

## **Rechtsgrundlagen zum Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen – Neues und Altes –**

### **I. Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher vom 28. Oktober 2015, in Kraft seit dem 01. November 2015**

#### **1) Begründung und Zielsetzung**

Wie der Name schon zeigt, beabsichtigt der Gesetzgeber mit diesem Gesetz eine Verbesserung der Lage der minderjährigen Flüchtlinge in Deutschland und beruft sich dabei auf die UN-Kinderrechtskonvention und auch die Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 (Richtlinie 2013/33/EU = so genannte „Aufnahme-Richtlinie“; Richtlinie 2013/32/EU = so genannte „Asylverfahrens-Richtlinie“), beide in Deutschland geltendes Recht seit dem 21.07.2015. Auch die Dublin III-Verordnung ist in der Gesetzesbegründung erwähnt, die die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des europäischen Mitgliedsstaats regelt, welcher für die Prüfung des Schutzgesuchs eines Flüchtlings zuständig ist und in Artikel 6 und Artikel 8 besondere Vorschriften für die Minderjährigen enthält.

Betont wird die Absicht, dass bei den Regelungen für die unbegleiteten Minderjährigen, die nach der erklärten gesetzlichen Zielsetzung „zu den schutzbedürftigsten Personengruppen überhaupt“ gehören, das Kindeswohl besonders zu beachten ist. Entsprechend oft taucht das „Wohl des Kindes“ in dem Gesetzestext auf.

Ratsam ist es bei dem Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen stets, sich das wichtige menschenrechtliche Fundament in Form der UN-Kinderrechtskonvention zu vergegenwärtigen (vgl. Anhang). Besonders hinzuweisen ist auf Artikel 3 Abs. 1 (vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohles), Artikel 12 (Berücksichtigung des Kindeswillens), Artikel 20 (von ihren Familien getrennte Kinder...), Artikel 22 (Flüchtlingskinder) sowie Artikel 24 – 28 (Gesundheit, Unterbringung, soziale Sicherheit, Lebensstandard, Recht auf Bildung). Erwähnenswert ist, dass etliche der Menschenrechte für Kinder gemäß der UN-KRK auch in der Europäischen Grundrechtecharta auftauchen, die das Fundament des Zusammenlebens der Menschen in Europa darstellt. So nimmt Artikel 24 der EU-Grundrechtecharta ausdrücklich auf die Rechte des Kindes gemäß der UN-KRK Bezug, wenn es dort in Abs. 2 heißt, dass bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein muss.

Ob die Zielsetzungen erreicht werden und tatsächlich eine Verbesserung der Lage der minderjährigen Flüchtlinge durch das neue Gesetz eintreten wird, bleibt abzuwarten. Schaut man sich die neuen Vorschriften im Einzelnen an, ergeben sich Zweifel. Immerhin sieht das neue Gesetz in Artikel 4 eine Evaluation auf Bundesebene bis zum 31.12.2020 vor. Daneben gibt es gemäß dem neuen § 42 e des SGB VIII eine jährliche Berichtspflicht der Bundesregierung über die Situation unbegleiteter ausländischer Minderjähriger in Deutschland gegenüber dem deutschen Bundestag.

## 2) Die wichtigsten Vorschriften im Einzelnen

- a) § 42 a – Vorläufige Inobhutnahme von ausländischen Kindern und Jugendlichen nach unbegleiteter Einreise.

Bisher regelt § 42 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 3 die Inobhutnahme eines unbegleiteten Minderjährigen, zu welcher das Jugendamt berechtigt und verpflichtet ist. Nunmehr erfolgt seit dem 01.11.2015 vor dieser Inobhutnahme die **vorläufige** Inobhutnahme desjenigen Jugendamts, bei dem die unbegleitete Einreise nach Deutschland festgestellt wird, bevor später, nach Durchführung des Verfahrens zur Verteilung dieser Kinder gemäß § 42 b die Inobhutnahme des dann zuständigen Jugendamts nach § 42 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 3 SGB VIII erfolgt. Hintergrund dieses neuen Instituts der vorläufigen Inobhutnahme ist dieses Verteilungsverfahren, das darauf ausgerichtet ist, ebenso wie bei erwachsenen Flüchtlingen eine bundesweite angemessen quotierte Verteilung auf die Länder und Kommunen nach dem so genannten „Königsteiner Schlüssel“ zu erreichen.

Gemäß § 42 a Abs. 2 SGB VIII muss das Jugendamt während der vorläufigen Inobhutnahme zunächst zusammen mit dem / der Minderjährigen einschätzen, ob die Durchführung des Verteilungsverfahrens das Kindeswohl gefährdet, ob bzw. wo sich eventuelle Verwandte im In- oder Ausland aufhalten, ob im Interesse des Kindeswohles eine gemeinsame Inobhutnahme mit Geschwistern oder anderen (befreundeten) minderjährigen Flüchtlingen erforderlich ist und schließlich ob der Gesundheitszustand des / der Minderjährigen die Durchführung des Verteilungsverfahrens innerhalb von 14 Werktagen nach Beginn der vorläufigen Inobhutnahme ausschließt, wobei hierzu eine ärztliche Stellungnahme eingeholt werden soll. Erst wenn diese Einschätzung erfolgt ist, entscheidet das Jugendamt nach dieser Vorschrift, ob eine Anmeldung zur Verteilung erfolgt oder die Verteilung ausgeschlossen wird.

Gemäß § 42 a Abs. 4 muss das Jugendamt der nach Landesrecht für die Verteilung zuständigen Stelle die vorläufige Inobhutnahme innerhalb von 7 Werktagen nach Beginn der „Maßnahme zur Erfüllung der in § 42 b genannten Aufgaben“ mitteilen, wobei die nach Landesrecht zuständige Stelle (in NRW der Landschaftsverband Rheinland) dann gegenüber dem Bundesverwaltungsamt innerhalb von 3 Werktagen die / den Minderjährigen zur Verteilung anmelden oder den Ausschluss der Verteilung anzeigen muss.

§ 42 a Abs. 3 berechtigt und verpflichtet das Jugendamt während der vorläufigen Inobhutnahme, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes oder des Jugendlichen notwendig sind. Zu beachten ist hierbei Satz 2 dieses § 42 a Abs. 3, welcher vorsieht, dass hierbei der / die Minderjährige zu beteiligen und „der mutmaßliche Wille der Personen- oder der Erziehungsberechtigten angemessen zu berücksichtigen“ ist. Letzteres bedeutet konkret, dass das Jugendamt während der vorläufigen Inobhutnahme bei etwaigen Rechtshandlungen verpflichtet ist, so zu handeln, wie es Eltern oder andere Personensorgeberechtigte mutmaßlich wünschen würden.

Das Recht und die Pflicht des Jugendamts, während der vorläufigen Inobhutnahme alle zum Wohle des minderjährigen Flüchtlings notwendigen Rechtshandlungen vorzunehmen, ändert nichts daran, dass nach der Einreise eines minderjährigen Flüchtlings so rasch wie möglich eine gesetzliche Vertretung in Form der Anordnung der Vormundschaft zu veranlassen ist. Dies ergibt sich zwingend sowohl aus Artikel 24 der EU-AufnahmeRL als auch aus den vormundschaftsrechtlichen Regelungen im BGB. Nach Artikel 24 der EU-AufnahmeRL müssen die Behörden der Mitgliedstaaten so bald wie möglich dafür sorgen, dass ein Vertreter bestellt wird und der / die Minderjährige unverzüglich über die Bestellung des Vertreters informiert wird. Dieser gesetzliche Vertreter „muss seine Aufgaben im Einklang mit dem Grundsatz des Kindeswohls gemäß Artikel 23 Abs. 2 wahrnehmen und entsprechend versiert sein... Organisationen und Einzelpersonen, deren Interessen denen des unbegleiteten Minderjährigen zuwider laufen oder zuwider laufen könnten, kommen als Vertreter nicht in Betracht.“, so die Formulierung in Artikel 24 Abs. 1 der EU-AufnahmeRL.

Kommt die Einschätzung des Jugendamts im Rahmen der vorläufigen Inobhutnahme zu dem Ergebnis, dass das Verteilungsverfahren durchgeführt wird, so muss das Jugendamt gemäß § 42 a Abs. 5 SGB VIII auch dafür sorgen, dass der / die Minderjährige zu dem anschließend zuständigen Jugendamt begleitet wird und dass dieses Jugendamt die erforderlichen personenbezogenen Daten erhält. Schließlich ist es nach dieser Vorschrift auch vorgesehen, dass das Jugendamt ggf. bei einer Familienzusammenführung im In- oder Ausland hilft (vgl. hierzu auch Artikel 22 Abs. 2 UN-KRK).

## b) § 42 b SGB VIII – Verteilungsverfahren

Das Verteilungsverfahren soll ggf. innerhalb von 2 Werktagen stattfinden (vgl. oben § 42 b Abs. 3).

Ausgeschlossen ist die Durchführung eines Verteilungsverfahrens gemäß § 42 b Abs. 4, wenn das Kindeswohl gefährdet würde, wenn der Gesundheitszustand die Durchführung des Verteilungsverfahrens innerhalb von 14 Werktagen ab Beginn der vorläufigen Inobhutnahme nicht zulässt, wenn eine Familienzusammenführung z.B. gemäß der Dublin III-Verordnung „kurzfristig“ erfolgen kann „und dies dem Wohl des Kindes entspricht“ oder schließlich, wenn das Verteilungsverfahren nicht innerhalb von einem Monat nach Beginn der vorläufigen Inobhutnahme durchgeführt wird. Eine Verlängerung dieser Frist auf 2 Monate ist in § 42 d Abs. 3 SGB VIII noch bis zum 31.12.2016 möglich, wenn die fristgerechte Verteilung nicht innerhalb eines Monats möglich ist.

Gemäß § 42 b Abs. 5 dürfen Geschwister bei dem Verteilungsverfahren nicht getrennt werden, es sei denn das Kindeswohl erfordere eine solche Trennung. Auch soll eine gemeinsame Inobhutnahme von minderjährigen Flüchtlingen erfolgen, „wenn das Kindeswohl dies erfordert“, d.h. z.B. wenn sie zusammen geflüchtet oder befreundet sind.

Nach § 42 b Abs. 7 SGB VIII findet gegen Entscheidungen im Verteilungsverfahren gemäß § 42 b kein Widerspruch statt. Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung. Ähnlich wie auch in § 42 f Abs. 3 SGB VIII folgt aus dieser Vorschrift immerhin, dass es möglich sein muss, eine Klage zu erheben. Hierfür bedarf es eines gesetzlichen Vertreters. Deutlich wird auch an dieser Stelle, dass während der vorläufigen Inobhutnahme, möglichst parallel zur vorläufigen Inobhutnahme, die gesetzliche Vertretung durch einen Vormund veranlasst werden muss. Es erscheint aber sehr fraglich, ob es gelingt, innerhalb der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit die Anordnung der gesetzlichen Vertretung in Form der Vormundschaft zu erreichen.

Die Vollziehung der Verteilungsmaßnahme ohne konkrete Möglichkeit der Klageeinreichung mangels des Vormunds als gesetzlichem Vertreter wäre dann indessen m.E. nicht rechtens. Bei Meinungsverschiedenheiten über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Verteilung wäre die entsprechende Entscheidung der Behörde als belastender Verwaltungsakt anzusehen, gegen welchen nach dem Rechtsstaatsprinzip, bzw. der Rechtsweggarantie des Artikel 19 Abs. 4 GG ein wirksames Rechtsmittel gegeben sein muss. Die Vollziehung der Verteilungsmaßnahme darf daher nicht erfolgen, ohne dem / der betroffenen Minderjährigen zuvor durch Anordnung der Vormundschaft die Möglichkeit der Beschreitung des Rechtsweges eröffnet zu haben. Dies zumal im Konfliktfall sicherlich nicht ohne Weiteres davon die Rede sein kann, dass es um die Vornahme einer Rechtshandlung geht, die zum Wohle des / der Betroffenen notwendig ist. Es bleibt abzuwarten, wie die Verteilungs-Verfahren sich im Konfliktfall darstellen werden.

### c) §§ 42 c, d, e – Aufnahmequote, Übergangsregelung, Berichtspflicht

Diese Vorschriften enthalten im Wesentlichen Zuständigkeitsregelungen und Vorgaben zur Kommunikation der verschiedenen beteiligten Behörden. Erwähnenswert ist § 42 d Abs. 1, nach welchem ein Bundesland auch mehr Minderjährige aufnehmen kann als seiner verpflichtenden Aufnahmequote entspricht und dies dann dem Bundesverwaltungsamt gegenüber anzeigen muss. Die Übergangsregelung des § 42 d SGB VIII hat nach der Begründung des Gesetzes den Hintergrund, dass die Zuweisung der minderjährigen Flüchtling an ein geeignetes Jugendamt erfolgen muss, um „den spezifischen Schutzbedürfnissen dieser jungen Menschen im Hinblick auf ihre Unterbringung, aber vor allem auch hinsichtlich ihrer sozialpädagogischen und ggf. therapeutischen Betreuung und Unterstützung Rechnung zu tragen.“

Hier geht der Gesetzgeber davon aus, dass in Ländern, in denen bisher nur wenige minderjährige Flüchtlinge Aufnahme fanden, die Voraussetzungen noch geschaffen werden müssen. Daher wurde eine gesetzliche Fristverlängerung zur Aufnahmefrist um längstens 3 Monate nach Inkrafttreten, d.h. bis zum 01.02.2016 bestimmt. § 42 d Abs. 3 enthält eine Modifizierung der Frist zur Durchführung des Verteilungsverfahrens gemäß § 42 b Abs. 4 Ziffer 4 für die Zeit bis zum 31.12.2016 (2 Monate, vgl. oben). Soweit es in § 42 d Abs. 3 heißt, dass das Jugendamt im Fall dieser Fristüberschreitung erst nach Ablauf eines Monats nach Beginn der vorläufigen Inobhutnahme die Bestellung eines Vormunds oder Pflegers veranlassen müsse, meine ich, dass dies mit den Verpflichtungen aus Artikel 24 der EU-AufnahmeRL nicht vereinbar ist, vgl. oben.

### d) § 42 f SGB VIII – Behördliches Altersfeststellungsverfahren

§ 42 f sieht ein behördliches Verfahren zur Altersfeststellung im Rahmen der vorläufigen Inobhutnahme vor.

Gemäß § 42 f Abs. 1 muss das Jugendamt die Minderjährigkeit durch Einsichtnahme in Ausweispapiere oder hilfsweise durch eine „qualifizierte Inaugenscheinnahme“ feststellen, wobei der / die Minderjährige in entsprechender Anwendung des § 8 Abs. 1 SGB VIII entsprechend ihrem / seinem Entwicklungsstand an der Entscheidung zu beteiligen ist, bzw. entsprechend § 42 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII „unverzüglich“ Gelegenheit erhalten muss, eine Person seines / ihres Vertrauens zu benachrichtigen.

Gemäß § 42 f Abs. 2 hat das Jugendamt in Zweifelsfällen u.a. von Amts wegen eine ärztliche Untersuchung zur Altersbestimmung zu veranlassen. Weiter heißt es hier, dass in diesem Fall umfassend über die Untersuchungsmethode und die möglichen Folgen der Altersbestimmung aufgeklärt werden muss, dass über die Folgen einer Weigerung aufzuklären ist und dass die Untersuchung nur mit Einwilligung der betroffenen Person und ihres Vertreters durchgeführt werden darf.

Schließlich findet sich hier der Hinweis auf die §§ 60, 62 und 65-67 des SGB I, die entsprechend anzuwenden sind. Wichtig erscheint mir der Hinweis auf § 65 SGB I (Grenzen der Mitwirkung).

Hier heißt es in Abs. 2: „Behandlungen und Untersuchungen,

1. bei denen im Einzelfall ein Schaden für Leben oder Gesundheit nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann,
2. die mit erheblichen Schmerzen verbunden sind oder
3. die einen erheblichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit bedeuten,

können abgelehnt werden.“

Befremdlich erscheint, dass eine immer die körperliche Integrität verletzende ärztliche Untersuchung in schlichten Zweifelsfällen zulässig sein soll. Zum Vergleich mag auf die Handreichung zum Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen in NRW hingewiesen werden, wo es hierzu immerhin heißt, dass die Inobhutnahme erfolge, wenn keine „gravierenden Zweifel“ an den Angaben des / der Minderjährigen bestehen, bzw. dass im Zweifelsfall, wenn nicht eindeutig auf eine Volljährigkeit geschlossen werden könne, (zunächst) Minderjährigkeit angenommen werde und eine Inobhutnahme erfolge, wobei das anschließende Clearingverfahren dann die Aufgabe habe, „mit geeigneten Maßnahmen die Zweifel auszuräumen.“, vgl. 5.3 der Handreichung.

Zum Vergleich herangezogen werden mag auch die Vorschrift des § 49 Abs. 6 AufenthG, wo es heißt, dass Maßnahmen zur Feststellung und Sicherung der Identität bei Ausländern die das 14. Lebensjahr vollendet haben, zulässig sind, „einschließlich körperlicher Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zum Zweck der Feststellung des Alters vorgenommen werden, **wenn kein Nachteil für die Gesundheit des Ausländers zu befürchten ist.**“ (Hervorhebung durch die Unterzeichnende).

Eine körperliche ärztliche Untersuchung ohne medizinische Indikation stellt stets eine erhebliche Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit dar und führt im Falle des hier betroffenen Personenkreises zu einer großen Gefahr der Retraumatisierung. Es ist nicht vorstellbar, dass minderjährige Flüchtlinge so kurz nach ihrer Einreise, ohne dass die Möglichkeit bestanden hätte, sich mit der erforderlichen Gründlichkeit für ihre Fluchtgründe und ihren Lebensweg zu interessieren, bei derartigen Untersuchungen keinen Schaden nehmen. Mit dem Anspruch des Gesetzes, bei allen Maßnahmen gegenüber minderjährigen Flüchtlingen stets das Kindeswohl zu beachten, kann diese Vorschrift nicht in Einklang gebracht werden.

Dies gilt umso mehr, als in der medizinischen Fachwelt die Effizienz der Altersfeststellung durch ärztliche Untersuchungen heftig umstritten ist. Namhafte Fachärzte für Kinder- und Jugendheilkunde betonen mit sehr überzeugenden Argumenten, dass die genaue Feststellung des Lebensalters eines Minderjährigen mit ärztlichen Untersuchungen nicht möglich sei und weisen darauf hin, dass bei derartigen Untersuchungen lediglich grobe Schätzungen erfolgen.

Besonders die radiologischen Untersuchungen, die nach Auffassung der beauftragten Gerichtsmediziner unverzichtbar sind, bringen erhebliche gesundheitliche Gefahren mit sich. Die Fachärzte weisen darauf hin, dass gerade bei Minderjährigen das Krebsrisiko erheblich höher ist als bei erwachsenen Menschen, vgl. hierzu den sehr lesenswerten Artikel im Deutschen Ärzteblatt vom 02. Mai 2014, Heft 18, Seite 786.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die Berliner Erklärung mit dem Titel „Grundrechte und Hilfebedarf minderjähriger Flüchtlinge in den Mittelpunkt stellen“, formuliert von Teilnehmern der internationalen Fachkonferenz „Best Practice for Young Refugees“ vom 6. und 7. Juni 2015, veranstaltet von IPPNW. In dieser Berliner Erklärung heißt es zutreffend:

„Durch diese medizinischen Untersuchungen kann lediglich die biologische Reife (Pubertätsstadien, Knochen- und Zahnalter) eingeschätzt werden, nicht jedoch das chronologische Alter. Dieses wird im Gutachten angegeben als wahrscheinliches Alter (teilweise mit Konfidenzintervall), als Mindestalter oder als Wahrscheinlichkeit, minderjährig zu sein. All diese Angaben sind jedoch mit einer hohen Ungenauigkeit behaftet, die selten offen gelegt wird. Darüber hinaus ist es ethisch sehr problematisch, dass junge Flüchtlinge ohne medizinische Indikation Röntgenstrahlen oder einer Untersuchung intimer Körperteile ausgesetzt werden, selbst wenn sie dem formal zugestimmt haben. Oft unterschreiben die Betroffenen unter Druck und in Unkenntnis der Tragweite und Bedeutung der Untersuchungen. Dies ist keine wirksame Einwilligung.“

Ich meine, dass gerade angesichts der Erfahrungen mit derartigen ärztlichen Untersuchungen bei schutzsuchenden Minderjährigen in den letzten Jahren alles unternommen werden muss, um die betroffenen Kinder und Jugendlichen von derartigen retraumatisierenden und überdies nutzlosen ärztlichen Untersuchungen fernzuhalten. Die Gefahr, schutzsuchenden Minderjährigen erhebliches Leid zuzufügen und Unrecht zu tun, ist so groß, dass auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Grundgesetzes ärztliche Untersuchungen zur Altersfeststellung der Kinder verbietet. Der möglicherweise für die öffentliche Hand im Falle einer sich später als unbegründet herausstellenden Inobhutnahme entstehende Schaden steht in keinem Verhältnis zu dem Schaden für das körperliche und seelische Wohl betroffener schutzsuchender erwachsen fingierter, aber tatsächlich minderjähriger Flüchtlinge im Falle einer ärztlichen Altersfestsetzungsuntersuchung, die sich im Nachhinein als Unrecht erweist.

Gemäß § 42 f Abs. 3 haben auch Widerspruch und Klage gegen die Ablehnung der vorläufigen Inobhutnahme aufgrund einer behördlichen Altersfeststellung, die von den Angaben der Betroffenen abweicht, keine aufschiebende Wirkung. Hier gilt m.E. dasselbe wie in Konfliktfällen zum Verteilungsverfahren gemäß § 42 b Abs. 7 SGB VIII, vgl. oben.

- e) § 88 a SGB VIII – Örtliche Zuständigkeit für vorläufige Maßnahmen, Leistungen und die Amtsvormundschaft für unbegleitete ausländische Kinder und Jugendliche

Diese Vorschrift enthält präzise Vorgaben zur örtlichen Zuständigkeit für die Inobhutnahme und hinsichtlich der zu gewährenden Leistungen. In Absatz 4 ist daneben im Einzelnen geregelt, wie die örtlichen Zuständigkeiten in den einzelnen Verfahrensabschnitten für die Vormundschaft oder Pflegschaft aussehen, die für die minderjährigen Flüchtlinge durch die Bestellung des Familiengerichts eintritt.

- f) Änderungen des Aufenthaltsgesetzes, des Asylgesetzes und des Staatsangehörigkeitsgesetzes

Sowohl § 80 AufenthG a.F. als auch § 12 des alten AsylVfG gelten nicht mehr, wonach minderjährige Schutzsuchende im Alter von 16 und 17 Jahren verfahrensfähig waren. Die Verfahrensfähigkeit tritt nach der gesetzlichen Änderung dieser Vorschriften nun erst mit der Volljährigkeit, d.h. mit Vollendung des 18. Lebensjahrs ein.

Anders bleibt es aber hinsichtlich der Möglichkeit, einen Einbürgerungsantrag zu stellen. Hier läuft die entsprechende Änderung des § 37 des StAG darauf hinaus, dass Anträge nach dem StAG auch weiter von jungen Menschen ab Vollendung des 16. Lebensjahrs gestellt werden können.

## **II. Vormundschaft und Pflegschaft gemäß §§ 1773 – 1895 (Vormundschaft), 1909 – 1921 BGB (Pflegschaft)**

Gemäß § 1773 erhält ein Minderjähriger einen Vormund, wenn er nicht unter elterlicher Sorge steht oder wenn die Eltern nicht zu seiner Vertretung berechtigt sind (§ 1773 Abs. 1 BGB).

Gemäß § 1774 BGB ist das Familiengericht von Amts wegen gehalten, in diesen Fällen Vormundschaft anzuordnen.

Dies bedeutet, dass sowohl die betroffenen Minderjährigen selbst als auch Begleitpersonen mit ihnen zusammen beim Familiengericht vorstellig werden können, um ein solches von Amts wegen durchzuführendes gerichtliches Verfahren zu beantragen.



Ratsam ist es dabei im Interesse des Kindeswohles ggf., bei der Beantragung des familiengerichtlichen Verfahrens zur Einleitung der Vormundschaft einen geeigneten Privatvormund, der sich besonders für den betroffenen minderjährigen Flüchtling einsetzen möchte, vorzuschlagen. Nach dem Gesetz ist die Einzelvormundschaft die für das Kindwohl beste Form der Vormundschaft und genießt Vorrang. Subsidiär sind im Gesetz die Vereinsvormundschaft und die Amtsvormundschaft genannt, die nur dann zulässig sind, wenn ein geeigneter Einzelvormund nicht zur Verfügung steht, vgl. §§ 1791 a Abs. 1 Satz 2, § 1791 b Abs. 1 Satz 1 BGB.

Gemäß § 1909 BGB besteht die Möglichkeit, die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft bei dem Familiengericht zu beantragen. Diese ist nach dem Gesetz für Angelegenheiten vorgesehen, „an deren Besorgung die Eltern oder der Vormund verhindert sind“. Der Gesetzgeber hat hier insbesondere an diejenigen Angelegenheiten gedacht, in denen zum Nachteil des Kindes Interessenskollisionen entstehen können. Gemäß § 1909 Abs. 3 BGB ist eine Pflegschaft auch dann anzuordnen, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung einer Vormundschaft vorliegen, ein Vormund aber noch nicht bestellt ist.

Die Vorschrift hat Bedeutung für die Vertretung minderjähriger Flüchtlinge in ihren aufenthalts- und asylrechtlichen Verfahren. Hier empfiehlt es sich, frühzeitig zum Zwecke der Prüfung der Frage, welche Anträge zur Legalisierung des Aufenthalts im Interesse des Kindeswohles zu stellen sind, die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft in Form fachkundiger anwaltlicher Hilfe zu beantragen.

### **III. Legalisierung des Aufenthalts nach dem AufenthG**

#### **1) § 60 a AufenthG – Vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (Duldung)**

Gemäß § 60 a Abs. 2 AufenthG ist die Abschiebung eines Ausländers auszusetzen und eine Duldung zu erteilen, „so lange die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird“. Dieser Tatbestand ist in Fällen von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen in aller Regel gegeben, da der Schutz des Kindeswohles eine rechtliche Unmöglichkeit der Abschiebung begründet, es sein denn, es läge der sehr seltene Fall vor, dass kurzfristig Eltern gefunden werden, in deren Obhut zum Wohle des Kindes eine Rückführung erfolgen soll. In aller Regel liegen auch tatsächliche Gründe für die Aussetzung der Abschiebung vor, da die minderjährigen Flüchtlinge nur in den seltensten Fällen über die für eine Abschiebung erforderlichen Identitätsdokumente verfügen.

Es ist daher ratsam, unabhängig von der Frage, welcher Antrag zur langfristigen Legalisierung des Aufenthalts später gestellt werden soll, einstweilen die Duldung gemäß § 60 a Abs. 2 AufenthG zu beantragen, die von der Ausländerbehörde zwingend erteilt werden muss.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die jüngste Änderung des Aufenthaltsgesetzes zu § 60 a Abs. 2 AufenthG. Zur Präzisierung des § 60 a Abs. 2 Satz 3, wonach eine Duldung nach dieser Vorschrift erteilt werden kann, „wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen“ die vorübergehende weitere Anwesenheit erfordern, heißt es in Satz 4 bis 6:

„Dringende persönliche Gründe im Sinne von Satz 3 können insbesondere vorliegen, wenn der Ausländer eine qualifizierte Berufsausbildung in Deutschland vor Vollendung des 21. Lebensjahres aufnimmt oder aufgenommen hat und nicht aus einem sicheren Herkunftsstaat nach § 29 a des AsylG stammt. In den Fällen nach Satz 4 kann die Duldung für die Aufnahme einer Berufsausbildung für ein Jahr erteilt werden. Eine nach Satz 4 erteilte Duldung soll unabhängig vom Alter für jeweils ein Jahr verlängert werden, wenn die Berufsausbildung noch fort dauert und in einem angemessenen Zeitraum mit ihrem Abschluss zu rechnen ist.“

Es ist gut vorstellbar, dass bei entsprechender Förderung etliche minderjährige Flüchtlinge von dieser Vorschrift profitieren können.

## **2) Antrag gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG, bzw. § 25 Abs. 5 AufenthG**

In denjenigen Fällen, in denen nach der gebotenen sorgfältigen Prüfung keinerlei Asylgründe festzustellen sind, empfiehlt es sich, das humanitäre Aufenthaltsrecht im Sinne des § 25 Abs. 3 AufenthG, hilfsweise § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG zu beantragen. Soweit hierbei auch so genannte zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote geltend gemacht werden, muss die entscheidende Ausländerbehörde gemäß § 72 Abs. 2 AufenthG das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge wegen der dort vermuteten besonderen Sachkunde beteiligen. Diese Verfahren gestalten sich so, dass die Ausländerbehörde eine entsprechende Stellungnahme bei dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge einholt und anschließend ihre Entscheidung trifft.

Der Verzicht auf den „Umweg“ über das BAMF ist in diesen Fällen umso ratsamer, als der seit August 2015 geltende § 25 a AufenthG eine beschleunigte Aufenthaltsverfestigung bei gut integrierten Jugendlichen und Heranwachsenden in den dort genannten Fällen schon nach vier Jahren des erlaubten oder geduldeten Aufenthalts im Bundesgebiet vorsieht.

Im Hinblick auf diese Vorschrift ist es wichtig, die Jugendlichen so intensiv wie möglich dabei zu unterstützen, die schulischen oder beruflichen Voraussetzungen nach § 25 a Abs. 1 AufenthG erfüllen zu können.

#### **IV. Verfahren gemäß der Dublin III-Verordnung**

Der Verzicht auf die Durchführung eines Asylverfahrens in Deutschland ist dann rechtlich nicht zulässig, wenn die Weiterflucht nach Deutschland erfolgte, nachdem in einem anderen europäischen Staat bereits ein Asylverfahren – möglicherweise erfolglos – durchgeführt wurde und die Abschiebung in diesen Staat droht. Der Antrag auf internationalen Schutz, den die Dublin III-Verordnung meint, ist in Deutschland der Asylantrag. Im Falle der Einleitung des Asylverfahrens kommt es daher zur Anwendung des Artikel 8 Abs. 4 der Dublin III-Verordnung, wonach bei Abwesenheit von Familienangehörigen derjenige Mitgliedstaat der zuständige Mitgliedstaat ist, „in dem der unbegleitete Minderjährige seinen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, sofern es dem Wohl des Minderjährigen dient“.

Dies bedeutet konkret, dass das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge im Falle der Minderjährigkeit keine Entscheidung treffen darf, wonach der Asylantrag unzulässig ist und die Abschiebung in den Drittstaat angeordnet wird. Das Asylverfahren muss bei unbegleiteten Minderjährigen auch dann, wenn sie zuvor schon in einem europäischen Drittland Asyl begehrt haben, in Deutschland durchgeführt werden. Es empfiehlt sich, in denjenigen Fällen, in denen eine Anerkennung als Asylberechtigter oder als Flüchtling nicht in Betracht kommt, eine entsprechende Beschränkung auf die Gewährung subsidiären Schutzes im Sinne des § 4 AsylG i.V. mit den europarechtlichen Vorschriften der Asylverfahrensrichtlinie zu stellen, bzw. hilfsweise den Antrag auf Feststellung von Abschiebungsverboten im Sinne des § 60 Abs. 5 und Abs. 7 Satz 1 AufenthG.

#### **V. Asylverfahren**

Die möglichst unverzügliche Einleitung eines Asylverfahrens ist in denjenigen Fällen geboten, in denen gute Erfolgsaussichten hinsichtlich der Anerkennung als asylberechtigter, bzw. als Flüchtling bestehen. Gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 AsylG kann der Antrag schriftlich bei der Ausländerbehörde gestellt werden, die ihn dem Bundesamt zuleitet. Bei dem BAMF wird dann die zuständige Außenstelle bestimmt.

Gemäß § 63 a des neuen AsylG wird vor der eigentlichen Asylantragsstellung eine Bescheinigung über die Meldung als Asylsuchende(r) ausgestellt. Diese Bescheinigung soll auf längstens einen Monat befristet werden, § 63 a Abs. 2 Satz 1.

Sie kann allerdings ausnahmsweise um jeweils einen weiteren Monat verlängert werden, wenn noch kein Termin bei der zuständigen Außenstelle des Bundesamts zur Stellung des Asylantrags genannt wurde, wenn der Fristablauf vor dem mitgeteilten Termin bei der Außenstelle des Bundesamts liegt oder wenn der Flüchtling den Termin aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, nicht wahrnehmen kann.

Fraglich ist, ob solche Bescheinigungen, die nach den Erfahrungen der letzten Monate bei vielen Flüchtlingen wegen der Kapazitätsengpässe bei dem BAMF für lange Zeit verlängert werden, tatsächlich eine Legalisierung des Aufenthalts vermitteln, d.h. einer Duldung gleichzusetzen sind.

Daher ist es ratsam, in den Asylverfahren stets darauf zu drängen, dass eine rasche Registrierung bei der zuständigen Außenstelle des Bundesamts erfolgt oder einstweilen, solange dies nicht der Fall ist, bei der Ausländerbehörde die Duldung gemäß § 60 a Abs. 2 AufenthG zu beantragen.

## **VI. Schlussbemerkung**

Die Umsetzung der Menschenrechte für Kinder und Jugendliche gemäß der UN-Kinderrechtskonvention vom 20.11.1989, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft seit dem 05.04.1992, verlief und verläuft bis heute außerordentlich schleppend. Gegenüber nichtdeutschen Kindern und Jugendlichen ohne gesicherten Aufenthaltsstatus gilt sie erst seit dem 03.05.2010 ohne Einschränkung, d.h. seit die Bundesregierung zu diesem Zeitpunkt die bei der Ratifizierung niedergelegte Vorbehaltserklärung zum Nachteil dieses Personenkreises zurückgenommen hat.

In einem bemerkenswerten Beitrag mit dem Titel „Kindeswohlvorrang ins Grundgesetz“, veröffentlicht in dem Informationsbrief Ausländerrecht 11/12 aus dem Jahr 2011, sprach der ehemalige Richter am Oberverwaltungsgericht des Landes Nordrhein-Westfalen, Herr Günter Benassi, sich unter Hinweis auf die zentrale Bedeutung der Grundrechte als richtungsweisende Wertentscheidungen dafür aus, dass der Kindeswohlvorrang im Sinne des Artikel 3 Abs. 1 der UN-KRK auch in das Grundgesetz aufgenommen werde. Hierzu erklärte er u.a.: „Ungeachtet der Stellung des Kindeswohlvorrangs innerhalb des Völkerrechts hat jener darüber hinausgehend eine überaus hohe Aussagekraft über das Werteverständnis einer Gesellschaft. Denn Kinder gehören zweifellos nicht nur zu ihren schwächsten Gliedern und sind schon deshalb in besonderer Weise schutzwürdig, was anerkanntermaßen schon bisher dazu verpflichtete, ihnen Fürsorge und Unterstützung zukommen zu lassen. Darüber hinausgehend muss heute vor dem Hintergrund weltweiter Probleme – Klimawandel, Wirtschafts- und Finanzkrise, Armut, Nord-Süd-Probleme, Gefährdung der Menschenrechte – in einer verantwortungsbewussten Gesellschaft hinzukommen, den Kindern die Lebensgrundlage zu erhalten...“

Dem ist nichts hinzuzufügen. Zu wünschen ist, dass die Verantwortlichen in den Jugendämtern bei ihrem Umgang mit den unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen die wichtigen Menschenrechte für Kinder gemäß der UN-KRK stets im Auge behalten.

Remscheid, den 12.01.2016

Florentine Heiber

Anhang: UN-KRK, entnommen aus FamRZ 1992, Seiten 253 bis 266