

Tillmann Löhr*

Kinderrechtskonvention: Aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung

1 Einleitung

Am 13. Juli 2010 hat die Bundesregierung die Vorbehaltserklärung zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (Kinderrechtskonvention, KRK)¹ zurückgenommen.² Seitdem stellt sich die Frage, welche Konsequenzen sich hieraus für das deutsche Aufenthalts- und Asylrecht ergeben.

Im Folgenden wird einleitend ein Überblick gegeben, inwiefern gesetzlicher Änderungsbedarf geltend gemacht wird (2.). Darauf aufbauend wird gefragt: Was hat sich seit Juli 2010 getan? Dabei werden drei Aspekte aufgegriffen: Erstens wurde 2011 die Abschiebungshaft mit Auswirkungen für Minderjährige reformiert (3.). Zweitens erfolgt eine erste Auswertung, inwiefern die migrationsrechtliche Rechtsprechung die nun vorbehaltlos geltende KRK in den letzten anderthalb Jahren aufgegriffen hat (4.). Zuletzt folgt ein Hinweis, welche Bedeutung das 2011 beschlossene Individualbeschwerdeverfahren zur KRK für die deutsche Praxis haben kann (hierzu 5.).

2 Gesetzlicher Änderungsbedarf

Die Bundesregierung sieht keinen Bedarf, das deutsche Aufenthalts- und Asylrecht an die KRK anzupassen.³ Das wird in der Literatur anders beurteilt. Für eine ausführliche Darstellung sei auf einen Beitrag in der *ZAR* verwiesen,⁴ dessen Kernaussagen lauten:

- Die aufenthalts- und asylrechtliche Verfahrensfähigkeit Sechzehn- und Siebzehnjähriger muss aufgehoben werden.
- Es muss ausgeschlossen werden, dass Minderjährige in Aufnahmeeinrichtungen oder Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden. Die ausnahmslose Inobhutnahme durch das Jugendamt muss auch bei Sechzehn- und Siebzehnjährigen sichergestellt werden.
- Minderjährige müssen vom Flughafenasylverfahren ausgenommen werden.
- Minderjährige müssen von der Zurückweisung an der Grenze ausgenommen werden.

* Dr. Tillmann Löhr ist innenpolitischer Referent bei der SPD-Bundestagsfraktion, Berlin. Er äußert im Artikel seine persönliche Auffassung. Besonderer Dank für konstruktive Anregungen gilt RA Dominik Bender.

1 BGBl 1992 II, S. 121.

2 Vgl. dazu in diesem Heft 2/2011.

3 Ausf. hierzu Löhr, T., Gesetzliche Konsequenzen aus der Rücknahme des Vorbehalts zur Kinderrechtskonvention, *ZAR* 2010, S. 378 (379).

4 Löhr (Anm. 3), S. 378 (passim).

- Die bisherige Praxis der Altersfestsetzung ist zu ändern und muss auch im Rahmen des Dublin II-Verfahrens durch eigenständige Prüfung durch deutsche Behörden umgesetzt werden.
- Bislang in den Leistungsbereich des AsylbLG fallende Minderjährige müssen die gleichen medizinischen Leistungen wie deutsche Minderjährige erhalten.⁵
- Sachgerecht, wenngleich nicht völkerrechtlich zwingend, wäre die regelmäßige Bestellung eines Ergänzungspflegers für aufenthalts- und asylrechtliche Angelegenheiten.

3 Aktuelle Entwicklungen im Abschiebungshaftrecht

3.1 Umsetzung der Rückführungsrichtlinie

Bis 2011 unterschied das AufenthG nicht zwischen der Inhaftierung Erwachsener und der Minderjähriger. Letztere wurde allein durch die Rechtsprechung begrenzt: Haft gilt nur als verhältnismäßig, wenn mildere Mittel wie die Unterbringung in einer Jugendhilfeeinrichtung, Meldeauflagen oder die räumliche Beschränkung des Aufenthaltsortes nicht möglich sind.⁶ Daneben leitet die Rechtsprechung altersunabhängig aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz das Beschleunigungsgebot ab. Die Haft darf nur die kürzestmögliche Dauer wahren.⁷

Nun wurde im Sommer 2011 die EU-Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115/EG)⁸ umgesetzt.⁹ Deren Art. 17 schränkt die Inhaftierung Minderjähriger ein: Neben die in der KRK enthaltenen Beschränkungen und die Betonung des Kindeswohls treten die Verpflichtung zu gesonderter, die Privatsphäre sichernde Unterbringung von Familien mit Minderjährigen, zu Gelegenheit zu Freizeitbeschäftigungen, zu altersgerechten Spiel- und Erholungsmöglichkeiten und zu Zugang zu Bildung sowie zur Unterbringung unter personell und materiell altersgemäßen Bedingungen.

Die Bundesregierung hat die Vorgaben der RL in zweierlei Weise umgesetzt. Zum einen betont § 62 Abs. 1 S. 2 AufenthG nunmehr hohe Voraussetzungen: „Minderjährige und Familien mit Minderjährigen dürfen nur in besonderen Ausnahmefällen und nur so lange in Abschiebungshaft genommen werden, wie es unter Berücksichtigung des Kindeswohles angemessen ist.“ Zum anderen ordnet § 62a Abs. 3 AufenthG für den Vollzug an: „Bei minderjährigen Abschiebungseingefangenen sind unter Beachtung der Maßgaben in Artikel 17 der Richtlinie 2008/115/EG (...) alterstypische Belange zu berücksichtigen.“

⁵ Zum AsylbLG vgl. auch in diesem Heft *Wapler, F.*, S. 219 ff.

⁶ OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.8.2004, Az. 20 W 245/04, § 3; OLG Köln, Beschl. v. 11.9.2002, Az. 16 Wx 164/02, § 7; OLG Köln, Beschl. v. 05.02.2003, Az. 16 Wx 247/02, § 3; OLG Braunschweig, Beschl. v. 18.09.2003, Az. 6 W 26/03, § 2. Alle Urteile, sofern nicht anders gekennzeichnet, zitiert nach juris.

⁷ Vgl. hierzu *Beichel-Benedetti, S.*, in: *Huber, B.*, AufenthG, München 2010, § 62, Rn. 21; *Keßler, S.*, in: *Hofmann, R. / Hoffmann, H.*, Ausländerrecht Handkommentar, Baden-Baden 2008, § 62, Rn. 39; jew. m.w.N. aus der Rspr.

⁸ 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. EU L 349/98 vom 24.12.2008.

⁹ Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex (BT-Drs. 17/6053), in Kraft getreten im November 2011, BGBl. I S. 2258.

3.2 Unionsrechtskonformität der Umsetzung

Art. 17 RL 2008/115/EG war im Referentenentwurf zunächst mangelhaft umgesetzt worden.¹⁰ Bis zur Kabinettsfassung wurde die Kritik durch Verweis auf Art. 17 der RL aufgegriffen. Kritikwürdig bleibt, dass in § 62a Abs. 3 AufenthG statt einer eigenständigen Umsetzung im deutschen Gesetzestext die Verweisteknik gewählt wurde.¹¹ Das mag den unionsrechtlichen Mindestanforderungen an Richtlinienumsetzung entsprechen, nicht aber der Idee transparenter Gesetzgebung.¹² An der Verbindlichkeit der dergestalt umgesetzten Vorgaben ändert dies jedoch nichts.

3.3 Völkerrechtskonformität der Richtlinie und ihrer Umsetzung

Strittig ist, ob mit der Richtlinie und ihrer Umsetzung ein völkerrechtskonformer Zustand geschaffen wurde. Von Teilen der Literatur¹³ und Pro Asyl¹⁴ wird vertreten, die KRK verbiete Abschiebungshaft für Minderjährige generell. In Übereinstimmung damit forderten Bündnis 90/Die Grünen¹⁵ sowie einzelne Sachverständige¹⁶ in der öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf, sie für diese Gruppe ausnahmslos zu verbieten.

Das Committee on the Rights of the Child (CRC) als zuständiger Überwachungsausschuss hingegen lässt die Inhaftierung als Regel-Ausnahme-Verhältnis zu.¹⁷ Dies wurde in erwähnter Anhörung ebenfalls vertreten.¹⁸ Haft dürfe niemals wegen der Unbegleitetheit oder des aufent-

10 Vgl. zur zunächst lückenhaften Umsetzung, jeweils bezogen auf den Referentenentwurf, *Jesuiten-Flüchtlingsdienst*, Stellungnahme des Jesuiten-Flüchtlingsdienstes Deutschland zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex vom 15.9.2010, Berlin, 13.10.2010, S. 17 f; *Pro Asyl*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex, Frankfurt a. M., 15. September 2010, S. 11.

11 *Habbe, H.*, Bundesrepublik verfehlt europäische Vorgaben zur Abschiebungshaft, ZAR 2011, 286 (290).

12 So die zutreffende Kritik von *Kluth, W.*, Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex (BT-Drucksache 17/5470) 17(4)282 A, Innenausschuss-Drucksache am 27.06.2011, S. 5.

13 *Habbe* (Anm. 11); *Cremer, H.*, Abschiebungshaft und Menschenrechte. Zur Dauer der Haft und zur Inhaftierung von unbegleiteten Minderjährigen in Deutschland, Hrsg. *Deutsches Institut für Menschenrechte*, Berlin 2011, S. 8 ff unter Berufung auf *Parliamentary Assembly*, Res. Nor. 1707 (2010), § 9.1.9: „should never be detained“ (das „as a rule“, welches a.a.O. auf ein Regel-Ausnahmeverhältnis hindeutet, scheint sich der Formulierung nach nur auf die zuvor genannten Gruppen zu beziehen) und *Hammarberg, T.*, Migrant Children should not be detained, Press Release of 8 February 2011.

14 *Pro Asyl*, Kinderrechte für Flüchtlingskinder ernst nehmen!, Gesetzlicher Änderungsbedarf aufgrund der Rücknahme der Vorbehalte zur UN-Kinderrechtskonvention, Frankfurt a. M., November 2011, S. 38.

15 Änderungsantrag der Fraktion *Bündnis 90/Die Grünen* im Vierten Ausschuss (Innenausschuss) des Bundestages zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex, BT-Drs. 17/6053, Deutscher Bundestag, Innenausschuss, Ausschussdrucksache 17(4)292 F.

16 *Jesuiten-Flüchtlingsdienst*, Stellungnahme anlässlich der öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex (BT-Drucksache 17/5470) am 27.06.2011, S. 5; *Deutsches Institut für Menschenrechte – Follmar-Otto, P.*, Schriftliche Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte zur öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex (BT-Drucksache 17/5470) am 27.06.2011, S. 22.

17 CRC, General Comment No. 6, UN Doc. CRC/GC/2005/6 (1 September 2005), §§ 61 und 62.

18 *Thym, D.*, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an

haltsrechtlichen Status, insbesondere wegen illegaler Einreise oder illegalen Aufenthaltes, angeordnet werden.¹⁹ Sie könne aber ausnahmsweise anderweitig gerechtfertigt sein. Dabei dürfe sie gem. Art. 37 b) KRK nur letztes Mittel sein und für die kürzestmögliche Zeit währen.²⁰ Auch der EGMR wendet sich nicht generell gegen die Inhaftierung Minderjähriger. Er stellt aber hohe Anforderungen. Insbesondere seien Alternativen zur Haft zu prüfen und auf kindergerechte Unterbringungsmöglichkeiten zu achten.²¹

Ein generelles Verbot der Inhaftierung Minderjähriger ist rechtspolitisch wünschenswert. Es kann und sollte entsprechend geregelt werden.²² Völkerrechtlich zwingend ist es aber nicht.

Zur Begründung des absoluten Verbots wird vorgetragen, die zwangsweise Durchsetzung der Ausreise durch Haft sei unvereinbar mit dem Kindeswohl. Bei dessen Berücksichtigung sei die Schutzpflicht aus Art. 20 Abs. 1 KRK zu beachten, wonach Kinder in geeigneten Einrichtungen untergebracht werden müssen, also solchen der Kinder- und Jugendhilfe gem. SGB VIII. Ordne man Abschiebungshaft an, setze man allein das Interesse des Staates durch. Der Vorrang des Kindeswohls trete dann völlig zurück.²³

Daran ist richtig, dass Art. 20 Abs. 1 KRK bei der Berücksichtigung des Kindeswohls einbezogen werden muss. Ebenso richtig ist, dass dies meist zur Unverhältnismäßigkeit der Abschiebungshaft führen wird, wenn die Unterbringung nach SGB VIII möglich ist. Insofern sind die genannten Argumente als solche aufzugreifen, dogmatisch aber im Sinne eines besonders strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstabes umzusetzen. Bei konsequenter Umsetzung dürfte dies meist zum gleichen Ergebnis wie ein generelles Verbot führen. Ein solches kann aber nicht ohne Ansehung des Einzelfalls zu einer absolut geltenden Regel erhoben werden. Andernfalls würde verkannt, dass Art. 3 Abs. 1 KRK keinen stets geltenden Vorrang gegenüber anderen Interessen begründet. Vielmehr beinhaltet er eine Berücksichtigungs- und Begründungspflicht, deren Ergebnis je nach Einzelfall anders ausfallen kann.²⁴ Auch ergäbe Art. 37 b) KRK sonst keinen Sinn: Er ermöglicht Freiheitsentziehung bei einem Kind als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit.

Folglich ist der Auffassung des CRC zu folgen. Völkerrechtlich ist von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis auszugehen, wobei die Ausnahme eng auszulegen ist. Das ist in § 62 Abs. 1 S. 2 AufenthG angemessen umgesetzt. Dessen enge Auslegung setzt für eine kinderrechtskonforme

den EU-Visakodex (BT-Drucksache 17/5470) am 27.06.2011, S. 4.

19 CRC (Anm. 17), §§ 61 und 62; übertragen auf die deutsche Rechtslage bedeutet dies, dass zumindest § 62 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG bei Kindern, Inhaftierung wegen illegaler Einreise, vor dem Hintergrund des Gesagten stets unanwendbar ist.

20 CRC (Anm. 17), § 61.

21 EGMR, Judgment of 1 January 2012, Popov v. France, Appl. No. 39472/07 ; 39474/07, insbes. §§ 64 ff; zur Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 1 KRK durch den Gerichtshof siehe a.a.O. § 141. Siehe hierzu auch *Jesuiten Flüchtlingsdienst*, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte: Abschiebungshaft für Kinder in Gemeinschaft mit ihren Eltern verletzt die Europäische Menschenrechtskonvention, wenn die Hafteinrichtung für Kinder ungeeignet ist und keine Alternativen zur Inhaftierung geprüft worden sind, Pressemitteilung vom 25.1.2012.

22 In diesem Sinne auch EKD, Schriftliche Stellungnahme des Bevollmächtigten des Rates der EKD zur öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex (BT-Drucksache 17/5470) am 27.06.2011, Innenausschuss-Drucksache 17(4)282 G, S.1.

23 Cremer (Anm. 13), S. 8 ff.

24 S. unten, Abschn. 4.2.1. mit Verweis auf die die ausf. Diskussion bei Löhrr, T., Die kinderspezifische Auslegung des völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriffs, Baden-Baden 2010, S. 68–71.

Praxis allerdings voraus, dass sich die Rechtsprechung einer Einbeziehung von Art. 3 KRK künftig stärker öffnet als sie es bisher tut.²⁵

4 Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung

Vor Juli 2010 hat die Rechtsprechung eine Bezugnahme auf Art. 3 KRK stets unter Verweis auf den Vorbehalt abgelehnt.²⁶ Nach dessen Rücknahme hat sie die ausdrückliche Ablehnung aufgegeben. Eine klare Systematik ist bislang aber ebenso wenig zu erkennen wie eine breite Bereitschaft, sich näher mit der Konvention zu befassen.

Bislang finden sich – neben einer Ablehnung jeglicher Relevanz (4.1.) – nur Auseinandersetzungen mit dem Kindeswohl (4.2.) und der Verfahrensfähigkeit Sechzehn- und Siebzehnjähriger (4.3.). Nachfolgend werden die diesbezüglichen Aussagen zur unmittelbaren Anwendbarkeit ebenso wie zur Auslegung der relevanten Artikel untersucht.

4.1 Ablehnung jeder Relevanz

Das VG Gelsenkirchen verneint jede Relevanz der Rücknahme: „Auf das materielle Flüchtlingsrecht wirkte sich die Vorbehaltserklärung zu keiner Zeit aus, so dass insoweit auch deren Rücknahme zu keiner Änderung führt.“²⁷ Die KRK solle Überleben, Entwicklung und allgemeine Sozialstandards sichern. Ansprüche auf eine bestimmte Ausgestaltung des ausländer- oder asylrechtlichen Verfahrens enthalte sie nicht.²⁸

Das stimmt mit der Auffassung des Bundesministeriums des Innern, wie es sie im Mai²⁹ und Juli 2010³⁰ geäußert hat, überein. Angesichts der umfassenden Kritik³¹ ist es aber methodisch kritikwürdig, dass das Gericht diese Auffassung ohne Auseinandersetzung mit Gegenargumenten vertritt.

25 Vgl. hierzu unten Abschn. 4.

26 VG München, Urt. v. 2.4.2007, Az. M 8 K 06.51185, § 20; VG München, Urt. v. 04.11.2004, Az. M 9 K 04.51676, § 26; VG Ansbach, Urt. v. 31.03.2004, Az. AN 15 K 02.32519, § 13; Hamburgisches OVG, Beschl. v. 12.04.1996, Az. Bs V 36/96, § 5; Hamburgisches OVG, Beschl. v. 18.12.1995, Az. Bs V 189/95, § 5; VG Hamburg, Beschl. v. 16.06.1995, Az. 17 VG A 11645/94, § 33; OVG für das Land Schleswig-Holstein, Urt. v. 23.02.1999, Az. 4 L 195/98, § 22; VG München, Urt. v. 21.02.2006, Az. M 21 K 03.50460, § 32, allerdings unter ausdrücklicher Kritik an der Bundesregierung und der bislang versäumten Rücknahme.

27 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 2.2.2011, Az. 14a L 1430/10.A, § 9.

28 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 2. 2. 2011, Az. 14a L 1430/10.A, § 9; allerdings gesteht das Gericht a.a.O. zumindest ein Diskriminierungsverbot zu.

29 Antwort des Parl. Staatssekretärs Dr. Ole Schröder auf die Frage des Abgeordneten Josef Philip Winkler (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN), BT-Drs. 17/1812, 20.

30 Antwort des Parl. Staatssekretärs Dr. Ole Schröder auf die Frage der Abgeordneten Daniela Kolbe (Leipzig) (SPD) (BT-Drs. 17/2285, Frage 43), Anlage 30, Plenarprotokoll 17/51, Deutscher Bundestag, 1.7.2010, Anlage 30, 5427.

31 Ausf. wiedergegeben bei Löhr (Anm. 3), S. 378 (passim).

4.2 Berücksichtigung des Kindeswohls

4.2.1 Bejahung der unmittelbaren Anwendbarkeit und Inhalt von Art. 3 KRK

Verschiedene Literaturstimmen werten Art. 3 KRK als unmittelbar anwendbare völkerrechtliche Norm.³² Hier ist zunächst zu klären, was darunter verstanden wird. Wenn eine völkerrechtliche Norm unmittelbar anwendbar ist, gilt sie wie jede andere nationale Norm: Sie bindet Behörden und Gerichte unmittelbar, der Einzelne kann sich unmittelbar auf sie berufen und sie bildet die unmittelbare Grundlage der behördlichen und gerichtlichen Entscheidung. Hierin unterscheidet sich die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen von der völkerrechtskonformen Auslegung. Bei Letzterer bildet eine innerstaatliche Norm die Entscheidungsgrundlage, und die völkerrechtliche Norm wird nur zu deren völkerrechtskonformer Auslegung herangezogen.³³

Der eingangs zitierten Bewertung von Art. 3 KRK als unmittelbar anwendbarer völkerrechtlicher Norm ist zuzustimmen. Es sind die allgemeinen Maßstäbe anzuwenden: Unmittelbare Anwendbarkeit ist nach überwiegender³⁴ Auffassung³⁵ objektiv zu ermitteln. Die Vorschrift muss „nach Wortlaut, Zweck und Inhalt wie eine innerstaatliche Gesetzesvorschrift rechtliche Wirkungen auszulösen geeignet“ sein.³⁶ Art. 3 Abs.1 KRK wendet sich dem Wortlaut nach nicht nur an Gesetzgebungsorgane, sondern auch an Gerichte und Behörden. Diesen erlegt er mit der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls bei allen Entscheidungen eine konkret benannte Handlungspflicht auf. Auch der Zweck der Norm ist klar: Sie verdeutlicht, dass das Kindeswohl bei jedwedem staatlichen Handeln Berücksichtigung finden muss.

Folglich ist der genaue Inhalt von Art. 3 Abs. 1 KRK zu klären. Dieser ist an anderer Stelle ausführlich diskutiert worden und wird nach hier vertretener Auffassung wie folgt zusammengefasst:³⁷ Die Berücksichtigung des Kindeswohls fordert, dass staatliche Stellen bei Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidungen alle für die Entscheidung relevanten kinderspezifischen Tatsachen und Rechte, die ihrerseits anhand der Summe der in der KRK enthaltenen Rechte zu ermitteln sind, berücksichtigen und die Art und Weise der Berücksichtigung im Rahmen der Entscheidungsgründe darlegen. Art. 3 Abs. 1 KRK ist also als Berücksichtigungs- und Begründungspflicht zu verstehen.

32 Lorz, R. A., Expertise: „Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung: Was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung des Kindeswohlvorrrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention im deutschen Recht?“, Hrsg. von *National Coalition*, Berlin 2010, S. 4; Cremer, H., Die UN-Kinderrechtskonvention, Hrsg. Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2011, S. 18; Wabnitz, R. J., Der Kindeswohlvorrang der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung, ZKJ 2010, S. 428 (429).

33 Zur Differenzierung siehe statt aller Aichele, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, AnwBl. 2011, 727 (727 f); vgl. aus der jüngsten Debatte zur unmittelbaren Berufung auf das Recht auf inklusive Bildung nach der UN-Behindertenrechtskonvention auch Degener, Die UN-Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, RdJB 2009, 200 (217).

34 A.A., obwohl in Bezug auf Art. 3 KRK zum gleichen Ergebnis kommend, Lorz (Anm. 32), S. 3, der auch subjektive Faktoren zugrunde legt.

35 Cremer, H. (Anm. 32), S. 17, mit zutr. Verweis auf die WVK; Rojahn, J., in: v. Münch, I. / Kunig, P., Grundgesetz, 5. A., München 2001, Art. 59, Rn. 35a m.W.N. und zutreffender Arg. gegen den subj. Ansatz; Schmahl, S., in: Sodan, H., GG, 2. A. München 2011, Art. 59, Rn. 25.

36 BVerfG, Beschl. v. 9.12.1970, Az. 1 BvL 7/66, § 42; inhaltlich weitgehend gleich BVerwG Urt. v. 27.09.1988, Az. 1 C 52/87, § 18; Urt. v. 16.10.1990, Az. 1 C 15/88, § 9; zust. Butzer, H. / Haas, J., in: GG, Schmidt-Bleibtreu, B. / Hofmann, H. / Hopfau, A., 12. A., Köln 2011, Art. 59, Rn. 120; Schmahl (Anm. 35), Rn. 25.

37 Ausf. Begründung m. Diskussion und w. N. Löhr (Anm. 24), S. 68–71.

Zur Klarstellung sei betont, dass Art. 3 Abs. 1 KRK diese Pflicht deutschen Behörden und Gerichten unmittelbar im oben genannten Sinne auferlegt. Deshalb darf der Begriff der Berücksichtigungspflicht nicht dahingehend missverstanden werden, Art. 3 Abs. 1 KRK sei bei der Auslegung anderer, innerstaatlicher Normen lediglich zu deren völkerrechtskonformer Auslegung zu berücksichtigen. Dies würde das oben dargestellte Verständnis von unmittelbarer Anwendbarkeit relativieren.

4.2.2 Offenlassen der unmittelbaren Anwendbarkeit und Gleichsetzung mit GG und EMRK

Im Februar 2011 entscheidet das BVerwG darüber, ob das Instanzgericht das Kindeswohl in einem Ausweisungsfall ausreichend berücksichtigt habe: „In der Rechtsprechung (...) ist geklärt, dass es bei der im Rahmen der Ermessensentscheidung zu prüfenden Verhältnismäßigkeit einer Ausweisung einer einzelfallbezogenen Würdigung und Abwägung der für die Ausweisung sprechenden öffentlichen Belange und der gegenläufigen Interessen des Ausländers unter Beachtung der insbesondere vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK entwickelten Kriterien bedarf (...). An der Notwendigkeit einer jeweils einzelfallbezogenen Abwägung hat sich durch das nunmehr auch in Deutschland unmittelbar geltende Übereinkommen (...) und dessen Art. 3 Abs. 1 nichts Wesentliches geändert, da schon bisher gemäß Art. 8 EMRK bzw. Art. 6 GG das besondere Gewicht der familiären Bindungen und insbesondere das Kindeswohl minderjähriger Kinder zu berücksichtigen waren.“³⁸ Hier ist zweierlei zu beachten.

Erstens: Das Gericht sieht davon ab, die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 3 KRK zu klären.³⁹ Zwar erkennt es unmittelbare Geltung der KRK als Ganzer an.⁴⁰ Nach heute überwiegender⁴¹ Auffassung ist aber zwischen innerstaatlicher Geltung, teilweise auch als unmittelbare Geltung bezeichnet,⁴² und unmittelbarer Anwendbarkeit zu unterscheiden. Innerstaatliche Geltung erreicht ein völkerrechtlicher Vertrag durch den Umsetzungsakt in innerstaatliches Gesetz. Dies wiederum ist Voraussetzung für die gesondert zu prüfende Frage, welche einzelnen Artikel des Vertrages ohne gesetzliche Konkretisierung unmittelbar anwendbar (*self-executing*) sind.⁴³ Das BVerwG bezieht sich begrifflich auf die unstrittige Geltung der KRK, äußert sich jedoch nicht zur Anwendbarkeit.

Zweitens: Das BVerwG setzt sich nicht mit dem Regelungsgehalt von Art. 3 KRK auseinander. Die aus Art. 3 KRK folgende Verpflichtung sei schon durch die Einzelfallberücksichtigung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK und 6 GG abgedeckt. Das vertreten auch der

38 BVerwG, Beschl. v. 10. 2. 2011, Az. 1 B 22/10, § 4.

39 Anders scheint Cremer, Die UN-Kinderrechtskonvention, Hrsg. Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2011, S. 18, Fn. 71, den i.F. diskutierten Beschl. d. BVerwG zu verstehen, indem er ihn als Beleg für die unmittelbare Anwendbarkeit aufführt.

40 BVerwG, Beschl. v. 10. 2. 2011, Az. 1 B 22/10, § 4: „das nunmehr auch in Deutschland unmittelbar geltende Übereinkommen“.

41 Zu entgegenstehenden Auffassungen, die allerdings sämtlich aus den 19760er und -70er Jahren stammen, die innerstaatliche Geltung nur annahmen, wenn auch unmittelbare Anwendbarkeit zu bejahen ist, vgl. die Nachweise bei *Rojahn* (Anm. 35), Rn. 34 und *Butzer / Haas* (Anm. 36), Art. 59, Rn. 119.

42 *Pfeffer, R.*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Tübingen 2009, S. 131, Fn. 771; *Streinz, R.*, in: *Sachs, M.*, Grundgesetz, 6. A., München 2011, Art. 25, Rn. 40.

43 *Streinz* (Anm. 42), Rn. 39 f und 67; *Rojahn* (Anm. 35), Rn. 34; *Jarass, H. D.*, in: *Jarass, H. D. / Pieroth, B.*, Grundgesetz, 11. A. 2011, Art. 25, Rn. 3; *Koenig, C.*, in: *v. Mangoldt, H. / Klein, F. / Starck, C.*, Grundgesetz, 6. A., München 2010, Art. 25, Rn. 45; *Butzer / Haas* (Anm. 36), Rn. 119.

BayVG⁴⁴ und das OVG Lüneburg.⁴⁵ Beide betonen a.a.O., die unmittelbare Anwendbarkeit könne deshalb als nicht entscheidungserheblich offen gelassen werden.

Dieser Ansatz verdient Kritik. Zwar mögen die Abwägungen oft zu gleichen Ergebnissen führen. Doch nehmen die Gerichte ungeprüft an, Art. 3 KRK habe den gleichen Regelungsgehalt wie die aus Art. 6 GG und 8 EMRK abgeleiteten Grundsätze. So wird die spezielle Norm, Kindeswohl in der KRK, nicht geprüft – in der Annahme, die Auslegung der allgemeinen Normen, also Kindeswohl in GG und EMRK, stimme mit der der speziellen Norm überein. Das ist eine methodisch unzulässige Gleichsetzung des *lex specialis* mit dem *lex generalis*. Sie wird den jeweiligen Besonderheiten von GG, EMRK und KRK nicht gerecht. Insbesondere die aus Art. 3 KRK folgende Pflicht, kinderspezifische Tatsachen und die in der KRK enthaltenen kinderspezifischen Rechte, die in anderen Menschenrechtsverträgen nicht enthalten sind,⁴⁶ in die Abwägung einzubeziehen, wird so nicht befolgt (s. hierzu die Beispiele unter 4.2.4.).

Auch übergehen die genannten Gerichte die allgemeine Diskussion über die Auslegung von Art. 3 KRK⁴⁷ ebenso wie die spezielle Diskussion darüber, welche Bedeutung dieser Artikel für das Flüchtlings- und Migrationsrecht hat.⁴⁸ Darin unterscheiden sie sich von der völkerrechtsfreundlicheren Rechtsprechung anderer Staaten wie etwa Kanada⁴⁹ oder Australien,⁵⁰ wo eine lebhafte Debatte hierüber geführt wird.

4.2.3 Implizite Annahme der unmittelbaren Anwendbarkeit

Teilweise wird die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 3 KRK implizit bejaht. Im Juli 2011 nimmt das OVG Bremen an, der Ausreise der Klägerin – Mutter von vier Kindern – stehe aufgrund von Art. 8 EMRK ein rechtliches Hindernis gem. § 25 Abs. 5 AufenthG entgegen.⁵¹ Es spricht das Kindeswohl i. R. d. der Prüfung von Art. 8 EMRK an: „Wegen der Auswirkungen der Entschei-

44 Bay. VGH, Beschl. v. 8.7. 2011, Az. 10 ZB 10.3028, §§ 12–15 (Ausweisungsfall, § 56 AufenthG), unter Berufung auf BVerwG a.a.O.

45 OVG Lüneburg, Beschl. v. 18.1.2011, Az. 8 PA 317/10, § 16 f. (inlandsbezogenes Abschiebungshindernis nach § 25 Abs. 3 i. V. m. § 60 Abs. 5 AufenthG); OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.3.2011, Az. 8 LB 121/08, § 63 (rechtliches Abschiebungshindernis nach § 25 Abs. 5 AufenthG), der zuletzt genannte Beschl. unter Berufung auf BVerwG a.a.O.; ähnlich bereits vor dem genannten BVerwG-Urteil OVG Lüneburg, Beschl. v. 9.11.2010, Az. 8 PA 265/10, § 10; zustimmend zum letztgenannten Urteil – „Letztlich kann aber offen bleiben (...)“ ob die KRK unmittelbar anwendbar sei VG Oldenburg, Urt. v. 10.11.2010, S. 10, S. 10 (zitiert nach asyl.net).

46 Art. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 12, 20, 21, 31, 33, 34, 35, 37, 38, 39 und 40 KRK.

47 Ausf. zu dieser Frage m.w.N. Löhr (Anm. 24), S. 64–68.

48 Ausführlich zu dieser Frage einschl. einer Bewertung der i.F. angeführten Rspr. m.w.N. Löhr (Anm. 24), S. 68–71.

49 Lin v. Canada (MCI), 2004 FC 1419 (CanLII), § 8, 17, per Rouleau J; Vasquez v. Canada (MCI), 2005 FC 91 (CanLII), § 30, per Russell J; Baker v. Canada (MCI), [1999] 2 S.C.R. 817, 1999 CanLII 699 (S.C.C.), § 73 ff, per L'Heureux-Dubé J; Xiao v. Canada (MCI), 2001 FCT 195 (CanLII), § 17 f, per Muldoon J; Zhu v. Canada (MCI), 2001 FCT 884 (CanLII), § 15–16, per Muldoon J; Li v. Canada (MCI), Dock. No. IMM-932-00 (11 December 2000), § 27, per Gibson J; Jack v. Canada (MCI), 2000 CanLII 15837 (F.C.), § 6–8, per Gibson J; Legault v. Canada (MCI) (C.A.), [2002] 4 F.C. 358, 2002 FCA 125 (CanLII), § 5, per Nadon J; Owusu v. Canada (MCI) (T.D.), [2003] 3 F.C. 172, 2003 FCT 94 (CanLII), § 19, per Gibson J; Wu v. Canada (MCI), 2000 CanLII 15149 (F.C.), § 11, per Gibson J; Singh v. Canada (MCI), 2005 FC 718 (CanLII), § 8, per Tremblay-Lamer J; Kim v. Canada (MCI), 2004 FC 1461, § 13, per o'Keefe J; Chowdhury v. Canada (MCI), 2005 FC 1242 (CanLII), § 43, per Teitelbaum J; Basak v. Canada (MCI), 2005 FC 1496 (CanLII), § 21, per Mactavish J.

50 MIEA v. Ah Hin Teoh, F.C. No. 95/013, [1995] HCA 20, § 25, per Mason CJ and Dean J; Jayawardene v. MIMA, [1999] FCA 1577 (12 November 1999), § 40 f, per Goldberg J; SZBPQ v. MIMIA, [1995] FCA 568, § 16, per Hely J; Le v. MIMIA, [2004] FCA 875, § 68 ff, per French J.

51 OVG Bremen, Urt. v. 5.7.2011, Az. 1 A 184/10, §§ 20 ff.

dung auf die Kinder der Klägerin ist schließlich auch Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (...) von Bedeutung; danach ist bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.“⁵² Dabei bezieht es sich auf den EGMR, der Art. 3 KRK ebenso innerhalb der Auslegung von Art. 8 EMRK gesondert prüft.⁵³

Das OVG Bremen unterscheidet sich hierin in zweierlei Hinsicht positiv vom Ansatz des BVerwG. Erstens thematisiert es zwar nicht die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 3 KRK, nimmt sie aber als gegeben an, indem es die Norm unkommentiert anwendet. Zweitens prüft es Art. 3 EMRK zwar als Bestandteil der Art. 8-EMRK-Prüfung, würdigt ihn dabei aber eigenständig.

Einen ähnlichen, allerdings nicht eindeutigen Ansatz wählt das OVG NRW. Im Februar 2011 entscheidet es über die Abschiebung eines Ausländers, dessen geschiedene Frau mit den gemeinsamen Kindern in Deutschland lebt: „Die Frage, ob es mit Blick auf Art. 6 GG sowie Art. 8 EMRK und den durch die UN-Kinderrechtskonvention gewährleisteten Schutz zumutbar ist, die familiäre Lebensgemeinschaft im Ausland fortzusetzen, ist nach objektiven Kriterien zu bestimmen.“⁵⁴ Es folgt eine ausführliche Zumutbarkeitsprüfung unter Beachtung der familiären Situation.⁵⁵ Das OVG NRW führt die KRK hier zumindest gleichrangig mit GG und EMRK auf, was auf die Annahme unmittelbarer Anwendbarkeit hindeutet. Durch fehlende Bezugnahme auf einen konkreten Artikel bleiben die Ausführungen jedoch ungenau.

Auch das VG Oldenburg bejaht in einem Einbürgerungsverfahren implizit die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 3 KRK.⁵⁶ Zwar wendet es sich gegen die Auffassung, aus Art. 3 KRK könne ein unmittelbarer Einbürgerungsanspruch abgeleitet werden. Dies tut es jedoch unter Verweis darauf, dass die Norm nur eine Pflicht zur Berücksichtigung beinhalte. Durch die Anwendung auf den konkreten Fall berücksichtigt es Art. 3 KRK also unmittelbar.

4.2.4. Beispiele für die Bedeutung der Berücksichtigung des Kindeswohls

Oben (4.2.2.) wurde kritisiert, dass durch die Gleichsetzung des Kindeswohls mit Art. 6 GG und Art. 8 EMRK die aus Art. 3 KRK folgende Pflicht, kinderspezifische Tatsachen und die in der KRK enthaltenen kinderspezifischen Rechte, die in anderen Menschenrechtsverträgen nicht enthalten sind, in die Abwägung einzubeziehen, nicht befolgt würden.

Im Folgenden wird anhand von Beispielen konkretisiert, warum dies kinderrechtlich kritikwürdig ist. Es handelt sich nicht um abschließende Fallgruppen, sondern um exemplarische Konstellationen, die den Blick auf zweierlei lenken sollen. Zum einen darf in Fällen, in denen eine auf ein Kind bezogene Entscheidung zu treffen ist, welches von seinen Eltern begleitet ist, nicht der Fehler begangen werden, allein Aspekte der Verwurzelung und der Familieneinheit, wie sie sich

52 OVG Bremen (Anm. 51), § 36.

53 EGMR, Judgment of 28 June 2011, Nunez v. Norway, Appl.-No. 55597/09 (Sect. 4) (Eng) – (28.6.11); eine Verknüpfung zwischen Art. 8 EMRK und dem Kindeswohl findet sich bereits, allerdings ohne eigenständige Würdigung von Artikel 3 KRK, in Anoyo vs. Germany, Judgment of 21. December 2010, Appl.-No. 20578/07, § 65 (zitiert nach HUDOC).

54 OVG NRW, Beschl. v. 28.2.2011, Az. 18 B 252/11, § 2.

55 OVG NRW (Anm. 54), §§ 3–5.

56 VG Oldenburg, Urt. v. 13.12.2010, Az. 11 A 249/10, § 22.

aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK ergeben, zu erwägen. Denn je nach Einzelfall können familien- und verwurzelungsunabhängige kinderspezifische Tatsachen oder Rechte entscheidungsrelevant sein, die durch die genannte Verengung übersehen werden können. Zum anderen ist die Berücksichtigung des Kindeswohls unabhängig davon, ob ein Kind von seinen Eltern begleitet ist oder nicht, stets erforderlich. Auch hier sind Faktoren zu berücksichtigen, die weder mit Verwurzelung noch mit Familieneinheit zu tun haben.

Erstes Beispiel: Im Februar 2011 wurde ein geduldeter fünfzehnjähriger Syrer aus Niedersachsen abgeschoben. Zuvor hatte er mit seinen Eltern und Geschwistern über zehn Jahre in Deutschland gelebt. Zuletzt war er nach § 60a AufenthG geduldet gewesen. Mit ihm wurde sein ebenfalls geduldeter Vater abgeschoben. Der Rest der Familie blieb in Deutschland.

Zum Zeitpunkt der Abschiebung war eine Einigung über die neue Bleiberechtsregelung nach § 25a AufenthG absehbar, die gut integrierten geduldeten Jugendlichen die Möglichkeit einer Aufenthaltserlaubnis eröffnen würde. Das niedersächsische Innenministerium hatte zuvor per Erlass angeordnet, Jugendliche, die potentiell von der Regelung profitieren könnten, vorläufig nicht abzuschieben. Die Ausländerbehörde stellte jedoch eine schlechte Integrationsprognose aus. Die schulischen Leistungen wurden schlecht bewertet und ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren war anhängig. Deshalb wartete die Ausländerbehörde den potentiellen Ausgang eines Antrages nach § 25a AufenthG nicht ab.⁵⁷

Sofern man den Fall unter Aspekten der Familientrennung beurteilt, wird es Überschneidungen mit Art. 6 GG und Art. 8 EMRK geben. Doch ist auch eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 KRK anzunehmen: Die Behörde entschied nach Aktenlage. Der Junge wurde nicht angehört.⁵⁸ Damit wurde das Kindeswohl nicht ausreichend ermittelt. Denn dies setzt regelmäßig voraus, dass das Kind vor Entscheidungen, die es betreffen, gem. Art. 12 Abs. 2 KRK Gelegenheit bekommt, sich zum Sachverhalt zu äußern.⁵⁹ Diese Pflicht wurde verletzt. Mit Aspekten von Verwurzelung und Familieneinheit hat diese Pflichtverletzung nichts zu tun.

Zweites Beispiel: Wenn ein Erwachsener einen Asylantrag stellt und von seinem minderjährigen⁶⁰ Kind begleitet wird, gilt der Antrag nach § 14a AsylVfG auch für das Kind als gestellt. In der Praxis kommt es vor, dass die Behörde allein die Verfolgungsgefahr der Eltern prüft und die Anerkennung der Kinder vom Ausgang des elterlichen Verfahrens abhängig macht. Es gibt aber Fälle, in denen ein Kind von Verfolgung bedroht ist, ohne dass dies für die Eltern gilt. Deshalb wird es als Verletzung des Kindeswohls nach Art. 3 Abs. 1 KRK gewertet, wenn die Verfolgungsgefahr eines begleiteten Kindes nicht eigenständig und unabhängig von der elterlichen Anhörung geprüft wird.⁶¹ Auch dies hat weder mit Verwurzelung noch mit Familieneinheit etwas zu tun.

Drittes Beispiel: Ein unbegleiteter siebzehnjähriger Eritreer beantragt Asyl. Er fürchtet die Zwangsrekrutierung in die eritreische Armee. Die Berücksichtigung kinderspezifischer Tatsachen nach Art. 3 Abs. 1 KRK erfordert hier, sich mit den Ursachen und Folgen des Phänomens der Re-

57 Darstellung nach Hofmeister, Mangelnde Integrationsprognose? – Abschiebung in den syrischen Hexenkessel, Flüchtlingsrat 2012, 37–38.

58 So die mündliche Aussage des Flüchtlingsrates Niedersachsen gegenüber dem Autor.

59 Ausf. und zutreffend zur Bedeutung von Art. 12 Abs. 1 KRK bei der Berücksichtigung des Kindeswohls Cremer, Kinderrechte und der Vorrang des Kindeswohls, AnwBl. 2012, 327 (328 f).

60 Wobei a.a.O. auf die nach deutschem Recht asylrechtsrelevante Minderjährigkeit von unter sechzehn Jahren abgestellt wird.

61 Ausführlich m.w.N. aus der kanadischen und australischen Rspr. Löhr (Anm. 24), S. 157 f.

krutierung von Kindersoldaten auseinanderzusetzen, das sich von der Rekrutierung Erwachsener unterscheidet. Die Berücksichtigung kinderspezifischer Rechte nach Art. 3 Abs. 1 KRK muss in die Auslegung des Verfolgungsbegriffs der Genfer Flüchtlingskonvention einbeziehen, dass eine Menschenrechtsverletzung nach Art. 38 Abs. 2 KRK und der einschlägigen Zusatzprotokolle droht.⁶² Dies kann zu einer Anerkennung als Flüchtling führen. Legt die Behörde indes allein die für Erwachsene geltenden Maßstäbe für Rekrutierung an, wird sie möglicherweise eine anderslautende Entscheidung treffen. Letzteres wäre eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 KRK, die weder mit Verwurzelungsaspekten noch mit solchen der Familieneinheit in Verbindung steht.

4.3 Aufenthalts- und asylrechtliche Verfahrensfähigkeit Sechzehn- und Siebzehnjähriger

4.3.1 Unvereinbarkeit der Verfahrensfähigkeit mit der KRK nach der Literatur⁶³

Nach § 12 Abs. 1 AsylVfG und § 80 Abs. 1 AufenthG sind Ausländer, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, zur Vornahme von Verfahrenshandlungen fähig. Zwar wird allen Minderjährigen bis zum achtzehnten Lebensjahr gem. § 1773 Ab. 1 BGB, § 42 Abs. 3 S. 4 SGB VIII ein Vormund zur Seite gestellt.⁶⁴ Doch die Verfahrensfähigkeit ab vollendetem sechzehnten Lebensjahr bedingt, dass sich die Vertretungsmacht des ansonsten für alle Rechtsgebiete zuständigen Vormundes nicht auf das Aufenthalts- und Asylrecht erstreckt.⁶⁵ In diesem sehr komplexen Rechtsgebiet sollen sich Sechzehn- und Siebzehnjährige allein behaupten. Das wirkt sich i.d.R. zu ihrem Nachteil aus. So kann etwa das Verstreichenlassen von Rechtsmittelfristen oder die mangelnde Substantiierung des Vortrags den Asylantrag scheitern lassen.

Die Verfahrensfähigkeit für Sechzehn- und Siebzehnjährige ist in der Literatur unter verschiedenen Aspekten kritisiert worden.⁶⁶ Neben jüngst geäußelter europarechtlicher Kritik⁶⁷ wird auch ein Verstoß gegen die KRK geltend gemacht.⁶⁸ Die Bundesregierung indes geht von einer Übereinstimmung zwischen KRK und § 12 Abs. 1 AsylVfG aus.⁶⁹ Dem kann nicht gefolgt werden. Die

62 Ausführlich m.w.N. Löhr (Anm. 24), S. 193–228.

63 Die Darstellung unter 4.3.1 ist, mit freundlicher Genehmigung des Herausgebers, leicht gekürzt, ansonsten weitgehend unverändert dem in Anm. 3 genannten Beitrag entnommen.

64 Ausf. zur Vormundschaft bei unbegleiteten minderjährigen Ausländern Meißner, A., in: Dieckhoff, P., (Hrsg.), Kinderflüchtlinge, Wiesbaden 2010, S. 59–62.

65 Zur Möglichkeit der Bevollmächtigung des Vormunds durch den Minderjährigen vgl. Meißner (Anm. 64), S. 61.

66 Nolting-Hauff, W., Gebote zum Schutz Minderjähriger und ihre Verwirklichung im Verwaltungsrecht, Frankfurt 1998, S. 138–154, bewertet die Regelung als verfassungswidrig; Jockenhövel-Schieke, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge – Aufenthaltsrechtlicher Schutz in der Bundesrepublik oder Rückführung in die Herkunftsländer?, InfAusIR 1999, S. 516 (516 f), kritisiert dass aus der Handlungsfähigkeit die rechtlich fragwürdige Praxis folge, Minderjährige aus dem Schutz des MSA, des SGB VIII und des BGB herausfallen zu lassen; zurückhaltende Kritik bei Göbel-Zimmermann, R., Die Rechtsstellung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge unter besonderer Berücksichtigung des Flughafenverfahrens nach § 18a AsylVfG, InfAusIR 1995, S. 166 (171), wonach die Altersgrenze an der unteren Grenze des Vertretbaren liegen dürfte; Gutmann, R., Handlungsfähigkeit Minderjähriger im Ausländerrecht und Elternrechte, InfAusIR 2003, S. 223–225, macht für begleitete ausländische Minderjährige einen Konflikt zwischen der asylrechtlichen Verfahrensfähigkeit und Art. 6 II GG aus, der sich allerdings vermeiden lasse, wenn die Eltern am Verwaltungsverfahren beteiligt werden.

67 Vgl. hierzu Bender, D. / Rieger, U., Anm. zu OLG Karlsruhe, Beschl. v. 2.12.2010, Az. 2 UF 172/10, Das Jugendamt 359 (359 f).

68 Habbe, H., Kinder auf der Flucht, FoR 2005, S. 88 (88); Heinhold, H., in: Kauffmann, H. / Riedelsheimer, A., Flüchtlingskinder in Deutschland, Karlsruhe 2010, S. 60 (65); Bender, D. / Rieger, U. (Anm. 67) (360 f); Marx, R., Personen mit besonderem Schutzbedarf im Verfahren der Rückkehrentscheidung, ZAR 2011, 292 (296).

69 Antwort des Parl. Staatssekretärs Dr. Ole Schröder auf die Frage des Abgeordneten Josef Philip Winkler (Bündnis 90/Die Grünen), BT-Drs. 17/1812, 20.

Verfahrensfähigkeit Sechzehn- und Siebzehnjähriger verstößt gegen Art. 22 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 KRK ebenso wie gegen Art. 22 Abs. 2 S. 2 i. V. m. Art. 1 KRK.

Nach Art. 22 Abs. 1 KRK sind die Vertragsstaaten verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass auch das unbegleitete asylsuchende Kind „angemessenen Schutz und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung der Rechte erhält, die in diesem Übereinkommen oder in anderen internationalen Übereinkünften über Menschenrechte (...) festgelegt sind (...).“

Personell sind hiervon Kinder erfasst. Das sind gem. Art. 1 KRK alle Menschen bis zum vollendeten achtzehnten Lebensjahr, sofern nicht das innerstaatliche Recht generell alle Personen unterhalb dieser Schwelle als volljährig einstuft. Eine Beschränkung des personellen Schutzbereiches der in der Konvention enthaltenen Rechte, die entgegen § 2 BGB für ein einzelnes Rechtsgebiet zwischen Sechzehn- und Siebzehnjährigen sowie unter Sechzehnjährigen unterscheidet, ist nach Art. 1 KRK nicht möglich.⁷⁰

Sachlich sind Schutz und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung der in der KRK und anderen internationalen Übereinkünften festgelegten Rechte erfasst. Beantragt ein Minderjähriger Asyl, so ist dies Handeln darauf gerichtet, die Rechte aus der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)⁷¹ wahrzunehmen, insbesondere die Anerkennung als Flüchtling gem. Art. 1 A Abs. 2 GFK, das aus der Flüchtlingseigenschaft folgende *refoulement*-Verbot und die hieraus folgenden Verfahrensrechte.⁷² Ein Minderjähriger, der sich in einer unbekannten Umgebung und in einer fremden Sprache in einem äußerst komplexen, schon für muttersprachliche Laien kaum verständlichen Verfahren behaupten muss, kann die genannten Rechte nur mit Hilfe eines gesetzlichen Vertreters effektiv wahrnehmen. Deshalb ist die Vorenthaltung einer gesetzlichen Vertretung für Sechzehn- und Siebzehnjährige eine Verletzung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 22 Abs. 1 KRK i. V. m. Artikel 1 KRK.

Daneben verpflichtet Art. 22 Abs. 2 S. 2 KRK die Vertragsstaaten, 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. Eine Rechtfertigung für Ausnahmen ist nicht vorgesehen. Hier ist zu beachten, dass Kinder in fast⁷³ keinem anderen Rechtsgebiet als verfahrensfähig gelten. Haben sie keinen gesetzlichen Vertreter, so wird ihnen zum Schutz ihrer rechtlichen Interessen stets ein Vertreter zur Seite gestellt. Allein im Asylverfahren geschieht das gem. § 12 Abs. 1 AsylVfG nicht. Unbegleitete ausländische Minderjährige erhalten hier also nicht denselben Schutz wie Minderjährige ohne Eltern in anderen verwaltungs-, zivil- oder strafrechtlichen Verfahren. Diese aufenthalts- und asylverfahrensrechtliche Sonderstellung ist eine gegen Art. 22 Abs. 2 S. 2 KRK verstoßende, nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender gegenüber anderen Minderjährigen.⁷⁴

70 Ebenfalls, mit eingehender Argumentation, *Heinhold, H.*, in: *Kauffmann / Riedelsheimer* (Anm. 68), S. 60 (65 f).

71 BGBl. 1953 II 560, in der Fassung des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. Januar 1967, BGBl. 1969 II 1294.

72 Zu aus der GFK abgeleiteten, sog. impliziten Verfahrensrechten vgl. *Hofmann, R. / Löhr, T.*, Introduction to Chapter V: Requirements for refugee determination procedures, in: *Zimmermann, A.* (Ed.): *Commentary on the 1951 Convention relating to the status of refugees and its 1967 Protocol*, Oxford 2011, §§ 44 – 130.

73 Eine Ausnahme gibt es im Sozialrecht; hier besteht gem. § 36 SGB I Verfahrensfähigkeit ab dem fünfzehnten Lebensjahr.

74 Zu einer Auseinandersetzung mit der Gegenauffassung der BReg vgl. *Löhr* (Anm. 3) (380).

Art 22 Abs. 2 i. V. m. Art. 1 KRK und Art. 22 Abs. 3 i. V. m. Art. 1 KRK verlangen eine Streichung der aufenthalts- und asylrechtlichen Verfahrensfähigkeit gem. § 12 Abs. 1 AsylVfG und § 80 Abs. 1 AufenthG. Würden diese Spezialvorschriften gestrichen, gälte die allgemeine Regel des § 12 VwVfG i. V. m. § 2 BGB. Hiernach sind nur Volljährige nach bürgerlichem Recht zur Vornahme von Verfahrenshandlungen fähig. Damit wäre der gem. § 1773 Abs. 1 BGB, § 42 Abs. 3 Satz 4 SGB VIII vom Jugendamt unverzüglich zu bestellende Vormund auch im Rahmen des Aufenthalts- und Asylrechts vertretungsbefugt.

4.3.2 Kontroverse Beurteilung der Verfahrensfähigkeit in der Rechtsprechung

Das VG Gelsenkirchen stellt ohne Stellungnahme zur unmittelbaren Anwendbarkeit die Vereinbarkeit der asylrechtlichen Verfahrensfähigkeit mit der KRK fest: „Eine Verpflichtung der die Konvention ratifizierenden Staaten, alle Kinder unabhängig vom Alter gleich zu behandeln, lässt sich der Konvention nicht entnehmen.“⁷⁵ So verweigert es jede Auseinandersetzung mit anders lautenden Auffassungen. Auch setzt es sich durch den Verweis auf die Konvention als Ganze erst gar nicht mit den relevanten Artikeln der KRK⁷⁶ auseinander. Das ist methodisch verkürzt.

Das AG Gießen hingegen wertet die aufenthalts- und asylrechtliche Verfahrensfähigkeit Sechzehn- und Siebzehnjähriger als Verstoß gegen Art. 1 KRK.⁷⁷ Deshalb stellt es einem sechzehnjährigen Minderjährigen, der ohne Sorgeberechtigte nach Deutschland eingereist ist, einen Ergänzungspfleger für ausländer- und asylrechtliche Angelegenheiten zur Seite.

Zur Begründung führt es aus, nach Rücknahme des Vorbehalts sei „kurzfristig auch mit entsprechender Anpassung des Aufenthaltsgesetzes und des Asylverfahrensgesetzes zu rechnen.“⁷⁸ Daher müsse die Ungleichbehandlung gegenüber Kindern unter 16 Jahren aufgegeben werden.⁷⁹ Dem folgt mit gleicher Begründung das AG Frankfurt a. M.⁸⁰ Methodisch bemerkenswert ist, dass beide Gerichte nicht auf unmittelbare Anwendbarkeit eingehen. Vielmehr setzen sie per Beschluss die Vorwirkung einer für nötig befunden Gesetzesänderung um.

Dem stellt sich das OLG Karlsruhe entgegen. Art. 22 KRK sei nicht unmittelbar anwendbar. Er stelle auf ein vereinbartes Ziel, die „Sicherstellung angemessenen Schutzes und humanitärer Hilfe bei der Wahrnehmung von Rechten“, ab. Die Formulierung „Die Vertragsstaaten treffen geeignete Maßnahmen“ verdeutliche, dass es der Handlungsfreiheit der Vertragsstaaten überlassen bleibe, welche Maßnahmen sie zur Erreichung der Ziele ergreifen.⁸¹

Auch der Zweck gebiete dies nicht. Hier bejaht das Gericht die Vereinbarkeit der deutschen Regelung mit Art. 22 KRK: Dieser fordere nur geeignete Maßnahmen. In der KRK finde sich kein Recht, dessen Wahrnehmung gerade die Vertretung durch einen Rechtsanwalt im Asylverfahren fordere. Auch die GFK als Übereinkunft im Sinne des Art. 22 Abs. 1 KRK regele nur das Recht jedes Flüchtlings auf freien, ungehinderten und diskriminierungsfreien Zugang zu den Gerichten.

75 VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 2.2. 2011, Az. 14a L 1430/10.A, § 9.

76 Vgl. oben 4.3.1.

77 AG Gießen, Beschl. v. 16. 7. 2010, Az. 244 f 1159/09 VM, § 8 m. Anm.v. Bender, D., JAmt 2010, 399–401

78 AG Gießen (Anm. 77), § 10.

79 AG Gießen (Anm. 77), § 11.

80 AG Frankfurt, Beschl. v. 4.8.2010–457 F 6154/10 SO, S. 2 f (zitiert nach asyl.net).

81 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 2.12.2010, Az. 2 UF 172/10, § 24 mit kritischer Anm. Bender, D. / Rieger, U. (Anm. 67), S. 359 (passim).

Angemessener Schutz könne auch durch die Beantragung von Prozesskostenhilfe einschließlich Beordnung eines Rechtsanwaltes erreicht werden. Auch mittellose deutsche Kinder seien für die Beordnung eines Rechtsanwaltes auf Prozesskostenhilfe angewiesen. So liege keine Ungleichbehandlung vor.⁸²

Zuletzt verweist das Gericht auf Art. 37 d) KRK. Dieser ordne bei der Freiheitsentziehung das Recht auf Zugang eines Kindes zu einem rechtskundigen oder anderen geeigneten Beistand an. Dies Erfordernis fehle bei Art. 22 Abs. 1 KRK.⁸³

Zuzustimmen ist dem OLG Karlsruhe darin, dass der Wortlaut des Art. 22 Abs. 1 KRK zu unbestimmt für die unmittelbare Anwendung ist.

Abzulehnen indes ist die Auffassung, die Verfahrensfähigkeit sei mit Art. 22 Abs. 1 KRK vereinbar. Diesbezüglich bleibt es beim oben formulierten Ergebnis.⁸⁴ Der Gesetzgeber steht in der Pflicht. Der Verweis des OLG Karlsruhe auf Prozesskostenhilfe ist altersunabhängig formuliert. Damit übersieht das Gericht, dass zwar die Zahlung eines Rechtsanwaltes von der Bewilligung von Prozesskostenhilfe abhängt, aber die in Bezug genommenen mittellosen deutschen Kinder beim Zugang zu Gerichten ohne gesetzlichen Vertreter – ob Vormund oder Jugendamt – gar nicht handeln können. Auch der Verweis auf Art. 37 d) KRK geht ins Leere. Er übersieht die spezifische, gegen Art. 22 Abs. 2 KRK verstoßende Ungleichbehandlung Sechzehn- und Siebzehnjähriger.⁸⁵

5 Die Bedeutung der neuen KRK-Individualbeschwerde für die deutsche Praxis

Die UN-Generalversammlung hat am 19. Dezember 2011 den zuvor im Juni vom Menschenrechtsrat angenommenen Entwurf⁸⁶ für ein drittes Fakultativprotokoll zur KRK verabschiedet.⁸⁷ Dessen zentrale Neuregelung ist ein Individualbeschwerdeverfahren: Kinder aus Vertragsstaaten des Protokolls können nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges Verletzungen ihrer Rechte aus der KRK oder einem ihrer Fakultativprotokolle⁸⁸ vor dem CRC geltend machen.

Die Voraussetzungen der Beschwerde sind an anderer Stelle erläutert worden.⁸⁹ Hier soll folgender Verweis genügen: Oben wurde dargelegt, dass mehrere Normen des deutschen Aufenthalts- und Asylverfahrensrechts nicht mit der KRK vereinbar sind. Daneben wurde aufgezeigt, dass sich Teile der Rechtsprechung bislang nicht offen zeigen, die KRK eigenständig zu würdigen. Voraussichtlich wird das Individualbeschwerdeverfahren von der Bundesregierung zügig ra-

82 OLG Karlsruhe (Anm. 81), § 25.

83 OLG Karlsruhe (Anm. 81), § 25.

84 S. oben 4.3.1.

85 S. oben 4.3.1.

86 Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, UN Doc. A/HRC/17/L.8, 9 June 2011.

87 <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11732&LangID=E> (zuletzt besucht 23.12.2011).

88 Erstes Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten vom 2. Mai 2000, BGBl. 2004 II S. 1355; Zweites Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornografie vom 25. Mai 2000, BGBl. 2009 II S. 1222.

89 Ausführliche Darstellung und kritische Diskussion der Voraussetzungen bei Löhr, T., Die Individualbeschwerde zur Kinderrechtskonvention, Menschenrechtsmagazin 2011, S. 115 – 128.

tifiziert.⁹⁰ Dann könnte es nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges als weiteres Forum zur Durchsetzung kinderspezifischer Rechte genutzt werden. Eventuell lassen sich so Klärungen herbeiführen, denen sich die innerstaatliche Rechtsprechung bisher verweigert.

6 Fazit

Außer einer Reform der Abschiebungshaft sind die meisten⁹¹ der unter 2. erörterten Gesetzesänderungen bislang nicht vorgenommen worden. Leider ist angesichts der entgegenstehenden Rechtsauffassung der Bundesregierung in dieser Legislaturperiode auch nicht damit zu rechnen. Entsprechende Anträge der Oppositionsfraktionen⁹² haben angesichts der Mehrheitsverhältnisse im Bundestag aktuell keine Aussicht auf Erfolg. So gilt es, die Debatte weiterzuführen, bis erforderliche Änderungen umgesetzt werden.⁹³

Daneben ist die Rechtsprechung gefordert, sich mit Art. 3 KRK und weiteren hier einschlägigen Artikeln der KRK erheblich differenzierter als bisher auseinanderzusetzen.

Weiterhin bleibt abzuwarten, wann das Individualbeschwerdeverfahren ratifiziert wird und in Kraft tritt. Dann gilt es auszuloten, welcher Nutzen hieraus für die deutsche Praxis zu ziehen ist.

Schließlich sei darauf hingewiesen, dass neben den hier diskutierten Fragen auch die Debatte über Kinderrechte im Grundgesetz fortgeführt wird,⁹⁴ deren potentielle Auswirkungen auf die hier diskutierten Fragen einmal untersucht werden sollten.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Es war ein Versäumnis, die Kinderrechtskonvention über 18 Jahre hinweg unter Vorbehalt zu stellen. Wenn die Bundesregierung den Vorbehalt nun richtigerweise zurückgenommen hat, sollten Gesetzgeber und Rechtsprechung es nicht versäumen, die daraus folgenden Konsequenzen zu ziehen. Es gilt einzusehen, was jedes Kind einsieht: Wer A sagt, muss auch B sagen.⁹⁵

Verf.: Dr. Tillmann Löhr, E-Mail: tillmannloehr@gmx.de

90 Diese steht noch aus, ist aber in Kürze zu erwarten, siehe *Löhr, T.* (Anm. 89) (17).

91 Anders der Schulzugang für illegal aufhältige Kinder, siehe hierzu die Neufassung von § 87 Abs. 1 S. 1 AufenthG (BGBl. 2011 I S. 2258). Zur zuvor diskutierten Problematik vgl. *Hanschmann, F.*, Unsichtbare Kinder – Der zynische Ausschluss nicht dokumentierter Kinder und Jugendlicher vom staatlichen Schulwesen, RdJB 2010, S. 80 – 99, und *Fischer-Lescano, A. / Löhr, T.*, Menschenrecht auf Bildung. Mitteilungsverbote von Schulen in aufenthaltsrechtlichen Angelegenheiten, InfAuslR 2008, S. 54 – 59.

92 Siehe Antrag der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 17/7643, und Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 17/2138 sowie die dazugehörige Beschlussempfehlung des Innenausschusses auf BT-Drs. 17/8210.

93 In diesem Sinne siehe die Kampagne *Kinderrechte kennen keine Herkunft*, <http://www.campact.de/migration/home> (zuletzt besucht 23.12.2011).

94 Dafür hat sich zuletzt im November 2011 der BR ausgesprochen, siehe BR-Drs. 386/11(B); ebenso der Antrag der SPD-BT-Fraktion auf Drs. 17/6920 und der von B 90 / Die Grünen auf Drs.-Nr. 17/7187.

95 So bereits *Löhr, T.*, Rücknahme des Vorbehalts: Endlich gleiche Rechte für alle Kinder, in: Müller-Heidelberg u. a. (Hrsg.), Grundrechte-Report 2011, S. 184 (187).