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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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; *Neundorf*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Inhland 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Hamburg[217] und das VG Göttingen[218] 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 NRW[223] 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" handele, 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 Arnsberg, 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 innehabe. 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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]

Kepert 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 Kepert 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 Kepert 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 *Kepert*, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 42 Rn. 126.
234 Hierzu und zu den folgenden Aussagen *Kepert*, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 42 Rn. 125.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Trenczek

Trenczek 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. Trenczek weist auch selbst darauf hin, dass die Inobhutnahme nicht vom Einverständnis des Minderjährigen oder der Personensorgeberechtigten abhängig gemacht wird. Dies ist auch rich-

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 gesetzessystematische 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Coester[238] 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

Kepert 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 *Kepert*, in: Kunkel/Kepert/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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Aufenhalt 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Kinderschutzübereinkommens (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/Kößler*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 FamFGdas 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Vormundschafstatuts 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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/Hauß, 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 substanziierter, 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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-*

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 erfolgversprechenden 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 abhänge, 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Vermögenssorgepflicht 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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); *Coester*, in: von Staudinger, BGB, § 1674 Rn. 11.

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

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

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 kriegerischen 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, § 9 Rn. 22.

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

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 pauschalieren. 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 aufhältigen 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

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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]

Gonzáles 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 werden[356] (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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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*, JAmt 2015, 94 (96).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.)

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

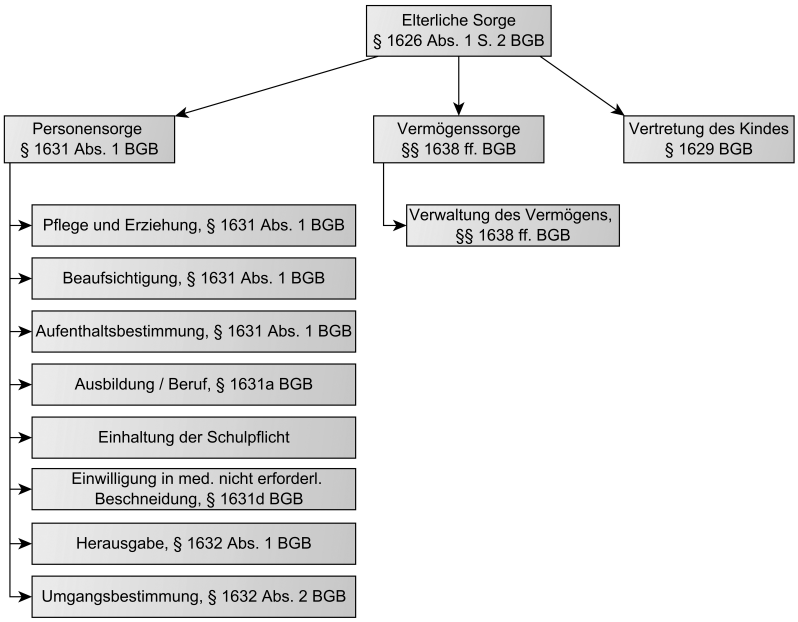

Abbildung 7: Aufgaben der elterlichen Sorge

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

(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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Selbständigkeitsstreben 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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-

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 (26.05.2020), S. 58.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Bundesland	Gesetzliche Grundlage	Beginn der Schulpflicht mit …
Berlin	§ 41 Abs. 2 SchulG Bln	— Asylgesuch oder — aufenthaltsrechtlicher Duldung
Brandenburg	§§ 36 Abs. 2, 40 Abs. 2 BbgSchulG	— Asylgesuch oder — aufenthaltsrechtlicher Duldung — Ruhen der Schulpflicht bis zu drei Monate ab Aufenthaltsbeginn im Land möglich
Thüringen	§ 17 Abs. 1 ThürSchulG	— Aufenthaltsgestattung oder — aufenthaltsrechtlicher Duldung — drei Monate nach dem Zuzug aus dem Ausland
Bayern	Art. 35 Abs. 1 BayEUG	— Aufenthaltsgestattung oder — aufenthaltsrechtlicher Duldung — drei Monate nach dem Zuzug aus dem Ausland
Bremen	§ 52 BremSchG iVm. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BMG	— Wohnung im Land, daher reicht auch – Registrierung als Asylbewerber oder – Zuweisung einer Unterkunft (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.)
Schleswig-Holstein	§ 20 Abs. 1 S. 1 SchulG SH	— Wohnung im Land, daher reicht auch – 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	— Wohnung im Land, daher reicht auch – Registrierung als Asylbewerber oder – Zuweisung einer Unterkunft (Erläuterung siehe Bremen)
Hamburg	§ 37 Abs. 1 S. 1 HmbSG	— Wohnsitz oder — Gewöhnlichem Aufenthalt im Land
Niedersachsen	§ 63 Abs. 1 S. 1 NSchG	— Wohnsitz oder — Gewöhnlichem Aufenthalt im Land

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Sachsen	§ 26 Abs. 1 S. 1 Sächs SchulG	— Wohnsitz oder — Gewöhnlichem Aufenthalt im Land
Saarland	§ 1 Abs. 1 S. 2 SchulpflG Saar	— Aufenthaltsgestattung oder — aufenthaltsrechtlicher Duldung
Mecklenburg-Vorpommern	§ 41 Abs. 1 S. 1 SchulG M-V	— Gewöhnlichem Aufenthalt im Land
Nordrhein-Westfalen	§ 34 Abs. 6 SchulG NRW	— Zuweisung zu einer Gemeinde solange Aufenthalt gestattet und sie einen Asylantrag gestellt haben
Rheinland-Pfalz	§ 56 Abs. 2 SchulG R-P	— Zuweisung zu einer Gemeinde solange Aufenthalt gestattet und sie einen Asylantrag gestellt haben
Hessen	§ 46 Abs. 1 S. 1, letzter HS VOGSV	— Aufenthaltserlaubnis oder — aufenthaltsrechtlicher Duldung Asylbewerber sind schulpflichtig, sobald sie einer Gebietskörperschaft zugewiesen sind.

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 (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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 berechtigte 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 Sorgeberechtigte in Deutschland ebenso wie für solche im Ausland. Um die Verfahrensdauer nicht unnötig zu verlängern, wäre es für sich im Ausland aufhaltende Sorgeberechtigte 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 Sorgeberechtigte 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

(8) Vermögenssorge

Die Sorgeberechtigten sind gem. §§ 1638 ff. BGB zur Verwaltung des Vermögens des Kindes verpflichtet. Die Verwaltung des Vermögensteils, 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,

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 personensorgerechtlichen 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

	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 – gglfs 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

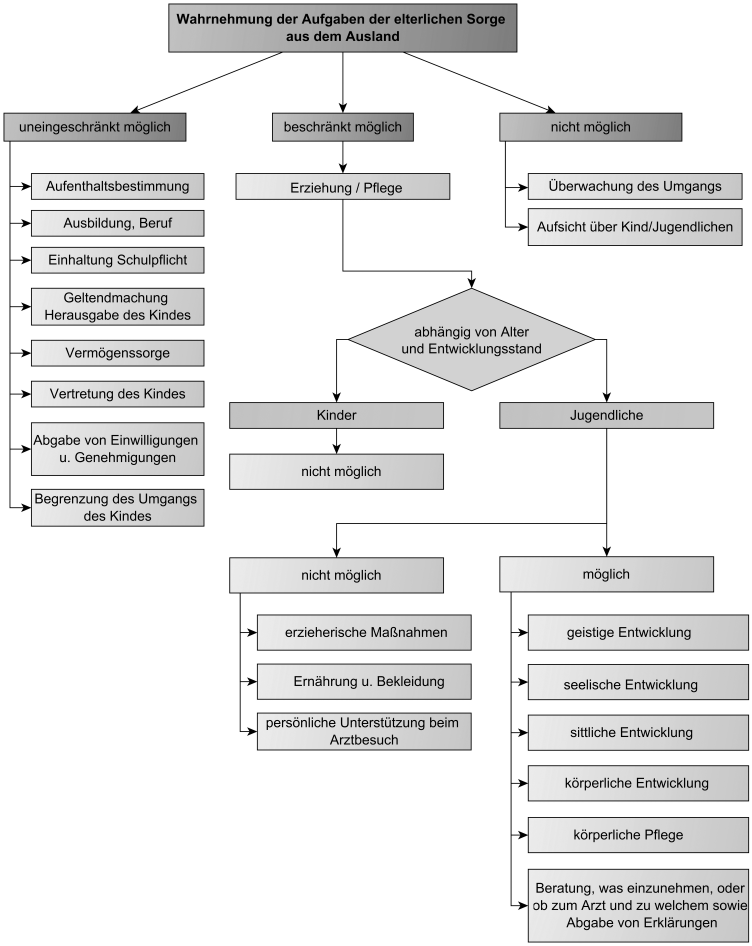

Abbildung 11: Wahrnehmbarkeit der Aufgaben der elterlichen Sorge aus dem Ausland V.2

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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. Mithin 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 unbegleitetes 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Dresden[419], 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 Aufenthalten 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 sodann 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Einzelvormund zu bestellen.

Steht kein ehrenamtlicher Einzelvormund 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 Einzelvormund 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Aufenthalttitels 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/Kößler*, FamRB 2016, 160 (164 f.).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 meißtens 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.bmjv.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.bmjv.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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.bmjv.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.bmjv.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.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsntwurf.pdf (26.05.2020), S. 83–84.

463 *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. 10.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 120–121.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 bestim-

468 *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. 15.

469 *Veit*, JAmt 2019, 350 (355).

470 *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. 133.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 133.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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/Kößler*, FamRB 2016, 160 (165).

475 *Dürbeck*, ZKJ 2019, 208 (210).

476 *Dürbeck*, FamRZ 2018, 553 (562).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Verschwägerte 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 Alleinsorge 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Jugendamts 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 milderen, 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Pfleglings wirksam wird.

498 *Kemper*, in: Schulz/Hauß, BGB, § 1773 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Pfleglings 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Pfleglings 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 Pfleglings 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 anhörenden 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-

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Der 2. Zivilsenat des OLG Bamberg[513] und der 9. Senat des OLG Nürnberg[514] 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ccc) Bestellung eines Mitvormunds möglich

Der 6. Familiensenat des OLG Frankfurt[518] und der 7. Zivilsenat des OLG Bamberg[519] 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 ebefalls 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 erstrecke 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 erfor-

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 dient[539], 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.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 1.

540 *Hoffmann*, NZFam 2019, 1 (2).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 110.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Verwaltungsverfahren 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.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 110.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.bmjv.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.bmjv.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.bmjv.de/SharedDocs/Download/DE/PDF/Themenseiten/FamilieUndPartnerschaft/Vormundschaftsrecht_zweiter_Diskussionsentwurf.pdf (26.05.2020), S. 137.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Diskussionsteilentwurf 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.bmjv.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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Ansicht erfolgt an der Stelle nicht. Es wird auf die Ausführungen von Dürbeck verwiesen.

Dürbeck erkennt ebenfalls die grundsätzliche Möglichkeit einer Sorgerechtsvollmachtserteilung 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/Kößler 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/Kößler*, FamRB 2016, 160 (163).
578 Zum gesamten Gedanken *Schwarz*, in: Oberloskamp, Vormundschaft, Pflegschaft und Beistandschaft für Minderjährige, § 9 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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-

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 beigefügt, 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Dürbeck[604] 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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-

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 VIII. 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Auführung 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

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 bevollächtigten 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

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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-

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 Vormundbestellung 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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

Kepert 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 *Kepert*, in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 42 Rn. 127.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 berechtigte 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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“ zusteht[655] 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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 ist[661]), 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/93140/78b9572c1bffdda3345d8d393acbbfe8/uebereinkommen-ueber-die-rechte-des-kindes-data.pdf (8.11.2019).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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 angedauert.[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 Kostenerstattung 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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. Trenczek/Düring/Neumann-Witt und Schmidt sind der Auffassung, dass diese vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt ist.[688]

Trenczek/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); *Trenczek/Düring/Neumann-Witt*, Inobhutnahme, S. 299.
685 BVerwG, Urteil v. 08.07.2004 – 5 C 63.03, www.bverwg.de/de/080704U5C63.03.0; *Trenczek/Düring/Neumann-Witt*, Inobhutnahme, S. 299.
686 *Hoffmann*, JAmt 2012, 244 (249).
687 Hierzu und zum folgenden Gedanken *Trenczek/Düring/Neumann-Witt*, Inobhutnahme, S. 299.
688 *Schmidt,* in: BeckOGK, SGB VIII, § 42 Rn. 170.
689 Zum gesamten Gedanken *Trenczek/Düring/Neumann-Witt*, Inobhutnahme, S. 299.
690 *Trenczek/Düring/Neumann-Witt*, Inobhutnahme, S. 300.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Auch Hoffmann legt dar, dass die Inobhutnahme erst mit dem Beginn der Leistungsgewährung endet.[691]

b) Ende der Inobhutnahme mit Entscheidung über Hilfegewährung

Wiesner ist der Ansicht, dass die Inobhutnahme mit der Entscheidung über die Hilfegewährung endet. Wenn dann eine gewisse Zeit zwischen der Entscheidung über die Hilfegewährung und der tatsächlichen Hilfegewährung 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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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-minderjaehrige.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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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.

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

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).

https://doi.org/10.5771/9783828876910-75
Generiert durch IP '3.144.154.208', am 29.04.2024, 04:04:55.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.