

E. Vorläufige Inobhutnahme gem. § 42a SGB VIII

Die vorläufige Inobhutnahme gem. § 42a SGB VIII wurde durch das am 1.11.2015 in Kraft getretene Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher eingeführt. Grund für den Erlass war die Überlastung der grenznahen Jugendämter, die bis dahin nach § 87 SGB VIII a.F. für die Inobhutnahmen von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen zuständig waren, da sich die Minderjährigen weit überwiegend in den grenznahen Gebieten aufhielten. Wie bereits in Abbildung 4 (Abschnitt C) dargestellt, ist die Anzahl der nach Deutschland eingereisten unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge in den Jahren 2014 und 2015 stark angestiegen. Mit §§ 42a ff. SGB VIII wurde daher zur Entlastung der grenznahen Jugendämter ein bundesweites Verteilungsverfahren eingeführt.⁶⁸

I. Zuständigkeit

Sachlich zuständig ist gem. § 85 Abs. 1 SGB VIII der örtliche Träger der öffentlichen Jugendhilfe, also das Jugendamt. Für die vorläufige Inobhutnahme gem. § 42a SGB VIII ist gem. § 88a Abs. 1 SGB VIII der örtliche Träger zuständig, in dessen Bereich sich das Kind oder der Jugendliche vor Beginn der Maßnahme tatsächlich aufhält.

II. Erstscreening/Clearing

Bei Aufgreifen oder Meldung eines potenziell minderjährigen unbegleiteten Flüchtlings hat das Jugendamt zunächst einmal festzustellen, ob es sich um eine ausländische, minderjährige und unbegleitete Per-

⁶⁸ Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (554).

son handelt. Diese Phase der Aufklärung des Sachverhaltes wird sowohl „Erstscreening“ als auch „Clearing“ genannt.⁶⁹ Auch hat das Jugendamt gem. § 42a Abs. 3a SGB VIII für die Durchführung von erkenntnisdienlichen Maßnahmen nach § 49 Abs. 8 und 9 AufenthG zu sorgen, wenn Zweifel über die Identität des Minderjährigen bestehen.

1. Einschätzung nach § 42a Abs. 2 SGB VIII

Das Jugendamt hat gem. § 42a Abs. 2 SGB VIII einzuschätzen, ob (1.) das Wohl des Minderjährigen durch die Durchführung des Verteilungsverfahrens gefährdet würde, ob (2.) sich eine mit dem Minderjährigen verwandte Person im Inland oder im Ausland aufhält, ob (3.) das Wohl des Minderjährigen eine gemeinsame Inobhutnahme mit Geschwistern oder anderen unbegleiteten ausländischen Kindern oder Jugendlichen erfordert und ob (4.) der Gesundheitszustand des Minderjährigen die Durchführung des Verteilungsverfahrens innerhalb von 14 Werktagen nach Beginn der vorläufigen Inobhutnahme ausschließt; hierzu soll eine ärztliche Stellungnahme eingeholt werden.

a) Gefährdung Kindeswohl durch Verteilungsverfahren

Gem. § 42a Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII ist zu prüfen, ob durch das Verteilungsverfahren eine Kindeswohlgefährdung droht. Diese Regelung wurde ausweislich der Gesetzesbegründung aufgenommen, um die Vorgabe aus Art. 23 Abs. 1 RL 2013/33/EU zu erfüllen.⁷⁰ Diese Regelung gibt vor, dass die Mitgliedstaaten beim Umgang mit Minderjährigen vorrangig das Wohl des Minderjährigen zu berücksichtigen haben und die Mitgliedstaaten dem Minderjährigen einen seiner körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen und sozialen Entwicklung angemessenen Lebensstandard zu gewährleisten haben. Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 42a Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII soll durch die Verteilung „eine dem Kindeswohl entsprechende Unterbringung, Versor-

69 *Trenczek*, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, § 42a Rn. 11.

70 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/5921, S. 23.

gung und Betreuung“ sichergestellt werden, es sei denn, Kindeswohlgründe stehen einer Verteilung entgegen.⁷¹

Mithin wird die europäische Vorgabe aus Art. 23 Abs. 1 S. 1 RL 2013/33/EU, derzufolge das Kindeswohl zu berücksichtigen ist, dahingehend ausgelegt und umgesetzt, dass gem. § 42a Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII zu prüfen ist, ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt.⁷² Es wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens bereits kritisiert, dass die Gewährleistung des Kindeswohls nicht mit dem Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung gleichgestellt werden könne.⁷³ Dennoch wurde der Wortlaut des Gesetzes nicht geändert.

Der Gesetzgeber hat also bewusst geregelt, dass das Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung zu prüfen ist. Eine Kindeswohlgefährdung iSd § 42 a Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII liegt vor, „wenn durch die Verteilung in allernächster Zeit mit ziemlicher Sicherheit eine schwerwiegende und nachhaltige Schädigung des Kindes oder Jugendlichen auf körperlicher, geistiger oder seelischer Ebene droht“.⁷⁴ Dafür, dass der Gesetzgeber dies so regeln wollte, sprechen auch die in der Gesetzesbegründung aufgeführten Beispiele einer Kindeswohlgefährdung durch das Verteilungsverfahren. Denn als Beispiele wurden dort eine gesundheitliche oder psychische Gefährdung durch den Transport sowie eine starke Verweigerungshaltung des Minderjährigen, die zu (Re-)Traumatisierungen führen könnten, benannt.⁷⁵

71 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/5921, S. 23.

72 *Keper/Dexheimer*, in: Kunkel/Keper/Pattar, SGB VIII, § 42a Rn. 11.

73 *Deutscher Caritasverband e.V.*, Kurzstellungnahme zur Anhörung des Gesetzentwurfs zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher, www.bundestag.de/resource/blob/390996/2c0586817a3197bc789200-365e6e6c3f/18-13-62h-data.pdf (07.05.2020), S. 1–2; *Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V.*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher, www.bmfsfj.de/blob/118964/21cf738a143fcd1b5c7a45440f1179cb/bumf-data.pdf (07.05.2020), S. 7–8; *Deutsches Komitee für UNICEF e.V.*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher, www.bmfsfj.de/blob/118986/7e8764380f757a22992d224b6d5f2017/unicef-data.pdf (07.05.2020), S. 1.

74 *Keper/Dexheimer*, in: Kunkel/Keper/Pattar, SGB VIII, § 42a Rn. 11.

75 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/5921, S. 23.

Den Vorgaben der Richtlinie wird durch die Formulierung in § 42a Abs. 2 Nr. 1 SGB VIII jedoch nicht ausreichend Rechnung getragen.⁷⁶ Es wird nur sichergestellt, dass durch die Verteilung keine Kindeswohlgefährdung eintritt. Es wird hingegen nicht sichergestellt, dass die Verteilung auch dem Kindeswohl dient. Letzteres hätte jedoch zur ordnungsgemäßen Umsetzung der EU-Richtlinie geregelt werden müssen. Da die Umsetzung der EU-Richtlinie nicht hinreichend erfolgt ist, und die Umsetzungsfrist abgelaufen ist, gilt die Richtlinie nun unmittelbar.⁷⁷

Daher ist im Einzelfall aufgrund der unmittelbaren Wirkung von Art. 23 Abs. 1 S. 1 RL 2013/33/EU der Vorrang des Kindeswohls besonders zu berücksichtigen.⁷⁸ Dies gilt allerdings nur in den Fällen, in denen die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge einen Antrag auf internationalen Schutz, also einen Asylantrag, gestellt haben, denn gem. Art. 3 Abs. 1 RL 2013/33/EU gelten die Regelungen der Richtlinie nur für Antragsteller. Zu diesem frühen Zeitpunkt, unmittelbar nach Aufgreifen der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge, während des Erstscreensings, werden die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge in der Regel (zumindest in Deutschland) noch keinen Asylantrag gestellt haben. Der Gesetzgeber hat mithin in seiner Begründung mitgeteilt, dass diese Regelung der Umsetzung der Richtlinie dienen sollte, dies aber nicht in vollem Umfang umgesetzt. Letztlich schadet dies in diesem frühen Stadium aber nicht, weil die Umsetzung für diesen Zeitpunkt noch nicht vorgegeben war, sondern erst ab Antragstellung.

b) Aufenthalt von verwandter Person im In- oder Ausland

Gem. § 42a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII hat das Jugendamt zu prüfen, ob sich eine mit dem Minderjährigen verwandte Person im In- oder Ausland aufhält. Damit wird den Vorgaben in Art. 24 Abs. 3 RL 2013/33/EU Rechnung getragen, denn dieser gibt vor, dass die Mitgliedstaaten baldmöglichst nach Eingang eines Antrags auf internatio-

76 So auch *Kepert/Dexheimer*, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 42a Rn. 11.

77 *Trenczek*, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, § 42a Rn. 3.

78 *Trenczek*, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, § 42a Rn. 3.

nen Schutz mit der Suche nach Familienangehörigen des unbegleiteten Minderjährigen zu beginnen haben.

Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 42a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB VIII hat das Jugendamt die Minderjährigen zu befragen, um die Möglichkeit einer Familienzusammenführung zu eruieren. Es sei aber keine „vertiefte Recherche“ erforderlich.⁷⁹ Wird festgestellt, dass sich eine mit dem Minderjährigen verwandte Person im In- oder Ausland aufhält, so hat das Jugendamt gem. § 42a Abs. 5 S. 2 SGB VIII auf eine Zusammenführung hinzuwirken, wenn dies dem Kindeswohl entspricht. Gem. § 42b Abs. 4 Nr. 3 SGB VIII ist eine Verteilung ausgeschlossen, wenn eine Zusammenführung mit einer verwandten Person kurzfristig erfolgen kann. In § 42b Abs. 4 Nr. 3 SGB VIII wird dazu explizit die Zusammenführung auf Grundlage der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (sog. Dublin III-VO) als Beispiel benannt.

Mit der Familienzusammenführung auf Grundlage der Dublin III-VO sind die Fälle gemeint, in denen der Minderjährige einen Asylantrag in Deutschland stellt, während sich eine verwandte Person in einem anderen sog. „Dublin-Land“ aufhält. Dazu zählen alle EU-Mitgliedstaaten sowie Norwegen, Island, Schweiz und Liechtenstein. Die Dublin III-VO dient insofern der Ermittlung, welcher Staat für die inhaltliche Prüfung des gestellten Asylantrags zuständig ist, denn gem. Art. 3 Dublin III-VO soll grundsätzlich jeder Asylantrag nur von einem Staat geprüft werden. Dies soll gem. Art. 8 Abs. 1 Dublin III-VO der Staat sein, in dem sich ein Familienangehöriger oder eines der Geschwister rechtmäßig aufhält. Sodann soll eine Familienzusammenführung bei dem zuständigen Staat erfolgen, wenn dies dem Wohl des Kindes dient. Gem. § 42a Abs. 5 S. 2 SGB VIII hat das Jugendamt auf eine Zusammenführung des Minderjährigen mit der Person, die sich im In- oder Ausland aufhält, hinzuwirken, wenn dies dem Kindeswohl entspricht. Gem. § 42b Abs. 4 Nr. 3 SGB VIII ist eine Verteilung allerdings nur in den Fällen ausgeschlossen, in denen die Familienzusammenführung „kurzfristig“ erfolgen kann. Eine Familienzusammenführung im Rah-

79 Deutscher Bundestag, Drucksache 18/5921, S. 23–24.

men von Dublin III-VO erfolgt aber in der Regel nicht kurzfristig und erfordert außerdem, dass ein Asylantrag gestellt ist.⁸⁰

Insofern wird die Verteilung also in der Regel durchgeführt werden und das Aufnahmejugendamt auf die mögliche Familienzusammenführung hingewiesen werden, so dass dieses die dafür erforderlichen weiteren Maßnahmen in die Wege leiten kann.

c) Gemeinsame Inobhutnahme mit Geschwistern oder anderen Minderjährigen

Geschwister sind gem. § 42a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB VIII iVm § 42b Abs. 5 S. 1 SGB VIII gemeinsam in Obhut zu nehmen, es sei denn das Kindeswohl erfordert eine Trennung. Dadurch wird Art. 24 Abs. 2 S. 3 RL 2013/33/EU befolgt. Bei Minderjährigen, die sich auf der Flucht zusammengeschlossen und gegenseitig unterstützt haben, wird es andersherum gehandhabt.⁸¹ Eine gemeinsame Inobhutnahme erfolgt in den Fällen gem. § 42b Abs. 5 S. 2 SGB VIII nur, wenn das Kindeswohl dies erfordert.

d) Ausschluss der Verteilung wegen Gesundheitszustand

Gem. § 42a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 SGB VIII hat das Jugendamt zu prüfen, ob der Gesundheitszustand des Minderjährigen gegen eine Verteilung spricht. Die in dieser Regelung enthaltene Vorgabe, dass dazu eine ärztliche Stellungnahme einzuholen ist, dient ausweislich der Gesetzesbegründung dazu auszuschließen, dass Minderjährige mit ansteckenden Krankheiten verteilt und dadurch Dritte gefährdet werden. Der Ausschluss einer gesundheitlichen Gefährdung des Minderjährigen selbst, wird über die Kindeswohlprüfung in Nr. 1 sichergestellt.⁸²

Liegt ein Ausschlussgrund des § 42b Abs. 4 SGB VIII vor und ist ein Verteilungsverfahren vor dem Hintergrund nicht möglich, dann bleibt das bisherige Jugendamt gem. § 88a Abs. 2 S. 2 SGB VIII für die weitere Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII zuständig.

80 Hierzu und zum Vorstehenden *Katzenstein/González Méndez de Vigo/Meysen*, JAmt 2015, 530 (533).

81 *Katzenstein/González Méndez de Vigo/Meysen*, JAmt 2015, 530 (532 f.).

82 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/5921, S. 24.

Das Jugendamt hat das Ergebnis seiner Untersuchung gem. § 42a Abs. 4 S. 1 SGB VIII innerhalb von sieben Werktagen ab Beginn der Maßnahme dem nach Landesrecht für die Verteilung der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge zuständigen Stelle (idR dem Landesjugendamt) mitzuteilen.

2. Beteiligung Minderjähriger / Beiziehung Dolmetscher

In dem Gespräch sind die Minderjährigen gem. §§ 5, 8 ff., 42a Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 2, Abs. 5 S. 3 SGB VIII über ihre Rechte aufzuklären und bei der Entscheidungsfindung ordnungsgemäß zu beteiligen.

Gem. Art. 5 Abs. 2 der RL 2013/33/EU muss der Jugendliche die Informationen schriftlich und auf einer Sprache erhalten, von der angenommen werden darf, dass er sie versteht. Ausnahmsweise dürfen sie auch mündlich erteilt werden. Sofern erforderlich, ist hierfür ein Dolmetscher hinzuzuziehen.⁸³

3. Möglichkeit der Benachrichtigung einer Vertrauensperson

Dem Minderjährigen muss gem. § 42a Abs. 1 S. 3 SGB VIII iVm § 42 Abs. 2 S. 2 SGB VIII unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern, Gelegenheit zur Benachrichtigung mindestens einer Person des Vertrauens, gegeben werden. Auch über dieses Recht muss das Jugendamt ungefragt aufklären.⁸⁴ Das Jugendamt muss also zu Beginn der Aufnahme fragen, ob der Minderjährige jemanden informieren möchte. Die Minderjährigen können selbst entscheiden, wen und wann und auf welche Weise sie informieren.⁸⁵

83 *Trenczek*, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, § 42a Rn. 11.

84 *Schmidt*, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 78.

85 *Trenczek*, in: Münder/Wiesner/Meysen, Kinder- und Jugendhilferecht, Rn. 15.

4. Altersfeststellung nach § 42f SGB VIII

Im Rahmen der vorläufigen Inobhutnahme hat das Jugendamt auch das Alter des unbegleiteten Flüchtlings gem. § 42f SGB VIII festzustellen, denn die Inobhutnahme einer volljährigen Person ist rechtswidrig. Insofern hat das Jugendamt die Volljährigkeit von Amts wegen auszuschließen.⁸⁶ Es darf von dem Minderjährigen getätigte Angaben nicht ohne Prüfung übernehmen.⁸⁷

Die Frage, ab welchem Alter Volljährigkeit eintritt, richtet sich auch im Rahmen des Art. 24 Abs. 1 S. 1 EGBGB – wie unter B.I.1 gezeigt – grundsätzlich nach dem Recht des Staates, aus dem die betroffene Person kommt, es sei denn etwas anderes ergibt sich aus unmittelbar anwendbaren Regelungen der Europäischen Union gem. Art. 3 Nr. 1 EGBGB oder aus Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen, wenn sie unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind, Art. 3 Nr. 2 EGBGB.⁸⁸ Lässt sich das ausländische Recht aber nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ermitteln, kann deutsches Recht als Ersatzrecht angewendet werden.⁸⁹

2018 wurden in über 2.100 Fällen Schutzmaßnahmen nach unbegleiteter Einreise aus dem Ausland abgelehnt, weil die Betroffenen als volljährig eingestuft wurden.⁹⁰ In dem Jahr wurden – wie bereits im Abschnitt C dargestellt – 12.211 Minderjährige in Obhut genommen.

86 OVG Hamburg, Beschluss v. 09.02.2011 – 4 Bs 9/11, JAmt 2011, 472 (475); *Wiesner*, in: *Wiesner*, SGB VIII, § 42 Rn. 16a; *Hoffmann*, JAmt 2012, 244 (247).

87 OVG Hamburg, Beschluss v. 09.02.2011 – 4 Bs 9/11, JAmt 2011, 472 (475); *Schmidt*, in: *BeckOGK*, SGB VIII, § 42 Rn. 4.1.

88 OLG Bremen, Beschluss v. 07.02.2017 – 5 UF 99/16, FamRZ 2017, 1227 (1228).

89 BGH, Beschluss v. 26.10.1977 – IV ZB 7/77, NJW 1978, 496 (498); OLG Bremen, Beschluss v. 07.02.2017 – 5 UF 99/16, FamRZ 2017, 1227 (1228); KG Berlin, Beschluss v. 06.11.2001 – 1 VA 11/00, FamRZ 2002, 840 (842); OLG Köln, Beschluss v. 06.02.2014 – 18 U 89/08, www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/koeln/j2014/18_U_89_08_Urteil_20140206.html; krit. *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht, 9. Teil, 2. Kap., Rn. 2608 der das deutsche Recht nur für anwendbar hält, wenn über das ausländische Recht keine Informationen zu erlangen sind, sonst müsse eine "größtmögliche Annäherung an den unbekanntem tatsächlichen Rechtszustand" bewirkt werden.

90 *Statistisches Bundesamt*, Pressemitteilung Nr. 308 vom 16.08.2019, www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/08/PD19_308_225.html (09.06.2020).

a) Art der Feststellung

Ob eine unbegleitet eingereiste Person minderjährig ist, lässt sich nicht immer eindeutig feststellen. Oftmals haben die Flüchtlinge ihre Ausweispapiere nicht mitgenommen oder sie sind auf der Flucht abhandengekommen.⁹¹ Die Jugendämter haben bei der Frage, wie sie das Alter eines unbegleiteten Flüchtlings feststellen, Standards zu befolgen, damit ein einheitliches und faires Vorgehen gewährleistet ist.⁹² Von einem einmal gewählten und regelmäßig angewandten Standard für die Altersfeststellung kann das Jugendamt nicht ohne hinreichende sachliche Gründe abweichen (Selbstbindung des Jugendamts).⁹³

aa) Einsicht Ausweispapiere

Gem. § 42f Abs. 1 S. 1 SGB VIII hat das Jugendamt zunächst die Ausweispapiere einzusehen.

bb) Qualifizierte Inaugenscheinnahme

Liegen keine Ausweispapiere vor, so hat gem. § 42f Abs. 1 S. 1 2. HS SGB VIII eine qualifizierte Inaugenscheinnahme zu erfolgen. Im Rahmen der qualifizierten Inaugenscheinnahme hat das Jugendamt den Gesamteindruck des Betroffenen zu würdigen. Es hat also das äußere Erscheinungsbild und den Entwicklungsstand zu berücksichtigen. Auch hat das Jugendamt in diesem Rahmen etwaig vorhandene andere Dokumente, Urkunden und Akten beizuziehen oder weitere Personen (Zeugen, Sachverständige) zu befragen.⁹⁴ Denn das Jugendamt hat den Sachverhalt gem. §§ 20, 21 SGB X von Amts wegen zu erforschen.

Eine qualifizierte Inaugenscheinnahme hat das Jugendamt auch dann vorzunehmen, wenn die betroffene Person ein Geburtsdatum angibt, demzufolge der Betroffene minderjährig wäre. Zwar enthält § 33a

91 *Gravelmann*, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Kinder- und Jugendhilfe, S. 42.

92 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/6392, S. 20; *Katzenstein/González Méndez de Vigo/Meysen*, JAmt 2015, 530 (534).

93 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 20.10.2011 – 6 S 51.11 und 6 M 63.11, juris, Rn. 6; *Hoffmann*, JAmt 2012, 244 (247).

94 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/6392, S. 20.

SGB I die Regelung, dass bei altersabhängigen Rechten und Pflichten auf die erste Altersangabe abzustellen ist. Diese Regelung entbindet das Jugendamt aber nicht, das Alter selbst einzuschätzen, wenn es Zweifel an der Richtigkeit der Angabe der betroffenen Person hat.⁹⁵ Das OVG Berlin-Brandenburg hat entschieden, dass weder die Altersangabe in einer Asylbewerberbescheinigung⁹⁶ noch das im Ausländerzentralregister⁹⁷ registrierte Geburtsdatum für das Jugendamt bindend sind bzw. diese das Jugendamt nicht von der Pflicht der Altersfeststellung befreien.

Bei der qualifizierten Inaugenscheinnahme sind die §§ 8 Abs. 1 und 42 Abs. 2 S. 2 SGB VIII anzuwenden, es hat also eine Beteiligung der Jugendlichen zu erfolgen und sie sind über ihre Rechte aufzuklären und ihnen ist die Möglichkeit zu gewähren, eine Person ihres Vertrauens zu kontaktieren.⁹⁸ Die qualifizierte Inaugenscheinnahme wird durch mindestens zwei geschulte Fachkräfte unter Beteiligung eines Dolmetschers durchgeführt.⁹⁹

cc) Ärztliche Untersuchung

In Zweifelsfällen hat das Jugendamt gem. § 42f Abs. 2 S. 1 SGB VIII auch eine ärztliche Untersuchung zu veranlassen. Auch der betroffene Flüchtling oder sein Vertreter können die Durchführung einer medizinischen Altersbestimmung gem. § 42f Abs. 2 S. 1 SGB VIII beantragen. Die Zulässigkeit der körperlichen Untersuchung zwecks Altersschätzung ergibt sich aus Art. 25 Abs. 5 S. 1 der RL 2013/32/EU.

Das Alter wird dabei durch die Erfassung anthropometrischer Maße, der Bewertung sexueller Reifezeichen oder altersrelevanter Entwick-

95 OVG Hamburg, Beschluss v. 09.02.2011 – 4 Bs 9/11, JAmt 2011, 472 (475); *Wiesner*, in: *Wiesner*, SGB VIII, § 42 Rn. 16a.

96 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 20.10.2011 – 6 S 51.11 und 6 M 63.11, juris, Rn. 7.

97 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 04.03.2013 – 6 S 3.13 und 6 M 5.13, juris, Rn. 9.

98 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/6392, S. 20.

99 *Gravelmann*, *Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Kinder- und Jugendhilfe*, S. 43.

lungsstörungen,¹⁰⁰ anhand einer Röntgenuntersuchung der Handwurzel und des Schlüsselbeins¹⁰¹ sowie einer zahnmedizinischen Untersuchung des Gebisses¹⁰², bestimmt.¹⁰³ Eine Feststellung des genauen Alters ist medizinisch nicht möglich¹⁰⁴, aber nach Auffassung des OLG Karlsruhe werden durch die Kombination der verschiedenen Untersuchungsmethoden brauchbare Ergebnisse erzielt.¹⁰⁵

Nicht ausreichend sind Untersuchungen, die die Alterseinschätzung lediglich auf bestimmte äußere Merkmale wie Stirn- und Halsfalten stützen, selbst wenn sie durch erfahrenes Personal erfolgt.¹⁰⁶

Auch das OLG Hamm hält die verfügbaren Methoden für ausreichend, um das Erreichen der Volljährigkeit nachzuweisen.¹⁰⁷ Zur Bestimmung des Alters wird ein dreistufiges Verfahren durchlaufen:

Zu Beginn erfolge eine körperliche Untersuchung, in deren Rahmen geprüft wird, ob die betroffene Person unter entwicklungsbeschleunigenden Krankheiten leidet oder Medikamente einnimmt. Wenn dies nicht der Fall ist erfolgt auf der zweiten Stufe ein Röntgen der linken Hand und der Kieferregion. Anhand der Röntgenaufnahme des Kiefers wird der Zustand der Weisheitszahnmineralisation beurteilt. Ist die Handskelettentwicklung abgeschlossen, so werden auf der dritten Stufe die Schlüsselbeine mittels eines CT untersucht.¹⁰⁸ Wenn sich herausstellt, dass die Wachstumsfugen der Schlüsselbeine geschlossen

100 OLG Koblenz, Beschluss v. 14.03.2017 – 13 UF 44/17, NJW 2017, 2208 (2210); OLG Karlsruhe, Beschluss v. 26.08.2015 – 18 UF 92/15, FamRZ 2015, 2182 (2185); *Gravelmann*, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Kinder- und Jugendhilfe, S. 43.

101 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 29.08.2012 – 6 S 34.12 und 6 M 142.12, juris, Rn. 3.

102 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 14.10.2009 – 6 S 22/09, JAmt 2010, 44 (45).

103 *Schmidt*, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 4.1.

104 *EASO*, Age assessment practice in Europe, S. 24.

105 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 26.08.2015 – 18 UF 92/15, FamRZ 2015, 2182 (2185).

106 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 14.10.2009 – 6 S 33/09, JAmt 2010, 46; *Wiesner*, in: Wiesner, SGB VIII, § 42 Rn. 16a; *Hoffmann*, JAmt 2012, 244 (247).

107 OLG Hamm, Beschluss v. 23.10.2018 – 9 UF 104/18, juris, Rn. 34–36.

108 OLG Hamm, Beschluss v. 23.10.2018 – 9 UF 104/18, juris, Rn. 34–36; *Kirchhoff/Rudolf*, NVwZ 2017, 1167 (1171).

sind, sei die Vollendung des 18. Lebensjahres zweifelsfrei nachgewiesen.¹⁰⁹

Die ärztliche Untersuchung ist gem. Art. 25 Abs. 5 RL 2013/32/EU mit den schonendsten und soweit möglich zuverlässigsten Methoden von qualifizierten medizinischen Fachkräften durchzuführen.¹¹⁰ In der Gesetzesbegründung zu § 42f SGB VIII wird ausgeführt, dass die Festsetzung des Alters unter Achtung der Menschenwürde und der körperlichen Integrität zu erfolgen hat.¹¹¹ Genitaluntersuchungen sind vor diesem Hintergrund ausweislich der Gesetzesbegründung ausdrücklich für nicht zulässig erklärt worden.¹¹²

Im Rahmen der Online-Umfrage zur Situation (unbegleiteter) minderjähriger und junger volljähriger Geflüchteter in Deutschland hat der Bundesfachverband unbegleitete minderjährige Flüchtlinge ermittelt, dass körperliche Untersuchungen und Anamnesen im Jahr 2019 am häufigsten zur Altersfeststellung angewandt wurden. (38,0 %, im Vorjahr: 29,6 %)¹¹³ Als zweithäufigste Methode wurden Röntgenuntersuchungen durchgeführt. (32,9 %, im Vorjahr: 26,3 %). Zahnärztliche Untersuchungen wurden als dritthäufigste Untersuchungsmethode angewandt. (24,2 %, im Vorjahr: 17,6 %) DNA-Tests wurden nach wie vor nur sehr selten angewendet. (0,9 %, im Vorjahr: 0,7 %).

Im Rahmen der Online-Umfrage gaben 5,1 % der Befragten an, dass bei ihnen auch Genitaluntersuchungen zur Altersfeststellung durchgeführt werden. Im Vorjahr hatten dies noch 3,7 % der Befragten angegeben. 16 % dieser Angaben stammten von Befragten aus Rheinland-Pfalz, 11,1 % aus Sachsen und 7,1 % aus Brandenburg.

Es ist nicht nachvollziehbar, wieso diese Untersuchungsmethode nach wie vor angewandt wird, erst recht nicht, wieso die Anzahl derer, die diese Untersuchung anwenden sogar im Jahr 2019 im Vergleich zum Vorjahr noch angestiegen ist. Der Gesetzgeber hatte in der Begrün-

109 OLG Hamm, Beschluss v. 23.10.2018 – 9 UF 104/18, juris, Rn. 34–36.

110 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/6392, S. 21.

111 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/6392, S. 20.

112 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/6392, S. 21.

113 *Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V.*, Die Situation (unbegleiteter) minderjähriger und junger volljähriger Geflüchteter in Deutschland, https://afet-ev.de/aktuell/aus_der_republik/2020/bumfumfrage2019_web_v03.pdf (25.05.2020), S. 22, dort auch die folgenden Zahlen.

derung zu dem Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher im Jahr 2015 Genitaluntersuchungen explizit ausgeschlossen.¹¹⁴

Im Rahmen der Online-Umfrage wurde von Teilnehmern ausgeführt, dass medizinische Alterseinschätzungsverfahren teilweise eine Tortur darstellen, die die Schutzbedürftigkeit Minderjähriger und die traumatischen Erfahrungen der Betroffenen (insbesondere von Opfern sexueller Gewalt) nicht berücksichtigt. Teilweise werden verhörartige Situationen beschrieben, die über 2 Stunden andauern und in denen die Betroffenen 6 Erwachsenen gegenüber saßen.¹¹⁵

Der Deutsche Ärztetag hat in seinem Beschlussprotokoll von 2008 darauf hingewiesen, dass „die körperliche Untersuchung, Inaugenscheinnahme und Nacktfotos bei diesen Kindern und Jugendlichen durch ein Gremium von mehreren Ärzten, Zahnarzt und Fotografen einer Körperverletzung und einer psychischen Schädigung gleichkommt“.¹¹⁶ Auch wies der Deutsche Ärztetag darauf hin, dass Altersfeststellungen nicht zuverlässig möglich seien, da eine Abweichung von +/- 2 Jahren einzukalkulieren sei.¹¹⁷

Auch Nowotny/Eisenberg/Mohnike teilen mit, dass es ein Irrglaube sei, dass Ärzte das Alter eines Menschen exakt definieren könnten. Es sei nur eine grobe Schätzung möglich.¹¹⁸ Bei der körperlichen Untersuchung im Hinblick auf das Auftreten von Pubertätsmerkmalen sei von einer Schwankungsbreite von fünf Jahren auszugehen.¹¹⁹

114 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/6392, S. 21.

115 *Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V.*, Die Situation (unbegleiteter) minderjähriger und junger volljähriger Geflüchteter in Deutschland, https://afet-ev.de/aktuell/aus_der_republik/2020/bumfumfrage2019_web_v03.pdf (25.05.2020), S. 23.

116 *Deutscher Ärztetag*, Beschlussprotokoll des 111. Deutschen Ärztetages vom 20. - 23. Mai 2008 in Ulm, www.bundesaerztekammer.de/arzt2008/media/Beschlussprotokoll.pdf (09.05.2020), S. 99; *Klein*, KJ 2015, 405 (416).

117 *Deutscher Ärztetag*, Beschlussprotokoll des 111. Deutschen Ärztetages vom 20. - 23. Mai 2008 in Ulm, www.bundesaerztekammer.de/arzt2008/media/Beschlussprotokoll.pdf (09.05.2020), S. 99.

118 *Nowotny/Eisenberg/Mohnike*, Deutsches Ärzteblatt 2014, 111(18): A-786 / B-674 / C-642.

119 *Nowotny/Eisenberg/Mohnike*, Deutsches Ärzteblatt 2014, 111(18): A-786 / B-674 / C-642 mwN.

Das OLG Hamm ist der Auffassung dass eine körperliche Untersuchung nicht entwürdigend und unzumutbar ist, wenn der betroffenen Person konkret erklärt wird, welche Untersuchungen für die Begutachtung erforderlich sind.¹²⁰ Auch das OVG Münster legt dar, dass eine wissenschaftliche Altersuntersuchung grundsätzlich verhältnismäßig sei.¹²¹ In dem zu entscheidenden Fall lagen nach Einschätzung des Gerichts keine Anhaltspunkte dafür vor, von einer dringenden Gefahr einer durch die Untersuchung eintretenden Retraumatisierung auszugehen.

aaa) Aufklärung

Gem. § 42f Abs. 2 S. 2 SGB VIII ist die zu untersuchende Person umfassend über die Untersuchungsmethode und über die möglichen Folgen der Altersbestimmung aufzuklären. Die Aufklärung muss – wenn die Untersuchung von Amts wegen erfolgt – gem. § 42f Abs. 2 S. 3 SGB VIII auch die Folgen der Verweigerung der Untersuchung beinhalten. Dies ergibt sich auch aus Art. 25 Abs. 5 S. 4a) RL 2013/32/EU.

bbb) Zustimmung zur Untersuchung

Gem. § 42f Abs. 2 S. 3 2. HS SGB VIII darf die ärztliche Untersuchung zur Altersfeststellung nur durchgeführt werden, wenn die betroffene Person und der Vertreter eingewilligt haben.

Der unbegleitete Flüchtling ist im Rahmen seiner sozialrechtlichen Mitwirkungspflichten gem. § 62 SGB I verpflichtet, ein Einverständnis zu einer ärztlichen Untersuchung zu erteilen¹²², denn § 62 SGB I ist gem. § 42f Abs. 2 S. 4 SGB VIII entsprechend anwendbar. Wenn der Minderjährige also in Obhut genommen werden möchte, dann muss er der Untersuchung auch zustimmen.

Stimmen der Minderjährige und sein Vertreter der ärztlichen Untersuchung nicht zu, so kann der unbegleitete Flüchtling nicht durch Ver-

120 OLG Hamm, Beschluss v. 25.02.2014 – 1 UF 213/13, juris, Rn. 25.

121 OVG Münster, Beschluss v. 29.08.2005 – 12 B 1312/05, NVwZ-RR 2006, 574 (576).

122 Hoffmann, JAmt 2012, 244 (247).

waltungsakt verpflichtet werden, sich ärztlich untersuchen zu lassen.¹²³ Die Folge der fehlenden Zustimmung kann gem. § 42f Abs. 2 S. 4 SGB VIII iVm § 66 Abs. 1 S. 1 SGB I allenfalls die Versagung der Inobhutnahme sein.¹²⁴ Sozialleistungen können gem. § 66 SGB I abgelehnt werden, wenn die Voraussetzungen der beantragten Sozialleistungen nicht nachgewiesen sind, zB weil der Antragsteller seinen Mitwirkungspflichten nach den §§ 60–62, 65 SGB I nicht nachkommt und hierdurch die Aufklärung des Sachverhalts erheblich erschwert wird.¹²⁵ Gem. § 42f Abs. 2 S. 4 SGB VIII sind die §§ 60, 62 und 65–67 SGB I (also die Vorschriften über die Sozialleistung) entsprechend auf die ärztliche Untersuchung anwendbar.

Die Versagung der Inobhutnahme erfolgt aber auch nicht automatisch bei Verweigerung der Untersuchung, sondern nur, wenn das Jugendamt auf Basis der ihm vorliegenden Informationen davon ausgeht, dass der Betroffene volljährig ist.¹²⁶

Unglücklich ist in diesem Zusammenhang, dass unbegleitete minderjährige Flüchtlinge im Rahmen der vorläufigen Inobhutnahme in der Regel (noch) keinen gesetzlichen Vertreter vor Ort haben.¹²⁷ Insofern muss die gem. § 42f Abs. 2 S. 3 2. HS SGB VIII erforderliche Zustimmung zur ärztlichen Untersuchung vom Jugendamt erteilt werden, denn dieses verfügt gem. § 42a Abs. 3 S. 1 SGB VIII über die Notvertretungsbefugnis des betroffenen Minderjährigen. Es willigt also in den Fällen das Jugendamt, das die Untersuchung veranlasst, auch für den betroffenen Minderjährigen in die Untersuchung ein.¹²⁸ Diese Interessenkollision auf Seiten des Jugendamtes führt zu einer nicht ausreich-

123 OVG Hamburg, Beschluss v. 23.12.2010 – 4 Bs 243/10, NordÖR 2011, 454 (456); Hoffmann, JAmt 2012, 244 (247).

124 OVG Hamburg, Beschluss v. 09.02.2011 – 4 Bs 9/11, JAmt 2011, 472 (474); Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (554).

125 Deutscher Bundestag, Drucksache 18/6392, S. 21; BVerwG, Urteil v. 17.05.1995 – 5 C 20/93, NJW 1995, 3200 (3201).

126 Deutscher Bundestag, Drucksache 18/6392, S. 21.

127 Bundesfachverband *Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V.*, Die Situation (unbegleiteter) minderjähriger und junger volljähriger Geflüchteter in Deutschland, https://afet-ev.de/aktuell/aus_der_republik/2020/bumfumfrage2019_web_v03.pdf (25.05.2020), S. 24.

128 Katzenstein/González Méndez de Vigo/Meysen, JAmt 2015, 530 (534).

enden Vertretung des Minderjährigen / Heranwachsenden.¹²⁹ Dies und die diesbezüglichen Folgen werden näher unter Abschnitt E.II.5 „Rechtliche Vertretung, § 42a Abs. 3 SGB VIII“ ausgeführt.

ccc) Röntgen

Ob die Anwendung von Röntgenstrahlung zur Feststellung des Alters zulässig ist, ist umstritten.

(1) Röntgenstrahlung zulässig

Es wird die Auffassung vertreten, dass Röntgenuntersuchungen für die Feststellung des Alters gem. § 62 SGB I iVm § 25 Abs. 1 S. 1 RöV zulässig und ausreichend geeignet für die Altersfeststellung sind.¹³⁰

Das OVG Hamburg legt dar, dass Röntgenuntersuchungen in der Gerichtsmedizin wissenschaftlich anerkannt seien, sie also als geeignet zur Altersfeststellung angesehen werden. Die Tatsache, dass in der wissenschaftlichen Literatur auch andere Meinungen dargestellt werden, die die Aussagekraft von Röntgenuntersuchungen kritisch hinterfragen, führe nicht dazu, dass sie insgesamt als ungeeignet angesehen werden müssten.¹³¹ Gem. § 25 Abs. 1 S. 1 RöV darf Röntgenstrahlung am Menschen nur in Ausübung der Heilkunde oder Zahnheilkunde, in der medizinischen Forschung, in sonstigen durch Gesetz vorgesehenen oder zugelassenen Fällen zur Untersuchung angewendet werden. Bei der Durchführung einer Röntgenuntersuchung zur Altersfeststellung handele es sich nicht um einen durch ein Gesetz vorgesehenen Fall iSv § 25 Abs. 1 S. 1 RöV, sondern um einen durch Gesetz zugelassenen Fall iSv § 25 Abs. 1 S. 1 RöV. Denn die gesetzliche Ermächtigung zur Durchführung von Röntgenuntersuchungen ergebe sich aus § 62

129 Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V., Die Situation (unbegleiteter) minderjähriger und junger volljähriger Geflüchteter in Deutschland, https://afet-ev.de/aktuell/aus_der_republik/2020/bumfumfrage2019_web_v03.pdf (25.05.2020), S. 24.

130 OVG Hamburg, Beschluss v. 09.02.2011 – 4 Bs 9/11, JAmt 2011, 472 (477); Wiesner, in: Wiesner, SGB VIII, § 42 Rn. 16a; Hoffmann, JAmt 2012, 244 (247).

131 OVG Hamburg, Beschluss v. 09.02.2011 – 4 Bs 9/11, JAmt 2011, 472 (476).

SGB I. Der Wortlaut der Vorschrift sei zwar nicht eindeutig, die Entstehungsgeschichte der RöV und gesetzssystematische Erwägungen führten aber im Ergebnis zu dieser Auslegung. Auch verfassungsrechtliche oder europarechtliche Bedenken sprächen nicht gegen diese Auslegung der Vorschrift.¹³²

§ 62 SGB I berechtere aber nicht zum Erlass eines Verwaltungsaktes oder dazu, eine Röntgenuntersuchung auf anderem Weg zu erzwingen. Es werde nur eine Mitwirkungslast bei Beantragung einer Sozialleistung geregelt. Ob der Betroffene die Untersuchung durchführen lässt, könne er mithin selbst entscheiden.

Auch im familiengerichtlichen Verfahren könne eine Untersuchung mittels Röntgenstrahlung nach §§ 26, 27 FamFG nicht verpflichtend angeordnet und durchgesetzt werden.¹³³

Verschiedene Rechtsmediziner haben bereits mitgeteilt, dass durch die zur Altersfeststellung vorgenommene Röntgenuntersuchung keine oberhalb des Üblichen liegende Gesundheitsgefährdung zu befürchten sei.¹³⁴ Müller/Fuhrmann/Püschel¹³⁵ hatten darauf hingewiesen, dass die effektiven Strahlendosen der Röntgenuntersuchungen beim Handröntgen 0,1 Mikrosievert (μSv), bei einer OPG-Aufnahme 26 μSv und beim konventionellen Schlüsselbeinröntgen 220 μSv betragen. Demgegenüber habe laut Jahresbericht des Bundesamtes für Strahlenschutz die Gesamtexposition durch ionisierende Strahlung in Deutschland im Jahr 2001 bei durchschnittlich 4,1 Millisievert (mSv), gelegen. Eine durchschnittliche Tagesdosis betrug also $4.100 \mu\text{Sv} / 365 \text{ Tage} = 11,23 \mu\text{Sv}$. Bei Röntgenuntersuchungen der Hand und des Gebisses werden die Betroffenen demnach einer vergleichsweise geringen Strahlendosis ausgesetzt, so dass diese Maßnahmen nach Auffassung von Müller/Fuhrmann/Püschel für einen routinemäßigen Einsatz geeignet seien. Bei der Röntgenuntersuchung der Schlüsselbeine werde immerhin mehr als das 8-fache einer OPG-Aufnahme und einem Achtzehntel

132 Hierzu und zur folgenden Aussage OVG Hamburg, Beschluss v. 09.02.2011 – 4 Bs 9/11, JAmt 2011, 472 (477).

133 LG Berlin, Beschluss v. 16.06.2009 – 83 T 480/08, JAmt 2009, 457 (458); AG Berlin-Schöneberg, Beschluss v. 23.05.2014 – 85 F 106/14, FamRZ 2015, 1071 (1072); Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (557).

134 Schmeling/Püschel, Rechtsmedizin 2015, 5 m.w.N.

135 Müller/Fuhrmann/Püschel, Rechtsmedizin 2010, 33 (37).

der durchschnittlichen jährlichen Gesamtexposition an ionisierender Strahlung erreicht. Diese Methode solle daher zurückhaltend angewendet werden. Diese Untersuchung sei aber auch nur in Ausnahmefällen notwendig.

Zu den Beschlüssen des Bundesärztetages merken Müller/Fuhrmann/Püschel an, dass bei Beschlussfassung nicht beachtet worden sei, dass die Verfahren zur Altersschätzung von der Arbeitsgemeinschaft für Forensische Altersdiagnostik seit vielen Jahren evaluiert und validiert würden.¹³⁶

Müller/Fuhrmann/Püschel halten die Durchführung von Altersschätzungen auch ethisch vertretbar, weil sie – wenn sie lege artis durchgeführt werden – zur Rechtssicherheit und juristischen Gleichbehandlung von Personen mit und ohne gültige Ausweispapiere beitragen. Außerdem könnten sie nicht nur helfen, vor ungerechtfertigten Inanspruchnahmen von Vorteilen zu schützen, sondern auch die untersuchte Person von dem Verdacht, ihr Alter falsch angegeben zu haben, entlasten.¹³⁷

Auch der Umstand, dass für die Altersschätzungen Standards für Mittel-, Nordeuropäer und weißen Nordamerikanern herangezogen werden, führe nicht zu falschen Ergebnissen, denn Literaturstudien zeigten, dass „definierte Stadien der Dentition, Ossifikation und der Entwicklung sexueller Reifezeichen in den relevanten ethnischen Hauptgruppen derselben gesetzmäßigen Reihenfolge unterliegen“. Daher können die Referenzstudien zum Vergleich herangezogen werden. Sodann habe noch der sozioökonomische Status Einfluss auf die Skelettreifung. Ein geringerer sozioökonomischer Status führe jedoch zu einer Entwicklungsverzögerung, so dass dies lediglich zu einer Unterschätzung des Alters führen könne, was für die Betroffenen nicht nachteilig sei.

Außerdem führe die Kombination mehrerer Untersuchungsmethoden dazu, dass das konkrete Alter besser eingegrenzt werden könne. Insgesamt sei eine Altersschätzung, die unter anderem auch Röntgenuntersuchungen beinhalten, im Gegensatz zur reinen äußeren Inaugen-

136 Müller/Fuhrmann/Püschel, Rechtsmedizin 2010, 33.

137 Hierzu und zu den folgenden Aussagen Müller/Fuhrmann/Püschel, Rechtsmedizin 2010, 33 (37).

scheinnahme, standardisiert und objektivierbar. Eine im Einvernehmen durchgeführte Untersuchung der fast ausschließlich männlichen und muslimischen Personen komme auch keine traumatisierende Wirkung zu. Es sollte dabei gewährleistet werden, dass die Untersuchung durch einen gleichgeschlechtlichen Arzt durchgeführt wird.¹³⁸

(2) Röntgenstrahlung unzulässig

Andere vertreten die Auffassung, dass die Anwendung von Röntgenstrahlung zur Altersfeststellung unzulässig ist.¹³⁹ Da im Rahmen einer Röntgenuntersuchung in die körperliche Unversehrtheit eingegriffen werde¹⁴⁰, bedürfe eine solche einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage, die nicht existiere.¹⁴¹

§ 49 Abs. 6 AufenthG enthalte eine Ermächtigung für „medizinische Eingriffe“ zur Altersschätzung. Maßnahmen in diesem Sinne seien aber nur erlaubt, wenn diese zu keinen gesundheitlichen Nachteilen führen. Röntgenstrahlung wirke jedoch ionisierend und könne daher lebende Zellen schädigen. Aus dem Grund sei in § 23 S. 1 RÖV auch ausdrücklich geregelt, dass eine Röntgenuntersuchung nur nach entsprechender ärztlicher Indikation erfolgen darf.¹⁴² Die Feststellung des Alters von unbegleiteten Flüchtlingen stelle jedoch keine medizinische Indikation dar.¹⁴³

Auch § 62 SGB I stelle keine Rechtsgrundlage für eine Röntgenuntersuchung dar, da eine Röntgenuntersuchung in § 62 SGB I nicht explizit erwähnt werde.¹⁴⁴ Außerdem sei auch – selbst wenn angenommen würde, dass § 62 SGB I eine Ermächtigung zur Röntgenuntersuchung enthalte – hierfür eine medizinische Indikation erforderlich, die im

138 Müller/Fuhrmann/Püschel, Rechtsmedizin 2010, 33 (38).

139 OLG Hamm, Beschluss v. 25.02.2014 – 1 UF 213/13, juris, Rn. 22; Klein, KJ 2015, 405 (419).

140 Klein, KJ 2015, 405 (414).

141 AG Freising, Beschluss v. 10.07.2000 – 50 F 358/00, FamRZ 2001, 1317 (1318).

142 Klein, KJ 2015, 405 (408).

143 Klein, KJ 2015, 405 (409).

144 Klein, KJ 2015, 405 (410).

Fall der Altersschätzung nicht vorliege.¹⁴⁵ Eine Einwilligung des Betroffenen könne die fehlende Rechtsgrundlage auch nicht ersetzen.¹⁴⁶

Klein legt dar, dass solange nicht wissenschaftlich bewiesen sei, dass Röntgenuntersuchungen zu keinem gesundheitlichen Schaden führen, „allein aus der historischen Verantwortung heraus das Individuum Vorrang vor der Gesellschaft haben sollte“, insbesondere weil es sich bei den unbegleiteten Flüchtlingen um eine besonders schützenswerte Gruppe handele.¹⁴⁷

Der 117. Deutsche Ärztetag beschloss 2014, dass Alterseinschätzungen durch Knochenröntgen oder Computertomographie medizinisch nicht vertretbar seien und daher nicht mehr angewendet werden dürften. Es wird ausgeführt, dass die Altersfeststellung keine medizinische Indikation für solche Untersuchungen sei. Außerdem sei diese Form der Untersuchung so ungenau, dass damit die Volljährigkeit nach rechtsstaatlichen Prinzipien nicht bewiesen werden könne. Es sei nur eine „Einschätzung mit hoher Standardabweichung“ möglich.¹⁴⁸

Den Ausführungen von Nowotny/Eisenberg/Mohnike zufolge ist bei einer Altersbestimmung durch Röntgen der Mittelhandknochen bei 16–20-Jährigen in 95,5 Prozent der Fälle von einer Abweichung von 28 Monaten auszugehen. Daher sei auch bei vollständigem Schluss der Wachstumsfugen ein Alter von unter 18 Jahren möglich, weswegen das Handröntgen ungeeignet zur Altersfeststellung sei. Auch weisen sie darauf hin, dass nach CT-Untersuchungen, aber auch nach zahnärztlichen Panoramaaufnahmen im Kindes- oder Jugendalter erhöhte Krebsraten festgestellt wurden. Die Strahlenbelastung beim Handröntgen sei noch relativ gering. Aber jede zusätzliche Exposition erhöhe das Risiko einer Krebserkrankung, so dass nur notwendige Untersuchungen durchgeführt werden sollten und diese so dosissparend wie möglich erfolgen sollten.¹⁴⁹

145 Klein, KJ 2015, 405 (411).

146 Trenczek, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, § 42f Rn. 11.

147 Klein, KJ 2015, 405 (416).

148 Zu allem *Deutscher Ärztetag*, 117. Deutscher Ärztetag Beschlussprotokoll Düsseldorf, 27. - 30. Mai 2014, www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/117DAETBeschlussprotokoll20140613.pdf (09.05.2020), S. 275.

149 Hierzu und zum Vorstehenden *Nowotny/Eisenberg/Mohnike*, Deutsches Ärzteblatt 2014, 111(18): A-786 / B-674 / C-642 mwN.

Auch ein CT der Sternoclaviculargelenke sei zur Altersschätzung ungeeignet, weil es für einige Altersgruppen keine zuverlässigen Mittelwerte gäbe. Es komme hier zu Abweichungen von bis zu drei Jahren.

Da mit den verfügbaren Methoden eine Altersschätzung nicht möglich sei, seien diese nicht anzuwenden und im Zweifelsfall gem. Art. 25 Abs. 5 S. 2 RL 2013/32/EU von der Minderjährigkeit auszugehen.¹⁵⁰

Das AG Berlin-Schöneberg hat in einem Fall, in dem das Alter der Betroffenen zweifelhaft war, von der Einholung eines Sachverständigen-gutachtens zur Altersfeststellung abgesehen. Das Gericht hat dargelegt, dass es nicht ermächtigt sei, eine Röntgenuntersuchung anzuordnen und dass alle kontaktierten Sachverständigen mitgeteilt haben, dass es nicht möglich sei, das Alter ohne Röntgenuntersuchung zuverlässig festzustellen.¹⁵¹

Das OLG Hamm war der Auffassung, dass es zwar an einer Ermäch-tigungsgrundlage für die Röntgenuntersuchungen fehle¹⁵², dass das Er-gebnis aber dennoch verwertbar sei, wenn die Untersuchung mit Ein-willigung des Betroffenen durchgeführt wurde.¹⁵³

Das LG Berlin teilte mit, dass wenn ein Gutachten erstellt wird, für welches eine Röntgenaufnahme angefertigt wurde, dies zwar gegen § 25 Abs. 1 S. 1 RöV verstoße, es aber zu keinem Verwertungsverbot der Ergebnisse führe, solange das Gutachten nicht vom Gericht ange-ordnet worden sei. In dem Fall war ein Gutachten im Vorfeld des Ge-richtsverfahrens eingeholt worden.¹⁵⁴

(3) Eigene Ansicht

Die erforderliche Ermächtigungsgrundlage für die Anwendung von Röntgenstrahlung zur Altersfeststellung fehlt.

150 *Dürbeck*, FamRZ 2018, 553 (554); *Klein*, KJ 2015, 405 (418); *Katzenstein/González Méndez de Vigo/Meysen*, JAmt 2015, 530 (534).

151 AG Berlin-Schöneberg, Beschluss v. 23.05.2014 – 85 F 106/14, FamRZ 2015, 1071 (1072).

152 OLG Hamm, Beschluss v. 30.01.2015 – II-6 UF 155/13, FamRZ 2015, 1635.

153 OLG Hamm, Beschluss v. 30.01.2015 – II-6 UF 155/13, FamRZ 2015, 1635 (1636).

154 LG Berlin, Beschluss v. 16.06.2009 – 83 T 480/08, JAmt 2009, 457 (458).

Gem. Art. 25 Abs. 5 S. 1 RL 2013/32/EU sind die Mitgliedstaaten zur Durchführung von ärztlichen Untersuchungen zur Feststellung des Alters berechtigt, wenn Zweifel bezüglich der Angaben des Betroffenen bestehen. Die Richtlinie enthält jedoch keine konkrete Vorgabe, ob von den „ärztlichen Untersuchungen“ auch Röntgenuntersuchungen umfasst sein sollen.

Die Feststellung des Alters stellt unstreitig keine medizinische Indikation dar, denn eine solche liegt gem. § 23 Abs. 1 S. 2 RöV nur vor, wenn der gesundheitliche Nutzen der Röntgenuntersuchung dem Strahlenrisiko überwiegt. Mithin muss die Untersuchung einem gesundheitlichen Nutzen dienen, was im Fall der Altersfeststellung nicht gegeben ist. Eine medizinische Indikation ist aber gem. § 23 Abs. 1 S. 1 RöV nur in den Fällen erforderlich, in denen die Röntgenuntersuchung in Ausübung der Heilkunde oder Zahnheilkunde erfolgt. Dies ist bei der Altersfeststellung nicht der Fall. Für diese müsste mithin ein „sonstiger durch Gesetz vorgesehener oder zugelassener Fall“ iSv § 25 Abs. 1 Satz 1 RÖV vorliegen.

Eine gesetzliche Grundlage für körperliche Eingriffe zur Feststellung des Alters durch das Jugendamt oder das Familiengericht bzw. auf deren Veranlassung existiert nicht.

Gem. § 49 Abs. 6 AufenthG sind körperliche Eingriffe zur Altersfeststellung zulässig, wenn die Gesundheit dadurch nicht gefährdet wird. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen davon auch Röntgenuntersuchungen umfasst sein.¹⁵⁵ Auch Weichert/Stoppa sehen dies als ausdrückliche gesetzliche Grundlage für Röntgenuntersuchungen zur Altersfeststellung an.¹⁵⁶ Diese Regelung gilt aber nur für Altersfeststellungen durch die Ausländerbehörde. Im SGB ist keine entsprechende Regelung für die Jugendämter enthalten.

Inbesondere enthält § 62 SGB I keine Ermächtigung für Untersuchungen mittels Röntgenstrahlung. Denn gem. § 62 SGB I hat sich derjenige, der Sozialleistungen beantragt, auf Verlangen des zuständigen Leistungsträgers „ärztlichen und psychologischen Untersuchungsmaßnahmen“ zu unterziehen, soweit diese für die Entscheidung über die Leis-

155 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 16/5065, S. 179.

156 *Weichert/Stoppa*, in: Huber, Aufenthaltsgesetz, § 49 Rn. 25.

tung erforderlich sind. Diese Regelung ermächtigt mithin nur zur Durchführung von ärztlichen Untersuchungen. Es wird jedoch – wie Klein¹⁵⁷ zutreffend ausführt – nicht explizit erwähnt, dass diese Regelung auch Röntgenuntersuchungen umfassen sollte.

Dass dem gerade nicht so ist, folgt auch aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber medizinische Eingriffe im Rahmen des Aufenthaltsgesetzes explizit neu geregelt hat. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollten damit Röntgenuntersuchungen legitimiert werden. Hätte der Gesetzgeber dies auch für die Altersfeststellung durch das Jugendamt gewollt, hätte er auch im SGB eine entsprechende Regelung aufgenommen. Auch die bewusst divergierende Wortwahl „medizinischer Eingriff“ in § 49 Abs. 6 AufenthG zu „ärztliche Untersuchung“ in § 62 SGB I zeigt, dass der Gesetzgeber im Aufenthaltsgesetz eine weitreichendere Untersuchungsmöglichkeit regeln wollte.

Auch der Umstand, dass der Gesetzgeber trotz der Hinweise des Bundesrates keine Bindungswirkung einer Altersfeststellung einer Behörde für andere geregelt hat, zeigt, dass der Gesetzgeber eine Bindungswirkung nicht wollte. Eine Bindungswirkung wurde explizit abgelehnt, weil „eine solche vorgreifliche Prüfung zu Verfahrensverzögerungen bei den Ausländerbehörden führen und in diesem Sinne genutzt werden könnte“.¹⁵⁸ Es gibt also bewusst unterschiedliche Regelungen für die verschiedenen Behörden, die gegebenenfalls das Alter des Betroffenen festzustellen haben. Daher kann § 49 AufenthG nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Entscheidung der Mitarbeiter des Jugendamtes herangezogen werden.

Es fehlt also eine Rechtsgrundlage für die Anwendung von Röntgenstrahlung zur Altersfeststellung. Insofern kann eine Röntgenuntersuchung zur Altersfeststellung nicht durchgeführt werden. Auch vor dem Hintergrund, dass die Aussagekraft der Untersuchungen unter Medizinern umstritten ist, sollte auf diese verzichtet werden. Außerdem ergibt sich auch aus Art. 25 Abs. 5 S. 3 RL 2013/32/EU, dass die ärztliche Untersuchung mit den schonendsten Methoden, die so weit wie möglich ein zuverlässiges Ergebnis gewährleisten, durchzuführen sind.

157 Klein, KJ 2015, 405 (410).

158 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/6392, S. 20.

Eine Untersuchung mittels Röntgenstrahlung stellt jedoch nicht die schonendste Methode dar.

Es sollte daher ein umfassendes Clearing erfolgen, in dessen Rahmen durch Gespräche und Inaugenscheinnahme so viele Informationen wie möglich gesammelt werden, auf deren Basis sodann von den Fachkräften des Jugendamtes eine Entscheidung getroffen wird. Bestehen Zweifel, können ärztliche Untersuchungen durchgeführt werden, die jedoch nicht die Anwendung von Röntgenstrahlung umfassen. Denkbar sind diesbezüglich zukünftig gegebenenfalls auch strahlenfreie bildgebende Verfahren, zum Beispiel sonographische Untersuchungen und Untersuchungen durch Magnetresonanztomographie, sobald diese Methoden wissenschaftlich anerkannt sind.¹⁵⁹

Auch wenn der Betroffene die Durchführung einer Röntgenuntersuchung selbst beantragt, ist die Durchführung nicht zulässig. Gem. § 42f Abs. 2 S. 1 SGB VIII kann auch der Betroffene oder sein Vertreter die Veranlassung einer ärztlichen Untersuchung zur Altersbestimmung beantragen. Nun könnte argumentiert werden, dass in den Fällen, in denen die Untersuchung auf Initiative des Betroffenen erfolgt, eine explizite Einwilligung vorliege und grundsätzlich Einwilligungen in Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit möglich sind. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass alle ärztlichen Untersuchungen ohnehin nur mit Einwilligung der Betroffenen durchgeführt werden dürfen. So ist es auch in Art. 25 Abs. 5 S. 4b) RL 2013/32/EU explizit für die Durchführung einer ärztlichen Untersuchung zur Altersbestimmung geregelt. Dennoch ist – wie dargelegt – im Fall der Anwendung von Röntgenstrahlung darüber hinaus eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich. Das gilt also auch in dem Fall der Beantragung durch den Betroffenen selbst.

Insofern kann das Jugendamt die Durchführung einer solchen Untersuchung nicht veranlassen und sie kann auch nicht auf Antrag des Betroffenen durchgeführt werden. Auch das Familiengericht, das zum Beispiel im Rahmen des Vormundschaftsverfahrens die Feststellung des Alters benötigt, kann keine Röntgenuntersuchung zur Altersfeststellung anordnen. Wird dennoch außergerichtlich eine Röntgenunter-

159 Schmelting/Püschel, Rechtsmedizin 2015, 5 (6).

suchung durchgeführt, kann das Ergebnis der Untersuchung als Beweis im gerichtlichen Verfahren genutzt werden. Ein Beweisverwertungsverbot besteht diesbezüglich nach herrschender Meinung nicht.¹⁶⁰ Nähere Ausführungen zur Vormundschaftsbestellung erfolgen unter F.VI.

dd) Ergebnis der Untersuchung

Stellt sich am Ende des Alterseinschätzungsverfahrens heraus, dass die betroffene Person volljährig ist, so ist eine etwaig zuvor erfolgte Inobhutnahme rechtswidrig und der diesbezüglich ergangene Verwaltungsakt insofern gem. § 45 Abs. 1 SGB X zurückzunehmen. Hat der Betroffene arglistig getäuscht oder vorsätzlich oder grob fahrlässig falsche oder unvollständige Angaben gemacht, so kommt auch eine Rücknahme des Verwaltungsaktes mit Wirkung für die Vergangenheit gem. § 45 Abs. 4 S. 1 SGB X in Betracht.¹⁶¹

Wenn das Jugendamt bei der Ermittlung des Alters keine Amtspflichten verletzt hat und die Volljährigkeit feststellt, entsteht gem. §§ 89b, 89f SGB VIII ein Erstattungsanspruch des Jugendamts, das die Inobhutnahme durchgeführt hat, gegenüber dem Jugendamt des gewöhnlichen Aufenthalts der betroffenen Person (sofern sich diese denn unterscheiden).¹⁶² Auch kommt ein Erstattungsanspruch gegenüber der betroffenen Person gem. § 50 SGB X in Betracht. Dieser besteht dann aber nicht in der Höhe des zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe und dem leistungserbringenden Träger der freien Jugendhilfe ausgehandelten Tagessatz, sondern nur in Höhe der tatsächlich erlangten „Vermögensmehrung“.¹⁶³

160 OLG Hamm, Beschluss v. 30.01.2015 – II-6 UF 155/13, FamRZ 2015, 1635 (1636); LG Berlin, Beschluss v. 16.06.2009 – 83 T 480/08, JAmt 2009, 457 (458); *Prütting*, in: MüKo, ZPO, § 284 Rn. 66 mwN.

161 OVG Sachsen, Urteil v. 12.01.2012 – 1 A 466/09, juris, 28.

162 OVG Sachsen, Urteil v. 12.01.2012 – 1 A 466/09, juris, 30.

163 OVG Sachsen, Urteil v. 12.01.2012 – 1 A 466/09, juris, 30; *Hoffmann*, JAmt 2012, 244 (247).

b) Vorläufige Inobhutnahme bei ungeklärtem Alter zwingend?

Es ist umstritten, ob der unbegleitete Flüchtling vorläufig in Obhut zu nehmen ist, wenn das Alter nicht geklärt ist, also nicht feststeht, ob er minderjährig ist oder nicht.

aa) Keine vorläufige Inobhutnahme bei ungeklärtem Alter

Das VG Göttingen und Kepert sind der Auffassung, dass der Betroffene nicht zwingend vorläufig in Obhut zu nehmen ist, wenn sich das Alter nicht unverzüglich feststellen lässt. Es sei vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob eine Inobhutnahme geboten ist. Eine Verpflichtung zur Inobhutnahme bei ungeklärtem Alter ergebe sich nicht aus der UNHCR-Richtlinie, weil diese keine unmittelbare rechtliche Wirkung im innerdeutschen Raum entfalte. Es ergäbe sich auch nicht aus Art. 25 Abs. 5 S. 2 RL 2013/32/EU, denn diese Regelung gelte nur für Anträge auf internationalen Schutz bzw. dessen Aberkennung.¹⁶⁴ Das VG Göttingen hatte Art. 25 Abs. 5 S. 2 RL 2013/32/EU nicht angewandt, weil zu der Zeit der Entscheidung des VG Göttingen die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen war und eine Umsetzung der Regelung im deutschen Recht noch nicht erfolgt war. Die Richtlinie hätte nach Art. 51 Abs. 1 RL 2013/32/EU bis spätestens Juli 2015 umgesetzt werden müssen. Der Beschluss des VG Göttingen stammt vom 17.07.2014.

bb) Vorläufige Inobhutnahme bei ungeklärtem Alter

Wiesner, Schmidt und Trenzcek vertreten hingegen die Auffassung, dass der Betroffene in Obhut zu nehmen ist, wenn sich das Alter nicht unverzüglich feststellen lässt, Minderjährigkeit aber nicht ausgeschlossen ist.¹⁶⁵ Denn sowohl aus Abschnitt 5.11c der UNHCR-Richtlinie über allgemeine Grundsätze und Verfahren zur Behandlung asylsuchender unbegleiteter Minderjähriger vom Februar 1997 als auch aus

164 VG Göttingen, Beschluss v. 17.07.2014 – 2 B 195/14, BeckRS 2014, 57031; *Kepert*, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 42 Rn. 39.

165 VGH Bayern, Beschluss v. 13.12.2016 – 12 CE 16.2333, juris, Rn. 24; *Wiesner*, in: Wiesner, SGB VIII, § 42 Rn. 16a; *Schmidt*, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 5; *Trenzcek*, in: Münder/Meysen/Trenzcek, SGB VIII, § 42 Rn. 13.

Art. 25 Abs. 5 S. 2 RL 2013/32/EU ergebe sich, dass im Zweifel von der Minderjährigkeit des Betroffenen auszugehen sei.¹⁶⁶ (Diesbezüglich ist anzumerken, dass die Kommentierung von Wiesner aus 2015 stammt und noch nicht die Neuregelung des § 42a SGB VIII beinhaltet.)

cc) Eigene Ansicht

Zunächst ergibt sich aus dem Wortlaut von § 42a SGB VIII, dass das Jugendamt berechtigt und verpflichtet ist, einen ausländischen Minderjährigen vorläufig in Obhut zu nehmen, „sobald“ dessen unbegleitete Einreise nach Deutschland festgestellt wird. Die Wortwahl „sobald“ impliziert, dass eine Inobhutnahme erst dann zulässig ist, wenn das Alter feststeht, wenn also geklärt ist, dass es sich um eine minderjährige Person handelt.

Die konkreten Vorgaben zur Altersfeststellung wurden jedoch in § 42f SGB VIII geregelt. Der Gesetzgeber hat diesbezüglich formuliert, dass das Jugendamt „im Rahmen der vorläufigen Inobhutnahme“ die Minderjährigkeit festzustellen oder einzuschätzen und gegebenenfalls eine ärztliche Untersuchung zu veranlassen habe. Dies zeigt eindeutig, dass der Gesetzgeber auch die Inobhutnahme im Vorfeld, also wenn das Alter noch nicht sicher festgestellt ist, regeln wollte.

Mit der Einführung von § 42a SGB VIII hat der Gesetzgeber auch gezeigt, dass ihm die unverzügliche Hilfestellung für die unbegleiteten Minderjährigen wichtig ist. Denn in § 42a SGB VIII wurde nicht nur das Verteilungssystem neu eingeführt, sondern es wurde auch klargestellt, dass bereits das Aufnahmejugendamt gem. § 42a Abs. 3 SGB VIII berechtigt und verpflichtet ist, den Minderjährigen zu vertreten. Auch soll es gem. § 42a Abs. 1 S. 3 SGB VIII iVm § 42 Abs. 2 S. 3 SGB VIII für das Wohl des Minderjährigen sorgen und den notwendigen Unterhalt und die Krankenhilfe sicherstellen. Damit wird Art. 24 Abs. 3 RL 2013/33/EU entsprochen, der von den Mitgliedstaaten verlangt, dass sie für das Wohl der Minderjährigen Sorge tragen. Mithin soll der Minderjährige bereits in diesem Stadium geschützt werden und nicht erst durch das Zuweisungsjugendamt nach der Verteilung. Dies ist

166 VGH Bayern, Urteil v. 23.09.2014 – 12 CE 14.1833 und 12 C 14.1865, JAmt 2014, 528 (531); *Dürbeck*, FamRZ 2018, 553 (554).

auch insofern sinnvoll, als dass die Phase der Altersfeststellung auch einige Wochen in Anspruch nehmen kann und der Minderjährige in der Zeit nicht schutzlos gelassen werden sollte. Die Altersfeststellung kann einige Zeit in Anspruch nehmen, weil gegebenenfalls Zeugen befragt werden müssen, behördliche Stellungnahmen aus dem Heimatland einzuholen sind oder ärztliche Untersuchungen veranlasst werden müssen. Würde der Minderjährige in dieser Zeit nicht in Obhut genommen, so müsste er in einem Aufnahmezentrum für Erwachsene untergebracht werden. Eine dortige Unterbringung mit fremden Erwachsenen und Familien entspricht aber nicht dem Schutzeerfordernis des unbegleiteten Minderjährigen.

Die gesetzliche Regelung sieht also vor, dass das Jugendamt zunächst die Ausweispapiere einsieht. Existieren solche nicht und ist eine Altersfeststellung nicht unverzüglich möglich, kommt aber eine Minderjährigkeit in Betracht, ist der Betroffene für die Dauer der Altersfeststellung in Obhut zu nehmen.

c) Bindungswirkung der Altersfeststellung

Altersfeststellungen werden derzeit sowohl vom Jugendamt gem. § 42f SGB VIII als auch von der Ausländerbehörde gem. § 49 Abs. 3 AufenthG und dem Familiengericht (im Rahmen der Anordnung einer Vormundschaft) gem. § 26 FamFG vorgenommen. Sie alle können das Alter in eigener Zuständigkeit ohne Bindungswirkung für die andere Behörde oder das Gericht feststellen.¹⁶⁷ Ein Jugendamt ist auch nicht an die Altersfeststellung eines anderen Jugendamtes gebunden.¹⁶⁸ Dies kann dazu führen, dass ein Betroffener mit verschiedenen Geburtsdaten geführt wird, also beispielsweise das Familiengericht den Betroffenen für minderjährig hält und einen Vormund bestellt, das Jugendamt hingegen von der Volljährigkeit ausgeht und daher keine Leistungen der Jugendhilfe erbringen möchte.

Wie bereits dargelegt hatte der Gesetzgeber sich auch auf den Hinweis des Bundesrates hin, dass eine Bindungswirkung eingeführt werden

167 OVG Bremen, Beschluss v. 02.03.2017 – 1 B 331/16, juris, Rn. 11; *Achterfeld*, JAmt 2019, 294 (298).

168 Hierzu und zur folgenden Aussage *Achterfeld*, JAmt 2019, 294 (298).

sollte, dagegen entschieden.¹⁶⁹ Allerdings führt dieser Zustand zu einer großen Unsicherheit zwischen den betroffenen unbegleiteten Flüchtlingen. Es würde der Rechtssicherheit und auch der Beschleunigung der Verfahren sowie der Einsparung von Ressourcen dienen, wenn eine Stelle für die Altersfeststellung zuständig wäre und diese Feststellung für die anderen Behörden verbindlich wäre. Insofern sollte eine diesbezügliche gesetzliche Neuregelung noch einmal überdacht werden. Da die Jugendämter über entsprechend geschultes Personal zur Befragung von Minderjährigen verfügen, sollte die Alterseinschätzung durch die Jugendämter durchgeführt werden und sodann verbindlich für die weiteren Behörden und Gerichte gelten.¹⁷⁰ Dem Minderjährigen muss sodann die Möglichkeit eingeräumt werden, die Entscheidung des Jugendamtes gerichtlich überprüfen zu lassen.

5. Rechtliche Vertretung, § 42a Abs. 3 SGB VIII

Gem. § 42a Abs. 3 S. 1 SGB VIII ist das Jugendamt während der vorläufigen Inobhutnahme berechtigt und verpflichtet, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes oder des Jugendlichen notwendig sind. Dabei ist der mutmaßliche Wille der Personensorge- oder der Erziehungsberechtigten angemessen zu berücksichtigen.

Die Notvertretungsbefugnis umfasst nur solche Handlungen, die keinen Aufschub dulden. Dem Betroffenen müssen also erhebliche, insbesondere gesundheitliche, soziale oder wirtschaftliche Nachteile drohen, deren Abwendung ein sofortiges Eingreifen unabdingbar macht.¹⁷¹ Die Einwilligung in ärztliche Behandlungen ist grundsätzlich auch vom Notvertretungsrecht umfasst. Das Jugendamt hat jedoch – ebenso wie die Personensorgeberechtigten – gem. § 630d BGB nicht in jede medizinische Behandlung einzuwilligen, sondern nur in die Behandlungen von einwilligungsunfähigen Minderjährigen. (Gemeint sind an dieser Stelle Einwilligungen in medizinische Behandlungen, nicht die Einwilligung in ärztliche Untersuchungen zur Altersfeststellung. Die diesbe-

169 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/6392, S. 20.

170 so auch *Achterfeld*, *JAm* 2019, 294 (298).

171 Hierzu und zu den folgenden Aussagen *Bouhatta*, *JAm* 2017, 16 (17).

zügliche Zustimmungsbefähigung ist in § 42f Abs. 2 S. 3 2. HS SGB VIII geregelt und wurde bereits unter E.II.4.a)cc)bbb) dargestellt.) Die Einwilligungsfähigkeit (natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit) wird vom behandelnden Arzt beurteilt. Bei schweren medizinischen Maßnahmen mit erheblichen Risiken ist jedoch eine Einwilligung der Personensorgeberechtigten, und in diesem Fall dann auch des Jugendamts, einzuholen, selbst wenn das minderjährige Kind einsichtsfähig ist.

Die rechtliche Vertretung wird häufig durch den Fachdienst umA oder den allgemeinen Sozialen Dienst durchgeführt (68,3 %, im Vorjahr: 54,5 %).¹⁷² Das sind dieselben Abteilungen, die auch die Entscheidungen bezüglich der Verteilung oder beispielsweise der Alterseinschätzung sowie Gesundheitsmaßnahmen treffen.¹⁷³ Diese rechtliche Vertretung sollte aber auch die Entscheidungen des Jugendamtes für den Minderjährigen überprüfen und im Namen des Minderjährigen gegebenenfalls dagegen vorgehen. Dies führt zu Interessenkollisionen der Mitarbeiter des Jugendamtes, denn sie müssen gegebenenfalls gegen die Entscheidung eines Kollegen vorgehen.¹⁷⁴ Diese Zuständigkeitsregelung wird unter anderem vom Bundesfachverband unbegleitete minderjährige Flüchtlinge (BumF) kritisiert. Der BumF empfiehlt, die Aufgabe dem Fachdienst Amtsvormundschaften zu übertragen.

Insofern wird vorgeschlagen auch schon während der vorläufigen Inobhutnahme eine kurzfristige Vormundschaftsbestellung vorzuneh-

172 *Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V.*, Die Situation (unbegleiteter) minderjähriger und junger volljähriger Geflüchteter in Deutschland, https://afet-ev.de/aktuell/aus_der_republik/2020/bumfumfrage2019_web_v03.pdf (25.05.2020), S. 30.

173 *Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V.*, Die Situation (unbegleiteter) minderjähriger und junger volljähriger Geflüchteter in Deutschland, https://afet-ev.de/aktuell/aus_der_republik/2020/bumfumfrage2019_web_v03.pdf (25.05.2020), S. 30; Hierzu und zu dem folgenden Gedanken *Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe*, Notvertretung für unbegleitete minderjährige Geflüchtete - nur zur Not vertreten?, www.agj.de/fileadmin/files/positionen/2019/Notvertretung_unbegleitete_minderjaehrige_Gefluechtete.pdf (09.06.2020), S. 1.

174 Hierzu und zu den folgenden Gedanken *Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V.*, Die Situation (unbegleiteter) minderjähriger und junger volljähriger Geflüchteter in Deutschland, https://afet-ev.de/aktuell/aus_der_republik/2020/bumfumfrage2019_web_v03.pdf (25.05.2020), S. 30.

men.¹⁷⁵ Durch eine frühzeitige Vormundschaftsbestellung könne im Einzelfall auch rechtzeitig für eine Familienzusammenführung oder den Zugang zum Arbeitsmarkt gesorgt werden.¹⁷⁶ Andernfalls solle eine Gesetzesänderung zumindest dahingehend erfolgen, dass eine explizite Pflicht zur personellen Trennung von Fallzuständigkeit und Interessenvertretung eingeführt wird.¹⁷⁷ Denn die jetzige Lösung würde gegen das Recht des Minderjährigen auf wirksamen Rechtsschutz und eine umfangreiche Beteiligung verstoßen.¹⁷⁸

Gefordert wird vermehrt auch eine unabhängige Beschwerdestelle.¹⁷⁹

Eine Beeinträchtigung der Beteiligungsrechte des Minderjährigen liegt durch diese Regelung nicht zwingend vor, denn auch die Mitarbeiter des Jugendamtes können den Minderjährigen anhören und seine Meinung altersentsprechend berücksichtigen, wie es in Art. 12 KRK und § 8 Abs. 1 SGB VIII vorgesehen ist. Dennoch ist die derzeitige Situation weder für die Mitarbeiter des Jugendamtes noch für die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge zumutbar.

Die Einführung einer Trennung von Fallzuständigkeit und Interessenvertretung geht nach hiesiger Auffassung nicht weit genug. Für die Minderjährigen würde diese Trennung nicht deutlich genug sichtbar. Es ist davon auszugehen, dass sie dadurch das Gefühl bekämen, sich ohnehin nicht wehren zu können, denn es kommen beide Seiten aus

175 *Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe*, Notvertretung für unbegleitete minderjährige Geflüchtete - nur zur Not vertreten?, www.agj.de/fileadmin/files/positionen/2019/Notvertretung_unbegleitete_minderjaehrige_Gefluechtete.pdf (09.06.2020), S. 2; *Erb-Klünemann/Kößler*, FamRB 2016, 160 (161).

176 *Erb-Klünemann/Kößler*, FamRB 2016, 160 (161).

177 *Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe*, Notvertretung für unbegleitete minderjährige Geflüchtete - nur zur Not vertreten?, www.agj.de/fileadmin/files/positionen/2019/Notvertretung_unbegleitete_minderjaehrige_Gefluechtete.pdf (09.06.2020), S. 2.

178 *Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe*, Notvertretung für unbegleitete minderjährige Geflüchtete - nur zur Not vertreten?, www.agj.de/fileadmin/files/positionen/2019/Notvertretung_unbegleitete_minderjaehrige_Gefluechtete.pdf (09.06.2020), S. 1–2.

179 *Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V.*, Die Situation (unbegleiteter) minderjähriger und junger volljähriger Geflüchteter in Deutschland, https://afet-ev.de/aktuell/aus_der_republik/2020/bumfumfrage2019_web_v03.pdf (25.05.2020), S. 24.

dem gleichen Haus. Das Vertrauen in den Rechtsstaat wird dadurch gefährdet.

Eine kurzfristige Vormundschaftsbestellung hätte den Vorteil, dass die Minderjährigen bereits hinsichtlich der Altersfeststellung des Jugendamtes und der Entscheidung über das Verteilungsverfahren einen Berater und Vertreter zur Seite hätten, der sie unterstützen und vertreten könnte. Bislang ist die Bestellung eines Vormunds erst im Rahmen der regulären Inobhutnahme von dem Jugendamt, dem der Minderjährige zugewiesen wurde, vorgesehen. Allerdings würde eine Vormundschaftsbestellung auch zu weitreichenden Eingriffen in die Rechte der Eltern im Ausland führen. (Dies wird noch näher in Abschnitt F dargestellt.) Ob dies gerechtfertigt ist, müsste dann auch in dem vorläufigen Inobhutnahmeverfahren geprüft werden. Die Verteilung der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge wurde aber gerade eingeführt, um die Belastung der Jugendämter gleichmäßig zu verteilen, insofern sollten den Jugendämtern in der Phase der vorläufigen Inobhutnahme nicht weitere Aufgaben zugewiesen werden, sofern diese nicht zwingend erforderlich sind.

Gem. Art. 24 Abs. 1 RL 2013/33/EU haben unbegleitete Minderjährige so bald wie möglich einen Vertreter zu erhalten. Dabei wird explizit geregelt, dass Organisationen oder Einzelpersonen, deren Interessen, denen des unbegleiteten Minderjährigen zuwiderlaufen oder zuwiderlaufen könnten, als Vertreter nicht in Betracht kommen. Diese Richtlinie gilt für diejenigen, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben. Jedenfalls ergibt sich aus der Vorschrift, dass von den Mitgliedstaaten – nachvollziehbarerweise – erwartet wird, dass die Minderjährigen Zugang zu einem unabhängigen Vertreter haben. Das in § 42a Abs. 3 SGB VIII vorgesehene Notvertretungsrecht des Jugendamtes muss aber nicht abgeschafft werden. Es vereinfacht die behördlichen Abläufe und beschleunigt das Verfahren, was im Ergebnis auch dem Interesse der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge entspricht. Ein unabhängiger Vertreter sollte den Minderjährigen aber bei Bedarf für die Überprüfung der Entscheidungen des Jugendamts zur Verfügung gestellt werden. Das Jugendamt sollte den Minderjährigen über sein Recht, dazu einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen, aufklären und ihm auch eine Liste mit Kontaktdaten von Rechtsanwälten überreichen,

die sodann im Wege der Beratungshilfe und gegebenenfalls auch im Rahmen der Prozesskostenhilfe unterstützen sollten.

6. Vorläufige Unterbringung bei geeigneter Person

Das Jugendamt ist berechtigt und verpflichtet, den Minderjährigen auch im Rahmen der vorläufigen Inobhutnahme unterzubringen, §§ 42a Abs. 1 S. 3, 42 Abs. 1 S. 2 SGB VIII. Es besteht kein Ermessen hinsichtlich des „Obs“ der Unterbringung, lediglich hinsichtlich des Ortes der Unterbringung.¹⁸⁰

Die Unterbringung ist gem. § 42 Abs. 1 S. 2 SGB VIII bei einer geeigneten Person/Einrichtung oder in sonstiger Wohnform möglich. Für die Unterbringung geeignete Einrichtungen können Kinder- und Jugendnotdienste, Jugendschutzstellen und Kinderschutzzentren oder bei erforderlicher medizinischer Behandlung auch ein Krankenhaus sein. Unter „sonstige Wohnformen“ fallen Wohngruppen nach §§ 34 f.¹⁸¹ Auch die Unterbringung in Jugendhilfeeinrichtungen, Jugendwohnungen oder ambulant betreuten Wohnformen ist möglich.¹⁸² Auch die Unterbringung in Pflegefamilien ist ein gangbarer Weg, bezüglich dessen bereits gute Erfahrungen gesammelt wurden, da die Integration dadurch erleichtert wird.¹⁸³

Die Wohnpflicht nach dem AsylG tritt kraft gesetzlicher Anordnung hinter der Unterbringung im Fall der Inobhutnahme zurück.¹⁸⁴ Für unbegleitet einreisende Minderjährige unter 16 Jahren gilt die Wohnpflicht nach dem AsylG daher nicht. (§ 47 Abs. 1 AsylG iVm § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AsylG) Unbegleitet einreisende Minderjährige werden daher unabhängig von ihrem Alter weder in asylrechtlichen Aufnah-

180 *Schmidt*, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 1, 87, 88.

181 *Schmidt*, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 90.

182 *Gravelmann*, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Kinder- und Jugendhilfe, S. 49.

183 *Gravelmann*, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Kinder- und Jugendhilfe, S. 52.

184 *Schmidt*, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 92.

meeinrichtungen noch in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht.¹⁸⁵

7. Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG

Wird ein unbegleiteter minderjähriger Flüchtling durch das Jugendamt vorläufig in Obhut genommen, so könnte die Inobhutnahme auch einen Eingriff in das Recht auf freie Entfaltung des Minderjährigen darstellen. Das wäre der Fall, wenn durch die Inobhutnahme in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG eingegriffen wird und dieser Eingriff verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.¹⁸⁶

a) Eingriff in den Schutzbereich

aa) Schutzbereich betroffen

Durch Art. 2 Abs. 1 GG wird die freie Entfaltung der Persönlichkeit geschützt. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit beinhaltet die grundrechtliche Garantie der allgemeinen Handlungsfreiheit. Dies umfasst jegliches menschliche Verhalten.¹⁸⁷

Art. 2 Abs. 1 GG beinhaltet ein Recht für „jedermann“. Es handelt sich um ein Menschenrecht, das nicht nur Deutsche, sondern auch Ausländer und Staatenlose schützt.¹⁸⁸ Insofern schützt es auch minderjährige unbegleitete Flüchtlinge.

bb) Eingriff

Eine Inobhutnahme führt dazu, dass sich der Minderjährige an bestimmte Vorgaben des Jugendamtes halten muss, denn das Jugendamt ist beispielsweise Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts.¹⁸⁹ Gem. § 42a Abs. 3 S. 1 SGB VIII hat das Jugendamt für den Minderjährigen

185 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 92.1.

186 Zum Aufbau einer Grundrechtsprüfung allgemein *Vofskuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313.

187 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 12.

188 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 10.

189 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 56.1.

alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zu seinem Wohl notwendig sind. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass das Jugendamt eine Entscheidung für den Minderjährigen trifft, die seine Handlungsfreiheit einschränkt. Gem. § 42a Abs. 2 S. 2 SGB VIII hat das Jugendamt über die Anmeldung des Minderjährigen zur Verteilung oder den Ausschluss der Verteilung zu entscheiden. Wird er zur Verteilung angemeldet, so wird er einem anderen (zuständigen) Jugendamt zugewiesen. Der Minderjährige kann in dem Moment seinen Aufenthaltsort nicht frei wählen. Er wird ihm zugewiesen. Insofern liegt ein Eingriff in seine allgemeine Handlungsfreiheit vor.

b) Rechtfertigung des Eingriffs

Die Inobhutnahme ist rechtmäßig, wenn sie verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Dazu muss sie auf Grund eines Gesetzes (Vorbehalt des Gesetzes) erfolgt sein und das Gesetz muss grundrechtskonform angewandt worden sein, das heißt der Beschluss des Gerichts muss materiell rechtmäßig sein und im Einzelfall verhältnismäßig sein.¹⁹⁰

aa) Schranke

In Art. 2 Abs. 1 GG sind die verfassungsmäßige Ordnung, Rechte anderer und das Sittengesetz als Schranken aufgeführt.

Zur verfassungsmäßigen Ordnung zählen alle gültigen Rechtsnormen jeder Rangstufe.¹⁹¹

Die in Art. 2 Abs. 1 GG erwähnten „Rechte anderer“ sind in der verfassungsmäßigen Ordnung enthalten, so dass dieser Schranke – abgesehen von einer besonderen Rechtfertigungsstruktur – keine eigenständige Bedeutung zukommt.¹⁹²

Die in Art. 2 Abs. 1 GG genannte Schranke „Sittengesetz“ hat in einem funktionierenden Rechtsstaat praktisch keinen eigenen Anwendungsbereich, denn Verstöße gegen die Menschenwürde sind nicht zulässig. Jeder Verstoß gegen das Sittengesetz würde auch einen Verstoß gegen

190 *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313.

191 *Murswiek/Rixen*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 89.

192 *Murswiek/Rixen*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 93.

die verfassungsmäßige Ordnung darstellen. Nur wenn der Gesetzgeber diesbezügliche Normen aufheben würde, was derzeit nicht der Fall ist, käme dieser Schranke ein eigener Anwendungsbereich zu.¹⁹³

Die Einschränkung eines Rechts aus Art. 2 Abs. 1 GG muss also auf Grund eines Gesetzes oder einer Einzelmaßnahme erfolgen. Das Recht und die Pflicht zur Inobhutnahme von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen ergibt sich aus § 42a Abs. 1 S. 1 SGB VIII und aus § 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB VIII.

bb) Schranken-Schranke

Die Inobhutnahme muss materiell rechtmäßig sein, also insbesondere die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage erfüllen und im Einzelfall verhältnismäßig sein. Wenn das Jugendamt also zutreffend feststellt, dass es sich um einen unbegleiteten minderjährigen Flüchtling handelt, dann ist die Inobhutnahme rechtmäßig.

Die Inobhutnahme ist verhältnismäßig, wenn das Mittel zur Zielerreichung geeignet und erforderlich ist. Außerdem dürfen die Nachteile nicht schwerer wiegen als die Vorteile, die Vor- und Nachteile müssen also in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Der Minderjährige wird zu seinem Schutz in Obhut genommen, weil er sich allein im Inland aufhält und insofern ungeschützt ist. Seine angemessene Versorgung wird durch die Inobhutnahme sichergestellt.

aaa) Geeignetheit

Das Mittel ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.¹⁹⁴ Im Rahmen der Inobhutnahme wird dem Minderjährigen eine Unterkunft zugeteilt und seine Versorgung und Vertretung wird sichergestellt. Insofern ist die Inobhutnahme geeignet, um das Ziel, den Minderjährigen zu schützen, zu erreichen.

193 *Murswiek/Rixen*, in: Sachs, GG, Art. 2 Rn. 99.

194 BVerfG, Beschluss v. 26.02.2008 – 2 BvR 392/07, NJW 2008, 1137 (1138); *Ruffert*, in: BeckOK, GG, Art. 2 Rn. 26.

bbb) Erforderlichkeit

Die Inobhutnahme muss auch erforderlich sein, um das Ziel zu erreichen, es darf also kein milderes, ebenso geeignetes Mittel für die Zielerreichung geben.¹⁹⁵ Ein milderes Mittel ist nicht ersichtlich. Die Inobhutnahme ist nur in den Fällen rechtmäßig, in denen festgestellt wurde, dass die Minderjährigen unbegleitet sind. In den Fällen benötigen sie kurzfristig eine Unterkunft und rechtliche Vertretung. Insofern ist die Inobhutnahme zum Schutz der Minderjährigen erforderlich.

ccc) Angemessenheit

Der Eingriff ist angemessen, wenn er nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck steht.¹⁹⁶

Der Schutz des Kindes muss daher in einem angemessenen Verhältnis zu dem Eingriff in die Handlungsfreiheit des Minderjährigen stehen. Die Inobhutnahme dient dem Schutz des Minderjährigen. In der Regel ist diese auch von den unbegleiteten Minderjährigen gewünscht. Dennoch ist zu prüfen, ob sie per se in jedem Fall als angemessen angesehen werden muss, denn mit der Inobhutnahme signalisiert der Staat, dass er besser weiß, was gut für den Minderjährigen ist und dass dafür die Einschränkung seiner Handlungsfreiheit in Ordnung sei. Es sind auch Fallgestaltungen denkbar, in denen ein Minderjähriger dies nicht möchte, in denen er sich selbst versorgen möchte und selbst um eine Unterkunft bemühen möchte. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der weit überwiegende Anteil der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge zwischen 14 und 17 Jahre alt ist. Im Jahr 2018 waren es 92,2 %.¹⁹⁷

Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass Minderjährige in Deutschland keine Verträge schließen können, die für sie nicht ledig-

195 BVerfG, Beschluss v. 20.06.1984 – 1 BvR 1494/78, NJW 1985, 121 (123); *Ruffert*, in: BeckOK, GG, Art. 2 Rn. 26.

196 BVerfG, Beschluss v. 09.07.2019 – 2 BvR 547/13, NVwZ 2019, 1432 (1433); *Ruffert*, in: BeckOK, GG, Art. 2 Rn. 26.

197 *Statistisches Bundesamt*, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe, www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kinderhilfe-Jugendhilfe/Publikationen/Downloads-Kinder-und-Jugendhilfe/vorlaeufige-schutzmassnahmen-5225203187004.pdf (09.06.2020), S. 14–15.

lich rechtlich vorteilhaft sind, § 107 BGB. Der Minderjährige kann also allein keinen Mietvertrag abschließen und auch keinen Arbeitsvertrag oder Ausbildungsvertrag schließen. Auch wenn er sich daher wünschen sollte, eigenverantwortlich agieren zu können, dann ist dies rechtlich nicht möglich. Die Handlungsfreiheit des Minderjährigen wird durch die Inobhutnahme auch nur in dem unbedingt erforderlichen Umfang eingeschränkt. Die Vertretung des Minderjährigen, die gem. § 42a Abs. 3 S. 1 SGB VIII dem Jugendamt obliegt, berechtigt das Jugendamt nur zu Handlungen, die zum Wohl des Kindes oder Jugendlichen notwendig sind. Das Kind oder der Jugendliche ist dabei gem. § 42a Abs. 3 S. 2 SGB VIII zu beteiligen. Die Einschränkungen der Handlungsfreiheit erfolgen also nur im notwendigen Umfang. Die Sicherheit des Minderjährigen und dessen Schutz vor Gefahren ist daher im Ergebnis wichtiger als dessen absolute Handlungsfreiheit.

Durch die Inobhutnahme wird also das Grundrecht des Minderjährigen aus Art. 2 Abs. 1 GG nicht verletzt.

III. Verteilungsanzeige durch Landesjugendamt

Gem. § 42a Abs. 4 S. 3 SGB VIII hat das Landesjugendamt dem Bundesverwaltungsamt innerhalb von 3 Werktagen mitzuteilen, ob der Minderjährige an dem Verteilungsverfahren teilnehmen soll oder davon ausgeschlossen wird.

IV. Entscheidung über Verteilung durch Bundesverwaltungsamt

Gem. § 42b Abs. 1 SGB VIII benennt das Bundesverwaltungsamt binnen 2 Werktagen nach der Anmeldung des Minderjährigen zur Verteilung, das für die Aufnahme zuständige Land. Welches Land wie viele unbegleitete minderjährige Flüchtlinge aufzunehmen hat, wird anhand des sog. Königsteiner Schlüssels gem. § 42c Abs. 1 SGB VIII festgesetzt. Gem. § 42b Abs. 2 S. 1 und 2 SGB VIII sind dabei aber vorrangig das Bundesland des Aufenthaltes und – sofern dieses über keine Kapazitäten mehr verfügt – ein benachbartes Bundesland zu bestimmen.

V. Zuweisung an geeignetes JA durch LJA des Aufnahmelandes

Das Landesjugendamt des Aufnahmelandes hat den Minderjährigen sodann binnen 2 Werktagen einem Jugendamt in seinem Bereich zuzuweisen und dies dem Jugendamt, das die vorläufige Inobhutnahme gem. § 42a SGB VIII durchgeführt hatte, mitzuteilen, § 42b Abs. 3 S. 1 SGB VIII.

Gem. § 42b Abs. 3 S. 2 SGB VIII sind die spezifischen Schutzbedürfnisse und Bedarfe unbegleiteter ausländischer Minderjähriger für die Zuweisung maßgeblich. Mithin muss es sich um ein Jugendamt handeln, welches geeignete Angebote an Einrichtungen, Diensten, Sprachmittlern und Veranstaltungen unterbreiten kann und welches über Fachkräfte verfügt, die entsprechend qualifiziert sind.

Gegen die Entscheidung im Verteilungsverfahren ist gem. § 42b Abs. 7 S. 1 SGB VIII kein Widerspruch möglich. Es kann Klage erhoben werden, diese hat jedoch gem. § 42b Abs. 7 S. 2 SGB VIII keine aufschiebende Wirkung, so dass diese nicht zu einer Verzögerung des Verfahrens führen würde. Die Verteilung wird zunächst einmal durchgeführt und im Falle einer entgegenstehenden gerichtlichen Entscheidung müsste der Minderjährige entsprechend der gerichtlichen Entscheidung zurückgeführt oder anderweitig verteilt werden. Grund dieser Regelung sind die zur Zeit des Erlasses des Gesetzes hohen Einreisezahlen und die damit einhergehende Überschreitung der Kapazitätsgrenzen der Aufnahmejugendämter. Nur durch die Verteilung könne sichergestellt werden, dass eine dem Kindeswohl entsprechende Unterbringung, Versorgung und Betreuung der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge erfolgt.¹⁹⁸ Vor diesem Hintergrund ist diese Regelung nachvollziehbar. Da aber zu diesem Zeitpunkt noch kein Vormund für den Minderjährigen bestellt wurde, ist es besonders wichtig sicherzustellen, dass der Minderjährige über seine Rechte aufgeklärt wurde und ihm Zugang zu rechtlicher Beratung und Vertretung ermöglicht wurde, damit er gegebenenfalls Klage gegen die Verteilungsentscheidung erheben kann. Sollten die Zahlen der unbegleiteten einreisenden Minderjährigen in den kommenden Jahren weiter sinken, und sollten die grenznahen Jugendämter dann nicht mehr derart überlastet sein,

198 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/5921, S. 27.

so sollte überprüft werden, ob die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wieder eingeführt wird.

Nicht selten entziehen sich Minderjährige der Verteilung.¹⁹⁹ 61,7 Prozent der im Rahmen der Online Umfrage des Bundesfachverbandes unbegleitete minderjährige Flüchtlinge befragten Fachkräfte gaben an, dass es vermutlich zu Abgängen kommt, weil Angehörige und Freunde an anderen Orten leben (2018: 53,3 %) und 54,3 Prozent gaben an, dass sie vermuten, dass die Minderjährigen an Orte verteilt wurden, die nicht gewünscht waren (2018: 44,5 %). Die oftmals noch lange Verfahrensdauer sei auch ein Grund dafür, dass eine Unzufriedenheit mit der Verteilung entstehe. Der Bundesfachverband unbegleitete minderjährige Flüchtlinge legt dar, dass dies an dem in Deutschland fehlenden eindeutig formulierten Rechtsanspruch liege. Auch fehle ein bundesweit einheitliches Verfahren zur Zusammenführung von unbegleiteten Minderjährigen mit Angehörigen und anderen Bezugspersonen.

Nach hiesiger Einschätzung sind die gesetzlichen Grundlagen für eine möglichst zügige Durchführung des Verteilungsverfahrens – wie dargelegt – bereits gegeben. Insgesamt soll die Verteilung nicht länger als 14 Werktage dauern. Dies ergibt sich aus § 42b Abs. 4 Nr. 2 SGB VIII. Auch sollte der Aufenthaltsort von Angehörigen und Freunden gem. § 42a Abs. 2 SGB VIII berücksichtigt werden. Insofern bedarf es diesbezüglich keiner gesetzlichen Änderungen. Eine nachvollziehbare Begründung und Einbeziehung des Minderjährigen in die Entscheidungsfindung sind wichtig und auch bereits vorgesehen. Wenn es dennoch zu einer so großen Unzufriedenheit mit der Entscheidung über die Verteilung kommt, dann liegt dies möglicherweise an der Knappheit der personellen Ressourcen bei den Aufnahmejugendämtern und der damit einhergehenden Zeitknappheit bei der Bearbeitung der einzelnen Fälle. Auch diesbezüglich könnte die Hinzuziehung eines externen Vertreters hilfreich sein. Dieser könnte dem Minderjährigen die Entscheidung des Jugendamtes erläutern und dadurch gegebenenfalls zu einer höheren Akzeptanz der Entscheidung beitragen. Ein Anlass

199 Zum gesamten Gedanken *Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V.*, Die Situation (unbegleiteter) minderjähriger und junger volljähriger Geflüchteter in Deutschland, https://afet-ev.de/aktuell/aus_der_republik/2020/bumfumfrage2019_web_v03.pdf (25.05.2020), S. 41.

für eine Änderung der gesetzlichen Grundlagen – im Hinblick auf die Zeitvorgaben oder die Verteilung an sich – besteht jedoch nicht.

VI. Übermittlung notwendiger Daten / Transfer zum Zuweisungsjugendamt

Das für die vorläufige Inobhutnahme zuständige Jugendamt muss gem. § 42a Abs. 5 S. 1 Nr. 2 SGB VIII die personenbezogenen Daten, die für die Wahrnehmung der Aufgaben nach § 42 SGB VIII erforderlich sind, an das wegen des Zuweisungsbescheides für die weitere Inobhutnahme zuständige Jugendamt übermitteln.

Außerdem hat es gem. § 42a Abs. 5 S. 1 Nr. 1 SGB VIII dafür Sorge zu tragen, dass der Minderjährige durch eine „insofern geeignete“ Person zu seinem neuen Aufenthaltsort begleitet wird. Es war zunächst geplant, dass es sich bei der Begleitperson um eine Fachkraft handeln muss.²⁰⁰ Nach der Beratung im Bundestagsausschuss wurde dieses Vorhaben aufgehoben und durch den Zusatz „insofern“ zum Ausdruck gebracht, dass es sich nicht zwingend um eine (sozialpädagogische) Fachkraft der Kinder- und Jugendhilfe handeln muss, sondern auch Ehrenamtliche und Bundesfreiwillige in Betracht kommen. Auch könne das Zuweisungsjugendamt die Begleitung des Minderjährigen übernehmen.²⁰¹

Die vorläufige Inobhutnahme endet gem. § 42a Abs. 6 SGB VIII mit der Übergabe des Minderjährigen an die Personensorge- oder Erziehungsberechtigten oder an das aufgrund der Zuweisungsentscheidung nach § 88a Abs. 2 S. 1 SGB VIII zuständige Jugendamt.

200 Katzenstein/González Méndez de Vigo/Meysen, JAmt 2015, 530 (534).

201 Deutscher Bundestag, Drucksache 18/6392, S. 19.

