

## STELLUNGNAHME

vom 29. April 2016

**Ehemann als Begleitperson iSd § 42a Abs. 1 SGB VIII; Anordnung von Vormundschaft für verheiratete, unbegleitete minderjährige Ausländerinnen; Sorgerecht für das Kind der Minderjährigen**

*Das Jugendamt ist in jüngster Zeit vermehrt mit Fallkonstellationen befasst, in denen eine minderjährige Ausländerin gemeinsam mit ihrem volljährigen Ehemann in Deutschland einreist. Oft hat die Minderjährige bereits ein Kind oder ist schwanger. Die Fachkräfte bitten um Stellungnahme zu folgenden Fragen:*

- 1. Gilt die Minderjährige als unbegleitet?*
- 2. Muss für die Minderjährige ein Vormund bestellt werden?*
- 3. Wird eine im Ausland (Afghanistan, Syrien) nach Scharia-Recht geschlossene Ehe in Deutschland anerkannt? Spielt es eine*

*Rolle, wenn die Ehefrau bei der Eheschließung erst 13 Jahre bzw unter 16 Jahren alt war?*

4. *Wer ist für das gemeinsame Kind sorgeberechtigt?*

## **I. Ehemann als Begleitperson iSd § 42a Abs. 1 SGB VIII**

### **1. „Unbegleitet“ iSd § 42a Abs. 1 SGB VIII**

Nach § 42a Abs. 1 SGB VIII ist das Jugendamt berechtigt und verpflichtet, ein ausländisches Kind oder einen ausländischen Jugendlichen vorläufig in Obhut zu nehmen, sobald dessen unbegleitete Einreise nach Deutschland festgestellt wird. Als „unbegleitet“ in diesem Sinne gilt ein/e Minderjährige/r, wenn er/sie ohne Begleitung eines Personensorgeberechtigten oder Erziehungsberechtigten iSd § 7 Abs. 1 Nr. 6 SGB VIII nach Deutschland eingereist ist (DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2016, 194; MFKJKS NRW Leitfa-den zur Umsetzung des vorläufigen Verfahrens zur Verteilung von unbegleiteten minder-jährigen Flüchtlingen in Nordrhein-Westfalen, 5; Wiesner/Loos SGB VIII, Nachtragskom-mentierung 12/2015, SGB VIII § 42a Rn. N 6).

Ob eine Begleitung vorliegt oder nicht, hat das insoweit zuständige Jugendamt von Amts wegen zu prüfen. Hinsichtlich der erforderlichen Ermittlungen gelten die allgemei-nen Grundsätze. Das Jugendamt bestimmt demnach Art und Umfang der erforderli-chen Ermittlungen (§ 20 Abs. 1 SGB X) und kann sich der Beweismittel bedienen, die es nach pflichtgemäßem Ermessen für erforderlich hält (DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2016, 194).

### **2. Personensorgeberechtigung des Ehemanns**

Eine Begleitung iSd § 42a Abs. 1 SGB VIII durch den Ehemann ist also dann anzuneh-men, wenn er entweder als Personensorge- oder Erziehungsberechtigter für die Minder-jährige anzusehen ist.

Eine Personensorgeberechtigung könnte sich aus seiner Stellung als Ehemann ergeben. Voraussetzung hierfür ist zum einen, dass die Ehe in Deutschland anerkennungsfähig ist, und zum anderen, dass sich nach dem anwendbaren Recht eine Personensorgebe-rechtigung für den Ehemann ergibt.

Grundsätzlich ist eine im Ausland geschlossene Ehe in Deutschland ohne weiteres anzuerkennen. Jede mit der Gültigkeit der ausländischen Ehe als Vorfrage für andere Rechtsverhältnisse befasste Stelle oder Person muss die Voraussetzungen der Anerkennung eigenständig prüfen (vgl zur Anerkennungsfähigkeit im Ausland [nach religiösem Recht] geschlossener Ehen DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2016, 16 und 127). Dh, das Jugendamt selbst hat die Anerkennungsfähigkeit der Ehe als Voraussetzung der (vorläufigen) Inobhutnahme zu prüfen (§ 20 Abs. 1 SGB X).

Ist von der Anerkennungsfähigkeit der Ehe auszugehen, stellt sich weiter die Frage, ob der Ehemann als Personensorgeberechtigter der Minderjährigen in Frage kommt. Ist nach dem Heimatrecht der Minderjährigen der Ehemann zur elterlichen Sorge berechtigt, besteht diese elterliche Verantwortung nach der Ankunft der Minderjährigen in Deutschland fort (Art. 16 Abs. 3 KSÜ [Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern]).

Nach den dem Institut zur Verfügung stehenden Recherchemöglichkeiten sieht jedoch weder das syrische noch das afghanische Familienrecht einen Übergang der elterlichen Sorge auf den Ehemann einer Minderjährigen vor (Art. 170 Syrisches Personalstatutgesetz, zitiert aus: *Bergmann* ua Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht: Arabische Republik Syrien, 137. ErgL., Stand: 31.12.1993; Art. 236, 239, 268 Afghanisches Zivilgesetzbuch, zitiert aus *Bergmann* ua Länderbericht: Afghanistan, 106. ErgL, Stand 31.10.1990). Somit kann die Frage, ob ein möglicherweise bestehendes Sorgerecht des Ehemanns für seine minderjährige Frau dem *ordre public* widerspricht (Art. 6 EGBGB), dahinstehen (wohl bejahend OLG Bamberg 12.5.2016 – 2 UF 58/16).

Eine Personensorgeberechtigung des Ehemanns ergibt sich auch nicht nach deutschem Recht. Nach Art. 16 Abs. 4 KSÜ bestimmt sich nach einem Wechsel des gA die Zuweisung der elterlichen Verantwortung kraft Gesetzes an eine Person, die diese Verantwortung nicht bereits hat, nach dem Recht des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthalts, sprich nach deutschem Recht. Aber auch nach deutschem Recht geht bei Heirat einer Minderjährigen die elterliche Sorge nicht auf den Ehemann über. Vielmehr übt die Minderjährige die tatsächliche Sorge in persönlichen Angelegenheiten selbst aus (§ 1633 BGB) und verbleibt die rechtliche Vertretung in Personensorgeange-

legenheiten und die Vermögenssorge bei den Eltern der Minderjährigen (Palandt/Götz BGB, 75. Aufl. 2016, BGB § 1633 Rn. 2, 3).

### **3. Erziehungsberechtigung des Ehemanns**

Liegt keine Personensorgeberechtigung des Ehemanns vor, ist zu prüfen, ob er als Erziehungsberechtigter als Begleitperson der Minderjährigen iSd § 42a Abs. 1 SGB VIII in Betracht kommt. Eine Erziehungsberechtigung des Ehemanns setzt voraus, dass er gem. § 7 Nr. 6 SGB VIII von den Personensorgeberechtigten der Minderjährigen beauftragt wurde, nicht nur vorübergehend und nicht nur für vereinzelte Verrichtungen Aufgaben der Personensorge zu übernehmen. Dies hat das zuständige Jugendamt von Amts wegen zu prüfen, wobei es die Reichweite seiner Untersuchungen und die Wahl der Beweismittel nach pflichtgemäßem Ermessen bestimmt (siehe oben). Auch ohne eine formale Sorgerechtsvollmacht des begleitenden Ehemanns könnte daher aus dem Verhalten der Minderjährigen und ihres Ehemanns sowie ihren Schilderungen auf eine Sorgerechtsvollmacht des Ehemanns geschlossen werden.

Aber auch hier gilt, dass im Zweifel eine vorläufige Inobhutnahme auszusprechen ist (DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2016, 194). Zeigen sich Anhaltspunkte, dass die Jugendliche im Familienverband gefährdet ist, ist die Jugendliche ohnehin – gänzlich unabhängig davon, ob sie verheiratet ist oder nicht – in Obhut zu nehmen (JAmt 2016, 129).

## **II. Anordnung von Vormundschaft**

Ist eine vorläufige Inobhutnahme der Jugendlichen nicht erforderlich, weil eine Personensorge- oder eine Erziehungsberechtigung des Ehemanns anzunehmen ist, stellt sich die Frage, ob gleichwohl beim Familiengericht die Anordnung von Vormundschaft anzuregen ist.

Die Vormundschaft ist eine Schutzmaßnahme iSd KSÜ (Art. 3c KSÜ). Nach Art. 15 Abs. 1 KSÜ wenden die deutschen Gerichte in der Regel ihr eigenes Recht, also deutsches Recht, an. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer Vormundschaft richten sich folglich nach § 1773 BGB. Danach erhält ein Minderjähriger einen Vormund, wenn er nicht unter elterlicher Sorge steht. Zwar ginge eine nach dem Recht des Staates des ursprünglichen Aufenthalts erworbene elterliche Sorge des Ehemanns durch die Flucht

nach Deutschland nicht „verloren“, sondern bestünde fort (Art. 16 Abs. 3 KSÜ), sie ist jedoch zumindest in den hier in Frage stehenden Staaten nicht vorgesehen (siehe oben). Die minderjährige Ausländerin ist demnach ohne gesetzlichen Vertreter.

Das Jugendamt sollte daher möglichst schnell beim Familiengericht die Einleitung eines Verfahrens zur Anordnung von Vormundschaft anregen. Da die Jugendliche nicht vorläufig in Obhut genommen wurde, greift insofern auch nicht die „neue“ Regelung in §§ 42a ff SGB VIII, nach der die Bestellung eines Vormunds erst nach Abschluss des Verteilverfahrens angeregt werden soll (vgl BT-Drs. 18/5921, 24).

Die anzuordnende Vormundschaft beschränkt sich allerdings auf die Vermögenssorge und die Vertretung in Angelegenheiten der Personensorge, da die Minderjährige die tatsächliche Sorge in persönlichen Angelegenheiten für sich selbst übernimmt (§ 1633 BGB).

### **III. Sorgerecht für das Kind der Minderjährigen**

#### **1. Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht**

Für die Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betreffen, sind – soweit ein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes in Deutschland anzunehmen ist – die deutschen Gerichte zuständig (Art. 8 Abs. 1 Verordnung [EG] Nr. 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung). Unter dem gewöhnlichen Aufenthalt (gA) ist der Ort zu verstehen, der Ausdruck einer gewissen sozialen und familiären Integration des Kindes ist. Zu berücksichtigen ist insoweit insb. die Dauer, die Regelmäßigkeit und die Umstände des Aufenthalts (EuGH 2.4.2009 – C-523/07). Der gA an einem Ort wird grundsätzlich schon dann begründet, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Aufenthalt an diesem Ort auf eine längere Dauer angelegt ist und der neue Aufenthaltsort künftig anstelle des bisherigen Daseinsmittelpunkt treten soll (BGH 29.10.1980 – IVb ZB 586/80; OLG Karlsruhe 5.3.2012 – 18 UF 274/11). Auch ein Säugling hat mit der Geburt einen gA. Da aber ein Säugling alleine selbst noch keinen gA begründen kann, teilt es den gA seiner Bezugsperson, idR seiner Mutter. Insofern kommt es für diesen Fall auf deren Bindung zum Aufenthaltsstaat an. Auch als Flüchtling kann sie unmittelbar mit der Einreise einen gA in Deutschland

begründen, wenn ein dauerhafter Verbleib angestrebt ist (DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2016, 190).

Das anwendbare Recht bestimmt sich nach dem KSÜ. Die Kollisionsnormen des KSÜ bestimmen auch dann das maßgebende Recht, wenn sich die internationale Zuständigkeit, wie vorliegend, aus der vorrangigen Brüssel IIa-VO ergibt. Dies gilt jedenfalls, wenn eine Zuständigkeit (auch) aus den Art. 5 ff KSÜ – bei einer fiktiven Anwendung – begründet wäre (*Rauscher Internationales Privatrecht*, 4. Aufl. 2012, Rn. 945; *Solomon FamRZ* 2004, 1409; OLG Karlsruhe 5.3.2013 – 18 UF 298/12).

Nach Art. 16 Abs. 1 KSÜ bestimmt sich die Zuweisung oder das Erlöschen der elterlichen Verantwortung kraft Gesetzes ohne Einschreiten eines Gerichtes oder einer Verwaltungsbehörde nach dem Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes. Folglich bestimmt sich die Frage nach der Zuweisung der elterlichen Sorge für das Kind der Minderjährigen nach deutschem Recht.

## **2. Ausübung der elterlichen Sorge durch den Ehemann**

Nach deutschem Recht ruht die elterliche Sorge der minderjährigen Mutter (§ 1673 Abs. 2 S. 1 BGB). Folge des Ruhens der elterlichen Sorge des einen Elternteils ist, dass der andere die elterliche Sorge allein ausübt, sofern der minderjährigen Mutter die elterliche Sorge zuvor nicht alleine zustand (§ 1678 Abs. 1 BGB). Die Befugnis des anderen Elternteils zur Ausübung der elterlichen Sorge nach § 1678 Abs. 1 BGB tritt kraft Gesetzes ein. Eine Entscheidung des Familiengerichts ist insoweit nicht erforderlich (Palandt/Götz BGB, 75. Aufl. 2016, BGB § 1687 Rn. 5).

Der Vater wäre in der geschilderten Fallkonstellation demnach automatisch zur Ausübung der elterlichen Sorge für das Kind berechtigt, wenn ihm die elterliche Sorge kraft Heirat oder übereinstimmender Sorgeerklärung mit der Mutter gemeinsam zustünde und er volljährig ist (und daher seine elterliche Sorge nicht ebenfalls ruht), § 1626 Abs. 1, § 1626 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

Ist der Ehemann der Minderjährigen volljährig und ist von einer Anerkennungsfähigkeit der Ehe zwischen ihm und der Minderjährigen auszugehen, tritt daher keine gesetzliche Amtsvormundschaft des Jugendamts nach § 1791c BGB ein. Diese tritt nur ein, wenn die Eltern nicht miteinander verheiratet sind und das Kind eines Vormunds bedarf. Eines

Vormunds bedarf ein Kind jedoch nur, wenn kein Sorgeberechtigter vorhanden ist (§ 1773 Abs. 1 BGB). Mit dem volljährigen, mit der Mutter des Kindes verheirateten Vater ist jedoch ein Sorgeberechtigter vorhanden.

Sollten Zweifel an der Anerkennungsfähigkeit der Ehe bestehen, könnten die Eltern erwägen, vorsorglich übereinstimmende Sorgeerklärungen abzugeben, um die elterliche Sorge des Vaters sicherzustellen. Dass die Eltern möglicherweise bereits verheiratet sind und sich bereits aufgrund ihrer Ehe ihre gemeinsame Sorge ergäbe, wäre insoweit unschädlich. Der Sorgeerklärung käme in diesem Fall allein deklaratorische Wirkung zu (vgl. *Knittel* Beurkundungen im Kindschaftsrecht, 5. Aufl. 2013, Rn. 759).