Deutscher Bundestag **Drucksache 17/9187**

17. Wahlperiode 28. 03. 2012

Gesetzentwurf

der Abgeordneten Rüdiger Veit, Gabriele Fograscher, Wolfgang Gunkel, Michael Hartmann (Wackernheim), Petra Ernstberger, Iris Gleicke, Kerstin Griese, Frank Hofmann (Volkach), Christel Humme, Daniela Kolbe (Leipzig), Ute Kumpf, Christine Lambrecht, Kirsten Lühmann, Caren Marks, Aydan Özoğuz, Thomas Oppermann, Gerold Reichenbach, Marlene Rupprecht (Tuchenbach), Sonja Steffen, Dr. Dieter Wiefelspütz, Dr. Frank-Walter Steinmeier und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Situation Minderjähriger im Aufenthalts- und Asylverfahrensrecht

A. Problem

Im Juli 2010 hat die Bundesregierung die Vorbehalte zur UN-Kinderrechtskonvention zurückgenommen. Um die deutsche Rechtslage an die Maßstäbe der Kinderrechtskonvention anzupassen, bedürfen mehrere Regelungen des Asylverfahrensgesetzes, des Aufenthaltsgesetzes und des Achten Buches Sozialgesetzbuch der Änderung.

B. Lösung

Eine dem Alter angemessene Behandlung von Minderjährigen wird durch folgende Maßnahmen sichergestellt:

- Im Aufenthalts- und im Asylverfahrensgesetz wird klargestellt, dass bei der Rechtsanwendung das Wohl des Kindes ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt ist.
- Die aufenthalts- und asylrechtliche Verfahrensfähigkeit wird von bisher 16 auf 18 Jahre angehoben. So wird allen unbegleiteten Minderjährigen bis zur Volljährigkeit im Asylverfahren ein gesetzlicher Vertreter (Vormund) zur Seite gestellt.
- Zudem wird gewährleistet, dass das Jugendamt als Vormund regelmäßig eine Ergänzungspflegschaft für die fachlich kompetente Vertretung des Minderjährigen in asyl- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren beantragt.
- Auch für 16- und 17-jährige Personen entfällt die Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Stattdessen werden sie regelmäßig durch das Jugendamt in Obhut genommen. Damit entfällt auch ihre länderübergreifende Umverteilung auf Aufnahmeeinrichtungen.
- Ebenso wird klargestellt, dass unbegleitete Minderjährige nicht in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden, sondern in Obhut zu nehmen sind.

- Das Flughafenverfahren findet keine Anwendung auf unbegleitete Minderjährige. Stattdessen sind sie durch das Jugendamt in Obhut zu nehmen, um so die Durchführung eines Clearingverfahrens zu gewährleisten. Dadurch entfällt auch der umstrittene Aufenthalt im Flughafentransit für diese Personengruppe.
- Zur Gewährleistung eines Clearingverfahrens wird die Zurückweisung an der Grenze für unbegleitete Minderjährige ausgeschlossen.
- Bei der Altersfestsetzung wird die Beteiligung des Jugendamtes für solche Fälle sichergestellt, in denen nach einer medizinischen Untersuchung Zweifel fortbestehen. So wird sichergestellt, dass von der Behörde vorgenommene Altersfestsetzungen bei verbleibenden Zweifeln nicht allein auf Grundlage medizinischer, sondern auch auf Grundlage pädagogischer und psychologischer Erkenntnisse vorgenommen werden.
- Bei der Altersfestsetzung werden medizinische Untersuchungen zudem zur Umsetzung der Richtlinie 2005/85/EG von der Einwilligung des Ausländers abhängig gemacht.

C. Alternativen

Keine.

D. Finanzielle Auswirkungen und Bürokratiekosten

Die stets vorzunehmende Inobhutnahme Minderjähriger kann zu Mehrkosten für die kommunalen Träger der Jugendhilfe führen. Ebenso können durch die Vertretung der 16- und 17-Jährigen sowie die in der Regel zu beantragende Ergänzungspflegschaft wegen der Kostentragung durch die Staatskasse auf Grundlage von § 1915 Absatz 1 i. V. m. § 1835 Absatz 3 und 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) zusätzliche Kosten entstehen.

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Situation Minderjähriger im Aufenthalts- und Asylverfahrensrecht

Vom …

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Asylverfahrensgesetzes

Das Asylverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. September 2008 (BGBl. I S. 1798), das durch Artikel 18 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In § 10 Absatz 3 Satz 2 wird die Angabe „16“ durch die Angabe „18“ ersetzt.
2. § 12 wird wie folgt geändert:
   a) Absatz 1 wird aufgehoben.
   b) Absatz 2 wird Absatz 1.
   c) Absatz 3 wird Absatz 2.
   d) Im neuen Absatz 2 wird die Angabe „16“ durch die Angabe „18“ ersetzt.
   e) Es wird folgender Absatz 3 angefügt:

      „(3) Bei allen Maßnahmen, die Minderjährige betreffen, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.“
3. In § 14 Absatz 2 Nummer 3 wird die Angabe „16“ durch die Angabe „18“ ersetzt.
4. § 14a wird wie folgt geändert:
   a) In Absatz 1 wird die Angabe „16“ durch die Angabe „18“ ersetzt.
   b) In Absatz 2 wird die Angabe „16“ durch die Angabe „18“ ersetzt.
5. In § 18a wird nach Absatz 1 folgender Absatz 1a eingefügt:

   „(1a) Absatz 1 findet keine Anwendung auf unbegleitete minderjährige Ausländer.“
6. In § 53 Absatz 1 wird folgender Satz 3 angefügt:

   „Satz 1 gilt nicht, wenn eine Pflicht zur Inobhutnahme nach § 42 Absatz 1 Nummer 3 des Achten Buches Sozialgesetzbuch besteht.“

Artikel 2

Änderung des Aufenthaltsgesetzes

Das Aufenthaltsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl. I S. 162), das zuletzt durch Artikel 4 Absatz 5 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2437) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In § 1 wird folgender Absatz 3 angefügt:

   „(3) Bei allen Maßnahmen, die Minderjährige betreffen, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.“
2. § 15 wird wie folgt geändert:

   In Absatz 4 wird folgender Satz 3 angefügt:

   „Ein unbegleiteter minderjähriger Ausländer darf nicht zurückgewiesen werden.“
3. § 49 Absatz 6 wird wie folgt geändert:
   a) In Satz 1 werden nach den Wörtern „zu befürchten ist“ die Wörter „und er zuvor eingewilligt hat“ eingefügt.
   b) Nach Satz 2 wird folgender Satz 3 eingefügt:

      „Verbleiben nach Messungen und ähnlichen Maßnahmen im Sinne von Satz 1 Zweifel, so ist gemäß § 72 Absatz 7 das Jugendamt zu beteiligen.“
4. In § 72 wird folgender Absatz 7 angefügt:

   „(7) Die Feststellung des Lebensalters (§ 49 Absatz 3) soll in Zweifelsfällen im Einvernehmen mit dem Jugendamt stattfinden.“
5. § 80 wird wie folgt geändert:
   a) Absatz 1 wird aufgehoben.
   b) Absatz 2 wird Absatz 1.
   c) Absatz 3 wird Absatz 2.
   d) Absatz 4 wird Absatz 3 und die Angabe „16“ wird durch die Angabe „18“ ersetzt.

Artikel 3

Änderung des Achten Buches Sozialgesetzbuch

Das Achte Buch Sozialgesetzbuch – Kinder- und Jugendhilfe – (Artikel 1 des Gesetzes vom 26. Juni 1990, BGBl. I S. 1163) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Dezember 2006 (BGBl. I S. 3134), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 6. Juli 2009 (BGBl. I S. 1696) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

§ 42 wird wie folgt geändert:

1. In Absatz 1 wird folgender Satz 3 angefügt:

   „Aufnahmeeinrichtungen nach § 44 des Asylverfahrensgesetzes und Gemeinschaftsunterkünfte nach § 53 Absatz 1 des Asylverfahrensgesetzes sind keine geeignete Einrichtung oder sonstige Wohnform im Sinne von Absatz 2.“

2. In Absatz 3 werden in Satz 4 nach dem Wort „veranlassen“ ein Semikolon und die Wörter „die Bestellung einer Ergänzungspflegschaft für die Vertretung des Minderjährigen in asyl- und aufenthaltsrechtlichen Angelegenheiten soll veranlasst werden“ eingefügt.

Artikel 4

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach seiner Verkündung in Kraft.

Berlin, den 28. März 2012

Dr. Frank-Walter Steinmeier und Fraktion

Begründung

A. Allgemeiner Teil

Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (kurz: Kinderrechtskonvention, KRK) wurde am 20. November 1989 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommen. Es trat am 2. September 1992 in Kraft.

Bei der Ratifizierung am 6. März 1992 gab die damalige Bundesregierung mehrere Vorbehaltserklärungen ab. Zwei davon haben sich zwischenzeitig erledigt. Denn es wurden innerstaatliche Gesetzesänderungen vorgenommen, mittels derer Kindern die von den Vorbehalten betroffenen Rechte gewährt werden. Von praktischer Bedeutung war bis vor Kurzem nur noch der Vorbehalt Nummer IV. Er lautet: „Nichts in dem Übereinkommen kann dahin ausgelegt werden, daß die widerrechtliche Einreise eines Ausländers in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland oder dessen widerrechtlicher Aufenthalt dort erlaubt ist; auch kann keine Bestimmung dahin ausgelegt werden, daß sie das Recht der Bundesrepublik Deutschland beschränkt, Gesetze und Verordnungen über die Einreise von Ausländern und die Bedingungen ihres Aufenthaltes zu erlassen oder Unterschiede zwischen Inländern und Ausländern zu machen."

Nichtregierungsorganisationen haben den Vorbehalt von Beginn an scharf kritisiert. Nachdem der Bundesrat bereits kurz vor Ende der 13. Wahlperiode die Rücknahme gefordert hatte (Bundesratsdrucksache 771/98 – Beschluss –, S. 3), hat sich der Deutsche Bundestag in der 14. und 15. Wahlperiode mehrfach für seine Rücknahme ausgesprochen (Bundestagsdrucksache 14/1681 i. V. m. Bundestags-Plenarprotokoll 14/58, S. 5155; Bundestagsdrucksache 14/4884, S. 4 i. V. m. Bundestags-Plenarprotokoll 14/155, S. 51247; Bundestagsdrucksache 14/7330, S. 6 i. V. m. Bundestags-Plenarprotokoll 14/198, S. 19327; Bundestagsdrucksache 14/6169 i. V. m. Bundestags-Plenarprotokoll 14/222, S. 22059; Bundestagsdrucksache 15/136, S. 10 i. V. m. Bundestags-Plenarprotokoll 15/31, S. 2429; Bundestagsdrucksache 15/4724 i. V. m. Bundestags-Plenarprotokoll 15/184, S. 17337). Auch die Kinderkommission des Deutschen Bundestages hat die Rücknahme gefordert (Rücknahme der Vorbehaltserklärungen gegen die UN-Kinderrechtskonvention, Beschluss der Kinderkommission vom 8. November 2006, Kom-Drucksache 16/12).

Nachdem die Rücknahme zunächst lange Zeit am Widerstand einzelner Bundesländer gescheitert ist, nahm der Bundesrat am 26. März 2010 einen Antrag der Länder Rheinland-Pfalz, Berlin, Bremen und Brandenburg an, mit dem er sich für die Rücknahme des Vorbehalts aussprach (Bundesratsdrucksache 829/09 – Beschluss –; siehe auch Bundesrats-Plenarprotokoll 868 vom 26. März 2010, S. 95 f.). Darauf hin beschloss die Bundesregierung am 3. Mai 2010, ihre Ankündigung aus dem Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP umzusetzen und den Vorbehalt zurückzunehmen. Schließlich wurde die Erklärung zur Rücknahme des Vorbehalts am 13. Juli 2010 bei den Vereinten Nationen hinterlegt.

Die Rücknahme des Vorbehalts ist ein wichtiger Schritt für die Kinderrechte in Deutschland. Doch allein damit ist der Weg zu einer angemessenen Behandlung ausländischer Kinder in Deutschland noch nicht vollendet. Vielmehr stellt sich nun die Aufgabe, Regelungen, die im Widerspruch zur Kinderrechtskonvention stehen, zu ändern. Daneben gilt es mehrere Änderungen vorzunehmen, die nicht durch die Kinderrechtskonvention zwingend vorgegeben, gleichwohl aber für einen sachgerechten Umgang mit den besonderen Bedürfnissen von Kindern sachlich geboten sind. Zuletzt müssen Anforderungen der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, soweit sie Garantien für Minderjährige enthält, umgesetzt werden.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Asylverfahrensgesetzes)

Zu Nummer 1

Es handelt sich um eine Anpassung, die aus der in § 12 Absatz 1 vorgenommenen Änderung folgt. Auf die dort gegebene Begründung wird verwiesen.

Zu Nummer 2

Zu den Buchstaben a bis d

Nach bisheriger Rechtslage ist ein Ausländer, der das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat, im Asylverfahren zur Vornahme von Verfahrenshandlungen fähig. Von der Asylantragstellung über die Widerspruchs- und Klageerhebung sind alle Verfahrenshandlungen erfasst. Problematisch hieran ist, dass der Minderjährige durch aktives Tun oder Unterlassen damit auch Fehler begehen kann, die sich prozessual zu seinen Lasten auswirken, etwa durch das Verstreichenlassen von Rechtsmittelfristen. Diese Regelung stimmt nicht mit der KRK überein. Deshalb wird § 12 Absatz 1 aufgehoben.

Die Unvereinbarkeit der Verfahrensfähigkeit ab vollendetem sechzehntem Lebensjahr ergibt sich aus Artikel 1 i. V. m. Artikel 22 Absatz 1 KRK ebenso wie aus Artikel 1 i. V. m. Artikel 22 Absatz 2 Satz 2 KRK.

Artikel 22 Absatz 1 KRK verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, geeignete Maßnahmen zu treffen, „um sicherzustellen, dass ein Kind, das die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehrt (…), angemessenen Schutz und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung der Rechte erhält, die in diesem Übereinkommen oder in anderen internationalen Übereinkünften über Menschenrechte (…) festgelegt sind, und zwar unabhängig davon, ob es sich in Begleitung seiner Eltern oder einer anderen Person befindet oder nicht."

Der personelle Schutzbereich des Artikels 22 Ansatz 1 KRK erfasst Kinder. Artikel 1 KRK definiert jeden Menschen bis zum vollendeten 18. Lebensjahr als Kind, also auch 16- und 17-Jährige.

Der sachliche Schutzbereich des Artikels 22 Ansatz 1 KRK umfasst Schutz und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung der in der KRK und anderen internationalen Übereinkünften

festgelegten Rechte. Ein Kind, das Asyl beantragt, nimmt seine Rechte aus dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951 (GFK) wahr, gerichtet insbesondere auf die Anerkennung als Flüchtling gemäß Artikel 1 Buchstabe A Absatz 2 und das daraus folgende Zurückweisungs-, Ausweisungs- und Abschiebungsverbot des Artikels 33 Absatz 1 GFK. Der Schutz bei der Wahrnehmung dieser Rechte kann nur dann effektiv sein, wenn er auch die rechtliche Vertretung durch einen gesetzlichen Vertreter umfasst. Denn allein mit Hilfe eines gesetzlichen Vertreters kann ein Kind in einer fremden Umgebung seine Rechte in einem komplizierten rechtlichen Verfahren effektiv wahrnehmen. Die Vorenthaltung einer gesetzlichen Vertretung für Kinder im Alter zwischen sechzehn und siebzehn Jahren verstößt deshalb gegen Artikel 1 i. V. m. Artikel 22 Absatz 1 KRK.

Artikel 22 Absatz 2 Satz 2 KRK verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, dem Kind, das die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehrt, dessen Eltern oder andere Familienangehörige aber nicht ausfindig gemacht werden können, denselben Schutz zu gewähren wie jedem anderen Kind, das aus seiner familiären Umgebung herausgelöst ist. Artikel 22 Absatz 2 Satz 2 KRK lässt keine Rechtfertigung für Ausnahmen zu.

In anderen Rechtsgebieten als dem Asylverfahren gelten Kinder nicht als verfahrensfähig. Deshalb wird ihnen, wenn sie keinen gesetzlichen Vertreter haben, zum Schutz ihrer rechtlichen Interessen ausnahmslos eine Vertretung beigeordnet. Nur im Asylverfahren gilt das gemäß § 12 Absatz 1 nicht. Damit erhalten unbegleitete Minderjährige im Asylverfahren nicht denselben Schutz wie Kinder in anderen Verfahren. Vor diesem Hintergrund stellt die asylverfahrensrechtliche Sonderstellung nach § 12 Absatz 1 eine gegen Artikel 22 Absatz 2 Satz 2 KRK verstoßende, nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender gegenüber anderen Minderjährigen dar.

Mit der Streichung von § 12 Absatz 1 fällt eine Spezialvorschrift weg. Folglich gilt die allgemeine Regel des § 12 VwVfG i. V. m. § 2 BGB. Hiernach sind allein Volljährige nach bürgerlichem Recht zur Vornahme von Verfahrenshandlungen fähig. Damit ist der gemäß § 1773 Absatz 1 BGB, § 42 Absatz 3 Satz 4 des Achten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VIII) vom Jugendamt unverzüglich zu bestellende Vormund auch im Rahmen des Asylverfahrens vertretungsbefugt. Diese Vertretungsbefugnis umfasst auch die Beantragung einer Ergänzungspflegschaft, vgl. hierzu auch die Begründung zu Artikel 3 Nummer 1).

Durch die von Beginn an bestehende Verpflichtung zur Bestellung eines Vormundes kann auch die in der Praxis bisher oft vorgenommene Einleitung eines Asylverfahrens für 16- und 17-Jährige vor Bestellung eines Vormundes nicht mehr aufrechterhalten werden.

Die Streichung der asylrechtlichen Verfahrensfähigkeit 16- und 17-Jähriger soll darüber hinaus dazu beitragen, eine vereinzelt praktizierte rechtswidrige Praxis bei der kinder- und jugendhilferechtlichen Inobhutnahme zu beenden. Teilweise werden 16- und 17-jährige unbegleitete minderjährige Asylsuchende nach wie vor in asylrechtlichen Aufnahmeeinrichtungen (§ 44 AsylVfG) oder Gemeinschaftsunterkünften (§ 53 AsylVfG) untergebracht. Das dürfte eigentlich nicht geschehen. § 42 Absatz 1 Nummer 3 SGB VIII statuiert die Verpflichtung des Jugendamtes, unbegleitete Minderjährige in Obhut zu nehmen. Es besteht kein Zweifel, dass diese Pflicht gegenüber allen unter 18-Jährigen besteht (vgl. hierzu auch Peter, JAmt 2006, S. 60 (62)). Denn § 42 Absatz 1 Nummer 3 stellt auf die im SGB VIII legal definierten Begriffe Kinder und Jugendliche ab. Er erfasst damit gemäß § 7 Absatz 1 Nummer 1 jede Person, die noch nicht vierzehn Jahre alt ist, als Kind, sowie jede Person, die 14, aber noch nicht 18 Jahre alt ist, als Jugendlichen. Sobald das Jugendamt den minderjährigen Ausländer in Obhut nimmt, ist dieser verpflichtet, in der Einrichtung der Jugendhilfe oder einer sonstigen geeigneten Wohnform i. S. d. § 42 Absatz 1 Satz 2 SGB VIII zu wohnen. Dann entfällt nach der Ausnahmevorschrift des § 48 Nummer 1 AsylVfG die Verpflichtung, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen.

Doch trotz dieser klaren Rechtslage berichten Rechtsanwälte und Verbände immer wieder, dass Jugendämter die asylverfahrensrechtliche Handlungsfähigkeit zum Maßstab nehmen und aus ihr fälschlich folgern, dass für 16- und 17-jährige Asylsuchende die Pflicht zur Inobhutnahme nach § 42 Absatz 1 Nummer 3 SGB VIII nicht gelte. Sie sehen dann von der Inobhutnahme ab. So wird vereinzelt eine Praxis fortgeführt, die bereits 2005 durch die Neufassung von § 42 Absatz 1 Nummer 3 durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (BGBl. I S. 2729 (Nr. 57)) beseitigt werden sollte.

Das eben dargestellte Missverständnis kann wegen der Streichung der asylrechtlichen Handlungsfähigkeit auf Seiten der Rechtsanwender beim Jugendamt künftig nicht mehr entstehen.

Zu Buchstabe e

Die Berücksichtigung des Kindeswohls nach Artikel 3 KRK ist ein wichtiges Prinzip der Kinderrechtskonvention. Behörden und Gerichte sind schon jetzt verpflichtet, dieses Prinzip zu berücksichtigen. Denn Artikel 3 KRK ist in innerstaatliches Recht umgesetzt (BGBl. 1992 II, S. 121) und stellt nach zutreffender, in der Literatur vertretener Auffassung eine für innerstaatliche Behörden und Gerichte unmittelbar anwendbare Norm des Völkerrechts dar (Lorz, Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung: Was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention im deutschen Recht?, Hrsg. National Coalition, Berlin 2010, S. 4; Cremer, Die UN-Kinderrechtskonvention. Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, Hrsg. Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2011, S. 18; Wabnitz, Der Kindeswohlvorrang der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung, in: ZKJ 2010, S. 428 (429)).

Bislang zeigt sich die Rechtsprechung jedoch sehr zögerlich, dies konsequent umzusetzen. Eine Auswertung der seit Juli 2010 ergangenen Urteile ergibt Folgendes: Die Rechtsprechung lässt die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit von Artikel 3 KRK bislang offen. Es wird darauf verwiesen, dass bei Kindern oder Familien betreffenden Sachverhalten schon zuvor Artikel 6 des Grundgesetzes (GG) und Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) berücksichtigt worden seien. Bei der im Rahmen der genannten

Artikel zu treffenden Abwägung werde auch das Kindeswohl berücksichtigt (BVerwG, Beschluss vom 10. Februar 2011, Az. 1 B 22/10, § 4; Bay. VGH, Beschluss vom 8. Juli 2011, Az. 10 ZB 10.3028, §§ 12 – 15; OVG Lüneburg, Beschluss vom 18. Januar 2011, Az. 8 PA 317/10, § 16 f; OVG Lüneburg, Beschluss vom 29. März 2011, Az. 8 LB 121/08, § 63; ähnlich bereits vor dem genannten BVerwG-Urteil OVG Lüneburg, Beschluss vom 9. November 2010, Az. 8 PA 265/10, § 10; VG Oldenburg, Urteil vom 10. November 2010, S. 10, S. 10).

Diese Rechtsprechung wird Artikel 3 KRK nicht gerecht. Sie übersieht, dass dieser gegenüber Artikel 6 GG und Artikel 8 EMRK die speziellere Norm ist. Die speziellere Norm kann nicht unter Verweis darauf außer Acht gelassen werden, dass im Rahmen der allgemeineren Normen des GG und der EMRK bereits das Wohl des Kindes berücksichtigt wird. Das gilt umso mehr, als damit ungeprüft vorausgesetzt wird, dass Artikel 3 KRK keinen eigenständigen Bedeutungsgehalt habe, der über die aus GG und EMRK abgeleiteten Grundsätze hinausgehe. Das ist insofern zu kritisieren, als Artikel 3 KRK auch dazu verpflichtet, das Kindeswohl anhand der verschiedenen – ausschließlich in der KRK enthaltenen – kinderspezifischen Rechte zu konkretisieren. Deshalb ist die Neuregelung als Klarstellung für die Rechtsanwendung erforderlich.

Zu Nummer 3

Die Änderung folgt aus der in § 12 Absatz 2 vorgenommenen Anpassung des Kindesbegriffs an die Definition in Artikel 1 KRK. Durch die in § 14 Absatz 2 Nummer 3 vorgenommene Änderung sind nunmehr auch 16- und 17-jährige Minderjährige von dessen Privilegierung erfasst. Demnach entfällt nun auch für diese Personengruppe die Wohnpflicht in einer Aufnahmeeinrichtung nach § 47 Absatz 1 AsylVfG.

Damit wird eine Konstellation gelöst, die in der Praxis bislang zu Problemen führt. Wenn ein minderjähriger Ausländer von sechzehn oder siebzehn Jahren noch vor der jugendhilferechtlichen Inobhutnahme einen Asylantrag stellt, gilt einerseits § 14 Absatz AsylVfG. Der Asylantrag ist also bei der Außenstelle des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge zu stellen. Sobald der unbegleitete Minderjährige hier einen Antrag stellt, entsteht gemäß § 47 Absatz 1 AsylVfG die Pflicht der Ausländerbehörde, den Ausländer einer Aufnahmeeinrichtung i. S. d. § 44 AsylVfG zuzuweisen. Andererseits besteht aber auch die Pflicht des Jugendamtes zur Inobhutnahme nach § 42 Absatz 1 Nummer 3 SGB VIII. So entsteht eine Pflichtenkollision zwischen der Pflicht des Jugendamtes zur Inobhutnahme und der Pflicht der Ausländerbehörde zur Zuweisung in eine Aufnahmeeinrichtung. Die Lösung dieser Pflichtenkollision ist in Praxis und Wissenschaft umstritten (vgl. Wiesner, in: Wiesner, Reinhard – Hrsg. –: Kinder- und Jugendhilfe, Kommentar. 3. Auflage, München 2006, § 42 Rn. 18).

Diese bislang nur im Wege der Auslegung zu lösende Pflichtenkollision führt nicht nur zu einem systematischen Widerspruch. Sie widerspricht auch, sofern im Einzelfall eine Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften erfolgt, Artikel 20 KRK. Nach dessen Absatz 1 hat ein Kind, das aus seiner familiären Umgebung herausgelöst ist, Anspruch auf den besonderen Schutz und Beistand des Staates. Nach Artikel 20 Absatz 2 KRK müssen Staaten nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts in diesen Fällen eine andere als die familiäre Betreuung des Kindes sicherstellen. Diesbezüglich fordert Absatz 3 der genannten Norm „die Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung“. Die von Artikel 20 Absatz 3 KRK geforderte geeignete Kinderbetreuung wird nach Maßgabe des innerstaatlichen deutschen Rechts durch die Inobhutnahme in einer Einrichtung der Jugendhilfe oder sonstigen geeigneten Wohnform nach § 42 i. V. m. § 45 SGB VIII gewährleistet. Die Unterbringung in einer Einrichtung der Jugendhilfe oder sonstigen Wohnform nach § 42 SGB VIII unterliegt der Heimaufsicht gemäß § 45 SGB VIII bzw. § 48a SGB VIII. Mit diesem Erlaubnisvorbehalt werden das Kindeswohl gewährleistet, Gefahren vom Kind abgewehrt und die Betreuung des Kindes durch geeignete Fachkräfte sichergestellt. Für asylrechtliche Aufnahmeeinrichtungen und Gemeinschaftsunterkünfte hingegen gilt die Heimaufsicht gemäß § 44 Absatz 3 und § 53 Absatz 3 AsylVfG nicht. Ohne Heimaufsicht und die damit verbundenen Kriterien kann nicht gewährleistet werden, dass in diesen Einrichtungen das Kindeswohl gewährleistet ist. Aufnahmeeinrichtungen stellen deshalb keine geeignete Kinderbetreuungseinrichtung im Sinne des Artikels 20 Absatz 3 KRK dar.

Die aufgezeigte Pflichtenkollision wird durch die in Nummer 1 vorgenommene Anhebung der Handlungsfähigkeit auf achtzehn Jahre sowie die in § 14 Absatz 2 Nummer 3 vorgenommene Änderung gelöst. 16- und 17-jährige Asylsuchende werden nunmehr wie unter 16-Jährige behandelt. Gemäß der Privilegierungsnorm des § 14 Absatz 2 Nummer 3 AsylVfG ist der Antrag beim Bundesamt zu stellen. Die Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, besteht in diesen Fällen gemäß § 47 Absatz 1 AsylVfG nicht. Demnach besteht allein die Pflicht des Jugendamtes, den Betroffenen gemäß § 42 Absatz 1 Nummer 3 SGB VIII in Obhut zu nehmen.

Zuletzt folgt aus der Änderung des § 14 Absatz 2 Nummer 3 AsylVfG und der daraus resultierenden fehlenden Verpflichtung, gemäß § 47 Absatz 1 AsylVfG in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, dass auch § 45 i. V. m. § 47 AsylVfG, die bislang die Grundlage für die bundesweite Umverteilung 16- und 17-Jähriger auf Aufnahmeeinrichtungen im Rahmen des EASY-Programms bildeten, auf diese Personengruppe nicht mehr anwendbar sind. Eine Umverteilung Minderjähriger ist damit nicht mehr möglich. Stattdessen sind sie von dem gemäß § 86 Absatz 7 SGB VIII örtlich zuständigen Jugendamt in Obhut zu nehmen. Der aufgenommene Anteil an Minderjährigen, nicht umverteilten Personen ist gemäß § 52 AsylVfG auf die Quoten nach § 45 anzurechnen. Ebenso erfolgt ein Ausgleich der Kosten über § 89d SGB VIII.

Zu Nummer 4

Die in den Buchstaben a und b enthaltenen Änderungen folgen aus der in § 12 Absatz 1 vorgenommenen Anpassung des Kindesbegriffs an die Definition in Artikel 1 KRK.

Zu Nummer 5

Die Durchführung des Flughafenverfahrens hat zur Konsequenz, dass die betroffenen Ausländer in einer Unterkunft am Flughafen untergebracht sind. Diese Form der Unterbringung steht in Widerspruch zu Artikel 20 KRK. Das zu Artikel 1 Nummer 3 Gesagte gilt entsprechend.

Zudem ist bei dieser Personengruppe nach der Einreise die Durchführung eines Clearingverfahrens i. S. d. § 42 Absatz 2 Satz 1 SGB VIII erforderlich. Ein solches kann nur in geeigneten Einrichtungen nach § 42 Absatz 1 SGB VIII durchgeführt werden. Diese liegen regelmäßig außerhalb von Flughäfen. Folglich bedarf es der Inobhutnahme durch das Jugendamt gemäß § 42 Absatz 1 Nummer 3 SGB VIII, um das Clearingverfahren nach § 42 Absatz 2 Satz 1 SGB VIII durchführen zu können. Klarstellend ist darauf zu verweisen, dass die Durchführung des Clearingverfahrens als Abschiebungshindernis nach § 60a Absatz 2 AufenthG zu bewerten ist. Deshalb ist währenddessen eine Duldung auszustellen.

Zu Nummer 6

Satz 3 stellt klar, dass eine Verpflichtung zur Wohnsitznahme in einer Gemeinschaftsunterkunft bei unbegleiteten minderjährigen Asylbewerbern nicht besteht, weil diese gemäß § 42 Absatz 1 Nummer 3 SGB VIII durch das Jugendamt in Obhut zu nehmen sind. Die Vorschrift schließt ein Konkurrenzverhältnis zwischen § 53 AsylVfG und § 42 Absatz 1 Nummer 3 SGB VIII ausdrücklich aus und verhilft der letztgenannten Norm damit zu praktischer Wirksamkeit.

Zu Artikel 2 (Änderung des Aufenthaltsgesetzes)

Zu Nummer 1

Auf die Begründung zu Artikel 1 Nummer 2e wird verwiesen.

Zu Nummer 2

§ 15 Absatz 1 ordnet die Zurückweisung an der Grenze im Wege der gebundenen Entscheidung an, wenn ein Ausländer unerlaubt einreisen will. Absatz 2 derselben Norm ordnet mehrere Gründe an, aus denen im Wege der Ermessensentscheidung eine Zurückweisung erfolgen kann.

Zwar ordnet § 15 Absatz 4 Satz 2 an, dass keine Zurückweisung erfolgen darf, wenn der Betroffene einen Asylantrag gestellt hat. Dieser Ausschluss gilt auch für minderjährige Ausländer. Doch nicht in allen Fällen können unbegleitete Minderjährige ein Asylbegehren spontan bei Kontakt an der Grenze vortragen. Zum einen gibt es Fälle von Traumatisierung, in denen erst im Rahmen eines Clearingverfahrens herausgefunden werden kann, ob Bedarf nach internationalem Schutz nach der Richtline 204/83/EG des Rates über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes vom 29. April 2004 (sog. Qualifikationsrichtlinie), besteht. Zum anderen gibt es Fälle, in denen unbegleitete Minderjährige zu ihrem eigenen Schutz von ihren Eltern ins Ausland geschickt werden, ohne von möglichen Verfolgungsgründen zu wissen. Auch hier ist ein Clearingverfahren erforderlich. Die Durchführung eines Clearingverfahrens wird dadurch sichergestellt, dass der in § 15 Absatz 4 neu geschaffene Satz 3 ein Zurückweisungsverbot aufstellt.

Das neu geschaffene Zurückweisungsverbot setzt auch dem bislang politisch umstrittenen Aufenthalt im Transitbereich eines Flughafens für Minderjährige gemäß § 15 Absatz 6 ein Ende, da dieser nur auf zurückgewiesene Ausländer i. S. d. Absatzes 1 anwendbar ist. Stattdessen besteht die Verpflichtung gemäß § 42 Absatz 1 Nummer 3 SGB VIII, das Kind in Obhut zu nehmen. Hier ist in einem Clearingverfahren eventueller Schutzbedarf zu prüfen. Bis zur daran anschließenden Entscheidung über die Einleitung eines Asylverfahrens ist eine Duldung gemäß § 60a Absatz 2 des Aufenthaltsgesetzes zu erteilen.

Mit einem solchen Vorgehen wird der Verpflichtung aus Artikel 20 KRK Rechnung getragen. Dieser fordert den besonderen Schutz und Beistand des Staates für ein Kind, das vorübergehend oder dauernd aus seiner familiären Umgebung herausgelöst wird. Dieser besondere Schutz und Beistand wird nur durch das aufgezeigte Verfahren gewährleistet. Die Zurückweisung an der Grenze hingegen würde dazu führen, dass das Kindeswohl sowie eventuell bestehende Schutzbedürftigkeit i. S. d. Qualifikationsrichtlinie nicht ermittelt werden kann.

Zu Nummer 3

Zu Buchstabe a

Nach Artikel 17 Absatz 5 Satz 2 Buchstabe b Richtlinie 2005/85/EG sind medizinische Eingriffe nur zulässig, wenn der Minderjährige oder sein gesetzlicher Vertreter eingewilligt hat. Das in 49 Absatz 6 Satz 1 eingefügte Einwilligungserfordernis setzt diese europarechtliche Vorgabe um.

Zu Buchstabe b

Die Praxis der Altersfeststellung ist in den Bundesländern unterschiedlich. Zuständig sind die Ausländerbehörden. Doch werden je nach örtlicher Praxis auch Bundespolizei, Landespolizei, Gesundheitsämter, Jugendämter und Jugendhilfe-Clearingstellen sowie das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge beteiligt. Ausgangspunkt ist meist eine medizinische Untersuchung auf Grundlage von § 49 Absatz 6. Ergänzend wird in der überwiegenden Zahl der Bundesländer das Jugendamt beteiligt.

Doch geschieht Letzteres nicht in allen Bundesländern (Bundestagsdrucksache 16/13166, S. 29 ff.). So werden Altersfestsetzungen bisweilen ausschließlich auf medizinische Untersuchungen oder Eingriffe gestützt.

Eine allein auf einer medizinischen Untersuchung basierende Festsetzung ist legitim, sofern das Ergebnis ausreichend genau ist. Allerdings können Unsicherheiten bleiben. So werden in einzelnen Bundesländern Röntgenuntersuchungen der Handwurzelknochen vorgenommen, um das Alter von Ausländern festzustellen (vgl. Bundestagsdrucksache 16/13166, S. 29 ff.). Bei dieser Methode ist von einer Schwankung der Schätzung von etwa einem Jahr nach oben wie nach unten auszugehen. Bereits das setzt jedoch voraus, dass es sich um gesunde Personen handelt. Verschiedene Krankheitsbilder können zu Abweichungen von mehreren Jahren führen. Hinzu kommen mögliche Ungenauigkeiten, sofern eine Vorgeschichte von Mangelernährung vorliegt. Deshalb kann es gerade bei Röntgenuntersuchungen zu verbleibenden Zweifeln kommen. Sofern dies im Einzelfall der Fall ist, ist es geboten, auch das Jugendamt zu beteiligen. Dieses hat die psychologischen und pädagogischen Kompetenzen, die für eine weitere Präzisierung der Einschätzung erforderlich ist. Der Verweis auf das in § 72 Absatz 7 neu eingefügte Beteiligungserfordernis stellt sicher, dass in

Zweifelsfällen eine Beteiligung und Zustimmung des Jugendamtes erfolgt.

Zu Nummer 4

Auf die Ausführungen zu Artikel 2 Nummer 3 a wird verwiesen.

Zu Nummer 5

Das zu Artikel 1 Nummer 2a bis 2d Gesagte gilt entsprechend.

Zu Artikel 3 (Änderung des Achten Buches Sozialgesetzbuch)

Zu Nummer 1

Es handelt sich um eine Klarstellung, die verhindert, dass das Jugendamt unter Verweis auf fehlende Kapazitäten eine asylverfahrensrechtliche Aufnahmeeinrichtung oder Gemeinschaftsunterkunft im Einzelfall als geeignete Einrichtung oder sonstige Wohnform einstufen kann. In Aufnahmeeinrichtungen gilt die Heimaufsicht des § 45 SGB VIII gemäß § 44 Absatz 3 AsylVfG und § 53 Absatz 3 AsylVfG nicht. Ohne Heimaufsicht aber ist nicht sichergestellt, dass in der Aufnahmeeinrichtung das Kindeswohl gewährleistet ist. Aufnahmeeinrichtungen stellen deshalb keine geeignete Unterbringung für Kinder dar.

Zu Nummer 2

Die Änderung trägt der erheblichen Komplexität der juristischen Kenntnisse Rechnung, die man benötigt, um asyl- und aufenthaltsrechtliche Verfahren zu betreuen.

Eine Ergänzungspflegschaft nach § 1909 BGB kann nach überwiegender Auffassung angeordnet werden, wenn dem Vormund die nötige Sachkunde in einem bestimmten Sachgebiet fehlt, in dem der Minderjährige der Vertretung bedarf. Die diesbezügliche Rechtsprechung der Vormundschaftsgerichte ist uneinheitlich. Vielfach nimmt die obergerichtliche Rechtsprechung richtigerweise die Voraussetzungen des § 1909 als gegeben an. Wenn der Amtsvormund nicht über die spezielle Sachkunde im Ausländer- und Asylrecht verfüge, verfüge er für seinen Aufgabenkreis nicht über die zur sachgerechten Erledigung erforderliche Sachkunde (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 28. April 2000, Az. 20 W 549/99, mit Anmerkung von Peter, abgedruckt in JAmt 2003, S. 557 f).

Bereits jetzt beantragen zahlreiche Jugendämter, die die Minderjährigen als Vormund vertreten, auf dem Gebiet des Ausländer- und Asylrechts erfahrene Rechtsanwälte als Verfahrenspfleger für dies Sachgebiet nach § 1909 BGB zu bestellen. Doch nicht alle Jugendämter stellen entsprechende Anträge, und nicht alle Vormundschaftsgerichte folgen der eben zitierten Auffassung.

Mit der Änderung soll sichergestellt werden, dass das Jugendamt regelmäßig eine Ergänzungspflegschaft beantragt. Die Norm ist als intendierte Ermessensnorm ausgestaltet, ein Abweichen von der Soll-Vorschrift wird so ermöglicht, falls das Jugendamt ausnahmsweise selbst über einschlägig spezialisierte, erfahrene juristische Fachkräfte verfügt. Mehrkosten gegenüber der ebenfalls denkbaren Variante, dass das Jugendamt einen Rechtsanwalt beauftragt, entstehen nicht.

Gleichzeitig soll die Norm eine Wirkung auf die Auslegung von § 1909 BGB durch die Gerichte entfalten. Der Gesetzgeber bringt hier zum Ausdruck, dass er in der Regel nicht von einer ausreichenden asyl- und aufenthaltsrechtlichen Spezialisierung des Jugendamtes ausgeht. Nimmt ein Gericht diese dennoch an und ordnet keine Ergänzungspflegschaft an, so muss es dies als von der Regel abweichenden Fall begründen.

Gesamtherstellung: H. Heenemann GmbH & Co., Buch- und Offsetdruckerei, Bessemerstraße 83–91, 12103 Berlin, www.heenemann-druck.de
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH, Postfach 10 05 34, 50445 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Fax (02 21) 97 66 83 44, www.betrifft-gesetze.de
ISSN 0722-8333