

**ERICH PETER**

---

ZUSAMMENFASSUNG DER STUDIE  
**„DAS RECHT DER FLÜCHTLINGSKINDER“**

UND

**STELLUNGNAHME**

ZUR RÜCKNAHME DES DEUTSCHEN AUSLÄNDERVORBE-  
HALTS ZUR UN-KINDERRECHTSKONVENTION  
IM SPANNUNGSFELD VERFASSUNGSRECHTLICHER KOMPE-  
TENZZUWEISUNG

HERAUSGEGEBEN VOM  
BUNDESFACHVERBAND UNBEGLEITETE MINDERJÄHRIGE FLÜCHTLINGE,  
DEM DEUTSCHEN KINDERSCHUTZBUND UND  
TERRE DES HOMMES



VON LOEPER LITERATURVERLAG  
KARLSRUHE



# INHALT

## DAS RECHT DER FLÜCHTLINGSKINDER - ZUSAMMENFASSUNG

Einführung .....	6
Themen der Studie.....	7
Ergebnisse der Studie .....	8

## DIE RÜCKNAHME DES DEUTSCHEN AUSLÄNDERVORBEHALTS ZUR UN-KINDERRECHTSKONVENTION IM SPANNUNGSFELD VERFASSUNGSRECHTLICHER KOMPETENZZUWEISUNG

I. Einleitung .....	15
II. Maßstab und Selbstverpflichtung: Der materielle Regelungsgehalt der Artt. 22 und 20 KRK .....	18
III. Rechtspolitischer Handlungsbedarf zur Rücknahme des „Ausländervorbehalts“ .....	28
IV. Vorbehaltsrücknahme im Spannungsfeld der verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisung.....	31
V. Fazit - Vorbehaltsrücknahme im innenpolitischen Diskurs .....	36

Gesamtherstellung:  
Ariadne Buchdienst,  
Kiefernweg 13, 76149 Karlsruhe  
Tel. (0721) 70 67 55  
Fax (0721) 78 83 70  
E-Mail: [Info@vonLoeper.de](mailto:Info@vonLoeper.de)  
Internet: [www.vonLoeper.de](http://www.vonLoeper.de)

## **DAS RECHT DER FLÜCHTLINGSKINDER - ZUSAMMENFASSUNG**

### **EINFÜHRUNG**

In allen Flüchtlingsbewegungen der Geschichte sind Kinder als die verletzlichsten Opfer der erzwungenen Emigration zu verzeichnen. Viele von ihnen mussten ihre vertraute Umgebung ohne die Begleitung ihrer Eltern und naher Angehöriger verlassen. In Deutschland ist eine verstärkte Zufluchtsuche unbegleiteter minderjähriger Kinder seit Ende der 70er Jahre zu verzeichnen. Seither kommen Kinder unbegleitet aus etwa 35 verschiedenen Ländern.

Trotz der besonderen Schutzbedürftigkeit der unbegleiteten minderjährigen Kinder haben sie in der öffentlichen Diskussion um die Flüchtlingsaufnahme in Deutschland eine vergleichsweise geringe Beachtung gefunden. Von der verschärfenden Asylrechtsnovelle der Jahre 1992/93 sind sie in keiner Weise ausgenommen worden. Es sind insbesondere die mit der Betreuung dieser Kindesgruppe befassten Wohlfahrtsorganisationen, die immer wieder Verbesserungen des Schutzes angemahnt haben.

Mit der Verabschiedung der UN-Konvention über die Rechte des Kindes (KRK), die die Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1992 nicht vorbehaltlos ratifiziert hat, ist in der Fachöffentlichkeit, aber auch in der allgemeinen Öffentlichkeit die Frage drängender geworden, ob es in Deutschland Defizite im Kinderschutz gibt. Der Gesetzgeber hat durch die groß angelegte, zum 01.07.1998 in Kraft getretene Kindschaftsrechtsreform seinerseits der Familienrechtsentwicklung einen kindeswohlbezogenen Akzent zu geben versucht. Er hat damit schwerpunktartig die Vorgaben der Konvention im Bereich der elterlichen Sorge innerstaatlich umgesetzt. Diese Neuregelungen sind vor allem auf die Gruppe der Kinder bezogen, die als Trennungs- und Scheidungswaisen bezeichnet werden. Besonders schutzbedürftig sind aber auch andere Gruppen, vor allem die unbegleiteten ausländischen Kinder. Sie gelangen auf legalem oder illegalem Weg nach Deutschland, oft keineswegs freiwillig. Ihre Biographien sind von migrationsbedingten Brüchen, großen kulturellen Unterschieden zwischen dem Heimatland und Deutschland, komplexen Familienkonstellationen oft von Isolation und Elend geprägt. Im rechtspolitischen Diskurs um die Schutzbedürftigkeit dieser Kindesgruppe ist deutlich geworden, daß deren Rechte weitgehend ignoriert werden. Sozialwissenschaftliche Untersuchungen verdeutlichen eindringlich Defizite des Minderjährigenschutzes und offenbaren ein mangelndes kinder- und jugendpolitisches Interesse an der Situation dieser schutzbedürftigen Kindesgruppe in Deutschland. Es mangelt unterdessen an einer umfassenden juristischen Betrachtung ihrer Stellung im deutschen Recht. Um dem hier bestehenden Forschungsbedarf zu genügen, bedarf es einer intradisziplinären Durchdringung heterogener Rechtsmaterien des öffentlichen und privaten Rechts.

## THEMEN DER STUDIE

Das Buch „Das Recht der Flüchtlingskinder“ bietet einen systematischen Aufriss der Rechte, die den Kindern in den maßgeblichen Rechtsgebieten gewährt werden und misst diese an den Maßstäben des minderjährigenspezifischen Völkerrechts, insbesondere der UN-Kinderrechtskonvention sowie an denen des Grundgesetzes.

1. **Soziale Situation der Kinder im Herkunftsland und Fluchtgründe**
2. **Sozialwissenschaftlicher Befund der Situation der Kinder in Deutschland**  
Psychosoziale Situation, Erstaufnahme, Unterbringung und Betreuung innerhalb und außerhalb der Jugendhilfe, Praxis der Vormundschaft/Pflegschaft, Schul- und Ausbildungssituation
3. **Stellung der Kinder auf dem Gebiet des Einreise- und Asylrechts**  
Allgemeine Einreisebeschränkungen nach dem AuslG, Drittstaatenkonzeption, Flughafenverfahren, Handlungsfähigkeit, Anwendung der Regelungen über die Unterbringung und Verteilung von Asylbewerbern
4. **Systematische Darstellung der aufenthaltsrechtlichen Stellung der Kinder**  
Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis, Minderjährigenspezifische Abschiebungshindernisse, adäquater Aufenthaltstitel
5. **Vormundschaft / Pflegschaft für diese Kindesgruppe**  
Zuständigkeit deutscher Gerichte nach Maßgabe des internationalen Verfahrensrechts für die Anordnung dieser Schutzmaßnahme, Anwendung innerstaatlichen Rechts nach Maßgabe des internationalen Privatrechts
6. **Einbeziehung der Kinder in den Aufgaben- und Leistungskatalog der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII)**  
Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe, Aufenthaltsrechtliche Folgen des Bezugs von Jugendhilfeleistungen, Abgrenzung der Jugendhilfeleistungen von der Leistungsgewährung nach dem AsylbLG und dem BSHG
7. **Verfahren der Abschiebung dieser Kindesgruppe**  
Modifizierte Handlungsfähigkeit (§ 68 II 2 AuslG), Abschiebehaft und Stellung im Abschiebehaftverfahren
8. **Bedeutung des minderjährigenspezifischen Völkerrechts im Verhältnis zur deutschen innerstaatlichen Gesetzgebung und behördlichen und gerichtlichen Praxis**  
Haager Minderjährigenschutzabkommen, UN-Kinderrechtskonvention
9. **Grundrechtskonformität der Gesetzesregelungen im Lichte des Kindeswohls**  
Klärung des Kindeswohlbegriffs, Kindeswohl als beachtliches Gebot für staatliches Handeln

## **ERGEBNISSE DER STUDIE**

Die den Kindern in den maßgeblichen Rechtsgebieten gewährten Rechte sind an den Maßstäben des minderjährigenspezifischen Völkerrechts, insbesondere der KRK sowie an den Maßstäben des Grundgesetzes zu messen. Dabei zeigt sich, daß die rechtliche Stellung dieser Kindesgruppe in Deutschland, die wesentlich von asyl- und ausländerrechtlichen Zielvorgaben bestimmt ist, den völkerrechtlichen Vorgaben der KRK nicht genügt. Des weiteren fordert der verfassungsrechtliche Kindeswohlbegriff eine Verbesserung der rechtlichen Stellung unbegleiteter ausländischer Kinder. Es besteht damit ein rechtspolitischer Handlungsbedarf, der sich an den Gesetzgeber, aber auch an die behördliche Praxis richtet. Die folgenden Thesen geben einen Überblick über die rechtswissenschaftlichen Ergebnisse:

### **DEFIZITE DES MINDERJÄHRIGENSCHUTZES AUF DEM GEBIET DER EINREISE**

Eine für unbegleitete Minderjährige einschneidende Bedeutung erlangt die verfahrensrechtliche Stellung Minderjähriger im Rahmen der Zurückweisung oder Zurückschiebung an der Grenze bzw. aus dem grenznahen Gebiet. Nach § 68 II AuslG können diese Maßnahmen ungeachtet einer mangelnden Handlungsfähigkeit wirksam getroffen werden. Im Hinblick auf bestehende Artikulations- und Durchsetzungsdefizite sowie im Hinblick auf die mangelnde Einsichtsfähigkeit des minderjährigen Kindes ist es nicht in der Lage, sich gegen diese Verwaltungsakte im Wege des (einstweiligen) Rechtsschutzes zu wenden. Der Umstand, daß das Kind in Deutschland Zuflucht sucht, weil hier Verwandte ansässig sind, findet keine tatbestandliche Berücksichtigung. Ohne die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters ist das nicht einsichtsfähige Kind zudem nicht in der Lage, sich auf die im Rahmen dieser einreisehindernden und aufenthaltsbedingenden Maßnahmen nach § 60 V AuslG zu beachtenden Abschiebungsverbote und -hindernisse zu berufen. Diese Rechtsschutzdefizite wecken im Hinblick auf Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III, Art. 19 IV sowie Art. 103 GG Zweifel an der Verfassungskonformität des § 68 II AuslG.

Das unbegleitete minderjährige Kind unterliegt dem im Rahmen der Drittstaatenkonzeption statuierten Einreiseverweigerungsgrund des § 18 II AsylVfG. Dieser findet im Falle eines Asylgesuchs, das die Grenzbehörden im Rahmen ihrer Prüfungskompetenz festzustellen haben, als *lex specialis* Anwendung. Der Rechtsschutz gegen die nach § 18 II AsylVfG erfolgte Einreiseverweigerung unterliegt im Hinblick auf § 34 a II AsylVfG einer erheblichen Rechtsschutzbeschränkung. Insgesamt zeigt sich, daß der Gesetzgeber den Minderjährigenschutz auf dem Gebiet der Einreise zugunsten einer effektiven Verfahrensabwicklung erheblich beschränkt hat.

**ERSTBETREUUNGS- UND VERFAHRENSRECHTSDEFIZITE DURCH  
EINBEZIEHUNG IN DAS FLUGHAFENVERFAHREN**

Unbegleitete Minderjährige unterliegen ohne gesetzliche Alterseinschränkung dem Konzept des beschleunigten Flughafenverfahrens nach § 18 a AsylVfG. Die Einbeziehung dieser Kindesgruppe in die statuierte Spontananhörung sowie deren Unterbringungssituation stehen nicht in Einklang mit den grundsätzlichen Vorgaben des BVerfG vom 14. Mai 1996 (E 94, 166, 202), nach denen auf die Schaffung von Rahmenbedingungen Bedacht zu nehmen ist, unter denen tragfähige Entscheidungsgrundlagen erzielt und die Asylsuchenden vollständige und wahrheitsgetreue Angaben machen können. Die psycho-soziale Situation des unbegleiteten Kindes erfordert eine adäquate Betreuung, die im Rahmen der Unterbringung im Flughafenverfahren nicht durchführbar ist. Zudem ist es in Anbetracht seiner mangelnden Artikulations- und Einsichtsfähigkeit nicht in der Lage, innerhalb der kurzen Frist der Durchführung des Flughafensonderverfahrens eine Begründung vorzutragen, die substantiell den Schutzbereich des Asylrechts oder einer Abschiebung entgegenstehende Tatbestände reklamiert. Es bestehen daher erhebliche Bedenken gegen die Einbeziehung dieser Kindesgruppe in das Sonderverfahren.

**OPTIMIERUNG DER VERFAHRENEFFEKTIVITÄT IM ASYLVERFAHREN ZU LASTEN  
DES MINDERJÄHRIGENSCHUTZES**

Die Betrachtung der verfahrensrechtlichen Stellung des eingereisten unbegleiteten Kindes im Asylverfahren führt zu der Feststellung, daß sich der Gesetzgeber von einem vehementen Interesse an einer effektiven Verfahrensabwicklung zu Lasten des Minderjährigenschutzes leiten ließ. Ausdruck dessen ist zunächst die Herabsetzung der Handlungsfähigkeit auf das 16. Lebensjahr (§ 12 AsylVfG), die in Verbindung mit der parallelen Bestimmung des § 68 AuslG darauf ausgerichtet ist, asyl- und aufenthaltsrechtliche Entscheidungen gegenüber 16- bis 18jährigen Minderjährigen zügig treffen und vollziehen zu können. Die behördliche Praxis unterlässt deswegen unter Hinweis auf die sektorale Handlungsfähigkeit regelmäßig die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für diese Altersgruppe.

Die Altersfeststellung, die in der behördlichen Praxis in nicht befriedigender Weise erfolgt, gewinnt vor diesem Hintergrund besondere Bedeutung. Entgegen der Feststellung, daß unbegleitete Minderjährige einer besonderen Betreuung bedürfen, werden 16- bis 18jährige unbegleitete Minderjährige zudem aus der Jugendhilfe ausgegrenzt; sie unterliegen der Unterbringung und Verteilung nach dem AsylVfG (§§ 44 ff.). Zu konstatieren sind daraus hervorgehende Gefährdungen dieser Kindesgruppe. Schließlich treffen die besonderen Mitwirkungspflichten im Asylverfahren insbesondere das unbegleitete handlungsfähige Kind, das das Verfahren regelmäßig ohne gesetzlichen Vertreter oder sonstigen Beistand durchläuft.

**UNGESICHERTER AUFENTHALTSSTATUS VERSUS CLEARINGVERFAHREN UND WEITERVERSORGUNG**

Unbegleitete Kinder aus den Hauptfluchtländern verfügen regelmäßig nicht über ein Aufenthaltsrecht, da sie die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung nicht erfüllen und/oder die Versagungsgründe der §§ 8 und 7 II AuslG einer Erteilung weitgehend entgegenstehen. Mit einer längerfristigen Aufenthaltslegalisierung nach §§ 32, 32 a AuslG oder einem Abschiebestopp nach § 54 AuslG bietet das AuslG zwar adäquate und flexible Instrumentarien. Jedoch wurden diese in der Vergangenheit nicht zugunsten unbegleiteter Minderjähriger zur Anwendung gebracht.

Die Möglichkeit, einen zumindest kurzfristigen Aufenthaltsschutz zu erreichen, beschränkt sich auf das Betreiben eines Asylverfahrens, das im Regelfall jedoch nicht zu einer Anerkennung als asylberechtigt oder zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft nach § 51 I AuslG führt. Der aufenthaltsrechtliche Status beschränkt sich damit - soweit ein Abschiebungshindernis festgestellt wird - weitgehend auf eine Duldung des Aufenthalts.

Diese Rechtspraxis hat zunächst zur Folge, daß unbegleitete Minderjährige in ein verfahrensrechtlich nicht minderjährigengerecht ausgestaltetes Asylverfahren gedrängt werden, das auf zügige Abwicklung ausgerichtet ist. Das Verfahren konterkariert damit zugleich das Bemühen um ein erforderliches Clearingverfahren, in dem die Situation des Kindes zu klären ist. Zudem ist mit der auf diesem Verfahrensweg erlangbaren Duldung eine pädagogische Weiterversorgung des Kindes im Hinblick auf die ungewisse Lebensplanung erheblich erschwert und der psychosozialen Situation des Kindes abträglich. Ein alarmierendes Phänomen stellt die partiell zu beobachtende Flucht unbegleiteter Minderjähriger in die Illegalität dar, deren Auslöser die weiter bestehende Angst vor der Abschiebung ist. In diesen Fällen ist der Minderjährige der Gefahr der Ausbeutung sowie Gewalttaten schutzlos ausgeliefert und kaum mehr für die Jugendhilfe erreichbar.

**STELLUNG AUF DEM GEBIET DES RECHTS DER ELTERLICHEN SORGE (KOMPENSATION DES SORGERECHTSAUSFALLS)**

Die Ausübung der elterlichen Sorge über ein unbegleitetes ausländisches Kind ist angesichts der räumlichen Herauslösung des Kindes aus seinem familiären Verband in aller Regel faktisch beschränkt. Auf dem Gebiet des diese Schutzlücke kompensierenden deutschen (internationalen) Familienrechts sehen die gesetzlichen Bestimmungen eine Reihe geeigneter Schutzmaßnahmen vor, die die zuständigen Familiengerichte zu treffen haben. Die gesetzlich vorgesehenen Schutzmaßnahmen werden jedoch aufgrund der Praxis der Ausländer- und Asylbehörden sowie partiell auch der Jugendbehörden in erheblichem Maße unzureichend effektiviert. Obwohl ein sorgerechtlches Handlungsinstrumentarium kraft Gesetzes bereitsteht, wird in der behördlichen Praxis die Einschaltung

des Familiengerichts in den Fällen 16- bis 18jähriger unbegleiteter Minderjähriger unter Hinweis auf ihre sektorale Handlungsfähigkeit nach dem AuslG und dem AsylVfG unterlassen.

#### **DEFIZITÄRE EINBEZIEHUNG IN DAS AUFGABEN- UND LEISTUNGSSPEKTRUM DER KINDER- UND JUGENDHILFE**

Unbegleitete Minderjährige werden lediglich partiell in das Aufgaben- und Leistungsspektrum der Kinder- und Jugendhilfe einbezogen. Die als Krisenintervention ausgestaltete Inobhutnahme nach der Bestimmung des § 42 SGB VIII, der die gesetzliche Grundlage für eine adäquate Erstversorgung im Rahmen eines Clearingverfahrens darstellt, wird unbegleiteten Minderjährigen, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, regelmäßig verwehrt. Sie werden in der behördlichen Praxis der Wohnpflicht nach dem AsylVfG zugeführt und damit aus der Jugendhilfe ausgegrenzt. Ein Anspruch auf die Leistungsart der Hilfe zur Erziehung (§ 27 SGB VIII) kommt nicht ohne weiteres in Betracht. Entgegen der behördlichen Praxis ist zwar ein erzieherischer Bedarf regelmäßig zu bejahen, jedoch ist der Anwendungsbereich des SGB VIII nur unter erhöhten Anforderungen eröffnet (vgl. § 6 II SGB VIII). Unter Zugrundelegung einer weiten bereichsspezifischen Auslegung des gewöhnlichen Aufenthalts ist indes ein großer Teil unbegleiteter Minderjähriger, deren Aufenthalt geduldet ist, in den Anwendungsbereich des SGB VIII einzubeziehen. Internationale Abkommen, die den Geltungsbereich des SGB VIII (§ 6 IV SGB VIII) erweitern, erlangen für unbegleitete ausländische Minderjährige hingegen nur eingeschränkte Bedeutung. In besonderem Maß Gegenstand der Kritik ist der Umstand, daß der Bezug von Jugendhilfeleistungen negative ausländerrechtliche Folgen hat: Die Inanspruchnahme ist als Ausweisungsgrund (§ 46 Nr. 7 AuslG) statuiert.

#### **BESCHRÄNKUNG DES MINDERJÄHRIGENSCHUTZES AUF DEM GEBIET DES ABSCHIEBUNGSVERFAHRENS**

Mit dem Gesetz zur Neuregelung des AuslG vom 09.07.1990 hat der Gesetzgeber die Stellung des unbegleiteten Kindes im Abschiebungsverfahren erheblich abgeschwächt und damit auf dem Gebiet des Minderjährigenschutzes rechtspolitisch sowie verfassungsrechtlich zweifelhaftes Neuland betreten: Die den Minderjährigenschutz bezweckende Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters bei staatlichen Eingriffsmaßnahmen kann im Zusammenhang mit der Vollstreckung der Aufenthaltsbeendigung gegenüber Minderjährigen auf Grundlage des § 68 II 2 AuslG vernachlässigt werden, wenn die Abschiebung in den Staat, dessen Staatsangehörigkeit der Minderjährige besitzt, erfolgen soll. Es besteht damit ein einschneidendes Rechtsschutzdefizit. Außerdem ist die Aufenthaltsbeendigung eines Kindes ohne engen Kontakt und ohne Absprache mit einer Betreuungsperson in einer menschenwürdigen Art und Weise nicht durchführbar.

**STELLUNG DES KINDES IM ABSCHIEBEHAFTVERFAHREN**

In der Praxis werden partiell auch unbegleitete Minderjährige zur Vorbereitung oder Sicherstellung der Abschiebung auf der Grundlage des § 57 AuslG in Haft genommen. Eine Altersuntergrenze für die Anordnung der Abschiebehäft ist gesetzlich nicht fixiert. Die Praxis sucht regelmäßig die Inhaftierung von Kindern unter 16 Jahren zu vermeiden. In der gerichtlichen und behördlichen Praxis findet das Kindeswohl im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine ungenügende Berücksichtigung. Des Weiteren ist die Stellung des unbegleiteten Kindes im Abschiebehäftverfahren nicht gesetzlich fixiert. Eine durchaus zu erwägende entsprechende Anwendung der Bestimmungen über die Verfahrensfähigkeit bei der Unterbringung (§§ 70 a, 70 b FGG) erweist sich prozessgrundrechtlich als ungenügend. In Anbetracht der spezifischen Lebenssituation des unbegleiteten Kindes erfordern die verfassungsrechtlichen Vorgaben die zwingende Bestellung eines Verfahrenspflegers.

**HAAGER MSA UND DIE RECHTSLAGE NACH DEM KSÜ DE LEGE FERENDA**

Unter den bestehenden minderjährigenspezifischen völkerrechtlichen Verträgen gewinnen das Haager MSA sowie die KRK eine für unbegleitete Minderjährige relevante Bedeutung. Der Schutzbereich des MSA, welches Regelungen der Zuständigkeit sowie Kollisionsnormen für die Anordnung staatlicher Schutzmaßnahmen trifft, entfaltet für unbegleitete Minderjährige im Hinblick auf seinen eingeschränkten räumlichen und sachlichen Anwendungsbereich gleichwohl nur partielle Schutzwirkung. Mit der Aufnahme von Sonderbestimmungen zugunsten des Flüchtlingskindes in das von deutscher Seite noch nicht ratifizierte Kinderschutzübereinkommen (KSÜ), das das MSA mit dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens ersetzen soll, wird der Schutz des unbegleiteten Kindes de lege ferenda durch eine Erweiterung des räumlichen Anwendungsbereiches ausgeweitet. Der sachliche Anwendungsbereich des Abkommens bringt indes keine Neuerung für die Rechtsstellung des unbegleiteten Kindes auf den Gebieten des Aufenthalts- und Asylrechts. Denn Schutzmaßnahmen zur Stärkung der aufenthalts- und asylrechtlichen Stellung sind ausdrücklich nicht vom sachlichen Schutzbereich des KSÜ erfasst.

**UN-KINDERRECHTSKONVENTION - BINDUNGSWIRKUNG UND SCHUTZBEREICH**

Der materielle Regelungsgehalt der KRK berührt die Rechtsstellung des unbegleiteten ausländischen Kindes in Deutschland umfassend, wenn auch mit differenzierten Folgen. Das Vertragswerk enthält mit den Artt. 20 und 22 Bestimmungen, die die Schutzbedürftigkeit unbegleiteter (Flüchtlings-)Kinder spezifisch erfassen. Diese Vertragsbestimmungen sind innerstaatlich nicht unmittelbar anwendbar. Die Bundesrepublik Deutschland ist indes verpflichtet, den Konventionsschutz nach Maßgabe des Art. 4 KRK im Wege innerstaatlicher

gesetzgeberischer und sonstiger Maßnahmen zu effektivieren. Da die Rechtsstellung des unbegleiteten ausländischen Kindes in Deutschland de lege lata nicht in Einklang mit dem Konventionsvorgaben der Artt. 20 und 22 KRK steht, besteht ein Handlungsbedarf. Die verfahrensrechtliche Stellung dieser Kindesgruppe im Verfahren nach dem AuslG und dem AsylVfG sowie die Rechtsstellung und die Praxis auf dem Gebiet der Kinder- und Jugendhilfe sind nicht mit den Konventionsbestimmungen vereinbar. Der deutsche Gesetzgeber und die Exekutivpraxis sind daher gefordert, auf diesen Gebieten Maßnahmen zur Umsetzung des Kindesschutzes zu treffen.

Die Bundesrepublik Deutschland kann sich dieser völkervertraglichen Pflicht nicht unter Hinweis auf Abschnitt IV ihrer Ratifikationserklärung en bloc entziehen. Der Abschnitt IV enthält eine Summierung von Vorbehalten, die zu einem erheblichen Teil völkerrechtlich unzulässig sind. Lediglich die Bestimmung über die Erlaubtheit des Aufenthalts hat sie sich völkerrechtlich zulässig vorbehalten. Sie ist darum konventionsrechtlich nicht verpflichtet, unbegleiteten Kindern unbeschränkt Einreise und Aufenthalt zu gewähren. Eine Maßnahmepflicht entsteht insofern nur dann, wenn sich die Bundesrepublik Deutschland - wozu der aktuelle politische Diskussionsprozess Anlass gibt - zur Rücknahme dieses Teilvorbehalts entschließen sollte. Eine Beendigung der derzeitigen bedauerlichen Praxis, nach der unbegleitete Minderjährige zur Erlangung eines vorläufigen Aufenthaltsschutzes in ein in der Regel erfolgloses Asylverfahren gedrängt werden, ist daher konventionsrechtlich nicht einzufordern. Sie ist jedoch rechtspolitisch geboten. Dieser Forderung kann der deutsche Gesetzgeber etwa mit der Schaffung eines Sonderflüchtlingsrechts für Kinder nachkommen, in dem die Leitmaxime des Kindeswohls (Art. 3 KRK) eine gegenüber ordnungspolitischen Interessen dominierende Stellung einnimmt

#### **BEDEUTUNG DES KINDESWOHLS ALS RECHTSGUT VON VERFASSUNGSRANG**

Mit einem kindeswohlbezogenen Grundrecht, das sich als eine spezifische Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ableitet, erlangt das unbegleitete ausländische Kind eine spezifische Rechtsstellung. Es ist weitgehend anerkannt, daß zur Inhaltsbestimmung und Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs außerrechtliche Maßstäbe heranzuziehen sind, die aufgrund der Erkenntnisse der Erziehungswissenschaften, der Psychologie, der Psychiatrie sowie der Medizin gewonnen wurden. Im Hinblick darauf erlangen die bestehenden fachwissenschaftlichen Erkenntnisse über die spezifische soziale, insbesondere psycho-soziale Situation des unbegleiteten ausländischen Kindes eine besondere Bedeutung. Die ermittelten Kindeswohlgesichtspunkte erlangen ein besonderes Gewicht im Rahmen der Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffsmaßnahmen, insbesondere im Rahmen der Ausübung staatlichen Ermessens. Das kindeswohlbezogene Grundrecht begründet im Einzelfall einen verfassungsunmittelbaren Abschiebungsschutz, wenn bei der Rückführung des

unbegleiteten Kindes nicht sicher feststeht, daß es in die Obhut seiner Familie oder der staatlichen Fürsorge gelangt. In der behördlichen und gerichtlichen Praxis findet die aufenthaltsrechtliche Schutzwirkung des Kindeswohls jedoch ungenügende Beachtung. Darüber hinaus ist zu konstatieren, daß der Gesetzgeber ein Regelungssystem installiert hat, das nicht in Einklang mit dem Wohl des 16- bis 18jährigen unbegleiteten ausländischen Kindes zu bringen ist.

#### **RECHTSPOLITISCHER HANDLUNGSBEDARF**

Die Bundesrepublik Deutschland erfüllt insgesamt einen vergleichsweise hohen Kindeswohlstandard. Die Kindschaftsrechtsreform, mit der der Gesetzgeber einem rechtspolitischen und im Hinblick auf die KRK völkerrechtlich geforderten Handlungsbedarf insbesondere zur Verbesserung der rechtlichen Stellung von Scheidungswaisen und nichtehelichen Kindern nachgekommen ist, war ein wichtiger Schritt zur Erreichung dieses Standards. Jedoch stellt sich das staatliche Bemühen um das Kindeswohl als höchst differenziert dar. Bei der Untersuchung der Rechtsstellung des unbegleiteten ausländischen Kindes ist klar geworden, daß auf diesem Teilgebiet des Kindesschutzes ein rechtspolitischer Handlungsbedarf unerfüllt ist. Die deutsche Rechtslage entspricht nicht dem Standard, den die KRK zugunsten des Schutzes unbegleiteter Minderjähriger statuiert. Ungeachtet des Weiterbestehens des deutschen Vorbehalts zu diesem Abkommen sind weitreichende innerstaatliche Verbesserungen zur Verwirklichung des Konventionsschutzes erforderlich. Ein Handlungsbedarf besteht des weiteren im Hinblick auf die kindeswohlbezogene Grundrechtsstellung des Kindes. Deutsches Recht ist zur Regelung gefordert.

# DIE RÜCKNAHME DES DEUTSCHEN AUSLÄNDERVORBEHALTS ZUR UN-KINDERRECHTSKONVENTION IM SPANNUNGSFELD VERFASSUNGSRECHTLICHER KOMPETENZUWEISUNG

## I. EINLEITUNG

Bei der Betrachtung von Kinderschutzdefiziten im deutschen Recht richtet sich der Blick in besonderem Maße auf unbegleitete ausländische Minderjährige, die, oft keineswegs freiwillig, auf legalem oder illegalem Weg nach Deutschland gelangt sind, und deren Biographien von migrationsbedingten Brüchen, großen kulturellen Unterschieden zwischen dem Heimatland und Deutschland, komplexen Familienkonstellationen und notwendigerweise oft von Isolation und Elend geprägt sind. Der UNHCR<sup>1</sup> sowie sozialwissenschaftliche Studien<sup>2</sup> zur Lebenssituation dieser Kindesgruppe in Deutschland unterstreichen deren besondere Schutzbedürftigkeit. Organisationen, die sich um eine Verbesserung der Lebenssituation unbegleiteter ausländischer Kinder bemühen, weisen seit Jahren auf Schutzdefizite im deutschen Recht hin.<sup>3</sup> Im rechtspolitischen Diskurs um die Behandlung unbegleiteter Minderjähriger werden zwei widerstreitende Grundpositionen deutlich: Einer familien- und jugendhilferechtlichen Betreuungserwartung steht das behördliche Streben nach Kosteneinsparung sowie nach Verwirklichung der ausländer- und asylrechtlichen Verfahrensbeschleunigungsmaxime gegenüber.

Die Stellung dieser Kindesgruppe im deutschen Recht ist wesentlich von ausländer- und asylrechtlichen Zielvorgaben bestimmt. Einen gravierenden Einschnitt erlitt die Jugendhilfeversorgung mit der Asylrechtsnovelle in den Jahren 1992/93, die als verfahrensbeschleunigendes Element eine neue Unterbringungs- und Verteilungskonzeption beinhaltete. In die Diskussion um die Reformen des Asyl- und Ausländerrechts sind minderjährige unbegleitete Kinder nicht einbe-

---

<sup>1</sup>UNHCR, *Refugee Children - Guidelines on Protection and Care*, Genf 1994; *ders.*, *Richtlinien über allgemeine Grundsätze und Verfahren zur Behandlung asylsuchender unbegleiteter Minderjähriger*, deutsche Fassung, Bonn 1997.

<sup>2</sup>Siehe instruktiv die explorative Studie der pädagogischen Versorgung unbegleiteter Minderjähriger in den einreisestärksten Bundesländern von *Jordan*, *Fluchtkinder - Allein in Deutschland*, 2000; ferner: *Angenendt*, *Kinder auf der Flucht*, Studie im Auftrag des Deutschen Komitees für UNICEF, 2000; *Weiß/Rieker* (Hrsg.), *Allein in der Fremde - Fremdunterbringung ausländischer Jugendlicher in Deutschland*, 1998; siehe auch die Situationsbeschreibungen von *Jockenhövel-Schiecke*, ZAR 1987, 191; *dies.*; ZfJ 1997, 404; *dies.*, ZAR 1998, 165; *dies.*, InfAusIR 1999, 516.

<sup>3</sup>Siehe nur die Forderungen der *National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention* (Hrsg.) - *Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Bundesrepublik Deutschland - Verpflichtungen aus der UN-Kinderrechtskonvention*, 1997. In der National Coalition haben sich ca. 90 Organisationen unter der Rechtsträgerschaft der Arbeitsgemeinschaft für Jugendhilfe (AGJ) zusammengeschlossen.

zogen worden, und die Novellierungen haben die Schutzbedürftigkeit dieses Personenkreises unberücksichtigt gelassen. Dieser Umstand mag zum einen darin begründet sein, daß der politischen Zielsetzung der Verringerung der Zahl der Asylsuchenden volle Priorität eingeräumt wurde. Auch die weitere Intention des Parteienkompromisses, den Asylrechtsmißbrauch einzuschränken, sollte ungeachtet der besonderen Situation unbegleiteter ausländischer Minderjähriger vorbehaltlos verfolgt werden. Die damalige Bundesregierung argumentierte nach der Implementierung der Asylrechtsnovelle in einer Antwort<sup>4</sup> auf eine parlamentarische Anfrage zur Situation unbegleiteter Minderjähriger in Deutschland, daß kein denkbarer Gesichtspunkt es zulasse, das Asylverfahren - soweit keine politische Verfolgung vorliege - zu mißbrauchen, um durch unbegründete Asylanträge ein Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet zu erlangen oder zu verlängern. Forderungen nach der Schaffung eines Sonderflüchtlingsrechts für Kinder, wie sie etwa sukzessive von der Sachverständigenkommission im Zehnten Kinder- und Jugendbericht aufgestellt wurden<sup>5</sup>, wies die damalige Bundesregierung zurück<sup>6</sup>.

Die Kinderschutzlobby konnte die Abwahl der Kohl-Regierung mit der Hoffnung verbinden, daß die beklagten Schutzdefizite beseitigt würden. Denn noch zu Oppositionszeiten waren es die Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen, die über Jahre im Deutschen Bundestag eine Verbesserung des Schutzes unbegleiteter ausländischer Kinder anmahnten.<sup>7</sup> Aber auch die neue Bundesregierung, deren Mitglieder sich einst als Protagonisten der Opposition mit der Kinderschutzlobby Seite an Seite fanden<sup>8</sup>, ist den nun drängender werdenden Forderungen bislang nicht nachgekommen. Sie läßt bislang auch keinen Reformwillen erkennen.<sup>9</sup> Fast ein Jahrzehnt nach den großen Gesetzesreformen auf den Gebieten des Ausländer- und Asylrechts steht mit dem Zuwanderungsgesetz eine neuerliche, tiefgreifende Reform an. Dabei zeichnet sich ab, daß

<sup>4</sup>BT-Drs. 13/1873 v. 25.06.95.

<sup>5</sup>BT-Drs. 13/11368, S. 172.

<sup>6</sup>Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 13/11369, S. XIX (Textziffer 43).

<sup>7</sup>Siehe die jeweiligen einleitenden Begründungen zu kleinen Anfragen der Fraktionen im Bundestag aus den Jahren 1993 bis 1997: BT-Drs. 12/5845; 13/832; 13/1067; 13/1655; 13/2530; 13/6969.

<sup>8</sup>Beredtes Zeugnis ist ein Entschließungsantrag namhafter SPD-Bundestagsabgeordneter (BT-Drs. 13/10108 v. 11.03.1998) mit dem Titel: „Kindgerechtes Verfahren für unbegleitete ausländische Minderjährige.“

<sup>9</sup>Die Bundesregierung macht dies sehr deutlich in ihrem gem. Art. 44 I Bst. a KRK vorzulegenden, am 16.05.01 veröffentlichten Zweitbericht über getroffene Maßnahmen zur Verwirklichung der Konventionsrechte. Darin widerspricht sie der am 17.11.1995 im Anschluß an den deutschen Erstbericht getroffenen Feststellung des Ausschusses für die Rechte des Kindes, der die Garantien, die in der UN-Konvention über die Rechte des Kindes in den Artikeln 2, 3, 12, 22 und 37 (d) festgelegt sind, als offensichtlich nicht eingelöst erachtete (Concluding observations of the Committee on Right of the Child: Germany - Dokument CRD/C/15/Add. 43, Nr. 19). Unter Kapitel VII.A.1 des Zweitberichts der Bundesregierung heißt es: „Die Bundesregierung hält diese Vorwürfe für nicht berechtigt... Die Bundesregierung unterstützt... auch keine Bestrebungen, die das geltende Recht in wesentlichen Teilen, insbesondere hinsichtlich des Rechts der Einreise und des Aufenthalts und maßgeblicher Vorschriften des Asyl- und Asylverfahrensrechts außer Kraft setzen würden“.

sich für die Ausländergruppe der unbegleiteten Minderjährigen de lege ferenda keine grundlegenden, auf ihre spezifische Schutzbedürftigkeit Bedacht nehmenden Veränderungen ergeben. Die in die Kritik geratenen Regelungen des AuslG und des AsylVfG, die auf die verfahrensrechtliche Stellung der 16- bis 18jährigen unbegleiteten Kinder rekurrieren (§ 68 AuslG sowie § 12 AsylVfG), Erstversorgungsdefizite begründen und eine Ausgrenzung aus der Jugendhilfeversorgung bewirken (§§ 46 Nr. 7 AuslG; §§ 44 I, 47 I 1 i.V.m. § 14 I; § 18 a AsylVfG), werden nach dem Regierungsentwurf<sup>10</sup> in das Zuwanderungsgesetz inhaltsgleich übernommen<sup>11</sup>.

Im Zuge dieses aktuellen Reformprozesses wird die rechtspolitische Forderung drängender denn je erhoben, die Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention<sup>12</sup> (KRK), wie sie sich für (unbegleitete) Flüchtlingskinder aus den Artt. 22 und 20 KRK ergeben, innerstaatlich umzusetzen. Der Vertragsstaat Bundesrepublik Deutschland hat das Abkommen jedoch nicht vorbehaltlos ratifiziert. Bei der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde am 06.03.1992 gab die damalige Bundesregierung ein Bündel von Erklärungen ab<sup>13</sup>, die die Bindungswirkung des Abkommens für den Vertragsstaat Bundesrepublik Deutschland weitreichend zu beschränken trachten. Der Abschnitt IV dieses Erklärungsbindels, der in der Fachdiskussion mit der verheißungsvollen Bezeichnung „Ausländervorbehalt“ versehen wurde<sup>14</sup>, schränkt nach seinem Wortlaut den Konventionsschutz ausländischer Kinder weitgehend ein. Um eine uneingeschränkte Umsetzung der Konventionsvorgaben zugunsten unbegleiteter ausländischer Minderjähriger zu erreichen, steht seit langem die Forderung im öffentlichen Raum, den Ausländervorbehalt zurückzunehmen.<sup>15</sup> Diesem Ansinnen begegnet die Bundesregierung „nach näherer Prüfung“ mit dem Einwand, daß ein erforderliches Einverständnis der Bundesländer bislang nicht habe erreicht werden können.<sup>16</sup>

Der rechtspolitische Diskurs um Verbesserungen des Schutzes unbegleiteter Minderjähriger hat damit einen vorläufigen Endpunkt erreicht. Der aktuelle Diskussionsstand gibt Veranlassung, der Frage nachzugehen, inwieweit die Bundesrepublik Deutschland die Konventionsbestimmungen der Artt. 22, 20 KRK unter Berücksichtigung des deutschen Ausländervorbehalts innerstaatlich zu konkretisieren hat. Schließlich ist der Standpunkt der Bundesregierung zu hinterfragen, demzufolge die Vorkehrungsrücknahme eines positiven Votums der

---

<sup>10</sup>BR-Drs. 921/01 v. 08.11.2001.

<sup>11</sup> Die einschlägigen Bestimmungen des AsylVfG bleiben unangetastet; der Ausweisungsgrund der Inanspruchnahme der Hilfe zur Erziehung ist nun in § 55 II Nr. 7 Aufenthaltsgesetz-E statuiert; die Bestimmung über die Handlungsfähigkeit (§ 68 AuslG) wird inhaltlich unverändert mit § 80 Aufenthaltsgesetz-E übernommen.

<sup>12</sup>BGBI. 1992 II, S.121.

<sup>13</sup>BGBI. 1992 II, S.990.

<sup>14</sup> Siehe *Stöcker*, Der Ausländervorbehalt zur UNO-Kinderkonvention, ZAR 1992, 80.

<sup>15</sup> Siehe dazu die Ausführungen unter III.

<sup>16</sup> Siehe dazu ausführlich unter III.2.

Länder bedürfe. Dabei geht es im Kern um die Frage der verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisung auf dem Gebiet des Auswärtigen nach Maßgabe des Art. 32 GG.

## II. MAßSTAB UND SELBSTVERPFLICHTUNG: DER MATERIELLE REGELUNGSGEHALT DER ARTT. 22 UND 20 KRK

Soweit sich das innerstaatliche deutsche Recht als nicht vereinbar mit den Konventionsvorgaben darstellt, ist zuvörderst der nationale Gesetzgeber aufgerufen, die nach Art. 4 KRK bestehende Vertragspflicht zur Verwirklichung der in den maßgeblichen Konventionsbestimmungen festgelegten Rechte im Wege geeigneter Gesetzgebungsmaßnahmen zu erfüllen. Demgemäß wird im folgenden die Schutzbereichsweite der Artt. 22, 20 KRK aufgezeigt und der Rechtsstellung des unbegleiteten ausländischen minderjährigen Kindes im nationalen deutschen Recht gegenübergestellt.

### 1. SYSTEMATISCHER REGELUNGSZUSAMMENHANG

Mit den Artt. 22 und 20 KRK enthält die Konvention Bestimmungen, die den Schutz unbegleiteter (Flüchtlings-)Kinder spezifisch erfassen.<sup>17</sup> Die Bestimmung des Schutzbereiches der angeführten KRK-Normen erfordert zunächst die Verdeutlichung des systematischen Kontextes, in dem diese Normen angesiedelt sind.

Der materielle Teil I der KRK (Artt. 1 bis 41) enthält mit den Artt. 1 bis 5 gleichsam vor die Klammer gezogene Grundsatznormen, die die Prinzipien und Begriffsbestimmungen der Konvention aufstellen und definieren und für die Auslegung der sich daran anschließenden Regelungen mitbestimmend sind.<sup>18</sup> Art. 1 KRK definiert den Begriff des Kindes und regelt zugleich den persönlichen Anwendungsbereich der Konvention in Anknüpfung an eine Altersgrenze von 18 Jahren. Art. 2 I KRK normiert die grundlegende Staatenverpflichtung, die in der KRK festgelegten Rechte zu achten. Des weiteren enthält er eine Diskriminierungsklausel, die die Verpflichtung der Staaten zur Gewährleistung der Konventionsrechte gegenüber jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind unter Beachtung differenzierter Diskriminierungsverbotstatbestände vor-

---

<sup>17</sup>Des weiteren erlangen Art. 12 KRK (rechtliches Gehör) sowie Art. 37 Bst. b, c und d KRK (Garantien bei Freiheitsentziehung) Bedeutung. Die Gewährung des rechtlichen Gehörs gegenüber unbegleiteten Flüchtlingskindern ist in den speziellen Schutzbestimmungen der Artt. 22 und 20 KRK umfassend enthalten. Art. 12 II ist mithin zur Auslegung dieser Bestimmungen heranzuziehen - konkretisierend betont er eine dem Alter und der Reife des Kindes angemessene Anhörung. Die in Art. 37 KRK niedergelegten Grundsätze über die Freiheitsentziehung von Kindern erlangen - ebenso wie Art. 12 II KRK - im Hinblick auf die besonderen Bestimmungen der Artt. 22, 20 KRK subsidiäre Bedeutung.

<sup>18</sup>Vgl. *Jeand Heur*, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, 1993, S.185; *Struck*, ZfJ 1990, 613 sowie *Verschraegen*, Die Kinderrechtskonvention, 1996, S.13.

sieht. Mit der systematischen Verortung des Diskriminierungsverbotes in Art. 2 KRK ist es implizit in allen Konventionsrechten enthalten. Art. 2 I KRK sieht des weiteren mit der Anknüpfung an die staatliche Hoheitsgewalt zugleich einen weit gefaßten territorialen Anwendungsbereich der Konvention vor, der nicht einmal auf den Aufenthaltsort des Kindes rekurriert. Bei der Ausarbeitung der Konvention konnte sich die Initiative, die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts zur Grundbedingung für die Geltung des Diskriminierungsverbotes zu erheben, gegenüber den Befürwortern einer anzustrebenden Universalität des Vertragswerkes nicht durchsetzen.<sup>19</sup>

Die Grundsatznorm des Art. 3 I KRK erhebt das Kindeswohl zur Leitmaxime der Konvention.<sup>20</sup> Bei allen Maßnahmen staatlicher oder privater Institutionen stellt es einen vorrangig zu beachtenden Gesichtspunkt dar. Eine Definition des Begriffes findet sich in der Konvention nicht. Der Maßstab des Kindeswohls ist im Wege der Einzelbestimmungen zu konkretisieren - er ist so auszulegen, daß er mit den Konventionsrechten harmonisiert und deren Verwirklichung fördert.<sup>21</sup>

Die Art und Weise der Umsetzung der Konventionsrechte im innerstaatlichen Bereich regelt Art. 4 KRK, nach dem die Staaten "alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen" zu deren Verwirklichung treffen. Satz 2 der Norm sieht eine Maßnahmebeschränkung in Bezug auf die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte vor, deren Umsetzung unter dem Vorbehalt verfügbarer Mittel steht. Die Umsetzungsverpflichtung des Art. 4 KRK erfaßt alle in der Konvention verankerten Rechte, die in ihrer Vielfalt äußerst differenziert ausgestaltet sind. Schließlich legt Art. 5 KRK den Staaten die Verpflichtung zur Achtung der Aufgaben, Rechte und Pflichten der Eltern und - subsidiär - anderer gesetzlich verantwortlicher Personen auf, das Kind bei der Ausübung seiner Konventionsrechte zu leiten und zu führen.

## 2. DAS UNBEGLEITETE AUSLÄNDISCHE KIND IM SCHUTZBEREICH DER ARTT. 22, 20 KRK

Mit Art. 22 KRK wurde eine dem Flüchtlingskind gewidmete Schutzbestimmung in das Übereinkommen aufgenommen. Der in der Norm verwendete Begriff des Flüchtlingskindes ist weit gefaßt. Er erfaßt sowohl das Kind, das als Flüchtling nach Maßgabe des anzuwendenden Völkerrechts oder des innerstaatlichen Rechts angesehen wird, als auch das Kind, das die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehrt. Neben Flüchtlingskindern, die sich in Begleitung ihrer

<sup>19</sup>Siehe dazu *Dorsch*, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, 1994, S.117.

<sup>20</sup>Vgl. *Brötel*, DAV 1996, Sp. 843, 845 f.; *Dorsch* (Fn. 19), S.103; *Stöcker*, RdJB 1992, 75, 79

<sup>21</sup>Vgl. *Dorsch* (Fn. 19), S.107; *Jeand Heur* (Fn. 18), S.186; siehe auch *Wolf*, Die Auswirkungen der Kinderkonvention auf deutsches Recht und Bericht über den Stand des Ratifizierungsverfahrens, in: Deutsches Kinderhilfswerk (Hrsg.), Dokumentation der Fachtagung "Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes", 1991, S.28, mit dem Hinweis auf die den Konventionsorganen zukommende Aufgabe, einheitliche völkerrechtliche Standards zu entwickeln.

Eltern befinden, wird der Schutz des Art. 22 KRK in besonderer Weise unbegleiteten Flüchtlingskindern zuteil (vgl. Art. 22 II 2 KRK). In sachlicher Hinsicht ist der Regelungsbereich der Norm differenziert ausgestaltet. Abs. 1 rekurriert auf die besondere Situation des Kindes als Flüchtling. Er verbürgt gleichwohl kein materielles Sonderflüchtlingsrecht für Kinder auf völkerrechtlicher Ebene. Der Schutzzweck der Norm ist vielmehr auf eine kindeswohlorientierte Ausgestaltung der verfahrensrechtlichen Stellung des Kindes bei der Wahrnehmung seiner Rechte ausgerichtet, die in der KRK oder anderen internationalen Menschenrechtskonventionen, denen die Vertragsstaaten beigetreten sind<sup>22</sup>, festgelegt sind.<sup>23</sup> Die Vertragsstaaten der KRK werden verpflichtet, entsprechend geeignete Schutz- und humanitäre Hilfsmaßnahmen zur Unterstützung im behördlichen Verfahren zu treffen.

Nach dem Wortlaut der Norm ist den Vertragsstaaten ein gewisser Freiraum in der Beurteilung darüber eröffnet, welche Maßnahme "geeignet" ist und wie ein "angemessener" Schutz und eine "angemessene" humanitäre Hilfe zu verwirklichen sind. Die systematische Betrachtung führt jedoch zu einer gewissen Beschränkung dieses Beurteilungsspielraums. So hat sich die konkrete Entscheidungsfindung an der Leitmaxime der Konvention, dem Kindeswohl (Art. 3 KRK), zu orientieren.<sup>24</sup> Darüber hinaus konkretisiert Art. 22 II KRK das Spektrum der in Betracht kommenden Schutzmaßnahmen. Danach unternehmen die Vertragsstaaten zuvörderst Bemühungen, bei den Bestrebungen der UN und anderer internationaler Organisationen auf dem Gebiet des Schutzes von Flüchtlingskindern sowie der Familienzusammenführung mitzuwirken. Zudem sieht Satz 2 dieser Regelung eine Gleichstellung von Flüchtlingskindern, deren Angehörige nicht ausfindig gemacht werden können, mit anderen alleinstehenden Kindern vor. Damit wird auf Art. 20 I KRK verwiesen, der Kindern, die aus dem familiären Bezugsfeld herausgelöst sind, einen Anspruch auf den besonderen Schutz und Beistand des Staates zuspricht.<sup>25</sup> Trotz der Unbestimmtheit dieses "Anspruches" lassen sich gewisse Leitlinien über Schutzmaßnahmen aufzeigen, die zur Verwirklichung der Zielbestimmung des Art. 22 II 2 i.V.m. Art. 20 I KRK zu beachten sind:

---

<sup>22</sup>In diesem Zusammenhang sind insbesondere die GFK sowie die EMRK zu nennen.

<sup>23</sup>Vgl. VG Berlin, Urt. v. 11.12.1996 - VG 36 X 643.95 -, das einen Abschiebungsschutz auf der Grundlage des Art. 22 I KRK verneint. *Dorsch* (Fn. 19), S.207, kritisiert im Hinblick auf diese Zielrichtung, das die KRK keine Impulse für eine Änderung der angesprochenen Abkommen gibt, die den Kindesbelangen Rechnung tragen. *Finger*, ZfJ 1999, 451, 457, erachtet die Regelung in Art. 22 I KRK vor diesem Hintergrund angesichts des alltäglichen Kinderelends als "hartherzig und enttäuschend".

<sup>24</sup>Vgl. *Wolf* (Fn. 21), S.12, nach dem das Kindeswohlinteresse nach Art. 3 KRK eine völkerrechtliche Ermessensbindung darstellt, die sich an nationale Behörden des jeweiligen Vertragsstaates wendet.

<sup>25</sup>Zu Recht vertritt *Huber*, Kinderflüchtlinge - Flüchtlingskinder, 1991, S.14, daß nach Sinn und Zweck des Art. 22 I 2 KRK nicht nur Flüchtlingskinder, deren Eltern nicht ausfindig gemacht werden können, den besonderen Schutz des Art. 20 I KRK genießen, sondern auch jene, die ihrer Familie im Herkunftsland aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht zugeführt werden können.

Die Fürsorge für unbegleitete ausländische Kinder kann nicht ohne die Gewährung hinreichenden aufenthaltsrechtlichen Schutzes kindeswohlorientiert verwirklicht werden. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie weitreichend die Konventionsverpflichtung aus Art. 22 II 2 i.V.m. Art. 20 I KRK das grundsätzlich souveräne Recht der Vertragsstaaten beschneidet, Fremden die Einreise zu verweigern oder aus ihrem Staatsgebiet zu entfernen. Die pauschale Annahme, die KRK verpflichte die Vertragsstaaten, diesen Kindern generell unbeschränkt Einreise und Aufenthalt zu gewähren, findet in dieser Rigidität keine Grundlage im Vertragswerk. Ziel dieser Konventionsbestimmung ist keineswegs die pauschale, unbegrenzte Legalisierung eines dauerhaften Aufenthalts. Unter Beachtung der Leitmaxime "Wahrung des Kindeswohls" in Art. 3 KRK sind die Vertragsstaaten jedoch gefordert, sich dem Schicksal der besonders schutzbedürftigen ausländischen unbegleiteten Kinder anzunehmen<sup>26</sup> - zur Abklärung des Kindeswohls bedarf es einer Erstversorgung, die nur unter Gewährung einer gewissen Aufenthaltssicherheit erfolgen kann.<sup>27</sup> Sofern eine grundsätzlich anzustrebende Rückführung eines unbegleiteten Kindes unter Wahrung des Kindeswohls - soweit möglich in den familiären Verband (vgl. Art. 22 II 1 KRK)<sup>28</sup> - nicht erreicht werden kann, ist eine am Kindeswohl orientierte dauerhafte Lösung anzustreben, die nicht ohne eine fortdauernde Gewährung des Aufenthalts gedacht werden kann.<sup>29</sup>

Die in Art. 22 I, II 2 i.V.m. Art. 20 I KRK statuierte verfahrensbezogene Maßnahmepflicht der Vertragsstaaten erfordert die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters zur Wahrnehmung der in der KRK oder in anderen die Vertragsstaaten bindenden Völkerverträgen festgelegten Rechte, um den Artikulations- und Durchsetzungsdefiziten des ausländischen unbegleiteten Kindes zu begegnen. Während diese Maßnahme gem. Art. 22 I KRK geeignet sein kann, den Schutz des Kindes bei der Wahrnehmung seiner Rechte aus der KRK oder anderer Menschenrechtsabkommen sicherzustellen, verdichtet sich das staatliche Ermessen bei der Auswahl eines geeigneten Verfahrensschutzes auf die Bestel-

---

<sup>26</sup>Vgl. die Richtlinien des *UNHCR* (Fn. 1).

<sup>27</sup>Ähnlich *Huber* (Fn. 25), S.14, nach dem der Schutz unbegleiteter ausländischer Kinder nach Art. 22 II 2 KRK nur unter der Bedingung eines bestehenden Einreise- und Aufenthaltsrechts verwirklicht werden könne; zustimmend: *Göbel-Zimmermann*, *InfAusLR* 1995, 166, 173. *Wolf* (Fn. 21), S.18 f., differenziert dahingehend, daß zwar kein Recht auf Einreise aus der KRK abzuleiten sei, illegal eingereisten ausländischen Kindern, deren Aufenthalt geduldet sei, aber gleichwohl der Schutz der Konvention zu Teil werde (Recht auf Bildung). Insofern gehe die Gewährung der Einreise den Rechten aus der Konvention voraus. *Stöcker*, *RdJB* 1991, 75, 81, 82, lehnt hingegen jegliche Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Einreise- und Aufenthaltsgewährung ab. Die Bundesrepublik Deutschland sei mit der Ratifizierung der KRK keine neuen völkerrechtlichen Bindungen auf dem Gebiet des Ausländerrechts eingegangen; ebenso *Maßen*, *Die Rechtsstellung des Asylbewerbers im Völkerrecht*, 1997, S.272 f.

<sup>28</sup>Vgl. zur Familienzusammenführung als vorrangiges Ziel auch die Richtlinien des *UNHCR* (Fn. 1), Nr. 9.3 sowie 10.5.

<sup>29</sup>Die Richtlinien des *UNHCR* (Fn. 1) enthalten unter Nummern 9 und 10 detaillierte Empfehlungen über die Ausgestaltung einer dauerhaften Lösung bei weiterem Verbleib im Aufenthaltsstaat.

lung eines gesetzlichen Vertreters im Hinblick auf die in Art. 20 I KRK statuierte besondere staatliche Schutz- und Beistandspflicht.<sup>30</sup>

Mit der Anwendbarkeit des Art. 20 KRK auf Flüchtlingskinder erweitert sich deren Schutz über die verfahrensrechtliche Stellung hinaus. Während Art. 20 I KRK einen allgemeinen Schutzanspruch des Kindes vorsieht, erfaßt Art. 20 II KRK den Bereich der innerstaatlichen erzieherischen Fürsorge. Danach sind die Vertragsstaaten verpflichtet, nach Maßgabe ihres innerstaatlichen Rechts andere Formen der Betreuung sicherzustellen (Abs. 2), so etwa die Unterbringung in einer Pflegefamilie oder die Unterbringung in einer geeigneten Kinderbetreuungseinrichtung (vgl. Abs. 3).<sup>31</sup>

### 3. UMSETZUNGSVERPFLICHTUNG - DEFIZITANALYSE DES INNERSTAATLICHEN RECHTS

Die Bestimmungen der KRK sind innerstaatlich nicht unmittelbar anwendbar.<sup>32</sup> Das Vertragswerk begründet lediglich eine Staatenverpflichtung, die Konventionsrechte im Wege geeigneter Gesetzgebungs-, Verwaltungs- oder sonstiger Maßnahmen innerstaatlich umzusetzen. Dies ergibt sich aus der in Art. 4 KRK angelegten Grundkonzeption der Umsetzung der Konvention im innerstaatlichen Bereich. Die Vertragsbestimmung erfaßt im Hinblick auf ihre systematische Verortung im allgemeinen Teil der Konvention sämtlich die materiellen Rechtsgewährleistungen der Konvention. Art. 4 KRK überläßt den Vertragsstaaten ein Auswahlermessen im Rahmen des Vollzugs. Neben Gesetzgebungsmaßnahmen sieht die Bestimmung die Möglichkeit vor, Verwaltungs- oder sonstige Maßnahmen innerstaatlich zu treffen. Das Auswahlermessen ist unter dem Kriterium der Geeignetheit auszuüben. Im Hinblick darauf wird weitgehend der Erlaß von Gesetzesbestimmungen erforderlich sein.<sup>33</sup>

<sup>30</sup>Vgl. *Dorsch* (Fn. 19), S.206 sowie *Heintze*, AWR-Bulletin 1995, 133, 135.

<sup>31</sup>Die Unterbringung in einer Kinderbetreuungseinrichtung ist eine subsidiäre Betreuungsform, die in Betracht kommen soll, soweit sie erforderlich ist. Als vorrangige Betreuungsformen nennt Art. 20 III KRK in nicht abschließender Aufzählung neben der Aufnahme in einer Pflegefamilie die Kafala nach islamischem Recht und die Adoption; siehe dazu *Dorsch* (Fn. 19), S.198 ff.

<sup>32</sup>So auch die wohl h.M.: *Baer*, NJW 1993, 2209, 2210; *Dorsch* (Fn. 19), S.309; *Jeand'Heur* (Fn. 18), S. 189 f.; *Stöcker*, RdJB 1991, 75 ff.; *Verschraegen* (Fn. 18), S. 55 ff. sowie S. 72. Die neben dem Ausländervorbehalt abgegebene Erklärung zur unmittelbaren Anwendbarkeit der KRK (Abschnitt I der deutschen Ratifikationserklärung) ist darum redundant. Sie hat allenfalls eine klarstellende Bedeutung; siehe dazu umfassend: *Tomuschat*, Verwirrung über die Kinderrechte-Konvention der Vereinten Nationen, in: Ruland u.a. (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats: Festschrift für Hans F. Zacher*, 1998. Gleichwohl sprechen einige Autoren einzelnen Bestimmungen der KRK eine self-executing-Qualität unter dem Kriterium der hinreichenden Bestimmtheit zu; siehe etwa *Wolf*, ZRP 1991, 374, 376 (Artt. 6, 7, 8, 9, 13, 14, 16); zustimmend *Ullmann*, FamRZ 1992, 892. Eine unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 22 II 2 KRK bejaht *Huber* (Fn. 25), S. 14, der in dieser Schutzbestimmung eine Anspruchsnorm mit Individualcharakter sieht; zustimmend *Göbel-Zimmermann*, InfAuslR 1995, 166, 172.

<sup>33</sup>Vgl. etwa die Kritik von *Peter*, Das Recht der Flüchtlingskinder, 2001, S. 60 und 192, an der Eignung von Verwaltungsvorschriften auf dem Gebiet der Zurückweisung und Abschiebung von Minderjährigen (vgl. Nr. 68.2.2 AuslG-VwV zu § 68 II AuslG).

Die Stellung des unbegleiteten ausländischen Kindes steht in wesentlichen Bereichen nicht in Einklang mit den Vorgaben der Artt. 3, 22, 20 KRK. Nach einer Defizitanalyse des deutschen Rechts besteht ein Anpassungsbedarf an die Konventionsstandards auf folgenden Gebieten:<sup>34</sup> Es bedarf einer Verbesserung der verfahrensrechtlichen Stellung unbegleiteter Minderjähriger im Verfahren nach dem AuslG und dem AsylVfG. Die hier statuierte Verfahrensbeschleunigungsmaxime, deren minderjährigenspezifische Elemente die Herabsetzung der Handlungsfähigkeit (§ 68 AuslG, § 12 AsylVfG) sowie die Einbeziehung Minderjähriger in das Flughafenverfahren (§ 18 a AsylVfG) darstellen, unterläuft den verfahrensbezogenen Schutz des Art. 22 I 1 KRK. Des weiteren fordert das Kindeswohl (Art. 3 KRK) eine adäquate Aufenthaltssicherheit angesichts einer gebotenen Klärung der psychosozialen Situation in einem Clearingverfahren sowie einer ggf. erforderlichen Weiterversorgung. Zudem weckt die Stellung des Kindes im Abschiebehaftverfahren im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie im Hinblick auf verfahrensrechtliche Stellung nach dem FEVG Zweifel an einer Konventionskonformität (vgl. Art. 37 Bst. b, c, d KRK). Schließlich ist eine gemessen an Art. 20 III KRK defizitäre Einbeziehung in das Aufgaben- und Leistungsspektrum der Kinder- und Jugendhilfe festzustellen. Der insbesondere für die Altersgruppe der 16- bis 18jährigen unbegleiteten Minderjährigen gewährte Leistungskatalog des AsylbLG stellt sich als ungenügend für eine Betreuung dar.

#### 4. EINSEITIGE SCHUTZBEREICHVERKÜRZUNG DURCH DIE EINSCHRÄNKENDE RATIFIKATIONSERKLÄRUNG DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND - DER „AUSLÄNDERVORBEHALT“

Eine im Hinblick auf diese Defizitbereiche geforderte Anpassung des deutschen Rechts an die Konventionsvorgaben ist gleichwohl vor dem Hintergrund der deutschen Ratifikationserklärung weitgehend in Frage gestellt. Mit den in Abschnitt IV ihrer abgegebenen Ratifikationserklärung<sup>35</sup> niedergelegten Aussagen hat die Bundesrepublik Deutschland für sich reklamiert, jene Vertragspflichten weitreichend einzuschränken, die etliche Bestimmungen der KRK zum Schutz ausländischer Kinder normieren (vgl. Artt. 2, 7, 9, 10 sowie 22 KRK).<sup>36</sup> Es handelt sich im Kern um eine einseitige (also vertragsstaatsbezogene) Verkürzung des Schutzbereichs der maßgeblichen Konventionsnormen. Die Erklärung des Abschnittes IV nimmt zunächst die rechtliche Stellung des ausländischen Kindes auf dem Gebiet der Einreise und des Aufenthalts in Bezug. Sie negiert eine Konventionsauslegung, nach der die Erlaubtheit der widerrechtlichen Einreise

<sup>34</sup> Grundlage der Darstellung sind die Ergebnisse einer monographischen Untersuchung des *Verfassers* (Fn. 33).

<sup>35</sup> BGBl. 1992 II, S.990.

<sup>36</sup> Der ursprüngliche Entwurf der Erklärung erwähnte ausdrücklich die angeführten Normen. Darüber hinaus wurde Art. 28 KRK (Recht auf Bildung) explizit genannt; vgl. Anlage zur Denkschrift der Bundesregierung, BT-Drs. 12/42, S.54.

in das Bundesgebiet sowie die Erlaubtheit des dortigen widerrechtlichen Aufenthalts aus der Konvention abgeleitet werden kann. Zudem könne keine Konventionsbestimmung dahingehend ausgelegt werden, daß sie das Recht der Bundesrepublik Deutschland beschränke, Gesetze und Verordnungen über die Einreise von Ausländern und die Bedingungen ihres Aufenthalts zu erlassen. Soweit die Verwirklichung der maßgeblichen Schutzbestimmungen der KRK eine Anpassung des nationalen Ausländerrechts mit dem Ziel einer Liberalisierung auf dem Gebiet des Einreise- und Aufenthaltsrechts zugunsten ausländischer Kinder fordert, wäre die Bundesrepublik Deutschland bei unterstellter Zulässigkeit dieser Erklärung einer Anpassungsverpflichtung enthoben. Das bestehende nationale Ausländerrecht wäre überdies einer konventionskonformen Auslegung nicht zugänglich; innerstaatliche Gesetze und Verordnungen, die Einreise- und Aufenthaltsbeschränkungen regeln oder die Rechtsfolgen an die Feststellung der widerrechtlichen Einreise und des widerrechtlichen Aufenthalts knüpfen, blieben im Hinblick auf die in der Erklärung zum Ausdruck gebrachte Begrenzung des sachlichen Schutzbereichs der Konvention unberührt. Neben dieser speziellen Betonung des ordnungspolitischen Interesses auf dem Gebiet des Ausländerrechts gegenüber den Konventionsrechten enthält Abschnitt IV einen allgemeinen Diskriminierungsvorbehalt, der im Kontext der Erklärung lautet:

„...auch kann keine Bestimmung dahin ausgelegt werden, daß sie das Recht der Bundesrepublik Deutschland beschränkt, ...Unterschiede zwischen Inländern und Ausländern zu machen.“

Die in dieser Aussage zum Ausdruck gebrachte Restriktion würde - unterstellte man deren völkerrechtliche Zulässigkeit - den Ausschluß der Konventionsrechte gegenüber ausländischen Kindern im innerstaatlichen Bereich rechtfertigen, soweit die Nichtgewährung der Rechte in Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit erfolgt. Eine sachliche Eingrenzung der Ungleichbehandlung wird nicht getroffen; erfaßt sind mithin alle Rechtsgebiete.

Die je in Abschnitt IV der Ratifikationserklärung getroffenen Aussagen vermögen die aufgezeigten Beschränkungen der Vertragspflichten herbeizuführen, sofern es sich um Vorbehalte handelt, die vertragskompatibel, mithin nicht gem. Art. 51 II KRK unzulässig sind. Die KRK enthält mit Art. 51 II eine Vorbehaltsklausel, nach der Vorbehalte unzulässig sind, die mit Ziel und Zweck der Konvention nicht vereinbar sind, und wiederholt damit die allgemeine Bestimmung des Art. 19 Bst. c des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge<sup>37</sup> (WVK).<sup>38</sup> Diesen „object-and-purpose-Test“ besteht der Abschnitt IV weitge-

---

<sup>37</sup>BGBI. 1985 II, S. 926.

<sup>38</sup>Die KRK selbst verbietet die Abgabe von Vorbehalten mithin nicht ausnahmslos (vgl. auch Art. 51 III KRK). Vor diesem Hintergrund erlangt die in der Literatur zum Teil vertretene Ansicht, nach der das Vorbehaltsregime der WVK für normative Verträge, insbesondere für Menschenrechtsverträge, ungeeignet sei, vielmehr Vorbehalte zu diesen Verträgen überhaupt unzulässig seien, keine

hend nicht, der drei Bereiche umfaßt, in denen die Bundesrepublik Deutschland ihre Souveränität von der KRK unberührt sehen will:

- die Bestimmung über die Erlaubtheit des Aufenthalts und der Einreise sowie die Gesetzgebung über die Einreisegewährung;
- die legislative Festlegung der Bedingungen des Aufenthalts sowie
- die Ungleichbehandlung von Inländern und Ausländern.

Es handelt sich bei der Erklärung in Abschnitt IV um eine Summierung von Vorbehalten, denn die Teilaussagen haben je die Qualität eines Vorbehalts.<sup>39</sup> Mit der Feststellung ihrer Unzulässigkeit<sup>40</sup> unter dem Kompatibilitätskriterium „object and purpose of the treaty“, richtet sich der Blick auf die eigentliche völkerrechtsdogmatische Kernfrage des Vorbehaltsrechts, die bis heute nicht gelöst ist: Welche Rechtswirkung hat ein unzulässiger Vorbehalt? Die WVK enthält keine Regelung über die Rechtsfolgen unzulässiger Vorbehalte.<sup>41</sup> Weder im Schrifttum noch in der Praxis dominiert die Auffassung, unzulässige Vorbehalte blieben ohne jedwede vertragliche Wirkung und führten zu einer unbeschränkten Bindung des den unzulässigen Vorbehalt erklärenden Staates an die jeweilige Konvention.<sup>42</sup> Denn zu bedenken ist, daß ein Staat, der zu einem multilateralen Vertrag einen Vorbehalt einlegt, sich nur unter diesem Vorbehalt bindet. Strittig ist im Hinblick auf den Bedingungscharakter eines Vorbehaltes, welchen Einfluß seine Unwirksamkeit auf das Schicksal der Ratifikationserklärung hat.<sup>43</sup> Kann der unwirksame Vorbehalt von der Ratifikationserklärung abgetrennt werden, so daß die Ratifikation als solche Bestand hat und der Re-

---

nähere Bedeutung; vgl. dazu: *Giegerich*, ZaöRV 55 (1995), 713, 742 f., 753 f.; *Imbert*, Die Frage der Vorbehalte und die Menschenrechtskonventionen, in: Maier (Hrsg.), Europäischer Menschenrechtsschutz, 1982, S.95 ff.

<sup>39</sup>Siehe die differenzierende Analyse von *Peter* (Fn. 33), S. 236 ff.; eine Vorbehaltsqualität des Abschnitts IV bejahen des weiteren: *Huber* (Fn. 25), S. 14 f.; *Ullmann*, FamRZ 1991, 898, 900; differenzierend auch: *Wolf* (Fn. 21), S. 18 f.; ablehnend: *Dorsch* (Fn. 19), S. 308; *Stöcker*, RdJB 1991, 75, 82

<sup>40</sup>Differenzierend: *Peter* (Fn. 33), S. 239-245; siehe auch *Wolf* (Fn. 21), S. 18 f.; *Huber* (Fn. 25), S. 15; *Ullmann*, FamRZ 1991, 898, 900.

<sup>41</sup>*Bauer*, Vorbehalte zu Menschenrechtsverträgen, Diss., München 1994, S.210; *Giegerich*, ZaöRV 55 (1995), 713, 726; *Kühner*, ZaöRV 42 (1982), 58, 83.; *Schweisfurth*, Vorbehalte und Erklärungen beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge, in: Geiger, Rudolf (Hrsg.), Völkerrechtlicher Vertrag und staatliches Recht vor dem Hintergrund zunehmender Verdichtung der internationalen Beziehungen, 2000, S.71.

<sup>42</sup>Siehe die zahlreichen Nachweise bei *Kühner*, ZaöRV 42 (1982), 82 ff. In der Diskussion um die Vorbehalte zur KRK wurden die Folgen ihrer Unzulässigkeit bislang nicht eingehend thematisiert. Lediglich *Meng*, Anwendung völkerrechtlicher Konventionen über Kindesrechte im Deutschen Recht, in: Koeppl, Peter (Hrsg.), Kindschaftsrecht und Völkerrecht im europäischen Kontext, 1996, S.26, stellt diese Frage in den Raum, ohne sie indes zu vertiefen: "Selbst wenn der deutsche Vorbehalt unzulässig wäre, dann könnte doch nicht automatisch angenommen werden, daß dann die Bundesrepublik Deutschland automatisch in vollem Umfang gebunden wäre."

<sup>43</sup>Siehe dazu *Bauer* (Fn. 41), S.211 ff.; *Giegerich*, ZaöRV 55 (1995), 713, 774 ff.; *Kühner*, ZaöRV 42 (1982), 58, 82 ff.; *Martens*, Unzulässige Vorbehalte zu Menschenrechtskonventionen, in: Ipsen, /Schmidt-Jorzig (Hrsg.), Recht - Staat - Gemeinwohl: Festschrift für Rauschning, 2001, S. 355 f.; *Schweisfurth* (Fn. 41), S.83 ff.

servatarstaat - entgegen dem Grundsatz, daß kein Staat gegen seinen Willen vertraglich gebunden sein darf - in vollem Umfang, also ohne Vorbehaltseinschränkung, gebunden ist (Trennungslösung)?<sup>44</sup> Oder entfällt bei Nichtigkeit des Vorbehalts die Ratifikation (rückwirkend), so daß ein wirksamer Vertragsbeitritt zu verneinen ist? Des weiteren bietet sich eine differenzierende Lösung an, nach der auf den Willen des Reservatarstaates abgestellt wird. Zu fragen ist demnach, ob objektiv das Hauptinteresse des Staates dem Vertragsschluß galt oder ob die im Vorbehalt zum Ausdruck gebrachte Bedingung im Sinne einer *conditio sine qua non* im Vordergrund steht, so daß die Ratifikationserklärung nur als insgesamt unwirksam angesehen werden kann.

Welche Lösung auch immer als vorzugswürdig zu erachten sein mag, kann dahinstehen, denn das grundlegende Problem der Rechtsfolgen unzulässiger Vorbehalte offenbart sich dann, wenn man sich ihrer Dimension im Rahmen der Vertragskontrolle zuwendet: Solange der jeweilige Völkervertrag nicht die Implementierung eines Kontrollorgans vorsieht, dem die Kompetenz verliehen ist, verbindlich die Unzulässigkeit der Vorbehalte sowie die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen zu bestimmen, wird ein Reservatarstaat selbst bei eidenter Unzulässigkeit seines Vorbehalts an seinem erklärten Willen weitgehend festhalten können.<sup>45</sup> Es bleibt lediglich den übrigen Vertragsstaaten selbst je überlassen, auf einen Vorbehalt mit Zustimmung oder Widerspruch zu reagieren. In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, daß die Vertragsstaaten in der Regel weder im ersteren noch im letzteren Sinne handeln; vielmehr verharren sie in Passivität.<sup>46</sup>

Das aus dieser Völkerrechtslage entstehende "Vakuum" tritt bei der KRK besonders augenscheinlich hervor. Die Kontrollmechanismen, die die KRK zur Einhaltung der Vertragspflichten in den Artt. 42 ff. regelt, sind denkbar schwach ausgestaltet. Der Ausschuß für die Rechte des Kindes als Kontrollorgan der KRK (vgl. Art. 43 KRK) hat nicht die Kompetenz, verbindlich über die Vorbehaltsunzulässigkeit und deren Rechtsfolgen zu befinden.<sup>47</sup> Des weiteren

---

<sup>44</sup>So die Rechtsprechung des EGMR, ZaöRV 48 (1988), 522.

<sup>45</sup>Vgl. dazu *Bauer* (Fn. 41), S.225; *Giegerich*, ZaöRV 55 (1995), 713, 777; *Martens* (Fn. 43), S. 357 ff. Auf regionaler Ebene haben die EMRK-Organen die Kompetenz in Anspruch genommen, über die Zulässigkeit von Vorbehalten zur EMRK zu befinden; siehe EGMR, ZaöRV 48 (1988), 522 (Belilos-Fall) und EKMR, ZaöRV 43 (1983), 834 (Temeltasch-Fall). Hingegen zeigte sich im Rahmen universeller Menschenrechtsabkommen, daß ein Konsens, den Vertragsgremien diesbezügliche Entscheidungskompetenzen einzuräumen, nicht erzielt werden konnte, so daß ein entsprechender Vorstoß erfolglos blieb; siehe dazu *Schweisfurth* (Fn. 41), S.80 ff. sowie *Giegerich*, ZaöRV 55 (1995), 713, 758 ff.

<sup>46</sup>Vgl. *Martens* (Fn. 43), S. 354 ff., *Schweisfurth* (Fn. 41), S.84 sowie *Bauer* (Fn. 41), S.235. Soweit zudem Vertragsstaaten Einspruch gegen Vorbehalte einlegen, enthalten sie sich jeder Äußerung über die Folgen der Abgabe eines unzulässigen Vorbehaltes.

<sup>47</sup>*Verschraegen* (Fn. 18), S.69 m.w.N. Das sog. "monitoring system", ein abgestuftes Verfahren von Öffentlichkeit und Kontrolle, ist lediglich geeignet, politischen Druck auf die Vertragsstaaten zu entfalten. Im Zentrum dieses Kontrollsystems steht das Berichtsverfahren nach Art. 44 KRK. Die von

haben die übrigen Vertragsstaaten nicht auf die deutschen Vorbehalte reagiert.<sup>48</sup> Auf völkerrechtlicher Ebene vermag sich die Bundesrepublik Deutschland mithin sanktionslos auf den Standpunkt zu stellen, daß ihr Vorbehalt zulässig sei und daß sie daher nur im beschränkten Umfang, wie durch den Vorbehalt erklärt, an die KRK gebunden sei. Die Aufforderung des Kinderrechteausschusses, die seiner Ansicht nach Zweifel an der Vereinbarkeit mit der Konvention weckenden Vorbehalte zurückzunehmen<sup>49</sup>, hat mithin (lediglich) politische Bedeutung, sie vermag jedoch zumindest das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland in der Staatengemeinschaft zu schmälern.

Diese zunächst in Anbetracht der Intention eines universellen Menschenrechtsschutzes unbefriedigend ausfallende Feststellung läßt indes die Frage unbeantwortet, wie die Folgen unzulässiger Vorbehalte im innerstaatlichen Bereich zu beurteilen sind. Vermag m.a.W. ein nationales Gericht, für das eine von einem Vorbehalt erfaßte Konventionsnorm entscheidungserheblich ist, über die Wirksamkeit des Vorbehalts zu urteilen, gegebenenfalls mit dem Ergebnis einer unbeschränkten Anwendung der einschlägigen Konventionsbestimmung? Dagegen spricht, daß ein Völkervertrag nach der herrschen Vollzugslehre innerstaatlich den Geltungsumfang erlangt, wie er völkerrechtlich vereinbart wurde. Die deutsche Gerichtspraxis, die insbesondere über die aufenthaltsrechtliche Stellung unbegleiteter Flüchtlingskinder entschieden hat und in diesem Zusammenhang den Konventionsschutz aus Art. 22 KRK prüft, sieht sich indes nicht gehindert, über die Zulässigkeit der Vorbehalte und deren Rechtsfolgen zu befinden. Die Gerichte äußern sich nicht dazu, ob ihnen die Kompetenz zukommt, die Vorbehalte zu bestätigen<sup>50</sup> oder zu verwerfen. Zum Teil wird die Unzulässigkeit der Vorbehalte bejaht mit der Folge, daß die aufenthaltsrechtliche Schutzwirkung des Art. 22 i.V.m. Art. 20 KRK zur Entfaltung gelangt.<sup>51</sup>

---

den Staaten regelmäßig abzugebenden Berichte über die Maßnahmen zur Verwirklichung der Konventionsrechte sind Gegenstand einer kritischen Bestandsaufnahme unter Beteiligung von Nichtregierungsorganisationen. Schwerwiegende Konsequenzen aus den so gewonnenen Ergebnissen haben die Staaten jedoch nicht zu fürchten - der nach Art. 43 KRK eingesetzte "Ausschuß für die Rechte des Kindes" ist lediglich befugt, den Vertragsstaaten Vorschläge und allgemeine Empfehlungen zu unterbreiten, um die wirksame Durchführung der Konvention zu fördern (vgl. Art. 45 Bst. d KRK).

<sup>48</sup>Bezogen auf die deutsche Ratifikationserklärung ist das Erfordernis der Vertragsannahme, dem ein Vorbehalt nach völkervertraglichen Grundsätzen unter Zugrundelegung der WVK unterliegt, kraft der Fiktionswirkung gem. Art. 20 V WVK gegeben: kein Vertragsstaat der Konvention hat einen Einspruch gegen die Erklärung erhoben.

<sup>49</sup>Concluding observations of the Committee on Right of the Child: Germany - Dokument CRD/C/15/Add. 43, Anmerkung Nr. 19.

<sup>50</sup>Siehe etwa die ständige Rechtsprechung des OVG Hamburg, das die Zulässigkeit der Vorbehalte bejaht: Beschl. v. 26.01.95 - OVG Bs VII 126/94 -; Beschl. v. 24.10.95 - OVG Bs VII 229/95 -; Beschl. v. 18.12.95 - OVG Bs V 189/95; Beschl.- v. 19.11.96 - OVG Bs IV 365/96; Beschl. v. 06.08.97 - OVG Bs VI 68/97 - sowie InfAuslR 1999, 536; siehe des weiteren VG Frankfurt a.M., NVwZ-Beil. 1996, 29, zur Einreiseverweigerung gegenüber einem im Flughafenverfahren abgelehnten minderjährigen Asylbewerber.

<sup>51</sup>Die Unzulässigkeit der Vorbehalte gem. 51 II KRK bejahen VG Arnberg, InfAuslR 1996, 285;

Die Judikatur zur KRK in Deutschland hat im letzten Jahrzehnt jedoch gezeigt, daß sich deutsche Gerichte nicht als die „Spitze des Fortschritts“ bei der Umsetzung der Konventionsvorgaben erweisen. Angesichts der herrschenden „Verwirrung über die Kinderrechte-Konvention“<sup>52</sup> ist dies nicht verwunderlich. Insbesondere zwingt die Lösung der strittigen Fragen um die KRK-Ratifikationserklärung zu einer Gratwanderung bei dem Bemühen, nicht an den Grundpfeilern der gewaltenteilenden Demokratie zu rütteln. Neben dem Einwand, daß die Konventionsbestimmungen ohnehin nicht unmittelbar anwendbar sind, sähe sich eine konventionsfreundliche Rechtsprechung bereits im Ansatz mit dem Vorwurf konfrontiert, daß die Verwerfung des völkerrechtlichen Vorbehalts eine verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigende Kompetenzverschiebung mit sich brächte. Bei der KRK eröffnet sich genau besehen ein weites Feld, in dem die Rechtsprechung wiederholt in den Verdacht geraten könnte, die Defizite deutscher Politikbereiche - hier der Kinderschutzpolitik - kompetenzwidrig zu korrigieren. Dem Vorwurf, in den Gefilden der Politik zu wildern, war das BVerfG in den vergangenen Jahren wiederholt ausgesetzt (Schlagworte: Schwangerschaftsabbruch, Einsätze der Bundeswehr im Rahmen von Friedensmissionen; Maastrichtentscheidung). Unterdessen wurde dem Gericht zugleich konzediert, daß ein zunehmendes Versagen der Politik den richterlichen Aktivismus ausgelöst habe - nicht nur die Zerstrittenheit der Politiker, sondern auch deren Zögerlichkeit werden als Ursache diagnostiziert.<sup>53</sup> Vor diesem Hintergrund sollte ein entscheidender Impuls für die Verwirklichung der Konventionsrechte in Deutschland allein von einer politischen Entscheidungsfindung ausgehen.

### III. RECHTSPOLITISCHER HANDLUNGSBEDARF ZUR RÜCKNAHME DES „AUSLÄNDERVORBEHALTS“

Die in Menschenrechtsverträgen vorgesehene Option der Anbringung von Vorbehalten ermöglicht eine Vertragsteilnahme von Staaten, die sich andernfalls nicht in der Lage sähen, der vertraglichen Gesamtregelung zuzustimmen. Insofern fördert sie die universelle Ausweitung der Menschenrechte (Universalitätsinteresse) einschließlich der Entstehung und Weiterentwicklung verbindlichen Völkergewohnheitsrechts.<sup>54</sup> Die Staatengemeinschaft verschafft sich damit

---

VG Hannover, Urt. v. 11.04.1997 - A 7174/96 -. Das VG Frankfurt a.M., InfAuslR 1994, 314, 316 stellt sich auf den Standpunkt, die Abgabe eines Vorbehalts bedürfe insofern der Form, als er mit einer entsprechenden Bezeichnung zu versehen sei. Da die Bundesregierung die KRK ohne einen entsprechenden förmlichen Vorbehalt ratifiziert habe, komme der Erklärung keine rechtlich relevante Bedeutung zu; so auch bereits *Huber* (Fn. 25), S.14 f.; zustimmend *Göbel-Zimmermann*, InfAuslR 1995, 166, 172; siehe auch die Begründung des Entschließungsantrags an den Deutschen Bundestag vom 13.11.1996, BT-Drs. 13/6106, S.6.

<sup>52</sup>So der Titel des grundlegenden Festschriftaufsatzes von *Tomuschat* (Fn. 32).

<sup>53</sup>Vgl. *Hesse*, JZ 1995, 265, 272 sowie von *Arnim*, ZRP 1995, 340, 342.

<sup>54</sup>Siehe dazu *Bauer* (Fn. 41), S.69 m.w.N. sowie *Giegerich*, ZaöRV 55 (1995), 713, 721.

zugleich die Möglichkeit, einen Reservatarstaat in das Menschenrechtssystem einzubinden und durch "innersystemischen" Druck dazu zu bewegen, seine Rechtsordnung an den vertraglichen Konsens anzupassen und seine Vorbehalte zurückzunehmen.<sup>55</sup> Der Blick richtet sich nach alledem auf die zukünftige Haltung der Bundesrepublik Deutschland zur Aufrechterhaltung ihres Ausländervorbehalts. Auf die Bundesregierung hat sich der „innersystemische Druck“ innerhalb der Staatengemeinschaft, der in den politischen Diskurs im Inneren hineinwirkt, in den letzten Jahren erhöht. Er begründet einen rechtspolitischen Handlungsbedarf, der sowohl auf dem Gebiet des Auswärtigen als auch im Bereich des Inneren vielfach formuliert wurde.

#### 1. VÖLKERRECHTSPOLITISCHER HANDLUNGSBEDARF

Zunächst suchte die *United Nations World Conference on Human Rights* (Wien, 14. bis 25.06.1993) der auf universeller Ebene zu beobachtenden ausufernden Vorbehaltspraxis bezüglich Menschenrechtskonventionen zu begegnen. Sie verabschiedete eine Deklaration<sup>56</sup>, in der sie die Staaten u.a. auffordert, regelmäßig die Rücknahme ihrer Vorbehalte zu überprüfen. Speziell werden die Staaten zur Rücknahme von Vorbehalten aufgefordert, die unvereinbar sind mit Ziel und Zweck der KRK.<sup>57</sup> Darüber hinaus erfuhr die deutsche Vorbehaltspraxis zur KRK eine spezielle, fundierte Kritik im Anschluß an den gem. Art. 44 I a KRK vorzulegenden Erstbericht über getroffene Maßnahmen zur Verwirklichung der Konventionsrechte vom August 1994.<sup>58</sup> Im Anschluß an den Bericht stellte das Kontrollorgan der Konvention - der Ausschuß für die Rechte des Kindes (vgl. Art. 43) - in seinen „abschließenden Beobachtungen“ vom 17.11.1995 fest, daß die konventionsrechtliche Stellung des Flüchtlingskindes in Deutschland nur in geringem Ausmaß verwirklicht ist.<sup>59</sup> In seinen Empfehlun-

<sup>55</sup>Vgl. *Giegerich*, ZaöRV 55 (1995), 713, 721.

<sup>56</sup>Vienna Declaration and Programme of Action vom 25.06.1993 (Text in HRLJ 14 (1993), S.352 ff.).

<sup>57</sup>So heißt es in Teil II, Nr. 46 der Deklaration: "The World Conference on Human Rights urges States to withdraw reservations to the Convention on the Rights of the Child contrary to the object and purpose of the Convention or otherwise contrary to international treaty law."

<sup>58</sup>Der Erstbericht der Bundesrepublik Deutschland ist abgedruckt in: *National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention* (Hrsg.), Ergebnisse des ersten Dialogs zwischen dem UN-Ausschuß für die Rechte des Kindes und der Bundesregierung über den Erstbericht zur Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention, 1996.

<sup>59</sup>In den „concluding observations“ (Fn. 49) äußert der Ausschuß in Anmerkung Nr. 19 seine Besorgnis darüber, „in welchem geringem Ausmaß die spezifischen Bedürfnisse über die Rechte von Kindern in Asyl- und Flüchtlingssituationen in Betracht gezogen werden. Verfahren, die das Asylrecht für Kinder regeln, insbesondere in Bezug auf Familienzusammenführung, Ausweisung von Kindern in »Sichere Drittländer« und die »Flughafenregelung«, geben Anlaß zu großer Sorge. In diesem Zusammenhang stellt das Komitee fest, daß die Garantien, die in der UN-Konvention über die Rechte des Kindes in den Artikeln 2, 3, 12, 22 und 37 (d) festgelegt sind, offensichtlich nicht eingelöst werden. Der Umsetzung der Artikel 9 und 10...ist offensichtlich nur ungenügende Aufmerksamkeit geschenkt worden. Das Komitee stellt darüber hinaus mit Sorge fest, daß der Anspruch auf medizinische Versorgung und Dienstleistungen für Asyl begehrende Kinder offensichtlich nicht im Sinne der Prinzipien und Be-

gen (vgl. 45 lit. d KRK) äußerte er Zweifel an der Vereinbarkeit der deutschen Vorbehalte mit der Konvention und ersuchte die deutsche Regierung, ihre Vorbehalte auf eine Rücknahme hin zu überprüfen.<sup>60</sup>

## 2. RECHTSPOLITISCHER HANDLUNGSBEDARF IM INNEREN

Die auf völkerrechtlicher Ebene soweit geäußerte Kritik sollte alsbald den Diskussionsprozeß im Inneren beschleunigen. Es war die weitere Empfehlung des Ausschusses für die Rechte des Kindes, die innenpolitisch zunächst vorläufige Wirkung zeitigte: Er regte die Vorbereitung eines Aktionsplans zur vollen Umsetzung der KRK sowie eine Belebung der innerpolitischen Diskussion im Zusammenhang mit dem anstehenden Zehnten Kinder- und Jugendbericht der Bundesregierung an.<sup>61</sup> Nachdem die Sachverständigenkommission in dem Kinder- und Jugendbericht erhebliche Kritik an der aufenthalts- und sozialrechtlichen Stellung (unbegleiteter) Flüchtlingskinder geäußert und des weiteren die Schaffung eines Sonderflüchtlingsrechts sowie die Rücknahme des Ausländervorbehalts empfohlen hat<sup>62</sup>, hat der Deutsche Bundestag im September 1999 eine erste Entschließung verabschiedet, in der er die Bundesregierung auffordert, die Rücknahme der Vorbehalte zur KRK zu vollziehen.<sup>63</sup> Die Bundesregierung hat dieser Forderung widersprochen und erklärt, daß nach Prüfung des Bundesministeriums des Innern eine Rücknahme der Erklärung nicht in Betracht komme, da sich die Bundesländer, deren Einverständnis bei der Abgabe der Erklärungen erforderlich gewesen sei, nicht mehrheitlich für die Rücknahme ausgesprochen hätten.<sup>64</sup> Der Bundestag erneuerte daraufhin seine Aufforderung zur Vorbehaltsrücknahme mit einer weiteren Entschließung im März 2001<sup>65</sup> und stieß erneut auf Ablehnung mit inhaltsgleicher Begründung.<sup>66</sup> Des weiteren betonte die Unabhängige Kommission „Zuwanderung“ („Süssmuth-Kommission“) in ihrem im Juli 2001 vorgelegten Bericht die besondere Schutzbedürftigkeit unbegleiteter Minderjähriger und benannte zugleich Schutzdefizite im deutschen Recht. Resümierend schlug sie „der Bundesregie-

---

stimmungen der Artikel 2 und 3 der UN-Konvention über die Rechte des Kindes interpretiert wurde.“ (Übersetzung nach: *National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention* (Fn. 58)).

<sup>60</sup>Concluding observations (Fn. 49), Anmerkung-Nr. 22.

<sup>61</sup>Concluding observations (Fn. 49), Anmerkung-Nr. 35

<sup>62</sup>Siehe BT-Drs. 13/11368, S.171 f. sowie 174. Nach der Empfehlung „sollten die Vorbehalte der Ziffern II (Familienrecht) und IV (Ausländerrecht) ... zurückgenommen werden, und zwar aus inhaltlichen und rechtspolitischen Gründen sowie mit Blick auf das völkerrechtliche Ansehen der Bundesrepublik Deutschland.“

<sup>63</sup>Siehe die Beschlußempfehlung BT-Drs. 14/1681 zum Zehnten Kinder- und Jugendbericht sowie das Plenarprotokoll 14/58.

<sup>64</sup>Siehe die Antwort der Bundesregierung - BT-Drs. 14/5036 v. 28.12.2000 - auf eine kleine Anfrage zur „Anwendung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes auf Flüchtlingskinder“.

<sup>65</sup>Siehe die Beschlußempfehlung BT-Drs. 14/5462 zum Antrag der SPD und Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 14/4884, sowie das Plenarprotokoll14/155.

<sup>66</sup>Siehe die Antwort der Bundesregierung - BT-Drs. 14/6024 v. 11.05.2001 - auf eine kleine Anfrage „Vorbehalte gegenüber der UN-Kinderrechtskonvention II“.

rung und den Landesregierungen vor, die Rücknahme der Erklärungsvorbehalte zur UN-Kinderrechtskonvention erneut zu prüfen“.<sup>67</sup>

Einen (vorläufigen) Schlußakt setzte der Petitionsausschuß des deutschen Bundestages im September 2001. Nach einer Reihe von Eingaben mit verwandter Zielsetzung, nämlich der Forderung nach der Rücknahme der deutschen Vorbehalte zur UN-Kinderrechtskonvention sowie nach der vollen Umsetzung ihrer Bestimmungen im deutschen Ausländer- und Asylrecht, spricht der Ausschuß die Beschlußempfehlung<sup>68</sup> aus, die Petition der Bundesregierung zur Berücksichtigung zu überweisen und den Landesvolksvertretungen zuzuleiten. In seiner Begründung vertritt der Ausschuß u.a., daß der Ausländervorbehalt nicht mit Ziel und Zweck der Konvention vereinbar sei. Das Bundesministerium des Innern hat in seiner im Rahmen des Petitionsverfahrens eingeholten Stellungnahme seinen Standpunkt wiederholt vertreten, daß in Ermangelung einer mehrheitlichen Zustimmung der Bundesländer eine Rücknahme derzeit nicht möglich sei.<sup>69</sup> Hierbei verweist es auf die als „Lindauer Absprache“ bezeichnete „*Verständigung zwischen der Bundesregierung und den Staatskanzleien der Länder über das Vertragsschließungsrecht des Bundes*“ vom 14. November 1957.<sup>70</sup>

#### **IV. VORBEHALTSRÜCKNAHME IM SPANNUNGSFELD DER VERFASSUNGSRECHTLICHEN KOMPETENZZUWEISUNG**

Nach alledem ist festzustellen, daß die Bundesregierung eine zweigleisige Argumentationslinie verfolgt: In ihrem im Mai 2001 verabschiedeten Zweitbericht zur KRK weist sie die Vorwürfe des Ausschusses für die Rechte des Kindes, die dieser im Anschluß an den Erstbericht im Jahre 1995 erhoben hat, mit dem Einwand zurück, daß das Kindeswohl im Sinne des Art. 3 KRK im deutschen Asylverfahrensrecht gewahrt sei.<sup>71</sup> Demgegenüber begegnet sie den Forderungen im Inneren nicht mit inhaltlich konventionsbezogenen Argumenten. Vielmehr stellt sie sich auf eine formale Ebene und zieht mit dem Hinweis auf das Lindauer Abkommen selbst ihre innerstaatliche Kompetenz im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland in Zweifel. Ist die Bundesrepublik Deutschland als Vertragsstaat der KRK tatsächlich de iure außenpolitisch handlungsunfähig oder haben wir es hier mit einer politischen Rücksichtnahme auf einzelne mit der Versorgung dieser Kindesgruppe überproportional belastete Bundesländer zu tun? Dieser Frage ist im folgenden nachzugehen.

<sup>67</sup>Siehe Kapitel III.1.11 des Kommissionsberichts, in dem unbegleitete Minderjährige als Asyl- und Flüchtlingsgruppe genannt werden, deren Schutzgewährung zu verbessern sei.

<sup>68</sup>Pet. 1-14-06-26-027123.

<sup>69</sup>Siehe die Begründung der Beschlußempfehlung des Petitionsausschusses, Pet 1-14-06-26-027123.

<sup>70</sup>Textfassung abgedruckt in ZaöRV 20 (1959/60), 116 sowie in BT-Drs. 7/5924.

<sup>71</sup>Siehe Kapitel VII.A.1 des Zweitberichts.

Die Bundesregierung sieht ihre Willensbildung durch die Haltung der Länder zu der Frage der Rücknahme der Ratifikationserklärung zur KRK unter zwei Aspekten beeinflusst: Zunächst sei auf der Grundlage des Lindauer Abkommens eine Zustimmung der Länder erforderlich, da die KRK innerstaatlich auch den Bereich ausschließlicher Landeszuständigkeit berühre; zudem hätten die Länder ihr Einverständnis zur KRK mit der Abgabe einer entsprechenden Erklärung verknüpft.<sup>72</sup> Die Erwägung der Bundesregierung, die Ausgangslage im Vorfeld der Ratifikation in die Willensbildung einzubeziehen, überzeugt nicht. Auch ist zweifelhaft, ob eine Anerkennung einer vetoähnlichen Stellung der Länder bezogen auf den „Ausländervorbehalt“ de iure unter Berufung auf das Lindauer Abkommen begründbar ist. Diese von der Bundesregierung benannten Aspekte sollen folgend näher betrachtet werden.

### 1. AUSGANGSLAGE

Bereits der im Vorfeld der Ratifikation im Jahre 1992 zu beobachtende Verlauf der Länderbeteiligung, die auf der Basis des Lindauer Abkommens stattgefunden hat, wirft Fragen auf. Bei einem Blick in die Historie wird offenbar, daß weder der Wortlaut noch der materielle Umfang des Ausländervorbehalts von den Ländern vorgegeben war. Die konsultierten Länder äußerten frühzeitig vor der Zeichnung des Abkommens Bedenken hinsichtlich der Schutzbereichsweite („Auslegungsspielraum“) einiger Bestimmungen der KRK und befürchteten weitreichende Rechtsfolgen für die innerstaatliche Rechtsordnung.<sup>73</sup> Die Ständige Vertragskommission der Länder empfahl dementsprechend den Landesregierungen die Zustimmung zur Zeichnung der Konvention unter der Bedingung, daß die Bundesregierung bei der Zeichnung eine Erklärung abgebe, die für die deutsche Seite eine Option für die Abgabe konkreter Erklärungen zu den Artt. 9, 10, 18 und 22 KRK anlässlich der Ratifikation vorsehe.<sup>74</sup>

Neben der familienrechtlichen Schutzintention der KRK löste also der auf ausländische Kinder bezogene Konventionsschutz in den Zeiten eines stetig steigenden Zustroms von Asylsuchenden den Widerstand der Länder gegen die KRK aus. Wie es schließlich zur Ausformulierung des Ausländervorbehalts kam, schildert anschaulich der damalige Ministerialrat *Stöcker*, der die Konvention - vor allem bei den letzten Genfer Arbeitsgruppensitzungen - „mit aus der Taufe gehoben hatte“<sup>75</sup>: In dem Bemühen, eine Erklärung zu den für das Ausländerrecht relevanten Artikeln im Rahmen der Beratungen über den Konventi-

<sup>72</sup>Siehe die Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage im Bundestag, BT-Drs. 14/6024, S. 3.

<sup>73</sup>Siehe die Denkschrift zum Vertragsgesetz, BT-Drs. 12/42, S. 34 sowie den Bericht und die Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drs. 12/1535, S. 6.

<sup>74</sup>Siehe den Bericht und die Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 12/1535, S. 6.

<sup>75</sup>Siehe *Stöcker*, ZAR 1992, 80, 81 f.; *ders.*, RdJB 75, 82, *ders.*, Die Auswirkungen der Kinderkonvention auf deutsches Recht und Bericht über den Stand des Ratifizierungsverfahrens, in: Deutsches Kinderhilfswerk (Hrsg.), Dokumentation der Fachtagung „Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes“, 1991, S. 31, 35.

onsentwurf in Genf anzubringen, habe die deutsche Delegation ihren Text an den zuvor von der britischen Delegation im Dezember 1988 abgegebenen Text, der auch den deutschen Bedenken habe Rechnung tragen können, angepaßt. In dieser Textfassung wurde er als Abschnitt IV Bestandteil der deutschen Ratifikationserklärung. Ausgestattet mit einem von den Ländern initiierten und in seinem Umfang unbestimmten Generalauftrag kam es somit zu dem umfassenden deutschen „Ausländervorbehalt“. Die im Rahmen der Beratungen des Vertragsgesetzes von der Bundesregierung bekundete Absicht, diese Erklärung anlässlich der Ratifikation abzugeben, fand schließlich die Zustimmung der innerstaatlichen Gesetzgebungsorgane.

Die historische Retrospektive macht offenbar, daß die Erklärung des Ausländervorbehalts nicht in direktem Zusammenhang mit dem Lindauer Abkommen zu bringen ist, dessen Zweck darin besteht, die Länderrechte bei der Ausübung der auswärtigen Gewalt durch den Bund abzusichern.<sup>76</sup> Die durch den Ausländervorbehalt „geschonten“ Materien des Aufenthalts, der Einwanderung sowie der Angelegenheiten der Flüchtlinge berühren ohnehin nicht - wie noch darzustellen sein wird - ausschließliche Länderkompetenzen, auf die die Interventionsklausel der Ziffer 3 der Lindauer Absprache Bezug nimmt. Es kann nur als politische Entscheidung erachtet werden, die Länderregierungen in Zeiten der schwelenden Asyldebatte durch die angesonnene Abgabe einer ausländerrechtsbezogenen Vorbehaltserklärung für die gesamte Konvention zu gewinnen. Denn eine Vetostellung gegenüber der Ratifikation hatten die Länder aufgrund der Lindauer Absprache durchaus, wenn auch nicht aufgrund der von Art. 22 KRK ausgehenden innerstaatlichen Kompetenzberührung. Vor allem war es in der damaligen historischen Phase stetig steigender Asylbewerberzahlen ein Anliegen der damaligen Bundesregierung selbst, eine umfassende Beschränkung des Art. 22 KRK herbeizuführen.<sup>77</sup> Soweit die jetzige Bundesregierung ihre Willensbildung im Rahmen der Vorbehaltsrücknahme von dem damaligen Länderverhalten beeinflusst sieht, ist nach alledem zu bedenken, daß eine Rücksichtnahme unter Abwägung mit dem aufgezeigten aktuellen (völker-)rechtspolitischen Handlungsbedarf zur Rücknahme des Ausländervorbehalts auch politisch nicht überzeugt. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, daß sich die Zahl der Zuflucht Suchenden gegenüber der Ausgangslage bei der Abgabe des Ausländervorbehalts im Jahre 1992 wesentlich verringert hat.<sup>78</sup> Es bleibt im

---

<sup>76</sup>Vgl. auch die Kritik von *Wolf*, ZRP 1991, 374, 375 an einer veto-ähnlichen Stellung der Länder unter Berufung auf die Lindauer Absprache im Vorfeld der Ratifizierung der KRK.

<sup>77</sup>*Stöcker*, ZAR 1992, 80, 81, suchte den Ausländervorbehalt damit zu rechtfertigen, daß sich die innerstaatliche Asylrechtsproblematik „auf Dauer als ungefügter Hemmschuh für die Vertragspolitik auf dem Gebiet des internationalen Menschenrechtsschutz erweisen“ könnte.

<sup>78</sup>Vgl. dazu von *Pollern*, ZAR 2001, 76, mit einem Bericht über die Geschäftsstatistik des BAFI. Der Rückgang der Asylbewerberzahl vom Höchststand im Jahre 1992 mit 438.191 Personen auf 78.563 Personen im Jahre 2000 beträgt 82 %. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, daß die Anerkennungsquote im Jahre 2000 2,96 % betrug; Abschiebungsschutz wegen politischer Verfol-

folgenden zu hinterfragen, ob für eine Rücknahme des Ausländervorbehalts *de iure* eine Zustimmung der Länder nach Maßgabe der verfassungsrechtlichen Kompetenzzuweisung auf dem Gebiet der auswärtigen Gewalt erforderlich ist.

## 2. EINORDNUNG DER RÜCKNAHME DES AUSLÄNDERVORBEHALTS IN DAS FÖDERALE KOMPETENZGEFÜGE NACH MAßGABE DES ART. 32 GG

Die Systematik des Art. 32 GG kongruiert mit der Verteilung innerstaatlicher Gesetzgebungskompetenzen auf Bund und Länder nach Maßgabe sachbezogener Regelungsmaterien. Während Art. 32 I GG dem Bund die Pflege der auswärtigen Beziehungen primär und umfassend zuweist, ist der Kompetenzbereich der Länder als Träger der auswärtigen Gewalt auf der Grundlage des Art. 32 III GG nachrangig und sachlich beschränkt ausgestaltet: Der Bund hat gem. Art. 32 I GG eine Vertragsabschlußkompetenz im Bereich der ausschließlichen Bundesgesetzgebung (Art. 73 GG). Berührt die völkervertraglich geregelte Materie den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 72 GG), besteht ein Vertragsabschlußrecht der Länder nur, soweit nicht der Bund die Materie vertraglich oder gesetzlich regelt.<sup>79</sup> Die in Art. 32 III GG geregelte Abschlußkompetenz der Länder beschränkt sich damit auf den Bereich, in dem ihnen die ausschließliche oder konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis zusteht.

Die Vertragsbestimmungen der KRK enthalten vereinzelt Materien, die in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder fallen. Dies gilt etwa hinsichtlich der Bestimmung der Art. 28 KRK (Recht auf Bildung) und Art. 29 KRK (Bildungsziele). Die Ratifikation der KRK war damit mit der bis heute ungelösten Streitfrage verbunden, ob der Bund befugt ist, die Abschlußkompetenz im Falle der fehlenden eigenen Gesetzgebungszuständigkeit an sich zu ziehen. Das BVerfG war bislang nicht gehalten, eine Entscheidung in dieser Frage herbeizuführen, da Bund und Länder mit dem Lindauer Abkommen eine pragmatische Lösung im Anwendungsbereich des Art. 32 III GG geschaffen haben: Nach Nr. 3 des Lindauer Abkommens bedarf es eines vorherigen Einverständnisses aller Länder für Staatsverträge, „die nach Auffassung der Länder deren ausschließliche Kompetenzen berühren.“ Die Interventionsstellung der Länder im Vorfeld der KRK wurde auf diese Klausel zurückgeführt.<sup>80</sup> Bereits damals ist die Veto-Position der Länder unter Berufung auf den „modus vivendi“ des Lindauer Abkommens in die Kritik geraten.<sup>81</sup>

---

gung auf der Grundlage des § 51 I AuslG erhielten 7,88 %.

<sup>79</sup>Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 32 Rn. 48; *Rojahn*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 32 Rn. 15; BVerfGE 2, 375.

<sup>80</sup>Siehe die Stellungnahme des Bundesrates und die zustimmende Gegenäußerung der Bundesregierung in der Denkschrift zum Entwurf des Vertragsgesetzes, BT-Drs. 12/42 S. 55.

<sup>81</sup>Gravierende Einwände erhob diesbezüglich *Wolf*; ZRP 1991, 374, 375, der es für verfassungsrechtlich nicht vertretbar hielt, jedem einzelnen Bundesland eine veto-ähnliche Verhandlungsposition über den gesamten Inhalt eines völkerrechtlichen Vertrages einzuräumen.

Die weitgehende Verhandlungsposition der Länder im Rahmen der Rücknahme des Ausländervorbehalts ist aus einem neuen Blickwinkel heraus in Zweifel zu ziehen. Zunächst ist festzustellen, daß die Anwendung der Kompetenznorm des Art. 32 GG auf den Fall der Vorbehaltsrücknahme ohne weiteres vertretbar ist. Denn mit diesem „actus contrarius“ würde eine dem Vertragsschluß innewohnende Wirkung herbeiführt: Die Rücknahme des Vorbehalts hätte zur Folge, daß der einstige Vorbehaltsstaat in vollem Umfang völkervertraglich gebunden wäre; damit würde die vertragliche Verpflichtung, die einschlägigen Konventionsnormen im Wege geeigneter Gesetzgebungsmaßnahmen innerstaatlich umzusetzen, erstmals begründet.

Zweifelhaft ist unterdessen, ob die infolge der Vorbehaltsrücknahme anstehenden Gesetzesanpassungen die Kompetenzen der Länder tangieren und damit kongruent eine Länderkompetenz auf dem Gebiet des Auswärtigen auf der Grundlage des Art. 32 III GG begründen. Die vom Verfasser dargestellte Zusammenfassung einer Defizitanalyse des deutschen Rechts im Lichte der KRK<sup>82</sup> spricht Teilbereiche verschiedener Gesetzesmaterien an, die an den Konventionsstandard anzupassen wären: Streichung der Handlungsfähigkeit nach § 68 AuslG, § 12 AsylVfG; Herausnahme der Kindesgruppe aus dem Flughafenverfahren nach § 18 a AsylVfG; Verbesserung der aufenthaltsrechtlichen Stellung während des Clearingverfahrens; Herausnahme der Kindesgruppe aus der Unterbringung und Verteilung nach dem AsylVfG (§§ 44 ff.) und Einbeziehung in das Aufgaben- und Leistungsspektrum des SGB VIII; Verbesserung der verfahrensrechtlichen Stellung nach dem FEVG. Bezogen auf diese defizitären Regelungsfragmente, die im Falle der Vorbehaltsrücknahme an den Konventionsstandard anzupassen wären, ist eine Bundeskompetenz begründet:

Dem Bund steht für die Einwanderung ohnehin die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zu (Art. 73 Nr. 3 AuslG). Durch den Erlaß des AuslG und des AsylVfG sowie des SGB VIII hat er zudem die konkurrierende Kompetenz zur Gesetzgebung (Art. 74 Nr. 4, 6 und 7 GG) an sich gezogen.<sup>83</sup> Bereiche, die in die (ausschließliche) Kompetenz der Länder fallen, sind im Falle einer Vorbehaltsrücknahme nicht berührt. Das in Art. 28 KRK normierte Recht auf Bildung geht – sofern es überhaupt vom Ausländervorbehalt erfaßt ist – nicht über den Standard hinaus, der in der Bundesrepublik Deutschland bereits gesetzlich verwirklicht ist. Denn bereits verfassungsrechtlich ist ein Recht ausländischer Kinder auf Bildung aus Art. 2 Abs. 1 GG abzuleiten, das landesrechtlich in den

---

<sup>82</sup> Siehe oben II.3. Ausführlich zur Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit der KRK: *Peter* (Fn. 33), S. 264 ff.

<sup>83</sup> Vgl. dazu auch *Bothe*, Die verfassungsmäßige Aufteilung der Verantwortung für Zuwanderung und Integration auf Bund und Länder und Gemeinden und Folgerungen für ein Organisationsmodell, Rechtsgutachten, erstattet im Auftrag der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“.

meisten Landesverfassungen gewährleistet und zumindest in den Schulgesetzen konkretisiert ist.<sup>84</sup>

Nach alledem besteht gem. Art. 32 I GG eine grundlegende Entscheidungskompetenz des Bundes bei der Frage der Rücknahme des Ausländervorbehalts. Die Interventionsklausel der Nr. 3 des Lindauer Abkommens können die Länder nicht für sich reklamieren. Für die Vorbehaltsrücknahme wiederholt sich vielmehr in gewisser Weise die Feststellung, die bereits *Wolf* im Jahre 1991 bezogen auf die von den Ländern geforderte Abgabe der Ratifikationserklärung zur KRK getroffen hat: „*Daß der Bund dem Ansinnen einiger Länder im Falle der Konvention über die Rechte des Kindes bemerkenswerterweise nicht entgegentritt, hat mit den im Lindauer Abkommen geregelten Fragen nichts zu tun. Der Grund ist das offenkundige Bemühen um eine Offenhaltung weitreichender familienpolitischer Streitfragen, für die es weder im Bund noch in den Ländern einheitliche Positionen gibt.*“<sup>85</sup> War es seinerzeit die familienpolitische Stoßrichtung der KRK, die den damaligen und inzwischen durch die Kindschaftsrechtsreform entschärften Diskurs beherrschte, fokussiert sich die aktuelle Diskussion auf den Konventionsschutz ausländischer Kinder.

## V. FAZIT - VORBEHALTSRÜCKNAHME IM INNENPOLITISCHEN DISKURS

Es bleibt daher zu erörtern, welche eigentlichen gegenläufigen oder auch einvernehmlichen Positionen der Beteiligten im aktuellen Diskurs auszumachen sind. Länderinteressen sind von einer Vorbehaltsrücknahme berührt, soweit etwa kindbezogene Leistungen von den Ländern zu erbringen sind oder zuwanderungspolitische Bedenken bestehen. Die auf eine Rundfrage der *Arbeitsgemeinschaft Jugendhilfe* vom 06.09.2001 bislang schriftlich abgegebenen Stellungnahmen von elf Landesministerien gewähren einen - gleichwohl nicht erschöpfenden - Einblick in das Stimmungsbild.

Unter den drei einer Vorbehaltsrücknahme ablehnend gegenüberstehenden Ländern sind zwei Argumentationslinien auszumachen: Nach Mitteilung des damaligen Hamburger Innensenators *Scholz*<sup>86</sup> sieht sich *Hamburg* von einer Zuwanderung unbegleiteter Minderjähriger im Vergleich zu den übrigen Ländern weit überproportional betroffen und daher mit der Bewältigung erheblicher Sonderlasten konfrontiert. Darüber hinaus sei „eine von Teilen dieses Personenkreises ausgehende erhebliche Kriminalitätsbelastung insbesondere im Bereich der Betäubungsmitteldelikte“ festzustellen. Für Hamburg überwögen

<sup>84</sup>Siehe dazu *Peter* (Fn. 33), S.39 f. In der Kritik steht vereinzelt der faktische Zugang zum Bildungssystem, insbesondere eine ungenügende Einbeziehung ausländischer Kinder in die weitergehende Schulpflicht; vgl. *Reuter*, RdJB 1999, 26.

<sup>85</sup>*Wolf*, ZRP 1991, 374, 375.

<sup>86</sup>Stellungnahme v. 18.09.2001.

die mit einer Vorbehaltsrücknahme verbundenen Risiken, solange Hamburg ohne die Möglichkeit einer quotengerechten Verteilung auf das Bundesgebiet überproportional betroffen sei.<sup>87</sup> Daneben betont *Bayern*<sup>88</sup>, daß eine Rücknahme der Erklärungen Deutschlands vielfach Fehlinterpretationen nach sich ziehen würde im Sinne der Verleihung unmittelbarer subjektiver Rechte einschließlich des Rechts auf Aufenthalt durch die Konvention, was dringend zu vermeiden sei. In ähnlicher Weise äußert sich *Thüringen*<sup>89</sup> mit der Begründung, daß eine Rücknahme zu Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung bestehender Vorschriften des Ausländer- und Asylrechts führen würde. Weiter wird dazu ausgeführt: „Erschwernisse bei der konsequenten Durchsetzung der Ausreisepflicht von Minderjährigen und ein zunehmender Missbrauch des deutschen Ausländer- und Asylrechts durch Personen, die ohne Vorlage von Dokumenten vertragen, minderjährig zu sein, wären die Folgen.“

Soweit die Stellungnahmen der einer Vorbehaltsrücknahme Zustimmung signalisierenden Länder vorliegen<sup>90</sup>, begründen nur einige ihr positives Votum. Die Begründungen decken sich wesentlich: Das deutsche Ausländer- und Asylrecht erfülle die Vorgaben der KRK. Diese Länder haben also deshalb keine Bedenken gegen eine Rücknahme, weil sie der Auffassung sind, daß eine Rücknahme innerstaatlich ohnehin keine legislative Maßnahmepflicht zur Anpassung dieser Gesetzesmaterien an die KRK begründen würde. In seinem positiven Votum nimmt das Land *Hessen* indes nicht auf die Konventionskonformität des deutschen Rechts Bezug. Zu Begründung wird lediglich angeführt, daß eine Rücknahme der Erklärung erfolgen sollte, da nachteilige Folgen für die BR Deutschland nicht gesehen würden.<sup>91</sup>

Aufgrund der Unanwendbarkeit der Nr. 3 des Lindauer Abkommens ist die Verhandlungsposition des Bundes weitaus stärker zu gewichten als im öffentlichen Diskurs bislang angenommen. Es ist eine rein politische Frage, inwieweit eine Rücksichtnahme auf die Bedenken Träger unter den Ländern gegenüber dem (völker-)rechtspolitischen Handlungsbedarf angezeigt ist. Um eine (breite) politische Mehrheit für eine Rücknahme zu gewinnen, hätte der Bund etwa seine Möglichkeiten zu hinterfragen, mit denen er die Zustimmung jener Länder gewinnen könnte, die (bereits seit Jahren) einen Lastenausgleich reklamieren und diesen gar zur *conditio sine qua non* machen.

---

<sup>87</sup>Vgl. dazu auch die erfolglose, auf eine Umverteilung zielende Gesetzesinitiative Hamburgs: BR-Drs. 300/95 v. 23.05.95.

<sup>88</sup>Stellungnahme des Bayerischen Staatsministeriums des Innern v. 31.10.2001.

<sup>89</sup>Stellungnahme des Thüringer Innenministeriums vom 18.09.2001.

<sup>90</sup>Berlin, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein.

<sup>91</sup>Stellungnahme des Hessischen Ministerpräsidenten v. 30.11.2001.