeit zu Gunsten einer asylsuchenden Person gewertet werden, wenn das von ihr angegebene Alter der asylsuchenden Person mit dem an mit Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellten Mindestalter übereinstimmt. Dies ist ein Beispiel dafür, was unter einer «kindsgerechten Gesamtwürdigung» zu verstehen ist. Eine kindsgerechte Gesamtwürdigung würde es an sich auch rechtfertigen, dass das äussere Erscheinungsbild zu Gunsten einer Min-

die Glaubhaftigkeit einer vorgetragenen Minderjährigkeit sprechen, wobei die Ergebnisse eines Altersgutachtens nach der 4-Punkte-Methode einzubeziehen sind.

V. Sonderfragen

1. Quid bei Hinweisen auf eine Minderjährigkeit?

[Rz 103] Der Umstand, dass sich gewisse an sich minderjährige asylsuchende Personen – im Glauben um bessere Chancen auf dem Arbeitsmarkt – gegenüber den Behörden als volljährig ausgeben, ist allgemein bekannt.²¹⁹ In dieser *umgekehrten Konstellation* bestehen somit Zweifel an der von einer asylsuchenden Person vorgetragenen Volljährigkeit. Das SEM liess sich zum Vorgehen in dieser Konstellation wie folgt zitieren: «Wenn konkrete Hinweise vorlägen, würde man natürlich auch in diesen Fällen eine Altersbestimmung machen»²²⁰.

[Rz 104] Dieses Zitat wirft – wie auch die ganze Vorgehensweise in dieser umgekehrten Konstellation – zahlreiche Fragen auf, welche nachfolgend nur kurz angeschnitten werden sollen. Vorab ist festzustellen, dass Art. 17 Abs. 3bis AsylG in dieser Situation keine taugliche gesetzliche Grundlage zur Durchführung eines medizinischen Altersgutachtens ist, da der Wortlaut von Art. 17 Abs. 3bis AsylG (immerhin) insofern eindeutig ist, als dass er die Anordnung von medizinischen Altersgutachten einzig bei Hinweisen auf eine Volljährigkeit vorsieht. Als vorübergehende Grundlage zur Durchführung von Altersgutachten käme aufgrund des Wortlautes Art. 7 Abs. 1 AsylV1 in Betracht, wonach mit Hilfe wissenschaftlicher Methoden abgeklärt werden kann, ob die Altersangabe der asylsuchenden Person dem tatsächlichen Alter entspricht. Dies ist jedoch abzulehnen, da der Wortlaut und Anwendungsbereich einer formell-gesetzlichen Grundlage nicht durch eine weitergehende Verordnungsbestimmung ausgeweitet werden sollte. Hinzu kommt, dass ein medizinisches Altersgutachten mit röntgendiagnostischen Untersuchungsmaßnahmen als eher schwerer Grundrechtseingriff einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf und in dieser Konstellation, sofern eine asylsuchende Person im Einzelfall an ihrer Volljährigkeit festhält, gegen den erklärten Willen der betroffenen Person durchgeführt werden müsste. M.a.W. lässt die *aktuelle gesetzliche Regelung* entgegen der Ansicht des SEM die *Durchführung von Altersgutachten* in dieser Konstellation *nicht zu*.

derjährigkeit berücksichtigt werden kann oder dass der durch Experten festgestellte Entwicklungsstand in die Gesamtwürdigung einbezogen würde. Vgl. hierzu auch weiter oben bei III., 2., 2.4 und weiter unten bei VI., 1.

²¹⁹ Vgl. etwa für viele Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-6883/2016 vom 28. November 2016 E. 5.3.1 sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-1802/2016 vom 2. August 2016, wo der von seinem Schlepper falsch instruierte Beschwerdeführer mit einem gefälschten Visum in den Schengenraum eingereist ist und sich gegenüber den Schweizer Behörden zu Beginn des Asylverfahrens als volljährig ausgegeben hat. Eine nachträgliche Glaubhaftmachung der Minderjährigkeit gelang dem Beschwerdeführer trotz eingereicher Originaldokumente auch auf Beschwerdestufe nicht. Aufgrund neuer Beweismittel konnte *wiedererwägungsweise* die Durchführung eines Altersgutachtens (nach der 4-Punkte Analyse) erstritten werden, welches zum Ergebnis hatte, dass die Volljährigkeit der begutachteten Person nicht belegt werden kann, worauf die Schweiz in Anwendung von Art. 8 Ziff. 4 Dublin III-Verordnung nachträglich auf das Asylgesuch eingetreten ist. Dieser Fall zeigt, dass Altersgutachten auch in der «umgekehrten Konstellation» der asylsuchenden Person *und* der materiellen Wahrheit dienlich sein können.

²²⁰ <http://www.blick.ch/news/schweiz/datenrecherche-zeigt-der-bund-laesst-kinder-fluechtlinge-im-stich-id5021987.html>, Website zuletzt besucht am 10. Februar 2017. Auch das BVGer scheint diese Auffassung zu teilen: «Nachdem sich bei dieser Aktenlagen gewisse Hinweise auf eine mögliche Minderjährigkeit des Beschwerdeführers ergeben, wäre das SEM gehalten gewesen, weitere Abklärungen in Bezug auf sein Alter vorzunehmen, wie namentlich eine Handknochenanalyse zur Altersbestimmung in Auftrag zu geben und aus dieser die korrekten Schlüsse zu ziehen». Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-1477/2015 vom 8. April 2015 E. 5.2.

[Rz 105] Sofern sich eine gemäss ihrem äusseren Erscheinungsbild offenkundig minderjährige asylsuchende Person als volljährig ausgibt, ist dem Kindeswohl m.E. Rechnung zu tragen. In dieser umgekehrten Konstellation könnte der Rückgriff auf die durch Experten vorgenommene *Einschätzung des Entwicklungsstandes* einer asylsuchenden Person angebracht sein und an Stelle der in dieser Konstellation unzulässigen medizinischen Altersgutachten in eine Gesamtwürdigung einbezogen werden. Dieser Experte könnte die asylsuchende Person gegebenenfalls nochmals darüber aufklären, dass es für sie kein Vorteil sei, als erwachsene Person behandelt zu werden. Zudem könnten die von der asylsuchenden Person gemachten Angaben auf ihre Plausibilität im Hinblick auf das vorgetragene Alter geprüft werden. Eine Altersanpassung «nach unten» gegen den erklärten Willen der betroffenen mutmasslich minderjährigen Person sollte m.E. nur ausnahmsweise und in offenkundigen Fällen erfolgen und einzig durch das übergeordnete Kindeswohl gerechtfertigt sein. M.E. illustrieren die fehlenden gesetzlichen Bestimmung, sowie der Umstand, dass das SEM zwar in gutem Willen, aber entgegen dem Gesetzeswortlaut von Art. 17 Abs. 3bis AsylG, medizinische Altersgutachten auch in dieser umgekehrten Konstellation durchführen lässt, dass Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zur Altersbestimmung im Allgemeinen sowie zur Zulässigkeit und Methodik von Altersgutachten im Besonderen angezeigt sind.

2. Konkurrierende datenschutzrechtliche Ansprüche

2.1. Ausgangslage

[Rz 106] Wie bereits unter III., 3., 3.3 erwähnt, bewirkt eine unrechtmässige Altersanpassung für die betroffene Person einen *nicht wiedergutzumachenden Nachteil*. Das Asylrecht sieht kein selbstständiges Rechtsmittel vor, welches die Anfechtung einer unrechtmässigen Altersanpassung zeitnah erlauben würde.²²¹ Die Berichtigung einer im Asylverfahren unkorrekt vorgenommenen Altersbestimmung wird daher in der Rechtspraxis oftmals mit dem *Rückgriff auf datenschutzrechtliche Bestimmungen* erwirkt.²²²

[Rz 107] Eine Altersanpassung im Asylverfahren hat die Änderung des zuvor im ZEMIS eingetragenen Geburtsdatums der betroffenen Person zur Folge. Gemäss Art. 2 des Bundesgesetzes über das Informationssystem für den Ausländer- und den Asylbereich (BGIAA)²²³ führt das SEM zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben das zentrale Migrationsinformationssystem (ZEMIS). Das Informationssystem dient der einheitlichen Bearbeitung der Daten zur Identität von Ausländerinnen und Ausländern einschliesslich von Personen aus dem Asylbereich (Art. 3 Abs. 1 BGIAA). Die *ZEMIS-Verordnung*²²⁴ führt die Bestimmungen des BGIAA weiter aus.²²⁵

[Rz 108] Wer Personendaten bearbeitet, hat sich über deren Richtigkeit zu vergewissern. Werden Personendaten von Bundesorganen bearbeitet, kann jede betroffene Person insbesondere verlan-

²²¹ An dieser Stelle sei aber nochmals erwähnt, dass eine Überprüfung der asylrechtlichen Altersbestimmung theoretisch gesehen auch im Rahmen einer asylrechtlichen Beschwerde erwirkt werden kann. Das Gesagte gilt m.E. auch dann, wenn das Alter nicht Teil des Dispositivs des Asylentscheides ist. Zur Argumentation vgl. weiter oben FN 116.

²²² Vgl. zum Ganzen auch CORBAZ, a.a.O. FN 1, S. 18 ff.

²²³ Bundesgesetz über das Informationssystem für den Ausländer- und den Asylbereich (BGIAA) vom 20. Juni 2003, SR 142.51.

²²⁴ SR 142.513.

²²⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 des Bundesgesetzes über das Informationssystem für den Ausländer- und Asylbereich (BGIAA), SR 142.51.

gen, dass unrichtige Personendaten berichtigt werden.²²⁶ Auf die *Berichtigung* besteht in einem solchen Fall ein *absoluter und uneingeschränkter Anspruch*.²²⁷ In einem Bereinigungsverfahren von ZEMIS-Daten hat die das Berichtigungsbegehren stellende Person die Richtigkeit der von ihr verlangten Änderung, die Bundesbehörde im Bestreitungsfall dagegen die Richtigkeit der von ihr bearbeiteten Personendaten zu beweisen.²²⁸ Kann bei einer verlangten bzw. von Amtes wegen beabsichtigten Berichtigung weder die Richtigkeit der bisherigen noch diejenige der neuen Personendaten bewiesen werden, dürfen grundsätzlich weder die einen noch die anderen Daten bearbeitet werden.²²⁹ Zu dieser Ausgangslage hielt das Bundesverwaltungsgericht fest: «Dies ist jedoch nicht immer möglich, müssen doch bestimmte Personendaten zur Erfüllung wichtiger öffentlicher Aufgaben notwendigerweise bearbeitet werden. Dies gilt namentlich auch für im ZEMIS erfasste Namen und Geburtsdaten. In solchen Fällen *überwiegt das öffentliche Interesse* an der Bearbeitung möglicherweise unzutreffender Daten das Interesse an deren *Richtigkeit*. Unter diesen Umständen sieht Art. 25 Abs. 2 DSG deshalb die Anbringung eines Vermerks vor, in dem darauf hingewiesen wird, dass die Richtigkeit der bearbeiteten Personendaten bestritten ist. Spricht dabei mehr für die Richtigkeit der neuen Daten, sind die bisherigen Angaben zunächst zu berichtigen und die neuen Daten anschliessend mit einem derartigen Vermerk zu versehen. Verhält es sich umgekehrt, erscheint also die Richtigkeit der bisher eingetragenen Daten als wahrscheinlicher oder zumindest nicht als unwahrscheinlicher, sind diese zu belassen und mit einem Bestreitungsvermerk zu versehen».²³⁰

2.2. Unterschiedliche Beweisobjekte und Beweislastverteilung

[Rz 109] Im Hinblick auf die im Asyl- und ZEMIS-Datenberichtigungsverfahren *unterschiedlichen Beweisobjekte* und *Beweisregeln* hält das Bundesverwaltungsgericht fest: «So ist insbesondere die Beweislast anders verteilt. Da bei der Berichtigung von Personendaten im ZEMIS verlangt wird, dass die wahrscheinlichsten – also überwiegend wahrscheinlichen – Personendaten²³¹ *eingetragen werden*, hat nicht nur die das Berichtigungsbegehren stellende Person die Richtigkeit der von ihr verlangten Änderung, sondern im Bestreitungsfall auch die Vorinstanz die Richtigkeit der von ihr bearbeiteten Personendaten zu beweisen (...). Demgegenüber liegt die Beweislast für die behauptete Minderjährigkeit im Asylverfahren alleine bei der gesuchstellenden Person. Kommt das SEM in Würdigung all ihrer Vorbringen und ihres gesamten Verhaltens zum Schluss, dass es ihr nicht gelungen ist, ihre Minderjährigkeit glaubhaft zu machen, muss es – anders als im Verfahren

²²⁶ Art. 5 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 25 Abs. 3 lit. a DSG.

²²⁷ Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1987/2016 vom 6. September 2016, A-7011/2016 vom 19. Januar 2017 E. 4.2. Ferner Urteil des Bundesgerichts 1C_224/2014 vom 25. September 2014 E. 3.1.

²²⁸ M.w.H. auf die französischsprachige Rechtsprechung, vgl. CORBAZ, a.a.O. FN 1, S. 19.

²²⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 1 DSG.

²³⁰ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1987/2016 vom 6. September 2016 E. 7.5.

²³¹ Vgl. zum Beweisobjekt im ZEMIS-Berichtigungsverfahren auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1987/2016 vom 6. September 2016 E. 4.2. Das Gericht gelangt in E. 7.7 zum Schluss, dass die besonderen Beweisregeln des Asylverfahrens in ZEMIS-Berichtigungsverfahren nicht zur Anwendung gelangen. Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7011/2016 vom 19. Januar 2017 E. 5.4 ist zu lesen: «*da im ZEMIS das tatsächliche beziehungsweise das wahrscheinlichste Geburtsdatum der erfassten Personen aufgeführt werden soll (E. 4.3 ff.), interessiert nicht das Mindestalter*». Anders im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3080/2016 vom 26. Januar 2017, wo zwar auch betont wird, dass das gemäss Altersgutachten «statisch wahrscheinlichste Alter» (E. 7.2.3) von Belang sei. In diesem Urteil legt das Bundesverwaltungsgericht das Alter der asylsuchenden Person jedoch (m.E. korrekterweise) in Übereinstimmung mit deren Mindestalter fest (E. 7. 4).

zwecks Berichtigung von Personendaten – nicht zusätzlich die Richtigkeit der Volljährigkeit der gesuchstellenden Person beweisen (...).²³²

2.3. Vorrang des asylrechtlichen Verfahrens?

[Rz 110] Will eine asylsuchende Person eine unrechtmässige Altersanpassung im Asylverfahren anfechten, kann diese ein Gesuch um Berichtigung von ZEMIS-Daten stellen. Das ZEMIS-Berichtigungsverfahren weist inhaltlich zwar einen engen Bezug zur asylrechtlichen Altersbestimmung auf. *Formell* betrachtet handelt es sich jedoch um ein *separates Verfahren*. Aufgrund dieser Ausgangslage stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie diese beiden *Verfahren zu koordinieren* sind. Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts lässt in der Tendenz erkennen, dass der Behandlung laufender asylrechtlicher Dublin-Zuständigkeitsverfahren *Priorität*²³³ beigemessen wird: «(...) ein Vorrang von solchen datenschutzrechtlich motivierten Verfahren aus rechtlicher Sicht *weder notwendig noch opportun* erscheint»²³⁴. Das Bundesverwaltungsgericht begründet dies in vorzitiertem Urteil weiter (E. 2.3): «Würde nun die Beantwortung der Frage der Minderjährigkeit einer Person im Asylverfahren im Sinne einer Regel vom Ausgang des Verfahrens betreffend die Berichtigung ihres Geburtsdatums im ZEMIS abhängig gemacht(...), würde man die im Asylverfahren herrschenden Beweislastregeln gänzlich aushebeln. Dies würde einer Unterordnung der asylrechtlichen Logik unter die datenschutzrechtliche gleichkommen, was kaum dem Sinn des einen noch des anderen Gesetzes entsprechen dürfte (...).»

2.4. Stellungnahme

a. Kompensatorische Funktion des Datenschutzes

[Rz 111] Aus Sicht der asylsuchenden Person liegen die Vorteile eines Vorgehens nach dem ZEMIS-Berichtigungsverfahren auf der Hand. *Einerseits* kann so eine allenfalls unrechtmässige Altersanpassung auch während eines laufenden Asylverfahrens einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden. *Andererseits* muss die Behörde begründen, weshalb das von ihr im ZEMIS geführte Geburtsdatum zumindest wahrscheinlicher ist, als das gemäss beantragter Änderung vorgebrachte Geburtsdatum. *Zuletzt* steht der asylsuchenden Person im Bereich des Datenschutzes auch der Rechtsweg an das Bundesgericht offen.²³⁵ Theoretisch gesehen ist das ZEMIS-Berichtigungsverfahren geeignet, den *de lege lata* fehlenden asylrechtlichen Rechtsschutz gegen Altersanpassungen zumindest teilweise zu kompensieren. Das Gesagte gilt *de facto* aber nur dann, wenn die rechtsanwendende Behörde (SEM) auf ein gestelltes ZEMIS-Berichtigungsbegehren *in angemessener Frist* reagiert, indem das gestellte Begehren *in Verfügungsform* abgelehnt oder

²³² Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-6883/2016 vom 28. November 2016 E. 2.3.

²³³ Gerade im Dublin-Verfahren liegen die Vorteile einer Minderjährigkeit aufgrund von Art. 8 Abs. 4 Dublin III-Verordnung auf der Hand, weshalb der Überprüfung von Altersanpassungen darin besonders Gewicht zukommt. Eine Priorisierung des Dublin-Verfahrens hat zur Folge, dass das ZEMIS-Berichtigungsverfahren u.U. bei Beendigung Dublin-Verfahren noch gar nicht behandelt wurde, da die asylsuchende Person womöglich schon in den zuständigen Dublin-Staat ausgeschafft wurde. Ein Rechtsschutzinteresse besteht in Anbetracht einer drohenden Persönlichkeitsverletzung auch in diesen Fällen fort, da die allenfalls falschen Daten im ZEMIS weitergeführt werden.

²³⁴ Urteile des Bundesverwaltungsgerichts E-6883/2016 vom 28. November 2016 E. 2.3, E-7720/2016 vom 22. Dezember 2016 E. 4.2.1, E-7721/2016 vom 21. Dezember 2016 E. 3.3, E-7798/2016 vom 12. Januar 2017 S. 7.

²³⁵ Vgl. CORBAZ, a.a.O. FN 1, S. 19.

gutgeheissen wird. M.E. bestehen gewichtige Gründe von einer *angemessenen, aber* – in Anbetracht der auf dem Spiel stehenden Interessen – *kurzen Frist* auszugehen.²³⁶

b. Wenn schon: datenschutzrechtlicher Vorrang

[Rz 112] In Berücksichtigung der Umstände, dass eine unrechtmässige Altersanpassung das Kindeswohl gefährdet, ist eine prioritäre Behandlung von asylrechtlichen Dublin-Zuständigkeitsverfahren m.E. nicht vereinbar mit dem allgemeinen Grundsatz des Datenschutzes, wonach die Bearbeitung falscher Daten eine Persönlichkeitsverletzung darstellt²³⁷ und im Falle einer unrichtigen Bearbeitung von Personendaten aus datenschutzrechtlicher Sicht ein *absoluter und uneingeschränkter Anspruch auf Berichtigung* besteht.²³⁸ Zudem hält Art. 4 Abs. 1 DSGVO fest, dass Personendaten nur rechtmässig bearbeitet werden dürfen, was m.E. auch im asylrechtlichen Dublin-Zuständigkeitsverfahren zu gelten hat. Dafür spricht insbesondere, dass auch die Eurodac-VO²³⁹ die Möglichkeit vorsieht, unrichtige Daten korrigieren bzw. unrechtmässig verarbeitete Daten löschen zu lassen (vgl. Art. 29 Abs. 1 lit. e Eurodac-VO).²⁴⁰ Daraus kann gefolgert werden, dass (auch) im Kontext von Dublin-Zuständigkeitsverfahren einzig korrekte Personendaten verwendet werden dürfen. Aufgrund des Gesagten ist, wenn schon der Vorrang eines datenschutzrechtlichen Bereinigungsverfahrens als *«notwendig und opportun»* zu erachten.

c. Inskünftig: bessere Koordination der Verfahren

[Rz 113] M.E. sollten das asylrechtliche Verfahren sowie das Verfahren auf ZEMIS-Datenbereinigung inskünftig *besser koordiniert* werden.²⁴¹ Erklärtes Ziel sollte es dabei sein, dass asylrechtliche Altersbestimmungen den datenschutzrechtlichen Anforderungen von Beginn weg

²³⁶ Aufgrund der auf dem Spiel stehenden gewichtigen und nicht wieder gutzumachenden Kindesinteressen sollte m.E. das Vorliegen einer Rechtsverzögerung bzw. Rechtsverweigerung nach einem gestellten ZEMIS-Berichtigungsbegehren innert kurzer Frist angenommen werden. Für eine *kurze Frist spricht* insbesondere, dass ZEMIS-Berichtigungsbegehren aufgrund der klaren Beweislastverteilung *nicht besonders komplex sind* und eine unrechtmässige Altersanpassung neben der Gefährdung des Kindeswohls für die betroffene Person auch eine *Persönlichkeitsverletzung* darstellt. Vgl. zum Ganzen auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-8081/2016 vom 13. Januar 2017, wo das BVGer hinsichtlich einer beim SEM verlangten ZEMIS-Verfügung explizit auf die Möglichkeit einer Rechtsverzögerungsbeschwerde hinweist (S. 5), da sich das SEM zuvor auf den Standpunkt stellte, die Altersanpassung sei mit dem Endentscheid anfechtbar. Eine Rechtsverzögerungs-/Rechtsverweigerungsbeschwerde wurde im erwähnten Fall sodann auch erhoben und mit Abschreibungsentscheid E-548/2017 vom 9. Februar 2017 als gegenstandslos abgeschrieben, da das SEM nach Erhebung der Rechtsverzögerungsbeschwerde urplötzlich im Stande war zu verfügen. In diesem Fall wurden innerhalb von weniger als vier Monaten 4 Gesuche um Berichtigung der ZEMIS-Daten bzw. um Erlass einer ZEMIS-Verfügung gestellt, weshalb im Abschreibungsentscheid (s. 4) zu lesen ist: *«dass die Gegenstandslosigkeit durch das SEM verursacht worden ist und im Übrigen der Rechtsverzögerungs-/verweigerungsbeschwerde durchaus Erfolg beschieden gewesen wäre»*.

²³⁷ Vgl. Art. 12 DSGVO, Urteil des Bundesgerichts 1A.6/2001 vom 2. Mai 2001 E. 2a.

²³⁸ JAN BANGERT, Art. 25 N 48, in: Maurer-Lambrou/Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 2014. Vgl. statt vieler auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1987/2016 vom 6. September 2016 E. 7.3, A-7011/2016 vom 19. Januar 2017 E. 4.2. Ferner Urteil des Bundesgerichts 1C_224/2014 vom 25. September 2014 E. 3.1.

²³⁹ Verordnung (EU) Nr. 603/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über die Einrichtung von Eurodac für den Abgleich von Fingerabdruckdaten zum Zwecke der effektiven Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (...). <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex%3A32013R0603>, Website zuletzt besucht am 8. März 2017.

²⁴⁰ Das Verfahren richtet sich nach Art. 30 Eurodac-VO, wonach nach Massgabe des jeweiligen nationalen Rechts die Rechtmässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten durch den betreffenden Mitgliedstaat einschliesslich der Übermittlung dieser Daten an das Zentralsystem unabhängig überwacht werden muss.

²⁴¹ De lege lata erscheint es m.E. vorwiegend wichtig, dass ZEMIS-Berichtigungsbegehren innert kurzer Frist in Verfüngsform behandelt werden.

genügen.²⁴² Eine sachgerechte Lösung wäre *de lege ferenda* darin zu erblicken, dass die Altersanpassung einer asylsuchenden Person in Ergänzung von Art. 107 Abs. 2 AsylG als selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung qualifiziert würde.²⁴³ Diese Zwischenverfügung müsste sich in Vornahme einer *Gesamtwürdigung* einerseits dazu äussern, ob es der asylsuchenden Person aus *asylrechtlicher Perspektive* gelungen ist ihre Minderjährigkeit glaubhaft zu machen. Andererseits müsste in der Zwischenverfügung auch begründet werden, weshalb aus *datenschutzrechtlicher Sicht* das im ZEMIS geführte Geburtsdatum das wahrscheinlichste bzw. das wahrscheinlichere ist. Diese Vorgehensweise würde sicherstellen, dass die Rechtmässigkeit einer asylrechtlichen Altersanpassung durch die betroffene Person zeitnah einer *gerichtlichen Überprüfung* unterzogen werden könnte. Zudem würde so *von Beginn weg* gewährleistet, dass im Asylverfahren die Daten korrekt bearbeitet werden, wobei es sich dabei nach meinem Verständnis um zwei rechtsstaatliche Selbstverständlichkeiten handeln sollte.

VI. Schluss

1. Zur asylrechtlichen Altersbestimmung

1.1. Allgemein: fehlende gesetzliche Normierung

[Rz 114] Einleitend wird die These gewagt, dass es aufgrund der aktuellen Praxis des SEM möglich ist, dass in Abhängigkeit des zuständigen EVZ und der Ermessensausübung im Einzelfall das Ergebnis der Altersbestimmung ein und derselben asylsuchenden Person unterschiedlich ausfallen könnte.²⁴⁴ Unbesehen der vorangehenden Vermutung kann der Umstand, dass nicht alle EVZ die gleichen Methode der Altersbestimmung verwenden und das Ermessen der Fachspezialist*innen im Einzelfall derart weit ist, dass dieses teilweise *rechtsfehlerhaft* sowie *rechtsungleich* ausgeübt wird, als erhärtete Tatsache bezeichnet werden.²⁴⁵ Die Abwesenheit allgemeiner Normen zur Altersbestimmung *begünstigt* die aktuell rechtsungleiche Praxis der Altersbestimmung. In Anbetracht der zahlreichen und gewichtigen Rechtsfolgen, welche an das Alter einer asylsuchenden Person geknüpft sind²⁴⁶ und des Umstandes, dass eine unrechtmässige Altersanpassung für die betroffene asylsuchende Person weitreichende Nachteile zeitigt, sollten die Grundzüge und Grundsätze der Altersbestimmung²⁴⁷ m.E. *de lege ferenda* formell-gesetzlich verankert werden.²⁴⁸ Aufgrund der *de lege lata* fehlenden gesetzlichen Bestimmungen zur Altersbestimmung wäre es m.E. dringend angezeigt, dass das SEM durch den Erlass von (ermessenseinschränken-

²⁴² So könnte auch verhindert werden, dass eine im Asylverfahren vorgenommene, womöglich unrechtmässige Altersanpassung, mit den Mitteln des Datenschutzrechtes angefochten werden muss. So müssten auch nicht zwei, zwar eng verknüpfte, aber doch getrennte Verfahren mit unterschiedlichen Beweisregeln und Instanzenzügen geführt werden, was sowohl aus verfahrensökonomischer Sicht als auch aus Sicht des Betroffenen ungünstig ist.

²⁴³ Vgl. hierzu weiter oben bei III., 3., 3.3.

²⁴⁴ Namentlich, dass das Alter der betreffenden asylsuchenden Person unverändert beibehalten, ein medizinisches Altersgutachten angeordnet oder die betreffende Person «direkt» volljährig gemacht wird.

²⁴⁵ Vgl. hierzu weiter oben bei III., 3., 3.2.

²⁴⁶ Beispielhaft seien hier nochmals die Relevanz des Alters in Dublin-Zuständigkeits-Verfahren und die Berücksichtigung der besonderen Aspekte der Minderjährigkeit im Asylverfahren erwähnt.

²⁴⁷ So etwa die verwendete Methodik der Altersbestimmung, die Beachtung des Kindeswohls oder des Grundsatzes in dubio pro minore sowie des Rechtsschutzes.

²⁴⁸ Das Gesagte gilt auch insbesondere auch deshalb, weil eine unrechtmässige Altersanpassung an sich als Grundrechtseingriff qualifiziert werden kann. Siehe hierzu weiter oben bei III., 3., 3.4.

den) *Richtlinien ein einheitliches und verbindliches Konzept zur Gewährleistung einer im Einzelfall rechtsgleichen und rechtssicheren Praxis* der rechtlichen Altersbestimmung erarbeitet.

1.2. Im Einzelfall: kindsgerechte Gesamtwürdigung

[Rz 115] De facto existiert bis heute keine hinreichend zuverlässige wissenschaftliche Methode zur Bestimmung des chronologischen Alters eines Menschen. Die rechtliche Altersbestimmung trägt diesem Umstand richtigerweise Rechnung, indem eine *Gesamtwürdigung* sämtlicher Anhaltspunkte i.S.v. EMARK 2004 Nr. 30 nach wie vor vorzunehmen ist, wobei dieser Leitentscheid nach Ansicht des Schreibenden in verschiedenen Punkten als *überholt*²⁴⁹ zu bezeichnen ist. Dem vorrangig zu beachtenden Kindeswohl sowie dem Grundsatz im Zweifel für die Minderjährigkeit sollten m.E. weitergehende Beachtung geschenkt werden, indem die asylrechtliche Altersbestimmung im Einzelfall gestützt auf eine *kindsgerechte Gesamtwürdigung*²⁵⁰ vorgenommen wird. In Beachtung des vorrangig zu beachtenden Kindeswohls sollte bei Hinweisen auf eine Volljährigkeit zu Gunsten der asylsuchenden Person auch ihr geistiger *Entwicklungsstand* als *Anhaltspunkt* in die Gesamtwürdigung einbezogen werden. Die Vornahme einer kindsgerechten Gesamtwürdigung erfordert bspw. aber auch, dass dem Grundsatz im Zweifel für die Minderjährigkeit folgend das äussere Erscheinungsbild auch innerhalb der Alterskategorie von 15-25 Jahren als *Anhaltspunkt zu Gunsten* einer vorgetragenen Minderjährigkeit beigezogen werden kann.²⁵¹ Bestehen nach Vornahme einer kindsgerechten ersten Gesamtwürdigung keine (*m.E. hinreichend begründbare*) Hinweise auf eine Volljährigkeit, ist das von der asylsuchenden Person *vorgetragene Alter unverändert zu belassen*.²⁵²

²⁴⁹ Er äussert sich nicht zum Gewicht einer 4-Punkte-Analyse innerhalb der vorzunehmenden Gesamtwürdigung. Der Frage der *Altersbestimmung im Dublin-Kontext* konnte der ältere Leitentscheid auch noch gar nicht Rechnung tragen. Zur heute vermehrt geforderten Berücksichtigung des Entwicklungsstandes einer Person, zum Stellenwert des *Kindeswohls* und zur Tragweite des im schweizerischen Asylrecht ungeschriebenen aber heute anerkannten Grundsatzes *in dubio pro minore* enthält der Leitentscheid ebenfalls keine Erwägungen.

²⁵⁰ Vgl. hierzu weiter III., 2., 2.4. So sollte zu Gunsten einer asylsuchenden Person auch ihr geistiger *Entwicklungsstand* als *Anhaltspunkt* in die *Gesamtwürdigung* einbezogen werden. Zudem sind die einzelfallspezifischen kognitiven Fähigkeiten (insb. mathematische Fähigkeiten im Hinblick auf die Altersfragen) sowie dem kulturelle Kontext im Heimatland im Rahmen der Gesamtwürdigung durch die besonders geschulten Fachspezialist*innen *tatsächlich* und angemessen zu berücksichtigen. Anlässlich der Gesamtwürdigung zwecks Altersbestimmung sollten m.E. einzig (sofern vorhanden) widersprüchliche Aussagen, die gegen das vorgetragene Alter sprechen berücksichtigt werden. Die allgemeine persönliche Glaubwürdigkeit einer asylsuchenden Person bei der Altersbestimmung auszuklammern rechtfertigt sich einerseits, weil erwachsene und minderjährige Personen gleichermaßen im Stande sind widersprüchliche oder unglaubhafte Angaben zu machen und aus diesen kein Rückschluss auf das Alter der asylsuchenden Person gemacht werden und andererseits aufgrund des Umstandes, dass andernfalls eine asylsuchende Person für ihre persönliche Unglaubwürdigkeit mit einer Altersanpassung pönalisiert werden könnte.

²⁵¹ Dieser aus dem vorrangig zu beachtenden Kindeswohl abgeleitete im schweizerischen Asylrecht ungeschriebene aber anerkannte Grundsatz zeitigt weitgehende Folgen. Im Zweifel für die Minderjährigkeit bedeutet bspw. auch, dass bei der Auslegung von Ergebnissen von medizinischen Altersgutachten eine Übereinstimmung des angegebenen Alters mit dem festgestellten Mindestalter als Hinweis für eine vorgetragene Minderjährigkeit verstanden wird. Oder dass bei einem fiktiven Geburtsdatum, wenn schon der letzte Tag des betreffenden Jahres gewählt wird. Vgl. hierzu FN 114.

²⁵² Andernfalls richtet sich das weitere Vorgehen nach Schritt 2 des Prüfschemas, vgl. hierzu weiter oben bei IV., 5., 5.3.

2. Mangelhafter Rechtsschutz

2.1. De lege lata: kompensatorische Funktion des Datenschutzes

[Rz 116] *Behördliche Altersanpassungen* dienen öffentlichen Interesse, der Missbrauchsbekämpfung und dem Schutz der guten Entwicklung aller «echten» UMA. *Unrechtmässige Altersanpassungen* bewirken für die betroffene asylsuchende Person einen Grundrechtseingriff und *nicht wiedergutzumachende Nachteile*. M.E. liegt das *Hauptproblem* nicht im Umstand, dass es teilweise zu unrechtmässigen Altersbestimmungen kommt, sondern viel mehr in der Tatsache, dass dagegen *kein selbstständiges Rechtsmittel* ergriffen werden kann. Der fehlende Rechtsschutz verunmöglicht eine zeitnahe gerichtliche Überprüfung einer Altersanpassung. *De lege lata* wird diese stossende Ausgangslage durch die Möglichkeit zur Einleitung eines vom Asylverfahren unabhängigen ZEMIS-Datenbereinigungsverfahrens zumindest teilweise kompensiert, indem es der von einer unrechtmässigen Altersanpassung betroffenen Person – unabhängig vom Stand ihres Asylverfahrens – möglich ist zu beweisen, dass das von ihr behauptete Geburtsdatum wahrscheinlicher sei als das vom SEM im ZEMIS geführte Geburtsdatum. *De facto* verlangt dies jedoch, dass das SEM Gesuche um ZEMIS-Datenbereinigung innerhalb einer angemessenen aber *kurzen Frist in Verfügungsform* entscheidet. Hierfür spricht, dass unrechtmässige Altersanpassungen das Kindeswohl beeinträchtigen, aus datenschutzrechtlicher Sicht eine Persönlichkeitsverletzung darstellen und folglich die privaten Interessen an einer schnellen Berichtigung hoch sind, zumal ZEMIS-Datenbereinigungsverfahren aufgrund der klaren Beweislastverteilung umgekehrt als weder besonders komplex noch zeitaufwändig zu bezeichnen sind.

2.2. De lege ferenda: Anpassung von Art. 107 Abs. 2 AsylG

[Rz 117] M.E. sollten Altersanpassungen im Asylverfahren als Zwischenverfügungen qualifiziert werden, da diese für die betroffenen Personen erhebliche Rechtswirkungen zeitigen und mithin geeignet sind, nicht wiedergutzumachende Nachteile zu bewirken.

[Rz 118] Aufgrund des Gesagten erscheint *de lege ferenda* zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes gegen allenfalls unrechtmässige Altersanpassungen eine Ergänzung von Art. 107 Abs. 2 AsylG *geboten*, wonach Altersanpassungen im Asylverfahren als selbstständig anfechtbare Zwischenverfügungen gelten. Hierfür spricht insbesondere, dass dadurch die asylrechtliche Altersbestimmung und das ZEMIS-Berichtigungsverfahren besser koordiniert wären. Einer solchen Zwischenverfügung müsste hierbei eine *«Doppelnatur»* zukommen, indem diese einerseits aus *asylrechtlicher Sicht* und in Vornahme einer kindsgerechten Gesamtwürdigung darlegen würde, weshalb es der asylsuchenden Person nicht gelungen sei, ihre Minderjährigkeit glaubhaft zu machen. Aufgrund der bestehenden datenschutzrechtlichen Vorgaben müsste diese Zwischenverfügung zudem darlegen, weshalb das vom SEM geführte Geburtsdatum wahrscheinlicher sei als das von der asylsuchenden Person geltend gemachte. Diesem Vorschlag folgend könnten «zwei Fliegen auf einen Streich» geschlagen werden, indem ein effektiver Rechtsschutz gegen unrechtmässige Altersanpassungen geschaffen und zudem gewährleistet würde, dass aus datenschutzrechtlicher Sicht Personendaten einer asylsuchenden Person während dem gesamten Asylverfahren rechtmässig bearbeitet werden.

3. Zu den medizinisch-forensischen Altersgutachten

3.1. Beachtung der bestehenden gesetzlichen Grundlage

[Rz 119] Aufgrund der bestehenden medizinischen Bedenken und der umstrittenen Eignung erscheint es angemessen, dass auch die Ergebnisse von Altersgutachten nach der 4-Punkte-Methode im Rahmen der Gesamtwürdigung bloss als Anhaltspunkte berücksichtigt werden und diesen m.a.W. nicht allzu viel Gewicht eingeräumt wird.²⁵³ Das allgemeine Problem einer divergierenden und rechtsungleichen *Praxis der Altersbestimmung* spiegelt sich spezifisch in der ebenfalls divergierenden und rechtsungleichen behördlichen Praxis zur Anordnung von medizinischen Altersgutachten wieder. Im Unterschied zu der allgemeinen Methodik der Altersbestimmung besteht für die Anordnung eines Altersgutachtens mit Art. 17 Abs. 3^{bis} eine *formell gesetzliche Grundlage*, wobei diese von den verschiedenen EVZ auch tatsächlich berücksichtigt werden muss. Die in gewissen EVZ bestehende Praxis medizinische Altersgutachten ohne vorgängige Begründung und Hinweise auf eine Volljährigkeit vor der BzP, einzig zur Erlangung von möglichen Hinweisen auf eine Volljährigkeit, verstossen gegen die Vorgaben des SEM und den Wortlaut von Art. 17 Abs. 3^{bis} AsylG.

3.2. De lege lata: Vereinheitlichung der Praxis durch Richtlinien

[Rz 120] Die de lege lata unzureichende gesetzliche Normierung rund um den Erlass von medizinischen Altersgutachten hat zur Folge, dass eine einheitliche Praxis heute nicht erkennbar ist.

[Rz 121] De lege lata sollte das SEM durch den Erlass von *Richtlinien ein einheitliches und verbindliches Konzept* zum Umgang mit medizinischen Altersgutachten erlassen. In Anbetracht des vorrangig zu beachtenden Kindeswohls und dem Grundsatz in dubio pro minore sowie im Interesse der Rechtssicherheit und der Rechtsgleichheit erscheint dies dringend angezeigt, denn der aktuelle Zustand ist als unhaltbar zu bezeichnen. So werden in manchen EVZ Handröntgenanalysen in gesetzeswidriger Weise durchgeführt, wo hingegen im EVZ Vallorbe diese Massnahme gar nie zur Anwendung kommen kann. Die Methode der Altersbestimmung sollte aus Gründen der Rechtsgleichheit nicht im Ermessen des jeweiligen EVZ liegen dürfen, weshalb durch Richtlinien gewährleistet werden muss, dass zumindest in allen EVZ bei *gleichen Voraussetzungen* auch die *gleichen Methoden* zur Anwendung gelangen. Durch eine solche Richtlinie müsste auch sichergestellt werden, dass die mangels Eignung und geringerem Beweiswert (mittlerweile untauglich und unverhältnismässig gewordene) Knochenaltersanalyse nicht mehr angeordnet wird und wenn schon bei im Einzelfall erfüllten Anwendungsvoraussetzungen einzig Altersgutachten nach der 4-Punkte-Analyse angeordnet werden. In Anbetracht der erheblichen Nachteile, welche eine ungerechtfertigte Behandlung als volljährige Person nach sich zieht, sollte durch solche Richtlinien zudem eine Einschränkung des Ermessens im Einzelfall vorgenommen werden, indem eine schweizweit einheitliche und kinderrechtskonforme Auslegung des Vorliegens von Hinweisen i.S.v. Art. 17 Abs. 3^{bis} AsylG gewährleistet wird.

²⁵³ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-6422/2016 vom 10. Januar 2017 E. 5.5.

3.3. De lege ferenda: Anpassung der gesetzlichen Grundlage

[Rz 122] Der allzu unbestimmte Art. 17 Abs. 3bis AsylG sollte m.E. *de lege ferenda* angepasst werden, da «Hinweise» eine zu unbestimmte Anwendungsvoraussetzung für die Anordnung eines Altersgutachtens und mithin eines eher schweren Grundrechtseingriffs darstellen. In Beachtung des Kindeswohls sollten «Hinweise» m.E. restriktiv und einheitlich als *hinreichend begründbare Hinweise* am vorgetragenen Alter ausgelegt werden.

[Rz 123] Aus Gründen der Gesetzesmässigkeit sollten die gesetzlichen Grundlagen von Art. 17 Abs. 3bis AsylG i.V.m. Art. 7 AsylV1 aufeinander abgestimmt, inhaltlich detaillierter und bestimmter ausgestaltet und dabei zur Gewährleistung eines europäischen Standards im Bereich der medizinischen Altersbestimmung an Art. 25 Ziff. 5 der Verfahrensrichtlinie angeglichen werden. In hinreichend bestimmter Weise sollten die angepassten und neu geschaffenen Gesetzesbestimmungen die Voraussetzungen zur Anordnung, die verwendete Methode, die damit verbundenen Grundrechtseingriffe sowie die Frage nach dem Rechtsschutz klären. Ausführende Bestimmungen zum Ablauf des Altersgutachtens könnten auf Verordnungsstufe konkretisiert werden. Eine ausreichend bestimmte formell-gesetzliche Grundlage wäre der rechtsgleichen Rechtsanwendung sowie der Rechtssicherheit dienlich, da die behördliche Praxis der Anordnung von medizinischen Altersgutachten dem Erfordernis der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns so eher genügen würde.

3.4. Im Einzelfall: zweifach beschränktes Ermessen

[Rz 124] Ein medizinisches Altersgutachten greift in den Schutzbereich verschiedener Grundrechte ein, weshalb im Einzelfall sorgfältig zu prüfen ist, ob die Anordnung eines Altersgutachtens verfassungskonform ist. Vom Schreibenden wird dazu ein Vorgehen nach dem kaskadenartig gestuften Prüfschema vorgeschlagen.²⁵⁴ Die Kann-Bestimmung von Art. 17 Abs. 3bis AsylG stellt die Anordnung eines Altersgutachtens im Einzelfall ins Rechtsfolgeermessen der involvierten Person. Bei näherer Betrachtung entpuppt sich das vermeintlich weite Ermessen jedoch als blosses Pseudo-Ermessen, da dieses durch gewichtige übergeordnete Interessen eingeschränkt wird.

a. Hohe Anforderungen an das Vorliegen von Hinweisen

[Rz 125] Das Kindeswohl und der Anspruch auf körperliche Unversehrtheit der betroffenen Person beschränken das *Ermessen zur Anordnung* eines medizinischen Altersgutachtens im Einzelfall wesentlich. Da ein medizinisches Altersgutachten zudem geeignet ist, einen schweren Grundrechtseingriff zu bewirken, sind m.E. die Anforderungen der Begründungsdichte zur Anordnung eines medizinischen Altersgutachtens im Einzelfall hoch anzusetzen. Bei Missachtung dieser Vorgaben handelt es sich um ein *gesetzeswidrig* erlangtes Beweismittel, welches dem Verbot der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel unterliegt.

²⁵⁴ Vgl. ausführlicher zum Ganzen weiter oben IV., 5., 5.3.

b. Kein Ermessen zur Nichtanordnung

[Rz 126] Sofern im Einzelfall hinreichend begründbare Hinweise auf eine Volljährigkeit auszumachen sind, besteht m.E. *kein Ermessen zur Nichtanordnung* eines medizinischen Altersgutachtens. In diesen Fällen verlangen es das Kindeswohl, der Grundsatz im Zweifel für die Minderjährigkeit sowie der Untersuchungsgrundsatz, dass die Behörde die Ergebnisse eines medizinischen Altersgutachtens nach der 4-Punkte-Analyse als Anhaltspunkt in eine kindsgerechte Gesamtwürdigung miteinbeziehen. Aufgrund des Gesagten ist m.E. – als zwingender Zwischenschritt vor einer allfälligen Altersanpassung – der gültig informierten asylsuchenden Person die Durchführung eines Altersgutachtens nach der 4-Punkte-Analyse in Aussicht zu stellen.²⁵⁵ Die Durchführung eines Altersgutachtens erfolgt in diesen Fällen im Interesse der asylsuchenden Person, da die Ergebnisse eines medizinischen Altersgutachtens u.U. die bestehenden (hinreichend begründbaren) «Hinweise» auf eine Volljährigkeit zu relativieren vermögen.

4. Zitat zum Schluss

«Die Methoden der Altersbestimmung sind höchst umstritten. Einerseits als objektives und unbeeinflusstes Verfahren betrachtet, wird es andererseits aufgrund der hohen Schwankungsbreite als nicht brauchbar beurteilt. In der Entscheidungsfindung steht insbesondere der als «objektiv» erachtete Experte und medizinische Sachverständige im Vordergrund. Mögliche Defizite der Methoden werden durch entsprechende Berufserfahrung und Wissen auszugleichen versucht. Wissenschaftliches Wissen wird zur Lösung von Altersfragen und insbesondere zur Legitimierung der politischen und rechtlichen Entscheidung eingesetzt. Dabei erwecken insbesondere Quantifizierungen, Messungen und bildgebende Verfahren Glaubhaftigkeit. Wissenschaftliche Methoden der Altersbestimmung sind jedoch in ihrem jeweiligen gesellschaftspolitischen Umfeld zu sehen und zu verstehen. Wissenschaftler bzw. durchführende Organe der Altersbestimmung werden mitunter durch ihre eigene soziale und institutionelle Situierung sowie ihre kulturelle Partikularität und ihr «implizites Wissen» (tacit knowledge) geleitet. Wie viele «Fehler» und Standardabweichungen der Methoden «akzeptiert» werden bzw. wie präzise die Beurteilung eines Menschen zu erfolgen hat, ist letztlich auch vor dem Hintergrund einer rationalen ökonomischen und gesellschaftspolitischen Abwägung zu sehen».²⁵⁶

[Rz 127] Das vorangehende Zitat ruft in Erinnerung, dass zur Legitimierung von rechtlichen Entscheiden (m.E. vermehrt) auf für Juristen nur schwerlich verifizierbares wissenschaftliches Expertenwissen gesetzt wird. Hierbei ist zu berücksichtigen und anzuerkennen, dass eine genaue Bestimmung des chronologischen Alters einer Person bis heute nicht möglich ist. Daraus sind aus juristischer Sicht die richtigen Schlüsse zu ziehen. Dies heisst einerseits, dass den bestehenden wissenschaftlichen Methoden im Rahmen der asylrechtlichen Altersbestimmung nicht zu viel

²⁵⁵ In Anbetracht eines drohenden Grundrechtseingriffs mit zweifelhafter Eignung sollte es der betroffenen Person aber freistehen ohne weitergehende verfahrensrechtliche Konsequenzen auf die Teilnahme verzichten zu können. Vgl. zum Ganzen weiter oben IV., 5., 5.3.

²⁵⁶ PINKL, a.a.O. FN 32, S. 560.

Gewicht eingeräumt werden sollte. Andererseits bedeutet dies, dass die asylrechtliche Altersbestimmung im Einzelfall die Vornahme einer rechtlich korrekten und kindgerechten Gesamtwürdigung verlangt, wobei es das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen gilt. Die asylrechtliche Altersbestimmung bleibt somit eine verantwortungsvolle Herausforderung, die in Anbetracht der gewichtigen auf dem Spiel stehenden Interessen im Einzelfall durch einen Menschen wahrgenommen werden muss.

JOËL OLIVIER MÜLLER ist Rechtsanwalt und arbeitet Teilzeit als Rechtsvertreter im Testbetrieb des Verfahrenszentrums Zürich.

Der vorliegende Beitrag gibt die persönliche Ansicht des Autors wieder und nicht zwingend diejenige seines Arbeitgebers.