

7. Oktober 2010

Kinderrechte ernst nehmen!

Gesetzlicher Änderungsbedarf aufgrund der Rücknahme der Vorbehalte zur UN-Kinderrechtskonvention

Inhalt

I. Von der Ratifikation bis zur Rücknahme der Vorbehalte	2
II. Rechte nach der UN-Kinderrechtskonvention	3
III. Gesetzlicher Handlungsbedarf zur Umsetzung der UN-Kinderrechte	4
1. Handlungsfähigkeit	4
2. Altersfeststellung	5
3. Flughafenverfahren	6
4. Dublin-Verfahren	7
5. Clearingstellen und Unterbringung von unbegleiteten Minderjährigen	8
6. Asylverfahren	9
7. Soziale Teilhabe: AsylbLG, Unterbringungssituation und Residenzpflicht	10
8. Kinder- und Jugendhilfe/Gesundheitsversorgung	11
9. Familieneinheit mit Familienangehörigen.....	12
10. Humanitärer Abschiebungsschutz.....	13
11. Bleiberecht	14
12. Kinder ohne Papiere	14
13. Zurückweisung und Zurückschiebung.....	15
14. Ausweisung.....	15
15. Abschiebungshaft und Abschiebung	16
16. Vorrang des Kindeswohls	17

I. Von der Ratifikation bis zur Rücknahme der Vorbehalte

Am 20. November 1989 verabschiedeten die Vereinten Nationen das Übereinkommen über die Rechte des Kindes, die UN-Kinderrechtskonvention (KRK). Deutschland hat die Konvention am 5. April 1992 nur unter Vorbehalt ratifiziert.¹ Bei der Hinterlegung der Ratifikationserklärung wurden Vorbehalte, darunter auch ein ausländerrechtlicher, eingelegt. Die Kinderrechte sollten nicht anwendbar sein auf Regelungen der Einreise, des Aufenthalts und der Aufenthaltsbeendigung von Ausländern. Weiterhin wurde eine Gleichbehandlung von ausländischen Kindern mit deutschen Kindern ausgeschlossen. Wenngleich die Wirksamkeit der Vorbehaltserklärung von Völkerrechtlern in Zweifel gezogen worden ist,² hat sich die Bundesregierung erst achtzehn Jahre später dazu durchringen können, die Vorbehalte zur UN-Kinderrechtskonvention zurückzunehmen. Am 15. Juli 2010 wurde die entsprechende rechtsverbindliche Erklärung Deutschlands bei den Vereinten Nationen in New York hinterlegt.

Sehr spät hat die deutsche Bundesregierung damit auf die Kritik von PRO ASYL, Kinder- und Menschenrechtsorganisationen, Wohlfahrtsverbänden, internationalen Experten und Fachgremien und das Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen reagiert. Der zuständige Ausschuss für die Rechte des Kindes in Genf hatte bereits im ersten Staatenbericht zur Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1995 deutliche Kritik geübt und empfohlen, die Rücknahme der Vorbehalte zur Kinderrechtskonvention zu überprüfen. Ebenso hat der Deutsche Bundestag mehrfach die Rücknahme der Vorbehalte angemahnt. Bereits am 26. September 2001 hatte der Petitionsausschuss des Deutschen Bundestages einer von PRO ASYL eingelegten Petition³ zur Rücknahme der Vorbehalte zur Kinderrechtskonvention stattgegeben und sie an die Bundesregierung zur Berücksichtigung und Zuleitung an die Landesvolksvertretungen überwiesen.

Dennoch wurde in der Vergangenheit die Rücknahme stets mit Verweis auf die ablehnende Haltung der Bundesländer von den jeweiligen Bundesregierungen abgelehnt.⁴ Am 26. März 2010 hat der Bundesrat seine Blockade endlich aufgegeben und sich für die Vorbehaltsrücknahme ausgesprochen. Mit der Rücknahme der Vorbehalte ist nun endlich der Weg frei, auch Flüchtlingskindern alle Rechte der UN-Konvention zu gewähren.

PRO ASYL fordert den Bundesgesetzgeber auf, die deutsche Rechtslage den Anforderungen der UN-Kinderrechtskonvention anzupassen. Äußerungen von Seiten der Bundesregierung⁵ und der Innenministerkonferenz⁶, es bestehe kein legislativer Anpassungsbedarf, treten wir entgegen. Es trifft nicht zu, dass ausländischen Kindern schon heute alle UN-Kinderrechte tatsächlich gewährt werden. Die Fiktion der Volljährigkeit von 16- und 17-Jährigen im Asyl-

¹ BGBl. 1992 II, S. 990.

² Erich Peter, Die Rücknahme des deutschen Ausländervorbehalts zur UN Kinderrechtskonvention im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Kompetenzzuweisung, ZAR 2002, 144-151; Christian Tomuschat, Die Vorbehalte der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes, 2004

³ Pet. 1-14-06-26-027123

⁴ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen; BT Drs. 16/6076; 13.7.2007; <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/060/1606076.pdf>

⁵ Plenarprotokoll 17/39 vom 5. Mai 2010

⁶ Im Protokoll der 190. Innenministerkonferenz heißt es: „19. Bericht des BMI zur Rücknahme der Erklärung der Bundesrepublik Deutschland zur VN-Kinderrechtskonvention
Beschluss:

Die Innenminister und -senatoren der Länder nehmen den Bericht des Bundesministers des Innern zur Rücknahme der Erklärung der Bundesrepublik Deutschland zur VN- Kinderrechtskonvention zur Kenntnis.
Protokollnotiz BW, BY, HH, HE, MV, NI, NW, SL, SN, SH und TH: Die genannten Länder begrüßen die Zusicherung des BMI, dass mit der Rücknahme der Erklärung keine Änderung des Aufenthalts- und Asylverfahrensrechts verbunden ist.“

verfahren und ausländerrechtlichen Verfahren ist nur ein Beispiel für die mangelnde Umsetzung der KRK und den dringenden Handlungsauftrag an den Bundesgesetzgeber. Auch soweit einzelne Regelungen der Verwaltungspraxis Spielräume bieten, ist Handeln geboten. Andernfalls besteht die Gefahr uneinheitlicher Standards innerhalb Deutschlands. Die ablehnende Haltung der Mehrheit der Landesinnenminister lässt befürchten, dass sonst die Rechte aus der KRK weiter ignoriert würden. Die UN-Kinderrechte sind Menschenrechte und müssen endlich für alle in Deutschland lebenden Kinder realisiert werden.

II. Rechte nach der UN-Kinderrechtskonvention

In der UN-Kinderrechtskonvention werden die grundlegenden Standards zum Schutz der Kinder weltweit festgelegt. Sie gelten für alle Menschen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt (Art. 1). Gemäß Art. 3 Abs. 1 KRK ist bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, „das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.“ Die Achtung des Kindeswohls ist eine wichtige Vorgabe der KRK, die umfassend in allen Bereichen der Rechtsordnung zu beachten ist. Eine zentrale Vorschrift ist Art. 12 KRK. Sie verspricht dem Kind, in allen seinen Angelegenheiten sich frei zu äußern, legt den Vertragsstaaten die Pflicht auf, die Meinung des Kindes angemessen zu berücksichtigen und ihm Gelegenheit zu geben, in allen ihn betreffenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren unmittelbar oder durch einen Vertreter gehört zu werden.

Ausdrücklich werden in der KRK die speziellen Rechte von Flüchtlingskindern normiert, die besonderen Gefährdungen und Belastungen ausgesetzt sind und deshalb besonderer Schutz- und Hilfsmaßnahmen bedürfen. Darauf nimmt Art. 22 KRK direkt Bezug. Nach Abs. 1 sind „geeignete Maßnahmen [zu treffen], um sicherzustellen, dass ein Kind, das die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehrt oder [...] als Flüchtling angesehen wird, angemessenen Schutz und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung der Rechte erhält, die in diesen Übereinkommen oder in anderen internationalen Übereinkünften über Menschenrechte oder über humanitäre Fragen, denen die genannten Staaten als Vertragsparteien angehören, festgelegt sind, und zwar unabhängig davon, ob es sich in Begleitung seiner Eltern oder einer anderen Person befindet oder nicht.“

Für unbegleitet eingereiste Flüchtlingskinder ergibt sich aus Abs. 2 des Art. 22 KRK die Verpflichtung der hiesigen Behörden, Eltern oder andere Familienangehörige des Kindes ausfindig zu machen, bzw. dann, wenn dies nicht möglich ist, dem Kind denselben Schutz zu gewähren, „wie jedem anderen Kind, das aus irgendeinem anderen Grund dauernd oder vorübergehend aus seiner familiären Umgebung herausgelöst ist.“

Flüchtlingskinder sollen also – ganz unabhängig von der Frage der ausländerrechtlichen Situation – ebenso behandelt werden wie elternlose deutsche Kinder. Solche Kinder haben einen Anspruch auf besonderen staatlichen Schutz und Beistand (Art. 20 KRK). Als Form der Betreuung von elternlosen Kindern kommt die Aufnahme in eine Pflegefamilie, die Adoption oder die Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung in Betracht (Art. 20 Abs. 3).

Weiterhin wird das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit gewährleistet (Art. 24). Mit Art. 28 erkennen die Vertragsstaaten das „Recht jedes Kindes auf Bildung“ an.

Weitere Artikel der KRK sind für Flüchtlingskinder von Bedeutung: das Diskriminierungsverbot (Art. 2); die Verpflichtung zur Familienzusammenführung (Art. 9 und 10); das Recht auf Leistungen der sozialen Sicherheit (Art. 26) sowie angemessene Lebensbedingungen und

Unterhalt (Art. 27); eine Freiheitsentziehung darf bei einem Kind nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden (Art. 37).

III. Gesetzlicher Handlungsbedarf zur Umsetzung der UN-Kinderrechte

Auf völkerrechtlicher Ebene begründet ein völkerrechtlicher Vertrag wie die KRK Staatenverpflichtungen: Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, den Vertrag einzuhalten und für die Erreichung seiner Ziele und die Umsetzung des Inhalts zu sorgen. Dies ergibt sich auch unmittelbar aus Art. 4 KRK.

Eine andere Frage ist, inwieweit Regelungen der KRK unmittelbar anwendbar sind. So hat Prof. Lorz in einem umfassenden Rechtsgutachten dargelegt, dass zumindest die Pflicht zur Achtung des Kindeswohls nach Art. 3 KRK zu den völkerrechtlichen Bestimmungen gehört, die im deutschen Rechtsraum unmittelbar anwendbar sind.⁷ Eine kinderbezogene behördliche oder gerichtliche Entscheidung, bei der das Kindeswohl nicht als ein Aspekt vorrangig berücksichtigt wird, ist völkerrechtswidrig und stellt angesichts des „erga omnes“-Charakters⁸ menschenrechtlicher Verpflichtungen einen Völkerrechtsverstoß gegenüber allen übrigen Vertragsstaaten dar.

Unabhängig von der unmittelbaren Anwendbarkeit gilt jedoch der Handlungsauftrag an den Gesetzgeber. Entspricht die innerstaatliche Rechtslage nicht der Konvention, so ist der Staat verpflichtet, im Wege der Änderung innerstaatlichen Rechts die Umsetzung des Vertragsinhalts sicher zu stellen.⁹

Der Gesetzgeber kann es nicht den Rechtsanwendern überlassen, die Völkerrechtskonformität staatlichen Handelns sicherzustellen. Dies würde den Anforderungen der Konvention nicht genügen.

Im Folgenden werden die aus Sicht von PRO ASYL wichtigsten Bereiche dargestellt, in denen es einer konkreten Umsetzung der UN-Kinderrechte durch den Gesetzgeber bedarf.

1. Handlungsfähigkeit

Ausgangslage: Nach § 80 AufenthG sind ausländische Kinder und nach § 12 AsylVfG minderjährige Asylsuchende bereits ab Vollendung des 16. Lebensjahrs handlungsfähig. Dies bedeutet einerseits, dass sie fähig sind, Verfahrenshandlungen selbst vorzunehmen, andererseits, dass auch ihnen gegenüber Verfahrenshandlungen und Zustellungen, die Fristen in Lauf setzen können, vorgenommen werden können. Infolgedessen ist auch in sozialhilfrechtlichen Verfahren eine Handlungsfähigkeit gegeben (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 SGB X).

Umfasst wird davon z.B. die Fähigkeit, einen rechtswirksamen Asylantrag zu stellen, einen Rechtsanwalt zu bevollmächtigen oder Klage zu erheben. Ebenso besteht die Fähigkeit, behördliche oder gerichtliche Entscheidungen entgegenzunehmen. Dies ist nicht nur ein rechtlicher Vorteil. Denn Konsequenz dieser Verfahrensmündigkeit ist, dass den Minderjährigen auch alle denkbaren negativen Folgen seiner Entscheidungen bzw. unterlassenen Handlungen treffen. Reagiert er z.B. nicht auf den ablehnenden Bescheid des Bundesamtes für Mig-

⁷ Lorz, Alexander, Gutachten „Der Vorrang des Kindeswohls nach Artikel 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung“, S. 31

⁸ Menschenrechte gelten gegenüber allen Menschen.

⁹ Lorz, Alexander, Gutachten „Der Vorrang des Kindeswohls nach Artikel 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung“, S.46

ration und Flüchtlinge und verpasst es, fristgerecht Klage zu erheben, dann hat er die Möglichkeit auf Rechtsschutz verloren.

Die Verfahrensmündigkeit von Minderjährigen ist abgesehen vom Asyl- und Aufenthaltsrecht der deutschen Rechtsordnung weitgehend fremd. Minderjährige sind im Alter zwischen 7 und 18 nur beschränkt geschäftsfähig und können deswegen in der Regel keine für sie nachteiligen Rechtshandlungen vornehmen. Dementgegen ist im Asyl- und Aufenthaltsrecht dieser Schutz nicht gegeben.

Eine andere Frage als die der Handlungsfähigkeit ist die nach der Qualität der vormundschaftlichen Vertretung. Die Probleme, die aufgrund von im Asyl- und Aufenthaltsrecht schlecht ausgebildeten oder überlasteten Amtsvormündern teilweise vorhanden sind, bestehen für unter 16-Jährige gleichermaßen und müssen insgesamt für alle Minderjährigen gelöst werden. Unabhängig von der Frage, ob allen Minderjährigen der Schutz durch eine Vormundschaftsvertretung garantiert wird, ist dafür Sorge zu tragen, dass die vormundschaftliche Wahrnehmung der Interessen von Minderjährigen kompetent und sachgerecht erfolgt.

Widerspruch zur KRK: Die Festlegung der Handlungsfähigkeit ab 16 Jahren ist mit der KRK nicht vereinbar.

Nach Art. 1 KRK ist jeder Mensch ein Kind, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Dort ist zwar vorgesehen, dass „die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht“ auch früher eintreten kann. Damit ist jedem Staat die Möglichkeit eröffnet, die Volljährigkeitsgrenze anders zu bestimmen. Verboten ist aber eine Differenzierung nach bestimmten Kategorien, insbesondere also zwischen eigenen Staatsangehörigen und Ausländern. Die Ungleichbehandlung ist ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 2 KRK. Danach sind die Rechte der KRK ohne jede Diskriminierung aufgrund der nationalen Herkunft oder des sonstigen Status des Kindes zu gewährleisten. Betroffen sind zahlreiche Schutzrechte der KRK, wie das Recht auf Bildung, Gesundheitsvorsorge, Familieneinheit und soziale Sicherheit. Die Festsetzung der Handlungsfähigkeit ab 16 Jahren für ausländische Kinder gefährdet die Durchsetzbarkeit dieser Rechte, da sie im Verhältnis zu deutschen Kindern wie Erwachsene behandelt werden.

Auch ein Verstoß gegen Art. 3 KRK liegt vor. Die Folgen der herabgesetzten Grenze für die Handlungsfähigkeit können zu schwerwiegenden Nachteilen führen. Fragen des Asyls und Aufenthalts sind oftmals von existentieller Natur, etwa wenn dem Kind im Herkunftsland Genitalverstümmelung, Missbrauch oder Verwahrlosung droht. Auch das besondere Schutzgebot des Art. 22 KRK für Flüchtlingskinder ist verletzt, wenn schon 16-Jährige wie Erwachsene behandelt werden.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: § 80 Abs. 1 AufenthG und § 12 Abs. 1 AsylVfG sind zu streichen. Folgeanpassungen von Normen im AufenthG und AsylVfG, die das 16. Lebensjahr statt die Volljährigkeit in Bezug nehmen, sind konsequenterweise vorzunehmen.

2. Altersfeststellung

Ausgangslage: Den Minderjährigenschutz können nur diejenigen in Anspruch nehmen, deren Minderjährigkeit von den Behörden anerkannt wird. Deswegen kommt der Feststellung des Alters eine zentrale Bedeutung zu. In der Praxis wird den Angaben von Flüchtlingskindern regelmäßig nicht vertraut. Urkunden und eidestättliche Versicherungen von Angehörigen werden bezweifelt, den Einschätzungen der pädagogischen Betreuer und Psychologen wird kein Gewicht beigemessen. Stattdessen erfolgt eine fiktive Altersfestsetzung.

Die Praxis der Bundesländer ist unterschiedlich. In Bayern etwa schätzen Mitarbeiter der Bezirksregierung das Alter aufgrund ihrer angeblichen Erfahrung, in Hamburg legen Mitarbeiter der Ausländerbehörde bei Zweifeln an dem angegebenen Alter des jungen Flüchtlings ein fiktives Geburtsdatum fest. Bei der sog. Altersfiktivsetzung wird das Geburtsdatum allein aufgrund von äußeren Merkmalen bestimmt, etwa der Körperbehaarung und des Körperwuchses. Manchmal – und in anderen Bundesländern – erfolgen auch radiologische Untersuchungen der Handwurzeln, der inneren Schlüsselbeine und der Zahnwurzeln. Als Rechtsgrundlage wird § 49 AufenthG angeführt, dessen Abs. 6 die Altersfeststellung durch körperliche Eingriffe erlaubt, sofern der Ausländer das 14. Lebensjahr vollendet hat. Ausdrücklich ist jedoch bestimmt, dass Zweifel an der Vollendung des 14. Lebensjahres zu Lasten des Ausländers gehen.

Widerspruch zur KRK: Eine unzutreffende Altersfeststellung bedeutet den Verlust sämtlicher Rechtsgarantien nach der KRK. Sie muss also unbedingt vermieden werden, damit der Völkerrechtsverstoß unterlassen wird. Die Praxis verletzt auch Art. 17 Abs. 5 der EU-Asylverfahrensrichtlinie¹⁰, die eine ärztliche Altersuntersuchung von der Einwilligung des Flüchtlings und/oder seines Vertreters abhängig macht und gleichzeitig klarstellt, dass eine Verweigerung der Einwilligung alleine nicht zur Ablehnung des Asylantrags führen darf.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: § 49 Abs. 6 S. 2 AufenthG ist zu streichen.

In § 49 AufenthG und in § 16 AsylVfG ist jeweils gleichlautend ein neuer Absatz einzufügen: „Zur Feststellung der Minderjährigkeit eines Ausländers sind grundsätzlich die Angaben des Ausländers zugrunde zu legen. Eine Überprüfung der Angabe findet nur statt, wenn offenkundige Zweifel an der Richtigkeit der Altersangaben des Ausländers bestehen. Das Verfahren zur Feststellung des Alters ist auf Grundlage gesicherter medizinischer Erkenntnisse und unter Beachtung der Würde der Betroffenen durch einen Arzt durchzuführen. Der Ausländer ist vor Durchführung des Verfahrens umfassend aufzuklären. Sie ist nur zulässig, wenn er oder sein gesetzlicher Vertreter eingewilligt hat. Wird ein Altersfeststellungsverfahren durchgeführt, sind nicht nur medizinische Feststellungen, sondern auch die psychologischen und pädagogischen Erkenntnisse zu berücksichtigen. Im Zweifel sind die Angaben des Ausländers als wahr zu unterstellen. Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit sind unzulässig.“

3. Flughafenverfahren

Ausgangslage: Gem. § 18a AsylVfG ist das Flughafenverfahren für Asylsuchende vorgesehen, die sich nicht mit einem gültigen Pass oder Passersatz ausweisen, sowie für Personen, die aus einem „sicheren Herkunftsstaat“ einreisen.

Mit dem Erlass des damaligen Bundesinnenministers Kanther vom Juli 1994 wurde das ein Jahr zuvor eingeführte Flughafenverfahren auch auf minderjährige Asylsuchende angewandt. In den letzten Jahren wurden wieder verstärkt Fälle bekannt, in denen sogar unter 14-jährige Kinder im Transit festgehalten wurden.

Widerspruch zur KRK: Das Flughafenverfahren widerspricht bei unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden dem Grundsatz, dass diese zunächst in Obhut genommen werden müssen und dass vor Asylantragstellung ein Clearingverfahren durchzuführen ist. Hier sind sowohl die Rechte als Flüchtlingskind gem. Art. 22 KRK beeinträchtigt als auch das Kindeswohl gem. Art. 3 KRK (siehe hierzu unten Nr. 5). Dies verstößt gegen Art. 20 KRK, der in seinem Abs. 1 jedem Kind „den besonderen Schutz und Beistand des Staates“ verspricht und in sei-

¹⁰ Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 01.12.2005

nem Abs. 3 eine Unterbringung in einer Pflegefamilie oder einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung verlangt. Daneben sind die Rechte aus Art. 22 KRK beeinträchtigt. Aber auch für begleitete Minderjährige ist das Flughafenverfahren unter Gesichtspunkten des Kindeswohls nicht hinnehmbar. Die Transitunterkunft stellt eine Erwachsenenunterbringung dar, die für Minderjährige keinen hinreichenden Schutz garantiert. Im Flughafentransit ist auch das Recht auf Bildung gem. Art. 28 KRK nicht gewahrt. Die Transitunterbringung ist eine – zumindest – Haft-ähnliche Unterbringung, die nach Art. 37 KRK nur als „letztes Mittel“ zulässig ist. Da eine Unterbringung in Kinderbetreuungseinrichtungen möglich ist, sind mildere Mittel vorhanden, so dass ein Verstoß gegen Art. 37a, b KRK vorliegt. Auch bei einer Einreise auf dem Land- oder Seeweg ist die kindgerechte Behandlung nicht immer gewährleistet.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: In § 18 AsylVfG, der die Aufgaben der Grenzbehörden regelt, sollte ein neuer Abs. 2 eingefügt werden. Die nachstehenden Absätze verschieben sich um eine Ziffer. Der neue Absatz lautet:

„(2) Ist der schutzsuchende Ausländer noch minderjährig, ist er in Zusammenarbeit mit der zuständigen Jugendenschutzbehörde unverzüglich gemäß § 42 Abs. 1 Nummer 3 SGB XIII in Obhut zu nehmen. Von Maßnahmen gemäß den Absätzen 3, 4 und 6 ist abzusehen.“

In § 18a Abs. 6 AsylVfG wird eine Nr. 5 eingefügt:

„5. es sich um einen Minderjährigen handelt. Wird der Minderjährige von seinen Eltern, Großeltern, volljährigen Geschwistern oder sonstigen nahen Familienangehörigen begleitet, ist auch diesen die Einreise zu gestatten.“

4. Dublin-Verfahren

Ausgangslage: Nach der Dublin II-Verordnung der EU wird die Zuständigkeit des Mitgliedstaates für das Asylverfahren bestimmt. Nur wenige Regelungen tragen den besonderen Bedürfnissen von Minderjährigen Rechnung. So sollen unbegleitete Minderjährige, wenn möglich, mit ihren Familienangehörigen zusammengeführt werden, Art. 6 Dublin II-VO. Wenn dies nicht geht, ist der Ort der Asylantragstellung entscheidend für die Zuständigkeit.

Kinder und Eltern werden auf der Flucht oft getrennt. Den hier ankommenden Kindern ist der Verbleib der Eltern nicht bekannt. Nur selten wird in der Praxis nach den Familienangehörigen gesucht. Wird die Zuständigkeit eines anderen europäischen Staates festgestellt, etwa weil das Kind unterwegs einen Asylantrag gestellt hat oder ein solcher fingiert wird (wie dies manche EU-Staaten nach einem Aufgriff tun), werden Minderjährige in den „zuständigen“ Mitgliedstaat auch gegen ihren Willen und ohne Kenntnis des Aufenthaltsorts der Eltern zurückgeführt. Dies ist ebenso wenig akzeptabel wie die Anordnung von Haft zur Sicherstellung der Abschiebung.

Die Dublin II-VO bietet mit Art. 3 Abs. 2 die Möglichkeit, die Zuständigkeit auch ohne besondere Voraussetzungen an sich zu ziehen. Davon wird jedoch zu selten Gebrauch gemacht.

Widerspruch zur KRK: Abschiebungen sind ein schwerer Eingriff und wirken nicht selten traumatisierend. Wenn die Abschiebung in Länder stattfindet, in denen Kindern keine adäquate Unterbringung und Jugendfürsorge gewährt wird, stellen die Dublin-Überstellungen eine Gesundheits- und Kindeswohlgefährdung dar, die mit Art. 24, Art. 19 und Art. 3 KRK nicht zu vereinbaren sind.

Soweit nur unzureichend der Versuch unternommen wird, Familienangehörige des Kindes ausfindig zu machen, stellt dies ein Verstoß gegen Art. 22 KRK dar.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: Durch eine Änderung des § 27a AsylVfG wird sichergestellt, dass im Zweifel das Asylverfahren in Deutschland durchgeführt wird. Es werden neue Absätze 2, 3 und 4 in § 27a AsylVfG eingefügt:

„(2) Absatz 1 kommt nicht zur Anwendung, wenn es sich um den Asylantrag eines Minderjährigen handelt. Nach Angehörigen des Minderjährigen wird sowohl in Deutschland als auch in anderen Staaten im Sinne von Absatz 1 intensiv gesucht.

(3) Wird die Anwesenheit von Eltern oder sonstigen sorgeberechtigten Personen in einem anderen Staat im Sinne von Absatz 1 festgestellt, ist die Familienzusammenführung zu ermöglichen, sofern dem nicht das Kindeswohl entgegensteht.

(4) Werden die Eltern oder sonstige sorgeberechtigte Personen in einem anderen Staat im Sinne von Absatz 1 nicht gefunden, wird das Asylverfahren in Deutschland durchgeführt, sofern der Minderjährige dies wünscht.“

5. Clearingstellen und Unterbringung von unbegleiteten Minderjährigen

Ausgangslage: Gem. § 42 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII ist das Jugendamt berechtigt und verpflichtet, ein Kind oder einen Jugendlichen in seine Obhut zu nehmen, wenn ein ausländisches Kind oder ein ausländischer Jugendlicher unbegleitet nach Deutschland kommt und sich weder Personensorge- noch Erziehungsberechtigte im Inland aufhalten.

§ 42 Abs. 3 Satz 4 SGB VIII sieht vor, dass im Fall des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 3 unverzüglich die Bestellung eines Vormunds oder Pflegers zu veranlassen ist.

Diese Regelungen werden ergänzt durch Vorschriften der EU-Aufnahmerichtlinie¹¹, die allerdings bisher noch nicht vollständig ins innerstaatliche Recht umgesetzt wurden. Art. 19 Abs. 2 Aufnahmerichtlinie bestimmt, dass asylsuchende unbegleitete Minderjährige nach folgender Rangordnung aufgenommen und untergebracht werden sollten:

- primär bei erwachsenen Verwandten,
- wenn dies nicht möglich ist, dann in einer Pflegefamilie.

Erst dann, wenn eine Unterbringung in einer Pflegefamilie nicht möglich ist, sollen die Kinder und Jugendlichen in Aufnahmezentren untergebracht werden, die jedoch im Hinblick auf die Aufnahme und Betreuung von Minderjährigen spezialisiert sein müssen bzw. in anderen für Minderjährige geeigneten, dem Wohl des Kindes entsprechenden Unterkünften, in denen jeweils im Sinne von Art. 19 Abs. 4 der Aufnahmerichtlinie eine Betreuung des Kindes durch ausgebildetes Personal gewährleistet ist.

Die Bundesregierung lehnt die Umsetzung dieser EU-Norm für 16- und 17-Jährige ab und beruft sich darauf, dass die Richtlinie es den Mitgliedstaaten erlaubt, abweichend von der obigen Rangfolge Minderjährige ab 16 in Aufnahmezentren für erwachsene Asylbewerber unterzubringen. Die Bundesregierung blendet jedoch aus, dass die Ausnahme für 16- und 17-Jährige nur auf Druck Deutschlands aufgenommen wurde, um die durch die Vorbehaltserklärung zur KRK geprägte deutsche Praxis auch unter der Richtlinie fortsetzen zu können. Da mit der Rücknahme der Vorbehalte zur KRK nun auch der volle Schutz für Minderjährige bis zur Volljährigkeit zu gewähren ist, gibt es in Deutschland keinen Grund mehr, von der in der Aufnahmerichtlinie vorgesehenen Ausnahmen Gebrauch zu machen.

¹¹ RL 2003/9/EG des Rates vom 20. Juli 2001

In der Praxis reichen die vorhandenen Regelungen zur Durchsetzung des Kindeswohls nicht aus. In manchen Bundesländern finden keine Clearingverfahren statt.¹²

Weiterhin werden unbegleitete Minderjährige im Alter von 16 und 17 Jahren in Unterkünften für erwachsene Asylbewerber untergebracht. Ein Schutz der Kinder vor Situationen, in denen Alkohol- und Drogenmissbrauch, Prostitution, körperliche Auseinandersetzungen und eine Dominanz der Erwachsenen prägend sein können, ist hier nicht gewährleistet. Problematisch ist eine Unterbringung in solchen Einrichtungen, weil sie oftmals keinen Rückzug ermöglichen, da in der Regel nur Mehrbettzimmer vorgesehen sind.

Widerspruch zur KRK: Das Kindeswohl gem. Art. 3 KRK ist nicht gewährleistet, wenn kein Clearingverfahren durchgeführt wird. Während des Clearingverfahrens bedarf es einer aufenthaltsrechtlichen Sicherheit. Eine Gefährdung des Kindeswohls, insbesondere der körperlichen und seelischen Unversehrtheit, liegt vor, wenn eine Unterbringung von Minderjährigen mit Erwachsenen erfolgt.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: In § 80 AufenthG wird als neuer Abs. 4 eingefügt:

“(4) Hält sich ein Kind ohne seine Eltern oder eine sonst sorgeberechtigte Person im Bundesgebiet auf, ist es einer Jugendhilfeeinrichtung als Clearingstelle zuzuführen. Die Clearingstelle klärt ab, ob das Kind seinen Eltern oder anderen sorgeberechtigten Personen zugeführt werden soll und welche sonstigen Maßnahmen zum Kindeswohl erforderlich sind. Die Clearingstelle leitet die erforderlichen Maßnahmen ein. Solange kein Vormund oder Betreuer bestellt ist, ordnet das Jugendamt dem Kind einen Rechtsanwalt als Vertreter bei; danach kann ihm ein Rechtsanwalt beigeordnet werden. Die Vorschriften über die Gewährung von Prozesskostenhilfe gelten entsprechend.

Wird das Kind während des Clearingverfahrens volljährig, ist das Verfahren gleichwohl fortzuführen. Die für erforderlich gehaltenen Maßnahmen sind einzuleiten.

In § 81 AufenthG wird ein Abs. 6 angefügt:

“(6) Ist ein Kind zum Aufenthalt in einer Clearingstelle berechtigt (§ 80 Absatz 4), gilt sein Aufenthalt ab der Meldung bei der Ausländerbehörde oder einer anderen Behörde bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde oder der Stellung eines Asylantrages als erlaubt.“

In § 53 AsylVfG wird ein neuer Abs. 2 eingefügt, der lautet:

„(2) Minderjährige dürfen nicht in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden.“

Als Folgeänderungen sind die Absätze neu zu nummerieren und ist im bisherigen Abs. 2 S. 3 des § 53 AsylVfG zu streichen: „und die minderjährigen Kinder“.

6. Asylverfahren

Ausgangslage: Die geltende Praxis bei der Durchführung von Asylverfahren wird der speziellen Lage von Minderjährigen nicht gerecht. Die Kinder und Jugendlichen sind mehr Objekt als Subjekt des Verfahrens. Die Teilnahme des Vormunds oder Betreuers an behördlichen oder gerichtlichen Terminen ist nicht gewährleistet. Die Anhörungen werden oft nicht kindgerecht durchgeführt.

Widerspruch zur KRK: Art. 12 KRK gewährleistet das Recht des Kindes, sich zu allen es berührenden Angelegenheiten frei zu äußern und gehört zu werden, insbesondere in allen es betreffenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren. Dementsprechend sieht die Asylverfah-

¹² 3. und 4. Staatenbericht zur Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention, S. 37 ff.

rensrichtlinie in Art. 17 Abs. 1 die umgehende Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für den unbegleiteten Minderjährigen vor, der diesen „bei Prüfung des Antrags vertritt und/oder unterstützt“ (Art. 17 Abs.1a), ihn über die Bedeutung und Möglichkeit seiner persönlichen Anhörung aufklärt und vorbereitet (Art. 17 Abs. 1b) und gleichzeitig das Anwesenheits-, Frage- und Rederecht des Vertreters vorschreibt (Art. 17 Abs. 1b).

Gesetzlicher Handlungsbedarf: § 17 AsylVfG ist zu erweitern. Die Überschrift lautet: „Sprachmittler und gesetzlicher Vertreter“. In Abs. 3 wird angefügt: „Ist der Ausländer minderjährig, ist bei der Anhörung und bei den Maßnahmen nach § 16 ein gesetzlicher Vertreter hinzuzuziehen, soweit es sich nicht um unaufschiebbare Maßnahmen handelt.“

In § 24 Abs. 1 AsylVfG ist ein Satz 6 einzuführen: „Ist der Ausländer minderjährig, hat die Anhörung in Anwesenheit des gesetzlichen Vertreters oder Beistands zu erfolgen, sofern dieser nicht schriftlich erklärt hat, dass die Anhörung ohne ihn stattfinden soll.“

§ 25 Abs. 1 AsylVfG ist um einen Satz 3 zu ergänzen: „Ist der Ausländer minderjährig, hat die Anhörung in einer altersgemäßen Form zu erfolgen; die Schutzrechte für Minderjährige gemäß der UN-Kinderrechtskonvention sind zu beachten.“

7. Soziale Teilhabe: AsylbLG, Unterbringungssituation und Residenzpflicht

Ausgangslage: Asylsuchende, Kinder von Asylsuchenden, Geduldeten oder Personen mit bestimmten humanitären Aufenthaltserlaubnissen fallen unter das Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG). Danach liegen die Regelleistungen mehr als ein Drittel unter den entsprechenden Hartz-IV-Sätzen. Für sechsjährige Kinder ist die Diskrepanz am größten: Sie erhalten monatlich Leistungen in Höhe von 132 Euro, das sind ganze 47% weniger als der Regelsatz eines gleichaltrigen Kindes nach Hartz-IV (251 Euro). Ausgegeben werden die Leistungen überdies oft als „Sachleistungen“ – in Form von Essenspaketen, Altkleidern oder Gutscheinen, was weitere Einschränkungen mit sich bringt. Rund 88.000¹³ Menschen in Deutschland lebten zum Stichtag 31.12.2008 von eingeschränkten Sozialleistungen nach AsylbLG, 28.000 der Betroffenen waren Minderjährige. Die Zahlen sind zum Stichtag 31.12.2009 leicht – um ca. 5 % - zurückgegangen.¹⁴ Das sog. Sachleistungsprinzip führt dazu, dass über 16-Jährige oft in Sammelunterkünften untergebracht sind (selbst wenn sie unbegleitet sind); in Begleitung der Eltern werden sie wie diese in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht. Etwa 10.000 Kinder in Deutschland leben auf engstem Raum mit Eltern und Geschwistern in Aufnahmeeinrichtungen und Sammelunterkünften. Weiterhin unterliegen auch Minderjährige der sogenannten Residenzpflicht. Gem. § 56 AsylVfG ist einem Asylbewerber der Aufenthalt nur in dem Bezirk bzw. Landkreis gestattet, in dem die für ihn zuständige Ausländerbehörde liegt. Für Geduldete ist gem. § 61 AufenthG der Aufenthalt zunächst nur auf das jeweilige Bundesland beschränkt, kann aber durch weitere Auflagen zusätzlich eingeschränkt werden.

Nicht in allen Bundesländern besteht eine Schulpflicht für Flüchtlingskinder¹⁵, was dazu führen kann, dass Anträge auf Schulbesuch abgelehnt werden.

Das Recht auf Kindergartenbesuch besteht für Kinder ohne Papiere nicht, weil nach § 2 SGB

¹³ Statistisches Bundesamt, Stand Ende 2008. Diese Zahlen beziffern nur einen Teil der potenziell Betroffenen: Insgesamt fallen rund 128.000 Flüchtlinge und Geduldete unter das AsylbLG, rund 40.000 Menschen davon erhalten inzwischen Leistungen „analog“ SGB XII. Auch diese Leistungen werden vielfach – möglicherweise rechtswidrig – als Sachleistungen in Gemeinschaftsunterkünften gewährt.

¹⁴ Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr.344 vom 27.09.2010, siehe www.destatis.de

¹⁵ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Concluding observations, 22 September 2008.

VIII (Kinder- und Jugendhilfegesetz) Ausländer nur dann Anspruch auf Leistungen haben, wenn sie sich rechtmäßig oder ausgestattet mit einer Duldung in Deutschland aufhalten. Das AsylbLG und die Residenzpflicht bewirken, dass Flüchtlingskinder in Deutschland unter Bedingungen heranwachsen, die ihnen elementare Bildungs- und Lebenschancen vorenthalten, sie von Gleichaltrigen isolieren und ihnen gesellschaftliche Ablehnung signalisieren. In einer abseits gelegenen Unterkunft, in großer Armut und ohne Bargeld ist eine Teilnahme am sozialen Leben nicht mehr möglich.

Widerspruch zur KRK: Die Lebensbedingungen von Flüchtlingskindern widersprechen dem Recht auf Bildung nach Art. 28 KRK. Sie stehen nicht im Einklang mit Art. 27 KRK, wonach jedes Kind ein Recht auf einen seiner körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen und sozialen Entwicklung angemessenen Lebensstandard hat. Ebenso wird die gem. Art. 26 KRK garantierte soziale Sicherheit nicht gewährleistet. Schließlich gefährden in vielen Fällen die Lebensbedingungen unter dem AsylbLG das Kindeswohl und stellen eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes dar.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: Das Asylbewerberleistungsgesetz darf nicht auf Kinder angewandt werden; hierzu ist § 1 AsylbLG ein Abs. 4 anzufügen, der wie folgt lautet:

„(4) Minderjährige sind nicht leistungsberechtigt. Sie erhalten Leistungen nach SGB XII, sofern nicht Leistungen nach anderen Gesetzen vorrangig sind.“

Als Folgeänderungen sind Streichungen in § 1 Abs. 1 Nr. 6, § 3 Abs. 1 S. 4, § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 u.3, § 6 Abs. 2 AsylbLG („unbegleitete Minderjährige“) vorzunehmen, § 2 Abs. 3 AsylbLG ist insgesamt zu streichen.

Minderjährige dürfen nicht in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden. Deshalb wird – wie bereits oben (unter Nr. 5) vorgeschlagen - in § 53 AsylVfG ein neuer Abs. 2 eingefügt, der lautet:

„(2) Minderjährige dürfen nicht in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden.“
Als Folgeänderungen sind die Absätze neu zu nummerieren und ist im bisherigen Abs. 2 S. 3 des § 53 AsylVfG zu streichen: „und die minderjährigen Kinder“.

Auch die Residenzpflicht für Minderjährige ist zu streichen. Deshalb wird in § 56 Abs. 1 AsylVfG ein Satz 2 eingefügt, der lautet:

„(1)² Dies gilt nicht für Minderjährige.“

In § 61 AufenthG wird sowohl in Abs. 1 als auch in Abs. 1a jeweils ein zweiter Satz eingefügt, der lautet:

„(1)² Dies gilt nicht für Minderjährige.“

8. Kinder- und Jugendhilfe/Gesundheitsversorgung

Ausgangslage: Wenn nicht ein Jugendhilfebedarf bejaht wurde, unterliegen auch Jugendliche der eingeschränkten Gesundheitsversorgung gem. § 4 AsylbLG. Danach besteht nur bei akuten Erkrankungen und Schmerzzuständen ein Anspruch auf medizinische Behandlung.

Insbesondere bei chronischen Krankheiten ist es schwierig, zu erreichen, dass eine Behandlung erfolgt. Auch psychotherapeutische Behandlungen werden nur selten gewährt.

Widerspruch zur KRK: Die medizinische Notversorgung widerspricht Art. 24 Abs. 1 KRK, wonach das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit gewährleistet wird. Weiterhin sind das Kindeswohl gefährdet und ist eine Diskriminierung zu bejahen.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: Durch die vorgeschlagene Herausnahme von Kindern und Jugendlichen aus dem Geltungsbereich des AsylbLG (s. o.) ist das Problem gelöst. Im SGB VIII ist klarzustellen, dass auch ausländische Kinder, unabhängig von ihrem Status, einen Anspruch haben auf Gewährung von Kinder- und Jugendhilfe, auf Teilhabe (ggfls. kostenlos) am Gesundheitssystem und Gewährung therapeutischer Hilfen.

9. Familieneinheit mit Familienangehörigen

Ausgangslage: Das Recht auf Familiennachzug ist für anerkannte Flüchtlinge gewährleistet. Dagegen sind die Rechte für subsidiär Geschützte oder Personen mit einem humanitären Aufenthaltsstatus sehr beschränkt. § 29 Abs. 3 S. 3 AufenthG verbietet einen Elternnachzug, wenn das Kind nur im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 bis 5 oder § 104a Abs. 1 S. 1 und § 104b AufenthG ist. Erst mit Erreichen der Niederlassungserlaubnis besteht theoretisch die Möglichkeit des Familiennachzugs. Dann allerdings ist – nach in der Regel 7-jähriger Wartezeit – oftmals die Volljährigkeit eingetreten, so dass aus diesem Grund kein Anspruch auf Familiennachzug mehr besteht. Ist das Kind im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach §§ 22, 23 Abs. 1 oder 25 Abs. 3 AufenthG findet ein Elternnachzug ebenfalls nur unter eingeschränkten Voraussetzungen statt, nämlich dann, wenn völkerrechtliche oder humanitäre oder politische Gründe vorliegen. In der Praxis wird dies selten zugunsten der Minderjährigen angenommen. Wird der Elternnachzug gestattet, erklären manche Auslandsvertretungen und Ausländerämter vorab, dass die Eltern nach Erreichen der Volljährigkeit wieder zurückkehren müssen.

Ein Kindernachzug scheitert, wenn die geschiedenen oder nicht verheirateten Eltern nicht das alleinige Sorgerecht im deutschen Sinne haben. Denn das deutsche Recht verlangt ein gemeinsames Sorgerecht, das manche Staaten nicht (im deutschen Sinne) kennen. Die Rechtsprechung¹⁶ gestattet in diesen Fällen einen Kindernachzug nur bei Vorliegen einer „außergewöhnlichen Härte“ gemäß § 36 AufenthG.

Selbst wenn eine Familienzusammenführung ermöglicht wird, scheitert diese nicht selten an den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen der Lebensunterhaltssicherung und dem Vorliegen von ausreichendem Wohnraum. Im Ergebnis findet der Familiennachzug in vielen Fällen nicht statt. Darüber hinaus ist das Verfahren sehr bürokratisch und dauert oft viele Monate lang.

Widerspruch zur KRK: Diese Situation widerspricht Art. 10 Abs. 1 KRK, wonach eine wohlwollende, humane und beschleunigte Bearbeitung von Anträgen auf Familienzusammenführung gewährleistet wird.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: Der Deutsche Anwaltsverein hat schon im Februar 2010 Vorschläge gemacht, wie die Familieneinheit von Kindern mit ihren Angehörigen durch Er-

¹⁶ BVerwG vom 28.08.2008, 1 C 31.07 und vom 07.04.2009, 1 C 17.08

gänzungen des AufenthG verbessert werden kann. Ihm schließen wir uns weitgehend an. Folgende Änderungen sollten erfolgen:

Dem § 32 Abs. 3 AufenthG ist ein Satz 2 anzufügen, der lautet:

„Von dem Erfordernis der alleinigen Sorgeberechtigung kann abgesehen werden, wenn die Eltern nicht oder nicht mehr verheiratet sind; hiervon ist abzusehen, wenn nach dem ausländischen Recht ein alleiniges Sorgerecht zugesprochen wurde, auch wenn dies vom Umfang her nicht dem deutschen Sorgerecht entspricht.“

Es wird ein neuer § 32 Abs. 3 S. 2 AufenthG eingeführt:

„Beim Nachzug von Eltern zu einem minderjährigen Kind ist § 31 entsprechend anzuwenden.“

Es wird ein neuer § 32 a AufenthG eingeführt:

„Die Aufenthaltserlaubnis ist dem ausländischen Elternteil eines Kindes abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 zu erteilen, wenn eine schutzwürdige familiäre Gemeinschaft im Bundesgebiet gelebt wird und es unzumutbar ist, den Ausländer und das Kind darauf zu verweisen, die Lebensgemeinschaft im Ausland zu leben. § 5 Abs. 1 Nr. 2 steht der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nur entgegen, wenn das persönliche Verhalten des Ausländers eine schwerwiegende, tatsächliche und gegenwärtige Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.“

Es wird ein neuer § 32 b AufenthG eingeführt:

„(1) Dem Elternteil eines minderjährigen ledigen Kindes, welches auf nicht absehbare Zeit mit einem Aufenthaltstitel nach dem fünften Abschnitt im Bundesgebiet lebt [und welches zum Zeitpunkt der Antragstellung das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat], ist zur Herstellung und Wahrung einer schutzwürdigen familiären Gemeinschaft eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

(2) Von den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 3 wird abgesehen. Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ist ausgeschlossen, wenn das persönliche Verhalten des Elternteils eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.

(3) Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.“

10. Humanitärer Abschiebungsschutz

Ausgangslage: Die Abschiebungsverbote des § 60 AufenthG setzen eine politische oder menschenrechtliche Verfolgung von erheblichem Gewicht voraus. Verlangt ist eine konkrete Gefährdung an Leib und Leben. Sonstige Beeinträchtigungen, auch wenn sie schwerwiegender Art sind, führen regelmäßig nicht zur Gewährung von Abschiebungsschutz. Der besonderen Situation von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen wird die gesetzliche Regelung nicht immer gerecht.

Widerspruch zur KRK: Die kinderspezifischen Freiheitsrechte der KRK – Recht auf Leben (Art. 6), Recht auf Achtung der Identität und der Familienbeziehungen (Art. 8), Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 13), Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 14), Minderheitenrechte (Art. 37), die allgemeinen Leistungsgarantien, etwa das Recht auf Förderung bei Behinderungen (Art. 23), Gesundheit (Art. 24), Bildung (Art. 28) oder Schutz vor

wirtschaftlicher Ausbeutung (Art. 32) – sind in vielen Staaten nicht gewährleistet. Im Fall einer Abschiebung droht eine Verletzung dieser Rechte. Art. 22, der die Rechtsstellung von Flüchtlingskindern regelt, garantiert dem elternlosen Kind dieselben Schutzgewährungen wie jedem anderen Kind, das dauernd oder vorübergehend aus seiner familiären Umgebung herausgelöst ist. Kann die Inanspruchnahme der Rechte aus der KRK im Herkunftsland nicht sichergestellt werden, muss dies ein Abschiebungsverbot begründen.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: § 60 AufenthG wird ein Abs. 12 angefügt, der lautet:
 „(12) Ein minderjähriger Ausländer darf nicht abgeschoben werden, wenn die Eltern oder andere zur Sorge fähige und bereite enge Familienangehörige nicht ausfindig gemacht werden können und dem Minderjährigen im Herkunftsstaat eine Verletzung seiner Rechte aus der UN-KRK droht.“

11. Bleiberecht

Ausgangslage: Am 17.11.2006 hat die Konferenz der Landesinnenminister eine Bleiberechtsregelung verabschiedet. Ihr folgte eine gesetzliche Altfallregelung, die im Rahmen des Richtlinienumsetzungsgesetzes vom Gesetzgeber beschlossen wurde und am 28.8.2007 in Kraft trat. Beide Regelungen haben nicht dazu geführt, dass der überwiegende Teil der langjährig Geduldeten einen Aufenthaltsstatus erhielt, der sie vor Abschiebung schützt. Restriktiv gefasste Ausschlussgründe und die Festlegung auf einen Einreisestichtag ließen viele Geduldete von vornherein ohne Chance auf ein dauerhaftes Bleiberecht. Junge Flüchtlinge werden durch einen über Jahre andauernden ungesicherten Aufenthalt desorientiert und in ihrer Entwicklung gehemmt und geschädigt. Der neu eingeführte § 18a AufenthG ermöglicht zwar eine Aufenthaltssicherung für qualifizierte geduldete Jugendliche bzw. junge Erwachsene. Allerdings sind die Anforderungen überzogen hoch.

Widerspruch zur KRK: Die Vorenthaltung eines legalen Aufenthaltsstatus trotz Verwurzelung in die hiesige Gesellschaft verletzt Art. 16 KRK, wonach ähnlich wie in Art. 8 EMRK der Schutz der Privatsphäre garantiert ist.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: Es wird ein neuer § 25 Abs. 6 AufenthG eingefügt:
 „Einem ausreisepflichtigen Ausländer wird eine Aufenthaltserlaubnis erteilt, wenn er im Zeitpunkt seiner Einreise nach Deutschland minderjährig war und sich mindestens zwei Jahre in Deutschland aufgehalten hat.“

12. Kinder ohne Papiere

Ausgangslage: Die Situation von Kindern, die nicht einmal eine Duldung besitzen, sondern völlig ohne Papiere in Deutschland leben, ist besonders bedenklich. Aus Angst vor der Abschiebung schrecken ihre Eltern davor zurück, sie in die Schule oder zu einem Arzt oder in ein Krankenhaus zu schicken. Denn die Abschiebung könnte wegen der umfassenden Datenübermittlungspflichten die Folge sein. Die psychische Belastung eines solchen Lebens, aber auch die materielle Armut ist bei diesen Kinder besonders hoch.

Widerspruch zur KRK: Kindern, die in der aufenthaltsrechtlichen Illegalität leben, werden aus diesem Grund Menschenrechte faktisch versagt. Neben dem Recht auf eine eigene Identität (Art. 8 KRK), dem Recht auf eine ausreichende Gesundheitsversorgung (Art. 24

KRK), auf Zugang zur Bildung (Art. 29 KRK), auf soziale Sicherheit (Art. 26 KRK) und auf angemessene Lebensbedingungen (Art. 27 KRK) wird das Kindeswohl (Art. 3 KRK) massiv gefährdet.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: Die Übermittlungspflichten nach § 87 Abs. 2 AufenthG sind ersatzlos zu streichen.

Kinder ohne Papiere müssen in die geltende und künftige Bleiberechtsregelung für geduldete Minderjährige mit einbezogen werden.

13. Zurückweisung und Zurückschiebung

Ausgangslage: Nach § 80 Abs. 2 AufenthG steht die mangelnde Handlungsfähigkeit eines Minderjährigen seiner Zurückweisung und Zurückschiebung nicht entgegen. Danach dürfen auch unbegleitete Minderjährige nach § 15 AufenthG an der Grenze zurückgewiesen werden. Sie dürfen auch abgeschoben werden, wenn ihr gesetzlicher Vertreter nicht in Deutschland lebt oder sein Aufenthaltsort unbekannt ist (§ 80 Abs. 2 S. 2 AufenthG).

Widerspruch zur KRK: Mit der Möglichkeit, unbegleitete Minderjährige bei dem Versuch der Einreise zurückweisen zu können, werden ihre Rechte als Flüchtlingskinder gem. Art. 22 KRK verletzt. Zwar schließt die Stellung eines Asylantrages eine Zurückweisung aus. Allerdings sind Minderjährige oftmals, z.B. aufgrund von Traumatisierungen, nicht in der Lage, unmittelbar in der Einreisesituation bereits einen Asylantrag zu stellen. Aus diesem Grund werden Clearingverfahren vorgesehen, die die Bedürfnisse des Kindes und mögliche Rechtsschritte erst abklären. Rechtsfolgen – wie eine Zurückweisung – sind deswegen mit dem Recht aus Art. 22 KRK nicht vereinbar, weil sie die Möglichkeit unterlaufen, den Flüchtlingsstatus zu begehren. Durch die gesetzliche Erlaubnis, auch verfahrensunfähige und nicht betreute Minderjährige abschieben zu können, sind die Kinder in ihren Rechten auf rechtliches Gehör aus Art. 12 KRK verletzt.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: § 80 Abs. 2 AufenthG ist zu streichen. In § 15 Abs. 1 AufenthG ist folgender S. 2 einzufügen „Unbegleitete Minderjährige dürfen nicht an der Grenze zurückgewiesen werden.“

14. Ausweisung

Ausgangslage: Nach geltender Rechtslage kann ein Minderjähriger oder junger Erwachsener gem. § 55 Abs. 2 Nr. 7 AufenthG ausgewiesen werden, wenn er Hilfe zur Erziehung oder Hilfe für junge Volljährige nach dem Achten Buch Sozialgesetzbuch erhält.

Widerspruch zur KRK: Die Inanspruchnahme von Kinder- und Jugendhilfe mit der Ausweisung zu sanktionieren, widerspricht Art. 26 und 27 KRK, wonach soziale Teilhabe und angemessene Lebensstandards garantiert sind.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: Der Ausweisungsgrund (§ 55 Abs. 2 Nr. 7 AufenthG) der Inanspruchnahme von Kinder- und Jugendhilfe nach SGB VIII wird gestrichen.

15. Abschiebungshaft und Abschiebung

Ausgangslage: Nach geltender Rechtslage wird die Anordnung von Abschiebungshaft nicht auf Erwachsene beschränkt. Infolgedessen wird Abschiebungshaft auch bei Minderjährigen angewandt – teilweise sogar gegenüber unter 14-jährigen Kindern, die strafunmündig sind. Da die Anwendung der Abschiebungshaft Ländersache ist, gibt es bundesweit eine sehr unübersichtliche und uneinheitliche Ausgangslage. Die meisten Bundesländer ordnen Abschiebungshaft grundsätzlich auch gegenüber Minderjährigen an. Bundesweit wurden zwischen 2005 und 2007 in 377 Fällen sogar unbegleitete Minderjährige inhaftiert.¹⁷ Vergleicht man die Weisungslagen zwischen den jeweiligen Ländern, so stellt man fest, dass diese sehr uneinheitlich sind. Eine ganze Reihe von Ländern sehen vor, dass unter 16-Jährige nicht inhaftiert werden sollen.¹⁸ Einige Länder schließen nur die Inhaftnahme von unter 14-Jährigen aus.¹⁹ Andere verweisen lediglich darauf, dass eine „Einzelfallprüfung“ zu erfolgen habe²⁰ oder machen gar keine Vorgaben²¹. In einigen Ländern wird die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gefordert. Es wird festgestellt, dass die Haft nur angeordnet werden darf, wenn kein milderes Mittel – beispielsweise die Unterbringung in einer geschlossenen Jugendeinrichtung – möglich ist. Der Referentenentwurf vom 15. September aus dem Bundesinnenministerium²² sieht nun vor, § 62 AufenthG einen neuen Abs. 5 anzufügen, der vorsieht, dass Minderjährige nur in Ausnahmefällen und nur für die kürzest mögliche angemessene Dauer in Abschiebungshaft zu nehmen sind. Damit sollen Vorgaben der EU-Rückführungsrichtlinie²³ umgesetzt werden.

Nicht nur bei der Abschiebungshaft, auch bei der Abschiebung selbst sind die Rechte von Kindern gefährdet. Nicht selten werden Familien zum Zwecke der Abschiebung getrennt in der Erwartung, dass durch die Abschiebung eines Familienangehörigen – meist des Vaters – die zurückbleibenden Familienangehörigen sich genötigt sehen, „freiwillig“ das Land zu verlassen.

Widerspruch zur KRK: Die geltende Rechtslage verletzt Art. 37 KRK. Demnach dürfen Freiheitsentziehungen bei einem Kind „nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit“ angewendet werden. Weiterhin ist das Kind von erwachsenen Häftlingen zu trennen. Es hat einen Anspruch auf umgehenden Zugang zu einem rechtskundigen oder andersgearbeiteten Beistand.

Obwohl die KRK also in engen Ausnahmefällen eine Inhaftierung von Kindern zulässt, ist eine Inhaftierung aufgrund des Bestehens der Ausreisepflicht oder wegen eines (angeblich unzulässigen, missbräuchlichen oder verspäteten) Asylantrags als unverhältnismäßig anzusehen. Es stehen stets mildere Mittel zur Zweckerreichung zu Verfügung, da es ja hier nur um die Sicherstellung der Ausreise und nicht etwa eine strafrechtliche Sanktionierung geht. Die Schaffung einer bloßen ultima-ratio-Formel, wie es die Bundesregierung nun plant, ist deswegen nicht ausreichend. Es ist daher insgesamt auf eine Inhaftierung von Minderjährigen in asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren zu verzichten.

Zwar verbietet die KRK die getrennte Abschiebung eines Familienangehörigen nicht absolut, doch stellt Art. 19 Abs. 1 KRK klar, dass eine Trennung eines Kindes von einem Elternteil nur

¹⁷ Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage der Abgeordneten Josef Philip Winkler u.a., Drucksache 16/11384.

¹⁸ Bremen, Hessen, NRW, Schleswig-Holstein, Thüringen

¹⁹ Bayern, Baden-Württemberg

²⁰ Berlin, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Saarland, Sachsen

²¹ Brandenburg, Rheinland-Pfalz, Niedersachsen

²² Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex

²³ 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 (ABl. L 348 vom 24.12.2008, S. 98)

ausnahmsweise und nur dann zulässig ist, wenn die Trennung „zum Wohl des Kindes notwendig“ ist. Dies ist allenfalls bei einer Abschiebung nach schwerwiegenden Straftaten der Fall, nicht aber beim Vollzug des Ausländerrechts.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: Eine einheitliche Rechtsanwendung kann nur erreicht werden, wenn die bundesgesetzliche Rechtsgrundlage neu gefasst wird.

In § 62 AufenthG wird ein neuer Abs. 2 eingefügt:

„(2) Abschiebungshaft gegen Minderjährige ist unzulässig.“

§ 60a Abs. 2 AufenthG ist ein Satz 4 anzufügen, der lautet:

„(4) Dies ist der Fall, wenn hierdurch eine Familie getrennt würde, ohne dass schwerwiegende Gründe, insbesondere das Kindeswohl, eine solche Trennung gebietet.“

16. Vorrang des Kindeswohls

Das in Art. 3 Abs. 1 KRK normierte Gebot, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen, wurde aufgrund der Vorbehalte zur KRK in Deutschland lange Zeit gering geachtet. Dieses Gebot, das in den anderen Artikeln der KRK eine Konkretisierung gefunden hat, ist bei jeder asyl- und ausländerrechtlichen Entscheidung zu berücksichtigen. Die bedeutet nicht, dass andere Gesichtspunkte stets nachrangig sind, wohl aber, dass das Kindeswohl als ein Gesichtspunkt vorrangig zu beachten ist.

Gesetzlicher Handlungsbedarf: Um das Bewusstsein der Rechtsanwender zu schärfen, ist dies in den allgemeinen Teilen des Aufenthalts- und des Asylverfahrensgesetzes festzuschreiben.

Deshalb wird § 1 Abs. 1 AufenthG ein Satz und § 1 AsylVfG ein Absatz angefügt, der lautet:

„Bei der Anwendung dieses Gesetzes ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.“