

FACHBEITRÄGE

JUGENDSTRAFRECHT

Das Recht eines unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings auf Betreuung und Unterbringung nach Art. 20 der UN-Kinderrechtskonvention

Hendrik Cremer

Während die Zahl der in Deutschland Asyl suchenden Menschen in jüngster Zeit insgesamt deutlich gestiegen ist, hat auch die Zahl von unbegleiteten Minderjährigen, die ohne ihre Eltern nach Deutschland einreisen und hier Schutz suchen zugenommen. Die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) verbessert den menschenrechtlichen Schutz für alle Minderjährigen, unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus. Dabei müssen die in der KRK völkerrechtlich verbürgten Menschenrechte auch innerstaatlich umgesetzt und in der Rechtspraxis beachtet werden. Für unbegleitete Minderjährige hat insbesondere Art. 20 KRK erhebliche Bedeutung, der ihnen einen „Anspruch auf den besonderen Schutz und Beistand des Staates“ garantiert.

Keywords: Unbegleitete Minderjährige, Menschenrechte, UN-Kinderrechtskonvention, Kinder- und Jugendhilfe

Die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) reiht sich ein in eine Anzahl von Menschenrechtsverträgen, die in den letzten Jahrzehnten auf globaler Ebene geschaffen worden sind. Als Menschenrechte gelten die in der KRK kodifizierten Rechte für alle Minderjährigen (Art. 1 KRK) bis zur Vollendung des 18. Lebensjahr, dem Eintritt der Volljährigkeit (§ 2 BGB). Die Rechte der Konvention gelten somit etwa für Minderjährige, die Asyl oder anderweitigen Schutz suchen, für Minderjährige mit Duldungsstatus und für Minderjährige ohne Papiere. Sie gelten mithin für jeden Minderjährigen, unabhängig davon, ob er die Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt nach nationalem Recht erfüllt.

Wie bei anderen Menschenrechtsverträgen, gibt es zur KRK mittlerweile auch ein Individualbeschwerdeverfahren auf internationaler Ebene. Deutschland hat es als einer der ersten Staaten ratifiziert und damit anerkannt, dass die Konvention individuelle Rechtspositionen begründet.¹ Wenngleich die Frage, ob die KRK individualrechtliche und justiziable Verbürgungen beinhaltet, mit der Etablierung des Individualbeschwerdeverfahrens längst und eindeutig entschieden ist, stößt man nicht nur im deutschen juristischen

Schrifttum, sondern ebenso in der deutschen Rechtspraxis bis heute auf Auffassungen, die diese Entwicklungen nicht ausreichend zur Kenntnis nehmen.

Vor diesem Hintergrund gilt es hervorzuheben, dass es sich bei den Bestimmungen der KRK nicht nur um verbindliches Recht handelt, welches von den Vertragsstaaten umzusetzen ist. Als darüber hinaus gehendes „Plus“ gegenüber rein objektiven Staatenverpflichtungen beinhaltet die KRK vielmehr individuelle Rechte, die Kinder in ihrer Rechtsposition stärken.²

Um ihr Hauptanliegen zu erreichen, den Menschenrechtsschutz für Kinder zu verbessern, konkretisiert die KRK die mit den Rechten korrespondierenden staatlichen Verpflichtungen. Damit erklärt sich, dass einzelne Bestimmungen der KRK ihrem ersten Eindruck nach so formuliert sind und verstanden werden könnten, dass sie lediglich Verpflichtungen des Staates begründen. Sie sind indes als Konkretisierungen staatlicher Verpflichtungen zur Realisierung der in der KRK anerkannten Rechte zu verstehen.

1 Bestimmungen der KRK sind unmittelbar anwendbar

Nachdem die Bundesregierung im Juli 2010 die Erklärung zurückgenommen hat, in der sie die innerstaatliche Anwendbarkeit der KRK grundsätzlich negiert hatte, können die Normen der KRK in Deutschland ohne Zweifel innerstaatlich Anwendung finden. Die Normen der KRK können demnach in Einzelfällen in direkter Anwendung als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden, möglicherweise auch in Kombination mit weiteren Normen – etwa des rein nationalen Rechts.

Ob eine Norm subjektive Rechte begründet, ist dabei nicht entscheidend. Auch Rechtsätze des allein objektiven Rechts können unmittelbar anwendbar sein und müssen von Behörden und Gerichten beachtet werden. Subjektive Rechte sind die weitest gehende Form der innerstaatlichen Anwendbarkeit. Begründet eine völkerrechtliche Norm ein subjektives Recht, so wird dem Einzelnen gleichzeitig die

¹ Dazu genauer CREMER, 2014, S. 22 ff.

² VAN BUEREN, 1995, S. 391; HODGKIN & NEWELL, 1998, S. 19, S. 51; DETRICK, 1999, S. 68; CREMER, 2012a, S. 8 ff.

Befugnis verliehen, sich vor staatlichen Behörden und Gerichten auf dieses Recht zu berufen und es geltend machen zu können.

Die KRK enthält in ihrem materiell-rechtlichen Teil (Art. 1 bis Art. 41 KRK) eine große Anzahl von Bestimmungen, die subjektive Rechte beinhalten und damit auch innerstaatlich unmittelbar anwendbar sind. Dabei sind nicht nur die einzelnen Rechte des Kindes im besonderen Teil des Übereinkommens (Art. 6 bis Art. 41) unmittelbar anwendbar. Gleiches gilt beispielsweise für die allgemeine Querschnittsklausel des Art. 3 Abs. 1 KRK, nach der das Kindeswohl bei allen staatlichen Maßnahmen als ein vorrangiger Gesichtspunkt zu berücksichtigen ist,³ und das Diskriminierungsverbot in Art. 2 Abs. 1 KRK.

Welchen Inhalt die Rechte der KRK haben und welche konkreten Handlungs- oder Unterlassungspflichten Kinder und/oder ihre gesetzlichen Vertreter vor staatlichen Behörden und Gerichten geltend machen können, ergibt sich aus der Auslegung des jeweiligen Rechts der KRK.

2 Auflösung von Konflikten im innerstaatlichen Rechtsraum

Da völkerrechtliche Verträge wie die KRK in der deutschen Rechtsordnung lediglich den Rang eines einfachen Gesetzes haben, kann es zu Konflikten zwischen Völkervertragsnormen und anderen einfachen innerstaatlichen Gesetzen kommen. Um völkerrechtswidrige Resultate zu vermeiden, ist – insbesondere vom Bundesverfassungsgericht – das Gebot der völkerrechtskonformen Auslegung und Anwendung innerstaatlichen Rechts entwickelt worden. Demnach haben die Rechtsanwendenden den völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands grundsätzlich Wirksamkeit zu verleihen. Jede innerstaatliche Norm ist so auszulegen, dass kein völkerrechtswidriges Ergebnis folgt. Ausgangspunkt ist in diesem Fall nicht die völkerrechtliche Vertragsnorm, sondern eine Norm des rein innerstaatlichen Rechts, die es vertragskonform auszulegen gilt.

Orientiert sich die Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts an der KRK, können Konflikte zwischen der KRK und dem rein innerstaatlichen Recht vermieden werden. Dies gilt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt das innerstaatliche Recht in Kraft getreten ist. Der konventionskonformen Auslegung sind erst dann Grenzen gesetzt, wenn ein entgegenstehender gesetzgeberischer Wille eindeutig im Gesetzestext zum Ausdruck gekommen ist.⁴ Das Gebot der völkerrechtskonformen Auslegung kann im Bereich des einfachen staatlichen Rechts etwa bei der Auslegung von Rechtsbegriffen oder bei der Konkretisierung von Generalklauseln auf der Ebene der Gesetzesinterpretation oder auf der Ebene der Ermessensausübung greifen.

Darüber hinaus beeinflusst die KRK nicht nur die Auslegung des einfachen Rechts, sondern auch die Auslegung der Grundrechte und der rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Das Bundesverfassungsgericht hat insofern herausgestellt, dass die Gewährleistungen einer Menschenrechtskonvention die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes beeinflussen. Sie dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes. Dem entsprechend sind die Grundrechte unter Berücksichtigung der UN-Kinderrechtskonvention auszulegen.⁵

Die völkerrechtskonforme Auslegung und Anwendung nationalen Rechts ist also insofern von Bedeutung, als die

Rechtsanwendenden den völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands grundsätzlich Wirksamkeit verschaffen müssen.⁶ Das nationale Recht, sei es das Jugendhilferecht, das Aufenthaltsgesetz, das Asylverfahrens- oder das Asylbewerberleistungsgesetz, ist konventionskonform auszulegen und anzuwenden.

3 Anwendungsbereiche von Art. 20 KRK

Im Weiteren sollen insbesondere am Beispiel von Art. 20 KRK Anwendungsbereiche der KRK aufgezeigt werden. Die Norm ist von zentraler Bedeutung für unbegleitete Minderjährige.

Die amtliche deutsche Übersetzung⁷ des Art. 20 KRK lautet:

- (1) Ein Kind, das vorübergehend oder dauernd aus seiner familiären Umgebung herausgelöst wird oder dem der Verbleib in dieser Umgebung im eigenen Interesse nicht gestattet werden kann, hat Anspruch auf den besonderen Schutz und Beistand des Staates.
- (2) Die Vertragsstaaten stellen nach Maßgabe ihres innerstaatlichen Rechts andere Formen der Betreuung eines solchen Kindes sicher.
- (3) Als andere Form der Betreuung kommt unter anderem die Aufnahme in eine Pflegefamilie, die Kafala nach islamischem Recht, die Adoption oder, falls erforderlich, die Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungsrichtung in Betracht. Bei der Wahl zwischen diesen Lösungen sind die erwünschte Kontinuität in der Erziehung des Kindes sowie die ethnische, religiöse, kulturelle und sprachliche Herkunft des Kindes gebührend zu berücksichtigen.

Art. 20 KRK begründet ein Recht auf alternative Ersatzbetreuung zum Wohl des Kindes und eignet sich damit zur unmittelbaren Anwendung. Ausgangspunkt des Rechtsanspruchs ist – wie im Falle der Inobhutnahme nach § 42 beziehungsweise § 42a SGB VIII (KJHG) – eine konkrete Notsituation des Kindes. Das Recht gilt für jedes Kind (Art. 1 KRK), welches sich vorübergehend oder dauerhaft in einer Situation ohne familiären Schutz befindet und daher auf alternative Ersatzbetreuung angewiesen ist (Art. 20 Abs. 1 KRK). Für unbegleitete Minderjährige, die einen Flüchtlingsstatus oder

³ Dazu genauer CREMER, 2012b, S. 327 ff.

⁴ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 26.03.1987, Aktenzeichen 2 BvR 589/79, 740/81, 284/85. In: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 74, S. 358 (370).

⁵ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 05.07.2013, Aktenzeichen 2 BvR 708/12, Ziffer 21 ff; siehe ebenso Kammergericht Berlin, Beschluss vom 23.09.2010, Aktenzeichen 1 W 70/08. In der Entscheidung geht es um die Eintragung in ein Geburtenbuch, sie nimmt dabei auf die Rechte in Art. 7 KRK und Art. 8 KRK Bezug. Siehe ebenso Landessozialgericht Baden-Württemberg: Beschluss vom 27.10.2011, Aktenzeichen L 7 AY 3998/11 ER-B, Ziffer 7.

⁶ Siehe zu alledem genauer CREMER, 2012a, S. 16 ff.

⁷ Die authentische englische Fassung von Art. 20 KRK lautet:

(1) A child temporarily or permanently deprived of his or her family environment, or in whose own best interests cannot be allowed to remain in that environment, shall be entitled to special protection and assistance provided by the State.

(2) States Parties shall in accordance with their national laws ensure alternative care for such a child.

(3) Such care could include, inter alia, foster placement, kafalah of Islamic law, adoption or if necessary placement in suitable institutions for the care of children. When considering solutions, due regard shall be paid to the desirability of continuity in a child's upbringing and to the child's ethnic, religious, cultural and linguistic background.

Weitere authentische Fassungen existieren in französischer, arabischer, chinesischer, russischer und spanischer Sprache. Vgl. Art. 54 KRK.

Schutz nach internationalem oder nationalem (Asyl-)Recht begehren oder erfolgreich erhalten, stellt Art. 22 Abs. 2 KRK zudem explizit klar, dass Art. 20 KRK auch für sie gilt.

In Bezug auf die Sicherstellung alternativer Betreuungsformen bleibt dem Staat ein Handlungsspielraum hinsichtlich der Art der Betreuungsformen (Abs. 3 S. 1) wie auch ihrer Ausgestaltung (Abs. 2), nicht aber hinsichtlich der Sicherstellung selbst (Abs. 2). Dabei enthält Art. 20 Abs. 3 S. 1 KRK die Wertung, dass bei den dort genannten Formen der Betreuung die Aufnahme in eine Pflegefamilie, die Kafala und die Adoption vorrangig gegenüber der Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung in Betracht zu ziehen sind. Die Unterbringung in einer Kinderbetreuungseinrichtung ist keine gleichwertige Alternative zu anderen Betreuungsformen, sondern eine ausdrücklich subsidiäre Lösung. Nur „falls erforderlich“, ist die Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung als mögliche Lösung in Betracht zu ziehen.⁸ Als subsidiäre Lösung neben anderen Betreuungsformen und damit zugleich als Mindestgarantie begründet Art. 20 KRK einen Anspruch auf Betreuung und Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung. Die Betreuung in geeigneten Kinderbetreuungseinrichtungen muss der Staat nach Art. 20 KRK garantieren.

Art. 20 KRK nennt des Weiteren Gesichtspunkte, die bei jeder Einzelentscheidung einzubeziehen sind (Abs. 3 S. 2). Danach sind jeweils die erwünschte Kontinuität in der Erziehung des Kindes sowie der ethnische, religiöse, kulturelle und sprachliche Hintergrund des Kindes gebührend zu berücksichtigen. Dass das Kindeswohl nach Art. 20 KRK letztlich das übergeordnete Kriterium der Entscheidung im Einzelfall ist, liegt nach Ziel und Zweck der Norm im systematischen Kontext der Konvention angesichts der Querschnittsklausel des Art. 3 Abs. 1 KRK auf der Hand.⁹

3.1 Zurückweisungsverbot

Ein unbegleitetes Kind an der Grenze zurückzuweisen, ist mit Art. 20 KRK nicht vereinbar. Staatliches Handeln an der Grenze unterliegt den Bindungen des Art. 20 KRK. Die Vertragsstaaten haben Handlungs- und Unterlassungspflichten, die aus Art. 20 KRK resultieren, unbegleiteten Kindern gegenüber an der Grenze zu beachten.

Der räumliche Geltungsbereich der KRK erstreckt sich nach Art. 2 Abs. 1 KRK auf jedes der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates unterliegende Kind. Entscheidend ist damit nicht, ob sich das Kind auf dem Hoheitsgebiet des Staates befindet, sondern ob es der Hoheitsgewalt des jeweiligen Vertragsstaates unterliegt. Die aus dem Anspruch des Art. 20 KRK korrespondierende Pflicht des Staates zur Betreuung und Unterbringung eines unbegleiteten Kindes steht daher in einem unabdingbaren Zusammenhang zur Gestattung der Einreise. Dem Anspruch auf alternative Ersatzbetreuung ist die Verpflichtung zur Gestattung der Einreise eines unbegleiteten Kindes immanent.¹⁰

In einem Spannungsverhältnis zu dieser Feststellung steht die Tatsache, dass die Regelung der Einreise wie auch der Beendigung des Aufenthaltes von Nicht-Staatsangehörigen nach allgemeinem Völkerrecht grundsätzlich zu demjenigen Bereich gehört, der den Staaten kraft ihrer Souveränität zur freien Regelung zusteht. Einerseits hat ein unbegleitetes Kind nach Art. 20 KRK einen Anspruch auf alternative Ersatzbetreuung, andererseits räumt das Prinzip der Souveränität den Staaten das Recht ein, Einreise und Beendigung des Aufenthaltes von Nicht-Staatsangehörigen autonom zu regeln.

Der Umfang staatlicher Souveränität bestimmt sich aufgrund des Völkerrechts und kann daher, zumal es einer fortschreitenden Entwicklung unterliegt, nicht endgültig und ein für alle Mal umrissen werden. Die in die ausschließliche Zuständigkeit der Staaten fallenden Bereiche bestimmen sich vielmehr aufgrund der dem jeweiligen Staat obliegenden völkerrechtlichen Verpflichtungen. Denn mit der Ratifikation eines völkerrechtlichen Vertrages stimmt ein Staat auch der Einschränkung ihm kraft seiner Souveränität zukommenden Befugnisse zu. So resultieren aus der Genfer Flüchtlingskonvention wie auch aus internationalen und europäischen Menschenrechtsverträgen völkerrechtliche Verpflichtungen, die der staatlichen Souveränität bei der Entscheidung über die Gestattung der Einreise und der Beendigung des Aufenthaltes von Nicht-Staatsangehörigen Grenzen zieht.

Zu erwähnen ist hier beispielsweise Art. 3 EMRK. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 3 EMRK liegt eine verbotene Zurückweisung oder Abschiebung vor, wenn die betroffene Person dadurch dem Risiko einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt wird. Daneben sind insbesondere das Privat- und Familienleben schützende Normen zu nennen, welche die staatliche Souveränität zu beschränken vermögen. Von herausragender Bedeutung auf europäischer Ebene für den Schutz des Privat- und Familienlebens im Rahmen des Aufenthaltsrechts ist Art. 8 EMRK.

Die Vertragsstaaten der KRK können sich folglich nicht auf einen generellen Vorrang nationaler Einreise- oder Aufenthaltsbestimmungen berufen. Aufenthaltsrechtliche Konsequenzen können sich implizit aus dem materiell-rechtlichen Gehalt einzelner Bestimmungen der KRK ergeben. Dem entsprechend zieht etwa der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im Rahmen von Art. 8 EMRK auch den Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 KRK in seine Prüfung mit ein.¹¹

Art. 20 KRK lässt den Vertragsstaaten demnach keinen Raum, die Zurückweisung eines unbegleiteten Minderjährigen an der Grenze zu rechtfertigen. Mit Ratifikation der KRK hat der jeweilige Vertragsstaat auch der Einschränkung der ihm kraft seiner Souveränität zukommenden Befugnisse zugestimmt. Der enge Begünstigtenkreis des Art. 20 KRK, der sich auf Kinder in einer konkreten Notsituation bezieht, hat daher zur Folge, dass sich die Zurückweisung als Verweigerung des Anspruchs darstellt, der sich mit der Souveränität der Staaten nicht rechtfertigen lässt. Einem unbegleiteten Kind darf, auch wenn es die staatlichen Einreisebedingungen nicht erfüllt, etwa weil er oder sie über keine Reisedokumente (Pass), kein Visum (Sichtvermerk) oder keine ausreichenden Mittel zum Unterhalt verfügt, die Einreise

8 Die Vorrangigkeit familiärer Ersatzbetreuung in Art. 20 KRK geht auf die Ergebnisse einer Expertenkommission anlässlich der „UN Declaration on Social and Legal Principles relating to the Protection and Welfare of Children, with Special Reference to Foster Placement and Adoption Nationally and Internationally“, A/RES/41/85 vom 03.12.1986, zurück. Die Erklärung spricht sich ebenso vorrangig für familiäre Ersatzbetreuung aus, der Vorzug vor der Heimunterbringung zu geben sei. In Art. 4 der Erklärung heißt es: „When care by the child's own parents is unavailable or inappropriate, care by relatives of the child's parents, by another substitute – foster or adoptive – family or, if necessary, by an appropriate institution should be considered.“ Vgl. DORSCH, 1994, S. 201, S. 42.

9 Auch die Entstehungsgeschichte des Art. 20 KRK bestätigt, dass die Unterbringung zum Wohl des Kindes zu erfolgen hat. Vgl. dazu DORSCH, 1994, S. 200; DETRICK, 1999, S. 337.

10 Vgl. DEUTSCHER BUNDESTAG, 2012, BT-Drucksache 17/9187, S. 8.

11 EGMR, Urteil vom 28.09.2011, Nr. 55587/09, Nunez vs. Norwegen, Ziffer 84.

nicht verweigert werden. Sobald ein Kind an der Grenze als unbegleitet identifiziert worden ist, ist es daher unverzüglich nach Art. 20 KRK unterzubringen.

3.2 Unterbringung im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe

Des Weiteren ist es nicht mit Art. 20 KRK vereinbar, wenn unbegleitete Minderjährige außerhalb der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII), etwa in Erstaufnahmeeinrichtungen oder Gemeinschaftsunterkünften nach dem Asylverfahrensgesetz untergebracht werden. Art. 20 KRK hat uneingeschränkte Geltung für unbegleitete Minderjährige.

Unter dem Begriff der geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung im Sinne des Art. 20 KRK sind in der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich alle nach der Kinder- und Jugendhilfe geeigneten Formen stationären und betreuten Wohnens zu verstehen. Asylbewerberunterkünfte nach dem Asylverfahrensgesetz fallen nicht darunter; es handelt sich dabei weder um Kinderbetreuungseinrichtungen noch sind sie zur Unterbringung von Kindern geeignet.

Während die Zahl der in Deutschland Asyl suchenden Menschen in jüngster Zeit insgesamt deutlich gestiegen ist, hat auch die Zahl der unbegleiteten Minderjährigen, die ohne ihre Eltern nach Deutschland einreisen, zugenommen. Dabei ist ihre Versorgung im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe oftmals nicht gewährleistet. In Reaktion auf die ansteigende Zahl unbegleiteter Minderjähriger hat der Gesetzgeber eine seit dem 1. November 2015 geltende Quotenregelung zur bundesweiten Verteilung von unbegleiteten Minderjährigen geschaffen (§ 42a ff. SGB VIII). Die Bundesländer sind demnach dazu verpflichtet, der jeweiligen Aufnahmequote entsprechend, ausreichend Kapazitäten für die Aufnahme von unbegleiteten Minderjährigen aufzubauen. Sie müssen folglich dafür Sorge tragen, dass genügend Einrichtungen geschaffen werden sowie Personal eingestellt und qualifiziert wird, um die Minderjährigen im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe unterzubringen zu können.¹² Hierbei handelt es sich nicht nur um eine staatliche Verpflichtung im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe. Unbegleitete Minderjährige haben nach Art. 20 KRK ein Recht darauf.

3.3 Abschiebungsverbot

Asylanträge von unbegleiteten Minderjährigen, zu den Hauptherkunftsländern zählen gegenwärtig Syrien, Afghanistan, Eritrea und Somalia,¹³ werden häufig positiv entschieden.¹⁴ Im Übrigen kann sich auch aus Art. 20 KRK aufenthaltsrechtlicher Schutz ergeben, indem er ein Abschiebungshindernis und die rechtliche Unmöglichkeit der Ausreise im Sinne des Aufenthaltsgesetzes begründen kann. Denn die Herausnahme eines Minderjährigen aus einer Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe oder aus einer Pflegefamilie ist nur dann rechtlich zulässig, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgt und im Lichte des Kindeswohlmaßstabs verhältnismäßig ist. Eingriffe in die durch Art. 20 KRK geschützte Rechtsposition dürfen grundsätzlich nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Lichte des Vorrangs des Kindeswohls erfolgen. Dies gilt auch für aufenthaltsbeendende Maßnahmen, die jedoch in jedem Fall zu unterbleiben haben, wenn sie das Kindeswohl konkret gefährden. So liefen etwa aufenthaltsbeendende Maßnahmen, welche die Betreuungsbedürftigkeit und Unterbringungssituation eines Kindes während einer solchen außer Acht lassen, so dass das Kind aufgrund fehlender familiärer Anbindungen sich selbst überlassen bliebe, Ziel und Zweck des Art. 20 KRK diametral entgegen.¹⁵

3.4 Grundlage für Aufenthaltserlaubnis

Da Art. 20 KRK die rechtliche Unmöglichkeit einer Ausreise begründen kann, kann er in der Praxis überdies ebenso als Grundlage für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis herangezogen werden.¹⁶ So kann etwa nach § 25 Abs. 5 AufenthG einem Nicht-Staatsangehörigen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen Gründen unmöglich ist. § 25 Abs. 5 AufenthG erfasst – sozusagen als Auffangtatbestand – alle Abschiebungshindernisse rechtlicher Art.

3.5 Verbot der Abschiebungshaft

Auch für die Frage, ob unbegleitete Minderjährige in Abschiebungshaft genommen werden dürfen, kommt Art. 20 KRK zentrale Bedeutung zu. Daneben ist auch Art. 37b KRK von Relevanz, der Kinder vor Eingriffen in ihre Freiheit schützt.¹⁷

Wird der Staat – etwa im Zuge von Grenzkontrollen – auf einen unbegleiteten Minderjährigen beim Überschreiten der Außengrenzen Deutschlands oder im Inland auf ihn aufmerksam, darf dieser nicht inhaftiert werden. Er ist vielmehr Art. 20 KRK entsprechend im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) unterzubringen. Darüber hinaus ist auch die Herausnahme eines Minderjährigen aus einer Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe oder aus einer Pflegefamilie und die Anordnung von Haft zwecks Abschiebung des Kindes nicht mit Art. 20 KRK zu vereinbaren. Bei der Inhaftierung von Minderjährigen zum Zweck ihrer Abschiebung erscheint bereits fraglich, ob sie ein legitimes Ziel verfolgt, da sie dem Schutzzweck des Art. 20 KRK diametral entgegen läuft. Jedenfalls wird sie dem Verhältnismäßigkeitsmaßstab nicht gerecht, da sie das Kindeswohl missachtet.

Im Übrigen ist es auch mit Art. 37b KRK nicht vereinbar, Kinder zum Zweck ihrer Abschiebung zu inhaftieren. Demnach darf Freiheitsentziehung bei einem Kind nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden. Minderjährigen, auch solchen, die dem Recht des Art. 20 KRK unterliegen, kann unter Umständen zwar die Freiheit entzogen werden. Freiheitsentziehung als letztes Mittel kann unter Umständen aus präventiven Gründen rechtlich zulässig oder sogar geboten sein. Im Fall von Straftaten kommt bei Minderjährigen auch die Anordnung von Freiheitsstrafen als letztes Mittel in Betracht. Unbegleitete Minderjährige dürfen indes nicht in Abschiebungshaft genommen werden. Die zwangsweise Durchsetzung einer Ausreisepflicht mittels Anordnung von Abschiebungshaft ist mit dem in Art. 3 Abs. 1 KRK normierten Grundsatz des Vorrangs des Kindeswohls bei allen staatlichen Maßnahmen nicht zu vereinbaren. Einen unbegleiteten Minderjährigen in Haft zu nehmen, weil er die Voraussetzungen zur rechtmäßigen Einreise oder zum rechtmäßigen Aufenthalt nicht erfüllt, ist daher nicht mit Art. 37b KRK vereinbar.

¹² ESPENHORST & NOSKE, 2015.

¹³ DEUTSCHER BUNDESTAG, 2015, S. 46 ff.

¹⁴ ESPENHORST & NOSKE, 2015, S. 276; DEUTSCHER BUNDESTAG, 2015, S. 46 ff.

¹⁵ Vgl. Verwaltungsgericht Arnsberg 1996, Beschluss vom 07.05.1996, In: Informationsbrief Ausländerrecht, 1996, S. 285 f.; Verwaltungsgericht Hannover, Urteil vom 11.04.1997, Aktenzeichen 5 A 7174/96; siehe ebenso Art. 10 der so genannten „Rückführungsrichtlinie“, 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.

¹⁶ Vgl. Verwaltungsgericht Frankfurt/Main, Urteil vom 24.11.1993, In: Informationsbrief Ausländerrecht 1994, S. 314, S. 316.

¹⁷ Zum Ganzen genauer CREMER, 2011, S. 7 ff.

4 „Feststellung“ des Alters

In der Praxis stellt sich nicht selten die Frage, wie alt eine ohne ihre Eltern nach Deutschland einreisende Person ist. Es geht um die Frage, ob die Person minderjährig und damit im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe unterzubringen ist oder volljährig und somit nicht als besonders schutzbedürftig anerkannt wird. In vielen Fällen lässt sich das Alter ermitteln, etwa durch Ausweispapiere oder andere Dokumente. Häufig aber fehlen Dokumente. Hier geht es dann oftmals darum, ob die Angaben der Person zu ihrem Alter von den Behörden geglaubt werden. Im Falle von Zweifeln hat das Jugendamt eine ärztliche Untersuchung zur „Altersfeststellung“ zu veranlassen (§ 42f SGB VIII).¹⁸ Dabei ist der Begriff der Altersfeststellung irreführend, weil sich das Alter einer Person nicht feststellen lässt, sondern lediglich geschätzt werden kann.

Die Praxis der Altersfeststellung ist deutschlandweit nicht sehr übersichtlich; es gibt keine einheitlichen verbindlichen Standards. Der hierbei häufig verwendete Begriff „medizinischer“ Untersuchungen ist zudem unzutreffend: Bei solchen Untersuchungen werden nämlich Handwurzelknochen, Ober- und Unterkiefer oder Schlüsselbeine geröntgt, wobei es nicht selten zu mehreren Röntgenaufnahmen kommt, nur um das Alter einer Person festzulegen, also nicht aus medizinischen Gründen. Die Röntgenaufnahmen greifen auch ohne ausreichende Rechtfertigung in das grund- und menschenrechtlich geschützte Recht auf körperliche Unversehrtheit¹⁹ ein.²⁰ Die Ausführungen des Deutschen Ärztetags, der die Praxis solcher Untersuchungen bereits mehrfach scharf kritisiert hat,²¹ machen dies sehr deutlich.

So hat der 110. Deutscher Ärztetag im Jahr 2007 beschlossen, dass er „jegliche Beteiligung“ von Ärztinnen und Ärzten zur Feststellung des Alters „mit aller Entschiedenheit“ ablehnt. In der Begründung hat er dazu ausgeführt, dass eine Beteiligung von Ärztinnen und Ärzten mit dem Berufsrecht nicht vereinbar sei, da es sich dabei weder um eine Maßnahme zur Verhinderung noch um die Therapie einer Erkrankung handele. Bei der Altersfeststellung kämen in der Regel Röntgenstrahlen zum Einsatz, die potentiell gefährlich sind und nur nach strenger medizinischer Indikationsstellung (Röntgenverordnung) angewandt werden dürften. Außerdem sei die Altersfestsetzung durch Röntgenaufnahme wissenschaftlich höchst umstritten und sollte daher „auf keinen Fall“ angewandt werden.²²

Im behördlichen Verfahren zur „Altersfeststellung“ passiert es auch, dass neben Röntgenaufnahmen zusätzlich Ganzkörperuntersuchungen vorgenommen werden, bei denen Eingriffe in die grundrechtlich (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG), durch die Europäische Menschenrechtskonvention (Art. 8 EMRK) oder die EU-Grundrechte-Charta (Art. 7) geschützte Intimsphäre erfolgen.²³ Es wird hierbei versucht, anhand des Körpergewichts, der Größe und des Entwicklungsstadiums verschiedener Körperteile das Alter zu beurteilen. Dazu werden unter anderem die weibliche Brust, die Schambehaarung und auch die Genitalien der Betroffenen, Penis, Hoden, Vagina, begutachtet.²⁴ Zur Dokumentation der Untersuchung werden außerdem Nacktfotos gemacht.²⁵ Wie im Falle der Praxis von Röntgenaufnahmen fehlt es auch hier an freiwilligen Zustimmungen der Betroffenen, zumal die Betroffenen regelmäßig damit rechnen müssen, nicht als minderjährig eingestuft zu werden, wenn sie die Prozedur verweigern.²⁶

Abgesehen davon, dass auch die Ergebnisse dieser ärztlichen Untersuchungen mit einer hohen Ungenauigkeit behaftet sind, sind auch ihre Methoden massiver Kritik innerhalb der Ärzteschaft ausgesetzt.²⁷ Nach einem Beschluss

des Deutschen Ärztetags von 2008 kommen die „körperliche Untersuchung, Inaugenscheinnahme und Nacktfotos“ durch ein Gremium von mehreren Ärzten und Fotografen „einer Körperverletzung und einer psychischen Schädigung“ gleich.²⁸ Und der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes hat im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens zu Deutschland im Jahr 2014 kritisiert, dass die Verfahren zur Altersfeststellung in Deutschland erniedrigende und entwürdigende Praktiken („degrading and humiliating practice“) beinhalten und außerdem keine verlässlichen Ergebnisse hervorbrächten.²⁹ Damit hat der Ausschuss zum Ausdruck gebracht, dass die im Rahmen der behördlichen Verfahren zur Altersfeststellung Anwendung findenden Praktiken dem – etwa in Art. 7 des Internationalen Pakts für bürgerliche und politische Rechte (IpbpR), Art. 3 EMRK, Art. 4 EU-Grundrechte-Charta und Art. 37a KRK – menschenrechtlich verbrieften Verbot erniedrigender Behandlung („degrading treatment“) und dem Gebot der Achtung und des Schutzes der Würde eines jeden Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) als Ausgangspunkt und Grundlage der Menschenrechte³⁰ zuwiderlaufen.

Bereits im Jahr 2005 hat der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes den Vertragsstaaten der UN-Kinderrechtskonvention demgegenüber empfohlen, dass bei der Einschätzung des Alters nicht nur dem äußeren Erscheinungsbild des Betroffenen Beachtung geschenkt werden sollte, sondern auch dessen psychischer Reife. Zudem sei eine Altersschätzung in einem die Person schützenden Rahmen durchzuführen; es sollte ein faires Verfahren sein, das jedes Risiko für die körperliche und seelische Unversehrtheit des jungen Menschen meidet und seine Würde gebührend achtet. Im Falle von verbleibenden Zweifeln sollte zugunsten des Betroffenen entschieden werden.³¹

5 Fazit

Die UN-Kinderrechtskonvention ist geltendes Recht in Deutschland, an das sämtliche staatliche Organe gebunden sind. Länder und Kommunen müssen genügend Einrichtungen schaffen, Personal einstellen und qualifizieren und unbegleitete Minderjährige im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe unterbringen. Hierbei handelt es sich nicht nur um eine Verpflichtung der Länder und Kommunen im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe. Unbegleitete Minderjährige haben nach Art. 20 KRK ein Recht darauf: Er beinhaltet ein Recht auf Betreuung und Unterbringung zum Wohl des

18 Siehe ebenso § 49 Abs. 3 und 6 Aufenthaltsgesetz (AufenthG).

19 Siehe Art. 2 Abs. 2 GG oder etwa Art. 3 Abs. 1 EU-Grundrechte-Charta.

20 Vgl. KLEIN, 2015, S. 408 ff.; siehe ebenso Amtsgericht Schöneberg, Beschluss vom 23.05.2014, Aktenzeichen 85 F 106/14, wo Röntgenaufnahmen zur „Altersbestimmung“ als unzulässige Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit eingeordnet werden.

21 Siehe dazu DEUTSCHER ÄRZTETAG, 2010, S. 110.

22 DEUTSCHER ÄRZTETAG, 2007, S. 80; siehe dazu ebenso NOWOTNY, EISENBERG & MOHNIKE, 2014.

23 Vgl. KLEIN, 2015, S. 414.

24 ÄRZTEBLATT, 2015.

25 Siehe dazu umfassend KLEIN, 2015, S. 405 ff.

26 Siehe dazu KLEIN, 2015, S. 416, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung, die die Praxis für gerechtfertigt hält.

27 DEUTSCHE AKADEMIE FÜR KINDER- UND JUGENDMEDIZIN E.V. (DAKJ) 2015. Berliner Erklärung.

28 DEUTSCHER ÄRZTETAG, 2008, S. 99.

29 UN-AUSSCHUSS FÜR DIE RECHTE DES KINDES, 2014, Ziffer 68b.

30 Siehe dazu etwa Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948.

31 UN-AUSSCHUSS FÜR DIE RECHTE DES KINDES, 2005, Ziffer 31 (i); siehe dazu ebenso NOWOTNY, EISENBERG & MOHNIKE, 2014; DEUTSCHE AKADEMIE FÜR KINDER- UND JUGENDMEDIZIN E.V. (DAKJ) 2015. Berliner Erklärung.

Kindes. Aus Art. 20 KRK folgt zudem, dass unbegleitete Minderjährige nicht an der Grenze zurückgewiesen oder in Abschiebungshaft genommen werden dürfen; auch aufenthaltsrechtlicher Schutz kann sich aus Art. 20 KRK ergeben.

Die bestehende Praxis von Röntgenaufnahmen bei der „Altersfeststellung“, die von entscheidender Bedeutung ist, ob ein junger Mensch als minderjährig eingeschätzt wird und damit im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe untergebracht wird, ist mit dem grund- und menschenrechtlich verbrieften Recht auf körperliche Unversehrtheit nicht zu vereinbaren. Überdies finden im Rahmen der ärztlichen Untersuchungen zur Altersfeststellung Praktiken Anwendung, die die Betroffenen zu Objekten degradieren und weiteren grund- und menschenrechtlichen Garantien, dem Verbot erniedrigender Behandlung und dem Gebot der Achtung und des Schutzes der Würde eines jeden Menschen zuwiderlaufen. Um diese menschenrechtswidrige Praxis zu beenden, ist es dringend erforderlich, dass bundesweit gültige Standards zur Alterseinschätzung entwickelt werden, die die Rechte der Betroffenen in der Weise beachten wie es der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes empfohlen hat.³²



Dr. HENDRIK CREMER ist wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Deutschen Institut für Menschenrechte in Berlin
cremer@institut-fuer-menschenrechte.de

LITERATURVERZEICHNIS

- Ärzteblatt (2015). Montgomery mahnt zu menschlichem Umgang mit Flüchtlingen. [http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/63348/Montgomery-mahnt-zu-menschlichem-Umgang-mit-Fluechtlingen] (23.12.2015).
- VAN BUEREN, G. (1995). *The International Law on the Rights of the Child*. Dordrecht: Nijhoff.
- CREMER, H. (2011). *Abschiebungshaft und Menschenrechte. Zur Dauer der Haft und zur Inhaftierung von unbegleiteten Minderjährigen in Deutschland*. (hrsg. Deutsches Institut für Menschenrechte). Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte.
- CREMER, H. (2012a). *Die UN-Kinderrechtskonvention. Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte*. (2. Auflage). (hrsg. Deutsches Institut für Menschenrechte). Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte.
- CREMER, H. (2012b). Kinderrechte und der Vorrang des Kindeswohls. Die UN-Kinderrechtskonvention bietet ein weites Anwendungsfeld. *Anwaltsblatt*, (4), 327-329.
- CREMER, H. (2014). Neue Beschwerdemöglichkeit für Kinder. Das dritte Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention. *Vereinte Nationen*, (1), 22-27.
- DETRICK, S. (1999). *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. The Hague: Nijhoff Pub.
- DEUTSCHE AKADEMIE FÜR KINDER- UND JUGENDMEDIZIN E.V. (DAKJ) (2015). *Grundrechte und Hilfebedarf minderjähriger Flüchtlinge in den Mittelpunkt stellen*. (Berliner Erklärung, Juni 2015). [http://www.ippnw.de/soziale-verantwortung/flucht-asyl/best-practice-for-young-refugees.html]. (23.12.2015).
- DEUTSCHER ÄRZTETAG (2007). *Beschlussprotokoll des 110. Deutschen Ärztetags vom 15.-18.05.2007 in Münster*.
- DEUTSCHER ÄRZTETAG (2008). *Beschlussprotokoll des 111. Deutschen Ärztetages vom 20.-23.05.2008 in Ulm*.
- DEUTSCHER ÄRZTETAG (2010). *Beschlussprotokoll des 113. Deutschen Ärztetags vom 11.-14.05.2010 in Dresden*.
- DEUTSCHER BUNDESTAG (2012). *Gesetzentwurf der Abgeordneten Rüdiger Veit, Gabriele Fograscher, Wolfgang Gunkel, weiterer Abgeordneter*

- und der Fraktion der SPD, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Situation Minderjähriger im Aufenthalts- und Asylverfahrensrecht. (28.03.2012). BT-Drucksache 17/9187.
- DEUTSCHER BUNDESTAG (2015). *Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke: Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das Jahr 2014*. (28.01.2015). BT-Drucksache 18/3850.
- DORSCH, G. (1994). *Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes*. Berlin: Duncker & Humblot.
- ESPENHORST, N. & NOSKE, B. (2015). „Ein Tag mit meinen Eltern ist besser als ein Jahr hier“. Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge zwischen Aufenthaltsrecht und Jugendhilfe. *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, 26 (3), 276-280.
- HODGKIN, R. & NEWELL, P. (1998). *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. Genf: UNICEF.
- KLEIN, A. (2015). Altersschätzung bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen. Gefährdung des Kindeswohls? *Kritische Justiz*, (4), 405-420.
- NOWOTNY, T., EISENBERG, W. & MOHNIKE, K. (2014). *Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge: Strittiges Alter – strittige Altersdiagnostik*. [aerzteblatt.de]. [http://www.aerzteblatt.de/archiv/159516/Unbegleitete-minderjaehrige-Fluechtlinge-Strittiges-Alter-strittige-Altersdiagnostik] (02.01.2016).
- UN-AUSSCHUSS FÜR DIE RECHTE DES KINDES (2005). *General Comment No. 6, Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin*. UN-Dokument CRC/GC/2005/6. (01.09.2005).
- UN-AUSSCHUSS FÜR DIE RECHTE DES KINDES (2014). *Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of Germany*. UN-Dokument CRC/C/DEU/CO/3-4. (25.02.2014).

32 Siehe dazu auch DEUTSCHE AKADEMIE FÜR KINDER- UND JUGENDMEDIZIN E.V. (DAKJ), 2015, mit weiterführenden Hinweisen.

**Publikation
in der DVJJ-Schriftenreihe**

**Jugend ohne Rettungsschirm.
Herausforderungen annehmen!**

Dokumentation
des 29. Deutschen Jugendgerichtstags 2013

Forum Verlag, 2015, Band 43
49,00 Euro für Nicht-Mitglieder
36,75 Euro für Mitglieder der DVJJ

Mit über 40 Beiträgen u.a. zu folgenden Themen:
Die Anforderungen des Sozialdatenschutzes an die neuen Kooperationsformen von Justiz, Polizei und Jugendhilfe ■ Übergangmanagement im Jugendstrafverfahren ■ Gewalt unter jungen Gefangenen ■ Polizeiliche Gefährderansprache: Rechtliche und kriminologische Probleme ■ Jugendarrest ■ Professionalisierung der Jugendhilfe im Jugendgerichtsverfahren durch Selbstevaluation ■ Straffällige Mädchen ■ Muslimische Jugendliche in Deutschland

Bestellungen schriftlich oder online:
DVJJ | Lützerodestr. 9 | 30161 Hannover |
Fax: 0511 – 318 06 60 | literaturservice@dvjj.de |
www.dvjj.de -> Materialservice