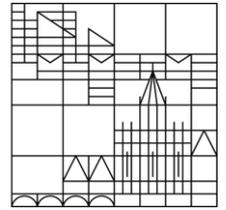




FZAA

Forschungszentrum
Ausländer- & Asylrecht

Universität
Konstanz



Deutscher Bundestag
Innenausschuss

Ausschussdrucksache
17(4)706 A

Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.

**Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
Europa- und Völkerrecht**

**Kodirektor des Forschungszentrums
Ausländer- und Asylrecht (FZAA)**

Fach D116, 78457 Konstanz

+49-7531-88-2247

thym@uni-konstanz.de

Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Innenausschusses des Deutschen Bundestags am Montag, den 15. April 2013 zum

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Situation Minderjähriger im Aufenthalts- und Asylverfahrensrecht, eingebracht durch verschiedene Ab- geordnete sowie die Fraktion der SPD (BT-Drs. 17/9187 v. 28. 03. 2012)

1. Vorbemerkung

1. Bei der Kinderrechtskonvention handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, der nach den Regeln des Völkervertragsrechts auszulegen ist. Es gibt kein internationales Gericht, das verbindlich über die **richtige Auslegung kraft Völkerrechts** entscheiden könnte und es müssen bei der Auslegung immer auch die Besonderheiten des Völkerrechts beachtet werden. So ist neben Wortlaut und Zielsetzung auch die Praxis der Vertragsstaaten heranzuziehen (vgl. Art. 31 Abs. 2 WVK); eine authentische deutsche Sprachfassung gibt es nicht (vgl. Art. 54 KRK); zudem besitzen völkerrechtliche Verträge häufig eine eigene Begrifflichkeit, die sich vom deutschen Recht unterscheidet. Aus diesen Gründen sollte die Feststellung bestimmter Rechtsfolgen immer auch darlegen, inwieweit diese mit der internationalen Praxis übereinstimmen (etwa: US-Perspektive, Handhabung in Australien, etc.). Andernfalls besteht die Gefahr, dass innerstaatlich Rechtsfolgen aus der KRK abgeleitet werden, die sich völkerrechtlich aus dieser nicht ergeben.

2. Die Europäisierung des Asyl- und Ausländerrechts hat Auswirkungen auch im Bereich des Völkerrechts. Es gilt die allgemeine Regel, dass die EU eine ausschließliche Befugnis für den völkerrechtlichen Vertragsschluss für diejenigen Sachbereiche erlangt, für die europäisches Sekundärrecht angenommen wurde (vgl. Art. 3 Abs. 2 AEUV sowie *Daniel Thym, Auswärtige Gewalt*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Auflage, 2009, S. 441, 451 ff.). Hieraus ergibt sich ganz konkret, dass sich die Rechtswir-

kungen der KRK im Bereich des Asyl- und Ausländerrechts auf die EU-Ebene verlagert haben. Daher besitzt die Rücknahme des deutschen Vorbehalts speziell im Bereich des Asyl- und Ausländerrechts weniger weitreichende Konsequenzen, als dies in der innenpolitischen Debatte bisweilen unterstellt wird. Der Grund ist einfach: Zweifel an der Vereinbarkeit des Asylrechts mit der KRK müssen heute vorrangig im Rahmen des EU-Rechts gestellt und geklärt werden. In letzter Konsequenz ist der Europäische Gerichtshof in Luxemburg dafür verantwortlich, die **Vereinbarkeit des EU-Asyl-Besitzstands mit der Kinderrechtskonvention** sicherzustellen. Dass die KRK innerhalb der EU-Rechtsordnung eine quasi-verfassungsrechtliche Stellung besitzt, steht außer Zweifel. Dies folgt aus der Verpflichtung auf die Rechte des Kindes (Art. 24 GRCh) ebenso wie aus der EuGH-Rechtsprechung (EuGH, Rs. C-540/03, Slg. 2006 I-5769 – *Parlament/Rat*, Rn. 37).

3. Der vorliegende **Gesetzentwurf ignoriert die Rechtsentwicklung auf EU-Ebene**. In den vergangenen zwei Jahren verhandelten das Europäische Parlament und der Rat in langwierigen und teils auch politisch kontroversen Diskussionen über Einzelheiten des Asylverfahrens sowie der Aufnahmebedingungen. Hierbei geht es ganz konkret um die Neufassung der Asyl-Verfahrens-Richtlinie 2005/85/EG sowie der Asyl-Aufnahme-Richtlinie 2003/9/EG, über die das Parlament und der Rat gemeinsam mit der Kommission im sogenannten „Trilog“ am 21. März 2013 eine politische Einigung erzielten, die derzeit von den Sprach- und Rechtssachverständigen überarbeitet und sodann im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden wird. Ab diesem Zeitpunkt wird eine 24-monatige Umsetzungsfrist laufen, innerhalb derer das deutsche Recht angepasst werden muss.

Aufgrund der zweiten Runde der EU-Harmonisierung wird der **Deutsche Bundestag in der kommenden Legislaturperiode** die Gelegenheit (und die Pflicht) besitzen, die Rechtsstellung unbegleiteter Minderjähriger zu überarbeiten. Die teils detaillierten und auch komplizierten Vorgaben der beiden neugefassten Richtlinien für unbegleitete Minderjährige werden im begutachteten Gesetzentwurf nicht verarbeitet. Schon aus diesem Grund sollte dieser zurückgewiesen werden. Das Asyl- und Ausländerrecht ist kompliziert genug; es wäre kontraproduktiv, jetzt eine Änderung zu beschließen, nur um wenige Monate später eine weitere Anpassung des Rechtsstatus von unbegleiteten Minderjährigen vorzunehmen, auf den sich die Rechtspraxis dann jeweils gesondert einstellen müsste.

Nachfolgend wird auf Detailbestimmungen der beiden Richtlinien einzugehen sein. Dies gilt für die **Neufassung der Asyl-Verfahrens-Richtlinie** (nachfolgend zitiert wird die politische Einigung gemäß Rats-Dok. 7695/13 v. 22. 03. 2013) ebenso wie für die **Neufassung der Asyl-Aufnahme-Richtlinie** (nachfolgend zitiert wird die politische Einigung gemäß Rat-Dok. gemäß 14112/1/12 v. 27. 09. 2012). Beide Neufassungen enthalten spezielle und teils detaillierte Vorgaben für unbegleitete Minderjährige.

2. Im Einzelnen

a) Verfahrensfähigkeit (zu Art. 1, Nr. 2 Buchst. a-d)

Unabhängig davon, ob eine Änderung des § 12 AsylVfG völkerrechtlich indiziert ist, verpflichtet die zweite Runde der EU-Asylrechtsharmonisierung den Deutschen Bundestag in der kommenden Legislaturperiode zum Tätigwerden, weil sowohl **Art. 24 Abs. 1 der neugefassten Asyl-Aufnahme-Richtlinie** als auch **Art. 25 Abs. 1 Buchst. a der künftigen Asyl-Verfahrens-Richtlinie** die Mitgliedstaaten dazu verpflichten, für unbegleitete Minderjährige einen Vertreter zu bestellen. Wie diese Vorgaben in das deutsche Recht eingefügt werden und ob dies eine Änderung des § 12 AsylVfG erfordert (Jugendamt als Vormund?; Vertreter speziell für das Asylverfahren?), wird auf Grundlage der finalen Richtlinienentwürfe gesondert zu erörtern sein. Inhaltlich wird Deutschland wohl über einen gewissen Spielraum verfügen, über dessen zweckmäßige Ausgestaltung sodann Experten des Asylverfahrens sowie der Jugendhilfe sachverständig Auskunft geben können. Vermutlich können auch Vertreter der Bundesregierung darüber Auskunft erteilen, welche Folgen sich aus den von ihnen mitverhandelten Neufassungen der Richtlinien ergeben.

b) Kindeswohl (zu Art. 1, Nr. 2 Buchst. e; Art. 2 Nr. 1)

Bei Juristen, Praktikern und auch Politikern, die sich als Spezialisten vorrangig mit einem Rechtsgebiet beschäftigen, besteht bisweilen die **Erwartung, alle Fragestellungen in den Sondergesetzen ihres jeweiligen Rechtsgebiets zu regeln**. Traditionell verfolgt die deutsche Rechtsordnung jedoch einen anderen Weg, wenn allgemeine Fragen vor die Klammer gezogen und entsprechend allgemein geregelt werden. Dies gilt ganz speziell für die Grundrechte, die im Grundgesetz, der EMRK sowie der EU-Grundrechtecharta niedergelegt sind und in Sondergesetzen zumeist nicht wiederholt werden. Entsprechend besteht kein zwingender Bedarf, das Kindeswohl im AufenthG sowie dem AsylVfG gesondert hervorzuheben (dies wird auch bei anderen Grundrechten nicht getan).

Dass das Kindeswohl in der Sache als Teil der deutschen und europäischen Grundrechte geschützt wird, steht außer Frage. Dies ergibt sich nicht nur aus dem deutschen Zustimmungsgesetz, das die Kinderrechtskonvention zum Bestandteil der deutschen Rechtsordnung erhebt. Vor allem enthält **Art. 24 Charta der Grundrechte** eine spezielle Normierung zum Kindeswohl, die beim Asylrecht aufgrund der EU-Harmonisierung auch von den innerstaatlichen Behörden und Gerichten angewandt werden muss (vgl. Art. 51 GRCh). Hierbei zeigt die jüngere Rechtsentwicklung, dass Art. 24 GRCh durchaus Einfluss auf die Auslegung von EU-Sekundärrecht sowie, in der Folge, des nationalen Rechts besitzt (vgl. zur Dublin-II-Verordnung Generalanwalt *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 21. 02. 2013, Rs. C-648/11, *MA u.a.*, Rn. 70 ff.). Darüber hinaus legt auch der EGMR den **Art. 8 EMRK** so aus, dass die Vertragsstaaten zur Berücksichtigung des Kindeswohls verpflichtet sind (vgl. EGMR, Urt. v. 28. 06. 2011, Nr. 55597/09, *Nunez v. Norwegen*, Rn. 84 sowie sinngemäß BVerwG, Beschluss v. 10.02.2011, 1 B 22/10, Rn. 4).

Soweit gewünscht, kann man die Berücksichtigung des Kinderwohls im Aufenthaltsgesetz sowie dem Asylverfahrensgesetz klarstellen; rechtlich zwingend ist dies nicht.

c) Unterbringung (zu Art. 1, Nr. 3 und 6)

In der Begründung des Gesetzentwurfs wird angenommen, dass Art. 20 KRK die Unterbringung von minderjährigen Asylantragstellern in Aufnahmeeinrichtungen verbietet. Belege unter Einschluss der internationalen Praxis werden hierfür nicht genannt (vgl. Vorbemerkung). Tatsächlich ist dies Fazit keineswegs zwingend, weil Art. 20 KRK im Kern auf den hinreichenden „Schutz und Beistand“ (*special protection and assistance/une protection et une aide spéciales*) abstellt und es den Vertragsstaaten überlässt, wie dieser Schutz gewährleistet wird. Mit anderen Worten: Es kommt auf das Schutzniveau an und nicht auf die Frage, auf welchen Wegen und mit welchen Mitteln dieses erreicht wird. Aus diesem Grund **dürfen unbegleitete minderjährige Asylantragsteller auch in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht werden**, solange dort hinreichender Schutz und Beistand gewährleistet ist. Von Rechts wegen ist nur Letzteres geschuldet.

Eine Bestätigung findet diese Rechtsauffassung in den ausführlichen Schlussfolgerungen des **Ausschusses nach der Kinderrechtskonvention**, dessen Ansichten zwar nicht rechtsverbindlich sind, aber dennoch ein Indiz für die Auslegung darstellen. Im General Comment Nr. 6 des Ausschusses aus dem Jahr 2005 finden sich detaillierte Vorgaben für das Asylverfahren sowie die Unterbringung, ohne dass hierbei nach Einschätzung des Ausschusses ein Verbot von Gemeinschaftsunterkünften bestünde (vgl. Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin, Doc. CRC/GC/2005/6 of 1 Sep. 2005, Rn. 39 f., 64 ff.). Dasselbe gilt für die **neugefasste Asyl-Aufnahme-Richtlinie**, deren Art. 23 Abs. 3 die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, Sorge zu tragen, dass Minderjährige Gelegenheit zu Freizeitbeschäftigungen einschl. altersgerechter Spiel- und Erholungsmöglichkeiten erhalten. Hierbei wird jedoch auch klargestellt, dass die Unterbringung von Jugendlichen ab 16 Jahren in Aufnahmezentren für Erwachsene auch zukünftig für rechtmäßig erachtet wird (vgl. Art. 24 Abs. 2 UAbs. 2 sowie Art. 18 Abs. 1 Buchst. b). Erneut kommt es auf die Modalitäten der Unterbringung an, ohne dass Gemeinschaftsunterkünfte für Jugendliche generell verboten würden.

Der Bundesgesetzgeber kann aufgrund einer politischen Entscheidung über die Vorgaben der Kinderrechtskonvention sowie der künftigen Asyl-Aufnahme-Richtlinie hinausgehen. Rechtlich verpflichtet ist er zu diesem Schritt nicht.

d) Flughafenverfahren (zu Art. 1, Nr. 5)

Wenn es zutrifft, dass weder aus der Kinderrechtskonvention noch aus der neugefassten Asyl-Aufnahme-Richtlinie eine Pflicht zur gesonderten Unterbringung für Jugendliche folgt, soweit das Kindeswohl in der Sache beachtet wird (siehe oben), ist der Bundesgesetzgeber

nicht dazu verpflichtet, das Flughafen-Verfahren für unbegleitete Minderjährige abzuschaffen. Dies entspricht auch den Vorgaben der **künftigen Asyl-Verfahrens-Richtlinie**, die in Art. 25 Abs. 6 ein Verfahren an der Grenze auch für unbegleitete Minderjährige unter strengen Auflagen für zulässig erachtet. Diese strengen Auflagen werden in der nächsten Legislaturperiode umzusetzen sein. Hierbei steht es dem Gesetzgeber frei, sich aus politischen Gründen für eine generelle Unzulässigkeit des Flughafenverfahrens für unbegleitete Minderjährige zu entscheiden; rechtlich verpflichtet ist er hierzu nicht.

e) Altersfeststellung (zu Art. 1, Nr. 3 f.)

Auch in Bezug auf die Altersfeststellung einigten sich das Europäische Parlament sowie der Rat auf eine differenzierte Neuregelung in **Art. 25 Abs. 5 der neugefassten Asyl-Verfahrens-Richtlinie**, die in der kommenden Legislaturperiode umzusetzen sein wird. Hierbei wird auch ein Zustimmungserfordernis zur Altersfeststellung im Asylverfahren mittels einer medizinischen Untersuchung eingeführt werden, das auch der Gesetzesentwurf fordert. Mit Blick auf die anstehende Novellierung des AsylVfG zur Umsetzung der EU-Richtlinien sollte auf eine Einführung des Zustimmungserfordernisses zum jetzigen Zeitpunkt verzichtet werden, weil dies durch eine Abfolge von Änderungen binnen kurzer Zeit eine unnötige Komplexität des Asylrechts begründen würde, auf die sich die Praxis jeweils einstellen muss. Über Einzelheiten und Hintergründe der EU-Rechtsharmonisierung kann bei Bedarf sicherlich ein Vertreter der Bundesregierung inhaltliche Auskunft erteilen, weil diese die Neuregelung des Asylverfahrens auf EU-Ebene mitverhandelte.

Konstanz, den 9. April 2013

