

Anika Vitr

Inobhutnahme minderjähriger Flüchtlinge bei Kontakterhalt mit den Eltern

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft

Wissenschaftliche Beiträge
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft

Band 148

Anika Vitr

Inobhutnahme minderjähriger Flüchtlinge bei Kontakterhalt mit den Eltern

Tectum Verlag

Anika Vitr

Inobhutnahme minderjähriger Flüchtlinge bei Kontakterhalt mit den Eltern

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag

Reihe: Rechtswissenschaft; Bd. 148

Zugl. Diss. WWU Münster 2020

Eingereicht unter dem Originaltitel *„Inobhutnahme unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge durch das Jugendamt – insbesondere in den Fällen des steten Kontakterhalts mit den Eltern im Ausland“*

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021

ePDF 978-3-8288-7691-0

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN

978-3-8288-4621-0 im Tectum Verlag erschienen.)

ISSN 1861-7875

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Begrifflichkeiten	5
I. umF vs. umA	5
1. minderjährig	7
2. Ausländer	7
3. Flüchtling	8
4. unbegleitet	9
5. Fazit	12
II. Inobhutnahme	13
C. Statistische Hintergrundinformationen	17
I. Herkunftsländer	18
II. Asylantragstellung	19
III. Inobhutnahmen in Deutschland	20
IV. Alter und Geschlecht der umF	22
V. Gesundheitliche Verfassung der umF	24
VI. Fazit	26
D. Ablauf des Verfahrens der Inobhutnahme von umF	29
E. Vorläufige Inobhutnahme gem. § 42a SGB VIII	33
I. Zuständigkeit	33
II. Erstscreening/Clearing	33
1. Einschätzung nach § 42a Abs. 2 SGB VIII	34
a) Gefährdung Kindeswohl durch Verteilungsverfahren	34

b) Aufenthalt von verwandter Person im In- oder Ausland	36
c) Gemeinsame Inobhutnahme mit Geschwistern oder anderen Minderjährigen	38
d) Ausschluss der Verteilung wegen Gesundheitszustand	38
2. Beteiligung Minderjähriger / Beiziehung Dolmetscher	39
3. Möglichkeit der Benachrichtigung einer Vertrauensperson	39
4. Altersfeststellung nach § 42f SGB VIII	40
a) Art der Feststellung	41
aa) Einsicht Ausweispapiere	41
bb) Qualifizierte Inaugenscheinnahme	41
cc) Ärztliche Untersuchung	42
aaa) Aufklärung	46
bbb) Zustimmung zur Untersuchung	46
ccc) Röntgen	48
(1) Röntgenstrahlung zulässig	48
(2) Röntgenstrahlung unzulässig	51
(3) Eigene Ansicht	53
dd) Ergebnis der Untersuchung	57
b) Vorläufige Inobhutnahme bei ungeklärtem Alter zwingend?	58
aa) Keine vorläufige Inobhutnahme bei ungeklärtem Alter	58
bb) Vorläufige Inobhutnahme bei ungeklärtem Alter	58
cc) Eigene Ansicht	59
c) Bindungswirkung der Altersfeststellung	60
5. Rechtliche Vertretung, § 42a Abs. 3 SGB VIII	61
6. Vorläufige Unterbringung bei geeigneter Person	65
7. Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG	66
a) Eingriff in den Schutzbereich	66
aa) Schutzbereich betroffen	66
bb) Eingriff	66
b) Rechtfertigung des Eingriffs	67
aa) Schranke	67
bb) Schranken-Schranke	68
aaa) Geeignetheit	68
bbb) Erforderlichkeit	69
ccc) Angemessenheit	69
III. Verteilungsanzeige durch Landesjugendamt	70

IV. Entscheidung über Verteilung durch Bundesverwaltungsamt	70
V. Zuweisung an geeignetes JA durch LJA des Aufnahmelandes	71
VI. Übermittlung notwendiger Daten / Transfer zum Zuweisungsjugendamt	73
F. Inobhutnahme gem. § 42 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII	75
I. Erstkontakt / Aufklärung Sachverhalt	76
II. Sorge um das Wohl	76
III. Vertretung durch Jugendamt	77
IV. Inobhutnahme als Verwaltungsakt	78
V. Bekanntgabe des Verwaltungsaktes	79
1. Inobhutnahme ist eine Sozialleistung	80
2. Inobhutnahme ist keine Sozialleistung	81
3. Eigene Ansicht	85
a) Argumente gegen die Ansicht von OVG HH, VG Göttingen und Tillmanns	85
b) Argumente gegen die Ansicht von Kepert	86
c) Argumente gegen die Ansicht von Trenczek	86
d) Fazit	87
4. Wirksamwerden bei Nichterreichbarkeit der Eltern	89
a) Unmittelbare Ausführung bzw. Sofortvollzug	90
b) Faktische Durchführung gem. § 42 SGB VIII	90
c) Eigene Ansicht	91
VI. Bestellung Vormund	92
1. Erfordernis der Vormundschaftsbestellung	92
2. Internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte	93
3. Anwendbares Recht	96
4. Unverzügliche Anrufung Familiengericht	98
5. Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge durch Familiengericht	99
a) Minderjährig	100
aa) Begrenzung der Amtsermittlungspflicht	101
bb) Keine Begrenzung der Amtsermittlungspflicht	102
cc) Eigene Ansicht	102

b) Tatsächliches Ausübungshindernis bzgl. Sorgerecht	105
aa) Unstreitige Ausgangssituation bzgl. Auslandsaufenthalt der Eltern	105
bb) Hinderungsgründe	106
aaa) Unbekannter Aufenthalt der Eltern	106
bbb) Konkrete Anforderungen an Kontaktmöglichkeiten	109
ccc) Instabile politische Verhältnisse	114
ddd) Fehlende Reisemöglichkeit	119
cc) Stellungnahme	125
aaa) Aufgaben der elterlichen Sorge	125
(1) Pflege und Erziehung	127
(a) Ernährung und Bekleidung	129
(b) Geistige, seelische, sittliche und körperliche Entwicklung und körperliche Pflege	130
(c) Gesundheit	132
(d) Fazit zu Pflege und Erziehung	135
(2) Aufsicht	135
(3) Aufenthaltsbestimmung	136
(4) Ausbildung / Beruf	137
(5) Einhaltung Schulpflicht	140
(6) Herausgabe des Kindes	144
(7) Umgang des Kindes	145
(8) Vermögenssorge	147
(9) Vertretung des Kindes	148
(10) Einwilligung und Genehmigung	150
(11) Zusammenfassung: Welche Aufgaben/Rechte können aus dem Ausland ausgeübt werden?	151
bbb) Wesentlichkeit der Aufgaben der elterlichen Sorge	155
dd) Fazit	156
ee) Umfang der Kontaktpflicht der Sorgeberechtigten	158
c) Dauer des Ausübungshindernisses	160
aa) Keine endgültige Verhinderung	161
bb) Endgültige Verhinderung reicht auch	162
cc) Eigene Ansicht	162
d) Umfang des Ausübungshindernisses	166
aa) Unerheblich, bzgl. welcher Aufgaben Verhinderung besteht	167
bb) Verhinderung nur bzgl. abgrenzbarer Teilbereiche	167

cc) Eigene Ansicht	167
6. Stärkere Einflussnahme durch Eltern im Ausland als durch deutschen Vormund	168
7. Auswahl des Vormunds	169
8. Aufhebung der Vormundschaft	178
9. Ablauf des gerichtlichen Verfahrens	179
VII. Alternativen zur Vormundschaftsbestellung	181
1. Ergänzungspflegschaft	182
a) Vorübergehende Verhinderung an Ausübung der gesamten elterlichen Sorge	184
aa) Bestellung eines Pflegers	184
bb) Bestellung eines Vormunds	184
cc) Eigene Ansicht	184
b) Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bestellung	185
aa) Zustellung an Eltern nur nötig, wenn Eltern Beteiligte des Verfahrens sind	186
bb) Bestellung erst wirksam nach Zustellung der Entscheidung an Eltern	186
cc) Eigene Ansicht	186
c) Ergänzungspfleger / Mitvormund zur Vertretung in ausländerrechtlichen Angelegenheiten	188
aa) Bisheriger Meinungsstreit	188
aaa) Bestellung eines Mitvormunds nicht möglich	191
bbb) Bestellung eines Ergänzungspflegers möglich	192
ccc) Bestellung eines Mitvormunds möglich	193
ddd) Entscheidung des BGH	196
eee) Gesetzliche Klärung durch Neuregelung in § 42 Abs. 2 S. 5 SGB VIII?	197
fff) Reformvorhaben	198
bb) Stellungnahme	198
aaa) Vergleich zur Vermögensverwaltung	199
bbb) Auslegung europäischer Regelungen	200
(1) Art. 6 Dublin-III-Verordnung	200
(2) Art. 25 RL 2013/32/EU	201
(3) Art. 24 RL 2013/33/EU	204
ccc) Fazit	204
2. Übertragung von Aufgaben der elterl. Sorge auf eine Pflegeperson	205

3. Beistand	207
4. Rechtliche Betreuung	207
5. Zusätzlicher Pfleger für Teilbereiche der elterlichen Sorge	207
6. Sorgerechtsvollmachtserteilung zur Ausübung der elterlichen Sorge	210
a) Sorgerechtsvollmacht zur Verhinderung des Ruhens bei umF möglich?	213
aa) Sorgerechtsvollmachtserteilung bei umF möglich	213
bb) Schwierigkeiten bei Sorgerechtsvollmachtserteilung	214
cc) Eigene Ansicht	216
b) Voraussetzungen für Sorgerechtsvollmacht	219
aa) Vereinbarung	219
aaa) Kooperation nicht erforderlich	220
bbb) Kooperation erforderlich	220
ccc) Eigene Ansicht	221
bb) Form der Vollmacht	222
cc) Widerruflichkeit	223
dd) Echtheit der Vollmacht	226
ee) Geschäftsfähigkeit der Vertragspartner	226
ff) Bevollmächtigter	227
gg) Inhalt der Vollmacht	229
c) Sonstiges zur Sorgerechtsvollmacht	231
aa) Vergütung für Bevollmächtigte	231
bb) Verzicht auf Sorgerecht	232
cc) Möglichkeit der Beantragung von Hilfen zur Erziehung	233
d) Fazit zur Sorgerechtsvollmachtserteilung	233
7. Fazit – Geeignetste Variante	236
VIII. Verletzung der Elternrechte aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG	238
1. Eingriff in den Schutzbereich	238
a) Schutzbereich betroffen	238
aa) Sachlicher Schutzbereich	239
bb) Persönlicher Schutzbereich	240
aaa) Keine Geltung für sich im Ausland aufhaltende Eltern von umF	240
bbb) Geltung für sich im Ausland aufhaltende Eltern von umF	240
ccc) Eigene Ansicht	241
b) Eingriff in den Schutzbereich	244

2. Rechtfertigung des Eingriffs	245
a) Schranke (das Grundrecht einschränkende Gesetz)	245
aa) Erziehungspflicht der Eltern	245
bb) Wächteramt des Staates	246
cc) Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten des Kindes	246
dd) Aufsicht des Staates über Schulwesen, Art. 7 Abs. 1 GG	246
b) Schranken-Schranken (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)	247
aa) Geeignetheit	248
bb) Erforderlichkeit	248
cc) Angemessenheit	249
IX. Verletzung des Rechts des Kindes von seinen Eltern erzogen zu werden gem. Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG	250
X. Verletzung des Rechts auf Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG	251
1. Schutzbereich betroffen	252
2. Eingriff in den Schutzbereich	252
3. Rechtfertigung des Eingriffs	252
a) Schranke	252
b) Schranken-Schranken	253
XI. Clearingverfahren / Hilfeplanverfahren	253
XII. Dauer der Inobhutnahme	254
XIII. Beenden der Inobhutnahme	257
1. Übergabe an Personensorge- oder Erziehungsberechtigte	258
2. Entscheidung über Gewährung von Hilfen	258
a) Ende der Inobhutnahme mit Beginn der Leistungsgewährung	259
b) Ende der Inobhutnahme mit Entscheidung über Hilfestellung	260
c) Eigene Ansicht	260
3. Entweichen des Minderjährigen	260
a) Faktische Beendigung der Inobhutnahme durch Entweichen	261
b) Beendigung bei Entweichen nur durch Verwaltungsakt	262
c) Eigene Ansicht	263
4. Kein Beenden auf Wunsch des Minderjährigen	263
XIV. Anschlussversorgung / Unterbringung	264

G. Zusammenfassung	265
Abkürzungsverzeichnis	269
Abbildungsverzeichnis	273
Literaturverzeichnis	275

A. Einleitung

Migration nach Deutschland gibt es schon lange, zum Beispiel Gastarbeiter und ihre Familien sowie Flüchtlinge zur Zeit des Jugoslawienkrieges. Aber der Umstand, dass Minderjährige ohne ihre Eltern einreisen ist relativ neu. Der UNHCR hat im Jahr 2017 angefangen, die Anzahl der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge zu registrieren.¹ 2018 haben 53 Länder insgesamt 111.000 unbegleitete minderjährige Flüchtlinge gemeldet. Es wird davon ausgegangen, dass die tatsächliche Anzahl noch deutlich höher liegt, weil viele Länder mit hohen Flüchtlingszahlen den Anteil der minderjährigen unbegleiteten Flüchtlinge nicht erfassen. Die Zahl der Inobhutnahmen in Deutschland ist seit 2010 kontinuierlich gestiegen. Seit 2016 sind sie wieder rückläufig. Im Jahr 2018 wurden in Deutschland insgesamt 12.211 unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in Obhut genommen.² Die genauen Zahlen – auch der Vorjahre – werden in Abschnitt C. dargestellt.

Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge sind besonders schutzbedürftig. Gem. Art. 22 iVm Art. 3 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen (VN-KRK) haben sie ein Recht darauf, ihrem Kindeswohl entsprechend untergebracht, versorgt und betreut zu werden, denn ihnen ist danach derselbe Schutz zu gewähren, wie jedem anderen Kind, das aus irgendeinem Grund dauernd oder vorübergehend aus seiner familiären Umgebung herausgelöst ist. Nach der Einreise müssen die angemessene Versorgung und Unterkunft daher sichergestellt werden. Sie benötigen einen Vertreter, um beispielsweise einen Asylantrag stellen zu können oder einen Ausbildungsvertrag zu unterzeichnen.

-
- 1 UNHCR, Global Trends - Forced Displacement in 2018, [www.uno-fluechtlingshilfe.de/fileadmin/redaktion/PDF/UNHCR/Global_Trends_2018.pdf](https://fileadmin/redaktion/PDF/UNHCR/Global_Trends_2018.pdf) (09.06.2020), S. 49; dort auch die folgenden Zahlen.
 - 2 Statistisches Bundesamt, Vorläufige Schutzmaßnahmen für Kinder und Jugendliche: Deutschland, Jahre, Anlass der Maßnahme, www-genesis.destatis.de/genesis/online?sequenz=tabelleErgebnis&selectionname=22523-0001 (09.06.2020).

Dies hat schnellstmöglich zu erfolgen, denn unbegleitete minderjährige Flüchtlinge fühlen sich sehr häufig durch die aufenthaltsrechtliche Situation beeinträchtigt. Viele haben Angst vor der Zukunft.³ Sie benötigen im Alltag feste Strukturen, Beständigkeit und Kontinuität bezüglich des sozialen Umfelds und des Wohnumfelds. In schwierigen Situationen ist die Unterstützung einer Vertrauensperson (aus professionellem, freundschaftlichem oder familiärem Umfeld) sehr hilfreich.⁴ Insofern brauchen unbegleitete minderjährige Flüchtlinge eine schnelle Perspektive für ihre Zukunft, um etwaige Trauma verarbeiten zu können und sich ohne Angst und Unsicherheit gut entwickeln zu können.⁵ Daher ist die Unterbringung der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge und die Klärung ihrer aufenthaltsrechtlichen Perspektive sehr wichtig. Dies geschieht im Rahmen der Inobhutnahme durch das Jugendamt.

Unbegleitete Minderjährige sind unzweifelhaft besonders schutzbedürftig. Das Kindeswohl ist stets der Leitfaden, nach dem es sich zu richten gilt.⁶ Es stellt sich aber die Frage, mit welcher unterstützenden Leistung dem Kindeswohl am ehesten entsprochen wird. Ist es die Inobhutnahme mit anschließender Vormundschaftsbestellung? Oder entspräche es eher dem Kindeswohl, den Minderjährigen „nur“ zu beraten und gegebenenfalls eine Vollmacht für Teilbereiche der elterlichen Sorge zu organisieren und den Eltern so die weitere Einflussnahme auf die Pflege und Erziehung ihres Kindes aus dem Ausland zu ermöglichen?

Die Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, welche Besonderheiten sich bei Inobhutnahmen von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen ergeben. Dabei wird insbesondere der Aspekt beleuchtet, ob und gege-

3 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. 17.

4 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. 19.

5 Büchner/Hinz, JAmt 2018, 380.

6 Heiderhoff/Frankemölle, in: Budzikiewicz/ Heiderhoff/Klinkhammer/ Niethammer-Jürgens, Migration und IPR, Minderjährige Flüchtlinge - Überlegungen zum Kindeswohl und zur internationalen Zuständigkeit, S. 189 (220).

benenfalls was für eine Vertretung die unbegleiteten Minderjährigen in Deutschland benötigen, wenn sie regelmäßigen Kontakt zu ihren Eltern im Ausland haben.

Die folgenden zwei konstruierten Fallbeispiele zeigen die behandelte Problematik:

A ist 14 Jahre alt und stammt aus einem kleinen Dorf in Afghanistan. Er ist ohne seine Eltern nach Deutschland gereist. Seine Eltern haben kein eigenes Telefon und keine Internetverbindung. Ihr Nachbar hat ein Telefon. Das dürfen sie auch nutzen. Darüber halten sie auch Kontakt zu A. Die Verbindung funktioniert allerdings nicht immer zuverlässig. Sie versuchen A einmal pro Woche anzurufen. Wegen der Unruhen, der nicht immer gewährleisteten Erreichbarkeit des Nachbarn und der technischen Instabilität funktioniert dies aber nicht immer. Manchmal erreichen sie A auch nur einmal im Monat. Die Eltern von A wünschen sich für A eine bessere Zukunft in Deutschland und hoffen, dass er in Deutschland einen Schulabschluss erwirbt und sodann eine Arbeitsstelle findet, dank derer er vielleicht auch seine Eltern zu Hause finanziell unterstützen kann.

S ist 17 Jahre alt, stammt aus Syrien und ist ohne seine Eltern nach Deutschland gereist. Seine Eltern haben ihm die Flucht nahegelegt, weil S in Syrien wegen der dortigen unruhigen politischen Situation nicht mehr zur Schule gehen konnte. S spricht genauso wie seine Eltern englisch, aber kein deutsch. Seine Eltern sind nicht mitgeflohen, weil sie ihre Eltern pflegen, die nicht reisefähig sind und sie diese nicht selbst überlassen wollten. S möchte in Deutschland einen Schulabschluss machen und eine Ausbildung zum Automechaniker absolvieren, um später einmal die Werkstatt seines Vaters wiedereröffnen zu können. Zu seinen Eltern hat er nahezu täglich Kontakt via Skype und WhatsApp. Er nutzt dazu sein selbst mitgebrachtes Mobiltelefon. Die Eltern möchten ihren Einfluss auf S behalten, es ist ihnen vor allem wichtig, dass er in Sicherheit ist und die Chance erhält eine Ausbildung zum Automechaniker zu machen.

Sollte in diesen Fällen das Gericht das Ruhen der elterlichen Sorge feststellen und einen Vormund bestellen, oder können die Eltern von A und S die Aufgaben ihrer elterlichen Sorge auch aus dem Ausland wahrnehmen?

Ziel der Arbeit ist es, zu untersuchen, in welchen Fällen für die Minderjährigen ein Vormund zu bestellen ist und in welchen Fällen gegebenenfalls auch andere Vertretungsformen in Betracht kommen.

Dazu werden in Abschnitt B zunächst die Begrifflichkeiten erläutert und in Abschnitt C statistische Informationen zu den Herkunftsländern, Alter, Geschlecht und zu dem gesundheitlichen Zustand der in Obhut genommenen Minderjährigen dargestellt. In Abschnitt D wird sodann ein Überblick über den Ablauf des Verfahrens der vorläufigen und regulären Inobhutnahme dargelegt. In Abschnitt E werden Details zur vorläufigen Inobhutnahme und in Abschnitt F Details zur regulären Inobhutnahme aufgeführt, in dessen Rahmen dann auf das Thema der Bestellung eines Vormunds oder anderweitigen Vertreters eingegangen wird.

B. Begrifflichkeiten

I. umF vs. umA

§§ 42, 42a ff. SGB VIII regeln die unbegleitete Einreise von „ausländischen“ Kindern oder Jugendlichen. Diese wurden in der Vergangenheit in der Regel als „unbegleitete minderjährige Flüchtlinge“ (umF) bezeichnet. In Anlehnung an das Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher wurde sodann aber auch vermehrt der Begriff „unbegleitete minderjährige Ausländer“ (umA) verwendet.⁷ Dieser Begriff ist insofern problematisch, als dass vom Wortlaut her unter diese Bezeichnung auch Unionsbürger fallen.⁸ Dies war jedoch vom Gesetzgeber nicht bezweckt. Unionsbürger werden nicht umverteilt und fallen auch grundsätzlich nicht unter besondere Regelungen der GEAS. Vor dem Hintergrund werden sie in Anlehnung an das Asyl- und Aufenthaltsrecht auch „unbegleitete Minderjährige“ genannt.⁹

Gegen die Verwendung des Begriffes „unbegleiteter minderjähriger Flüchtling“ spricht, dass bei der Einreise nicht erwiesen ist, ob es sich um Flüchtlinge nach der Genfer Flüchtlingskonvention handelt oder nicht.¹⁰

7 Bundesfachverband *Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V.*, Kritik an der Bezeichnung "unbegleitete minderjährige Ausländer_in", https://b-umf.de/src/wp-content/uploads/2018/01/Kritik_Begriff_umA-1.pdf (09.06.2020), S. 1.

8 Zum gesamten Gedanken Schwarz, in: Oberloskamp, Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, § 9 Rn. 3.

9 Schwarz, in: Oberloskamp, Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, § 9 Rn. 4.

10 Trenczek/Düring/Neumann-Witt, Inobhutnahme, S. 88; Bundesfachverband *Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V.*, Kritik an der Bezeichnung "unbegleitete minderjährige Ausländer_in", https://b-umf.d/src/wp-content/uploads/2018/01/Kritik_Begriff_umA-1.pdf (09.06.2020), S. 1.

Der Bundesfachverband unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge (BumF) bevorzugt dennoch diese Bezeichnung, weil sie verdeutlicht, dass die Kinder und Jugendlichen – unabhängig von ihrer Anerkennung im Asylverfahren und ihrem rechtlich zuerkannten Status – geflüchtet sind und existenziellen Bedrohungen ausgesetzt waren. Dies spiegelt der Begriff „Flüchtling“ wider, wohingegen der Begriff „Ausländer“ lediglich eine Nicht-Zugehörigkeit zu den in Deutschland lebenden Personen ausdrückt und die Schutzbedürftigkeit und Verletzlichkeit der geflüchteten Kinder und Jugendlichen nicht berücksichtigt.¹¹

Trenczek/Düring/Neumann-Witt schließen sich dem an und legen dar, dass der Begriff „Flüchtling“ dabei nicht im rechtlichen Sinne, sondern als „potenziell angestrebter Status“ zu verstehen sei.¹²

Auch wenn dies nicht mit der gesetzlichen Formulierung übereinstimmt, wird auch in dieser Arbeit nachfolgend die Bezeichnung „unbegleiteter minderjähriger Flüchtling“ verwendet, um die Schutzbedürftigkeit der Kinder und Jugendlichen in den Vordergrund zu stellen.

Der Begriff „unbegleiteter Minderjähriger“ wird in Art. 2 1) RL 2011/95/EU wie folgt definiert: „Unbegleiteter Minderjähriger ist ein Minderjähriger, der ohne Begleitung eines für ihn nach dem Gesetz oder der Praxis des betreffenden Mitgliedstaats verantwortlichen Erwachsenen in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats einreist, solange er sich nicht tatsächlich in der Obhut eines solchen Erwachsenen befindet; dies schließt Minderjährige ein, die nach der Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats dort ohne Begleitung zurückgelassen wurden.“

Auf diese Definition wird in den Richtlinien RL 2013/32/EU (Art. 2 m)) und RL 2013/33/EU (Art. 2e)) sowie in der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des europäischen Parlaments und des Rates (Art. 2 j)) verwiesen.

11 Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V., Kritik an der Bezeichnung "unbegleitete minderjährige Ausländer_in", https://b-umf.de/src/wp-content/uploads/2018/01/Kritik_Begriff_umA-1.pdf (09.06.2020), S. 1.

12 Trenczek/Düring/Neumann-Witt, Inobhutnahme, S. 88.

1. minderjährig

Ob eine Person minderjährig ist, richtet sich grundsätzlich gem. Art. 7 Abs. 1 EGBGB nach dem Recht des Staates, dem die Person angehört.¹³ Handelt es sich bei der Person um einen Flüchtling, so ist jedoch Art. 12 GFK anwendbar.¹⁴ Dieser verdrängt sodann Art. 7 Abs. 1 EGBGB.¹⁵ Gem. Art. 12 Abs. 1 GFK ist das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Flüchtlings maßgeblich. Insofern richtet sich die Frage, ob ein Flüchtling volljährig ist, nach dem Recht des Staates, in dem sich der Flüchtling aufhält. Nur für sonstige ausländische Staatsangehörige ist gem. Art. 7 EGBGB das Heimatrecht zugrunde zu legen.¹⁶

Nach deutschem Recht ist eine Person minderjährig, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, § 2 BGB.

2. Ausländer

Gem. § 2 Abs. 1 AufenthG ist ein Kind ausländisch, wenn es nicht deutsch iSd Art. 116 Abs. 1 GG ist. Deutscher ist gem. § 1 StAG, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Demnach werden auch staatenlose Minderjährige und nicht deutsche Doppelstaatler erfasst.

13 BGH, Beschluss v. 20.12.2017 – XII ZB 333/17, FamRZ 2018, 457 (458); OLG Karlsruhe, Beschluss v. 23.07.2015 – 5 WF 74/15, FamRZ 2015, 1820; *von Hein*, in: von Staudinger, EGBGB, Art. 24 Rn. 94.

14 *Heiderhoff*, in: BeckOK, EGBGB, Art. 24 Rn. 13.

15 BGH, Beschluss v. 20.12.2017 – XII ZB 333/17, FamRZ 2018, 457 (459); *von Hein*, FamRZ 2015, 1822 (1823); aA OLG Karlsruhe, Beschluss v. 23.07.2015 – 5 WF 74/15, FamRZ 2015, 1820 (1821).

16 *Heiderhoff*, in: BeckOK, EGBGB, Art. 24 Rn. 13; *von Hein*, FamRZ 2015, 1822; aA OLG Karlsruhe, Beschluss v. 23.07.2015 – 5 WF 74/15, FamRZ 2015, 1820 (1821) erachtet Art. 12 GFK für nicht anwendbar; ausführlich zum Sach- und Streitstand *Rupp*, ZfPW 2018, 57 (69 ff.).

3. Flüchtling

Wenn in dieser Arbeit der Begriff unbegleiteter minderjähriger „Flüchtling“ verwendet wird, sind damit – wie bereits dargestellt – grundsätzlich nicht Personen gemeint, bezüglich derer der Status Flüchtling im Rechtssinne bereits festgestellt wurde, sondern solche, die ihr Heimatland verlassen haben und auf der Flucht existenziellen Bedrohungen ausgesetzt waren, die also den Status Flüchtling im Rechtssinne erst anstreben.

Dennoch ist auch die Definition eines Flüchtlings im Rechtssinne für diese Arbeit insofern bedeutsam, als dass es Vorschriften gibt, die diesen Status voraussetzen. Wie bereits dargelegt kommt es beispielsweise für die Beurteilung der Frage, ob die Minderjährigkeit nach deutschem Recht oder dem Recht des Herkunftslandes zu bestimmen ist, entscheidend darauf an, ob es sich um einen Flüchtling handelt, denn dann ist Art. 12 Abs. 1 GFK anwendbar. Insofern wird die Definition nachfolgend dargelegt:

Flüchtling ist gem. Art. 2 d) der RL 2011/95/EU und gem. Art. 1 Abschnitt A Abs. 2 GFK iVm dem Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 31. Januar 1967 (BGBl 1969 II 1293, 1294) ein Drittstaatsangehöriger, der sich aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Furcht nicht in Anspruch nehmen will,¹⁷ oder ein Staatenloser, der sich aus denselben vorgenannten Gründen außerhalb des Landes seines vorherigen gewöhnlichen Aufenthalts befindet und nicht dorthin zurückkehren kann oder wegen dieser Furcht nicht dorthin zurückkehren will und auf den Artikel 12 keine Anwendung findet. In Artikel 12 der RL 2011/95/EU sind Ausschlussgründe für die Anerkennung als Flüchtling geregelt. Nicht als Flüchtling anerkannt werden demnach beispielsweise Personen, die den Schutz der Vereinten Nationen gem. Art. 1 Abschnitt D GFK genießen oder Personen, die schwe-

17 BGH, Beschluss v. 20.12.2017 – XII ZB 333/17, FamRZ 2018, 457 (459).

re (in Art. 12 RL 2011/95/EU explizit aufgeführte) Straftaten begangen haben.

4. unbegleitet

Kinder und Jugendliche sind gem. § 42a Abs. 1 S. 2 SGB VIII unbegleitet, wenn mit ihnen kein Erziehungsberechtigter eingereist ist. Ein Asylantrag muss nicht gestellt worden sein. Es ist auch nicht Voraussetzung für eine Inobhutnahme, dass der Aufenthalt im Bundesgebiet auch sonst nicht rechtmäßig gewesen wäre.¹⁸

Ausländische Minderjährige, die begleitet einreisen, sind nur in Obhut zu nehmen, wenn die Voraussetzungen des § 42 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 SGB VIII erfüllt sind, wenn sie also um Inobhutnahme bitten oder eine dringende Kindeswohlgefahr vorliegt.¹⁹

Ob ein Kind oder ein Jugendlicher unbegleitet ist, ist in der Praxis häufig nicht leicht feststellbar.²⁰ Schwierigkeiten bestehen beispielsweise bei der Klärung der Frage, ob Verwandte, mit denen sich ein Minderjähriger aufhält, oder zu denen er möchte, Erziehungsberechtigte sind. Liegt eine Vollmacht der Eltern vor, wenn sie – angeblich – mündlich erteilt wurde? Auch bei schriftlichen Vollmachten müssen diese zunächst übersetzt werden und häufig ist nicht eindeutig, ob sie wirklich von den Eltern stammen. Auch ist nicht immer ersichtlich, ob die Verwandten, die das Kind oder den Jugendlichen zu sich nehmen möchten, diesbezüglich auch über gute Absichten verfügen. Daher ist in diesen Fällen eine erhöhte Aufmerksamkeit der Jugendämter erforderlich.

Minderjährige, die mit Personen (gegebenenfalls auch Verwandten) einreisen, bezüglich derer aber nicht davon ausgegangen werden kann, dass sie personensorgeberechtigt sind, werden ebenso geschützt, wie alleinreisende minderjährige Flüchtlinge. Es wird dann im Einzelfall

18 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 39.

19 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 42.

20 Gesamter in diesem Absatz dargestellter Problemaufriss nach: Katzenstein/Meysen, in: Fischer/Graßhoff, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, Integration gelingt nur mit der Kinder- und Jugendhilfe, S. 19 (24).

geprüft, ob eine Unterbringung mit den Begleitpersonen zusammen dem Kindeswohl entspricht und gemeinsame Zuweisungsentscheidungen getroffen werden.²¹

Verheiratete Minderjährige, die als Flüchtlinge ohne Personensorgeberechtigte oder Erziehungsberechtigte einreisen, gelten gem. § 42a Abs. 1 S. 2 2. HS SGB VIII als unbegleitet. Vor dem Hintergrund schildert auch das Ministerium für Kinder, Familie, Flüchtlinge und Integration des Landes Nordrhein-Westfalen, dass verheiratete minderjährige Flüchtlinge grundsätzlich in Obhut zu nehmen sind, auch wenn sie mit ihrem Ehepartner einreisen.²²

Hintergrund dieser Regelung dürfte sein, dass die im Ausland geschlossene Ehe nicht anerkannt wird. Denn gem. Art. 13 Abs. 3 EGBGB sind im Ausland wirksam geschlossene Ehen, bei deren Eheschließung ein Ehegatte jünger als 16 Jahre alt war, unwirksam. In den Fällen, in denen ein Ehegatte 16 oder 17 Jahre alt war, ist die Ehe aufhebbar.

Der BGH ist der Auffassung, dass Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB gegen Art. 1, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 6 Abs. 1 GG verstößt, weil danach die nach ausländischem Recht wirksam geschlossene Ehe in Deutschland ohne Einzelfallprüfung als unwirksam angesehen wird, wenn ein Ehegatte bei der Eheschließung jünger als 16 Jahre alt war. Er hat die Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt.²³

In der Literatur werden die Nachteile dieser Regelung mit nachvollziehbaren Gründen dargestellt.²⁴ Zum einen verliert der Minderjährige, der jünger als 16 Jahre alt ist, jeglichen Schutz, denn er verliert sei-

21 *Lamontain*, JAmt 2016, 110 (115).

22 *Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Auslegungshilfe des BMFSFJ zur Umsetzung des Gesetzes zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher, www.bmfsfj.de/blob/90270/e64c1982c8a82c431259af630a7b15b4/faq-auslegungshilfe-gesetz-unterbringung-auslaendische-kinder-jugendliche-data.pdf (24.05.2020), S. 2.

23 BGH, Beschluss v. 14.11.2018 – XII ZB 292/16, NZFam 2019, 65. Das BVerfG behandelt die Vorlage unter dem Aktenzeichen 1 BvL 7/18. Bisher (Stand 2.05.2020) ist noch keine Entscheidung dazu ergangen.

24 *Coester-Waltjen*, IPRax 2019, 127 (129–132); *Hettich*, FamRZ 2019, 188; *Dutta*, FamRZ, 188 (189); *Löhnig*, NZFam 2019, 72 (73).

ne unterhaltsrechtlichen, güterrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüche, wenn die Ehe als nichtig angesehen wird. Insofern führt dies zu einer Schlechterstellung der Minderjährigen, die unter 16 Jahre alt sind, im Vergleich zu den 16 und 17-jährigen. Mithin liegt ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor. Das neue Gesetz verstößt außerdem gegen Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 1 Abs. 1 GG, weil ausweislich der Regelung das Kindeswohl nicht berücksichtigt werden muss. Auch verstößt Art. 13 EGBGB gegen Art. 6 GG, weil eine Ehe aufgehoben oder für nichtig erklärt wird, die eigentlich von Art. 6 GG geschützt ist. Von Art. 6 GG sind die Ehen zu schützen, die vor dem Hintergrund des deutschen ordre public wirksam sind. Vor allem in den Fällen, in denen der minderjährige Ehegatte 16 Jahre oder älter ist und die Ehe freiwillig eingegangen wurde, liegt kein Verstoß gegen den deutschen ordre public vor, da diese Ehen in Deutschland bis 2018 wirksam waren. Erst seit dem 22.07.2017 dürfen nach deutschem Recht (§ 1303 BGB) nur Volljährige eine Ehe eingehen. Davor reichte es noch aus, wenn ein Ehegatte volljährig und der andere mindestens 16 Jahre alt war und eine Genehmigung des Familiengerichts vorlag. Ist der minderjährige Ehegatte jünger als 16 Jahre alt, fehlt oft die Ehemündigkeit und kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Ehe freiwillig eingegangen wurde. Der ordre public kann aber nicht dazu herangezogen werden, feste Altersgrenzen zu begründen. Er dient lediglich der Sicherstellung, dass letztlich die Wertungen der deutschen Rechtsordnung gewahrt bleiben. Dazu ist es zwingend erforderlich, dass geprüft wird, ob die Anerkennung der Ehe dem Kindeswohl entspricht. Ist dies der Fall, so ist die Ehe wirksam und durch Art. 6 Abs. 1 GG zu schützen. Wurde die Ehe jedoch unter Zwang eingegangen oder waren nicht beide Ehepartner ehemündig, verstößt die Ehe gegen den ordre public und wird in Deutschland nicht anerkannt und insofern auch nicht durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt.²⁵

Das LVR-Landesjugendamt und das Jugendamt Köln haben die Empfehlung herausgegeben, dass die vorläufige Inobhutnahme wegen des

25 Wie hier auch Heiderhoff, NZFam 2020, 320 (322); grundlegend schon Gausing/Wittebol, DÖV 2018, 41 (46–50).

Schutzes der Familie aus Art. 6 GG nicht zwingend ist, sondern der Bedarf im Einzelfall zu prüfen ist.²⁶

Dies erscheint sachgerecht. Die Intention des Gesetzes, in dessen Rahmen die Neuregelung des Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB eingeführt wurde, wird bereits aus dem Namen des Gesetzes „Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen“ deutlich. Vor dem Hintergrund, dass in vielen anderen Ländern Kinderehen noch weit verbreitet sind²⁷, obwohl diese oft auch gegen die gesetzlichen Vorgaben der Länder verstoßen²⁸, und sie oftmals unter Zwang geschlossen werden, ist der Schutzgedanke des Gesetzes durchaus nachvollziehbar. Da das Gesetz aber keine Möglichkeit der Einzelfallentscheidung belässt, können die Fälle nicht ausreichend geschützt werden, in denen die Ehen auf freiwilliger Basis und von ehemündigen Ehegatten geschlossen wurden. Die Entscheidung des BVerfG bleibt abzuwarten. Es wäre wünschenswert, wenn das Gesetz dahingehend geändert wird, dass eine Einzelfallentscheidung ermöglicht wird, auch wenn dadurch die Rechtssicherheit etwas reduziert wird.

5. Fazit

Wenn in dieser Arbeit also Personen als „unbegleitete minderjährige Flüchtlinge“ bezeichnet werden, dann sind damit Drittstaatenangehörige oder Staatenlose unter 18 Jahren gemeint, die ohne Begleitung eines gesetzlich oder nach den Gepflogenheiten für sie verantwortlichen Erwachsenen in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates einreisen, solange sie nicht tatsächlich in die Obhut einer solchen Person genommen werden; hierzu gehören auch Minderjährige, die ohne Begleitung

26 *Ministerium für Familie, Kinder, Jugend, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen et al.*, Handreichung zum Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen in Nordrhein-Westfalen, www.mkffi.nrw/sites/default/files/asset/document/handreichung_2017.pdf (24.05.2020), S. 6.

27 Heiderhoff, NZFam 2020, 320 (322); *unicef*, Ending child marriage, https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2015/12/Child-Marriage-Brochure-HR_164.pdf (02.05.2020), S. 2.

28 Heiderhoff, NZFam 2020, 320 (322); mit Ausführungen zur Rechtslage in Syrien und Afghanistan in Fn. 26.

zurückgelassen werden, nachdem sie in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates eingereist sind.

II. Inobhutnahme

Burghart definiert die Inobhutnahme als die vorübergehende Unterbringung des Kindes außerhalb des elterlichen Haushalts.²⁹

Das OVG Hamburg führte aus, dass die Inobhutnahme nicht nur eine Unterbringung sei.³⁰ Trenczek schließt sich dem an und führt weitergehend aus, dass es sich bei der Inobhutnahme um eine sozialpädagogisch betreute Schutzgewährung für Kinder und Jugendliche handle.³¹

§ 41 SGB VIII a.F. (Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz – KJHG) im Jahr 1990) enthielt noch folgende Legaldefinition für den Begriff der Inobhutnahme: „Inobhutnahme eines Kindes oder eines Jugendlichen ist die vorläufige Unterbringung des Kindes oder des Jugendlichen bei 1. einer geeigneten Person oder 2. in einer Einrichtung oder 3. in einer sonstigen betreuten Wohnform.“

Durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Kinder- und Jugendhilfweiterentwicklungsgesetz – KICK) vom 8.9.2005 wurde der Wortlaut von § 42 Abs. 1 S. 2 SGB VIII wie folgt geändert: „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; [...]“.³² Diese Wortwahl enthält § 42 Abs. 1 S. 2 SGB VIII noch heute.

Durch diese Veränderung des Wortlauts von „Inobhutnahme [...] ist [...]“ zu „Inobhutnahme umfasst [...]“ wird deutlich, dass es sich hier-

29 Burghart, in: BeckOGK, BGB, § 1666 Rn. 40.

30 OVG Hamburg, Beschluss v. 09.02.2011 – 4 Bs 9/11, JAmt 2011, 472 (474).

31 Trenczek, in: MünDer/Wiesner/Meysen, Kinder- und Jugendhilferecht, Rn. 3.

32 Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Kinder- und Jugendhilfweiterentwicklungsgesetz - KICK) vom 13.09.2005, BGBl 2005, Teil I Nr. 57, S. 2729–2740.

bei nicht um eine umfassende Legaldefinition handeln sollte. Durch die Formulierung „umfasst“ wird klargestellt, dass der Gesetzgeber der Auffassung ist, dass die Inobhutnahme nicht nur aus der vorübergehenden Unterbringung des Kindes außerhalb des elterlichen Haushalts besteht, sondern dies nur ein Teil der Maßnahme darstellt und es weitere Rechte und Pflichten gibt, die während der Inobhutnahme zu erfüllen sind.

Dass es sich hierbei um eine Klarstellung des Gesetzgebers und nicht um eine Meinungsänderung handelt, wird in der Gesetzesbegründung zu der ursprünglichen Regelung deutlich. In der Gesetzesbegründung zu § 41 SGB VIII a.F. (Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz – KJHG) im Jahr 1990) wurde ausdrücklich aufgeführt, dass „die Vorschrift [...] die Tätigkeit von sogenannten Jugendschutzstellen, Aufnahmeheimen, Kinder- und Jugendnotdiensten und Bereitschaftspflegestellen auf eine hinreichende rechtliche Grundlage stellen und den sozialpädagogischen Anspruch ihrer Arbeit hervorheben“ will.³³ Die Inobhutnahme sollte ausweislich der Gesetzesbegründung ein „sozialpädagogisches Hilfeangebot im Sinne einer Krisenintervention“ darstellen.³⁴ Denn die krisenhafte Situation verlange unterstützende Maßnahmen zur positiven Lösung der Situation. Werde dies versäumt, so bestünde die Gefahr, dass sich die Situation verschlimmert. Daher sei die pädagogische Unterstützung durch die Jugendschutzeinrichtung sehr wichtig.³⁵

Mithin war die seinerzeitige Wortwahl in § 41 Abs. 1 SGB VIII a.F. („Inobhutnahme ist ...“) nicht weitreichend genug. Durch die Änderung des Wortlauts wurde das dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers eher gerecht.

Inobhutnahme ist also sowohl die Unterbringung an einem sicheren Ort als auch die Einleitung weiterer sinnvoller Unterstützungsmaßnahmen, also eine sozialpädagogische Betreuung und Hilfestellung im Sinne einer umfassenden Krisenintervention. Es geht nicht um eine

33 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 11/5948, S. 79; *Kepert*, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 42 Rn. 2.

34 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 11/5948, S. 79.

35 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 11/5948, S. 79–80.

reine Verwahrung von Minderjährigen, die bloße Gewährung von Unterkunft oder lediglich die Sicherstellung der physischen Bedürfnisse.

C. Statistische Hintergrundinformationen

Vom UNHCR wurden bis Ende 2018 weltweit ca. 70,8 Millionen Menschen (also Erwachsene und Minderjährige) registriert, die ihr Zuhause aufgrund von Verfolgung, Konflikten, Gewalt oder der Verletzung von Menschenrechten verlassen haben, die also auf der Flucht waren. Von diesen 70,8 Millionen wurden ca. 41,3 Millionen landesintern vertrieben, 25,9 Millionen flüchteten über die Landesgrenze hinweg und 3,5 Millionen haben Asylanträge gestellt.³⁶

Im Jahr 2018 wurden 13,6 Millionen Menschen vertrieben, davon 10,8 Millionen landesintern. 2,8 Millionen Flüchtlinge, die über die Grenze ihres Heimatlandes hinaus vertrieben wurden, und Asylantragsteller wurden im Jahr 2018 neu registriert.

Die meisten Flüchtlinge hat im Jahr 2018 die Türkei aufgenommen (3,7 Millionen). Deutschland hat 1,1 Millionen Flüchtlinge aufgenommen.³⁷ Diese Zahl ist höher als die für 2018 neu registrierten Flüchtlinge, weil nicht nur neu registrierte, sondern auch Flüchtlinge, die in den Vorjahren ihr Heimatland verlassen haben, dazu zählen.

Circa die Hälfte aller Flüchtlinge weltweit sind minderjährig. Im Jahr 2018 haben 53 Länder insgesamt 111.000 unbegleitete minderjährige Flüchtlinge gemeldet.³⁸ Es wird davon ausgegangen, dass die tatsächliche Anzahl noch deutlich höher liegt, weil viele Länder mit hohen Flüchtlingszahlen den Anteil der minderjährigen unbegleiteten Flüchtlinge nicht erfassen.

36 UNHCR, Global Trends - Forced Displacement in 2018, www.uno-fluechtlingshilfe.de/fileadmin/redaktion/PDF/UNHCR/Global_Trends_2018.pdf (09.06.2020), S. 2, dort auch die folgenden Zahlen.

37 UNHCR, Global Trends - Forced Displacement in 2018, www.uno-fluechtlingshilfe.de/fileadmin/redaktion/PDF/UNHCR/Global_Trends_2018.pdf (09.06.2020), S. 3, dort auch die folgende Angabe.

38 UNHCR, Global Trends - Forced Displacement in 2018, www.uno-fluechtlingshilfe.de/fileadmin/redaktion/PDF/UNHCR/Global_Trends_2018.pdf (09.06.2020), S. 49, dort auch die folgenden Ausführungen.

I. Herkunftsländer

Im Jahr 2018 stammten 67 % aller Flüchtlinge weltweit (Erwachsene und Minderjährige) aus den Ländern Syrien (6,7 Millionen), Afghanistan (2,7 Millionen), Südsudan (2,3 Millionen), Myanmar (1,1 Millionen) und Somalia (0,9 Millionen).³⁹ Es ist nicht bekannt, wie viele davon nach Deutschland geflohen sind.

Die meisten der in 2018 weltweit registrierten unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge stammten aus dem Südsudan (37.000).⁴⁰ Von den weltweit registrierten unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen (111.000) sind die meisten (41.200) nach Uganda gereist.

Es wurde nicht erhoben, aus welchen Ländern wieviele unbegleitete minderjährige Flüchtlinge nach Deutschland gereist sind. Für Deutschland gibt es lediglich die Information, aus welchen Ländern die unbegleiteten minderjährigen Asylantragssteller kommen. Die meisten minderjährigen unbegleiteten Flüchtlinge, die in Deutschland einen Asylantrag gestellt haben, kommen aus Afghanistan (700 in 2018 und 15.000 in 2016).⁴¹ Aufgrund der Restriktionen, die mit einem Asylverfahren verbunden sind, und der je nach Herkunftsland geringen Erfolgsaussichten eines Asylverfahrens stellen jedoch nicht alle unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge einen Asylantrag.⁴² Daher kann aus dem Umstand, dass die meisten unbegleiteten minderjährigen Asylantragssteller in 2018 aus Afghanistan stammten, nicht sicher der Schluss gezogen werden, dass insgesamt die meisten unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge, die nach Deutschland gereist sind, aus Afghanistan kommen.

In der ersten Jahreshälfte 2019 waren die Hauptherkunftsländer der unbegleiteten minderjährigen Asylantragssteller in Deutschland: Gui-

39 UNHCR, Global Trends - Forced Displacement in 2018, www.uno-fluechtlingshilfe.de/fileadmin/redaktion/PDF/UNHCR/Global_Trends_2018.pdf (09.06.2020), S. 3.

40 Hierzu und zu den folgenden Zahlen UNHCR, Global Trends - Forced Displacement in 2018, www.uno-fluechtlingshilfe.de/fileadmin/redaktion/PDF/UNHCR/Global_Trends_2018.pdf (09.06.2020), S. 49.

41 BAMF, Das Bundesamt in Zahlen 2018, www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Statistik/BundesamtinZahlen/bundesamt-in-zahlen-2018.pdf (23.05.2020), S. 26.

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

nea (20,9 %), Afghanistan (14,3 %), Syrien (11,4 %), Irak (9,9 %) und Somalia (9,8 %).⁴³ Die Verteilung ist in Abbildung 1 dargestellt.

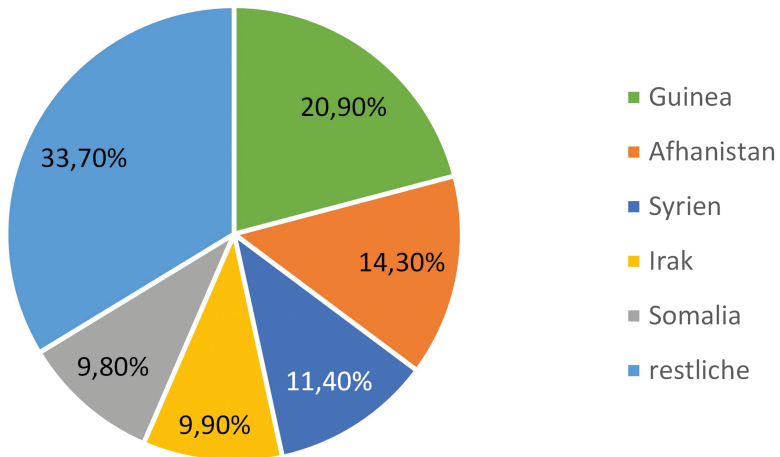


Abbildung 1: Herkunftsländer Asylantragsteller in Deutschland im 1. Hj 2019

II. Asylantragstellung

27.600 der 111.000 unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge haben in 2018 weltweit Asyl beantragt.⁴⁴ Zumindest ist dies die Anzahl der registrierten Anträge. Viele Länder, in denen eine Vielzahl von Asylanträgen gestellt werden, berichten nicht, wie viele davon von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen stammen. Deutschland hat – wie in den Vorjahren – die meisten Asylanträge von unbegleiteten minder-

43 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. 2.

44 UNHCR, Global Trends - Forced Displacement in 2018, www.uno-fluechtlingshilfe.de/fileadmin/redaktion/PDF/UNHCR/Global_Trends_2018.pdf (09.06.2020), S. 49; dort auch die folgenden Zahlen.

jährigen Flüchtlingen erhalten, nämlich 4.100. Im Jahr 2016 waren es noch 35.900 und 2017 waren es 9.100. Die Anzahl der Asylanträge aller Antragsteller ist insgesamt zurück gegangen. Die folgende Abbildung 2 zeigt die Mengenverhältnisse der unterschiedlichen Personengruppen. Die Flächen der Kreise sind jeweils proportional zur Personenanzahl.

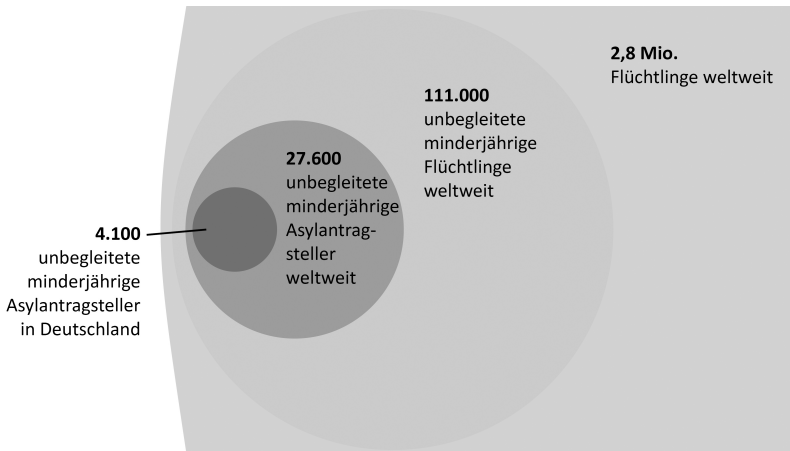


Abbildung 2: Anzahl Asylantragsteller in Deutschland im weltweiten Vergleich

III. Inobhutnahmen in Deutschland

In der Bundesrepublik Deutschland wurden im Jahr 2018 insgesamt 52.590 Inobhutnahmen vorgenommen.⁴⁵ Die meisten (17.732) erfolgten wegen Überforderung der Eltern oder eines Elternteils. Die zweitgrößte Gruppe war die der unbegleitet eingereisten minderjährigen Flüchtlinge. Es handelte sich hierbei um 12.211. 6.385 Inobhutnahmen

⁴⁵ Statistisches Bundesamt, Vorläufige Schutzmaßnahmen für Kinder und Jugendliche: Deutschland, Jahre, Anlass der Maßnahme, www-genesis.destatis.de/genesis/online?sequenz=tabelleErgebnis&selectionname=22523-0001 (09.06.2020); dort auch die folgenden Zahlen.

davon erfolgten als vorläufige Inobhutnahme gem. § 42a SGB VIII.⁴⁶ 5.826 Inobhutnahmen erfolgten im regulären Verfahren. Die Gründe für Inobhutnahmen, und ihre Häufigkeiten, sind in Abbildung 3 dargestellt.

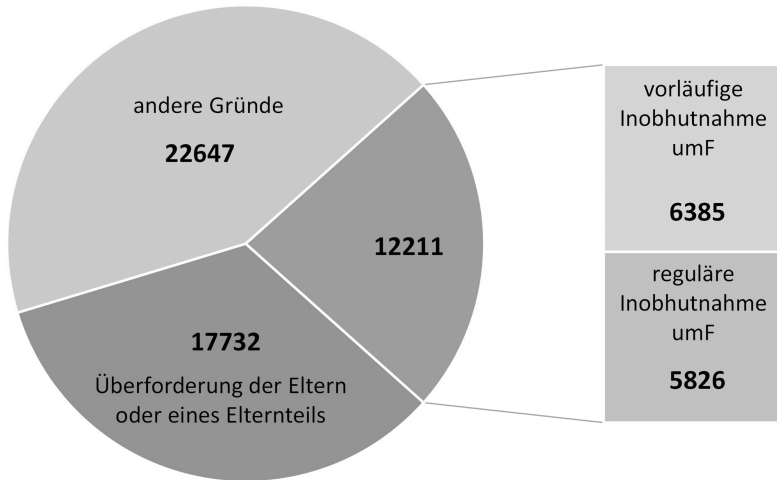


Abbildung 3: Gründe für Inobhutnahmen in Deutschland

⁴⁶ Statistisches Bundesamt, Schutzmaßnahmen für Kinder und Jugendliche ab 1995 nach Art der Maßnahme, www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kinderhilfe-Jugendhilfe/Tabellen/schutzmassnahmen.html (09.06.2020).

Als Vergleich werden diesbezüglich auch die Zahlen der Vorjahre dargestellt (Abbildung 4):⁴⁷

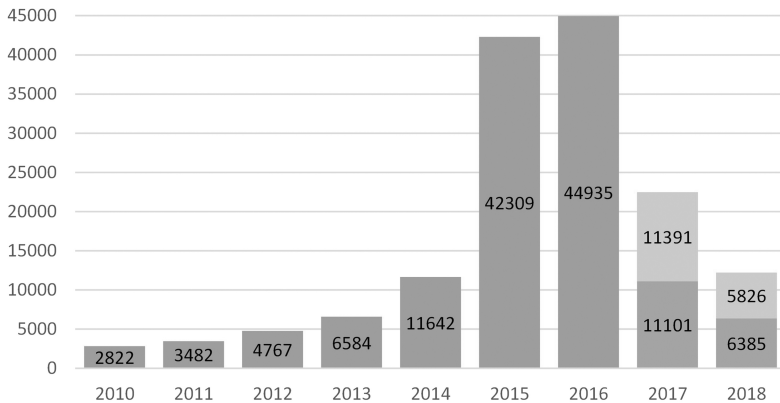


Abbildung 4: Anzahl Inobhutnahmen umF in Deutschland 2010–2018

Die Einführung der vorläufigen Inobhutnahme gem. § 42a SGB VIII wird in den Zahlen ab 2017 berücksichtigt, das heißt, dass die Gesamtangaben der jährlichen Inobhutnahmen ab 2017 sowohl die vorläufigen als auch die regulären Inobhutnahmen beinhalten. Vor diesem Hintergrund sind die Zahlen der Jahre vor 2017 nicht unmittelbar mit den Zahlen ab 2017 vergleichbar. Ab 2017 sind Mehrfachzählungen dadurch möglich, dass einzelne unbegleitete minderjährige Flüchtlinge sowohl vorübergehend als auch (daran anschließend) regulär in Obhut genommen wurden.

IV. Alter und Geschlecht der umF

Von den 41.200 nach Uganda gereisten unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen waren 29.900 (ca. 72 %) unter 15 Jahre alt und 2.800 (ca. 7 %) waren jünger als 5 Jahre (Abbildung 5 links). Dies ist insofern be-

⁴⁷ Statistisches Bundesamt, Vorläufige Schutzmaßnahmen für Kinder und Jugendliche: Deutschland, Jahre, Anlass der Maßnahme, www-genesis.destatis.de/genesis/online?sequenz=tabelleErgebnis&selectionname=22523-0001 (09.06.2020).

merkwürdig, als dass die Altersstruktur der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge, die nach Deutschland reisen, ganz anders aussieht (Abbildung 5 rechts). Von den 12.211 im Jahr 2018 eingereisten Minderjährigen waren die meisten (11.259, also 92,20 %) zwischen 14 und 18 Jahre alt. Außerdem handelte es sich überwiegend um Jungen (10.098, also 82,70 %). Davon waren wiederum 9.483, also 93,91 %, zwischen 14 und 18 Jahre alt.⁴⁸

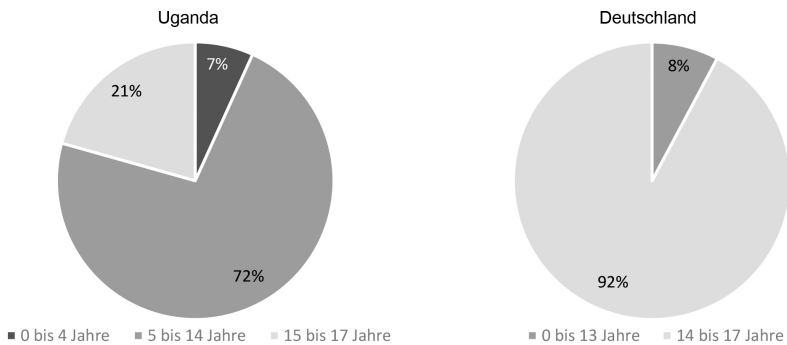


Abbildung 5: Altersstruktur umF Uganda (links) und Deutschland (rechts)

Auch wenn in den Vorjahren die Anzahl der nach Deutschland eingereisten unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge deutlich variierte, also in den Jahren 2015 und 2016 ihren Höchststand erfuhr und seither wieder abnimmt, so sind die prozentualen Anteile männlicher, minderjähriger Flüchtlinge und derer, die bei ihrer Einreise zwischen 14 und 18 Jahre alt sind bzw. waren, ungefähr gleichbleibend. Der Anteil männlicher, unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge betrug in den vorgenannten Jahren zwischen 83 und 91 %. Älter als 14 Jahre waren in all den Jahren immer mehr als 90 % der Flüchtlinge.⁴⁹ Im Jahr 2016

⁴⁸ Statistisches Bundesamt, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe, www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kinderhilfe-Jugendhilfe/Publicationen/Downloads-Kinder-und-Jugendhilfe/vorlaeufige-schutzmassnahmen-5225203187004.pdf (09.06.2020), S. 14–15.

⁴⁹ Statistische Ämter des Bundes und der Länder, Statistische Bibliothek, www.statistischebibliothek.de/mir/receive/DESerie_mods_00002028 (09.06.2020).

waren ca. 72 % der unbegleitet eingereisten minderjährigen Flüchtlinge 16 oder 17 Jahre alt, ca. 21 % waren 14 oder 15 Jahre alt und 7 % waren jünger als 14 Jahre. Fast 92 % der im Jahr 2016 unbegleitet eingereisten minderjährigen Flüchtlinge waren männlich.⁵⁰

V. Gesundheitliche Verfassung der umF

Witt et al. haben 26 Artikel zu psychischen Auffälligkeiten und psychischen Störungen unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge ausgewertet.⁵¹ Diese bezogen sich auf insgesamt 6.030 unbegleitete minderjährige Flüchtlinge. Es handelte sich dabei zu ca. 81 % um männliche unbegleitete Minderjährige. Sie stammten aus verschiedenen Herkunftsländern, die meisten aus Afghanistan, Somalia, Angola, Eritrea und Iran. Die meisten Ergebnisse wurden nur anhand von Screeningverfahren gewonnen und stellen daher nur psychische Auffälligkeiten und keine Diagnosen dar. Fünf Studien enthielten Angaben zu psychischen Störungen und in zwei Studien wurden klinische Interviews eingesetzt.

Witt et al. stellten fest, dass bis zu 97 % der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge potenziell traumatische Erfahrungen machen mussten. Fegert et al. legen dar, dass die traumatischen Erfahrungen sowohl auf den Erlebnissen in ihrem Heimatland (Bürgerkrieg, Terror) als auch auf Erlebnissen auf der Flucht und solchen, die in Zusammenhang mit der Unterbringung in Deutschland stehen, basieren.⁵² Diese Belastungsfaktoren können bei den unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen zu einem Trauma führen. Unter einem Trauma im psychiatrischen Sinn wird eine stark belastende Situation oder Erfahrung verstanden, der eine Person ausgesetzt ist. Dazu zählen Situationen, die nicht zu einer normalen Lebenserfahrung gehören, also beispielsweise eine körperliche Bedrohung oder ein sexueller Missbrauch. Ein Trauma kann, muss aber nicht zu einer posttraumatischen Belastungsstörung führen.

50 Hierzu und zum Vorstehenden *Pothmann*, Forum Jugendhilfe 2017, 38 (39).

51 Zu allem *Witt et al.*, Kindheit und Entwicklung 2015, 209 (211). Die Studien wurden nicht mit umF durchgeführt, die nach Deutschland gereist sind, die Zahlen dürften dennoch vergleichbar sein.

52 Zum gesamten Gedanken *Fegert/Plener/Kölch*, RdJB 2015, 380 (381).

Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge sind im Hinblick auf die Entwicklung von psychischen Erkrankungen besonders gefährdet, weil ihnen ihre Familie als Schutzfaktor fehlt.⁵³ Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, die in Kontakt zu ihrer Familie im Heimatland standen, wiesen geringere Depressionswerte auf, da sie sich sozial unterstützt fühlten.⁵⁴ Es gibt aber auch Fälle, in denen die Familie keinen Resilienzfaktor darstellt, zum Beispiel wenn die Eltern selbst schwer traumatisiert sind oder an psychischen Störungen leiden.⁵⁵ Also kann nicht generell davon ausgegangen werden, dass der Kontakt zur Familie der Gesundheit des Kindes förderlich ist. Insgesamt stellen unbegleitete minderjährige Flüchtlinge jedenfalls eine Hochrisikogruppe in Bezug auf die Entwicklung psychischer Erkrankungen dar.⁵⁶

Nach Auswertung der Studien kommen Witt et al. zu dem Ergebnis, dass je nach eingesetzter Methode und Instrument 20–80 % der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge psychische Auffälligkeiten zeigen, meistens handelt es sich dabei um posttraumatische Stresssymptome und posttraumatische Belastungsstörungen. Depressionen und Angstsymptome werden häufig berichtet.⁵⁷ Externalisierende Auffälligkeiten (zB Störung des Sozialverhaltens mit Delinquenz, Aggression, erhöhte Impulsivität⁵⁸) werden vergleichsweise selten berichtet.⁵⁹ Das weibliche Geschlecht und die Anzahl traumatischer Erfahrungen stellen bekannte Risikofaktoren für eine Depression und eine posttraumatische Belastungsstörung dar. Dies gilt auch für die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge.

Aber zu berücksichtigen ist auch, dass trotz der belastenden Erfahrungen ca. 50 % der minderjährigen Flüchtlinge keine psychiatrische Erkrankung entwickeln. Auch starke Belastungen führen also nicht zwangsläufig zu psychischen Störungen.⁶⁰ Sukale et al. weisen darauf

53 Witt et al., Kindheit und Entwicklung 2015, 209 (219, 221).

54 Oppedal/Idsoe, Scand J Psychol 2015, 203 (207).

55 Hierzu und zur folgenden Aussage Fegert/Plener/Kölch, RdJB 2015, 380 (384).

56 Fegert/Plener/Kölch, RdJB 2015, 380; Witt et al., Kindheit und Entwicklung 2015, 209 (218, 222).

57 Witt et al., Kindheit und Entwicklung 2015, 209 (218).

58 Fegert/Plener/Kölch, RdJB 2015, 380 (383).

59 Hierzu und zu den folgenden Aussagen Witt et al., Kindheit und Entwicklung 2015, 209 (218).

60 Zum gesamten Gedanken Sukale et al., Nervenarzt 2017, 3 (7).

hin, dass die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge durchaus „aktive und kompetent handelnde Menschen“ seien, die auf der Flucht schon schwierige, potenziell traumatisierende Situationen erlebt und überstanden haben. Die Minderjährigen seien aber durch die langsamen und mitunter aufwändigen behördlichen Vorgänge enttäuscht und fühlten sich in eine Abhängigkeit zurückgestuft. Sie wünschten sich einen früheren Zugang zu Schule, Deutschkursen und Arbeit.

Je besser die Chancen für die Minderjährigen sind, sich selbst zu verwirklichen, desto besser finden sich die Minderjährigen in einer neuen Kultur zurecht.⁶¹ Die Integration in den schulischen Bereich, aber auch im Freizeitbereich und im Arbeitsleben sind für die Minderjährigen daher außerordentlich wichtig. Je besser die Minderjährigen integriert sind, desto wohler fühlen sie sich. Dazu gehört auch die Vermittlung von Deutschkenntnissen. Denn durch fehlende Sprachkenntnisse entstehen weitere Barrieren, die ein Risiko für die psychische Gesundheit darstellen. Das Risiko für die Entwicklung einer psychischen Störung steigt, je weniger Integrationsmaßnahmen ermöglicht werden. Insofern ist es gut, dass die Integration in Deutschland mit hoher Priorität gefördert wird.⁶² Als Integrationsmaßnahmen wurden Vorbereitungs- und Übergangsklassen in Schulen eingeführt und wird Hilfe und Beratung beim Übergang in eine Berufsausbildung oder in eine weiterführende Schulbildung geleistet.

VI. Fazit

Es bleibt also festzuhalten, dass die Anzahl der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge derzeit wieder abnimmt, aber noch deutlich höher ist als in den Jahren bis 2013. Geflüchtete unbegleitete Minderjährige sind überwiegend männlich und zwischen 14 und 18 Jahre alt. Viele stammen aus Afghanistan. Bis zu 97 % der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge mussten potenziell traumatische Erfahrungen machen. Ca.

61 Zu allem *Fegert/Plener/Kölch*, RdJB 2015, 380 (382).

62 Zum gesamten Gedanken *Tangermann/Hoffmeyer-Zlotnik*, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland, www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/EMN/Studien/wp_80-unbegleitete-minderjaehrige.html (27.05.2020), S. 49.

50 % entwickeln eine psychiatrische Erkrankung. Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, die in Kontakt zu ihrer Familie im Heimatland standen, wiesen geringere Depressionswerte auf. Integration ist ein wesentlicher Bestandteil für das psychische Wohlbefinden.

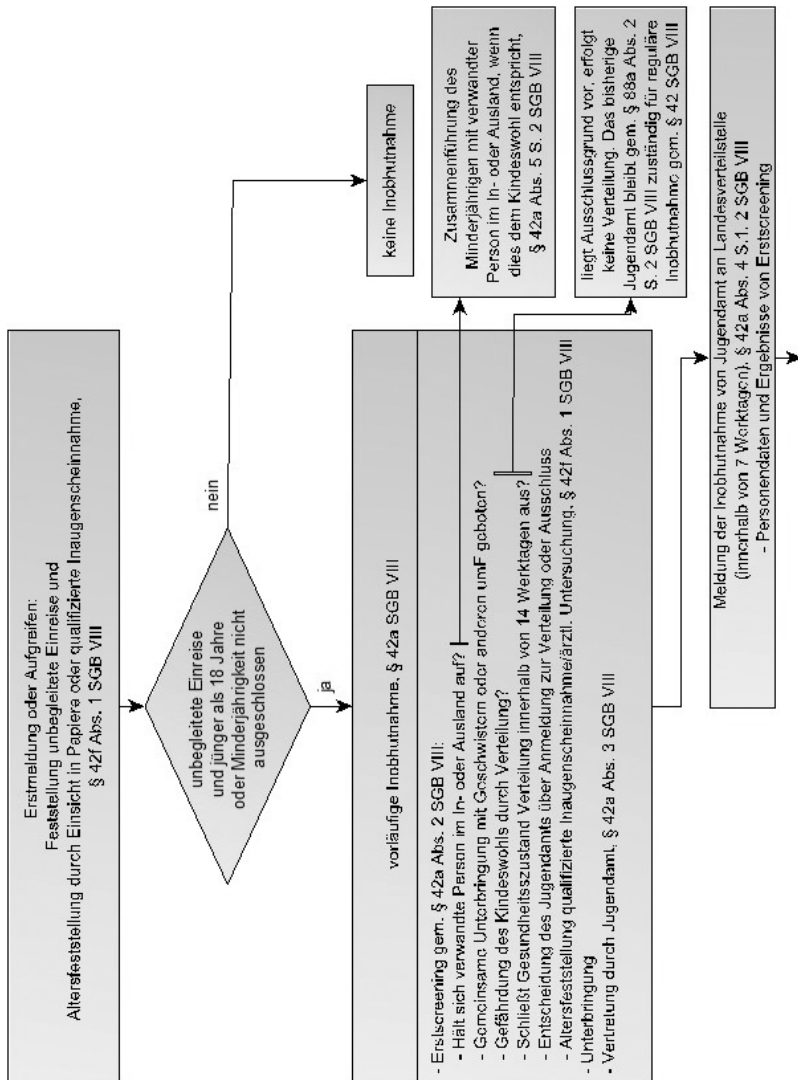
D. Ablauf des Verfahrens der Inobhutnahme von umF

§ 42a und § 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB VIII regeln die vorläufige und reguläre Inobhutnahme von Kindern und Jugendlichen nach unbegleiteter Einreise. Für die Inobhutnahme reicht allein die Feststellung, dass es sich um einen ausländischen Minderjährigen handelt, der unbegleitet eingereist ist. Die Inobhutnahme wird in diesem Fall an keine weiteren Voraussetzungen, insbesondere an keine konkrete Gefährdung des Minderjährigen, geknüpft.⁶³ Denn es wird davon ausgegangen, dass unbegleitete minderjährige Flüchtlinge besonders schutzbedürftig sind, wenn sie sich ohne Erziehungsberechtigte iSd § 7 Abs. 1 Nr. 6 SGB VIII in Deutschland aufhalten. Allein durch den Umstand, dass sie unbegleitet einreisen, wird eine latente Gefahr für das Kindeswohl angenommen.⁶⁴ Das Jugendamt ist in diesen Fällen zur Inobhutnahme verpflichtet, auch wenn es um ältere Jugendliche geht, die meinen für sich selbst sorgen zu können und kein Interesse an einer Inobhutnahme haben.⁶⁵

63 Zum gesamten Gedanken *Schmidt*, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 37.

64 VGH Bayern, Urteil v. 23.09.2014 – 12 CE 14.1833 und 12 C 14.1865, JAmt 2014, 528 (531); *Kepert*, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 42 Rn. 39.

65 *Trenczek*, in: Münster/Wiesner/Meysen, Kinder- und Jugendhilferecht, Rn. 12.



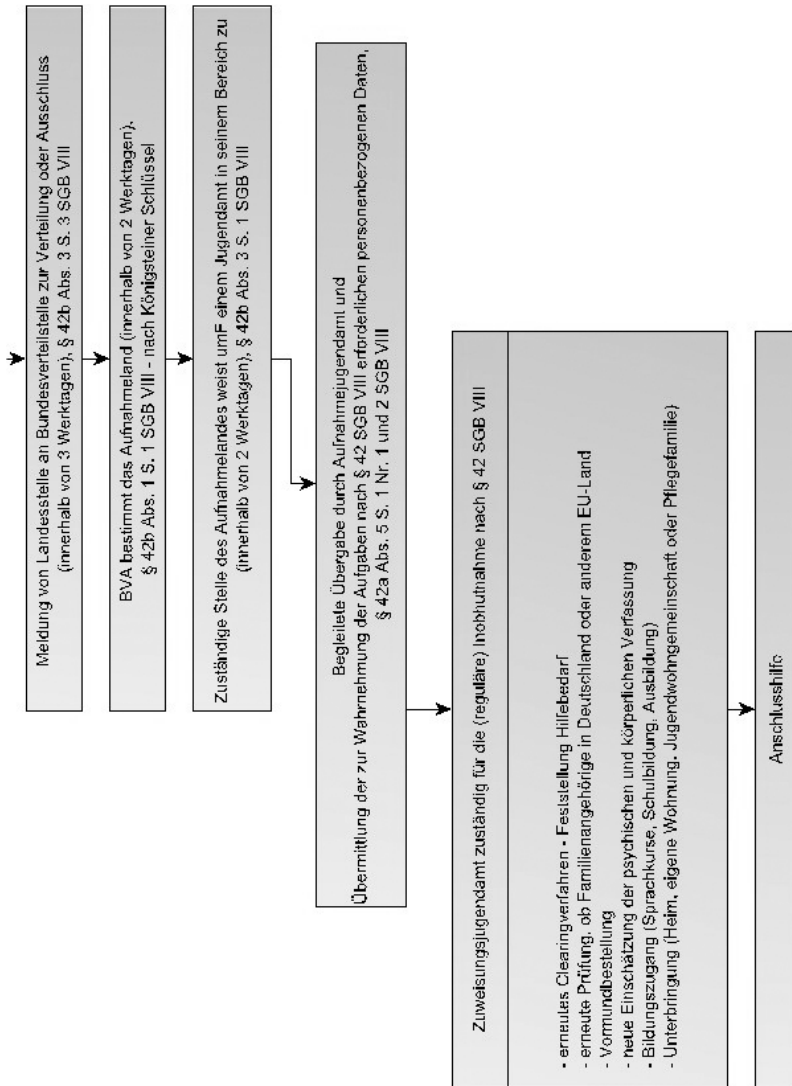


Abbildung 6: Ablauf Inobhutnahmeverfahren

Sobald eine unbegleitete Einreise eines ausländischen Kindes oder Jugendlichen in die Bundesrepublik Deutschland festgestellt wird, wird das Kind oder der Jugendliche gem. § 42a SGB VIII vorläufig in Obhut genommen. Es wird sodann geprüft, ob sich Familienangehörige im Inland aufhalten und ob eine Verteilung des Minderjährigen an ein anderes Jugendamt im Rahmen des bundesweiten Verteilsystems mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Wird festgestellt, dass sich keine Erziehungs- oder Sorgeberechtigten im Inland aufhalten, und keine Einwände gegen die Verteilung bestehen, wird der Minderjährige dem nach der Verteilung zuständigen Jugendamt zugewiesen und von diesem in der Regel regulär in Obhut genommen. Dort wird dann ausführlich geklärt, welche Hilfen sinnvoll sind.⁶⁶ Der konkrete Ablauf des Verfahrens der vorläufigen und regulären Inobhutnahme ist in Abbildung 6 (S. 31) dargestellt.

Die in der Abbildung genannten Fristen für das Verteilungsverfahren summieren sich auf 14 Werktage. Da Werktage gem. § 7 Abs. 3 SGB VIII Montag bis Freitag mit Ausnahme gesetzlicher Feiertage sind, garantiert jedoch auch die Einhaltung der Fristen nicht die Verteilung innerhalb von 14, sondern von 18 Tagen.⁶⁷

66 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. 4.

67 Katzenstein/González Méndez de Vigo/Meysen, JAmt 2015, 530 (535).

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 § 42a 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 *Keper/Dexheimer*, in: Kunkel/Keper/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 unbekannten 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 berücksichtige. 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 berechti­ge 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 Schmelting/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 Bundesärztekongresses 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 Ermächti-gungsgrundlage 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 Schmeling/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 Schutzerfordernis 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*, JAmt 2019, 294 (298).

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

zügliche Zustimmungsbedürftigkeit 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 vorzunehm-

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_Gefuechtete.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 dargelegt.) 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 Voßkuhle/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 unbegleitet 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.

F. Inobhutnahme gem. § 42 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII

Im Anschluss an die vorläufige Inobhutnahme erfolgt die Inobhutnahme durch das nach dem Zuweisungsverfahren zuständige Jugendamt. Die sachliche Zuständigkeit des Jugendamts ergibt sich aus § 85 Abs. 1 SGB VIII.

Örtlich zuständig für die reguläre Inobhutnahme nach § 42 SGB VIII ist gem. § 88a Abs. 2 SGB VIII das Jugendamt, dem der Minderjährige gem. § 42b Abs. 3 S. 1 SGB VIII zugewiesen wurde. Erfolgt keine Verteilung, so bleibt es gem. § 88a Abs. 2 S. 2 SGB VIII bei der Zuständigkeit gem. § 88a Abs. 1 SGB VIII. Es bleibt dann also das Aufnahmejugendamt zuständig.

Gem. § 42 Abs. 1 S. 1 SGB VIII ist das Jugendamt zur Inobhutnahme verpflichtet, wenn die Voraussetzungen des § 42 Abs. 1 S. 1 SGB VIII erfüllt sind. Ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum besteht dabei nicht.²⁰² Folgen der Handlungspflichtverletzung sind Amtshaftung gem. § 839 BGB iVm Art. 34 GG und Strafbarkeit wegen Unterlassen gem. § 42 Abs. 1 SGB VIII iVm § 13 StGB.²⁰³

Um der dem Jugendamt auferlegten Verantwortung gerecht werden zu können, muss das Jugendamt gewährleisten, dass an 24 Stunden pro Tag an sieben Tagen in der Woche Fachkräfte zur Verfügung stehen. Außerdem muss durch entsprechende Öffentlichkeitsarbeit sichergestellt werden, dass potenzielle Selbstmelder von der Möglichkeit der Inobhutnahme erfahren. Des Weiteren müssen konkrete Angebote für unbegleitete ausländische Minderjährige geschaffen werden.²⁰⁴

202 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 43; Trenczek, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, § 42 Rn. 7.

203 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 45.

204 Hierzu und zum Vorstehenden Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 49.1; Wiesner, in: Wiesner, SGB VIII, § 42 Rn. 28.

I. Erstkontakt / Aufklärung Sachverhalt

Nach der Zuweisung des Minderjährigen klärt das Zuweisungsjugendamt zunächst mit dem Minderjährigen gem. § 42 Abs. 2 S. 1 SGB VIII die Situation, die zur Inobhutnahme geführt hat, also die Umstände und Gründe der Einreise und zeigt die Möglichkeiten der Hilfe und Unterstützung auf.²⁰⁵ Auch wird noch einmal geprüft, ob der Betroffene minderjährig und damit schutzbedürftig ist.²⁰⁶ Die weiteren Inhalte des Clearingverfahrens / des Hilfeplanverfahrens werden unter F.XI dargestellt, weil die weiteren Schritte unter Einbeziehung des Vormunds nach dessen Bestellung erfolgen.

II. Sorge um das Wohl

Gem. § 42 Abs. 2 S. 3 SGB VIII hat das Jugendamt während der Inobhutnahme für das Wohl des Minderjährigen zu sorgen und dabei den notwendigen Unterhalt und die Krankenhilfe sicherzustellen.

Das Sorgerecht der Erziehungsberechtigten wird während der Inobhutnahme einstweilig überlagert. Das Jugendamt erhält die Erziehungsberechtigung durch die Inobhutnahme. Das wird auch als öffentlich-rechtliche, das Elternrecht vorübergehend substituierende Notkompetenz bezeichnet.²⁰⁷

Die Sorge um das Wohl des Minderjährigen beinhaltet gem. § 1666 BGB das körperliche, geistige und seelische Wohl des Minderjährigen. Das Jugendamt hat dafür Sorge zu tragen, dass der Minderjährige in seiner Entwicklung gefördert wird und zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit heranwachsen kann.²⁰⁸

205 Schwamb, FamRZ 2018, 984 (985).

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

207 BVerfG, Beschluss v. 14.06.2007 – 1 BvR 338/07, FamRZ 2007, 1627 (1629); Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 80; Trenczek, in: Münder/Meysen/Trenczek, SGB VIII, § 42 Rn. 35; Neundorff, ZAR 2016, 201 (206).

208 OLG Hamm, Urteil v. 03.10.1973 – 3 U 89/73, FamRZ 1974, 136 (137); Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 2.

Der Minderjährige erlangt durch die Inobhutnahme eine weitreichendere Förderung. Denn ausländische Minderjährige, die unbegleitet eingereist sind und nicht über eine ausländerrechtliche Duldung verfügen oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben, haben grundsätzlich keine Leistungsansprüche aus dem SGB VIII, denn gem. § 6 Abs. 2 S. 1 SGB VIII können Ausländer Leistungen nach dem SGB VIII nur beanspruchen, wenn sie rechtmäßig oder auf Grund einer ausländerrechtlichen Duldung ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben. Über die Regelung in § 42 Abs. 2 SGB VIII erhalten sie dennoch alle für ihr Wohl erforderlichen Leistungen. Welche dies sind, ist im Einzelfall zu entscheiden.²⁰⁹

Zur Verpflichtung zur Sorge für das Wohl des Minderjährigen gehört gem. § 42 Abs. 2 S. 3 SGB VIII auch die Sicherstellung des notwendigen Unterhalts. Gem. § 42 Abs. 2 S. 3 SGB VIII gilt § 39 Abs. 4 S. 2 SGB VIII entsprechend, daher sind auch nachgewiesene Aufwendungen für Beiträge zu einer Unfallversicherung sowie die hälftige Erstattung nachgewiesener Aufwendungen zu einer angemessenen Alterssicherung einer Pflegeperson zu erstatten.

Gem Art. 9 Abs. 3 KRK haben die Vertragsstaaten das Recht des Kindes, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt ist, regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, zu achten, soweit dies nicht dem Wohl des Kindes widerspricht. Insofern trägt das Jugendamt auch Umgangskosten, wenn der Umgang mit dem Minderjährigen durch die Eltern oder sonstigen Bezugspersonen sonst nicht möglich ist, der Umgang mit diesen Personen aber für das Wohl des Minderjährigen wichtig ist.²¹⁰

III. Vertretung durch Jugendamt

Das Jugendamt ist gem. § 42 Abs. 2 S. 4 SGB VIII berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes oder des Jugendlichen notwendig sind; der mutmaßliche Wille der Personensorge- oder der Erziehungsberechtigten ist dabei angemessen zu be-

209 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 82.

210 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 80.1.

rücksichtigen. Das Jugendamt ist diesbezüglich gem. § 42 Abs. 2 S. 5 SGB VIII verpflichtet, insbesondere unverzüglich einen Asylantrag für den Minderjährigen zu stellen, wenn Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass der Minderjährige internationalen Schutz iSd § 1 Abs. 1 Nr. 2 AsylG benötigt. Der Minderjährige ist dabei zu beteiligen. Außerdem gehört beispielsweise die Antragstellung auf Sozialleistungen, die Vertretung gegenüber der Schule oder im Strafverfahren oder die sonstige gerichtliche Vertretung dazu.²¹¹ Mithin wird auch die Vertretung des Kindes/Jugendlichen beim Verfahren für die Bestellung eines Vormunds von dem Vertretungsrecht umfasst.

Eine Maßnahme ist notwendig, wenn das Wohl des Kindes nicht ebenso geschützt würde, wenn die Maßnahme weggelassen würde, wenn sie also erforderlich ist.²¹² Die unter E.II.5 dargestellte Problematik zur Interessenkollision der Jugendamtsmitarbeiter besteht ebenso hinsichtlich der Vertretung im Rahmen der regulären Inobhutnahme.

IV. Inobhutnahme als Verwaltungsakt

Die Inobhutnahme erfolgt durch einen Verwaltungsakt.²¹³ Ein Verwaltungsakt ist gem. § 31 S. 1 SGB X jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

Der Verwaltungsakt kann schriftlich, mündlich oder in anderer Weise ergehen. Wird die sofortige Vollziehung des Verwaltungsaktes angeordnet, so bedarf diese Anordnung gem. § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO der schriftlichen Begründung.²¹⁴

Der Verwaltungsakt enthält in der Regel eine Entscheidung über die vorläufige Ausübung der elterlichen Sorge, den Aufenthalt des Minderjährigen sowie gegebenenfalls pädagogische Hilfen.²¹⁵

211 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 109.

212 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 110.

213 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 46.

214 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 50.1.

215 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 51.

Eine Inobhutnahme stellt, auch wenn sie gem. § 42 Abs. 1 S. 2 1. HS SGB VIII als „vorläufige“ Hilfemaßnahme erfolgt, rechtlich bereits einen Verwaltungsakt mit Dauerwirkung dar. Denn die Inobhutnahme besteht regelmäßig so lange, bis die besonderen Beendigungsgründe nach § 42 Abs. 4 SGB VIII eintreten. Die Inobhutnahme ist also als Dauerverwaltungsakt „bis auf Weiteres“ anzusehen, so dass die Hilfe für einen unbestimmten Zeitraum bereits bewilligt worden ist. Wird die Inobhutnahme also vor Eintritt einer der Beendigungsgründe nach § 42 Abs. 4 SGB VIII beendet, so stellt dies einen Eingriff in die bestehende Rechtsposition dar. Wird dagegen Widerspruch eingelegt, hat dieser gem. § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Ist die sofortige Vollziehung der Beendigung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO angeordnet, richtet sich der vorläufige Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO.²¹⁶

V. Bekanntgabe des Verwaltungsaktes

Grundsätzlich ist ein Verwaltungsakt gem. § 37 Abs. 1 SGB X dem Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird.

Fraglich ist, ob es im Fall der Inobhutnahme von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen ausreichend ist, den Verwaltungsakt der Inobhutnahme an den Minderjährigen zu adressieren und diesem zuzustellen, oder ob dieser auch den gesetzlichen Vertretern zuzustellen ist. Letzteres kann sich dann gerade in dem Fall der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge als schwierig darstellen, weil die Zustellung an die Eltern im Ausland bewirkt werden müsste.

Es wäre ausreichend, den Verwaltungsakt an den Minderjährigen zuzustellen, wenn der Minderjährige verfahrensfähig iSv § 11 Abs. 1 Nr. 2 SGB X wäre. Danach sind natürliche Personen, die nach bürgerlichem Recht in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, zur Vornahme von Verfahrenshandlungen fähig, wenn sie durch Vorschriften des bürgerlichen Rechts als geschäftsfähig oder durch Vorschriften des öffentlichen Rechts als handlungsfähig anerkannt sind.

216 OVG Hamburg, Beschluss v. 09.02.2011 – 4 Bs 9/11, JAmt 2011, 472 (473).

Minderjährige, die jünger als sieben Jahre alt sind, sind gem. § 104 BGB nicht geschäftsfähig. Minderjährige, die das siebente Lebensjahr vollendet haben, sind in der Geschäftsfähigkeit beschränkt. Sie bedürfen gem. § 107 BGB für Willenserklärungen, die für sie nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sind, der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Minderjährige sind also nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht geschäftsfähig.

Gem. § 36 Abs. 1 S. 1 SGB I kann derjenige, der das fünfzehnte Lebensjahr vollendet hat, Anträge auf Sozialleistungen stellen und verfolgen sowie Sozialleistungen entgegennehmen. Der Leistungsträger soll gem. § 36 Abs. 1 S. 2 SGB I den gesetzlichen Vertreter über die Antragstellung und die erbrachten Sozialleistungen unterrichten. Die Minderjährigen, die 15 Jahre oder älter sind, sind also in Bezug auf die Entgegennahme von Sozialleistungen handlungsfähig iSv öffentlich-rechtlichen Vorschriften.

Ob eine Zustellung des Verwaltungsaktes an den Minderjährigen zulässig ist, hängt daher davon ab, ob die Inobhutnahme als Sozialleistung angesehen wird oder nicht. Dies ist umstritten.

1. Inobhutnahme ist eine Sozialleistung

Diejenigen, die annehmen, dass es sich bei der Inobhutnahme um eine Sozialleistung handelt, halten die Zustellung des Verwaltungsaktes an den Minderjährigen, der das fünfzehnte Lebensjahr vollendet hat, vor dem Hintergrund der Regelung in § 11 Abs. 1 Nr. 2 SGB X iVm § 36 Abs. 1 S. 1 SGB I, für ausreichend.

Das OVG Hamburg²¹⁷ und das VG Göttingen²¹⁸ sind der Auffassung, dass eine Inobhutnahme eine Sozialleistung iSv § 36 Abs. 1 S. 1 SGB I darstellt. Die Inobhutnahme selbst sei zwar keine Leistung iSv § 2 Abs. 2 SGB VIII, sondern eine andere Aufgabe der Jugendhilfe gem. § 2 Abs. 3 Nr. 1 SGB VIII und damit im Kern eine Aufgabe der Ein-

217 OVG Hamburg, Beschluss v. 14.02.2011 – 4 Bs 282/10, juris, Rn. 14; Beschluss v. 09.02.2011 – 4 Bs 9/11, JAmt 2011, 472 (473); Beschluss v. 23.12.2010 – 4 Bs 243/10, NordÖR 2011, 454 (455).

218 VG Göttingen, Beschluss v. 17.07.2014 – 2 B 195/14, BeckRS 2014, 57031.

griffsverwaltung. Soweit jedoch der Staat zur Inobhutnahme des Kindes oder Jugendlichen im Rahmen des staatlichen Wächteramts verpflichtet sei, bestünde ein korrespondierender Leistungsanspruch des Minderjährigen gem. § 42 Abs. 1 SGB VIII sowie auf Gewährung der Hilfen nach § 42 Abs. 2 S. 3 SGB VIII. Insoweit liege eine Sozialleistung iSd § 11 SGB I vor, und zwar eine Dienstleistung gem. § 11 S. 2 SGB I als persönliche und erzieherische Hilfe.²¹⁹

Kepert ist der Ansicht, dass nur Inobhutnahmen von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen iSd §§ 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und 42a SGB VIII Sozialleistungen darstellen.²²⁰ In diesen Fällen ginge es in erster Linie um die Gewährung von Hilfen. Ein Eingriff sei mit der Inobhutnahme in diesen Fällen nicht verbunden, weil sich die Eltern nicht in Deutschland aufhalten würden, und insofern durch die Maßnahme nicht in ihr Elternrecht eingegriffen werde, weil es keine familiäre Lebensgemeinschaft iSv Art. 6 GG in Deutschland gäbe. (hierzu erfolgt eine ausführliche Prüfung unter F.VIII) Er sieht es daher als vertretbar an, zumindest § 36 SGB I analog anzuwenden, so dass der Verwaltungsakt aufgrund der Regelungen in § 11 Abs. 1 Nr. 2 SGB X iVm § 36 SGB I analog den Jugendlichen im Alter von 15 bis 17 Jahren unmittelbar zugestellt werden könne.

2. Inobhutnahme ist keine Sozialleistung

Überwiegend wird hingegen in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Inobhutnahme nicht um eine Sozialleistung iSd § 36 Abs. 1 S. 1 SGB I handelt, so dass eine Handlungsfähigkeit erst mit Vollendung des 18. Lebensjahres gegeben sei, und der Verwaltungsakt der Inobhutnahme erst mit Bekanntgabe an den gesetzlichen Vertreter wirksam werde.²²¹

219 OVG Hamburg, Beschluss v. 14.02.2011 – 4 Bs 282/10, juris, Rn. 14; so auch *Tillmanns*, in: MüKo, SGB VIII, § 2 Rn. 6.

220 Zum gesamten Gedanken *Kepert*, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 42 Rn. 127.

221 *Kepert*, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 42 Rn. 126; *Wiesner*, in: Wiesner, SGB VIII, § 42 Rn. 68a.

Dies wird in erster Linie damit begründet, dass § 2 Abs. 1 SGB VIII ausdrücklich zwischen den im Absatz 2 aufgelisteten "Leistungen" und den in Abs. 3 aufgezählten "anderen Aufgaben", unter denen die Inobhutnahme unter Nr. 1 explizit genannt ist, unterscheidet. Die vom Gesetzgeber vorgenommene Unterscheidung zwischen den Leistungen der Jugendhilfe und den „anderen Aufgaben“ der Jugendhilfe finde sich außerdem in den Regelungen über die Zuständigkeit wieder. Denn in § 86 SGB VIII sei die örtliche Zuständigkeit für Leistungen geregelt, während § 87 SGB VIII eine gesonderte Zuständigkeitsregelung für die Inobhutnahme enthalte. Letztere wurde als „örtliche Zuständigkeit für vorläufige Maßnahmen“ betitelt. Auch aus der Formulierung des § 86 Abs. 7 S. 1 2. HS SGB VIII („geht der Leistungsgewährung eine Inobhutnahme voraus“) ergebe sich, dass die Inobhutnahme keine Sozialleistung darstelle.²²²

Das OVG NRW²²³ legt dar, dass eine Inobhutnahme eine andere Zielrichtung verfolge, als die Hilfen gem. §§ 27 ff. SGB VIII und der Gesetzgeber die Inobhutnahme daher bewusst nicht den Leistungen gem. § 2 Abs. 2 SGB VIII zugeordnet habe. Dies wird so auch von Coester ausgeführt, der darlegt, dass eine Hilfe zur Erziehung gem. §§ 27 ff. SGB VIII bereits bei Vorliegen eines konkreten Erziehungsdefizits in der Familie angezeigt ist, während für eine Inobhutnahme die Grenze zur Kindeswohlgefahr gem. § 1666 BGB überschritten sein müsse. Ziel der Hilfe sei mithin die präventive Unterstützung bei der Erziehung, Ziel der Inobhutnahme sei die akute Gefahrenabwendung.²²⁴

Der BGH und das OVG Münster führen ergänzend aus, dass auch wenn während der Inobhutnahme geprüft werde, welche Leistungen hilfreich wären und eine sozialpädagogische Beratung und Betreuung des Minderjährigen erfolge, es sich bei der Inobhutnahme im Kern um eine „auf dem staatlichen Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) beruhende Intervention“ handle, die die Rechte sowohl der Kinder als

222 BVerwG, Urteil v. 17.12.2015 – 5 C 9/15, NVwZ 2016, 947 (948); Urteil v. 11.07.2013 – 5 C 24/12, JAmt 2013, 588 (589); OVG NRW, Urteil v. 06.06.2008 – 12 A 576/07, juris, Rn. 74; Kirchhoff, in: jurisPK-SGB VIII, § 42 Rn. 27.

223 OVG NRW, Urteil v. 06.06.2008 – 12 A 576/07, juris, Rn. 72; so auch VG Arnberg, Urteil v. 07.06.2011 – 11 K 319/10, juris, Rn. 42; VG Saarland, Urteil v. 27.05.2011 – 3 K 2136/09, juris, Rn. 35.

224 Coester, FamRZ 1991, 253 (255).

auch der Sorgeberechtigten berührt und insofern eine „Eingriffsverwaltung“ darstelle. Eingriffe erfolgten insofern, als dass das Jugendamt während der Inobhutnahme das Recht der Beaufsichtigung, Erziehung und Aufenthaltsbestimmung innehatte. Das Jugendamt sei ferner gem. § 42 Abs. 2 S. 4 SGB VIII berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes notwendig sind.²²⁵

Trenczek legt dar, dass es zwar im Rahmen der Inobhutnahme nicht selten zu einem Eingriff in die Personensorge komme, ein solcher aber nicht „Wesensmerkmal“ der Inobhutnahme sei.²²⁶ Eltern würden dieser auch oft nicht widersprechen und seien mit ihr einverstanden, was gesetzlich auch ausdrücklich in § 42 Abs. 1 Nr. 2a, Abs. 3 S. 5 SGB VIII vorgesehen sei. Die Krisenintervention sei deshalb aber keine erzieherische Hilfe iSd § 27 SGB I. Denn in den §§ 27–41 SGB VIII seien ausschließlich Regelungen zu Leistungen enthalten und keine Möglichkeiten zum Eingriff in Rechtspositionen von Eltern oder von Minderjährigen geregelt.²²⁷ Wenn ersichtlich sei, dass eine Rückführung nicht kurzfristig möglich ist, dann seien die Personensorgeberechtigten dahingehend zu beraten, Hilfen zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII zu beantragen, denn eine automatische Überleitung in eine andere Hilfe sei auch in den Fällen, in denen die Eltern der Inobhutnahme nicht widersprochen haben, nicht vorgesehen.²²⁸ § 42 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII beinhalte auch einen Rechtsanspruch (subjektiv-öffentliches Recht) des Minderjährigen auf Schutzgewährung.²²⁹ Die Inobhutnahme beinhalte also sowohl eine ordnungsrechtliche Komponente als auch leistungsrechtliche Elemente (insb. bzgl. des fachlich-sozialpädagogischen Auftrages). Beide Bereiche seien untrennbar miteinander verbunden.²³⁰ Da die Inobhutnahme aber grundsätzlich nicht von dem Ein-

225 BGH, Urteil v. 23.02.2006 – III ZR 164/05, SRa 2006, 223 (224); OVG Münster, Urteil v. 26.09.2014 – 12 A 2524/13, JAmt 2016, 151 (153); so auch *Wiesner*, in: *Wiesner*, SGB VIII, § 42 Rn. 3; *Kirchhoff*, in: *jurisPK-SGB VIII*, § 42 Rn. 27.

226 Zum gesamten Gedanken *Trenczek*, in: *Münder/Meysen/Trenczek*, SGB VIII, § 42 Rn. 6; *Trenczek/Düring/Neumann-Witt*, Inobhutnahme, S. 230.

227 *Tammen/Trenczek*, in: *Münder/Meysen/Trenczek*, SGB VIII, Vorb. §§ 27 bis 41 Rn. 2.

228 *Trenczek*, in: *Münder/Meysen/Trenczek*, SGB VIII, § 42 Rn. 6.

229 *Trenczek*, in: *Münder/Meysen/Trenczek*, SGB VIII, § 42 Rn. 7; *Hoffmann*, JAmt 2012, 244.

230 *Trenczek/Düring/Neumann-Witt*, Inobhutnahme, S. 231.

verständnis der Personensorgeberechtigten abhängig sei, handele es sich nicht um eine Sozialleistung iSd § 11 SGB I.²³¹

Wiesner weist ergänzend noch darauf hin, dass sich die Inobhutnahme insofern von den sonstigen Hilfen zur Erziehung unterscheidet, als dass für die sonstigen Hilfen immer zunächst eine elterliche Entscheidung, also eine Antragstellung, erforderlich sei. Da dies bei der Inobhutnahme nicht der Fall sei, spreche auch dies für die Zuordnung zu den „anderen Aufgaben“ gem. § 2 Abs. 3 Nr. 1 SGB VIII und gegen die Einordnung als Sozialleistung.²³²

Kepernt weist im Hinblick auf die Argumentation der gesetzgeberischen systematischen Einordnung noch darauf hin, dass der Gesetzgeber die Regelung der Inobhutnahme explizit im dritten Kapitel des SGB VIII, welches den Titel „andere Aufgaben der Jugendhilfe“ trägt, angesiedelt hat. Auch dies zeige, dass es sich bei der Inobhutnahme um eine andere Aufgabe iSv § 2 Abs. 3 SGB VIII handelt, wobei Kepernt diese Einschätzung – wie bereits dargelegt – nur im Hinblick auf Inobhutnahmen gem. § 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 SGB VIII vertritt.²³³

Der Umstand, dass der Minderjährige in den Fällen, in denen der Staat aufgrund seines Wächteramtes zur Inobhutnahme verpflichtet ist, einen Anspruch auf Inobhutnahme hat, führt nach Auffassung von Kepernt nicht zu einer Einordnung der Inobhutnahme als Leistung im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB VIII bzw. des § 11 SGB I.²³⁴ Als Argument dazu führt er das Beispiel der Erteilung einer Erlaubnis zur Kindertagespflege gem. § 43 SGB VIII an. Sofern die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, bestehe diesbezüglich ebenfalls ein Rechtsanspruch. Dennoch werde dies unstreitig als „andere Aufgabe“ iSd § 2 Abs. 3 SGB VIII angesehen. Auch ändere der Umstand, dass es sich bei der Erteilung der Erlaubnis zur Kindertagespflege um einen begünstigenden Verwaltungsakt handele, nichts an der Zuordnung zu § 2 Abs. 3 SGB VIII. Daher spreche auch der Umstand, dass es sich bei der Inobhutnahme um einen für den Minderjährigen begünstigenden Verwal-

231 *Trenczek/Düring/Neumann-Witt*, Inobhutnahme, S. 232.

232 *Wiesner*, in: *Wiesner*, SGB VIII, § 42 Rn. 4.

233 *Kepernt*, in: *Kunkel/Kepernt/Pattar*, SGB VIII, § 42 Rn. 126.

234 Hierzu und zu den folgenden Aussagen *Kepernt*, in: *Kunkel/Kepernt/Pattar*, SGB VI-II, § 42 Rn. 125.

tungsakt und für die Personensorgeberechtigten belastenden Verwaltungsakt handeln kann, nicht gegen die Einordnung der Inobhutnahme zu den anderen Aufgaben gem. § 2 Abs. 3 SGB VIII.

Auch die Bitte des Kindes um Inobhutnahme sei kein Grund, die Inobhutnahme als Leistung einzuordnen. Denn auch wenn das Kind um Inobhutnahme bittet, führe die Inobhutnahme dazu, dass in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eingegriffen werde. Denn bei der Inobhutnahme gehe es in der Regel um die Herausnahme eines Kindes und die Trennung von den Eltern oder Personensorgeberechtigten.²³⁵ In erster Linie werde zur Gefahrenabwehr in Obhut genommen, weil Leistungen der Jugendhilfe nicht mehr zielführend seien. Kepert führt dazu ergänzend aus, dass es sonst zu der nicht nachvollziehbaren Konsequenz führe, dass eine Inobhutnahme – wenn sie bei Vorliegen einer dringenden Kindeswohlgefährdung – auf Wunsch des Minderjährigen hin erfolgt, eine Sozialleistung darstellen würde und in dem Fall der Inobhutnahme gegen den Willen des Kindes – und ebenfalls Vorliegen einer dringenden Kindeswohlgefährdung – diese eine andere Aufgabe iSv § 2 Abs. 3 SGB VIII darstellen würde.²³⁶

3. Eigene Ansicht

a) Argumente gegen die Ansicht von OVG HH, VG Göttingen und Tillmanns

Das OVG Hamburg, das VG Göttingen und Tillmanns begründen nicht näher, warum der Rechtsanspruch auf Inobhutnahme zur Einordnung der Inobhutnahme als Sozialleistung führen soll.

Sozialleistungen sind gem. § 11 S. 1 SGB I alle in dem Gesetzbuch (SGB I) vorgesehenen Dienst-, Sach- und Geldleistungen. Eine Sozialleistung ist zu gewähren, wenn die diesbezüglichen Voraussetzungen vorliegen. Dann besteht auch ein Anspruch auf die Sozialleistung. Es stellt aber nicht umgekehrt alles, worauf ein Anspruch besteht, auch automatisch eine Sozialleistung dar. Dass diesbezüglich tatsächlich kein zwingender Zusammenhang besteht, wird von Kepert nachvoll-

²³⁵ Kepert, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 42 Rn. 126.

²³⁶ Kepert, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 42 Rn. 125.

ziehbar anhand des Beispiels der Erteilung der Erlaubnis zur Kindertagespflege erläutert.

b) Argumente gegen die Ansicht von Kepert

Kepert ist der Auffassung, dass in den Fällen der Inobhutnahme von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen kein Eingriff in Art. 6 GG vorliegt, weil sich die Eltern oder Personensorgeberechtigten nicht in der BRD aufhalten und insofern auch nicht in ein familiäres Gefüge in der BRD eingegriffen werden kann.

In F.VIII. wird näher dargelegt, dass auch in den Fällen der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge ein Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG erfolgt. Davon abgesehen führt die Inobhutnahme aber auch dazu, dass der Minderjährige gewissen Vorgaben des Jugendamtes nachkommen muss, denn dem Jugendamt obliegt während der Inobhutnahme gem. § 42 Abs. 2 S. 3 SGB VIII die elterliche Sorge. Das Jugendamt kann insofern den Aufenthaltsort bestimmen und auch sonstige wesentliche Entscheidungen für den Minderjährigen treffen, § 42 Abs. 2 S. 4 SGB VIII. Daher stellt die Inobhutnahme auch einen Eingriff in das Recht auf freie Entfaltung gem. Art. 2 Abs. 1 GG dar. (Dies wurde unter E.II.7. ausführlich dargestellt.)

c) Argumente gegen die Ansicht von Trenzcek

Trenzcek führt aus, dass der Eingriff in die Personensorge – zu dem es nicht selten komme – kein Wesensmerkmal der Inobhutnahme sei. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass Eltern bzw. Personensorgeberechtigte oft auch ihr Einverständnis zur Inobhutnahme erteilen. Vielmehr stünde im Vordergrund, dass es um eine Krisensituation ginge, die es zu beseitigen gelte.

Wie bereits dargelegt wird bei der Inobhutnahme nicht nur in die Rechte der Personensorgeberechtigten eingegriffen, sondern auch in die Rechte des Minderjährigen auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 1 GG. Jede Inobhutnahme ist insofern mit einem Eingriff verbunden. Trenzcek weist auch selbst darauf hin, dass die Inobhutnahme nicht vom Einverständnis des Minderjährigen oder der Personensorgeberechtigten abhängig gemacht wird. Dies ist auch rich-

tig. Besteht eine Kindeswohlgefahr, so ist die Inobhutnahme gem. § 42 SGB VIII auch möglich, wenn die Personensorgeberechtigten nicht zustimmen, aber das Familiengericht eine entsprechende Entscheidung getroffen hat oder aber das Familiengericht nicht mehr rechtzeitig angerufen werden konnte. Vor dem Hintergrund verwundert aber, dass Trenczek seine Auffassung, dass der Eingriff in die Personensorge kein Wesensmerkmal der Inobhutnahme sei, damit begründet, dass die Personensorgeberechtigten der Inobhutnahme vielfach auch zustimmen würden. Dies mag in der Praxis so sein, ändert aber nichts an der Tatsache, dass dennoch ein Eingriff in das Recht auf persönliche Entfaltung vorliegt und das Jugendamt – in den Fällen, in denen die Eltern ihre Zustimmung widerrufen, die Inobhutnahme bei andauernder Kindeswohlgefahr – auch ohne die Zustimmung der Eltern (durch Einholung der Entscheidung des Familiengerichts oder wenn diese Entscheidung nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden kann), aufrechterhalten werden kann.

Auch Wiesner teilt nicht die Auffassung von Trenczek, der das Spezifikum der Inobhutnahme nicht im Eingriff in die elterliche Sorge, sondern in der Krisensituation sieht. Eine Krise führe Wiesner zufolge nicht zwangsläufig zur Inobhutnahme. Sie könne auch Anlass für eine Hilfe zur Erziehung sein oder sich im Rahmen eines Hilfeprozesses erst entwickeln. Auch wenn die Inobhutnahme schließlich im Einzelfall von den Eltern „akzeptiert“ wird, so erfolge die Entscheidung über die Inobhutnahme zunächst auf Grund einer gesetzlichen, vom Willen der Eltern unabhängigen, Verpflichtung.²³⁷

d) Fazit

Bei der Inobhutnahme handelt es sich um eine andere Aufgabe der Jugendhilfe, also nicht um eine Sozialleistung.

In erster Linie zeigt – wie bereits dargestellt – die eindeutige gesetzes-systematische Einordnung, dass die Inobhutnahme vom Gesetzgeber nicht als Sozialleistung angesehen wird.

Die Gesetzessystematik zeigt noch an verschiedenen anderen Stellen, dass die Inobhutnahme keine Sozialleistung ist.

²³⁷ Wiesner, in: Wiesner, SGB VIII, § 42 Rn. 4.

Zum einen ist diesbezüglich auf § 42f Abs. 2 S. 4 SGB VIII hinzuweisen. Dort wurde aufgenommen, dass die §§ 60, 62 und 65–67 SGB I entsprechend gelten. Diese benannten Vorschriften regeln Mitwirkungspflichten für den Fall der Beantragung von Sozialleistungen. Würde es sich bei der Inobhutnahme um eine Sozialleistung handeln, dann wären diese Vorschriften unmittelbar anwendbar und es wäre nicht erforderlich, in § 42f SGB VIII die entsprechende Anwendung zu regeln.

Das gilt so auch für die Regelung in § 42 Abs. 2 S. 3 SGB VIII. Danach hat das Jugendamt während der Inobhutnahme für das Wohl des Minderjährigen zu sorgen und dabei den notwendigen Unterhalt und die Krankenhilfe sicherzustellen. Der Gesetzgeber hat in § 42 Abs. 2 S. 3 2. HS SGB VIII explizit auf § 39 Abs. 4 S. 2 SGB VIII verwiesen und diesen für entsprechend anwendbar erklärt. § 39 SGB VIII enthält die Überschrift: „Leistungen zum Unterhalt des Kindes oder Jugendlichen“. In Abs. 4 S. 2 ist folgendes geregelt: „Die laufenden Leistungen umfassen auch die Erstattung nachgewiesener Aufwendungen für Beiträge zu einer Unfallversicherung sowie die hälftige Erstattung nachgewiesener Aufwendungen zu einer angemessenen Alterssicherung der Pflegeperson.“ Diese Regelung über „Leistungen“ wurden ausweislich § 42 Abs. 2 S. 3 2. HS SGB VIII nur für entsprechend anwendbar erklärt. Würde es sich bei der Inobhutnahme um eine Sozialleistung handeln, so würde auch diese Vorschrift unmittelbar gelten, so dass der Verweis mit dem Hinweis, dass die Regelung „entsprechend“ anwendbar ist, nicht erforderlich gewesen wäre.

Auch der Wortlaut des § 42 Abs. 2 SGB VIII spricht gegen die Einordnung als Sozialleistung. Denn während der Inobhutnahme hat das Jugendamt gem. § 42 Abs. 2 SGB VIII die Situation, die zur Inobhutnahme geführt hat, zusammen mit dem Kind oder dem Jugendlichen zu klären und Möglichkeiten der Hilfe und Unterstützung aufzuzeigen. Hierbei geht es insbesondere um Hilfen gem. §§ 27 ff. SGB VIII. Dem Wortlaut des § 42 Abs. 2 SGB VIII zufolge handelt es sich bei den Hilfen also um Maßnahmen, die im Anschluss an die Inobhutnahme in Betracht kommen. Sie stellen daher nicht selbst die Inobhutnahme dar. Dies wird auch dadurch deutlich, dass die Inobhutnahme gem. § 42 Abs. 4 Nr. 2 SGB VIII mit der Entscheidung über die Gewährung von Hilfen nach dem Sozialgesetzbuch endet. Insofern ist eindeutig, dass

diese Hilfen nicht zur Inobhutnahme gehören, sondern im Anschluss daran erfolgen.

Würde die Inobhutnahme als Sozialleistung eingestuft, so würden bei einer Inobhutnahme die Mitwirkungspflichten nach §§ 60 ff. SGB I gelten. Im Hinblick auf die Altersfeststellung von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen ist die entsprechende Anwendbarkeit dieser Regelungen in § 42f SGB VIII explizit geregelt. Beispielsweise für Inobhutnahmen bei Kindeswohlgefährdungen gem. § 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB VIII würde die Rechtsfolge einer Einordnung als Sozialleistung, nämlich, dass bei mangelnder Mitwirkung gem. § 66 SGB VIII die Leistung versagt werden kann, jedoch nicht passen. Denn in den Fällen liegt eine Gefahrensituation vor, die den Staat aufgrund des Wächteramts aus Art. 6 GG zur Hilfeleistung verpflichtet. Dies kann nicht an die Mitwirkung eines Minderjährigen geknüpft werden. Gibt also beispielsweise ein Kind, dessen Kindeswohl offensichtlich gefährdet ist, bei Herausnahme aus der Wohnung der Eltern keine Auskunft über sich und die bisherigen Lebensumstände, wäre eine Beendigung der Inobhutnahme aufgrund der fehlenden Mitwirkung nicht denkbar.

Letztlich ist die Gesetzessystematik eindeutig. An zahlreichen Stellen im Gesetz wird deutlich, dass der Gesetzgeber die Inobhutnahme nicht als Sozialleistung einstuft. Auch der von Coester²³⁸ dargelegte Sinn und Zweck der Inobhutnahme (Schutz bei Kindeswohlgefahr) gebietet keine andere Auslegung, da dieser sich deutlich von dem Sinn und Zweck der Leistungen (Hilfen bei Unterstützungsbedarf und Erziehungsdefiziten) unterscheidet. Da die Inobhutnahme also keine Sozialleistung iSv § 36 SGB I darstellt, muss der Verwaltungsakt den Eltern im Ausland zugestellt werden.

4. Wirksamwerden bei Nichterreichbarkeit der Eltern

Kann der Verwaltungsakt der Inobhutnahme wegen der Nichterreichbarkeit der Eltern oder anderer Personensorgeberechtigter und der Minderjährigkeit des betroffenen Kindes/Jugendlichen nicht bekannt

238 Coester, FamRZ 1991, 253 (255).

gemacht werden, stellt sich die Frage, wie er dennoch wirksam werden kann.

a) Unmittelbare Ausführung bzw. Sofortvollzug

Nach Auffassung von Kepert ist die Durchführung der Inobhutnahme in Form der unmittelbaren Ausführung möglich.²³⁹ Die unmittelbare Ausführung ist in den Polizeigesetzen einiger Länder geregelt, zB § 8 PolG BW. Danach ist es unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, eine Maßnahme auch ohne Erlass eines Verwaltungsaktes durchzuführen. Diese Vorschriften beziehen sich jedoch eigentlich nur auf die Umsetzung vertretbarer Handlungen. Es sei aber anerkannt, dass ausnahmsweise auch im Rahmen der unmittelbaren Ausführung auf Personen eingewirkt werden kann, so dass sie auf die Fälle, in denen eine Verfügung einem Minderjährigen nicht bekannt gegeben werden kann, angewendet werden. In einigen Bundesländern gibt es keine Regelungen zur unmittelbaren Ausführung. Dort müssen die Regelungen zum Sofortvollzug herangezogen werden, zB § 55 Abs. 2 VwVG NRW.

b) Faktische Durchführung gem. § 42 SGB VIII

Kirchhoff vertritt hingegen die Auffassung, dass dieser „Umweg über das Polizei- oder Verwaltungsvollstreckungsrecht“ nicht erforderlich sei.²⁴⁰ Eine Inobhutnahme könne auch wirksam durchgeführt werden, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter nicht bekannt gegeben wurde. Dies ergebe sich aus § 42 SGB VIII, der als speziellere Regelung den §§ 37, 39 SGB X vorgehe. In Bezug auf die Inobhutnahme von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen führt er aus, dass in § 42 Abs. 3 SGB VIII keine Information der Personensorgeberechtigten geregelt sei, sondern in § 42 Abs. 3 S. 4 SGB VIII vorgegeben werde, dass unverzüglich ein Vormund oder Pfleger zu bestellen sei. Daraus schließt Kirchhoff, dass die Inobhutnahme bereits wirksam geworden ist, bevor sie einem gesetzlichen Vertreter bekannt wird. Außerdem sehe § 42

239 Zum gesamten Gedanken *Kepert*, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 42 Rn. 128.

240 Hierzu und zu den folgenden Aussagen *Kirchhoff*, in: jurisPK-SGB VIII, § 42 Rn. 134.

Abs. 3 S. 3 SGB VIII vor, dass unverzüglich eine Entscheidung des Familiengerichts einzuholen ist, wenn die Personensorge- oder Erziehungsberechtigten nicht erreichbar sind. Auch daraus ergebe sich, dass § 39 Abs. 1 S. 1 SGB X von § 42 SGB VIII verdrängt werde und daher eine Bekanntgabe nicht erforderlich sei. Fehle also eine Bekanntgabe, so werde die Inobhutnahme mit der faktischen Durchführung wirksam.

Keperth führt diesbezüglich an, dass es sich bei den §§ 37, 39 SGB X um zwingende Vorgaben handele, von denen § 42 SGB VIII nicht befreien könne.²⁴¹

c) Eigene Ansicht

Im Ergebnis führen beide Wege zur Wirksamkeit der Inobhutnahme, selbst wenn diese den Personensorgeberechtigten nicht bekannt gegeben werden kann, insofern bedarf es diesbezüglich keiner Entscheidung. Die Ausführungen von Kirchhoff sind jedoch überzeugend. §§ 37, 39 SGB X stellen allgemeine Verfahrensvorschriften dar, von denen durch speziellere Vorschriften abgewichen werden kann. Im Fall der Inobhutnahme von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen ist dies auch geboten, weil die Eltern in vielen Fällen nicht erreichbar sind, dennoch ist es zwingend erforderlich, dass die Minderjährigen durch die Inobhutnahme geschützt werden.

Zu beachten ist, dass die tatsächliche Vollziehung der Inobhutnahme, also unter anderem die Verbringung an einen anderen Ort, nicht den Verwaltungsakt selbst darstellt.²⁴² Auch wenn der Verwaltungsakt grundsätzlich keiner Schriftform bedarf, so ist er den Betroffenen zumindest mündlich bekannt zu geben. In dem Fall, den das VG Minden zu entscheiden hatte, hatte das Jugendamt ein Mädchen „ohne jede Vorwarnung und ohne jeglichen Beschluss“ in einer heilpädagogischen Kindergruppe untergebracht. Das Gericht wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass nur die Verbringung allein nicht ausreicht. Es bedarf einer Form von Kommunikation. In den Fällen, in de-

²⁴¹ Keperth, in: Kunkel/Keperth/Pattar, SGB VIII, § 42 Rn. 128 Fn. 194.

²⁴² VG Minden, Beschluss v. 12.12.2007 – 6 L 624/07, BeckRS 2008, 31816, Rn. 5; Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 53.

nen der Verwaltungsakt sofort vollziehbar sein soll, sei er außerdem gem. § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO schriftlich zu begründen.²⁴³

Für Inobhutnahmen von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen bedeutet dies, dass sowohl der Minderjährige als auch die Personensorgeberechtigten über die Inobhutnahme zu informieren sind. Sind die Personensorgeberechtigten nicht erreichbar, so ist die Maßnahme jedoch dem Minderjährigen zu erläutern.

VI. Bestellung Vormund

Das Jugendamt hat gem. § 42 Abs. 3 S. 4 SGB VIII unverzüglich beim Familiengericht anzuregen, dass ein Vormund oder Pfleger bestellt wird.

1. Erfordernis der Vormundschaftsbestellung

Hintergrund dieser Regelung ist, dass der Minderjährige schnellstmöglich einen Vertreter benötigt, um am Privatrechtsverkehr teilnehmen zu können.²⁴⁴

Gem. § 1793 BGB hat der Vormund das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, insbesondere den Mündel zu vertreten. Gem. § 1793 Abs. 1 S. 2 BGB gilt § 1626 Abs. 2 BGB entsprechend. Daher hat auch der Vormund – wie die Eltern – entsprechend § 1626 Abs. 2 BGB die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen und mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, die zu treffenden Entscheidungen zu besprechen.

Der Vormund hat den unbegleiteten minderjährigen Flüchtling im Umgang mit Ämtern und Behörden, bei Arztbesuchen, beim Finden

243 VG Minden, Beschluss v. 12.12.2007 – 6 L 624/07, BeckRS 2008, 31816, Rn. 6.

244 Götz, in: Palandt, BGB, Einl. v. § 1773 Rn. 3; *González Méndez de Vigo, Nerea*, in: DIJuF - Forum für Fachfragen, Themengutachten DIJuF-Rechtsgutachten, 1 (9).

eines Schulplatzes, einer Praktikums-, Ausbildungs- oder Arbeitsstelle zu unterstützen.²⁴⁵

Auch hat er mit dem Flüchtling zu besprechen, ob ein Asylantrag gute Erfolgsaussichten hätte oder ein Antrag auf Bleiberecht aus humanitären Gründen gestellt wird.²⁴⁶ Die Minderjährigen benötigen den Vormund zur Vertretung im Asylverfahren, denn seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher am 1.11.2015 sind die Betroffenen gem. § 80 Abs. 1 AufenthG erst verfahrensfähig, wenn sie volljährig sind. Zuvor begann die Verfahrensfähigkeit bereits mit 16 Jahren.²⁴⁷

Der Vormund ist auch verpflichtet bei der Passbeschaffung gem. § 82 Abs. 1 S. 1 AufenthG, § 56 Nr. 1 und 2 AufenthV mitzuwirken. Ist die Passbeschaffung nicht möglich bzw. unzumutbar, wird gem. § 5 AufenthV ein Passersatz ausgestellt.²⁴⁸

2. Internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte

Die deutschen Gerichte sind gem. Art. 8 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003 (sog. Brüssel IIa-VO) für das Vormundschaftsverfahren international zuständig, wenn der Minderjährige zum Zeitpunkt der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Gem. Art. 61 Brüssel IIa-VO ist die Brüssel IIa-VO gegenüber dem Kinderschutzübereinkommen (KSÜ) vorrangig anwendbar, wenn das betreffende Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat.

Der EuGH hat dargelegt, dass die physische Anwesenheit Grundvoraussetzung des gewöhnlichen Aufenthaltes ist. Darüber hinaus sollen

245 Gravelmann, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Kinder- und Jugendhilfe, S. 45.

246 Gravelmann, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Kinder- und Jugendhilfe, S. 46.

247 Katzenstein/González Méndez de Vigo/Meysen, JAmt 2015, 530 (536).

248 González Méndez de Vigo, in: DIJuF - Forum für Fachfragen, Themengutachten DIJuF-Rechtsgutachten, Vormundschaft für unbegleitete minderjährige Ausländer/innen/Flüchtlinge, Rn. 14.

andere Faktoren herangezogen werden, die belegen, dass „es sich nicht nur um eine vorübergehende oder gelegentliche Anwesenheit handelt und dass der Aufenthalt Ausdruck einer gewissen Integration in ein soziales und familiäres Umfeld ist“.²⁴⁹ Als darüber hinausgehende Faktoren seien die Dauer, die Regelmäßigkeit und die Umstände des Aufenthalts sowie die Gründe für den Aufenthalt und der Umzug der Familie in diesen Staat, die Staatsangehörigkeit des Kindes, Ort und Umstände der Einschulung, Sprachkenntnisse sowie familiäre und soziale Bindungen des Kindes in dem betreffenden Staat zu berücksichtigen.²⁵⁰

Kann der gewöhnliche Aufenthalt nicht festgestellt werden (idR bei Flüchtlingen und Vertriebenen), so sind gem. Art. 13 Abs. 1 Brüssel IIa-VO die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dem sich das Kind befindet. Dabei ist es unerheblich, ob das betroffene Kind einem Vertragsstaat angehört oder nicht.²⁵¹ Diese Regelung kommt bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen insofern häufig zur Anwendung, weil diese oftmals noch keinen gewöhnlichen Aufenthaltsort in einem Mitgliedstaat haben.²⁵² Die Regelung ist aber nur anwendbar, wenn der Minderjährige keinen gewöhnlichen Aufenthaltsort mehr hat, er muss daher seinen gewöhnlichen Aufenthalt in seinem Heimatstaat aufgegeben haben. Hat er dies nicht und liegt sein Heimatstaat außerhalb der EU, so richtet sich die Zuständigkeit gem. Art. 13 Abs. 2

249 EuGH, Urteil v. 02.04.2009, C-523/07, BeckRS 2009, 70389, Rn. 38; *Heiderhoff/Frankemölle*, in: Budzikiewicz/ Heiderhoff/Klinkhammer/ Niethammer-Jürgens, Migration und IPR, Minderjährige Flüchtlinge - Überlegungen zum Kindeswohl und zur internationalen Zuständigkeit, S. 189 (214 f.) legen dar, dass ein großzügiger Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes eine Möglichkeit bieten würde, die Verordnungen zu synchronisieren. Zumindest für den Fall, in dem ein unbegleiteter minderjähriger Flüchtling voraussichtlich längere Zeit in Deutschland verbringen wird, und seinen alten Aufenthalt komplett aufgegeben hat, wird vorgeschlagen, den gewöhnlichen Aufenthalt schon ab dem Tag der Ankunft des Minderjährigen zu bejahen. Wenn der Minderjährige seinen Aufenthalt wechselt, könne die Zuständigkeit auf diesem Weg im neuen Mitgliedstaat begründet werden, so dass nicht noch vom alten Mitgliedstaat über den Antrag zu entscheiden ist.

250 EuGH, Urteil v. 02.04.2009, C-523/07, BeckRS 2009, 70389, Rn. 39.

251 *Weissinger*, Rpfleger 2017, 8 f.

252 Zum gesamten Gedanken *Heiderhoff/Frankemölle*, in: Budzikiewicz/ Heiderhoff/ Klinkhammer/Niethammer-Jürgens, Migration und IPR, Minderjährige Flüchtlinge - Überlegungen zum Kindeswohl und zur internationalen Zuständigkeit, S. 189 (204).

Brüssel IIa-VO nach der Anwesenheit des Minderjährigen in dem Mitgliedstaat. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte wäre in dem Fall also gem. Art. 13 Abs. 2 Brüssel IIa-VO gegeben, wenn sich der Minderjährige in Deutschland aufhält.

Stammt der Minderjährige aus einem Vertragsstaat des Kinderschutz-übereinkommens (KSÜ) ergibt sich die internationale Zuständigkeit aus Art. 5 ff. KSÜ. Gem. Art. 6 KSÜ sind die Behörden des Vertragsstaats, in dem sich die Flüchtlingskinder befinden, zuständig. Es kommt also allein auf die physische Anwesenheit in dem jeweiligen KSÜ-Vertragsstaat an.²⁵³ Diese Regelung gilt auch für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge.²⁵⁴

Ist die Minderjährigkeit des Betroffenen noch zweifelhaft, hat dies keinen Einfluss auf die internationale Zuständigkeit. Da die Frage der Minderjährigkeit notwendige Voraussetzung sowohl für die Bestellung eines Vormunds als auch für die gerichtliche Zuständigkeit ist, handelt es sich bei ihr um eine sog. doppelrelevante Tatsache. In diesen Fällen wird für die Zuständigkeitsfrage unterstellt, dass der Betroffene noch Kind iSv Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa-VO ist.²⁵⁵ In der Brüssel IIa-VO ist nicht definiert, bis zu welchem Alter der Betroffene ein „Kind“ im Sinne der Verordnung ist. Es wird insofern sowohl der Ansatz vertreten, dass es nicht auf eine bestimmte Altersgrenze ankommt, sondern darauf, ob der Gegenstand der elterlichen Sorge betroffen ist, also das Kind unter elterlicher Verantwortung steht.²⁵⁶ Dies sei dann nach dem jeweils anwendbaren Recht zu bestimmen.²⁵⁷ Andere sprechen sich für eine Altersgrenze von 18 Jahren aus.²⁵⁸ In der Neufassung der Brüssel IIa-VO vom 25.06.2019 (auch Brüssel IIb-VO genannt), die ab dem 1.08.2022 gilt, wurde in Art. 2 Abs. 2 Nr. 6 Brüssel IIb-VO geregelt, dass der Begriff „Kind“ jede Person unter 18 Jahren bezeichnet.

253 *Erb-Klünemann/Köfller*, FamRB 2016, 160 (161 f.).

254 *Coester*, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 24.

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

256 *Heiderhoff*, in: MüKo, BGB, Brüssel IIa-VO, Art. 2 Rn. 16; *Heiderhoff/Frankemölle*, in: Budzikiewicz/Heiderhoff/Klinkhammer/Niethammer-Jürgens, Migration und IPR, Minderjährige Flüchtlinge - Überlegungen zum Kindeswohl und zur internationalen Zuständigkeit, S. 189 (200).

257 *Heiderhoff*, in: MüKo, BGB, Brüssel IIa-VO, Art. 2 Rn. 16.

258 *Dörner*, in: Saenger, HK ZPO, EuEheVO, Art. 1 Rn. 11; *Gottwald*, in: MüKo, FamFG, Brüssel IIa-VO, Art. 1 Rn. 14.

Für übrige Betroffene richtet sich die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte nach § 99 Abs. 1 S. 2 FamFG iVm § 151 Nr. 4 FamFG.²⁵⁹ Danach sind die deutschen Gerichte zuständig, soweit das Kind der Fürsorge durch ein deutsches Gericht bedarf.

Sind die deutschen Gerichte international zuständig, dann richtet sich die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Gerichte nach dem deutschen Verfahrensrecht. Für Vormundschaftsverfahren sind gem. § 23a Abs. 1 Nr. 1 GVG die Familiengerichte sachlich zuständig. Örtlich zuständig sind gem. § 152 Abs. 2 FamFG die Familiengerichte des gewöhnlichen Aufenthaltes des Minderjährigen. Hat der Minderjährige keinen gewöhnlichen Aufenthaltsort, so ist gem. § 152 Abs. 3 und Abs. 4 FamFG das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge bekannt wird.²⁶⁰ Das Fürsorgebedürfnis entsteht regelmäßig dort, wo sich das Kind aufhält.²⁶¹ Wechselt der Minderjährige seinen Aufenthaltsort während des Verfahrens, ist die Abgabe des Verfahrens an das Gericht des neuen Aufenthaltsortes gem. § 4 FamFG mit Zustimmung des anderen Gerichts möglich.²⁶²

3. Anwendbares Recht

Gem. Art. 15 Abs. 1 KSÜ haben die Behörden der Vertragsstaaten, bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit nach Kap. II, ihr eigenes Recht anzuwenden. Gem. Art. 5 KSÜ sind für Maßnahmen zum Schutz des Kindes die Behörden des Vertragsstaats zuständig, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Hat das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats der Brüssel IIa-VO, so geht gem. Art. 61 Brüssel IIa-VO die Brüssel IIa-VO dem KSÜ vor. Die Brüssel IIa-VO enthält aber keine Regelung darüber, welches Recht anzuwenden ist, insofern ist allge-

259 Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (557).

260 González Méndez de Vigo, in: DIJuF - Forum für Fachfragen, Themengutachten DIJuF-Rechtsgutachten, Vormundschaft für unbegleitete minderjährige Ausländer/innen/Flüchtlinge, Rn. 2.

261 Weissinger, Rpfleger 2017, 8 (9).

262 OLG Frankfurt, Beschluss v. 13.04.2016 – 1 SV 8/16, FamRZ 2016, 1691 (1692); Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (557).

mein anerkannt, dass Art. 15 KSÜ angewendet wird.²⁶³ Mithin kann das nach Art. 8 Brüssel IIa-VO zuständige Gericht (das Gericht des Mitgliedstaates in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat) eine Vormundschaft oder Pflegschaft nach seinem *lex fori* anordnen und muss nicht gem. Art. 24 EGBGB auf das Recht des Heimatstaates des Kindes zurückgreifen.²⁶⁴

Hält sich also eine unter 18-jährige Person dauerhaft in Deutschland auf, so sind die deutschen Gerichte für die Bestellung eines Vormunds zuständig und wenden diesbezüglich deutsches Recht an.²⁶⁵

Hält sich das Kind gewöhnlich in einem Vertragsstaat der KSÜ, aber außerhalb der EU auf, dann richtet sich das anwendbare Recht nach Art. 15 Abs. 1 KSÜ, wenn das Gericht auch fiktiv nach dem KSÜ zuständig wäre. Ansonsten ist § 21 EGBGB anzuwenden.²⁶⁶

Hat das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Staat, der nicht zur EU gehört und auch kein Vertragsstaat der KSÜ ist, so unterliegt das Rechtsverhältnis zwischen Kind und seinen Eltern ebenfalls gem. Art. 21 EGBGB dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.²⁶⁷

Das KSÜ bezieht sich gem. Art. 2 KSÜ nur auf Kinder und Jugendliche bis zum 18. Lebensjahr. Geht es also im Einzelfall um die Bestellung eines Vormunds für einen über 18-jährigen, der nach seinem Heimatrecht aber noch minderjährig ist, oder um die Beendigung einer Vormundschaft eines 18-jährigen, so ist das KSÜ nicht anwendbar.²⁶⁸ In den Fällen richtet sich das anwendbare Recht im Hinblick auf die Bestellung eines Vormunds nach Art. 24 Abs. 1 EGBGB.²⁶⁹

263 Henrich, in: von Staudinger, EGBGB, Art. 21 Rn. 81 mwN.

264 von Hein, in: von Staudinger, EGBGB, Vorb. zu Art. 24 Rn. 8.

265 Rupp, ZfPW 2018, 57 (61).

266 Weissinger, Rpfleger 2017, 8 (9).

267 Henrich, in: von Staudinger, EGBGB, Art. 21 Rn. 82; Coester, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 24.

268 Hierzu und zum folgenden Gedanken González Méndez de Vigo, in: DIJuF - Forum für Fachfragen, Themengutachten DIJuF-Rechtsgutachten, Vormundschaft für unbegleitete minderjährige Ausländer/innen/Flüchtlinge, Rn. 3; Rupp, ZfPW 2018, 57 (62 f.).

269 Rupp, ZfPW 2018, 57 (65).

Gem. Art. 24 Abs. 1 EGBGB ist für Angelegenheiten, die die Entstehung, die Änderung und das Ende der Vormundschaft, Betreuung und Pflegschaft, sowie den Inhalt der gesetzlichen Vormundschaft und Pflegschaft betreffen, das Heimatrecht anzuwenden. Gem. Art. 24 Abs. 3 EGBGB richten sich jedoch Fragen zu vorläufigen Maßregeln und Inhalt der Betreuung / Vormundschaft oder Pflegschaft nach dem Recht des Staates der anordnenden Behörden. Die Durchführung der Vormundschaft, also die Auswahl, Bestellung, Beaufsichtigung sowie die Rechte und Pflichten des Vormunds, richten sich daher nach deutschem Recht, während die Frage, ob eine Vormundschaft angeordnet wird, nach dem Heimatrecht zu entscheiden ist.²⁷⁰

4. Unverzügliche Anrufung Familiengericht

Die Anrufung des Familiengerichts hat gem. § 42 Abs. 3 S. 4 iVm § 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB VIII „unverzüglich“ zu erfolgen. Hintergrund der Verpflichtung ist der Umstand, dass eine Inobhutnahme nur vorläufigen Charakter hat und das Jugendamt nicht die Befugnis hat, einen Minderjährigen wochen- oder monatelang in eigener Zuständigkeit in Obhut zu halten, ohne eine Entscheidung des Gerichts herbeizuführen.²⁷¹

„Unverzüglich“ bedeutet, dass die Anrufung des Gerichts ohne schuldhaftes Zögern zu erfolgen hat. So ist der Begriff in § 121 BGB definiert. Unverzüglich wird nicht gleichgesetzt mit „sofort“.²⁷² Das BVerwG hat diesbezüglich vorgegeben, dass die Anrufung innerhalb von fünf Tagen bzw. drei Werktagen zu erfolgen habe. Bei einer Inobhutnahme an einem Donnerstag müsse das Familiengericht bis zum Ablauf des darauffolgenden Montags informiert werden.²⁷³

270 Rupp, ZfPW 2018, 57 (65 f.) regt eine Änderung des nationalen Kollisionsrechts an, wodurch die Aufspaltung der Vormundschaftsfragen zugunsten eines einheitlichen Vormundschaftstatuts abgeschafft werden sollten. Dazu könnte insgesamt an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft werden.

271 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 125.1.

272 González Méndez de Vigo, in: DIJuF - Forum für Fachfragen, Themengutachten DIJuF-Rechtsgutachten, Vormundschaft für unbegleitete minderjährige Ausländer/innen/Flüchtlinge, Rn. 1.

273 BVerwG, Urteil v. 24.06.1999 – 5 C 24/98, NVwZ 2000, 325.

Die Dauer bis zur Bestellung eines Vormunds wurde im Jahr 2019 im Vergleich zu 2018 bereits reduziert. Nur 9 % der Befragten gaben an, dass die Vormundschaftsbestellung noch länger als 2 Monate dauere. Im Jahr 2018 waren es noch 15,7 %. 50,5 % geben an, dass die Vormundschaftsbestellung weniger als einen Monat dauert.²⁷⁴

5. Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge durch Familiengericht

Das Familiengericht muss, bevor es einen Vormund oder Pfleger bestellen kann, entscheiden, ob die elterliche Sorge nach § 1674 BGB ruht.²⁷⁵ Denn ein Minderjähriger erhält gem. § 1773 BGB einen Vormund, wenn er nicht unter elterlicher Sorge steht oder wenn die Eltern weder in den die Person noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Minderjährigen berechtigt sind. Dies ist unter anderem der Fall, wenn das Sorgerecht ruht.²⁷⁶

Die Prüfung, ob die elterliche Sorge ruht, unterliegt strengen Maßstäben, da die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge gem. § 1674 Abs. 1 BGB dazu führt, dass diese von dem Sorgeberechtigten nicht mehr ausgeübt werden darf.²⁷⁷ Die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge stellt zwar den milderen Eingriff im Verhältnis zum Sorgerechtsentzug dar, weil die Feststellung des Ruhens aufgrund der tatsächlichen Umstände, der Verhinderung der Sorgerechtsausübung, festgestellt wird.²⁷⁸ Ändern sich die Umstände und ist der Elternteil wieder in der Lage das Sorgerecht auszuüben, so wird der Ruhensbeschluss aufgehoben und dem Elternteil steht das Elternrecht wieder uneingeschränkt zu. Die Entscheidung über den Entzug der elterlichen Sorge ist demgegenüber an andere Voraussetzungen geknüpft, die insbesondere das Kindeswohl im Blick haben. Für die Rückübertragung

274 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. 43; Veit, FamRZ 2016, 93 (97 f.).

275 Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (555).

276 Kemper, in: Schulz/Hauf, BGB, § 1773 Rn. 4.

277 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 07.01.2011 – 5 UF 171/09, FamRZ 2011, 1514.

278 Hierzu und zum folgenden Gedanken OLG Naumburg, Beschluss v. 04.07.2001 – 8 WF 135/01, FamRZ 2002, 258.

bedarf es einer erneuten materiellen Prüfung. Für die Dauer des Ruhens der elterlichen Sorge ähneln sich die Situationen aber insofern, als dass die elterliche Sorge in beiden Fällen nicht ausgeübt werden darf. Auch die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge stellt mithin einen starken Eingriff in die Rechte des Sorgeberechtigten dar.²⁷⁹

Nur in den Fällen, in denen unbegleitete minderjährige Flüchtlinge angeben, dass ihre sorgeberechtigten Eltern verstorben sind, und keine Zweifel an der Richtigkeit dieser Behauptung bestehen, muss über das Ruhen der elterlichen Sorge nicht entschieden werden. In diesen Fällen erfolgt unmittelbar die Entscheidung über die Vormundschaftsbestellung gem. §§ 1773 ff. BGB.²⁸⁰

Die elterliche Sorge ruht gem. § 1674 BGB nur, wenn dies vom Familiengericht festgestellt wurde. Das Gericht stellt das Ruhen nur fest, wenn der Sorgeberechtigte längere Zeit die elterliche Sorge tatsächlich nicht ausüben kann.²⁸¹ Die elterliche Sorge ruht also, wenn über einen längeren Zeitraum hinweg eine tatsächliche Verhinderung an der Sorgerechtsausübung einem Minderjährigen gegenüber besteht.

a) Minderjährig

Wenn das Gericht darüber zu entscheiden hat, ob die elterliche Sorge ruht und ein Vormund zu bestellen ist, so hat es zunächst festzustellen, dass die betroffene Person minderjährig ist, da gem. § 1626 Abs. 1 BGB nur Minderjährige unter elterlicher Sorge stehen.²⁸² Auch in § 1773 Abs. 1 BGB ist geregelt, dass nur ein Minderjähriger einen Vormund erhält.

In den Fällen, in denen die Minderjährigkeit nicht eindeutig ist, aber die Behauptung des Flüchtlings bezüglich seiner Minderjährigkeit zumindest hinreichend plausibel ist, also ein ausreichend substantzierter, nachvollziehbarer und widerspruchsfreier Vortrag vorliegt,²⁸³ obliegt es dem Gericht gem. § 26 FamFG das Alter von Amts wegen zu ermit-

279 Döll, in: Erman, BGB, § 1674 Rn. 2.

280 Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (555, 559).

281 Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (555).

282 Veit, in: BeckOK, BGB, § 1674 Rn. 3.4.

283 OLG Koblenz, Beschluss v. 14.03.2017 – 13 UF 44/17, NJW 2017, 2208 (2209); OLG Karlsruhe, Beschluss v. 26.08.2015 – 18 UF 92/15, FamRZ 2015, 2182 (2184).

teln.²⁸⁴ Das Gericht ist nicht zu Ermittlungen ins Blaue hinein verpflichtet.²⁸⁵

Zur Ermittlung des Alters holt das Gericht in der Regel ein rechtsmedizinisches Sachverständigengutachten ein.²⁸⁶ Näheres hierzu wurde bereits unter E.II.4.a)cc) ausgeführt und gilt für die Altersfeststellung im gerichtlichen Verfahren entsprechend. Dort wurde insbesondere bereits ausgeführt, dass das Familiengericht keine Röntgenuntersuchung zur Altersfeststellung anordnen kann.

Auch im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens ist der unbegleitete Flüchtling gem. § 27 FamFG zur Mitwirkung verpflichtet. Daher muss er auch in dem Stadium ärztliche Untersuchungen gewähren lassen, sofern diese nicht entwürdigend und unzumutbar sind.²⁸⁷

Welche Konsequenz die Verweigerung einer zumutbaren Mitwirkungshandlung hat, ist umstritten.

aa) Begrenzung der Amtsermittlungspflicht

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Verweigerung einer zumutbaren Mitwirkungshandlung dazu führen, dass das Gericht keine weiteren Untersuchungen vorzunehmen hat, wenn keine anderen Erfolg versprechenden Ermittlungen ersichtlich sind.²⁸⁸ In der Gesetzesbegründung wird dazu ausgeführt, dass die Beteiligten bei Vernachlässigung der ihnen obliegenden Mitwirkungspflicht nicht erwarten könnten, dass das Gericht zur Aufklärung des Sachverhalts allen denkbaren Möglichkeiten von Amts wegen nachgeht.²⁸⁹

284 BGH, Beschluss v. 12.02.2015 – V ZB 185/14, JAmt 2015, 395 f.; OLG Koblenz, Beschluss v. 14.03.2017 – 13 UF 44/17, NJW 2017, 2208 (2209); KG Berlin, Beschluss v. 02.07.2012 – 16 WF 111/12, ZKJ 2012, 450; *Dürbeck*, FamRZ 2018, 553 (556).

285 OLG Koblenz, Beschluss v. 14.03.2017 – 13 UF 44/17, NJW 2017, 2208 (2209); OLG Karlsruhe, Beschluss v. 26.08.2015 – 18 UF 92/15, FamRZ 2015, 2182 (2184).

286 KG Berlin, Beschluss v. 02.07.2012 – 16 WF 111/12, ZKJ 2012, 450.

287 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 26.08.2015 – 18 UF 92/15, FamRZ 2015, 2182 (2184).

288 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 16/6308, S. 186–187.

289 so auch *Kemper*, in: Saenger, HK ZPO, FamFG, § 27 Rn. 3.

bb) Keine Begrenzung der Amtsermittlungspflicht

Prütting und González Méndez de Vigo weisen darauf hin, dass jedenfalls in den Fällen, in denen eine Fürsorgepflicht des Gerichts für einen Verfahrensbeteiligten vorliegt, keine Verschmälerung der gerichtlichen Untersuchungspflicht iSv § 26 FamFG zulässig sei.²⁹⁰

cc) Eigene Ansicht

Die beiden Ansichten scheinen im Detail nahe beieinander zu liegen.

In der Gesetzesbegründung wird auf eine Entscheidung des OLG Köln vom 03.09.1990, 2 Wx 3/90, Bezug genommen. In dieser Entscheidung wird dargestellt, dass sich Art und Umfang der gebotenen Ermittlungen nach der Lage des jeweiligen Einzelfalls richten. Der Grundsatz der Amtsermittlung verpflichte das Gericht zwar, sämtliche zur Aufklärung des Sachverhalts dienlichen Beweise zu erheben, die Ermittlungen seien aber nur soweit auszudehnen, bis der entscheidungserhebliche Sachverhalt vollständig aufgeklärt sei und von weiteren Ermittlungen ein sachdienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht mehr erwartet werden könne.²⁹¹

Diese Begründung ist zunächst nachvollziehbar. Denn gem. § 26 FamFG ist das Gericht verpflichtet von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. Welche Ermittlungen im Einzelfall erforderlich sind, bestimmt das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen.²⁹² Das Gericht muss also keine Beweise erheben, deren Inhalt es als für die Entscheidung unerheblich ansieht.

Wenn das Gericht keine weiteren Anhaltspunkte für Ermittlungen mehr hat, kann es schlichtweg nicht weiter ermitteln. Insofern legt Ulrici nachvollziehbar dar, dass die Amtsermittlungspflicht dann an der Stelle enden muss.²⁹³ Teilen die Beteiligten also keine weiteren An-

290 Prütting, in: Prütting/Helms, FamFG, § 27 Rn. 8; González Méndez de Vigo, in: DIJuF - Forum für Fachfragen, Themengutachten DIJuF-Rechtsgutachten, Vormundschaft für unbegleitete minderjährige Ausländer/innen/Flüchtlinge, Rn. 10.

291 OLG Köln, Beschluss v. 03.09.1990 – 2 Wx 3/90, NJW-RR 1991, 1285 (1286).

292 Bumiller, in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, § 26 Rn. 6.

293 Ulrici, in: MüKo, FamFG, § 27 Rn. 8.

haltspunkte mit und sind solche auch nicht anderweitig beschaffbar, so begrenzt die Verweigerung der Mitwirkung zwangsläufig die Ermittlungspflicht des Gerichts, ohne dass dies eine Form von Sanktionierung für die Verweigerung der Mitwirkung darstellt.

Prütting und González Méndez de Vigo weisen aber ebenso nachvollziehbar darauf hin, dass eine Verschmälerung der Amtsermittlungspflicht nicht gerechtfertigt ist. Es ist gerade Sinn und Zweck des Amtsermittlungsgrundsatzes, dass die Informationen nicht von den Parteien beigebracht werden müssen. Insofern darf eine Verweigerung der Mitwirkung nicht zu einer Reduzierung der Amtsermittlungspflicht führen.

Prütting und González Méndez de Vigo weisen auch zu Recht darauf hin, dass eine Reduzierung der Amtsermittlungspflicht erst recht nicht vertretbar ist, wenn eine Fürsorgepflicht für einen Verfahrensbeteiligten besteht. Dies dürfte im Fall der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge stets der Fall sein. Sie sind in besonderem Maße schutzbedürftig.

Dennoch besteht die Amtsermittlungspflicht nur in dem Umfang, in dem Ermittlungen faktisch möglich sind. Das Gericht kann unbegleitete minderjährige Flüchtlinge nicht dazu zwingen, sich medizinisch untersuchen zu lassen. Verweigern sie die Untersuchung, so hat das Gericht die Entscheidung, ob der unbegleitete Flüchtling minderjährig ist oder nicht, auf Basis der dem Gericht sonst zur Verfügung stehenden Informationen zu treffen. Gibt es keine Urkunden, verbleibt dem Gericht also nur ein etwaiger Zeugenbeweis, die Angaben des Betroffenen selbst und die Inaugenscheinnahme durch das Gericht. Gelangt das Gericht auf Basis dieser Informationen zu der Überzeugung, dass der unbegleitete Flüchtling volljährig ist, wird kein Vormund bestellt.

Bestehen – nachdem alle Aufklärungsmöglichkeiten des Gerichts ausgeschöpft wurden – noch Zweifel an der Minderjährigkeit, so ist Minderjährigkeit anzunehmen und ein Vormund zu bestellen, wenn die sonstigen Voraussetzungen für die Vormundschaftsbestellung gegeben sind.²⁹⁴

294 BGH, Beschluss v. 12.02.2015 – V ZB 185/14, JAmt 2015, 395; OLG Karlsruhe, Beschluss v. 26.08.2015 – 18 UF 92/15, FamRZ 2015, 2182 (2183); Veit, in: BeckOK, BGB, § 1674 Rn. 3.4; Coester, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 12; Gon-

Das AG Freising ist der Auffassung, dass ein Vormund nur zu bestellen ist, wenn die überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Minderjährigkeit spricht.²⁹⁵ So ähnlich formuliert es auch das OLG Karlsruhe. Demnach sei ein Vormund nicht zu bestellen, wenn gewichtige Anhaltspunkte dafürsprechen, dass der Flüchtling volljährig ist und nur eine geringe (Rest-) Unsicherheit bezüglich des tatsächlichen Alters verbleibe.²⁹⁶

Diese beiden Entscheidungen verstoßen aber nach hiesiger Einschätzung gegen Art. 25 Abs. 5 S. 2 RL 2013/32/EU. Danach haben die Mitgliedstaaten von der Minderjährigkeit auszugehen, wenn nach Durchführung einer ärztlichen Untersuchung noch Zweifel bezüglich des Alters des Betroffenen bestehen. Die Mitgliedstaaten hätten die RL 2013/32/EU gem. Art. 51 Abs. 1 RL 2013/32/EU bis zum 20.07.2015 umsetzen müssen. Dies ist im Hinblick auf Art. 25 Abs. 5 S. 2 RL 2013/32/EU nicht geschehen, so dass diese Regelung nun unmittelbar anzuwenden ist. Gem. Art. 3 Abs. 1 RL 2013/32/EU gilt diese Richtlinie für alle Anträge auf internationalen Schutz, die im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten gestellt werden. Es ist zwar möglich, dass die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge in dem Zeitpunkt, zu dem das Gerichtsverfahren zur Vormundschaftsbestellung stattfindet, bereits einen Asylantrag gestellt haben, denn gem. § 42 Abs. 2 S. 5 SGB VIII gehört die unverzügliche Stellung eines Asylantrags (in den erfolgsversprechenden Fällen) zu den Aufgaben des Jugendamtes. In dem Fall ist Art. 25 Abs. 5 S. 2 RL 2013/32/EU unmittelbar anzuwenden. Aber auch in den Fällen, in denen noch kein Asylantrag gestellt wurde, sind die unbegleiteten Flüchtlinge genauso zu schützen. Denn würde die Regel, dass im Zweifel Minderjährigkeit anzunehmen ist, nur für diejenigen gelten, die einen Asylantrag gestellt haben, ist davon auszugehen, dass dieser Schutz vielfach dadurch „ausgenutzt“ würde, dass ein Asylantrag gestellt wird, auch wenn die Erfolgsaussichten dieses Antrags gering sind.

zález Méndez de Vigo, in: DIJuF - Forum für Fachfragen, Themengutachten DIJuF-Rechtsgutachten, Vormundschaft für unbegleitete minderjährige Ausländer/innen/Flüchtlinge, Rn. 10.

²⁹⁵ AG Freising, Beschluss v. 10.07.2000 – 50 F 358/00, FamRZ 2001, 1317 (1318).

²⁹⁶ OLG Karlsruhe, Beschluss v. 26.08.2015 – 18 UF 92/15, FamRZ 2015, 2182 (2184).

Teilt also der Minderjährige keine weiteren Anhaltspunkte für seine Altersfeststellung mit und sind solche auch nicht anderweitig beschaffbar, so begrenzt die Verweigerung der Mitwirkung zwangsläufig die Ermittlungspflicht des Gerichts, ohne dass dies eine Form von Sanktionierung für die Verweigerung der Mitwirkung darstellt. Denn die Amtsermittlungspflicht besteht nur in dem Umfang, in dem Ermittlungen faktisch möglich sind.

b) Tatsächliches Ausübungshindernis bzgl. Sorgerecht

Ein tatsächliches Ausübungshindernis liegt nur dann vor, wenn der „wesentliche Teil der Sorgerechtsverantwortung“ nicht mehr von den Eltern wahrgenommen werden kann.²⁹⁷

aa) Unstreitige Ausgangssituation bzgl. Auslandsaufenthalt der Eltern

Der BGH legte dar, dass ein Ausübungshindernis nur besteht, wenn der wesentliche Teil der Sorgerechtsverantwortung nicht mehr von dem Elternteil selbst ausgeübt werden kann. Eine bloße physische Abwesenheit sei nicht ausreichend, wenn der Elternteil seine Kinder gut versorgt wisse und auf der Grundlage moderner Kommunikationsmittel oder Reisemöglichkeiten auch aus der Ferne Einfluss auf die Ausübung der elterlichen Sorge nehmen kann. Bei langfristiger Abwesenheit von der Familie sei deswegen entscheidend darauf abzustellen, ob dem Elternteil die Möglichkeit verblieben ist, entweder im Wege der Aufsicht oder durch jederzeitige Übernahme der Personen- und Vermögenssorge zur eigenverantwortlichen Ausübung zurückzukehren.²⁹⁸ Danach liegt ein Ausübungshindernis nur vor, wenn kein Kontakt zu

²⁹⁷ BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221; OLG Hamm, Beschluss v. 28.03.2012 – II-2 WF 213/11, FamRZ 2012, 1657 (1658); OLG Koblenz, Beschluss v. 24.02.2011 – 11 UF 153/11, FamRZ 2011, 1517 (1518); OLG Karlsruhe, Beschluss v. 08.01.2010 – 18 UF 124/08, Rpfleger 2010, 369; Coester, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 9; Döll, in: Erman, BGB, § 1674 Rn. 2; Keuter, in: Heilmann, PK KindschaftsR, BGB, § 1674 Rn. 3; Veit, in: BeckOK, BGB, § 1674 Rn. 2; Sarres, FamRB 2019, 279; Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (555).

²⁹⁸ BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221.

den Eltern besteht.²⁹⁹ Denn in diesen Fällen können die Eltern die Verantwortung für die Ausübung der elterlichen Sorge nicht mehr tragen.³⁰⁰ Die Eltern müssen in der Lage sein, auf die Entscheidungen der beauftragten Hilfsperson Einfluss zu nehmen. Sonst wäre auch die Übertragung der Ausübung des Sorgerechts unwirksam. Können die Eltern aber aus dem Ausland über moderne Kommunikationsmittel Kontakt halten, oder diese kurzfristig besuchen, so ist das Ruhen der elterlichen Sorge nicht festzustellen.³⁰¹ Ob der Elternteil trotz Abwesenheit in der Lage ist, in die Ausübung des Sorgerechts einzugreifen, hat die Rechtsprechung im Einzelfall zu beurteilen.³⁰²

bb) Hinderungsgründe

In Rechtsprechung und Literatur werden verschiedene – nachfolgend aufgeführte – Hinderungsgründe für die Ausübung der elterlichen Sorge diskutiert.

aaa) Unbekannter Aufenthalt der Eltern

Ist der Aufenthaltsort der Eltern unbekannt, liegt nach Auffassung des OLG Naumburg und des AG Fürth und Hennemann ein tatsächliches Ausübungshindernis vor, so dass das Ruhen der elterlichen Sorge anzuordnen ist.³⁰³

299 BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221 (222); OLG Hamm, Beschluss v. 23.10.2018 – 9 UF 104/18, juris, Rn. 54; *Hoffmann*, Personensorge, § 4 Rn. 7.

300 Zum gesamten Gedanken BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221.

301 BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221; OLG Hamm, Beschluss v. 10.08.2015 – 4 UF 117/15, www.justiz.nrw.de/nrw/olgs/hamm/j2015/4_UF_117_15_Beschluss_20150810.html; OLG Koblenz, Beschluss v. 24.02.2011 – 11 UF 153/11, FamRZ 2011, 1517 (1518); *Veit*, in: BeckOK, BGB, § 1674 Rn. 3; *Dürbeck*, FamRZ 2018, 553 (555).

302 *Ziegler*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 1674 Rn. 3; *Sarres*, FamRB 2019, 279 f.

303 OLG Naumburg, Beschluss v. 04.07.2001 – 8 WF 135/01, FamRZ 2002, 258; AG Fürth, Beschluss v. 13.05.2008 – 203 F 01919/07, JAmt 2008, 498; *Hennemann*, in: MüKo, BGB, § 1674 Rn. 7.

In dem Fall, den das OLG Naumburg zu beurteilen hatte, war der Aufenthaltsort der Mutter bereits seit 2,5 Jahren unbekannt. Keiner in der Familie oder Bekanntschaft wusste, wo sie sich aufhält. Sie hatte seither auch keinen Kontakt zu ihrem Kind aufgenommen.³⁰⁴ Auch wenn es in dem Beschluss nicht explizit aufgeführt wurde, so wird davon ausgegangen, dass auch keine Mobilnummer oder E-Mail-Adresse der Mutter bekannt war, so dass zu ihr kein Kontakt aufgenommen werden konnte.

Das OLG Hamm legt dar, dass ein Untertauchen im Ausland zu einer tatsächlichen Verhinderung an der Sorgerechtsausübung führen kann, dass dies aber nicht zwingend so sei. Ein tatsächliches Ausübungshindernis liege nur dann vor, wenn die sorgeberechtigte Person untergetaucht ist und keine Kommunikationsmöglichkeiten bestehen. Das OLG Hamm weist darauf hin, dass es allein vom Willensentschluss der untergetauchten Person abhängt, ob diese dafür sorgt, dass ausreichende Kommunikationsmöglichkeiten gegeben sind.³⁰⁵

Dieser letzte Zusatz des OLG Hamm wurde von Keuter so ausgelegt, dass das OLG Hamm der Auffassung sei, dass beim Untertauchen in der Regel kein Ausübungshindernis vorliege, weil der untergetauchte sorgeberechtigte Elternteil es selbst in der Hand habe, wieder Kontakt aufzunehmen. Keuter teilt diese Auffassung nicht. Er führt aus, dass in dem Fall, in dem ein Elternteil untergetaucht ist und keine hinreichenden Kommunikationsmöglichkeiten bestehen, das Ruhen der elterlichen Sorge anzunehmen sei und nach § 1674 Abs. 2 BGB zu verfahren sei, also der Beschluss aufzuheben ist, wenn der Elternteil seinen Entschluss ändert und für ausreichende Kommunikationsmittel sorgt.³⁰⁶

Aus der Formulierung des Urteils ist nicht eindeutig erkennbar, was das OLG Hamm mit dieser Darstellung genau meinte. Sollte das OLG Hamm der Auffassung sein, dass eine Kontaktaufnahmemöglichkeit allein von Seiten des untergetauchten Elternteils ausreicht, es also ausreicht, wenn diese Person bei Bedarf Zugriff auf ein Telefon, Fax oder E-Mail hat, mangels zur Verfügung stellen der Kontaktdaten, die Kontaktaufnahme aber nicht von Seiten des Minderjährigen oder des Ju-

304 OLG Naumburg, Beschluss v. 04.07.2001 – 8 WF 135/01, FamRZ 2002, 258.

305 OLG Hamm, Beschluss v. 14.11.2013 – II-2 WF 238/13, MDR 2014, 284 (285).

306 Keuter, in: Heilmann, PK KindschaftsR, BGB, § 1674 Rn. 3.

gendamtes erfolgen kann, so wäre dies nach hiesiger Einschätzung nicht ganz nachvollziehbar. Für die Ausübung der elterlichen Sorge ist es unerlässlich, dass die Eltern auch von Seiten des Minderjährigen oder des Jugendamtes kontaktiert werden können, damit ihre Entscheidung bei Bedarf eingeholt werden kann.

Für die von Keuter vorgenommene Deutung des Zusatzes des OLG Hamm spricht, dass es um eine „untergetauchte“ Person geht. Eine Person dürfte nur als „untergetaucht“ gelten, wenn ihr Aufenthaltsort nicht bekannt ist und sie nicht erreichbar ist. Die Auslegung des Zusatzes des OLG Hamm ist nach hiesiger Auffassung aber nicht zwingend. Das OLG Hamm hat nicht ausdrücklich den Schluss gezogen, dass im Fall des Untertauchens nie ein Ausübungshindernis vorliege, weil es die untergetauchte Person in der Hand habe, den Kontakt wieder aufzunehmen.

Es ist daher möglich, dass das OLG Hamm und Keuter im Ergebnis die gleiche – und im Ergebnis wohl auch zutreffende – Auffassung vertreten, nämlich, dass ein Ausübungshindernis vorliegt, wenn eine Kontaktaufnahme mit der untergetauchten Person nicht möglich ist, weil keine Kontaktdaten (zB Telefonnummer, Fax oder E-Mail-Adresse) bekannt sind.

Auch das LG Verden hat entschieden, dass ein tatsächliches Ausübungshindernis bei unbekanntem Aufenthalt vorliegt, weil eine Verständigung in dem Fall nicht möglich ist und daher das Elternamt nicht ausgeübt werden kann. In dem Fall ging es um einen Vater, der zwar nach Kriegsgefangenschaft in seine Heimat zurückkehrte, seiner Ehefrau und Mutter des gemeinsamen Kindes aber nicht mitgeteilt hatte, dass er zurück war. Sie wusste zu dem entscheidenden Zeitpunkt nicht, wo er sich aufhielt.³⁰⁷

Besteht keine Kontaktmöglichkeit, so liegt ein Ausübungshindernis vor.³⁰⁸

Führt der unbekannte Aufenthaltsort auch dazu, dass die Eltern für ihr Kind und Dritte, zB Lehrer oder Mitarbeiter des Jugendamtes, nicht erreichbar sind, so ist das Ruhen der elterlichen Sorge anzuordnen.

307 LG Verden, Beschluss v. 15.01.1951 – 2 T 340/50, MDR 1951, 359.

308 Götz, in: Palandt, BGB, § 1674 Rn. 1.

Denn es ist nicht ausreichend, dass die Eltern Kontakt aufnehmen können. Erforderlich ist auch, dass eine Kontaktaufnahme von Seiten des Kindes möglich ist, damit sich dieses an seine Eltern wenden kann, wenn es Rat oder Hilfe benötigt. Auch für mit sorgerechtlichen Aufgaben beauftragte Dritte ist eine Kontaktaufnahme mit den sorgeberechtigten Personen zwingend erforderlich. Ist dies nicht gewährleistet, liegt ein Ausübungshindernis vor.

bbb) Konkrete Anforderungen an Kontaktmöglichkeiten

Allein die Tatsache, dass sich die sorgeberechtigten Eltern im Ausland aufhalten, reicht für die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur nicht, wenn die Sorgeberechtigten erreichbar sind.³⁰⁹

Der BGH weist darauf hin, dass die elterliche Sorge nur dann ruhe, wenn keine Steuerungsmöglichkeit aus der Ferne bestehe.³¹⁰

Im Rahmen eines Gutachtens des DIJuF wurde darauf hingewiesen, dass eine Kindeswohlgefährdung schon dann vorliegt, wenn ein Sorgeberechtigter keinen Kontakt zum Minderjährigen hat.³¹¹ Für die Feststellung des Ruhens bedarf es keiner Kindeswohlgefährdung, da dies eine mildere Maßnahme ist als der Entzug des Sorgerechts. Dies zeigt, dass der Kontakt aber erst recht vorliegen muss, wenn die elterliche Sorge nicht ruhen soll.

Hoffmann legt dar, dass die elterliche Sorge zwar grundsätzlich einen persönlichen Umgang mit dem Kind voraussetze. Dies wird für den Umgang zwischen Vormund und Mündel in § 1793 Abs. 1a BGB auch explizit vorgeschrieben. Der Kontakt könne aber über einen begrenzten Zeitraum, zum Beispiel im Falle eines Auslandsaufenthaltes auch per Telefon, E-Mail oder Briefkontakt erfolgen. Erforderlich sei lediglich irgendeine Art von Umgang zwischen den Sorgeberechtigten und

309 BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221; OLG Dresden, Beschluss v. 07.06.2010 – 20 UF 350/10, FamRZ 2011, 48; OLG Saarbrücken, Beschluss v. 06.05.2010 – 6 UF 24/10, FamRZ 2010, 2084 (2085); Coester, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 11; Hennemann, in: MüKo, BGB, § 1674 Rn. 6; Veit, in: BeckOK, BGB, § 1674 Rn. 3; Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (555).

310 BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221.

311 DIJuF, JAmt 2018, 86 (87).

dem Kind, damit diese den Pflichten aus der elterlichen Sorge nachkommen können.³¹²

Auch Rakete-Dombek führt aus, dass das Ruhen der elterlichen Sorge nur festgestellt werden kann, wenn für den sorgeberechtigten Elternteil keine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf das Kind besteht.³¹³ Haben diese aber über moderne Kommunikationsmittel die Möglichkeit Kontakt aufzunehmen, so ruht die elterliche Sorge nicht.³¹⁴

Das OLG Brandenburg hat in einem Fall, in dem es um einen im Ausland inhaftierten Vater ging, ausgeführt, dass die Kommunikationsmöglichkeit „unabdingbare Voraussetzung“ für die Möglichkeit der Ausübung der elterlichen Sorge ist.³¹⁵

Das OLG Frankfurt hatte in einem Fall, in dem sich die Eltern in Pakistan aufhielten entschieden, dass die elterliche Sorge nicht ruhte, weil die Eltern telefonisch und postalisch erreichbar waren. Eine tagelange Verzögerung bezüglich der Rückmeldung wurde als nicht hinderlich angesehen, da es sich nicht um eine längere Zeit im Sinne des § 1674 Abs. 1 BGB handele.³¹⁶

In einem anderen Fall entschied das OLG Frankfurt, dass auch Schwierigkeiten bei der Übermittlung von Erklärungen von Pakistan nach Deutschland nicht zum Ruhen der elterlichen Sorge führen.³¹⁷

Das OLG Köln hatte hingegen entschieden, dass eine nur postalische Kontaktaufnahmemöglichkeit nicht ausreicht. In dem Fall ging es um einen Minderjährigen, der sich bereits seit einem Jahr in Deutschland aufhielt, ohne Kontakt zu seinen Eltern gehabt zu haben. Diese wohnten unter ärmlichen Verhältnissen in der Osttürkei.³¹⁸ Auch der Umstand, dass sich der Junge in Begleitung seines Bruders befand, reichte nicht aus, da dieser nicht sein gesetzlicher Vertreter war und allein schon an der Tatsache, dass er die Schule nicht besuchte, zu erkennen

312 Hoffmann, FamRZ 2011, 1544 (1545, 1546).

313 Rakete-Dombek, FPR 2005, 80.

314 Rakete-Dombek, FPR 2005, 80 (81).

315 OLG Brandenburg, Beschluss v. 21.05.2008 – 9 UF 53/08, FamRZ 2009, 237.

316 OLG Frankfurt, Beschluss v. 19.04.2000 – 4 UF 21/00, www.hefam.de.

317 OLG Frankfurt, Beschluss v. 16.07.1999 – 6 UF 177/99, www.hefam.de.

318 OLG Köln, Beschluss v. 11.04.1991 – 16 Wx 43/91, FamRZ 1992, 1093 (1094).

war, dass seine Entwicklung und damit sein Kindeswohl gefährdet war.³¹⁹

Auch Ziegler ist der Auffassung, dass eine nur theoretische Kommunikationsmöglichkeit und die tatsächliche Obhut eines nicht vertretungsberechtigten Dritten nicht ausreichend sind.³²⁰

Das OLG Hamm weist darauf hin, dass eine nur „theoretische Möglichkeit der Kontaktaufnahme“, in dem Fall über den Facebook-Account des Bruders, nicht ausreichend sei.³²¹ Das Urteil enthält keine Angaben darüber, ob der Bruder in dem konkreten Fall nicht erreichbar war oder warum sich das betroffene Kind keinen eigenen Account eröffnen konnte. Ein Kontaktaufnahmemöglichkeit über Dritte reiche aber jedenfalls nicht aus, um den ständig gebotenen Einfluss auszuüben.³²²

Auch Hennemann legt dar, dass die Kommunikationsmöglichkeit konkret bestehen müsse.³²³

Das OLG Nürnberg hat in dem Fall eines US-Soldaten, der für ein Jahr zum Einsatz in den Irak musste, entschieden, dass die elterliche Sorge nicht ruhte, weil der Einsatz befristet war und die US-Armee über ausreichende Kommunikationsmöglichkeiten verfügte.³²⁴

Auch das OLG Koblenz hat entschieden, dass auch eine schwierige und aufwändige Kontaktaufnahme ausreichend sein kann. Es ging dabei um ein Kind, das wegen eines dreifachen Herzfehlers von einer Hilfsorganisation für eine medizinische Behandlung nach Deutschland gebracht wurde. Die Eltern des Kindes lebten in einem Dorf in Afghanistan und waren dort nur über den Dorfvorsteher oder den Vorsteher der örtlichen Moschee telefonisch und postalisch erreichbar. Die Kommunikation mit den Eltern war wegen der Sprachbarriere nicht unmittelbar möglich, sondern nur mittels eines Dolmetschers.

319 OLG Köln, Beschluss v. 11.04.1991 – 16 Wx 43/91, FamRZ 1992, 1093 (1094).

320 Ziegler, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 1674 Rn. 3.

321 OLG Hamm, Beschluss v. 10.08.2015 – 4 UF 117/15, www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2015/4_UF_117_15_Beschluss_20150810.html.

322 OLG Hamm, Beschluss v. 10.08.2015 – 4 UF 117/15, www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/hamm/j2015/4_UF_117_15_Beschluss_20150810.html; Adamus, jurisPR-FamR 4/2016, Anm. 4.

323 Hennemann, in: MüKo, BGB, § 1674 Rn. 6.

324 OLG Nürnberg, Beschluss v. 28.12.2005 – 10 UF 1260/05, FamRZ 2006, 878.

Diese schwierige Kontaktaufnahmemöglichkeit wurde insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Eltern der Antragstellerin in Deutschland eine Vollmacht erteilt hatten und Sprachprobleme mit Hilfe Dritter überwunden wurden, als ausreichend angesehen, so dass in diesem Fall kein Vormund bestellt wurde.³²⁵

Auch ist es Ollmann zufolge nicht ausreichend, wenn der Sorgeberechtigte Elternteil jederzeit erreichbar ist, um Vorschlägen Dritter zuzustimmen. Er müsse vielmehr in der Lage sein selbst den Personen, in dessen Obhut sich das Kind befindet, Anweisungen bezüglich der Personensorge zu geben. Anweisungen per Brief oder telefonische Anweisungen seien dabei ausreichend.³²⁶

Döll ist der Ansicht, dass eine telefonische Kontaktaufnahmemöglichkeit genügen kann, aber die Erteilung von nur schriftlichen Anweisungen nicht ausreiche.³²⁷

Das OLG Frankfurt hat dies in einem Fall anders gesehen, in dem sich der Vater in Kanada aufhielt. Durch gute Postverbindungen sei der Vater in der Lage, verhältnismäßig schnell und sicher Anweisungen bezüglich der Personensorge zu erteilen. In diesem Fall kam jedoch noch hinzu, dass auch die Flugverbindungen nach Kanada derart gut waren, dass er die Möglichkeit hatte, innerhalb weniger Stunden auch persönlich nach den Kindern zu sehen.³²⁸

Coester legt dar, dass die pauschale Unterstellung einer Verhinderung unzulässig ist also stets im Einzelfall zu prüfen ist, ob die Möglichkeit der Sorgerechtsausübung aus dem Ausland mittels moderner Kommunikations- und Reisemöglichkeiten verblieben ist. Vor allem sei es nicht zulässig das Ruhen der elterlichen Sorge in den Fällen festzustellen, in denen der Elternteil aus dem Ausland tatsächlich Sorgeentscheidungen trifft und kommuniziert, diese aber vom Gericht missbilligt werden. Sollten die Entscheidungen zu einer Kindeswohlgefährdung führen, sei der Entzug des Sorgerechts zu prüfen. Die Feststellung des Ruhens sei in den Fällen aber nicht sachgerecht.³²⁹ Für die

325 OLG Koblenz, Beschluss v. 24.02.2011 – 11 UF 153/11, FamRZ 2011, 1517 (1518).

326 Ollmann, FamRZ 1989, 350.

327 Döll, in: Erman, BGB, § 1674 Rn. 2.

328 OLG Frankfurt, Beschluss v. 19.03.1954 – 6 W 21/54, FamRZ 1954, 21 (22).

329 Coester, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 11.

Wahrnehmung der Aufgaben der elterlichen Sorge ist nach Ansicht von Coester telefonischer Kontakt ausreichend.³³⁰

Erforderlich ist aber, dass sich der abwesende Elternteil auch tatsächlich kümmert. Tut er dies nicht, auch weil er es gegebenenfalls Umstände bedingt nicht kann, dann reicht die Abwesenheit des Elternteils, um ein tatsächliches Ausübungshindernis bezüglich der elterlichen Sorge und somit das Ruhen der elterlichen Sorge festzustellen.³³¹ Als Beispiel kann diesbezüglich ein Fall, in dem der BGH über die örtliche und sachliche Zuständigkeit zu entscheiden hatte, angeführt werden. Die sorgeberechtigte Mutter des Kindes lebte in der Türkei. Nachdem das Kind nach Deutschland gereist war und der deutsche Vater des Kindes die Aufnahme des Kindes verweigert hatte, wurde das Kind durch den Jugendnotdienst untergebracht, weil es zu verwahrlosen drohte. Das Kind hatte sich bereits seit circa einem Jahr in Deutschland aufgehalten, als ein Ausbildungsvertrag mit einem Handwerksmeister geschlossen werden sollte, und dazu der in der Türkei lebenden Mutter der Vertrag übersandt wurde und sie gebeten wurde, diesen als gesetzliche Vertreterin zu unterzeichnen. Nachdem sie hierauf nicht antwortete und auch ein Erinnerungsschreiben erfolglos blieb, stellte das Amtsgericht fest, dass die Mutter ihre elterliche Sorge nicht ausübte und ordnete insofern eine Ergänzungspflegschaft für das Kind an.³³²

Auch im Hinblick auf die Vermögensverwaltung wurde dies so entschieden. Das BayObLG hat darauf hingewiesen, dass die Entziehung der Vermögensverwaltung bei der tatsächlichen Verhinderung der Eltern nicht automatisch gerechtfertigt ist. Es müsse hinzukommen, dass sich die Eltern nicht um die Vermögensverwaltung kümmern wollen und ihre Vermögensorgspflicht verletzen.³³³

Wie weitreichend die Rechte der Eltern sind und wie zurückhaltend hinsichtlich der Annahme des Ruhens der elterlichen Sorge agiert werden muss, wird auch an einem Fall deutlich, den das LG Hamburg zu entscheiden hatte. Dabei ging es um ein anonym geborenes Kind.

330 Coester, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 9.

331 Coester, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 11.

332 BGH, Beschluss v. 08.06.1988 – IVb ARZ 23/88, FamRZ 1988, 1259 (1260).

333 BayObLG, Beschluss v. 28.12.1977 – BReg. 1 Z 124/77, FamRZ 1979, 71 (73).

Diesbezüglich hat das Gericht entschieden, dass auch wenn Eltern vorhanden, aber unbekannt sind, wie bei einer anonymen Geburt oder der Abgabe des Kindes in einer Babyklappe, das Ruhen der elterlichen Sorge festgestellt werden kann, wenn sich die Eltern nicht um das Kind kümmern und keine Kontaktmöglichkeiten bestehen. Selbst bei einer anonymen Geburt und der Abgabe des Babys in der Babyklappe kann also nicht automatisch das Ruhen der elterlichen Sorge angenommen werden, sondern wird dies nur gesondert festgestellt, wenn im Einzelfall keine Kontaktmöglichkeit besteht.³³⁴

Die sich im Ausland aufhaltenden Sorgeberechtigten müssen also über ausreichende Kontaktmöglichkeiten verfügen und diese auch tatsächlich nutzen, sich also auch hinsichtlich der Sorge um das Kind aktiv einbringen. Hierzu ist eine regelmäßige Kontaktaufnahmemöglichkeit mit dem Kind und auch gegebenenfalls mit dem Jugendamt erforderlich.

Hoffmann legt dar, dass das Jugendamt ein Verfahren nach §§ 1666, 1666a BGB einzuleiten hat, wenn sorgeberechtigte Eltern nicht zumindest in geringem Umfang zur Kooperation mit dem Jugendamt bereit und fähig sind oder nur seltene Kontakte zum Kind bestehen.³³⁵ In welchem Umfang eine Kooperation erforderlich ist, wird näher unter F.VI.5.b)ee) geprüft.

ccc) Instabile politische Verhältnisse

Die Eltern von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen halten sich oft in Ländern mit unübersichtlichen politischen Verhältnissen auf. Lassen diese Länder eine regelmäßige Kommunikation nicht zu, so liegt ein tatsächliches Ausübungshindernis vor.³³⁶

Dies hat auch das LG Frankenthal in einem Fall so gesehen, in dem sich die Eltern in Albanien aufhielten und eine Kontaktaufnahme nur mittels Faxversendung über einen in Albanien ansässigen Notar zu einem deutschen Gericht erfolgte. Eine unmittelbare Kontaktaufnah-

334 LG Hamburg, Beschluss v. 10.05.2002 – 301 T 142/02, FPR 2003, 143 (145); *Coes-ter*, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 11.

335 *Hoffmann*, FamRZ 2011, 1544 (1549).

336 *Hennemann*, in: MüKo, BGB, § 1674 Rn. 7.

me war nicht möglich. Die Möglichkeit der postalischen Kontaktaufnahme wurde nicht abschließend geklärt, weil sie als alleinige Kontaktaufnahmemöglichkeit vom LG Frankenthal als ohnehin nicht ausreichend angesehen wurde.³³⁷

Bumiller ist der Ansicht, dass das Ruhen der elterlichen Sorge bei unbegleiteten Minderjährigen nach § 1674 Abs. 1 BGB regelmäßig festzustellen ist, weil in diesen Fällen davon auszugehen sei, dass die Eltern auf längere Zeit nicht in der Lage sein werden, die elterliche Sorge tatsächlich auszuüben.³³⁸ Näher erläutert wird diese Einschätzung nicht.

Weissinger führt aus, dass selbst bei einer täglichen Kommunikation mit den Eltern im Ausland per Mobiltelefon oder Computer zu berücksichtigen sei, dass diese Kommunikation wegen Unruhen und unsicherer politischer Lage im Aufenthaltsland der Eltern und einer nicht gewährleisteten Stabilität der Internet- und Telefonverbindungen nicht verlässlich sein könnte. Auch seien die fehlenden Sprachkenntnisse und der mangelnde Überblick der Eltern über die hiesigen Gegebenheiten und die zu treffenden Entscheidungen für das Kind zu beachten, so dass in der Regel eine Verhinderung der Ausübung der elterlichen Sorge festzustellen sei.³³⁹

Dies bestätigen so auch Erb-Klünemann/Kößler. Sie sind der Ansicht, dass das Ruhen der elterlichen Sorge selbst dann anzuordnen sei, wenn die Minderjährigen täglichen Kontakt zu ihren Eltern im Ausland haben. Die politische Lage im Herkunftsland und technische Probleme würden die Kontaktmöglichkeiten einschränken. Auch fehlende Sprachkenntnisse und die fehlenden Kenntnisse, über die für das Kind in Deutschland bestehenden Verhältnisse und die zu treffenden Entscheidungen, führen nach Auffassung von Erb-Klünemann/Kößler dazu, dass die elterliche Sorge nicht ausgeübt werden kann.³⁴⁰

Auch Veit legt dar, dass häufig ein tatsächliches Ausübungshindernis vorliege, wenn Minderjährige unbegleitet einreisen, denn bei der Prüfung, ob eine verlässliche Kommunikation zwischen den Eltern und dem Kind möglich ist, seien Unruhen und eine unsichere politische

337 LG Frankenthal, Beschluss v. 25.10.1993 – 1 T 316/93, Rpfleger 1994, 251.

338 Bumiller, in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, § 151 Rn. 34.

339 Weissinger, Rpfleger 2017, 8 (9).

340 Erb-Klünemann/Kößler, FamRB 2016, 160 (163).

Lage im Heimatland, fehlende Stabilität von Internet- und Telefonverbindungen, mangelnde Sprachkenntnisse der Eltern und ihre Unkenntnis vom deutschen Rechtsraum zu berücksichtigen. Dies führe in der Regel zur Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge.³⁴¹

Dürbeck legte 2014 noch die Grundsätze dar, dass der Auslandsaufenthalt der Eltern allein nicht ausreiche, sondern hinzukommen müsse, dass die Eltern auch unter Ausnutzung moderner Kommunikationsmittel (Telefon, E-Mail, Fax) das Sorgerecht nicht verlässlich ausüben könnten.³⁴² 2018 konkretisiert Dürbeck seine Auffassung dahingehend, dass die Eltern von unbegleitet eingereisten Minderjährigen in der Regel ihr Sorgerecht nicht mehr ausüben können, weil ihnen die Reisemöglichkeiten und die Kommunikationsmöglichkeiten dazu fehlen.³⁴³ Auch seien sie infolge von Sprachdefiziten im Regelfall nicht in der Lage die Angelegenheiten des Kindes zu regeln und ihrer Aufsichtspflicht nachzukommen. Auch wenn die Minderjährigen über ein Mobiltelefon verfügen und über soziale Netzwerke oder E-Mail in Kontakt zu ihren Eltern stehen, so versetzt dies nach Auffassung von Dürbeck die Eltern nicht in die Lage, ihre elterliche Sorge auszuüben, weil die kriegszerstörten Zustände in den Heimatländern, die fehlenden Kenntnisse der hiesigen Verhältnisse und sprachliche Hürden sie daran hindern.

Hennemann ist der Auffassung, dass kein Ausübungshindernis vorliegt, wenn beide Eltern im Ausland leben, diese aber die elterliche Sorge tatsächlich wahrnehmen, zum Beispiel auch durch Erteilung einer Sorgerechtsvollmacht. Er legt aber auch dar, dass dies bei unbegleiteten Minderjährigen in der Regel nicht der Fall sei, da der Aufenthalt der Eltern entweder unbekannt sei oder aufgrund der Situation im Heimatland kein Kontakt hergestellt werden könne.³⁴⁴

Auch Schwarz legt dar, dass das Ruhen der elterlichen Sorge im Fall der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge festzustellen sei, weil die Kontaktmöglichkeiten in Krisenregionen, in denen Strom und Wasser

341 Veit, in: BeckOK, BGB, § 1674 Rn. 3.4.

342 Dürbeck, ZKJ 2014, 266 (267).

343 Zum gesamten Gedanken Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (555).

344 Hennemann, in: MüKo, BGB, § 1674 Rn. 6.

umkämpft werden, eingeschränkt seien.³⁴⁵ Außerdem könnten die Eltern ihrer elterlichen Sorge insbesondere in Bezug auf die Beantragung von Schutz und Versorgung wegen fehlender Kenntnisse der Strukturen im Aufnahmeland nicht nachkommen. Sie seien im Krisenland entweder selbst schutzlos oder ebenfalls auf der Flucht, so dass es für sie nicht möglich sei, sich mit der speziellen deutschen Behörden- und Antragsstruktur vertraut zu machen. Oberloskamp weist darauf hin, dass insbesondere eine Asylantragstellung eines Elternteils, der sich nicht innerhalb des Anwendungsbereichs des GEAS aufhält, gem. Art. 7 RL 2013/32/EU ausgeschlossen sei. Aus diesem Grund können die Eltern im Ausland ihrer elterlichen Sorge schon nicht nachkommen.

Hennemann, Dürbeck, Veit, Erb-Klünemann/Kößler, Weissinger, Bumiller und Schwarz sind also der Auffassung, dass es im Regelfall keine ausreichende Kontaktmöglichkeit für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge zu ihren Eltern im Ausland gibt.

Schneider ist der Ansicht, dass sorgeberechtigte Eltern nicht per se wegen „mangelnder Sachkunde und Erfahrung“ als verhindert angesehen werden können.³⁴⁶

Auch wenn in der Mehrzahl der Fälle in der Praxis, unbegleitete minderjährige Flüchtlinge keinen (stabilen) Kontakt zu ihren Eltern im Ausland haben, kann dies nicht pauschal angenommen werden. Es bedarf der konkreten Feststellung im Einzelfall, dass die politische Situation keine regelmäßige Kommunikation zulässt.

Fehlende Sprachkenntnisse müssen durch den Einsatz von Dolmetschern gegebenenfalls auch deutschsprechende Freunde/Bekannte) bzw. bei schriftlichen Dokumenten durch entsprechende Übersetzungen kompensiert werden, auch wenn dies zeit- und kostenintensiv ist.

Im Rahmen eines DIJuF-Gutachtens wurde ausgeführt, dass Verwandte, die die deutsche Sprache nicht beherrschen, sich aber in Deutschland aufhalten, grundsätzlich geeignet sind als Pflegepersonen zu fungieren. Diesbezüglich wurde ausgeführt, dass es für das Kind auch von

345 Hierzu und zu den folgenden Aussagen Schwarz, in: Oberloskamp, Vormundschaft, Pflegerschaft und Beistandschaft für Minderjährige, § 9 Rn. 22.

346 Schneider, in: MüKo, BGB, § 1909 Rn. 14.

Vorteil ist, wenn es sich mit seinen Verwandten über die möglicherweise traumatisierenden Erlebnisse auf der Flucht und kulturellen Unterschiede in Deutschland in seiner Muttersprache verständigen kann.³⁴⁷ Nun könnte argumentiert werden, dass es für eine Pflegeperson in Deutschland einfacher sein wird Freunde oder Bekannte zu bitten bei Gesprächen mit der Kita, Schule oder mit Behörden zu übersetzen. Für Eltern im Ausland wird es wohl überwiegend schwieriger sein, solche Kontaktpersonen hinzuzuziehen. Diese könnten aber auch auf Seiten des Jugendamtes hinzugezogen werden und in solchen Fällen unterstützen. Erst recht, wenn die bevollmächtigte Person in Deutschland über Deutschkenntnisse verfügt, könnte diese als Sprachmittlerin eingesetzt werden. Würden fehlende Deutschkenntnisse als Argument für das Ruhen der elterlichen Sorge ausreichen, so müsste auch das Ruhen der elterlichen Sorge der Eltern, die ihre Kinder nach Deutschland begleitet haben, festgestellt werden, wenn sie über keine ausreichenden Deutschkenntnisse verfügen. Im Ergebnis ist zu berücksichtigen, dass der Eingriff in das Elternrecht nur zulässig ist, wenn es keine mildere gleich geeignete Möglichkeit gibt. Der Einsatz von Dolmetschern erscheint dabei zumutbar. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass beispielsweise die Kommunikation auf Deutsch mit dem Jugendamt für Pflegepersonen nicht vorgeschrieben ist.³⁴⁸ Machen Personensorgeberechtigte Leistungsansprüche nach § 27 Abs. 1 SGB VIII geltend, gilt für sie § 19 SGB X, demzufolge die Amtssprache deutsch ist. Grundsätzlich können Hilfen zur Erziehung gem. § 27 Abs. 2 S. 3 SGB VIII auch im Ausland erbracht werden. Üben die Eltern im Ausland jedoch ihre elterliche Sorge aus und besteht aus diesem Grund das Erfordernis der Kommunikation zwischen dem Jugendamt und den Eltern im Ausland, so agieren die Eltern in der Situation nicht als Antragsteller iSv § 27 SGB VIII. Sie beantragen keine Sozialleistung, sondern erfüllen lediglich ihre Verpflichtung der elterlichen Sorge. Insofern kann von ihnen nicht verlangt werden, dass sie über ausreichend Deutschkenntnisse verfügen.

Fehlende Kenntnisse über die in Deutschland bestehenden Verhältnisse und die zu treffenden Entscheidungen sollten ebenfalls nicht zum

347 *DIJuF-Rechtsgutachten* 25.2.2016 - J 4.171 LS, JAmt 2016, 195 (196).

348 *DIJuF-Rechtsgutachten* 25.2.2016 - J 4.171 LS, JAmt 2016, 195 (196 f.).

Ruhen der elterlichen Sorge führen. Viele Ausländer, die nach Deutschland kommen, kennen sich nicht mit den Gegebenheiten in Deutschland aus. Nun lässt sich argumentieren, dass diese aber mit fortdauerndem Aufenthalt sowohl mehr Sprachkenntnisse erlangen werden als auch mehr Kenntnisse über die Gegebenheiten in Deutschland erlangen, und eine Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge bei diesen Eltern mithin nicht erforderlich ist, weil das Hindernis daher nicht über längere Zeit bestünde, was bei den sich im Ausland aufhaltenden Eltern anders sein dürfte. Nach hiesiger Auffassung lässt sich dies aber dennoch nicht pauschalisieren. Es gibt zahlreiche ausländische Familien in Deutschland, die trotz jahrelangem Aufenthalt in Deutschland die Sprache nicht gelernt haben und sich auch mit den behördlichen Abläufen etc. nicht auskennen. Auch viele deutsche Familien kennen im Übrigen die behördlichen Abläufe nicht und lassen sich diesbezüglich bei den entsprechenden Stellen beraten. Das Ruhen der elterlichen Sorge wird bei den im Inland aufhaltigen Eltern jedoch auch dann nicht festgestellt, wenn Sprachprobleme bereits seit längerer Zeit bestehen oder keine Kenntnisse über die Gegebenheiten vorliegen. Umgekehrt kann es auch Eltern im Ausland geben, die die deutsche Sprache lernen und sich über die Gegebenheiten in Deutschland informieren, auch wenn es sich hierbei um eine Minderheit handeln dürfte. In jedem Fall bedarf es daher aber stets einer Einzelfallentscheidung. Das Ruhen der elterlichen Sorge kann nur festgestellt werden, wenn die Eltern im Ausland keine Kommunikationsmittel nutzen und nicht erreichbar sind und sich auch nicht um die Angelegenheiten des Kindes aktiv kümmern.

ddd) Fehlende Reisemöglichkeit

Der BGH legte dar, dass die elterliche Sorge nicht ruhe, wenn ein Elternteil die Ausübung der elterlichen Sorge auf den anderen Elternteil oder Dritte übertragen hat und insofern seine Kinder gut versorgt weiß und durch moderne Kommunikationsmittel „oder“ Reisemöglichkeiten aus der Ferne Einfluss auf die Ausübung der elterlichen Sorge nehmen kann. Es komme also darauf an, ob der sich im Ausland befindliche Elternteil die Möglichkeit hat, jederzeit die Personen- oder

Vermögenssorge eigenverantwortlich zu übernehmen.³⁴⁹ Für den BGH ist die Reisemöglichkeit daher kein zwingendes Merkmal für die Ausübung der elterlichen Sorge aus der Ferne, sondern eine Alternative zur Erreichbarkeit mittels moderner Kommunikationsmittel.

Das OLG Karlsruhe und das OLG Naumburg sind hingegen der Auffassung, dass es nicht ausreiche, wenn die Eltern nur Zugang zu modernen Kommunikationsmitteln hätten. Hinzukommen müsse auch die Reisemöglichkeit. In den Fällen, in denen sich die Eltern an einem Ort aufhalten, von dem aus sie aufgrund von schlechten Verkehrsverbindungen oder unruhigen politischen Verhältnissen nicht jederzeit ausreisen können, müsse das Ruhen der elterlichen Sorge festgestellt werden.³⁵⁰

González Méndez de Vigo schließt sich den Ausführungen des OLG Karlsruhe und des OLG Naumburg an und weist darauf hin, dass stets eine Einzelfallprüfung zu erfolgen habe, ob der betroffene Flüchtling tatsächlich aus einem Land mit schwierigen Verkehrsverbindungen und schwierigen politischen Verhältnissen kommt. Dies sei aber regelmäßig der Fall und in den Fällen sei dann auch das Ruhen der elterlichen Sorge anzuordnen.³⁵¹

Auch Döll vertritt die Auffassung, dass Eltern, die sich längerfristig im Ausland aufhalten, nur dann ausreichend Einfluss auf die Sorgerechtsausübung nehmen können, wenn sie sich in einem Land aufhalten, aus dem sie auch in absehbarer Zeit ausreisen können.³⁵²

Auch das LG Frankenthal hat in dem bereits unter F.VI.5.b)bb)ccc) erwähnten Fall darauf hingewiesen, dass auch die jederzeitige freie Ausreisemöglichkeit für die Ausübung der elterlichen Sorge erforderlich sei.³⁵³

349 BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221.

350 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 05.03.2012 – 18 UF 274/11, FamRZ 2012, 1955 (1956); OLG Naumburg, Beschluss v. 04.07.2001 – 8 WF 135/01, FamRZ 2002, 258.

351 González Méndez de Vigo, in: DIJuF - Forum für Fachfragen, Themengutachten DIJuF-Rechtsgutachten, Vormundschaft für unbegleitete minderjährige Ausländer/innen/Flüchtlinge, Rn. 8.

352 Döll, in: Erman, BGB, § 1674 Rn. 2.

353 LG Frankenthal, Beschluss v. 25.10.1993 – 1 T 316/93, Rpfleger 1994, 251.

Anders hat dies das OLG Düsseldorf im Jahr 1967 noch gesehen, als ein 15-jähriger über die Grenze nach West-Deutschland geflohen ist und seine Mutter in der ehemaligen DDR verblieben ist und sich durch Kontaktaufnahme mit dem Jugendamt bemühte, die Rückkehr ihres Sohnes zu bewirken. Die durch die damaligen politischen Verhältnisse eingeschränkte Reisemöglichkeit der Mutter wurde in dem Fall nicht als tatsächliches Ausübungshindernis gewertet.³⁵⁴

Auch Sarres ist der Auffassung, dass eine baldige Rückkehrmöglichkeit erforderlich ist, damit das Sorgerecht der Eltern nicht ruht.³⁵⁵

Sofern in der vorgenannten Literatur und Rechtsprechung dargelegt wurde, dass eine kurzfristige Reisemöglichkeit für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge erforderlich ist, wurde nicht explizit begründet, warum die Reisemöglichkeit erforderlich ist.

Es gibt keine expliziten gesetzlichen Vorgaben, die eine Anwesenheit von Sorgeberechtigten im Inland beinhalten. Möglicherweise ist aber die Regelung des § 1793 Abs. 1a BGB, nach der ein Vormund persönlichen Kontakt mit dem Mündel zu halten hat, analog anzuwenden. Dazu müsste die Regelungslücke planwidrig sein und die Interessenlage vergleichbar sein.

Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keinen Grund für eine diesbezügliche explizite Regelung gesehen hat, weil der persönliche Kontakt bei der elterlichen Sorge durch die Eltern als Sorgeberechtigte der Normalfall ist. Für den Vormund bedurfte es diesbezüglich einer expliziten Regelung, um zu verhindern, dass ein Vormund seinen Aufgaben nur nach Aktenlage nachkommt und dadurch gegebenenfalls Aspekte übersieht, oder nicht erfährt, die er bei einem persönlichen Kontakt erfahren würde. Hintergrund ist diesbezüglich auch, dass 70–80 % der Vormundschaften als Amtsvormundschaften geführt werden³⁵⁶ (näheres dazu unter F.VI.7) und daher oftmals keine emotionale Bindung zwischen dem Vormund und dem Mündel besteht und es dem Amtsvormund aufgrund der hohen Anzahl der von ihm zu betreuenden Mündel oftmals auch schwer fällt, jedem Mündel ausrei-

354 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.07.1967 – 3 W 104/67, NJW 1968, 453 (454).

355 Sarres, FamRB 2019, 279 (280).

356 Berthold/Espenhorst/Rieger, Dialog Erziehungshilfe 2011, 31.

chend Zeit zu widmen.³⁵⁷ Um zu verhindern, dass dies zu einer nicht ausreichenden Betreuung des Mündels durch den Vormund führt, hat der Gesetzgeber vorgegeben, dass ein persönlicher Kontakt zu erfolgen hat. In der Gesetzesbegründung wird dazu ausgeführt, dass sich der Vormund regelmäßig ein genaues Bild von den persönlichen Lebensumständen des Mündels verschaffen soll und ihn dazu an seinem üblichen Aufenthaltsort aufsuchen soll, es sei denn ein Treffen an einem anderen Ort ist angezeigt, damit der Mündel beispielsweise frei reden kann, ohne dass die Pflegeeltern mithören, was er sagt.³⁵⁸ In der Gesetzesbegründung wird auch ausdrücklich ausgeführt, dass ein Treffen von Vormund und Mündel im Rahmen von gemeinsamen Aktivitäten außerhalb der Wohnung des Mündels ein Vertrauensverhältnis zwischen Mündel und Vormund entstehen lassen oder vertiefen kann.³⁵⁹ Das lässt erkennen, dass es dem Gesetzgeber auch darum geht, ein Vertrauensverhältnis zwischen Vormund und Mündel sicherzustellen, was ohne persönliche Treffen nicht entstehen würde. Der Gesetzgeber hat den persönlichen Kontakt also vorgeschrieben, weil es bei Vormund und Mündel (zumindest in den Fällen der Amtsvormundschaft) um zwei Personen geht, die sich persönlich nicht kennen und zwischen denen kein Vertrauensverhältnis besteht, ein solches also erst im Rahmen der Vormundschaft aufgebaut werden muss.

Der Gesetzgeber wird keinen Bedarf gesehen haben, eine solche Regelung für Eltern zu treffen, da sie ihre Kinder in der Regel am besten kennen und in der Regel auch ein persönlicher Kontakt besteht. Selbst für die Fälle der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge besteht kein Bedarf für eine solche gesetzliche Regelung, weil es nicht darum geht sicherzustellen, dass die Eltern im Ausland ihre Kinder ausreichend kennen. Sie kennen ihre Kinder von der Zeit vor der Flucht. Auch existierten bereits eine emotionale Bindung und ein Vertrauensverhältnis, die nicht erst aufgebaut werden müssen.

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass ein Vormund selbst bei einem kurzen Besuch etwaige Anzeichen einer Misshandlung oder Vernach-

357 Katzenstein, JAmt 2010, 414 (415).

358 Deutscher Bundestag, Drucksache 17/3617, S. 7; Hoffmann, FamRZ 2018, 882 (883).

359 Deutscher Bundestag, Drucksache 17/3617, S. 7.

lässigung des Kindes durch die betreuenden und erziehenden Dritten feststellen könnte.³⁶⁰ Es geht bei der Anordnung der persönlichen Treffen also auch darum, dass der Vormund in die Lage versetzt werden soll, Missstände festzustellen. Die Eltern kennen ihre Kinder besser als jeder andere, so dass sie auch über die Tonlage ihres Kindes in einem Telefonat oder die Art wie es sich bei einem Videotelefonat zeigt, erkennen können, wenn etwas nicht stimmt. Natürlich ist zuzugeben, dass es für Minderjährige deutlich einfacher ist, ihren Eltern Informationen vorzuenthalten, wenn das Gespräch nur über Videotelefonie erfolgt und die Eltern nicht anwesend sind. Die Minderjährigen können durch Auswahl nur eines konkreten Bildausschnitts auch Umstände verbergen, wie beispielsweise einen verwahrlosten Zustand der Wohnung. Auch kann eine schlechte Bildqualität oder Telefonverbindung dazu führen, dass die Eltern nicht alles verstehen, was ihnen gesagt wird und ihre Fähigkeit, das Wohlbefinden ihres Kindes zu beurteilen, auch dadurch eingeschränkt sein. Dennoch ist festzuhalten, dass Eltern viel eher als ein Vormund, der den Mündel persönlich nicht gut kennt, in der Lage sein werden, ihrem Kind – auch im Rahmen eines Telefonats – anzumerken, wenn es ihm nicht gut geht. Insofern besteht weder eine Planwidrigkeit der Regelungslücke noch eine Vergleichbarkeit der Interessenlage.

Im Übrigen wird auch die Auffassung vertreten, dass sich auch die Verpflichtung zum persönlichen Kontakt gem. § 1793 Abs. 1a BGB nach dem konkreten Einzelfall richtet.³⁶¹ Die gesetzliche Regelung wird insofern nicht als zwingend angesehen. Danach würde die Regelung also selbst bei analoger Anwendung nicht dazu führen, dass in jedem Fall zwingend ein persönlicher Kontakt zu erfolgen hat.

Auch § 278 FamFG ist nicht analog anwendbar. Danach hat das Gericht sich einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen zu verschaffen und dies auch in dessen üblicher Umgebung zu tun, wenn es der Betroffene verlangt oder es der Sachaufklärung dient und der Betroffene nicht widerspricht. Auch durch diese Vorschrift soll gewährleistet werden, dass die Gerichte keine Entscheidung nach Aktenlage treffen, sondern den Betroffenen persönlich kennenlernen, weil die

360 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 17/3617, S. 7.

361 *DIJuF*, JAm 2015, 94 (96).

Richter die Betroffenen üblicherweise vorher nicht persönlich gekannt haben. Insofern enthält diese Regelung aus den gleichen Gründen keine vergleichbare Interessenlage und planwidrige Regelungslücke.

Es gibt also keine gesetzlichen Vorgaben, die direkt oder analog anzuwenden sind und vorschreiben, dass die Eltern, die sich im Ausland aufhalten, ihre Kinder in Deutschland regelmäßig zu besuchen haben.

Es besteht nur dann das Erfordernis, kurzfristig zu dem Minderjährigen zu reisen, wenn vor Ort die Aufgaben wahrgenommen werden sollen, die aus dem Ausland nicht wahrnehmbar sind. Wie noch näher unter F.VI.5.b)cc)aaa) ausgeführt wird, handelt es sich dabei in erster Linie um die Aufgaben der Pflege und Erziehung. In welchem Umfang die Anwesenheit der Eltern für die Ausübung dieser Aufgaben erforderlich ist, hängt vom Alter der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge ab und wird ebenfalls unter F.VI.5.b)cc)aaa) näher dargestellt. Um die Aufgaben, die die Eltern selbst wahrnehmen müssen, selbst wahrnehmen zu können, müssten die Eltern also regelmäßig zu dem Minderjährigen reisen. Das dürfte bezüglich der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge unrealistisch sein. Haben die Eltern aber eine dritte Person mit der Wahrnehmung dieser Aufgaben beauftragt, so müssen sie nur dann zu dem Minderjährigen reisen, wenn die beauftragte Person die Aufgaben nicht ordnungsgemäß wahrnimmt und auch keine weitere Person mit der Übernahme der Aufgaben betraut werden kann. Es erscheint nicht gerechtfertigt, in die Rechte der Sorgeberechtigten im Ausland einzugreifen und das Ruhen des Sorgerechts festzustellen, nur weil sie sich in einem Land aufhalten, aus dem sie nicht kurzfristig ausreisen können. Das gilt jedenfalls in den Fällen, in denen sie eine dritte Person mit der Wahrnehmung der Aufgaben betraut haben, die sie selbst nicht wahrnehmen können. Denn das Ruhen der elterlichen Sorge kann immer noch festgestellt werden, wenn es tatsächlich zu der Situation kommt, dass die beauftragte Person ihre Aufgaben nicht ordnungsgemäß wahrnimmt und die Sorgeberechtigten im Ausland nicht kurzfristig zu dem Kind/Jugendlichen reisen können. Solange aber die beauftragte Person die Aufgaben gut wahrnimmt, und die Eltern dies aus dem Ausland kontrollieren können, besteht kein Anlass in ihre Rechte einzugreifen und das Ruhen der elterlichen Sorge festzustellen. (Die Beauftragung Dritter mit Aufgaben der elterlichen Sorge wird noch eingehend unter F.VII. behandelt.)

Die fehlende Reisemöglichkeit stellt also erst dann einen ausreichenden Grund für die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge dar, wenn eine konkrete Situation eingetreten ist, in der die Anwesenheit der Eltern im Inland erforderlich ist, weil die beauftragte Person die Aufgaben nicht ordnungsgemäß wahrnimmt.

cc) Stellungnahme

Um beurteilen zu können, ob in den Fällen der unbegleitet eingereisten Minderjährigen, die steten Kontakt zu ihren Eltern im Ausland haben, diese den wesentlichen Teil ihrer Sorgerechtsverantwortung nicht mehr ausüben können, ob also eine tatsächliche Verhinderung an der Sorgerechtsausübung besteht, muss Schritt für Schritt vorgegangen werden. Es ist also zunächst zu prüfen, welche Aufgaben zur Sorgerechtsverantwortung gehören. Sodann ist zu prüfen, welche Aufgaben der Sorgerechtsverantwortung als die wesentlichen Aufgaben anzusehen sind und ob die Eltern diese aus dem Ausland wahrnehmen können.

aaa) Aufgaben der elterlichen Sorge

Die elterliche Sorge umfasst gem. § 1626 Abs. 1 S. 2 BGB die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge). Zur elterlichen Sorge gehört schließlich noch die Vertretung des Kindes gem. § 1629 Abs. 1 BGB.

Die Personensorge umfasst gem. § 1631 Abs. 1 BGB die Pflicht und das Recht, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Zur Erziehung gehört auch das Ermöglichen von Bildung und Ausbildung gem. § 1631a BGB.³⁶² Außerdem beinhaltet die Personensorge gem. § 1631d BGB das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des Kindes einzuwilligen und gem. § 1632 Abs. 1 BGB das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es den Eltern oder einem Elternteil widerrechtlich vorenthält. Gem. § 1632 Abs. 2 BGB beinhaltet die Personen-

362 OLG Hamm, Urteil v. 03.10.1973 – 3 U 89/73, FamRZ 1974, 136 (137); Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 4.

sorge auch das Recht, den Umgang des Kindes auch mit Wirkung für und gegen Dritte zu bestimmen.

Im Rahmen der Vermögenssorge haben die sorgeberechtigten Eltern das Vermögen des Minderjährigen gem. §§ 1638 ff. BGB zu verwalten.

Abbildung 7 zeigt eine Übersicht der Aufgaben der elterlichen Sorge.

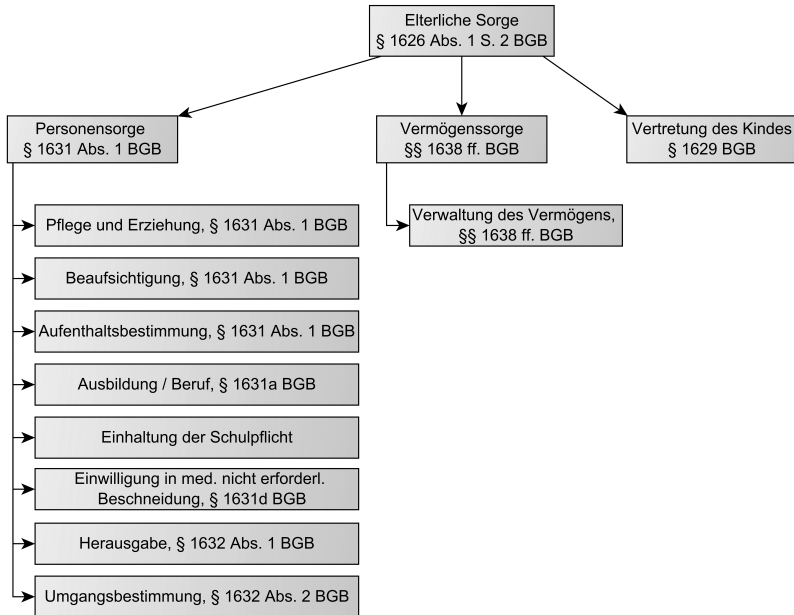


Abbildung 7: Aufgaben der elterlichen Sorge

(1) Pflege und Erziehung

Die Pflicht und das Recht das Kind zu pflegen beinhaltet die Sorge für die körperliche Existenz. Dies umfasst die Fürsorge für die Ernährung, Gesundheit und Bekleidung des Kindes, ebenso wie die geistige und seelische Entwicklung.³⁶³ „Erziehung ist die Sorge für die geistige, sittliche und körperliche Entwicklung des Kindes.“³⁶⁴ Die Erziehung und die Pflege beinhalten also teilweise dieselben Aufgaben. Die Begriffe lassen sich nicht eindeutig unterscheiden.³⁶⁵

Die Sorgeberechtigten haben für die Erhaltung, Förderung und Entwicklung des Kindes zu sorgen.³⁶⁶ Sie sind verpflichtet ihre Kinder so zu erziehen, dass diese „später als Volljährige in der Gesellschaft bestehen können und in der Lage sind, sich in eigener Verantwortung ein lebenswertes Leben zu gestalten“.³⁶⁷ Die Sorgeberechtigten dürfen dabei verschiedene Erziehungsmittel einsetzen, zB Ermahnungen, Verweise, Ausgehverbote oder Taschengeldentzug.³⁶⁸

Gem. § 1626 Abs. 2 BGB haben sorgeberechtigte Eltern bei der Pflege und Erziehung die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem, verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen und Fragen der elterlichen Sorge – soweit dies nach dem Entwicklungsstand des Kindes angezeigt ist – zu besprechen und Einvernehmen anzustreben. Die Berücksichtigung der Fähigkeiten des Kindes, das Besprechen und das Herstellen von Einvernehmen sind nach Ansicht von Hoffmann ohne Kontakt mit dem Kind nicht möglich.³⁶⁹

Pflege und Erziehung auf Distanz zu gewährleisten ist sicherlich schwierig und der zeitliche Aufwand abhängig vom Alter und Gesundheitszustand des minderjährigen Kindes oder Jugendlichen. In Kapitel C. wurde ausgeführt, dass im Jahr 2018 92,2 % der unbegleiteten min-

363 Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 3.

364 Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 4.

365 Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 4.

366 Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 2.

367 OLG Hamm, Urteil v. 03.10.1973 – 3 U 89/73, FamRZ 1974, 136 (137); Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 2.

368 Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 5.

369 Hoffmann, FamRZ 2018, 882 (882, 883).

derjährigen Flüchtlinge zwischen 14 und 18 Jahre alt waren.³⁷⁰ Außerdem handelte es sich überwiegend um Jungen (82,7 %). Es wurde ebenfalls dargelegt, dass die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge „aktive und kompetent handelnde Menschen“ seien, die auf der Flucht schwierige, potenziell traumatisierende Situationen erlebt und überstanden haben.³⁷¹ Trotz der belastenden Erfahrungen entwickeln ca. 50 % der minderjährigen Flüchtlinge keine psychiatrische Erkrankung.³⁷² Im Umkehrschluss bedeutet dies aber auch, dass ca. 50 % der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge eine psychiatrische Erkrankung entwickeln. Auch vor diesem Hintergrund sind sie besonders schutzbedürftig und müssen ihnen entsprechende Hilfen zur Verfügung gestellt werden.

Erzieherische Maßnahmen können zum Teil auch über Distanz erfolgen. Problematisch daran ist, dass die Erziehung die Maßregelung im Alltag beinhaltet, die in der Regel situationsabhängig erfolgt. Besteht der Kontakt nur über Skype, FaceTime, WhatsApp oder vergleichbare (Video-) Telefoniedienste, kann zwar ein gewisses Maß an Erziehung während der Telefonate erfolgen, indem die Sorgeberechtigten Fragen zu den Geschehnissen des Tages stellen und diese mit dem Minderjährigen besprechen. Es ersetzt aber nicht die zwingend erforderliche situationsbezogene unmittelbare und zeitnahe Interaktion mit dem Minderjährigen, während dieser beispielsweise aufgestellte Regeln missachtet. Dies gilt sowohl für die Kinder als auch für die Jugendlichen. Insofern ist es für die Entwicklung der Minderjährigen wichtig, dass eine Person anwesend ist, die in der konkreten Situation eingreift, wenn das Kind im Begriff ist etwas Falsches zu tun oder dies bereits getan hat und Unterstützung benötigt. Es wäre unrealistisch anzunehmen, dass dies ausschließlich über regelmäßige Telefonate, in denen die Vorfälle besprochen werden, vermittelbar ist, insbesondere, weil sich so nicht sicherstellen ließe, dass die Eltern von den Konfliktsituationen überhaupt erfahren. Sie wären darauf angewiesen, dass das

370 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.

371 Sukale et al., Nervenarzt 2017, 3 (7).

372 Witt et al., Kindheit und Entwicklung 2015, 209 (221).

Kind ihnen davon erzählt. Aber die nach Konfliktsituationen auch wichtigen Reflexionsgespräche können telefonisch erfolgen. In Ergänzung dazu bedarf es aber einer Person vor Ort, die unmittelbar helfen kann.

Die Minderjährigen werden im Rahmen der Inobhutnahme aber auch in einem Heim, in einer ambulanten Betreuung in eigener Wohnung, in Jugendwohngemeinschaften oder Pflegefamilien untergebracht.³⁷³ Durch die dort betreuenden Personen wird die notwendige Unterstützung im Bereich der Pflege und Erziehung gewährleistet.

Welche Anforderungen an die Pflege und Erziehung gestellt werden, ist abhängig vom Alter des Kindes. Darauf wird im Folgenden teils gesondert eingegangen, doch muss es generell immer mit bedacht werden.

(a) Ernährung und Bekleidung

Zur Pflege zählt die Sorge für eine ausreichende und ausgewogene Ernährung sowie für angemessene Bekleidung.³⁷⁴ Die soeben bereits erwähnte, stets vorhandene Abhängigkeit vom Alter des Kindes ist hier offenkundig.

Die Sorgeberechtigten können das Essen weder über Distanz zubereiten, noch kontrollieren, wieviel oder was das Kind/der Jugendliche zu sich nimmt. Je nach Entwicklungsstand mögen Jugendliche in der Lage sein, sich diesbezüglich selbst zu kümmern. Für Kinder gilt dies aber nicht. In Bezug auf die Kinder kann die Aufgabe nicht aus dem Ausland wahrgenommen werden.

Auch hinsichtlich der Bekleidung ist eine Person vor Ort erforderlich, die unter Berücksichtigung der aktuellen Wetterlage Empfehlungen ausspricht oder bei der Beschaffung von Kleidung unterstützt. Die Eltern können aus dem Ausland nicht sicherstellen, dass der Minderjährige wettergerechte Kleidungsstücke tatsächlich anzieht, wenn dies erforderlich ist. Gerade die jüngeren Kinder benötigen diesbezüglich

³⁷³ Gravelmann, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Kinder- und Jugendhilfe, S. 41–42.

³⁷⁴ Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 3.

Unterstützung. Bei den Jugendlichen würde es vom individuellen Entwicklungsstand abhängen. In der Mehrzahl der Fälle dürfte eine Unterstützung vor Ort erforderlich sein. Diese Aufgabe können Sorgeberechtigte aus dem Ausland nicht unmittelbar wahrnehmen.

Sind die Kinder in einem Heim oder bei einer Pflegefamilie untergebracht, wird diese Aufgabe von der Heimleitung bzw. den Pflegeeltern übernommen.

Bei den Jugendlichen, die keine Unterstützung vor Ort brauchen, benötigen die Eltern im Ausland aber zumindest eine Telefonverbindung, um mit dem Jugendlichen sprechen zu können und ihn in dem Rahmen nach der Ernährung und Bekleidung zu befragen.

(b) Geistige, seelische, sittliche und körperliche Entwicklung und körperliche Pflege

Im Rahmen der Erziehung haben die Sorgeberechtigten auf die geistige, seelische und sittliche Entwicklung des Kindes einzuwirken und dabei die Fähigkeiten und Anlagen des Minderjährigen und die sonstigen Verhältnisse zu berücksichtigen.³⁷⁵ Nach hiesiger Auffassung müssen die Sorgeberechtigten also hinsichtlich der geistigen, seelischen und sittlichen Entwicklung als Berater und gegebenenfalls Tröster zur Verfügung stehen oder bei Erfolgen Lob und Anerkennung aussprechen. Erforderlich ist eine Regelmäßigkeit und Frequenz der Gespräche, die es den Sorgeberechtigten ermöglicht, Stimmungsschwankungen des Kindes/Jugendlichen wahrzunehmen. Die Höhe der Frequenz hängt vom Alter und Wohlbefinden des Minderjährigen ab.

Je jünger der Minderjährige, desto mehr bedarf es der körperlichen Anwesenheit einer Bezugsperson für die geistige und seelische Entwicklung. Bei Kindern dürfte es in der Regel nicht ausreichend sein, diese Sorge aus dem Ausland auszuüben. In diesem Alter bedarf es einer konkreten Förderung durch eine anwesende Person. Im jugendlichen Alter hingegen können Gespräche auch ausreichend sein, so dass die Wahrnehmung der Aufgabe der Sorge um die geistige und seelische Entwicklung bei Jugendlichen auch aus dem Ausland wahrge-

375 Veit, in: BeckOK, BGB, § 1631 Rn. 3.

nommen werden kann, wenn dazu ein regelmäßiger telefonischer Kontakt besteht.

Wenn ausländische Eltern ihre sich in Deutschland befindlichen minderjährigen Kinder hinsichtlich der sittlichen Entwicklung leiten, werden sie in den meisten Fällen die Moralvorstellungen ihrer Gesellschaft vermitteln, die nicht zwingend mit der deutschen Moralvorstellung identisch ist. Dies ist aber auch nicht die Voraussetzung für das Nichtruhen der elterlichen Sorge. Zwar wäre es für die Eingliederung der Minderjährigen sicherlich hilfreich, wenn ihnen auch die Wertvorstellungen der hiesigen Gesellschaft vermittelt werden. Bei der Frage, ob die elterliche Sorge über die räumliche Distanz ruht, kommt es aber nur darauf an, ob trotz der Distanz eine Erziehung stattfindet. Zu vergleichen ist diese Erziehung mit der Erziehung, die ohne Distanz, also wenn die Eltern mit eingereist wären, oder das Kind bei seinen Eltern im Heimatland geblieben wäre, stattgefunden hätte. Insofern ist es nicht hinderlich, wenn ausländische Moralvorstellungen vermittelt werden. Wären die Eltern mit nach Deutschland gereist, so würde die elterliche Sorge unstreitig nicht ruhen, auch wenn die Moralvorstellungen der Heimatgesellschaft und nicht deutsche Moralvorstellungen vermittelt werden.

Im Hinblick auf die körperliche Entwicklung, (zB Fitness und Ausdauer zur Förderung der Koordination und Vermeidung von gesundheitsschädlichem Übergewicht) können die Sorgeberechtigten über die Distanz, zB durch Videotelefonie, Förderbedarf erkennen, können aber nicht selbst fördern. Ihre theoretischen Handlungsmöglichkeiten sind beschränkt auf das Anregen von sinnvollen Maßnahmen, wie beispielsweise an einem Probetraining in einem Sportverein teilzunehmen. Für Kinder, die diese Termine nicht eigenständig wahrnehmen können, reichen solche Anregungen nicht. Bei Jugendlichen dürfte es in der Regel ausreichend sein. Um die körperliche Entwicklung aus dem Ausland beurteilen zu können, müssen die Sorgeberechtigten im Ausland den Minderjährigen aber auch sehen können, insofern ist dazu eine Kontaktaufnahme per Videotelefonie erforderlich.

Die körperliche Pflege können Jugendliche selbstständig durchführen. Sie bedürfen dazu in der Regel keiner anwesenden helfenden Person. Bei den Kindern besteht Unterstützungsbedarf. Je älter das Kind, desto

geringer fällt dieser aus, aber insgesamt dürften alle Kinder noch gewisse Unterstützung benötigen, so dass diese Pflege von Kindern nicht aus dem Ausland wahrgenommen werden kann. Es ist dafür eine anwesende Person erforderlich.

(c) Gesundheit

Die Gesundheitsfürsorge umfasst insbesondere die Veranlassung und Zustimmung in ärztliche Maßnahmen sowie Einwilligungen in ärztliche Eingriffe und Operationen, die Entscheidung über Impfungen und die Vergabe von Medikamenten.³⁷⁶

Ärztliche Maßnahmen stellen oftmals einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar und bedürfen daher einer Einwilligung.³⁷⁷ Wenn der Minderjährige soweit entwickelt ist, dass er die Folgen einer Einwilligung einschätzen und realistisch beurteilen kann, dann kann er die Einwilligung auch selbst erklären.³⁷⁸ Es kommt insofern nicht auf eine Geschäftsfähigkeit iSv §§ 104 ff. BGB, sondern auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit an. Ist der Minderjährige nicht einwilligungsfähig, haben die Sorgeberechtigten einzuwilligen.³⁷⁹ Der Abschluss eines Behandlungsvertrages bedarf hingegen der Geschäftsfähigkeit, so dass ein solcher nur durch die Sorgeberechtigten geschlossen werden kann.³⁸⁰

Den Abschluss eines Behandlungsvertrages oder die Einwilligung in eine medizinische Behandlung können Sorgeberechtigte grundsätzlich auch aus dem Ausland vornehmen. Die Erklärungen können sie schriftlich abgeben und der jeweiligen Stelle per Post, E-Mail oder Fax zukommen lassen. Die Umsetzbarkeit dürfte letztlich davon abhängen, ob sich die jeweiligen Ärzte bereit erklären, die erforderliche Aufklärung der Sorgeberechtigten ebenfalls per Telefon oder Videotelefonie

376 Heiß et al., Familienrecht, § 3, Rn. 43.

377 DIJuF, JAMt 2015, 94 (95).

378 Hierzu und zur folgenden Aussage Kühl, in: Kühl/Heger, StGB, § 228 Rn. 5.

379 Hoffmann, Personensorge, § 10 Rn. 12.

380 González Méndez de Vigo, in: DIJuF - Forum für Fachfragen, Themengutachten DIJuF-Rechtsgutachten, Vormundschaft für unbegleitete minderjährige Ausländer/innen/Flüchtlinge, Rn. 7; DIJuF, JAMt 2015, 94 (96).

durchzuführen. Auch wenn in den Krankenhäusern immer mehr Digitalisierung Einzug hält und die technischen Voraussetzungen für ein solches Vorgehen in Deutschland gegeben sind, so ist es doch fraglich, ob sich die behandelnden Ärzte auf eine solche Abweichung vom üblichen Klinik- bzw. Praxisablauf einlassen würden. Abschreckend dürfte das Gefühl sein, nicht sicher überprüfen zu können, ob es sich bei dem (video-) telefonischen Gesprächspartner auch wirklich um die Erziehungs- oder Personensorgeberechtigten handelt. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass eine Überprüfung der Personaldaten der Eltern im Krankenhaus oder der niedergelassenen Arztpraxis auch nicht stattfindet, wenn die Eltern vor Ort sind. Wenn aber eine Aufklärung auf (video-) telefonischem Weg erfolgt und gewährleistet ist, dass die Sorgeberechtigten den Inhalt der Aufklärung verstanden haben, indem erforderlichenfalls noch ein Dolmetscher hinzugezogen wird, dann ist es zumindest theoretisch möglich, diese Entscheidungen auch aus dem Ausland zu treffen. Auch wenn die Erziehungsberechtigten mit eingereist wären, müsste in dieser Situation ein Dolmetscher hinzugezogen werden, wenn die Eltern noch über keine ausreichenden Deutschkenntnisse verfügen. Dieser Umstand besteht also in beiden Fällen, sowohl dem Fall der sich im Ausland befindlichen Sorgeberechtigten, als auch in dem Fall, der mit eingereisten ausländischen Sorgeberechtigten.

Die Sorgeberechtigten können aus dem Ausland beratend zur Seite stehen, ob und gegebenenfalls welcher Arzt (welche Fachrichtung) aufgesucht werden sollte. Auch können Empfehlungen ausgesprochen werden, welche Hausmittel im Falle einer Erkrankung eingenommen werden sollen. Nicht möglich ist die Verabreichung von Medikamenten oder Hausmitteln, was naturgemäß auch zu den Aufgaben der Erziehungsberechtigten zählt.

Die Jugendlichen dürften in der Lage sein, allein einen Arzt aufzusuchen. Je nach Gesundheitszustand und Art der Erkrankung dürfte es aber den meisten schwerfallen, ohne emotionale Unterstützung die Anweisungen des Arztes zu verstehen, sie sich zu merken und diese sodann (allein) zu befolgen. Im Krankheitsfall benötigen insofern auch die Jugendlichen Unterstützung von einer anwesenden erwachsenen Person. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass gerade im Fall einer akuten Erkrankung gerade die persönliche Zuwendung wichtig für das

seelische Wohlbefinden ist und insofern der schnelleren Genesung beitragen dürfte. Das gleiche gilt erst recht für die Kinder. Die Wahrnehmung der Sorge um die Gesundheit ist also in den meisten Fällen nicht vollständig aus dem Ausland wahrnehmbar. Hierzu bedarf es einer bei dem Kind oder Jugendlichen anwesenden Person.

Ein Teil der Gesundheitsfürsorge wurde gesetzlich ausdrücklich geregelt. Gem. § 1631d BGB umfasst die Personensorge auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. Auch diese Einwilligung ist unter den vorgenannten Bedingungen aus dem Ausland erklärbar. Bei der Durchführung dieser Maßnahme müsste aber eine erwachsene Begleitperson anwesend sein.

Für die Erklärungen, die aus dem Ausland abgegeben werden können, benötigen die Sorgeberechtigten die Möglichkeit E-Mails oder ein Fax zu versenden. Sie benötigen jedenfalls die technischen Voraussetzungen, um die unterzeichneten Erklärungen an die entsprechenden Stellen senden zu können. Die rein postalische Erreichbarkeit ist diesbezüglich nicht ausreichend, weil dadurch keine kurzfristige Zusendung von Einwilligungen in Behandlungen möglich ist. Bei akuten Erkrankungen kann die Postlaufzeit im Einzelfall zu lange dauern. Eine Übermittlung per E-Mail dürfte in der Regel ausreichend sein, da es sich bei dem Abschluss von Behandlungsverträgen oder der Einwilligung zu medizinischen Behandlungen in der Regel um Rechtsgeschäfte handelt, bezüglich derer die Parteien die Form bestimmen können.³⁸¹ Lediglich in Sonderfällen ist die Form gesetzlich vorgeschrieben, so zB bei dem Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung gem. § 17 Abs. 2 S. 1 KHEntgG.

Da es sich also in der Regel um eine gewillkürte Schriftform iSd § 127 BGB handelt, genügt dann gem. § 127 Abs. 2 BGB die telekommunikative Übermittlung. Insofern bedarf es eines funktionierenden Faxgerätes oder eines E-Mail-Zugangs. Auch ist eine telefonische Erreichbarkeit für das Aufklärungsgespräch zwingend erforderlich. Für die Fälle, in denen die gesetzliche Schriftform vorgegeben ist, müssten die Sor-

³⁸¹ Hierzu und zur folgenden Aussage *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, § 44 Rn. 1.

geberechtigten ihre Erklärung im Original postalisch zusenden, es sei denn die Parteien haben gem. § 126 Abs. 3 BGB eine elektronische Form vereinbart, dann ist auch die elektronische Übermittlung möglich.³⁸²

(d) Fazit zu Pflege und Erziehung

Zusammenfassend lässt sich die Wahrnehmbarkeit der Aufgaben aus dem Bereich der Pflege und Erziehung aus dem Ausland wie folgt darstellen (Abbildung 8):

	Jugendliche	Kinder
Erzieherische Maßnahmen	Nicht möglich	Nicht möglich
Ernährung und Bekleidung	idR nicht möglich abhängig von Entwicklungsstand – wenn möglich, dann Telefonverbindung erforderlich	Nicht möglich
Geistige, seelische und sittliche Entwicklung	Möglich Telefonischer Kontakt erforderlich	Nicht möglich
Körperliche Entwicklung	Möglich Video-Telefonischer Kontakt erforderlich	Nicht möglich
Körperliche Pflege	Möglich	Nicht möglich
Gesundheit	Abgabe von Erklärungen möglich Betreuung vor Ort nicht möglich	Abgabe von Erklärungen möglich Betreuung vor Ort nicht möglich

Abbildung 8: Wahrnehmbarkeit der Pflege und Erziehung aus dem Ausland

(2) Aufsicht

Die Sorgeberechtigten sind gem. § 1631 Abs. 1 BGB verpflichtet den Minderjährigen zu beaufsichtigen.

³⁸² Einsele, in: MüKo, BGB, § 126 Rn. 20.

Was die Sorgeberechtigten diesbezüglich konkret zu tun haben, ist abhängig von dem Alter und dem Entwicklungsstand des Minderjährigen und der konkreten Situation, in der sich der Minderjährige befindet. Die Sorgeberechtigten müssen sich so verhalten, wie sich verständige Sorgeberechtigte unter den gegebenen Umständen verhalten hätten.³⁸³

Sie haben zu berücksichtigen, wie gut der Minderjährige bisher Vorgaben beachtet hat. Hat er sich in der Vergangenheit wiederholt nicht an Vorgaben oder Regeln gehalten, ist eine erhöhte Aufmerksamkeit und Überwachung erforderlich. Je verantwortungsbewusster und selbstständiger der Minderjährige ist, desto weniger Aufsicht bedarf er. Je gefährlicher die konkrete Situation, desto höher sind die Anforderungen an die Aufsicht.³⁸⁴

Eine Aufsichtsführung ohne körperliche Anwesenheit ist schwer vorstellbar. Die Kontaktaufnahme über Videotelefonie gebietet nur Einsicht in einen bestimmten Bildausschnitt und dies auch nur zu den Zeiten, zu denen der Minderjährige dies durch Annahme des Gesprächs zulässt. Eine Aufsichtsführung setzt jedoch auch voraus, dass in Situationen eingegriffen werden kann, in denen der Minderjährige beispielsweise sich selbst der Gefahr, in der er sich befindet, nicht bewusst ist oder aus Leichtsinn heraus etwas entgegen besseren Wissens tut. Eine gewisse Form von Kontrolle kann durch regelmäßige Anrufe ausgeübt werden. Diese reicht jedoch nicht aus, um der Aufsichtspflicht zu genügen. Es bedarf diesbezüglich mithin für Kinder und Jugendliche einer anwesenden Person.

(3) Aufenthaltsbestimmung

Zur Ausübung des Sorgerechts gehört auch die Bestimmung des Aufenthaltsortes. Damit ist die Wahl von Wohnort und Wohnung gemeint.³⁸⁵ Hierzu gehört die Entscheidung, ob ein Minderjähriger auswandern darf, Ferien im Ausland machen darf, an einem Schüleraus-

383 *Huber*, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 8.

384 *Huber*, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 8, 9.

385 *Huber*, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 11.

tausch teilnimmt oder ob und gegebenenfalls in welchem Heim oder Internat er untergebracht wird.³⁸⁶

Das Recht, den Aufenthaltsort des Minderjährigen zu bestimmen, kann für Kinder und Jugendliche auch aus dem Ausland ausgeübt werden. Einer körperlichen Anwesenheit bedarf es hierzu nicht. Für die Wahrnehmung dieser Aufgabe ist eine telefonische Kontaktaufnahmemöglichkeit erforderlich. Die zu treffenden vorgenannten Entscheidungen sind zwar in der Regel mit einer gewissen Vorlaufzeit bekannt, so dass auch eine frühzeitige Kontaktaufnahme möglich sein dürfte. Es sind aber auch die Fälle denkbar, in denen eine Entscheidung unverzüglich zu erfolgen hat, beispielsweise, weil es im Heim eine Konfliktsituation gegeben hat, und der Wechsel einer Heimunterbringung kurzfristig erforderlich ist.

(4) Ausbildung / Beruf

Gem. § 1631a iVm § 1626 Abs. 2 S. 1 und § 1626 Abs. 2 S. 2 BGB haben die Sorgeberechtigten bei der Ausbildungs- und Berufswahl dem Selbstständigkeitsstreben des Kindes Rechnung zu tragen und ihre Entscheidung mit ihm zu besprechen. Dabei sind die Eignung und die Neigung des Kindes zu berücksichtigen.³⁸⁷ Entscheidungen zur Ausbildungs- und Berufswahl beinhalten auch die Entscheidung für eine Kindertagesstätte, einen Kindergarten, die Auswahl einer Schule oder den Abschluss eines Lehrvertrages.³⁸⁸ Mit Eignung ist die psychische und physische Fähigkeit, also auch Begabung des Minderjährigen gemeint, eine bestimmte Ausbildung oder einen bestimmten Beruf erfolgreich zu absolvieren.³⁸⁹

Die Befähigung ihres Kindes/Jugendlichen kennen die im Ausland lebenden Sorgeberechtigten entweder schon von vor der Ausreise oder sie verfolgen die diesbezügliche Entwicklung aus dem Ausland. Durch Gespräche mit dem Minderjährigen erfahren die Sorgeberechtigten

386 Heiß *et al.*, Familienrecht, § 3 Rn. 43.

387 Huber, in: MüKo, BGB, § 1631a Rn. 1.

388 Heiß *et al.*, Familienrecht, § 3 Rn. 43.

389 Huber, in: MüKo, BGB, § 1631a Rn. 6.

beispielsweise welche Schulfächer dem Minderjährigen besonders leichtfallen und in welchen Fächern er welche Schulnoten erhält. Die Sorgeberechtigten können mithin auch aus dem Ausland beurteilen, über welche Fähigkeiten ihr Kind/der Jugendliche verfügt. Dazu bedarf es aber des regelmäßigen Kontakts auf telefonischem oder zumindest postalischem Weg.

Im Rahmen der Neigung sind die Kindesvorlieben und Interessen zu berücksichtigen.³⁹⁰ Wenn sich die Sorgeberechtigten regelmäßig mit ihrem Kind unterhalten, sind ihnen die Vorlieben und Interessen ihres Kindes bekannt. Dazu bedarf es ebenfalls nicht der Anwesenheit der Sorgeberechtigten.

Da die Sorgeberechtigten gem. § 1610 Abs. 2 BGB auch zur Finanzierung der Ausbildung verpflichtet sind, können sie auch die für eine Ausbildung entstehenden Kosten bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen.³⁹¹ Die Information, welche Kosten entstehen, können die Sorgeberechtigten auch aus dem Ausland ermitteln, indem sie Kontakt zu den in Frage kommenden Institutionen aufnehmen. Hierzu ist zumindest ein postalischer Kontakt erforderlich. Einfacher wäre sicherlich eine Kontaktaufnahmemöglichkeit per E-Mail oder Telefon.

Außerdem kann der Gesundheitszustand des Kindes, die zeitliche Belastung, die Entfernung zur Ausbildungsstätte, etwaige Unfallgefahren sowie die voraussichtlichen Chancen auf dem Arbeitsmarkt bei der Entscheidung berücksichtigt werden.³⁹² Diese für die Beratung mit dem Minderjährigen erforderlichen Informationen können die Sorgeberechtigten auch durch Internetrecherche oder Kontaktaufnahme mit den in Frage kommenden Stellen aus dem Ausland einholen.

Sollten sich die Sorgeberechtigten hinsichtlich der Eignung des Kindes nicht sicher sein, so können sie sich Rat von Lehrern einholen. Dies wurde explizit in § 1631a S. 2 BGB geregelt. Sollten sie hinsichtlich weiterer Aspekte, beispielsweise der Arbeitsmarktsituation, unsicher sein, so können sie danach auch Rat von anderen geeigneten Personen, wie beispielsweise Mitarbeitern des Jobcenters, einholen. Dies gilt für Sorgeberechtigte im In- und Ausland gleichermaßen. Die theoretische

390 *Huber*, in: MüKo, BGB, § 1631a Rn. 6.

391 *Huber*, in: MüKo, BGB, § 1631a Rn. 8.

392 *Huber*, in: MüKo, BGB, § 1631a Rn. 10.

Möglichkeit der Wahrnehmung dieser Aufgaben besteht, da die Eltern die erforderlichen Informationen über das Internet und durch Telefonate mit entsprechenden Kontaktpersonen einholen können. Viele der sich im Ausland aufhaltenden Eltern verfügen nicht über ausreichende deutsche Sprachkenntnisse, um die Informationen auf den deutschen Internetseiten der Schulen oder potenzieller Ausbildungsstellen zu verstehen. Dies darf aber vor dem Hintergrund nicht zum Ruhen der elterlichen Sorge führen, als dass dies vielen der Eltern, die mit ihren Kindern gemeinsam nach Deutschland geflohen sind, genauso geht. Diese müssen dazu genauso Unterstützung hinzuziehen, wie es die Eltern im Ausland müssen. Tun sie dies allerdings nicht, nehmen sie diese Aufgabe der elterlichen Sorge nicht ordnungsgemäß wahr, so dass das bei der Entscheidung über das Ruhen der elterlichen Sorge entsprechend zu berücksichtigen ist.

Bei der Auswahl der Kindertagesstätte sind verschiedene Fragen zu klären, die auch aus dem Ausland entschieden werden können. Dazu zählt beispielsweise die Frage, ob ein kirchlicher Träger oder auch ein privater gegebenenfalls kostenintensiverer Träger, der dafür gegebenenfalls bilinguale Betreuung anbietet, in Betracht kommt.

Aspekte wie die Entfernung zur Wohnung oder etwaig erforderliche Busverbindungen können auch aus dem Ausland recherchiert und berücksichtigt werden, jedenfalls sofern die Eltern im Ausland Zugang zu einer Internetverbindung haben. Welche Lehrschwerpunkte eine Schule setzt, lässt sich auch über die Internetpräsenz oder einschlägige Werbematerialien der Schulen oder Telefonate mit den Schulen in Erfahrung bringen.

Letztlich erscheint die Auswahl einer Kita oder Schulform und einer konkreten Schule sowie auch einer Ausbildungsstelle daher auch aus dem Ausland möglich zu sein, so dass die Wahrnehmung dieser sorgerechtlichen Aufgabe nicht zwingend auf Dritte übertragen werden müsste.

Insgesamt ist die Ausübung des Sorgerechts im Hinblick auf die Ausbildungs- und Berufswahl also auch aus dem Ausland möglich. Erforderlich ist dazu eine gute Kommunikation zwischen dem Minderjährigen und den Sorgeberechtigten sowie die Möglichkeit und Bereitschaft der Sorgeberechtigten, Informationen über die verschiedenen Betreu-

ungsangebote oder Ausbildungen einzuholen. Dazu müssten die Sorgeberechtigten über einen Internetzugang verfügen oder in der Lage sein, von Dritten die Informationen beispielsweise telefonisch einzuholen.

(5) Einhaltung Schulpflicht

Gem. § 1666 Abs. 3 Nr. 2 BGB kann das Familiengericht den Sorgeberechtigten gegenüber das Gebot aussprechen, für die Einhaltung der Schulpflicht des Kindes zu sorgen. Aus dem Umkehrschluss dieser Regelung lässt sich mithin ableiten, dass die Sorgeberechtigten im Rahmen der Personensorge für die Einhaltung der Schulpflicht verantwortlich sind.

Gem. Art. 14 RL 2013/33/EU haben die Mitgliedstaaten Minderjährigen Zugang zum öffentlichen Bildungssystem zu gewähren.

Auch unbegleitet eingereiste Kinder oder Jugendliche sind in Deutschland schulpflichtig, wenn sie im schulpflichtigen Alter sind. Dies beginnt kurz vor oder nach Vollendung des sechsten Lebensjahres und endet – je nach gewählter Schulform – nach 9–12 Schuljahren. Hat sich der Minderjährige entschieden, eine Berufsausbildung zu absolvieren, so entsteht auch diesbezüglich eine Schulpflicht.³⁹³

Die Schulpflicht ist in Deutschland in den jeweiligen Landesschulgesetzen geregelt. Der Zeitpunkt, ab dem die Schulpflicht für minderjährige Flüchtlinge beginnt, wurde durch die Länder wie folgt unterschiedlich geregelt (Abbildung 9):

393 Wrase, Das Recht auf Bildung und Zugang zur Regelschule für geflüchtete Kinder und Jugendliche in Aufnahmeeinrichtungen der Bundesländer, [http://infothek.paritaet.org/pid/fachinfos.nsf/0/03243c26e624ea20c12584b0002db1d6/\\$FILE/Gutachten_Parit%C3%A4tischer_Zugang_Regelschule_Kinder_Aufnahmeeinrichtungen.pdf](http://infothek.paritaet.org/pid/fachinfos.nsf/0/03243c26e624ea20c12584b0002db1d6/$FILE/Gutachten_Parit%C3%A4tischer_Zugang_Regelschule_Kinder_Aufnahmeeinrichtungen.pdf) (26.05.2020), S. 58.

Bundesland	Gesetzliche Grundlage	Beginn der Schulpflicht mit ...
Berlin	§ 41 Abs. 2 SchulG Bln	<ul style="list-style-type: none"> — Asylgesuch oder — aufenthaltsrechtlicher Duldung
Brandenburg	§§ 36 Abs. 2, 40 Abs. 2 BbgSchulG	<ul style="list-style-type: none"> — Asylgesuch oder — aufenthaltsrechtlicher Duldung — Ruhen der Schulpflicht bis zu drei Monate ab Aufenthaltsbeginn im Land möglich
Thüringen	§ 17 Abs. 1 ThürSchulG	<ul style="list-style-type: none"> — Aufenthaltsgestattung oder — aufenthaltsrechtlicher Duldung — drei Monate nach dem Zuzug aus dem Ausland
Bayern	Art. 35 Abs. 1 BayEUG	<ul style="list-style-type: none"> — Aufenthaltsgestattung oder — aufenthaltsrechtlicher Duldung — drei Monate nach dem Zuzug aus dem Ausland
Bremen	§ 52 BremSchG iVm. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BMG	<ul style="list-style-type: none"> — Wohnung im Land, daher reicht auch <ul style="list-style-type: none"> — Registrierung als Asylbewerber oder — Zuweisung einer Unterkunft <p>(Denn gem. § 52 BremSchG besteht die Schulpflicht für diejenigen, die im Land ihre Wohnung haben. Gem. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BMG unterliegen Asylbewerber und sonstige Ausländer auch dann der Meldepflicht, wenn sie nur vorübergehend eine Aufnahmeeinrichtung oder eine sonstige zugewiesene Unterkunft beziehen.)</p>
Schleswig-Holstein	§ 20 Abs. 1 S. 1 SchulG SH	<ul style="list-style-type: none"> — Wohnung im Land, daher reicht auch <ul style="list-style-type: none"> — Registrierung als Asylbewerber oder — Zuweisung einer Unterkunft (Erläuterung siehe Bremen) — Wenn in Heim, Familienpflegestelle, Internat oder Krankenhaus untergebracht, ist Besuch der öffentlichen Schule möglich.
Sachsen-Anhalt	§ 36 Abs. 1 SchulG LSA	<ul style="list-style-type: none"> — Wohnung im Land, daher reicht auch <ul style="list-style-type: none"> — Registrierung als Asylbewerber oder — Zuweisung einer Unterkunft (Erläuterung siehe Bremen)
Hamburg	§ 37 Abs. 1 S. 1 HmbSG	<ul style="list-style-type: none"> — Wohnsitz oder — Gewöhnlichem Aufenthalt im Land
Niedersachsen	§ 63 Abs. 1 S. 1 NSchG	<ul style="list-style-type: none"> — Wohnsitz oder — Gewöhnlichem Aufenthalt im Land

Sachsen	§ 26 Abs. 1 S. 1 Sächs SchulG	<ul style="list-style-type: none"> — Wohnsitz oder — Gewöhnlichem Aufenthalt im Land
Saarland	§ 1 Abs. 1 S. 2 SchulpfIG Saar	<ul style="list-style-type: none"> — Aufenthaltsgestattung oder — aufenthaltsrechtlicher Duldung
Mecklenburg-Vorpommern	§ 41 Abs. 1 S. 1 SchulG M-V	<ul style="list-style-type: none"> — Gewöhnlichem Aufenthalt im Land
Nordrhein-Westfalen	§ 34 Abs. 6 SchulG NRW	<ul style="list-style-type: none"> — Zuweisung zu einer Gemeinde solange Aufenthalt gestattet und sie einen Asylantrag gestellt haben
Rheinland-Pfalz	§ 56 Abs. 2 SchulG R-P	<ul style="list-style-type: none"> — Zuweisung zu einer Gemeinde solange Aufenthalt gestattet und sie einen Asylantrag gestellt haben
Hessen	§ 46 Abs. 1 S. 1, letzter HS VOGSV	<ul style="list-style-type: none"> — Aufenthaltserlaubnis oder — aufenthaltsrechtlicher Duldung <p>Asylbewerber sind schulpflichtig, sobald sie einer Gebietskörperschaft zugewiesen sind.</p>

Abbildung 9: Schulpflicht für umF

Gem. Art. 14 Abs. 2 RL 2013/33/EU ist Asylbewerbern spätestens drei Monate nach Antragstellung Zugang zum allgemeinen Bildungssystem zu verschaffen. Dies ist bei der Umsetzung der vorgenannten Regelungen zu berücksichtigen.³⁹⁴

Die vorstehende Tabelle beinhaltet die wesentlichsten Regelungen der einzelnen Länder. Die Gründe für den Beginn der Schulpflicht sind der Übersichtlichkeit halber aber nicht abschließend aufgeführt. Beispielsweise in Nordrhein-Westfalen existiert eine spezielle Regelung für ausländische Kinder und Jugendliche in § 34 Abs. 6 SchulG NRW. Es wird aber auch darauf hingewiesen, dass die Schulpflicht – darüber hinaus – auch bei Vorliegen der allgemeinen Regelung des § 34 Abs. 1 SchulG NRW vorliegt, wenn sie also ihren Wohnsitz oder gewöhnli-

³⁹⁴ Wrase, Das Recht auf Bildung und Zugang zur Regelschule für geflüchtete Kinder und Jugendliche in Aufnahmeeinrichtungen der Bundesländer, [http://infothek.paritaet.org/pid/fachinfos.nsf/0/03243c26e624ea20c12584b0002db1d6/\\$FILE/Gutachten_Parit%C3%A4tischer_Zugang_Regelschule_Kinder_Aufnahmeeinrichtungen.pdf](http://infothek.paritaet.org/pid/fachinfos.nsf/0/03243c26e624ea20c12584b0002db1d6/$FILE/Gutachten_Parit%C3%A4tischer_Zugang_Regelschule_Kinder_Aufnahmeeinrichtungen.pdf) (26.05.2020), S. 63, darin auch Ausführungen zu Verwaltungsvorschriften von einigen Bundesländern, die gegen Art. 14 Abs. 2 Aufnahme-RL und den Vorgaben der Schulgesetze verstoßen, sowie ausführlich auch zu den Völker-, EU- und verfassungsrechtlichen Vorgaben, S. 35-57.

chen Aufenthalt oder eine Ausbildungs- oder Arbeitsstätte in NRW haben.

Gem. § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I hat jemand seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt. Seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat ein minderjähriger Flüchtling also dort, wo sein Lebensmittelpunkt liegt.³⁹⁵

Das muss nicht in einer eigenen Wohnung sein, sondern kann auch in der Wohnung von anderen Personen sein.³⁹⁶ Auch in Übergangswohnheimen, Hotelzimmern und ähnlichen Unterkünften, die eigentlich nicht zum dauerhaften Wohnen gedacht sind, können sich minderjährige Flüchtlinge gewöhnlich aufhalten, denn es kommt nur darauf an, ob davon ausgegangen werden kann, dass sie sich dort „bis auf weiteres“ aufhalten, also die Beendigung des Aufenthalts ungewiss ist.³⁹⁷ Wenn eine Abschiebung bevorsteht, liegt keine Dauerhaftigkeit vor, wie sie für den gewöhnlichen Aufenthalt erforderlich ist. Das gleiche gilt bei Asylbewerbern bis zur Entscheidung über den Asylanspruch.³⁹⁸

Wenn also unbegleitete minderjährige Flüchtlinge ihren gewöhnlichen Aufenthalt beispielsweise in Nordrhein-Westfalen haben, dann sind sie dort auch schulpflichtig. Das ist der Fall, wenn sie in einer eigenen Wohnung leben, in einer betreuten Wohnform bis auf weiteres untergebracht sind oder bis auf Weiteres in einer Pflegefamilie leben.

Um für die Einhaltung der Schulpflicht zu sorgen, muss der Sorgeberechtigte die Schule mit dem Minderjährigen auswählen und sodann dafür Sorge tragen, dass das Kind regelmäßig die Schule besucht.

Die Auswahl der Schule ist aus dem Ausland möglich. Dies wurde bereits im vorstehenden Abschnitt „Ausbildung/Beruf“ dargelegt. Aus dem Ausland dafür Sorge zu tragen, dass das Kind die Schule auch tatsächlich besucht, ist hingegen schwieriger. Im Inland lebende Sorgeberechtigte können das Kind (zumindest theoretisch) morgens zur Schule bringen. Natürlich gibt es auch hier Fälle, in denen dies nicht mög-

395 BVerwG, Urteil v. 01.06.2017 – 1 C 16/16, NVwZ 2017, 1312 (1313).

396 Gutzler, in: BeckOK, SGB I, § 30 Rn. 41.

397 BVerwG, Urteil v. 01.06.2017 – 1 C 16/16, NVwZ 2017, 1312 (1313); Gutzler, in: BeckOK, SGB I, § 30 Rn. 43.

398 Gutzler, in: BeckOK, SGB I, § 30 Rn. 44.

lich ist, beispielsweise weil die Sorgeberechtigten selbst einer Erwerbstätigkeit nachgehen, die es ihnen nicht erlaubt zu kontrollieren, dass das Kind das Schulgebäude zur richtigen Zeit betritt. Selbst wenn sie dies jedoch tun, ist damit nicht gewährleistet, dass das Kind auch am Unterricht teilnimmt und nicht das Gebäude wieder verlässt, sobald sich die Sorgeberechtigten entfernt haben. Die Kontrolle wird daher nur durch regelmäßige Rücksprachen mit den Lehrkräften möglich sein. Dies ist auch telefonisch oder per E-Mail möglich. Erfahren die Sorgeberechtigten sodann, dass ihr Kind nicht regelmäßig am Unterricht teilnimmt, müssen sie mit dem Kind reden und die Situation klären. Dies gilt für im Inland lebende Sorgeberechtigte genauso wie für die im Ausland lebenden. Auch die im Inland Lebenden müssen die Überzeugungsarbeit leisten, damit das Kind am Unterricht teilnimmt. Kein Sorgeberechtigter kann dies sicherstellen, indem er selbst am Unterricht teilnimmt und die Anwesenheit des Kindes dadurch kontrolliert. Insofern stellt der Umstand, dass sich die Sorgeberechtigten im Ausland aufhalten, keinen wesentlichen Unterschied dar. Dies gilt jedenfalls solange sie ein gutes Verhältnis zu dem Minderjährigen haben und durch regelmäßige Kontakte Einfluss nehmen können und es von der Wichtigkeit der Teilnahme am Unterricht überzeugen können.

Auch wenn die Entfernung es erschwert für die Einhaltung der Schulpflicht zu sorgen, so ist es nicht unmöglich, so dass diese Aufgabe nicht zwingend auf eine andere im Inland lebende Person übertragen werden muss.

(6) Herausgabe des Kindes

Gem. § 1632 Abs. 1 BGB umfasst die Personensorge auch das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es den Eltern oder einem Elternteil widerrechtlich vorenthält.

§ 1632 BGB regelt einen Anspruch der Sorgeberechtigten, den diese erforderlichenfalls durch Antragstellung beim zuständigen Gericht durchsetzen können. Da die Sorgeberechtigten diesbezüglich nicht zur Selbstjustiz berechtigt sind, das Kind also nicht unter eigener Gewaltanwendung herausnehmen dürfen, können sie den Anspruch aus dem Ausland genauso geltend machen, wie wenn sie sich in Deutschland

aufhalten würden. Die Sorgeberechtigten können auch aus dem Ausland beim zuständigen Gericht beantragen, dass derjenige, der das Kind widerrechtlich vorenthält, dieses herauszugeben hat. Die Herausgabe ist dann auch an eine berechnigte Person in Deutschland möglich. Die Geltendmachung dieses Anspruchs aus dem Ausland setzt voraus, dass die Sorgeberechtigten wissen, welches Gericht dafür zuständig ist und dort den entsprechenden Antrag stellen oder sich diesbezüglich anwaltlich vertreten lassen. Dies gilt für Sorgeberechnigte in Deutschland ebenso wie für solche im Ausland. Um die Verfahrensdauer nicht unnötig zu verlängern, wäre es für sich im Ausland aufhaltende Sorgeberechnigte ratsam, eine in Deutschland ansässige Person, gegebenenfalls einen Rechtsanwalt, mit der Vertretung zu bevollmächtigen, da andernfalls die Auslandszustellungen zusätzliche Zeit in Anspruch nehmen würden. Auch die gem. § 160 Abs. 1 S. 1 FamFG gebotene Anhörung der Sorgeberechtigten könnte dadurch schneller umgesetzt werden. Wird das Kind nicht herausgegeben, obwohl ein entsprechendes Urteil ergangen ist, so kann die Zwangsvollstreckung des Urteils gem. §§ 88 ff. FamFG beantragt werden. Hierzu würde im Regelfall zunächst die Verhängung von Ordnungsmitteln gem. § 89 FamFG beantragt werden und für den Fall der Erfolglosigkeit oder in den Fällen, in denen die sofortige Vollstreckung geboten ist, die Anwendung unmittelbaren Zwangs gem. § 90 FamFG.³⁹⁹ Da dieser aber nicht von den Sorgeberechtigten selbst ausgeübt würde, ist ihre Anwesenheit in Deutschland dafür nicht erforderlich.

Das Recht, die Herausgabe des Kindes zu verlangen, können Sorgeberechnigte mithin auch aus dem Ausland wahrnehmen. Erforderlich ist hierfür eine telefonische Erreichbarkeit für die Kommunikation mit einem beauftragten Rechtsanwalt. Ansonsten ist die postalische Erreichbarkeit für die Kommunikation mit dem Gericht erforderlich.

(7) Umgang des Kindes

Gem. § 1632 Abs. 2 BGB umfasst die Personensorge ferner das Recht, den Umgang des Kindes auch mit Wirkung für und gegen Dritte zu

³⁹⁹ Kerscher, in: BeckOGK, BGB, § 1632 Rn. 58; Döll, in: Erman, BGB, § 1632 Rn. 16.

bestimmen. Dazu gehören auch die Überwachung und die Begrenzung des Umgangs mit Wirkung gegen Dritte, sofern dies zum Schutz des Kindes erforderlich ist.⁴⁰⁰

Grundsätzlich können Sorgeberechtigte auch aus dem Ausland den Umgang durch entsprechende Entscheidungen begrenzen. Die Überwachung des Umgangs ist aus dem Ausland jedoch nur begrenzt möglich. Denn die Sorgeberechtigten im Ausland sind auf die wahrheitsgemäße Schilderung des Minderjährigen oder von Dritten angewiesen, um zu erfahren, mit wem der Minderjährige Zeit verbringt. Je älter der Minderjährige, desto geringer ist der Unterschied zu in Deutschland anwesenden Sorgeberechtigten. Denn je älter der Minderjährige ist, desto mehr Zeit wird ohne die Sorgeberechtigten verbracht und umso mehr Gelegenheiten gibt es für den Minderjährigen, sich mit Personen zu umgeben, die die Sorgeberechtigten nicht kennen oder deren Umgang diese für schädlich halten.

Im Inland lebende Sorgeberechtigte haben im Einzelfall die Möglichkeit, ihr Kind zu suchen und seinen Verbleib und Umgang selbst zu kontrollieren. Dies können die im Ausland befindlichen Sorgeberechtigten nicht. Auch können sie beispielsweise nicht bestimmte Spielsituationen oder Begegnungen beobachten und sich dadurch einen Eindruck von bestimmten Personen verschaffen, um sich dann eine Meinung zu bilden, ob der Umgang schädlich ist oder nicht.

Insofern ist die Überwachung des Umgangs aus dem Ausland nicht möglich. Um dieser sorgerechtlichen Verpflichtung nachzukommen, müsste eine erwachsene Person anwesend sein, die den Umgang des Kindes überwacht. Die gegebenenfalls erforderliche Begrenzung des Umgangs können die Sorgeberechtigten sodann aber uneingeschränkt auch aus dem Ausland vornehmen. Hierzu ist eine Kontaktaufnahmemöglichkeit erforderlich. Dies kann per (Video-) Telefonie erfolgen oder auch per E-Mail oder postalisch.

400 Kerscher, in: BeckOGK, BGB, § 1632 Rn. 70.

(8) Vermögenssorge

Die Sorgeberechtigten sind gem. §§ 1638 ff. BGB zur Verwaltung des Vermögens des Kindes verpflichtet. Die Verwaltung des Vermögens, den ein Kind durch eine Erbschaft oder Schenkung erlangt hat, ist gem. § 1638 Abs. 1 BGB nur dann Aufgabe der Eltern, wenn der Erblasser oder Zuwendende nicht ausdrücklich verfügt hat, dass die Eltern das Erbe bzw. Zugewendete nicht verwalten sollen. Die Eltern haben ansonsten gem. § 1639 Abs. 1 BGB die Anordnungen des Erblassers oder Zuwendenden zu beachten. Sie haben gem. § 1640 Abs. 1 BGB ein Vermögensverzeichnis zu erstellen, wenn das zu verwaltende Vermögen 15.000 € übersteigt. Gem. § 1642 BGB haben Eltern das ihrer Verwaltung unterliegende Geld des Kindes nach den Grundsätzen einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung anzulegen.

Gem. § 1666 Abs. 2 BGB wird von einer Gefährdung des Vermögens des Kindes ausgegangen, wenn der Inhaber der Vermögenssorge seine Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind oder seine mit der Vermögenssorge verbundenen Pflichten verletzt oder Anordnungen des Gerichts, die sich auf die Vermögenssorge beziehen, nicht befolgt.

Die Vermögensverwaltung ist aus dem Ausland ohne Einschränkungen möglich. Sämtliche diesbezüglichen Entscheidungen können von dort aus getroffen und durch entsprechende Anweisung der Banken etc. umgesetzt werden. Diesbezüglich ist ein Auslandsaufenthalt der sorgeberechtigten Person also nicht hinderlich. Für die Wahrnehmung dieser Aufgabe ist eine postalische Erreichbarkeit für die Banken erforderlich. Die Sorgeberechtigten müssen in der Lage sein das Vermögen anzulegen, also ein Konto bei der Bank zu eröffnen. Es ist nicht zwingend erforderlich, dass das Geld in Deutschland angelegt wird. Eine jederzeitige Zugriffsmöglichkeit für den Minderjährigen ist ebenfalls nicht erforderlich, insofern ist es ausreichend, dass das Vermögen im Heimatland angelegt wird. Gem. § 1664 Abs. 1 BGB haben die Eltern nur für die Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Insofern haben sie das Geld so anzulegen, wie sie ihr eigenes Geld anlegen würden. Wenn also die Banken im Land wegen politischer Unruhen das Geld nicht sicher verwahren können, haben die Sorgeberechtigten das Vermögen des Kindes so zu behandeln,

wie sie auch ihr eigenes Vermögen behandeln. Insofern ist diese Aufgabe aus dem Ausland wahrnehmbar.

(9) Vertretung des Kindes

Gem. § 1629 BGB umfasst die elterliche Sorge auch die Vertretung des Kindes. Die Sorgeberechtigten haben das Kind sowohl in den personensorgerichtlichen Angelegenheiten als auch in den vermögenssorgerechtlichen Angelegenheiten zu vertreten.⁴⁰¹

Vertretung bedeutet, dass die Sorgeberechtigten ein Rechtsgeschäft oder eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung im Namen des Kindes vornehmen, dh die Rechtsfolge tritt gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB in der Person des Kindes ein.⁴⁰² Ob der Vertretungsbegriff weit auszulegen ist und über den Inhalt der vorstehenden Definition hinaus noch weitere Aufgaben dazugehören, ist umstritten.

Huber ist der Auffassung, dass § 1629 BGB nicht nur die Stellvertretung im engeren Sinne umfasst, sondern alle Handlungen mit rechtlicher Außenwirkung für das Kind, also auch die sog. amtsähnlichen Handlungen dazu zählen.⁴⁰³ Damit sind Handlungen gemeint, die die Eltern als Inhaber der elterlichen Sorge vorzunehmen haben, bei denen sie aber nicht im Namen des Kindes handeln und dieses auch nicht berechtigen oder verpflichten, sondern eigene Rechte wahrnehmen, zB Zustimmung gem. §§ 107 ff. BGB, Einwilligung zur Adoption, § 1747 BGB, verfahrensrechtliche Antrags- und Beschwerderechte, zB § 59 FamFG, § 298 StPO, Stellung des Strafantrags bei einer Straftat gegen das Kind, §§ 77 Abs. 3, 4 StGB, Zustimmung zur Zeugenaussage nach § 52 Abs. 2 StPO oder die Anmeldung zur Schule.⁴⁰⁴

Peschel-Gutzeit, Amend-Traut und Hamdan sind der Ansicht, dass die Vertretung iSd § 1629 BGB lediglich eine Vertretung im engeren Sinne darstellt, wie sie in den §§ 164 ff. BGB geregelt ist, also ein rechtsge-

401 *Amend-Traut*, in: BeckOGK, BGB, § 1629 Rn. 2.

402 *Veit*, in: BeckOK, BGB, § 1629 Rn. 4.

403 *Huber*, in: MüKo, BGB, § 1629 Rn. 8.

404 *Huber*, in: MüKo, BGB, § 1629 Rn. 9.

schäftliches Handeln im fremden Namen.⁴⁰⁵ Die Vertreter des engen Vertretungsbegriffs sind der Auffassung, dass die amtsähnlichen Handlungen zu den Aufgaben der elterlichen Sorge zählen, aber nicht Teil der elterlichen Vertretung sind.⁴⁰⁶

Amend-Traut legt nachvollziehbar dar, dass kein Bedürfnis besteht, amtsähnliche Handlungen in den Vertretungsbegriff einzubeziehen und dies daher auch nicht – systemwidrig – erfolgen sollte.⁴⁰⁷ Es widerspräche der bisherigen Terminologie, da eine Stellvertretung stets die Abgabe einer Willenserklärung im Namen der vertretenen Person beinhaltet. Bei den sog. amtsähnlichen Handlungen geben die Sorgeberechtigten aber gerade keine Erklärung im Namen der vertretenen Person ab. Sie nehmen vielmehr eine ihnen selbst obliegende Aufgabe wahr.⁴⁰⁸

Huber weist darauf hin, dass die verschiedenen Auffassungen in der Praxis kaum zu verschiedenen Ergebnissen führen, weil selbst wenn die amtsähnlichen Handlungen unter § 1629 BGB eingeordnet werden, die Besonderheit der amtsähnlichen Handlungen zu berücksichtigen sei, nämlich dass die Ausübung durch die Sorgeberechtigten in deren eigenen Namen erfolgt.

Die Auffassung von Amend-Traut ist nachvollziehbar und vorzugswürdig. Ein Grund für die systemwidrige Erweiterung des Vertretungsbegriffs ist nicht ersichtlich. In der Praxis hat dieser Rechtsstreit jedoch letztlich keine Auswirkungen.

Relevant ist die Vertretungsbefugnis bei Kindern, die das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet haben, denn diese sind gem. § 104 Nr. 1 BGB geschäftsunfähig und können daher selbst keine wirksamen Willenserklärungen abgeben (§ 105 Abs. 1 BGB) oder entgegennehmen (§ 131 Abs. 1 BGB), so dass sie diesbezüglich auf die Vertretung durch die Sorgeberechtigten angewiesen sind.

Ist das Kind älter als sieben, aber jünger als achtzehn Jahre, ist es gem. § 106 BGB beschränkt geschäftsfähig und kann insofern wirksame

405 *Peschel-Gutzeit*, in: von Staudinger, BGB, § 1629 Rn. 21.

406 *Amend-Traut*, in: BeckOGK, BGB, § 1629 Rn. 9; *Peschel-Gutzeit*, in: von Staudinger, BGB, § 1629 Rn. 17; *Hamdan*, in: jurisPK-BGB, § 1629 Rn. 5.

407 *Amend-Traut*, in: BeckOGK, BGB, § 1629 Rn. 9.

408 Hierzu und zum folgenden Gedanken *Huber*, in: MüKo, BGB, § 1629 Rn. 9.

Willenserklärungen abgeben, sofern es mit Einwilligung oder Genehmigung des gesetzlichen Vertreters handelt oder durch die Willenserklärung lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§§ 107, 108, 182 ff. BGB). In diesen Fällen bedarf es also nicht der Vertretung der Sorgeberechtigten iSv § 1629 BGB.⁴⁰⁹

Für den Abschluss eines wirksamen Rechtsgeschäfts bedarf es der Abgabe einer Willenserklärung durch die Sorgeberechtigten. Diese Willenserklärung kann – je nach Art des Geschäfts – entweder mündlich oder schriftlich erklärt werden. In den Fällen, in denen es schriftlich erfolgt, beispielsweise durch Unterzeichnung eines Vertrages, ist dies auch aus dem Ausland möglich, wenn die Sorgeberechtigten postalisch oder per Fax oder E-Mail erreichbar sind. In den Fällen, in denen die Abgabe der Willenserklärung in mündlicher Form verlangt wird, ist die Abgabe zumindest theoretisch über Videotelefonie oder einfaches Telefonat möglich, wobei die Identifizierung bei letzterem schwierig ist.

Wichtig für den Alltag ist die ständige Erreichbarkeit der Eltern und ihre Bereitschaft, alle erforderlichen Erklärungen unverzüglich abzugeben. Ist dies nicht möglich, so sollte eine sich in Deutschland befindliche Person mit der Vertretung beauftragt werden. Ansonsten müssen die Eltern im Ausland für die Wahrnehmung der Vertretung des Kindes telefonisch und postalisch oder per Fax oder E-Mail erreichbar sein.

(10) Einwilligung und Genehmigung

Die Abgabe von Einwilligungen und Genehmigungen iSv §§ 107, 108 BGB zu Erklärungen des beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen gehört auch zum Sorgerecht. Diese Erklärungen können aus dem Ausland uneingeschränkt erfolgen. Erforderlich ist dazu ein Kontakt zu den Sorgeberechtigten. Diese müssen sich schildern lassen, welche Erklärung das Kind abgeben möchte oder abgegeben hat und sodann die Entscheidung treffen, ob sie dazu ihre Einwilligung oder Genehmigung erteilen. Es reicht diesbezüglich die mündliche Mitteilung entwe-

⁴⁰⁹ Peschel-Gutzeit, in: von Staudinger, BGB, § 1629 Rn. 18; Veit, in: BeckOK, BGB, § 1629 Rn. 3.1.

der gegenüber dem Minderjährigen oder gegenüber der Person, gegenüber der der Minderjährige seine Erklärung abgeben möchte oder sie abgegeben hat, § 182 Abs. 1 und 2 BGB. Hat der Minderjährige seine Erklärung schon abgegeben und fordert der andere Teil die Sorgeberechtigten auf mitzuteilen, ob sie die Erklärung genehmigen, dann haben sie dies gem. § 108 Abs. 2 S. 1 BGB gegenüber dem anderen Teil zu erklären. In diesem Fall ist es mithin erforderlich, dass die Sorgeberechtigten aus dem Ausland in der Lage sind, mit dem anderen Teil in Kontakt zu treten. Sie müssen dafür mit diesem telefonieren können oder ihm eine E-Mail oder einen Brief senden können. Wenn minderjährige Flüchtlinge Verträge abschließen, ist in der Regel eine engmaschige Kontrolle nötig. Einwilligungen oder Genehmigungen müssen zeitnah erteilt oder verweigert werden. Unter Umständen müssen Käufe im Internet widerrufen oder Mobilfunkverträge gekündigt werden. Insgesamt bedürfen die Sorgeberechtigten im Ausland dafür einer Telefonverbindung und eines Internetzugangs.

(11) Zusammenfassung: Welche Aufgaben/Rechte können aus dem Ausland ausgeübt werden?

Der besseren Übersichtlichkeit halber, werden die Ergebnisse der vorstehenden Abschnitte nachfolgend im Rahmen einer Tabelle aufgeführt (Abbildung 10). Dieser lässt sich entnehmen, welche Aufgaben aus dem Ausland wahrnehmbar sind und gegebenenfalls welche Mittel dazu erforderlich sind und welche Aufgaben nicht wahrnehmbar sind.

Aufgaben der elterlichen Sorge		Jugendliche	Kind	Was wird benötigt, wenn möglich?
Pflege und Erziehung				
	Erzieherische Maßnahmen	Nicht möglich	Nicht möglich	
	Ernährung und Bekleidung	idR nicht möglich abhängig von Entwicklungsstand	Nicht möglich	Telefonischer Kontakt
	Geistige, seelische und sittliche Entwicklung	Möglich	Nicht möglich	Telefonischer Kontakt

	Körperliche Entwicklung	Möglich	Nicht möglich	Video-Telefonischer Kontakt
	Körperliche Pflege	Möglich	Nicht möglich	-
	Gesundheit	Abgabe von Erklärungen möglich Betreuung vor Ort nicht möglich	Abgabe von Erklärungen möglich Betreuung vor Ort nicht möglich	Kontaktaufnahmemöglichkeit per E-Mail, Fax, Telefon und Post
	Aufsicht	Nicht möglich	Nicht möglich	-
	Aufenthaltsbestimmung	möglich	möglich	Telefonischer Kontakt
	Ausbildung/Beruf	möglich	möglich	Internetzugang und telefonischer Kontakt
	Einhaltung Schulpflicht	möglich	möglich	Telefonischer Kontakt
	Herausgabe des Kindes	möglich	möglich	Telefonischer und postalischer Kontakt
	Umgang des Kindes	Überwachung nicht möglich Begrenzung möglich	Überwachung nicht möglich Begrenzung möglich	Telefonisch, postalisch oder E-Mail
	Vermögenssorge	möglich	möglich	Ggfls. postalische Erreichbarkeit für Banken – ggfls Möglichkeit Konto zu eröffnen
	Vertretung des Kindes	möglich	möglich	Jederzeitige Erreichbarkeit per Telefon, E-Mail und Post
	Einwilligung und Genehmigung	möglich	möglich	Telefonisch, postalisch oder E-Mail

Abbildung 10: Wahrnehmbarkeit der Aufgaben der elterlichen Sorge aus dem Ausland

Die Aufenthaltsbestimmung, die Entscheidung über die Ausbildung oder den Beruf, die Sorge um die Einhaltung der Schulpflicht, die Geltendmachung des Anspruchs auf Herausgabe des Kindes, die Vermögenssorge und die Vertretung des Kindes beim Abschluss von Rechtsgeschäften, sowie die Abgabe von Einwilligungen und Genehmigungen zu von dem beschränkt geschäftsfähigen Kind abgegebenen oder abzugebenden Willenserklärungen, sind aus dem Ausland uneingeschränkt möglich. Auch die Begrenzung des Umgangs des Kindes ist aus dem Ausland möglich.

Die Überwachung des Umgangs hingegen ist ebenso wie die sonstige Aufsicht über das Kind nicht aus dem Ausland ausübbar. Hierfür ist die körperliche Anwesenheit erforderlich.

Problematisch ist der Bereich der Pflege und Erziehung. Ob diese in ausreichendem Maße aus dem Ausland vorgenommen werden kann, hängt von dem Alter und dem Entwicklungsstand des Kindes ab. Die Pflege und Erziehung können im Hinblick auf Kinder nicht aus dem Ausland wahrgenommen werden. Hinsichtlich der Jugendlichen, die auch den überwiegenden Anteil der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge ausmachen, ist die Wahrnehmung der Aufgabe der Ernährung und Bekleidung in der Regel nicht möglich. In Ausnahmefällen mögen einzelne unbegleitete Minderjährige soweit entwickelt sein, dass dies möglich ist. Auch die Aufgabe der Gesundheitsfürsorge und die Wahrnehmung erzieherischer Maßnahmen ist aus dem Ausland nicht umfassend möglich. Möglich ist in dieser Altersgruppe die Wahrnehmung der elterlichen Aufgaben aus dem Ausland im Hinblick auf die geistige, seelische, sittliche und körperliche Entwicklung, sowie die körperliche Pflege.

Die folgende Abbildung 11 zeigt das Prüfungsergebnis noch einmal in einer anderen Darstellungsform.

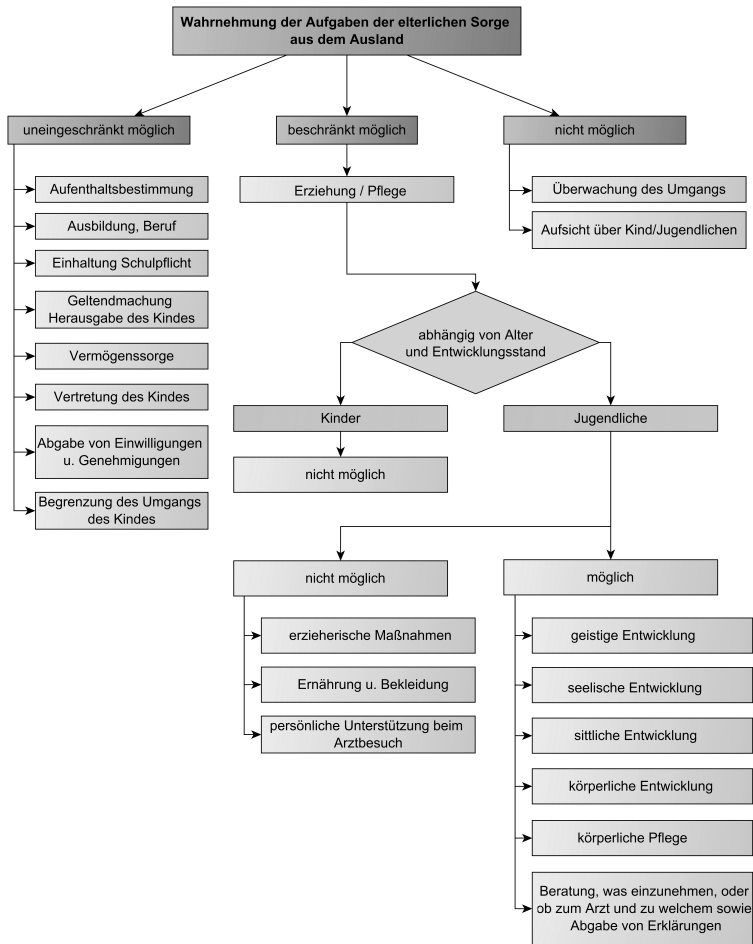


Abbildung 11: Wahrnehmbarkeit der Aufgaben der elterlichen Sorge aus dem Ausland V.2

Ob die Eltern im Ausland im Einzelfall tatsächlich über die technischen Möglichkeiten und Fertigkeiten verfügen, die für die Wahrnehmung der Aufgaben der elterlichen Sorge erforderlichen Informationen einzuholen und ob sie dies dann auch tatsächlich tun, bedarf der Prüfung und Einschätzung des Gerichts, bevor ein entsprechendes Ruhen der elterlichen Sorge gerichtlich festgestellt wird.

bbb) Wesentlichkeit der Aufgaben der elterlichen Sorge

Ein Ausübungshindernis liegt vor, wenn die Eltern die wesentlichen Aufgaben aus dem Ausland nicht wahrnehmen können.⁴¹⁰ Welche Aufgaben der elterlichen Sorge wesentlich sind und welche nicht, wurde – soweit ersichtlich – bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur definiert.

Die elterliche Sorge dient dazu sicherzustellen, dass Kinder „später als Volljährige in der Gesellschaft bestehen können und in der Lage sind, sich in eigener Verantwortung ein lebenswertes Leben zu gestalten“.⁴¹¹ Es geht also in erster Linie darum, das Kindeswohl zu schützen. Mit hin müssen alle Aufgaben als wesentlich angesehen werden, ohne deren Wahrnehmung das Kindeswohl gefährdet wäre.

Das ist in jedem Fall hinsichtlich der Aufgabe der Pflege und Erziehung und der Aufsicht der Fall. Das gleiche gilt aber auch für die Vertretung des Minderjährigen. Denn wird ein minderjähriges unbegleitete Kind oder ein Jugendlicher nicht von einer rechtlich dazu befugten Person vertreten, führt dies zu einer Kindeswohlgefährdung.⁴¹² Denn es kann nicht am Rechtsverkehr teilnehmen. Es ist ohne einen Vertreter nicht möglich, einen Ausbildungsvertrag abzuschließen oder sich zur Schule anzumelden. Insofern ist die rechtliche Vertretung zur Gewährleistung des Kindeswohls zwingend erforderlich.

Ist die Vermögenssorge nicht gesichert, so wird gem. § 1666 Abs. 2 BGB eine Gefährdung des Vermögens des Kindes angenommen. Dies kann ebenfalls zu einer Gefährdung des Kindeswohls führen, nämlich dann, wenn sich die fehlende Vermögenssorge auf das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes auswirkt.

410 BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221; OLG Hamm, Beschluss v. 28.03.2012 – II-2 WF 213/11, FamRZ 2012, 1657 (1658); OLG Koblenz, Beschluss v. 24.02.2011 – 11 UF 153/11, FamRZ 2011, 1517 (1518); OLG Karlsruhe, Beschluss v. 08.01.2010 – 18 UF 124/08, Rpfleger 2010, 369; Coester, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 9; Döll, in: Erman, BGB, § 1674 Rn. 2; Keuter, in: Heilmann, PK KindschaftsR, BGB, § 1674 Rn. 3; Veit, in: BeckOK, BGB, § 1674 Rn. 2; Sarres, FamRB 2019, 279; Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (555).

411 OLG Hamm, Urteil v. 03.10.1973 – 3 U 89/73, FamRZ 1974, 136 (137); Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 4.

412 Hoffmann, FamRZ 2018, 882 (887).

Auch die Abgabe von Einwilligungen und Genehmigungen von Erklärungen des Minderjährigen stellt eine wesentliche Aufgabe dar, weil der Minderjährige sonst beispielsweise nicht einmal Lebensmittel für sich kaufen könnte.

Aber auch bei der Aufenthaltsbestimmung sind Fallkonstellationen denkbar, in denen es ohne eine entsprechende Entscheidung der Sorgeberechtigten zu einer Kindeswohlgefährdung kommen könnte, beispielsweise wenn ein Wechsel des Heimplatzes kurzfristig erfolgen muss, weil es in der bisherigen Einrichtung zu einem sexuellen Missbrauch gekommen ist. Die kurzfristige Veränderung der Umgebung kann in solchen Fällen im Einzelfall dringend geboten sein.

Das gleiche gilt hinsichtlich der Aufgabe der Sorge um die Ausbildung oder den Beruf. Die Ausbildung stellt einen wesentlichen Grundstein dar, später das eigene Leben selbstbestimmt leben zu können, weil es die dafür zwingend erforderliche finanzielle Grundlage darstellt. Insofern ist auch diese Aufgabe nicht hinwegdenkbar, ohne dass es zu einer Kindeswohlgefährdung kommen könnte.

Die Aufgabe der Einhaltung der Schulpflicht zählt aus denselben Gründen dazu. Das Recht die Herausgabe des Kindes/Jugendlichen zu verlangen und zu bestimmen, wer mit dem Minderjährigen umgehen darf, dient ebenfalls unmittelbar dem Kindeswohl, da es hierbei gerade darum geht, den Minderjährigen vor schädlichen Einflüssen Dritter zu schützen.

Im Ergebnis ist mithin festzustellen, dass jede Aufgabe der elterlichen Sorge wichtig ist und dem Kindeswohl dient. Keine der Aufgaben lässt sich hinwegdenken, ohne dass eine Kindeswohlgefährdung entstehen könnte. Insofern kommt es für die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge nicht darauf an, ob die Sorgeberechtigten aufgrund ihres Aufenthalts im Ausland nur einzelne Aufgaben nicht wahrnehmen können, sondern ob sie alle Aufgaben der elterlichen Sorge wahrnehmen können, weil sie alle als wesentlich einzustufen sind.

dd) Fazit

Die Eltern sind verpflichtet ihre Kinder so zu erziehen, dass diese „später als Volljährige in der Gesellschaft bestehen können und in der

Lage sind, sich in eigener Verantwortung ein lebenswertes Leben zu gestalten“.⁴¹³ Dazu müssen sie die Aufgaben der elterlichen Sorge wahrnehmen. Um die Aufgaben der elterlichen Sorge aus dem Ausland wahrnehmen zu können, müssen die Sorgeberechtigten im Ausland telefonisch und postalisch erreichbar sein. Sie müssen über eine Internetverbindung verfügen, um Informationen recherchieren zu können und auch mit den Kindern über WhatsApp, Skype, FaceTime oder dergleichen telefonieren zu können, damit sie die Minderjährigen sehen können und auch E-Mails erhalten und versenden können. Schließlich müssen sie auch Zugang zu einem Dolmetscher haben, wenn sie die deutsche Sprache nicht beherrschen.

Wenn sich die Sorgeberechtigten in einem Land mit instabilen politischen Verhältnissen befinden, führt dies nicht automatisch dazu, dass das Ruhen der elterlichen Sorge festzustellen ist. Nur wenn sie im konkreten Fall nicht kurzfristig erreichbar sind, kommt die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge in Betracht.

Auch die fehlende Möglichkeit kurzfristig zu dem Minderjährigen nach Deutschland zu reisen, führt nicht automatisch zur Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge. Das wäre nur dann der Fall, wenn die Eltern keine Person im Inland mit der Wahrnehmung der Aufgaben der elterlichen Sorge beauftragt haben, die sie selbst aus dem Ausland nicht wahrnehmen können oder wenn eine solche Person zwar beauftragt wurde, diese ihrer Aufgabe aber nicht ausreichend nachkommt. Hierzu erfolgen nähere Ausführungen unter F.VII.6.

Verfügen die Eltern im Ausland also nicht über die vorgenannten Kommunikationsmöglichkeiten, so ist ein Vormund zu bestellen. Verfügen sie über die Möglichkeiten, ist ein Vormund nur dann zu bestellen, wenn die Eltern keine Person im Inland mit der Wahrnehmung der elterlichen Aufgaben, die sie selbst aus dem Ausland nicht wahrnehmen können, beauftragt haben.

413 OLG Hamm, Urteil v. 03.10.1973 – 3 U 89/73, FamRZ 1974, 136 (137); Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 2.

ee) Umfang der Kontaktpflicht der Sorgeberechtigten

Fraglich ist, wieviel Kontakt zu den Erziehungsberechtigten im Ausland bestehen muss, damit angenommen werden kann, dass keine tatsächliche Verhinderung an der Ausübung der elterlichen Sorge besteht, diese also nicht ruht.

§ 1626 Abs. 3 S. 1 BGB regelt ausdrücklich, dass zum Wohl des Kindes in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen gehört. § 1684 Abs. 1 1. HS BGB enthält das Recht des Kindes auf Umgang mit seinen rechtlichen Eltern. Gem. § 1684 Abs. 1 2. HS BGB ist jeder Elternteil zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt.

Hoffmann legt dar, dass sich eine Pflicht zum Kontakt auch aus §§ 1627 S. 1, 1687 Abs. 1 S. 1 BGB ergebe. Danach haben Eltern die elterliche Sorge in eigener Verantwortung und in gegenseitigem Einvernehmen zum Wohl des Kindes auszuüben. Bestandteil des Wohls des Kindes seien sein Wille und seine Wünsche. Um diese berücksichtigen zu können, müssen Eltern diese kennen, und dazu benötigen sie Kontakt zum Minderjährigen.⁴¹⁴ Wie häufig dieser Kontakt zu sein hat, wird darin aber nicht vorgegeben.

Als Anhaltspunkt für eine gebotene Kontakthäufigkeit könnte § 1793 Abs. 1a BGB herangezogen werden.⁴¹⁵ Demnach soll ein Vormund seinen Mündel in der Regel einmal im Monat aufsuchen. Hierbei handelt es sich aber nicht um eine zwingend vorgeschriebene Mindestanzahl an Kontakten, denn das Gesetz weist ausdrücklich darauf hin, dass die Regel von einem Kontakt pro Monat nicht gelte, wenn im Einzelfall kürzere oder längere Besuchsabstände geboten sind.

Um diese Regel auf die Fälle der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge und ihre sich im Ausland befindlichen Eltern anzuwenden, müsste diese Vorschrift analog anwendbar sein. Wie bereits unter F.VI.5.b)bb)ddd) erläutert, fehlt es für eine analoge Anwendung des § 1793 Abs. 1a BGB auf die sich im Ausland aufhaltenden Sorgeberechtigten hinsichtlich der Anforderung eines persönlichen Treffens an der Planwidrigkeit der Regelungslücke und auch an der Vergleichbarkeit der Interessenlage.

⁴¹⁴ Hoffmann, FamRZ 2018, 882 (883).

⁴¹⁵ Hoffmann, FamRZ 2018, 882 (883).

Hinsichtlich der erforderlichen Häufigkeit eines Kontakts gilt im Ergebnis dasselbe. Zwar lässt sich noch argumentieren, dass die Aufgaben, die die Eltern im Ausland wahrzunehmen haben, den Aufgaben des Vormunds entsprechen. Denn oftmals wird die Aufgabe der Pflege und Erziehung in den Fällen, in denen ein Vormund bestellt wird, noch von den Eltern oder einer Pflegefamilie oder einem Heim übernommen. Diese Situation ist dann vergleichbar mit der Situation, in der sich im Ausland aufhaltende Eltern eine dritte, anwesende Person mit der Pflege und Erziehung beauftragt haben, und die Eltern aber selbst die restlichen Entscheidungen zur Aufenthaltsbestimmung, Ausbildung oder Beruf, Umgang des Kindes, Vermögenssorge und Vertretung des Kindes wahrnehmen. Dann ist die Situation der Eltern im Ausland mit der Situation eines Vormunds, dessen Mündel in einem Heim oder bei einer Pflegefamilie lebt, vergleichbar.

Dennoch ist die Regelung nicht analog anzuwenden. Der Gesetzgeber hat für Vormundschaften vorgegeben, dass in der Regel ein Kontakt pro Monat erforderlich ist, um sicherzustellen, dass ein Vertrauensverhältnis zwischen Vormund und Mündel entsteht und sich manifestiert.⁴¹⁶ Diese Situation ist mit der Situation der Eltern im Ausland, die in Kontakt zu ihren Kindern im Inland stehen, nicht vergleichbar.

Nun könnte argumentiert werden, dass wenn schon ein Vormund seinen Mündel einmal pro Monat zu treffen hat, dass dies für die Eltern im Ausland erst recht zu gelten habe. Emotional wünschenswert wäre sogar ein deutlich häufigerer Kontakt. Zwingend erforderlich erscheint es jedoch nicht, weil zu den Eltern in der Regel bereits ein Vertrauensverhältnis besteht und dieses nicht erst aufgebaut werden muss. Insofern ist das regelmäßige persönliche Treffen für den Vormund wichtiger als für die Eltern. Die Situation ist mithin nicht vergleichbar und die Vorschrift daher nicht analog anwendbar.

Da die Regelung des § 1793 Abs. 1a BGB für den Vormund aber ohnehin keine starre Vorgabe enthält, hilft sie auch nicht als Anhaltspunkt für eine zwingende Kontakthäufigkeit. Denn ausweislich der Gesetzes-

416 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 17/3617, S. 7.

begründung haben sich die Dauer und Häufigkeit des Besuchs nach den Erfordernissen des Einzelfalls zu richten.⁴¹⁷

Für die Eltern im Ausland lässt sich genauso wenig eine konkrete Vorgabe festlegen, wie für einen Vormund. Auch im Falle der sich im Ausland aufhaltenden Eltern bedarf es einer Einzelfallentscheidung. Der erforderliche Umfang des Kontakts hängt auch vom Alter und Entwicklungsstand des Minderjährigen ab, aber auch von der konkreten Situation, ob beispielsweise gerade ein Schulwechsel bevorsteht oder eine andere Situation, die eine erhöhte Aufmerksamkeit und höhere Kontaktfrequenz erfordert und ob der Minderjährige bereits seit längerer Zeit gut untergebracht ist und sich eingelebt hat. Auch Hoffmann legt dar, dass es bei der Einbeziehung Dritter in die Betreuung und Erziehung des Kindes entscheidend darauf ankommt, inwiefern das Kind von seiner Entwicklung her in der Lage ist, seine Wünsche selbst zu äußern oder auf Missstände hinzuweisen.⁴¹⁸

c) Dauer des Ausübungshindernisses

Die elterliche Sorge ruht gem. § 1674 BGB nur dann, wenn das Familiengericht feststellt, dass ein Elternteil die elterliche Sorge „auf längere Zeit“ nicht ausüben kann.

Eine genaue Definition, ab wann es sich um eine „längere Zeit“ handelt, existiert nicht.

Der BGH hat als Beispiele für eine längere Zeit auf Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte verwiesen. Er benannte beispielsweise eine Entscheidung des OLG Dresden⁴¹⁹, in der es um eine langfristige Inhaftierung (2 Jahre und 2 Monate) ging. Das OLG Naumburg zitierte der BGH im Hinblick auf eine Abwesenheit ohne weitere Kontaktpflege. In dem Fall war der Aufenthaltsort der Mutter bereits seit 2,5 Jahren unbekannt.⁴²⁰ Und das OLG Köln und das LG Frankenthal zitierte der BGH hinsichtlich Aufenthalt im Ausland ohne Einfluss auf die

417 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 17/3617, S.7; Hoffmann, FamRZ 2018, 882 (883).

418 Hoffmann, FamRZ 2018, 882 (884).

419 OLG Dresden, Beschluss v. 27.02.2003 – 10 UF 760/02, FamRZ 2003, 1038.

420 OLG Naumburg, Beschluss v. 04.07.2001 – 8 WF 135/01, FamRZ 2002, 258.

Ausübung des Sorgerechts.⁴²¹ Im Fall des OLG Köln ging es um einen Jugendlichen, der bereits mehr als ein Jahr in der Bundesrepublik lebte, ohne seither Kontakt zu seinen Eltern gehabt zu haben.⁴²² In dem Fall des LG Frankenthal lebten die Eltern in Albanien. Aufgrund der dortigen politischen Verhältnisse und der nicht möglichen jederzeitigen freien Ausreise hat das LG Frankenthal eine Verhinderung an der Ausübung der elterlichen Sorge für längere Zeit angenommen.⁴²³

Das AG Holzminden hat einen ca. 5–6-wöchigen Krankenhaus- und Rehaaufenthalt als nicht ausreichend lange angesehen und es als Fall des § 1678 Abs. 1 BGB, also einer nur vorübergehenden Verhinderung, gewertet.⁴²⁴ Diese Auffassung wird von Keuter geteilt.⁴²⁵

Im Ergebnis lässt sich keine fixe Zeitgrenze vorgeben, bis wann es sich nur um eine vorübergehende Verhinderung und ab wann es sich um eine längere Verhinderung handelt. Es bedarf der Entscheidung im Einzelfall. Nach hiesiger Auffassung sollte eine Untergrenze von 6 Monaten nicht unterschritten werden.

Ob überhaupt Aussicht auf eine Wiederausübung der elterlichen Sorge bestehen muss, ist umstritten.

aa) Keine endgültige Verhinderung

Häufig wird die Auffassung vertreten, dass die Aussicht bestehen muss, dass die elterliche Sorge wieder ausgeübt werden kann.⁴²⁶ Ist sie endgültig, kämen gerichtliche Maßnahmen gem. § 1666 BGB in Betracht.⁴²⁷ Dies wurde auch vom OLG Hamm so ausgeführt.⁴²⁸

421 BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221 (222).

422 OLG Köln, Beschluss v. 11.04.1991 – 16 Wx 43/91, FamRZ 1992, 1093 (1094).

423 LG Frankenthal, Beschluss v. 25.10.1993 – 1 T 316/93, Rpfleger 1994, 251.

424 AG Holzminden, Beschluss v. 10.11.2001 – 12 F 382/01, FamRZ 2002, 560.

425 Keuter, in: Heilmann, PK KindschaftsR, BGB, § 1674 Rn. 4.

426 Götz, in: Palandt, BGB, § 1674 Rn. 1; Kleist/Friederici, in: Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling, BGB, § 1674 Rn. 1.

427 Hennemann, in: MüKo, BGB, § 1674 Rn. 4.

428 OLG Hamm, Beschluss v. 13.02.1996 – 15 W 434/95, FamRZ 1996, 1029 (1030).

bb) Endgültige Verhinderung reicht auch

Coester und Veit sind hingegen der Ansicht, dass das Tatbestandsmerkmal „längere Zeit“ nur rechtliche Eingriffe bei kurzfristigen Verhinderungen ausschließen soll. In den Fällen der kurzfristigen Verhinderung gelte § 1678 Abs 1 BGB. Es sei dann also keine Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge erforderlich, weil der andere Elternteil die elterliche Sorge allein ausübe. Das Tatbestandsmerkmal setze jedoch nicht voraus, dass die Aussicht besteht, dass die tatsächliche Verhinderung einmal wegfällt. Es seien vielmehr auch bleibende Verhinderungen von dem Tatbestand umfasst.⁴²⁹ Veit führt zur Begründung an, dass der Wortlaut keine Einschränkung enthalte. Auch sei anhand der Regelung in § 1678 Abs. 2 BGB ersichtlich, dass ein Ruhen des Sorgerechts auch möglich sei, wenn keine Aussicht auf den Wegfall der Verhinderung bestehe.⁴³⁰

Auch Rakete-Dombek geht davon aus, dass das Ruhen der elterlichen Sorge auch möglich ist, wenn keine Aussicht auf den Wegfall der Verhinderung besteht. Sie schildert die Voraussetzungen des Ruhens der elterlichen Sorge am Beispiel einer sich im Krankenhaus stationär aufhaltenden schwerkranken Frau, von dessen bevorstehendem Versterben ausgegangen wird. Rakete-Dombek ist bei dieser Fallkonstellation der Auffassung, dass das Ruhen der elterlichen Sorge angeordnet werden kann, wenn keine Einwirkungsmöglichkeit der Mutter auf ihre Kinder mehr besteht.⁴³¹

cc) Eigene Ansicht

Die Entscheidung in dem von Rakete-Dombek geschilderten Fall ist insbesondere aus emotionaler Sicht gesehen nachvollziehbar. Das Ableben der Mutter stand in dem Beispiel kurz bevor. Wäre ihr in der Situation noch das Sorgerecht entzogen worden, hätte dies zu einer unnötigen zusätzlichen emotionalen Belastung der Mutter geführt. In dem Fall war das Ruhend stellen ausreichend, weil absehbar war, dass

429 Coester, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 8; Veit, in: BeckOK, BGB, § 1674 Rn. 5.

430 Veit, in: BeckOK, BGB, § 1674 Rn. 6.

431 Rakete-Dombek, FPR 2005, 80 (81).

die Mutter versterben würde und das Sorgerecht dann ohnehin gem. § 1677 BGB enden würde.

Gem. § 1674 Abs. 2 BGB lebt die elterliche Sorge wieder auf, wenn das Familiengericht feststellt, dass der Grund des Ruhens nicht mehr besteht. Diese Formulierung zeigt, dass der Gesetzgeber zunächst einmal eine vorübergehende Verhinderung für ausreichend ansieht. Dies belegt aber nicht, dass der Gesetzgeber zwingend von einer vorübergehenden Verhinderung ausgeht.

Gem. § 1678 Abs. 2 BGB hat das Familiengericht die elterliche Sorge dem anderen Elternteil zu übertragen, wenn die elterliche Sorge des Elternteils, das bisher die alleinige Sorge innehatte, ruht und keine Aussicht besteht, dass der Grund des Ruhens wegfallen werde. Veit legt dar, dass diese Formulierung zeige, dass ein Ruhen der elterlichen Sorge möglich sei, auch wenn keine Aussicht bestehe, dass der Grund des Ruhens wegfällt. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass die Regelung für den Fall, dass keine Aussicht besteht, dass das Ruhen wegfällt, explizit fordert, dass dem anderen Elternteil die elterliche Sorge übertragen wird. Dies zeigt also, dass die elterliche Sorge nicht (mehr) ruhen soll, wenn keine Aussicht mehr besteht, dass der Grund des Ruhens wegfällt. Denkbar ist dies also in Konstellationen, in denen bei Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge noch davon ausgegangen wurde, dass die Verhinderung einmal wegfällt, sich die Umstände so dann aber im Verlauf der Zeit geändert haben und ersichtlich geworden ist, dass die Gründe der Verhinderung nicht mehr wegfallen werden.

Als Beispiel kann dazu folgender Fall angeführt werden: Ein Elternteil, der bisher das alleinige Sorgerecht innehatte, entscheidet sich zunächst für zwei Jahre ins Ausland zu gehen. Da er sich an einem Ort aufhält, von dem aus er keinen Kontakt zu den Kindern halten kann, wird das Ruhen der elterlichen Sorge festgestellt. Nach einiger Zeit ändert der sich im Ausland aufhaltende Elternteil seinen Plan und teilt mit, dass er nicht mehr aus dem Ausland zurückkehren wird. In diesem Fall kommt die Übertragung des Sorgerechts auf den sich im Inland aufhaltenden Elternteil in Betracht, wenn dies nicht dem Kindeswohl widerspricht.

Der Wortlaut des § 1678 Abs. 2 BGB kann also auch dahingehend ausgelegt werden, dass in den Fällen, in denen keine Aussicht besteht, dass der Grund des Ruhens wegfallen werde, diese Situation gerade nicht beibehalten werden soll, sondern das Familiengericht die elterliche Sorge dann auf den anderen Elternteil zu übertragen hat, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht.

Dies entspricht auch dem Schutzzweck des § 1674 BGB. Denn das Feststellen des Ruhens der elterlichen Sorge stellt einen milderen Eingriff in das Recht des Elternteils dar als die Entziehung des Sorgerechts. Der Unterschied zum Entzug des Sorgerechts ist der, dass beim Wegfall des Hindernisses das Sorgerecht durch einfache Feststellung des Familiengerichts, dass der Hinderungsgrund nicht mehr besteht, wiederauflebt, § 1674 Abs. 2 BGB. Im Falle des Entzugs der elterlichen Sorge muss vom Gericht erst explizit festgestellt werden, dass keine Kindeswohlgefährdung mehr vorliegt und es dem Kindeswohl entspricht, das Sorgerecht wieder auf den Elternteil zu übertragen, dem es einmal entzogen wurde.⁴³²

Es ist ein deutlich aufwändigeres Verfahren, welches die Prüfung beinhaltet, ob die Übertragung des Sorgerechts dem Kindeswohl entspricht. Daher stellt die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge den milderen Eingriff dar. Besteht der Hinderungsgrund aber dauerhaft, besteht also keine Aussicht, dass dieser einmal wegfällt, gibt es keinen Grund, diese mildere Maßnahme zu wählen, die nur dem Schutz der Elternrechte dient, dass das elterliche Sorgerecht einfacher wiederaufleben kann. Wenn ein dauerhafter Hinderungsgrund besteht, kann die günstigere Rechtsfolge nicht mehr eintreten. Die Rechtsfolge des § 1674 Abs. 2 BGB ist gerade für die Fälle gedacht, in denen der Hinderungsgrund wieder wegfallen kann, damit die Wiedererlangung der elterlichen Sorge in den Fällen keine große Hürde darstellt.

Würde diese Regelung auch auf die Fälle der dauerhaften Verhinderung angewandt, würde eine Unterscheidung zum Entzug des Sorgerechts nur im Hinblick auf den Maßstab der Kindeswohlgefährdung bestehen. In den Fällen also, in denen eine dauerhafte Verhinderung

⁴³² Zu allem OLG Naumburg, Beschluss v. 04.07.2001 – 8 WF 135/01, FamRZ 2002, 258.

an der Ausübung der elterlichen Sorge besteht und das Kindeswohl dadurch nicht gefährdet würde, könnte das Ruhen der elterlichen Sorge angeordnet werden und in den Fällen, in denen das Kindeswohl dadurch gefährdet würde, müsste das Sorgerecht entzogen werden.

Dem ist zuzugeben, dass es auf den ersten Blick auch nicht erforderlich erscheint, ein Sorgerecht zu entziehen, wenn das Kindeswohl nicht gefährdet ist. Es könnte also der Schluss gezogen werden, dass dies nicht erforderlich ist. Andererseits besteht aber auch kein Bedürfnis für diese mildere Maßnahme, in den Fällen, in denen die mildere Rechtsfolge ohnehin keine Wirkung entfalten kann. Bei einer dauerhaften Verhinderung würde also das Elternrecht durch die Feststellung des Ruhens nur theoretisch geschützt. Tatsächlich würde sich diese mildere Maßnahme für den verhinderten Elternteil nicht auswirken. Es überwiegt dann das Interesse des Kindes, dass das Sorgerecht klar geregelt ist und eine für das Kind verlässliche und zuverlässige andere Regelung, wie die Übertragung des Sorgerechts auf den anderen Elternteil gem. § 1678 Abs. 2 BGB, gefunden wird.

Insofern spricht sowohl der Wortlaut und Schutzzweck des § 1674 Abs. 2 BGB als auch der Wortlaut des § 1678 Abs. 2 BGB dafür, dass die Verhinderung an der Ausübung der elterlichen Sorge nicht dauerhaft bestehen darf, sondern die Aussicht bestehen muss, dass der Grund des Ruhens irgendwann wegfällt.

In den Fällen, in denen die elterliche Sorge nicht ausgeübt werden kann, weil die Eltern im Ausland keine Kontaktmöglichkeiten zu ihrem Kind im Inland haben, beispielsweise, weil sie über keinen Telefonanschluss verfügen oder Unruhen im Land eine Kontaktaufnahme verhindern, ist also zu prüfen, ob diese Verhinderung dauerhaft besteht, oder ob die Aussicht besteht, dass der Hinderungsgrund einmal wegfällt. Im Falle der Unruhen ist von letzterem auszugehen. Auch dürfte in der Regel die Aussicht bestehen, dass die Eltern irgendwann über eine zuverlässige Telefonverbindung verfügen. Dies bedarf aber der Prüfung im Einzelfall. Besteht der Hinderungsgrund dauerhaft, so ist nicht das Ruhen der elterlichen Sorge festzustellen, sondern sind Maßnahmen nach § 1666 BGB zu prüfen.

d) Umfang des Ausübungshindernisses

Kann ein Elternteil nur ein Teilgebiet des elterlichen Sorgerechts längerfristig nicht ausüben, so ist das Ruhen der elterlichen Sorge auch nur im Hinblick auf dieses Teilgebiet auszusprechen. Die anderen Aufgaben können weiterhin von den Sorgeberechtigten ausgeübt werden.⁴³³ Dies gilt auch für die sich im Ausland aufhaltenden Eltern von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen.⁴³⁴

Der BGH führt zur Begründung an, dass der Wortlaut des § 1674 BGB keine Beschränkung auf die Ausübung der gesamten elterlichen Sorge enthalte und die ausdrückliche Regelung in § 1673 BGB für den Fall der beschränkten Geschäftsfähigkeit zeige, dass vom Ruhen der elterlichen Sorge auch Teilbereiche betroffen sein können.⁴³⁵

Coester führt darüber hinaus noch an, dass die Feststellung von auch nur teilweisem Ruhen vor dem Hintergrund des Kinderschutzes und zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erforderlich sei.⁴³⁶ Auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nimmt auch das OLG Saarbrücken Bezug.⁴³⁷ Wenn also tatsächlich nur eine Verhinderung bezüglich eines Teiles der elterlichen Sorge besteht, dann ist es verhältnismäßig, auch nur bezüglich dieses Teils das Ruhen der elterlichen Sorge anzuordnen.

Wurde das Ruhen zu Unrecht zu weitreichend festgestellt, also bezogen auf die gesamte elterliche Sorge, obwohl sich die Verhinderung der Ausübung nur auf einen Teilbereich bezog, bleibt diese gerichtliche Anordnung Dritten gegenüber wirksam, bis das Familiengericht festgestellt hat, dass nur ein Teilbereich der elterlichen Sorge ruht. Hat also der andere Elternteil vor dem Hintergrund des vermeintlichen Ruhens des Sorgerechts des anderen Elternteils weitreichende Entscheidungen alleine getroffen oder wurde ein Vormund bestellt und hat dieser Entscheidungen für den Minderjährigen getroffen, so bleiben diese Ent-

433 BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221 (222); *Hennemann*, in: MüKo, BGB, § 1674 Rn. 4; *Veit*, in: BeckOK, BGB, § 1674 Rn. 7.

434 *Sarres*, FamRB 2019, 279 f.

435 BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221 (222).

436 *Coester*, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 10.

437 OLG Saarbrücken, Beschluss v. 06.05.2010 – 6 UF 24/10, FamRZ 2010, 2084 (2085).

scheidungen Dritten gegenüber gem. § 47 FamFG wirksam, bis das Gericht das Ruhen für den Teilbereich feststellt.⁴³⁸

Es ist umstritten, ob sich das Ruhen der elterlichen Sorge nur auf abgrenzbare Teilbereiche der elterlichen Sorge beziehen kann, oder ob es auch im Hinblick auf einzelne Aufgaben eines Teilbereichs festgestellt werden kann.

aa) Unerheblich, bzgl. welcher Aufgaben Verhinderung besteht

Coester ist der Ansicht, dass es unerheblich ist, welche Aufgaben die Eltern nicht ausüben können. Es könne sich dabei sowohl um abtrennbare Teilgebiete des Sorgerechts handeln wie beispielsweise die Vermögenssorge oder die tatsächliche Personensorge. Es sei aber auch möglich, dass das Ruhen nur im Hinblick auf einzelne Angelegenheiten, also einzelne Aufgaben, festgestellt werde.⁴³⁹

bb) Verhinderung nur bzgl. abgrenzbarer Teilbereiche

Der BGH hatte die teilweise Feststellung des Ruhens hingegen nur auf abgrenzbare Teilbereiche, also beispielsweise die Vermögenssorge als Ganzes oder die Personensorge als Ganzes, bezogen.⁴⁴⁰

cc) Eigene Ansicht

Solange sich die Aufgaben, die nicht von den Eltern wahrgenommen werden können, eindeutig beschreiben lassen, kann diesbezüglich auch das Ruhen angeordnet werden. Es ist lediglich sicherzustellen, dass die Transparenz und Nachvollziehbarkeit für Dritte gegeben ist, damit keine Unsicherheit im Rechtsverkehr entsteht.

438 Döll, in: Erman, BGB, § 1674 Rn. 3.

439 Coester, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 10.

440 BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221 (222).

6. Stärkere Einflussnahme durch Eltern im Ausland als durch deutschen Vormund

Wenn ein Vormund bestellt wird ist dieser gem. § 1793 BGB berechtigt und verpflichtet, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, und diesen zu vertreten. Der Vormund hat gem. § 1793 Abs. 1 S. 2 BGB iVm § 1626 Abs. 2 BGB die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen und mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, die zu treffenden Entscheidungen zu besprechen. Dazu braucht der Vormund ein belastbares Vertrauensverhältnis zu dem Minderjährigen.⁴⁴¹

Auch wenn die Familien der unbegleitet eingereisten minderjährigen Flüchtlinge nicht vor Ort sind, so sind sie in den Köpfen vieler unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge präsent. Die Familie ist für den Flüchtling oftmals die "wichtigste soziale Einheit".⁴⁴² Die Bedürfnisse der Familie werden vielfach als höherrangig zu eigenen Bedürfnissen eingeschätzt. Oft wurde die Entscheidung zur Flucht auch durch die Familie oder das Familienoberhaupt getroffen und von dem Minderjährigen wird erwartet, dass er die Familie im Ausland finanziell unterstützt.⁴⁴³

Besteht ein zu starker Kontakt zu den Eltern im Ausland, so kann dies die Handlungsfähigkeit des Vormunds einschränken, beispielsweise weil seine Ratschläge nicht respektiert werden und die Minderjährigen sich nur nach den Vorgaben der Eltern im Ausland richten.

In den Fällen, in denen dies so ist, stellt dies aber auch ein Zeichen dafür dar, dass die Eltern aus dem Ausland ihr Sorgerecht noch ausüben. In diesen Fällen bedarf es daher keines Vormunds, sondern allenfalls einer Person, die in den Bereichen unterstützt, die aus dem Ausland nicht wahrnehmbar sind. Welche Unterstützungsmöglichkeiten dies-

441 *Espenhorst*, in: Fischer/Graßhoff, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, Überlegungen zur Arbeit mit minderjährigen Flüchtlingen, S. 10 (15).

442 *Gravelmann*, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Kinder- und Jugendhilfe, S. 136.

443 *Gravelmann*, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Kinder- und Jugendhilfe, S. 137.

bezüglich in Betracht kommen, wird unter F.VII. dargestellt. Der Erfolg dieser Zusammenarbeit hängt maßgeblich von der Kooperationsbereitschaft der Eltern im Ausland ab.

7. Auswahl des Vormunds

Gem. § 1776 BGB ist grundsätzlich derjenige als Vormund zu benennen, der von den Eltern benannt wurde.

Ist die Vormundschaft dem von den Eltern benannten nicht zu übertragen, beispielsweise weil dieser unfähig oder untauglich iSv §§ 1780, 1881 BGB ist, oder haben sie keinen benannt, so hat das Familiengericht nach seinem Ermessen den Vormund gem. § 1779 BGB auszuwählen.

Gem. § 1791b Abs. 1 S. 1 BGB ist vorrangig ein ehrenamtlicher Einzelmund zu bestellen.

Steht kein ehrenamtlicher Einzelmund zur Verfügung, kann ein berufsmäßig tätiger Vormund, ein Vormundschaftsverein gem. § 1791a BGB oder gem. § 1791b Abs. 1 S. 1 BGB das Jugendamt als Amtsvormund bestellt werden.⁴⁴⁴

Obwohl vorrangig ein ehrenamtlicher Einzelmund zu bestellen ist, werden zu ca. 70–80 % Amtsvormünder bestellt.⁴⁴⁵ Ehrenamtliche Vormundschaften werden als zweithäufigste Variante vor Vereinsvormundschaften und Berufsvormundschaften genutzt.⁴⁴⁶

Die Amtsvormünder sind in der Regel Mitarbeiter der Jugendämter und müssen sich gegebenenfalls gegen die Entscheidungen ihrer Kolleginnen und Kollegen für das Wohl des Kindes einsetzen.⁴⁴⁷ Dass dies unglücklich ist, wurde bereits in dem Abschnitt zur rechtlichen Not-

⁴⁴⁴ Weissinger, Rpfleger 2017, 8 (10).

⁴⁴⁵ Berthold/Espenhorst/Rieger, Dialog Erziehungshilfe 2011, 31.

⁴⁴⁶ 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. 44.

⁴⁴⁷ Gravelmann, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Kinder- und Jugendhilfe, S. 45.

vertretung des Jugendamts unter E.II.5 dargestellt und gilt im Hinblick auf die Bestellung des Jugendamts als Vormund genauso.

Im Rahmen einer Umfrage des Bundesfachverbandes unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge wurde darauf hingewiesen, dass sich die Betreuung durch einen ehrenamtlichen Vormund oftmals sehr von der Betreuung durch einen Amtsvormund unterscheidet. Es kommt vor, dass zu dem Amtsvormund so gut wie kein Kontakt besteht, die Minderjährigen diesen beispielsweise nur einmal in einem halben Jahr sehen, Minderjährige, die von einem ehrenamtlichen Vormund betreut werden, demgegenüber beispielsweise sogar ein Fahrrad geschenkt bekommen. Der Minderjährige, der von dem Amtsvormund betreut wird, könne dann nicht nachvollziehen, warum er keines erhalte.⁴⁴⁸

Um dem entgegenzuwirken wurde in § 55 Abs. 2 S. 4 SGB VIII geregelt, dass ein vollzeitbeschäftigter Amtsvormund höchstens 50 und bei gleichzeitiger Wahrnehmung anderer Aufgaben entsprechend weniger Vormundschaften oder Pflegschaften führen soll. Auch wurde die Regelung in § 1793 Abs. 1a BGB eingeführt, derzufolge der Vormund mit dem Minderjährigen persönlichen Kontakt halten soll und den Mündel in der Regel einmal im Monat in dessen üblicher Umgebung aufsuchen soll.

Gem. § 1779 Abs. 2 S. 1 BGB hat das Familiengericht eine geeignete Person zu wählen. Bei mehreren geeigneten Personen hat das Gericht gem. § 1779 Abs. 2 S. 2 BGB den mutmaßlichen Willen der Eltern, die persönlichen Bindungen des Minderjährigen, die Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit dem Minderjährigen und dessen religiöses Bekenntnis zu berücksichtigen.

Über welche Fähigkeiten ein Vormund verfügen muss, um als „geeignet“ zu gelten, ist nicht eindeutig geregelt. Gem. § 1779 Abs. 2 S. 1 BGB hat das Familiengericht eine Person auszuwählen, die „nach ihren persönlichen Verhältnissen und ihrer Vermögenslage sowie nach den sonstigen Umständen zur Führung der Vormundschaft geeignet ist“.

448 *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. 43.

Der deutsche Gesetzgeber beschreibt die Anforderungen an den Vormund daher nicht explizit.

Weissinger legt dar, dass Familienangehörige vor dem Hintergrund, dass sie einen persönlichen Bezug zum Minderjährigen haben und die kulturellen und religiösen Hintergründe kennen und in der Regel dieselbe Sprache sprechen, grundsätzlich für die Betreuung des Minderjährigen besonders geeignet sind.⁴⁴⁹

Er weist aber auch darauf hin, dass fehlende Deutschkenntnisse beim Vormund und fehlende Kenntnisse des deutschen Rechtssystems die Betreuung erschweren können, weil der Vormund stets auf Hilfe Dritter angewiesen ist. Weissinger legt dar, dass in den Fällen auch eine sozialpädagogische Bildung und Erfahrung für den Umgang mit zum Teil traumatisierten Kindern oder die Möglichkeit, den Minderjährigen an entsprechende Beratungsstellen zu vermitteln, fehle. Das gleiche gelte im Hinblick auf die erforderlichen rechtlichen Kenntnisse in asyl- und ausländerrechtlichen Verfahren. Schließlich habe der Vormund auch dem Familiengericht gegenüber Termine einzuhalten und Berichte über die persönlichen und finanziellen Verhältnisse des Minderjährigen abzulegen. Auch Karpenstein/Nordheim stellten im Rahmen der Umfrage des Bundesverbandes unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge e.V. fest, dass hier lebende Verwandte häufig mit den Aufgaben der Vormundschaft überfordert sind, weil sie die rechtlichen und behördlichen Zusammenhänge nicht kennen. Möglichkeiten der Qualifizierung der Zielgruppe seien unzureichend.⁴⁵⁰

Das KG Berlin hat in einem Fall, in dem sich die mit eingereiste volljährige Schwester als Vormund angeboten hat, ausgeführt, dass nicht automatisch von einer Ungeeignetheit einer Person ausgegangen werden kann, wenn dieser die erforderlichen Sprachkenntnisse und Grundkenntnisse im deutschen Rechtskreis fehlen. Im Rahmen gebotener Amtsermittlungen hätten die Amtsgerichte vielmehr zunächst

449 Hierzu und zum folgenden Gedanken Weissinger, Rpfleger 2017, 8 (10 f.).

450 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. 45.

die Verwandten, in diesem Fall die Schwester und die Minderjährige, anzuhören.⁴⁵¹

Die von Weissinger vorbeschriebenen Kenntnisse und Fähigkeiten sind für eine Betreuung des unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings sicherlich überaus hilfreich. Würden diese vorbeschriebenen Anforderungen aber an einen Vormund gestellt, so würden an den Vormund höhere Anforderungen gestellt als an die Eltern. Dies sehen die derzeitigen deutschen Regelungen noch nicht vor.⁴⁵²

Ein Vormund wird gem. § 1773 Abs. 1 BGB bestellt, wenn der Minderjährige nicht unter elterlicher Sorge steht. Dies zeigt, dass der Vormund der gesetzlichen Regelung zufolge an die Stelle der Eltern treten soll. Diese verfügen oftmals auch nicht über eine sozialpädagogische Bildung und Kenntnisse im deutschen Rechtssystem. Auch die Eltern sind insofern auf die Hilfe Dritter angewiesen. Dennoch werden heutzutage in der Praxis weitreichendere Anforderungen an den Vormund gestellt. Von ihm wird erwartet, dass er mit dem Minderjährigen entscheidet, ob ein Asylantrag gestellt werden soll, oder ein Aufenthaltstitel beantragt wird.⁴⁵³ Dazu ist eine juristische Ausbildung des Vormunds hilfreich. Ist einmal ein Asylantrag gestellt, ist der Erhalt eines Aufenthaltstitels gem. § 10 AufenthG erschwert. Auch hat der Vormund darauf zu achten, dass etwaige Möglichkeiten für eine Familienzusammenführung beachtet werden. Auch kann es parallel zu dem asyl- oder aufenthaltsrechtlichen Verfahren zu einem Strafverfahren wegen illegaler Einreise kommen, bezüglich dessen der Vormund den Minderjährigen dann zu unterstützen hätte. Letztlich muss der Vormund auch in der Lage sein, Wohnsitzauflagen zu berücksichtigen und den Minderjährigen beim Finden eines Ausbildungs- oder Arbeitsplatzes oder bei der Beantragung von Sozialleistungen zu unterstützen.

Die bisherigen Regelungen zum Vormundschaftsrecht stammen überwiegend noch aus der Entstehungszeit des Bürgerlichen Gesetzbuchs

451 KG Berlin, Beschluss v. 04.02.2016 – 3 WF 8/16, FamRZ 2016, 649 (650).

452 Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 1.

453 Zu allem *Erb-Klünemann/Köfeler*, FamRB 2016, 160 (164 f.).

von 1896, als Vormundschaften in der Regel als Elternersatz fungierten, insbesondere in den Fällen, in denen die Eltern verstorben sind.⁴⁵⁴ Heute handelt es sich vorrangig um Kinder, die in ihrer Herkunftsfamilie misshandelt, vernachlässigt oder missbraucht wurden, sowie um unbegleitete minderjährige Flüchtlinge.⁴⁵⁵ Wie dargestellt werden diesbezüglich zu 70–80 % Amtsvormundschaften eingerichtet. Die Minderjährigen werden dann nicht bei dem Amtsvormund, sondern bei einer Pflegefamilie oder in einem Heim untergebracht. Die tatsächliche Alltagsbetreuung wird also meistens von Pflegeeltern oder Heimmitarbeitern übernommen.⁴⁵⁶ Der Amtsvormund übernimmt organisatorische Aufgaben, kümmert sich um sozialpädagogische Gesichtspunkte und um rechtliche Fragestellungen.⁴⁵⁷ Der Vormund ist insofern auch für die Kontrolle der Pflegeeltern und Heimmitarbeiter zuständig.⁴⁵⁸ Diese Aufgaben übernimmt der Vormund nicht nur für einen Mündel, sondern für ca. 50 Mündel. Der Aufgabenbereich des Vormunds hat sich daher mit der Zeit verändert. Ganz automatisch hat der Vormund dadurch weniger Kontakt zu dem Minderjährigen, als wenn dieser bei ihm leben würde. Der Vormund müsse daher nach Auffassung von Etzold in rechtlichen Fragestellungen qualifizierter sein als früher. Gesetzlich sei diese Veränderung aber noch nicht erkennbar.⁴⁵⁹

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat einen 2. Diskussionsteilentwurf für ein Gesetz zur Reform des Vormundschaftsrechts vom 06.09.2018 vorgestellt. Ziel dieser Reform ist die Modernisierung des Vormundschaftsrechts. Durch die Reform soll

454 Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 1; Veit, FamRZ 2016, 2045 (2046).

455 Walther, in: Wiesner, SGB VIII, § 55 Rn. 101.

456 Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 73; Veit, FamRZ 2016, 2045 (2048); Etzold, FamRZ 2016, 609 (611).

457 Etzold, FamRZ 2016, 609 (611).

458 Veit, FamRZ 2016, 2045 (2049).

459 Etzold, FamRZ 2016, 609 (613).

den zuvor beschriebenen geänderten Umständen Rechnung getragen werden.⁴⁶⁰ Es ist beabsichtigt, die Personensorge für die Minderjährigen zu stärken, indem unter anderem die Stellung der Pflegeeltern gestärkt werden soll. Der Mündel soll besonders beachtet werden und das Verhältnis von Vormund und der Pflegeperson, die den Mündel im Alltag erzieht, sollen ausdrücklich geregelt werden. Insgesamt soll die Bestellung natürlicher Personen durch den Gesetzentwurf gefördert werden. Dem Amtsvormund soll aber auch nicht mehr eine nur subsidiäre Rolle zugewiesen werden, da dies nicht der Rechtswirklichkeit entspricht.⁴⁶¹ Die beruflichen Vormünder einschließlich des Jugendamts als Amtsvormund sollen zukünftig gleichrangig sein, nur ehrenamtliche Vormünder sollen vorrangig zu bestellen sein.⁴⁶²

Hinsichtlich der Anforderungen, die an einen Vormund zu stellen sind, enthält § 1780 Abs. 1 BGB-E die Vorgabe, dass die Person, die als Vormund bestellt wird, nach ihren Kenntnissen und Erfahrungen, ihren persönlichen Eigenschaften, ihren persönlichen Verhältnissen und ihrer Vermögenslage sowie ihrer Fähigkeit und Bereitschaft zur Zusammenarbeit mit den anderen an der Erziehung des Mündels beteiligten Personen geeignet sein muss, die Vormundschaft so zu führen, wie es das Wohl des Mündels erfordert.⁴⁶³

Die beabsichtigte Regelung enthält mithin keine Angaben, welche Kenntnisse und Erfahrungen nach Auffassung des Gesetzgebers zur

460 Hierzu und zu den folgenden Aussagen *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 1.

461 *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 74.

462 *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 83–84.

463 *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 10.

Führung einer Vormundschaft erforderlich sind. An dieser Stelle wäre eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert. Die Regelung bezieht sich nicht nur auf Vormünder, die für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge bestellt werden, sondern auf alle Vormundschaften. Insofern ist zu berücksichtigen, dass die Kenntnisse und Erfahrungen, die erforderlich sind, um das Wohl des Mündels zu gewährleisten von Mündel zu Mündel verschieden sein werden. Im Hinblick aber auf die Vormünder, die unbegleitete minderjährige Flüchtlinge betreuen, wäre eine Konkretisierung aber durchaus möglich. Vor dem Hintergrund der traumatischen Erfahrungen, die diese Minderjährigen in ihrem Heimatland und auf der Flucht erfahren mussten, ist es nach hiesiger Einschätzung erforderlich, dass ein Vormund über entsprechende sozialpädagogische und psychologische Kenntnisse verfügt. Dies gilt auch, wenn der Vormund das Kind nicht selbst betreut. Denn im Rahmen des Diskussionsentwurfes wird dargelegt, dass der Vormund zukünftig – genau wie nach der derzeitigen Rechtslage – auch im Fall der Fremdunterbringung gem. § 1796 Abs. 1 S. 2 BGB-E für die Personensorge verantwortlich sein soll und er die Pflege und Erziehung des Mündels persönlich zu fördern und zu gewährleisten hat. Der Vormund müsse daher dazu geeignet sein, dafür zu sorgen, dass der Mündel die tägliche Pflege und Erziehung von geeigneten Personen in einer ihm gemäßen Umgebung erfährt. Auch müsse er geeignet sein, die für die Entwicklung des Mündels bedeutsamen Entscheidungen unabhängig im Interesse des Mündels zu treffen und den Mündel an den Entscheidungen im persönlichen Kontakt zu beteiligen, §§ 1789, 1791 BGB-E.⁴⁶⁴ Der Vormund muss daher auch über die Fähigkeiten verfügen, Unterstützungs- bzw. Hilfebedarf zu erkennen und Hilfe zu organisieren. Außerdem wäre es wünschenswert ins Gesetz aufzunehmen, dass der Vormund über ausreichende Kenntnisse im Asyl- und Ausländerrecht verfügen sollte, um die Entscheidung, ob anwaltliche Hilfe hinzugezogen wird und ob ein Asylantrag gestellt wird, treffen zu können. Eine solche gesetzliche Vorgabe würde zwar den Kreis der zur Verfügung stehenden ehrenamtlichen Vormünder deutlich reduzieren. Zu be-

464 Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 120–121.

rücksichtigen ist jedoch, dass die Kenntnisse im Asyl- und Ausländerrecht nur für die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge relevant sind, so dass die engagierten ehrenamtlichen Vormünder, die über diese Kenntnisse nicht verfügen, weiterhin für alle anderen Mündel eingesetzt werden können, die einen Vormund benötigen.

Für die ehrenamtlichen Vormünder, die über diese Kenntnisse nicht verfügen, die aber zum Wohl des Mündels dennoch eingesetzt werden sollen, bietet sich außerdem zukünftig die Bestellung eines zusätzlichen Pflegers gem. § 1777 BGB-E, der über diese entsprechenden Kenntnisse verfügt, an, sofern diese Vorschrift tatsächlich eingeführt wird. Hierzu erfolgen nähere Ausführungen unter F.VII.5.

Dem Vormund werden nach den geplanten Regelungen weitreichendere Verpflichtungen auferlegt als den Eltern, die ihre Kinder selbst betreuen. Die Eltern sind verpflichtet ihre Kinder so zu erziehen, dass diese „später als Volljährige in der Gesellschaft bestehen können und in der Lage sind, sich in eigener Verantwortung ein lebenswertes Leben zu gestalten“.⁴⁶⁵ Ihnen wird dabei aber kein Erziehungsziel vorgegeben. Dies wäre auch nicht möglich, weil die Eltern dadurch in ihrem Recht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verletzt würden.⁴⁶⁶ Der Vormund hat jedoch zukünftig gem. § 1790 Abs. 1 S. 1 BGB-E iVm § 1791 Abs. 2 BGB-E die Pflicht bei der Amtsführung die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Mündels zu selbstständigem und verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen und zu fördern. Den Eltern wird gem. § 1626 Abs. 2 BGB lediglich auferlegt, die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen. Ihnen wurde bislang nicht auferlegt, dieses Bedürfnis auch zu fördern, wie es der Vormund ausweislich der geplanten Neuregelung zu tun hat.⁴⁶⁷ Der Vormund hat nach den Neuregelungen auch in Angelegenheiten der Personen- und der Vermögenssorge mit dem Mündel Entscheidungen zu besprechen und soweit dies nach dem Entwicklungsstand angezeigt ist, Einvernehmen anzustreben. Gem. § 1791 Abs. 3 BGB-E soll es

465 OLG Hamm, Urteil v. 03.10.1973 – 3 U 89/73, FamRZ 1974, 136 (137); Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 2.

466 Veit, JAmt 2019, 350 (355).

467 Veit, JAmt 2019, 350 (355).

auch bei der zuletzt eingeführten monatlichen Kontaktpflicht bleiben.⁴⁶⁸ Der Vormund muss danach seine Entscheidungen mit dem Mündel nicht nur – wie Eltern mit ihren Kindern – besprechen und Einvernehmen erzielen (§ 1626 Abs. 2 S. 2 BGB), sondern er muss den Mündel auch an Entscheidungen beteiligen.⁴⁶⁹ (Die derzeitige Rechtslage, nach der der Vormund – genau wie die Eltern – entsprechend § 1626 Abs. 2 BGB die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen und mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, die zu treffenden Entscheidungen zu besprechen hat, wurde bereits unter F.VI.1 dargelegt.) Das Gebot der Gewaltfreiheit wurde im Rahmen des Reformvorhabens auf die Pflege erstreckt. Ausweislich der Begründung zum Entwurf gilt für den Vormund ein strengerer Maßstab als für die Eltern, die ihre Kinder selbst betreuen, weil die Mündel diesbezüglich schutzbedürftiger seien.⁴⁷⁰ Eingehender wird diese Schutzbedürftigkeit jedoch nicht erläutert. Der Vormund muss gem. § 1789 Nr. 4 BGB-E auch den Willen des Mündels „achten“ und nicht nur die Interessen des Kindes „berücksichtigen“, wie es in § 1626 Abs. 2 BGB für die Eltern geregelt ist. Die an den Vormund gestellten Anforderungen gehen insofern über die Anforderungen an die Eltern hinaus. Der Gesetzgeber rechtfertigt dies damit, dass im Falle der Vormundschaft – anders als im Fall der elterlichen Sorge – ein gerichtlich bestellter Dritter die Sorge für den Mündel trägt und es daher sachgerecht sei, im Interesse des Mündels sein Recht auf Förderung seiner Entwicklung und Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit näher zu bestimm-

468 *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 15.

469 Veit, JAmt 2019, 350 (355).

470 *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 133.

men.⁴⁷¹ Eine nähere Begründung dazu erfolgt jedoch auch an dieser Stelle nicht.

Nach dem derzeitigen Stand des Reformvorhabens werden im Ergebnis aber jedenfalls an den Vormund weitreichendere Anforderungen gestellt, als sie an Eltern gestellt werden. Dann könnten die Anforderungen an die Fähigkeiten und Kenntnisse auch konkretisiert werden und bei der Betreuung von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen Fachkenntnisse im Asyl- und Ausländerrecht sowie sozialpädagogische und psychologische Fachkenntnisse als Voraussetzung eingeführt werden. Bisher sind solche Konkretisierungen im Rahmen des Reformvorhabens aber nicht vorgesehen.

Ob der Vormund nach derzeitiger Rechtslage selbst über die rechtlichen Kenntnisse zur Bewertung der asyl- und ausländerrechtlichen Situation verfügen muss, ist umstritten. Dies und ob die Bestellung eines Mitvormunds oder Ergänzungspflegers für den Fall in Betracht kommt, in dem der Vormund nicht über ausreichende rechtliche Kenntnisse verfügt, wird unter F.VII.1.c) näher ausgeführt.

8. Aufhebung der Vormundschaft

Die Vormundschaft endet gem. § 1882 BGB iVm Art. 15 KSÜ mit dem Wegfall der in § 1773 BGB geregelten Voraussetzungen, also zB mit dem Eintritt der Volljährigkeit des unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings oder wenn der Minderjährige gem. § 1884 BGB iVm Art. 15 KSÜ verschollen ist und für tot erklärt wird und gem. § 1674 Abs. 2 BGB mit dem Wegfall der Ruhensvoraussetzung.

Ein Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Mündels infolge einer Abschiebung, Flucht oder sonst gearteten Aufenthaltsbegründung in

471 Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 133.

einem anderen Staat beendet nach deutschem Recht die Vormundschaft nicht.⁴⁷²

Wie bereits unter B.I.1 dargestellt richtet sich die Frage, ob eine Person minderjährig ist grundsätzlich nach dem Recht des Staates, dem die Person angehört. In den Fällen, in denen die Volljährigkeit in den Herkunftsländern später eintritt als in Deutschland, bleibt die Vormundschaft daher über das 18. Lebensjahr hinaus bestehen bis zum Erreichen der Volljährigkeit im Sinne des Rechts des Herkunftstaates.

In den meisten Herkunftsländern tritt die Volljährigkeit parallel zu § 2 BGB mit Vollendung des 18. Lebensjahres ein.⁴⁷³ Es gibt aber auch Herkunftstaaten, die einen späteren Eintritt der Volljährigkeit geregelt haben. In Algerien tritt die Volljährigkeit beispielsweise nach Art. 40 Abs. 2 Alger. ZGB mit 19 Jahren ein; in Nigeria tritt Volljährigkeit mit Vollendung des 21. Lebensjahres gemäß dem Common Law ein.⁴⁷⁴

9. Ablauf des gerichtlichen Verfahrens

Das Verfahren ist gem. § 24 FamFG von Amts wegen einzuleiten. Das Jugendamt regt die Einleitung lediglich gem. § 42 Abs. 3 S. 4 SGB VIII an.

Gem. § 14 Abs. 1 Nr. 10 RPflG ist der Richter für die Anordnung der Vormundschaft zuständig. Die Auswahl und Bestimmung der Person des Vormunds obliegt jedoch gem. § 3 Nr. 2a RPflG iVm § 151 Nr. 4 FamFG dem Rechtspfleger. Wie auch unter F.VII.1.b)cc) dargestellt, bezeichnet Dürbeck dies als „Zuständigkeitschaos“ und empfiehlt, dass der zuständige Richter auch die Bestimmung der Person des Vormunds wegen des Sachzusammenhangs gem. § 6 RPflG übernimmt.⁴⁷⁵ In der Praxis geschieht dies auch regelmäßig.⁴⁷⁶

472 *González Méndez de Vigo*, in: DIJuF - Forum für Fachfragen, Themengutachten DIJuF-Rechtsgutachten, Vormundschaft für unbegleitete minderjährige Ausländer/innen/Flüchtlinge, Rn. 20.

473 *Mankowski*, in: von Staudinger, EGBGB, Anhang zu Art. 7 Rn. 1, enthält eine umfassende Länderübersicht zur Volljährigkeit.

474 *Erb-Klünemann/Köfeler*, FamRB 2016, 160 (165).

475 *Dürbeck*, ZKJ 2019, 208 (210).

476 *Dürbeck*, FamRZ 2018, 553 (562).

Der Minderjährige und seine Eltern sind gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG dem Verfahren als Beteiligte hinzuzuziehen.⁴⁷⁷ Das Kind ist im Verfahren gem. § 159 Abs. 1 und 2 FamFG anzuhören und die Eltern sind gem. § 160 FamFG anzuhören. Ist die Anschrift der Eltern im Ausland bekannt, so ist eine schriftliche Anhörung gem. §§ 15 Abs. 2 FamFG, 183 ZPO möglich. Die Anhörung kann iSv § 160 Abs. 2 S. 1 FamFG auch telefonisch oder per E-Mail erfolgen.⁴⁷⁸

Wenn der Minderjährige Kontakt zu seinen Eltern im Ausland hat, hat der Richter zu entscheiden, ob eine Anhörung ohne unangemessene Verzögerung des Verfahrens durchführbar ist.⁴⁷⁹ Ergänzend sind gem. § 1779 Abs. 3 BGB auch Verwandte oder Verschwägte des Minderjährigen anzuhören.

Grundsätzlich ist es möglich, von der Anhörung gem. § 160 Abs. 3 FamFG abzusehen, wenn sich die Eltern dauerhaft im Ausland aufhalten und der Aufenthaltsort nicht zu ermitteln ist.⁴⁸⁰

Das hat auch das OLG Karlsruhe bestätigt. Der Mutter wurde die Allein-sorge in einem Fall übertragen, in dem der Vater trotz ordnungsgemäßer Ladung im Wege der öffentlichen Zustellung unentschuldigt nicht zum Anhörungstermin erschienen ist. Das OLG Karlsruhe wies darauf hin, dass in dem Fall auch nach § 160 Abs. 3 FamFG von der Anhörung abgesehen werden konnte. Der Vater hielt sich im Ausland auf und hatte sich der terroristischen Vereinigung ISIG angeschlossen. Der Aufenthaltsort des Vaters war nicht zu ermitteln.⁴⁸¹

Das KG Berlin hat diese grundsätzliche Möglichkeit nicht in Abrede gestellt. Es stellte aber in einem Verfahren, in dem die Anhörung der Eltern unterblieben war, fest, dass nicht alle zumutbaren Anstrengungen unternommen worden waren, den Aufenthaltsort der Mutter zu ermitteln. Insbesondere hätte der Onkel befragt werden können, zu dem eine Kontaktmöglichkeit bestand. Das KG Berlin ließ die Frage

477 Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (557).

478 Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (558).

479 Heiderhoff/Frankemölle, in: Budzikiewicz/Heiderhoff/Klinkhammer/Niethammer-Jürgens, Migration und IPR, Minderjährige Flüchtlinge - Überlegungen zum Kindeswohl und zur internationalen Zuständigkeit, S. 189 (197 f.).

480 Hammer, in: Prütting/Helms, FamFG, § 160 Rn. 18.

481 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 28.04.2016 – 18 UF 265/15, FamRZ 2017, 41 (42).

offen, ob die Mutter zumindest im Wege der öffentlichen Zustellung hätte beteiligt werden müssen. Das Urteil enthält diesbezüglich keine Antwort auf die Frage, weil die Sache an das Amtsgericht zurückverwiesen wurde.⁴⁸²

Es bleibt also festzuhalten, dass von Seiten des Gerichts alle zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen sind, den Aufenthaltsort zu ermitteln. Ist dies aber nicht möglich und ist von einem dauerhaften Auslandsaufenthalt auszugehen, so kann gem. § 160 Abs. 3 FamFG von der Anhörung abgesehen werden.

Außerdem ist die Anhörung des sachlich und örtlich zuständigen Jugendamtes gem. § 162 Abs. 1 FamFG erforderlich. Dies erfolgt aber in der Regel bereits durch die Anregung zur Einleitung des Verfahrens gem. § 42 Abs. 3 S. 3 SGB VIII. Die örtliche Zuständigkeit des Jugendamtes zur Mitwirkung im gerichtlichen Verfahren ergibt sich aus § 87b, 86 Abs. 4 S. 2 SGB VIII (gewöhnlicher oder tatsächlicher Aufenthaltsort des Minderjährigen).

Wird ein Vormund bestellt, so ist gem. Art. 37 Ziff. B des Wiener Übereinkommens v. 24.3.1963 darüber die konsularische Vertretung des Herkunftslands zu informieren.⁴⁸³

Gegen die Vormundschaftsbestellung sind der Minderjährige und seine Eltern beschwerdeberechtigt. Das Jugendamt ist als Behörde ebenfalls beschwerdeberechtigt, nicht aber in der Funktion als Amtsvormund, es sei denn, es wendet sich gegen seine Auswahl als Vormund.⁴⁸⁴

VII. Alternativen zur Vormundschaftsbestellung

Wenn die elterliche Sorge ruht, darf sie von dem Elternteil nicht ausgeübt werden, § 1675 BGB. Die gerichtliche Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge stellt daher einen starken Eingriff in die Rechte der Eltern dar. Dies darf also nur erfolgen, wenn es keine mildereren, ebenso

482 KG Berlin, Beschluss v. 02.07.2012 – 16 WF 111/12, ZKJ 2012, 450.

483 *DIJuF-Rechtsgutachten 4.01.2016 - IA 1.101 Ho*, JAmt 2016, 140.

484 *Dürbeck*, FamRZ 2018, 553 (562).

geeigneten Möglichkeiten gibt.⁴⁸⁵ Folgende Alternativen zur Vormundschaftsbestellung werden nachfolgend dargestellt:

- Bestellung eines Pflegers
- Übertragung von Aufgaben der elterlichen Sorge auf die Pflegeperson
- Bestellung eines Beistands
- Bestellung eines Betreuers
- Zukünftig ggfls. ehrenamtlicher Vormund mit zusätzlichem Pfleger
- Erteilen einer Sorgerechtsvollmacht

1. Ergänzungspflegschaft

§ 42 Abs. 3 S. 4 SGB VIII sieht als Alternative für die Bestellung eines Vormunds, die Bestellung eines Pflegers vor.

Gem. § 1909 BGB erhält derjenige, der unter elterlicher Sorge oder unter Vormundschaft steht, für die Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern oder der Vormund verhindert sind, einen Pfleger.⁴⁸⁶ Eine Pflegschaft bezieht sich also immer nur auf einen Teilbereich der elterlichen Sorge oder einer Vormundschaft und ist von dem Bestand der elterlichen Sorge oder der Vormundschaft abhängig. Der Pfleger soll den nicht voll geschäftsfähigen Minderjährigen, in den Angelegenheiten schützen, in denen die Eltern oder der Vormund den Schutz nicht ausreichend gewährleisten können.⁴⁸⁷

Auf den ersten Blick erscheint der praktische Anwendungsbereich dieser Option als gering. Wenn die Eltern einen Teilbereich der elterlichen Sorge ausüben können, müssen sie (video-)telefonisch und postalisch erreichbar sein. Wenn sie dies sind, so könnte angenommen werden, dass sie auch alle Aufgaben der elterlichen Sorge verantwortlich übernehmen können. Wie bereits dargestellt ist dies aber vor allem im Hinblick auf die Erziehung und die Pflege des Minderjährigen nicht der Fall. Denkbar ist diese Variante aber auch für die Fälle, in denen sich die Eltern in einem bestimmten Themenfeld nicht auskennen

485 OLG Bremen, Beschluss v. 05.01.2018 – 4 UF 134/17, FamRZ 2018, 689 (691).

486 *Schneider*, in: MüKo, BGB, § 1909 Rn. 18.

487 *Schneider*, in: MüKo, BGB, § 1909 Rn. 1.

und diesbezüglich ausdrücklich wünschen, dass die Begleitung in diesem Bereich von einer anderen Person übernommen wird. In Frage käme beispielsweise der Bereich der Schul- und Berufsausbildung. Wenn die Eltern im Ausland der Auffassung sind, dass sie zu geringe Kenntnisse von dem deutschen Bildungssystem haben, und sich diese auch nicht aneignen können, so könnte für diesen Bereich ein Pfleger bestellt werden. Außerdem kommt eine Ergänzungspflegschaft beispielsweise für die Regelung sozialversicherungsrechtlicher Angelegenheiten oder die Entgegennahme und Abgabe von Anträgen und Erklärungen in gerichtlichen Verfahren in Betracht.⁴⁸⁸

Besteht die Verhinderung an der Ausübung der gesamten elterlichen Sorge für längere Zeit, hat das Familiengericht gem. § 1674 Abs. 1 BGB das Ruhen der elterlichen Sorge festzustellen und einen Vormund zu bestellen, § 1773 Abs. 1 BGB.⁴⁸⁹

Wenn nur ein Teil des Sorgerechts entzogen wurde oder ein Teilbereich der elterlichen Sorge ruht, kommt die Bestellung eines Pflegers für diese Teilbereiche in Betracht.⁴⁹⁰

Für den Bereich, für den ein Pfleger bestellt wird, wird die elterliche Sorge gem. § 1630 Abs. 1 BGB, § 1794 BGB eingeschränkt.⁴⁹¹ Der Pfleger darf in diesem Bereich also selbstständig Entscheidungen treffen. Sind die sorgeberechtigten Eltern und der Pfleger in einer Angelegenheit, die beide Zuständigkeitsbereiche betrifft, uneinig, so entscheidet das Familiengericht gem. § 1630 Abs. 2 BGB.⁴⁹² Das ist also beispielsweise der Fall, wenn die Personensorge dem Pfleger übertragen wurde und die Vermögenssorge bei den Eltern verblieben ist und eine Meinungsverschiedenheit über eine Angelegenheit besteht, die beide Bereiche betrifft.⁴⁹³

Für die Pflegschaft muss ein gegenwärtiges Bedürfnis bestehen. Pflegschaften sind also nicht rein vorsorglich einzurichten. Im Falle der un-

488 BGH, Beschluss v. 08.06.1988 – IVb ARZ 23/88, FamRZ 1988, 1259 (1260).

489 *Schneider*, in: MüKo, BGB, § 1909 Rn. 18.

490 *Schneider*, in: MüKo, BGB, § 1909 Rn. 7; *Völker/Clausius*, Das familienrechtliche Mandat - Sorge- und Umgangsrecht, § 1 Rn. 17.

491 *Schneider*, in: MüKo, BGB, § 1909 Rn. 45; *Huber*, in: MüKo, BGB, § 1630 Rn. 4.

492 *Schneider*, in: MüKo, BGB, § 1909 Rn. 47.

493 *Huber*, in: MüKo, BGB, § 1630 Rn. 6, 7.

begleiteten minderjährigen Flüchtlinge ist das Bedürfnis gesetzlich geregelt, und zwar in § 42 Abs. 3 S. 4 SGB VIII. Es geht darum das Kindeswohl zu schützen, wozu jederzeit eine Fürsorgeperson bereitstehen muss.⁴⁹⁴

Gem. § 1909 Abs. 1 BGB endet die Pflegschaft, wenn die elterliche Sorge oder die Vormundschaft endet. Außerdem endet sie, wenn die Angelegenheit, für die sie angeordnet wurde, endet, § 1918 Abs. 3 BGB. Ferner ist eine Beendigung durch gerichtlichen Aufhebungsbeschluss gem. § 1919 BGB möglich.⁴⁹⁵

a) Vorübergehende Verhinderung an Ausübung der gesamten elterlichen Sorge

aa) Bestellung eines Pflegers

Schneider ist der Auffassung, dass ein Pfleger (auch) dann zu bestellen ist, wenn beide Eltern nur vorübergehend an der Ausübung der gesamten elterlichen Sorge verhindert sind.⁴⁹⁶

bb) Bestellung eines Vormunds

Dies sehen Völker und Clausius anders. Ihrer Meinung nach ist in diesen Fällen kein Pfleger, sondern ein Vormund zu bestellen.⁴⁹⁷

cc) Eigene Ansicht

Gem. § 1773 BGB wird ein Vormund bestellt, wenn ein Minderjähriger nicht unter elterlicher Sorge steht, oder wenn die Eltern weder in den die Person noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Minderjährigen berechtigt sind. Gem. § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB wird ein Pfleger nur für die Angelegenheiten bestellt, an deren Besorgung die Eltern oder der Vormund verhindert sind. Die Pflegschaft bezieht sich also nur auf Teilbereiche der elterlichen Sorge.

494 Hierzu und zum Vorstehenden *Schneider*, in: MüKo, BGB, § 1909 Rn. 39.

495 *Schneider*, in: MüKo, BGB, § 1909 Rn. 63.

496 *Schneider*, in: MüKo, BGB, § 1909 Rn. 18.

497 *Völker/Clausius*, Das familienrechtliche Mandat - Sorge- und Umgangsrecht, § 1 Rn. 17.

Weder § 1773 BGB noch § 1909 BGB enthält eine Vorgabe, ob die Verhinderung für längere Zeit vorliegen muss. Ein Vormund wird unter anderem dann bestellt, wenn die elterliche Sorge gem. § 1674 BGB ruht. Dazu müssen die Eltern auf längere Zeit verhindert sein, die elterliche Sorge tatsächlich auszuüben. Eine Vormundschaftsbestellung wegen Ruhens der elterlichen Sorge erfolgt daher nur, wenn die Verhinderung für längere Zeit besteht. Ein Vormund wird aber nicht nur bestellt, wenn die elterliche Sorge ruht, sondern immer dann, wenn der Minderjährige nicht unter elterlicher Sorge steht oder die Eltern nicht zur Vertretung des Minderjährigen berechtigt sind. Das ist – abgesehen vom Ruhen der elterlichen Sorge – auch der Fall, wenn die Eltern verstorben sind oder ihnen das Sorgerecht entzogen wurde.⁴⁹⁸ Die erste Variante beschreibt einen dauerhaften Zustand. Die Entziehung der elterlichen Sorge ist aber auch aufgrund einer vorübergehenden Gefahrensituation möglich. Insofern ist die Vormundschaft zwar in der Regel, aber nicht ausschließlich für längerfristige Verhinderungen vorgesehen. Die Pflegschaft hingegen ist ausweislich des Wortlauts des § 1909 BGB ausdrücklich nur für einen Teilbereich der elterlichen Sorge vorgesehen. Eine – auch nur vorübergehende – Übertragung der gesamten elterlichen Sorge auf einen Pfleger lässt sich mit dem Wortlaut des § 1909 BGB nicht vereinbaren. Auch besteht kein Bedarf für eine analoge Anwendung des § 1909 BGB, weil auch in den Fällen der vorübergehenden Verhinderung ein Vormund bestellt werden kann, weil die Regelung des § 1773 BGB nicht vorgibt, dass die Verhinderung zwingend längerfristig bestehen muss.

Insofern ist bei der vorübergehenden Ausübung der gesamten elterlichen Sorge ein Vormund zu bestellen. Bei einer (vorübergehenden) Verhinderung eines Teilbereichs der elterlichen Sorge kommt die Bestellung eines Pflegers in Betracht.

b) Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bestellung

Es ist umstritten, ob die Bestellung eines Pflegers erst mit Zustellung der Entscheidung an die Eltern des Pflégelings wirksam wird.

⁴⁹⁸ Kemper, in: Schulz/Hauß, BGB, § 1773 Rn. 4.

aa) Zustellung an Eltern nur nötig, wenn Eltern Beteiligte des Verfahrens sind

Hoffmann ist der Auffassung, dass eine Zustellung der Entscheidung im Bestellungsverfahren an die Eltern nur erforderlich ist, wenn die Eltern Beteiligte des Bestellungsverfahrens geworden sind, weil das Familiengericht sie gem. § 7 Abs. 2 FamFG zu dem Verfahren hinzugezogen hat.⁴⁹⁹ Dies sei aber regelmäßig nicht der Fall. Ist von einem Familiengericht über den Entzug der elterlichen Sorge gem. §§ 1666, 1666a BGB und über die Anordnung einer Vormund- oder Pflegschaft und über die Bestellung eines Pflegers zu entscheiden, so würden die Eltern in der Regel nur in dem Verfahren über die Entziehung der elterlichen Sorge gem. § 1666, 1666a BGB hinzugezogen. Auch der Umstand, dass über die Bestellung eines Pflegers der Rechtspfleger zu entscheiden habe und nicht der Richter, zeige, dass hier eine unterschiedliche Handhabung naheliege.⁵⁰⁰

bb) Bestellung erst wirksam nach Zustellung der Entscheidung an Eltern

Die Verwaltungsgerichte sind hingegen der Auffassung, dass die Bestellung zum Pfleger erst wirksam wird, wenn die Entscheidung dem noch sorgeberechtigten Elternteil zugestellt wurde, weil die Bestellung zum Pfleger gem. § 1630 Abs. 1 BGB dazu führe, dass die Eltern ihr Sorgerecht in dem Umfang verlieren, in dem der Pfleger bestellt wurde.⁵⁰¹ Dies ergebe sich aus § 40 Abs. 1 FamFG.⁵⁰² Insofern müsste die Entscheidung über die Pflegerbestellung nach dieser Ansicht den Eltern im Ausland zugestellt werden.

cc) Eigene Ansicht

Der Beschluss zur Bestellung eines Pflegers ist auch den Eltern des Pflégelings zuzustellen.

499 Hoffmann, JAmt 2012, 244 (247); Hoffmann, JAmt 2012, 46.

500 Hoffmann, JAmt 2012, 46.

501 OVG Lüneburg, Beschluss v. 24.06.2011 – 4 OB 132/11, JAmt 2012, 46 (47); Beschluss v. 05.05.2011 – 4 OB 117/11, JAmt 2012, 45.

502 OVG Lüneburg, Beschluss v. 24.06.2011 – 4 OB 132/11, JAmt 2012, 46.

Hoffmann legt zutreffend dar, dass die Zuständigkeitsregelungen vorsehen, dass der Richter für den Entzug des Sorgerechts zuständig ist und es sodann Sache des Rechtspflegers ist, einen Vormund oder Pfleger zu bestellen. Nach § 3 Nr. 2a RPflG ist zunächst der Rechtspfleger für das Sorgerechtsverfahren nach § 151 Nr. 1 FamFG zuständig. Hat er das Ruhen der elterlichen Sorge festgestellt, bestimmt § 14 Abs. 1 Nr. 10 RPflG, dass der Richter für die Anordnung der Pflegschaft zuständig ist, während für die Bestellung des Pflegers wiederum gem. § 3 Nr. 2a RPflG iVm § 151 Nr. 5 FamFG der Rechtspfleger zuständig ist. Dürbeck beschreibt diese Regelungen als „Zuständigkeitschaos“ und regt – ebenso wie Heilmann – an, dass der Richter gem. § 6 RPflG wegen Sachzusammenhangs auch das Sorgerechts- und das Auswahlverfahren an sich zieht.⁵⁰³ Ergehen die Entscheidungen sodann nicht separat, sondern in einem Beschluss, ist dieser in jedem Fall gem. § 40 FamFG sowohl den (bis dahin) sorgeberechtigten Eltern als auch dem bestellten Pfleger zuzustellen und wird erst wirksam, wenn er beiden zugegangen ist, weil dieser dann seinem wesentlichen Inhalt nach genauso für die bisher sorgeberechtigten Eltern bestimmt ist, denn diesen werden dann durch diesen Beschluss ihre Rechte gem. § 1630 Abs. 1 BGB entzogen.

Aber selbst, wenn die Entscheidung über das Ruhen des Sorgerechts und über die Bestellung des Pflegers in separaten Verfahren ergehen, so ist die Entscheidung über die Bestellung des Pflegers auch den Eltern des Pflégglings zuzustellen. Gem. § 40 Abs. 1 FamFG wird der Beschluss mit Bekanntgabe an den Beteiligten, für den er seinem wesentlichen Inhalt nach bestimmt ist, wirksam. Der Beschluss über die Bestellung zum Pfleger ist seinem wesentlichen Inhalt nach zunächst einmal für den Pfleger bestimmt und muss daher zum Wirksamwerden auch diesem zugehen. Der Beschluss ist aber auch für die Eltern des Pflégglings bestimmt, denn auch für diese ergeben sich aus der Bestellung eines Pflegers – unabhängig von dem Entzug oder der Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge – weitreichende Konsequenzen. Auch wenn ihnen vorab das Sorgerecht für einen Teilbereich entzogen wurde, steht den Eltern ein Umgangsrecht gem. § 1684 Abs. 1 2. HS

503 Heilmann, in: Heilmann, PK KindschaftsR, RPflG, § 14 Rn. 22; Dürbeck, ZKJ 2019, 208 (210).

BGB zu, so dass sich die Eltern diesbezüglich mit dem bestellten Pfleger abstimmen müssen. Dazu müssen sie wissen, wer als Pfleger eingesetzt wurde. Daher ist ihnen der Beschluss zuzustellen.

c) Ergänzungspfleger / Mitvormund zur Vertretung in ausländerrechtlichen Angelegenheiten

Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge benötigen eine umfassende rechtliche Unterstützung insbesondere in asyl- und ausländerrechtlichen Angelegenheiten. Für sie stellt sich vor allem die Frage, ob eine Asylantragstellung sinnvoll und aussichtsreich ist. Jugendämter haben in der Vergangenheit gerügt, dass ihre Mitarbeiter, denen die Aufgaben des Amtsvormundes übertragen werden, über nicht ausreichende Kenntnisse im Asyl- und Ausländerrecht verfügen, um die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge in diesem Bereich ausreichend zu vertreten.

aa) Bisheriger Meinungsstreit

Zum Ausgleich dieser fehlenden Fachkenntnisse wurde vorwiegend in Hessen neben dem Amtsvormund ein Rechtsanwalt als Ergänzungspfleger für die Vertretung in asyl- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren bestellt.⁵⁰⁴

Der BGH hat jedoch mit Beschluss vom 29.05.2013 in zwei gleichgelagerten Fällen entschieden, dass kein Ergänzungspfleger zu bestellen sei.⁵⁰⁵ Der Amtsvormund sei weder aus rechtlichen noch aus tatsächlichen Gründen daran gehindert, den Mündel in ausländer- oder asylrechtlichen Angelegenheiten zu vertreten.⁵⁰⁶ Der Amtsvormund habe vielmehr etwaig erforderliche rechtliche Beratung durch Beauftragung eines Rechtsanwaltes – erforderlichenfalls im Rahmen von Beratungs-

504 *González Méndez de Vigo*, in: DIJuF - Forum für Fachfragen, Themengutachten DIJuF-Rechtsgutachten, Vormundschaft für unbegleitete minderjährige Ausländer/innen/Flüchtlinge, Rn. 11.

505 BGH, Beschluss v. 29.05.2013 – XII ZB 530/11, NJW 2013, 3095 (3097); Beschluss v. 29.05.2013 – XII ZB 124/12, JAmt 2013, 426 (428).

506 BGH, Beschluss v. 29.05.2013 – XII ZB 530/11, NJW 2013, 3095 (3096); so auch OLG Karlsruhe, Beschluss v. 05.03.2012 – 18 UF 274/11, FamRZ 2012, 1955 (1957).

oder Prozesskostenhilfe – einzuholen.⁵⁰⁷ Auch Eltern würden nicht in allen Bereichen über die erforderlichen Rechtskenntnisse verfügen. Würde ein Ergänzungspfleger für diese Aufgaben bestellt, müsste konsequenterweise auch den Eltern, wenn sie nicht über die Fachkenntnisse verfügen, das Sorgerecht teilweise entzogen werden. Eine Besserstellung eines unbegleiteten Flüchtlings gegenüber einem begleiteten Flüchtling sei nicht geboten. Diese Entscheidung verstoße auch nicht gegen die UN-Kinderrechtskonvention. Der BGH hat dabei offengelassen, ob sich aus den Regelungen der UN-Kinderrechtskonvention ein Gebot ergibt, dass ein mittelloses unbegleitetes Kind neben der Bestellung eines Vormunds unentgeltlichen Zugang zu einem Rechtsbeistand erhalten soll, weil dieser Zugang in Deutschland durch das System der Beratungs- und Prozesskostenhilfe ohnehin gewährleistet sei.

Im Juni 2013 wurde im Rahmen des sog. Asylpakets die Richtlinie 2013/33/EU (Aufnahmerichtlinie) und die Richtlinie 2013/32/EU (Verfahrensrichtlinie) und die Verordnung [EU] Nr. 604/2013 (Dublin-III-Verordnung) erlassen. Die Aufnahmerichtlinie und die Verfahrensrichtlinie hätten bis zum 20.07.2015 umgesetzt werden müssen. Die Dublin-III-Verordnung ist seit dem 1.01.2014 anzuwenden.

Zu der Frage der Vertretung der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge enthalten diese Richtlinien und die Verordnung folgende Regelungen:

Art. 6 Abs. 2 der Dublin III-Verordnung:

„Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass ein unbegleiteter Minderjähriger in allen Verfahren, die in dieser Verordnung vorgesehen sind, von einem Vertreter vertreten und/oder unterstützt wird. **Der Vertreter verfügt über die entsprechenden Qualifikationen und Fachkenntnisse**, um zu gewährleisten, dass dem Wohl des Minderjährigen während der nach dieser Verordnung durchgeführten Verfahren Rechnung getragen wird. Ein solcher Vertreter hat Zugang zu dem Inhalt der einschlägigen Dokumente in der Akte des Antragstellers einschließlich des speziellen Merkblatts für unbegleitete Minderjährige.

Dieser Absatz lässt die entsprechenden Bestimmungen in Artikel 25 der Richtlinie 2013/32/EU unberührt.“

507 Hierzu und zur folgenden Argumentation BGH, Beschluss v. 29.05.2013 – XII ZB 530/11, NJW 2013, 3095 (3097).

Art. 25 RL 2013/32 EU:

„Bei allen Verfahren nach Maßgabe dieser Richtlinie und unbeschadet der Bestimmungen der Artikel 14 bis 17

- a) ergreifen die Mitgliedstaaten so bald wie möglich Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass ein Vertreter den unbegleiteten Minderjährigen vertritt und unterstützt, damit dieser die Rechte aus dieser Richtlinie in Anspruch nehmen und den sich aus dieser Richtlinie ergebenden Pflichten nachkommen kann. Der unbegleitete Minderjährige wird unverzüglich über die Bestellung des Vertreters unterrichtet. **Der Vertreter nimmt seine Aufgaben im Interesse des Kindeswohls wahr und verfügt hierfür über die erforderliche Fachkenntnis.** Die als Vertreter bestellte Person wird nur ausgewechselt, wenn dies notwendig ist. Organisationen oder Personen, deren Interessen mit den Interessen des unbegleiteten Minderjährigen in Konflikt stehen oder stehen könnten, kommen als Vertreter nicht in Frage. Bei dem Vertreter kann es sich auch um einen Vertreter im Sinne der Richtlinie 2013/33/EU handeln
- b) stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass der Vertreter Gelegenheit erhält, den unbegleiteten Minderjährigen über die Bedeutung und die möglichen Konsequenzen seiner persönlichen Anhörung sowie gegebenenfalls darüber aufzuklären, wie er sich auf seine persönliche Anhörung vorbereiten kann. **Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass ein Vertreter und/oder ein Rechtsanwalt oder ein sonstiger nach nationalem Recht zugelassener oder zulässiger Rechtsberater bei dieser Anhörung anwesend ist** und innerhalb des von der anhören- den Person festgelegten Rahmens Gelegenheit erhält, Fragen zu stellen und Bemerkungen vorzubringen.“

Art. 24 Abs. 1 RL 2013/33 EU:

„Die Mitgliedstaaten sorgen so bald wie möglich dafür, dass ein Vertreter bestellt wird, der den unbegleiteten Minderjährigen vertritt und unterstützt, damit dieser die Rechte aus dieser Richtlinie in Anspruch nehmen und den sich aus dieser Richtlinie ergebenden Pflichten nachkommen kann. [...] **Der Vertreter muss seine Aufgaben im Einklang mit dem Grundsatz des Kindeswohls gemäß Artikel 23 Absatz 2 wahrnehmen und entsprechend versiert sein.** [...]“

(Hervorhebungen in Fettdruck durch Verfasser)

Das AG Gießen hatte, nachdem die vorstehenden Regelungen erlassen worden waren, entschieden, dass ein Ergänzungspfleger zu bestellen sei. Das AG Gießen war der Auffassung, dass sich aus Art. 6 der Dublin III-Verordnung, aus Art. 24 RL 2013/33 EU und Art. 25 RL 2013/32/EU ergibt, dass der Vormund selbst über die Spezialkennt-

nisse verfügen müsse, um den Mündel in den asyl- und ausländerrechtlichen Fragestellungen zu vertreten.⁵⁰⁸

Auch das DIJuF hat im Rahmen eines Rechtsgutachtens dargelegt, dass ein Ergänzungspfleger zu bestellen sei, wenn der Vormund nicht über das entsprechende Fachwissen verfüge.⁵⁰⁹

Der BGH hat sodann im Rahmen eines obiter dictums in einer Entscheidung, die danach erging, mitgeteilt, dass er – auch angesichts dieser Regelungen – an seiner Rechtsauffassung festhält.⁵¹⁰ Nach Ansicht des BGH wird die in den Regelungen der Richtlinien und der Verordnung vorgesehene sachkundige Vertretung des unbegleiteten Minderjährigen durch das Jugendamt als Vormund gewährleistet. Aus dem Wortlaut von Art. 25 Abs. 1b, Abs. 2 RL 2013/32/EU ergebe sich, dass der für den Minderjährigen zu bestellende Vertreter gerade nicht Rechtsanwalt sein müsse. Denn dort sei geregelt, dass bei der Anhörung „ein Vertreter und/oder ein Rechtsanwalt“ anwesend sein müsse.

Die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung ist dieser Vorgabe des BGH sodann gefolgt. Uneinheitlich wurde jedoch die Frage beurteilt, ob anstelle eines Ergänzungspflegers ein Mitvormund bestellt werden könne, der über entsprechende asyl- und ausländerrechtliche Kenntnisse verfügt.

aaa) Bestellung eines Mitvormunds nicht möglich

Der 2. Zivilsenat des OLG Frankfurt ließ diese Frage noch ausdrücklich offen.⁵¹¹ Der 1., 3. und der 5. Senat des OLG Frankfurt lehnten die Bestellung eines Mitvormundes unter Verweis auf die Argumentation des BGH ab. Sie wiesen ferner darauf hin, dass die Jugendämter verpflichtet seien, ihr Personal hinreichend zu schulen.⁵¹²

508 AG Gießen, Beschluss v. 21.08.2013 – 249 F 1635/13 VM, 249 F 1717/13 PF, juris, Rn. 11.

509 *DIJuF-Rechtsgutachten 23.10.2013 - V 1.110 Go*, JAmt 2014, 144 (146).

510 Zum gesamten Gedanken BGH, Beschluss v. 04.12.2013 – XII ZB 57/13, JAmt 2014, 161 (162).

511 OLG Frankfurt, Beschluss v. 08.11.2013 – 2 UF 320/13, JAmt 2014, 165 (166).

512 OLG Frankfurt, Beschluss v. 23.01.2015 – 3 UF 341/14, juris, Rn. 10; Beschluss v. 10.09.2014 – 1 UF 211/14, FamRZ 2015, 680 (681); Beschluss v. 17.06.2014 – 5 UF 112/14, NJW-RR 2014, 1222 (1223); Beschluss v. 02.12.2013 – 5 UF 310/13, JAmt 2014, 170 (172); *Dürbeck*, ZKJ 2014, 266 (271).

Der 2. Zivilsenat des OLG Bamberg⁵¹³ und der 9. Senat des OLG Nürnberg⁵¹⁴ haben die Bestellung eines Mitvormunds ebenfalls mit der Begründung abgelehnt, dass gem. § 1775 S. 2 BGB in der Regel nur ein Vormund zu bestellen sei. Ein Mitvormund könne nur bestellt werden, wenn dafür besondere Gründe vorlägen. Fehlende Kenntnisse im Bereich des Ausländer- und Asylverfahrensrechts reichen nach Auffassung der beiden Gerichte nicht, denn der Vormund könne diesbezüglich einen Rechtsanwalt im Rahmen von Prozesskostenhilfe oder Beratungshilfe hinzuziehen. Der Senat des OLG Bamberg hat keine Anhaltspunkte dafür gesehen, dass dies in der Praxis nicht funktioniere. Auch das internationale Recht schreibe keine andere Vorgehensweise vor. Auch aus dem Wortlaut der Richtlinien ergäbe sich, dass nur eine Person zu bestellen sei und nicht mehrere.

bbb) Bestellung eines Ergänzungspflegers möglich

Das AG Heidelberg hat noch darauf hingewiesen, dass der Vertreter entscheiden müsse, ob der Minderjährige einen Asylantrag stellt. Dazu müsse er die nach Art. 5 Dublin III-VO vorgesehene Anhörung mit dem Minderjährigen vorbereiten, die Protokolle prüfen, ärztliche Unterlagen und Beweismittel in das Verfahren einführen und Fristen wahren.⁵¹⁵ Der Vertreter müsse nicht Rechtsanwalt sein, um diese Aufgaben wahrnehmen zu können, es könne auch eine andere Person sein, die über diese Kenntnisse verfüge.⁵¹⁶ Letztlich hat das AG Heidelberg die Bestellung eines Ergänzungspflegers trotz der entgegenstehenden Entscheidung des BGH für zulässig angesehen und dies mit der unmittelbaren Geltung der EU-Richtlinien begründet.⁵¹⁷ Die Entscheidung des AG Heidelberg erging einen Tag nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die EU-Asyl-Verfahrensrichtlinie (RL 2013/32/EU). Da diese innerhalb der Frist nicht umgesetzt wurde, hat das AG Heidelberg sie unmittelbar angewendet.

513 OLG Bamberg, Beschluss v. 13.08.2015 – 2 UF 140/15, FamRZ 2016, 152 (153).

514 OLG Nürnberg, Beschluss v. 07.12.2015 – 9 UF 1276/15, JAmt 2016, 103 (104).

515 AG Heidelberg, Beschluss v. 21.07.2015 – 31 F 67/15, JAmt 2015, 578 (580).

516 AG Heidelberg, Beschluss v. 21.07.2015 – 31 F 67/15, JAmt 2015, 578 (581).

517 AG Heidelberg, Beschluss v. 21.07.2015 – 31 F 67/15, JAmt 2015, 578 (580).

ccc) Bestellung eines Mitvormunds möglich

Der 6. Familiensenat des OLG Frankfurt⁵¹⁸ und der 7. Zivilsenat des OLG Bamberg⁵¹⁹ hatten ausgeführt, dass das Gericht nicht ohne eigene konkrete Feststellungen im Einzelfall annehmen könne, dass eine sachkundige Vertretung durch das Jugendamt als Vormund gewährleistet sei. Das OLG Frankfurt führte weiter aus, dass sich aus Art. 6 Abs. 2 der Dublin-III-VO ergebe, dass einem unbegleiteten Minderjährigen ein Vertreter zur Seite zu stellen sei, der selbst über entsprechende Qualifikationen und Fachkenntnisse in ausländerrechtlichen Fragen verfüge. Es sei nicht ausreichend, dass dem Minderjährigen ein Vertreter bestellt werde, der keine Kenntnisse in Asylverfahren aufweisen könne, da es sonst von dessen Entscheidung abhinge, ob der Minderjährige einen geeigneten Vertreter für bestimmte Rechtshandlungen oder Verfahren erhält.⁵²⁰ Die Dublin-III-VO war zu diesem Zeitpunkt bereits anwendbar. Das OLG Frankfurt legt weiter dar, dass unbegleitete minderjährige Flüchtlinge ausweislich der europäischen Regelungen besser geschützt werden sollten. Damit liege ein wichtiger Grund nach § 1775 BGB vor, wonach von dem Grundsatz der Einzelvormundschaft abgewichen werden könne und ein Mitvormund zu bestellen sei.⁵²¹ Das OLG Frankfurt hatte auch darauf hingewiesen, dass sich auch aus Art. 25 Abs. 1a der RL 2013/32/EU ergebe, dass dem Minderjährigen ein Vertreter zur Seite zu stellen sei, der selbst über die erforderlichen Fachkenntnisse verfüge. Diese Richtlinie war zu dem Zeitpunkt der Entscheidung der beiden Gerichte noch nicht umgesetzt, die Umsetzungsfrist (20.07.2015) war noch nicht abgelaufen.⁵²² Eine weitere diesbezügliche Entscheidung des OLG Frankfurt erging jedoch nach Ablauf der Umsetzungsfrist.⁵²³ Das OLG Frankfurt und das OLG Bamberg sind der Auffassung, dass die Bestellung eines Mit-

518 OLG Frankfurt, Beschluss v. 08.01.2015 – 6 UF 292/14, juris, Rn. 17; Beschluss v. 19.02.2014 – 6 UF 28/14, NJW 2014, 3111 (3113); Beschluss v. 28.01.2014 – 6 UF 289/13, JAmt 2014, 166 (169).

519 OLG Bamberg, Beschluss v. 07.01.2015 – 7 UF 261/14, FamRZ 2015, 682.

520 OLG Frankfurt, Beschluss v. 08.01.2015 – 6 UF 292/14, juris, Rn. 19.

521 OLG Frankfurt, Beschluss v. 08.01.2015 – 6 UF 292/14, juris, Rn. 15.

522 OLG Frankfurt, Beschluss v. 08.01.2015 – 6 UF 292/14, juris, Rn. 21.

523 OLG Frankfurt, Beschluss v. 20.04.2016 – 6 UF 77/16, NZFam 2016, 909.

vormunds zulässig ist, wenn der Amtsvormund nicht über ausreichende asyl- und ausländerrechtliche Kenntnisse verfügt.

Auch in der Literatur wurde die Bestellung eines Mitvormundes teilweise für möglich gehalten.

Hocks führt an, dass sich die Vormundschaft insofern von der Elternschaft unterscheide, als dass der Vormund eine Aufgabe der Allgemeinheit übernehme. Die Eingriffsschwelle liege daher niedriger als beim Elternrecht. Das Kindeswohl gebiete es daher, dem Minderjährigen einen fachlich qualifizierten Vertreter zur Seite zu stellen.⁵²⁴

Bienwald ist ebenfalls der Ansicht, dass an einen Vormund durchaus andere Anforderungen gestellt werden müssen als an die Eltern. Denn ein Minderjähriger könne sich seine Eltern nicht aussuchen. Ob sie zur Pflege und Erziehung geeignet sind, wird vor der Geburt nicht überprüft. Kämen diese ihrer elterlichen Verantwortung nicht nach, so stünden verschiedene Hilfen zur Verfügung. Gem. § 1779 BGB habe das Gericht hingegen bei der Bestellung eines Vormundes eine zur Führung der Vormundschaft geeignete Person auszuwählen und zu bestellen. Ein Vormund müsse sowohl nach den persönlichen Verhältnissen und der eigenen Vermögenslage geeignet sein, also auch hinsichtlich der konkreten Anforderungen der bestimmten Vormundschaft. Nicht jede Person könne jedes Kind betreuen. Es seien je nach Betreuungsfall bestimmte Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich. Je nach Größe des jeweiligen Jugendamtes könnten diese Spezialkenntnisse dort vorhanden sein, wenn nicht, müssten Spezialisten beauftragt werden. Das scheitere aber teilweise daran, dass dem Jugendamt die Kapazitäten für die Überwachung der beauftragten Person fehlen und Sorge vor einer entsprechenden Haftung bei Fehlverhalten der beauftragten Person bestünde. Würde das Gericht den Spezialisten als Mitvormund bestellen, so wäre es die Aufgabe des Gerichts, den Mitvormund zu kontrollieren. Da der Mitvormund dann aber auch aus der Justizkasse zu bezahlen sei, könne dies auch ein Grund für die Gerichte sein, diesen Weg nicht zu wählen. Denn wird der Spezialist von dem Jugendamt beauftragt, ist er auch vom Jugendamt zu bezahlen.⁵²⁵

524 Hocks, JAmt 2013, 429.

525 Bienwald, FamRZ 2013, 1208 (1209).

Auch Heiß und Weissinger halten die Berufung eines Mitvormundes vor dem Hintergrund, dass das Familiengericht gem. § 1779 BGB einen geeigneten Vormund auszuwählen hat, für zulässig, wenn der Amtsvormund darlegt, dass er zur Führung der Vormundschaft in einem bestimmten Bereich nicht geeignet ist.⁵²⁶ Weissinger bezieht sich diesbezüglich auf die europarechtlichen Vorgaben. Für die Zukunft müssten entsprechende Schulungen durchgeführt werden, um die Mitarbeiter des Jugendamtes für diese Aufgabe zu befähigen oder entsprechendes Fachpersonal durch das Jugendamt eingestellt werden, das der geänderten Rolle des Amtsvormunds „vom sozialpädagogisch geschulten Ansprechpartner hin zum Mediator zwischen Kind, Eltern, Pflegeeltern, Behörden und Gerichten“, gerecht wird.⁵²⁷

Häufig wird vertreten, dass die Argumentation des BGH, der Minderjährige könne Unterstützung im Wege der Beratungs- und Prozesskostenhilfe erlangen, nicht mit dem staatlichen Schutzauftrag vereinbar sei.⁵²⁸ Die europarechtlichen Vorgaben stünden dem entgegen, da diese verlangten, dass der Vertreter selbst über diese Fachkenntnisse verfüge. Außerdem legen Hocks und Etzold dar, dass die Vertretung des Minderjährigen mehr erfordere, als im Rahmen von Beratungs- und Prozesskostenhilfe geleistet werden könne. Es sei eine umfangreiche und langwierige Betreuung erforderlich, die vor einer etwaigen Asylantragstellung beginnt und auch über ein verwaltungsgerichtliches Urteil über den Asylanspruch hinweg andauere. Dazu zählen auch die Vorbereitung und Begleitung der Anhörung beim Bundesamt. Die Bedeutung der aufenthaltsrechtlichen Fragen erstreckte sich auf nahezu alle Lebensbereiche des Mündels, so dass eine längerfristige, rechtlich versierte Betreuung erforderlich sei. Der durch Beratungs- oder Prozesskostenhilfe tätig gewordene Rechtsanwalt werde lediglich punktuell aktiv, sodass beispielsweise das vom Bleiberecht unabhängige Asylverfahren nicht berücksichtigt werde. Auch die Frage, an welchen Stellen überhaupt ein Rechtsanwalt sinnvollerweise einzuschalten sei, müsse innerhalb der teilweise stark verkürzten Rechtsmittelfristen im Ausländerrecht erfolgen, was für einen rechtlich nicht versierten Ver-

526 Heiß, NZFam 2014, 806.

527 Weissinger, Rpfleger 2017, 8 (11–13).

528 Etzold, FamRZ 2016, 609 (612); Riegner, NZFam 2014, 150 (153); Hocks, JAmt 2013, 429.

treter schwer sein dürfte. Es könne daher zwar nicht von vornherein nur ein Jurist bestellt werden, wenn aber das Jugendamt als Amtsvormund darlegt, nicht über die ausreichenden Fachkenntnisse zu verfügen, müsse dies vom Gericht berücksichtigt werden.

Etzold weist ferner darauf hin, dass der Vergleich mit den vorherigen Richtlinien, die nunmehr ersetzt wurden, zeige, dass für die Minderjährigen ein sachkundiger Vertreter zu bestellen sei und nicht ein Vertreter, der sodann wiederum einen versierten Vertreter beauftragt. Art. 17 Abs. 1a) RL 2005/85/EG sah vor, dass dem Minderjährigen ein Vertreter zu bestellen sei, „der den unbegleiteten Minderjährigen bei der Prüfung des Antrags vertritt oder unterstützt“. Gem. Art. 19 Abs. 1 RL 2003/9 EG konnte das auch ein Vormund sein. Mithin gingen diese Regelungen von einer Personenverschiedenheit von beratender Person und Vormund aus. Auch wurden keine verfahrensbezogenen Fachkenntnisse in der Person des Vormunds verlangt. Die Richtlinien wurden dahingehend geändert, dass schon der Vertreter, also der Vormund, über die Fachkenntnisse zu verfügen habe.⁵²⁹

ddd) Entscheidung des BGH

Der BGH hat in einer zweiten Entscheidung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es seiner Auffassung nach im Fall der fehlenden Sachkunde in asyl- und ausländerrechtlichen Fragestellungen kein Bedürfnis und keine rechtliche Notwendigkeit gebe, einen Mitvormund zu bestellen. Fehlende juristische Sachkunde müsse durch geeignete Rechtsberatung und anwaltliche Vertretung im Verfahren gegebenenfalls mittels Beratungshilfe oder Prozesskostenhilfe eingeholt werden. Auch Art. 6 der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 sowie Art. 25 der RL 2013/32/EU und Art. 24 der RL 2013/33/EU führen nach Auffassung des BGH zu keinem anderen Ergebnis. Der Vormund müsse nicht alle für den Mündel anfallende Angelegenheiten in eigener Person erledigen. Vor allem in medizinischen und rechtlichen Fragestellungen habe er externe Beratung einzuholen. Der Vormund solle die Eltern ersetzen, die in diesen Situationen auch Hilfe von Dritten annehmen müssten. Das Jugendamt sei aufgrund seiner Fachkompetenz

529 Etzold, FamRZ 2016, 609 (611).

in besonderer Weise geeignet, die Vormundschaft wahrzunehmen. Auch die europarechtlichen Regelungen erforderten keine Besserstellung von unbegleiteten Flüchtlingen gegenüber Minderjährigen, die mit ihren Eltern eingereist sind. Die von den europarechtlichen Regelungen bezweckte Rechtsschutzgleichheit werde in Deutschland durch das System der Beratungs- und Prozess-/Verfahrenskostenhilfe ausreichend gewährleistet. Minderjährige Flüchtlinge seien dadurch mit inländischen Minderjährigen gleichgestellt.⁵³⁰

eee) Gesetzliche Klärung durch Neuregelung in § 42 Abs. 2 S. 5 SGB VIII?

Durch das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20.07.2017 wurde in § 42 Abs. 2 S. 5 SGB VIII aufgenommen, dass das Jugendamt während der Inobhutnahme eines unbegleiteten Minderjährigen verpflichtet ist, für das Kind die unverzügliche Stellung eines Asylantrages zu bewirken. Es wird die Auffassung vertreten, dass der Gesetzgeber damit dem Jugendamt die Aufgabe zugewiesen hat, asylrechtliche Angelegenheiten für das Kind zu klären. Die Jugendämter seien als hierfür geeignet anzusehen.⁵³¹

Schwamb legt dar, dass dies dann nicht gelten kann, wenn sich das Jugendamt selbst für nicht ausreichend befähigt hält und dies nachvollziehbar darlegt.⁵³² Die Neuregelung in § 42 Abs. 2 S. 5 SGB VIII reiche nicht, um der sich aus den europäischen Regelungen ergebenden Verpflichtung, die unbegleiteten Minderjährigen durch versierte Vertreter zu schützen, gerecht zu werden. Die Jugendämter müssten zunächst in die Lage versetzt werden, dieser Aufgabe auch gerecht zu werden. Die Vertreter der Minderjährigen sollten auch prüfen, ob es überhaupt sinnvoll ist, für den Minderjährigen einen Asylantrag zu stellen. Denn wenn dieser aussichtslos ist, sollte dem Minderjährigen die Belastung des Verfahrens erspart bleiben. Es müsse geprüft werden, ob ein Abschiebungsverbot die geeignete Maßnahme darstellt oder ob ein isolierter Antrag nach § 60 AufenthG zu stellen ist. Für die Prüfung dieser Fragestellungen benötige der unbegleitete Minderjährige einen Vertre-

530 BGH, Beschluss v. 13.09.2017 – XII ZB 497/16, FamRZ 2017, 1938 (1939).

531 Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (561).

532 Hierzu und zu den folgenden Aussagen Schwamb, FamRZ 2018, 984 (985).

ter, der sich mit den asyl- und ausländerrechtlichen Fragestellungen auskennt.

Der Auffassung von Schwamb ist insofern zuzustimmen, als dass es auf die konkrete Befähigung der beauftragten Person ankommen muss. Die europäischen Regelungen beinhalten diesbezüglich jedoch keine konkrete Verpflichtung. Dies wird näher unter F.VII.1.c(bb)bbb) ausgeführt.

fff) Reformvorhaben

Dürbeck weist darauf hin, dass der Umstand, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Reform zum Vormundschaftsrecht die in § 1775 S. 2 BGB geregelte Mitvormundschaft abzuschaffen plant, dafür spreche, dass der Gesetzgeber keine Mitvormundschaften in den Fällen der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge wünscht. Die Möglichkeit, einen Ergänzungspfleger zu bestellen, soll bleiben, allerdings soll diese nur anwendbar sein, wenn ein ehrenamtlicher Vormund bestellt wurde.⁵³³

Schwamb erwidert diesbezüglich nachvollziehbar, dass ein Gesetzesvorhaben, das sich nur im Stadium eines Diskussionsentwurfs befindet, nicht zur Auslegung herangezogen werden könne. Der BGH habe zwar beim letzten Verfahren die Vorlage an den EuGH abgelehnt, der Rechtsstreit habe sich aber noch nicht erledigt. Es bleibe abzuwarten, ob nicht zukünftig der EuGH doch noch die Gelegenheit zur Stellungnahme erhält.⁵³⁴

bb) Stellungnahme

Für die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge, die regelmäßigen Kontakt zu ihren Eltern im Ausland haben, kommt die Bestellung eines Mitvormunds nicht in Betracht. Denn solange der regelmäßige Kontakt zu den Eltern besteht und diese ihre Aufgaben der elterlichen Sorge selbst wahrnehmen, wird für den Minderjährigen kein Vormund und somit auch kein Mitvormund bestellt.

⁵³³ Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (561).

⁵³⁴ Schwamb, FamRZ 2018, 984 (986).

Interessant ist dieser Rechtsstreit für sie aber im Hinblick auf die Möglichkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers. Wenn die Eltern im Ausland zwar die Aufgaben der elterlichen Sorge wahrnehmen, aber nicht über die ausreichenden Kenntnisse im Asyl- und Ausländerrecht verfügen, wäre die Idee naheliegend, für diese Zwecke einen Ergänzungspfleger zu bestellen. Der BGH hat die Bestellung eines Ergänzungspflegers zusätzlich zu dem Jugendamt als Amtsvormund jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass der Vertreter nicht selbst über die erforderlichen Fachkenntnisse im Asyl- und Aufenthaltsrecht verfügen muss. Er könne und müsse sich diese Kenntnisse durch Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes einholen.⁵³⁵ Diese Argumentation lässt sich auf die sich im Ausland aufhaltenden Eltern übertragen. Es ist daher davon auszugehen, dass der BGH derzeit die Bestellung eines Ergänzungspflegers in dem Fall ablehnen würde und die Eltern auf die Beauftragung eines Rechtsanwaltes im Rahmen der Beratungs- und/oder Prozesskostenhilfe verweisen würde.

Für die Rechte der Eltern, die keinen regelmäßigen Kontakt zu den eingereisten Minderjährigen haben, bezüglich derer also ein Vormund bestellt wurde, macht es keinen Unterschied, ob zusätzlich zu dem Vormund noch ein Ergänzungspfleger oder Mitvormund bestellt wird oder nicht, denn sie verlieren ihr Mitbestimmungsrecht und ihre Einwirkungsmöglichkeit in allen diesen Fällen.

Für die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge, die keinen regelmäßigen Kontakt zu ihren Eltern haben, oder deren Eltern über keine ausreichenden Kenntnisse im Asyl- und Ausländerrecht verfügen ist eine rechtlich versierte Vertretung jedoch wünschenswert, damit ihre Interessen bestmöglich vertreten werden.

aaa) Vergleich zur Vermögensverwaltung

Es ist anerkannt, dass in den Fällen einer schwierigen Vermögensverwaltung grundsätzlich die Bestellung eines Mitvormundes zulässig ist. Das OLG Düsseldorf hatte dies in einer Entscheidung auch bestätigt, auch wenn es in dem konkreten Fall die Bestellung eines Mitvormun-

⁵³⁵ BGH, Beschluss v. 29.05.2013 – XII ZB 530/11, NJW 2013, 3095 (3097); Beschluss v. 29.05.2013 – XII ZB 124/12, JAmt 2013, 426 (428).

des ablehnte. Dies geschah nur, weil das Gericht zu der Auffassung gelangt war, dass in dem konkreten Fall keine schwierige Vermögensverwaltung vorlag.⁵³⁶

Dies zeigt, dass grundsätzlich die Bestellung eines Mitvormunds im Fall des Fehlens von Fachkenntnissen möglich ist. Insofern ist es nicht abwegig, auch in den Fällen, in denen die erforderlichen Fachkenntnisse aus dem Bereich des Asyl- und Ausländerrechts fehlen, ebenfalls einen Mitvormund oder Ergänzungspfleger zu bestellen.

bbb) Auslegung europäischer Regelungen

Insbesondere die Argumentation des BGH, dass die europäischen Regelungen keinen Vertreter mit Fachkenntnissen im Asyl- und Ausländerrecht verlangen würden, weil kein Vertreter Kenntnisse in allen für die Minderjährigen relevanten Fragestellungen haben könne, sei Schwamb zufolge nicht nachvollziehbar. Die europäischen Regelungen dienten speziell dem besonderen Schutz unbegleiteter Minderjähriger, so dass diese nicht durch einen Vergleich mit anderen Personenkreisen (Minderjährige mit ihren Eltern) oder fehlende Kenntnisse eines Vormunds in anderen Rechtsgebieten ausgelegt werden könnten.⁵³⁷

Nach hiesiger Auffassung ergibt sich aus den europäischen Regelungen jedoch nicht, dass es sich bei dem Vormund um eine Person mit Fachkenntnissen im Bereich Asyl- und Ausländerrecht zu handeln hat.

(1) Art. 6 Dublin-III-Verordnung

Gem. Art. 6 Dublin-III-Verordnung soll der Vertreter über die Qualifikationen und Fachkenntnisse verfügen, die erforderlich sind, um dem Wohl des Minderjährigen Rechnung zu tragen. Nun könnte dazu in Frage gestellt werden, welche Fachkenntnisse dies denn sein sollten, wenn nicht Fachkenntnisse im Asyl- und Ausländerrecht. Insbesondere vor dem Hintergrund des Regelungsgehaltes der Richtlinie sind na-

536 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.11.2014 – II-8 UF 149/14, FamRZ 2015, 678 (679).

537 Hierzu und zu den folgenden Aussagen *Schwamb*, FamRZ 2018, 984 (985).

turgemäß Fachkenntnisse aus diesen Bereichen hilfreich. Aber dem Wortlaut der Vorschrift lässt sich dies nicht explizit entnehmen. Vor allem der Bezug zum Kindeswohl lässt die Auslegung zu, dass es sich dabei um Fachkenntnisse im Bereich der Sozialpädagogik oder Psychologie handeln soll. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass in der UNHCR Richtlinie über allgemeine Grundsätze und Verfahren zur Behandlung asylsuchender unbegleiteter Minderjähriger von Februar 1997 unter 5.7 dargestellt wird, dass der Vormund über Fachwissen im Bereich „Kinderbetreuung“ verfügen sollte, damit sichergestellt wird, dass im Rahmen des Verfahrens zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft die Interessen des Kindes gewahrt und seine rechtlichen, sozialen, gesundheitlichen und psychischen Bedürfnisse berücksichtigt werden. Gem. 8.3 dieser Richtlinie sollten unbegleitete minderjährige Flüchtlinge im Asylverfahren von einem Erwachsenen vertreten werden, der „mit dem Hintergrund des Kindes“ vertraut ist und für dessen Interessen eintritt. Dieser muss also über keine Rechtskenntnisse verfügen. In der Richtlinie wird empfohlen, dass die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge zusätzlich Zugang zu einem qualifizierten Rechtsvertreter haben sollten.

Jedenfalls muss es sich der Wortwahl des Art. 6 Dublin-III-VO zufolge nicht zwingend um Fachkenntnisse im Bereich des Asyl- und Ausländerrechts handeln. Diese sind nicht explizit benannt. Dass dem nicht so ist, zeigt auch der weitere Inhalt der Regelung. Denn danach ist dem Vertreter Zugang zum Akteninhalt und insbesondere auch zu dem Merkblatt für unbegleitete Minderjährige zu gewähren. Dadurch soll offenbar sichergestellt werden, dass der Vertreter über die maßgeblichen Rechte aufgeklärt wird. Diese Aufklärung (also die Zurverfügungstellung des Merkblatts) wäre nicht erforderlich, wenn es sich bei dem Vertreter zwingend um eine Person handeln würde, die über umfassende Fachkenntnisse im Asyl- und Ausländerrecht verfügt.

(2) Art. 25 RL 2013/32/EU

Art. 25 Abs. 1 RL 2013/32/EU verlangt, dass ein Vertreter den unbegleiteten Minderjährigen vertritt und unterstützt, damit dieser die Rechte aus dieser Richtlinie in Anspruch nehmen und den sich aus

dieser Richtlinie ergebenden Pflichten nachkommen kann. Der Vertreter hat seine Aufgaben im Interesse des Kindeswohls wahrzunehmen und über die hierfür erforderlichen Fachkenntnisse zu verfügen. Der Vertreter soll den Minderjährigen über die Bedeutung und die möglichen Konsequenzen seiner persönlichen Anhörung aufklären. Die Mitgliedstaaten haben sicherzustellen, dass ein Vertreter und/oder ein Rechtsanwalt oder ein sonstiger nach nationalem Recht zugelassener oder zulässiger Rechtsberater bei dieser Anhörung anwesend ist.

Diese Formulierung lässt erkennen, dass der Vertreter nicht zwingend selbst über die erforderlichen Rechtskenntnisse verfügen muss. Der Vertreter muss über die Fachkenntnisse verfügen, die zur Wahrung des Kindeswohls und für die Aufklärung über die persönliche Anhörung erforderlich sind. Der Umstand aber, dass bei der Anhörung neben dem Vertreter auch ein Rechtsanwalt oder sonstiger Rechtsberater zugelassen ist, zeigt, dass der Vertreter selbst nicht zwingend über umfassende Rechtskenntnisse im Asyl- und Ausländerrecht verfügen muss, denn sonst wäre es nicht nachvollziehbar, warum neben dem fachlich versierten Vertreter auch noch ein Rechtsanwalt zugelassen wird.

Dies wird auch deutlich an der Regelung in Art. 25 Abs. 4 RL 2013/32/EU. Denn danach erhalten unbegleitete Minderjährige und deren Vertreter auch für Verfahren zur Aberkennung des internationalen Schutzes nach Kapitel IV unentgeltliche rechts- und verfahrenstechnische Auskünfte gemäß Artikel 19 RL 2013/32/EU. Gem. Art. 19 RL 2013/32/EU gehören zu den unentgeltlichen rechts- und verfahrenstechnischen Auskünften „mindestens Auskünfte zum Verfahren unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Antragstellers“. Im Fall einer ablehnenden Entscheidung zu einem Antrag im erstinstanzlichen Verfahren erteilen die Mitgliedstaaten dem Antragsteller auf Antrag zusätzlich zu den Auskünften nach Art. 11 Abs. 2 RL 2013/32/EU und Art. 12 Abs. 1f) RL 2013/32/EU Auskünfte über die Gründe einer solchen Entscheidung und erläutern, wie die Entscheidung angefochten werden kann. Aus Art. 25 Abs. 4 RL 2013/32/EU iVm. Art. 19 RL 2013/32/EU ist also eindeutig zu erkennen, dass der Vertreter selbst beispielsweise nicht wissen muss, wie eine ablehnende Entscheidung angefochten werden kann. Denn Art. 19 RL 2013/32/EU räumt ausdrücklich auch dem Vertreter das Recht ein, diesbezügliche Auskünfte zu erhalten. Dies wäre nicht erforder-

derlich, wenn der Vertreter selbst über diese Fachkenntnisse verfügen müsste.

In Art. 19 RL 2013/32/EU wird sodann weiter auf Art. 21 RL 2013/32/EU verwiesen. In Art. 21 Abs. 1 RL 2013/32/EU ist geregelt, dass die Mitgliedstaaten vorsehen können, dass Nichtregierungsorganisationen, Fachkräfte von Behörden oder spezialisierte staatliche Stellen die unentgeltlichen rechts- und verfahrenstechnischen Auskünfte gem. Art. 19 RL 2013/32/EU erteilen. Auch dies zeigt noch einmal, dass die europäischen Institutionen davon ausgehen, dass diese Beratung von einer externen Stelle, also nicht dem Vertreter selbst, durchgeführt wird.

Es wird in Art. 21 RL 2013/32/EU explizit zwischen der unentgeltlichen Erteilung von rechts- und verfahrenstechnischen Auskünften und der unentgeltlichen Rechtsberatung und -vertretung, die in Art. 20 RL 2013/32/EU geregelt ist, unterschieden. Unentgeltliche Rechtsberatung und -vertretung hat gem. Art. 20 RL 2013/32/EU in Rechtsbehelfsverfahren zu erfolgen. Sie umfasse zumindest die Vorbereitung der erforderlichen Verfahrensdokumente und die Teilnahme an der Verhandlung vor einem erstinstanzlichen Gericht im Namen des Antragstellers. Gem. Art. 20 Abs. 2 RL 2013/32/EU können die Mitgliedstaaten unentgeltliche Rechtsberatung und/oder -vertretung auch in den erstinstanzlichen Verfahren gewähren. Die Formulierung „können“ zeigt eindeutig, dass sie dies nicht müssen.

In Art. 25 Abs. 4 RL 2013/32/EU wird also ausdrücklich dargestellt, dass der Minderjährige und sein Vertreter unentgeltliche rechts- und verfahrenstechnische Auskünfte zu erhalten haben. Müsste also der Vertreter, wie es der 6. Senat des OLG Frankfurt darlegt, selbst über ausreichende Fachkenntnisse im Asyl- und Ausländerrecht verfügen, so wäre diese Regelung überflüssig. Dann würde der Minderjährige und vor allem sein Vertreter keine unentgeltlichen rechts- und verfahrenstechnischen Auskünfte benötigen. Art. 25 Abs. 4 RL 2013/32/EU zeigt deutlich, dass die europäischen Institutionen nicht davon ausgehen, dass es für den Minderjährigen nur einen Vertreter in asyl- und ausländerrechtlichen Fragestellungen zu geben hat, sondern dass der allgemein zuständige Vertreter die erforderliche Rechtsberatung von Dritten einholen kann.

Die unentgeltlichen rechts- und verfahrenstechnischen Auskünfte sind weniger umfangreich als die unentgeltliche Rechtsberatung und -vertretung gem. Art. 20 RL 2013/32/EU. Für die erstinstanzlichen Verfahren ist eine unentgeltliche Rechtsberatung und -vertretung nicht zwingend vorgesehen. Der Umstand aber, dass es den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, diese zu gewähren, zeigt ebenfalls, dass der dem Minderjährigen bestellte Vertreter nicht zwingend selbst in der Lage sein muss, diese Beratung und Vertretung durchzuführen. Denn sonst bedürfte es dieser Regelung nicht.

(3) Art. 24 RL 2013/33/EU

Auch aus der Formulierung des Art. 24 RL 2013/33/EU ergibt sich keine explizite Vorgabe, dass es sich bei dem Vertreter um eine Person mit Fachkenntnissen im Bereich des Asyl- und Ausländerrechts handeln muss. Denn auch in Art. 24 RL 2013/33/EU wird nur auf die Fachkenntnisse abgestellt, die zum Wohl des Minderjährigen erforderlich sind, ohne diese inhaltlich näher zu bestimmen.

ccc) Fazit

Insgesamt ist daher nicht davon auszugehen, dass der EuGH – sollte ihm diese Rechtsfrage doch noch einmal vorgelegt werden – mitteilt, dass es sich bei dem zu bestellenden Vertreter um eine Person handeln muss, die selbst über umfassende Kenntnisse im Asyl- und Ausländerrecht verfügt.

Es bleibt den Jugendämtern derzeit daher nichts anderes übrig, als die Mitarbeiter im Asyl- und Ausländerrecht zu schulen und gegebenenfalls entsprechend fachlich qualifiziertes Personal zusätzlich einzustellen, was seit der Entscheidung des BGH beispielsweise am Jugendamt Frankfurt am Main auch schon so geschieht.⁵³⁸ In Ergänzung dazu kann der Amtsvormund sodann noch einen geeigneten Rechtsanwalt mit der Vertretung in diesem Bereich beauftragen, um für den Min-

538 Dürbeck, ZKJ 2014, 266 (271).

derjährigen eine ausreichende Vertretung in dem komplexen Rechtsgebiet zu gewährleisten.

Hintergrund der Entscheidung des BGH ist noch das Bild des Vormunds, der als Ersatz für die Eltern dient⁵³⁹, was der derzeitigen Rechtslage noch entspricht, auch wenn die Lebenswirklichkeit anders aussieht. Auf mögliche diesbezügliche Änderungen im Rahmen der Reform wurde bereits unter F.VI.7. näher eingegangen.

Dort wurde auch dargestellt, dass eine Konkretisierung der gesetzlichen Regelungen über die Anforderungen an die Fähigkeiten und Kenntnisse eines Vormunds derzeit nicht geplant ist. Eine Konkretisierung der Voraussetzungen wäre aber wünschenswert. Ein Vormund für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge sollte über Fachkenntnisse in den Bereichen Asyl- und Ausländerrecht, Sozialpädagogik und Psychologie verfügen.

2. Übertragung von Aufgaben der elterl. Sorge auf eine Pflegeperson

Wird der Minderjährige in einer Pflegefamilie betreut, so können die Eltern im Ausland auch die Aufgaben der elterlichen Sorge, die sie nicht selbst wahrnehmen können, gem. § 1630 Abs. 3 BGB auf die Pflegeperson übertragen. Die Pflegeperson erhält dann die Rechte und Pflichten eines Pflegers und vertritt dann nicht mehr die vormals sorgeberechtigten Eltern, wie in § 1688 Abs. 1 S. 1 BGB geregelt, sondern unmittelbar das Kind.⁵⁴⁰

Pflegeperson ist gem. § 44 Abs. 1 S. 1 SGB VIII, wer ein Kind oder einen Jugendlichen über Tag und Nacht in seinem Haushalt aufnimmt. Die sorgeberechtigten Eltern sind bei einer Übertragung nach § 1630 Abs. 3 BGB – ebenso wie bei der Bestellung eines Pflegers – nicht mehr zur Aufsicht über die Pflegeperson verpflichtet, denn die Auf-

539 Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmfv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 1.

540 Hoffmann, NZFam 2019, 1 (2).

sicht wird – wie bei Vormündern und Pflegern – vom Familiengericht sichergestellt.⁵⁴¹

Die Übertragung der elterlichen Sorge auf eine Pflegeperson nach § 1630 Abs. 3 BGB erfolgt derzeit in der Praxis selten. Dies liegt möglicherweise daran, dass die Rückübertragung der elterlichen Sorge durch eine Entscheidung des Familiengerichts zu erfolgen hat, wenn die Eltern ihre Zustimmung widerrufen.

Für Angelegenheiten des täglichen Lebens der Pflegekinder bedarf es einer solchen Übertragung der Aufgaben der elterlichen Sorge nicht, denn diese können Pflegepersonen ohnehin ohne Zustimmung der Sorgeberechtigten vornehmen.⁵⁴² Dazu gehört auch die gewöhnliche medizinische Versorgung der Kinder und Jugendlichen bei üblichen Kinderkrankheiten oder Schutzimpfungen. Sollten das Kindeswohl betreffende Gründe vorliegen, wegen derer die Sorge besteht, dass sich das Kind ungünstig entwickeln könnte, so kann die Befugnis zur Alleinentscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens auch durch das Familiengericht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. Das Familiengericht trifft eine solche Entscheidung von Amts wegen oder auf Antrag eines Elternteils.⁵⁴³

Außerdem steht den Pflegepersonen auch ein „Notgeschäftsführungsrecht“ zu. Danach dürfen sie bei unaufschiebbaren Maßnahmen Entscheidungen auch ohne Rücksprache mit dem Sorgeberechtigten treffen, wenn dies zum Wohl des Pflegekindes notwendig ist. Die Sorgeberechtigten sind anschließend unverzüglich zu unterrichten.⁵⁴⁴

Insofern erscheint es nicht zwingend erforderlich, der Pflegeperson die elterliche Sorge gem. § 1630 Abs. 3 BGB explizit zu übertragen. Die Pflegeperson erhielte dadurch aber eine größere Handlungssicherheit, weil dann in den Fällen, in denen ansonsten die Zustimmung der Eltern erforderlich ist, nicht die Gefahr von Meinungsverschiedenheiten mit den Eltern besteht.

541 Hierzu und zu den folgenden Aussagen *Hoffmann*, NZFam 2019, 1 (4).

542 Zum gesamten Gedanken OLG Dresden, Beschluss v. 07.06.2010 – 20 UF 350/10, FamRZ 2011, 48.

543 *Götz*, in: Palandt, BGB, § 1687 Rn. 11.

544 Hierzu und zum Vorstehenden OLG Dresden, Beschluss v. 07.06.2010 – 20 UF 350/10, FamRZ 2011, 48.

3. Beistand

Gem. § 1712 BGB wird das Jugendamt Beistand des Kindes für die Feststellung der Vaterschaft und/oder der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen. Da sich die Beistandschaft nur auf diese beiden Aufgabenbereiche bezieht, ist die Beistandschaft kein geeignetes Instrument, um das Ruhen der elterlichen Sorge von sich im Ausland aufhaltenden Eltern zu vermeiden. Zwar wird die elterliche Sorge gem. § 1716 BGB durch die Beistandschaft nicht eingeschränkt, die Eltern benötigen jedoch Unterstützung im Bereich der Pflege und Erziehung und – abhängig vom Alter des Minderjährigen – der anderen unter F.VI.5.b)cc)aaa) aufgeführten Aufgaben der elterlichen Sorge. Insofern ist die Beistandschaft diesbezüglich nicht ausreichend.

4. Rechtliche Betreuung

Eine rechtliche Betreuung kommt gem. § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB nur in Betracht, wenn bei dem unbegleiteten minderjährigen Flüchtling eine psychische Krankheit oder körperliche, geistige oder seelische Behinderung vorliegt, die dazu führt, dass der Minderjährige seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann. Ist dies nicht der Fall, handelt es sich hierbei also auch um kein geeignetes Instrument, um die sich im Ausland aufhaltenden Eltern zu unterstützen und das Ruhen ihrer elterlichen Sorge zu verhindern.

5. Zusätzlicher Pfleger für Teilbereiche der elterlichen Sorge

Der Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts sieht in § 1777 BGB-E die Möglichkeit vor, einen sog. zusätzlichen Pfleger für Teilbereiche der elterlichen Sorge zu bestimmen, wenn dies dem Kindeswohl entspricht.⁵⁴⁵

⁵⁴⁵ Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 110.

Für den Fall, dass die Regelung umgesetzt wird, stellt sich die Frage, ob die Bestellung eines Pflegers gem. § 1777 BGB-E zukünftig im Falle der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge genutzt werden kann, um in diesen Fällen einen zusätzlichen Pfleger mit dem Aufgabenkreis der Wahrnehmung von asyl- und ausländerrechtlichen Belangen zu bestellen.⁵⁴⁶

Der Gesetzentwurf sieht diese Regelung jedoch nur für die Fälle vor, in denen ein ehrenamtlicher Vormund bestellt wurde. Die Bestellung des Pflegers soll in den Fällen dazu dienen, fachliche Unkenntnisse bei der Beantragung von Sozialleistungen oder in sonstigen Verwaltungsvorfahren auszugleichen oder konfliktträchtige Situationen zu vermeiden. Als Beispiel wird in der Begründung des Gesetzentwurfs die Situation angeführt, dass eine Großmutter als Vormund ihres Enkels gegen ihre Tochter vorgehen muss, um Unterhaltsansprüche des Enkels geltend zu machen.⁵⁴⁷ Es soll dadurch dem Vorrang der ehrenamtlichen Vormundschaft Rechnung getragen werden und dadurch ermöglicht werden, dass mehr ehrenamtliche Vormundschaften übernommen werden.

Im Hinblick auf die bisherige Diskussion, ob für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge neben einem Amtsvormund ein Mitvormund oder Ergänzungspfleger für den Wirkungskreis der asyl- und ausländerrechtlichen Angelegenheiten bestellt werden kann, hilft diese geplante Neuregelung also nicht.

In den Fällen aber, in denen für einen unbegleiteten minderjährigen Flüchtling eine Begleitperson oder verwandte Person als Vormund bestellt wurde, kommt es – sofern diese Regelung tatsächlich eingeführt wird – dann zukünftig in Betracht, einen Pfleger für den Bereich der Aufgaben zu bestellen, in denen sich der Vormund nicht ausreichend auskennt, also insbesondere für den Bereich der asyl- und ausländerrechtlichen Angelegenheiten.

Die Einführung dieser Regelung ist daher grundsätzlich zu begrüßen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass gerade im Fall der

546 Dürbeck, ZKJ 2019, 208 (213).

547 Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 110.

unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge als ehrenamtliche Vormünder Verwandte, die ebenfalls in Deutschland leben, in Betracht kommen. Wie bereits unter F.VI.7F.VII.5 dargestellt wurde, sind diese besonders geeignet, weil sie einen persönlichen Bezug zum Mündel und dessen Herkunftsland haben, die Muttersprache des Mündels sprechen und dessen gegebenenfalls traumatische Erlebnisse in besonderem Maße nachempfinden können.⁵⁴⁸ Dennoch wurde dargelegt, dass sie sich häufig mit den Aufgaben der Vormundschaft überfordert fühlen, so dass gerade sie die Unterstützung durch einen versierten zusätzlichen Pfleger benötigen.

Allerdings ist die derzeitige Ausgestaltung der Regelungen im Gesetzentwurf noch missverständlich und daher verbesserungsbedürftig.

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll der zusätzliche Pfleger in dem ihm übertragenen Bereich alleinsorgeberechtigt sein, auch wenn es sich um erhebliche Angelegenheiten handelt.⁵⁴⁹ Gem. § 1793 Abs. 3 BGB-E hat der nach § 1777 BGB-E bestellte Pfleger bei seinen Entscheidungen aber die Auffassung des Vormunds einzubeziehen.⁵⁵⁰ Ausweislich der Begründung im zweiten Diskussionsteilentwurf soll der zusätzliche Pfleger die Auffassung des ehrenamtlichen Vormunds einbeziehen, „da den Vormund auch im Sorgebereich des zusätzlichen Pflegers eine Mitverantwortung für das Wohl des Mündels trifft“.⁵⁵¹ Bei Meinungsverschiedenheiten solle auf Antrag gem. § 1794 Abs. 1 Nr. 3 BGB-E das Familiengericht entscheiden. Ausweislich der Begründung findet diese Vorschrift auch Anwendung, „wenn der Vor-

548 *DIJuF-Rechtsgutachten 25.2.2016 - J 4.171 LS*, JAmt 2016, 195 (196).

549 Hierzu und zum folgenden Gedanken *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrechtzweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 116.

550 *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 15.

551 *Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Download/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 137.

mund im Rahmen seiner Mitverantwortung eine nicht dem Mündelwohl entsprechende Amtswahrnehmung durch den zusätzlichen Pfleger feststellt, der dieses Verhalten nicht abstellt“.⁵⁵²

Diese Regelung führt daher dazu, dass zu hinterfragen ist, ob der Gesetzgeber wirklich die Alleinentscheidungsbefugnis des Pflegers regeln wollte, so wie es zuvor dargestellt wurde und explizit im Diskussionsentwurf aufgeführt wird. Nun könnte die Regelung vom Wortlaut her dahingehend ausgelegt werden, dass durch diese Regelung lediglich eine gute Kommunikation zwischen dem Vormund und dem zusätzlichen Pfleger sichergestellt werden soll, denn „einbeziehen“ heißt nicht, dass der Pfleger der Auffassung des Vormunds zu folgen hat. Allerdings wird durch die Klarstellung, dass bei Meinungsverschiedenheiten das Familiengericht zu entscheiden hat deutlich, dass der Vormund nach wie vor ein erhebliches Mitspracherecht hat.⁵⁵³ Ob diese Regelungen daher vor dem Hintergrund, dass die Absicht des Gesetzgebers zweideutig wiedergegeben wird, doch noch einmal angepasst werden, bleibt abzuwarten.

6. Sorgerechtsvollmachtserteilung zur Ausübung der elterlichen Sorge

Adamus ist der Auffassung, dass die Kontaktmöglichkeit über moderne Kommunikationsmittel allein nicht ausreicht, um das Ruhen der elterlichen Sorge zu verhindern. Die Eltern könnten ihr Sorgerecht nur mittels moderner Kommunikationsmittel nicht verantwortlich ausüben. Notwendig sei eine weitere, gegebenenfalls von den Eltern bevollmächtigte und zur Ausübung des Sorgerechts befähigte Person, die stellvertretend für die Eltern erzieherisch auf das Kind einwirken und für das Kind handeln kann. Ist eine solche Person nicht vorhanden, so sei das Ruhen der elterlichen Sorge anzuordnen und ein Vormund zu bestellen.⁵⁵⁴

552 Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 139.

553 So auch Veit/Marchlewski, FamRZ 2017, 779 (783).

554 Adamus, jurisPR-FamR 4/2016, Anm. 4.

Es ist allgemein anerkannt, dass die tatsächliche Verhinderung an der Sorgerechtsausübung grundsätzlich durch Erteilung einer Vollmacht kompensiert werden kann, so dass im Falle einer Vollmachtserteilung die Feststellung des Ruhens des Sorgerechts und eine Vormundbestellung nicht erforderlich sind.⁵⁵⁵ Wird die elterliche Sorge auf Hilfspersonen übertragen, so ruht die elterliche Sorge nicht, denn die Eltern behalten in diesen Fällen die Verantwortung für die Ausübung der elterlichen Sorge.

Das BayObLG hat beispielsweise entschieden, dass sogar in dem Fall, in dem das Kind zur Adoptionspflege gegeben wurde, kein Hinderungsgrund für die Ausübung der elterlichen Sorge durch die Eltern bestehe. Der Sorgeberechtigte könne bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1632 BGB die Herausgabe des Kindes verlangen, er könne über das Jugendamt Anweisungen zur Personensorge geben und könne auch die gesetzliche Vertretung des Kindes gem. § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB und die Vermögenssorge uneingeschränkt wahrnehmen.⁵⁵⁶

In den meisten Fällen wird der eine Elternteil von dem anderen Elternteil entsprechend bevollmächtigt, beispielsweise aufgrund einer Trennung oder eines längeren Auslandsaufenthaltes eines Elternteils.⁵⁵⁷ Es kommt aber – wie im Fall der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge erforderlich – auch die Beauftragung von Dritten in Betracht.⁵⁵⁸

Der Vorteil an der Erteilung einer Sorgerechtsvollmacht im Gegensatz zur Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge ist, dass der vollmachtgebende Elternteil weiterhin die Möglichkeit hat, die Aufgaben der elterlichen Sorge wahrzunehmen. Beispielsweise kann der vollmachtgebende Elternteil weiterhin Auskünfte von Lehrern oder Ärzten verlangen.⁵⁵⁹

555 BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221 (222); OLG Koblenz, Beschluss v. 24.02.2011 – 11 UF 153/11, FamRZ 2011, 1517 (1518); OLG Saarbrücken, Beschluss v. 06.05.2010 – 6 UF 24/10, FamRZ 2010, 2084 (2085); OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.07.1967 – 3 W 104/67, NJW 1968, 453 (454); KG Berlin, Beschluss v. 02.07.2012 – 16 WF 111/12, ZKJ 2012, 450; Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 23; Geiger/Kirsch, FamRZ 2009, 1879.

556 BayObLG, Beschluss v. 08.02.1988 – BReg. 1 a Z 7/88, FamRZ 1988, 867 (868).

557 Geiger/Kirsch, FamRZ 2009, 1879.

558 Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 9.

559 Geiger/Kirsch, FamRZ 2009, 1879.

Eine Sorgerechtsvollmacht kommt jedoch nur in den Fällen in Betracht, in denen die Eltern im Ausland Kontakt zu ihren Kindern haben und an deren Leben aktiv teilnehmen und bei Entscheidungsfindungen konkret mitwirken.⁵⁶⁰ In den Fällen, in denen die Eltern verstorben sind oder keinen Kontakt zu ihren Kindern haben, stellt die Sorgerechtsvollmacht keine Alternative zum Eingriff in die elterliche Sorge dar.⁵⁶¹ Denn die elterliche Sorge ist ein höchstpersönliches, nicht verzichtbares, nicht vererbliches und nicht übertragbares Recht.⁵⁶² Eine Übertragung der elterlichen Sorge durch die Sorgeberechtigten auf Dritte ist daher nicht möglich.⁵⁶³ Nur ein Familiengericht kann Eltern die Befugnis zur elterlichen Sorge (teilweise) entziehen und auf eine andere Person übertragen.⁵⁶⁴ Eltern können nicht ihr gesamtes Sorgerecht eigenständig auf Dritte übertragen, aber sie können Dritten die Ausübung der Sorgerechtsbefugnisse und -pflichten übertragen.⁵⁶⁵ Die Sorgeberechtigten bleiben dabei Inhaber der elterlichen Sorge, sie bleiben also sorgeberechtigt und -verpflichtet, und dürfen auch nach Vollmachtserteilung alle Entscheidungen treffen, selbst solche, die den Bereich betreffen, bezüglich dessen sie die Vollmacht erteilt haben. Die Bevollmächtigten vertreten also lediglich die Sorgeberechtigten in der Ausübung ihrer Rechte und Pflichten.⁵⁶⁶

560 OLG Bremen, Beschluss v. 05.01.2018 – 4 UF 134/17, FamRZ 2018, 689 (691); OLG Hamm, Beschluss v. 25.03.2015 – II-13 UF 19/13, FamRZ 2015, 1906; Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 12.

561 LG Frankenthal, Beschluss v. 25.10.1993 – 1 T 316/93, Rpfleger 1994, 251; Hoffmann, FamRZ 2011, 1544 (1545).

562 Götz, in: Palandt, BGB, § 1626 Rn. 3; Veit, in: BeckOK, BGB, § 1626 Rn. 4.2; Rakete-Dombek, in: Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling, BGB Familienrecht, § 1626 Rn. 2; Hoffmann, JAmt 2015, 6.

563 Coester, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 9; Hoffmann, FamRZ 2011, 1544 (1545).

564 Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 8; Hoffmann, FamRZ 2011, 1544 (1545).

565 OLG Koblenz, Beschluss v. 24.02.2011 – 11 UF 153/11, FamRZ 2011, 1517 (1518); Coester, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 9; Rakete-Dombek, in: Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling, BGB Familienrecht, § 1626 Rn. 2; Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 8.

566 Rakete-Dombek, in: Kaiser/Schnitzler/Friederici/Schilling, BGB Familienrecht, § 1626 Rn. 2; Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 10; Hoffmann, FamRZ 2011, 1544 (1545).

Es ist die Pflicht der Erziehungsberechtigten, den Bevollmächtigten sorgfältig auszuwählen, ihm die erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen und ihn zu kontrollieren und zu überwachen und ihm gegebenenfalls Weisungen zu erteilen.⁵⁶⁷ Der Bevollmächtigte hat den Kontakt zu den Eltern zu halten und sie zu informieren und gegebenenfalls Entscheidungen der Eltern abzufragen und zu berücksichtigen.⁵⁶⁸ Dazu zählt auch die Einholung des Einverständnisses vom Sorgerechtsinhaber, wenn der Bevollmächtigte Entscheidungen in wesentlichen Angelegenheiten iSd § 1687 Abs. 1 BGB trifft.⁵⁶⁹ Das Einverständnis der Sorgeberechtigten ist nur bei Gefahr im Verzug entbehrlich, § 1629 Abs. 1 S. 4 BGB.⁵⁷⁰ Die von der bevollmächtigten Person abgegebenen Erklärungen sind im Außenverhältnis wirksam, wenn kein offensichtlicher Missbrauch der Sorgerechtsvollmacht vorliegt. Eine Kontrolle der bevollmächtigten Person ist ohne Kontakt zwischen den Sorgeberechtigten und der bevollmächtigten Person also unmöglich.⁵⁷¹

a) Sorgerechtsvollmacht zur Verhinderung des Ruhens bei umF möglich?

Ob aber eine Vollmacht, die im Fall von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen einer Begleitperson oder einer sonstigen dritten Person erteilt wurde, anzuerkennen ist, wird teilweise kritisch gesehen.

aa) Sorgerechtsvollmachtserteilung bei umF möglich

Es wird zum einen die Auffassung vertreten, dass sich im Ausland befindliche Sorgeberechtigte grundsätzlich Dritte mit Aufgaben der elterlichen Sorge beauftragen können.⁵⁷²

567 OLG Bremen, Beschluss v. 05.01.2018 – 4 UF 134/17, FamRZ 2018, 689 (692); Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 10; Hoffmann, FamRZ 2018, 882 (883); Hoffmann, JAmt 2015, 6.

568 Hoffmann, FamRZ 2011, 1544 (1545).

569 Hoffmann, JAmt 2015, 6 (8).

570 Hierzu und zum folgenden Gedanken Hoffmann, FamRZ 2011, 1544 (1548).

571 OLG Hamm, Beschluss v. 25.03.2015 – II-13 UF 19/13, FamRZ 2015, 1906; Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 12.

572 Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 10; Hoffmann, FamRZ 2018, 882 (883).

Das KG Berlin hatte die Möglichkeit der Sorgerechtsvollmachtserteilung in einem Fall erwähnt, in dem eine Minderjährige mit ihrer Schwester eingereist war. Die Minderjährige hatte angegeben, dass ihre Eltern verstorben sind. Das Gericht hatte eine Bevollmächtigung der Schwester durch die Eltern geprüft aber darauf hingewiesen, dass eine Bevollmächtigung in dem Fall nicht festgestellt werden konnte.⁵⁷³ Diese Entscheidung lässt erkennen, dass das KG Berlin von einer grundsätzlichen Möglichkeit der Vollmachtserteilung ausgeht. In diesem konkreten Fall ist aber nicht davon auszugehen, dass – selbst wenn die Eltern eine Bevollmächtigung erteilt hätten und dies festgestellt worden wäre – dies eine Vormundbestellung hätte obsolet werden lassen, denn da die Eltern in diesem Fall verstorben waren, konnten sie die elterliche Sorge nicht mehr wahrnehmen, dies ist aber im Falle der Vollmachtserteilung – wie bereits dargestellt – zwingend erforderlich.

Auch in einer früheren Entscheidung aus 2012 hatte das KG Berlin bereits darauf hingewiesen, dass das Ruhen der elterlichen Sorge nur festgestellt werden kann, wenn die Eltern nicht in der Lage sind, die elterliche Sorge auszuüben, und erwähnt diesbezüglich ausdrücklich die Möglichkeit der Erteilung einer Vollmacht zur Ausübung der elterlichen Sorge.⁵⁷⁴

bb) Schwierigkeiten bei Sorgerechtsvollmachtserteilung

Andere sehen die Vollmachtserteilung im Fall von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen aber als problematisch an.

Veit ist der Auffassung, dass die Ausübung der elterlichen Sorge zwar grundsätzlich auf Dritte (zB Pflegestelle, Jugendamt, Internat) übertragen werden könne. Wenn aber Eltern eines unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings einem Dritten eine Sorgerechtsvollmacht erteilen, reiche dies nicht, so dass in diesen Fällen ein Ausübungshindernis bezüglich der Ausübung der elterlichen Sorge vorliege, so dass das Ruhen der elterlichen Sorge festzustellen sei.⁵⁷⁵ Eine Begründung zu dieser

573 KG Berlin, Beschluss v. 04.02.2016 – 3 WF 8/16, FamRZ 2016, 649 (650).

574 KG Berlin, Beschluss v. 02.07.2012 – 16 WF 111/12, ZKJ 2012, 450.

575 Veit, in: BeckOK, BGB, § 1674 Rn. 2.1.

Ansicht erfolgt an der Stelle nicht. Es wird auf die Ausführungen von Dürbeck verwiesen.

Dürbeck erkennt ebenfalls die grundsätzliche Möglichkeit einer Sorge-rechtsvollmachtserteilung mit der Wirkung, dass das Ruhen der elterlichen Sorge in den Fällen nicht festgestellt werden könne, an. Er weist aber darauf hin, dass im Hinblick auf unbegleitete minderjährige Flüchtlinge oft nicht feststellbar sei, ob die Vollmacht tatsächlich von dem oder der Sorgeberechtigten ausgestellt wurde. Außerdem würden in fremder Sprache verfasste Vollmachten im Rechtsverkehr faktisch nicht anerkannt werden. Dies gelte auch vor dem Hintergrund, dass sie widerruflich seien. Auch fehle es in der Praxis in der Regel an der Möglichkeit mit den Eltern im Ausland Rücksprache zu halten, was ebenfalls für eine Verhinderung spreche. Auch sei es in der Praxis in der Regel nicht möglich, dass die Sorgeberechtigten aus dem Ausland bei essentiellen Fragen das Kind betreffend ihr Einverständnis gegenüber der bevollmächtigten Person erteilen.⁵⁷⁶

Erb-Klünemann/Köfller weisen diesbezüglich noch darauf hin, dass fremdsprachige Vollmachten im Rechtsverkehr nicht einmal anerkannt würden, wenn sie mit einer Übersetzung verbunden sind. Sie halten eine wirksame Bevollmächtigung für insgesamt „unrealistisch“.⁵⁷⁷

Schwarz teilt diese Auffassung im Ergebnis und legt dar, dass Vollmachten in Deutschland zwar gem. § 167 BGB grundsätzlich formlos erteilt werden können, dass es für eine wirksame Vollmacht aber erforderlich sei, dass die Person, die die Vollmacht erteilt, hierzu auch berechtigt ist. In der Praxis würden aber häufig die Dokumente fehlen, die die tatsächliche Elternschaft, der die Vollmacht erteilenden Person belegen. Auch in den Fällen, in denen eine schriftliche Vollmacht erteilt wird, fehle häufig der Nachweis dafür, dass die Unterschrift (oder der Daumenabdruck) auf dem Dokument tatsächlich von dem Elternteil stammen.⁵⁷⁸ Zum Schutz der Minderjährigen vor Missbrauchs- und Abhängigkeitssituationen und rechtswidrigen Eingriffen in das

⁵⁷⁶ Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (556).

⁵⁷⁷ Erb-Klünemann/Köfller, FamRB 2016, 160 (163).

⁵⁷⁸ Zum gesamten Gedanken Schwarz, in: Oberloskamp, Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, § 9 Rn. 19.

Sorgerecht der Eltern, sei daher in den Fällen eine Vormundschaft einzurichten. Aber auch wenn die Vollmacht nachweislich von der berechtigten Person erteilt wurde, müsse geprüft werden, ob der Umfang der Vollmacht von der Berechtigung gedeckt ist. Denn das Sorgerecht könne nur in Teilen und nur vorübergehend übertragen werden. Sei eine Vollmacht für die Ausübung eines Teilbereichs der elterlichen Sorge erteilt worden, müsse aber auch noch geprüft werden, ob der Bevollmächtigte dazu in der Lage ist, die Vertretung – unter Berücksichtigung des Kindeswohls – auszuüben.⁵⁷⁹ Dies sei insbesondere bei fehlenden Kenntnissen des deutschen Systems, beispielsweise im Hinblick auf medizinische Untersuchungen oder auch hinsichtlich des Asyl- und Aufenthaltsrechts, problematisch. Daher sei zum Schutz des Minderjährigen grundsätzlich ein Vormund zu bestellen, der sodann Hilfs- und Beratungsangebote des Gerichts gem. § 1837 BGB und der Jugendhilfe gem. § 53 Abs. 2 SGB VIII in Anspruch nehmen könne, so dass auf diesem Weg eine Überforderungssituation vermieden werden könne.

cc) Eigene Ansicht

Dass Vollmachten in fremder Sprache im Rechtsverkehr faktisch nicht anerkannt werden, ist kein überzeugendes Argument. Dies darf so letztlich nicht akzeptiert werden. Lässt die Vollmacht den Aussteller erkennen, ist sie gegebenenfalls zu übersetzen und sodann so zu behandeln, wie auch eine ursprünglich auf deutsch verfasste Vollmacht behandelt wird.

Auch bedarf die Vollmacht nicht der Schriftform. Dies wird ausführlich unter F.VII.6.b)bb) dargelegt.

Es ist nachvollziehbar, dass gerade die Widerruflichkeit der Vollmacht zu einem gewissen Misstrauen in den Bestand der Vollmacht führt. Es ist im Fall der minderjährigen unbegleiteten Flüchtlinge schwer nachzuvollziehen, ob die Vollmacht nicht in der Zwischenzeit widerrufen wurde. Aber auch sonstige in Deutschland erteilte widerrufliche Vollmachten werden im Rechtsverkehr anerkannt. Der Unterschied, dass

⁵⁷⁹ Schwarz, in: Oberloskamp, Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, Rn. 20.

sich die Vollmachtgeber in Deutschland aufhalten, darf diesbezüglich zu keiner anderen Behandlung führen. Im Fall der sich im Ausland aufhaltenden sorgeberechtigten Eltern ist mit diesen – bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Vollmacht – Kontakt aufzunehmen. Ist dies nicht möglich, so reicht die Vollmachtserteilung ohnehin nicht, denn – wie dargelegt – bedarf es dazu der Kontaktmöglichkeit mit den Eltern im Ausland. Wenn die Sorge besteht, dass sich nicht sicher nachprüfen lässt, ob es sich bei den kontaktierten Personen um die sorgeberechtigten Eltern handelt, dann müsste diesbezüglich die Vorlage der Ausweispapiere verlangt werden und – wenn es in dem Land keine Ausweispapiere gibt oder sie keine vorlegen können – die Kinder im Inland – durch entsprechend geschultes Personal – befragt werden. Letztlich unterscheidet sich diese Situation auch nicht von der Situation der begleitet eingereisten Minderjährigen. Wenn deren Eltern im Rahmen eines behördlichen Verfahrens oder vor Gericht aussagen, ist die Überprüfbarkeit der vorgelegten Ausweise oder Dokumente ebenso schwierig. Auch in den Fällen kann sich ein Richter, oder ein Mitarbeiter des Jugendamts, der die Eltern anhört, nicht zweifellos sicher sein, dass es sich bei den Personen, die er anhört, tatsächlich um die Eltern des Minderjährigen handelt bzw. tatsächlich um die Personen handelt, die auf den Ausweisen oder anderweitigen Dokumenten aufgeführt sind.

Die eingehende Überprüfung der Vollmacht ist insbesondere vor dem Hintergrund wichtig, dass die Minderjährigen vor Kinderhandel und Ausbeutung zu schützen sind. Die vorgelegte oder behauptete Vollmacht ist daher im Einzelfall zu überprüfen. In den Fällen, in denen die Eltern erreichbar sind und über moderne Kommunikationsmittel verfügen, ist eine Sorgerechtsvollmacht aber ausreichend, auch wenn dies in der Praxis nur selten so sein mag.

Die Frage von Fachkräften des Jugendamtes, wie sie mit der Situation umgehen sollten, in der ein Minderjähriger mit einer begleitenden Person eingereist ist und beide übereinstimmend erklären, verwandt zu sein oder dass die Begleitperson durch die sorgeberechtigten Eltern beauftragt worden sei, es aber keine weiteren Nachweise dazu gibt, wurde vom DIJuF im Rahmen eines Rechtsgutachtens dahingehend beantwortet, dass die allgemeinen Grundsätze gelten. Das Jugendamt habe gem. § 20 Abs. 1 SGB X Art und Umfang der erforderlichen Er-

mittlungen zu bestimmen und könne sich der Beweismittel bedienen, die es für erforderlich halte. Explizit aufgeführt wurden diesbezüglich das Gespräch mit dem minderjährigen Flüchtling, der Begleitperson oder den Eltern des minderjährigen Flüchtlings. Die Fachkräfte des Jugendamtes benötigen danach keine unumstößlichen Beweise. Sie sollen vielmehr alles Erforderliche tun, um eigene Zweifel zu beseitigen. Insofern sei zu überprüfen, ob die Aussagen des Minderjährigen und der Begleitperson in sich schlüssig sind und übereinstimmen. Auch sei darauf zu achten, ob die Begleitperson in Kontakt zu den Eltern im Ausland steht. Denn die Ausübung der elterlichen Sorge auf Basis einer Sorgerechtsvollmacht erfordert die Möglichkeit der Rücksprache mit den sorgeberechtigten Eltern in wesentlichen Angelegenheiten.⁵⁸⁰

Diese Ausführungen sind überzeugend. Diese Vorgehensweise ist auch insofern vorzugswürdig, als dass es im Einzelfall im Interesse des Kindeswohls liegen kann, dass ein unbegleiteter minderjähriger Flüchtling von einer bevollmächtigten Begleitperson betreut wird, die beispielsweise die Erfahrungen auf der Flucht geteilt hat oder die Familie und kulturellen Hintergründe des zu betreuenden Minderjährigen kennt und mit der er sich in seiner Muttersprache über seine Ängste und Sorgen austauschen kann.⁵⁸¹ Dies kann dem Minderjährigen die Eingewöhnung in Deutschland erleichtern. Im Rahmen der Ausübung der elterlichen Sorge ist jede Entscheidung nach dem Kindeswohl zu richten.⁵⁸² In der Regel dürfte es im Interesse des Kindeswohls liegen, dass der Minderjährige durch eine durch die Eltern bevollmächtigte Person betreut wird, weil dies auch bedeutet, dass sich die Eltern im Ausland aktiv bei Entscheidungsprozessen einbringen. Denn die Eltern sollen das Kind soweit wie möglich selbst betreuen und versorgen.⁵⁸³ Die Erteilung einer Sorgerechtsvollmacht stellt mithin die mildere Maßnahme gegenüber der Anordnung des Ruhens der elterlichen Sorge dar. Insofern ist sie vorrangig anzuwenden, wenn sie im Einzelfall ebenso geeignet ist. In diesem Fall wird dadurch auch das Recht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG geschützt. Eine detaillierte Prüfung zu dem Eingriff in Art. 6 Abs. 2 GG erfolgt unter F.VIII.

580 *DIJuF-Rechtsgutachten 2.2.2016 - 1.100 Ho*, JAmt 2016, 194 (195).

581 *DIJuF-Rechtsgutachten 25.2.2016 - J 4.171 LS*, JAmt 2016, 195 (196).

582 Hierzu und zum Vorstehenden *Hoffmann*, Personensorge, § 3 Rn. 15.

583 *Hennemann*, in: MüKo, BGB, § 1674 Rn. 5.

b) Voraussetzungen für Sorgerechtsvollmacht

Die Wirksamkeit einer Sorgerechtsvollmacht ist an nachfolgende Voraussetzungen geknüpft.

aa) Vereinbarung

Bei gemeinsamer elterlicher Sorge müssen Eltern gem. § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB grundsätzlich gemeinsam handeln, wenn sie zusammenleben, insofern können sie einem Dritten dann auch nur gemeinsam die Vollmacht erteilen.⁵⁸⁴ Leben die Eltern getrennt oder sind sie geschieden, ist die Erteilung einer Vollmacht durch einen von beiden nur dann zulässig, wenn es sich bei der Vollmachtserteilung um eine Angelegenheit des täglichen Lebens handelt, § 1687 Abs. 1 BGB. Das ist dann der Fall, wenn sich auch die Vollmacht nur auf Angelegenheiten des täglichen Lebens bezieht.⁵⁸⁵ Andernfalls müsste zunächst das Ruhen der elterlichen Sorge von einem Elternteil festgestellt werden oder einem Elternteil das alleinige Sorgerecht übertragen werden, damit dieser Elternteil sodann eine wirksame Sorgerechtsvollmacht erteilen kann. Das gleiche gilt, wenn der Aufenthaltsort eines Sorgerechtsinhabers nicht bekannt ist. Da die Sorgerechtsinhaber den Bevollmächtigten kontrollieren können müssen, ist auch in dem Fall eine Bevollmächtigung naturgemäß nicht möglich.⁵⁸⁶

Ob es einer Vereinbarung zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem bedarf, also der Bevollmächtigte mit der Vollmachtserteilung auch einverstanden sein muss und diesen Auftrag ausüben möchte, wird unterschiedlich beurteilt.

584 Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 37.

585 Hoffmann, FamRZ 2011, 1544 (1546).

586 Hoffmann, JAmt 2015, 6.

aaa) Kooperation nicht erforderlich

Das OLG Stuttgart und das OLG Schleswig haben eine elterliche Vereinbarung über die Erteilung der Vollmacht, also die Zustimmung der bevollmächtigten Person, nicht für erforderlich gehalten.⁵⁸⁷

In dem Fall, über den das OLG Stuttgart zu entscheiden hatte, hatte die Mutter die Übertragung des alleinigen Sorgerechts beantragt, weil ihr Kind häufig krank war und sie meinte, nicht für jede ärztliche Maßnahme die Unterschrift des Vaters einholen zu können. Der Vater hatte der Mutter eine Vollmacht erteilt, die ausdrücklich ärztliche Behandlungen und Krankenhausaufenthalte umfasste.⁵⁸⁸ Das OLG Stuttgart hat es für nicht erheblich angesehen, dass die Mutter diese Vollmachtserteilung nicht wollte, der Vollmacht also keine Vereinbarung zu Grunde lag.

Auch das OLG Schleswig hat ein Einvernehmen über die Vollmachtserteilung für nicht erforderlich gehalten. Die Sorgerechtsvollmachtserteilung wurde als milderes Mittel gegenüber dem Entzug des Sorgerechts als wirksam angesehen, auch wenn die bevollmächtigte Person (in dem Fall die Mutter) eigentlich das alleinige Sorgerecht beantragt hatte.⁵⁸⁹

bbb) Kooperation erforderlich

Das OLG Stuttgart hat in einer nur wenige Monate später ergangenen Entscheidung dargelegt, dass es einer Vereinbarung bedarf, die nicht gekündigt oder widerrufen worden sein darf. Auch sei die beiderseitige Bereitschaft zur Zusammenarbeit erforderlich. In dem Fall ging es um eine Vollmacht, die von Seiten des Jugendamts wegen fehlender Kooperationsbereitschaft der sorgeberechtigten Eltern gekündigt wurde.⁵⁹⁰

587 OLG Stuttgart, Beschluss v. 07.01.2014 – 15 UF 285/13, juris, Rn. 23; OLG Schleswig, Beschluss v. 03.01.2012 – 10 WF 263/11, ZKJ 2012, 228 (229).

588 OLG Stuttgart, Beschluss v. 07.01.2014 – 15 UF 285/13, juris, Rn. 24.

589 OLG Schleswig, Beschluss v. 03.01.2012 – 10 WF 263/11, ZKJ 2012, 228 (229).

590 OLG Stuttgart, Beschluss v. 16.09.2014 – 15 UF 191/14, juris, Rn. 7.

Das OLG Karlsruhe hat das Einverständnis der Mutter mit der Beauftragung als zwingende Voraussetzung angesehen, die in dem Fall, den das OLG Karlsruhe zu entscheiden hatte, nicht gegeben war.⁵⁹¹

Das OLG Bremen führte aus, dass eine einseitige Vollmachtserteilung zwar grundsätzlich möglich sei, dass diese aber ins „Leere“ liefe, wenn dem keine Vereinbarung zugrunde liege. Denn ohne eine solche Vereinbarung sei die bevollmächtigte Person nicht verpflichtet, die sich aus der Vollmacht ergebenden Befugnisse wahrzunehmen.⁵⁹²

Das OLG Bremen und das OLG Karlsruhe haben entschieden, dass die Sorgeberechtigten sowohl Kontakt zur beauftragten Person haben müssen als auch beiderseits die Bereitschaft bestehen muss, zusammenzuarbeiten.⁵⁹³ Diese Auffassung teilt auch Hoffmann.⁵⁹⁴

ccc) Eigene Ansicht

Der Ansicht des OLG Bremen und des OLG Karlsruhe ist zuzustimmen. Eine Sorgerechtsvollmachtserteilung kann nur dann das Ruhen der elterlichen Sorge verhindern, wenn die beauftragte Person auch bereit ist, die Aufgaben zu übernehmen. In den Fällen des OLG Stuttgart und des OLG Schleswig wurde jeweils die Mutter des Kindes von dem Vater bevollmächtigt. Da diese die Aufgaben ihrer elterlichen Sorge ohnehin wahrgenommen haben, wirkte sich die Erteilung der Vollmacht in der Praxis nicht spürbar aus. Die zugrunde liegenden Regeln müssen jedoch dieselben sein, ob es sich bei der beauftragten Person um die Mutter oder eine andere dritte Person handelt. Die Väter, die in den beiden Fällen die Vollmacht erteilt haben, hätten also die Mutter überwachen müssen, ob sie die Aufgaben der väterlichen Sorge in ihrem Interesse wahrnimmt. Für eine solche Kontrolle ist eine Kommunikation zwischen der bevollmächtigten Person und dem Voll-

591 OLG Karlsruhe, Beschluss v. 13.04.2015 – 18 UF 181/14, FamRZ 2015, 2178 (2179).

592 OLG Bremen, Beschluss v. 05.01.2018 – 4 UF 134/17, FamRZ 2018, 689 (692); so auch *DIJuF-Rechtsgutachten 18.12.2015 - V 1.100 Ho*, JAmt 2016, 82 (83).

593 OLG Bremen, Beschluss v. 05.01.2018 – 4 UF 134/17, FamRZ 2018, 689 (691); OLG Karlsruhe, Beschluss v. 13.04.2015 – 18 UF 181/14, FamRZ 2015, 2178 (2179).

594 Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 21.

machtgeber zwingend erforderlich. Ist die beauftragte Person nicht zur Kommunikation bereit, so kann die Vollmacht nicht dazu führen, dass das Ruhen des Sorgerechts verhindert wird, denn der sorgeberechtigte Elternteil kann sich dann nicht sicher sein, dass seine Aufgaben der elterlichen Sorge von der beauftragten Person in seinem Sinne durchgeführt werden.

Insofern ist eine Vereinbarung über die Vollmachtserteilung, eine Kontaktmöglichkeit zwischen bevollmächtigter Person und dem Vollmachtgeber und die Bereitschaft zur Zusammenarbeit zwingend erforderlich.

bb) Form der Vollmacht

Die Sorgerechtsvollmacht bedarf keiner bestimmten Form, denn eine Formvorschrift existiert im Gesetz für die Erteilung einer Vollmacht nicht.⁵⁹⁵ Sie kann mithin sowohl mündlich als auch konkludent erteilt werden.⁵⁹⁶ Die Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht sind ebenfalls anwendbar.

Der fehlende Formzwang ist insbesondere vor dem Hintergrund der jederzeitigen Widerrufsmöglichkeit der Vollmachtserteilung nicht zu beanstanden, denn dadurch ist gewährleistet, dass es zu keinem dauerhaften Rechtsverlust kommt für den Fall, dass sich der Vollmachtgeber nicht über die Tragweite seiner Erklärung bewusst gewesen sein sollte oder der Bevollmächtigte die Vollmacht ausnutzt und nicht im Interesse des Vollmachtgebers handelt.

Da es bei einer nur mündlich ausgesprochenen Sorgerechtsvollmacht für den Bevollmächtigten schwierig ist, die grundsätzliche Existenz der Vollmacht und ihren konkreten Inhalt nachzuweisen, ist zu empfehlen, dass eine Vollmacht schriftlich erteilt wird. Auch das Grundverhältnis sollte schriftlich fixiert sein.⁵⁹⁷ Wird aber die Erteilung einer nur mündlichen Vollmacht behauptet, so ist diese zunächst einmal zulässig,

595 Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 36; Hoffmann, FamRZ 2011, 1544 (1547); Geiger/Kirsch, FamRZ 2009, 1879 (1884).

596 Hierzu und zu den folgenden Aussagen Geiger/Kirsch, FamRZ 2009, 1879 (1884).

597 Hoffmann, FamRZ 2011, 1544 (1547).

so dass das Jugendamt den behaupteten Inhalt zu überprüfen hat. Näheres hierzu wird unter F.VII.6.b)dd) ausgeführt.

Der Umstand, dass die Eltern ihr Kind/den Jugendlichen in Begleitung einer anderen erwachsenen Person haben fliehen lassen, könnte für die Annahme einer konkludenten Vollmachtserteilung sprechen.⁵⁹⁸ Ob die Anhaltspunkte dafür tatsächlich ausreichen, ist im Einzelfall zu prüfen. Wird von der Begleitperson und dem Minderjährigen schlüssig und übereinstimmend geschildert, dass eine Bevollmächtigung von den Eltern erteilt wurde, beispielsweise indem sie darlegen, aus welchen Gründen sie selbst nicht mitfliehen konnten und welche konkreten Informationen die Eltern der Begleitperson zur Pflege und Erziehung des Minderjährigen erteilt haben und wird dies letztlich über telefonische oder schriftliche Nachfrage von den Eltern bestätigt, dann reicht diese konkludente Vollmachtserteilung aus.

Wird eine schriftliche Vollmacht vorgelegt, die in einer fremdländischen Sprache verfasst ist und ist der Vollmacht keine Übersetzung beigelegt, so hat das Jugendamt im Rahmen der von ihm gem. § 20 SGB X von Amts wegen durchzuführenden Sachverhaltsermittlung eine Übersetzung der Vollmacht zu beauftragen.

cc) Widerruflichkeit

Die Sorgerechtsvollmacht können die Eltern jederzeit widerrufen.⁵⁹⁹ Dies muss auch so sein, denn würde diese unwiderruflich erteilt, dann würde dies einem Sorgerechtsverzicht bzw. einer Sorgerechtsübertragung entsprechen.⁶⁰⁰ Wie bereits unter F.VII.6 dargelegt, kann das Sorgerecht aber nicht von den sorgeberechtigten Eltern, sondern nur vom Gericht übertragen werden.⁶⁰¹

598 Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 50.

599 BGH, Beschluss v. 06.10.2004 – XII ZB 80/04, NJW 2005, 221; OLG Koblenz, Beschluss v. 24.02.2011 – 11 UF 153/11, FamRZ 2011, 1517 (1518); Coester, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 9; Döll, in: Erman, BGB, § 1674 Rn. 2; Veit, in: BeckOK, BGB, § 1674 Rn. 2.1; Dürbeck, FamRZ 2018, 553 (555).

600 Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 52.

601 Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 8; Hoffmann, FamRZ 2011, 1544 (1545); Geiger/Kirsch, FamRZ 2009, 1879 (1881).

Wird eine Vollmacht unwiderruflich erteilt, dann kann diese nicht entsprechend § 140 BGB in eine widerrufliche Vollmacht umgedeutet werden. Sie ist vielmehr gem. § 139 BGB nichtig.⁶⁰²

Es kann jedoch vereinbart werden, dass ein Widerruf nur schriftlich möglich sein soll.

Gem. §§ 167 ff. BGB ist eine Vollmacht so zu widerrufen, wie sie erteilt wurde und gegenüber demjenigen zu widerrufen, gegenüber dem sie erteilt wurde. Wird die Vollmacht also schriftlich erteilt, so bedarf auch der Widerruf der Schriftform. Das gleiche gilt für die Voraussetzungen, unter denen der Widerruf möglich sein soll.⁶⁰³

Die Widerruflichkeit der Vollmacht wird von Dürbeck⁶⁰⁴ als ein Grund dafür angegeben, dass sie für die Fälle der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge nicht geeignet sei. Die Begründung wird nicht explizit aufgeführt, aber es ist davon auszugehen, dass die Sorge besteht, dass die Vollmacht widerrufen wurde und dass dies von einem deutschen Gericht nicht festgestellt werden kann.

Das Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen hatte im Zeitraum von 2002 bis 2009 in ca. 60 Fällen Sorgerechtsvollmachten bei Gericht unterzeichnen lassen und diese mit dem Zusatz versehen, dass das Gericht bei Widerruf der Vollmacht zu informieren ist. In nur einem Fall wurde die Vollmacht tatsächlich widerrufen. Insofern erwies sich die Sorgerechtsvollmacht als stabiles Gestaltungsmittel.⁶⁰⁵ Nun lässt sich diese Sicherheit auf die Fälle der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge nicht unmittelbar übertragen, denn in den Fällen, in denen von dem Amtsgericht Garmisch-Partenkirchen Sorgerechtsvollmachten initiiert wurden, handelte es sich um Fälle, in denen ein Elternteil das andere Elternteil (zur Vermeidung einer Sorgerechtsübertragung) bevollmächtigt hat. Es könnte also der Schluss gezogen werden, dass die den Vollmachten zu Grunde liegenden Situationen nicht vergleichbar sind. Andererseits lässt sich auch anführen, dass es sich bei den Fällen des Amtsgerichts Garmisch-Partenkirchen überwiegend um eine Trennungsfolge handelte. Wenn also eine Sorgerechtsvollmacht schon bei

602 Hierzu und zur folgenden Aussage *Hoffmann*, Personensorge, § 4 Rn. 52.

603 *Geiger/Kirsch*, FamRZ 2009, 1879 (1881).

604 *Dürbeck*, FamRZ 2018, 553 (556).

605 *Geiger/Kirsch*, FamRZ 2009, 1879 (1881).

zerstrittenen Paaren ein taugliches Gestaltungsmittel darstellt, dann sollte dies doch erst Recht der Fall sein, wenn ein sich im Ausland aufhaltender Elternteil oder beide sorgeberechtigte Eltern die sorgerechtlichen Aufgaben auf eine dritte Person übertragen. Das Konfliktpotenzial ist in diesen Fällen deutlich geringer. Auch sind die sorgeberechtigten Eltern im Ausland auf die Unterstützung einer im Inland anwesenden Person deutlich mehr angewiesen als der sich noch in Deutschland aufhaltende Elternteil, der sich „nur“ von seinem Ehepartner getrennt hat. Die sorgeberechtigten Eltern im Ausland müssten selbst nach Deutschland reisen, wenn sie die Wahrnehmung aller Aufgaben der elterlichen Sorge selbst wahrnehmen möchten und mit der Beauftragung nicht mehr einverstanden sind. Sonst wird das Ruhen ihres Sorgerechts festgestellt. Dann könnten sie keinen Einfluss mehr auf ihr Kind/den Jugendlichen ausüben. Bei getrenntlebenden Eheleuten oder Geschiedenen hat der Elternteil, der die Vollmacht erteilt hat, auch die Möglichkeit, die Übertragung des alleinigen Sorgerechts zu verlangen oder es bei dem geteilten Sorgerecht zu belassen. Insofern kann angenommen werden, dass die Wahrscheinlichkeit, dass eine Sorgerechtsvollmacht von sich im Ausland aufhaltenden sorgeberechtigten Eltern widerrufen wird, noch geringer ist, als die Wahrscheinlichkeit, dass ein Vollmachtgeber, die Vollmacht widerruft, die er nach einer Trennung dem anderen Elternteil erteilt hatte.

Da eine Sorgerechtsvollmacht ohnehin nur in den Fällen in Betracht kommt, in denen für die bevollmächtigte Person eine Rücksprachemöglichkeit mit den Eltern im Ausland besteht, sollte es für die Gerichte auch möglich sein, durch Befragung der Eltern festzustellen, ob die Vollmacht zwischenzeitlich widerrufen wurde. Sind die Eltern im Ausland für das Gericht nicht erreichbar – auch nicht, wenn diesbezüglich die bevollmächtigte Person den Kontakt herstellt – dann kann die Sorgerechtsvollmacht die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge nicht verhindern. Insofern stellt die Widerruflichkeit aber auch keinen Grund dar, eine Sorgerechtsvollmacht bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen per se nicht zu akzeptieren.

dd) Echtheit der Vollmacht

Das Jugendamt hat im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes gem. § 20 SGB X die Echtheit der Vollmacht zu prüfen. Hierzu stehen dem Jugendamt die Beweismittel des § 21 SGB X zur Verfügung. Sie können insofern unter anderem Auskünfte einholen, Beteiligte anhören oder Urkunden beiziehen.

Liegt keine schriftliche Vollmacht vor, so ist diese zunächst auf ihre inhaltliche Richtigkeit hin zu überprüfen. Gegebenenfalls ist dazu eine Übersetzung zu beauftragen. Die Anforderung einer behördlichen Beglaubigung aus dem Ausland würde zu weit gehen. Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge stammen häufig aus Ländern mit einer instabilen politischen Lage. Die sorgeberechtigten Eltern im Ausland werden oftmals nicht in der Lage sein, eine solche Beglaubigung einzuholen. Vor dem Hintergrund, dass eine Vollmacht aber keiner konkreten Form bedarf (wie unter F.VII.6.b)bb) dargelegt), wäre die Anforderung einer solchen Beglaubigung aber auch rechtlich nicht begründet.

Haben die Fachkräfte des Jugendamtes aufgrund der Angaben des Minderjährigen und der (vermeintlich) bevollmächtigten Person Zweifel an der Echtheit der Vollmacht, so haben sie den Kontakt zu den Eltern im Ausland herzustellen. Haben sie Bedenken, dass es sich bei den Personen, zu denen der Kontakt hergestellt wurde, tatsächlich um die Eltern handelt, und lassen sich diese Zweifel auch nicht durch Vorlage von Ausweispapieren oder durch eine eingehende Befragung beseitigen, so hat das Jugendamt die Vollmacht nicht anzuerkennen. Die Fachkräfte haben aber die vorgenannten Ermittlungen anzustellen, bevor eine solche Entscheidung getroffen werden kann.

ee) Geschäftsfähigkeit der Vertragspartner

Ferner hat das Jugendamt sicherzustellen, dass sowohl die sorgeberechtigten Eltern im Ausland als auch die bevollmächtigte Person geschäftsfähig sind.⁶⁰⁶

Geschäftsunfähig ist gem. § 104 BGB, wer jünger als 7 Jahre alt ist und wer sich in einem dauerhaften, die freie Willensbestimmung ausschlie-

606 Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 36.

ßenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet. Gem. § 106 BGB sind Minderjährige zwischen 7 und 18 Jahren beschränkt geschäftsfähig. Da es sich bei einer Sorgerechtsvollmachtserteilung nicht um ein Geschäft handelt, das zu einem lediglich rechtlichen Vorteil führt, ist von den Fachkräften des Jugendamtes also zu klären, ob die Parteien mindestens 18 Jahre alt sind und nicht geistig krank sind, sich also frei zur Erteilung der Sorgerechtsvollmacht und ihrer Annahme entschließen konnten.

Auch diesbezüglich greifen die Beweismittel des § 21 SGB X. Bestehen bei der Inaugenscheinnahme Zweifel an der Volljährigkeit, sind Ausweispapiere einzusehen oder die Plausibilität durch Fragestellungen zur Lebensgeschichte zu ermitteln. Sollten nach der Inaugenscheinnahme (die hinsichtlich der Eltern im Ausland gegebenenfalls per Video-Telefonie durchzuführen ist) Zweifel an der geistigen Gesundheit bestehen, sind diesbezügliche ärztliche Unterlagen anzufordern. Werden diese nicht vorgelegt und bestehen nach wie vor Zweifel, dann wird das Jugendamt die Vollmacht nicht anerkennen, weil die Geschäftsfähigkeit beider Parteien nicht belegt werden konnte.

ff) Bevollmächtigter

Als Bevollmächtigter kommen grundsätzlich der andere Elternteil, Jugendamtsmitarbeiter oder eine dritte der Familie bekannte und daher von den sorgeberechtigten Eltern selbst benannte Person in Betracht. Auch ist die Bevollmächtigung von in Deutschland lebenden Verwandten oder auch eine der Familie unbekannte Person, die sich ehrenamtlich zur Übernahme dieser Aufgabe bereit erklärt hat, möglich. Geht es bei der Aufgabe, bezüglich der die Vollmacht erteilt werden soll, um die Pflege und Erziehung des Kindes oder Jugendlichen, so kommt auch die Bevollmächtigung der Heimleitung oder von Pflegeeltern in Betracht.

Nach Einschätzung des DIJuF kommen auch in Deutschland lebende Verwandte der Minderjährigen als Pflegepersonen in Betracht. Auch wenn diese Angehörigen noch keine umfassenden Deutschkenntnisse erlangt haben, könne ihre Ungeeignetheit nicht pauschal angenommen werden. Gegebenenfalls bestehende Sprachprobleme seien mit Dolmetschern (gegebenenfalls auch aus dem Bekannten- oder Freundes-

kreis der Verwandten) zu überwinden.⁶⁰⁷ Wenn sie als Pflegepersonen in Betracht kommen, dann ist auch kein Grund ersichtlich, sie nicht auch als Bevollmächtigte in Betracht zu ziehen.

Bei einer Bevollmächtigung des Jugendamtes stellt sich die Frage, welches Jugendamt beauftragt wird. Gem. § 86 Abs. 1 S. 1 SGB VIII ist grundsätzlich das Jugendamt des gewöhnlichen Aufenthaltsortes der sorgeberechtigten Eltern für Leistungen nach dem SGB VIII zuständig. Da die sich im Ausland aufhaltenden Eltern keinen gewöhnlichen Aufenthaltsort im Inland haben, ist diese Vorschrift nicht anwendbar.⁶⁰⁸ In Betracht kommt eine analoge Anwendung des § 87c Abs. 3 SGB VI-II. Denn gem. § 87c Abs. 3 SGB VIII ist für die Pflegschaft oder Vormundschaft, die durch Bestellung des Familiengerichts eintritt, das Jugendamt zuständig, in dessen Bereich das Kind oder der Jugendliche seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Hat es keinen gewöhnlichen Aufenthalt, so richtet es sich nach seinem tatsächlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt der Bestellung. Die analoge Anwendung dieser Vorschrift auf Sorgerechtsvollmachten ist insofern richtig, als dass es keine konkrete Zuständigkeitsregelung für Sorgerechtsvollmachten gibt. Insofern besteht eine Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat diese Angelegenheit auch nicht bewusst nicht geregelt. Insofern handelt es sich um eine planwidrige Regelungslücke. Die Situation der Vormundschaften und Pflegschaften ist mit der Situation der Sorgerechtsvollmacht vergleichbar, da es in allen Fällen darum geht, im Interesse des Kindeswohls, die Angelegenheiten des Kindes oder des Jugendlichen zu regeln, bzw. das Kind oder den Jugendlichen zu unterstützen und zu fördern. Insofern ist ein regelmäßiger Kontakt zwischen dem Jugendamt und dem Minderjährigen erforderlich. Daher ist es sinnvoll, dass auch bei Erteilung einer Sorgerechtsvollmacht das Jugendamt am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Minderjährigen beauftragt wird.

Grundsätzlich ist die Bevollmächtigung sowohl von natürlichen als auch von juristischen Personen möglich.⁶⁰⁹ Es kann also sowohl das Jugendamt als Institution als auch ein Mitarbeiter des Jugendamts bevollmächtigt werden.

607 *DIJuF-Rechtsgutachten* 25.2.2016 - J 4.171 LS, JAmt 2016, 195 (197).

608 *Hoffmann*, FamRZ 2011, 1544 (1547).

609 *Hoffmann*, Personensorge, § 4 Rn. 21.

gg) Inhalt der Vollmacht

Eltern können den Inhalt einer Sorgerechtsvollmacht grundsätzlich frei gestalten. Diese Gestaltungsfreiheit beruht auf der in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleisteten Elternautonomie. Es wird davon ausgegangen, dass die jeweilige Entscheidung der Eltern dem Kindeswohl entspricht. Der Staat hat im Rahmen des ihm obliegenden Wächteramtes gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG eine Gefahr nur dann abzuwehren, wenn Eltern eine Vereinbarung getroffen haben, die das Kindeswohl gefährdet.⁶¹⁰

Die sorgeberechtigten Eltern können mit der Vollmacht jedoch nur die Rechte übertragen, die sie selbst innehaben.⁶¹¹ Sie sind beispielsweise nicht berechtigt, eine Einwilligung in eine Sterilisation nach § 1631 c BGB zu erteilen. Insofern kann eine solche Einwilligung auch nicht Gegenstand einer Vollmacht sein.

Außerdem gibt es Aufgaben, die von den sorgeberechtigten Eltern persönlich wahrgenommen werden müssen und nicht übertragbar sind. Dazu gehört beispielsweise die Entscheidung für eine freiheitsentziehende Unterbringung nach § 1631 b Abs. 1 BGB, in freiheitsentziehende Maßnahmen oder in eine Zwangsbehandlung. Auch können Entscheidungen am Lebensende nur höchstpersönlich getroffen werden.⁶¹² Eine Vollmacht, die solche Aufgaben zum Gegenstand hat, verstößt gegen die guten Sitten und ist insoweit gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig.⁶¹³ Gem. § 139 BGB ist in den Fällen die gesamte Vollmacht nichtig, wenn anzunehmen ist, dass sie ohne die Aufgaben, deren Übertragung gegen die guten Sitten verstößt, nicht erteilt worden wäre.⁶¹⁴

Die Vollmacht kann als Spezialvollmacht für eine konkrete Angelegenheit, wie beispielsweise die Einwilligung in eine bestimmte ärztliche Behandlung, erteilt werden. Auch ist eine Gattungsvollmacht, die eine bestimmte Art von Angelegenheit betrifft, also zum Beispiel die Ein-

610 Hierzu und zum Vorstehenden *Geiger/Kirsch*, FamRZ 2009, 1879 (1880).

611 *Geiger/Kirsch*, FamRZ 2009, 1879 (1882).

612 *Hoffmann*, JAmt 2015, 6 (8).

613 *Huber*, in: MüKo, BGB, § 1626 Rn. 14.

614 *Huber*, in: MüKo, BGB, § 1626 Rn. 14; *Hoffmann*, Personensorge, § 4 Rn. 51.

willigung in ärztliche Maßnahmen allgemein, möglich.⁶¹⁵ Im Rahmen der Vollmacht kann auch ausdrücklich differenziert werden, welche Aufgaben zu den alltäglichen Entscheidungen zählen und welche Entscheidungen solche von weitreichender Bedeutung iSv § 1687 BGB sind, bezüglich derer es also der Einholung eines Einverständnisses durch die Vollmachtgeber bedarf.⁶¹⁶

Hoffmann, Geiger und Kirsch sind der Ansicht, dass auch eine Generalvollmacht für alle Angelegenheiten, die nicht vom Sorgeberechtigten höchstpersönlich wahrzunehmen sind, erklärt werden kann.⁶¹⁷

Huber und Peschel-Gutzeit lehnen dies in den Fällen, in denen ein Elternteil den anderen Elternteil autorisiert, mit der Begründung ab, dass dadurch der Gesamtvertretungsgrundsatz umgangen werde. Beide Eltern seien gem. §§ 1626, 1627 S. 1 BGB verpflichtet, für das Vermögen und die Person des Kindes in eigener Verantwortung zu sorgen. Vor dem Hintergrund der Regelung in § 1678 BGB sei eine solche Generalvollmacht auch nicht erforderlich, denn darin sei der Fall, dass ein Elternteil die Aufgaben der elterlichen Sorge nicht mehr wahrnehmen könne, ausreichend geregelt.⁶¹⁸ Ob sie dies aber auch in den Fällen, in denen eine dritte Person mit den Aufgaben aus der elterlichen Sorge beauftragt wird, so sehen, führen sie nicht explizit aus.

In § 1678 BGB sind die Folgen einer tatsächlichen Verhinderung oder des Ruhens der elterlichen Sorge geregelt. Wie unter F.VI.5.b)cc)aaa) dargelegt, können die Eltern – abhängig vom Alter ihres Kindes – verschiedene Aufgaben aus dem Ausland wahrnehmen. Solange sie regelmäßigen Kontakt zu den Kindern und einer etwaig bevollmächtigten Person haben, ruht ihre elterliche Sorge nicht. Sie können diese dann auch ausüben, indem sie die beauftragte Person überwachen und ihr konkrete Anweisungen geben, wie sie die ihr übertragenen Aufgaben auszuführen hat. Es ist möglich, dass die Eltern die Aufgaben selbst nicht unmittelbar dem Kind gegenüber ausführen können, sie können aber – bei entsprechender Kontaktmöglichkeit – die Aufgabe der elter-

⁶¹⁵ Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 51.

⁶¹⁶ Geiger/Kirsch, FamRZ 2009, 1879.

⁶¹⁷ Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 51; Geiger/Kirsch, FamRZ 2009, 1879.

⁶¹⁸ Peschel-Gutzeit, in: von Staudinger, BGB, § 1629 Rn. 49; Huber, in: MüKo, BGB, § 1629 Rn. 38.

lichen Sorge dennoch wahrnehmen, indem sie eine andere Person beauftragen, die bei dem Kind oder dem Jugendlichen ist und die die Eltern in deren Sinne vertritt. Insofern ruht ihre elterliche Sorge dann nicht, so dass § 1678 BGB nicht greift. Die Auffassung von Huber und Peschel-Gutzeit wird also zumindest in den Fällen, in denen sich die sorgeberechtigten Eltern im Ausland aufhalten und eine Person im Inland mit der Wahrnehmung von Aufgaben der elterlichen Sorge betrauen, nicht geteilt. In dem Fall ist dann auch eine Generalvollmacht möglich und sinnvoll.

Die Sorgerechtsvollmacht sollte sich im Fall der unbegleitet eingereisten minderjährigen Flüchtlinge, die Kontakt zu ihren Eltern im Ausland haben, auf die Aufgaben beziehen, die die Eltern aus dem Ausland nicht wahrnehmen können. Auch können konkrete Aspekte zur Ausführung der Vollmacht vorgegeben werden, wie beispielsweise die Förderung des muslimischen Glaubens und die Anforderung, dass die Eltern über von dem Bevollmächtigten getroffene Entscheidungen informiert werden wollen. Welche dies sind, ist abhängig vom Alter des Kindes oder des Jugendlichen und wurde ausführlich unter F.VI.5.b)cc)aaa) „Aufgaben der elterlichen Sorge“ dargestellt.

c) Sonstiges zur Sorgerechtsvollmacht

aa) Vergütung für Bevollmächtigte

Fraglich ist, ob ein Sorgerechtsbevollmächtigter zu vergüten ist und ob dies zu Mehrkosten für den Staat führt.

Ein Vormund und ein Betreuer erhält für seine Tätigkeit gem. Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz nur dann eine Vergütung, wenn er der Tätigkeit berufsmäßig nachgeht. Davon wird bei einem Vormund gem. § 1 Abs. 1 VBVG beispielsweise ausgegangen, wenn der Vormund mehr als 10 Vormundschaften führt oder für die Führung der Vormundschaft voraussichtlich mindestens 20 Wochenstunden anfallen. Ein ehrenamtlicher Vormund oder Betreuer erhält keine Vergütung.

Wird eine Begleitperson von den Eltern im Ausland bevollmächtigt, so ist davon auszugehen, dass diese der Aufgabe ehrenamtlich nachkommt. Dann führt dies zu keinen Mehrkosten für den Staat. Sollte

eine Vergütung verlangt werden, müsste dies in der Sorgerechtsvollmacht geregelt werden und von den Vollmachtgebern bezahlt werden.

Soweit bekannt gibt es bisher keine Personen, die berufsmäßig Kinder und Jugendliche im Rahmen von Sorgerechtsvollmachten betreuen. Sollte sich dies zukünftig ändern, so wäre zu prüfen, ob dann eine Vergütung vergleichbar zu der Regelung für Vormünder und Betreuer geregelt werden müsste. Dagegen spricht, dass es sich bei der Sorgerechtsbevollmächtigung um ein Verhältnis handelt, an dem der Staat nicht beteiligt ist. Es ist eine zivilrechtliche Vereinbarung zwischen dem Vollmachtgeber und der bevollmächtigten Person. Der Staat hat diesbezüglich auch keine Überwachungsfunktion, wie sie für einen Vormund in § 1840 BGB geregelt ist. Auch wird die bevollmächtigte Person nicht vom Staat eingesetzt, wie es beim Vormund oder Pfleger der Fall ist. Da die Vollmachtgeber bei dieser Variante für die Erziehung und Entwicklung ihres Kindes/des Jugendlichen selbst verantwortlich bleiben, besteht keine Veranlassung, dass dies durch den Staat finanziert wird.

bb) Verzicht auf Sorgerecht

Der Umstand, dass die Sorgeberechtigten ihre Kinder haben unbegleitet fliehen lassen, stellt keinen wirksamen Verzicht der Sorgeberechtigten auf ihr Sorgerecht dar. Denn ein solcher Verzicht wird nicht einmal in den Fällen der anonymen Kindesabgabe (Babyklappe, anonyme Geburt) angenommen.⁶¹⁹ Dann kann es im Fall der unbegleitet eingereisten Minderjährigen auch nicht so sein. Bei der Abgabe des eigenen Babys in der Babyklappe oder der Entscheidung für eine anonyme Geburt, in deren Anschluss das Baby vom Jugendamt in Obhut genommen wird, hat die Maßnahme der Sorgeberechtigten noch einen endgültigeren Charakter. Im Fall der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge könnten Eltern vorhaben, ihren Kindern zu folgen, oder davon ausgehen, dass diese nach Hause zurückkehren, sobald sich die dortige politische Situation gebessert hat. Insofern kann vor dem Hintergrund, dass Eltern ihre minderjährigen Kinder allein in ein fremdes Land flie-

⁶¹⁹ Veit, in: BeckOK, BGB, § 1626 Rn. 4.1.

hen lassen, nicht automatisch ein Verzicht des Sorgerechts angenommen werden.

cc) Möglichkeit der Beantragung von Hilfen zur Erziehung

Grundsätzlich haben Flüchtlingskinder gem. Art. 23 GFK dieselben Ansprüche bezüglich des Empfangs von Hilfeleistungen, wie Kinder aus der Bundesrepublik Deutschland. Art. 23 GFK geht als speziellere Regelung Art. 22 KRK vor.

Gem. § 6 Abs. 1 SGB VIII werden Leistungen nach dem SGB VIII grundsätzlich nur Personen gewährt, die ihren tatsächlichen Aufenthalt im Inland haben. Gem. § 6 Abs. 2 SGB VIII sind Ausländer nur leistungsberechtigt, wenn sie sich rechtmäßig oder auf Basis einer ausländerrechtlichen Duldung gewöhnlich in Deutschland aufhalten. Die sich im Ausland aufhaltenden Eltern können gem. § 6 Abs. 1 S. 2 SGB VIII zunächst einmal nur Beratung und Unterstützung bei der Ausübung des Umgangsrechts verlangen. Es ist ihnen aber möglich als gesetzliche Vertreter des Minderjährigen, der sich rechtmäßig oder auf Basis einer ausländerrechtlichen Duldung in Deutschland aufhält, Leistungen nach dem SGB VIII für den Minderjährigen zu beantragen. Auch ist es möglich, dass die sorgeberechtigten Eltern die diesbezügliche Vertretung des Minderjährigen im Rahmen der Sorgerechtsvollmacht auf die bevollmächtigte Person übertragen, so dass diese dann die Anträge für den Minderjährigen stellen kann.

d) Fazit zur Sorgerechtsvollmachtserteilung

Die Erteilung einer Sorgerechtsvollmacht gewährt den Eltern eine umfassende Gestaltungsmöglichkeit. Sie können selbst entscheiden, welche Aufgaben sie der bevollmächtigten Person übertragen. Sie können die Aufgaben übertragen, die sie selbst aus dem Ausland nicht wahrnehmen können. Gleichzeitig ermöglicht sie den sich im Ausland aufhaltenden Eltern, weiterhin Einfluss auf die Erziehung und Entwicklung ihres Kindes oder des Jugendlichen zu nehmen, weil sie diesbezüglich verantwortlich bleiben. Dadurch wird die Beziehung zwischen den Eltern und dem Minderjährigen gestärkt und einer Entfremdung aufgrund der Distanz entgegengewirkt, was für das Kindeswohl positiv

ist. Unter C.V wurde bereits dargelegt, dass unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, die in Kontakt zu ihrer Familie im Heimatland standen, geringere Depressionswerte aufwiesen und sie sich mehr sozial unterstützt fühlten. Außerdem stellt die Sorgerechtsvollmacht das mildere Mittel gegenüber der Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge dar und ist insofern zu bevorzugen, wenn beide Varianten gleich geeignet sind. Letzteres ist immer dann der Fall, wenn eine Kontaktmöglichkeit zu den Eltern besteht und diese sich auch bei zu treffenden Entscheidungen aktiv einbringen und die beauftragte Person auch angemessen kontrollieren und anweisen.

Bei gewissen Fallkonstellationen mag es im Alltag zu Verständigungsschwierigkeiten kommen. Dies wird so sein, wenn die Eltern im Ausland über keine ausreichenden Deutschkenntnisse verfügen und sie eine Begleitperson bevollmächtigt haben, die ebenfalls nicht ausreichend deutsch spricht. In dieser Situation muss mit Dolmetschern agiert werden, was den behördlichen Ablauf erschwert. Es stellt aber kein Argument gegen die Variante der Sorgerechtsvollmachtserteilung per se dar, denn zu dieser Situation kann es auch kommen, wenn eine Begleitperson als Vormund bestellt wird, die über keine ausreichenden Deutschkenntnisse verfügt. In diesen Fällen ist dann zu berücksichtigen, dass es sich hierbei auch um einen nur vorübergehenden Zustand handeln sollte, da die Begleitperson ihre Deutschkenntnisse durch Sprachkurse und ihren Aufenthalt in Deutschland verbessern sollte.

Als Vorteil der Sorgerechtsvollmacht ist auch zu berücksichtigen, dass durch sie die etwaig fehlenden Kenntnisse der Eltern von den Gegebenheiten in Deutschland ausgeglichen werden können, weil die bevollmächtigte Person – unabhängig von ihren Sprachkenntnissen – allein aufgrund ihrer Anwesenheit in Deutschland leichter wird Informationen einholen können. Sie kann beispielsweise mit den Ärzten oder Lehrern persönlich sprechen, sich bei der Entscheidung einer Schulwahl einen Eindruck von den in Frage kommenden Schulen vor Ort verschaffen und den Eltern im Ausland diese Eindrücke dann schildern, damit diese sie bei ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen können.

Problematisch an dieser Variante kann die Akzeptanz von Sorgerechtsvollmachten im Rechtsverkehr sein. Wenn diese im Rechtsverkehr fak-

tisch nicht anerkannt werden (obwohl sie eigentlich anerkannt werden müssten) und dies zu Komplikationen für den Minderjährigen führt, dann gefährdet dies die ausreichende Vertretung des Minderjährigen. Wenn dies im Einzelfall tatsächlich so sein sollte, und dem Gericht anhand von Beispielen belegt wird, dann kann das Gericht das Ruhen der elterlichen Sorge feststellen oder gar Teile der elterlichen Sorge gem. §§ 1666, 1666a BGB entziehen.⁶²⁰ Es wäre aber nicht sinnvoll, davon in jedem Fall von Anfang an auszugehen, denn dann bestünde die Gefahr, dass die Eltern unnötigerweise in ihrem Recht aus Art. 6 GG beschnitten werden. (Eine eingehende Prüfung hierzu folgt unter F.VIII.) Rechtlich gesehen gibt es keinen Grund, die Vollmachten nicht anzuerkennen. Für sie gelten die gleichen Grundsätze wie für in Deutschland erteilte Vollmachten. Wenn die Vollmacht wirksam erteilt wurde, dann muss sie im Rechtsverkehr anerkannt werden und dann ist dieses Recht gegebenenfalls auch in jeder einzelnen Angelegenheit, in der die Anerkennung der Vollmacht abgelehnt wurde, gerichtlich zu klären.

Die Sorgerechtsvollmachtserteilung führt im Gegensatz zur Vormundschaftsbestellung auch zu einer Entlastung der Gerichte. Denn ein Vormund oder Pfleger unterliegt der Kontrolle des Familiengerichts, während ein Sorgerechtsbevollmächtigter der Kontrolle des Vollmachtgebers unterliegt.⁶²¹ Die fehlende Kontrolle durch das Gericht stellt auch insofern keinen schwerwiegenden Nachteil dar, weil dem Gericht und dem Jugendamt die Kontrolle – genauso wie bei allen sorgeberechtigten Eltern – im Rahmen des Wächteramts verbleibt. Mithin kann und muss das Gericht oder das Jugendamt eingreifen, wenn eine Kindeswohlgefahr droht. Das Gericht hat aber beispielsweise keine Abrechnungen zu kontrollieren, wie es bei einem bestellten Vormund gem. § 1840 BGB der Fall ist, so dass die Variante der Sorgerechtsvollmacht daher eine Entlastung der Gerichte darstellt.

Wenn es also im Einzelfall so ist, dass die Eltern im Ausland über moderne Kommunikationsmittel verfügen und sie bereit sind, sich aktiv hinsichtlich der Entwicklung des Minderjährigen einzubringen, dann ist der Weg der Erteilung einer Sorgerechtsvollmacht ratsam. Haben die Eltern eine solche nicht bereits einer Begleitperson erteilt, so sollte

620 Hoffmann, Personensorge, § 4 Rn. 17.

621 Hoffmann, FamRZ 2011, 1544 (1549).

das Jugendamt und gegebenenfalls das Gericht diese Option berücksichtigen und mit den Eltern besprechen.

Haben die Sorgeberechtigten die Aufgaben, die sie nicht aus dem Ausland wahrnehmen können, aber nicht auf Dritte übertragen, so ist das Ruhen der elterlichen Sorge festzustellen, wenn sie sich im Ausland aufhalten und die vorgenannten Aufgaben – wie dargelegt – nicht vollständig wahrnehmen können.

7. Fazit – Geeignetste Variante

Für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge kommen also – nach derzeitiger Rechtslage – folgende Varianten in Betracht:

- Bestellung eines (Amts-)Vormunds
- Bestellung eines Ergänzungspflegers
- Übertragung von Aufgaben der elterlichen Sorge an Pflegeperson
- Erteilung einer Sorgerechtsvollmacht

Eine Vormundschaft bezieht sich grundsätzlich auf die gesamte Vermögens- und Personensorge eines Mündels. Ein Vormund wird nur bestellt, wenn die elterliche Sorge ruht. Dies kommt also in den Fällen in Betracht, in denen kein regelmäßiger Kontakt zu den Eltern im Ausland besteht.

Besteht ein regelmäßiger Kontakt zu den Eltern, können sie aber trotzdem einen Teilbereich der elterlichen Sorge nicht selbst wahrnehmen, so kann diesbezüglich ein Ergänzungspfleger gem. § 1909 BGB bestellt werden. Dies kommt also insbesondere für die Aufgaben in Betracht, die die Eltern im Ausland nicht selbst wahrnehmen können. Welche dies sind, wurde unter F.VI.5.b)cc)aaa) dargestellt. Diese Variante sollte aber nur dann gewählt werden, wenn die Eltern im Ausland bezüglich der Aufgaben, die sie nicht selbst wahrnehmen können, auch keine Verantwortung mehr tragen möchten und bereit sind diese Aufgaben gänzlich abzugeben.

Das gleiche gilt für die Übertragung der elterlichen Sorge an die Pflegeperson. Wenn kein Vormund bestellt wurde, die Eltern die Aufgaben der elterlichen Sorge also noch aus dem Ausland wahrnehmen, dann können die Aufgaben, die sie nicht selbst wahrnehmen können, auch

auf die Pflegeperson übertragen werden. Wenn der Minderjährige also in einer Pflegefamilie oder Betreuungseinrichtung untergebracht ist, dann kommt auch diese Variante in Betracht. Wenn die Pflegeperson auch für die Übernahme aller erforderlichen Aufgaben geeignet ist, dann ist diese Variante der Bestellung eines Ergänzungspflegers vorzuziehen, da es sich bei der Pflegeperson ohnehin schon um eine Vertrauensperson des Minderjährigen handelt und das Verhältnis dadurch noch intensiviert werden dürfte.

In all den vorgenannten Fällen ist die gesetzliche Vertretung des Minderjährigen sichergestellt. Die Eltern sind für diese Aufgaben dann aber nicht mehr verantwortlich. Ihre elterliche Sorge ist für diesen Bereich eingeschränkt.⁶²²

Bei Erteilung einer Sorgerechtsvollmacht bleibt die elterliche Sorge hingegen bei den Eltern. Sie bleiben voll verantwortlich, auch bezüglich der Aufgaben, für die sie eine Vollmacht erteilt haben. Bei Meinungsverschiedenheiten entscheiden daher in jedem Fall die Eltern. Die Eltern haben bei dieser Variante die größtmögliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Kinder. Ihre Rechte werden bei dieser Variante am wenigsten eingeschränkt. Auch dem Wohlbefinden der Minderjährigen und ihrem Recht aus Art. 9 Abs. 3 KRK, regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, wird diese Variante am ehesten gerecht. Sie ist also dann zu wählen, wenn die Eltern in regelmäßigem Kontakt zu ihren Kindern stehen und sie bereit sind, die Aufgaben der elterlichen Sorge auch aus dem Ausland wahrzunehmen.

Letztlich ist die Variante zu wählen, die dem Kindeswohl am besten entspricht. Dies kann die Sorgerechtsvollmacht sein, weil es die Beziehung zum Kind weitestgehend erhält und die Eltern weiterhin nahezu alle Entscheidungen für die Kinder treffen können. Da die bevollmächtigte Person aber jegliche Handlung im Sinne der Eltern vornehmen muss, bedeutet dies einen hohen Abstimmungsbedarf zwischen der beauftragten Person und den sorgeberechtigten Eltern. Ob diese Variante also im Alltag praktikabel ist, hängt maßgeblich von dem Verhältnis zwischen den sorgeberechtigten Eltern und der bevollmächtig-

622 *Schneider*, in: MüKo, BGB, § 1909 Rn. 45.

ten Person ab. Kooperieren sie gut miteinander, ist es eine für das Kind gute Variante. Funktioniert die Abstimmung nicht gut, entstehen beispielsweise regelmäßig Meinungsverschiedenheiten zwischen der bevollmächtigten Person und den sorgeberechtigten Eltern, so ist die effektive Betreuung des Kindes in Alltagsangelegenheiten gefährdet. In diesen Fällen wäre dann die Beauftragung eines Pflegers, der für die ihm übertragenen Aufgaben allein verantwortlich ist, die geeignetere Variante, es sei denn natürlich es kommt eine andere Person in Betracht, der eine Sorgerechtsvollmacht erteilt werden kann und mit der die Kooperation besser funktioniert.

VIII. Verletzung der Elternrechte aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

Wenn unbegleitete minderjährige Flüchtlinge nach Deutschland einreisen, muss das Familiengericht – bevor ein Vormund bestellt werden kann – das Ruhen der elterlichen Sorge bzgl. der sich im Ausland aufhaltenden Eltern feststellen. Dies führt gem. § 1675 BGB dazu, dass die Eltern ihr Sorgerecht nicht mehr ausüben dürfen. Die Entscheidung über das Ruhen der elterlichen Sorge könnte insofern einen Eingriff in die Rechte der Eltern auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG darstellen.

Die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge verletzt das Recht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder, wenn dadurch in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eingegriffen wird und der Eingriff verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt ist.⁶²³

1. Eingriff in den Schutzbereich

a) Schutzbereich betroffen

Gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern.

⁶²³ Zum Aufbau einer Grundrechtsprüfung allgemein *Vofßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313.

aa) Sachlicher Schutzbereich

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG schützt also das Recht der Eltern auf Erziehung und Pflege ihrer Kinder.

Die Pflege des Kindes umfasst die Sorge für das körperliche Wohl. Dies umfasst die Fürsorge für die Ernährung, Gesundheit und Bekleidung des Kindes, ebenso wie die geistige und seelische Entwicklung.⁶²⁴ Die Erziehung des Kindes beinhaltet die Sorge für die geistige, sittliche und körperliche Entwicklung des Kindes.⁶²⁵ Dazu zählt auch die Bildung und Ausbildung des Kindes. Die Begriffe überschneiden sich inhaltlich teilweise, wie bereits unter F.VI.5.b)cc)aaa)(1) dargestellt.

Die Eltern dürfen gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG also frei darüber entscheiden, wie sie ihr Kind pflegen und erziehen. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistet, dass den Eltern keine Erziehungsziele oder Erziehungsmethoden gesetzlich vorgegeben werden dürfen. Wenn Eltern Erziehungsziele verfolgen oder Erziehungsmethoden anwenden, die nicht der Mehrheitsmeinung entsprechen, so muss der Staat dies hinnehmen. Burghart führte dazu folgendes aus: „Der Staat muss Fehler geschehen lassen; sie sind der Preis der Freiheit und der Elternverantwortung“.⁶²⁶ Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG wurde vor dem Hintergrund eingeführt, dass angenommen wird, dass sich die Eltern am besten eignen, um für ihr Kind zu sorgen, weil ihnen das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt, als irgendeiner anderen Person oder Institution.⁶²⁷ Die Eltern können also frei entscheiden, ob sie ihr Kind auch über Distanz aus dem Ausland erziehen möchten. Es ist nicht Sache des Staates zu entscheiden, ob dies grundsätzlich möglich ist oder nicht. Der Staat darf erst eingreifen, wenn er feststellt, dass die Eltern ihren Pflichten nicht nachkommen, also die Pflege und Erziehung über Distanz nicht funktioniert.

624 Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 3.

625 Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 4.

626 Burghart, in: BeckOGK, BGB, § 1666 Rn. 21.

627 BVerfG, Beschluss v. 29.11.2012 – 1 BvR 335/12, NJW 2013, 1867 (1868); Beschluss v. 17.02.1982 – 1 BvR 188/80, NJW 1982, 1379 (1381); Urteil v. 09.02.1982 – 1 BvR 845/79, NJW 1982, 1375 (1376); Burghart, in: BeckOGK, BGB, § 1666 Rn. 11.

Wird das Ruhen der elterlichen Sorge festgestellt, so können Eltern ihr Recht auf elterliche Sorge nicht mehr ausüben. Damit ist der sachliche Schutzbereich von Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG betroffen.

bb) Persönlicher Schutzbereich

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist ein sog. Jedermann-Grundrecht, das heißt, dass das Grundrecht grundsätzlich jedermann zusteht. Grundrechtsträger ist nicht die Familie als Gesamtheit, sondern jedes einzelne Familienmitglied.⁶²⁸ Dazu zählen die leiblichen Eltern, die Adoptiveltern, die Eltern eines nichtehelichen Kindes, zwei Personen gleichen Geschlechts, die gesetzlich als Eltern eines Kindes anerkannt sind.⁶²⁹ Auch gilt das Grundrecht für ausländische oder staatenlose Eltern.⁶³⁰ Die Eltern eines Minderjährigen zählen also zu dem persönlichen Schutzbereich.

Fraglich ist jedoch, ob dies auch der Fall ist, wenn sich die ausländischen Eltern nicht in Deutschland, sondern im Ausland aufhalten.

aaa) Keine Geltung für sich im Ausland aufhaltende Eltern von umF

Keper ist der Auffassung, dass das Grundrecht des Art. 6 GG keine Anwendung findet, wenn sich die Eltern eines unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings im Ausland aufhalten, denn in diesen Fällen gebe es kein Familiengefüge in der Bundesrepublik, das durch Art. 6 GG geschützt werde.⁶³¹

bbb) Geltung für sich im Ausland aufhaltende Eltern von umF

Das BVerfG ist der Auffassung, dass Art. 6 GG grundsätzlich auch für Ausländer gilt, jedoch eine Einzelfallentscheidung im Hinblick auf das jeweils betroffene Grundrecht und das Ausmaß des Auslandsbezugs zu treffen ist. Durch Auslegung der betroffenen Verfassungsnorm sei zu bestimmen, „ob diese nach Wortlaut, Sinn und Zweck für jede denk-

628 *Burghart*, in: BeckOGK, BGB, § 1666 Rn. 14.

629 *Antoni*, in: Hömig/Wolff/Seifert, GG, Art. 6 Rn. 14.

630 *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 6 Rn. 13.

631 *Keper*, in: Kunkel/Keper/Pattar, SGB VIII, § 42 Rn. 127.

bare Anwendung hoheitlicher Gewalt innerhalb der Bundesrepublik gelten will oder ob sie bei Sachverhalten mit mehr oder weniger intensiver Auslandsbeziehung nicht anwendbar ist.“⁶³²

Badura konkretisiert, dass das Grundrecht aus Art. 6 GG seines Erachtens für die Ausländer gilt, die als Familienmitglied der öffentlichen Gewalt der staatlichen Rechtsgemeinschaft Deutschlands unterworfen sind. Der Schutzbereich des Art. 6 GG betreffe familiäre Lebensgemeinschaften unabhängig davon, wo sie begründet wurden und ob die Rechtswirkungen der familiären Lebensgemeinschaft nach deutschem oder ausländischem Recht zu beurteilen sind.⁶³³

ccc) Eigene Ansicht

Gegen die Auffassung von Kepert spricht, dass ein Familiengefüge nicht nur dann bestehen kann, wenn sich die Familienmitglieder alle am selben Ort aufhalten. Für den minderjährigen unbegleiteten Flüchtling, der regelmäßigen Kontakt zu seinen Eltern im Ausland hat, existiert ein Familiengefüge, in das durch die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge eingegriffen würde. Dieses Familiengefüge besteht auch in der Bundesrepublik Deutschland, auch wenn sich die Eltern im Ausland aufhalten, denn die Pflege und die Erziehung sind, wie unter F.VI.5.b)cc)aaa) dargelegt, nicht zwingend an die Anwesenheit der Eltern in Deutschland gebunden. Die Wahrnehmung der Aufgaben ist zum Teil auch aus dem Ausland möglich. Bezüglich der Aufgaben, die aus dem Ausland nicht wahrnehmbar sind, können Hilfspersonen hinzugezogen werden.

Das BVerfG legte nachvollziehbar dar, dass durch Auslegung der betroffenen Verfassungsnorm zu bestimmen sei, „ob diese nach Wortlaut, Sinn und Zweck für jede denkbare Anwendung hoheitlicher Gewalt innerhalb der Bundesrepublik gelten will oder ob sie bei Sachverhalten mit mehr oder weniger intensiver Auslandsbeziehung nicht anwendbar ist“.⁶³⁴

632 BVerfG, Beschluss v. 04.05.1971 – 1 BvR 636/68, NJW 1971, 1509 (1512).

633 Hierzu und zum Vorstehenden *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 6 Rn. 13.

634 BVerfG, Beschluss v. 04.05.1971 – 1 BvR 636/68, NJW 1971, 1509 (1512).

Art. 6 Abs. 2 GG schützt das Recht der Eltern ihr Kind zu pflegen und zu erziehen. Der Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 GG beinhaltet keine örtliche Begrenzung, wo dieses Recht auszuüben ist.

Das Grundgesetz gilt räumlich gesehen grundsätzlich nur auf dem Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland.⁶³⁵ Die Rechtswirkungen des Grundgesetzes können sich jedoch auch außerhalb des Staatsgebiets der Bundesrepublik Deutschland entfalten.⁶³⁶ Die Entscheidung über das Ruhen der elterlichen Sorge, mit der gegebenenfalls in das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG eingegriffen wird und wovor das Grundrecht schützen soll, wird in Deutschland getroffen, insofern besteht der Bezug zur Bundesrepublik Deutschland. Die Wirkungen dieser Entscheidung entfalten sich aber sowohl in Deutschland, weil sich der Minderjährige, der gepflegt und erzogen wird, in Deutschland aufhält, als auch im Ausland, weil sich dort die Eltern aufhalten, in deren Recht gegebenenfalls eingegriffen wird.

Der persönliche Geltungsbereich ist in jedem Grundrecht separat geregelt. Art. 6 GG gilt für jedermann. Es gibt demgegenüber Grundrechte, die explizit nur für Deutsche gelten, so zum Beispiel das Versammlungsrecht gem. Art. 8 GG. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber bewusst unterscheidet, so dass der Umstand, dass Art. 6 GG ausdrücklich nicht nur für Deutsche gilt zeigt, dass sich der persönliche Geltungsbereich auch auf Ausländer erstreckt. Allerdings lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen, ob nur in Deutschland lebende Ausländer oder sich in Deutschland aufhaltende Ausländer vom Schutzzweck umfasst sind.

Der Sinn und Zweck des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist der Schutz der Eltern vor unrechtmäßigen Eingriffen des Staates. Eltern sollen frei entscheiden können, wie sie ihr Kind/Jugendlichen erziehen. Wenn sie sich entscheiden, diese Aufgabe soweit wie möglich aus dem Ausland wahrzunehmen, dann hat der Staat diese Entscheidung zunächst einmal zu respektieren. Aus dem Sinn und Zweck des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG lässt sich kein Grund ableiten, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG nicht auch auf sich im Ausland aufhaltende Eltern zu erstrecken, wenn sich das zu pflegende und zu erziehende Kind im Inland aufhält. Sollten die Eltern ihrer Pflicht zur Pflege und Erziehung nicht nachkommen, so hat der

635 Hillgruber, in: BeckOK, GG, Präambel Rn. 20, 21.

636 Heintschel von Heinegg, in: BeckOK, GG, Art. 26 Rn. 4.

Staat im Rahmen seines Wächteramts gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG einzugreifen. Dies ist aber bei einer Erziehung aus dem Ausland nicht per se der Fall, so dass zunächst einmal der Sinn und Zweck der Regelung nicht gegen die Geltung des Grundrechts für die Eltern im Ausland spricht.

Gem. Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte die Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Die deutschen Hoheitsträger haben die Grundrechte also zu achten. Dies muss unabhängig vom Adressaten ihrer Tätigkeit gelten. Denn ein rechtswidriger Eingriff des Staates kann nicht deshalb rechtmäßig werden, weil sich ein Grundrechtsträger im Ausland aufhält. Dies lässt sich durch den Vergleich mit dem Grundrecht auf Eigentum plastisch darlegen. Der Staat darf gem. Art. 14 Abs. 3 GG nur zum Wohle der Allgemeinheit und durch oder aufgrund eines Gesetzes enteignen. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, darf vom Staat nicht in das Eigentum eingegriffen werden. Verlässt der Eigentümer die Bundesrepublik und hält er sich im Ausland auf, stellt dies keine Berechtigung des Staates dar, in das Recht auf Eigentum (in Deutschland) einzugreifen. Sonst müssten alle Bürger bei jeder Auslandsreise die berechnete Sorge haben, dass ihr Eigentum bei ihrer Rückkehr nicht mehr vorhanden ist bzw. sie durch den Staat enteignet wurden. Nur weil sich ein Grundrechtsträger im Ausland aufhält, darf der Staat also keine Eingriffe in seine Grundrechte vornehmen, also gegen Art. 1 Abs. 3 GG verstoßen.

Im Fall der sich im Ausland aufhaltenden Eltern von unbegleitet eingereisten minderjährigen Flüchtlingen stellt sich die Situation natürlich insofern anders dar, als dass diese Eltern sich unter Umständen noch nie in Deutschland aufgehalten haben und es gegebenenfalls auch nie tun werden. Dennoch haben sie dadurch, dass sich ihr Kind/der Jugendliche in Deutschland aufhält einen starken Bezug zu Deutschland. Hierbei handelt es sich um einen intensiven Inlandsbezug, weil sich die Wirkungen des Rechts auf freie Pflege und Erziehung in Deutschland entfalten. Insofern haben die deutschen Gerichte das Grundrecht der sich im Ausland aufhaltenden ausländischen Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG zu beachten, wenn sie das Ruhen ihrer elterlichen Sorge feststellen.

b) Eingriff in den Schutzbereich

Ein Eingriff in den Schutzbereich des Elternrechts liegt vor, wenn eine staatliche Maßnahme erfolgt, die eine geschützte Person oder einen geschützten Personenkreis in ihren Rechten verletzt oder beeinträchtigt. Es handelt sich um einen unmittelbaren Eingriff, wenn der Akt der öffentlichen Gewalt auf bestimmte (belastende) Rechtsfolgen – final, unmittelbar, imperativ – gerichtet ist.⁶³⁷

Kommen Eltern ihren Aufgaben aus der elterlichen Sorge nicht nach, weil sie sich beispielsweise im Ausland aufhalten und keine regelmäßige Kommunikationsmöglichkeit besteht, dann hat das Gericht das Ruhen der elterlichen Sorge gem. § 1674 BGB festzustellen, bevor ein Vormund gem. § 1773 BGB bestellt werden kann. Die im Rahmen einer Inobhutnahme zwingende Bestellung eines Vormunds oder Pflegers ist in § 42 Abs. 3 S. 4 SGB VIII geregelt.

Wenn die elterliche Sorge ruhend gestellt wird und ein Vormund bestellt wird, können die Eltern aus dem Ausland die sich auf die elterliche Sorge beziehenden Entscheidungen nicht mehr selbst treffen, denn gem. § 1675 BGB ist ein Elternteil nicht berechtigt, die elterliche Sorge auszuüben, solange diese ruht. Sie können nicht bestimmen, auf welche Schule ihr Kind geht, oder ob oder welchen Ausbildungsberuf es erlernt, ob oder an welchem religiösen Unterricht ihr Kind teilnimmt und auch die sonstige Pflege und Erziehung des Kindes können die Eltern nicht übernehmen. Wird das Ruhen der elterlichen Sorge festgestellt, wird den Eltern die Möglichkeit der Erziehung und Pflege genommen und insofern in ihr diesbezügliches Recht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eingegriffen. Der Staat greift also durch den gerichtlichen Beschluss, mit dem das Ruhen der elterlichen Sorge festgestellt wird, in das Erziehungsrecht der Eltern ein.

637 BVerfG, Beschluss v. 26.06.2002 – 1 BvR 670/91, AfP 2002, 410 (413); Herdegen, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3 Rn. 40.

2. Rechtfertigung des Eingriffs

Der Eingriff ist nur rechtmäßig, wenn er verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.⁶³⁸ Dazu muss er 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.⁶³⁹

a) Schranke (das Grundrecht einschränkende Gesetz)

Der sogenannte „Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes“ folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG.⁶⁴⁰ Danach ist es der vollziehenden Gewalt verfassungsrechtlich verboten, ohne wirksam gewordene gesetzliche Grundlage tätig zu werden.⁶⁴¹

Folgende Gesetze können das Grundrecht der Eltern auf Erziehung und Pflege ihrer Kinder einschränken:

- Erziehungspflicht der Eltern, Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG
- Wächteramt, Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG
- mittelbare Drittwirkung von Grundrechten des Kindes, §§ 1626 ff. BGB, Art. 2 Abs. 1 GG
- verfassungsimmanente Schranke, Art. 7 Abs. 1 GG

aa) Erziehungspflicht der Eltern

Das Erziehungsrecht der Eltern kann durch die Pflicht der Eltern zur Erziehung und Pflege des Kindes gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eingeschränkt werden. Art. 6 GG beinhaltet als einziges Grundrecht, nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht. Diese Pflicht der Eltern dient allein dem Wohl der Kinder, die Eltern müssen also bei der Ausübung des Erziehungsrechts so agieren, dass ihre Handlungen dem Kindeswohl dienen.⁶⁴² Art. 6 Abs. 2 GG gewährt daher keine Befugnisse, die

638 *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313 (314).

639 *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313.

640 BVerfG, v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/73, 2 BvR 379/74, 2 BvR 497/74, 2 BvR 526/74, NJW 1976, 34 f.

641 *Sachs*, in: *Sachs*, GG, Art. 20 Rn. 113.

642 *Burghart*, in: *BeckOGK*, BGB, § 1666 Rn. 24.

zu einer Kindeswohlgefährdung führen würden.⁶⁴³ Kommen die Eltern dieser Pflicht also nicht nach, so kann der Staat ihr Recht auf Erziehung einschränken.

bb) Wächteramt des Staates

Außerdem kann das Erziehungsrecht der Eltern durch den qualifizierten Gesetzesvorbehalt in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG eingeschränkt werden.⁶⁴⁴ Gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG wacht der Staat über die von den Eltern ausgeübte Pflege und Erziehung. Im Rahmen dieses sog. staatlichen Wächteramts muss der Staat sicherstellen, dass die Eltern ihre Aufgabe der Erziehung und Pflege sachgerecht erfüllen. Der Staat muss dabei insbesondere sicherstellen, dass das Kind vor einem Missbrauch des Elternrechts geschützt ist.⁶⁴⁵ Auch daraus folgt also, dass der Staat einzugreifen hat, wenn die Eltern ihr Kind nicht ausreichend erziehen und pflegen und ein Eingreifen zum Schutz des Kindes erforderlich ist. Die Befugnis, das Ruhen der elterlichen Sorge gem. § 1674 BGB festzustellen, basiert also auf dem staatlichen Wächteramt, Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG.

cc) Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten des Kindes

Das Grundrecht des Minderjährigen aus Art. 2 Abs. 1 GG auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit wirkt mittelbar über §§ 1626 ff. BGB, also die Regelungen über die elterliche Sorge. Kommen die Eltern ihren Aufgaben der elterlichen Sorge nicht nach und wird dadurch das Recht des Kindes/Jugendlichen auf freie Entfaltung gem. Art. 2 Abs. 1 GG verletzt, so ist der Staat ebenfalls berechtigt, einzugreifen.

dd) Aufsicht des Staates über Schulwesen, Art. 7 Abs. 1 GG

Gem. Art. 7 Abs. 1 GG steht das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates. Es ist Sache der Eltern, die grundsätzlichen Entscheidungen über Bildungsziel, Bildungsgang und Bildungsabschluss als

⁶⁴³ Ollmann, FamRZ 1989, 350 (352).

⁶⁴⁴ von Coelln, in: Sachs, GG, Art. 6 Rn. 76.

⁶⁴⁵ von Coelln, in: Sachs, GG, Art. 6 Rn. 78.

Teil des „Gesamtplans der Erziehung“ zu treffen. Der Staat hat hingegen die Einrichtung und Organisation von Schulen zu gewährleisten und die Ziele und Inhalte des Unterrichts festzulegen.⁶⁴⁶

Der Staat ist also berechtigt, in das Elternrecht einzugreifen, wenn Angelegenheiten des Schulwesens betroffen sind. So stellt beispielsweise die Schulpflicht eine Einschränkung des Erziehungsrechts der Eltern dar, weil diese nicht frei entscheiden können, ihr Kind beispielsweise zu keiner Schule zu schicken. Auch ist es ihnen nicht gestattet, ihre Kinder selbst zu Hause zu unterrichten oder sie zu Hause unterrichten zu lassen.⁶⁴⁷

b) Schranken-Schranken (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)

Der Beschluss, mit dem das Ruhen der elterlichen Sorge festgestellt wird, muss materiell rechtmäßig sein, also insbesondere die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage erfüllen und im Einzelfall verhältnismäßig sein.

Wenn das Familiengericht also zutreffend festgestellt hat, dass die Eltern ihre elterliche Sorge auf längere Zeit nicht ausüben können, dann ist der Beschluss materiell rechtmäßig. Wie dargestellt ist dies nur der Fall, wenn die sich im Ausland aufhaltenden Eltern keinen regelmäßigen Kontakt zu ihren Kindern haben oder keine dritte Person bevollmächtigt wurde, die Aufgaben zu erledigen, die die Eltern aus dem Ausland nicht ausüben können.

Der Beschluss 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.

Das Mittel, das zur Zielerreichung geeignet sein muss, ist die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge und die Bestellung eines Vormunds oder Pflegers.

646 Hierzu und zum Vorstehenden BVerfG, Beschluss v. 21.12.1977 – 1 BvL 1/75; 1 BvR 147/75, NJW 1975, 807 (809).

647 BVerfG, Beschluss v. 29.04.2003 – 1 BvR 436/03, NVwZ, 1113; Huber, in: MüKo, BGB, § 1631 Rn. 4.

Das Ziel des Staates ist, das Kind/den Jugendlichen zu schützen und eine Versorgung sicherzustellen, wenn die Eltern zur Ausübung der elterlichen Sorge tatsächlich nicht in der Lage sind.

aa) Geeignetheit

Die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge und die Bestellung eines Vormunds muss also geeignet sein, um die Versorgung des Kindes zu gewährleisten.

Das Mittel ist geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.⁶⁴⁸

Wenn Eltern im Ausland keinen regelmäßigen Kontakt zu ihren Kindern im Inland haben, ist ihre Vertretung nicht sichergestellt und auch kümmert sich dann keiner um das Wohl des Minderjährigen. Stellt das Gericht das Ruhen der elterlichen Sorge fest, und bestellt sodann einen Vormund, so übernimmt dieser gem. § 1793 BGB die Sorge um die Person und das Vermögen des Minderjährigen, sowie auch dessen Vertretung. Gemäß § 1909 BGB übernimmt der Pfleger diese Aufgaben im Rahmen des ihm zugewiesenen Aufgabenbereichs. Durch die Bestellung eines Vormunds oder Pflegers wird also die Sorge um die Person und das Vermögen des Minderjährigen und dessen Vertretung sichergestellt. Mithin ist das Mittel zur Zielerreichung geeignet.

bb) Erforderlichkeit

Das Mittel ist zur Zielerreichung erforderlich, wenn kein milderes Mittel, das weniger oder nicht in die Rechte der Eltern eingreift, vorhanden ist.⁶⁴⁹ In den Fällen, in denen kein regelmäßiger Kontakt zu den Eltern im Ausland besteht, ist kein milderes Mittel als die Bestellung eines Vormunds ersichtlich. Sollten die Eltern nur an der Ausübung eines Teilbereichs der elterlichen Sorge verhindert sein, so ist als milderes Mittel ein Pfleger zu bestellen, weil die Eltern dann noch die restlichen Aufgaben der elterlichen Sorge selbst wahrnehmen können. In

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

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

den Fällen, in denen die elterliche Sorge nicht ruht, weil die Eltern im Ausland regelmäßigen Kontakt zu ihren Kindern haben, ist ein Beschluss über das Ruhen der elterlichen Sorge bereits materiell unwirksam. Insofern kommt es dann auf die in dem Fall auch fehlende Erforderlichkeit nicht mehr an.

cc) Angemessenheit

Die Sicherstellung der Versorgung und Vertretung des Minderjährigen, die mit der Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge und der Bestellung eines Vormunds oder Pflegers beabsichtigt wird, muss in einem angemessenen Verhältnis zu dem damit erfolgenden Eingriff in das Elternrecht auf Erziehung und Pflege stehen. Der Eingriff ist angemessen, wenn er nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck steht.⁶⁵⁰

Auch die Rechtsprechung hat im Rahmen ihrer Bindung an Gesetz und Recht zu berücksichtigen, dass die Familie zu schützen und zu fördern ist.⁶⁵¹ Pflege und Erziehung der Kinder stellen gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eine "zuvörderst" den Eltern obliegende Pflicht dar.⁶⁵² Das Elternrecht geht also grundsätzlich zunächst einmal vor.

Die Sicherstellung der Versorgung und Vertretung des Minderjährigen ist jedoch wichtiger als die Gewährung des Elternrechts auf Erziehung und Pflege der Kinder. Denn ein Minderjähriger, der nicht vertreten ist und um dessen Wohl sich niemand kümmert, ist den Gefahren des Umfelds schutzlos ausgeliefert. Er kann selbst weder einen Asylantrag stellen noch einen Ausbildungs-, Arbeits- oder Mietvertrag schließen. Auch kann er nicht selbst ein Konto bei einer Bank eröffnen. Der Minderjährige liefe Gefahr ungeschützt auf der Straße leben zu müssen, was mit erheblichen Gefahren für seine körperliche und geistige Gesundheit einherginge. Das Interesse des Staates, dies zu verhindern, überwiegt daher dem Interesse der Eltern ihr Elternrecht selbst ausüben zu können.

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

651 *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 6 Rn. 67.

652 *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 6 Rn. 24.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Eingriff in das Elternrecht nur solange erfolgt, wie die Eltern nicht in der Lage sind, die Aufgaben der elterlichen Sorge selbst auszuüben. Insofern erfolgt der Eingriff auch nur in dem Maß, in dem die Eltern ohnehin nicht in der Lage sind, von ihrem Elternrecht Gebrauch zu machen.

Außerdem ist es gerade Teil der elterlichen Sorge, für das geistige und körperliche Wohl des Minderjährigen zu sorgen.⁶⁵³ Das Recht auf freie Erziehung und Pflege der Kinder wird den Eltern zum Schutz der Kinder gewährt.⁶⁵⁴ Können die Eltern dies selbst nicht erfüllen, so wäre es auch ihre Aufgabe dafür zu sorgen, dass jemand anderes diese Aufgaben übernimmt. Sie müssten also zur Erfüllung ihrer elterlichen Sorge der Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge und der Bestellung eines Vormunds streng genommen sogar zustimmen.

Insofern ist der Eingriff in das Elternrecht angemessen, um das Wohl des Minderjährigen zu schützen.

Der zeitlich begrenzte Eingriff in das Bestimmungsrecht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist daher zum Schutz des Kindeswohls in den Fällen gerechtfertigt, in denen die Eltern die elterliche Sorge nicht selbst ausüben können.

Stehen sie allerdings in regelmäßigem Kontakt zu ihren Kindern und übernehmen sie die Elternverantwortung auch tatsächlich, gegebenenfalls unter Hinzuziehung von Hilfspersonen mit Sorgerechtsvollmacht, dann ist die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge nicht rechtmäßig und der diesbezügliche Eingriff in das Elternrecht nicht gerechtfertigt.

IX. Verletzung des Rechts des Kindes von seinen Eltern erzogen zu werden gem. Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG

Durch die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge könnte aber auch der Minderjährige in seinem Recht von seinen Eltern erzogen zu werden, verletzt werden.

653 BVerfG, Urteil v. 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, NJW 2013, 847 (849).

654 BVerfG, Urteil v. 09.02.1982 – 1 BvR 845/79, NJW 1982, 1375 (1376).

Denn das BVerfG legt dar, dass dem Kind nach Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG „ein Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung“ zusteht⁶⁵⁵ und es dagegen geschützt ist, „durch staatliche Maßnahmen von der spezifisch elterlichen Hinwendung abgeschnitten zu werden.“⁶⁵⁶

Wird das Ruhen der elterlichen Sorge festgestellt, können die Eltern den Minderjährigen nicht mehr erziehen und pflegen, so dass ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt.

Dieses Recht des Minderjährigen kann durch ein Gesetz eingeschränkt werden. Das Gericht stellt gem. § 1674 BGB fest, dass die elterliche Sorge ruht, wenn diese auf längere Zeit tatsächlich nicht ausgeübt werden kann.

Letztlich ist dieser Eingriff aber aus den gleichen Gründen, wie unter F.VIII.2.b) dargestellt, gerechtfertigt. Das Kindeswohl ist stets vorrangig zu berücksichtigen.⁶⁵⁷ Der Eingriff (die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge) erfolgt nur in den Fällen, in denen die Eltern ihre elterliche Sorge tatsächlich nicht ausüben können. In den Fällen ist das Kindeswohl zu schützen und für den Minderjährigen ein Vertreter zu bestellen. In den Fällen ist der Eingriff daher gerechtfertigt. Nur wenn die elterliche Sorge nicht ruht, weil die Eltern regelmäßigen Kontakt zu ihren Kindern haben und die Aufgaben der elterlichen Sorge selbst wahrnehmen (gegebenenfalls mit Hilfspersonen) ist ein Beschluss des Gerichts, nachdem die elterliche Sorge ruht, materiell rechtswidrig. In den Fällen ist der Eingriff nicht gerechtfertigt.

X. Verletzung des Rechts auf Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG

Durch die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge könnte auch ein Eingriff in das Recht auf Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG erfolgen.

655 BVerfG, Urteil v. 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, NJW 2013, 847 (848).

656 BVerfG, Beschluss v. 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, NJW 2014, 1364 (1372).

657 Heiderhoff/Frankemölle, in: Budzikiewicz/Heiderhoff/Klinkhammer/Niethammer-Jürgens, Migration und IPR, Minderjährige Flüchtlinge - Überlegungen zum Kindeswohl und zur internationalen Zuständigkeit, S. 189 (220).

1. Schutzbereich betroffen

Familie iSd Art. 6 Abs. 1 GG ist die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft der Kinder und ihrer Eltern.⁶⁵⁸

Auch wenn sich die Eltern im Ausland aufhalten, führen sie mit ihren Kindern eine tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft, wenn sie mit diesen in regelmäßigem Kontakt stehen. Dies wurde bereits unter F.VIII.1.a)bb)ccc) näher ausgeführt. Der Schutzbereich ist insofern betroffen.

2. Eingriff in den Schutzbereich

Stellt das Familiengericht das Ruhen der elterlichen Sorge fest, so können die Eltern dieses Recht gem. § 1675 BGB nicht mehr ausüben. Dadurch wird die Erziehungsgemeinschaft beeinträchtigt, denn die Eltern können die Erziehung nicht mehr selbst übernehmen. Auch werden Entscheidungen von dem dann bestellten Vormund getroffen, die sonst die Eltern getroffen hätten. Insofern wird durch die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge auch in das Recht auf Familie eingegriffen.

3. Rechtfertigung des Eingriffs

a) Schranke

Das Recht des Kindes/Jugendlichen auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG und die Aufsicht des Staates über das Schulwesen gem. Art. 7 Abs. 1 GG. stellen mögliche Schranken dar.

⁶⁵⁸ BVerfG, Beschluss v. 24.06.2014 – 1 BvR 2926/13, NJW 2014, 2853 (2854); Beschluss v. 31.05.1978 – 1 BvR 683/77, NJW 1978, 2289 (2290); Antoni, in: Hömig/Wolff/Seifert, GG, Art. 6 Rn. 6.

b) Schranken-Schranken

Die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge muss materiell rechtmäßig erfolgen und muss verhältnismäßig sein. Es wird diesbezüglich auf die Ausführungen unter F.VIII.2.b) verwiesen. In den Fällen, in denen kein regelmäßiger Kontakt zu den Eltern im Ausland besteht, sie also die elterliche Sorge nicht selbst wahrnehmen können, stellt die Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge zwar einen Eingriff in das Grundrecht auf Familie dar. Dieses ist aber – ebenso wie bei dem Grundrecht der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG – gerechtfertigt. Besteht hingegen ein regelmäßiger Kontakt, so ruht die elterliche Sorge nicht, so dass ein entsprechender Beschluss nicht rechtmäßig wäre und damit eine Grundrechtsverletzung vorläge.

Bei dem in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geregelten Elternrecht auf Erziehung und Pflege der Kinder handelt es sich im Vergleich zur Regelung in Art. 6 Abs. 1 GG um die speziellere Regelung. Diese geht also grundsätzlich vor.

XI. Clearingverfahren / Hilfeplanverfahren

Das Jugendamt, bei dem der Minderjährige endgültig ankommt, führt nach der Inobhutnahme ein erneutes und erweitertes Clearingverfahren durch.⁶⁵⁹ Der Begriff Clearing ist kein Rechtsbegriff. In der Praxis ist damit die Perspektivklärung im Rahmen der Inobhutnahme gemeint.⁶⁶⁰ In § 42 Abs. 3 S. 5 SGB VIII wird es „Hilfeplanverfahren“ genannt.

Im Anschluss an das erste Gespräch, das bereits unter F.I. dargestellt wurde, wird also das Hilfeplanverfahren durchgeführt, an dem der Minderjährige, der fallzuständige Mitarbeiter im Sozialen Dienst des Jugendamtes, die Bezugsbetreuung aus der Jugendhilfeeinrichtung, der Vormund, ggf. ein Dolmetscher und nach Bedarf weitere Personen (zB Angehörige oder Therapeuten) beteiligt sind. Im Rahmen der Hilfeplanung wird gem. § 36 SGB VIII der erzieherische Bedarf, die aufent-

659 Gravelmann, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Kinder- und Jugendhilfe, S. 41.

660 Hierzu und zu den folgenden Ausführungen *Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e. V.*, <https://b-umf.de/p/clearingverfahren/> (20.04.2020).

haltsrechtliche Perspektive (ob ein Asylantrag gestellt werden muss, oder welche sonstigen aufenthaltsrechtlichen Maßnahmen zu treffen sind, ob beispielsweise ein isolierter Antrag nach § 60 AufenthG zu stellen ist⁶⁶¹), die schulische bzw. Ausbildungsperspektive sowie ein etwaiger medizinischer oder therapeutischer Bedarf ermittelt. Auch wird ein Vorschlag für eine geeignete Anschlussunterbringung des Jugendlichen erarbeitet. Die tatsächliche Hilfeleistung ist sodann ohne vermeidbare Verzögerung durchzuführen.⁶⁶²

Die Hilfeplangespräche werden in der Regel im halbjährlichen Rhythmus durchgeführt, damit mit allen Beteiligten die Ziele der Hilfe reflektiert und gegebenenfalls neu festgelegt werden können. Die Sichtweisen und der Wille des Minderjährigen sind je nach Reifegrad zu berücksichtigen.⁶⁶³

Durch die Gewährung von Hilfen zur Erziehung wird auch die Vorgabe aus Art. 39 KRK erfüllt, derzufolge die Vertragsstaaten alle geeigneten Maßnahmen zu treffen haben, um die physische und psychische Genesung und die soziale Wiedereingliederung eines Kindes zu fördern, das Opfer irgendeiner Form von Vernachlässigung, Ausbeutung und Misshandlung, der Folter oder einer anderen Form grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe oder aber bewaffneter Konflikte geworden ist. Die Genesung und Wiedereingliederung müssen in einer Umgebung stattfinden, die der Gesundheit, der Selbstachtung und der Würde des Kindes förderlich ist.⁶⁶⁴

XII. Dauer der Inobhutnahme

In der Praxis kommt es gelegentlich vor, dass die Inobhutnahme länger andauert, als dies eigentlich sein sollte, beispielsweise weil die notwendige Hilfeplanung nicht schnell genug abgeschlossen wurde und eine

661 OLG Frankfurt, Beschluss v. 08.01.2015 – 6 UF 292/14, juris, Rn. 20.

662 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 145; Parusel, ZAR 2010, 233 (236).

663 Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e. V., <https://b-umf.de/p/clearingverfahren/> (20.04.2020).

664 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, www.bmfsfj.de/blob/93140/78b9572c1bffd3345d8d393acbbfe8/uebereinkommen-ueber-die-rechte-des-kindes-data.pdf (8.11.2019).

Entscheidung für eine Anschlusshilfe noch nicht getroffen wurde oder geeignete Anschlusshilfen noch nicht verfügbar sind. Die Grenzen der Inobhutnahme werden in diesen Fällen überzogen.⁶⁶⁵

Die Inobhutnahme von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen dauerte im Jahr 2015 im Durchschnitt 41,7 Tage.⁶⁶⁶ Zu diesem Zeitpunkt wurde noch nicht zwischen vorläufiger und regulärer Inobhutnahme unterschieden. Im Rahmen einer im Jahr 2019 von Karpenstein und Nordheim für den Bundesfachverband unbegleitete minderjährige Flüchtlinge durchgeführten Umfrage gaben 30 % der befragten Fachkräfte an, dass allein vorläufige Inobhutnahmen im Jahr 2019 in der Regel länger als einen Monat gedauert haben. 2018 hatten dies noch 49 % der Befragten angegeben.⁶⁶⁷ Der Anteil der langen Inobhutnahmen ist also in den letzten Jahren zurückgegangen. Für die Zukunft ist eine noch weitere Reduzierung wünschenswert, da Minderjährige so schnell wie möglich an einem Ort ankommen sollten, an dem sie eine Schule besuchen können und Hilfen zur Verarbeitung des Erlebten erhalten.

§ 42 SGB VIII beinhaltet keine generelle zeitliche Befristung für die Dauer der Inobhutnahme. Eine solche Befristung wäre auch unzulässig, weil die Dauer abhängig von der konkreten Krisensituation sein muss.⁶⁶⁸ Bei der Frage, ob eine Inobhutnahme ausgeweitet werden kann, ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen.⁶⁶⁹ Die Inobhutnahme ist daher nur solange aufrecht zu erhalten, wie die Krisensituation andauert, sie also geeignet, erforderlich und angemessen ist.⁶⁷⁰

Das VG Augsburg legt dar, dass das Jugendamt gehalten sei, spätestens nach drei Monaten eine Entscheidung des Familiengerichts durch ent-

665 Hierzu und zum Vorstehenden *Trenczek/Düring/Neumann-Witt*, Inobhutnahme, S. 300–301.

666 *Pothmann*, Forum Jugendhilfe 2017, 38 (40).

667 Hierzu und zu den folgenden Ausführungen *Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V.*, Die Situation (unbegleiteter) minderjähriger und junger volljähriger Geflüchteter in Deutschland, https://afet-ev.d/aktuell/ausder_republik/2020/bumfumfrage2019_web_v03.pdf (25.05.2020), S. 27.

668 *Trenczek*, in: *Münder/Meysen/Trenczek*, SGB VIII, § 42 Rn. 49.

669 *Schmidt*, in: *BeckOGK*, SGB VIII, § 42 Rn. 152.

670 *Trenczek/Düring/Neumann-Witt*, Inobhutnahme, S. 297.

sprechenden Antrag zu erzwingen.⁶⁷¹ Denn halte eine Inobhutnahme zu lang an, sei sie wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 8 EMRK rechtswidrig. In dem Fall, den das VG Augsburg zu entscheiden hatte, hatte die Inobhutnahme viereinhalb Jahre andauert.⁶⁷²

Das BVerwG legt dar, dass eine einheitliche 3-Monatsfrist, derzufolge eine Inobhutnahme bis zu 3 Monate lang zulässig ist (und die dadurch anfallenden Kosten dann auch erstattungsfähig sind), die aber danach automatisch unwirksam wird (mit der Konsequenz, dass keine Kosten-erstattung erfolgt), nicht existiere und auch nicht sachdienlich sei. Im Einzelfall könne auch früher der Betreuungs- und Erziehungsbedarf wegfallen mit der Konsequenz, dass entsprechende Aufwendungen erspart werden könnten, genauso sei es aber auch denkbar, dass ein entsprechender Bedarf länger als 3 Monate besteht.⁶⁷³

Das BVerwG führt aus, dass im Rahmen der Inobhutnahme zügig der Hilfebedarf zu klären ist.⁶⁷⁴ Die Inobhutnahme selbst diene als vorläufige Maßnahme lediglich der Krisenintervention und stelle selbst keine dauerhafte Lösung dar.⁶⁷⁵ Auch vor dem Hintergrund des Eingriffscharakters der Inobhutnahme (Eingriff in das Erziehungsrecht der Eltern sowie das Recht auf freie Entfaltung des Minderjährigen) sei diese schnellstmöglich zu beenden.⁶⁷⁶ Längerfristige Maßnahmen seien nur mit Zustimmung der Personensorge- und Erziehungsberechtigten möglich oder durch entsprechende Entscheidung des Familiengerichts.⁶⁷⁷

671 VG Augsburg, Beschluss v. 13.04.2015 – Au 3 E 15.251, juris, Rn. 107; *Schmidt*, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 160.

672 VG Augsburg, Beschluss v. 13.04.2015 – Au 3 E 15.251, juris, Rn. 108.

673 BVerwG, Urteil v. 08.07.2004 – 5 C 63.03, www.bverwg.de/de/080704U5C63.03.0.

674 BVerwG, Urteil v. 12.08.2004 – 5 C 60.03, BeckRS 2004, 25478, Rn. 14.

675 BVerwG, Urteil v. 12.08.2004 – 5 C 60.03, BeckRS 2004, 25478, Rn. 14; OLG Stuttgart, Urteil v. 20.07.2005 – 4 U 81/05, Rn. 23; *Tillmanns*, in: MüKo, SGB VIII, § 42 Rn. 1.

676 VG Augsburg, Beschluss v. 13.04.2015 – Au 3 E 15.251, juris, Rn. 107; *Schmidt*, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 145.

677 *Tillmanns*, in: MüKo, SGB VIII, § 42 Rn. 1.

Vom VG Münster wurde eine 1,5 Jahre andauernde Inobhutnahme als rechtswidrig eingeschätzt.⁶⁷⁸ Das VG Würzburg hat in einem Fall eine Inobhutnahme von 19 Tagen für zulässig angesehen.⁶⁷⁹

In § 42 SGB VIII ist nicht explizit aufgeführt, dass es sich bei der Inobhutnahme um eine nur vorübergehende Maßnahme handeln soll. In § 42 Abs. 3 S. 5 SGB VIII ist jedoch geregelt, dass „unverzüglich“ ein Hilfeplanverfahren zur Gewährung einer Hilfe einzuleiten ist. Und gem. § 42 Abs. 4 Nr. 2 BGB endet die Inobhutnahme mit der Entscheidung über die Gewährung von Hilfen nach dem Sozialgesetzbuch. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber wollte, dass die Inobhutnahme nur solange erfolgt, wie dies erforderlich ist, bis reguläre Hilfen nach dem Sozialgesetzbuch gewährt werden, und dass diese so schnell wie möglich gewährt werden sollen. Dies ist vor dem Hintergrund, dass durch die Inobhutnahme in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und das Recht des Minderjährigen auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 1 GG eingegriffen wird, auch richtig. Es ist insofern eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen.

XIII. Beenden der Inobhutnahme

Eine Inobhutnahme dient der Gefahrenabwehr und ist daher zu beenden, wenn die Gefahr nicht mehr besteht.⁶⁸⁰ Dies ergibt sich auch aus § 42 Abs. 4 SGB VIII, denn danach endet die Inobhutnahme mit der Übergabe des Kindes oder Jugendlichen an die Personensorge- oder Erziehungsberechtigten oder der Entscheidung über die Gewährung von Hilfen nach dem Sozialgesetzbuch. In beiden Fällen wird davon ausgegangen, dass die Gefahr beseitigt ist. Auch endet die Inobhutnahme, wenn der Jugendliche das 18. Lebensjahr vollendet hat.⁶⁸¹

678 VG Münster, Urteil v. 02.11.2010 – 6 K 291/09, JAmt 2011, 479 (481).

679 VG Würzburg, Urteil v. 17.05.2004 – W 6 K 03.102, JAmt 2004, 597 (598).

680 OVG Sachsen, Beschluss v. 27.05.2010 – 1 D 38/10, JAmt 2011, 478 (479); Hoffmann, JAmt 2012, 244 (248).

681 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 166, 157, 159.

1. Übergabe an Personensorge- oder Erziehungsberechtigte

Die Übergabe an die Personensorge- oder Erziehungsberechtigten stellt eine schlüssige Aufhebung des Verwaltungsaktes dar.⁶⁸² Sie erfolgt nur, wenn die Gefahr für das Kindeswohl nicht mehr vorliegt oder die Personensorge- oder Erziehungsberechtigten bereit und in der Lage sind, die Gefährdung abzuwenden, § 42 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 SGB VIII.

In den Fällen der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge endet die Inobhutnahme nicht bereits mit der wegen Ruhens der elterlichen Sorge erforderlichen Bestellung eines Vormunds oder Pflegers.⁶⁸³ Darin ist also keine „Übergabe“ an den Personensorgeberechtigten iSv § 42 Abs. 4 Nr. 1 SGB VIII zu sehen. Denn der Vormund ist zwar in der Lage anderweitige Hilfen zu beantragen. Er gewährt aber in der Regel nicht selbst Unterkunft. Insofern handelt es sich nicht um eine „Übergabe“ an die Personensorgeberechtigten iSv § 42 Abs. 4 Nr. 1 SGB VIII. Das Jugendamt bleibt auch bei Bestellung eines Vormunds verpflichtet, den jugendhilferechtlichen Bedarf zu klären und eine Entscheidung über die gebotene Hilfe zu treffen.

2. Entscheidung über Gewährung von Hilfen

§ 42 Abs. 4 Nr. 2 SGB VIII beinhaltet die Formulierung, dass die Inobhutnahme „mit der Entscheidung über die Gewährung von Hilfen nach dem Sozialgesetzbuch“ endet.

Gemeint sind damit nicht nur die Leistungen des SGB VIII, sondern alle ambulanten und stationären Leistungen aller Sozialgesetzbücher, also zum Beispiel auch der Aufenthalt in Krankenhäusern oder Rehabilitationseinrichtungen nach dem SGB V oder eine Haushaltshilfe nach § 38 SGB V oder Hilfen zum Lebensunterhalt oder Grundsicherung im Alter sowie Eingliederungshilfe für behinderte Menschen

682 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 166, 157, 159.

683 Zum gesamten Gedanken BVerwG, Urteil v. 08.07.2004 – 5 C 63.03, www.bverwg.de/de/080704U5C63.03.0.

nach dem SGB XII.⁶⁸⁴ Keine Sozialleistung ist das Bestellen des Jugendamts zum Vormund oder Pfleger durch das Familiengericht.⁶⁸⁵ Auch andere familiengerichtliche Maßnahmen beenden die Inobhutnahme nicht.⁶⁸⁶

Umstritten ist, ob die Inobhutnahme mit der Bewilligung der Leistungsgewährung endet oder erst mit dem tatsächlichen Beginn der Anschlussmaßnahme. Nicht immer startet die Anschlussmaßnahme unmittelbar nach der Bewilligung.⁶⁸⁷

a) Ende der Inobhutnahme mit Beginn der Leistungsgewährung

Würde allein die Bewilligung einer Sozialleistung für die Beendigung der Inobhutnahme ausreichen, so würde bis zum Beginn der Leistungsgewährung unter Umständen eine Schutzlücke entstehen. Trenzcek/Düring/Neumann-Witt und Schmidt sind der Auffassung, dass diese vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt ist.⁶⁸⁸

Trenzcek/Düring/Neumann-Witt legen dar, dass der Wortlaut des § 42 Abs. 4 Nr. 2 SGB VIII zwar eigentlich eindeutig sei und daher der Schließung der gesetzlichen Lücke durch gesetzeskonforme Auslegung eine Grenze gesetzt sei.⁶⁸⁹ Die in Art. 6 Abs. 2 GG und in §§ 1 ff. SGB VIII vorgegebene Maxime der Jugendhilfe, Kinder und Jugendliche zu schützen, habe jedoch Vorrang vor jeder anderen Überlegung. Außerdem lasse sich systematisch an die Formulierung des § 42 Abs. 4 Nr. 1 SGB VIII (Übergabe des Kindes an die Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten) anknüpfen und so zu dem Ergebnis gelangen, dass eine Inobhutnahme nicht beendet ist, bevor nicht eine „Übergabe, also Überleitung in eine andere Hilfeform“ tatsächlich erfolgt sei.⁶⁹⁰

684 Hoffmann, JAmt 2012, 244 (249); Trenzcek/Düring/Neumann-Witt, Inobhutnahme, S. 299.

685 BVerwG, Urteil v. 08.07.2004 – 5 C 63.03, www.bverwg.de/de/080704U5C63.03.0; Trenzcek/Düring/Neumann-Witt, Inobhutnahme, S. 299.

686 Hoffmann, JAmt 2012, 244 (249).

687 Hierzu und zum folgenden Gedanken Trenzcek/Düring/Neumann-Witt, Inobhutnahme, S. 299.

688 Schmidt, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 170.

689 Zum gesamten Gedanken Trenzcek/Düring/Neumann-Witt, Inobhutnahme, S. 299.

690 Trenzcek/Düring/Neumann-Witt, Inobhutnahme, S. 300.

Auch Hoffmann legt dar, dass die Inobhutnahme erst mit dem Beginn der Leistungsgewährung endet.⁶⁹¹

b) Ende der Inobhutnahme mit Entscheidung über Hilfestellung

Wiesner ist der Ansicht, dass die Inobhutnahme mit der Entscheidung über die Hilfestellung endet. Wenn dann eine gewisse Zeit zwischen der Entscheidung über die Hilfestellung und der tatsächlichen Hilfestellung liegt, sei zwischen den beteiligten Leistungsträgern eine Absprache zu treffen, um eine kontinuierliche Versorgung des Minderjährigen sicherzustellen.⁶⁹²

c) Eigene Ansicht

Der Wortlaut der Vorschrift spricht für die Auslegung von Wiesner. Trenczek et al. legen aber überzeugend dar, dass dies nicht dem Sinn und Zweck der Vorschriften der Jugendhilfe entspräche. Die Schutzlücke könnte zu einer Kindeswohlgefährdung führen, die nicht hinnehmbar ist, bzw. erneut eine Inobhutnahme erfordern würde, so dass der Minderjährige dann doch weiterhin in Obhut zu nehmen wäre. Trenczek et al. weisen auch nachvollziehbar darauf hin, dass auch die Regelung des § 42 Abs. 4 Nr. 1 SGB VIII (Übergabe des Kindes an die Personensorge- bzw. Erziehungsberechtigten) verdeutliche, dass der Gesetzgeber eigentlich einen lückenlosen Schutz gewährleisten wollte. Insofern ist der Auffassung von Trenczek et al. und Schmidt zuzustimmen, dass die Inobhutnahme erst mit Beginn der Leistungsgewährung endet.

3. Entweichen des Minderjährigen

Eine Inobhutnahme ist keine geschlossene Unterbringung. Die betreuten Kinder und Jugendlichen sollen ihrem normalen Alltag nachgehen,

⁶⁹¹ Hoffmann, JAmt 2012, 244 (249).

⁶⁹² Wiesner, in: Wiesner, SGB VIII, § 42 Rn. 53.

also auch die Schule und Freunde besuchen.⁶⁹³ Aber es kommt auch vor, dass unbegleitete minderjährige Flüchtlinge verschwinden. Als Motiv für das Verschwinden wird häufig angenommen, dass sie zu Familienmitgliedern oder Freunden weiterreisen oder mit dem ihnen im Rahmen des bundesweiten Verteilverfahrens mitgeteilten zukünftigen Aufenthaltsort nicht einverstanden sind.⁶⁹⁴ Fraglich ist, ob in dem Fall die Inobhutnahme automatisch endet, oder ob die Beendigung eines Verwaltungsaktes bedarf.

a) Faktische Beendigung der Inobhutnahme durch Entweichen

Hoffmann legt dar, dass eine Inobhutnahme in dem Moment endet, in dem sich der Minderjährige faktisch nicht mehr in Obhut befindet, d.h. aus der Einrichtung weggelaufen ist.⁶⁹⁵ Einer ausdrücklichen Entscheidung des Jugendamts über die Beendigung bedürfe es dazu nicht. Eine nur verspätete Rückkehr in die Einrichtung reiche dafür allerdings noch nicht aus. Die Umstände des Einzelfalls seien zu berücksichtigen. Ist der Minderjährige mehr als zwei Tage abwesend, sei er generell als „abgängig“ anzusehen. Der Bundesrat hatte in einer Stellungnahme zum Gesetzentwurf angeregt, dass der Fall des Entweichens explizit als Ausschlussgrund für das Verteilungsverfahren im Gesetz geregelt wird und in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass die Inobhutnahme nach den derzeitigen Regelungen mit dem Datum des Entweichens ende und eine entsprechende Regelung auch für die vorläufige Inobhutnahme eingeführt werden sollte.⁶⁹⁶

693 Hierzu und zum Vorstehenden *Trenczek/Düring/Neumann-Witt*, Inobhutnahme, S. 302.

694 *Tangermann/Hoffmeyer-Zlotnik*, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland, www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/EMN/Studien/wp80-unbegleitete-min-derjaehrige.html (27.05.2020), S. 75.

695 Zum gesamten Gedanken *Hoffmann*, JAmt 2012, 244 (249); *Winkler*, in: BeckOK, SGB VIII, § 42 Rn. 48.

696 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/6289, S. 3.

b) Beendigung bei Entweichen nur durch Verwaltungsakt

Die Bundesregierung hat darauf erwidert, dass die Inobhutnahme nach § 42 Abs. 1 SGB VIII nach geltendem Recht nicht automatisch ende, wenn sich der Minderjährige der Inobhutnahme entzieht.⁶⁹⁷

Im Rahmen einer Handreichung zum Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen teilt das Ministerium für Familie, Kinder, Jugend, Kultur und Sport des Landes NRW mit, dass die Inobhutnahme zu beenden sei, wenn ein Minderjähriger im Rahmen der vorläufigen Inobhutnahme entweicht und nicht innerhalb von 48 Stunden zurück kehrt.⁶⁹⁸ Die Formulierung „ist zu beenden“ lässt den Schluss zu, dass nicht von einer automatischen Beendigung ausgegangen wird, sondern von einer Beendigung durch Verwaltungsakt.

Schmidt und Wiesner vertreten die Ansicht, dass die Inobhutnahme durch Entweichen des Minderjährigen nicht faktisch endet.⁶⁹⁹ Wiesner legt dar, dass die Inobhutnahme „alsbald“ durch Erlass eines entsprechenden Verwaltungsaktes beendet werden müsse, wenn die notwendigen (Vermissten-) Meldungen und Suchaktionen erfolglos geblieben sind.⁷⁰⁰

Trenczek et al. legen ebenfalls dar, dass die Inobhutnahme in dem Fall nicht automatisch endet. Die Inobhutnahme sei ein durch Verwaltungsakt begründetes „hoheitliches Sorgeverhältnis“. Dieses ende nicht automatisch, weil eine solche Beendigung durch Entweichen gesetzlich nicht geregelt sei. Da das Jugendamt und die Einrichtung, in der sich der Minderjährige befand, ihre Aufsichtspflicht und sonstige sorgerechtliche Verantwortung aber faktisch nicht mehr durchführen können, wenn der Minderjährige entwichen ist, sei eine konkrete Beendigung der Inobhutnahme durch Erlass eines entsprechenden Verwal-

697 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 18/6289, S. 8.

698 *Ministerium für Familie, Kinder, Jugend, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen et al.*, Handreichung zum Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen in Nordrhein-Westfalen, www.mkffi.nrw/sites/default/files/asset/document/handreichung_2017.pdf (24.05.2020), S. 35; *Lamontain*, JAmt 2016, 110 (112).

699 *Schmidt*, in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 173; *Wiesner*, in: Wiesner, SGB VIII, § 42 Rn. 54.

700 *Wiesner*, in: Wiesner, SGB VIII, § 42 Rn. 54.

tungsaktes erforderlich. Wann genau dieser erlassen werden könne, lasse sich nicht generalisierend festsetzen. Der Einzelfall sei unter Berücksichtigung des Alters des Minderjährigen und der drohenden Gefahren zu beurteilen. Wurde aber eine konkrete Uhrzeit für die Rückkehr abgesprochen, so müsse der Verwaltungsakt vor dem Hintergrund der Verantwortung und Aufsichtspflicht der Unterbringungsstelle und des Jugendamtes binnen weniger Stunden erlassen werden, wenn zuvor die notwendigen Meldungen und Suchversuche (erfolglos) durchgeführt wurden. Mehrere Tage erachten sie diesbezüglich als zu lang.⁷⁰¹

c) Eigene Ansicht

Da es sich bei der Inobhutnahme um einen Verwaltungsakt handelt, ist diese auch nur durch einen Verwaltungsakt beendbar. (actus contrarius) Einer konkreten Frist, nach der der Verwaltungsakt zu erlassen ist, bedarf es nicht. Es ist im Einzelfall zu beurteilen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass der Minderjährige doch noch zurückkehrt. Das Alter und die sonstigen Rahmenbedingungen sind dabei zu berücksichtigen. Es sind also Umstände, wie die Frage, ob sich der Minderjährige grundsätzlich wohl fühlte, bereits Kontakte in seinem Umfeld geknüpft hat und eine Ausbildungsstelle angetreten hat, die ihm Freude bereitet, zu berücksichtigen.

4. Kein Beenden auf Wunsch des Minderjährigen

Minderjährige können eine Inobhutnahme nicht selbst beenden. Auch wenn der Minderjährige selbst um Inobhutnahme gebeten hat, endet diese nicht automatisch, wenn der Minderjährige sagt, dass er sie nun nicht mehr möchte. Nur wenn die Schutzstelle davon überzeugt ist, dass die Gefahr für das Kindeswohl nicht (mehr) vorliegt, wird die Inobhutnahme beendet.⁷⁰²

701 Zu allem *Trenczek/Düring/Neumann-Witt*, Inobhutnahme, S. 303; so auch *Kepert/Dexheimer*, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 42a Rn. 26.

702 Hierzu und zum Vorstehenden *Trenczek/Düring/Neumann-Witt*, Inobhutnahme, S. 301.

XIV. Anschlussversorgung / Unterbringung

Das Jugendamt hat nach der Inobhutnahme für eine kind- und jugendgerechte Unterbringung zu sorgen. In Betracht kommt eine Unterbringung in einem Heim, eine ambulante Betreuung in eigener Wohnung, Jugendwohngemeinschaften oder Pflegefamilien.⁷⁰³

70 % der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge werden in einer Einrichtung untergebracht. 17 % kommen in eine betreute Wohnform und ca. 14 % werden bei einer "geeigneten Person", also einer Pflegefamilie oder Gastfamilie untergebracht.⁷⁰⁴

703 *Gravelmann*, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Kinder- und Jugendhilfe, S. 41–42.

704 *Pothmann*, Forum Jugendhilfe 2017, 38 (40).

G. Zusammenfassung

Durch eine Inobhutnahme wird ein umfassender Schutz der unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge gewährleistet, der wichtig ist, um den Minderjährigen bei der Bewältigung des Erlebten zu helfen und ihnen eine Perspektive für eine Zukunft in Deutschland zu geben. Das Verteilungsverfahren stellt sicher, dass die Minderjährigen von Personen betreut werden, denen auch die zeitlichen Kapazitäten dafür zur Verfügung stehen. Bei der Frage, ob eine Verteilung im Einzelfall durchgeführt wird, steht richtigerweise das Kindeswohl im Vordergrund. Verbesserungsbefehl besteht im Hinblick auf die rechtliche Vertretung, wenn es darum geht von Mitarbeitern des Jugendamtes getroffene Entscheidungen zu hinterfragen und gegebenenfalls dagegen vorzugehen. In diesen Fällen sollte keine Vertretung durch eine andere Abteilung des Jugendamts erfolgen. Den Minderjährigen sollte vielmehr ein unabhängiger externer Vertreter zur Verfügung gestellt werden. Auch sollten die Minderjährigen durch eine in den Bereichen des Asyl- und Ausländerrechts sowie der Sozialpädagogik und Psychologie versierte Person vertreten werden.

Wenn ein unbegleiteter minderjähriger Flüchtling keinen Kontakt zu seinen Eltern im Ausland hat, ist die möglichst kurzfristige Bestellung eines Vormunds für den Minderjährigen richtig und wichtig. Das gleiche gilt in den Fällen, in denen zwar eine grundsätzliche Kontaktmöglichkeit besteht, aber die Eltern die Aufgaben der elterlichen Sorge aus dem Ausland nicht wahrnehmen wollen, sie sich also tatsächlich nicht kümmern und beispielsweise keine Entscheidungshilfen stellen. Auch wenn die Eltern die Verantwortung zwar gerne weiter übernehmen würden, sie aber über keinen Telefon- und Internetanschluss verfügen und auch postalisch nicht erreichbar sind, ist ein Vormund zu bestellen.

Ist den Eltern die Ausübung der elterlichen Sorge nur für einen Teilbereich der elterlichen Aufgaben unmöglich, so ist für diesen begrenzten

Aufgabenbereich ein Pfleger zu bestellen. Der Vorteil gegenüber der Vormundschaftsbestellung liegt darin, dass die Eltern ihren Einwirkungsbereich zumindest hinsichtlich der Aufgaben, für die der Pfleger nicht bestellt ist, behalten. Hinsichtlich der Aufgaben, für die der Pfleger bestellt ist, haben sie keine Einwirkungsmöglichkeit mehr. Der Pfleger handelt dann im Interesse des Kindeswohls. Den Eltern gegenüber ist er jedoch nicht weisungsgebunden.

Besteht ein regelmäßiger Kontakt zu den Eltern im Ausland und verfügen diese über einen Telefon- und Internetanschluss und sind sie auch postalisch zu erreichen, dann ist in den Fällen, in denen die Eltern auch den Willen zeigen, die elterlichen Aufgaben weiterhin aus dem Ausland wahrnehmen zu wollen, für die Aufgaben, die eine physische Präsenz erfordern, nämlich die Pflege, Erziehung und Aufsicht des Minderjährigen, eine dritte Person im Rahmen einer Sorgerechtsvollmacht zu bevollmächtigen. Dadurch bleiben die Eltern in allen Bereichen der elterlichen Sorge für den Minderjährigen verantwortlich und können bei zu treffenden Entscheidungen ihren Einfluss ausüben. Sie haben die bevollmächtigte Person zu kontrollieren. Diese hat die Aufgaben so auszuüben, wie die Eltern es vorgeben.

Für die eingangs geschilderten Fallbeispiele bedeutet dies, dass im Fall des aus Afghanistan stammenden A mangels verlässlicher Erreichbarkeit der Eltern ein Vormund zu bestellen ist. Im Fall des aus Syrien stammenden S kommt die Erteilung einer Sorgerechtsvollmacht in Betracht, denn die Eltern sind verlässlich erreichbar und wollen die Verantwortung auch über die Distanz übernehmen. Die Vollmacht könnte in Bezug auf Teilaufgaben der Pflege und Erziehung, nämlich der Sorge um die Ernährung und Gesundheit, der Vornahme von erzieherischen Maßnahmen sowie die Überwachung des Umgangs erteilt werden.

Bei der Feststellung des Ruhens der elterlichen Sorge handelt es sich um einen massiven Eingriff in das Recht der Eltern auf Erziehung und Pflege ihres Kindes gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. Ein solcher Eingriff ist nur gerechtfertigt, wenn es kein milderes Mittel gibt, das zur Wahrung des Kindeswohls ebenso geeignet ist. Die Erteilung einer Sorgerechtsvollmacht stellt ein solches milderes Mittel dar, das in den Fällen geeignet ist, in denen die Eltern einen regelmäßigen Kontakt zu ihren Kin-

dern haben und (video-) telefonisch und postalisch erreichbar sind. Auch müssen sie über einen Internetzugang verfügen. Insofern ist in diesen Fällen das Vorliegen einer Vollmacht zu prüfen und gegebenenfalls anzuregen, dass eine solche erteilt wird.

Abkürzungsverzeichnis

μSv	Mikrosievert
a.F.	alte Fassung
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
BAMF	Bundesamt für Migration und Flüchtlinge
BayEUG	Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BbgSchulG	Brandenburgisches Schulgesetz
BeckOGK	beck-online.Großkommentar
BeckOK	Beck'sche Online-Kommentare
BeckRS	Beck Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BMG	Bundesmeldegesetz
BremSchG	Bremisches Schulgesetz
BumF	Bundesfachverband unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
ca.	circa
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
EGGBG	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
et al.	et alii (Maskulinum), et aliae (Femininum) oder et alia (Neutrum) – lateinisch für "und andere"
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRB	Familien-Rechtsberater
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	fortfolgende
FPR	Familie Partnerschaft Recht
GEAS	Gemeinsames Europäisches Asylsystem
gem.	gemäß
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GG	Grundgesetz
HK	Handkommentar

HmbSG	Hamburgisches Schulgesetz
HS	Halbsatz
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
iSv	im Sinne von
JA	Jugendamt
JAmt	Das Jugendamt – Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht
jurisPK	juris PraxisKommentar
JuS	Juristische Schulung
KG	Kammergericht
KHEntgG.	Krankenhausentgeltgesetz
KICK	Kinder- und Jugendhilfeweiterentwicklungsgesetz
KJ	Kritische Justiz
KJHG	Kinder- und Jugendhilfegesetz
KRK	Kinderrechtskonvention
KSÜ	Kinderschutzübereinkommen
LJA	Landesjugendamt
LVR	Landschaftsverband Rheinland
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
mSv	Millisievert
MüKo	Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
NSchG	Niedersächsisches Schulgesetz
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
OLG	Oberlandesgericht
OPG	Orthopantomogramm (=zweidimensionale Röntgenaufnahme des Ober- und Unterkiefers in Form eines Halbkreises von einem Ohr zum anderen)
OVG	Oberverwaltungsgericht
PK KindschaftsR	Praxiskommentar Kindschaftsrecht
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RL	Richtlinie
Rpfleger	Rechtspfleger
RPflG	Rechtspflegergesetz
Sächs SchulG	Sächsisches Schulgesetz
Scand J Psychol	Scandinavian Journal of Psychology
SchulG Bln	Schulgesetz Berlin
SchulG LSA	Schulgesetz des Landes Sachsen-Anhalt
SchulG M-V	Schulgesetz Mecklenburg-Vorpommern
SchulG NRW	Schulgesetz Nordrhein-Westfalen

SchulG R-P	Schulgesetz Rheinland-Pfalz
SchulG SH	Schulgesetz Schleswig-Holstein
SchulpflG Saar	Schulpflichtgesetz Saarland
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannten
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz
ThürSchulG	Thüringer Schulgesetz
umA	unbegleitete minderjährige Ausländer
umF	unbegleitete minderjährige Flüchtlinge
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
VBVG	Vormünder- und Betreuervergütungsgesetz
VG	Verwaltungsgericht
VN	Vereinte Nationen
VOGSV	Verordnung zur Gestaltung des Schulverhältnisses
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
zB	zum Beispiel
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZKJ	Zeitschrift für Kindschafts- und Jugendrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Herkunftsländer Asylantragsteller in Deutschland im 1. Hj 2019	19
Abbildung 2:	Anzahl Asylantragsteller in Deutschland im weltweiten Vergleich	20
Abbildung 3:	Gründe für Inobhutnahmen in Deutschland	21
Abbildung 4:	Anzahl Inobhutnahmen umF in Deutschland 2010–2018	22
Abbildung 5:	Altersstruktur umF Uganda (links) und Deutschland (rechts)	23
Abbildung 6:	Ablauf Inobhutnahmeverfahren	31
Abbildung 7:	Aufgaben der elterlichen Sorge	126
Abbildung 8:	Wahrnehmbarkeit der Pflege und Erziehung aus dem Ausland	135
Abbildung 9:	Schulpflicht für umF	142
Abbildung 10:	Wahrnehmbarkeit der Aufgaben der elterlichen Sorge aus dem Ausland	152
Abbildung 11:	Wahrnehmbarkeit der Aufgaben der elterlichen Sorge aus dem Ausland V.2	154

Literaturverzeichnis

- Achterfeld, Susanne*, Alterseinschätzung bei unbegleiteten minderjährigen Geflüchteten, Praktische Hinweise zum Verfahren und aktuelle Problemstellungen, JAmT 2019, S. 294–299.
- Adamus, Olaf*, Ruhen der elterlichen Sorge bei Nichtausübung des Sorgerechts durch die im Ausland lebenden Eltern, jurisPR-FamR 4/2016, Anm. 4.
- Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe*, Notvertretung für unbegleitete minderjährige Geflüchtete – nur zur Not vertreten?, Positionspapier der Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe – AGJ, 28.06.2019, www.agj.de/fileadmin/files/positionen/2019/Notvertretung_unbegleitete_minderjaehrige_Gefluechtete.pdf (09.06.2020).
- BAMF*, Das Bundesamt in Zahlen 2018, Asyl, Migration und Integration, www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Statistik/BundesamtinZahlen/bundesamt-in-zahlen-2018.pdf (23.05.2020).
- beck-online*. GROSSKOMMENTAR, BGB, Beate Gsell/Wolfgang Krüger/Stephan Lorenz/Christoph Reymann (Hrsg.), 2020.
- Beck'sche Online-Kommentare BGB*, Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth/Wolfgang Hau/Roman Poseck (Hrsg.), 53. Aufl., 2020.
- Beck'sche Online-Kommentare Grundgesetz*, Volker Epping/Christian Hillgruber (Hrsg.), 42. Aufl., 2019.
- Beck'sche Online-Kommentare Sozialrecht*, Christian Rolfs/Richard Giesen/Ralf Kreikebohm/Peter Udsching (Hrsg.), 56. Aufl., 2020.
- Berthold, Thomas/Espenhorst, Niels/Rieger, Uta*, Eine erste Bestandsaufnahme der Inobhutnahme und Versorgung von unbegleiteten Minderjährigen in Deutschland, 2. Teil, Dialog Erziehungshilfe 2011, S. 31–37.
- Bienwald, Werner*, Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 29.05.2013, Az. XII ZB 530/11, FamRZ 2013, S. 1208–1209.
- Bouhatta, Hanaa*, Einwilligung in ärztliche Eingriffe während der Inobhutnahme unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge, JAmT 2017, S. 16–20.
- Büchner, Antje-Christin/Hinz, Dörthe*, Asyl- und aufenthaltsrechtliche Perspektiven von UMF und jungen volljährigen Geflüchteten, JAmT 2018, S. 380–384.
- Bumiller, Ursula/Harders, Dirk/Schwamb, Werner* (Hrsg.), FamFG, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 12. Aufl., 2019.

- Bundesfachverband Unbegleitete Minderjährige Flüchtlinge e.V.*, Clearingverfahren, <https://b-umf.de/p/clearingverfahren/>.
- ders.*, Die Situation (unbegleiteter) minderjähriger und junger volljähriger Geflüchteter in Deutschland, Auswertung der Online-Umfrage 2019, https://afet-ev.de/aktuell/aus_der_republik/2020/bumfumfrage2019_web_v03.pdf (25.05.2020).
- ders.*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher, 26.06.2015, www.bmfsfj.de/blob/118964/21cf738a143fcd1b5c7a45440f1179cb/bumf-data.pdf (07.05.2020).
- ders.*, Kritik an der Bezeichnung "unbegleitete minderjährige Ausländer_in", 18.12.2015, https://b-umf.de/src/wp-content/uploads/2018/01/Kritik_Begriff_uma-1.pdf (09.06.2020).
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*, Übereinkommen über die Rechte des Kindes, www.bmfsfj.de/blob/93140/78b9572c1bffd3345d8d393acbbfe8/uebereinkommen-ueber-die-rechte-des-kindes-data.pdf.
- dass.*, Auslegungshilfe des BMFSFJ zur Umsetzung des Gesetzes zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher, 14.04.2016, www.bmfsfj.de/blob/90270/e64c1982c8a82c431259af630a7b15b4/faq-auslegungshilfe-gesetz-unterbringung-auslaendische-kinder-jugendliche-data.pdf (24.05.2020).
- Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts, 2. Diskussionsteilentwurf, www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020).
- Coester, Michael*, Die Bedeutung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG) für das Familienrecht, FamRZ 1991, S. 253–263.
- Coester-Waltjen, Dagmar*, Minderjährigenehe – wider den "gesetzgeberischen Furor", IPRax 2019, S. 127–132.
- Deutscher Ärztetag*, 117. Deutscher Ärztetag Beschlussprotokoll Düsseldorf, 27. – 30. Mai 2014, www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/s117DAETBeschlussprotokoll20140613.pdf (09.05.2020).
- ders.*, Beschlussprotokoll des 111. Deutschen Ärztetages vom 20. – 23. Mai 2008 in Ulm, www.bundesaerztekammer.de/arzt2008/media/Beschlussprotokoll.pdf (09.05.2020).
- Deutscher Caritasverband e.V.*, Kurzstellungnahme zur Anhörung des Gesetzentwurfs zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher, 07.10.2015, www.bundestag.de/resource/blob/390996/2c0586817a3197bc789200-365e6e6c3f/18-13-62h-data.pdf (07.05.2020).

- Deutsches Komitee für UNICEF e.V.*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher, 25.06.2015, www.bmfsfj.de/blob/118986/7e8764380f757a22992d224b6d5f2017/unicef-data.pdf (07.05.2020).
- DIJuF*, *DIJuF-Rechtsgutachten* 08.04.2013, IA 2.102/IA 2.113 Go Wirksamkeit von Verträgen durch nach ihrem Heimatrecht beschränkt geschäftsfähiger Mündel; zur Gestaltung der Vormundschaft bei 18-jährigen unbegleiteten Flüchtlingen, JAmt 2015, S. 94–96.
- dass.*, *DIJuF Rechtsgutachten* 14.12. 2017 – SN_2018_0071 Ho, Entziehung der elterlichen Sorge wegen fehlender Erreichbarkeit der sorgeberechtigten Eltern, JAmt 2018, S. 86–87.
- DIJuF-Rechtsgutachten* 18.12.2015 – V 1.100 Ho, JAmt 2016, S. 82–84.
- DIJuF-Rechtsgutachten* 2.2.2016 – 1.100 Ho, Begriff des "unbegleiteten minderjährigen Ausländers"; Voraussetzung der unbegleiteten Einreise; Begleitung durch Verwandte; Sorgerechtsvollmacht der Begleitperson, JAmt 2016, S. 194–195.
- DIJuF-Rechtsgutachten* 23.10.2013 – V 1.110 Go, Bestellung eines sachkundigen Rechtsanwalts für einen unbegleiteten minderjährigen Flüchtling; zur Frage der richtlinienkonformen Auslegung des § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn für einen unbegleiteten minderjährigen Flüchtling bereits das Jugendamt zum Amtsvormund bestellt wurde, dieses aber nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, JAmt 2014, S. 144–147.
- DIJuF-Rechtsgutachten* 25.2.2016 – J 4.171 LS, Auswirkungen fehlender Deutschkenntnisse von Verwandten auf ihre Eignung als Pflegepersonen für unbegleitete minderjährige Ausländer, JAmt 2016, S. 195–197.
- DIJuF-Rechtsgutachten* 4.01.2016 – IA 1.101 Ho, Übermittlung von Daten an eine konsularische Vertretung durch ein Jugendamt nach dem Wiener Übereinkommen von 1963 über konsularische Beziehungen (WÜK), JAmt 2016, S. 140–142.
- Dürbeck, Werner*, Aktuelle Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Einreise unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge, Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH v. 20.11.2013 (XII ZB 569/12 und XII ZB 576/12) zur sachlichen Zuständigkeit des Jugendamts im familiengerichtlichen Verfahren, ZKJ 2014, S. 266–272.
- ders.*, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge im Familienrecht, FamRZ 2018, S. 553–564.
- ders.*, Neue Personensorge in der Vormundschaft und ihre Herausforderungen für die Familiengerichte, ZKJ 2019, S. 208–213.
- Dutta, Anatol*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.11.2018, XII ZB 292/16, FamRZ, S. 188–190.
- Erb-Klünemann, Martina/Kößler, Melanie*, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge – eine verstärkte familiengerichtliche Herausforderung, FamRB 2016, S. 160–165.

- Erman* BGB, *Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, Hausrats-VO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG*, Barbara Grunewald/Georg Maier-Reimer/Harm Peter Westermann (Hrsg.), 15. Aufl., 2017.
- Espenhorst, Niels*, Überlegungen zur Arbeit mit minderjährigen Flüchtlingen, in: Jörg Fischer/Gunther Graßhoff (Hrsg.), *Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge*. In erster Linie Kinder und Jugendliche!, 2016, S. 10–18.
- Etzold, Raphaela*, Bestellung eines rechtskundigen Mitvormunds für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge nach § 1775 S. 2 BGB, *FamRZ* 2016, S. 609–613.
- European Asylum Support Office (EASO)*, *Age assessment practice in Europe*, Luxembourg, 2014.
- Fegert, Jörg M./Plener, Paul L./Kölch, Michael*, Traumatisierung von Flüchtlingskindern – Häufigkeiten, Folgen und Interventionen, *RdJB* 2015, S. 380–389.
- Gausing, Bettina/Wittebol, Christiaan*, Die Wirksamkeit von im Ausland geschlossenen Minderjährigenehen, *Grundrechtsdogmatische Bewertung des neuen Art. 13 EGBGB*, *DÖV* 2018, S. 41–50.
- Geiger, Gunnar/Kirsch, Sebastian*, Gestaltung der Sorgerechtsausübung durch Vollmacht, *FamRZ* 2009, S. 1879–1884.
- Geimer, Reinhold*, *Internationales Zivilprozessrecht*, 8. Aufl., 2020.
- González Méndez de Vigo, Nerea*, Vormundschaft für unbegleitete minderjährige Ausländer/innen/Flüchtlinge, Grundlagen und Grundsätze – Themengutachten TG-1034, in: *DJJuF – Forum für Fachfragen* (Hrsg.), Themengutachten DJJuF-Rechtsgutachten. Edition 23 2020.
- Gravelmann, Reinhold*, *Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in der Kinder- und Jugendhilfe, Orientierung für die praktische Arbeit*, 2. Aufl., 2017.
- Heiderhoff, Bettina*, Aktuelle Fragen zu Art. 6 GG: Flüchtlingsfamilien, Regenbogenfamilien, Patchworkfamilien – und das Kindergrundrecht, *NZFam* 2020, S. 320–326.
- Heiderhoff, Bettina/Frankemölle, Bernd*, Minderjährige Flüchtlinge – Überlegungen zum Kindeswohl und zur internationalen Zuständigkeit, in: Christine Budzikiewicz/Bettina Heiderhoff/Frank Klinkhammer/Kerstin Niethammer-Jürgens (Hrsg.), *Migration und IPR*, 2018, S. 189–220.
- Heilmann, Stefan* (Hrsg.), *Praxiskommentar Kindschaftsrecht*, mit Checklisten, Praxisbeispielen und Übersichten, BGB, FamFG, SGB VIII, RPflG, HKÜ, IntFamRVG u.a., 2015.
- von Hein, Jan*, Anmerkung zum Beschluss des OLG Karlsruhe vom 23.07.2015 – Az. 5 WF 74/15, *FamRZ* 2015, S. 1822–1823.
- Heiß, Beate/Heiß, Hans/Kunz, Annette/Zinke, Kerstin*, *Familienrecht*, 3. Aufl., 2016.
- Heiß, Thomas*, Minderjährige Flüchtlinge – Kein weiterer Vormund bei Überlastung des Amtsvormundes, *NZFam* 2014, S. 806.
- Hettich, Matthias*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 14.11.2018, XII ZB 292/16, *FamRZ* 2019, S. 188.

- Hocks, Stephan*, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.05.2013, Az. XII ZB 124/12, JAmt 2013, S. 429.
- Hoffmann, Birgit*, Sorgerechtsvollmacht als Alternative zur Vormund-/ Pflegschaft des Jugendamts, FamRZ 2011, S. 1544–1550.
- dies.*, Anmerkung zur Entscheidung des OVG NI 05.05.2011, 4 OB 117/11, JAmt 2012, S. 46.
- dies.*, Inobhutnahme im Sinne des § 42 SGB VIII, JAmt 2012, S. 244–249.
- dies.*, Sorgerechtsvollmacht als Alternative zu Eingriffen in die elterliche Sorge in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, JAmt 2015, S. 6–11.
- dies.*, Kontakt zwischen Kind und Eltern als Voraussetzung der Ausübung elterlicher Sorge – gesetzliche Fundierung und Konsequenzen fehlender Kontakte, FamRZ 2018, S. 882–887.
- dies.*, Personensorge, Rechtliche Erläuterungen für Beratung, Gestaltung und Vertretung, 3. Aufl., 2018.
- dies.*, Elterliche Sorge bei Unterbringung eines Kinds außerhalb der Herkunftsfamilie, insbesondere bei Unterbringung in einer Pflegefamilie, NZFam 2019, S. 1–6.
- Hömig, Dieter/Wolff, Heinrich Amadeus/Seifert, Karl-Heinz (Hrsg.)*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Handkommentar, 12. Aufl., 2018.
- Huber, Bertold (Hrsg.)*, Aufenthaltsgesetz, Freizügigkeitsgesetz/EU, ARB 1/80 und §§ 2–4 AsylG, 2. Aufl., 2016.
- Juris Praxiskommentar BGB*, Maximilian Herberger/Michael Martinek/Helmut Rüßmann/Stephan Weth/Markus Würdinger (Hrsg.), 9. Aufl., 2020.
- Juris Praxiskommentar SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe*, Ernst-Wilhelm Luthe/Gabriele Nellissen (Hrsg.), 2. Aufl., 2018.
- Kaiser, Dagmar/Schnitzler, Klaus/Friederici, Peter/Schilling, Roger (Hrsg.)*, BGB Familienrecht, Band 4: §§ 1297–1921, 3. Aufl., 2014.
- Katzenstein, Henriette*, Anmerkungen zum Regierungsentwurf zur Reform des Vormundschaftsrechts, JAmt 2010, S. 414–417.
- Katzenstein, Henriette/González Méndez de Vigo, Nerea/Meysen, Thomas*, Das Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher, JAmt 2015, S. 530–538.
- Katzenstein, Henriette/Meysen, Thomas*, Integration gelingt nur mit der Kinder- und Jugendhilfe, Versuch einer Verortung, in: Jörg Fischer/Gunther Graßhoff (Hrsg.), Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge. In erster Linie Kinder und Jugendliche!, 2016, S. 19–32.
- Kirchhoff, Guido/Rudolf, Ernst*, Altersfeststellung bei unbegleiteten Ausländern vor Inobhutnahmen durch Jugendämter, NVwZ 2017, S. 1167–1172.
- Klein, Anne*, Altersschätzung bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, Gefährdung des Kindeswohls?, KJ 2015, S. 405–420.
- Kühl, Kristian/Heger, Martin (Hrsg.)*, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2018.

- Kunkel, Peter-Christian/Kepert, Jan/Pattar, Kurt (Hrsg.), SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, 7. Aufl., 2018.
- Lamontain, Jan Christoph, Umsetzung des Gesetzes zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher, JAmt 2016, S. 110–116.
- Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin, Handbuch des Arztrechts, Zivilrecht, Öffentliches Recht, Vertragsarztrecht, Krankenhausrecht, Strafrecht, 5. Aufl., 2019.
- Löhnig, Martin, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 14.11.2018, XII ZB 292/16, NZFam 2019, S. 72–73.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 90. Aufl., 2020.
- Ministerium für Familie, Kinder, Jugend, Kultur und Sport des Landes Nordrhein-Westfalen/Ministerium für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen/Landesjugendamt Rheinland/Landesjugendamt Westfalen, Handreichung zum Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen in Nordrhein-Westfalen, Mai 2017, www.mkffi.nrw/sites/default/files/asset/document/handreichung_2017.pdf (24.05.2020).
- Müller, K./Fuhrmann, A./Püschel, K., Altersschätzung bei einreisenden jungen Ausländern, Erfahrungen aus dem Institut für Rechtsmedizin Hamburg, Rechtsmedizin 2010, S. 33–38.
- Münder, Johannes/Meysen, Thomas/Trenczek, Thomas (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe, 8. Aufl., 2019.
- Münder, Johannes/Wiesner, Reinhard/Meysen, Thomas, Kinder- und Jugendhilferecht. Handbuch, 2. Aufl., 2011.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil §§ 1–240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), 8. Aufl., 2018.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Familienrecht II §§ 1589–1921, SGB VIII, Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), 8. Aufl., 2020.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11, Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–26), Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), 7. Aufl., 2018.
- Münchener Kommentar zum FamFG, Band 1, §§ 1–270, Thomas Rauscher (Hrsg.), 3. Aufl., 2018.
- Münchener Kommentar zum FamFG, Band 2, §§ 271–493, Internationales und Europäisches Zivilverfahrensrecht in Familiensachen, Thomas Rauscher (Hrsg.), 3. Aufl., 2019.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger (Hrsg.), 5. Aufl., 2016.

- Neundorff, Kathleen, Rechtliche Rahmenbedingungen der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer unbegleiteter Kinder und Jugendlicher, ZAR 2016, S. 201–209.
- Nowotny, Thomas/Eisenberg, Winfrid/Mohnike, Klaus, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge: Strittiges Alter – strittige Altersdiagnostik, Deutsches Ärzteblatt 2014, 111(18): A-786 / B-674 / C-642.
- Oberloskamp, Helga, Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, 4. Aufl., 2017.
- Ollmann, Rainer, Legitimation während der Inkognitoadoption, FamRZ 1989, S. 350–352.
- Oppedal, Brit/Idsoe, Thormod, The role of social support in the acculturation and mental health of unaccompanied minor asylum seekers, Scand J Psychol 2015, S. 203–211.
- Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 79. Aufl., 2020.
- Parusel, Bernd, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge – Aufnahme in Deutschland und Perspektiven für die EU, ZAR 2010, S. 233–239.
- Pothmann, Jens, Unbegleitete ausländische Minderjährige in Institutionen der Kinder- und Jugendhilfe, Hinweise von Daten der amtlichen Kinder- und Jugendhilfestatistik und aus dem Bundesverwaltungsamt, Forum Jugendhilfe 2017, S. 38–43.
- Prütting, Hans/Helms, Tobias (Hrsg.), FamFG, Kommentar mit FamGKG, 4. Aufl., 2018.
- Prütting, Hans/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), BGB Kommentar, 14. Aufl., 2019.
- Rakete-Dombek, Ingeborg, Der Ausfall eines Sorgeberechtigten durch Tod, Krankheit, Abwesenheit oder Entzug der elterlichen Sorge, FPR 2005, S. 80–82.
- Riegner, Klaus, Die Vertretung unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge in asyl- und ausländerrechtlichen Angelegenheiten, NZFam 2014, S. 150–155.
- Rupp, Caroline S., Volljährigkeit, Vormundschaft und Flüchtlingseigenschaft, ZIPW 2018, S. 57–75.
- Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., 2018.
- Saenger, Ingo (Hrsg.), Handkommentar Zivilprozessordnung, Familienverfahren/Gerichtsverfassung/Europäisches Verfahrensrecht, 8. Aufl., 2019.
- Sarres, Ernst, Straftat oder sonstige tatsächliche Hindernisse: Rechtsfolgen für die (gemeinsame) elterliche Sorge, FamRB 2019, S. 279–281.
- Schmeling, A./Püschel, K., Forensische Altersdiagnostik IV, Altersschätzungen und ihr wissenschaftlicher Kontext, Rechtsmedizin 2015, S. 5–6.
- Schulz, Werner/Hauß, Jörn (Hrsg.), Familienrecht Handkommentar, 3. Aufl., 2018.
- Schwamb, Werner, Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge im Familienrecht – Erwiderung auf den Beitrag von Dürbeck, FamRZ 2018, 553 ff. –, FamRZ 2018, S. 984–986.

- Statistische Ämter des Bundes und der Länder*, Statistische Bibliothek, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe / Vorläufige Schutzmaßnahmen, www.statistischebibliothek.de/mir/receive/DESerie_mods_00002028 (09.06.2020).
- Statistisches Bundesamt*, Pressemitteilung Nr. 308 vom 16.08.2019, www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/08/PD19_308_225.html (09.06.2020).
- dass.*, Schutzmaßnahmen für Kinder und Jugendliche ab 1995 nach Art der Maßnahme, www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kinderhilfe-Jugendhilfe/Tabellen/schutzmassnahmen.html (09.06.2020).
- dass.*, Statistiken der Kinder- und Jugendhilfe, Vorläufige Schutzmaßnahmen 2018, www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kinderhilfe-Jugendhilfe/Publikationen/Downloads-Kinder-und-Jugendhilfe/vorlaeufige-schutzmassnahmen-5225203187004.pdf (09.06.2020).
- dass.*, Vorläufige Schutzmaßnahmen für Kinder und Jugendliche: Deutschland, Jahre, Anlass der Maßnahme, Ergebnis – 22523–0001, www-genesis.destatis.de/genesis/online?sequenz=tabelleErgebnis&selectionname=22523-0001 (09.06.2020).
- von Staudinger, Julius* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4 Familienrecht, §§ 1626–1633, RKEG, Elterliche Sorge 1 – Inhalt und Inhaberschaft, 2015.
- ders.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4 Familienrecht, §§ 1638–1683, Elterliche Sorge 3 – Vermögenssorge, Kinderschutz, Sorgerechtswechsel, 2016.
- ders.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/Internationales Privatrecht, Art. 19–24, Internationales Kindschaftsrecht, Erwachsenenschutzübereinkommen, 2019.
- ders.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, EGBGB/Internationales Privatrecht, Art. 7–12, 47, 48, Internationales Recht der natürlichen Personen und der Rechtsgeschäfte, 2019.
- Sukale, T./Hertel, C./Möhler, E./Joas, J./Müller, M./Banaschewski, T./Schepker, R./Kölch, M. G./Fegert, J. M./Plener, P. L.*, Diagnostik und Ersteinschätzung bei minderjährigen Flüchtlingen, *Nervenarzt* 2017, S. 3–9.
- Tangermann, Julian/Hoffmeyer-Zlotnik, Paula*, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland, Herausforderungen und Maßnahmen nach der Klärung des aufenthaltsrechtlichen Status, März 2018, www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/EMN/Studien/wp80-unbegleitete-minderjaehrige.html (27.05.2020).
- Trenczek, Thomas/Düring, Diana/Neumann-Witt, Andreas*, Inobhutnahme, Krisenintervention und Schutzgewährung durch die Jugendhilfe § 8a, §§ 42, 42a ff. SGB VIII, 3. Aufl., 2017.
- UNHCR*, Global Trends – Forced Displacement in 2018, www.uno-fluechtlingshilfe.de/fileadmin/redaktion/PDF/UNHCR/Global_Trends_2018.pdf (09.06.2020).

- unicef*, Ending child marriage, https://data.unicef.org/wp-content/uploads/2015/12/Child-Marriage-Brochure-HR_164.pdf (02.05.2020).
- Veit, Barbara*, Das Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher, FamRZ 2016, S. 93–98.
- dies.*, Die Reform des Vormundschaftsrechts, FamRZ 2016, S. 2045–2056.
- dies.*, Ausgewählte Fragen an die Reform, Vortrag zum 2. Diskussionsteilentwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschaftsrechts vom 29.5.2019 auf der Tagung „Starke Vormundschaft, Starke Kinder“ des Bundesforums Vormundschaft und Pflegschaft in Bonn-Bad Godesberg, JAmt 2019, S. 350–356.
- Veit, Barbara/Marchlewski, Simon M.*, Die Reform des Vormundschaftsrechts geht in die nächste Runde, Ein kritischer Zwischenruf zum "Diskussionsteilentwurf", FamRZ 2017, S. 779–785.
- Völker, Mallory/Clausius, Monika*, Das familienrechtliche Mandat – Sorge- und Umgangsrecht, 7. Aufl., 2016.
- Voßkuhle, Andreas/Kaiser, Anna-Bettina*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundrechtseingriff, JuS 2009, S. 313–315.
- Weissinger, Kristina*, Ruhen der elterlichen Sorge und Vormundschaft für unbegleitet einreisende Minderjährige, Rpfleger 2017, S. 8–13.
- Wiesner, Reinhard (Hrsg.)*, SGB VIII, Kinder- und Jugendhilfe Kommentar, 5. Aufl., 2015.
- Witt, Andreas/Rassenhofer, Miriam/Fegert, Jörg M./Plener, Paul L.*, Hilfebedarf und Hilfsangebote in der Versorgung von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, Eine systematische Übersicht, Kindheit und Entwicklung 2015, S. 209–224.
- Wrase, Michael*, Das Recht auf Bildung und Zugang zur Regelschule für geflüchtete Kinder und Jugendliche in Aufnahmeeinrichtungen der Bundesländer, Rechtsgutachten im Auftrag des Paritätischen Gesamtverbandes, 28.10.2019, [http://infothek.paritaet.org/pid/fachinfos.nsf/0/03243c26e624ea20c12584b0002db1d6/\\$FILE/Gutachten_Parit%C3%A4tischer_Zugang_Regelschule_Kinder_Aufnahmeeinrichtungen.pdf](http://infothek.paritaet.org/pid/fachinfos.nsf/0/03243c26e624ea20c12584b0002db1d6/$FILE/Gutachten_Parit%C3%A4tischer_Zugang_Regelschule_Kinder_Aufnahmeeinrichtungen.pdf) (26.05.2020).

