

§ 42 Inobhutnahme von Kindern und Jugendlichen

(1) Das Jugendamt ist berechtigt und verpflichtet, ein Kind oder einen Jugendlichen in seine Obhut zu nehmen, wenn

1. das Kind oder der Jugendliche um Obhut bittet oder
2. eine dringende Gefahr für das Wohl des Kindes oder des Jugendlichen die Inobhutnahme erfordert und
 - a) die Personensorgeberechtigten nicht widersprechen oder
 - b) eine familiengerichtliche Entscheidung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann oder
3. ein ausländisches Kind oder ein ausländischer Jugendlicher unbegleitet nach Deutschland kommt und sich weder Personensorge- noch Erziehungsberechtigte im Inland aufhalten.

Die Inobhutnahme umfasst die Befugnis, ein Kind oder einen Jugendlichen bei einer geeigneten Person, in einer geeigneten Einrichtung oder in einer sonstigen Wohnform vorläufig unterzubringen; im Fall von Satz 1 Nummer 2 auch ein Kind oder einen Jugendlichen von einer anderen Person wegzunehmen.

(2) Das Jugendamt hat während der Inobhutnahme die Situation, die zur Inobhutnahme geführt hat, zusammen mit dem Kind oder dem Jugendlichen zu klären und Möglichkeiten der Hilfe und Unterstützung aufzuzeigen. Dem Kind oder dem Jugendlichen ist unverzüglich Gelegenheit zu geben, eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen. Das Jugendamt hat während der Inobhutnahme für das Wohl des Kindes oder des Jugendlichen zu sorgen und dabei den notwendigen Unterhalt und die Krankenhilfe sicherzustellen; § 39 Absatz 4 Satz 2 gilt entsprechend. Das Jugendamt ist während der Inobhutnahme berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes oder Jugendlichen notwendig sind; der mutmaßliche Wille der Personensorge- oder der Erziehungsberechtigten ist dabei angemessen zu berücksichtigen. **Im Fall des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 3 gehört zu den Rechtshandlungen nach Satz 4, zu denen das Jugendamt verpflichtet ist, insbesondere die unverzügliche Stellung eines Asylantrags für das Kind oder den Jugendlichen in Fällen, in denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass das Kind oder der Jugendliche internationalen Schutz im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 des Asylgesetzes benötigt; dabei ist das Kind oder der Jugendliche zu beteiligen.**

(3) Das Jugendamt hat im Fall des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 1 und 2 die Personensorge- oder Erziehungsberechtigten unverzüglich von der Inobhutnahme zu unterrichten und mit ihnen das Gefährdungsrisiko abzuschätzen. Widersprechen die Personensorge- oder Erziehungsberechtigten der Inobhutnahme, so hat das Jugendamt unverzüglich

1. das Kind oder den Jugendlichen den Personensorge- oder Erziehungsberechtigten zu übergeben, sofern nach der Einschätzung des Jugendamts eine Gefährdung des Kindeswohls nicht besteht oder die Personensorge- oder Erziehungsberechtigten bereit und in der Lage sind, die Gefährdung abzuwenden oder
2. eine Entscheidung des Familiengerichts über die erforderlichen Maßnahmen zum Wohl des Kindes oder des Jugendlichen herbeizuführen.

Sind die Personensorge- oder Erziehungsberechtigten nicht erreichbar, so gilt Satz 2 Nummer 2 entsprechend. Im Fall des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 3 ist unverzüglich die Bestellung eines Vormunds oder Pflegers zu veranlassen. Widersprechen die Personensorgeberechtigten der Inobhutnahme nicht, so ist unverzüglich ein Hilfeplanverfahren zur Gewährung einer Hilfe einzuleiten.

(4) Die Inobhutnahme endet mit

1. der Übergabe des Kindes oder Jugendlichen an die Personensorge- oder Erziehungsberechtigten,
2. der Entscheidung über die Gewährung von Hilfen nach dem Sozialgesetzbuch.

(5) Freiheitsentziehende Maßnahmen im Rahmen der Inobhutnahme sind nur zulässig, wenn und soweit sie erforderlich sind, um eine Gefahr für Leib oder Leben des Kindes oder des Jugendlichen oder eine Gefahr für Leib oder Leben Dritter abzuwenden. Die Freiheitsentziehung ist ohne gerichtliche Entscheidung spätestens mit Ablauf des Tages nach ihrem Beginn zu beenden.

(6) Ist bei der Inobhutnahme die Anwendung unmittelbaren Zwangs erforderlich, so sind die dazu befugten Stellen hinzuzuziehen.

Gesetzesbegründung¹

- ¹ „Durch die Regelung werden die Jugendämter grundsätzlich verpflichtet, für die von ihnen in Obhut genommenen unbegleiteten ausländischen Minderjährigen umgehend von Amts wegen einen Asylantrag zu stellen, wenn internationaler Schutz in Betracht kommt. Die Verpflichtung bezieht sich auf die für die Inobhutnahme von unbegleiteten ausländischen Minderjährigen zuständigen Jugendämter, also diejenigen Jugendämter, denen das Kind oder der Jugendliche nach § 42b Absatz 3 Satz 1 innerhalb von 14 Tagen zugewiesen wurde oder bei denen der unbegleitete Minderjährige – bei Ausschluss der Verteilung nach § 42b Absatz 4 – zur Inobhutnahme verbleibt. Die neue Regelung ist im Zusammenhang mit den bestehenden Regelungen in § 42 Absatz 2 Satz 4 des Achten Buches Sozialgesetzbuches zu betrachten. Danach ist das Jugendamt während der Inobhutnahme berechtigt und im Ergebnis auch verpflichtet, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes oder des Jugendlichen notwendig sind. Durch die neue Regelung wird in Bezug auf unbegleitete ausländische Minderjährige klargestellt, dass es sich bei der Asylantragstellung um eine solche

¹ BT-Drs. 18/12086, 27.

Rechtshandlung handelt, die regelmäßig zum Wohl des Kindes oder des Jugendlichen ist, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass das Kind oder der Jugendliche internationalen Schutz im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 des Asylgesetzes benötigt. Das bedeutet auch, dass in Bezug auf den Zeitpunkt der Antragstellung auch zu berücksichtigen ist, ob die persönliche Situation des unbegleiteten Minderjährigen die Einleitung des Asylverfahrens zulässt. Ist dies der Fall, dann muss die Antragstellung aber auch unverzüglich erfolgen. Dabei ist das Kind oder der Jugendliche zu beteiligen. Die Verpflichtung des Jugendamtes zur Vornahme von Rechtshandlungen, die zum Wohl des Kindes oder des Jugendlichen notwendig sind, umfasst im Falle der Asylantragstellung für einen unbegleiteten ausländischen Minderjährigen auch die Sicherstellung der Einhaltung von Mitwirkungs- und Handlungspflichten nach dem Asylgesetz (v. a. nach §§ 15, 25, 33 und 71 Asylgesetz). Durch die Regelung wird Kommunen nicht unmittelbar eine neue Aufgabe zugewiesen, da nach § 69 Absatz 1 des Achten Buches Sozialgesetzbuch die Träger der Jugendhilfe durch Landesrecht bestimmt werden.“

Erläuterungen

I. Allgemeines

- 2 Durch das am 29.7.2017 in Kraft getretene „Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht“² wurde § 42 Abs. 2 Satz 5 in das SGB VIII eingefügt. Die neue Vorschrift verpflichtet das Jugendamt, für gem. § 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII in Obhut genommene unbegleitete ausländische Minderjährige „umgehend von Amts wegen einen Asylantrag zu stellen“,³ wenn internationaler Schutz in Betracht kommt.

Folgt man der Gesetzesbegründung, so wird durch die neue Regelung in Bezug auf unbegleitete ausländische Minderjährige klargestellt, dass es sich bei der Asylantragstellung um eine solche Rechtshandlung handelt, die ausschließlich dem Wohl des Kindes oder des Jugendlichen dient, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass das Kind oder der Jugendliche internationalen Schutz im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 des Asylgesetzes benötigt.⁴ Damit wird zugleich suggeriert, es handele sich um eine das Handeln des Jugendamts steuernde Regelung, mit der die Durchsetzung des Kindeswohls effektiviert werden solle.⁵

- 3 Gegen eine solche Sichtweise der neuen Vorschrift spricht freilich bereits der Regelungskontext. Ziel des Gesetzes vom 20. Juli 2017 ist, wie bereits seine Bezeichnung nahelegt und die zahlreichen Einzelvorschriften zur Änderung des Aufenthalts- und Asylrechts belegen, durch gesetzgeberische Maßnahmen „zusätzliche Verbesserungen im Bereich der Rückkehr zu erreichen“. ⁶ Auch die in § 42 Abs. 2 Satz 5 SGB VIII eingefügte Regelung dient diesem Zweck, stellt mithin keineswegs einen Fremdkörper dar, der nur „bei Gelegenheit“ des neuen Gesetzes aufgenommen worden ist. Dem Gesetzgeber liegt also an dieser Stelle **weniger das Wohl** der in Obhut genommenen Kinder und Jugendlichen als die effektive und **beschleunigte Durchsetzung der Ausreisepflicht** am Herzen. Die neue Vorschrift steht im Dienst des Ausländerrechts, nicht der Kinder- und Jugendhilfe.
- 4 Ungeachtet dessen kann es selbstverständlich dem Wohl des Kindes oder Jugendlichen dienen, einen Asylantrag zu stellen, um den aufenthaltsrechtlichen Status auch langfristig, über den Eintritt der Volljährigkeit hinaus abzusichern. Jedes verantwortungsvoll handelnde Jugendamt wird dies tun.

² Vom 20. Juli 2017, BGBl. I, 2780.

³ So die Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/11546, 24. Mit dieser Formulierung wird freilich bereits vom Gesetzeswortlaut abgewichen, der von „unverzüglich“ spricht, ein Begriff, der, wie zu zeigen sein wird, einen durchaus anderen Inhalt hat als „umgehend“.

⁴ Vgl. BT-Drs. 18/11546, 24.

⁵ So wird denn auch prompt erörtert, ob die neue Vorschrift „einen Systembruch (enthält), indem sie konkrete Vorgaben macht, wie die elterliche Sorge zum Wohl des Kindes auszuüben sei“; so Achterfeld, JAmt 2017, 349.

⁶ Vgl. BT-Drs. 18/11546, 1. Deshalb lässt sich über die Intention des Gesetzgebers auch nicht „nur spekulieren“. So aber Achterfeld, JAmt 2017, 349 (350).

Andererseits darf die Neuregelung nicht zu einem Antragsautomatismus führen, da an die Ablehnung eines Asylantrags erhebliche negative aufenthaltsrechtliche Konsequenzen geknüpft sein können.⁷ Vielmehr bedarf es einer sorgfältigen Prüfung im Einzelfall, ob die oder der Minderjährige asylrechtlichen Schutz nicht nur „benötigt“, wie es im Gesetz heißt, sondern nach der Entscheidungspraxis des BAMF und der Verwaltungsgerichte **auch erhalten kann** – zwei Dinge, die sich nicht selten gänzlich voneinander **unterscheiden**.

II. Einzelheiten

1. Verpflichtung zur Asylantragstellung

- 5 Durch die eingefügte Vorschrift wird das Jugendamt verpflichtet, unverzüglich für das Kind oder die oder den Jugendlichen einen **Asylantrag** zu stellen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die oder der Minderjährige internationalen Schutz im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 AsylG benötigt.

An dieser Stelle ergibt sich bereits die erste Unschärfe der Regelung: Mit jedem Asylantrag, den zu stellen sie das Jugendamt verpflichtet, wird gem. § 13 Abs. 2 Satz 1 AsylG „die **Anerkennung als Asylberechtigter** sowie internationaler Schutz im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 beantragt“.

Soll entsprechend dem Wortlaut des Abs. 2 Satz 5 tatsächlich nur internationaler Schutz beantragt werden, muss das Jugendamt den **Asylantrag** gem. § 13 Abs. 2 Satz 2 AsylG **beschränken**. Hier ist also bereits eine erste Weichenstellung möglich und eine Entscheidung zu treffen (zu den Entscheidungsparametern siehe unten Rn.

Hinzu kommt ein weiteres: Gem. § 13 Abs. 2 Satz 3 AsylG bleibt § 24 Absatz 2 AsylG unberührt. Nach dieser Vorschrift obliegt „nach Stellung eines Asylantrags“ dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) „auch die Entscheidung, ob ein **Abschiebungsverbot nach § 60 Absatz 5 oder 7** des Aufenthaltsgesetzes vorliegt“. Das Jugendamt kann also im Fall der Stellung eines Asylantrags gar nicht verhindern, dass auch über das Bestehen dieser nationalen Abschiebungsverbote (mit)entschieden wird.

- 6 **Jugendamt** in diesem Sinne ist das Jugendamt, dem die oder der Minderjährige nach § 42b Abs. 3 SGB VIII zugewiesen wurde, oder bei dem sie oder er bei Ausschluss der Verteilung gem. § 42b Abs. 4 SGB VIII verbleibt. Nicht verpflichtet wird dadurch das Jugendamt, das die oder den Jugendlichen vorläufig in Obhut genommen hat. Da aber auch dieses Jugendamt gem. § 42a Abs. 3 SGB VIII „während der vorläufigen Inobhutnahme berechtigt und verpflichtet ist, alle Rechtshandlungen vorzunehmen die zum Wohle des Kindes oder des Jugendlichen notwendig sind“, darf auch dieses Jugendamt einen Asylantrag stellen, ohne aber dazu verpflichtet zu sein.

Auch die **Vormundin oder der Vormund**, deren Bestellung gem. § 42 Abs. Abs. 3 Satz 4 SGB VIII vom Jugendamt unverzüglich zu veranlassen ist, werden von der Vorschrift bereits deshalb **nicht erfasst**, weil die an Abs. 2 Satz 4 anknüpft und die Stellung eines Asylantrags zu einer der dort genannten Rechtshandlungen erklärt.

Die Vorschrift betrifft deshalb nur einen **überschaubaren Zeitraum** zwischen Beginn der endgültigen Inobhutnahme und Bestellung eines Vormunds. Berichtet wird, dass nach Inkrafttreten des UMG die Familiengerichte erheblich schneller über die Bestellung eines Vormunds entscheiden, so dass es um einen Zeitraum von Tagen bis wenigen Wochen gehe.⁸

- 7 Der Asylantrag ist nach der neuen Vorschrift in Fällen zu stellen, in denen „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass das Kind oder der Jugendliche internationalen Schutz im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 des Asylgesetzes benötigt“.

⁷ So stellt jeder nach Ablehnung des Asylantrags etwa wegen Veränderung der Sachlage gestellte weitere Asylantrag gem. § 72 AsylG einen Folgeantrag dar, der bereits erhebliche formale Hürden zu überwinden hat, um Erfolg zu haben. Aufenthaltsrechtlich verhindert § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG nach abgelehntem Asylantrag die Erteilung bestimmter Aufenthaltstitel, vgl. dazu NK-Ausländerrecht/Müller, § 10 AufenthG Rn. 16 ff.

⁸ Vgl. Achterfeld, JAmt 2017, 349 (350).

Internationaler Schutz wird gewährt in Form

- der Flüchtlingsanerkennung (§§ 3 ff. AsylG) oder
- des subsidiären Schutzes (§ 4 AsylG).⁹

Die Pflicht zur Antragstellung nach § 42 Abs. 2 Satz 5 SGB VIII bezieht sich nur auf den internationalen Schutz in vorgenanntem Sinn. Weitere Anträge **müssen nicht** gestellt werden, sind aber auch **nicht ausgeschlossen**. Möglich sind also

- ein Antrag auf politisches Asyl nach Art. 16a Abs. 1 GG¹⁰ sowie
- ein Antrag auf Zuerkennung von nationalem Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG, soweit über diesen nicht ohnehin zusammen mit dem Asylantrag entschieden wird (vgl. dazu oben Rn. 5).¹¹

Auch diese beiden Schutzformen hat das in Obhut nehmende Jugendamt in den Blick zu nehmen, auch wenn eine Verpflichtung zur diesbezüglichen Antragstellung nicht besteht.¹²

- 8 Bei der Entscheidung über den zu stellenden Schutzantrag sind nicht nur die (unterschiedlichen) Voraussetzungen der Schutzgewährung, sondern auch der im Erfolgsfall jeweils resultierende Aufenthaltsstatus zu berücksichtigen.

So ist

- einem **Asylberechtigten** gem. §§ 25 Abs. 1, 26 Abs. 1 Satz 2 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis für drei Jahre,
- einem **anerkannten Flüchtling** gem. §§ 25 Abs. 2, 26 Abs. 1 Satz 2 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis für drei Jahre,
- einem **subsidiär Schutzberechtigten** gem. § 25 Abs. 2, 26 Abs. 1 Satz 3 eine Aufenthaltserlaubnis zunächst für ein Jahr, bei Verlängerung für zwei weitere Jahre

zu erteilen.

Besteht ein **Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG**, soll gem. §§ 25 Abs. 3, 26 Abs. 1 Satz 4 für mindestens ein Jahr erteilt werden. Sie wird nicht erteilt, wenn die Ausreise in einen anderen Staat möglich und zumutbar ist oder der Ausländer wiederholt oder gröblich gegen entsprechende Mitwirkungspflichten verstößt.

2. Prüfpflichten des Jugendamtes

- 9 Der Entscheidung über eine Asylantragstellung hat – worauf auch die Gesetzesbegründung hinweist – eine sorgfältige Prüfung voranzugehen.

Diese betrifft zum einen die Frage, „ob die persönliche Situation des unbegleiteten Minderjährigen die Einleitung des Asylverfahrens zulässt“.¹³ Da das Asylverfahren in jedem Fall mit Belastungen – etwa

⁹ Hinsichtlich der jeweiligen Voraussetzungen muss auf die asylrechtliche Literatur verwiesen werden. Vgl. etwa Hofmann (Hrsg.), Nomos-Kommentar Ausländerrecht. Zur aufenthaltsrechtlichen Situation unbegleiteter Minderjähriger vgl. Hocks/Leuschner, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge: Vertretung, Asylverfahren, Aufenthalt. Ein Leitfaden für die Praxis, Regensburg 2017

¹⁰ Auch insoweit muss auf die asylrechtliche Literatur verwiesen werden. Vgl. zu den Voraussetzungen eines Asylanspruchs etwa NK-AusIR/Möller, Art. 16a GG Rn. 6 ff.;

¹¹ Vgl. zu den Voraussetzungen des nationalen Abschiebungsschutzes NK-AusIR/Stiegeler, § 60 AufenthG Rn. 20 ff., 31 ff.

¹² A.A. Achterfeld, JAmt 2017, 349 (351). Soweit der Antrag auf Asyl nach Art. 16a Abs. 1 GG in Rede steht, ist dieser ohnehin gem. § 13 AsylG vom Asylantrag umfasst, sofern die Antragstellerin oder der Antragsteller dies nicht ausdrücklich ausschließt. Im Fall der Asylantragstellung entscheidet das BAMF gem. § 24 Abs. 2 AsylG auch ohne ausdrückliche Antragstellung über das Bestehen eines nationalen Abschiebungsverbots. Siehe dazu unten.

einer Anhörung beim BAMF oder dem Verwaltungsgericht – verbunden ist, muss zunächst geprüft werden, ob die oder der Betroffene aufgrund seiner physischen und psychischen Verfassung in der Lage ist, diese zu bewältigen. Insbesondere erlittene Verfolgungen, physische und psychische Verletzungen vor und während der Flucht, Traumatisierungen oder die Trennung von Eltern, Geschwistern oder sonstigen Angehörigen können so gravierend sein, dass sie die Beteiligung an einem solchen Verfahren unmöglich machen oder unzumutbar erschweren. Insbesondere Traumatisierungen können darüber hinaus verhindern, dass die Betroffenen sich über das Erfahrene und Erlittene zu offenbaren, was für zur Substantiierung eines erfolgversprechenden Schutzgesuchs aber unabdingbar ist.

- 10 Zu prüfen ist weiterhin, ob ein Asylantrag überhaupt **Erfolgsaussicht** hat. Deren Beurteilung setzt zum einen Kenntnis der einschlägigen asyl-, asylverfahrens- und aufenthaltsrechtlichen Vorschriften voraus. Da solche beim Jugendamt nicht ohne weiteres vorhanden sind, stellt sich die Frage nach der Bestellung eines Ergänzungspflegers (§ 1909 BGB) in asyl- und ausländerrechtlichen Angelegenheiten, etwa eines insoweit erfahrenen Rechtsanwalts. Dies hat der BGH allerdings in Bezug auf einen Vormund abgelehnt. Er hält diesen bei fehlender juristischer Sachkunde für verpflichtet, sich seinerseits um Rechtsberatung bzw. anwaltliche Vertretung im gerichtlichen Verfahren zu bemühen.¹⁴ In den hier vorliegenden Fällen des § 42 Abs. 1 Satz 5 SGB VIII dürfte allerdings bereits aufgrund des kurzen in Rede stehenden Zeitrahmens eine solche Bestellung nur ausnahmsweise in Betracht kommen.

Die Beurteilung der Erfolgsaussicht eines Asylbegehrens setzt weiterhin Kenntnis der Entscheidungspraxis des BAMF sowie der zuständigen Verwaltungsgerichte voraus. Schließlich sind Kenntnisse der Verhältnisse im jeweiligen Herkunftsland erforderlich, um das individuelle Schicksal der oder des Minderjährigen einordnen und beurteilen zu können

3. Kein Antragsautomatismus

- 11 Stellt das Jugendamt den mit der Gesetzesänderung intendierten Asylantrag nicht, bedeutet dies keineswegs, dass es damit die ihm obliegenden Verpflichtungen verletzt. Bereits der Gesetzeswortlaut steht einer solchen Annahme entgegen. Er verpflichtet zur „unverzüglichen“ Antragstellung. Das bedeutet nach der für die gesamte Rechtsordnung übernommenen Legaldefinition des § 121 BGB, dass die Antragstellung „**ohne schuldhaftes Zögern**“, also nicht etwa **sofort** oder **umgehend** zu erfolgen hat. Bereits die Notwendigkeit einer sorgfältigen Prüfung der Antragsvoraussetzung sowie die in Satz 5 letzter Hs. angeordnete Beteiligung der betroffenen Minderjährigen stehen einer sofortigen oder auch nur schleunigen Antragstellung entgegen.

Nicht herangezogen werden kann insoweit der Drei-Tage-Zeitraum, den das BVerwG für die unverzügliche Benachrichtigung des Vormundschafts- bzw. Familiengerichts gem. § 42 Abs. 3 Satz 4 SGB VIII zwecks Bestellung eines Vormunds oder Pflegers angenommen hat, weil dieser regelmäßig keine umfangreichen Ermittlungen voranzugehen haben.¹⁵

Wenig tauglich, aber immerhin sachnäher ist auch der Zeitraum von zwei Wochen, der für eine unverzügliche Antragstellung i. S. d. § 26 Abs. 1 Nr. 3 AsylG auf Familienasyl als regelmäßig angemessen angesehen wird. Auch in diesem Kontext wird allerdings darauf hingewiesen, dass im Einzelfall eine längere Frist notwendig sein kann.¹⁶

¹³ So BT-Drs. 18/11546, 24.

¹⁴ BHGH, Urt. v. 29.5.2013, XII ZB 124/12, openjur.de; zur Problematik und weiteren Einzelheiten vgl. PK-SGB VIII/Möller, § 42 Rn. 50 f. m.w.N.

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 24.6.1999, 5 C 24/98, https://judicialis.de/Bundesverwaltungsgericht_BVerwG-5-C-24-98_Urteil_24.06.1999.html; die Entscheidung betont zu Recht, dass dem Jugendamt eine angemessene Zeit zur Prüfung und Entscheidung bleibe, welche sich durch die Sorge um das Wohl des Minderjährigen bestimme.

¹⁶ Vgl. NK-AuslR/Schröder, § 26 AsylG Rn. 15 mwN.

Ob ein Hinauszögern der Antragstellung **schuldhaft** ist, hängt immer von den Umständen des Einzelfalls ab. Im Zweifel dürfte eine (übereilte) Antragstellung ohne sorgfältige vorgängige Prüfung unter Beteiligung des jungen Menschen sorgfaltswidrig sein.

Darüber hinaus besteht die **Verpflichtung nur dann**, wenn das Kind oder die oder Jugendliche den zu beantragenden internationalen Schutz „benötigt“. Dieser Begriff kann nur dahin verstanden werden, dass internationaler Schutz benötigt wird und auch erlangt werden kann, der Antrag also erfolgversprechend ist. Niemand sollte dem Gesetzgeber an dieser Stelle unterstellen, er habe zur Stellung aussichtsloser Anträge verpflichtet wollen. Kommt das Jugendamt also nach sorgfältiger Prüfung zu dem Ergebnis, dass mangels Erfolgsaussicht nicht internationaler Schutz, sondern die Feststellung eines nationalen Abschiebungsverbots nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG zu beantragen oder eine aufenthaltsrechtliche Sicherung des Verbleibs in der Bundesrepublik angestrebt werden soll,¹⁷ so liegt auch darin kein Verstoß gegen die neue Regelung.

Eine sofortige Asylantragstellung ist nur dann anzuraten, wenn unmittelbar drohende Nachteile abzuwenden sind. Das ist etwa der Fall, wenn der Eintritt der Volljährigkeit unmittelbar bevorsteht und die Zuständigkeit für einen danach gestellten Asylantrag nach der Dublin III-VO bei einem anderen Mitgliedstaat läge.

Unbeschadet aller vorstehenden Überlegungen bleibt auch ein wirklicher Verstoß gegen die Verpflichtung nach § 42 Abs. 2 Satz 5 SGB VIII – unabhängig von den Gründen – jugendhilferechtlich folgenlos.

4. Beteiligung des betroffenen jungen Menschen

- 12 Nach Abs. 2 Satz 5 letzter Hs. ist das **Kind oder die oder der Jugendliche** „dabei“ zu **beteiligen**. Die Pflicht zur Beteiligung¹⁸ gilt sowohl für die Entscheidung darüber, ob, ggfs. welcher und zu welchem Zeitpunkt ein (Asyl)Antrag gestellt wird, als auch für das Asylverfahren selbst. Letzteres unterliegt allerdings nicht mehr dem rechtlichen Regime des Kinder- und Jugendhilferechts, sondern dem des Asylgesetzes.

Beteiligung bedeutet zunächst, die Betroffenen umfassend über ihre aufenthaltsrechtliche Situation und die Handlungsmöglichkeiten und -alternativen aufzuklären ist. Nur diese Aufklärung über die maßgeblichen Entscheidungskriterien und die Folgen einer unterbleibenden oder „verspäteten“ Antragstellung sowie die Konsequenzen eines erfolgreichen oder (ganz oder teilweise) abgelehnten Antrags versetzt diese in die Lage, mögliche eigene Fehlvorstellungen zu überdenken und zu korrigieren, einen eigenen Willen hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahmen zu entwickeln und zusammen mit den Fachkräften des Jugendamts eine qualifizierte und tragfähige Entscheidung zu treffen. Bereits in diesem Stadium ist die Zuziehung eines qualifizierten Dolmetschers erforderlich.

Ob ein Schutzantrag gestellt wird, hängt nicht nur von der **physischen und psychischen Verfassung** des jungen Menschen, sondern vor allem von dessen prognostizierbaren Erfolgsaussichten ab. Auch zu deren Beurteilung ist die Beteiligung unabdingbar erforderlich. Regelmäßig kann nur die oder der Betroffene Angaben zu dem von ihr oder ihm erlittenen Schicksal machen. Dieses Schicksal offen zu legen, oder überhaupt mitteilbar zu machen, erfordert nicht nur hohe Sensibilität, sondern vor allem auch Zeit. Entgegen einer mitunter in BAMF-Bescheiden verbreiteten Chimäre, wonach es „wirklich Verfolgte“ geradezu danach dränge, ihr erlittenes Schicksal zu offenbaren, ist Vieles überhaupt erst nach langer Zeit und auf der Grundlage einer Vertrauensbeziehung aussprechbar.

¹⁷ Vgl. zu den beiden Wegen der Aufenthaltssicherung Hocks/Leuschner 2017, 66 ff.

¹⁸ Es handelt sich dabei entgegen Achterfeld, JAmt 2017, 349 (350) nicht um eine Voraussetzung für das Entstehen der Verpflichtung zur Prüfung der Antragstellung. Eine Antragstellung ohne Beteiligung des jungen Menschen würde zwar der Konzeption der vorläufigen bzw. endgültigen Inobhutnahme und dem Gesetzeswortlaut widersprechen, wäre asylrechtlich gleichwohl in vollem Umfang wirksam.

Wenn der Gesetzgeber gleichwohl das Jugendamt verpflichtet, in dem kurzen Zeitraum zwischen endgültiger Inobhutnahme und Bestellung eines Vormunds oder Pflegers¹⁹ einen Asylantrag zu stellen, so ist dies neben dem Gesetzgebungskontext weiterer Beleg dafür, dass ihn weniger die Sorge um das Kindeswohl als die Beschleunigung des Asylverfahrens und der Aufenthaltsbeendigung angetrieben hat.²⁰

5. Asylverfahrensrechtliche Fragen

- 13 Bleibt sie auch jugendhilferechtlich ohne Folgen, könnte eine **unterbliebene Antragstellung** zu einem späteren Zeitpunkt, insbesondere im Falle einer späteren Asylantragstellung negative asyl(verfahrens)rechtliche Konsequenzen haben.

Grundsätzlich kann eine verspätete Antragstellung gem. § 30 Abs. 3 Nr. 4 AsylG dazu führen, dass der Asylantrag – sofern er unbegründet ist – als offensichtlich unbegründet abgelehnt wird. Eine solche Tenorierung bringt nicht nur eine erhebliche Verkürzung des Rechtsschutzes mit sich (vgl. § 36 AsylG), sondern sperrt gem. § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG auch die Erteilung eines Aufenthaltstitels, sofern diese im Ermessen der Ausländerbehörde steht. Die Anwendung von § 30 Abs. 3 Nr. 4 AsylG ist gem. Art. 25 Abs. 6 VerfahrensRL nur in Ausnahmefällen zulässig.

6. Aufgaben des Jugendamtes im Fall der Asylantragstellung

- 14 Entschließt sich das Jugendamt im Einvernehmen mit dem Kind oder der oder dem Jugendlichen, einen Asylantrag zu stellen, so unterliegt dieser in vollem Umfang den Vorschriften des AsylG, deren Einhaltung zu beachten ist.

Das bedeutet im Einzelnen:

Der **Asylantrag** ist gem. § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 3 AsylG **schriftlich** bei der Zentrale des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge in Nürnberg zu stellen. Wird der irrtümlich bei der Ausländerbehörde gestellt, ist diese gem. § 14 Abs. 2 Satz 2 AsylG verpflichtet, den Antrag unverzüglich dem BAMF zuzuleiten.

Wird ein isolierter Antrag auf Feststellung eines Abschiebungsverbots nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG ohne Asylantrag gestellt, ist dafür die Ausländerbehörde zuständig,²¹ die gem. § 72 Abs. 2 AufenthG nach vorheriger Beteiligung des BAMF entscheidet.

- 15 **Inhaltlich** ist zu klären, ob auch die Asylberechtigung beantragt oder Antrag gem. § 13 Abs. 2 Satz 2 AsylG auf die Zuerkennung internationalen Schutzes beschränkt wird. Nicht zur Disposition des Antragstellers steht, dass das BAMF gem. § 13 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 24 Abs. 2 AsylG auch entscheidet, ob ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG („nationaler Abschiebungsschutz“) besteht.

Zu klären ist ferner, ob der Asylantrag nur mit dem Mindestinhalt nach § 13 Abs. 1 AsylG gestellt oder bereits schriftlich vollumfänglich begründet wird, auch mit dem Ziel, eine Anhörung nach §§ 24, 25 AsylG überflüssig zu machen. Die Entscheidung darüber hängt auch davon ab, ob der betroffene junge Mensch bereits in der Lage ist, eine solche Anhörung zu absolvieren.²²

Wird der Asylantrag bereits in vollem Umfang schriftlich begründet, so macht das eine Anhörung nicht unzulässig. Findet sie statt, besteht die Gefahr, dass die oder der Betroffene darin Angaben macht, die vom schriftlich Vorgetragenen abweichen („widersprüchliches Vorbringen“) oder sie oder er von der anhörenden Person in Widersprüche verwickelt wird oder Ergänzungen in der mündlichen

¹⁹ Achterfeld, JAmt 2017, 349 (350), spricht von einem Zeitraum von wenigen Tagen oder Wochen.

²⁰ Die Gesetzesänderung steht damit ganz in der Tradition der Geschichte des Asylverfahrens in der Bundesrepublik, die eine Geschichte der Beschleunigung ist.

²¹ Vgl. NK-AusIR/Möller/Stiegeler, § 60 AufenthG Rn. 47.

²² Vgl. zur Antragstellung und zur Frage einer ausführlichen schriftlichen Begründung Hocks/Leuschner 2017, S. 132 ff.

Anhörung als sog. „gesteigertes Vorbringen“ und der Vortrag insgesamt als unglaubhaft qualifiziert wird.²³

In jedem Fall bedarf die Anhörung beim BAMF, die für die Betroffenen eine erhebliche Belastung darstellt, der sorgfältigen Vorbereitung.²⁴

- 16** Im Asylverfahren besteht eine Reihe von **Mitwirkungspflichten**, für deren Beobachtung und Erfüllung das Jugendamt Sorge zu tragen hat. Die wichtigsten Mitwirkungspflichten enthält § 15 AsylG. Die Nichterfüllung von Mitwirkungspflichten ist vielfach verfahrens- oder materiellrechtlich sanktioniert. Wichtigste Sanktionen die Rücknahmefiktion wegen Nichtbetreibens des Asylverfahren gem. § 33 AsylG sowie die Ablehnung eines unbegründeten Asylantrags gem. § 30 Abs. 3 Nr. 5 AsylG als offensichtlich unbegründet.²⁵

Angesichts des kurzen Zeitraums, für den die Verpflichtung des Jugendamtes nach § 42 Abs. 2 Satz 5 SGB VIII besteht, ist eine Entscheidung über den Asylantrag nicht wahrscheinlich, aber auch nicht ausgeschlossen. Wird er abgelehnt, so hat das Jugendamt die Einlegung des gegebenen Rechtsmittels zu prüfen und im Zweifel dieses einzulegen.

Es handelt sich dabei um Streitigkeiten nach dem AsylG, die gem. § 82b AsylG gerichtskostenfrei sind.

d) Wird ein Vormund oder Pfleger bestellt, ist das Jugendamt verpflichtet, diesen unter Übergabe aller im Verfahren angefallenen Vorgänge über Verlauf und Stand des Verfahrens umfassend zu informieren.

²³ Vgl. auch Hocks/Leuschner 2017, 135.

²⁴ Siehe dazu NK-AuslR, 8.4a Merkblatt für Flüchtlinge zur Anhörung beim Bundesamt.

²⁵ Wegen Einzelheiten zum Asylverfahren muss auf asylrechtliche Spezialliteratur verwiesen werden. Von hohem Gebrauchswert sind etwa die Ausführungen von Hocks/Leuschner 2017, 130 ff.