

Abschiebung von ausländischen Mündeln/Pfleglingen ohne die Eltern bzw in Begleitung des (Amts-)Vormunds JAmt 2019, 264

## **Abschiebung von ausländischen Mündeln/Pfleglingen ohne die Eltern bzw in Begleitung des (Amts-)Vormunds**

### **§ 58 Abs. 1 a AufenthG, § 1793 Abs. 1 S. 1 BGB, § 1800 BGB**

DIJuF-Rechtsgutachten 7.4.2019 – SN\_2019\_0048 Af

Das Jugendamt ist Vormund bzw Pfleger von mehreren ausländischen Kindern, die zwischen zwei und sieben Jahre alt sind (Kosovo und Serbien). Das zuständige Regierungspräsidium prüft die Abschiebung der Kinder in ihre Heimatländer. Die dafür erforderlichen Rücknahmeersuchen wurden durch die Herkunftsländer bewilligt, sodass grundsätzlich eine Abschiebung tatsächlich möglich wäre. Das Regierungspräsidium ist der Auffassung, dass die Abschiebung in Begleitung des Vormunds als Sorgeberechtigten erfolgen könne. In einem Fall leben die Eltern im Heimatland, in einem anderen Fall in Deutschland.

In diesem Zusammenhang stellen sich dem Jugendamt mehrere Fragen:

- Hat das Institut Erfahrung damit, dass Abschiebungen bei derart jungen Kindern tatsächlich durchgeführt werden?
- Können die Kinder, deren Eltern im Heimatland leben, abgeschoben werden und muss der Vormund diese ggf begleiten?
- Können die Kinder, deren Eltern in Deutschland leben und denen nur Teile der Sorge entzogen wurden, ohne die Eltern abgeschoben werden?

### **I. Abschiebung der Kinder, deren Eltern im Heimatland leben (= unbegleitete Minderjährige)**

#### **1. Formale Anforderungen**

Die Abschiebung eines/einer Ausländers/Ausländerin wird durch die jeweils zuständigen Ausländerbehörden organisiert und vollzogen (§ 71 Abs. 1 AufenthG). Hierfür erforderlich ist zum einen, dass der/die betreffende Ausländer/in vollziehbar ausreisepflichtig, die Ausreisefrist abgelaufen ist und die freiwillige Erfüllung der Ausreisepflicht nicht gesichert erscheint (§ 58 Abs. 1 S. 1 AufenthG). Weiterhin ist auch für die Abschiebung eines/einer vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers/Ausländerin die Vorlage eines Nationalpasses oder zumindest eines Passersatzpapiers (PEP), ausgestellt durch die jeweilige Auslandsvertretung des Heimatlands, erforderlich.

#### **2. Erfordernis der Übergabe an ein Familienmitglied, eine/n Personensorgeberechtigte/n oder geeignete Einrichtung**

Nach Auskunft des für die Abschiebung zuständigen Regierungspräsidiums (RP) liegen die erforderlichen Papiere für unter Vormundschaft stehende Kinder zwar vor, allerdings ist vorliegend Folgendes zu beachten: Sofern die Eltern im Heimatland und nicht in Deutschland leben, sind die hier lebenden Kinder aufenthaltsrechtlich als unbegleitete

Abschiebung von ausländischen Mündeln/Pfleglingen ohne die Eltern bzw in Begleitung des (Amts-)Vormunds(JAmt 2019, 264)

265

minderjährige Ausländer/innen (UMA) zu betrachten (Hocks/*Leuschner* Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, 2017, 25). Insofern greift für die Frage der Abschiebung die Vorschrift des § 58 Abs. 1 a AufenthG, die im Wortlaut heißt:

„Vor der Abschiebung eines unbegleiteten minderjährigen Ausländers hat sich die Behörde zu vergewissern, dass dieser im Rückkehrerstaat einem Mitglied seiner Familie, einer zur Personensorge berechtigten Person oder einer geeigneten Aufnahmeeinrichtung übergeben wird.“

Diese Regelung deckt sich mit Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (RL 2008/115/EG oder sog. Rückführungsrichtlinie). Es handelt sich hierbei um ein Vollstreckungshindernis für die Abschiebung von UMA und vermittelt den Betroffenen gleichwertigen Schutz vor Abschiebung wie nationaler Abschiebungsschutz oder ein Abschiebestopp-Erlass (BVerwG 13.6.2013 – 10 C 13.12.). Die zuständige Ausländerbehörde hat sich bei der Planung der Abschiebung unbegleiteter ausländischer Minderjähriger zwingend dahingehend zu vergewissern, dass die im Gesetz benannten Personen oder Institutionen den/die minderjährige/n Ausländer/in bei Ankunft im Heimatland auch tatsächlich in Empfang nehmen. Nach der Rechtsprechung des BVerwG reicht dabei die abstrakte Möglichkeit nicht aus, die/den Minderjährige/n an Verwandte übergeben zu können. Vielmehr müssen sich

„die Ausländerbehörden – und ggf. die Verwaltungsgerichte – in jedem Einzelfall die Überzeugungsgewissheit davon verschaffen, dass die Übergabe des unbegleiteten Minderjährigen an eine in der Vorschrift genannte Person oder Einrichtung nicht nur möglich ist, sondern tatsächlich auch erfolgen wird (konkrete Möglichkeit der Übergabe).“ (BVerwG 13.6.2013 – 10 C 13.12 Rn. 18)

Der VGH Mannheim hat diese Voraussetzungen in einer wegweisenden Entscheidung aus dem Jahr 2017 weiter konkretisiert (VGH Mannheim 22.5.2017 – 11 S 322/17, JAmt 2017, 460). Neben dem konkreten Nachweis der Möglichkeit der Übergabe des Kindes oder des/der Jugendlichen am Tag der Ankunft/Abschiebung folgt ua aus der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls nach Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK), dass auch die konkrete Eignung der Aufnahmeeinrichtung in diesem Kontext geprüft und dargelegt werden muss, sofern keine Übergabe an eine/n Personensorgeberechtigte/n vor Ort erfolgen kann. Hierzu hat sich die Ausländerbehörde, vorliegend also das RP, nicht nur über die bestehenden Strukturen vor Ort zu informieren, sondern muss konkret den Nachweis über das Bestehen eines Platzes in einer für die/den abzuschickende/n Minderjährige/n geeigneten Einrichtung führen. Die Bereitschaft der Behörden im Zielland, etwa aufgrund von Abkommen oder aufgrund von Zusagen im Einzelfall die/den abgeschobene/n Minderjährige/n aufzunehmen, ist in diesem Zusammenhang unerheblich und entbindet die zuständigen deutschen Behörden nicht von ihrer Nachweispflicht. Der Minderjährigenschutz verpflichtet die vollstreckende Behörde darüber hinaus dazu, den/die Vormund/in bzw die rechtliche Vertretung des/der Minderjährigen über den Ausgang ihrer Ermittlungen in Kenntnis zu setzen. Der/Die gesetzliche Vertreter/in soll in die Lage versetzt werden, das Ergebnis der Ausländerbehörde bzw hier des RP (gerichtlich) überprüfen zu lassen (VGH Mannheim 22.5.2017 – 11 S 322/17, JAmt 2017, 460).

Gemessen an diesen Grundsätzen wird die Abschiebung eines/einer UMA in der Praxis kaum durchführbar sein, sodass es auf die Frage der Begleitung durch den/die Vormund/in gar nicht ankommen dürfte.

Zusätzlich sei noch auf Folgendes hingewiesen: Eine Abschiebung darf zwar nach Inkrafttreten des *Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes* am 24.10.2015 (BGBl. 2015 I, 1722) nicht mehr angekündigt werden (§ 59 Abs. 1 S. 8 AufenthG). Dies bedeutet idR, dass der/die betreffende Ausländer/in ohne Vorankündigung und ohne Vorbereitung am Tag der Abschiebung durch Polizeivollzugsbeamte des Landes (§ 71 Abs. 5 AufenthG) und Mitarbeiter/innen der Ausländerbehörde zum Zweck der Rückführung abgeholt wird. Diese Regelung beansprucht jedoch aufgrund der oben dargelegten Grundsätze zur Überprüfbarkeit der eingeleiteten Maßnahmen im Kontext der Abschiebungen von unbegleiteten Minderjährigen keine Gültigkeit. Eine unangekündigte Abschiebung eines/einer UMA ist deshalb nicht möglich bzw wäre rechtswidrig, da dem/der rechtlichen Vertreter/in ansonsten die Möglichkeit verwehrt würde, eine (gerichtliche) Überprüfung der Abschiebungsmodalitäten vorzunehmen.

### **3. Aufgaben des/der Vormunds/Vormundin im Kontext der Abschiebung**

Der/Die Vormund/in hat das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen und ist auch zu dessen rechtlicher Vertretung befugt (§ 1793 Abs. 1 S. 1 BGB, § 1800 BGB). Maßstab und Ziel der Ausübung des Sorgerechts durch eine/n Vormund/in ist das „Mündelwohl“ als Inbegriff der Integritäts-, Erziehungs-, Entfaltungs- und Vermögensinteressen des Mündels gemäß seiner jeweiligen Lebenssituation (Alter, Ausbildungsstand etc) (MüKo/Wagenitz BGB, 6. Aufl. 2012, BGB § 1793 Rn. 2). Die dem/der Vormund/in obliegende Personensorge umfasst somit das Pflichtrecht, für die Erhaltung, Förderung und Entwicklung des Kindes zu sorgen und es zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu erziehen (MüKo/Huber BGB § 1631 Rn. 2).

Gemessen an diesen Grundsätzen hat sich der/die Vormund/in im Kontext einer geplanten Abschiebung zunächst dahingehend zu vergewissern, dass die vollstreckende Behörde die oben dargelegten Grundsätze einhält. Sollte sich herausstellen, dass die Eltern keine konkrete verlässliche Zusage für die Wiederaufnahme ihres Kindes geben, keine geeignete Einrichtung vorhanden ist oder keine Plätze in dieser zur Verfügung stehen, so muss der/die Vormund/in die Behörde darauf hinweisen und diese auffordern zuzusichern, dass von einer Abschiebung Abstand genommen wird. Sollte eine solche Zusicherung nicht abgegeben werden, so muss der/die Vormund/in eine gerichtliche Überprüfung durch das Verwaltungsgericht herbeiführen. Denn mit Blick auf das Kind oder die/den Jugendliche/n ist er/sie verpflichtet, alle Maßnahmen zu ergreifen, die notwendig sind, um sein/ihr Wohl zu sichern. Sollte sich ergeben, dass die Maßnahmen der vollziehenden Behörde einer Überprüfung standhalten, stellt sich sodann die Frage, ob der/die Vormund/in das Kind bzw die/den Jugendliche/n im Rahmen einer Abschiebung physisch zu begleiten und dafür Sorge zu tragen hat, dass der/die Minderjährige vor Ort an die geeignete Einrichtung oder die Eltern übergeben wird.

Abschiebung von ausländischen Mündeln/Pfleglingen ohne die Eltern bzw in Begleitung des (Amts-)Vormunds(JAmt 2019, 264)	266
---	-----

Zunächst ist festzuhalten, dass die Vormundschaft nicht an der Landesgrenze oder durch dauerhaften Wegzug des Mündels ins Ausland endet. Vielmehr muss der/die (Amts-)Vormund/in

durch das Familiengericht entlassen werden (§§ 1887, 1889 BGB). Somit bestehen die oben dargestellten Rechte und Pflichten auch während und nach einer Abschiebung fort.

In diesem Zusammenhang müssen die Auswirkungen einer geplanten Abschiebung auf das Kind bzw die/den Jugendliche/n, insbesondere wenn diese durch den/die Vormund/in als Vertrauensperson in vermeintlicher Zusammenarbeit mit der zuständigen Ausländerbehörde organisiert wird, in den Blick genommen werden: Unter Anwendung von Zwang wird der/die betreffende Ausländer/in von Mitarbeiter/inne/n der Ausländerbehörde und Polizeivollzugsbeamten in der Jugendhilfeeinrichtung/Pflegefamilie/sonstigen Unterbringung abgeholt und zum Flughafen/Verkehrsunternehmen verbracht. Während der Wartezeit am Flughafen wird er/sie in einem geschlossenen Raum untergebracht und dann von Polizeibeamten zum Flugzeug begleitet und bewacht. Bereits der Vorgang der Abschiebung stellt somit eine für die/den Jugendliche/n bzw das Kind stark belastende, wenn nicht traumatisierende Situation dar und ist geeignet, seelische Belastungen zuzufügen.

Somit ergibt sich für den/die Vormund/in folgendes Dilemma: Auf der einen Seite sind Vormünder/innen und Pfleger/innen im Rahmen ihres Aufgabenkreises (§§ 1626, 1631, 1793 Abs. 1 BGB, §§ 1797, 1800, 1909 BGB) als (teilweise) zur Sorge für die Person Verpflichtete kraft Gesetzes aufsichtspflichtig (*Hoffmann Personensorge*, 3. Aufl. 2018, § 13 Rn. 1) und verantwortlich für das Wohl der Kinder und Jugendlichen. Somit dürfte es sich dem Grunde nach verbieten, das Kind bzw die/den Jugendliche/n (ausgerechnet) während der Abschiebung nicht zu begleiten, insbesondere wenn man sich vor Augen hält, dass bspw die Anwesenheit des/der Vormunds/Vormundin im Rahmen der Asylanhörng beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) für zwingend erforderlich gehalten wird.

Auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass eine Unterstützung der Abschiebung schwerlich mit den Vorgaben für die Erziehungsverantwortung eines/einer Vormunds/Vormundin nach § 1800 S. 2 BGB iVm § 1631 Abs. 2 BGB in Einklang zu bringen ist, die Gewalt oder entwürdigende Maßnahmen ausdrücklich verbieten. Somit könnte auch argumentiert werden, dass es sich dem/der Vormund/in verbietet, sich an einer vollziehenden Maßnahme zu „beteiligen“, die offensichtlich geeignet ist, eine Kindeswohlgefährdung darzustellen. Folgt man dieser Einschätzung, wäre auch nicht auszuschließen, dass das Familiengericht die beabsichtigte Abschiebung als Kindeswohlgefährdende Pflichtwidrigkeit einstufen und entsprechend einschreiten könnte (§ 1837 BGB).

Unabhängig davon ist zu beachten, dass Abschiebungen in das Heimatland aufenthaltsrechtlich ein Einreise- und Aufenthaltsverbot für die BRD auslösen (§ 11 Abs. 1 AufenthG) und eine Kostenhaftung auslöst (§§ 66, 67 AufenthG), sodass der/die Vormund/in dem Kind bzw dem/der Jugendlichen im vorliegenden Fall aufenthaltsrechtliche Nachteile zufügen würde.

#### **4. Fazit**

Dieses Problem kann im Einzelfall nur dahingehend aufgelöst werden, dass sich der/die Vormund/in frühzeitig für den weiteren Aufenthalt des Kindes oder des/der Jugendlichen in Deutschland einsetzt, sodass es nicht zu einer Abschiebung eines/einer UMA kommen dürfte. Sofern sich die Kinder in einer Pflegefamilie befinden, käme bspw die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen nach § 25 Abs. 5 AufenthG oder aus familiären

Gründen nach § 28 Abs. 4 AufenthG iVm § 36 Abs. 2 AufenthG in Betracht (VG Berlin 16.3.2009 – 2 V 45.08).

Erscheint die Abschiebung im Ausnahmefall unabwendbar, so wäre nach Einschätzung des Instituts zu überlegen, statt der zwangsweisen Rückführung die freiwillige Ausreise des Kindes oder des/der Jugendlichen gemeinsam mit diesem/dieser zu organisieren und vorzubereiten (dazu unter III.).

Macht die vollziehende Behörde die Durchführung der Abschiebung von der Begleitung durch den/die Vormund/in abhängig, so darf der/die Vormund/in nach hier vertretener Auffassung die Begleitung unter Hinweis auf das Mündelwohl zu Recht verweigern.

## **II. Abschiebung der Kinder, deren teilsorgeberechtigte Eltern (noch) in Deutschland leben**

Zunächst ist Folgendes grundsätzlich festzuhalten: Selbst wenn den Eltern Teile der elterlichen Sorge (hier: Aufenthaltsbestimmungsrecht, Beantragung von öffentlichen Leistungen, Schule und Gesundheit) entzogen und auf eine/n Ergänzungspfleger/in übertragen wurden, so haben Kinder und Eltern dennoch das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf gemeinsamen Umgang. Dem muss auch das deutsche Aufenthaltsrecht Rechnung tragen, sodass migrations- bzw ordnungspolitische Belange nach ständiger Rechtsprechung regelmäßig im Hinblick auf Art. 6 GG zurücktreten (BVerfGE 121, 69 [93]). Sofern die Eltern also in Deutschland verbleiben, bleibt für die Abschiebung der Kinder kein Raum (Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz Nr. 58.0.5). Aufenthaltsrechtlich gilt, dass minderjährige ausländische Kinder das Schicksal ihrer Eltern teilen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Grundrechtsbindung der Behörden gebieten es, dass die Familieneinheit auch bei Vollzug der Abschiebung gewahrt wird, sodass eine getrennte Abschiebung von Kindern und Eltern nicht in Betracht kommt (NK-Ausländerrecht/*Hocks*, 2. Aufl. 2016, AufenthG § 58 Rn. 32).

Nicht anders stellt sich die Situation bei *vollziehbar ausreisepflichtigen* ausländischen Eltern dar, denen Teile der elterlichen Sorge entzogen wurden und die abgeschoben werden können bzw sollen. Die Ergänzungspflegschaft ist nämlich nur für die Fälle vorgesehen, in denen kein umfassendes Fürsorge- und Vertretungsbedürfnis für das Kind oder die/den Jugendliche/n besteht, sondern nur für bestimmte personen- oder sachbezogene Angelegenheiten. Genauso wenig wie sorgeberechtigte Eltern ihr Aufenthaltsbestimmungsrecht bei vollziehbar ausreisepflichtigen Kindern zur Verhinderung der Abschiebung ausüben können, kann der/die bestellte (Amts-)Pfleger/in das ihm/ihr übertragene Aufenthaltsbestimmungsrecht so ausüben, dass die Abschiebung verhindert wird. Auch hier teilen die Kinder deshalb das

Abschiebung von ausländischen Mündeln/Pfleglingen ohne die Eltern bzw in Begleitung des (Amts-)Vormunds (JAMT 2019, 264)

267

aufenthaltsrechtliche Schicksal ihrer Eltern, es sei denn, die Kinder erfüllen in ihrer Person eigene Gründe für einen weiteren Aufenthalt in Deutschland.

Vorliegend ist dem/der (Amts-)Pfleger/in nicht die Aufgabe zur Besorgung der asyl- und aufenthaltsrechtlichen Angelegenheiten übertragen worden, sodass diese/r im Vorfeld keinen Einfluss auf das asyl- und aufenthaltsrechtliche Verfahren nehmen kann. Allerdings bietet es sich aus Sicht des Instituts an, den Eltern beratend zur Seite zu stehen und Kontakte zu Asyl- oder Migrationsberatungsstellen zu vermitteln.

### **III. Freiwillige Ausreise**

Wie bereits oben ausgeführt, kommt als Alternative zur im Einzelfall unabwendbaren Abschiebung die freiwillige Ausreise des Kindes oder des/der Jugendlichen in sein/ihr Heimatland in Betracht. Grundsätzlich steht es nämlich jedem/jeder in Deutschland lebenden Ausländer/in frei, jederzeit in sein/ihr Heimatland zurückzukehren, unabhängig davon, welchen aufenthaltsrechtlichen Status er/sie hat. Formal erforderlich hierfür ist ein gültiger Nationalpass, da ansonsten keine Reise angetreten werden kann. Um den Nachweis der freiwilligen Ausreise führen zu können, erhält die betreffende Person gegen Vorlage des entsprechenden Flug- oder Bahntickets eine sog. gesetzlich nicht geregelte Grenzübertrittsbescheinigung (GÜB) von der jeweils zuständigen Ausländerbehörde, die beim Grenzübertritt abgegeben und von der Grenzbehörde gestempelt an die jeweilige Ausländerbehörde zurückgeschickt wird. Dies dient dem Zweck, die Beendigung des Aufenthalts in Deutschland ordnungsgemäß anzuzeigen und die Ausschreibung zur Fahndung zu vermeiden. Die freiwillige Ausreise muss oft privat gezahlt werden; sog. staatliche Rückkehrhilfen stehen für viele Staatsangehörige, ua auch albanische, kosovarische oder serbische Staatsangehörige, nur unter sehr engen Voraussetzungen zur Verfügung (vgl <http://www.bmi.bund.de> ► Migration und Integration ► Aufenthaltsrecht ► Rückkehrpolitik, Abruf: 7.4.2019). Neben dem gültigen Nationalpass und den entsprechenden finanziellen Mitteln muss bei der freiwilligen Ausreise eines/einer unbegleiteten minderjährigen Kindes oder Jugendlichen auch die Übergabe an sorgeberechtigte Vertreter/innen im Heimatland organisiert und sichergestellt werden. Einer familiengerichtlichen Genehmigung gem. § 1822 BGB bedarf die Organisation und Durchführung der freiwilligen Ausreise nicht. Ggf bietet sich die Kontaktaufnahme mit dem Internationalen Sozialdienst (ISD, abrufbar unter: [www.issger.de](http://www.issger.de)) an, der im Bereich der länderübergreifenden Kinder- und Jugendhilfe und Migration tätig ist und die Verhältnisse vor Ort überprüfen kann.