

Berlin, im September 2010  
Stellungnahme Nr. 57/10

**Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins**  
**durch den Ausschuss Ausländer- und Asylrecht**  
**Vorschlag zur Änderung des AufenthG und des AsylVfG**  
**im Hinblick auf die Rücknahme der**  
**deutschen Vorbehaltserklärung zur UN-Kinderrechtskonvention**

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwältin Susanne Schröder, Blumenauerstraße 1, 30449 Hannover (Vorsitzende)

Rechtsanwalt Helmut Bäcker, Klingerstraße 24, 60313 Frankfurt/M. (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breidenbach, Hansering 1, 06108 Halle/Saale

Rechtsanwalt Dr. Marco Bruns, Große Friedberger Straße 16-20, 60313 Frankfurt/M.

Rechtsanwalt Victor Pfaff, Allerheiligentor 2-4, 60311 Frankfurt/M.

Rechtsanwältin Silke C. Schäfer, Papendiek 24-26, 37073 Göttingen

Rechtsanwalt Rainer Schmid, Vorstadtplatz 15, 72202 Nagold

Rechtsanwalt Rolf Stahmann, Rosenthaler Straße 46/47, 10178 Berlin

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz
- Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration
- Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
  
- UNHCR Deutschland
- Katholisches Büro in Berlin
- Bevollmächtigte des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter
- PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgruppe für Flüchtlinge e. V.
- Deutscher Gewerkschaftsbund (Bundesvorstand)
- Neue Richtervereinigung (NRV)
  
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Landesverbände des DAV
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Ausländer- und Asylrecht
  
- NVwZ
- ZAR
- Asylmagazin
- ANA
- Informationsbrief Ausländerrecht

*Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.*

---

Der Deutsche Anwaltverein schlägt vor, das AufenthG sowie das AsylVfG wie folgt zu ändern:

**I. § 80 Abs. 1 und 2 AufenthG wird wie folgt geändert:**

**(1)** „Fähig zur Vornahme von Verfahrenshandlungen nach diesem Gesetz ist ein Ausländer, der das 18. Lebensjahr vollendet hat, sofern er nicht nach Maßgabe des BGB geschäftsunfähig oder in dieser Angelegenheit zu betreuen und einem Einwilligungsvorbehalt zu unterstellen wäre.“

**(2)** § 80 II AufenthG wird aufgehoben.

**B e g r ü n d u n g :**

Nach der bisherigen Rechtslage in § 80 AufenthG ist ein Ausländer, der das 16. Lebensjahr vollendet hat, fähig zur Vornahme von Verfahrenshandlungen nach diesem Gesetz. Dies bedeutet, dass er Anträge nach diesem Gesetz stellen kann und die hierfür notwendigen Erklärungen abgeben kann, Klage erheben und Eilanträge stellen kann, Rechtsmittel einlegen sowie Verfassungsbeschwerde erheben kann.

In der Vergangenheit war es streitig, ob diese Rechtslage mit der UN-Kinderrechtskonvention (KRK) vom 06.03.1992 vereinbar ist. Die Bundesrepublik Deutschland hat die Kinderrechtskonvention ratifiziert und bei der Hinterlegung der Ratifizierungsurkunde eine Vorbehaltserklärung abgegeben. Diese lautet in Ziffer I wie folgt:

*"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 übereinstimmen den innerstaatlichen Rechts erfüllt."*

Unter IV der Vorbehaltserklärung heißt es wie folgt:

*"Die Bundesrepublik Deutschland bekräftigt ferner ihre am 23.02.1989 in Genf abgegebene Erklärung: Nichts in dem Übereinkommen kann dahingehend 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 dahingehend 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 oder Ausländern zu machen."* Der Vorbehalt zu Ziffer I. untersagte die Auslegung dahingehend, dass ein betroffenes Kind einen Individualanspruch aus dieser Konvention herleiten kann und definierte, dass die von der Konvention geforderten Standards des Schutzes des Kindeswohls bereits erfüllt seien. Der Vorbehalt zu Ziffer IV. stellte einen so genannten Interpretationsvorbehalt dar.

Im Schrifttum fand eine umfassende Diskussion darüber statt, ob die Vorbehaltserklärung der Bundesrepublik Deutschland zulässig oder nichtig ist (vgl. Menzel, Minderjährige Flüchtlinge zwischen völkerrechtlichem Kinderschutz und nationaler Ausländerabwehr in ZAR 1996, Seite 22 ff.).

Kein Signatarstaat hat gegen die Vorbehaltserklärung der Bundesrepublik Deutschland Einspruch erhoben. Allerdings heißt es in Art. 51 Satz 2 der Konvention, dass Vorbehalte, die mit dem Ziel und Zweck des Übereinkommens unvereinbar sind, nicht zulässig sind. Eine relevante Anzahl von Äußerungen im Schrifttum hält die oben zitierten Vorbehalte als unvereinbar mit dem Zweck und Ziel des Übereinkommens und kommt deshalb zu einer Nichtigkeit der Vorbehaltserklärung.

Dieser Meinungsstreit kann in zwischen als erledigt angesehen werden, weil die Bundesrepublik Deutschland die Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung zur UN-Konvention am 15.07.2010 gegenüber der UN notifiziert hat. Nun mehr gilt die UN-Kinderrechtskonvention im vollem Umfang. Mit dem Wegfall des Vorbehalts ist die Kinderrechtskonvention in vollem Umfang innerstaatlich anzuwenden und wirksam. Deshalb ist § 80 Abs. 1 AufenthG zwingend abzuändern, weil diese Vorschrift gegen zentrale Regelungen der Kinderrechtskonvention verstößt.

Nach Art. 1 KRK ist im Sinne des Übereinkommens ein Kind jeder Mensch, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt. Die Volljährigkeit tritt in der BRD gem. § 2 BGB mit der Vollendung des 18. Lebensjahres ein. Danach sind die Rechte aus der Kinderrechtskonvention auf alle Ausländer bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres in der BRD voll anwendbar.

Art. 2 der KRK verpflichtet die Vertragsstaaten zur Achtung der Kindesrechte und enthält ein Diskriminierungsverbot. Danach dürfen ausländische Kinder nicht gegenüber deutschen Kindern diskriminiert werden, für die die Handlungsfähigkeit erst ab Volljährigkeit eintritt.

Art. 3 der KRK verpflichtet die Signatarstaaten, bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes vorrangig zu berücksichtigen.

Art. 4 der KRK verpflichtet die Vertragsstaaten, alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstige Maßnahmen zur Verwirklichung der in der KRK anerkannten Rechte zu treffen.

Danach werden in der KRK Kindern Schutzrechte unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit gewährt. Die der bisherigen Rechtslage entsprechende Handlungsfähigkeit ab Vollendung des 16. Lebensjahres unterläuft diese Schutzwirkung und widerspricht dieser, da sie Jugendlichen Pflichten auferlegt, deren Reichweite sie altersgemäß nicht erkennen können.

Der aktiven Handlungsfähigkeit (das Recht, Anträge zu stellen, Erklärungen abzugeben, Rechtsmittel einzulegen etc.) steht die passive Handlungsfähigkeit gegenüber. Darunter ist die Fähigkeit zu verstehen, rechtswirksam behördliche oder gerichtliche Schreiben, Bescheide und Urteile entgegen zu nehmen.

Ein Jugendlicher zwischen dem 16. und dem 18. Lebensjahr ist in aller Regel nicht in der Lage, auf solche behördlichen Bescheide und Maßnahmen angemessen zu reagieren. Er bedarf eines Schutzes, den er aus Art. 1-4 der Kinderrechtskonvention herleiten kann.

Die Rücknahme des Vorbehaltes der Kinderrechtskonvention verpflichtet die Behörden, gesetzliche Regelungen zur Vertretung von minderjährigen unbegleiteten Ausländern zu schaffen, so wie sie bisher bei unbegleiteten Minderjährigen unter 16 Jahren bereits existieren.

Ein Kind wird durch die Eltern oder den allein personensorgeberechtigten Elternteil gesetzlich vertreten. Existiert ein solcher gesetzlicher Vertreter nicht in der Bundesrepublik Deutschland oder ist dieser an der Besorgung der rechtlichen Angelegenheit verhindert, ist ein Ergänzungspfleger gem. § 1909 BGB durch das Amtsgericht zu bestellen. Dies ergibt sich auch aus Art. 18 Abs. 2 KRK, wonach zur Gewährleistung und Förderung der in der KRK festgelegten Rechte die Vertragsstaaten die Eltern oder einen Vormund in angemessener Weise bei der Erfüllung ihrer Aufgabe unterstützen.

Das Bundesinnenministerium hat in der Vergangenheit die Auffassung vertreten, dass auch nach Wegfall des Vorbehalts zur Kinderrechtskonvention gesetzliche Änderungen nicht notwendig seien.

*"Die Bundesregierung hält die in der Frage stehenden Gesetzesänderungen nicht für erforderlich. Die Rechte aus der Kinderrechtskonvention stehen selbstverständlich auch 16- und 17-jährigen deutschen und ausländischen Kindern zu. Der Kinderrechtskonvention widerspricht es nicht, 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."* (Antwort der Bundesregierung vom 14.05.2010 auf eine Anfrage des MdB Josef Winkler)

Diese Auffassung verkennt, dass mit dem Mehr an Rechten, die 16- und 17-Jährigen zugestanden werden sollen, auch ein Mehr an Pflichten und insbesondere ein Mangel an Schutzrechten gegenübersteht. Diese Schutzrechte ergeben sich zwangsläufig aus der Kinderrechtskonvention.

Die Vorschrift des § 80 II AufenthG ist aufzuheben, weil sie verfassungsrechtlich bedenklich ist. Diese Vorschrift eröffnet insbesondere die Möglichkeit, Zurückweisungen und Zurückschiebungen bei nicht Handlungsfähigen (Kinder unter 16 Jahren) wirksam werden zu lassen, soweit es sich hierbei um Verwaltungsakte handelt, wenn eine Bekanntgabe an den gesetzlichen Vertreter nicht möglich ist oder ein gesetzlicher Vertreter sich nicht im Bundesgebiet auf hält. Eine Abwehrmöglichkeit nach bisherigem Recht besteht für diese Jugendlichen allerdings nicht, weil sie nicht handlungsfähig sind. Die Vorschrift verstößt deshalb gegen das Rechtsstaatsprinzip und auch gegen die Rechtsweggarantie des § 19 IV GG (vgl. Gemeinschaftskommentar § 80 Rd.-Nr. 54).

Auch stellt diese Vorschrift einen Verstoß gegen Art. 2 KRK dar. Danach achten die Vertragsstaaten die in dem Übereinkommen festgelegten Rechte und gewähren sie jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehen den Kind.

§ 80 Abs. 2 AufenthG verstößt auch gegen Art. 4 KRK. Danach treffen die Vertragsstaaten alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstige Maßnahmen zur Verwirklichung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte. Die sich aus § 80 Abs. 2 AufenthG ergebende Rechtlosigkeit von Minderjährigen bei der Abwehr von ausländerrechtlichen Maßnahmen ist nicht nur verfassungsrechtlich bedenklich, sondern auch mit der Kinderrechtskonvention nicht vereinbar.

## II. § 12 Abs. 1 AsylVfG wird wie folgt geändert:

„Fähig zur Vornahme von Verfahrenshandlungen nach diesem Gesetz ist ein Ausländer, der das 18. Lebensjahr vollendet hat, sofern er nicht nach Maßgabe des BGB geschäftsunfähig oder in dieser Angelegenheit zu betreuen und einem Einwilligungsvorbehalt zu unterstellen wäre.“ Es wird zunächst auf die Begründung zur Änderung von § 80 I AufenthG verwiesen.

Die Kinderrechtskonvention enthält aber darüber hinaus spezielle Rechte für Flüchtlingskinder in Art. 22. Danach treffen die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen, um sicherzustellen, dass ein Kind, das die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehrt, angemessenen Schutz und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung der Rechte erhält, die in diesem Übereinkommen oder in anderen internationalen Übereinkommen über Menschenrechte oder humanitäre Fragen, denen die genannten Staaten als Vertragsparteien angehören, festgelegt sind, und zwar unabhängig davon, ob es sich in Begleitung seiner Eltern oder einer anderen Person befindet oder nicht.

Flüchtlingskinder im Sinne von Art. 22 KRK sind nicht nur Kinder, denen ein Flüchtlingsstatus bereits zugesprochen worden ist, sondern solche, die die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehren und solche, die nach Maßgabe der anzuwendenden Regeln und Verfahren des Völkerrechts oder des innerstaatlichen Rechts als Flüchtlinge angesehen werden.

Die Schutzrechte für unbegleitete minderjährige Asylsuchende ergeben sich aber nicht nur aus der Kinderrechtskonvention, sondern grundsätzlich auch aus der Richtlinie 2005/85/EG des Rates der EU vom 01.12.2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedsstaaten über Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (Verfahrensrichtlinie).

Nach Art. 17 Abs. 1 der Verfahrensrichtlinie ergreifen die Mitgliedsstaaten sobald wie möglich Maßnahmen um zu gewährleisten, dass ein Vertreter bestellt wird, der den unbegleiteten Minderjährigen bei der Prüfung des Antrags vertritt und/oder unterstützt. Im Übrigen stellen die Mitgliedsstaaten sicher, dass dieser Vertreter Gelegenheit erhält, den unbegleiteten Minderjährigen über die Bedeutung und die möglichen Konsequenzen seiner persönlichen Anhörung sowie ggf. darüber aufzuklären, wie er sich auf seine persönliche Anhörung vorbereiten kann. Die Mitgliedsstaaten gestatten dem Vertreter, bei der Anhörung anwesend zu sein sowie innerhalb des von der Anhörungsperson festgelegten Rahmens Fragen zu stellen und Bemerkungen vorzubringen.

Die Bundesrepublik Deutschland hat die aktuelle Rechtslage bezüglich der Handlungsfähigkeit Minderjähriger in Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie hinein verhandelt. Danach können die Mitgliedsstaaten gemäß den auf ihrem Territorium am 01.12.2005 geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften auch dann davon absehen, einen Vertreter zu bestellen, wenn der unbegleitete Minderjährige 16 Jahre oder älter ist, es sei denn, er ist nicht in der Lage, seinen Antrag ohne einen Vertreter weiter zu betreiben.

Damit wurde europarechtlich die Grundlage für die bisherige Fassung von § 12 Abs. 1 AsylVfG normiert. § 12 Abs. 1 AsylVfG in der bisherigen Fassung war damit europarechtlich abgesichert. Dabei ist anzumerken, dass kein Mitgliedsstaat der Europäischen Union einen unbegleiteten Minderjährigen unter 18 Jahren für handlungs- und da mit verfahrensfähig hält.

Mit dem Wegfall des Vorbehalts zur Kinderrechtskonvention hat sich die Rechtslage allerdings insoweit geändert, als die Handlungsfähigkeit von Minderjährigen ab Vollendung des 16. Lebensjahres nun mehr mit der Kinderrechtskonvention nicht mehr vereinbar ist.

Mit Wegfall des Vorbehalts zur KRK ist die rechtliche Sonderstellung von minderjährigen Asylsuchenden, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, nicht mehr vertretbar. Die Rechte und Schutzwirkung der Kinderrechtskonvention gelten für Kinder bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres (Art. 1 der KRK). Die Schutzwirkungen des Art. 17 der Verfahrensrichtlinie sind somit nunmehr auch für Minderjährige, die das 16. Lebensjahr bereits vollendet haben, in vollem Maße innerstaatlich anwendbar. Art. 12 Abs. 1 AsylVfG, der die Anwendung dieser Schutzrechte bei unbegleiteten Minderjährigen zwischen dem 16. und dem 18. Lebensjahr verhindert, ist deshalb dahingehend zu verändern, dass die Handlungsfähigkeit von Asylsuchenden erst mit Vollendung des 18. Lebensjahres beginnt.

Für anerkannte Flüchtlingskinder gilt dies im Übrigen auch bereits nach Art. 30 der Richtlinie 2004/83/EG des Rates der Europäischen Union vom 29.04.2004 (Qualifikationsrichtlinie). Nach Art. 30 Abs. 1 und 2 der Qualifikationsrichtlinie ergreifen die Mitgliedsstaaten so rasch wie möglich, nachdem die Flüchtlingseigenschaft oder der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden ist, die notwendigen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Minderjährige durch einen gesetzlichen Vormund oder erforderlichenfalls durch eine Einrichtung, die für die Betreuung und das Wohlergehen von Minderjährigen verantwortlich ist, oder durch eine andere geeignete Instanz, einschließlich einer gesetzlich vorgesehen oder gesetzlich angeordneten Instanz, vertreten werden. Die Mitgliedsstaaten tragen dafür Sorge, dass der bestellte Vormund oder der Vertreter die Bedürfnisse des Minderjährigen bei der Durchführung der Richtlinie gebührend berücksichtigt. Die zuständigen Behörden nehmen regelmäßig Bewertungen vor.

Diese Rechte haben nach dem Wegfall des Vorbehalts zur Kinderrechtskonvention nunmehr auch unbegleitete minderjährige Asylantragsteller.

§ 12 Abs. 1 AsylVfG in der bisherigen Fassung verhindert die Anwendung dieser Schutzrechte bei unbegleiteten Minderjährigen zwischen dem 16. und dem 18. Lebensjahr und ist deshalb neu zu fassen.