

Heike Krieger

Die UN-Kinderrechtskonvention und die Handlungsfähigkeit unbegleiteter Minderjähriger im deutschen Asyl- und Ausländerrecht

1 Einleitung: Rechte junger Migranten im Völkerrecht

Plakativ formuliert „gewährt das Völkerrecht keine kosmopolitische Freizügigkeit“.¹ Anders als dem Europarecht liegt dem Völkerrecht nicht die Vorstellung einer Gemeinschaft zugrunde, die mittels von Freizügigkeit einen einheitlichen Raum der Freiheit schaffen will. Das Völkerrecht überlässt es vielmehr im Grundsatz der staatlichen Souveränität, Einreise- und Aufenthaltsrechte auszuschließen oder zu gewährleisten, zu weiten oder zu begrenzen. Zugleich hat sich aber der Schutz des Individuums zu einem wesentlichen Gegenstand völkerrechtlicher Verträge entwickelt. Dabei finden sich neben allgemeinen menschenrechtlichen Verträgen, wie den beiden UN-Menschenrechtspakten,² Regelungswerke, die besonders schutzbedürftige Gruppen zum Gegenstand haben. Hierzu zählen u. a. das Genfer Übereinkommen über die Rechtstellung von Flüchtlingen³, aber auch das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK).⁴ Im Interesse schutzbedürftiger Gruppen vermögen diese Abkommen, die die Bundesrepublik Deutschland ratifiziert hat, die staatliche Entscheidungsfreiheit gerade auch im Bereich des Asyl- und Ausländerrechts doch zu beschränken. Hieraus entsteht ein Spannungsverhältnis, das im Hinblick auf die Rechte unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge besonders sichtbar wird. Bei unbegleiteten Minderjährigen kollidiert das legitime Interesse des Staates, Zuwanderung zu steuern und zu begrenzen, wie in § 1 I AufenthG formuliert, in besonderer Weise mit dem Kindeswohl, dessen Gewährleistung vor allem die UN-Kinderrechtskonvention von den Vertragsstaaten einfordert. Denn die UN-Kinderrechtskonvention, die laut Art. 1 KRK für jeden Menschen gilt, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, erfasst auch unbegleitete Minderjährige, „die ohne Begleitung eines für sie nach dem Gesetz oder dem Wohnheitsrecht verantwortlichen Erwachsenen ... einreisen, solange sie sich nicht tatsächlich in der Obhut eines solchen Erwachsenen befinden; hierzu gehören auch Minderjährige, die nach der Einreise ... ohne Begleitung zurückgelassen wurden.“⁵ Angesichts der besonderen Schutzbedürftigkeit solcher auf sich gestellter Minderjähriger, ist die Regelung der § 80 I AufenthG und § 12 I AsylVfG, wonach minderjährige Migranten schon ab dem vollendeten 16. Lebensjahr für die Zwecke des Aufenthaltsrechtes und Asylverfahrens als handlungsfähig gelten,⁶

1 *Dienelt* in: Renner (Hrsg.), Ausländerrecht, 9. Aufl. 2011 Rn. 4.

2 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, vom 19. Dezember 1966, BGBl. 1973 II 1534ff.; Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, BGBl. 1973 II, 1570ff.

3 Genfer Übereinkommen über die Rechtstellung von Flüchtlingen v. 28. Juli 1951, BGBl. 1953 II 559.

4 Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 wurde von der UN-Generalversammlung verabschiedet; in Deutschland am 5. April 1992 in Kraft getreten; BGBl. 1992 II 990.

5 Eine Legaldefinition findet sich nur im Europarecht in Richtlinie Nr. 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 („Aufnahmerichtlinie“), Richtlinie Nr. 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 („Verfahrensrichtlinie“); s.a. Artikel 2 (i) der Richtlinie Nr. 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 („Qualifikationsrichtlinie“).

6 *Parusel*, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, ZAR 2010, 233 (234).

im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit der UN-Kinderrechtskonvention umstritten und wiederholt Gegenstand parlamentarischer Anfragen gewesen.⁷

Um solchen Auslegungsdebatten vorzubeugen,⁸ hatte die Bundesrepublik bei der Ratifikation der UN-Kinderrechtskonvention 1992 eine Erklärung zu deren innerstaatlichen Wirkungen abgegeben, die sich u. a. auf das Asyl- und Ausländerrecht und den Ausschluss der unmittelbaren Wirkung der Konvention bezog.⁹ Nach langjähriger Kritik an diesem Vorbehalt nahm die Bundesregierung die Erklärung am 15. Juli 2010 zurück. Bei diesem Anlass betonte die Bundesjustizministerin den gesetzgeberischen Handlungsbedarf, der sich aus der Rücknahme der Vorbehalte u. a. im Hinblick auf § 80 I AufenthG und § 12 I AsylVfG ergab. Es sei richtig, „im Asylverfahren nicht nur Jugendlichen bis zum 16. Lebensjahr, sondern bis zum 18. Lebensjahr einen angemessenen Rechtsbeistand zur Seite zu stellen.“¹⁰ Hierzu ist es aber bislang nicht gekommen. Vielmehr sieht die Bundesregierung mittlerweile keine Notwendigkeit mehr für Rechtsänderungen. Allein Veränderungen in der Anwendungspraxis seien denkbar. Der deutschen Erklärung zur UN-Kinderrechtskonvention sei nur klarstellende Wirkung zugekommen, da das deutsche Aufenthalts- und Asylverfahrensrecht mit den Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention übereinstimme.¹¹ Ob diese Einschätzung zutreffend ist, soll im Folgenden im Hinblick auf § 80 I AufenthG und § 12 I AsylVfG untersucht werden.

2 Regelungsgehalt von § 80 I AufenthaltG und § 12 I AsylVfG

Grundsätzlich sind Minderjährige im Verfahrensrecht nicht handlungsfähig.¹² Denn Handlungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit sind in der Regel aufeinander abgestimmt, so dass die Handlungsfähigkeit erst mit Volljährigkeit eintritt. Hiervon machen § 80 I AufenthaltG und § 12 I AsylVfG auf der Grundlage von § 12 I Nr. 2 VwVfG eine Ausnahme. Nach § 12 I Nr. 2 VwVfG sind nämlich beschränkt Geschäftsfähige zur Vornahme von Verfahrenshandlungen fähig, soweit sie für den Gegenstand des Verfahrens u. a. durch Vorschriften des öffentlichen Rechts als handlungsfähig anerkannt sind. Für die Zwecke des Aufenthaltsgesetzes und des Asylverfahrens treffen § 80 I AufenthaltG und § 12 I AsylVfG eine solche Regelung zur aktiven und passiven Verfahrens-

7 Zuletzt Umgang mit Schutz suchenden Kindersoldaten in der Bundesrepublik Deutschland, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke, Christine Buchholz, Wolfgang Gehrcke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE, BT Drs. 17/8408 vom 20. Januar 2012.

8 Die Bundesregierung spricht hier von „Fehl- und Überinterpretationen“, Stärkung der Kinderrechte, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Katja Dörner, Ekin Deligöz, Kai Gehring, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, 25. November 2010, BT-Drs. 17/3938 vom 25. November 2010, 2.

9 BGBl 1992 II 990: „Die Bundesrepublik Deutschland erklärt zugleich, daß das Übereinkommen innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung findet. Es begründet völkerrechtliche Staatenverpflichtungen, die die Bundesrepublik Deutschland nach näherer Bestimmung ihres mit dem Übereinkommen übereinstimmenden innerstaatlichen Rechts erfüllt ... Nichts in dem Übereinkommen kann dahin ausgelegt werden, daß die widerrechtliche Einreise eines Ausländers in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland oder dessen widerrechtlicher Aufenthalt dort erlaubt ist; auch kann keine Bestimmung dahin ausgelegt werden, daß sie das Recht der Bundesrepublik Deutschland beschränkt, Gesetze und Verordnungen über die Einreise von Ausländern und die Bedingungen ihres Aufenthalts zu erlassen oder Unterschiede zwischen Inländern und Ausländern zu machen.“

10 Pressemitteilung des BMJ: UN-Kinderrechtskonvention – Rücknahme des Vorbehalts rechtswirksam, vom 15.07.2010.

11 BT-Drs. 17/3938 vom 25. November 2010 (Anm. 8), 2f.

12 § 12 I Nr. 1 VwVfG, § 62 I Nr. 1 VwGO, §§ 51 ff ZPO i. V. m. § 2 BGB.

handlungsfähigkeit. Der Minderjährige wird ab Vollendung des 16. Lebensjahres einem Volljährigen gleichgestellt.¹³

Jüngere unbegleitete Minderjährige gelten demgegenüber als handlungsunfähig und können weder im Verwaltungs- noch im Gerichtsverfahren wirksame Verfahrenshandlungen vornehmen. Beispielsweise kann der Handlungsunfähige weder einen wirksamen Antrag stellen noch ist die Bekanntgabe eines Verwaltungsaktes an ihn wirksam. Da er im gerichtlichen Verfahren prozessunfähig ist, kann er auch keine wirksame Klage erheben. Dementsprechend kann auch das Gericht gegenüber einem Handlungsunfähigen keine wirksamen Prozesshandlungen ergreifen. Auch Zustellungen sind unwirksam. Stellt ein unbegleiteter Minderjähriger unter 16 Jahren einen Asylantrag, muss er nach §§ 1647, 1773 I BGB, § 42 I Nr. 3, III 4 SGB VIII vom Jugendamt in Obhut genommen werden und es ist die Bestellung eines Vormundes zu veranlassen. Neben dem Vormund wird häufig ein Rechtsanwalt als Ergänzungspfleger nach § 1909 BGB für den asylrechtlichen Wirkungskreis bestellt.¹⁴ Dem Minderjährigen, der das 16. Lebensjahr vollendet hat, wird zwar auch ein Vormund bestellt. Da der Minderjährige aber verfahrensfähig ist, erfasst die Vertretungsmacht des Vormundes nicht das Aufenthalts- und Asylrecht, so dass auch § 1909 BGB in der Regel keine Anwendung findet.¹⁵

3 Vereinbarkeit mit der UN-Kinderrechtskonvention?

Ob es mit der UN-Kinderrechtskonvention vereinbar ist, dass Minderjährige im Prinzip ohne vormundschaftliche Begleitung im Asylverfahren auftreten müssen und als Folge ggf. weder im Wege der Ergänzungspflegschaft noch über die Beantragung von Prozesskostenhilfe bei mangelnder Erfolgsaussicht einen Rechtsbeistand erhalten, ist in Literatur¹⁶ und Rechtsprechung umstritten.

3.1 Stand der Rechtsprechung

Das AG Gießen hat in einer Entscheidung aus dem Sommer 2010 einen Widerspruch zwischen den Regelungen in § 80 I AufenthaltG und § 12 I AsylVerfG und der UN-Kinderrechtskonvention festgestellt. Das Gericht rechnete nach Rücknahme der Vorbehaltserklärung „kurzfristig ... mit entsprechender Anpassung des Aufenthaltsgesetzes und des Asylverfahrensgesetzes.“ Angesichts dessen müsse der Ungleichbehandlung von Minderjährigen unter und über 16 Jahren entgegengetreten und ein Ergänzungspfleger für asyl- und ausländerrechtliche Angelegenheiten bestellt werden.¹⁷ Dieser Rechtsprechung liegt die Annahme zugrunde, dass die UN-Kinderrechtskonvention mit der Rücknahme des Vorbehaltes unmittelbar anwendbar ist und angesichts der Gewährleistungen der Konvention auch ohne entsprechende Gesetzesänderung nunmehr die Voraussetzungen

13 Bergmann, in: Renner (Hrsg.), Ausländerrecht, 9. Aufl. 2011, § 12 AsylVfG Rn. 3; Hofman, in: Hofmann/Hoffmann (Hrsg.), Handkommentar Ausländerrecht 2008, § 80 AufenthaltG Rn. 6.

14 Bergmann (Anm. 13), Rn. 6/8; Dienelt (Anm. 1), Rn. 2/8; Hofman (Anm. 13), Rn. 6.

15 Löhr, Gesetzliche Konsequenzen aus der Rücknahme des Vorbehaltes zur Kinderrechtskonvention, ZAR 2010, 378 (379f.); Meißner, Vormundschaften für unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge, in: Dieckhoff (Hrsg.), Kinderflüchtlinge, 2010, 59 (61).

16 Für einen Verstoß gegen die Konvention: Heinold, Nach Rücknahme der Vorbehalte, in: Kauffmann et al. (Hrsg.), Flüchtlingskinder in Deutschland, 2010, 60 (65f.); Löhr (Anm. 15), 380; Meißner (Anm. 15), 61.

17 AG Gießen, NJW-RR 2011, 441 – zitiert nach juris Rn. 10/12.

für die Ergänzungspflegeschaft nach § 1909 BGB zu bejahen sind, selbst wenn die ausdrückliche Regelung von § 12 I AsylVfG und § 80 I AufenthG dem entgegensteht.¹⁸

Diese Interpretation lehnt das OLG Karlsruhe in einer Entscheidung aus dem selben Jahr ab. Dem OLG zufolge fehle es gerade an dem Fürsorgebedürfnis nach § 1909 BGB für die Anordnung einer Ergänzungspflegeschaft, weil der Minderjährige selbst nach § 12 I AsylVfG und § 80 I AufenthG handlungsfähig sei. Denn die Pflegeschaft dürfe nur angeordnet werden, wenn die Angelegenheit ohne Pfleger nicht wirksam erledigt werden könne. Im vorliegenden Fall aber könne der Betroffene wie ein volljähriger Flüchtling alle Prozesshandlungen eigenständig vornehmen. Hieran ändere die Rücknahme des Vorbehalts zur UN-Kinderrechtskonvention nichts. Der Minderjährige wird darauf verwiesen, selbständig einen Prozesskostenhilfeantrag zu stellen und die Beordnung eines Rechtsanwaltes zu beantragen, was auch wegen des asylverfahrensrechtlichen Untersuchungsgrundsatzes keine Versagung effektiven Rechtsschutzes bedeute.¹⁹

3.2 Die Vorgaben von Art. 22 KRK

Ausgangspunkt ist Art. 22 KRK. Die Vorschrift verlangt von den Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass ein Flüchtlingskind angemessenen Schutz und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung seiner Rechte erhält. Minderjährigen, deren Eltern oder Angehörige nicht ausfindig zu machen sind, soll im Einklang mit den in diesem Übereinkommen enthaltenen Grundsätzen derselbe Schutz gewährt werden wie jedem anderen Kind, das aus seiner familiären Umgebung herausgelöst ist. Damit verweist die Vorschrift auf Art. 20 KRK, der bestimmt, dass Kinder, die aus ihrer familiären Umgebung herausgelöst werden, Anspruch auf besonderen Beistand und Schutz des Staates haben.

Die Vorschriften der Kinderrechtskonvention sind im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerwG nach den völkerrechtlichen Auslegungsmethoden zu interpretieren, die sich aus den Artt. 31 bis 33 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)²⁰ ergeben.²¹ Gemäß Art. 31 I WVK ist ein völkerrechtlicher Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen. Die Wortlautauslegung unterstützt zunächst die Annahme des OLG Karlsruhe, dass es „der Handlungsfreiheit der Vertragsstaaten überlassen [bleibt], welche geeigneten Maßnahmen sie ergreifen, um die genannten Ziele zu erreichen.“²² Die Formulierung von Art. 22 KRK ist weit gefasst und die Formulierung „angemessener Schutz“ belässt den Vertragsstaaten einen weiten Spielraum, innerhalb dessen dieser Schutz zu verwirklichen ist. Eine an der völkerrechtlichen Methode orientierte Auslegung kann aber nicht bei Wortlaut und einer begrenzten systematischen Interpretation stehen bleiben. Laut Art. 31 III WVK ist nämlich auch jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrages, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervorgeht, zu berücksichtigen.

18 Vgl. *Lorz/Sauer*, Kinderrechte ohne Vorbehalt, MenschenRechtsMagazin Heft 1 /2011, 5 (12 Anm. 48).

19 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 2. Dezember 2010 – 2 UF 172/10 – zitiert nach juris Rn. 10ff.

20 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, BGBl 1985 II 926 und BGBl 1987 II 757.

21 Z.B. BVerwG, Urteil vom 29.4.2009 – 6 C 16/08 – zitiert nach juris Rn. 47.

22 OLG Karlsruhe (Anm. 19), Rn. 24f.

3.2.1 Bedeutung des General Comments für die Auslegung

Wesentlich für die Auslegung der Kinderrechtskonvention nach Art. 31 III lit b) WVK ist dabei die nachfolgende Praxis des Vertragsüberwachungsorgans, also des UN-Kinderrechtsausschusses, nach Art. 43 KRK. Der Kinderrechtsausschuss untersucht die Berichte der Vertragsstaaten, die diese gemäß Art. 44 KRK erstatten müssen, und formuliert in den sog. „concluding observations“ seine Bedenken und Empfehlungen für die jeweiligen Vertragsstaaten. Zudem veröffentlicht er seine Auslegung der Vorschriften der Konvention in den sog. General Comments. Die General Comments sind zwar rechtlich nicht verbindlich, denn es fehlt an entsprechenden Kompetenzzuweisungen in den Verträgen.²³ Sie ziehen aber eine Art Zwischenbilanz der bisherigen Spruchpraxis, konkretisieren damit die Anforderungen, die sich aus der Konvention ergeben und formulieren Standards in der Praxis des Ausschusses.²⁴

Damit vermögen die General Comments als Interpretationshilfen für die Ermittlung einer übereinstimmenden Ansicht der Vertragsstaaten über die Auslegung der Rechtsbegriffe im Vertrag zu dienen. Sie können Hinweise auf eine allgemeine konsentrierte Staatenpraxis darstellen.²⁵ Die General Comments nicht zu berücksichtigen, bedeutet die Konvention nicht *lege artis* auszulegen.²⁶ Es besteht insoweit eine Berücksichtigungspflicht, wenn auch keine generelle Beachtungspflicht. Wenn die Vertragsparteien mit dem Ausschuss im Vertrag ein Organ einsetzen, dessen Aufgabe die Streitbeilegung und fortwährende Konkretisierung der Standards ist, kommt darin auch der Wille der Parteien zum Ausdruck, den Vertrag durch dieses Organ auszulegen. Dieser „abgeleitete Parteiwille“ tritt allerdings hinter einer übereinstimmenden Staatenpraxis zurück. Fehlt es aber, wie im konkreten Fall, an einer solchen Praxis, kommt den Ansichten des Ausschusses großes Gewicht zu.²⁷ Denn die Regelung von § 12 I AsylVfG bzw. § 80 I AufenthG findet keine Entsprechung in anderen europäischen Staaten. Hier wird im Hinblick auf die Begleitung durch den Vormund oder anderen Beistand im Asylverfahren der Minderjährige, der das 16. Lebensjahr vollendet hat, nicht dem Volljährigen gleichgestellt.²⁸ Angesichts dieser im europäischen Vergleich besonderen deutschen Rechtslage sind die Vorgaben des General Comments Nr. 6 (2005) zur Frage der Handlungsfähigkeit wesentlich für eine *lege artis* Auslegung von Art. 22 KRK.

Der Kinderrechtsausschuss hat sich mit der Rechtsstellung unbegleiteter Minderjähriger in seinem General Comment Nr. 6 (2005) beschäftigt.²⁹ Dabei hat der Ausschuss in Auslegung von Art. 22 i. V. m. Art. 20 KRK festgestellt, dass ein asylsuchender Minderjähriger durch einen Erwachsenen repräsentiert werden solle, der mit dem Hintergrund des Minderjährigen vertraut und

23 Klein, General Comments, in: Ipsen et al. (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Rauschning, 2001, 301 (307); Lahnsteiner, Minderheiten, Manuskript 2011, 8f.; s.a. BVerwG (Anm. 21), Rn. .

24 Klein (Anm. 23), 301 (306).

25 Allgemein: Herdegen, Völkerrecht, 10. Aufl. 2011, § 15 Rn. 32; für den Wirtschafts- und Sozialpakt: BVerwG (Anm. 21) Rn. 48; Riedel/Söllner, Studiengebühren im Lichte des UN Sozialpaktes, JZ 2006, 270 (275f.); Simma, Die vergessenen Rechte, in: Ruland et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Zacher, 1998, 868 (874 ff.).

26 Klein (Anm. 23), 301 (307f.).

27 Vgl. Lahnsteiner (Anm. 23), 10f.

28 Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF), Unbegleitete minderjährige Migranten in Deutschland, 2008, 14; z. B. für Dänemark: Thorsen, Rights of Asylum Seeking Unaccompanied Minors, 2011, 4; für Belgien: Office of the Commissioner General for Refugees and Stateless Persons, Unaccompanied Minors, http://www.cgra.be/en/Groupees_vulnerables/Mineurs_etrangers_non_accompagnes; für Norwegen: Directorate of Immigration, Unaccompanied minor asylum seekers, <http://www.udl.no/Norwegian-Directorate-of-Immigration/Central-topics/Protection/Asylum-seekers-and-refugees/Unaccompanied-minor-asylum-seekers/>; mit rechtssystembedingten Besonderheiten UK: The British Refugee Council, Unaccompanied Children, http://www.rcis.org.uk/asylum_process/children.

29 Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 6 (2005), Treatment of Unaccompanied and Separated Children outside their Country of Origin, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 September 2005.

kompetent ist, das Kindeswohl zu vertreten. Im Asylverfahren und anderen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren soll der Minderjährige zusätzlich zum Vormund kostenfrei einen Rechtsbeistand erhalten.³⁰ Der kostenfreie Zugang zu einem Rechtsanwalt soll gerade dann gewährt werden, wenn das Asylverfahren im regulären Verfahren für Erwachsene durchgeführt wird.³¹ Vormund und Rechtsbeistand sollen während aller Gespräche anwesend sein, die der Minderjährige in den Verfahren mit den Behörden führt.³² Zudem sollen sowohl der Rechtsbeistand als auch der Vormund im Umgang mit unbegleiteten Minderjährigen besonders ausgebildet sein.³³ Die Interpretation des Ausschusses konkretisiert Art. 22 KRK dahingehend, dass der unbegleitete Minderjährige im Asylverfahren durch einen Vormund und einen kostenfreien Rechtsbeistand vertreten werden soll.

3.2.2 Systematische Auslegung im Licht von Artt. 1 und 3 I KRK

Die systematische Auslegung der Konvention unterstützt dieses Ergebnis. Für die Gewährung eines kostenfreien Rechtsbeistandes weist zwar Art. 37 d) KRK, der die Freiheitsentziehung regelt, in eine andere Richtung. Denn anders als Art. 22 KRK enthält Art. 37 d) KRK ausdrücklich das Recht auf Zugang zu einem rechtskundigen Beistand. Dies könnte dafür sprechen, dass die Vertragsstaaten in Art. 22 KRK die rechtsanwaltliche Vertretung nicht für zwingend hielten.³⁴ Dieser Annahme stehen aber Artt. 1 und 3 I KRK entgegen.

Art. 1 KRK legt fest, dass ein Kind im Sinn des Abkommens jeder Mensch ist, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt. Anders als die Bundesregierung anzunehmen scheint,³⁵ erlaubt Art. 1 KRK dabei keinen unterschiedlichen Eintritt der Volljährigkeit je nach betroffenem Rechtsgebiet.³⁶ Das anzuwendende Recht meint vielmehr die jeweilige staatliche Rechtsordnung. Der Kinderrechtsausschuss hat dies in der Definition des Begriffs „Kind“ deutlich gemacht. Danach darf kein Gesetz in einem Mitgliedstaat den Begriff eines Kindes abweichend von den allgemeinen Regeln über die Volljährigkeit definieren.³⁷ Abweichungen von diesem Grundsatz müssen im Vertragstext selbst festgelegt sein, wie im Fall der Kindersoldaten in Art. 38 KRK. Demgemäß nimmt der Ausschuss an, dass alle unbegleiteten Minderjährigen unter 18 Jahren nicht nur sobald als möglich einen Vormund erhalten, sondern dass der Vormund, der gerade für die Zwecke des Asylverfahrens für unerlässlich gehalten wird, auch bis zum Erreichen des 18. Lebensjahres verantwortlich bleibt.³⁸

30 General Comment Nr. 6 (2005) (Anm. 29), para. 36: “In cases where children are involved in asylum procedures or administrative or judicial proceedings, they should, in addition to the appointment of a guardian, be provided with legal representation.”; para. 69.

31 General Comment Nr. 6 (2005) (Anm. 29), para. 69: “An asylum-seeking child should be represented by an adult who is familiar with the child’s background and who is competent and able to represent his or her best interests ... The unaccompanied or separated child should also, in all cases, be given access, free of charge, to a qualified legal representative, including where the application for refugee status is processed under the normal procedures for adults.”

32 General Comment Nr. 6 (2005) (Anm. 29), para. 72.

33 General Comment Nr. 6 (2005) (Anm. 29), para. 95.

34 So OLG Karlsruhe (Anm. 19) Rn. 26.

35 BT-Drs. 17/3938 vom 25. November 2010 (Anm. 8), 3.

36 Heinold (Anm. 16), 65f.; Löhr (Anm. 15), 380.

37 General Comment Nr. 6 (2005) (Anm. 29), para. 9: “A “child as defined in article 1 of the Convention”, ... means that any instruments governing children in the territory of the State cannot define a child in any way that deviates from the norms determining the age of majority in that State.”

38 General Comment Nr. 6 (2005) (Anm. 29), para. 21 und 33.

Schließlich folgt das Erfordernis, unbegleiteten Minderjährigen einen Vormund und einen rechtlichen Beistand im Asylverfahren zu gewähren, auch aus Art. 3 I KRK, der den Vorrang des Kindeswohls bei staatlichen Entscheidungen festschreibt.³⁹ Eine solche Argumentation hat das OLG Karlsruhe mit dem Argument zurückgewiesen, dass Art. 3 I KRK als allgemeiner Grundsatz im Hinblick auf die Rechtswahrnehmung von Flüchtlingskindern keine weitergehenden Rechte vermitteln könne als die speziellere Bestimmung des Art. 22 I KRK.⁴⁰ Hierbei übersieht das Gericht aber, dass Art. 3 I KRK das Leitprinzip der Konvention formuliert, „das durch die vielen Einzelgarantien nur noch variiert beziehungsweise ausgestaltet wird.“⁴¹ Systematisch handelt es sich also nicht nur um eine Auffangvorschrift, ähnlich dem Art. 2 GG – wie das OLG Karlsruhe annimmt –, sondern um eine Formulierung der Zielsetzung der Konvention, die im Lichte einer teleologischen Auslegung auch bei der Interpretationen der einzelnen Konventionsbestimmungen zum Tragen kommen muss.⁴²

3.2.3 *Verstoß gegen Art. 22 KRK*

Gemessen an den Vorgaben der Kinderrechtskonvention sind § 80 I AufenthaltG und § 12 I AsylVfG völkerrechtswidrig. Auf der einen Seite gibt es zwar Elemente im Verwaltungsverfahren und vor Gericht, durch die dem Kindeswohl Rechnung getragen werden kann. So findet im Asylverfahren der Untersuchungsgrundsatz Anwendung. Dort wo dieser durch die Mitwirkungspflichten des Antragsstellers nach §§ 25 I und II, 15 AsylVfG beschränkt ist, sind diese Pflichten ihrerseits auf das praktisch Erfüllbare begrenzt. Laut Rechtsprechung und Literatur ist nämlich im Einzelfall zu berücksichtigen, wenn der Antragssteller aufgrund mangelnder intellektueller Fähigkeiten nicht in der Lage ist, die Ereignisse systematisch darzulegen.⁴³ Im Rahmen des Antrages auf Prozesskostenhilfe verlangen die Gerichte ähnlich wie im Verwaltungsverfahren keine umfangreichen Rechtskenntnisse und Kenntnisse der tatsächlichen Situation im Herkunftsland, sondern sie stellen vor allem auf die eigenständige Schilderung des Erlebten sowie auf die Darstellung des Einreisewegs nach Deutschland ab.⁴⁴ Schließlich kann der Jugendliche Unterstützung im Verfahren erlangen, indem er seinen Vormund entsprechend bevollmächtigt.⁴⁵

Auf der anderen Seite aber bewirken die Vorschriften letztendlich eine Gleichstellung von Minderjährigen mit Volljährigen.⁴⁶ Es wird nämlich verlangt, dass der unbegleitete Minderjährige ebenso wie ein Erwachsener im Rahmen der Anhörung vor dem BAMF und vor Gericht den Sachverhalt schlüssig und umfassend darlegt sowie gegebenenfalls Widersprüche klärt. Zeitliche, örtliche und sonstige Gegebenheiten müssen daher detailliert und vollständig vorgebracht werden. Der Untersuchungsgrundsatz ist auch insofern beschränkt, als dass das BAMF nur dann ermitteln muss, wenn sich Anhaltspunkte aus dem Vortrag des Antragsstellers ergeben.⁴⁷ Daher besteht für

39 General Comment Nr. 6 (2005) (Anm. 29), para. 21.

40 OLG Karlsruhe (Anm. 19), Rn. 27.

41 *Lorz/Sauer* (Anm. 18), 8.

42 *Alston*, 'The Best Interests Principle', *International Journal of Law and the Family* 8 (1994), 1 (15f.); *Freeman*, Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 3, 2007, 32.

43 *Wolff*, in: *Hofmann/Hoffmann* (Hrsg.) (Anm. 13), § 25 AsylVfG Rn. 9; s.a. BVerwG NVwZ 1990, 171.

44 OLG Karlsruhe (Anm. 19), Rn. 16 unter Verweis auf VG Augsburg, Beschluss vom 25.04.2006 – Au I S 06.30095 – zitiert nach juris, Rn. 3; s.a. *Bergmann* (Anm. 13), § 24 AsylVfG Rn. 4; § 25 AsylVfG Rn. 4.

45 *Meißner* (Anm. 15), 61.

46 Selbst wenn „§ 80 I AufenthG und § 12 I AsylVfG ... nicht die Volljährigkeit [regeln], sondern die Handlungsfähigkeit in bestimmten Rechtsbereichen“, wird faktisch eine Gleichstellung bewirkt; s. aber BT-Drs. 17/ 3938 vom 25. November 2010 (Anm. 8), 3.

47 *Bergmann* (Anm. 13), § 24 AsylVfG Rn. 4; § 25 AsylVfG Rn. 4; *Wolff* (Anm. 43), § 25 AsylVfG Rn. 8.

den Minderjährigen auch die Gefahr mit seinem Vorbringen präkludiert zu sein. Denn nach § 25 III AsylVfG steht es im Ermessen des BAMF, späteres Vorbringen des Antragsstellers nicht mehr zu berücksichtigen, wenn sich ansonsten die Entscheidung verzögerte.⁴⁸ Ist das Vorbringen des Antragsstellers in wesentlichen Punkten nicht substantiiert oder in sich widersprüchlich, ist der Asylantrag nach § 30 III Nr. 1 AsylVfG als offensichtlich unbegründet abzulehnen. In solchen Fällen beträgt die Rechtsmittelfrist gemäß § 74 I AsylVfG in der Regel nur eine Woche. Wird die Ablehnung auf dieser Grundlage rechtskräftig, dürfte nach § 10 III 2 AufenthG dem unbegleiteten Minderjährigen nach Abschluss des Asylverfahrens auch regelmäßig kein Aufenthaltstitel mehr erteilt werden. Auch wenn in diesem Rahmen in der Einzelentscheidung Raum für das Kindeswohl sein wird, das von den Behörden und Gerichten schon nach nationalen Recht zu berücksichtigen ist, orientieren sich die Standards letztlich doch an den Standards für Erwachsene. Im Hinblick auf Sprach- und Artikulationsdefizite erscheint aber fraglich, dass unbegleitete Minderjährige diesen Anforderungen genügen können.⁴⁹ Wenn dies auch im Einzelfall möglich sein mag,⁵⁰ kann diese Annahme nicht prinzipiell zur Grundlage einer Gesetzgebung gemacht werden, die dem Kindeswohl Rechnung zu tragen hat. So ist die Wertung des AG Gießen nicht von der Hand zu weisen, dass unbegleitete Minderjährige im Verfahren überfordert sein können, weil sie die deutsche Sprache nicht beherrschen und angesichts der Zustände in ihrem jeweiligen Heimatland staatlichen Stellen generell misstrauen.⁵¹ Anders als im Verfahren gegenüber Erwachsenen gebietet es der Kindeswohlvorrang, den Minderjährigen einer solchen Situation nicht auszusetzen.

3.2.4 Verstoß gegen Art. 2 KRK

Schließlich kann dem OLG Karlsruhe nicht darin gefolgt werden, dass durch die gegenwärtige Regelung dem Recht des Flüchtlings auf Gleichbehandlung mit deutschen Staatsangehörigen Genüge getan würde, weil mittellose deutsche Kinder für die Beordnung eines Rechtsanwalts auch auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe angewiesen seien.⁵² Das Recht auf Gleichbehandlung mit den deutschen Staatsangehörigen ergibt sich aus Art. 2 KRK, wonach die Rechte aus dem Übereinkommen ohne Diskriminierung gewährleistet werden. Nach dem General Comment No. 6 (2005) bedeutet dies u.a., dass jede Diskriminierung auf der Grundlage des Status als unbegleiteter minderjähriger Flüchtling verboten ist.⁵³ Zwar besteht die Ungleichbehandlung hier in der Tat nicht im Verweis auf die Prozesskostenhilfe. Der für die Diskriminierung erhebliche Unterschied liegt aber darin, dass in einem verwaltungs(-gerichtlichen) Verfahren ein minderjähriges Kind wegen seines Status als Ausländer und Flüchtling nicht durch einen gesetzlichen Vertreter repräsentiert ist. Nun kennt die Rechtsordnung auch andere Fälle, in denen Minderjährige in Verfahren handlungsfähig sind, und ihre materiellen Rechte selbständig verfolgen. Hierzu zählt z. B. die Entscheidung über das religiöse Bekenntnis gemäß § 5 KerZG oder die Erlangung eines Jugendjagdscheins, bei der dem Minderjährigen, der das 16. Lebensjahr vollendet hat, ebenfalls die Verfahrensfähigkeit gemäß §§ 16 I und IV, 15 BJagdG implizit zugebilligt wird.⁵⁴ In all diesen Be-

48 Wolff (Anm. 43) Rn. 16; s.a. § 36 Abs. 4 AsylVfG.

49 Krappmann, Kindeswohl und Flüchtlingskinder, in: DRK (Hrsg.), Kindeswohl für minderjährige Flüchtlinge und Migranten, 2010, 130.

50 So z. B. die Einschätzung des OLG Karlsruhe (Anm. 19), Rn. 16f. im konkreten Fall.

51 AG Gießen, NJW-RR 2011, 441.

52 OLG Karlsruhe (Anm. 19), Rn. 25.

53 General Comment Nr. 6 (2005) (Anm. 29), para. 18. Auch Art. 3 GG erlaubt eine Differenzierung nur, wenn es für den Anknüpfungspunkt der Staatsangehörigkeit einen hinreichenden sachlichen Grund gibt; BVerfG, 1 BvL 14/07 v. 7.2.2012, Absatz-Nr. 40ff., http://www.bverf.de/entscheidungen/ls20120207_1bvl001407.html.

54 Kunz, Handlungsfähigkeit minderjähriger Ausländer in ausländerbehördlichen Verfahren, NJW 1982, 2707.

reichen gilt die Überlegung, die auch den Gesetzgeber bei Einführung der Handlungsfähigkeit mit 16 Jahren in § 68 AuslG motiviert hat: Da das Gesetz den Minderjährigen „ab Vollendung ihres 16. Lebensjahres eigene Rechtsansprüche auf eine Aufenthaltsgenehmigung und den Regel-Anspruch auf erleichterte Einbürgerung einräumt“,⁵⁵ sollen sie diese auch selbständig wahrnehmen können. So nimmt die Bundesregierung an, dass es der Kinderrechtskonvention nicht widerspreche, „16- und 17-Jährigen mehr Rechte als jüngeren Kindern zu gewähren; dies gilt auch für das Recht, im eigenen Namen einen Asylantrag stellen zu können oder Verfahrenshandlungen nach dem Aufenthaltsgesetz vornehmen zu können“.⁵⁶

Indem die Bundesregierung die Regelung der § 80 I AufenthG und § 12 I AsylVfG allein als Einräumung eines Rechts interpretiert, übersieht sie aber die verfahrensrechtliche Schutzwirkung der Menschenrechte.⁵⁷ Die Einräumung einer materiellen Grundrechtsverbürgung erfordert es, dass der Staat geeignete Verfahrensvorkehrungen trifft, damit materielle Grundrechtspositionen nicht entwertet werden.⁵⁸ Zulässiges Kriterium dafür, Minderjährigen die Verfahrensfähigkeit zuzuerkennen, ist vor diesem Hintergrund allein deren Einsichtsfähigkeit.⁵⁹ Diese Einsichtsfähigkeit knüpft an Erfahrungen, das Erlernte und Erlebte an, was es erlaubt, den Minderjährigen in einem bestimmten Bereich für einsichtsreif zu halten. Gerade diese Einsichtsfähigkeit muss aber bei unbegleiteten Minderjährigen für das rechtlich hochkomplexe Asylverfahren bezweifelt werden. Anders als minderjährige Deutsche befinden sich asylsuchende Minderjährige außerhalb ihrer Kultur und ihres familiären Umfeldes in einem fremden Land, dessen soziale und rechtliche Regeln ihnen nicht vertraut sind. Sie sind in dieser Situation auf sich allein gestellt. Es fehlt den unbegleiteten Minderjährigen an jeglichem Erfahrungshorizont, auf den sie zurückgreifen könnten. So ist bezeichnend, dass das BAMF selbst in der Praxis von § 12 I AsylVfG abweicht: „Als sinnvoll hat sich darüber hinaus die Praxis erwiesen, den Vormündern 16- und 17-jähriger unbegleiteter Minderjähriger, die eigentlich selbst verfahrensfähig sind, die Anwesenheit bei Anhörungen zu ermöglichen.“⁶⁰

Die Regelung der § 80 I AufenthG und § 12 I AsylVfG ist damit nicht an der Einsichtsfähigkeit der Minderjährigen ausgerichtet, sondern an der Effektuierung der ausländer- und asylrechtlichen Verfahren. Laut Gesetzesbegründung ging es ganz vorrangig um die einheitliche Regelung der Handlungsfähigkeit im Aufenthaltsrecht und im Asylverfahren.⁶¹ Die Vorschrift dient „der Erleichterung des ausländerrechtlichen Verwaltungsverfahrens.“⁶² Denn Entscheidungen gegenüber Minderjährigen können schneller getroffen werden, wenn es zur Wirksamkeit der Entscheidungen nicht mehr der Beteiligung des gesetzlichen Vertreters bedarf.⁶³ Diese Zielsetzung lässt das Kindeswohl, dem nach Art. 3 I KRK aber Vorrang zukommt, völlig außer Acht und stellt keinen ausreichenden sachlichen Grund für eine unterschiedliche Behandlung dar.

55 BT-Drs. 11/6321 vom 27. Januar 1990, 80.

56 BT-Drs. 17/1812 vom 21. Mai 2010, 20.

57 Ähnlich *Löhr* (Anm. 15), 380.

58 BVerfGE 63, 131 (143); *Krieger*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2006, Kap. 6 Rn. 103.

59 Z.B. BVerfGE 28, 243 (255).

60 BAMF (Anm. 28), 74.

61 *Bergmann* (Anm. 13) § 12 Rn. 5.

62 BT-Drs. 11/6321 vom 27. Januar 1990, 79f.

63 *Krappmann* (Anm. 49), 128f.

4 Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die UN-Kinderrechtskonvention

Was folgt aus dem Verstoß gegen die Artt. 22 I und II S. 3, 20 i. V. m. 1, 3 I sowie 2 I KRK?

4.1 Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit

Widersprechen innerstaatliche Regelungen den Konventionsgewährleistungen, macht Deutschland sich nach Artt. 1–3 der Regeln über die Staatenverantwortlichkeit⁶⁴ im Außenverhältnis völkerrechtlich verantwortlich.⁶⁵ Nach Art. 4 dieser Regeln vermögen dabei alle staatlichen Organe die Verantwortlichkeit des Staates herbeizuführen, auch die Gerichte. Deshalb nimmt das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung an, dass innerstaatliche Gesetze im Rahmen anerkannter Methoden der Gesetzesauslegung völkerrechtskonform auszulegen sind, damit „Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Normen durch deutsche Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesrepublik begründen könnten,“ möglichst nicht eintreten.⁶⁶ Eine völkerrechtskonforme Auslegung durch die Gerichte ist aber nur dort möglich, wo eine Norm unbestimmte Rechtsbegriffe, Generalklauseln oder Ermessensentscheidungen enthält, so dass bei mehreren Auslegungsvarianten diejenige greift, die einen Verstoß gegen Völkerrecht vermeidet.⁶⁷ Daher ist zwar im Hinblick auf die Gewährung eines kostenfreien Rechtsbeistandes Raum für eine völkerrechtsfreundliche Auslegung im Rahmen von § 1909 BGB bei der Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffs „Fürsorgebedürfnis“ oder der Darlegungslast bei der Prüfung eines Prozesskostenhilfeantrages, indem z. B. nur minimale Anforderungen an die Schlüssigkeit des Vorbringens gestellt werden. § 80 I AufenthG und § 12 I AsylVfG enthalten aber selbst angesichts ihres Wortlautes und ihrer Zielsetzung keine Auslegungsspielräume.⁶⁸ Damit kollidiert die Handlungsfähigkeit Minderjähriger direkt mit den Anforderungen von Artt. 22 i. V. m. 1, 3 I KRK, den Minderjährigen nicht wie einen Volljährigen zu behandeln und ihn im Asylverfahren durch einen Vormund vertreten zu lassen. Wie im Fall einer solchen echten Normkollision zu verfahren ist, hängt davon ab, ob die einschlägigen Normen der Kinderrechtskonvention sog. „self-executing norms“ (vollzugsfähige Normen) darstellen, die innerstaatlich unmittelbar anwendbar sind. In einem solchen Fall müssen die Gerichte nämlich im Licht von Art. 20 III GG direkt auf diese zurückgreifen, so dass die allgemeinen Rang- und Kollisionsregeln für Gesetze gelten. Denn auf Grundlage des Zustimmungsgesetzes nach Art. 59 II GG erhalten völkervertragsrechtliche Normen den Rang eines Bundesgesetzes.⁶⁹ Damit fragt sich, ob Art. 22 KRK eine solche Norm darstellt.

4.2 Unmittelbare Anwendbarkeit

Da es das Völkerrecht in der Regel den Vertragsparteien überlässt, mit welchen Mitteln sie innerstaatlich ihre völkerrechtlichen Pflichten erfüllen,⁷⁰ ist die Frage, ob eine völkerrechtliche Norm

64 ILC, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, 31ff.

65 Lorz/Sauer (Anm. 18), 12.

66 BVerfGE 111, 307 (328f.); BVerfG, 2 BvR 2365/09 v. 4.5.2011, Abs.-Nr. 91ff., http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html.

67 Schweitzer, Staatsrecht III, 10. Aufl. 2010, Rn. 440c.

68 Die Ausnahmen Abs. 1 HS 2 sind einer vertretbaren völkerrechtsfreundlichen Auslegung nicht zugänglich.

69 BVerfG, Beschluss v. 8.7.2010, 2 BvR 2485/07, 2 BvR 2513/07, 2 BvR 2548/07 – in juris Rn. 28; Schweitzer (Anm. 67), Rn. 440d; Lorz/Sauer (Anm. 18), 12.

70 Vgl. BVerfGE 111, 307 (316/322); BVerfG (Fn. 66), Absatz-Nr. 91ff.

innerstaatlich unmittelbar anwendbar ist, vorrangig eine Frage des nationalen Rechts. Schon weil die Vertragsparteien die unmittelbare Anwendbarkeit aber ausdrücklich vereinbart haben können, beeinflusst die völkerrechtliche Interpretation eines Vertrages dennoch seine innerstaatliche Auslegung.⁷¹ Vor diesem Hintergrund ist nach ständiger Rechtsprechung eine völkerrechtliche Vertragsnorm dann im innerstaatlichen Recht mit Wirkung für und gegen den Betroffenen unmittelbar anwendbar, „wenn sie nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet und hinreichend bestimmt ist, wie innerstaatliche Vorschriften rechtliche Wirkung zu entfalten, dafür also keiner weiteren normativen Ausfüllung bedarf.“⁷²

Zweifel an der unmittelbaren Anwendbarkeit⁷³ ergeben sich daraus, dass Art. 22 KRK ausdrücklich nur die Vertragsparteien verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu treffen, und durch unbestimmte Zielvorgaben charakterisiert ist.⁷⁴ Auch der Wortlaut von Art. 4 KRK steht einer solchen Annahme eher entgegen.⁷⁵ Art. 22 KRK entspricht in seiner Struktur zudem Verbürgungen, wie denen der Europäischen Sozialcharta, die als typische Beispiele von non-self-executing Normen gelten.⁷⁶ Die Normen der EMRK, deren unmittelbare Anwendbarkeit allgemein bejaht wird,⁷⁷ sind demgegenüber vergleichbar den Grundrechten des Grundgesetzes individualrechtlich formuliert und überlassen den Vertragsstaaten keine vergleichbar weiten Spielräume.

Allerdings unterliegen völkerrechtliche Verträge der dynamischen Auslegung durch die Vertragsstaaten und – mit Einschränkungen – durch die vertraglich errichteten Ausschüsse. So wird mittlerweile für den Internationalen Pakt über wirtschaftliche und soziale Rechte trotz vergleichbarer staatsgerichteter Formulierungen für einige der Verbürgungen eine unmittelbare Anwendbarkeit vorgeschlagen.⁷⁸ Dem entspricht es, dass es nach einem völkerrechtlichen Verständnis der sog. Schutznormtheorie für eine Berechtigung des Individuums ausreichend sein kann, wenn eine staatsgerichtete Norm mittels einer systematischen Interpretation auch entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut die Annahme einer individuellen Berechtigung zulässt.⁷⁹ Diesem Ansatz folgt auch der Kinderrechtsausschuss in General Comment Nr. 5 (2003) zu den allgemeinen Umsetzungspflichten der Vertragsstaaten. Er mahnt die Vertragsstaaten, die Geltung der Kinderrechtskonvention in ihrem nationalen Recht zu gewährleisten. Der Ausschuss fordert, dass sich Individuen auf die Artikel der Konvention vor staatlichen Gerichten direkt berufen können und diese im Konfliktfall vorgehen sollen.⁸⁰ Zudem ist Art. 22 KRK insofern mittlerweile vom Ausschuss in General Comment No. 6 (2005) hinreichend konkretisiert worden. Der Ausschuss hat das Erfordernis, dass alle Personen unter 18 Jahren im Asylverfahren durch einen Vormund vertreten sein müssen, präzise formuliert. Für die Beantwortung der Frage, ob eine Norm nach Wortlaut, Zweck und Inhalt eine konkrete Berechtigung oder Verpflichtung enthält, sind laut Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nämlich die Praxis der Staaten bei der Anwendung des Vertrages und die dar-

71 *Kaiser*, *Treaties, Direct Applicability*, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, Rn. 6-8.

72 BVerfGE 29, 348 (360); BVerfGE 120, 206 (208f.); BVerfGE (Anm. 21), Rn. 46; BVerfG, NVwZ 2011, 752.

73 Gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit OLG Karlsruhe (Anm. 19), Rn. 19ff.

74 Im maßgeblichen englischen Wortlaut heißt es: „States Parties shall take appropriate measures...“.

75 *Lorz/Sauer* (Anm. 18), 7; a.A.: *Cremer*, *Die UN-Kinderrechtskonvention*, 2011, 17.

76 *Schweitzer* (Anm. 67), Rn. 439.

77 *Walther*, *Nationale Durchsetzung*, in *Grothe/Marauhn* (Anm. 58), Kapitel 31 Rn. 5.

78 CESCR, General Comment No. 3, *The nature of States parties obligations*, 14. Dezember 1990, UN Doc. E/1991/23, para. 5.

79 *Schweitzer* (Anm. 67), Rn. 440a.

80 Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 5 (2003), *General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, UN Doc. CRC/GC/2003/5, 27 November 2003, 19f.

auf bezogenen Äußerungen des Ausschusses heranzuziehen.⁸¹ Im Sinne der Vollzugslehre bleibt so für die innerstaatliche Auslegung einer Norm die Verknüpfung zum Völkerrecht bestehen.⁸² Das gleiche Ergebnis folgt im Übrigen auch aus Art. 3 I KRK. Für diese Vorschrift hat Lorz ausführlich ihre unmittelbare Anwendbarkeit dargelegt. Sie ergibt sich aus der Sonderstellung dieser Norm innerhalb der Kinderrechtskonvention, die zudem ihrem Wortlaut nach den Rechtsanwender direkt anspricht.⁸³ Seit Rücknahme des Vorbehaltes bejaht auch das Bundesverwaltungsgericht die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 3 KRK.⁸⁴

4.3 Anwendung der lex posterior Regel

Um die bestehende Kollision zwischen den unmittelbar anwendbaren Artt. 22 und 3 KRK und § 80 I AufenthG und § 12 I AsylVfG aufzulösen, greift die lex posterior Regel, wonach eine innerstaatlich unmittelbar anwendbare später gesetzte völkerrechtliche Norm dem früheren nationalen Recht vorgeht.⁸⁵ § 80 I AufenthG entspricht dem Wortlaut von § 68 AuslG von 1990.⁸⁶ § 12 I AsylVfG entspricht § 6 I AsylVfG von 1982.⁸⁷ Die 1992 in Kraft getretenen Vorschriften der Kinderrechtskonvention stellen demgegenüber zeitlich späteres Recht dar, dessen Kollision mit den asyl- und ausländerrechtlichen Vorschriften bis 2010 über den Vorbehalt sowohl für die unmittelbare Anwendbarkeit als auch für die Anwendbarkeit im Ausländerrecht ausgeschlossen worden ist. An diesem Vorrang könnten nur insofern Zweifel bestehen, als dass der Innenausschuss des Bundestages im ersten Durchgang des Zuwanderungsgesetzes in der 14. Legislaturperiode den § 80 I AufenthG streichen und auf das Kindeswohl in Abs. 2 S. 1 ausdrücklich hinweisen wollte,⁸⁸ diese Vorschläge aber nicht umgesetzt und später nicht aufgegriffen wurden.⁸⁹ Dass hierin eine zeitlich spätere Betätigung des gesetzgeberischen Willens liegt, die ihrerseits wiederum der Kinderrechtskonvention vorgeht, ist aber nicht anzunehmen. Das Bundesverfassungsgericht hat schon 1987 für die Interpretation des gesetzgeberischen Willens die Vermutung formuliert, dass der Gesetzgeber nicht von den Völkerrechtspflichten Deutschlands abweichen oder ihre Verletzung ermöglichen will, „sofern er dies nicht klar bekundet hat“.⁹⁰ Bei den jeweiligen Neufassungen des Aufenthaltsgesetzes und des Asylverfahrensgesetzes ist die zuvor geschaffene, durch den Vorbehalt völkerrechtlich abgesicherte asyl- und ausländerrechtliche Rechtslage lediglich aufrechterhalten worden, ohne dass hierin eine klare Bekundung des gesetzgeberischen Willens liegt, bewusst gegen die Verpflichtungen aus der Kinderrechtskonvention zu verstoßen, da angesichts der Fortgeltung des Vorbehaltes kein Bedarf zu gesetzgeberischer Tätigkeit bestand. Mit Zurücknahme des Vorbehaltes aber ist die UN-Kinderrechtskonvention gegenüber § 80 I AufenthG und § 12 I AsylVfG vorrangig. Beide Normen müssen unangewendet bleiben mit der Folge, dass die allgemeinen Regeln über die Handlungsfähigkeit im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zur Anwendung gelangen, so dass der Minderjährige gemäß § 12 I Nr. 1 VwVfG und § 62 I Nr. 1 VwGO nicht handlungsfähig ist und durch seinen Vormund vertreten werden muss. Die Annahme der

81 Zur Auslegung von Art. 13 Abs. 2 Buchst c IPwskR:

82 *Schweitzer* (Anm. 67), Rn. 440a.

83 *Lorz/Sauer* (Anm. 18), 8.

84 BVerwG, Beschluss vom 10.02.2011, 1 B 22/10 – zitiert nach juris Rn. 4.

85 *Schweitzer* (Anm. 67) Rn. 440d.

86 BGBl I 1990, 1354, 1356.

87 BGBl I 1982, 946.

88 BT-Drucks. 14/8414, 44 f.

89 *Hofmann* (Anm. 13), § 80 Rn. 4.

90 BVerfGE 54, 358 (370); zur echten Kollision: Cremer, Zur Einwirkung der EMRK auf das deutsche Ausländerrecht, ZAR 2006, 341 (350ff.); problematisch: VG Karlsruhe, Urteil vom 29.11.2004 – 10 K 891/03.

Bundesregierung, die Vorschriften blieben bis zum Inkrafttreten eines gesetzlichen Änderungsbefehls in Kraft,⁹¹ übersieht demgegenüber die Folgen der unmittelbaren Anwendbarkeit. Dennoch sollte der Bundesgesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit, § 80 I AufenthG und § 12 I AsylVfG zur Klarstellung abschaffen.⁹²

5 Ausblick

Die Analyse zeigt, dass § 80 I AufenthG und § 12 I AsylVfG gegen Art. 22 I und II S. 3, 20 i. V. m. 1, 3 I und 2 I KRK verstoßen. Eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit kann aber angesichts ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit abgewendet werden. Da diese Normen als *lex posterior* vorrangig sind, muss der Minderjährige im Verfahren durch einen Vormund vertreten werden. Im Wege der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ist ein kostenfreier Rechtsbeistand über § 1909 BGB bzw. einen Antrag auf Prozesskostenhilfe und Beiordnung eines Rechtsanwaltes zu gewährleisten. Im Interesse der Rechtssicherheit sollte der Gesetzgeber § 80 I AufenthaltsgG und § 12 I AsylVfG ersatzlos streichen. Nichtsdestotrotz setzt sich die Bundesregierung gegenüber Vorschlägen der EU-Kommission zur neuen Verfahrensrichtlinie weiter dafür ein, die Regelungen über die Handlungsfähigkeit aufrechtzuerhalten. Auch andere Vorschläge der Kommission, den Schutz unbegleiteter Minderjähriger zu erweitern, lehnt die Bundesregierung ab. So ist sie nicht bereit, darauf zu verzichten, dass bei der Gewährung eines kostenfreien Rechtsbeistandes die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs berücksichtigt werden.⁹³ Das strikte Festhalten am Leitbild der Zuwanderungssteuerung gegenüber unbegleiteten Minderjährigen findet dabei keine Entsprechung in der Anzahl betroffener Fälle. Trotz leichten Anstiegs in den letzten Jahren sind die Zahlen unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge seit 2001 erheblich zurückgegangen. Nach seinen eigenen Angaben entschied das BAMF im Jahr 2008 nur über 268 Asylerstanträge von unbegleiteten Minderjährigen.⁹⁴ Auch die wirksame Steuerung der Zuwanderung dürfte damit kein Argument sein, das Asyl- und Ausländerrecht nicht an die Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention anzupassen. Im Gegenteil ist es höchste Zeit, dass sich die Bundesrepublik den Konsequenzen der Ratifikation stellt.

Verf.: Prof. Dr. Heike Krieger, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht, Fachbereich Rechtswissenschaft, Freie Universität Berlin, Van 't-Hoff-Straße 8, 14195 Berlin, E-Mail: hkrieger@zedat.fu-berlin.de

91 BT-Drs. 17/3938 vom 25. November 2010 (Anm. 8), 3.

92 Vgl. *Lorz/Sauer* (Anm. 18), 12.

93 BT-Drs. 17/8408 vom 20. Januar 2012 (Fn. 7), 10.

94 BAMF (Fn. 28), 20.