

Gutachten

zu Rechtsproblemen von SOS-Kinderdorf – Österreich mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen

Öffentlich-rechtlicher Teil von Univ.-Prof. Dr. Karl Weber und Univ.-Ass. Mag.^a Stephanie Jicha, Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre, Universität Innsbruck.

Privatrechtlicher Teil von Univ.-Prof. Dr. Michael Ganner, Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck.

Inhaltsübersicht

I.	Fragestellungen	3
II.	Begriff des unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings (UmF)	5
	A. Bundesrecht	5
	B. Landesrecht	5
	C. Europarecht	6
III.	Unionsrechtliche Vorgaben und Verpflichtungen	6
	A. Richtlinien	7
	1. Verpflichtungen aus der Richtlinie 2013/33/EU (Aufnahmerichtlinie)	7
	2. Verpflichtungen aus der Richtlinie 2013/32/EU (Asylverfahrensrichtlinie)	8
	3. Verpflichtungen aus der Richtlinie 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie)	10
	4. Verpflichtungen aus der Richtlinie 2011/95/EU (Statusrichtlinie)	10
	B. Verordnungen	11
	C. Umsetzung	12
IV.	Völkerrechtliche Grundlage – die Kinderrechtskonvention	13
V.	Kompetenzrechtliche Analyse	15
VI.	Grundrechtliche Fragen	16
	A. Das BVG-Kinderrechte	16
	B. Die EMRK	20
VII.	Zwischenergebnis	21
VIII.	Grundversorgung und Mindestsicherung	22
	A. Allgemeines	22
	B. Die Grundversorgung	24
IX.	Die Kinder- und Jugendhilfe	28
	A. Allgemeines	28
	B. Landes-Kinder- und Jugendhilfegesetze	30
	C. Konkrete Aufgaben und Ziele der Kinder- und Jugendhilfe	34
	D. Grundversorgung als lex specialis zu den Kinder- und Jugendhilfegesetzen?	38

E. Privatrechtliche Ansprüche	40
X. Obsorge	41
A. Begründung der Obsorge	42
1. Ex lege	42
2. Pflegschaftsgerichtliche Übertragung	43
a) ABGB	43
b) HSMA	43
B. Pflege und Erziehung	45
XI. Vertretung und eigene Handlungsfähigkeit von Minderjährigen	47
A. Asylrecht	47
B. Zivilrecht	48
C. Prozessfähigkeit von Minderjährigen	49
XII. Unterhaltsansprüche	51
A. Allgemein	51
B. Gegen den Kinder- und Jugendhilfeträger	51
C. Unterhaltsvorschusspflicht des Staates?	53
XIII. Durchsetzung von Ansprüchen von UmF	54
A. Anspruch auf Bestellung eines Obsorgeberechtigten	54
B. Ansprüche gegen den KJHTr	55
XIV. Ersatz von Aufwendungen Dritter	57
A. Verwendungsanspruch gemäß § 1042 ABGB	57
B. Leistungen aus Vertrag	58
C. Vertrag SOS-Kinderdorf und Land Tirol am Beispiel BIWAK - Bruckergasse	59
1. Leistungsvertrag	59
2. Leistungsrelevante Bestimmungen des Tiroler Grundversorgungsgesetzes	61
3. Betreuungskonzept des SOS-Kinderdorf / BIWAK (BRUCKERGASSE)	63
4. Schlussfolgerungen	64
D. Vertrag SOS-Kinderdorf und Land Niederösterreich (Ebreichsdorf)	65
XV. Deutschland	67
XVI. Conclusio und kurze Beantwortung der Gutachtensfragen im Einzelnen	70
1. Ist der faktische Ausschluss der UmF von den Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe gesetzeskonform?	70
2. Welche individualrechtlichen Ansprüche ergeben sich für UmF aus mangelnder/verzögerter Obsorgeübernahme und unzureichender Obsorgeverantwortung (Mangel an sozialpädagogischer Betreuung, therapeutischer Mehrbedarf etc.) durch den Kinder- und Jugendhilfeträger?	71
3. Lassen sich einklagbare Ansprüche von Minderjährigen auf Mehrleistungen im Sinne des Kindeswohls (bzw. Verwendungsansprüche von Einrichtungen, an die Pflege und Erziehung übertragen wurden) ableiten?	72
4. Wer kann die Wahrung der Rechte des Kindes begehren (Kompetenzkonflikt mit derselben Behörde als gesetzliche Vertretung) und wo?	72
5. Kann ein jugendlicher Asylwerber den Antrag stellen zB. von einer stationären Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe betreut zu werden/ bzw. kann er Leistungen der Kinder und Jugendhilfe beantragen? Wie hätte die Entscheidung des Kinder- und Jugendhilfeträgers auszusehen?	73
6. Wäre die Anregung einer einheitlichen gesetzlichen Regelung, wie vergleichsweise in Deutschland mit § 42 SGB VIII ein gangbarer Weg?	73
7. Ansprüche von UmF und Durchsetzungsmöglichkeit zusammengefasst:	74

Einleitung

Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge (UmF) stellen eine besonders vulnerable Gruppe der Kriegsflüchtlinge dar. Ihre Betreuung wirft neben pädagogischen und integrationspolitischen Fragen eine Reihe von Rechtsfragen auf, die in der Praxis oft recht unterschiedlich beantwortet werden. Dabei handelt es sich sowohl um öffentlich-rechtliche als auch um zivilrechtliche Fragen, die oft ineinander verschränkt sind und die vielfach nur vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher, unionsrechtlicher und völkerrechtlicher Grundlagen hinreichend geklärt werden können. Dies soll im folgenden Gutachten, das im Auftrag von SOS-Kinderdorf Österreich erstellt wurde, versucht werden. Soweit Fragen des Landesrechts zu klären sind, würde es den Rahmen dieses Gutachtens sprengen, detaillierte Analysen der einzelnen Leistungen nach den Kinder- und Jugendhilfegesetzen aller neun Bundesländer zu verfassen. Durch die weitgehende Homogenität dieser Ausführungsgesetze sind die meisten diesbezüglichen Aussagen verallgemeinerungsfähig. Das Gutachten kann auch keine Wirkungsanalyse der Vollziehungspraxis leisten. Die oft sehr unterschiedlichen Auffassungen verschiedener Bezirksverwaltungsbehörden und Gerichte können im Einzelnen kaum bewertet werden. Vollzugsdefizite sollen aber anhand der Aussagen dieses Gutachtens korrigiert werden können.

Die Arbeit basiert auf der Rechtslage, wie sie zum 1.10.2016 in Geltung stand.

I. Fragestellungen

SOS-Kinderdorf Österreich betreut bundesweit zahlreiche unbegleitete minderjährige Flüchtlinge (UmF). Bei diesen Betreuungsleistungen tauchen immer wieder Rechtsprobleme bezüglich individualrechtlicher Ansprüche und Leistungen nach verschiedenen bundes- und landesrechtlichen Rechtsvorschriften auf. Die Schwierigkeiten werden noch dadurch vergrößert, da es in Österreich länderspezifisch oft beträchtliche Unterschiede bei der Gewährung von Kinder- und Jugendhilfen sowie bei der Übernahme der Obsorge gibt.

Konkret wurden die GutachterInnen mit der Beantwortung folgender Fragen beauftragt:

1. *Ist der faktische Ausschluss der UmF von den Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe gesetzeskonform (ABGB, BVG über die Rechte des Kindes)?*
2. *Welche individualrechtlichen Ansprüche ergeben sich für UmF aus mangelnder/verzögerter Obsorgeübernahme und unzureichender Obsorgeverantwortung (Mangel an sozialpädagogischer Betreuung, therapeutischer Mehrbedarf etc.) durch den Kinder- und Jugendhilfeträger?*
3. *Lassen sich einklagbare Ansprüche von Minderjährigen auf Mehrleistungen im Sinne des Kindeswohls (bzw. Verwendungsansprüche von Einrichtungen, an die Pflege und Erziehung übertragen wurden) ableiten?*
4. *Wer kann die Wahrung der Rechte des Kindes begehren (Kompetenzkonflikt mit derselben Behörde als gesetzliche Vertretung) und wo?*
5. *Kann ein jugendlicher Asylwerber den Antrag stellen zB. von einer stationären Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe betreut zu werden/ bzw. kann er Leistungen der Kinder und Jugendhilfe beantragen? Wie hätte die Entscheidung des Kinder- und Jugendhilfeträgers auszusehen?*
6. *Wäre die Anregung einer einheitlichen gesetzlichen Regelung, wie vergleichsweise Deutschland mit § 42 (1) Z 3 SGB VIII2 ein gangbarer Weg?*

Im öffentlich-rechtlichen Teil des Gutachtens sollen die verfassungsrechtlichen, europa- und völkerrechtlichen Grundlagen der Leistungsgewährung an UmF beschrieben und bewertet werden. Dabei kommt der Grundversorgung und den Leistungen nach den Kinder- und Jugendhilfegesetzen eine zentrale Rolle zu. Da die landesrechtlichen Bestimmungen mitunter begrifflich offen und flexibel formuliert sind, soll vor allem aufgezeigt werden, inwieweit die verfassungsrechtlichen, insbesondere die grundrechtlichen Normen Einfluss auf die Interpretation dieser Bestimmungen haben.

Im privatrechtlichen Teil werden primär die privatrechtlichen Ansprüche von UmF gegenüber öffentlichen Institutionen (Bund, Land/Jugendhilfe etc.) besprochen, die aus den entsprechenden gesetzlichen Grundlagen (Kinderrechtskonvention, Kinder- und Jugendhilfegesetze, ABGB etc.) abgeleitet werden können. Sekundär wird auf allfällige Ansprüche von Personen oder Institutionen eingegangen, die UmF betreuen.

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf unbegleitete minderjährige Asylwerber. Auf die Rechtstellung und die Ansprüche anerkannter minderjähriger Asylberechtigter wird in diesen Ausführungen nicht eingegangen.

II. Begriff des unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings (UmF)

A. Bundesrecht

Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge (UmF) sind minderjährige Fremde, die sich nicht in der Begleitung einer für sie gesetzlich verantwortlichen volljährigen Person befinden (§ 2 Abs 1 Z 17 NAG). Die Minderjährigkeit ist nach den Bestimmungen des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) zu beurteilen (§ 2 Abs 4 Z 1 NAG).

Andere relevante Bundesgesetze (AsylG, BFA-VG, BFA-G, FPG, B-KJHG, GVG-B, Art 15a Vereinbarung zur Grundversorgung zwischen Bund und Länder) verzichten auf eine eigene Definition des Begriffes, knüpfen offensichtlich an die Definition des NAG an.

B. Landesrecht

In den Kinder- und Jugendhilfegesetzen der Länder findet sich keine Definition bzw. Begriffsbestimmung des unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings. Bis auf das WKJHG definieren jedoch alle Kinder- und Jugendhilfegesetze (NÖ KJHG, Oö. KJHG, Bgld. KJHG, K-KJHG, TKJHG, KJH-G, S.KJHG, StKJHG) die Begriffe „Kinder- und Jugendliche (Minderjährige)“ und „junge Erwachsene“.¹

Bei den Grundversorgungsbestimmungen der Länder ist zu differenzieren. Das Tiroler Grundversorgungsgesetz, das Kärntner Grundversorgungsgesetz, das niederösterreichische Grundversorgungsgesetz² und das Salzburger Grundversorgungsgesetz³ definieren den Begriff der „unbegleiteten minderjährigen Fremden“. Die Grundversorgungsbestimmungen der anderen Länder sehen hingegen von einer eigenen Definition ab.

-
- 1 Kinder- und Jugendliche (Minderjährige) sind Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Junge Erwachsene sind Personen, die das 18. Lebensjahr, aber noch nicht das 21. Lebensjahr vollendet haben.
 - 2 Vgl § 2 Abs 1 Z 2 NÖ Grundversorgungsgesetz, § 1a Z 3 K-Grundversorgungsgesetz, § 1 lit e Tiroler Grundversorgungsgesetz: unbegleitete minderjährige Fremde sind Fremde vor Vollendung des 18. Lebensjahres, die ohne Begleitung einer für sie nach österreichischem Recht verantwortlichen erwachsenen Person nach Österreich einreisen, solange sie sich nicht tatsächlich in der Obhut einer solchen erwachsenen Person befinden; hierzu gehören auch Minderjährige, die nach der Einreise in das Bundesgebiet ohne Begleitung zurückgelassen werden.
 - 3 Vgl § 4 Z 3 Salzburger Grundversorgungsgesetz: unbegleitete minderjährige Fremde sind minderjährige Fremde ohne Begleitung der Eltern oder einer sonst für sie nach dem Gesetz verantwortlichen Person.

C. Europarecht

Auch auf europarechtlicher Ebene gibt es im Sekundärrecht einige Definitionen und zwar in der Verordnung 2013/604/EU (Dublin III)⁴, in der Richtlinie 2013/33/EU (Aufnahmerichtlinie)⁵, in der Richtlinie 2013/32/EU (Asylverfahrensrichtlinie)⁶ und in der Richtlinie 2011/95/EU (Qualifikationsrichtlinie).⁷

Unter dem Ausdruck „Minderjähriger“ ist ein Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser unter 18 Jahren zu verstehen.

Unter dem Begriff „unbegleiteter Minderjähriger“ ist ein Minderjähriger zu verstehen, der ohne Begleitung eines verantwortlichen Erwachsenen in die EU einreist. Der Minderjährige gilt so lange als unbegleitet, als er sich nicht in der Obhut eines verantwortlichen Erwachsenen befindet und gilt auch dann als unbegleitet wenn er nach der Einreise in die EU ohne Begleitung zurückgelassen wird.

III. Unionsrechtliche Vorgaben und Verpflichtungen

Die EU sah für 2010 bis 2014 einen Aktionsplan für unbegleitete Minderjährige vor, welcher ein gemeinsames Konzept enthält, um die Probleme zu bewältigen, die

4 Art 2 lit j: Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck „unbegleiteter Minderjähriger“ einen Minderjährigen, der ohne Begleitung eines für ihn nach dem Recht oder nach den Gepflogenheiten des betreffenden Mitgliedstaates verantwortlichen Erwachsenen in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten einreist, solange er sich nicht tatsächlich in der Obhut eines solchen Erwachsenen befindet, dies schließt einen Minderjährigen ein, der nach Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates dort ohne Begleitung zurückgelassen wird.

5 Art 2 lit d: Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „Minderjähriger“ einen Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen unter 18 Jahren.

Art 2 lit e: Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „unbegleiteter Minderjähriger“ einen Minderjährigen, der ohne Begleitung eines für ihn nach dem einzelstaatlichen Recht oder den Gepflogenheiten des betreffenden Mitgliedstaates verantwortlichen Erwachsenen in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates einreist, solange er sich nicht tatsächlich in der Obhut eines solchen Erwachsenen befindet; dies schließt Minderjährige ein, die nach der Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates dort ohne Begleitung zurückgelassen wurden.

6 Art. 2 lit l: Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „Minderjähriger“ einen Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen unter 18 Jahren.

Art. 2 lit m: Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „unbegleiteter Minderjähriger“ einen unbegleiteten Minderjährigen im Sinne von Artikel 2 Buchstabe l der Richtlinie 2011/95/EU.

7 Art. 2 lit k: Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „Minderjähriger“ einen Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen unter 18 Jahren.

Art. 2 lit l: Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck „unbegleiteter Minderjähriger“ einen Minderjährigen, der ohne Begleitung eines für ihn nach dem Gesetz oder der Praxis des betreffenden Mitgliedstaates verantwortlichen Erwachsenen in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates einreist, solange er sich nicht tatsächlich in der Obhut eines solchen Erwachsenen befindet; dies schließt Minderjährige ein, die nach der Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates dort ohne Begleitung zurückgelassen wurden.

durch die Einreise einer großen Zahl unbegleiteter Minderjähriger in die EU verursacht werden. Der Aktionsplan stützt sich auf den Grundsatz des Wohles des Kindes. Die Schwerpunkte sind die Prävention von unsicherer Migration und Menschenhandel, verstärkte Schutzkapazitäten in Drittstaaten, Aufnahme- und Verfahrensgarantien in der EU sowie nachhaltige Lösungen, die sich auf die Einzelbewertung des Kindeswohls stützen.⁸

A. Richtlinien

1. Verpflichtungen aus der Richtlinie 2013/33/EU (Aufnahmerichtlinie)

Die am 26. Juni 2013 erlassene Aufnahmerichtlinie war bis zum 20. Juli 2015 umzusetzen.⁹ Sie enthält einige spezielle Regelungen für Personengruppen, die eine besonders intensive Betreuung benötigen und widmet dieser Personengruppe ein eigenes Kapitel.¹⁰ Zu diesen besonders schutzbedürftigen Personen zählen ua. die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge. Im Mittelpunkt steht das Kindeswohl.¹¹

Gemäß Art 22 der Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten bei der Aufnahme innerhalb einer angemessenen Frist beurteilen, ob eine antragstellende Person besondere Bedürfnisse hat und welcher Art diese Bedürfnisse sind. Die besonderen Bedürfnisse sind auch dann wahrzunehmen, wenn sie erst in einer späteren Phase des Asylverfahrens zutage treten.

Ein allgemeiner Grundsatz ist, dass die Mitgliedstaaten im einzelstaatlichen Recht zur Umsetzung dieser Richtlinie die spezielle Situation von schutzbedürftigen Personen, wie ua. unbegleitete Minderjährige, zu berücksichtigen haben.¹²

Nur im äußersten Fall dürfen unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in Haft genommen werden und nur dann wenn ein gelinderes Mittel nicht zweckmäßig ist. Die Haft darf nur für den kürzestmöglichen Zeitraum angeordnet werden und muss ein Mitgliedstaat alle Anstrengungen unternehmen, dass der unbegleitete minderjährige Flüchtling aus der Haft entlassen und in einer geeigneten Unterkunft untergebracht

8 Vgl KOM (2010)213, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0213&from=DE> (23.08.2016).

9 Vgl Art 31 Abs 1 Aufnahmerichtlinie.

10 Kapitel IV der Aufnahmerichtlinie.

11 Vgl Art 23 Abs 1 und Art 24 Abs 1 der Aufnahmerichtlinie.

12 Vgl Art 21 der Aufnahmerichtlinie.

wird. Weiters müssen die in Haft befindlichen UmF die Gelegenheit zu Freizeitbeschäftigungen einschließlich altersgerechter Spiel- und Erholungsmöglichkeiten erhalten.¹³

UmF sind so weit als möglich in Einrichtungen unterzubringen, die über Personal und Räumlichkeiten verfügen, die ihren altersgemäßen Bedürfnissen Rechnung tragen. Wenn UmF in Haft sind, so sind sie getrennt von Erwachsenen unterzubringen.¹⁴

Die Mitgliedstaaten haben so bald wie möglich dafür zu sorgen, dass für einen UmF ein Vertreter bestellt wird, welcher ihn vertritt und dabei unterstützt, den Rechten und Pflichten der Aufnahmerichtlinie nachzukommen. Die als Vertreter handelnde Person hat das Kindeswohl zu wahren und wechselt nur im Notfall.¹⁵

Die Unterbringung von schutzsuchenden UmF ist bei erwachsenen Verwandten, in einer Pflegefamilie, in Aufnahmezentren mit speziellen Einrichtungen für Minderjährige oder in anderen geeigneten Einrichtungen möglich. Sofern das Kindeswohl gewahrt wird, können UmF ab dem vollendeten 16. Lebensjahr auch in Aufnahmezentren für Erwachsene untergebracht werden. Wechsel des Aufenthaltsortes sind auf ein Mindestmaß zu beschränken und Geschwister sollen möglichst zusammen bleiben.¹⁶

Ab dem Zeitpunkt der Antragstellung eines UmF haben die Mitgliedstaaten mit der Suche nach dessen Familienangehörigen zu beginnen.¹⁷

Das Betreuungspersonal von UmF muss adäquat ausgebildet sein, sich angemessen fortbilden und unterliegt der Schweigepflicht, wie sie im jeweiligen Mitgliedstaat definiert ist.

2. Verpflichtungen aus der Richtlinie 2013/32/EU (Asylverfahrensrichtlinie)

Art 25 der Richtlinie enthält einen ganzen Katalog an Garantien für UmF. Bei der Umsetzung der Richtlinie ist vorrangig das Kindeswohl zu berücksichtigen.¹⁸

13 Vgl Art 11 Abs 2 der Aufnahmerichtlinie.

14 Vgl Art 11 Abs 3 der Aufnahmerichtlinie.

15 Vgl Art 24 Abs 1 der Aufnahmerichtlinie.

16 Vgl Art 24 Abs 2 der Aufnahmerichtlinie.

17 Vgl Art 24 Abs 3 der Aufnahmerichtlinie.

18 Vgl Art 25 Abs 6 der Asylverfahrensrichtlinie.

Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass geeignete Stellen im Namen eines UmF förmlich einen Antrag auf internationalen Schutz stellen können.¹⁹ Es ist wiederum ein Vertreter für den UmF zu bestellen, der dessen Rechte und Pflichten wahrnimmt, dabei kann es sich auch um einen Vertreter im Sinne der Aufnahmerichtlinie handeln.²⁰ Über die Regelung in der Aufnahmerichtlinie hinausgehend, hat der Vertreter den UmF über seine Anhörung aufzuklären und ihn bei der Vorbereitung zu unterstützen. Der Vertreter und/oder ein zulässiger Rechtsberater haben der Anhörung beizuwohnen.²¹ Die Anhörung muss von einer Person durchgeführt werden, die mit den besonderen Bedürfnissen Minderjähriger vertraut ist. Des Weiteren müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Entscheidung der Asylbehörde über den Antrag eines UmF von einem Bediensteten vorbereitet wird, der mit den besonderen Bedürfnissen Minderjähriger vertraut ist.²² UmF haben auch für Verfahren zur Aberkennung des internationalen Schutzes unentgeltliche Rechtsauskünfte zu erhalten.²³

Bestehen nach ärztlichen Untersuchungen zur Altersfeststellung noch Zweifel betreffend das Alter eines UmF, so haben die Mitgliedstaaten davon auszugehen, dass er minderjährig ist. Vor Prüfung des Antrags sind UmF über die Möglichkeit und den Ablauf einer Altersbestimmung im Wege einer ärztlichen Untersuchung in einer Sprache, die sie verstehen, aufzuklären. Der UmF muss in die ärztliche Untersuchung einwilligen und darf die Verweigerung nicht der einzige Grund für eine Ablehnung des Antrags sein.²⁴

Verfahrensbeschleunigungen und Entscheidungen an der Grenze bzw. in Transitzonen sind bei Anträgen von UmF nur sehr eingeschränkt möglich.²⁵ Insbesondere bei UmF können die Mitgliedstaaten die Prüfung eines Antrages auf internationalen Schutz vorziehen.²⁶

19 Vgl Art 7 Abs 4 der Asylverfahrensrichtlinie.

20 Vgl Art 25 Abs 1 lit a der Asylverfahrensrichtlinie.

21 Vgl Art 25 Abs 1 lit b der Asylverfahrensrichtlinie.

22 Vgl Art 25 Abs 3 lit a und b der Asylverfahrensrichtlinie.

23 Vgl Art 25 Abs 4 der Asylverfahrensrichtlinie.

24 Vgl Art 25 Abs 5 der Asylverfahrensrichtlinie.

25 Vgl Art 25 Abs 6 der Asylverfahrensrichtlinie.

26 Vgl Art 31 Abs 7 der Asylverfahrensrichtlinie.

Die Asylverfahrensrichtlinie wurde am 26. Juni 2013 erlassen und war ausgenommen Art 31 Abs 3, 4 und 5 bis zum 20. Juli 2015 umzusetzen.²⁷

3. Verpflichtungen aus der Richtlinie 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie)

Art 10 der Rückführungsrichtlinie stellt Ansprüche für UmF bei ihrer Rückkehr und Abschiebung sicher. Die Mitgliedstaaten müssen UmF vor Ausstellung einer Rückkehrentscheidung Unterstützung durch geeignete Stellen unter gebührender Berücksichtigung des Kindeswohls gewähren.²⁸

Vor der Abschiebung müssen sich die Behörden des jeweiligen Mitgliedstaates vergewissern, dass die Minderjährigen einem Mitglied ihrer Familie, einem offiziellen Vormund oder einer geeigneten Aufnahmeeinrichtung im Rückkehrstaat übergeben werden.²⁹

Gem. Art 17 der Rückführungsrichtlinie dürfen UmF nur im äußersten Falle und nur für die kürzestmögliche Dauer in Haft genommen werden. Während der Haft ist für Freizeitbeschäftigungen einschließlich altersgerechter Spiel- und Erholungsmöglichkeiten zu sorgen und haben die UmF, je nach Dauer des Aufenthalts, einen Anspruch auf Zugang zur Bildung.

Unbegleitete Minderjährige müssen in Einrichtungen untergebracht werden, die personell und materiell die altersgemäßen Bedürfnisse berücksichtigen. Gem. Art 17 Abs 5 ist dem Wohl des Kindes im Zusammenhang mit der Abschiebehaft der Vorrang einzuräumen.

Die Rückführungsrichtlinie wurde am 16. Dezember 2008 erlassen und war bis zum 24. Dezember 2010 bzw. 24. Dezember 2011 umzusetzen.³⁰

4. Verpflichtungen aus der Richtlinie 2011/95/EU (Statusrichtlinie)

Bei der Umsetzung des Kapitels VII (Inhalt des internationalen Schutzes) haben die Mitgliedstaaten die spezielle Situation von schutzbedürftigen Personen zu berücksichtigen.

27 Vgl Art 51 Abs 1 und 2 der Asylverfahrensrichtlinie.

28 Vgl Art 10 Abs 1 der Rückführungsrichtlinie.

29 Vgl Art 10 Abs 2 der Rückführungsrichtlinie.

30 Vgl Art 20 Abs 2 der Rückführungsrichtlinie.

sichtigen, dazu zählen ua. die unbegleiteten Minderjährigen. Das Kindeswohl ist bei der Umsetzung vorrangig zu berücksichtigen.³¹

Art 31 der Statusrichtlinie sieht für UmF Sonderbestimmungen vor. Die Mitgliedstaaten haben so rasch wie möglich, nachdem einem unbegleiteten Minderjährigen internationaler Schutz gewährt wurde, dafür zu sorgen, dass dieser durch einen gesetzlichen Vormund, durch eine Einrichtung oder einen anderen geeigneten Vertreter, vertreten wird.³²

Die UmF können entweder bei erwachsenen Verwandten, einer Pflegefamilie, in speziellen Einrichtungen für Minderjährige oder in anderen geeigneten Unterkünften untergebracht werden. Die Wünsche des Kindes sind altersentsprechend zu berücksichtigen. Geschwister sollen so weit wie möglich zusammenbleiben und der Wechsel des Aufenthaltsortes soll auf ein Mindestmaß beschränkt sein. Des Weiteren haben die Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der Interessen des Minderjährigen mit der Suche nach dessen Familienangehörigen zu beginnen bzw. eine bereits begonnene Suche fortzusetzen. Das Betreuungspersonal von UmF muss im Hinblick auf deren Bedürfnisse eine angemessene Ausbildung erhalten haben und sich angemessen fortbilden.³³

Gem. Art 39 der Statusrichtlinie, war diese bis 21. Dezember 2013 umzusetzen.

B. Verordnungen

Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (Dublin III)

Die am 19. Juli 2013 in Kraft getretene Dublin III-VO ist seit dem 1. Januar 2014 unmittelbar anzuwenden.³⁴ Insb Art 6 enthält eine Reihe von Garantien für UmF sowie Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten.

Das Wohl des Kindes ist in allen Verfahren der Verordnung vorrangig zu berücksichtigen. Die Mitgliedstaaten haben dafür zu sorgen, dass ein UmF in all diesen Verfah-

31 Vgl Art 20 Abs 3 und 5 der Statusrichtlinie.

32 Vgl Art 31 Abs 1 und 2 der Statusrichtlinie.

33 Vgl Art 31 Abs 3, 4, 5 und 6 der Statusrichtlinie.

34 Vgl Art 49 der Dublin III-VO

ren von einem qualifizierten Vertreter mit entsprechenden Fachkenntnissen unterstützt und vertreten wird.³⁵

Bei der Würdigung des Wohles des Kindes haben die Mitgliedstaaten eng zusammenzuarbeiten. Dabei sind vor allem die Möglichkeiten der Familienzusammenführung, Sicherheitserwägungen, das Wohlergehen und die soziale Entwicklung des Minderjährigen sowie auch dessen Ansichten entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu beachten.

Der Mitgliedstaat, in dem der UmF einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, hat so bald wie möglich geeignete Schritte einzuleiten, um dessen Familienangehörige auszuforschen. Die für die Durchführung der Verordnung zuständigen Behörden, die Anträge betreffend UmF bearbeiten, müssen für die besonderen Bedürfnisse von Minderjährigen geschult sein und sich weiterbilden.³⁶

C. Umsetzung

Verordnungen gelten unmittelbar in jedem Mitgliedstaat und sind in allen ihren Teilen verbindlich. Es bedarf keines Umsetzungsaktes im Mitgliedstaat, sondern der Einzelne kann sich direkt auf die Bestimmungen einer Verordnung vor den staatlichen Behörden berufen.

Richtlinien hingegen sind nur hinsichtlich des festgelegten Zieles verbindlich. Wie die Mitgliedstaaten das Ziel erreichen, ist ihnen grundsätzlich selber überlassen. Voraussetzung ist allerdings, dass zwingende Rechtsvorschriften erlassen werden und die Richtlinie binnen einer bestimmten Frist umgesetzt wird. Wenn die Richtlinie von einem Mitgliedstaat nicht oder fehlerhaft umgesetzt wurde, kann nach Ablauf der Umsetzungsfrist unter bestimmten Voraussetzungen auch der Richtlinie unmittelbare Wirkung zukommen. Dies ist allerdings nur möglich wenn die einschlägigen Bestimmungen inhaltlich unbedingt und hinreichend genau formuliert sind und dem Einzelnen Rechte einräumen.

Unabhängig von der Umsetzung einer Richtlinie, muss das gesamte nationale Recht richtlinienkonform interpretiert werden. Die Gerichte müssen das nationale Recht im

35 Vgl Art 6 Abs 1 und 2 der Dublin III-VO

36 Vgl Art 6 Abs 3 und 4 der Dublin III-VO

Sinne der Richtlinie auslegen, dies auch wenn die Richtlinie ordnungsgemäß umgesetzt wurde und keine unmittelbare Wirkung vorliegt.³⁷

Aufgrund dieser Ausführungen ist die Dublin III-VO (siehe II.B.) unmittelbar in jedem Mitgliedstaat anwendbar, somit kann sich ein UmF vor den österreichischen Behörden direkt auf die ihm zustehenden Rechte und Garantien der Verordnung stützen.

Die Umsetzungsfristen der oben angeführten Richtlinien (siehe II.A.1.-4.) sind bereits alle abgelaufen und es müssten daher die Ziele aller vier Richtlinien im nationalen österreichischen Recht verankert sein. In Teilbereichen, in denen die Richtlinien nicht bzw. fehlerhaft umgesetzt wurden, haben die Richtlinien nunmehr normativen Charakter. Gerade die Garantien und Rechte von UmF begründen ein subjektives Recht des Einzelnen gegenüber dem Staat Österreich. Die Bestimmungen, die UmF betreffen, sind inhaltlich sehr ausführlich und genau formuliert, sodass einer unmittelbaren Anwendung durch die österreichischen Behörden nichts im Wege steht. Hinzu kommt die richtlinienkonforme Interpretation des gesamten österreichischen Rechts, wodurch die besonders berücksichtigungswürdigen Interessen von UmF von allen österreichischen Behörden gewahrt werden müssen.

IV. Völkerrechtliche Grundlage – die Kinderrechtskonvention

Die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) wurde in Österreich 1992 **mit Erfüllungsvorbehalt** und mit Vorbehalten zu Art 13, 15 und 17 ratifiziert³⁸. Die Ratifizierung mit Erfüllungsvorbehalt bedeutet, dass aus der KRK keine subjektiven Rechte ableitbar sind. Die KRK stellt lediglich eine völkerrechtliche Verpflichtung an die Republik Österreich dar, ihre Inhalte in Gesetzesrecht umzugießen. Die KRK ist aber auch interpretationssteuernd. Nach hM sind innerstaatliche Rechtsvorschriften nicht nur verfassungskonform, sondern auch unionsrechtskonform und völkerrechtskonform aus-

37 Vgl. *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht (2007), Rz 267 ff.

38 BGBl 1993/7.

zulegen³⁹. Insoweit besitzt die KRK auch innerstaatlich durchaus Relevanz für den Vollzugsbereich⁴⁰.

Die KRK regelt umfassend die Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten, Kinder, also Personen bis zum vollendeten 18. Lebensjahr⁴¹, einen umfassenden Schutz zu gewähren, ihnen ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen und ihr Heranwachsen zu reifen empathischen Menschen zu gewährleisten. Dazu verpflichtet Art 3 der KRK die Staaten, bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, das **Kindeswohl vorrangig** zu schützen. Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, Kindern den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu ihrem Wohlergehen notwendig sind. Dies hat sowohl auf der Gesetzgebungs- wie auch auf der Vollziehungsebene zu geschehen⁴². In Art 6 werden das Überleben und die Entwicklung des Kindes geschützt. Nach Art 20 hat ein Kind, das vorübergehend oder dauernd aus seiner familiären Umgebung herausgelöst wird oder dem der Verbleib in dieser Umgebung im eigenen Interesse nicht gestattet werden kann, Anspruch auf den besonderen Schutz und Beistand des Staates. Als solche Maßnahmen wird in Art 20 Z 3 die Aufnahme in eine Pflegefamilie oder, falls erforderlich, die Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung genannt.

Von besonderer Bedeutung ist Art 22: Danach haben die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass ein Kind, das die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehrt oder nach Maßgabe der anzuwendenden Regeln und Verfahren des Völkerrechts oder des innerstaatlichen Rechts als Flüchtling angesehen wird, angemessenen Schutz oder humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung der aus flüchtlingsrechtlichen und menschenrechtlichen völkerrechtlichen Übereinkünften erhält. Diese Maßnahmen sind unabhängig davon, ob sich das Kind in Begleitung seiner Eltern oder einer anderen Person befindet oder nicht, zu treffen.

39 S Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2015), Rz 60.

40 Dies kommt vor allem bei *Ermessensbestimmungen* zum Tragen. Ermessen ist nicht nur „im Sinne des Gesetzes“ (Art 130 Abs 2 B-VG alt), sondern auch im Sinne völkerrechtlicher und unionsrechtlicher Bestimmungen auszuüben.

41 S oben Pkt. II.

42 S im einzelnen Haslinger, Bewirkt die UN-Konvention über die Rechte des Kindes einen neuen völkerrechtlichen oder menschenrechtlichen Status des Kindes in Österreich, in: Rauch-Kallat/Pichler (Hrsg), Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (1994), 49.

In Art 26 sind die Rechte jedes Kindes auf Leistungen der sozialen Sicherheit einschließlich der Sozialversicherung verankert.

In Art 27 wird das Recht jedes Kindes auf einen seiner körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen und sozialen Entwicklung angemessenen Lebensstandard verankert. In Art 28 ist das Recht des Kindes auf Bildung niedergelegt. Hier wird die Chancengleichheit in den Vordergrund gerückt. Der Besuch der Grundschule (Pflichtschule) hat unentgeltlich zu erfolgen. Weiterführende Schulen allgemeinbildender und berufsbildender Art sollen allen Kindern verfügbar und zugänglich gemacht werden. Bei Bedürftigkeit soll finanzielle Unterstützung gewährt werden. Alle Kinder sollen Bildungs- und Berufsberatung in Anspruch nehmen können. In Art 31 wird das Recht des Kindes auf volle Beteiligung am kulturellen und künstlerischen Leben verankert.

Für den Rechtsstatus der UmF ergibt sich aus der KRK eindeutig, dass diese, da unter den Schutzbereich der KRK fallend, jedenfalls die **gleichen Rechte** eingeräumt werden müssen, wie dies bei allen anderen Kindern und Jugendlichen der Fall ist. Dies bedeutet insbesondere, dass es völkerrechtlich unzulässig ist, verschiedene Unterstützungsleistungen, Teilhaberechte, aber auch Verpflichtungen (Schulpflicht!) an UmF in einem verringerten Ausmaß zu gewähren, als für österreichische Staatsbürger oder Unionsbürger. Nach der KRK genießen UmF ihren Schutzstatus jedenfalls bis zur Erreichung des vollendeten 18. Lebensjahres.

Zwar können aus der KRK keine subjektiven Rechte abgeleitet werden, dieses Abkommen ist jedoch Teil der österreichischen Rechtsordnung und enthält Verpflichtungen an die Mitgliedsstaaten – in Österreich auf allen Ebenen der Gebietskörperschaften – UmF die entsprechenden am Kindeswohl orientierten Leistungen und Zuwendungen zukommen zu lassen.

V. Kompetenzrechtliche Analyse

Das Recht der Leistungsansprüche für UmF ist eine Querschnittsmaterie. Soweit die Grundversorgung in engem Zusammenhang mit dem Asylverfahren steht, kommt hier die Bundeskompetenz des Art 10 Abs 1 Z 3 B-VG in Betracht⁴³. Da es sich bei

⁴³ S dazu *Maier*, Die Grundversorgung in Österreich, SIAK 2/2014, 47 (48); *Weber*, Die Umsetzung der Kinderrechtskonvention in das Landesrecht, in: *Berka/Grabenwarter/Weber*, Studien zur Kinderrechtskonvention und ihrer Umsetzung in Österreich – im Auftrag des BMJF (2014), 89 (96).

Flüchtlingen in der Regel um mittellose Personen handelt, stützen sich die Grundversorgungsgesetze der Länder auf den Kompetenztatbestand „Armenwesen“ in Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG. Die Regelungen über die Obsorge und die zivilrechtlichen Verhältnisse von UmF stützen sich auf die Zivilrechtskompetenz des Bundes gem Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG.

Die für UmF bedeutsamen Kinder- und Jugendhilfegesetze stützen sich zum Teil auf den Kompetenztatbestand der Jugendfürsorge des Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG. Eine Reihe von Maßnahmen, die UmF betreffen, basieren auf der Generalkompetenz des Art 15 Abs 1 B-VG.

Im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung besteht Kompetenzneutralität. Alle Leistungen, die mit den Instrumenten des Privatrechts vergeben werden, fußen in der Kompetenzbestimmung des Art 17 B-VG.

VI. Grundrechtliche Fragen

A. Das BVG-Kinderrechte

Das 2012 in Kraft getretene BVG-Kinderrechte (BVG-KR) übernimmt wesentliche Positionen der KRK und der Kinderrechtsbestimmungen der GRC⁴⁴. Dieses BVG stellt auch für die in diesem Gutachten zu klärenden Fragen eine wichtige verfassungsrechtliche Grundlage dar. Anders als die KRK ist dieses BVG unmittelbar anwendbar und begründet auch subjektive Rechte, allerdings nach Maßgabe der einfachgesetzlichen Rechtslage. Das Besondere am BVG-KR ist die erstmalige Verankerung von sozialen Grundrechten in der Verfassung. Das BVG-KR enthält einen Mix aus liberalen und sozialen Grundrechten sowie Staatszielbestimmungen. Es gibt zu diesem BVG nur wenig Judikatur des VfGH⁴⁵, diese bezieht sich aber nicht auf ein für das vorliegende Gutachten relevantes Problem. Gleichwohl lassen sich aus Normtext, Materialien vor dem Hintergrund der KRK doch einige Positionen bezüglich der Rechtsstellung von UmF herausarbeiten.

44 S dazu *Fuchs*, Kinderrechte in der Verfassung: Das BVG über die Rechte von Kindern, Jb. Öffentl. R 2011 (2011), 91; *Sax*, Kinderrechte in der Verfassung – was nun?, EF-Z 2011, 204; *Weber*, Das BVG über die Rechte von Kindern, FS-Berka (2013), 263.

45 ZB VfSlg 19.941/2014 VfGH 10.3.2015, E 1993/2014.

Art 1 gewährt einen Umfassenden Anspruch des Kindes auf Schutz und Fürsorge, auf Entwicklung und Entfaltungsmöglichkeit sowie auf die Wahrung seiner Interessen, auch unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit. Das wohl fundamentale Postulat stellt der zweite Satz dar: **Das Kindeswohl muss bei allen Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen vorrangige Erwägung sein.**

Art 2 regelt die Kontakte des Kindes zu den Elternteilen. Für UmF ist diese Bestimmung besonders relevant. Denn danach hat ein Kind, das dauernd oder vorübergehend aus seinem familiären Umfeld herausgelöst ist, Anspruch auf besonderen Schutz und Beistand des Staates. Die Formulierung „**hat Anspruch**“ verbietet es, diese Norm als bloßen Programmsatz zu qualifizieren. Vielmehr ist dieses Recht so zu deuten, dass das Kind ein subjektives Recht und besonderen Schutz und Beistand des Staates hat. Zwar muss diese Bestimmung im Kontext mit der sich darauf beziehenden einfachgesetzlichen Rechtslage gelesen werden, es ist aber klargestellt, dass Leistungen, die der Staat für Kinder und Jugendliche im Interesse des Kindeswohles anbietet, gleichmäßig allen Kindern und Jugendlichen – also auch für UmF – zu gewähren sind. Da gem Art 7 auch Art 2 unter einem materiellen Gesetzesvorbehalt steht, kann aus dieser Bestimmung kein absolutes Recht abgeleitet werden. Es müssen aber die Leistungen der Grundversorgung, der Kinder- und Jugendhilfe und die sonstigen gesetzlich vorgesehenen Leistungsansprüche von Kindern und Jugendlichen auf ihre Übereinstimmung mit dem Kindeswohl geprüft werden. Dies ist aber eine Aufgabe, die sich nicht nur auf UmF bezieht, sondern ganz allgemein auf das kinder- und jugendbezogene Förderungsrecht von Bund und Ländern⁴⁶. Eine solche Analyse würde aber den Rahmen dieses Gutachtens bei weitem sprengen.

Art 2 verbietet zunächst, innerhalb der aus dem Familienverband herausgelösten Kinder und Jugendlichen Differenzierungen bezüglich der Vergabe staatlicher Leistungen zu treffen. Die menschenrechtliche Grundstruktur dieser Bestimmung verbietet es zwar nicht, UmF bei Bedarf besser zu behandeln, etwa um Sprachkompetenz zu verbessern, den Zugang zu Bildungseinrichtungen faktisch zu optimieren oder Traumatisierungsfolgen zu behandeln, keinesfalls darf es aber eine flüchtlingspezifische Schlechterstellung geben. Diese Anspruchsberechtigung geht aber noch weiter: Auch in den Fällen, wo eine Leistung privatrechtlich angeboten wird und darauf

⁴⁶ Dazu für das Landesrecht Weber, in Berka/Grabenwarter/Weber, Studien, 89.

grundsätzlich kein Rechtsanspruch besteht, werden durch diese Verfassungsbestimmung solche privatrechtlich zu vergebenden Leistungen aus dem breiten Ermessensspielraum der Mittelvergabe herausgelöst. Auch in diesen Fällen hat das Kind oder der Jugendliche schlechthin, mithin auch der UmF einen Rechtsanspruch auf solche Leistungen, die für die Herstellung, Wiederherstellung oder Wahrung des Kindeswohls vonnöten sind. Hier handelt es sich also um ein echtes soziales Grundrecht, das in diesem Bereich eine **unmittelbare Fiskalgeltung** besitzt. Hier ist allerdings darauf hinzuweisen, dass es zu diesem neuen Grundrechtspaket über die Rechte der Kinder so gut wie keine einschlägige Judikatur und auch nur spärliches Schrifttum gibt. Wie der VfGH dieses soziale Grundrecht positionieren wird, bleibt daher einstweilen abzuwarten.

Neben den durch diese Bestimmung begründeten subjektiven Rechtsansprüchen enthält diese Bestimmung auch noch Gesetzgebungsaufträge und weist überdies eine vollzugssteuernde Funktion auf. Die aus dem Familienverband herausgerissenen Kinder und Jugendlichen gelten als besonders vulnerabel. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, entsprechende Schutznormen zu erlassen, wobei ihm freilich ein relativ weiter Gestaltungsspielraum zukommt. Der Gesetzgeber ist mit der Erlassung des B-KJHG und den neun Ausführungsgesetzen prinzipiell dieser Verpflichtung nachgekommen⁴⁷. Sollte es sich herausstellen, dass die Gruppe der UmF doch eine Zahl umfasst, die auch im Lichte des Gleichheitssatzes eine relevante Größe darstellt, wird zu überlegen sein, ob es nicht aus dem BVG-KR zusätzliche spezielle Schutzgesetze geben muss, um den Vorrang des Kindeswohls für diese Gruppe von Betroffenen zu sichern. In diesem Zusammenhang gilt es noch kurz zu erwähnen, dass das BVG-KR als Bundesverfassungsrecht Bund und Länder gleichermaßen bindet.

Dass UmF, wie alle anderen Kinder und Jugendlichen auch – ein Recht auf gewaltfreie Erziehung haben, ergibt sich zunächst aus Art 5 BVG-KR. Dies ist gewissermaßen selbstverständlich, da diese Bestimmung nicht unter Gesetzesvorbehalt steht. Art 5 Abs 2 räumt aber jedem Kind als Opfer von Gewalt und Ausbeutung ein Recht auf angemessene Entschädigung und Rehabilitation ein. Diese Bestimmung muss erst durch den Erlass von Gesetzen ausgeführt werden. Dass Österreich verpflichtet ist, Kinder, die durch kriegserische oder sonstige fluchtbegründende Gewalt traumatisiert oder physisch oder psychisch geschädigt werden, zu entschädigen, kann nicht

⁴⁷ Dazu Weber, aaO.

angenommen werden. **Allerdings gilt die Verpflichtung zur Gewährung von verschiedenen Rehabilitationsleistungen gerade für UmF. Diese Bestimmung ist eindeutig als Grundrecht formuliert und schafft zweifelsfrei Rechtsansprüche.** Durch die grundrechtliche Aufladung solcher Rechtsansprüche ändert sich auch der Rechtsweg. Werden diesbezügliche Leistungen nicht oder nur unzureichend erbracht, so können entsprechende Forderungen, wenn ihr Rechtsgrund in der Hoheitsverwaltung wurzelt, bei den Verwaltungsgerichten, in weiterer Folge aber nicht nur beim VwGH, sondern auch beim VfGH geltend gemacht werden. Denn es handelt sich hier um „verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte“ iS Art 144 Abs 1 B-VG.

Schließlich ist auch Art 6 BVG-KR beachtlich, das jedem Kind mit Behinderung einen Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die seinen besonderen Bedürfnissen Rechnung tragen, einräumt. In dieser Bestimmung ist insbesondere das Gebot der Gleichbehandlung von behinderten und nicht behinderten Kindern in allen Bereichen des täglichen Lebens hervorzuheben⁴⁸. Diese Bestimmung kann besonders bei der Gewährung von Rehabilitationsmaßnahmen Relevanz erhalten. Anders als bei erwachsenen Behinderten kann aus Art 6 BVG-KR ein subjektives verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf ausreichende Versorgung mit Rehabilitationsleistungen erschlossen werden.

Mit dem BVG-KR hat der österreichische Bundesverfassungsgesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass Kinder, also Menschen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres, besondere Grundrechtsansprüche aufweisen. Während viele soziale Ansprüche für Erwachsene lediglich einfachgesetzlich formuliert sind, hat hier der Bundesverfassungsgesetzgeber einen verfassungsunmittelbaren Schutz für diese Personengruppe eröffnet und hat ihnen in zentralen Fragen für ihre persönliche Situation und ihre Entwicklung Ansprüche und Rechtspositionen eröffnet. Diese können, da es sich hier um verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte handelt, vor dem VfGH geltend gemacht werden. Allerdings muss darauf hingewiesen werden, dass Beschwerden von UmF, die sich auf dieses BVG stützen, Neuland betreten und sich auf keine gesicherte Judikatur des VfGH stützen können. Zudem muss auch noch auf eine erwartbare längere Verfahrensdauer hingewiesen werden, da im Falle einer bescheid-

48 Dies ergibt sich schon aus Art 7 Abs 1 B-VG; s *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008), 674.

mäßigen Absprache über die (Nicht-)Gewährung von Leistungen vor der Befassung des VfGH die Verwaltungsgerichte zwingend anzurufen sind.

B. Die EMRK

Der Schutz von Kindern und Jugendlichen war bereits zeitlich vor der Ratifizierung der KRK und vor der Verabschiedung des BVG-KR Thema der EMRK⁴⁹. Zahlreiche Garantien der KRK finden sich in der EMRK als (partielle) Parallelgarantien. Einzelne Grundrechte sind überhaupt spezifisch auf Kinder oder deren Lebenssituation bezogen (Art 5 Abs 1 lit d EMRK, Art 5 7. ZP EMRK und Art 2 1. ZP EMRK).

Die Bedeutung der EMRK für die Kinderrechte ergibt sich schon aus dem persönlichen Geltungsbereich, wie er in Art 1 EMRK niedergelegt ist: Vom Schutz der Konvention sind grundsätzlich alle „Personen“ erfasst. Das Verbot der Ungleichbehandlung bei der Grundrechtsgewährleistung in Art 14 EMRK bezieht sich, wenn dies auch nicht explizit angeführt ist, auch auf das Alter einer Person⁵⁰. **Minderjährige können sich auch mit einer Beschwerde an den EGMR wenden.** Anders als in den nationalen Verfahrensvorschriften ist für eine Beschwerde die Zustimmung der Eltern bzw der gesetzlichen Vertreter nicht notwendig⁵¹. Freilich werden in der Regel minderjährige Beschwerdeführer von den für sie sorgeberechtigten Personen vertreten.

Für UmF sind die Art 5, 8 EMRK sowie Art 2 1. ZP EMRK von besonderer Bedeutung.

Die persönliche Freiheit des Art 5 EMRK wird unterschiedslos Erwachsenen und Kindern gewährt. Eine Freiheitsbeschränkung von Kindern und Jugendlichen ist nach lit d in der überwachten Erziehung oder zur Vorführung vor die zuständige Behörde zulässig. Die „überwachte Erziehung“ umfasst Maßnahmen der Jugendwohlfahrt und des Jugendstrafrechts. Art 5 EMRK wird durch das BVG-Persönliche Freiheit (PersFr-BVG) ergänzt. Beide Verfassungsbestimmungen ermöglichen – als ultima ratio – auch Freiheitsbeschränkungen zum Zwecke der Schubhaft.

49 S dazu ausführlich *Grabenwarter*, Zur Frage der Integration der Garantien der Kinderrechtskonvention in das österreichische Bundesverfassungsrecht, in: Berka/Grabenwarter/Weber, Studien, 27.

50 S *Grabenwarter*, European Convention on Human Rights Commentary (2014), Art 14 Rz 29.

51 ZB EGMR 13.6.1979, Marckx/Belgien = EuGRZ 1979, 454, Z. 1.

Art 2 1.ZP EMRK statuiert ein Recht auf Bildung. Hier wird jedem Kind und Jugendlichen das Recht auf Zugang zu bestehenden staatlichen Bildungseinrichtungen garantiert. **Dies gipfelt in der positiven Verpflichtung, entsprechende Einrichtungen auch zu schaffen**⁵². Dieses Grundrecht ist für UmF deshalb von Bedeutung, da es in Praxis immer wieder Probleme mit den Zugangsmöglichkeiten von UmF zu Schulen und Bildungseinrichtungen gibt. Hier ist im Zweifel von einer verfassungskonformen Interpretation schulrechtlicher Regeln dahingehend auszugehen, dass der österreichische Staat verpflichtet ist, UmF nicht nur den Schulbesuch zu gewährleisten, sondern auch entsprechende Unterstützungsleistungen anzubieten, die nötig sind, dass der UmF dieses Recht auf Bildung auch ausüben kann. Allerdings besteht für den einzelnen UmF keine Möglichkeit, dieses Recht gerichtlich einzufordern. Diese Verpflichtung trifft den Staat – subjektive Rechte werden dadurch nicht begründet.

Art 8 EMRK gewährt Kindern und Jugendlichen das Privatleben und damit die physische und psychische Integrität. Im Rahmen der geltenden Gesetze hat auch ein UmF das Recht, seine Lebensgestaltung nach seinen kulturellen Vorstellungen auszurichten. Schließlich kommt auch die im BVG KR besonders geschützte Informationsfreiheit hinzu.

VII. Zwischenergebnis

Dadurch dass UmF in der Regel schutzwürdige Personen sind, die das 18. Lebensjahr noch nicht erreicht haben, genießen sie einen speziellen grundrechtlichen Schutz. Neben der Geltung der allgemeinen Grundrechte der EMRK und der GRC begründet das BVG-KR spezielle Rechtsansprüche für Kinder und Jugendliche, die erwachsenen Menschen nicht zustehen. Dieser verfassungsrechtliche Befund wirkt sich in mehrfacher Hinsicht aus:

Zunächst sind die bestehenden Gesetze, die Leistungserbringungen für UmF regeln, auf ihre Verfassungskonformität zu prüfen. Dabei ist insbesondere beachtlich, dass **es keine rechtlichen Differenzierungen zwischen UmF und sonstigen Kindern und Jugendlichen geben darf, die auf eine Kürzung von Leistungen für UmF führen**. MaW: Das Verbot der rechtlichen Differenzierung zwischen UmF und sonstigen Kindern und Jugendlichen darf nur durchbrochen werden, wenn es dafür

52 So schon EGMR 23.7.1968, The Belgian Linguistics Case I, Nr. 1474/62, 1677/62 ua.

schwerwiegende sachliche Rechtfertigungen gibt. Unzulässig sind danach jedenfalls Maßnahmen, die zu einer Schlechterstellung der Position von UmF gegenüber „einheimischen“ Kindern und Jugendlichen führen. Zulässig sind aber Leistungsausweitungen, die ihren Grund in der speziellen psychischen und physischen Situation von UmF haben. Das kann sich auf Leistungen zum Zwecke der Erwerbung von Sprachkompetenz ebenso beziehen wie auf psychotherapeutische Leistungen für misshandelte oder traumatisierte Kinder und Jugendliche.

Lassen Rechtsnormen Ermessen zu, so ist dieses Ermessen nicht nur im Sinne des Gesetzes auszuüben, die verfassungskonforme Interpretation verlangt, dass hier das Ermessen im Sinne des Vorrangs der Grundrechtsgewährung ausgeübt wird. **Gra-
vierende** Ermessensfehler können zur Korrektur durch die Verwaltungsgerichte und sogar den Verfassungsgerichtshof führen.

Diese Grundrechtsbindung gilt auch für Leistungen, die der Staat als Träger von Privatrechten anbietet. Die sogenannte „Fiskalgeltung der Grundrechte“⁵³ verlangt eine Gleichbehandlung von UmF mit anderen Kindern und Jugendlichen überall dort, wo der Betreffende auf die staatlichen Leistungen in Privatrechtsform angewiesen ist. Das dürfte bei den meisten Versorgungsgesetzen, aber auch bei (internen) Richtlinien der Fall sein.

VIII. Grundversorgung und Mindestsicherung

A. Allgemeines

Kommt ein UmF nach Österreich und stellt er einen Asylantrag, so fällt er in das Regime der Grundversorgung. Aus diesem scheidet er erst mit rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens aus. Bei positiven Bescheiden kommt eine Bezugsberechtigung für die Mindestsicherung in Frage.

Ohne eindeutige Klärung durch die Rsp hinsichtlich der Zuständigkeiten von Bund und Ländern ist der einvernehmliche status quo derzeit jener, dass im Zulassungsverfahren, also ab Einbringung des Antrages auf Asyl bis zur Zulassung zum Asylverfahren, und während des Feststellungsverfahrens über die Asylberechtigung (gem

53 S. Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ (2015), Rz 1337.

EU-Asylrichtlinie) Grundversorgung geleistet wird. Es kommen dabei die Grundversorgungsgesetze zur Anwendung: Ab Einbringung des Antrages auf Asyl besteht idR ein Anspruch auf Bundesbetreuung (Grundversorgungsgesetz - Bund) und ab Zulasung zum Asylverfahren Landesbetreuung (Grundversorgungsgesetze der Länder). Bei Ablehnung des Asylrechts wird idR weiterhin Grundversorgung geleistet. UmF haben also – unabhängig vom Asylstatus – zumindest einen Rechtsanspruch auf Grundversorgung (vgl etwa § 4 Tiroler Grundversorgungsgesetz).

Ab Zuerkennung der Asylberechtigung wird Mindestsicherung nach den Landes-Mindestsicherungsgesetzen gewährt.

Die Grundversorgung deckt, wie bereits der Name sagt, die grundlegendsten Bedürfnisse des UmF ab. Anders als bei Erwachsenen hat aber, wie bereits bei den verfassungsrechtlichen Ausführungen gezeigt, der UmF Anspruch auf verschiedenste zusätzliche Leistungen und Unterstützungen. Dies betrifft sowohl den schulischen Bereich als auch den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe.

Grundversorgung und Kinder- und Jugendhilfe haben unterschiedliche Ziele. Während die Grundversorgung die existentiellen Lebensbedürfnisse, wie Unterkunft, Verpflegung und Bekleidung abdeckt, dienen die Leistungen der Jugendhilfe in erster Linie der physischen und psychischen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen. Die Grundversorgungsgesetze stellen sohin keine *leges speciales* zur Kinder- und Jugendhilfe dar, letztere ergänzen die Grundversorgung um Hilfsleistungen, die über die existenzielle Grundsicherung hinausgehen.

Sowohl die Grundversorgung als auch die verschiedenen Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe weisen eine gewisse Homogenität der Landesregelungen auf. Dies ist zum Teil durch die Vorgaben von 15a-Vereinbarungen bzw durch die Grundsatzgesetzgebung des Bundes bedingt. Gleichwohl unterscheiden sich die Regelungen der einzelnen Bundesländer im Detail.

Während die im Rahmen der Hoheitsverwaltung zu vergebenden Leistungen in Gesetzes- und Verordnungsform erlassen und damit auch kundgemacht werden, ist der Katalog der privatrechtlich vergebenden Leistungen nur schwer vollständig erfassbar. Denn in diesem Bereich stützen sich diese Leistungen zum Teil auf sehr unbestimmte Auffangklauseln, die auf nicht näher bestimmte Notlagen und Notwendigkeiten

verweisen, zum Teil werden diese durch interne Richtlinien gesteuert, die nicht immer hinreichend transparent sind.

B. Die Grundversorgung

Unionsrechtliche Anforderungen haben in den letzten Jahren dazu geführt, dass die materielle Absicherung von Flüchtlingen weg von einem „Gnadenrecht“ hin zu einem Leistungssystem mit Rechtsansprüchen der Betroffenen geführt haben⁵⁴. Durch die Grundversorgungsvereinbarung (GVV), ein Art 15a B-VG-Vertrag zwischen Bund und Ländern⁵⁵ kam es zu einer weitgehenden Vereinheitlichung und zu einer Abgrenzung der Aufgaben von Bund und Ländern. Im GVV ist ein Katalog von abrechnungsfähigen Leistungen enthalten, in dem Kostenhöchstsätze aufgelistet sind, nach denen die Verrechnung der Grundversorgungskosten zwischen Bund und Ländern erfolgt.

In der GVV ist der Leistungsumfang näher umschrieben. Leistungen werden in Form der Unterbringung, Verpflegung, Taschengeld, Sicherung der Krankenversorgung, Information, Beratung und Betreuung, die Übernahme von Transportkosten und weiteren Leistungen gewährt. Die GVV sieht auch die Voraussetzungen für den Entzug dieser Leistungen vor.

Die GVV enthält in **Art 7 Sonderbestimmungen für UmF**. In dieser Bestimmung wird zunächst klargestellt, dass UmF einer über die allgemeine Grundversorgung hinausgehende spezielle Grundversorgung bedürfen. Dabei werden Maßnahmen zur Erstabklärung und Stabilisierung, die der psychischen Festigung und dem Schaffen einer Vertrauensbasis dienen sollen, an erster Stelle genannt. Weiters sollen sozialpädagogische und psychologische Unterstützung gewährt werden. Die Unterbringung von UmF soll in Wohngruppen, in Wohnheimen oder in einer sonstigen geeigneten organisatorischen Unterkunft, in betreutem Wohnen oder in individueller Unterbringung erfolgen. Darüber hinaus umfasst die Betreuung von UmF eine an deren Bedürfnisse angepasste Tagesstrukturierung, die Bearbeitung von Fragen, die Familienangehörige und Familienzusammenführung betrifft, die Abklärung der Zukunftsperspektiven des UmF sowie die Erarbeitung von Integrationsplänen, einschließlich von Maßnahmen zur Durchführung von Schul-, Ausbildungs- und Berufsvorberei-

54 S Koppenberg, Die Gestaltung der Grundversorgung in Österreich (2014).

55 BGBl I 2004/80.

tungsaktivitäten. Aus Art 7 GVV ergibt sich eindeutig, dass für UmF der Integrationsgedanke mit dem Ziel der Selbsterhaltungsfähigkeit besondere Betonung erfährt. Die GVV ist rechtstechnisch final strukturiert und bedient sich einer Vielzahl von unbestimmten Gesetzesbegriffen, die auslegungsbedürftig sind⁵⁶.

Die konkrete Ausgestaltung der Grundversorgung ist zwischen Bund und Ländern geteilt. Der Bund führt Betreuungsstellen und Erstaufnahmestellen für Asylwerber und sorgt für die Erstaufnahme von Asylwerbern in die Grundversorgung⁵⁷. Der Bund betreibt die Koordinationsstelle, die die Verteilung der Asylwerber auf die Länder und die Organisation der Transporte der Asylwerber zu und von den Erstaufnahmestellen in das Land beinhaltet. Weist die Koordinationsstelle des Bundes einen Asylwerber an ein Bundesland zu, fällt dieser in die Folge unter das Regime des Grundversorgungsgesetzes des jeweiligen Bundeslandes. Während das GVG-Bund⁵⁸ ausschließlich hoheitsrechtlich strukturiert ist, es werden also alle Leistungen und auch deren Entzug und Modifikation im Wege der Hoheitsverwaltung und damit bescheidförmig vergeben, sind die Leistungen nach dem GVG der österreichischen Bundesländer unterschiedlich ausgestaltet⁵⁹. Hier findet sich ein Mix aus Hoheits- und Privatrecht, wobei den Ländern hier ein beträchtlicher rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zukommt. Abgesehen von Vorarlberg, wo die Grundversorgung im MindestsicherungsG mitgeregelt ist, haben alle österreichischen Bundesländer eigene Grundversorgungsgesetze erlassen⁶⁰. Diese Gesetze sind eng an die Textierung der Aufenthaltsrichtlinie und der GVV angepasst. In den meisten Landesgesetzen werden die Regelungen der GVV über UmF wörtlich übernommen.

Die Rechtsnormen über die Grundversorgung von Bund und Ländern gehen auf die Aufenthaltsrichtlinie und die GVV zurück. **Das Hauptproblem ist die relative Unbestimmtheit der Begriffe.** Alle Gesetze ermöglichen die entsprechenden Leistungserbringungen durch das Land, wobei die Gewährung zum Teil bescheidförmig und zum Teil in der Form der Privatwirtschaftsverwaltung erfolgt. Dies hat aber nur Aus-

56 Dabei wird auf die Aufnahme-RL, vor allem aber auf das BVG-Kinderrechte zurückzugreifen sein. S die Auslegungsversuche bei *Maier*, SIAK 2014/2, 51.

57 S *Friedrich*, Grundversorgung von Asylwerbern, Dipl.A. Innsbruck (2016).

58 BGBl 1991/405 idF BGBl I 2015/70.

59 S *Maier*, SIAK 2014/2, 50.

60 BGBl: LGBl 2006/42 idF LGBl 2015/56; Knt: LGBl 2006/43 idF LGBl 2016/14; Nö: LGBl 9240-0 idF LGBl 2015/80; Oö: LGBl 2007/12 idF LGBl 2013/90; Sbg: LGBl 2007/35 idF LGBl 2016/51; Stmk: LGBl 2016/111; Tir: LGBl 2006/21 idF LGBl 2015/78; Vbg: LGBl 2010/64 idF LGBl 2013/44; Wien: LGBl 2010/56.

wirkungen auf den Rechtsweg im Falle von Leistungsstreitigkeiten. Wenn, wie im Artikel 7 der GVV angeordnet wird, dass im Bedarfsfall sozialpädagogische und psychologische Unterstützung zu gewähren ist, so ist damit nichts über den konkreten Umfang und die Art der Leistungserbringung ausgesagt. Dies ermöglicht der Vollziehung einen **sehr großen Beurteilungs- und Ermessensspielraum**. Im Lichte des Determinierungsgebotes des Art 18 Abs 1 B-VG dürfen diese Regelungen freilich nicht schlechthin verfassungswidrig sein, da die Gewährung der Grundversorgung auf die Bedürfnisse des Einzelfalles abzustellen ist. Was daher Inhalt dieser vielen unbestimmten Gesetzesbegriffe ist, muss im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles ermittelt werden. Werden die Leistungen hoheitsrechtlich vergeben, gelten auch für das Ermittlungsverfahren die Beweisregeln des AVG. Hier gelten die Grundsätze der materiellen Wahrheit, der Officialmaxime, aber auch der Unbeschränktheit der Beweismittel und der freien Beweiswürdigung. Hier wird in vielen Fällen einzelfallbezogen auf Gutachten von medizinischen, psychiatrischen, erziehungswissenschaftlichen ua Sachverständigen zurückgegriffen werden müssen. Es muss hier aber deutlich hervorgehoben werden, dass das Beweisverfahren des AVG maßgeblich vom Grundsatz der Verfahrensökonomie gekennzeichnet ist, wonach Entscheidungen rasch, billig und damit ohne unnötigen Verwaltungsaufwand zu führen sind. Zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Gutachtens (September 2016) gibt es zu vielen Begriffsklärungen noch keine gesicherte Judikatur. Für Einrichtungen, die UmF betreuen, gibt es daher derzeit kein gesichertes Judikaturmaterial, auf das sich einzelne Anspruchsberechtigte stützen können. Dasselbe gilt für privatrechtlich zu vergebende Leistungen. Hier kommt das Problem des Zugangs zum Recht dazu: Zivilprozesse sind langwierig und teuer. UmF brauchen aber rasche und unbürokratische Hilfe und es wird daher – verständlich! – in den meisten Fällen der Weg von Verhandlungslösungen mit den Behörden gewählt.

Zu diesen allgemeinen Problemen werfen einzelne Bestimmungen in den Landes-Grundversorgungsgesetzen noch zusätzliche Probleme auf, die aber UmF nur am Rande betreffen. Das bezieht sich auf den Nachweis der Mittellosigkeit, auf die Zumutbarkeit des möglichen Einsatzes eigener Mittel, Rückzahlungsverpflichtungen etc. Für UmF kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass diese mittellos sind und auch keine nutzbaren Kranken- und Unfallversicherungen haben.

Die Sonderbestimmungen für UmF in den Landes-Grundversorgungsgesetzen räumen, wie bereits gezeigt, den Behörden große Beurteilungs- und Ermessensspielräume bei der Entscheidung ein. Dies beginnt etwa bei der Unterbringung. Hier wird nämlich immer auf den Bedarfsfall (auch: „erforderlichenfalls“) abgestellt. Wann ein solcher Bedarfsfall gegeben ist, entscheiden die Behörden. **Die Gesetze räumen aber weder Flüchtlingsorganisationen (NGO's) noch anderen mit der Grundversorgung und Flüchtlingsbetreuung betrauten Stellen und Organisationen Stellungnahmerechte und Anhörungsrechte ein. Ob ein Bedarfsfall vorliegt, entscheidet allein die Behörde.**

Sehr offen sind alle Formulierungen von Tagesstrukturen, die berufliche Zukunft etc von UmF. Hier eröffnen die Gesetze wiederum einen sehr weitreichenden Interpretationsspielraum.

Bei der Interpretation dieser unbestimmten Gesetzesbegriffe kommt den Behörden zwar ein erheblicher Ermessensspielraum und auch ein sachverhaltsbezogener Beurteilungsspielraum zu, hier ist jedoch klar darauf hinzuweisen, dass die Interpretation dieser Begriffe stets im Rückgriff auf die bundesverfassungsrechtlichen und völker- und europarechtlichen Vorgaben zu erfolgen hat. Während die unionsrechtlichen Bestimmungen der Aufnahme-RL ebenso unbestimmt sind, sind aber KRK und BVG-Kinderrechte ebenso taugliche Auslegungsinstrumente, wie dies auch die EMRK ist. Hier ist vor allem auf die fundamentale Bestimmung des Art 1 BVG-Kinder zu verweisen, die das Kindeswohl als **den** zentralen Anknüpfungspunkt für alle rechtlichen Vorschriften für UmF betrifft. Denn das Kindeswohl ist als Grundrecht allen anderen kinderrechtsbezogenen Prinzipien übergeordnet. Ob eine Maßnahme also erforderlich ist oder nicht, hat sich ausschließlich danach zu orientieren, ob diese Maßnahme dem Kindeswohl dient oder nicht. Freilich lässt auch diese Eingrenzung noch genügend Ermessensspielräume offen, um Einzelfälle flexibel zu berücksichtigen. Das BVG-Kinderrechte mit seinen scharf formulierten Rechtsansprüchen und Gesetzgebungsaufträgen gibt aber eine eindeutige Interpretationsrichtlinie vor: **Im Zweifelsfall immer für das Kindeswohl.**

Die Vorrangstellung des Kindeswohls und der kinderbezogenen Grundrechte besteht auch gegenüber dem **verfassungsrechtlichen Effizienzgebot**⁶¹. Danach hat die Verwaltung rechtmäßig, sparsam, wirtschaftlich und zweckmäßig zu agieren. Dies gilt selbstverständlich auch für die Vollziehung der Grundversorgungsgesetze. Allerdings kann dieses Effizienzgebot nicht als übergeordnetes verfassungsrechtliches Prinzip begriffen werden, sondern es ist ein „Nach-Maßgabe-Prinzip“, die Verwaltung hat also bei Beachtung des Vorrangs des Kindeswohls und der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte der Kinder effizient zu agieren. Als selbständiges Verfassungsprinzip kann das Effizienzgebot daher nicht restriktive Einsparungen bei UmF rechtfertigen.

IX. Die Kinder- und Jugendhilfe

A. Allgemeines

Mit Erlassung des Bundes-Kinder- und JugendhilfeG 2013 (B-KJHG)⁶² wurde die früher als Jugendwohlfahrt bezeichnete Kinder- und Jugendfürsorge neu geregelt. Das B-KJHG ist ein Grundsatzgesetz, das als solches weder unmittelbar anwendbar ist noch subjektive Rechte begründet. Zwischenzeitlich haben alle Bundesländer eigene Kinder- und Jugendhilfegesetze erlassen⁶³, welche sich überwiegend an die Vorgaben des Grundsatzgesetzes halten. Die einzelnen Gesetze legen objektive Verpflichtungen der Behörden fest, regeln Leistungsansprüche und enthalten Bestimmungen über die Organisation der Kinder- und Jugendhilfe. Sowohl das Grundsatzgesetz als auch die Ausführungsgesetze orientieren sich stark an der KRK. Es braucht hier nicht geprüft zu werden, ob und inwieweit die einzelnen Landesgesetze die KRK optimal umsetzen bzw wo Umsetzungsdefizite sind. Wichtig ist in diesem Zusammenhang der Leistungsumfang, die Geltendmachung von Leistungsansprüchen und der Anwendungsbereich für UmF.

Ein wesentlicher Grundsatz der Kinder- und Jugendhilfe ist das Subsidiaritätsprinzip, wonach primär die Eltern oder sonst mit Pflege und Erziehung betraute Personen

61 S. *Pesendorfer/Steiner*, Das Verwaltungshandeln, in: *Holzinger/Oberndorfer/Raschauer* (Hrsg), Österreichische Verwaltungslehre 3 (2013), 230, 234; *Kahl/Weber*, Verwaltungsrecht 5, Rz 184.

62 BGBl I 2013/69.

63 S. die Auflistung aller landesrechtlichen Bestimmungen bei *Weber*, in: *Berka/Grabenwarter/Weber*, Studien, 90.

Vorrang vor staatlichen Erziehungsmaßnahmen haben. Für UmF ist dieser Grundsatz insofern problematisch, als diese ja ohne Obsorgeberechtigten unterwegs sind und dieses Prinzip daher für sie gar nicht anwendbar ist. Daher sind bis zur Bestellung von **(zivilrechtlich) Obsorgeberechtigten** amtswegig staatliche Erziehungshilfen zu gewähren. Diese Erziehungshilfen sind zivilrechtsakzessorisch. Während Förderungen, Beratungen, Hilfestellungen etc nach Maßgabe des Kindeswohls gewährt werden können, dürfen Erziehungshilfen, die bis zur zwangsweisen Unterbringung in Erziehungseinrichtungen reichen können, nur als ultima ratio angewendet werden.

Die §§ 16 ff B-KJHG enthalten Bestimmungen über die einzelnen Dienste für werdende Eltern, Familien, Kinder und Jugendliche. Diese Dienste müssen für UmF – angepasst an ihre individuellen Bedürfnisse – in gleicher Weise zur Verfügung gestellt werden wie für alle anderen Kinder und Jugendlichen, die sich im jeweiligen Landesgebiet aufhalten. **Das Verhältnis der Kinder- und Jugendhilfe zur Grundversorgung ist ein kumulatives:** Das Grundversorgungsrecht ist kein spezielles Gesetzesrecht, das die Kinder- und Jugendhilfe verdrängen würde. Die Leistungen aus der Grundversorgung decken die fundamentalen Lebensbedürfnisse der UmF ab, während die Leistungen der Jugendhilfe darauf aufbauend pädagogische Zielsetzungen beinhalten.

Im Mittelpunkt der Kinder- und Jugendhilfe steht die „Verbesserung des Schutzes von Kindern und Jugendlichen vor Gewalt in der Familie und anderen Gefährdungen“. ⁶⁴ Zentrale Aspekte sind das Kindeswohl und alle damit zusammenhängenden Maßnahmen der Erziehung und Pflege. Es handelt sich also um über die Basisversorgung hinausgehende Leistungen. Typische über die Basisversorgung hinausgehende Leistungen für UmF sind (§ 3 B-KJHG): Beratungen in vielerlei Hinsicht ⁶⁵ sowie Hilfen zur Bewältigung von Problemen und Krisen, ⁶⁶ Mitwirkung an Adoptionen

64 ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 3 f. „Mögliche Kindeswohlgefährdungen werden von den zuständigen Sprengelsozialarbeiter(inn)en unter Beiziehung einer weiteren Fachkraft eingeschätzt, wann immer es im Hinblick auf den Kinderschutz erforderlich ist. Die Abklärung und Hilfeplanung erfolgt in einem strukturierten Prozess. Erziehungshilfen werden zielorientiert mit den jeweiligen Familien vereinbart oder entsprechende Anträge bei Gericht gestellt.“

65 Beratung besteht in der Problemanalyse, in der Information über zur Verfügung stehende Lösungsmöglichkeiten, in der Unterstützung bei der Entscheidungsfindung, in der Hilfe zur Umsetzung der getroffenen Entscheidung und in der Festigung der notwendigen Verhaltensänderung; ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 12.

und Zusammenarbeit mit Einrichtungen, Behörden und öffentlichen Dienststellen sowie in den gegenständlichen Fällen von besonderer Bedeutung die Gefährdungsabklärung und Hilfeplanung⁶⁷ und Erziehungshilfen⁶⁸ bei Gefährdung des Kindeswohls hinsichtlich Pflege und Erziehung.

*„Der nach der Kinderrechtskonvention geforderte Schutz und die Fürsorge werden durch die breite Palette an Angeboten und Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe sichergestellt.“*⁶⁹ Mit dieser Aussage in den Gesetzesmaterialien kommt auch eindeutig zum Ausdruck, dass die KJHG der Kinderrechtskonvention konform auszulegen sind.

B. Landes-Kinder- und Jugendhilfegesetze

Die Landes-Kinder- und Jugendhilfegesetze enthalten die Vorschriften über jenen rechtlichen Rahmen, in dem sich die Kinder- und Jugendhilfe in der Praxis abspielt. Diese Gesetze orientieren sich durchgehend an jenen finalen Rahmen, den das Grundsatzgesetz vorgibt: Absoluter Vorrang des Kindeswohls, Subsidiarität, also Vorrang der Eltern und zivilrechtlichen Obsorgeberechtigten vor staatlichen Maßnahmen sowie der Einsatz privater Einrichtungen und Einzelmenschen zur Aufgabenbesorgung, deren staatliche Überwachung und die Schaffung von Jugendanwältinnen.

Der Anspruch, dass das Grundsatzgesetz und die Ausführungsgesetze der Länder die Aufgaben und Ziele der Kinder- und Jugendhilfe klar umschreiben und damit die Abgrenzung zu und die Definition von Nahtstellen mit anderen Hilfssystemen erleich-

66 In Krisensituationen sind dem Charakter der Krise entsprechende Unterstützungsangebote zu machen, die die Betroffenen dazu befähigen, die Situation zu bewältigen, um danach soweit wie möglich wieder selbst ihre Aufgaben und ihre Verantwortung innerhalb der Familie wahrzunehmen; ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 12.

67 Die Gefährdungsabklärung umfasst jenen fachlichen Prozess, der notwendig ist, um sich Kenntnis über die Erziehungssituation des Kindes zu verschaffen und eine Gefährdungseinschätzung vorzunehmen. Bei der Gefährdungsabklärung, wie auch bei der daran anschließenden Hilfeplanung und Gewährung von Erziehungshilfen, ist eine strukturierte Zusammenarbeit von Einrichtungen etwa Schule oder Kindergarten, Behörden und öffentlichen Dienststellen wie Gericht oder Polizei und Kinder- und Jugendhilfe unumgänglich, um das Wohl der Minderjährigen in bestmöglicher Form zu gewährleisten und eine Mehrfachbelastung von Kindern und Jugendlichen durch wiederholte, ähnlich gelagerte Interventionen zu verhindern; ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 12.

68 Bei der Gewährung von Erziehungshilfen ist die der konkreten Gefährdungssituation angepasste, für die künftige Entwicklung der Minderjährigen am förderlichsten erscheinende Maßnahme zu wählen; ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 12.

69 ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 9.

tern,⁷⁰ wird aber (leider) nicht erfüllt. Daher bleiben Abgrenzungsprobleme, im gegenständlichen Fall insbesondere hinsichtlich der Grundversorgungs- und Mindestsicherungsgesetze.

Die Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe gehen aber jedenfalls regelmäßig über jene der Grundversorgung und Mindestsicherung hinaus, weil diese die Pflege und Erziehung der Minderjährigen nicht abdecken.⁷¹

Bei der Kinder- und Jugendhilfe finden sich ähnliche rechtsstrukturelle Probleme wie bei der Grundversorgung: Durch die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe und durch die zumeist nur demonstrativ aufgezählten Aufgaben und Leistungen soll jene Flexibilität erreicht werden, die es in der Praxis ermöglichen soll, möglichst maßgeschneiderte Konzepte für die Erziehung Minderjähriger zu entwickeln. Die rechtliche Analyse der Gesetzestexte zeigt, dass ein ausreichendes Instrumentarium vorhanden ist, um Entwicklungs- und Erziehungsprobleme von UmF handhaben zu können. Damit ist aber keine Wirkungsanalyse der Vollziehung verbunden. Wie die einzelnen Landesverwaltungen bei der Gewährung von Hilfestellungen und Erziehungsmaßnahmen agieren, kann im Rahmen dieses Gutachtens naturgemäß nicht ermittelt werden. Allerdings ist auch hier wieder darauf hinzuweisen, dass allfällige Vollzugsdefizite zwar im Rahmen des zivilrechtlichen und öffentlichen Rechtsschutzsystems korrigierbar sind, dass es aber auch bei den Maßnahmen der Erziehungshilfe darum geht, möglichst rasch die erforderlichen Maßnahmen zu setzen.

Keines der Landes-Kinder- und Jugendhilfegesetze enthält Sonderbestimmungen für UmF. Dies ist auch nicht nötig, da bereits in der GVV klare Ziele für die Integration von UmF enthalten sind, die selbstverständlich auch für Kinder- und Jugendhilfeaktivitäten bei UmF beachtlich sind. **Die Kinder- und Jugendhilfe hat in Wahrnehmung dieser Ziele zusätzlich zur Grundversorgung die nötigen pädagogischen und psychologischen Hilfestellungen anzubieten.** Die Abgrenzung der zu treffenden Maßnahmen nach dem Grundversorgungsrecht und dem Kinder- und Jugendhilferecht lässt sich abstrakt schwer vornehmen. Auch hier muss auf den Einzelfallbezug Bedacht genommen werden. An sich dürfte das Abgrenzungsproblem keine große Relevanz aufweisen, da zum einen ohnehin sämtliche Mittel aus den Budgets der

70 So ausdrücklich ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 5.

71 Vgl OGH 14.02.2006, 4 Ob 7/06t und 19.10.2005, 7 Ob 209/05v: Schutz vor Gefährdung, Beratung und Information, Erziehungshilfen etc.

Länder stammen, andererseits das System der allgemeinen staatlichen Verwaltung in den Ländern garantieren kann, dass Synergieeffekte beim Gesetzesvollzug realisiert werden. Problematisch kann diese Abgrenzung aber dann werden, wenn unterschiedliche Mitglieder der Landesregierung – oft verschärft durch unterschiedliche Zugehörigkeit zu politischen Parteien – für den Gesetzesvollzug und damit auch für die Finanzierung der Leistungen verantwortlich sind.

Träger der Kinder- und Jugendhilfe ist das Land (§ 10 B-KJHG).⁷²

Auch nach den Kinder- und Jugendhilfegesetzen erfolgt die Vollziehung – ebenso wie bei der Grundversorgung und der Mindestsicherung – hoheitlich⁷³ mit entsprechendem Rechtsanspruch der noch nicht Volljährigen. Letztverantwortlich bleibt demnach der Kinder- und Jugendhilfeträger. Er kann seine Leistungen aber weitgehend von anderen (privaten) Leistungsanbietern erbringen lassen. Er muss jedoch sicherstellen, dass die Leistungen in adäquater Qualität und Quantität erbracht werden, um die Ziele der Kinder- und Jugendhilfe zu erreichen.⁷⁴

Nur junge Erwachsene, also unbegleitete Flüchtlinge zwischen 18 und 21 Jahren, haben – im Unterschied zu Minderjährigen – keinen **Rechtsanspruch** auf Leistungen aus der Kinder- und Jugendhilfe.⁷⁵ Mit ihnen werden privatrechtliche Vereinbarungen abgeschlossen. Der KJHTr wird hier im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung tätig. Im Sinne der Gleichbehandlung (Fiskalgeltung) besteht aber wohl häufig die Verpflichtung zum Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung.⁷⁶

72 Die Bezeichnung „Kinder- und Jugendhilfeträger“ ist dem öffentlichen Träger vorbehalten, wobei darunter das Land mit all seinen Organisationseinheiten, denen Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe übertragen sind, zu verstehen ist; ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 10.

73 Diesbezüglich sind sich aber die Höchstgerichte nicht immer ganz einig. Während der OGH (17.7..2014, 4 Ob 45/14 t = iFamZ 2014, 231) auch die Eignungsbeurteilung für eine Auslandsadoption als hoheitliche Tätigkeit einstuft, beurteilt der VwGH (diese als privatrechtliche. Für diese Untersuchung spielt das aber keine Rolle.

74 § 10 Abs 3 und § 12 B-KJHG; so auch schon *Hacker*, Jugendliche Flüchtlinge allein in Österreich, ÖA 2002, 101 (112).

75 Vgl ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 9; **§ 29 B-KJHG: Hilfen für junge Erwachsene**

(1) Jungen Erwachsenen können ambulante Hilfen und Hilfen durch Betreuung bei nahen Angehörigen, bei Pflegepersonen oder in sozialpädagogischen Einrichtungen gewährt werden, wenn zum Zeitpunkt der Vollendung des 18. Lebensjahres bereits Erziehungshilfen gewährt wurden und dies zur Erreichung der im Hilfeplan definierten Ziele dringend notwendig ist.

Die Landesgesetze regeln dies ähnlich; vgl § 1 Abs 3 Tiroler KJHG.

76 *Jaksch-Ratajczak*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Finanzierung schulischer und beruflicher Ausbildung von – insbesondere im Rahmen der Jugendwohlfahrt betreuten – Jugendlichen, ÖA 2004, 207 (214).

IdR ist für UmF der Kinder- und Jugendhilfeträger jenes Bundeslandes, in dem der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (§ 5 Abs 2 B-KJHG) mit der Obsorge zu beauftragen.⁷⁷ Es kommt dabei auf den faktischen Aufenthalt an und nicht auf eine allfällige Aufenthaltsberechtigung.⁷⁸

Maßgeblich für die Gewährung der Leistungen ist das Vorliegen fachlicher Voraussetzungen wie ... Gefährdung des Kindeswohls durch ... Kinderhandel oder die dauerhafte Abwesenheit von Eltern oder sonstigen mit der Obsorge betrauten Personen. Personen hingegen, die sich nur auf der Durchreise befinden, sind keine Leistungen zu gewähren, es sei denn es liegt Gefahr im Verzug vor (Abs. 3).⁷⁹

Die Kinder- und Jugendhilfegesetze sowie das ABGB differenzieren nicht zwischen österreichischen Staatsbürgern und anderen. Daher sind hinsichtlich der Leistungen nach dem B-KJHG sowie nach den Landes-KJHG **Minderjährige ohne österreichische Staatsbürgerschaft und Staatenlose** den österreichischen gleichgestellt.⁸⁰ Voraussetzung für die Gewährung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe ist also bloß ein Hauptwohnsitz bzw (gewöhnlicher) Aufenthalt im Inland, unabhängig von der Staatsbürgerschaft und der aufenthaltsrechtlichen Situation.⁸¹

Auch das Haager Kinderschutzübereinkommen sowie das Haager Minderjährigenschutzabkommen⁸² und die Kinderrechtskonvention legen dies nahe.

Das Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ),⁸³ in Kraft getreten am 1.4.2011 verdrängt das Haager Minderjährigenschutzabkommen (HMSA;1975 in Österreich in Kraft getreten) im Verhältnis zwischen den Vertragsstaaten (Art 51 KSÜ).⁸⁴ Die Staaten, aus denen aktuell die meisten Flüchtlinge kommen, sind keine Vertragsstaaten

77 OGH 7 Ob 209/05v, Zak 2005/82 S 54 - Zak 2005,54 = ÖA 2005,320 K39 - ÖA 2005 K39 = EFSlg 111.684 = EFSlg 111.691 = EFSlg 112.999 = FamZ 2006/86 S 239 (Fucik) - FamZ 2006,239 (Fucik) = SZ 2005/150.

78 Vgl *Hacker*, ÖA 2002, 108 (111); ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 13.

79 ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 13.

80 OGH 14.02.2006, 4 Ob 7/06t.

81 *Cohen/Tschugguel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.03 § 212 ABGB Rz 2 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

82 Das Haager Minderjährigenschutzabkommen gilt nach Zurückziehung des österreichischen Vorbehaltes zu Art 13 Abs 3 (BGBl 1990/439) für alle Minderjährigen – selbst für solche aus Nichtvertragsstaaten – mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Vertragsstaat; RIS-Justiz RS0074240.

83 Zu den Vertragsstaaten s. https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Vertragsstaaten.pdf?__blob=publicationFile (30.9.2016).

84 Vgl *Nademleinsky*, Haager Kinderschutzübereinkommen in Kraft, EF-Z 2011/56.

des Haager Kinderschutzübereinkommens, weshalb das HSMA für die gegenständliche Untersuchung durchaus relevant ist.

Ergänzt werden die Bestimmungen der Kinder- und Jugendhilfe durch die Rehabilitationsgesetze und Pflegegesetze der Länder. Diese haben vor allem für traumatisierte UmF große Bedeutung, da nach diesen Gesetzen die Leistungen für medizinische einschließlich psychiatrischer Betreuung geregelt sind. Auch diese Gesetze sind durch weitgehende Verwendung von unbestimmten Gesetzesbegriffen und die Einräumung von Ermessen gekennzeichnet.

Bei der Leistungsvergabe nach den Rehabilitationsgesetzen kommt Sachverständigengutachten eine erhebliche Bedeutung zu. Hier folgen die Behörden zumeist amtlichen Sachverständigen (Amtsärzte), sind aber an deren Gutachten nicht gebunden. Auch hier gilt das schon Gesagte: Im Vordergrund muss stets das Kindeswohl stehen, die Orientierung an den Sparsamkeitsgeboten des Effizienzprinzips kann daher nur nach Maßgabe der Wahrung des Kindeswohls erfolgen.

C. Konkrete Aufgaben und Ziele der Kinder- und Jugendhilfe

Die Aufgaben der KJHTr bestimmen sich einerseits nach den Bundes- und Landes-KJHG und andererseits nach den §§ 207 ff ABGB. Zusätzlich kommen allenfalls noch die Aufgaben aus der Übertragung der Obsorge hinzu. Die Ansprüche aus den KJHG sind öffentlich-rechtlicher Natur, jene aus der Obsorge privatrechtlicher.

In erster Linie sollen durch die Gesamtheit der Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe Chancen eröffnet werden, dass Kinder und Jugendliche sich in angemessener Form in physischer, psychischer, sozialer und emotionaler Hinsicht entwickeln. Sie sollen in die Lage versetzt werden, als eigenverantwortliche, gemeinschaftsfähige Persönlichkeiten am gesellschaftlichen Leben teilzuhaben und darin Aufgaben und Verantwortung zu übernehmen.⁸⁵

Die Kinder- und Jugendhilfe muss die zur Wahrung des Wohles eines Minderjährigen erforderlichen gerichtlichen Verfügungen im Bereich der Obsorge beantragen und „kann“ bei Gefahr im Verzug die erforderlichen Maßnahmen der Pflege und Erziehung vorläufig mit Wirksamkeit bis zur gerichtlichen Entscheidung selbst

85 ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 11.

treffen (§ 211 ABGB). Bei Vorliegen der Voraussetzungen – also bei Kenntnis von einer entsprechenden Gefährdung eines Minderjährigen – besteht, bei sonstiger Haftung⁸⁶ die Pflicht, entsprechende Maßnahmen zu setzen.⁸⁷ Allerdings wird nach dem Asylverfahrensrecht die Kinder- und Jugendhilfe erst ab Zulassung zum Verfahren und Zuweisung in eine Betreuungseinrichtung eines Bundeslandes eingebunden. Bis zu diesem Zeitpunkt ist das BFA gem § 37 B-KJHG lediglich bei begründetem Verdacht, dass Kinder oder Jugendliche misshandelt, gequält, vernachlässigt oder sexuell missbraucht werden oder worden sind oder ihr Wohl in anderer Weise erheblich gefährdet ist, verpflichtet schriftlich Mitteilung an den örtlich zuständigen Kinder- und Jugendhilfeträger zu erstatten, sofern diese konkrete erhebliche Gefährdung eines bestimmten Kindes oder Jugendlichen anders nicht verhindert werden kann.

Der KJHTr muss, falls notwendig, die **volle Pflege und Erziehung** (siehe X.B.) leisten (§ 26 B-KJHG): Die volle Erziehung umfasst insbesondere die Betreuung bei nahen Angehörigen, bei Pflegepersonen und in sozialpädagogischen Einrichtungen.⁸⁸ Bei der Wahl dieser Betreuung sind die Kontinuität der Erziehung von Kindern und Jugendlichen sowie ihre ethnische, religiöse, kulturelle und sprachliche Herkunft gebührend zu berücksichtigen. Die Wahl der Betreuungsform ist im Rahmen der Hilfeplanung (§ 23 B-KJHG) unter Berücksichtigung vorhandener Bindungen, bestehender Verhaltensauffälligkeiten, psychischer und physischer Traumata sowie der zu erwartenden Wirkungsweisen der Hilfen nach fachlichen Standards zu treffen. Die Aufzählung der Betreuungsformen im Abs. 2 (Verwandtenpflege, Pflegepersonen, sozialpädagogische Einrichtung) ist nicht taxativ, sondern ist entsprechend dem Hilfebedarf erweiterbar. Kinder, Jugendliche, Eltern oder andere mit Pflege und Erziehung betraute Personen sind in diese Entscheidung angemessen miteinzubeziehen (§ 24 B-KJHG). Die Wahl der Betreuungsform soll sich vor allem daran orientieren, welches Setting eine angemessene soziale, emotionale, physische und psychische Entwicklung der betroffenen Kinder und Jugendlichen erwarten lässt.⁸⁹ Es bedarf

86 Zur strittigen Frage, ob es sich dabei um eine zivilrechtliche oder eine Amtshaftung handelt siehe XIII.B.

87 Vgl *Kathrein* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3 § 215 Rz 7; OGH 24.6.2005, 1 Ob 49/05w. Das gilt etwa auch für Anträge nach dem Gewaltschutzgesetz; vgl Cohen/Tschugguel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.03 § 211 ABGB Rz 5 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

88 Vgl auch *Jaksch-Ratajczak*, Von der Betrauung mit der Obsorge nach ABGB und JWG, EF-Z 2007, 85 (86).

89 ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 23.

einer Beurteilung im Einzelfall, also entsprechend den individuellen Bedürfnissen der Minderjährigen.⁹⁰

Die Kosten der vollen Erziehung sind primär vom Kinder- und Jugendhilfeträger zu tragen (§ 30 B-KJHG)⁹¹ und nur noch von den zivilrechtlich zum Unterhalt Verpflichteten und nicht mehr durch die Kinder und Jugendlichen selbst zu ersetzen.⁹² Es besteht aber die Regressmöglichkeit gegen Unterhaltsverpflichtete gem § 1042 ABGB.

Es ist jedenfalls die Aufgabe des obsorgeverpflichteten KJHTr, die Leistungen aus der Grundversorgung und der Mindestsicherung für Minderjährige zu beantragen, um ihre Basisversorgung sicherzustellen. Darüber hinaus muss er, bei Erforderlichkeit, die volle Pflege und Erziehung leisten und – als Verpflichtung aus der Obsorge – auch in Vermögensangelegenheiten die zum Wohl des Kindes notwendigen Maßnahmen sowie generell notwendige Vertretungshandlungen (bei Rechtsgeschäften und persönlichen Angelegenheiten [zB medizinische Maßnahmen] sowie in anderen – insbesondere auch öffentlich-rechtlichen – Angelegenheiten setzen.

In der Folge werden einige Bestimmungen des B-KJHG angeführt, die die Leistungspflichten des KJHTr näher beschreiben:

§ 12 B-KJHG (1) Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe sind nach fachlich anerkannten Standards sowie dem aktuellen Stand der Wissenschaften zu erbringen.

(2) Für die Erbringung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe sind nur Fachkräfte heranzuziehen, die für den jeweiligen Tätigkeitsbereich ausgebildet und persönlich geeignet sind.

§ 16 B-KJHG (1) Der Kinder- und Jugendhilfeträger hat vorzusorgen, dass zur Förderung von Pflege und Erziehung und zur Bewältigung des alltäglichen Familienlebens Soziale Dienste für werdende Eltern, Familien, Kinder und Jugendliche zur Verfügung stehen.

- (3) Soziale Dienste umfassen ambulante und stationäre Dienste, wie insbesondere
1. Angebote zur Förderung der Pflege und Erziehung in Familien;
 2. Hilfen zur Bewältigung von familiären Problemen;

90 *Kathrein* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang* 3 § 215 Rz 11.

91 Der Landesgesetzgeber kann aber andere landesgesetzlich geregelte Rechtsträger zum Tragen der Kosten für Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe bestimmen.

92 *ErläutRV* 2191 *BlgNR* 24. GP 8. Die Geltendmachung des Kostenersatz kann nur für drei Jahre rückwirkend erfolgen; § 30 Abs 3 B-KJHG.

3. Hilfen für Familien in Krisensituationen;
4. **Hilfen für Kinder und Jugendliche in Problemsituationen;**
5. Aus- und Fortbildung für Pflegepersonen, Adoptivwerber und –werberinnen.

(4) ...

§ 17 B-KJHG (1) Der Kinder- und Jugendhilfeträger hat vorzusorgen, dass zur Pflege und Erziehung von Kindern und Jugendlichen im Rahmen der vollen Erziehung sozialpädagogische Einrichtungen zur Verfügung stehen. Dabei ist auf die unterschiedlichen Problemlagen und die altersgemäßen Bedürfnisse von Kindern und Jugendlichen Bedacht zu nehmen.

(2) Sozialpädagogische Einrichtungen können sowohl als stationäre als auch als teilstationäre Dienste angeboten werden.

(3) Sozialpädagogische Einrichtungen umfassen vor allem

1. Betreuungseinrichtungen für Notsituationen;
2. Betreuungseinrichtungen für die dauerhafte Betreuung von Kindern und Jugendlichen;
3. betreute Wohnformen für Jugendliche;
4. nicht ortsfeste Formen der Sozialpädagogik.

ErläutRV zu § 17: Um den Bedürfnissen und unterschiedlichen Problemlagen der Kinder und Jugendlichen gerecht zu werden, hat eine Differenzierung der Angebote stattzufinden, wobei im Rahmen der Planung auch dafür Sorge zu tragen ist, dass die Plätze im erwarteten Ausmaß vorhanden und kurzfristig verfügbar sind.

§ 26 B-KJHG (1) Ist das Kindeswohl gefährdet und ist zu erwarten, dass die Gefährdung nur durch Betreuung außerhalb der Familie oder des sonstigen bisherigen Wohnumfeldes abgewendet werden kann, ist Kindern und Jugendlichen **volle Erziehung** zu gewähren, sofern der Kinder- und Jugendhilfeträger mit der Pflege und Erziehung zur Gänze betraut ist.

(2) Volle Erziehung umfasst insbesondere die Betreuung bei nahen Angehörigen, bei Pflegepersonen und in sozialpädagogischen Einrichtungen.

ErläutRV zu § 26: Gemäß Art. 20 KRK haben die Vertragsstaaten die Pflicht, Kindern und Jugendlichen, die nicht in ihrer familiären Umgebung leben können, besonderen Schutz zu gewähren und dafür zu sorgen, dass sie auf eine andere Art und Weise, z. B. durch eine Pflegefamilie oder in einer **Betreuungseinrichtung**, versorgt werden. **Bei der Wahl dieser Betreuung sind die Kontinuität der Erziehung von Kindern und Jugendlichen sowie ihre ethnische, religiöse, kulturelle und sprachliche Herkunft gebührend zu berücksichtigen.**

Die Wahl der Betreuungsform ist im Rahmen der Hilfeplanung (§ 23) **unter Berücksichtigung vorhandener Bindungen, bestehender Verhaltensauffälligkeiten, psychischer und physischer Traumata** sowie der zu erwartenden Wirkungsweisen der Hilfen **nach fachlichen Standards** zu treffen. ...

§ 30 B-KJHG (1) Die **Kosten** für die Gewährung von Erziehungshilfen und Hilfen für junge Erwachsene sind, soweit bundes- oder landesgesetzlich nichts anderes bestimmt ist, zunächst vom Kinder- und Jugendhilfeträger zu tragen.

ErläutRV zu § 30: Um sicherzustellen, dass die Gewährung von Erziehungshilfen nicht von der Einigung über die Finanzierung durch unterschiedliche Kostenträger verzögert oder vereitelt wird, sind die Kosten vom Kinder- und Jugendhilfeträger zu tragen, der die Hilfen setzt. Welche Organisationseinheit diese Aufgabe übernimmt – Land, Stadt, Sozialhilfeverbände, Fonds etc. – obliegt der Autonomie der Länder. Ist jedoch bundes- oder landesgesetzlich eine abweichende Kostentragung vorgesehen, kommt diese zur Anwendung. Die Kosten der Grundversorgung sind daher - wie bisher - nach den Bestimmungen der diesbezüglichen Grundversorgungsvereinbarung – Art. 15a B-VG, BGBl. I 2004/80, mit den darin geregelten Kostenhöchstsätzen zu tragen.

Unterhaltsansprüche und Leistungen, die einen Ausgleich für das Fehlen des Unterhaltsanspruches darstellen, wie Waisenpensionen, sind ebenfalls für den Kostenersatz heranzuziehen. Hierbei soll ex lege mit der Mitteilung an Dritte ein Forderungsübergang eintreten. Die diesbezüglichen Bestimmungen des ABGB sind sinngemäß anzuwenden.

Die Geltendmachung des Kostenersatzes kann für drei Jahre im Nachhinein erfolgen.

D. Grundversorgung als lex specialis zu den Kinder- und Jugendhilfegesetzen?

Die Grundversorgungs- und Mindestsicherungsgesetze sind **keine die Kinder- und Jugendhilfegesetze vollständig verdrängenden leges speciales**. Die Kinder- und Jugendhilfegesetze ergänzen vielmehr die Grundversorgungs- und Mindestsicherungsgesetze.⁹³

Die Grundversorgungsgesetze – und insbesondere die Sonderregelungen für UmF gemäß Artikel 7 Grundversorgungsvereinbarung und den Landes-

⁹³ Die Grundversorgungsgesetze sind allerdings leges speciales für „Fremde“ zu den Mindestsicherungsgesetzen, nicht aber bei anerkannten Flüchtlingen sowie subsidiär Schutzberechtigten. Für diese kommen wegen des Gleichbehandlungsgebotes mit österreichischen Staatsbürgern die Mindestsicherungsgesetze zur Anwendung.

Grundversorgungsgesetzen (zB § 7 Tiroler Grundversorgungsgesetz, § 8 Steiermärkisches Grundversorgungsgesetz) – sind *leges speciales* in ihrem Regelungsbereich. Sie stellen Mindestanforderungen an die Versorgung und Betreuung von UmF. Andere – allenfalls günstigere – Bestimmungen für UmF werden dadurch nicht verdrängt.⁹⁴ Das Tiroler und das Steiermärkische Grundversorgungsgesetz (§§ 7 und 8) bringen selbst zum Ausdruck, dass dadurch die Kinder- und Jugendhilfegesetze nicht verdrängt werden: „...*unbeschadet der Bestimmungen des Tiroler Kinder- und Jugendhilfegesetzes / des Steiermärkischen Jugendwohlfahrtsgesetzes ...*“. Auch die Erläuternden Bemerkungen zum B-KJHG untermauern diese Ansicht, indem ABGB, UVG, AsylG 2005 und FPG 2005 als Gesetze genannt werden, in denen bestimmte Aufgaben des Jugend- und Kinderhilfeträgers abschließend geregelt sind, während die Grundversorgungs- und Mindestsicherungsgesetze in diesem Zusammenhang gar nicht erwähnt werden.⁹⁵

*„Die allgemeinen Jugendwohlfahrtsgesetze sind anzuwenden, insoweit die Grundversorgungsgesetze (als lex specialis) keine Sonderregelung vorsehen. Die Grundversorgung stellt keinen Ersatz für die Zuständigkeit und die Aufgaben der Jugendwohlfahrt dar; vielmehr sind die beiden Bereiche als komplementäres Ganzes zu verstehen.“*⁹⁶

Entscheidend ist also, inwiefern schon durch die Grundversorgung die obsorgerechtlichen Aspekte der Pflege und Erziehung des Minderjährigen abgedeckt werden. Zur Pflege und Erziehung gehören insbesondere die Entfaltung der körperlichen, geistigen, seelischen und sittlichen Kräfte und die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten (siehe X.B.). *„Die Deckung der Grundbedürfnisse und die Vertretung im Asylverfahren allein reichen nicht aus, um die Gefährdung für Wohlergehen und Fortkommen hintanzuhalten.“*⁹⁷ **Sofern diese durch**

94 Die Grundversorgungsvereinbarung spricht von „begünstigten Fremden“. Eine Benachteiligung kann also dadurch nicht beabsichtigt sein. Auch die Gesetzesmaterialien (ErläutRV 412 BlgNR 22. GP) lassen keine diesbezüglichen Indizien erkennen.

95 ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 12.

96 BMI, Bericht des Menschenrechtsbeirates zu Kindern und Jugendlichen im fremdenrechtlichen Verfahren (2011) IV.

97 Vgl OGH 14.02.2006, 4 Ob 7/06t.

die Grundversorgung nicht gedeckt sind, ist ihre Gewährleistung Aufgabe der Kinder- und Jugendhilfe.⁹⁸

Die Landes-Grundversorgungsgesetze sehen mit Ausnahme von Tirol und der Steiermark – entgegen Art 7 Grundversorgungsvereinbarung – keine Sonderregelungen für Minderjährige und daher keine für die Pflege und Erziehung von Minderjährigen relevanten Bestimmungen (allenfalls mit Ausnahme von Sprachkursen) vor. Diese Aufgaben fallen damit automatisch den Kinder- und Jugendhilfeträgern zu. Daraus ergibt sich auch, dass je nach Bundesland die den Kinder- und Jugendhilfeträgern zufallenden Aufgaben wegen unterschiedlicher Leistungen nach den Landes-Grundversorgungsgesetzen ein unterschiedliches Ausmaß haben können.

E. Privatrechtliche Ansprüche

Relevante privatrechtliche Ansprüche fallen hier also nicht an. Die Vollziehung der Kinder- und Jugendhilfegesetze erfolgt hoheitlich. Bei schuldhaftem Fehlverhalten stehen Amtshaftungsansprüche zu. Nur wenn der KJHTr mit der Obsorge betraut wird oder ihm bestimmte Aufgaben mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters übertragen werden (zB Unterhaltsdurchsetzung), sind die daraus resultierenden Pflichten privatrechtliche Aufgaben, deren schuldhafte Verletzung zivilrechtliche Schadenersatzansprüche begründet (siehe auch XIII.B.). Nur für „junge Erwachsene“, also Personen zwischen 18 und 21 Jahren entstehen solche, weil in diesen Fällen die Leistungen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung und im Rahmen eines vertraglichen Verhältnisses erbracht werden (§ 29 B-KJHG).⁹⁹ Auf den Abschluss eines solchen Vertrages besteht – bei entsprechender Hilfsbedürftigkeit – ein Anspruch der jungen Erwachsenen.¹⁰⁰

98 Vgl OGH 19.10.2005, 7 Ob 209/05v.

99 Mit Volljährigkeit endet die Obsorge automatisch. Übrig bleiben allenfalls Unterhaltspflichten, die aber nicht den KJHTr treffen. Die volljährigen Personen sind idR voll geschäftsfähig und schließen daher diese Verträge mit dem KJHTr selbst als Vertragspartei ab. Das Ziel der Hilfen für junge Erwachsene ist in erster Linie die Unterstützung des Verselbständigungsprozesses, welcher auch die Beendigung einer Berufsausbildung miteinschließt; vgl ErläutRV 2191 BgNR 24. GP 24.

100 Vgl *Jaksch-Ratajczak*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Finanzierung schulischer und beruflicher Ausbildung von – insbesondere im Rahmen der Jugendwohlfahrt betreuten – Jugendlichen, ÖA 2004, 207 (214).

X. Obsorge

§ 158 Abs 1 ABGB: Wer mit der Obsorge für ein minderjähriges Kind betraut ist, hat es zu pflegen und zu erziehen, sein Vermögen zu verwalten und es in diesen sowie allen anderen Angelegenheiten zu vertreten; Pflege und Erziehung sowie die Vermögensverwaltung umfassen auch die gesetzliche Vertretung in diesen Bereichen.

Die Obsorge umfasst Pflege und Erziehung, Vermögensverwaltung und gesetzliche Vertretung. Auf die Vermögensverwaltung wird hier mangels typischer Relevanz nicht im Besonderen eingegangen, wobei diese aber im Einzelfall durchaus auch bei UmF eine Rolle spielen kann.

Die Bestimmungen des ABGB über die Obsorge für Minderjährige differenzieren in keiner Weise zwischen österreichischen und anderen Staatsbürgern oder Staatenlosen. Die Ungleichbehandlung in- und ausländischer Minderjähriger ist daher in diesem Bereich unzulässig.¹⁰¹

Im Unterschied zu anderen obsorgeberechtigten Personen gelten für den Kinder- und Jugendhilfeträger folgende Besonderheiten (§ 210 ABGB):

- Er bedarf in wichtigen, die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten, insb in jenen des § 167 Abs 2 ABGB keine Genehmigung des Pflegschaftsgerichtes (§ 213 ABGB).
- Er kann € 10.000 übersteigende Zahlungen an das minderjährige Kind entgegennehmen und darüber quittieren, ohne vom Pflegschaftsgericht hierzu ermächtigt zu sein (§ 224 ABGB).
- Das richterliche Mäßigungsrecht hinsichtlich Schadenersatzpflichten gegenüber dem Kind aus seiner Tätigkeit als Obsorgeträger gilt für den Kinder- und Jugendhilfeträger nicht (§ 228).
- Er hat keinen Anspruch auf Entschädigung, Entgelt und Aufwandersatz (§§ 229 f ABGB).

101 OGH 14.02.2006, 4 Ob 7/06t.

A. Begründung der Obsorge

1. Ex lege

Die Obsorge der **Eltern** wird ex lege mit der Geburt des Kindes (bzw auch für den Vater mit der nachträglichen Eheschließung oder gemeinsamen Bestimmung vor dem Standesbeamten sowie allenfalls durch gerichtlichen Beschluss) begründet; § 177 ABGB.

Gem § 207 Satz 1 ABGB wird der **Kinder- und Jugendhilfeträger ex lege** mit der Obsorge betraut, wenn ein minderjähriges Kind im Inland gefunden wird und dessen Eltern unbekannt sind. Das betrifft „Findelkinder“, also zB solche einer anonymen Geburt, wenn die Mutter die Obsorge nicht ausüben will, das Kind Vollwaise oder der Obsorgeberechtigte geschäftsunfähig ist.¹⁰² § 207 ABGB ist nicht taxativ; es sind auch andere Umstände denkbar, die eine gleichwertige Situation entstehen lassen, wie etwa der Tod oder ein unbekannter Aufenthalt beider Elternteile.¹⁰³ Nach hA erfasst die Bestimmung aber nur **österreichische und ihnen gleichgestellte Kinder**, also etwa staatenlose Kinder (§ 9 Abs 2 IPRG) und anerkannte minderjährige Flüchtlinge (§ 9 Abs 3 IPRG) sowie subsidiär Schutzberechtigte.¹⁰⁴ Bei UmF könnte es sich daher – jedenfalls dann, wenn der Aufenthalt ihrer Eltern unbekannt oder diese verstorben sind – um einen solchen Fall der ex lege eintretenden Obsorgeverpflichtung der Kinder- und Jugendhilfe handeln. Diese Ansicht wird nur vereinzelt vertreten. IdR wird davon ausgegangen, dass es einer konstitutiven Betrauung mit der Obsorge bedarf.¹⁰⁵ Argumentiert wird damit, dass das Wort „wird“ – im Gegensatz zu „worden ist“ – darauf hinweist, dass nur der unvertretene Zustand bei bzw unmittelbar nach der Geburt, nicht aber der Fall, dass zunächst eine gesetzliche Vertretung bestand und in der Folge wegfiel, gemeint ist. Später auftretende Vertretungsmängel bei Minderjährigen seien demnach gem §§ 178 Abs 1, 204 und 209 ABGB durch konstitutive Bestellung einer geeigneten Person oder des Kinder- und Jugendhilfeträgers zu beheben.¹⁰⁶

¹⁰² Cohen/Tschugguel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 207 ABGB Rz 2 (Stand 01.01.2016, rdb.at). Die Rechtsfolge „Betrauung mit der Obsorge“ tritt zwar automatisch (ex lege) ein, ein entsprechender Gerichtsbeschluss kann aber im Sinne einer Klarstellung förderlich sein; vgl Kathrein in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang3 § 211 Rz 5.

¹⁰³ So auch Weitzenböck in Schwimann/Kodek4 § 207 Rz 4.

¹⁰⁴ Vgl OGH 22.12.2004, 8 Ob 120/04m.

¹⁰⁵ Hacker, ÖA 2002, 108 (110).

¹⁰⁶ Stabentheiner in Rummel, ABGB3 § 211 ABGB Rz 1 (Stand 1.1.2003, rdb.at).

2. Pflegschaftsgerichtliche Übertragung

a) ABGB

Soweit weder Eltern noch Großeltern oder Pflegeeltern mit der Obsorge betraut sind oder betraut werden können und kein Fall des § 207 ABGB vorliegt („Findelkind“ etc), hat das Gericht unter Beachtung des Wohles des Kindes eine andere geeignete Person von Amts wegen oder auf Antrag mit der Obsorge zu betrauen; § 204 ABGB.

Primär sind **Verwandte oder andere nahe stehende oder sonst besonders geeignete Personen** ganz oder teilweise mit der Obsorge zu betrauen.¹⁰⁷ Stehen solche nicht zur Verfügung, so hat das Gericht die Obsorge dem **Kinder- und Jugendhilfeträger** (früher: Jugendwohlfahrtsträger) zu übertragen (§ 209 ABGB). Im Sinne des Kindeswohls und unter Berücksichtigung der im Einzelfall vorliegenden Gefährdung dessen, hat die Übertragung ohne unnötigen Aufschub („so bald wie möglich“; Art. 24 Aufnahmeberichtlinie) zu erfolgen. Die Zustimmung des Kinder- und Jugendhilfeträgers zu seiner Bestellung ist nicht erforderlich, er hat auch kein Recht auf Betrauung mit der Obsorge.¹⁰⁸

b) HSMA

Für UmF ist gem Art 8 Haager Minderjährigenschutzabkommen¹⁰⁹ – das Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ) kommt hier idR nicht zur Anwendung –, wenn sie

107 Ihnen kommt im Obsorgeverfahren Parteistellung zu und zwar unabhängig davon, ob sie einen Antrag auf Übertragung der Obsorge stellen; *Cohen/Tschugguel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.02 § 204 ABGB Rz 2 (Stand 01.01.2016, rdb.at). Liegt ein Fall mit Auslandsbezug vor, so ist als Vorfrage nach § 12 iVm § 9 IPRG zu prüfen, ob die Elternteile nach dem maßgebenden Recht fähig sind, die Obsorge selbst auszuüben; vgl *Traar*, iFamZ 2012, 212.

108 LGZ Wien EF 66.164; 75.220; der KJHTr kann sich daher gegen seine Bestellung nur durch den Nachweis zur Wehr setzen, dass eine geeignete andere Person vorhanden ist. Der KJHTr kann auch zum (Kollisions)Kurator bestellt werden; vgl auch *Cohen/Tschugguel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.02 § 209 ABGB Rz 2 f (Stand 01.01.2016, rdb.at).

109 Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen, BGBl 1975/446 (Haager Minderjährigenschutzabkommen, im Folgenden HMSA).

Gem Art 8 HMSA ist die Behörden des Staates, in dem der Minderjährige seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, unabhängig vom Vorliegen eines gesetzlichen Gewaltverhältnisses zu Schutzmaßnahmen verpflichtet, falls der Minderjährige in seiner Person oder in seinem Vermögen „ernstlich“ gefährdet ist. Zu solchen im Interesse des Minderjährigen erforderlichen Schutzmaßnahmen iSd HMSA zählt ua insbesondere auch die Übertragung der Obsorge an den Jugendwohlfahrtsträger; vgl RIS-Justiz RS0047773; *Schwimann*, Das Haager Minderjährigenschutzabkommen und seine Anwendung in Österreich, JBl 1976, 233.

einen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben,¹¹⁰ ein **Obsorgeberechtigter zu bestellen**, weil regelmäßig eine ernstliche Gefährdung¹¹¹ vorliegt.¹¹²

Es ist dabei österreichisches Recht anzuwenden.¹¹³ Das ergibt sich aus Art 1 HMSA, wonach es auf die Staatsangehörigkeit nicht ankommt. Es ist nur entscheidend, ob eine Person sowohl nach dem Recht ihres Herkunftslandes als auch nach dem Recht ihres gewöhnlichen Aufenthaltes minderjährig ist (Art 12 HMSA).¹¹⁴

Kommt das HMA nicht zur Anwendung, etwa weil die Minderjährigkeit im Herkunftsland schon früher als in Österreich endet, kommt das IPRG zur Anwendung. Für

110 Ein gewöhnlicher Aufenthalt in einem Vertragsstaat wird im Allgemeinen ab einer Aufenthaltsdauer von ungefähr 6 Monaten und weitgehender Integration des Minderjährigen angenommen (EvBl 1978/128; IPRax 1986, 385; 1 Ob 2155/96k; 8 Ob 106/98s; vgl RIS - Justiz RS0074198); für Deutschland: BVerwG, Urteil vom 24. 6. 1999 - 5 C 24/98 (Münster).

111 „Ernstliche Gefährdung“ iSd Art 8 HMA: ohne Zweifel ist von einer Gefährdung auszugehen, wenn bestimmte Umstände eine Beeinträchtigung des seelischen und körperlichen Wohlergehens des Minderjährigen sowie seiner Vermögenslage besorgen lassen (*Siehr* in MünchKomm3 Rz 318 zu Art 19 Anh EGBGB). Nach überwiegender Meinung, der sich der erkennende Senat anschließt, wird man im Interesse eines bestmöglichen Minderjährigenschutzes an den Begriff „ernstlich“ hinsichtlich der Intensität der Gefährdung keine überzogenen Anforderungen stellen und jede konkrete Gefährdung für ausreichend erachten.

Die Beantwortung der - hier also entscheidenden - Frage, ob ein Minderjähriger iSd Art 8 HMA ernstlich gefährdet ist, hat sich an der Grundlage und am Zielpunkt jeder einschlägigen pflegschaftsgerichtlichen Entscheidung, am Kindeswohl (RIS -Justiz RS0074268; 1 Ob 17/02k ua) zu orientieren und kann sich daher nicht allein darin erschöpfen, ob die Grundbedürfnisse des Minderjährigen, wie Essen, Wohnen, Kleidung, Schulbesuch und medizinische Behandlung im Krankheitsfall, gedeckt sind. Vielmehr sind auch die nach § 160 ABGB weiteren, von der Pflege des mj Kindes umfassten Aspekte, wie insbesondere die Entfaltung der körperlichen, geistigen, seelischen und sittlichen Kräfte und die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes, zu berücksichtigen. Werden diese vernachlässigt, erscheint das Kindeswohl, auch wenn für Essen, Wohnung, Kleidung etc des Minderjährigen gesorgt ist, gefährdet. In diesem Sinne weist auch *Hacker*, Gerichtliche Obsorgeregelung für unbegleitete minderjährige Fremde, in ÖA 2002, 108 (111) zutreffend darauf hin, dass (auf das Kindeswohl bedachte) elterliche Obsorge über die Deckung der Grundbedürfnisse Minderjähriger im Rahmen von Flüchtlingsprojekten, die Möglichkeit der Finanzierung einzelner medizinischer Behandlungen über die Sozialhilfe und die ex lege bestehende gesetzliche Vertretung im Asylverfahren hinausgeht; RIS-Justiz RS0120320; OGH 14.2.2006, 4 Ob 7/06t, FamZ 85/2006, 237.

112 Dem ganz allein stehenden Minderjährigen - auch wenn er bereits „mündig“ ist, und daher geringfügige Angelegenheiten des Lebens auch schon selbst regeln kann, ist ein Obsorgeberechtigter zur Seite zu stellen. Ein Minderjähriger, der 14-jährig unbegleitet nach Österreich kommt und um Asyl ansucht, bedarf über die Deckung seiner Grundbedürfnisse und einer Vertretung im Asylverfahren hinaus entsprechender Unterstützung, die ihm nur im Rahmen der vollen Obsorge zuteil werden kann, die nach der Legaldefinition des § 158 ABGB neben der Pflege, der Erziehung und der Vermögensverwaltung auch die Vertretung des Minderjährigen in allen anderen Angelegenheiten umfasst; ausführlich dazu OGH 7 Ob 209/05v, Zak 2005/82, 54 = ÖA 2005, 320 K39 = EFSlg 111.684 = EFSlg 111.691 = EFSlg 112.999 = FamZ 2006/86, 239 (*Fucik*) = SZ 2005/150.

113 Vgl *Hacker*, Gerichtliche Obsorgeregelung für unbegleitete minderjährige Fremde, ÖA 2002, 108 (110); *Ferenc*, Materiellrechtliche Grundlagen der Zuständigkeit für die Unterbringung von Unbegleiteten Minderjährigen Flüchtlingen (2001); www.asyl.at/umf/umf/u_gutachten_bmi.doc (4.8.2016).

114 Das IPRG wird im Anwendungsbereich des HMA verdrängt; *Deixler-Hübner/ Lehner*, Familienrechtliche Bestimmungen, in: Oskar Lehner (Hg), Kinder- und Jugendrecht, 1998, 84.

Obsorgeangelegenheiten kommt es dann auf das Personalstatut an. Gem § 9 Abs 3 IPRG bestimmt sich das Personalstatut von Flüchtlingen nach ihrem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt, womit auch in diesen Fällen – zumindest nach einem Aufenthalt von zirka 6 Monaten – österreichisches Recht zur Anwendung kommt.¹¹⁵

Die Obsorgeregelungen des ABGB unterscheiden nicht zwischen österreichischen Staatsbürgern und Fremden. Die Versagung pflegschaftsbehördlichen Schutzes in Fällen, in denen (bloß) die Grundversorgung und die Vertretung im Asylverfahren gesichert ist, würde daher zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung in- und ausländischer Minderjähriger führen.¹¹⁶

B. Pflege und Erziehung

Die Bereiche von Pflege und Erziehung sind nicht genau abgrenzbar, teilweise gibt es Überschneidungen. Bei der Pflege geht es im Wesentlichen um die körperliche und psychische Versorgung und Betreuung, bei der Erziehung um Ausbildung und Persönlichkeitsentwicklung. Eine klare Abgrenzung ist auch nicht erforderlich, weil diese Agenden regelmäßig der gleichen Person zukommen.

Zur **Pflege** gehören insbesondere die Versorgung mit Nahrung, Unterkunft und Kleidung, die Körperpflege, die gesundheitliche Versorgung¹¹⁷ sowie die Herstellung, Wahrung und Erhaltung des körperlichen Wohles insgesamt. Ihr Umfang hängt von Alter und Entwicklung des Kindes ab; sie ist umso intensiver, je jünger dieses ist (bei einem Kleinkind zB Verabreichung der Nahrung, Hilfe beim Ankleiden usw).

Zur **Erziehung** gehört die Entfaltung der körperlichen, geistigen, seelischen und sittlichen Kräfte. Jedenfalls ist bei der Erziehung die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Möglichkeiten des Kindes wesentlich.¹¹⁸ Diese Förderung wie auch die Vorbereitung des Kindes auf seine Selbstbestimmungs- und Selbsterhaltungsfähigkeit durch Ausbildung in Schule und Beruf sind Ziel jeder Erziehung.¹¹⁹ Es

115 Vgl *Ferenci*, Materiellrechtliche Grundlagen der Zuständigkeit für die Unterbringung von Unbegleiteten Minderjährigen Flüchtlingen 7 f.

116 OGH 14.2.2006, 4 Ob 7/06t.

117 Also auch die Organisation medizinischer Behandlungen; vgl *Hopf* in KBB4 § 160 Rz 1; LG Innsbruck, 51 R 61/10 k.

118 Die Erziehung ist zukunftsorientiert (Entfaltung der im Kind vorhandenen Kräfte, Förderung nach seinen Möglichkeiten und eine dementsprechende Ausbildung); vgl *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.03 § 160 ABGB Rz 3 (Stand 01.03.2015, rdb.at).

119 ErläutRV 60 BlgNR 14. GP 25.

gibt kein allgemeines gesetzliches Erziehungsziel, weil die individuellen Vorstellungen der Eltern Vorrang haben. Im Mittelpunkt steht jedenfalls das Kindeswohl; s § 138 ABGB. Hier kommt insbesondere Z 4 in Betracht: die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten des Kindes. Wenn der Kinder- und Jugendhilfeträger für die Erziehung zuständig ist, spielen die elterlichen Vorlieben freilich keine Rolle. In jedem Fall ist es aber Aufgabe des Obsorgeberechtigten, dem Kind die tragenden Grundsätze unserer Gesellschaft und Rechtsordnung zu vermitteln,¹²⁰ damit dieses nicht „außerhalb der Gesellschaft“ steht.

Aus Art 14 Abs 2 Aufnahmerichtlinie, wonach der Zugang zum Bildungssystem nicht um mehr als drei Monate, nachdem ein Antrag auf internationalen Schutz von einem Minderjährigen gestellt wurde, verzögert werden darf, iVm Art 28 Kinderrechtskonvention – **„Recht auf Bildung“** – ergibt sich die Verpflichtung des Kinder- und Jugendhilfeträgers, einen kostenfreien und verpflichtenden Grundschulunterricht zur Verfügung zu stellen. Das gilt für Flüchtlinge, unabhängig von ihrem (Asyl)Status, genauso wie für österreichische Kinder und Jugendliche. Das gilt sogar für Kinder ohne legalen Aufenthalt.¹²¹

Die Erziehungspflicht besteht nur dem Kind gegenüber, sodass aus ihrer Verletzung Dritte keine Ansprüche ableiten können.¹²² Bei Verletzung der Erziehungspflicht können Minderjährige die Übertragung der Obsorge (insb hinsichtlich der Erziehung und Pflege) anregen, ab Mündigkeit im Außerstreitverfahren diese bei Gericht beantragen (§ 104 AußStrG) und – mittels Vertreter (allenfalls durch Kollisionskurator) – im Zivilrechtsweg Schadenersatzansprüche geltend machen.

Pflege und Erziehung umfassen auch die **Aufenthaltsbestimmung** für das Kind; § 162 ABGB.

Ausmaß von Pflege und Erziehung hängen nach § 160 Abs 2 ABGB von den Lebensverhältnissen der Eltern ab.¹²³ Beurteilungsmaßstab ist der „bonus pater famili-

120 Siehe *Gitschthaler in Schwimann/Kodek* 4 ErgBd 1 a § 160 Rz 4.

121 *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen (2013) Art 28/29 Rz 9.

122 *Hohensinn*, EF-Z 2009, 165; s auch *Reischauer in Rummel* 3 § 1309 Rz 2.

123 Dazu gehört die Leistungsfähigkeit der Eltern unter Berücksichtigung des Anspannungsgrundsatzes, aber auch sonstige Lebensumstände, wie zB die Berufstätigkeit beider Eltern.

as“, also der pflichtbewusste gesetzestreue Elternteil.¹²⁴ Bei Betreuung außerhalb der Familie, wie in den hier gegenständlichen Fällen, kommt es auf die individuelle Leistungsfähigkeit des Kinder- und Jugendhilfeträgers nicht an. Vielmehr ist das dem Minderjährigen zustehende Ausmaß nach den individuellen Möglichkeiten des Minderjährigen und dem, was der österreichische „bonus pater familias“ seinem Kind zukommen lassen würde, zu bestimmen. Die dem UmF zustehende **Schul- und Berufsausbildung** richtet sich also nach seinen Anlagen, Fähigkeiten und Neigungen und dem – bei gleichen Anlagen, Fähigkeiten und Neigungen – österreichischen Kindern regelmäßig gewährten Standard.

Die Aufwendungen für Pflege und Erziehung stehen in einem Spannungsverhältnis zum Unterhalt. Die schulische und berufliche **Ausbildung** des Kindes gehört sowohl zur Erziehung als auch zum Unterhalt, ab der Volljährigkeit ist die Ausbildung nur nach unterhaltsrechtlichen Aspekten zu beurteilen.¹²⁵

XI. Vertretung und eigene Handlungsfähigkeit von Minderjährigen

A. Asylrecht

Die Handlungsfähigkeit von Minderjährigen Flüchtlingen bestimmt sich im Asylrecht nach § 10 BFA-VG, wonach ungeachtet der Staatsangehörigkeit des Fremden österreichisches Recht maßgeblich ist.

Der Rechtsberater iSd § 49 BFA-VG ist ex lege gesetzlicher Vertreter:

- bei mündigen Minderjährigen ab Einbringung des Antrags auf internationalen Schutz in der Erstaufnahmestelle (§ 17 Abs. 2 AsylG 2005) und
- bei unmündigen Minderjährigen ab Ankunft in der Erstaufnahmestelle

Nach Zulassung des Verfahrens und nach Zuweisung an eine Betreuungsstelle wird der örtlich zuständige Kinder- und Jugendhilfeträger jenes Bundeslandes, in dem der Minderjährige einer Betreuungsstelle zugewiesen wurde, ex lege gesetzlicher Vertreter in asylrechtlichen Angelegenheiten.

¹²⁴ Daraus leitet sich etwa ein Anspruch auf Ausbildung über dem Ausbildungsniveau der Eltern ab; *Barth* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang3* § 146 Rz 11.

¹²⁵ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON1.03* § 160 *ABGB* Rz 5 (Stand 01.03.2015, *rd.b.at*).

Der Vertretungsumfang ist in beiden Fällen auf „Verfahren vor dem Bundesamt und dem Bundesverwaltungsgericht“ beschränkt. Darüber hinaus gelten die allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts (§ 9 AVG), welches auf das Zivilrecht verweist, und des Zivilrechts (s. unten).

Die Pflicht zur Bestellung einer rechtlichen Vertretung ergibt sich auch schon aus Art 78 AEUV iVm Art 25 Abs 1 Verfahrensrichtlinie. Gem Art 25 Abs 1 lit b Verfahrensrichtlinie stellen die Mitgliedstaaten sicher, *„dass ein Vertreter und/oder ein Rechtsanwalt oder ein sonstiger nach nationalem Recht zugelassener oder zulässiger Rechtsberater bei der Anhörung eines unbegleiteten Minderjährigen anwesend ist und ... Gelegenheit erhält, Fragen zu stellen und Bemerkungen vorzubringen“*.

Nicht unproblematisch ist der Wechsel der Vertretung von einem Rechtsberater zur Kinder- und Jugendhilfe ab Zuweisung in eine Betreuungseinrichtung eines Bundeslandes. Gemäß Art 25 Abs 1 Verfahrensrichtlinie darf dies nur erfolgen, „wenn dies notwendig ist“, was wohl nicht unbedingt der Fall ist.

B. Zivilrecht

In zivilrechtlichen Angelegenheiten bestimmt sich die Handlungsfähigkeit und damit auch die Prozessfähigkeit nach den §§ 865, 167 – 176 ABGB. Das gilt sowohl für das streitige als auch das außerstreitige Verfahren (§§ 1 ff ZPO).

Voll handlungs- und prozessfähig sind demnach volljährige Personen (Vollendung des 18. Lebensjahres) mit voller Geschäftsfähigkeit.¹²⁶

Kinder (0-7 Jahre) und unmündige Minderjährige (7-14 Jahre) können – abgesehen von geringfügigen Geschäften des täglichen Lebens, die erst mit Erfüllung der Verpflichtung auf Seiten des Minderjährigen wirksam werden – keinerlei Verpflichtungen eingehen und daher auch keine eigenen Prozesshandlungen setzen. Sie sind aber regelmäßig, wenn es um ihr Wohl geht, zu hören.¹²⁷

¹²⁶ Neben dem Alter sind auch entsprechende kognitive Fähigkeiten erforderlich. Bei Personen unter Sachwalterschaft ist die Geschäfts- und damit auch die Prozessfähigkeit im Wirkungskreis des Sachwalters ex lege stark beschränkt (§ 280 ABGB).

¹²⁷ Eine Verletzung dieser Pflicht kann einen Verfahrensfehler darstellen.

Mündige Minderjährige (14-18 Jahre) sind hinsichtlich des eigenen Einkommens und jenes Vermögens geschäftsfähig, das ihnen zur freien Verfügung überlassen wurde, wenn dadurch die eigenen Bedürfnisse nicht gefährdet werden.¹²⁸

In höchstpersönlichen Angelegenheiten, insb bei medizinischen Entscheidungen (§ 173 ABGB) sind mündige Minderjährige (voll) einsichts- und urteilsfähig.¹²⁹ In diesen und insbesondere in **Pflegschaftsangelegenheiten**¹³⁰ – ausdrücklich so § 104 AußStrG – kommt ihnen Prozessfähigkeit zu.¹³¹ Das Gericht muss – jedenfalls im Außerstreitverfahren – die mündigen Minderjährigen belehren, sie auf Beratungsmöglichkeiten hinweisen, sie über die wichtigsten Verfahrensschritte informieren und insgesamt dafür sorgen, dass sie ihre Verfahrensrechte wahrnehmen können.¹³²

Verfahrensfähigen Minderjährigen sind die Entscheidungen zuzustellen, damit sie allenfalls Rechtsmittel ergreifen können.¹³³

C. Prozessfähigkeit von Minderjährigen

Laut *Matti*,¹³⁴ der dies aber weder begründet noch durch Rsp oder Lit belegt gilt Folgendes. „Abgesehen von der Stellung – bzw bei mündigen Minderjährigen auch der Einbringung – eines Antrags auf internationalen Schutz sind Minderjährige nicht in der Lage im Asylverfahren selbstständig Prozesshandlungen zu setzen. Diese sind schwebend unwirksam und werden erst durch nachträgliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ex-tunc wirksam.“

Das ist uE nicht zutreffend. Die Verfahrensfähigkeit bestimmt sich generell nach den zivilrechtlichen Vorgaben. § 10 BFA-VG trifft Sonderregelungen für Verfahren vor dem Bundesamt, vor den Vertretungsbehörden gemäß dem 11. Hauptstück des FPG und in einem Verfahren gemäß § 3 Abs. 2 Z 1 bis 6 vor dem Bundesverwaltungsge-

128 Ihr eigenes Einkommen und ihr Vermögen ist grundsätzlich durchaus (zB durch die Eltern als gesetzliche Vertreter) zur Deckung der Lebensbedürfnisse des Minderjährigen heranzuziehen.

129 Allenfalls bedürfen sie bei wichtigen Entscheidungen einer zusätzlichen Zustimmung durch den gesetzlichen Vertreter (§ 173 Abs 2 ABGB). Ihnen kommt aber hier jedenfalls ein unbeschränktes Vetorecht zu

130 Das betrifft also die Obsorge und die persönlichen Kontakte, nicht aber vermögensrechtliche Aspekte, wie Unterhalt etc.

131 RIS-Justiz RS0005898; die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters wird dadurch nicht eingeschränkt (§ 104 Abs 2 AußStrG).

132 Vgl *Mayr/Fucik*, Verfahren außer Streitsachen (2013) Rz 429.

133 Vgl OGH 22.3.2011, 3 Ob 3/11d.

134 *Matti*, Studie 51.

richt, die Regelungen des internationalen Privatrechts betreffen (Anwendbarkeit österreichischen Rechts) und Minderjährigen Antragsrechte einräumen. Insofern liegt eine *lex specialis* zu anderen Bestimmungen vor, womit aber allgemein geltende andere Aspekte der Prozessfähigkeit von Minderjährigen nicht betroffen sind. Vielmehr wird sogar bestimmt, dass auch unmündige Minderjährige, wenn ihre Interessen vom gesetzlichen Vertreter nicht wahrgenommen werden, Prozesshandlungen nach dem FPG zum eigenen Vorteil vornehmen können. Die Bestimmung stellt also insgesamt keinerlei Beschränkung irgendeiner Form der (zivil- und prozessrechtlichen) Handlungsfähigkeit von Minderjährigen dar, sondern allenfalls eine Erweiterung im gegenständlichen Bereich.

Mündigen Minderjährigen wird durch § 104 AußStrG „in Verfahren über Pflege und Erziehung oder über die persönlichen Kontakte“ ausdrücklich eigene Prozessfähigkeit eingeräumt.

Die langjährige Rsp des OGH erkennt darüber hinaus sogar in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berechtigung von Minderjährigen zur selbständigen Stellung von Anträgen und Erhebungen von Rechtsmitteln im Verfahren Außerstreitsachen an. Das gilt jedenfalls in besonders wichtigen Fällen, wenn der Minderjährige durch Handlungen seiner gesetzlichen Vertreter oder durch Entscheidungen des Pflegschaftsgerichtes eine erhebliche Verletzung seiner Interessen befürchtet.¹³⁵ Im Zweifel ist also die Prozessfähigkeit (hier: Rekurslegitimation) zu bejahen („Wegen der besonderen Tragweite der Vermögensangelegenheit soll sich der beschränkt Geschäftsfähige gegen Maßnahmen seines Vertreters oder des Pflegschaftsgerichts zur Wehr setzen können“).¹³⁶

Wenn im Außerstreitverfahren gerade in der Pflege und Erziehung (und teilweise auch in vermögensrechtlichen Angelegenheiten) den mündigen Minderjährigen Prozessfähigkeit zugesprochen wird, muss dies wohl auch im öffentlich-rechtlichen Verfahren nach den KJHG gelten.

Jedenfalls können Minderjährige beim Pflegschaftsgericht obsorgerechtliche Anträge stellen, wie etwa die Übertragung der Obsorge auf eine andere Person etc (§ 104 AußStrG).

¹³⁵ Liegenschaftsverkauf; OGH 12.01.1967 5 Ob 379/66; Bevollmächtigung eines Rechtsanwalts; OGH 07.03.1991 8 Ob 508/91 und 23.02.1994 3 Ob 1614/93.

¹³⁶ OGH 28.11.2000 1 Ob 238/00g.

XII. Unterhaltsansprüche

A. Allgemein

Nach österreichischem Recht haben Kinder und Eltern, allenfalls auch Enkelkinder und Großeltern (§ 231 f ABGB), sowie Ehegatten und eingetragene Partner grundsätzlich lebenslängliche gegenseitige Unterhaltsansprüche und Pflichten, wenn ein Teil nicht selbsterhaltungsfähig ist. Im gegenständlichen Fall von UmF spielen, wenn überhaupt, wohl nur die Unterhaltsansprüche dieser gegen Eltern und allenfalls Großeltern eine Rolle.

Nach dem Haager Unterhaltsprotokoll (HUP 2007), welches universell (Art 2), also auch auf Nicht-Vertragsstaaten anzuwenden ist, ist **immer österreichisches Unterhaltsrecht** (materiell und verfahrensrechtlich) anzuwenden, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat.

Die Unterhaltsansprüche der Kinder entstehen ex lege mit der Geburt und umfassen die „Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse ... unter Berücksichtigung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten“.

Der Unterhaltsbedarf eines Kindes besteht aus dem **Regelbedarf** – also den grundsätzlich bei jedem Kind vorhandenen Bedürfnissen wie Nahrung, Wohnung, Freizeitgestaltung, Betreuung – und dem **Sonderbedarf**, den ein Kind aufgrund spezifischer und außergewöhnlicher Umstände zusätzlich hat und der sich aus der Berücksichtigung gerechtfertigter, beim Regelbedarf bewusst außer Acht gelassener Umstände ergibt. Therapeutische Maßnahmen aufgrund eines Traumas zählen demnach zum Sonderbedarf.¹³⁷ In beiden Bedarfsgruppen bildet die Angemessenheit die Mindest- und die Höchstgrenze.¹³⁸

B. Gegen den Kinder- und Jugendhilfeträger

Mit der Übertragung der Obsorge auf eine andere Person, zB den **Kinder- und Jugendhilfeträger**, werden nur die Agenden der Vermögensverwaltung, Pflege und

137 LGZ Wien, 43 R 592/05 k = EFSlg 110.571; vgl Limberg in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.03 § 231 ABGB Rz 5 ff (Stand 01.06.2015, rdb.at).

138 In Detailfragen der Unterhaltsbemessung (zB FLAG-Entlastung) hat der Unterhaltsschuldner die für seinen Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen ausreichend zu behaupten und zu beweisen; OGH 8 Ob 93/11a = iFamZ 2012/47.

Erziehung sowie der gesetzlichen Vertretung übertragen. Die gesetzliche Unterhaltspflicht ändert sich dadurch nicht.

Daher trifft den obsorgeberechtigten Kinder- und Jugendhilfeträger nicht dieselbe „Unterhaltspflicht“ wie etwa die Eltern. Er muss aber, falls notwendig, die **volle Pflege und Erziehung** leisten (siehe IX.C.), wozu wohl, gleich wie beim Unterhaltsanspruch die „Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse ... unter Berücksichtigung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten“ zählt.

Dabei handelt es sich aber, im Unterschied zum privatrechtlichen Unterhaltsanspruch gegen die (Groß)Eltern, um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch.

Art und Umfang der Leistungen, die einem Kind aus dem Unterhaltsanspruch gegenüber den Eltern gemäß § 231 ABGB zustehen, unterscheiden sich aber nicht von Art und Umfang der Leistungen, die einem Kind im Rahmen der vollen Pflege und Erziehung gegenüber dem jeweiligen Kinder- und Jugendhilfeträger zustehen.

Die Aufwendungen für die Versorgung von UmF durch die Kinder- und Jugendhilfeträger haben diese primär selbst zu tragen (§ 30 Abs 1 B-KJHG). Die Kosten für die Grundversorgung von UmF (zu den Leistungen s Art 6 Grundversorgungsvereinbarung) sind aus der Grundversorgung zu bestreiten.¹³⁹

Dem Kinder- und Jugendhilfeträger stehen aber auch Regressansprüche gegen unterhaltspflichtige Personen zu. Die Kosten der vollen Erziehung sind von den zivilrechtlich zum Unterhalt Verpflichteten – bis zu drei Jahre rückwirkend – zu ersetzen (§ 30 Abs 3 B-KJHG).¹⁴⁰

139 Die Kostenhöchstsätze für die Erfüllung der Aufgaben nach den Art. 6, 7 und 8 betragen ab 1.7.2016 (Art 9 Z 7 Grundversorgungsvereinbarung iVm Art 2 Erhöhung ausgewählter Kostenhöchstsätze des Art. 9 der Grundversorgungsvereinbarung):

7. für die Unterbringung, Verpflegung und Betreuung unbegleiteter minderjähriger Fremder pro Person und Tag

- in Wohngruppen (mit Betreuungsschlüssel 1:10) € 95 -;
- in Wohnheimen (mit Betreuungsschlüssel 1:15) € 63,50 -;
- in betreutem Wohnen (mit Betreuungsschlüssel 1:20), oder in sonstigen geeigneten Unterkünften € 40,50,-.

140 ErläutRV 2191 BlgNR 24. GP 8.

C. Unterhaltsvorschusspflicht des Staates?

Wenn zumindest ein Elternteil seinen Unterhaltsverpflichtungen nicht (regelmäßig) nachkommt, haben Kinder gegenüber dem Staat Anspruch auf Unterhaltsvorschuss. Dieser regressiert nach Möglichkeit beim Unterhaltsschuldner.

Anspruchsberechtigt sind minderjährige Kinder (§ 2 UVG), die

- ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben und
- Staatsbürgerinnen/Staatsbürger Österreichs oder eines EU-/EWR-Mitgliedstaats oder staatenlos sind und
- keinen gemeinsamen Haushalt mit der Unterhaltsschuldnerin/dem Unterhaltsschuldner haben.¹⁴¹

Die meisten UmF werden die Voraussetzung des gewöhnlichen Aufenthaltes – zumindest nach 6 Monaten – erfüllen. Sie sind weder österreichische Staatsbürger noch solche eines EU-/EWR-Mitgliedstaats oder wohl nur in seltenen Fällen staatenlos. Die genannten Voraussetzungen müssen jedoch kumulativ gegeben sein. Daher wird häufig kein Anspruch auf Unterhaltsvorschuss bestehen.

Auch die europarechtlichen Vorgaben ändern daran nichts. Da Unterhaltsvorschussleistungen von der VO (EG) 883/2004 ausdrücklich ausgenommen sind und in der VO (EU) 1231/2010 ein allgemeines Diskriminierungsverbot für Drittstaatsangehörige fehlt, können sich diese nicht auf das Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV stützen.¹⁴²

Es besteht jedenfalls auch **kein Anspruch** auf Unterhaltsvorschuss, wenn minderjährige Kinder auf Grund einer Maßnahme der Sozialhilfe oder der **vollen Erziehung** nach dem öffentlichen Jugendwohlfahrtsrecht in einer Pflegefamilie, in einem Heim oder in einer sonstigen Einrichtung untergebracht sind (§ 2 Abs 2 Z 2 UVG).

Anerkannte Konventionsflüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte (§ 8 Asylgesetz) sind österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt und haben daher auch Anspruch auf Unterhaltsvorschuss.¹⁴³

141 Der Unterhaltsvorschuss wird ab Beginn des Monats der Antragstellung für höchstens fünf Jahre gewährt und vom Oberlandesgericht jeweils am 1. eines Monats im Voraus an die bezugsberechtigte Person ausbezahlt. Zuständige Stelle für einen Antrag ist das Bezirksgericht, in dessen Sprengel das minderjährige Kind seinen Wohnsitz hat.

142 RIS-Justiz RS0128665.

143 Vgl OGH 23.10. 2012, 10 Ob 35/12p.

Unabhängig davon, ob der Kinder- und Jugendhilfeträger mit der Obsorge betraut ist oder nicht, gehört es zu seinen Aufgaben, Unterstützung beim Antrag auf Unterhaltsvorschuss zu leisten. Er kann auch vom obsorgeberechtigten Elternteil zum Vertreter in Unterhaltsangelegenheiten bestellt werden.

Die Höhe des Unterhaltsvorschusses bestimmt sich nach dem „gesetzlichen“ Unterhalt, also vor allem nach dem Alter des Kindes (Regelbedarf) und den zusätzlichen individuellen Verhältnissen des Kindes (Sonderbedarf) und des Unterhaltsschuldners.¹⁴⁴

XIII. Durchsetzung von Ansprüchen von UmF

A. Anspruch auf Bestellung eines Obsorgeberechtigten

Für UmF ist jemand, zumeist der Kinder- und Jugendhilfeträger, mit der Obsorge zu betrauen (siehe X.A.2.). Mündige Minderjährige, also Personen ab dem vollendeten 14. Lebensjahr, können selbst einen entsprechenden Antrag beim Pflegschaftsgericht stellen (§ 104 AußStrG; vgl. XI.C.).¹⁴⁵ Zusätzlich hat für sie und für noch nicht mündige Minderjährige der Kinder- und Jugendhilfeträger die zur Wahrung des Wohles eines Minderjährigen erforderlichen gerichtlichen Verfügungen im Bereich der Obsorge zu beantragen (§ 211 Abs 1 ABGB). Dazu gehört allenfalls auch der Antrag auf Betrauung mit der Obsorge.

Bei akuter Kindeswohlgefährdung kann und muss das Pflegschaftsgericht auch von Amts wegen oder auf Popularanregung („von wem immer es angerufen wird“; das kann auch zB das SOS-Kinderdorf sein) hin tätig werden und muss die zur Sicherung des Kindeswohles nötigen Verfügungen treffen (§ 181 ABGB; § 107 AußStrG). Dazu gehört allenfalls der Entzug der Obsorge und die Bestellung einer anderen Person, zB des Kinder- und Jugendhilfeträgers.

¹⁴⁴ RIS-Justiz RS0129034.

¹⁴⁵ (1) Minderjährige, die das vierzehnte Lebensjahr vollendet haben, können in Verfahren über Pflege und Erziehung oder über die persönlichen Kontakte selbständig vor Gericht handeln. Soweit die Verständnisfähigkeit des Minderjährigen dies erfordert, hat das Gericht - spätestens anlässlich der Befragung - dafür zu sorgen, dass dieser seine Verfahrensrechte wirksam wahrnehmen kann; auf bestehende Beratungsmöglichkeiten ist er hinzuweisen.

(2) Die Befugnis des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen, auch in dessen Namen Verfahrenshandlungen zu setzen, bleibt unberührt. Stimmen Anträge, die der Minderjährige und der gesetzliche Vertreter gestellt haben, nicht überein, so sind bei der Entscheidung alle Anträge inhaltlich zu berücksichtigen.

B. Ansprüche gegen den KJHTr

Die Aufgaben des Kinder- und Jugendhilfeträgers sind zum Teil öffentlich-rechtlicher und zum Teil privatrechtlicher Natur.

Die Vollziehung der Kinder- und Jugendhilfegesetze und damit die Gewährung der Maßnahmen, zu deren Ausführung teilweise Dritte (Einrichtungsträger) herangezogen werden, erfolgt **hoheitlich** (s IX.B.). Das Gleiche gilt für die Beratung und Hilfestellung gemäß § 208 Abs 1 ABGB.¹⁴⁶ Es kommen also verwaltungsrechtliche Verfahrensvorschriften (AVG) zur Anwendung. Die Entscheidung ist mit Bescheid zu treffen, gegen den die üblichen Rechtsmittel zustehen (Bescheidbeschwerde und Berufung). Bei einem schadensbegründenden Fehlverhalten der Behörde greift in diesen Fällen die **Amtshaftung**.¹⁴⁷

Umstritten sind aber die Maßnahmen gemäß § 211 ABGB (**Notkompetenz** des KJHTr). Nach lange bisher einhelliger Ansicht in Rsp und Lehre handelte es sich um eine privatrechtliche Tätigkeit. Seit zirka 10 Jahren vertritt aber der OGH die gegenteilige Ansicht und hat mehrfach ausgesprochen, dass etwa die vorläufig vom Kinder- und Jugendhilfeträger gesetzten Maßnahme nach § 211 (§ 215 aF) ABGB, zB durch Unterbringung eines Minderjährigen in einer psychologischen Beobachtungsstation, ein hoheitlicher Akt sind.¹⁴⁸ Für Maßnahmen gemäß § 211 ABGB sieht § 107 a AußStrG zwei pflegschaftsgerichtliche Kontrollmöglichkeiten vor: einmal die Überprüfung, ob eine aufrechte Maßnahme vorläufig zulässig ist (Abs 1) und zum anderen, ob eine bereits beendete Maßnahme zulässig war (Abs 2; nachträgliche Überprüfung).¹⁴⁹

Die Rechtmäßigkeit des **Nicht-Tätigwerdens** des KJHTr kann damit aber nicht überprüft werden. Das Gericht kann aber eine Weisung an den KJHTr erteilen (§ 181 ABGB). Das kommt auch für den Aufenthaltsort des Kindes in Betracht.¹⁵⁰

146 *Cohen/Tschugguel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 207 ABGB Rz 5 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

147 Vgl *Stabentheiner* in Rummel3 § 212 Rz 2.

148 *Cohen/Tschugguel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 211 ABGB Rz 6 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

149 Antragsberechtigt sind das betroffene Kind sowie der Person, in deren Obsorge eingegriffen wurde; vgl *Cohen/Tschugguel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.03 § 211 ABGB Rz 4 (Stand 01.01.2016, rdb.at). Dem KJHTr kommt Parteistellung zu; *Beck* in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 107a Rz 4 (Stand 1.11.2013, rdb.at).

150 In der E vom 26.6.2007 (10 Ob 64/07 w) beschränkte der OGH die Obsorge des KJHTr dahin, dass Änderungen des Aufenthaltsorts des Minderjährigen nur mit Zustimmung des Gerichts angeordnet werden durften; dieser Auflage lag zugrunde, dass der Jugendwohlfahrtsträger eine Trennung der Geschwister vornehmen wollte, die nach Ansicht des Gerichts (noch) nicht angezeigt war und nur die ultima ratio darstellen sollte.

Wenn der KJHTr aber mit der Obsorge betraut wird oder ihm bestimmte Aufgaben mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters übertragen werden (zB Unterhaltsdurchsetzung), so sind die daraus resultierenden Pflichten (Pflege und Erziehung, gesetzliche Vertretung, Vermögensverwaltung, Aufenthaltsbestimmung¹⁵¹) **privatrechtliche Aufgaben. Der KJHTr unterliegt, wenn er im Rahmen der eigenen Obsorgeverpflichtungen oder auf Grund einer privatrechtlichen Vereinbarung (idR mit dem obsorgeberechtigten Elternteil) tätig wird, in diesem Bereich der Kontrolle durch das Pflegschaftsgericht und haftet im Rahmen der Verschuldenshaftung nach ABGB.**¹⁵² Die Ansprüche von Minderjährigen sind daher im Zivilverfahren, und hier regelmäßig im Außerstreitverfahren, geltend zu machen.

Mündige Minderjährige, also Personen ab dem vollendeten 14. Lebensjahr, können auch hier, sowohl in öffentlich-rechtlichen als auch in privatrechtlichen Angelegenheiten selbst einen entsprechenden Antrag, im einen Fall bei der Behörde (Bezirkshauptmannschaft), im anderen Fall beim Pflegschaftsgericht stellen (§ 104 AußStrG; vgl XI.C.).

Das Vorhin Gesagte gilt nicht für Schadenersatzprozesse: bei diesen kommt das „streitige“ Zivilverfahren zur Anwendung und Prozessfähigkeit liegt erst ab Volljährigkeit vor, sodass ein gesetzlicher Vertreter für den Minderjährigen tätig werden muss.¹⁵³

Allenfalls kann zur Unterstützung unmündiger Minderjähriger, ausnahmsweise auch bei Minderjährigen bis 16 Jahre, ein Kinderbeistand bestellt werden (§ 104a AußStrG).

151 Der Kinder- und Jugendhelfeträger bedarf dafür keiner gerichtlichen Genehmigung; vgl *Beck* in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 107a Rz 1 (Stand 1.11.2013, rdb.at).

152 § 227 ABGB kommt dabei als Spezialnorm zur Anwendung, die aber von der allgemeinen Verschuldenshaftung nur insofern abweicht, als für andere Personen und Institutionen, derer sich der KJHTr zur rechtmäßigen Ausführungen seiner Verpflichtungen bedient, nur für Auswahlverschulden und nicht iSd Erfüllungsgehilfenhaftung gem § 1313a ABGB gehaftet wird. Das richterliche Mäßigungsrecht (§ 228 ABGB) gilt für Kinder- und Jugendhelfeträger nicht; vgl *Cohen/Tschugguel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 210 ABGB Rz 1 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

153 Dieser bedarf gemäß § 167 Abs 3 ABGB auch der gerichtlichen Genehmigung für die Klagserhebung; vgl *Fischer-Czermak* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.03 § 167 ABGB Rz 27 (Stand 01.03.2015, rdb.at). Allenfalls muss ein Kollisionskurator bestellt werden, wenn ein Schadenersatzanspruch gegen den Obsorgeberechtigten (= Vertreter) geltend gemacht werden soll.

XIV. Ersatz von Aufwendungen Dritter

A. Verwendungsanspruch gemäß § 1042 ABGB

„Wer für einen andern einen Aufwand macht, den dieser nach dem Gesetze selbst hätte machen müssen, hat das Recht, den Ersatz zu fordern.“ (§ 1042 ABGB).

Wenn also jemand UmF betreut und versorgt und dadurch jemand anderen, der dazu verpflichtet wäre, entlastet, kann er von diesem (Bereicherten) Ersatz für seinen Aufwand verlangen.¹⁵⁴

Es bedarf – im Unterschied zur Geschäftsführung ohne Auftrag – keines Geschäftsführungswillens im Interesse des Bereicherten.¹⁵⁵ Nur wenn Schenkungsabsicht auf Seiten des Leistenden vorliegt, entsteht kein Anspruch auf Ersatz.¹⁵⁶

Als Aufwand, der „nach dem Gesetze selbst“ zu tätigen gewesen wäre, sind alle gesetzlichen (zB Unterhaltspflichten), aber auch vom Gesetz anerkannten vertraglichen Verpflichtungen zu verstehen. Die Bestimmung wird also von der Rsp weit ausgelegt.¹⁵⁷ **Es werden nicht nur privatrechtliche, sondern auch öffentlich-rechtliche Verpflichtungen erfasst.**¹⁵⁸

Der Umfang des Ersatzanspruchs ist jedenfalls mit dem Umfang der Leistungspflicht des Bereicherten beschränkt.¹⁵⁹

Zum Bundesbetreuungsgesetz hat der OGH (24.2.2003, 1 Ob 272/02k) daher richtigerweise in einem für die gegenständliche Untersuchung fast identen Fall Folgendes entschieden:

154 Es handelt sich dabei um einen Verwendungsanspruch: das Vermögen einer Person wird zugunsten einer anderen verwendet. Insofern ist § 1042 ABGB ein Unterfall des § 1041 ABGB, nach welchem eine Sache zum Nutzen einer anderen Person verwendet wird; vgl *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.03 § 1042 ABGB (Stand 1.4.2016, rdb.at) Rz 1. Ein typischer Anwendungsfall ist etwa jener, wenn der Kindesvater seinen Unterhaltspflichten nicht nachkommt und jemand anderer diese Kosten trägt (zB Großeltern oder auch der Scheinvater).

155 Liegt ein Geschäftsführungswille im Interesse des Bereicherten vor, kommen der Verwendungsanspruch gemäß § 1042 ABGB und die Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß §§ 1035 ff ABGB nebeneinander zur Anwendung; vgl *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.03 § 1042 ABGB (Stand 1.4.2016, rdb.at) Rz 3.

156 RS0117459;

157 *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.03 § 1042 ABGB (Stand 1.4.2016, rdb.at) Rz 5 mwN.

158 *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.03 § 1042 ABGB (Stand 1.4.2016, rdb.at) Rz 5 mwN.

159 Dem Bereicherten/Schuldner stehen auch alle Einwendungen bei einer Klage gemäß § 1042 ABGB gegen den leistenden Dritten zu, die ihm gegen den Leistungsempfänger zustehen würden.

„Lehnt daher der Bund eine nach dem Bundesbetreuungsgesetz gebührende Leistung ab, obgleich der Leistungswerber die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, so ist der inhaltsgleiche Leistungsaufwand eines Dritten auf Grundlage einer Ersatzerwartung - also ohne Vorliegen eines den Bund etwa begünstigenden animus donandi - ein Aufwand, den der Bund im Sinne des § 1042 ABGB nach dem Gesetz hätte selbst machen müssen.“

Der Anspruch gemäß § 1042 ABGB verjährt in der **Verjährungsfrist** der erbrachten Leistung bzw. bezahlten Forderung (zB beim Unterhalt in drei Jahren ab objektiver Möglichkeit der Geltendmachung).¹⁶⁰

B. Leistungen aus Vertrag

Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch entsteht nicht, wenn die Leistung **aufgrund einer vertraglichen oder gesetzlichen Verpflichtung** erbracht wird. Beauftragt der Schuldner (zB KJHTr) – im Rahmen eines internen Vertragsverhältnisses – einen Dritten (SOS Kinderdorf), jene Leistungen an den Gläubiger (UmF) zu erbringen, **die er diesem schuldet, so entsteht für die vertraglich vereinbarten Leistungen kein über die vertragliche Vereinbarung hinausgehender Entgeltanspruch.**

Nur wenn vom Dritten (SOS Kinderdorf) über die vertragliche Vereinbarung hinausgehend Leistungen an UmF erbracht werden, zu denen jemand anderer (zB KJHTr) gesetzlich (oder auch vertraglich) verpflichtet ist, entsteht in diesem Ausmaß ein Verwendungsanspruch gemäß § 1042 ABGB.

Es ist also zu beurteilen,

- in welchem Ausmaß und in welcher Art die KJHTr zu Leistungen gegenüber den UmF verpflichtet sind und
- in welchem Ausmaß diese Verpflichtungen durch die Vereinbarungen zwischen den KJHTr und dem Leistungserbringer (SOS Kinderdorf) abgedeckt sind.

Ob die in den Vereinbarungen zwischen den KJHTr und dem Leistungserbringer (SOS Kinderdorf) vereinbarten Entgelte kostendeckend sind, ist irrelevant, es sei denn, dass etwas anderes vereinbart wurde. Das österreichische Privatrecht kennt

¹⁶⁰ Die ältere Rsp, wonach ein 30jährige Verjährungsfrist gilt, ist überholt; *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.03 § 1042 ABGB (Stand 1.4.2016, rdb.at) Rz 10.

keine Verpflichtung zur Angemessenheit von Preisen. Nur wenn der Wert der Leistung und der Gegenwert (nach dem Marktwert) um mehr als die Hälfte divergieren, besteht die Möglichkeit der Vertragsanfechtung (*laesio enormis* gemäß § 934 ABGB).¹⁶¹

C. Vertrag SOS-Kinderdorf und Land Tirol am Beispiel BIWAK - Bruckergasse

1. Leistungsvertrag

Der Vertrag nimmt hinsichtlich des Leistungsumfangs¹⁶² Bezug auf **§ 7 Tiroler Grundversorgungsgesetz**, welcher Sonderbestimmungen für unbegleitete Minderjährige enthält.¹⁶³ § 7 Tiroler Grundversorgungsgesetz ist die Ausführungsbestimmung zu § 7 Grundversorgungsvereinbarung, worin anerkannt wird, dass UmF einer über die allgemeine hinausgehenden Grundversorgung bedürfen (sozialpädagogi-

161 Vgl Gruber in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.02 § 934 ABGB (Stand 1.6.2014, rdb.at).

162 Es wird hier nur auf jene Vertragsinhalte eingegangen, die für die Betreuung der UmF unmittelbar von Bedeutung sind.

163 **§ 7 Tiroler Grundversorgungsgesetz:**

Sonderbestimmungen für unbegleitete Minderjährige

- (1) Unbegleitete Minderjährige sind unbeschadet der Bestimmungen des Tiroler Kinder- und Jugendhilfegesetzes, LGBl. Nr. 150/2013, in der jeweils geltenden Fassung über die Leistungen der Grundversorgung nach § 5 hinaus zur psychischen Festigung und zur Schaffung einer Vertrauensbasis durch Maßnahmen zur Stabilisierung zu unterstützen. Im Bedarfsfall kann darüber hinaus sozialpädagogische und psychologische Unterstützung gewährt werden. Die Unterbringung der unbegleiteten Minderjährigen kann zu diesem Zweck in einer Wohngruppe, in einem Wohnheim, in einer sonstigen geeigneten organisierten Unterkunft, in einer Einrichtung für betreutes Wohnen oder durch individuelle Unterbringung erfolgen.
- (2) Wohngruppen können für unbegleitete Minderjährige mit besonders hohem Betreuungsbedarf eingerichtet werden. Wohnheime können für nicht selbstversorgungsfähige unbegleitete Minderjährige eingerichtet werden. Einrichtungen für betreutes Wohnen können für unbegleitete Minderjährige eingerichtet werden, die in der Lage sind, sich unter Anleitung selbst zu versorgen.
- (3) Darüber hinaus kann die Betreuung unbegleiteter Minderjähriger folgende zusätzliche Leistungen der Grundversorgung umfassen:
 - a) eine an deren Bedürfnisse angepasste Tagesstrukturierung (Bildung, Freizeit, Sport, Gruppen- und Einzelaktivitäten, Arbeit im Haushalt),
 - b) die Bearbeitung von Fragen zu Alter, Identität, Herkunft und Aufenthalt der Familienangehörigen,
 - c) die Abklärung der Zukunftsperspektiven im Zusammenwirken mit den Behörden,
 - d) gegebenenfalls die Ermöglichung der Familienzusammenführung,
 - e) gegebenenfalls die Erarbeitung eines Integrationsplanes sowie Maßnahmen zur Durchführung von Schul-, Ausbildungs- und Berufsvorbereitungsaktivitäten unter Nutzung der bestehenden Angebote mit dem Ziel der Selbsterhaltungsfähigkeit.
- (4) Auf die Einschränkung oder Einstellung und den Ausschluss von Leistungen der Grundversorgung nach den Abs. 1 und 3 sind § 5 Abs. 2 und 3 und § 6 Abs. 1 und 2 sinngemäß anzuwenden.
- (5) Unbeschadet der Bestimmungen des Tiroler Kinder- und Jugendhilfegesetzes obliegt dem Kinder- und Jugendhilfeträger die Unterstützung und Vertretung von unbegleiteten Minderjährigen im Asylverfahren und in Verfahren nach diesem Gesetz.

sche und psychologische Unterstützung etc.). Damit werden die in § 7 Tiroler Grundversorgungsgesetz angeführten Leistungen verpflichtender Vertragsinhalt. Auf sie besteht gemäß § 2 Abs 6 Tiroler Grundversorgungsgesetz ein Rechtsanspruch, auch wenn sie teilweise als „Kann“-Bestimmung formuliert sind. Kein Rechtsanspruch besteht auf Leistungen gemäß § 7 Abs 2 TGVG (Wohngruppen für UmF mit besonders hohem Betreuungsbedarf, Wohnheime, betreutes Wohnen). Wo eine Verpflichtung besteht („...sind zur psychischen Festigung und zur Schaffung einer Vertrauensbasis durch Maßnahmen zur Stabilisierung zu unterstützen“), bleiben Art und Ausmaß offen. Diese sind wohl nach den individuellen Bedürfnissen der UmF im Einzelfall zu beurteilen. Das einen integrierenden Bestandteil des Vertrages bildende Konzept (siehe unten) hilft ein wenig bei der Leistungskonkretisierung.

Eigenartigerweise sind die wesentlichen **Leistungen aus der Grundversorgung** (Unterkunft, Verpflegung, medizinische Versorgung etc gemäß § 5 Tiroler Grundversorgungsgesetz) nicht (ausdrücklich) Vertragsinhalt, obwohl doch offensichtlich Unterkunft und Verpflegung von SOS-Kinderdorf erbracht wird. § 7 Tiroler Grundversorgungsgesetz umfasst diese nicht („...über die Leistungen der Grundversorgung nach § 5 hinaus ...“). War im Zeitpunkt des Vertragsschlusses der gemeinsame Parteiwille vorhanden, dass auch die Leistungen gemäß § 5 Tiroler Grundversorgungsgesetz verpflichtender Vertragsinhalt sein sollen, ist der Vertrag auch dementsprechend ergänzend zu interpretieren (§ 914 ABGB. Das dürfte hier der Fall sein.

Jedenfalls kann SOS-Kinderdorf Deutschkurse im Ausmaß von 200 Unterrichtseinheiten (à 3,63 € pro Person) in Rechnung stellen, wenn sie auch tatsächlich erbracht werden. Offensichtlich ist bei jedem Neuzugang ein Clearing (wie und worüber wird nicht ausgeführt) in der Dauer von zwei Monaten durchzuführen.

Die Formulierung „**Weitere Ansprüche des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber bestehen nicht.**“ (letzter Satz Punkt V.) ist interpretationsbedürftig. Es gilt primär die Parteienabsicht (§ 914 ABGB), die durch den bloßen Vertragstext nicht ans Licht gelangt. Allenfalls könnten Begleittexte oder Besprechungen dazu Aufschluss geben. Uns liegen solche nicht vor. Nach der Wortinterpretation kommt man zum Ergebnis, dass es sich um eine Wissenserklärung handeln dürfte, die zum Ausdruck bringt, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine im Zusammenhang mit der Betreuung UmF bestehenden Ansprüche gegenüber dem Land Tirol bestehen.

Es handelt sich aber wohl nicht um eine Verzichtserklärung in dem Sinne, dass auf bestehende finanzielle Ansprüche aus der Betreuung von UmF in Schenkungsabsicht verzichtet würde. Gemäß § 915 ABGB ist nämlich bei einseitig verbindlichen Verträgen – insbesondere bei unentgeltlichen (Teil)Leistungen – anzunehmen, „dass sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte“. Schenkungsabsicht ist daher nicht zu vermuten. Jedenfalls setzt diese ein Schenkungsbewusstsein als subjektive Voraussetzung voraus.¹⁶⁴ Dass eine Schenkungsabsicht vorlag, hat derjenige zu beweisen, der darauf seinen Anspruch gründet.¹⁶⁵ Soweit es sich bei dieser Klausel um eine zweiseitig verbindliche Vertragsbestimmung handeln sollte – eine Gegenleistung ist aber prima vista nicht ersichtlich – „wird eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat.“ (§ 915 Satz 2 ABGB) Wer sich dieser bedient hat, wer also diese Klausel in den Vertrag aufgenommen hat, ist hier nicht ersichtlich.¹⁶⁶

Punkt VII. des Vertrages schreibt personelle Qualifikationen vor: Betreuungsschlüssel in Wohngruppen 1 : 10 und im Wohnheim 1 : 15; überwiegend psychosoziale Fachkräfte und durchgehende Anwesenheit von hauptamtlichem Betreuungspersonal.¹⁶⁷

2. Leistungsrelevante Bestimmungen des Tiroler Grundversorgungsgesetzes

Tiroler Grundversorgungsgesetz:

§ 2 Abs 2 letzter Satz: „Ein Anspruch auf die Unterbringung in einer bestimmten Unterkunft besteht nicht.“

§ 2 Abs 6: Rechtsanspruch für Personen, die einen Antrag auf Asyl gestellt haben (§ 4 lit c) besteht

- gemäß § 5 Abs. 1 lit. a, b, c, d und k) auf: Unterkunft, Verpflegung, Taschengeld, grundlegende Krankenversorgung und Behandlung von schweren psy-

164 RIS-Justiz RS0019229; RS0012959.

165 RIS-Justiz RS0019370.

166 § 915 ABGB ist gegenüber § 914 ABGB subsidiär. Das heißt, dass die Bestimmung nur zu Anwendung kommt, wenn nach Auslegung gemäß § 914 ABGB noch Zweifel übrig bleiben; vgl *Heiss in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.01 § 915 ABGB (Stand 1.2.2014, rdb.at) Rz 2.

167 Das entspricht auch den Vorgaben von Art 9 Z 7 Grundversorgungsvereinbarung.

chischen Störungen und Maßnahmen zur Strukturierung des Tagesablaufes sowie

- gem § 7 Abs. 1 und 3 bei UmF auf
 - über die Leistungen der Grundversorgung nach § 5 hinausgehende Unterstützung durch Maßnahmen zur Stabilisierung zur psychischen Festigung und zur Schaffung einer Vertrauensbasis
 - Darüber hinaus kann die Betreuung unbegleiteter Minderjähriger folgende zusätzliche Leistungen der Grundversorgung umfassen:
 - a) eine an deren Bedürfnisse angepasste Tagesstrukturierung (Bildung, Freizeit, Sport, Gruppen- und Einzelaktivitäten, Arbeit im Haushalt),
 - b) die Bearbeitung von Fragen zu Alter, Identität, Herkunft und Aufenthalt der Familienangehörigen,
 - c) die Abklärung der Zukunftsperspektiven im Zusammenwirken mit den Behörden,
 - d) gegebenenfalls die Ermöglichung der Familienzusammenführung,
 - e) gegebenenfalls die Erarbeitung eines Integrationsplanes sowie Maßnahmen zur Durchführung von Schul-, Ausbildungs- und Berufsvorbereitungsaktivitäten unter Nutzung der bestehenden Angebote mit dem Ziel der Selbsterhaltungsfähigkeit.

Diese Bestimmungen spielen auch im Vertragsverhältnis zwischen Land Tirol und SOS-Kinderdorf eine Rolle, zumal sich der Vertrag zum Teil direkt darauf (§ 7) bezieht und der Vertrag auch gesetzeskonform zu interpretieren ist.

Gemäß § 3 (**Heranziehung von Einrichtungen**) kann das Land Tirol bei der Versorgung der in die Betreuung aufgenommenen Fremden und bei der Schaffung und der Erhaltung der nötigen Infrastruktur humanitäre, kirchliche oder private Einrichtungen oder Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege oder eine zu diesem Zweck gegründete Rechtsträgerin durch schriftliche Vereinbarung zur Mitarbeit heranziehen. In dieser Vereinbarung ist vorzusehen, dass die genannten Einrichtungen die zur Aufgabenerfüllung eingesetzten Bediensteten vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichten.

Ähnliches gilt nach § 4 Tiroler Kinder- und Jugendhilfegesetz. Dann bedarf es aber einer Bewilligung privater Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen durch die Landesregierung (§ 4 Abs 4 lit d iVm § 12 TKJHG).

3. Betreuungskonzept des SOS-Kinderdorf / BIWAK (BRUCKERGASSE)

Das **Betreuungskonzept des SOS-Kinderdorf / BIWAK (BRUCKERGASSE)** ist ebenfalls Vertragsinhalt und die Betreuung entsprechend diesem Konzept damit verpflichtender Vertragsbestandteil. Gemäß Pkt 1.4. wird die Obsorge im Bereich der **Pflege und Erziehung** an SOS-Kinderdorf übertragen. Damit wird über die Verpflichtungen nach dem Tiroler Grundversorgungsgesetz hinausgegangen. Die Pflege und Erziehung kommt dem Land Tirol als KJHTr bei UmF nur zu, wenn diese obsorgerechtlichen Teile pflegschaftsgerichtlich übertragen wurden. Allenfalls besteht auch nach dem TKJHG (§ 42) die Pflicht die „volle Erziehung“ zu leisten.

Es wird dabei unter anderem auf die Grundversorgungsvereinbarung und die Kinderrechtskonvention Bezug genommen, nicht aber zB auf die Kinder- und Jugendhilfegesetze. Inhalt des Konzepts sind darüber hinaus

- pädagogische Leitlinien (Achtung und Wertschätzung von Jugendlichen, respektvoller Umgang mit anderen Kulturen, professionelle Beziehungsarbeit, Fördern durch Fordern etc) sowie
- die Beschreibung der Zielgruppe (welche Personen),
- die Aufnahmekriterien,
- ein zweimonatiges Clearing zur Abklärung medizinischer, rechtlicher und sozialer Bedürfnisse,
- tagesstrukturierende Angebote und Maßnahmen zum ersten Spracherwerb;
- Betreuungsziele (zB Bildung und Sprache sowie kulturelle und gesellschaftliche Grundwerten vermitteln);

Als Betreuungsformen (3.1.4) werden sowohl Einzel- als auch Gruppenbetreuung angeführt, ohne konkrete Aussagen darüber zu treffen, wer was in welchem Ausmaß erhält, woraus wohl zu schließen ist, dass dies individuell bedarfsorientiert erfolgen soll. Das ergibt sich auch aus der individuellen Betreuungsplanung (3.1.5). Wöchentliche Teamsitzungen, Dokumentation der Vorkommnisse, Vernetzung mit anderen Angeboten, regelmäßige Teamsupervision und bei Bedarf Einzelsupervision sowie MitarbeiterInnenorientierungsgespräche sind ebenfalls Teil des Konzepts und damit Vertragsbestandteil mit dem Land Tirol (3.1.7). Qualifikation und Anzahl des Personals wird konkret angeführt (3.1.8). Hier ist auch eine „rund um die Uhr“-Besetzung vorgesehen. In Pkt 3.1.9 werden noch die Räumlichkeiten im Detail beschrieben.

Abschließend wird noch ausgeführt, dass aus dem „Jugendwohlfahrtsbudget keine Kosten gedeckt werden“ und die Übernahme der tatsächlichen Kosten durch Bund und Land angestrebt wird. Dabei handelt es sich um eine (vereinsinterne) Information, die für die gegenseitigen vertraglichen Rechte und Pflichten nicht von Bedeutung ist.

4. Schlussfolgerungen

Mit dem gegenständlichen Vertrag (inkl Betreuungskonzept) verpflichtet sich SOS-Kinderdorf zur Erbringung folgender Leistungen:

- Einige zentrale Grundversorgungsleistungen des § 5 Tiroler Grundversorgungsgesetz (Unterkunft, Verpflegung etc); wenn man davon ausgeht, dass der Vertrag trotz fehlender entsprechender schriftlicher Regelung auch diese umfasst (siehe dazu oben C.1.); eine Konkretisierung ist unter diesen Umständen nicht möglich; medizinische Leistungen und besondere psychologische Betreuung etc. werden davon wohl nicht erfasst sein;
- Die Leistungen gemäß § 7 (Sonderbestimmungen für unbegleitete Minderjährig (siehe dazu oben C.1.);
- Die volle Pflege und Erziehung (siehe dazu oben C.3.); damit wird ein zentraler Bereich der obsorgerechtlichen Verpflichtungen vom Land Tirol auf SOS-Kinderdorf übertragen.

Diese Leistungen werden mit den vereinbarten Tagsätzen abgegolten.

Eine Bewilligung der Einrichtung nach dem TKJHG (§ 12) liegt nicht vor, sodass davon ausgegangen werden muss, dass die Vertragspartner, jedenfalls aber das Land Tirol, damit nicht Leistungen iSd TKJHG vereinbaren wollten. Das ist aber zweifelhaft, wenn die **Pflege und Erziehung** übertragen wird. Hier bleibt unklar, ob das Land Tirol im Rahmen der Grundversorgung oder als KJHTr auftritt. Die Vertragsgestaltung deutet auf ersteres hin, die Pflege und Erziehung sind aber keine Aufgaben der Grundversorgung, sondern obsorgerechtliche Verpflichtungen oder unmittelbare gesetzliche Verpflichtungen aus § 42 TKJHG („volle Erziehung“).

Es ist also davon auszugehen, dass mit der gegenständlichen Vereinbarung nicht nur Verpflichtungen aus der Grundversorgung, sondern auch aus dem TKJHG auf SOS-Kinderdorf übertragen wurden.

Auch nach dem TKJHG kann sich das Land Tirol Dritter zur Erbringung der Leistungen bedienen. Es stellt sich aber die Frage, ob hier für die Einrichtung des SOS-Kinderdorfes nicht eine Bewilligungspflicht gemäß § 12 TKJHG besteht und UmF gegenüber anderen Minderjährigen ungerechtfertigterweise schlechtergestellt werden, wenn sie in Einrichtungen betreut werden, die nicht nach dem TKJHG bewilligt wurden und idF auch nicht der Aufsicht der Landesregierung unterliegen. Eine Nichtigkeit des Vertrages hinsichtlich solcher Vertragsbestandteile wegen Gesetzeswidrigkeit gemäß § 879 Abs1 ABGB liegt aber wohl nicht vor.¹⁶⁸ Für die Entgeltansprüche des Vertragspartners (SOS-Kinderdorf) ist das daher irrelevant.

Als Verpflichtung aus dem Tiroler KJHG sowie den durch die gerichtliche Übertragung der Obsorge erwachsenen Aufgaben verbleibt beim Land Tirol als KJHTr in der Folge nur mehr die gesetzliche Vertretung und die Verpflichtung gemäß § 211 ABGB, die erforderlichen gerichtlichen Verfügungen im Bereich der Obsorge zu beantragen (siehe IX.C.). **Nur wenn solche Aufgaben von dritter Seite (zB SOS-Kinderdorf) ohne vertragliche Grundlage erbracht würden, bestünde insofern auch ein bereicherungsrechtlicher Verwendungsanspruch gemäß § 1042 ABGB** (siehe oben A.).

D. Vertrag SOS-Kinderdorf und Land Niederösterreich (Ebreichsdorf)

Im Unterschied zur rechtlichen Gestaltung zwischen dem Land Tirol und dem SOS-Kinderdorf / BIWAK wird in diesem Falle unmittelbar Bezug auf das NÖKJHG genommen und die Einrichtung entsprechend mit Bescheid behördlich bewilligt (§ 51 NÖKJHG).

Bescheid und Vertrag sind zum Teil akkordiert: Es wird die Versorgung von 12 UmF im Alter von 10 bis 16 Jahren vereinbart, der Tagsatz wird im Bescheid mit 77 € und im Vertrag mit 95 € festgelegt. Weitere verrechenbare Kosten werden in Pkt XI. des Vertrages angeführt (zB Bekleidungshilfe, Schulbedarf)

¹⁶⁸ Das Fehlen einer öffentlich-rechtlichen Bewilligung führt idR zu keiner Nichtigkeit gemäß § 879 ABGB; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.02 § 879 ABGB Rz 23 ff (Stand 01.03.2015, rdb.at).

Im Vertrag werden unter Verweis auf die Grundversorgung (Präambel) vereinbart: Ziel und Zweck, personelle und räumliche Details, Vollverpflegung, die Auszahlung von Taschengeld, sozialpädagogische Leistungen.

Das Personalkonzept ist Vertragsbestandteil. Eine vergleichbare Übertragung von „**Pflege und Erziehung**“ wie beim Konzept BIWAK in Tirol ist hier nicht enthalten. Es ergibt sich aber eindeutig, dass auch hier Erziehungsmaßnahmen Teil des Konzepts und damit Vertragsbestandteil sind.

„Der regional zuständige Kinder- und Jugendhilfeträger ist für die in der NÖ Grundversorgung betreuten unbegleiteten minderjährigen Fremden fallführend zuständig ...“ (Pkt VI. des Vertrages). Auch hier wird, ebenso wie in Tirol, der Eindruck vermittelt, dass die Leistungen ausschließlich im Rahmen der Grundversorgung erbracht werden, auch wenn dafür die Zuständigkeit des KJHTr vereinbart wird.

Auch der niederösterreichische KJHTr ist zur Leistung der „vollen Erziehung“ (§§ 49 ff NÖKJHG) verpflichtet und kann damit private Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen betrauen. Die bescheidmäßige Bewilligung der Einrichtung von SOS-Kinderdorf gemäß § 51 NÖKJHG ist ein starkes Indiz, dass dies damit auch beabsichtigt ist. Es ist daher davon auszugehen, dass der Parteienwille – insbesondere jener des Landes Niederösterreich – bei Vertragsschluss darauf gerichtet war, möglichst alle übertragbaren Verpflichtungen (Grundversorgung, volle Erziehung nach NÖKJHG) auf SOS-Kinderdorf zu übertragen, sodass sich diesbezüglich die Vertragsinhalte der Verträge des SOS-Kinderdorf mit dem Land Niederösterreich und dem Land Tirol decken.

Auch hier bleibt daher als Verpflichtung aus dem NÖKJHG beim Land Niederösterreich als KJHTr in der Folge nur mehr die gesetzliche Vertretung und die Verpflichtung gemäß § 211 ABGB, die erforderlichen gerichtlichen Verfügungen im Bereich der Obsorge zu beantragen (siehe IX.C.). Nur wenn solche Aufgaben von dritter Seite (zB SOS-Kinderdorf) ohne vertragliche Grundlage erbracht werden, besteht insofern auch ein bereicherungsrechtlicher Verwendungsanspruch gemäß § 1042 ABGB (siehe oben A.).

XV. Deutschland

Nach deutschem Recht stellt die unbegleitete Einreise von Minderjährigen gem § 42 Abs 1 Z 3 deutsches Sozialgesetzbuch ein eigenständiges Kriterium zur unverzüglich vorläufigen „Inobhutnahme“ und Bestellung eines Vormundes dar.¹⁶⁹ Die Verpflichtung zur Inobhutnahme gilt für Kinder und Jugendliche bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs oder darüber hinaus bis Vollendung des 21. Lebensjahrs, wenn das Heimatrecht des Herkunftslandes dies vorsieht.

Seit der Regelung durch das Kinder- u. Jugendhilfeentwicklungsgesetz (KICK) im Jahr 2005 sind gemäß § 42 SGB VIII aus dem Ausland unbegleitet eingereiste Kinder und Jugendliche, für die sich keine Personensorgeberechtigten oder Erziehungsberechtigten im Inland aufhalten, vom Jugendamt des tatsächlichen Aufenthaltsortes des Kindes oder des Jugendlichen in Obhut zu nehmen. Dieser Rechtsanspruch auf Schutzgewährung umfasst alle unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge unabhängig davon, ob sie einen Asylantrag

stellen wollen, gestellt haben oder einen humanitären Aufenthalt anstreben. Eine jugendgerechte Betreuung der Jugendlichen nach den Standards der Jugendhilfe ist dabei sicherzustellen. Die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge haben das gleiche Recht auf Jugendhilfe wie deutsche Staatsangehörige.¹⁷⁰

UmF sind demnach in Jugendhilfeeinrichtungen (auch in bewilligten Einrichtungen der Wohlfahrtspflege und in Pflegefamilien) unterzubringen. Die Kinder- und Jugendhilfe muss jedenfalls eine angemessene jugendgerechte Unterbringung und materielle Versorgung sicherstellen. Eine Unterbringung in einer Sammelunterkunft mit anderen Erwachsenen scheidet wegen einem hohen Gefährdungspotential für die Jugendlichen aus. Das trifft auch für vorübergehende Unterbringung zu, wie zB während des Verfahrens der Alterseinschätzung.¹⁷¹

Eine Abschätzung der individuellen Gefährdung durch das zuständige Jugendamt braucht nicht mehr zu erfolgen, weil eine die Inobhutnahme auslösende Situation

169 *Parusel*, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge – Aufnahme in Deutschland und Perspektiven für die EU, ZAR 2010, 233 (234)

170 Liga der freien Wohlfahrtspflege (Hg), Handreichung zum Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen in Baden-Württemberg (2015), 6.

171 Liga der freien Wohlfahrtspflege (Hg), Handreichung zum Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen in Baden-Württemberg (2015), 13.

unterstellt wird.¹⁷² Erst nach der Inobhutnahme wird ein Abklärungsverfahren durchgeführt, in dem der Bedarf nach pädagogischer Hilfe und psychologischer Betreuung erhoben, sowie die schulische Situation und der anzustrebende aufenthaltsrechtliche Status geklärt werden sollen.¹⁷³ Eine vergleichbare Regelung für Österreich wird von Matti sehr empfohlen.¹⁷⁴

Die Versorgung und Unterbringung von UmF ist also primär Aufgabe der Kinder- und Jugendhilfe. Damit wird der UN-Kinderrechtskonvention Rechnung getragen, die eindeutig verlangt, dass unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen bzw. Asylsuchenden der gleiche staatliche Schutz zu gewähren ist wie deutschen Kindern.¹⁷⁵ Auch aus dem Haager Minderjährigenschutzabkommen wird abgeleitet, dass der Staat die notwendigen Maßnahmen zum Schutz der Minderjährigen trifft.¹⁷⁶

Bei der Durchführung der In-Obhutnahme sind Unterschiede zwischen (unbegleiteten) ausländischen und deutschen Minderjährigen unzulässig.¹⁷⁷ Das SGB VIII, welches die Kinder- und Jugendhilfe regelt und insofern den österreichischen Kinder- und Jugendhilfegesetzen entspricht, gilt auch für ausländische Kinder und Jugendliche. Der Schutz von Minderjährigen darf auch nicht davon abhängig gemacht werden, ob diese sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten.¹⁷⁸ Die Verpflichtung des Jugendamts, unbegleitete Minderjährige nach § SGB VIII § 42 in Obhut zu nehmen, gilt deshalb ausnahmslos, und damit unabhängig davon, ob ein Minderjähriger in Ausübung seiner Handlungsfähigkeit bereits einen Asylantrag gestellt hat oder nicht. Nimmt das Jugendamt einen unbegleitet eingereisten, 16-jährigen Asylantragsteller in Obhut, so ist dieser verpflichtet, in einer Einrichtung der Jugendhilfe zu wohnen.

Mit dieser Regelung ist sichergestellt, dass UmF nicht in asylrechtlichen Aufnahmeeinrichtungen oder Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden. Dies allein entspricht zugleich den Anforderungen des Artikel 20 UN-Kinderrechtskonvention.

172 Liga der freien Wohlfahrtspflege (Hg), Handreichung zum Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen in Baden-Württemberg (2015), 2.

173 *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen (2013) Art 22 Rz 21.

174 *Matti*, Studie 62.

175 *VGH München*, Beschl. v. 23.9.2014 – 12 CE 14.1833 u. 12 C 14.1865.

176 Vgl. *Trenczek* in *Münder/Meyßen/Trenczek*, Frankfurter Kommentar SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 42 Rn. 15 u. 17; DIJuF-Rechtsgutachten vom 9.11.2010 – J 4300 Sch., JAMt 2010, JAMT Jahr 2010 Seite 547 [JAMT Jahr 2010 548] mwN.

177 *Trenczek* in *Münder/Meyßen/Trenczek*, Frankfurter Kommentar SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 42 Rn. 17.

178 *Peter*, JAMt 2006, 60.

Nach dieser Bestimmung haben Kinder, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und aus ihrer familiären Umgebung herausgelöst sind, Anspruch auf besonderen staatlichen Schutz und Beistand. Dieser ist durch eine kindgerechte Betreuung in einer Pflegefamilie oder in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung sicherzustellen. Eine solche ist in einer asylrechtlichen Aufnahmeeinrichtung regelmäßig nicht gewährleistet¹⁷⁹.

Ein neben der Inobhutnahme zusätzlicher „jugendhilferechtliche Bedarf“ liegt bereits von Gesetzes wegen vor.¹⁸⁰ Das örtlich zuständige Jugendamt muss deshalb, ohne dass ihm ein Ermessen eingeräumt wäre, nicht nur Obhut, sondern darüber hinaus auch unverzüglich die Bestellung eines Vormunds veranlassen.¹⁸¹ Dessen Bestellung lässt die Erforderlichkeit einer Inobhutnahme nicht entfallen. Ebenso wenig wie eine bereits angeordnete Inobhutnahme durch eine Vormundbestellung endet, wird eine Inobhutnahme aufgrund der Anordnung einer Amtsvormundschaft entbehrlich.

Erhält ein Jugendamt über Dritte (Ausländerbehörde, (Bundes-)Polizei etc.) oder durch Selbstmeldung oder auf anderem Weg Kenntnis davon, dass sich ein unbegleitet eingereister Minderjähriger in seinem örtlichen Zuständigkeitsbereich aufhält, so ist ein Verfahren zum Erlass einer Inobhutnahmeverfügung einzuleiten.

Mit der Inobhutnahme beginnt ein Clearingverfahren, in welchem die individuellen Bedürfnisse und Möglichkeiten zu klären sind.¹⁸² Die jugendgerechte (pädagogische/psychologische) Betreuung und Versorgung der Kinder und Jugendlichen ist nach den Standards des SGB VIII sicherzustellen.

UmF haben daher im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe die gleichen Rechte wie deutsche Minderjährige.

179 Vgl. *Peter*, JAMt 2006, 60 (63 f); *Löhr*, ZAR 2010, 378 (381 f); VGH München, Beschl. v. 23.9.2014 – 12 CE 14.1833 u. 12 C 14.1865.

180 *Wiesner*, SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 42 Rn. 18.

181 VGH München, Beschl. v. 23.9.2014 – 12 CE 14.1833 u. 12 C 14.1865.

182 Liga der freien Wohlfahrtspflege (Hg), Handreichung zum Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen in Baden-Württemberg (2015), 3 f.

XVI. Conclusio und kurze Beantwortung der Gutachtensfragen im Einzelnen

Bei der Betreuung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge (UmF) stellt sich primär die Frage, wer – insbesondere ob Bund oder Länder (inklusive Kinder- und Jugendhilfe) – welche Leistungen erbringen muss. Die rechtlichen Grundlagen sind nicht eindeutig und das Vorliegen einer Querschnittsmaterie, wonach teilweise Bund und teilweise die Länder zuständig sind, erschwert eine eindeutige Festlegung. Es bestehen aber umfassende völkerrechtliche, europarechtliche und verfassungsrechtliche Verpflichtungen für Österreich, Kinder im Allgemeinen und unbegleitete minderjährige Flüchtlinge (UmF) im Besonderen zu schützen. Auch für sie gilt, genauso wie für österreichische Kinder, als oberstes Prinzip das Kindeswohl. Es konnten hier naturgemäß nicht alle rechtlichen Aspekte der Versorgung und Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen (UmF) behandelt werden, vielmehr wurde auf die konkrete Fragestellung eingegangen. In diesem Sinne werden die Gutachtensfragen – hier verkürzt – wie folgt beantwortet:

1. Ist der faktische Ausschluss der UmF von den Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe gesetzeskonform?

Die Kinder- und Jugendhilfegesetze sowie das ABGB differenzieren nicht zwischen österreichischen Staatsbürgern und anderen. Daher sind hinsichtlich der Leistungen nach dem B-KJHG sowie nach den Landes-KJHG Minderjährige ohne österreichische Staatsbürgerschaft und Staatenlose den österreichischen gleichgestellt.¹⁸³ Voraussetzung für die Gewährung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe ist also bloß ein Hauptwohnsitz bzw (gewöhnlicher) Aufenthalt im Inland, unabhängig von der Staatsbürgerschaft und der aufenthaltsrechtlichen Situation.¹⁸⁴

Die vorherrschende Praxis, wonach der Tagsatz für UmF deutlich niedriger ist als für vergleichbare Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe für österreichische Jugendliche, ist daher problematisch, weil dadurch UmF wohl auch weniger und/oder schlechtere Leistungen erhalten werden als österreichische. Die UmF haben Anspruch auf die gleichen Leistungen. Die Tagsätze müssen aber nicht gleich hoch

¹⁸³ OGH 14.02.2006, 4 Ob 7/06t.

¹⁸⁴ *Cohen/Tschugguel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON1.03 § 212 ABGB Rz 2 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

sein. Wenn also in bestimmten Einrichtungen die gleichen Leistungen zu einem niedrigeren Tagsatz erbracht werden als in anderen, ist damit der Anspruch des jeweiligen Minderjährigen dennoch erfüllt.

2. Welche individualrechtlichen Ansprüche ergeben sich für UmF aus mangelnder/verzögerter Obsorgeübernahme und unzureichender Obsorgeverantwortung (Mangel an sozialpädagogischer Betreuung, therapeutischer Mehrbedarf etc.) durch den Kinder- und Jugendhilfeträger?

UmF haben

- Öffentlich-rechtliche Ansprüche auf Leistungen aus der Grundversorgung (oder allenfalls Mindestsicherung) sowie auf Leistungen nach den Kinder- und Jugendhilfegesetzen (zB „volle Erziehung“) (siehe VIII. und IX.)..
- Anspruch auf pflegschaftsgerichtliche Bestellung einer obsorgeberechtigten Person, allenfalls des KJHTr (siehe XIII.A.). Mit der Betrauung mit der Obsorge entstehen privatrechtliche Ansprüche auf Pflege und Erziehung sowie gesetzliche Vertretung und Vermögensverwaltung gegenüber dem Obsorgeverpflichteten (zB KJHTr).

Der KJHTr hat im Rahmen seiner Notkompetenz (§ 211 ABGB) alle erforderlichen gerichtlichen Verfügungen im Bereich der Obsorge zu beantragen (siehe XIII.B.), dazu gehört primär auch der Antrag auf pflegschaftsgerichtliche Übertragung der Obsorge auf eine andere Person (eventuell auf den KJHTr selbst). Wie unter XIII.B. ausgeführt, ist teilweise strittig, ob es sich dabei um privatrechtliche oder hoheitliche Tätigkeiten des KJHTr handelt. In beiden Fällen haben UmF bei mangelnder/verzögerter Obsorgeübernahme oder unzureichender Obsorgeverantwortung durch den KJHTr verschuldensabhängige Schadenersatzansprüche gegen den jeweiligen KJHTr.¹⁸⁵ Folgt man unserer Ansicht, wonach es sich hier um privatrechtliche Verpflichtungen des KJHTr handelt, ist der Schadenersatzanspruch im streitigen Zivilprozess geltend zu machen. Beurteilt man die Tätigkeit als hoheitlich, greift die Amtshaftung. Allerdings sind UmF nicht ausreichend prozessfähig, sodass sie einer entsprechenden gesetzlichen Vertretung bedürfen. Ist der KJHTr, gegen den der Schadenersatzanspruch geltende gemacht werden soll, gesetzlicher Vertreter, so

¹⁸⁵ Die weiteren Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruches – Schadenseintritt, Rechtswidrigkeit und Kausalität – müssen natürlich auch gegeben sein.

muss ein Kurator bestellt werden. Den diesbezüglichen Antrag kann der mündige Minderjährige (ab 14 Jahren) aber selbst beim Pflegschaftsgericht stellen. Mündige Minderjährige können auch selbst einen Antrag auf pflegschaftsgerichtliche Bestellung einer obsorgeberechtigten Person oder auf andere obsorgerechtliche Maßnahmen (§ 181 ABGB) stellen (siehe XI.C.). Ein Fehlverhalten des Gerichts würde Amtshaftungsansprüche begründen.

3. Lassen sich einklagbare Ansprüche von Minderjährigen auf Mehrleistungen im Sinne des Kindeswohls (bzw. Verwendungsansprüche von Einrichtungen, an die Pflege und Erziehung übertragen wurden) ableiten?

Hinsichtlich der beiden geprüften Vereinbarungen von SOS-Kinderdorf mit dem Land Tirol und dem Land Niederösterreich lautet die Antwort Nein. SOS-Kinderdorf hat vertraglich die vollen Leistungsverpflichtungen der KJHTr (inkl. volle Erziehung) übernommen, allenfalls zu einem ungünstigen und nicht kostendeckenden Tagsatz. SOS-Kinderdorf ist in diesen Einrichtungen verpflichtet, für UmF die Leistungen im gleichen Ausmaß und in gleicher Qualität zu erbringen wie vergleichbare Einrichtungen bei österreichischen Minderjährigen.

Wenn eine Person oder Institution aber Leistungen, zu denen der KJHTr verpflichtet ist, ohne vertragliche Grundlage erbringt, begründet dies, wenn er gegenüber dem UmF nicht anderweitig dazu verpflichtet ist oder er dies in Schenkungsabsicht tut, einen zivilrechtlich einklagbaren Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen gegenüber dem KJHTr.

4. Wer kann die Wahrung der Rechte des Kindes begehren (Kompetenzkonflikt mit derselben Behörde als gesetzliche Vertretung) und wo?

Jedenfalls mündige Minderjährige (also ab vollendetem 14. Lebensjahr) können selbst die entsprechenden Anträge bei den Behörden und dem Pflegschaftsgericht stellen (siehe XI.C.). Zusätzlich sind diese Maßnahmen regelmäßig auch von Amts wegen einzuleiten bzw. kann jedermann (also auch das SOS-Kinderdorf) die Maßnahmen anregen (Popularanregung). In den anderen Fällen (insbesondere etwa bei Schadenersatzprozessen) muss der gesetzliche Vertreter tätig werden. Wird er das nicht, können (auch noch nicht mündige) Minderjährige oder Dritte (also auch das SOS-Kinderdorf; siehe XIII.A.) obsorgerechtliche Maßnahmen (zB die gerichtliche

Ersetzung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und die Übertragung der Vertretungsbefugnis oder der Obsorge; § 181 ABGB) bei Gericht anregen.

5. Kann ein jugendlicher Asylwerber den Antrag stellen zB. von einer stationären Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe betreut zu werden/ bzw. kann er Leistungen der Kinder und Jugendhilfe beantragen? Wie hätte die Entscheidung des Kinder- und Jugendhilfeträgers auszusehen?

Ein mündiger Minderjähriger ist insofern verfahrensfähig (siehe XI.C.) und kann daher beim KJHTr einen Antrag auf Betreuung in einer stationären Einrichtung stellen. Unmündige Minderjährige können die Betreuung in einer stationären Einrichtung beim KJHTr anregen. Dieser muss von Amts wegen tätig werden, wenn das für das Kindeswohl erforderlich ist. Tut er es nicht, kann das Pflegschaftsgericht „von wem immer“ angerufen werden, welches dem KJHTr auch Weisungen erteilen kann.

Ein Minderjähriger hat – bei Erfüllung der Voraussetzungen für die „volle Erziehung“ – einen Anspruch auf stationäre Versorgung. Er hat aber keinen Anspruch auf Unterbringung in einer bestimmten Einrichtung. § 2 Abs 2 letzter Satz Tiroler Grundversorgungsgesetz führt das explizit aus. Aber auch nach den anderen KJHG besteht kein Anspruch auf die Unterbringung in einer bestimmten Einrichtung, es sei denn, dass es nur eine gibt, die die notwendigen Voraussetzungen erfüllt und für die Förderung des Kindeswohles am geeignetsten ist. Nach dem Prinzip der „Einheit der Familie“ sind aber Einrichtungen zu wählen, die diesem nach Möglichkeit entsprechen.

6. Wäre die Anregung einer einheitlichen gesetzlichen Regelung, wie vergleichsweise in Deutschland mit § 42 SGB VIII ein gangbarer Weg?

Ja. Diese Ansprüche – Bestellung einer obsorgeberechtigten Person und Leistungen aus der Kinder- und Jugendhilfe in gleicher Art und in gleichem Ausmaß wie für österreichische Minderjährige – bestehen zwar schon nach geltendem Recht, in der Praxis scheint das aber vielfach nicht bekannt zu sein. Eine diesbezügliche gesetzliche Klarstellung, zB hinsichtlich der Gleichstellung von UmF und anderen Kindern, sowie eine Konkretisierung, in welchem Zeitraum eine Obsorgeübertragung vorzunehmen ist, wäre daher wünschenswert.

7. Ansprüche von UmF und Durchsetzungsmöglichkeit zusammenfasst:

Seit dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsnovelle 2012 am 1.1.2014 hat sich das öffentlichrechtliche Rechtsschutzsystem grundlegend geändert, aber auch vereinfacht. Gegen alle behördlichen Entscheidungen gibt es nunmehr keinen Instanzenzug an übergeordnete Behörden, sondern ein Beschwerderecht an ein Verwaltungsgericht.

In den Angelegenheiten der Leistungen nach dem Bundes-Grundversorgungsgesetz ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig. Für Rechtsmittel gegen hoheitlich zu vergebende Leistungen nach den Landesgrundversorgungsgesetzen, nach den Kinder- und Jugendhilfegesetzen sowie nach den Rehabilitationsgesetzen der Länder kann das jeweils zuständige Landesverwaltungsgericht angerufen werden. Gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte kann ordentliche oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Eingabegebühr für Beschwerden bei den Verwaltungsgerichten ist relativ gering. Sie beträgt ca. Euro 30,-. Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof muss von einem Rechtsanwalt unterschrieben werden. Neben den Kosten für die anwaltliche Vertretung ist eine Eingabegebühr von Euro 240,- zu errichten. Bei Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte kann daneben auch der Verfassungsgerichtshof angerufen werden. Auch Verfassungsgerichtshofbeschwerden sind anwaltpflichtig einzubringen. Die Eingabegebühr beträgt Euro 240,-.

Im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung bietet die ordentliche Gerichtsbarkeit Rechtsschutz. Wird eine privatrechtlich zu vergebende Leistung nicht oder nur unzureichend gewährt, so muss beim zuständigen Zivilgericht geklagt werden. Je nach dem Streitwert ist das jeweilige Bezirksgericht oder das Landesgericht zuständig. Da zivilgerichtliche Verfahren wesentlich komplexer sind als verwaltungsgerichtliche Verfahren empfiehlt sich die Vertretung oder wenigstens die Beratung durch einen Rechtsanwalt.

Anspruch auf	gegen	Rechtsweg/Verfahren	antrags-/klagsberechtigigt
Leistungen aus der Grundversorgung	Bund / Land	Verwaltungsbehörde und -gericht	Mündiger Minderjähriger oder Vertreter; amtswegig: Anregung durch jedermann
Leistungen nach den Kinder- und Jugendhilfegesetzen	Land/ KJHTr	Verwaltungsbehörde und -gericht	Mündiger Minderjähriger oder Vertreter; amtswegig: Anregung durch jedermann
pflegschaftsgerichtliche Bestellung einer obsorgeberechtigten Person, allenfalls des KJHTr	Land/ KJHTr (§ 211 ABGB)	Zivilgericht	KJHTr; Mündiger Minderjähriger oder Vertreter; amtswegig: Anregung durch jedermann
Schadenersatz bei schuldhafter mangelnder/verzögerter Obsorgeübernahme oder unzureichender Obsorgeverantwortung	KJHTr	Zivilgericht	Vertreter

Innsbruck, am 27. Oktober 2016

Michael Ganner

Stephanie Jicha

Karl Weber
