

INHALT

- 329** Fallobst
(Dr. Thomas Meysen)
- 403** Buchbesprechungen/Buchanzeigen/Aktuelle Ergänzungslieferungen
- IV** DIJuF-Notizen
- V** Pinnwand
- VI** Impressum

AUFSÄTZE

- 330** Änderung des Unterhaltsvorschussgesetzes:
Neuerungen zum 1.7.2017
Petra Birnstengel
- 333** Zwischenruf aus der Praxis:
„Wolken über dem neuen Unterhaltsvorschussgesetz“
Sabine Kirsch
- 334** Neue Regelungen für den Rückgriff nach dem
Unterhaltsvorschussgesetz
Martin Benner/Matthias Wiener
- 339** Anerkennung von Scheinvaterschaften zwecks Aufent-
haltssicherung von Ausländern – Neuer Anlauf des
Gesetzgebers zur Missbrauchseindämmung
Prof. Dr. Bernhard Knittel
- 345** Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen:
Rechtliche Behandlung von Minderjährigenehen
Katharina Lohse/Dr. Thomas Meysen
- 349** Verpflichtung zur Asylantragstellung während der Inob-
hutnahme – „Neue“ Herausforderung für Jugendämter?
Susanne Achterfeld, LL.M.
- 353** Das Gesetz zur Einführung eines familiengerichtlichen
Genehmigungsvorbehaltes für freiheitsentziehende
Maßnahmen bei Kindern
Prof. Dr. Birgit Hoffmann

DIJuF-RECHTSGUTACHTEN

Familienrecht

Abstammungsrecht

- 359** Frist zur Vaterschaftsanfechtung bei Wechsel in der Person des gesetzlichen Vertreters des Kindes

Adoptionsrecht

- 360** Aufnahme der Daten eines (potenziellen) leiblichen Vaters in die Akte der Adoptionsvermittlungsstelle; Auskunft; Feststellung der leiblichen Vaterschaft nach einer Adoption

Sorgerecht

- 362** Mitwirkung des Jugendamts in einem Verfahren nach § 1666 BGB wegen Einleitung eines Insol-

venzverfahrens gegen einen sorgeberechtigten Elternteil

- 364** Voraussetzungen einer Sorgerechtsvollmacht

Unterhaltsrecht

- 364** Höhe des Anspruchs auf Unterhalt sowie auf Unterhaltsvorschuss im Mangelfall, wenn der Schuldner grundsätzlich die Kosten einer privaten Krankenversicherung des Kindes zu zahlen hätte, aber tatsächlich nicht neben dem Elementarunterhalt leisten kann

Unterhaltsvorschussrecht

- 367** Rückgriff gegen den Unterhaltsschuldner nach geleistetem Unterhaltsvorschuss; zur weiteren

Verwendbarkeit oder Abänderungsbedürftigkeit von Unterhaltstiteln zugunsten des Landes nach dem 1.7.2017

- 368 Wahrnehmung des Rückgriffs beim Unterhaltspflichtigen im UVG durch Rechtsanwaltskanzleien
- 372 Wahrnehmung von Angelegenheiten des Rückgriffs im UVG durch die gleiche Fachkraft, entweder als UVG-Sachbearbeiter oder als Fachkraft Beistandschaft

Kinder- und Jugendhilferecht

Leistungen nach SGB VIII

- 374 Möglichkeiten der Gewährung einer Hilfe nach § 19 SGB VIII nach Vollendung des sechsten Lebensjahrs des Kindes

Pflegekinderhilfe

- 374 Anspruch auf Fortgewährung einer Vollzeitpflege nach §§ 27, 33 SGB VIII in einer Pflegestelle, in der das Jugendamt das Kindeswohl gefährdet sieht,

jedoch familiengerichtlich ein Verbleib angeordnet wurde?; Hinweise zum weiteren familiengerichtlichen Vorgehen

Schutzauftrag

- 376 Zusammenarbeit zwischen Kindertagesstätte und Allgemeinem Sozialen Dienst unter datenschutzrechtlichen Aspekten insbesondere in Fällen (möglicher) Kindeswohlgefährdung und zum Aufgabenbereich der insoweit erfahrenen Fachkraft

Tagesbetreuung

- 379 Bedarfsplanung bei der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege; Förderung von Schulkindern in Tageseinrichtungen
- 380 Möglichkeit des Abzugs des Elternbeitrags von der laufenden Geldleistung an die Tagespflegeperson

Sozialrecht

Datenschutz

- 382 E-Government im Bereich des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe

RECHTSPRECHUNG

Familienrecht

Sorgerecht

- 384 BVerfG 3.2.2017 – 1 BvR 2569/16
Anforderungen an die Rückübertragung des Sorgerechts auf die Eltern nach Sorgerechtsentzug und Unterbringung des Kindes in einer Pflegefamilie
- 389 **Anmerkung** von *Janna Beckmann*

Unterhaltsrecht

- 390 KG 24.5.2017 – 13 UF 48/17
Ausbildungsunterhaltsanspruch eines privilegierten volljährigen Kindes; Besuch einer Berufsfachschule für Sozialassistenten als allgemeine Schulausbildung (Leits.)
- 390 OLG Stuttgart 20.1.2017 – 17 UF 193/16
Auskehrung des Kindergelds an das volljährige Kind
- 392 OLG Hamm 7.6.2017 – 10 UF 68/17
Geltendmachung von Kindesunterhalt beim Wechselmodell

Kinder- und Jugendhilferecht

Kostenbeteiligung

- 393 VG Lüneburg 29.9.2016 – 4 A 206/15
Rechtmäßigkeit der Jugendhilfemaßnahme und Kostenheranziehung

- 394 **Hinweis:** In JAmt 2017, 319 hat sich ein Druckfehler eingeschlichen. Es muss **VG Cottbus** anstelle von OVG Cottbus heißen.

Örtliche Zuständigkeit und Kostenerstattung

- 394 OVG Münster 17.11.2016 – 12 A 237/16
Kinderdorfeltern keine Pflegepersonen iSv SGB VIII
- 396 VGH München 30.1.2017 – 12 ZB 14.1839
Aufgabe eines gA; Einrichtungskette trotz kurzzeitigen Verlassens der Einrichtung

Teihaberecht

Vorrang-Nachrang-Fragen

- 400 SG Aachen 28.3.2017 – S 20 SO 30/15
Zur vorrangigen Leistungspflicht des Sozialhilfeträgers nach § 54 Abs. 3 SGB XII bei Unterbringung eines mehrfachbehinderten Kindes in Pflegefamilie; Kostenerstattung nach § 104 SGB X

Beilagenhinweis: Diesem Heft liegt ein DIJuF-Einleger bei. Wir bitten um freundliche Beachtung.

DIJuF-Notizen

■ Die für diese Legislatur angekündigte Reform des SGB VIII war verbunden mit dem vorrangigen Ziel einer „inklusive Lösung“ – der Zuständigkeit der Jugendhilfe für alle Kinder. Sie war zuletzt auf eine „kleine SGB VIII-Reform“ ohne inklusive Lösung zusammengeschrumpft: Der Bundestag verabschiedete ein **Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG)** am 29.6.2017. Im Bundesrat fand sich dafür jedoch bis zur Sitzung am 7.7.2017 keine Mehrheit, sodass der Tagesordnungspunkt abgesetzt wurde. Sollte der Bundesrat das Gesetz auf seiner Sitzung im September nicht mehr verabschieden, unterfällt es der Diskontinuität. Wir halten Sie unter <http://kijup-sgbviii-reform.de/> auf dem Laufenden. Hier finden Sie auch eine Synopse zur letzten Version des KJSG.

■ Das EU-Projekt „MAPChiPP“ zur Entwicklung interdisziplinärer Kinderschutzseminare wird vertreten sein auf **der europäischen Kinderschutzkonferenz: Die 15. Europäische Regionalkonferenz der ISPCAN** (International Society for the Prevention of Child Abuse and Neglect) findet im Oktober 2017 in Den Haag statt und ist ein Highlight für Fachkräfte, Fortbildende und Forschende aus allen Disziplinen im Bereich des Kinderschutzes. Am 30.9. dJ findet im Vorprogramm der Konferenz ein internationales MAPChiPP-Symposium statt. Die kostenlose Anmeldung zur halbtägigen Fachveranstaltung berechtigt zu einer 20%igen Reduktion des Teilnahmebeitrags bei der gesamten Konferenz. Weitere Informationen sind abrufbar unter www.mapchipp.com/mapchipp-international-symposium-in-the-hague.

■ Der **MAPChiPP-Newsletter** informiert neuerdings über Aktivitäten und Fortschritte im EU-Projekt zur Entwicklung interdisziplinärer Kinderschutzseminare sowie weitere Kinderschutz-Themen in Europa. Nachzulesen ist der Newsletter hier: www.mapchipp.com/mapchipp-newsletter1-june-2017. Kommende Ausgaben erhalten Sie automatisch, wenn Sie dem **MAPChiPP-Netzwerk** beitreten (kostenfreie Registrierung unter www.mapchipp.com/register).

■ Der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge eV (DV) hat eine **Arbeitsgruppe gegründet, die sich mit den Reformplänen im Vormundschaftsrecht** auseinandersetzt. Die Arbeitsgruppe besteht aus Vertreter/inne/n von Jugendämtern, freien Trägern, Verbänden, Bundes- und Landesministerien. Für das DIJuF nimmt *Henriette Katzenstein* teil. Diskutiert werden Hintergründe und praktische Bedeutung der Reformvorhaben. Die Frage, ob am Ende eher eine Stellungnahme oder Empfehlungen an die Praxis gehen, wird sich ua nach dem Zeitplan der Erarbeitung der ausstehenden Teile der Reform und ihrer Verabschiedung richten.

■ Am **6.12.2017** wird ein Fachtag und im Anschluss daran am **7. und 8.12.** ein vertiefendes Seminar zu aktuellen Fragen im Bereich unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge in Fulda stattfinden. Der Titel lautet: „**Perspektiven für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge!? Bleibeperspektiven – Ausbildung – Familiennachzug**“. Im Rahmen des Fachtags werden Wissenschaftler/innen, Jurist/inn/en und Praktiker/innen informieren und für die Diskussion zur Verfügung stehen. Vertiefendes Wissen für die tägliche Praxis vermitteln im anschließenden Seminar eine langjährig erfahrene Juristin und eine ebenso erfahrene Praktikerin.

Fallobst



Dr. Thomas Meysen

Ende dieser Legislaturperiode sind die Gesetze nur gerade so von den Ästen des Bundestags heruntergepurzelt. Die Regierungskoalition war in hektischem Tempo aktiv – Kompromiss gefunden: plumps. Du stimmst bei dem, dafür stimme ich bei jenem zu: plumps. Warum haben wir das eigentlich so lange im Ausschuss hinausgezögert: plumps. Bis tief in die Nacht und den nächsten Morgen hinein haben die Sitzungen im Plenum angedauert. Am Ende waren die Äste weitgehend leer.

Einige der zT noch halbreifen Früchte können wir auch in den Korb für die Kinder- und Jugendhilfe und für das Familienrecht einsammeln. Ein besonders dicker Apfel ist das geänderte Unterhaltsvorschussgesetz (*Birnstengel S. 330; Kirsch S. 333; Benner/Wiener S. 334*). Auf einer Seite glänzt er rot, beschert den Alleinerziehenden und ihren Kindern ohne Altersgrenze und beschränkter Bezugsdauer einen konstanten Beitrag zu ihrer oft wirtschaftlich angespannten Situation: 50 % der Kinder im SGB II-Bezug leben in Alleinerziehenden-Familien. Die andere Seite des Apfels hat etwas weniger Sonne abbekommen. Gerade die Kinder in materieller Armut profitieren nicht vom Gesetz, fallen aus dem UVG-Bezug oder bekommen den Unterhaltsvorschuss von den ALG 2-Leistungen abgezogen. Und reichlich sauer schmecken auch die im Gesetzgebungsverfahren ungeklärt gebliebenen Fragen der Umsetzung.

Saftige Kost, allerdings nur gut verarbeitet genießbar ist das Gesetz zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehaltes für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern und Jugendlichen – wie es bei Quitten nunmal so ist (*Hoffmann S. 353*). Wenden Einrichtungen über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig in nicht altersgerechter Weise Zwangsmittel an, so dürfen sie das nicht mehr nur allein mit Einwilligung der Personensorgeberechtigten, sondern es bedarf dafür einer familiengerichtlichen Genehmigung. Wir dürfen gespannt sein, welche freiheitsentziehenden Maßnahmen zukünftig regelhaft genehmigt werden, welche nicht und was überhaupt zur Genehmigung vorgelegt wird.

Das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen (*Lohse/Meysen S. 345*) gleicht einer vom Populismuswurm befallenen Birne, die – noch nicht reif – aber schon beim Fallen vom Baum faul ist. In Deutschland können Ehen erst nach Vollendung des 18. Lebensjahrs geschlossen werden – soweit der essbare Teil. Im Ausland im Alter von 16 oder 17 geschlossene Ehen sollen nur ganz ausnahmsweise (lebensbedrohliche Krankheit, Suizidabsicht) anerkannt werden können. Vor Erreichen des 16. Geburtstags geschlossene Ehen firmieren kraft Gesetzes in Deutschland als Nichtehen. Das Gesetz geht im ordnungspolitischen Interesse, „Rechtsklarheit zu schaffen“, über die Bedürfnisse der Kinder und Jugendlichen in ihrer aktuellen Lebenssituation hinweg, selbst wenn ihr Wohl und ihre Be-

dürfnisse einen anderen Umgang mit der im Ausland geschlossenen Ehe erfordern würden. Die Kinder- und Jugendhilfe wird gefragt sein, Konzepte zu entwickeln, wie – unter Einbezug der Ehepartner/innen – hier Raum geschaffen werden kann für eine Verarbeitung der staatlichen Intervention in die eheliche Verbindung und die Erarbeitung von Perspektiven für den weiteren Lebensweg.

Vom falschen Baum gefallen, wie eine Zitrone von der Buche, ist die gesetzliche Ergänzung in § 42 SGB VIII. Schon während der Inobhutnahme ist das Jugendamt verpflichtet, für unbegleitet geflüchtete Kinder und Jugendliche unverzüglich einen Asylantrag zu stellen (*Achterfeld S. 349*). Einwanderungspolitisch motiviert wird hier in einem Systembruch die Ausübung der Personensorge nicht am Wohl des Kindes ausgerichtet, sondern sachfremde Direktiven gegeben. Jugendämter werden die Früchte durch Organisation und Einzelfallgestaltung erst zu einem kindeswohlorientierten Mus verkochen dürfen.

Ohne demokratische Bestäubung ist im geheimen Bundestagslabor ein Gesetz zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen entstanden und unter das Obst am Boden geschmuggelt worden (*Knittel S. 339*). Ohne Einbeziehung der Fachwelt ist ein Stechapfel herausgekommen. Die Beurkundung soll bei allen Ausländer/inne/n ausgesetzt werden, die sich ohne Aufenthaltserlaubnis, etwa mit einer Duldung, in Deutschland aufhalten – eine Förderung von Generalverdacht und Diskriminierung. Ob ein Missbrauch vorliegt, prüfen dann die Ausländerbehörden – wie sie dabei vorgehen, möchte man fast nicht wissen. Es wird aber auf das Jugendamt zurückwirken – auf Hilfe-Image und Ruf.

Verschumpelt vom Baum gefallen ist das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz, wo es das Reh des Bundesrats direkt aufgefressen hat. Am Ast verkümmert ist derweil die inklusive Weiterentwicklung des SGB VIII. Im Winter, nach der Bundestagswahl, wenn auch die Blätter längst gefallen sind, wird sie mahnend im Baum hängen und den Schnee des Winters erwarten. Bleibt zu wünschen, dass Pflege und Düngung dem (Diskussions-)Boden Nährstoffe zuführen, sodass die nächsten Blüten prächtig werden und im Sommer der Legislaturperiode eine reiche Ernte bescheren.

Bis dahin sind wir gefragt, das Obst zu schnippeln und zu verarbeiten, um es den Kindern, Jugendlichen und ihren Familien in unserer täglichen Arbeit als genießbare Marmelade anbieten zu können. Möge uns unter Hinzugabe ausreichender Mengen Zucker ein möglichst leckerer, zumindest aber halbwegs schmackhafter Aufstrich gelingen.

Petra Birnstengel*

Änderung des Unterhaltsvorschussgesetzes: Neuerungen zum 1.7.2017

I. Vorbemerkung

Im Rahmen der Neuregelung des bundesstaatlichen Finanzausgleichs wurde das UVG in zahlreichen Punkten geändert. Die wesentlichsten Änderungen werden hier vorgestellt und erläutert.¹ Die Änderungen gelten ab dem 1.7.2017, unabhängig von der Bekanntgabe im Bundesgesetzblatt.²

II. Die Neuerungen im Einzelnen

1. Berechtigte (§ 1 Abs. 1a UVG nF)

Der neue Absatz 1a des § 1 UVG lautet:

„(1a) Über Absatz 1 Nummer 1 hinaus besteht Anspruch auf Unterhaltsleistung bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs des Kindes, wenn

1. das Kind keine Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch bezieht oder durch die Unterhaltsleistung die Hilfebedürftigkeit des Kindes nach § 9 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch vermieden werden kann oder
2. der Elternteil nach Absatz 1 Nummer 2 mit Ausnahme des Kindergeldes über Einkommen im Sinne des § 11 Absatz 1 Satz 1 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch in Höhe von mindestens 600 Euro verfügt, wobei Beträge nach § 11b des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch nicht abzusetzen sind.

Für die Feststellung der Vermeidung der Hilfebedürftigkeit und der Höhe des Einkommens nach Satz 1 ist der für den Monat der Vollendung des zwölften Lebensjahres, bei späterer Antragstellung der für diesen Monat und bei Überprüfung zu einem späteren Zeitpunkt der für diesen Monat zuletzt bekanntgegebene Bescheid des Jobcenters zugrunde zu legen. Die jeweilige Feststellung wirkt für die Zeit von dem jeweiligen Monat bis einschließlich des Monats der nächsten Überprüfung.“

Der Kreis der Anspruchsberechtigung ist über das zwölfte Lebensjahr hinaus bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs ausgeweitet. Seit dem 1.1.1993 galt die Altersgrenze zwölf Jahre, davor, ab Einführung des UVG zum 1.1.1980, die Altersgrenze sechs Jahre. Die 2009 in der Koalitionsvereinbarung von CDU, CSU und FDP³ vorgesehene Anhebung der Altersgrenze auf 14 Jahre wurde nicht realisiert.

Für die Altersgruppe 12 bis 18 Jahre besteht ein Anspruch auf Unterhaltsvorschuss jedoch nur dann, wenn die unter § 1 Abs. 1a Nr. 1 und 2 UVG genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Steht das Kind im SGB II-Bezug, so besteht bspw dann ein Anspruch auf Unterhaltsvorschuss, wenn es durch die UVG-Leistung nicht mehr hilfebedürftig iSd SGB II ist. Kommt es durch die UVG-Leistung nicht aus dem SGB II-Bezug heraus, so hat es keinen Anspruch auf Unterhaltsvorschuss, es sei denn, der betreuende Elternteil verfügt über Einkommen iHv mindestens 600 EUR brutto. Im Rahmen der Feststellung und Berechnung, ob/in welcher Höhe ein Anspruch auf UVG-Leistung besteht, wird es zahlreiche Fragen in der Praxis geben. Die UVG-Richtlinien sehen hierzu ausführliche Erläuterungen und Berechnungsbeispiele

vor.⁴ Außerdem enthalten die Richtlinien Hinweise und Empfehlungen für die Zusammenarbeit der UVG-Stellen mit den Jobcentern zum Ausbau des UVG.⁵

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass sich am Doppelbezug bzw der Anrechnung von UVG-Leistungen auf SGB II-Leistungen für die Altersgruppe vom ersten bis zum zwölften Lebensjahr nichts ändert.

2. Umfang der Leistung für die neue Altersgruppe

a) Höhe der monatlichen Leistung (§ 2 Abs. 1 UVG nF)

In § 2 Abs. 1 UVG ist der Verweis auch auf die Nr. 3 des § 1612a Abs. 1 S. 3 BGB aufgenommen worden. Für die 12- bis 18-Jährigen bestimmt sich daher die Höhe der UVG-Leistung entsprechend der Systematik für die jüngeren Kinder auch nach dem Mindestunterhalt, aktuell – unter Abzug des vollen Kindergelds – für ein erstes Kind: maximal 268 EUR.

b) Anrechnung von Einkommen (§ 2 Abs. 4 UVG nF)

Besucht der/die 12- bis 18-Jährige keine allgemeinbildende Schule mehr, so greifen die Anrechnungsbestimmungen des neuen Absatzes 4 des § 2 UVG. Dieser lautet:

„(4) Für Berechtigte, die keine allgemeinbildende Schule mehr besuchen, mindert sich die nach den Absätzen 1 bis 3 ergebende Unterhaltsleistung, soweit ihre in demselben Monat erzielten Einkünfte des Vermögens und der Ertrag ihrer zumutbaren Arbeit zum Unterhalt ausreichen. Als Ertrag der zumutbaren Arbeit des Berechtigten aus nichtselbstständiger Arbeit gelten die Einnahmen in Geld entsprechend der für die maßgeblichen Monate erstellten Lohn- und Gehaltsbescheinigungen des Arbeitgebers abzüglich eines Zwölftels des Arbeitnehmer-Pauschbetrags; bei Auszubildenden sind zusätzlich pauschal 100 Euro als ausbildungsbedingter Aufwand abzuziehen. Einkünfte und Erträge nach den Sätzen 1 und 2 sind nur zur Hälfte zu berücksichtigen.“

Bislang ist Unterhaltsvorschuss unabhängig vom Einkommen des Kindes zu gewähren bzw es sind nur Waisenbezüge und Unterhaltszahlungen anzurechnen (§ 2 Abs. 3 UVG), sodass auch wohlhabende Kinder die Leistungen nach dem

* Die Verf. ist Referentin für Unterhaltsrecht im Deutschen Institut für Jugendhilfe und Familienrecht eV (DIJuF), Heidelberg.

1 Zu den Änderungen im Überblick s. DIJuF-Synopse, abrufbar unter www.dijuf.de ► Gesetze und Materialien ► Bundesgesetze.

2 Für den eingetretenen Fall, dass die Verkündung erst nach dem 1.7.2017 erfolgt, ist unter Art. 25 des Gesetzentwurfs vorgesehen, dass das Gesetz nicht am Tag nach der Verkündung, sondern mit Wirkung vom 1.7.2017 in Kraft tritt (BT-Drs. 18/12589, 116).

3 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU, FDP vom 26.10.2009, 69, abrufbar unter www.csu.de/common/_migrated/csucontent/091026_koalitionsvertrag.pdf (Abruf: 4.7.2017).

4 Ziff. 1.7.1 bis 1.7.7 des Entwurfs der Richtlinien zur Durchführung des UVG in der ab 1.7.2017 geltenden Fassung = über neun Seiten (!); hier zit. wie folgt: UVG-Richtlinien-E.

5 Anlage zu RL 1.7 des UVG-Richtlinien-E.

UVG beanspruchen können.⁶ Dies gilt künftig grundsätzlich auch für die Kinder der Altersgruppe 12 bis 18. Nur wenn Kinder dieser Altersgruppe *keine allgemeinbildende Schule* mehr besuchen, dann wird ihr Einkommen aus Vermögen und zumutbarer Arbeit – hälftig – angerechnet.

Die Feststellung, ob sich ein Kind nicht mehr in einer *allgemeinbildenden Schulausbildung* befindet, wird bei der Umsetzung des Gesetzes nicht immer einfach sein. Wegen der Kulturhoheit der Länder gibt es eine Vielzahl an Schulformen und -abschlüssen. Die im Unterhaltsrecht entwickelten Kriterien einer allgemeinen Schulausbildung sind im UVG-Recht mangels abweichender, bereichsspezifischer Verlautbarungen anwendbar.⁷

Zur Anrechnung von *Einkünften aus Vermögen* kann nach den UVG-Richtlinien aus verwaltungsökonomischen Gründen abgesehen werden, wenn diese 120 EUR im Jahr nicht übersteigen.⁸

Auch die Frage, was unter *zumutbarer Arbeit* zu verstehen ist, wird in vielen Fällen nicht einfach zu beantworten sein. Das ist insoweit relevant, als Einkommen aus unzumutbarer Arbeit nicht anzurechnen ist.⁹

Im Rahmen der Prüfung der Leistungsgewährung ist beim Ausbildungsgehalt neben einer Pauschale von 100 EUR als ausbildungsbedingter Aufwand auch ein Zwölftel des Arbeitnehmer-Pauschalbetrags („Werbungskosten“) abzuziehen. Geht es später um den Rückgriff, so gilt allein Unterhaltsrecht nach dem Zivilrecht. Hier besteht zwar grundsätzlich Einigkeit darüber, dass ausbildungsbedingte Kosten vergütungsmindernd abzuziehen sind. In den Leitlinien der Oberlandesgerichte¹⁰ finden sich unterschiedliche Aussagen dazu, ob mit Pauschalen (prozentual zum Einkommen oder festen Pauschalen) gearbeitet werden kann oder ob die Aufwendungen konkret nachzuweisen sind sowie ob neben einer Pauschale noch Fahrtkosten zu berücksichtigen sind.¹¹ Die Bestimmung der Höhe des anzurechnenden Einkommens des/der Auszubildenden kann folglich im UVG und nach dem Zivilrecht zu verschiedenen Ergebnissen führen.¹²

Gleichklang zwischen UVG-Leistungsgewährungsprüfung und Prüfung, ob ein Unterhaltsanspruch des/der Auszubildenden gegen den familienfernen Elternteil besteht, liegt hingegen insoweit vor, als Einkommen des Kindes nur zur Hälfte anzurechnen ist.

Dieser Grundsatz der hälftigen Anrechnung wird nach wie vor nicht auf die Anrechnung von Kindergeld angewendet.¹³ Es bleibt bei der Anrechnung des vollen Kindergelds bei der Leistungsgewährung.

3. Dauer der Unterhaltsleistung (§ 3 UVG)

Die Beschränkung der Bezugsdauer auf 72 Monate entfällt durch das ersatzlose Streichen des § 3 UVG. Die 72-Monatsgrenze galt seit 1.1.1993; davor gab es maximal 36 Monate UVG-Leistungen.

Mit Wegfall der Bezugsgrenze entfällt der Druck auf die Fachkräfte, die UVG-Leistung möglichst schnell einzustellen, um Anspruchsmonate zu sparen. Musste in der Vergangenheit oftmals die UVG-Leistung eingestellt, dann doch wieder bewilligt und dann wieder eingestellt und erneut be-

willigt werden, so könnte sich nun anbieten, die Zahlungseingänge bzw deren verlässlichen Eingang etwas länger zu beobachten, um dann hoffentlich endgültig die UVG-Leistung einstellen zu können.

Für die Altersgruppe bis zwölf Jahre kann sich durch Wegfall der Bezugsgrenze der bereits 2012 vom Bundesrechnungshof¹⁴ gerügte hohe Verwaltungsaufwand (wegen Anrechnung auf SGB II-Leistung) nunmehr auf den doppelten Zeitraum erstrecken.¹⁵

Enthält der von der UVG-Stelle bereits erwirkte Titel die Beschränkungen auf 72 Monate und das zwölfte Lebensjahr, so ist zu fragen, ob der Titel auch für weitere Monate und über das zwölfte Lebensjahr genutzt werden kann. Da es im Kern um ein Hinausschieben der Befristung auf das 18. Lebensjahr geht, ist eine Titeländerung grundsätzlich durchführbar.¹⁶ Auch neue Titel werden ab sofort auf den Eintritt des 18. Geburtstags zu befristen sein.

4. Rückzahlungspflicht (§ 5 UVG nF)

In Absatz 2 Satz 2 des § 5 UVG wurde eine Ergänzung dahingehend vorgenommen, dass bei der Prüfung und Berechnung einer Rückzahlungspflicht des Berechtigten künftig nicht nur Einkommen, sondern auch Einkünfte und Erträge iSv § 2 Abs. 4 UVG nF angerechnet werden.

5. Darlegung zur erhöhten Leistungspflicht (§ 6 UVG nF)

In Absatz 1 des § 6 ist folgender Satz 2 angefügt:

„Der Elternteil muss insbesondere darlegen, dass er seiner aufgrund der Minderjährigkeit des Berechtigten erhöhten Leistungsverpflichtung vollständig nachkommt.“

Anders als beim Rückgriff gegen Eltern nach § 33 SGB II besteht für die UVG-Träger immer schon rechtlich die Möglichkeit, beim familienfernen Elternteil aufgrund fiktiven Einkommens eine Unterhaltspflicht zu bejahen und so einen Titel zugunsten des Sozialträgers zu beschaffen. Die Gesetzesergänzung bringt somit keine Änderung in der Rechtslage, sondern sie soll lediglich die „Berücksichtigung fiktiver Einkünfte verdeutlichen und zu einer konsequenteren Verfolgung beitragen“.¹⁷

Kann ein Titel aufgrund fiktiven Einkommens erlangt werden, so soll dieser allerdings nicht während des SGB II-Be-

6 VGH Mannheim 3.5.2012 – 12 S 2935/11, JAmt 2012, 422.

7 Die Frage, wann sich ein Kind noch in der allgemeinen Schulausbildung befindet, ist ausf. erläutert in DIJuF/*Knittel/Knörzer* Themengutachten, Stand: 9/2016, TG-1085 Frage 3, abrufbar unter www.kijup-online.de.

8 Ziff. 2.5.2.1 UVG-Richtlinien-E (Fn. 4).

9 Hierzu ausf. Ziff. 2.5.2.2 UVG-Richtlinien-E (Fn. 4).

10 Abrufbar unter www.dfgt.de.

11 Ausf. hierzu DIJuF/*Knittel/Birnstengel* Themengutachten, Stand: 8/2014, TG-1055 Frage 4 bis 6, abrufbar unter www.kijup-online.de.

12 In den UVG-Richtlinien ist ein Prüfschema zur Anrechnung von Kindesteinkommen nach § 2 Abs. 4 UVG enthalten, s. Anlage zu RL 2.5 des UVG-Richtlinien-E.

13 Obwohl dieses der Bundesrat empfohlen hatte (BR-Drs. 102/1/16, 2).

14 Bericht des Bundesrechnungshofs nach § 99 BHO vom 17.7.2012, 19, abrufbar unter www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/sonderberichte (Abruf: 4.7.2017).

15 Weiterhin müssen die mit der Alleinerziehung schon idR ausgelasteten Eltern der jungen Kinder zu zwei Behörden gehen und die Antragsformulare ausfüllen.

16 DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2017, 367 in diesem Heft.

17 BT-Drs. 18/12589, 177.

zugs des Unterhaltspflichtigen für Vollstreckungsmaßnahmen verwendet werden (s. II. 7.).

6. Übergang von Ansprüchen des Berechtigten (§ 7 UVG nF)

a) Titelerrichtung für die Zukunft

In § 7 Abs. 4 UVG heißt es ab Juli 2017, dass das Land einen Unterhaltsanspruch für die Zukunft *in Höhe der bewilligten Unterhaltsleistung* anstelle von bisher *bis zur Höhe der jeweiligen monatlichen Aufwendungen* gerichtlich geltend machen kann.

Bislang sah die Praxis vieler Familiengerichte so aus, dass der laufende Unterhalt nur unter der Bedingung festgesetzt wurde, dass UVG-Leistungen erbracht werden.¹⁸ Der Bedingungseintritt musste sodann von der UVG-Stelle dem Gericht erst nachgewiesen werden, um eine Vollstreckungsklausel zu erlangen und Vollstreckungsmaßnahmen ergreifen zu können. Dieser Zeitverlust und Verwaltungsaufwand entfällt künftig. Die Gesetzesänderung stellt nun allein auf die zukünftige Bewilligung ab und nicht darauf, ob Unterhaltsvorschuss tatsächlich geleistet wurde. Folglich ist ab Juli 2017 nur noch mit unbedingten Zahlungstiteln zu rechnen.

b) Bevorrechtigte Vollstreckung

Folgender Absatz 5 wird in § 7 UVG aufgenommen:

„(5) Betreibt das Land die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid, ist zum Nachweis des nach Absatz 1 übergebenen Unterhaltsanspruchs dem Vollstreckungsantrag der Bescheid gemäß § 9 Absatz 2 beizufügen.“

Hintergrund dieser Regelung ist die Entscheidung des BGH vom 6.4.2016, wonach eine privilegierte Vollstreckung allein auf Grundlage eines Vollstreckungsbescheids nicht zulässig ist, da die Zuordnung des Anspruchs als Unterhaltsanspruch allein auf der im gerichtlichen Mahnverfahren nicht überprüften Angabe des Gläubigers beruht.¹⁹ Mit Vorlage des Bewilligungsbescheids nach § 9 Abs. 2 UVG können die UVG-Stellen künftig (wie vor der BGH-Rechtsprechung) auf Basis eines Vollstreckungsbescheids die bevorrechtigte Vollstreckung nach § 850d ZPO erreichen.²⁰

7. Übergegangene Ansprüche bei Leistungsunfähigkeit (§ 7a UVG – neu –)

Der neu geschaffene § 7a UVG lautet:

„§ 7a Übergegangene Ansprüche des Berechtigten bei Leistungsunfähigkeit

Solange der Elternteil, bei dem der Berechtigte nicht lebt, Leistungen nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch bezieht und über kein eigenes Einkommen im Sinne von § 11 Absatz 1 Satz 1 des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch verfügt, wird der nach § 7 übergegangene Unterhaltsanspruch nicht verfolgt.“

Zu der Frage, was mit der Formulierung, der Anspruch wird *nicht verfolgt*, gemeint sei, wird aus der Gesetzesbegründung zitiert [Anm. der Red.: *Hervorhebungen durch die Verf.*]:

„Der Anspruchsübergang ist jedoch wie nach bisheriger Rechtslage zu prüfen und erforderlichenfalls ist der dem Anspruchsübergang zugrunde liegende Unterhaltsanspruch insbesondere wegen möglicher fiktiver Leistungsfähigkeit auch *gerichtlich geltend* zu machen.

Die rechtswahrenden Handlungen gegenüber dem Unterhaltspflichtigen zur *Vermeidung der Verwirkung*, die Voraussetzung für eine spätere Verfolgung des Unterhaltsanspruchs sind, sind weiterhin vorzunehmen.

Ein wegen fiktiver Leistungsfähigkeit bestehender Unterhaltsanspruch geht auf das Land über. Dieser Anspruch und etwaige zu einem früheren Zeit-

punkt auf das Land übergegangene Ansprüche werden *jedoch nicht im Wege der Zwangsvollstreckung* durchgesetzt, solange der Barunterhaltspflichtige auf SGB II-Leistungen angewiesen ist und über kein eigenes Einkommen verfügt.“²¹

Danach hat die Verwaltung Ansprüche trotz SGB II-Bezugs zu titulieren und verwirklichshindernde Maßnahmen durchzuführen.²²

Da laut Gesetzesbegründung die Formulierung aufgenommen wurde, um verwaltungsaufwendige und unwirtschaftliche Rückgriffsbemühungen zu vermeiden,²³ wird in der UVG-Richtlinie die Auffassung vertreten, dass der Vorschrift kein Schuldnerschutz zukomme.²⁴ Das Land müsste demnach trotz der Regelung eine Vollstreckungsmaßnahme beantragen können, bspw die Abnahme der Vermögensauskunft, ohne mit einer erfolgreichen Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO des Schuldners rechnen zu müssen. Ebenfalls dürfte dem Land nicht verwehrt sein, bei besonderer Kenntnis für eine voraussichtlich erfolgreiche Vollstreckung oder zur Verhinderung des Eintritts der Verjährung, eine Vollstreckungsmaßnahme zu beantragen.²⁵

8. § 8 UVG

Ab Juli 2017 wird die Beteiligungsquote des Bundes von einem Drittel auf 40 % erhöht.

III. Schlussbemerkungen und Ausblick

Es lohnt, den Rückgriff zu optimieren. Der Regress nimmt im Hinblick auf die steigenden Fallzahlen an Bedeutung zu. Auch trotz der hohen Arbeitsdichte durch zahlreiche Neuanträge und Einarbeitung neuer Fachkräfte darf der Rückgriff nicht zu weit hinausgeschoben werden. Es besteht die gesetzliche Verpflichtung, die auf das Land übergegangenen Ansprüche – auch diejenigen mit Auslandsbezug – rechtzeitig und vollständig geltend zu machen (§ 7 Abs. 1 UVG). Hierbei ist unbedingt zu beachten, dass bereits nach Ablauf eines Jahres Untätigkeit grundsätzlich Verwirkung eintritt, was auch für titulierte Ansprüche gilt. Was kann helfen, den Rückgriff in den Griff zu bekommen?

1. Angemessene Personalausstattung

Die Anforderungen an die Kenntnisse der Fachkräfte steigen. Fachwissen aus dem kompletten Programm des Kindesunterhaltsrechts ist nun gefordert, insbesondere zum Ausbildungsunterhalt.

2. Rückübertragung des übergegangenen Unterhaltsanspruchs auf das Kind

Besteht bereits eine Beistandschaft, so scheint empfehlenswert, den Abschluss eines Rückübertragungsvertrags mit dem das Kind betreuenden Elternteil in Betracht zu ziehen.

18 OLG Stuttgart 4.5.2006 – 15 WF 110/06; OLG Hamm 4.10.2010 – 5 WF 151/10, abrufbar unter www.kijup-online.de.

19 BGH 6.4.2016 – VII ZB 67/13, JAmt 2016, 341.

20 Ausf. hierzu *Benner/Wiener JAmt* 2017, 334 (II.) in diesem Heft.

21 BT-Drs. 18/12589, 178.

22 Zu die Verwirkung hindernde Maßnahmen s. DIJuF/*Knittel/Birnstengel* Themengutachten, Stand: 6/2014, TG-1003, abrufbar unter www.kijup-online.de.

23 BT-Drs. 18/12589, 178.

24 UVG-Richtlinie-E zu § 7a UVG im Anschluss an Ziff. 7.14 (Fn. 4); *Benner/Wiener* sehen § 7a UVG – neu – nur als bloße Ordnungsvorschrift an, JAmt 2017, 334 (337, III. 2. bb) in diesem Heft.

25 Hierzu *Benner/Wiener JAmt* 2017, 334 (336, III. 2. aa) in diesem Heft.

Besteht noch keine Beistandschaft, kann aber auf den ersten Blick nicht ausgeschlossen werden, dass der Unterhaltspflichtige lediglich maximal leistungsfähig in Höhe des UVG-Betrags ist, mag es sinnvoll sein, den betreuenden Elternteil zum Fachdienst Beratung und Unterstützung/Beistandschaft zu schicken. Wird schließlich eine Beistandschaft eingerichtet, so scheint auch hier der Abschluss eines Rückübertragungsvertrags sinnvoll.

Kommt die Fachkraft Beistandschaft erst dann mit ins „Unterhaltspflichtenboot“, wenn die UVG-Stelle bereits einen Titel geschaffen hat – demnächst stets zeitlich auf das 18. Lebensjahr begrenzt –, so ist es notwendig für die Arbeit des Beistands bzw zur Absicherung des Unterhaltsanspruchs des Kindes, dass die UVG-Stelle auf ihren Titel für die Zukunft verzichtet.²⁶

3. Konzentration des Rückgriffs

Als wegweisend wird die Einrichtung regional übergreifender spezialisierter Rückgriffstellen, bspw Zusammenarbeit mit spezialisierten Stellen der Finanzverwaltung, genannt.²⁷

4. Vollstreckung im Verwaltungsweg

In einigen Bundesländern kann der nach § 7 UVG übergegangene Anspruch im Verwaltungsverfahren begetrieben werden (so bspw § 1 Nr. 1 Buchst. o der VO zur Ausführung des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes iVm § 1 Abs. 2 VwVG NRW). Ein zivilrechtlicher Unterhaltstitel muss erst dann geschaffen werden, wenn der Schuldner Einwendungen erhebt (§ 1 Abs. 4 VwVG NRW).

5. Unterhaltspflichtige im Ausland

Nach Einschätzung des Bundesrechnungshofs sind die kommunalen Stellen oft bei der Heranziehung von Unterhaltspflichtigen im Ausland überfordert; der Bundesrechnungshof empfiehlt eine Zentralisierung des Regresses mit Aus-

landsbezug.²⁸ Mit steigenden Fallzahlen werden voraussichtlich auch die Fälle mit Auslandsbezug zunehmen. Hierbei sollte zwecks rationeller Bearbeitung auch an die mögliche Unterstützung durch das DIJuF gedacht werden. Das DIJuF gibt im Rahmen seines Beratungsangebots Einschätzungen, Informationen und Erfahrungen über Rückgriffsmöglichkeiten im jeweiligen konkreten Ausland. Dieser Service ist über die Mitgliedsbeiträge beim DIJuF gedeckt. Ergibt die Vorprüfung, dass eine Verfolgung des Anspruchs Erfolg versprechend sein könnte, so übernimmt das DIJuF hierzu gegen eine Kostenentschädigung die Beratung und Unterstützung bei der Antragstellung und während des gesamten Vollstreckungsverfahrens im Ausland.²⁹

Ein abschließender Blick ist auf § 12 UVG nF zu richten. Danach legt die Bundesregierung dem Deutschen Bundestag bis zum 31.7.2018 einen Bericht über die Wirkung der Reform, die am 1.7.2017 in Kraft getreten ist, vor. Über die UVG-Gewährung an die neue Altersgruppe kann sicherlich bereits nach einem Jahr berichtet werden. Seriöse Erkenntnisse über die Wirkungen der neuen Regelungen den Rückgriff betreffend sind in dem kurzen Zeitraum allerdings nicht zu erwarten.

²⁶ Knittel JAmt 2016, 64.

²⁷ Wersig Alleinerziehende besser unterstützen. E-Papier der Heinrich Böll Stiftung, September 2016, 26. Im Freistaat Bayern ist für den Regress (Titulierung, Zwangsvollstreckung) das Landesamt für Finanzen zuständig. Im Koalitionsvertrag für NRW (2017 bis 2022) ist auf S. 73 vorgesehen, den Rückgriff von den Kommunen auf die Finanzverwaltung zu verlagern, abrufbar unter www.cdu-nrw.de/sites/default/files/media/docs/vertrag_nrw-koalition_2017.pdf (Abruf: 4.7.2017).

²⁸ Der Präsident des Bundesrechnungshofs als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung Bericht zu den Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern, 2015, 58, abrufbar unter www.bundesrechnungshof.de/de/veroeffentlichungen/gutachten-berichte-bwv/berichte/langfassungen/2015-bwv-bericht-finanzbeziehungen-zwischen-bund-und-laendern/view (Abruf: 4.7.2017).

²⁹ Zu den Hilfestellungen im Einzelnen s. Schlauß/Meysen JAmt 2017, 2 (6).

Sabine Kirsch*

Zwischenruf aus der Praxis: „Wolken über dem neuen Unterhaltsvorschussgesetz“

Wenn zum 1.7.2017 nach langem Hin und Her das neue UVG in Kraft tritt, ist dies revolutionär. Unter bestimmten Voraussetzungen können nun Kinder/Jugendliche Leistungen nach dem UVG unbegrenzt bis zum 18. Lebensjahr erhalten. Dafür erst einmal eine große Anerkennung. Für sehr viele berechnete Elternteile ist diese Gesetzesänderung einfach nur toll!

Einige dunkle Wolken hängen jedoch schon über dem Gesetz, und diese würde ich gerne etwas näher betrachten.

Wir bekommen ein Gesetz, das zweigeteilt ist. Bis zum zwölften Lebensjahr des Kindes bleiben die bisherigen Regelungen. Ab vollendetem zwölften Lebensjahr erhält das Kind jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen Unterhaltsvorschuss. Erhalten Elternteile Leistungen nach dem SGB II wird kein Unterhaltsvorschuss geleistet. Be-

dingung ist ein Einkommen der berechtigten Elternteile iHv mindestens 600 EUR oder dass das Kind keine Leistungen nach SGB II erhält bzw durch Unterhaltsleistungen vermieden werden kann.

Meine Befürchtung ist, dass eine hohe Anzahl von Widersprüchen sowie Unverständnis der Elternteile vorprogrammiert sind. Elternteile mit Kindern verschiedener Altersgruppen werden also unterschiedlich behandelt.

Wie wird sich das Gesetz auf die unterhaltspflichtigen Elternteile auswirken? Ich hoffe sehr, dass sich Unterhalts-

* Die Verf. ist Leiterin des Bereichs Kindschaftsrechtliche Beratung und Vertretung im BezJA Lichtenberg, Berlin, Mitglied im Praxisbeirat Beistandschaft und in der Ständigen Fachkonferenz 3 (SFK 3) „Familienrecht und Beistandschaft, Amtsvormundschaft“ des DIJuF.

verpflichtete nicht aus der Verantwortung ihren Kindern gegenüber zur Zahlung des Unterhalts zurückziehen. Sinkt die Zahlungsmoral, da der Staat ja nun „unbegrenzt“ zahlt? Wie wird es den UVG-Stellen und den Beiständen gelingen, genau das zu verhindern?

Die Richtlinien und das Unterhaltsrecht im BGB laufen auch hinsichtlich des Einkommens des Kindes nicht konform. Hier werden unterschiedliche Anrechnungshöhen im Raum stehen, da der Unterhaltsvorschuss andere Beträge abzieht. Berufsbeihilfen sollen im Unterhaltsvorschuss unberücksichtigt bleiben, im Privatrecht werden diese berücksichtigt. Hier wünsche ich mir klare Absprachen, wie der Informationsfluss an die Eltern geht. Auch zur Problematik der allgemeinen Schulbildung und zum Thema „Was ist eine zumutbare Arbeit des Kindes?“ sehe ich derzeit graue Wolken.

Sorgen mache ich mir auch um die Beistände, die einen hohen Anspruch haben, einen angemessenen Unterhalt für die Kinder durchzusetzen. Es sollte nicht der Regelfall werden, dass Kinder Unterhalt in Höhe des UVG-Betrags erhalten, daher die Frage: Wie wird sich die Arbeit mit den unterhaltsverpflichteten Elternteilen gestalten?

Auch sagen die Richtlinien, dass bei SGB II-Bezug des Unterhaltsverpflichteten keine Vollstreckungsmaßnahmen zu führen sind. Hier sehe ich eine Wolkenfront zu den Themen: Verjährung, Niederschlagung, Titelschaffung, treuhänderische Rückübertragung.

Ein wesentlicher Garant für das Gelingen der Umsetzung des Gesetzes wird sich in der Zusammenarbeit mit den Jobcentern zeigen. Damit wir für evtl Schauer gut vorbereitet sind, müssen alle Beteiligten ihre Hausaufgaben erledigen. Diese wären:

- ausreichendes Personal für den UVG-Bereich/Büro-räume/Technik/Möbel,
- Schulungen sicherstellen,
- Austausch UVG-Stelle/Jobcenter,
- gute Kommunikation zwischen UVG-Stelle und Beistand.

Auch wenn das Gesetz holprig auf den Weg gebracht wurde, sollten es alle als ein Geschenk für alleinerziehende Elternteile ansehen und annehmen.

Die nächsten Monate werden uns zeigen, ob sich die Wolkenfront verzieht und wir vorwiegend von einer Schönwetterperiode ausgehen können.

Martin Benner/Matthias Wiener*

Neue Regelungen für den Rückgriff nach dem Unterhaltsvorschussgesetz

I. Hintergrund

Am 1.6.2017 beschloss der Deutsche Bundestag mit Zustimmung des Bundesrats eine Änderung des UVG zum 1.7.2017.¹ Neben der verlängerten Bezugsdauer von UVG-Leistungen wurden mit § 7 Abs. 5 UVG nF und § 7a UVG – neu – neue Vorschriften zum Rückgriff auf den barunterhaltspflichtigen Elternteil ergänzt. Mit Blick auf das künftig erheblich steigende Volumen der nach § 7 UVG übergehenden Unterhaltsforderungen und die damit wachsende haushälterische Bedeutung der Rückholquote sind diese Bestimmungen in der Praxis von erheblicher Relevanz. Die Autoren stellen deshalb den Anwendungsbereich der § 7 Abs. 5 UVG nF, § 7a UVG – neu – und ihre Auswirkungen auf die Möglichkeiten zur Zwangsvollstreckung, die Verjährung und den Schuldnerschutz dar.

II. Nachweis der Voraussetzungen von § 850d ZPO

1. Fiktion des Nachweises

Nach § 7 Abs. 5 UVG nF „ist zum Nachweis des nach Absatz 1 übergebenen Unterhaltsanspruchs dem Vollstreckungsantrag der Bescheid gemäß § 9 Absatz 2 beizufügen“, wenn „das Land die Zwangsvollstreckung aus einem Vollstreckungsbescheid“ betreibt.

Hintergrund dieser Regelung ist die Möglichkeit, bei einer Vollstreckung der nach § 7 Abs. 1 UVG übergebenen Unterhaltsforderungen in Arbeitseinkommen den pfandfreien

Betrag des Schuldners zu reduzieren (§ 850d ZPO).² Für die antragsgemäße Herabsetzung des Pfändungsfreibetrags durch das Vollstreckungsgericht muss dem Vollstreckungstitel nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ausdrücklich oder im Wege der Auslegung zu entnehmen sein, dass es sich um eine privilegierte Unterhaltsforderung handelt. Das ist erforderlich, weil das Vollstreckungsgericht die Voraussetzungen der beantragten Entscheidung nur formell prüft, während materielle Beurteilungen zur Art der geltend gemachten Forderung dem Erkenntnisverfahren vorbehalten bleiben.³ Der BGH hat im April 2016 entschieden, dass ein Vollstreckungsbescheid nicht geeignet ist, die Voraussetzungen einer privilegierten Vollstreckung nach § 850d ZPO nachzuweisen.⁴ Um den Pfändungsfreibetrag nach § 850d ZPO dennoch herabsetzen zu können, waren in den betrof-

* Verf. Benner, LL.M. (oec.), M.A., MPA, ist Dipl.-Rechtspfleger (FH) und leitet die Abteilung Hoheitliche Jugendhilfe im Amt für Jugend, Familie und Bildung der Stadt Leipzig; Verf. Wiener, Verwaltungsfachwirt, ist Leiter der Abteilung Finanzbuchhaltung mit den Sachgebieten Zentrale Geschäftsbuchhaltung, Stadtkasse und Zentrales Forderungsmanagement bei der kreisfreien Stadt Dessau-Roßlau in Sachsen-Anhalt. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Autoren wieder.

1 BT-Plenarprotokoll 18/237, 24034; BR-Drs. 431/17.

2 Vgl zur Fortgeltung des Vollstreckungsprivilegs nach Forderungsübergang BGH JAmt 2015, 280; BeckOK/Riedel ZPO, Ed. 23, Stand: 2016, ZPO § 850d Rn. 9a; Musielak/Voit/Becker ZPO, 13. Aufl. 2016, ZPO § 850d Rn. 3.

3 BGH openJur 2012, 124364.

4 BGH JAmt 2016, 341; vgl zum früheren Streitstand BeckOK/Riedel ZPO § 850d Rn. 33b (Fn. 2).

fenen Fällen bisher Feststellungsklagen bzw -anträge (§ 113 Abs. 1 S. 2 FamFG, § 113 Abs. 5 Nr. 2 FamFG, § 256 ZPO) oder Zustimmungserklärungen des Schuldners erforderlich.⁵ Mit der oben dargestellten Änderung des UVG will der Gesetzgeber den Ländern bzw den ausführenden Kommunen diesen Aufwand ersparen und ihnen deshalb ermöglichen, beim Rückgriff „nun [...] auch aus Vollstreckungsbescheiden die privilegierte Vollstreckung zu betreiben“.⁶

Da das Gesetz in § 7 Abs. 5 UVG nF von einem „Nachweis“ spricht, bleibt die Kompetenz des Vollstreckungsgerichts, formal zu prüfen, ob Unterhaltsansprüche iSd § 850d ZPO vollstreckt werden sollen, durch diese Regelung dem Grunde nach unangetastet. Der Wortlaut lässt allerdings die Tiefe dieser Prüfungsbefugnis offen. Nach den Gesetzesmaterialien soll jedoch fingiert werden, dass der Nachweis durch den beizufügenden Bewilligungsbescheid erbracht ist („gilt als nachgewiesen“⁷). Die Prüfungskompetenz des Vollstreckungsgerichts reduziert sich damit hinsichtlich des Nachweises auf die Frage, ob sich der beigefügte Bewilligungsbescheid auf denselben Lebenssachverhalt wie der Vollstreckungsbescheid bezieht und nicht offensichtlich unwirksam ist. Das deckt sich mit dem oben dargestellten Sinn und Zweck der Vorschrift, Verfahrenserleichterungen für die Länder und Kommunen zu schaffen. Diese Intention hätte der Gesetzgeber im Wortlaut deutlicher zum Ausdruck bringen können (zB „Der Nachweis des nach Absatz 1 übergebenen Unterhaltsanspruchs gilt als erbracht, wenn dem Vollstreckungsantrag der Bescheid gemäß § 9 Absatz 2 beigefügt ist.“). Eine historische und teleologische Auslegung führt aber auch bei dem vorhandenen Wortlaut zum Ergebnis eines für das Vollstreckungsgericht verbindlich fingierten Nachweises.

2. Zeitliche Reichweite

Eine zeitliche Begrenzung enthält weder der Wortlaut von § 7 Abs. 5 UVG nF noch ist sie den Gesetzesmaterialien zu entnehmen. Die Nachweisfiktion kommt daher auch Vollstreckungsbescheiden zugute, die vor dem Inkrafttreten der Vorschrift am 1.7.2017 erlassen wurden. Fraglich ist, ob insoweit eine unzulässige Rückwirkung vorliegt, weil der Schuldner bisher davon ausgehen konnte, dass privilegierte Pfändungen aus dem Vollstreckungsbescheid nicht in Betracht kommen.

Echte Rückwirkungen sind grundsätzlich verboten, unechte Rückwirkungen grundsätzlich zulässig. Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn eine Norm die Rechtslage für abgeschlossene Sachverhalte verschlechtert. Eine unechte Rückwirkung wirkt dagegen nur auf Sachverhalte ein, die zwar begonnen haben, aber noch nicht abgeschlossen sind.⁸ Wurde der Unterhalt vor dem 1.7.2017 durch einen Vollstreckungsbescheid tituliert, beeinflusst § 7 Abs. 5 UVG nF einen in der Vergangenheit begonnenen Sachverhalt, indem er die Nachweiskraft dieses Titels verstärkt. Der Unterhalt wird indes nach wie vor mit diesem Vollstreckungsbescheid begetrieben, sodass der Sachverhalt noch nicht abgeschlossen ist. Folglich entfaltet § 7 Abs. 5 UVG nF lediglich eine unechte Rückwirkung.

Diese unechte Rückwirkung ist nicht ausnahmsweise aus Gründen des Vertrauensschutzes unzulässig. Es bestand be-

reits vor der Novellierung des UVG die Möglichkeit, dass die Forderungsart gerichtlich festgestellt und anschließend nach § 850d ZPO privilegiert gepfändet wird. Ein etwaiges Vertrauen des Schuldners, dass der titulierte Unterhalt auch künftig nur im Rahmen der Tabelle zu § 850c Abs. 3 ZPO vollstreckt werden kann, ist deshalb nicht schutzwürdig.

3. Inhaltliche Reichweite

Die Nachweisfiktion des § 7 Abs. 5 UVG nF gilt in Verbindung mit § 850d ZPO unmittelbar für das Arbeitseinkommen des Schuldners iSv § 850 ZPO. Weitere Forderungsarten werden in den Gesetzesmaterialien nicht erwähnt, die lediglich davon sprechen, dass „gemäß 850d der Zivilprozessordnung über die Pfändungsgrenzen des § 850c der Zivilprozessordnung hinaus in das Einkommen des Schuldners vollstreckt werden darf“.⁹ Die Anwendbarkeit auf andere Forderungsarten ergibt sich allerdings aus Verweisen auf § 850d ZPO. Die Nachweisfiktion erfasst damit insbesondere auch die Pfändung von Sozialleistungen (§ 54 Abs. 4 SGB I), privaten Altersrenten außerhalb des Anwendungsbereichs von § 850 Abs. 3 Buchst. b ZPO (§§ 851c, 851d ZPO) und Pfändungsschutzkonten (§ 850k Abs. 4 ZPO).

4. Änderung erlassener Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse

Hat sich die vollstreckende Behörde vor dem 1.7.2017 mit einer Pfändung unter Beachtung der Tabelle zu § 850c Abs. 3 ZPO begnügt, weil eine Herabsetzung des Freibetrags nach § 850d ZPO mit Blick auf den Vollstreckungsbescheid abgelehnt wurde, kommt nunmehr eine Änderung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses in Betracht. Der an das Vollstreckungsgericht zu richtende Änderungsantrag kann auf § 850g S. 1 ZPO gestützt werden, der auch die Änderung eines Gesetzes erfasst.¹⁰ Dem Antrag sind sowohl der Vollstreckungs- als auch der Bewilligungsbescheid beizufügen, um die Voraussetzungen von § 850d ZPO iVm § 7 Abs. 5 UVG nF nachzuweisen.

Da der Antrag die Pfändung erweitert, wird er erst mit der Zustellung an den Drittschuldner wirksam.¹¹ Der Drittschuldner kann ohnehin bis zu diesem Zeitpunkt aufgrund des ursprünglichen Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses befreiend leisten (§ 850g S. 3 ZPO).

5. Anhängige Feststellungsverfahren

Für noch anhängige Anträge auf Feststellung, dass es sich bei den durch Vollstreckungsbescheid titulierten Forderungen um Unterhaltsansprüche iSd § 850d ZPO handelt, ist zum 1.7.2017 das nach § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG iVm § 256 Abs. 1 ZPO notwendige Feststellungsinteresse weggefallen. Entsprechende Anträge sollten daher zurückgenommen werden.

⁵ Benner JAmt 2016, 358 mwN.

⁶ BT-Drs. 18/12589, 177.

⁷ BT-Drs. 18/12589, 177.

⁸ Für viele: BVerfG NJW 2013, 145 (146); Schwarz JA 2013, 683 (685).

⁹ BT-Drs. 18/12589, 177.

¹⁰ BGH NJW-RR 2005, 222 (223).

¹¹ Musielak/Voit/Becker ZPO § 850g Rn. 4 (Fn. 2).

III. Verfolgungsausschluss bei Leistungsbezug nach dem SGB II

Nach § 7a UVG – neu – wird der gem. § 7 UVG übertragene Unterhaltsanspruch nicht verfolgt, solange der Elternteil, bei dem der/die Unterhaltsberechtigte nicht lebt, Leistungen nach dem SGB II bezieht und über kein eigenes Einkommen iSv § 11 Abs. 1 S. 1 SGB II verfügt. Unzweifelhaft ist zunächst, dass während dieses Zeitraums die Unterhaltsansprüche weiter entstehen und auf das Land übergehen, soweit UVG-Leistungen erbracht werden (§ 7 Abs. 1 S. 1 UVG).¹²

1. Zahlungsaufforderung und Titulierung

Fraglich ist dagegen, ob § 7a UVG – neu – einer Aufforderung des Schuldners zur Zahlung der übergebenen Unterhaltsforderungen und ggf einer Titulierung dieser Ansprüche entgegensteht.

Die Auslegung des Wortlauts („wird [...] nicht verfolgt“) klärt diese Frage nicht. Bei einem weiten Begriffsverständnis können zur Verfolgung auch die Aufforderung zur Zahlung und die Titulierung gezählt werden¹³ und wären danach ausgeschlossen. Eine ebenso denkbare engere Auslegung würde den Verfolgungsausschluss dagegen auf Maßnahmen der Zwangsvollstreckung beschränken. Die systematische Stellung von § 7a UVG – neu – liefert ebenfalls keine Erkenntnisse. Allerdings wurde im Gesetzgebungsverfahren davon ausgegangen, dass „erforderlichenfalls [...] der [...] Unterhaltsanspruch insbesondere wegen möglicher fiktiver Leistungsfähigkeit auch gerichtlich geltend zu machen“¹⁴ und „rechtswahrende Handlungen [...] zur Vermeidung der Verwirkung [...] weiterhin vorzunehmen“¹⁵ seien. Danach sollte § 7a UVG – neu – zum einen die Titulierung übergebenen Unterhalts nicht ausschließen. Zum anderen wird die Verwirkung vor allem durch Zahlungsaufforderungen verhindert,¹⁶ die damit von § 7a UVG – neu – ebenfalls nicht erfasst werden sollten. Dies deckt sich mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift, der darin besteht, „verwaltungsaufwändige und unwirtschaftliche Rückgriffsbemühungen zu vermeiden“.¹⁷ Weder stellen sich Zahlungsaufforderungen noch Titulierungen bspw im gerichtlichen Mahnverfahren (s. dazu II.) oder vereinfachten Unterhaltsfestsetzungsverfahren als verwaltungsaufwendig und unwirtschaftlich dar.

Damit steht § 7a UVG – neu – einer Aufforderung des Schuldners zur Zahlung der übergebenen Unterhaltsforderungen und ggf einer Titulierung dieser Ansprüche nicht entgegen.¹⁸

2. Zwangsvollstreckung

a) Einleitung oder Fortsetzung der Zwangsvollstreckung

Wie soeben dargestellt erfasst der Wortlaut von § 7a UVG – neu – („wird [...] nicht verfolgt“) selbst bei einem engen Begriffsverständnis zumindest Maßnahmen der Zwangsvollstreckung. Das entspricht zum einen den Erkenntnissen aus den Gesetzesmaterialien, nach denen „geregelt [wird], dass die Verfolgung, konkret die Vollstreckung, [...] entfällt“.¹⁹ Der Wortlaut deckt sich des Weiteren – jedenfalls auf den ersten Blick – mit dem bereits angesprochenen Sinn und Zweck der Vorschrift, verwaltungsaufwändige und unwirtschaftliche Rückgriffsbemühungen zu vermeiden. Im Gegensatz zur bloßen Zahlungsaufforderung oder einer Titulierung

sind umfassende Vollstreckungsbemühungen bei einkommenslosen Empfänger/inne/n von Leistungen nach dem SGB II in der Gesamtbetrachtung aufwendig und unwirtschaftlich. Ein systematischer Blick liefert auch insoweit keine weiteren Anhaltspunkte und widerspricht dem bisherigen Ergebnis damit nicht. Nach dieser Auslegung von § 7a UVG – neu – wären Maßnahmen der Zwangsvollstreckung folglich stets ausgeschlossen.

aa) Folgen für die Verjährung

Ein vollständiger Verzicht auf die Zwangsvollstreckung hat erhebliche verjährungsrechtliche Auswirkungen. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre (§ 195 BGB). In 30 Jahren verjähren nach § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB rechtskräftig festgestellte Ansprüche (zB durch Urteil oder Vollstreckungsbescheid). Soweit jedoch Ansprüche nach § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB künftig fällig werdende regelmäßig wiederkehrende Leistungen zum Inhalt haben, tritt an die Stelle der Verjährungsfrist von 30 Jahren wiederum die regelmäßige Verjährungsfrist (§ 197 Abs. 2 BGB). Diese Besonderheit trifft auf titulierte Unterhaltsrückforderungen regelmäßig zu.

Es stellt sich daher die Frage, wie der Verjährungseintritt unter Beachtung eines generellen Verfolgungsausschlusses nach § 7a UVG – neu – verhindert werden kann, wenn zum Neubeginn führende Vollstreckungshandlungen (§ 212 Abs. 1 Nr. 2 BGB) auch in Fällen mit einem drohenden Verjährungseintritt ausscheiden.

Die weiterhin zulässigen Zahlungsaufforderungen (s. III. 1.), die einen Eintritt der Verwirkung vermeiden, haben keine Auswirkung auf die Verjährung der Forderung (§ 212 Abs. 1 BGB). Eine kurzzeitige Hemmung der Verjährung kommt nur in Einzelfällen in Betracht, etwa bei Verhandlungen über den Anspruch (§ 203 BGB).

Die Verjährungsfrist beginnt erneut, wenn der Schuldner dem/der Gläubiger/in gegenüber den Anspruch durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkennt (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Bei Schuldner mit einem geringen monatlichen Einkommen bzw Sozialleistungsbezug bieten sich in der Praxis Stundungs- bzw Ratenzahlungsvereinbarungen zum Vollstreckungsschutz²⁰ mit geringen monatlichen Beträgen an.²¹ Die Zahlung jeder Rate stellt ein Anerkenntnis dar, wodurch der Barunterhaltspflichtige sein Bewusstsein vom Bestehen einer weitergehenden Verpflichtung zum Ausdruck bringt.²² Dadurch beginnt die Verjährungsfrist der offenen Restforderung neu. In der Praxis werden einkommenslose Empfän-

12 BT-Drs. 18/12589, 178; vorbereitende Stellungnahme von Götz „Öffentliche Anhörung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestags vom 06.03.2017 zum Thema „Unterhaltsvorschuss“, Nr. 5a.

13 Vgl zB Krüger NZFam 2017, 295, der sprachlich zur „Verfolgung“ auch die prozessuale Titulierung zählt.

14 BT-Drs. 18/12589, 178.

15 BT-Drs. 18/12589, 178.

16 DIJuF/Knittel/Birnstengel Themengutachten, Stand: 6/2014, TG-1003, 5, abrufbar unter www.kijup-online.de.

17 BT-Drs. 18/12589, 178.

18 So auch Baden-Württemberg und Saarland im BR-Plenarprotokoll 953, 51.

19 BT-Drs. 18/12589, 178.

20 Muster: Benner/Wiener KKZ 2017, 108.

21 Vgl hierzu Götz Nr. 5c mit praktischen Erwägungen (Fn. 12).

22 OLG Schleswig FamRZ 2013, 1973.

ger von Leistungen nach dem SGB II allerdings vor dem Hintergrund von § 7a UVG – neu – kaum noch bereit sein, entsprechende Vereinbarungen abzuschließen.

Wenn der Zeitraum des einkommenslosen Leistungsbezugs nach dem SGB II die Dauer der (verbleibenden) Verjährungsfrist übersteigt, wird der Verjährungseintritt in einer Vielzahl an Fällen damit praktisch nicht zu verhindern sein.

Sinn und Zweck von § 7a UVG – neu – ist es aber auch, den übergegangenen Unterhaltsanspruch zu erhalten, damit er weiterverfolgt werden kann, sobald der einkommenslose Leistungsbezug nach dem SGB II endet. Das stellen die Gesetzesmaterialien mit Blick auf die Verwirkung ausdrücklich fest.²³ Der durch Auslegung ermittelte prinzipielle Ausschluss von Vollstreckungsmaßnahmen steht dazu im Widerspruch. Er verhindert – wie dargestellt – einen Neubeginn der Verjährungsfrist und damit im Regelfall eine spätere Verfolgbarkeit des Unterhaltsanspruchs.

Der Wortlaut von § 7a UVG – neu – ist folglich für den gesamten Sinn und Zweck dieser Regelung, verwaltungsaufwendige und unwirtschaftliche Rückgriffsbemühungen zu vermeiden sowie gleichzeitig die Verfolgbarkeit des Unterhaltsanspruchs zu erhalten, zu weit gefasst, weil er keine Ausnahme für Fälle mit einem drohenden Verjährungseintritt enthält. Da es das erklärte Ziel ist, die Unterhaltforderungen im Anschluss an einen einkommenslosen Leistungsbezug nach dem SGB II ggf weiterverfolgen zu können, muss von einer versehentlichen Regelungslücke ausgegangen werden. Dieser Annahme steht nicht entgegen, dass (lediglich) in den Anhörungen des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestags auf die verjährungsrechtliche Problematik hingewiesen wurde,²⁴ denn weder lagen dem gesetzgebenden Plenum entsprechende Änderungsanträge vor noch findet sich die Problematik in den Plenarprotokollen²⁵ oder der Gesetz gewordenen Beschlussempfehlung²⁶ wieder. Um die planwidrige Lücke zu schließen, ist § 7a UVG – neu – dahingehend teleologisch zu reduzieren,²⁷ dass Vollstreckungshandlungen zum Neubeginn der Verjährungsfrist zulässig sind.

Dem Gesetzgeber ist zu empfehlen, § 7a UVG – neu – bei nächster Gelegenheit um einen Satz 2 zu ergänzen, der eine Hemmung der Verjährung für die Zeit des Verfolgungsausschlusses regelt (zB „Für diesen Zeitraum ist die Verjährung des übergegangenen Unterhaltsanspruchs gehemmt.“). Dadurch ließe sich der Sinn und Zweck der Vorschrift noch besser umsetzen, weil Vollstreckungsmaßnahmen mit dem primären Ziel eines Neubeginns der Verjährung im Anwendungsbereich von § 7a UVG – neu – entbehrlich wären.

bb) Vollstreckungsmöglichkeiten im Einzelfall

Es wurde bereits angesprochen, dass sich umfassende Vollstreckungsbemühungen bei einkommenslosen Empfängern von Leistungen nach dem SGB II in der Gesamtbetrachtung als aufwendig und unwirtschaftlich darstellen. Dennoch kann auch bei dieser Schuldnergruppe im Einzelfall eine ertragsreiche Vollstreckung möglich sein. Zu denken ist dabei ua an

- ein selbst genutztes Hausgrundstück von angemessener Größe oder eine entsprechende Eigentumswohnung, die im Rahmen des Bezugs von Leistungen nach dem SGB II nicht als Vermögen zu berücksichtigen sind (§ 12 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 SGB II), doch etwa für die Eintragung von Zwangssicherungshypotheken (§ 867 ZPO) in Betracht kommen;

- den Grundfreibetrag von mindestens 3.100 EUR, der beim Bezug von Leistungen nach dem SGB II vom Vermögen abzusetzen ist (§ 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB II), aber bspw auf einem Sparbuch pfändbar wäre,²⁸ oder
- Vermögenswerte, die der Zwangsvollstreckung unterliegen, hingegen dem Träger der Grundsicherung für Arbeitssuchende bisher verborgen geblieben sind.

In diesen Fällen vermeidet der Wortlaut von § 7a UVG – neu – keine verwaltungsaufwendigen und unwirtschaftlichen Rückgriffsbemühungen, sondern verhindert, dass offene Forderungen der öffentlichen Hand realisiert werden können. Der Wortlaut ist daher für den Sinn und Zweck der Norm wiederum zu weit gefasst, da er keine entsprechenden Ausnahmen vorsieht. Den Gesetzesmaterialien sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass übergegangene Unterhaltsansprüche in der Beitreibung schlechter gestellt werden sollten – als bspw Hundesteuerforderungen – oder der Gesetzgeber dies auch nur billigend in Kauf nehmen wollte. Es ist daher auch insoweit von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen. Deshalb ist § 7a UVG – neu – dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass der übergegangene Unterhaltsanspruch trotz des einkommenslosen Bezugs von Leistungen nach dem SGB II verfolgt wird, wenn das bekannte Vermögen des Schuldners geeignet ist, zu einer teilweisen oder vollständigen Befriedigung des Gläubigers zu führen.

b) Schicksal bereits erfolgter Vollstreckungsmaßnahmen

Fraglich ist, ob sich aus § 7a UVG – neu – Folgen für bestehende Pfändungen (insb. von Girokonten) oder eingetragene Zwangssicherungshypotheken ergeben, wenn der Schuldner im Lauf der Beitreibung in einen einkommenslosen Leistungsbezug nach dem SGB II eintritt.

Wie dargestellt besteht der Sinn und Zweck der Regelung darin, verwaltungsaufwendige und unwirtschaftliche Rückgriffsbemühungen zu vermeiden. Bei bereits erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen wurde der wesentliche Teil des Verwaltungsaufwands allerdings schon erbracht. Hinzu kommt, dass ein Verzicht auf Pfandrechte (§ 843 ZPO) oder Hypotheken (§ 1163 BGB) keine unwirtschaftlichen Bemühungen vermeidet, sondern aufgrund des Rangverlusts selbst unwirtschaftlich ist. Daher ist § 7a UVG – neu – dahingehend auszulegen, dass bereits eingeleitete Vollstreckungsmaßnahmen unberührt bleiben und auf erworbene Rechte nicht wegen des einkommenslosen Leistungsbezugs nach dem SGB II verzichtet werden muss.

3. Schuldnerschützende Wirkung

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob

- a) ein Verstoß gegen den teleologisch reduzierten Verfolgungsausschluss die Wirksamkeit von Vollstreckungsmaßnahmen berührt oder sie zumindest nach § 766 ZPO oder § 793 ZPO anfechtbar macht oder
- b) es sich bei § 7a UVG – neu – lediglich um eine Ordnungsvorschrift handelt, deren Missachtung deshalb unschädlich bleibt.

23 BT-Drs. 18/12589, 178.

24 *Götz* Nr. 5c mit praktischen Erwägungen (Fn. 12).

25 BT-Plenarprotokoll 18/218; 18/237; 18/238.

26 BT-Drs. 18/12589.

27 Vgl zur teleologischen Reduktion *Meier/Jocham* JuS 2016, 392 (397 f).

28 Vgl zB AG Schwarzenbek BeckRS 2012, 20417.

Zwar ist § 7a UVG – neu – zwingend formuliert („wird“). Daraus ergibt sich jedoch noch nicht, ob es sich bei der Norm um eine wesentliche Bestimmung im Sinne von Buchst. a oder eine bloße Ordnungsvorschrift nach Buchst. b handelt. Letzteres ist im Vollstreckungsrecht bspw. trotz des zwingenden Wortlauts bei § 763 ZPO der Fall.²⁹ Der bloße Wortlaut von § 7a UVG – neu – lässt damit Raum für eine Auslegung in beide Richtungen. Aus systematischer Sicht spricht auch die Verortung im UVG statt in der ZPO weder für das eine noch das andere Auslegungsergebnis, da sich wirksamkeits- bzw. anfechtungsrelevante Vorschriften des Schuldnerschutzes sowohl in der ZPO (vgl. zB §§ 850c, 851c ZPO) als auch Spezialgesetzen (vgl. zB § 42 Abs. 4 S. 1 SGB II, § 51 Abs. 4 S. 1 StVollzG) befinden. Nach den Gesetzesmaterialien besteht der Sinn und Zweck von § 7a UVG – neu – allerdings lediglich darin, verwaltungsaufwendige und unwirtschaftliche Rückgriffsbemühungen zu vermeiden und gleichzeitig die Verfolgbarkeit des Unterhaltsanspruchs zu erhalten (s.o.). Anhaltspunkte dafür, dass damit eine Bestimmung geschaffen werden sollte, auf deren Grundlage der Schuldner eine dennoch erfolgte Vollstreckungsmaßnahme wirksam anfechten kann oder die gar von vornherein zur Unwirksamkeit der betroffenen Vollstreckungsmaßnahme führt, sind nicht ersichtlich. Zur Gewährleistung des dargestellten Sinns und Zwecks ist es auch nicht erforderlich, den Schuldner zum Anwalt der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des behördlichen Handelns zu machen. Die Verwaltungen verfügen über eigene Mechanismen, die eine Einhaltung von § 7a UVG – neu – ausreichend sicherstellen (zB Fachaufsicht und Rechnungsprüfungsämter). Damit ist § 7a UVG – neu – als bloße Ordnungsvorschrift anzusehen. Ein Verstoß führt daher weder zur Anfechtbarkeit noch zur Unwirksamkeit der Vollstreckungsmaßnahme.

4. Prüfung und Beachtung

Der in § 7a UVG – neu – geregelte Verfolgungsausschluss richtet sich jedenfalls an diejenigen Behörden, denen die Durchführung des UVG obliegt. Mit Blick auf seinen Sinn und Zweck ist er – im teleologisch reduzierten Umfang – von Amts wegen zu beachten, sobald die tatbestandlichen Voraussetzungen bekannt sind.

Eine Pflicht, vor einer Einleitung der Zwangsvollstreckung zu ermitteln, ob sich der Schuldner in einem einkommenslosen Leistungsbezug nach dem SGB II befindet, besteht dagegen nicht. Zwar gilt im behördlichen Rückgriffsverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 20 SGB X).³⁰ Er erstreckt sich aber nicht auf Tatsachen, für deren Bestehen die Umstände des Einzelfalls keine Anhaltspunkte bieten – zu Ermittlungen aufgrund bloßer Vermutungen ist die Behörde nicht verpflichtet.³¹ Anders stellt sich die Rechtslage allerdings dar, wenn der Behörde ein einkommensloser Leistungsbezug bekannt ist und es um die Frage geht, ob im Anschluss erneut Leistungen nach dem SGB II bewilligt wurden. Insofern liegen konkrete Anhaltspunkte vor, sodass die Behörde zur Ermittlung von Amts wegen verpflichtet ist.

Zu klären bleibt damit, ob § 7a UVG – neu – auch in die Prüfungskompetenz der Vollstreckungsorgane fällt, dh. ob bspw. der/die Gerichtsvollzieher/in die Abnahme der Vermögensauskunft verweigern muss, wenn ihm/ihr bekannt ist, dass es sich bei dem Schuldner um einen einkommenslosen

Bezieher von Leistungen nach dem SGB II handelt, oder der Schuldner ihm/ihr dies nachweist. Nach der hier vertretenen Auffassung schließt § 7a UVG – neu – ua Vollstreckungsmaßnahmen zum Neubeginn der Verjährung nicht aus. Der Verjährungslauf ist dem Vollstreckungsorgan weder bekannt noch ist er von ihm zu prüfen, da es sich dabei um materielles Recht handelt.³² Vor diesem Hintergrund ist eine Kompetenz der Vollstreckungsorgane zur Prüfung des Verfolgungsausschlusses zu verneinen.

IV. Fazit

Durch § 7 Abs. 5 UVG nF wird fingiert, dass es sich bei den in einem Vollstreckungsbescheid titulierten Forderungen um einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch handelt, wenn dem Vollstreckungsbescheid der Bewilligungsbescheid nach § 9 Abs. 2 UVG beigelegt ist. Das Vollstreckungsgericht hat insoweit nur zu prüfen, ob sich der beigelegte Bewilligungsbescheid auf denselben Lebenssachverhalt wie der Vollstreckungsbescheid bezieht und nicht offensichtlich unwirksam ist. Die Nachweisfiktion erfasst auch Vollstreckungsbescheide, die vor dem 1.7.2017 erlassen wurden, und gilt für alle Forderungsarten, auf die § 850d ZPO unmittelbar oder mittelbar anwendbar ist. Bereits erlassene Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse, bei denen wegen eines Vollstreckungsbescheids vom Vorrecht des § 850d ZPO kein Gebrauch gemacht wurde, können nach § 850g ZPO geändert werden. Noch anhängigen Anträgen auf Feststellung, dass es sich bei den durch Vollstreckungsbescheid titulierten Forderungen um gesetzlichen Unterhalt handelt, fehlt nunmehr das Feststellungsinteresse.

Der Verfolgungsausschluss bei einem einkommenslosen Leistungsbezug nach dem SGB II (§ 7a UVG – neu –) steht Zahlungsaufforderungen sowie Titulierungen nicht entgegen und erfasst damit lediglich Maßnahmen der Zwangsvollstreckung. Er ist jedoch teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass die Zwangsvollstreckung zulässig bleibt, um einen Neubeginn der Verjährung auszulösen oder auf bekannte Vermögenswerte des Schuldners zuzugreifen, die geeignet sind, zu einer teilweisen oder vollständigen Befriedigung des übergegangenen Unterhaltsanspruchs zu führen. Der Verfolgungsausschluss lässt bereits erfolgte Vollstreckungsmaßnahmen unberührt und hat keine schuldnerschützende Wirkung. Er ist zwar von der rückgriffnehmenden Behörde von Amts wegen zu beachten, fällt aber nicht in die Prüfungskompetenz der Vollstreckungsorgane.

Während § 7 Abs. 5 UVG nF trotz des unscharfen Wortlauts zu begrüßen ist und in der Praxis für erhebliche Verfahrensvereinfachungen sorgen wird, muss § 7a UVG – neu – jedenfalls in seiner derzeitigen Fassung – kritisiert werden. Der Gesetzgeber hat es nicht vermocht, der Norm eine Gestalt zu geben, die dem dahinterliegenden Sinn und Zweck zu ausreichender Geltung verhilft. Es wird daher der Rechtsprechung obliegen, dieses Versäumnis zu korrigieren.

29 Musielak/Voit/Lackmann ZPO, 14. Aufl. 2017, ZPO § 763 Rn. 2.

30 Vgl. Nr. 7.5.1 RL UVG.

31 JurisPK/Luthe SGB X, 2013, SGB X § 20 Rn. 13 mwN.

32 Vgl. BGH NJW 2016, 2810 (2812) zur grundsätzlich fehlenden Befugnis der Vollstreckungsorgane, materiell-rechtliche Fragen zu prüfen.

Anerkennung von Scheinvaterschaften zwecks Aufenthaltssicherung von Ausländern – Neuer Anlauf des Gesetzgebers zur Missbrauchseindämmung

I. In 2008 eingeführtes behördliches Anfechtungsrecht bei aufenthaltsrechtlich motivierten Scheinvaterschaften

Ausländische Mütter eines neugeborenen oder noch sehr kleinen Kindes, die keinen gesicherten Aufenthaltsstatus in Deutschland haben, sehen manchmal in einer „biologisch unwahren“ Anerkennung der Vaterschaft durch einen hierfür geeigneten und bereiten Mann die einzige Chance, einer sonst drohenden Abschiebung zu entgehen. Nachdem seit Beginn des vergangenen Jahrzehnts nachdrückliche Forderungen nach gesetzgeberischer Abhilfe hiergegen vor allem aus den Innenressorts der Länder kamen, wurde durch die Neufassung des § 1600 BGB *zum 1.6.2008* mit Absatz 1 Nr. 5 BGB ein befristetes „Anfechtungsrecht der zuständigen Behörde“ begründet.¹ Dieses setzte nach Absatz 3 der Vorschrift voraus, dass zwischen dem Kind und dem Anerkennenden keine sozial-familiäre Beziehung besteht (oder im Zeitpunkt der Anerkennung oder seines Todes bestanden hat) und durch die Anerkennung rechtliche Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes oder eines Elternteils geschaffen werden. Damit sollte nach der erklärten Absicht des Gesetzgebers der missbräuchlichen Anerkennung einer Vaterschaft zwecks Erlangung ausländerrechtlicher Vorteile für sich oder Dritte entgegen gewirkt werden.² In § 44 Abs. 1 S. 3 PStG (zuvor: § 29 Abs. 1 S. 3 PStG) wurde bestimmt [*Anm. der Red.: Hervorhebungen durch den Verf.*]:

„Der Standesbeamte soll die *Beurkundung ablehnen*, wenn offenkundig ist, dass die Anerkennung der Vaterschaft nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB anfechtbar wäre.“

Da dies mit der Nichtanwendbarkeit des BeurkG und damit auch des § 4 BeurkG auf die Standesbeamten begründet wurde,³ ließ es nur nachstehende Schlussfolgerung zu: Der Gesetzgeber plädierte damit für die Auslegung, dass erkennbar einen *unredlichen Zweck iSd § 4 BeurkG* verfolge, wer die Anerkennung einer Vaterschaft beurkunden lassen will, die nach der genannten BGB-Vorschrift anfechtbar ist. Denn die Entwurfsbegründung fährt aaO fort:

„Ein solcher unredlicher Zweck wird z.B. mit der Vaterschaftsanerkennung verfolgt, bei der die Erlangung ausländerrechtlicher Vorteile im Vordergrund steht und die familienrechtlichen Wirkungen von den Beteiligten erkennbar nicht gewollt sind.“

Allerdings hat das BVerfG⁴ die Vorschrift des § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB für *verfassungswidrig* und damit nichtig erklärt: Sie sei „unnötig weit gefasst“ und verstoße gegen Grundrechte von Eltern und Kindern. Außerdem sei sie als absolut *verbotene Entziehung der Staatsangehörigkeit* anzusehen (Art. 16 Abs. 1 S. 1 GG), weil der mit der Behördenanfechtung verbundene Wegfall der Staatsangehörigkeit durch die Betroffenen teils gar nicht, teils nicht in zumutbarer Weise beeinflussbar sei.

Gleichwohl hat das BVerfG⁵ das *Ziel der gesetzlichen Regelung an sich* mit folgenden Ausführungen *gebilligt* [*Anm. der Red.: Hervorhebungen durch den Verf.*]:

„Wollen die Mutter und der Anerkennungs-willige mit der Vaterschaftsanerkennung gerade die Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes oder eines Elternteils schaffen, bedienen sie sich des familienrechtlichen Instruments der Vaterschaftsanerkennung, um aufenthaltsrechtliche Vorteile herbeizuführen, die das Aufenthaltsrecht an und für sich nicht gewährt. Dass § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB nun diesen fachrechtlich nicht vorgesehenen Weg, Staatsangehörigkeit und Aufenthaltsrecht zu erwerben, beschränkt, dient der *Verwirklichung der Steuerungsziele des Staatsangehörigkeits- und des Aufenthaltsrechts*. Auf eine Vaterschaftsanerkennung zu verzichten, die gerade darauf zielt, aufenthaltsrechtliche Vorteile zu erlangen, die das einschlägige Fachrecht zulässigerweise nicht gewährt, ist zumutbar, zumal die in diesem Fall schwachen familiären Interessen an der Vaterschaft das Anfechtungsinteresse nicht überwinden könnten.“

Objektive Anhaltspunkte für einen derartigen Missbrauch könnten nach Meinung des Senats neben einem Geständnis der Eltern etwa sein, dass der anerkennende Vater bereits mehrfach Kinder verschiedener ausländischer Mütter anerkannt hat oder dass eine Geldzahlung anlässlich der Vaterschaftsanerkennung bekannt wird.⁶

II. Neuregelung durch das „Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht“

Nach der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2013 war zwar der behördlichen Anfechtung von als missbräuchlich erkannten Vaterschaftsanerkennungen die Grundlage entzogen. Gleichwohl *blieb das Thema in der politischen – aber wohl eher nichtöffentlichen – Diskussion*: Sowohl Vertreter der Länder als auch der Ausländerbehörden hätten (vermutlich die zuständigen Ressorts der Bundesregierung) wiederholt darauf hingewiesen, dass es in „zahlreichen Fällen“ zu derartigen Anerkennungen komme, mithilfe derer ausländischen Kindern, Anerkennenden oder Müttern sowie ggf. deren weiteren Kindern ein Aufenthaltsrecht vermittelt werde, welches ihnen nach den Vorschriften des geltenden Rechts andernfalls nicht zustünde.⁷

* Der Verf. war bis 2011 Vorsitzender eines Familiensenats am OLG München und ist Honorarprofessor für Zivilrecht an der TU München.

1 Eingefügt durch Gesetz vom 13.3.2008 (BGBl. 2008 I, 313) mWv 1.6.2008.
2 Näher hierzu Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 1.9.2006 (BT-Drs. 16/3291) und MüKo/Wellenhofer BGB, 6. Aufl. 2012, BGB § 1600 Rn. 17.
3 BT-Drs. 16/3291, 16.
4 BVerfG 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, FamRZ 2014, 449 = JAmt 2014, 88.
5 BVerfG JAmt 2014, 88 Rn. 51.
6 BVerfG JAmt 2014, 88 Rn. 54 unter Hinw. auf BT-Drs. 16/3291, 16.
7 So BT-Drs. 18/12415, 15; vgl. auch Berliner Zeitung vom 6.6.2017: *Haak* Einwanderung. Asylbewerberinnen erkaufen Bleiberecht durch Schein-Vaterschaften, abrufbar unter www.berliner-zeitung.de/politik/einwanderung-asylbewerberinnen-erkaufen-bleiberecht-durch-schein-vaterschaften-27748840 (Abruf: 28.6.2017). Danach soll es allein in Berlin rd 700 derartige mutmaßliche Scheinvaterschaften mit zunehmendem Trend gegeben haben. Einzelne mittellose Männer hätten bis zu zehn Vaterschaften anerkannt, teilweise gegen Geldbeträge von 5.000 EUR.

Der Gesetzgeber hat sich daher entschlossen, einen neuen Anlauf zur Eindämmung derartiger Missbräuche zu unternehmen. Allerdings kann der hierbei eingeschlagene Weg – zurückhaltend ausgedrückt – nicht gerade als ideal bezeichnet werden: Im Januar 2017 legte die Bundesregierung den *Entwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht* vor.⁸ Es sieht eine Reihe von Maßnahmen vor, um die Abschiebung rechtskräftig abgelehnter Asylbewerber in ihr Heimatland zu erleichtern (zB Erweiterung der Abschiebungshaft für vollziehbar Ausreisepflichtige, von denen eine erhebliche Gefahr ausgeht; Verstärkung der aufenthaltsrechtlichen Überwachung von vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländern uam). Das Thema der rechtsmissbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen war im damaligen Entwurf mit keinem Wort angesprochen worden.

Überraschend hat aber der *BT-Innenausschuss in den abschließenden Beratungen des Gesetzesentwurfs* hierzu einschlägige Regelungen vorgeschlagen, wie dem Bericht und der Beschlussempfehlung vom 17.5.2017 zu entnehmen ist.⁹ Diese wurden dann zwei Tage später im Gesetzesbeschluss des Bundestags übernommen.¹⁰ Da auch der Bundesrat das Gesetz passieren ließ, wird es am Tag seiner Verkündung in Kraft treten.¹¹

Nun kommt es zwar häufig vor, dass in Ausschussberatungen noch einzelne ergänzende Vorschriften zu der behandelten Gesetzesmaterie eingefügt werden. Dass aber gleich ein *völlig neuer Komplex bisher nicht bekannter und deshalb auch nicht öffentlich diskutierter neuer Regelungen* (in diesem Fall mit Schwerpunkt im BGB und AufenthG) auf ein anhängiges Gesetzgebungsvorhaben „draufgesattelt“ wird, ist ungewöhnlich. Vor allem begibt man sich hierdurch der Chance, vorweg durch Einholung der Einschätzung von Fachleuten auszuloten, wie hoch der Grad der Praxistauglichkeit dieser nunmehr im Hauruck-Verfahren eingeführten Vorschläge ist. Daran sind aber – wie noch aufzuzeigen sein wird – einige Zweifel anzumelden.

III. Ziel und Inhalt der Regelungen

1. Normenziel und Grundzüge der Regelung

Das erklärte Ziel der Änderung ist ein „präventiver Ansatz zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen“. Diese sollen bereits im Vorfeld mithilfe einer Missbrauchskontrolle durch die Ausländerbehörde verhindert werden, um die daran anknüpfenden statusrechtlichen Folgen erst gar nicht entstehen zu lassen.¹² In den *Grundzügen* sieht die *Neuregelung Folgendes* vor:

- Durch die Schaffung einer *zivilrechtlichen Verbotsnorm* im neuen § 1597a Abs. 1 BGB soll klargestellt werden, dass die Anerkennung einer Vaterschaft von der Rechtsordnung missbilligt wird, wenn sie gezielt gerade zum Zweck der Erlangung eines Aufenthaltsrechts erklärt wird.
- Sofern *konkrete Anhaltspunkte* für die Annahme eines Missbrauchs bestehen, muss die beurkundende Stelle (vor allem Urkundsperson beim Jugendamt und Standesamt) die *Beurkundung aussetzen* und dies der zuständigen Ausländerbehörde und dem Geburtsstandesamt mitteilen

(§ 1597a Abs. 2 BGB – neu –). Die örtliche Zuständigkeit der Ausländerbehörden ist nicht bundesrechtlich geregelt, sondern ergibt sich aus ergänzendem Landesrecht. Zumeist wird an den gA des Ausländers oder der Ausländerin angeknüpft.¹³

- Gleichzeitig wird mit § 85a AufenthG – neu – ein *verwaltungsrechtliches Prüfverfahren* eingeführt. In diesem soll die Ausländerbehörde in Verdachtsfällen feststellen, ob eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft iSd § 1597a Abs. 1 BGB – neu – vorliegt. Im Ausland sind für die entsprechenden Maßnahmen und Feststellungen die deutschen Auslandsvertretungen zuständig.
- Solange die Beurkundung ausgesetzt ist, können die Anerkennung und die Zustimmung auch nicht bei einer anderen beurkundenden Behörde oder Urkundsperson wirksam aufgenommen werden. Wird das Vorliegen einer missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft festgestellt, so erlässt die Ausländerbehörde einen entsprechenden *Verwaltungsakt*. Sobald dieser unanfechtbar geworden ist, ist die *Beurkundung abzulehnen*. Eine wirksame Beurkundung von Anerkennung und Zustimmung ist dann auch bei einer anderen beurkundenden Behörde oder Urkundsperson nicht mehr möglich.
- Zugleich wurden alle Vorschriften des BGB, EGBGB sowie des FamFG aufgehoben, die in 2008 in Zusammenhang mit dem später vom BVerfG für verfassungswidrig erklärten behördlichen Anfechtungsrecht erlassen worden waren.

2. Neue Verbotsnorm in § 1597a Abs. 1 BGB

Mit § 1597a Abs. 1 und 4 BGB – neu – wird eine Verbotsnorm eingefügt, mit der klargestellt wird: Die Anerkennung einer gezielt und allein zu aufenthaltsrechtlichen Zwecken erklärten Vaterschaftsanfechtung bzw die Zustimmung hierzu *wird von der Rechtsordnung missbilligt*. In Absatz 5 wird die Selbstverständlichkeit betont, dass dies nicht gilt, wenn der Anerkennende der leibliche Vater des Kindes ist.

Allerdings erklärt das Gesetz *nicht etwa eine gleichwohl beurkundete Anerkennung der Vaterschaft für unwirksam* (oder für anfechtbar nach dem Muster der früheren Regelung in § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB). Denn im Grundsatz – mit einer noch anzusprechenden Modifikation – bleibt es dabei, dass Anerkennungen der Vaterschaft nur unwirksam sind, wenn sie gegen § 1594 Abs. 2–4 BGB und §§ 1595–1597 BGB verstoßen. Es ist also nicht möglich, nach dem allgemeinen Grundsatz zu schlussfolgern: Weil § 1597a Abs. 1 BGB – neu – eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft unter den dort genannten Voraussetzungen verbietet, ergibt sich die Nichtigkeit der Anerkennung schon wegen des Gesetzesverstoßes aus § 134 BGB. Denn diese Vorschrift ist

8 BR-Drs. 179/17 vom 23.2.2017.

9 BT-Drs. 18/12415.

10 BR-Drs. 390/17.

11 Zum Zeitpunkt der Druckfreigabe dieses Beitrags war das Gesetz noch nicht im Bundesgesetzblatt verkündet.

12 BT-Drs. 18/12415, 16.

13 S. zB für Bayern § 5 Abs. 1 S. 1 ZustVAuslR (Zuständigkeitsverordnung Ausländerrecht) vom 14.7.2005 (GVBl. 2005, 306).

auch nach der Neufassung des einschlägigen § 1598 Abs. 1 BGB auf Vaterschaftsanerkennungen und Zustimmungen hierzu nicht anwendbar.

3. Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen durch die Ausländerbehörden

Der Gesetzgeber hat vielmehr einen etwas *verschachtelten Weg* gewählt, um missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen nach Möglichkeit zu verhindern.

Die Entscheidung, ob ein Missbrauchsfall iSd § 1597a Abs. 1 BGB – neu – vorliegt, trifft *verbindlich durch Verwaltungsakt die zuständige Ausländerbehörde* in einem neuen, in § 85a AufenthG geregelten, Verfahren. Zu diesem Zweck wird eine *Vorlagepflicht* an diese eingeführt: Stellt die beurkundende Behörde oder die Urkundsperson konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft fest, hat sie den Anerkennenden und die Mutter hierzu anzuhören. Sodann muss sie diese Feststellungen der zuständigen Ausländerbehörde mitteilen und die Beurkundung aussetzen.

4. Voraussetzungen der Aussetzungs- und Vorlagepflicht

Als „Anzeichen für das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte“ nennt § 1597a Abs. 2 S. 2 BGB – neu – in einer nicht abschließenden („insbesondere“) Aufzählung:

- das Bestehen einer *vollziehbaren Ausreisepflicht* des Anerkennenden oder der Mutter oder des Kindes (*Nr. 1*); dies soll für die Urkundsperson insbesondere dadurch erkennbar sein, dass der Ausländer im Besitz einer Duldung oder einer Grenzübertrittsbescheinigung ist. Ein Ausländer ist hingegen nicht vollziehbar ausreisepflichtig, wenn er eine Aufenthaltserlaubnis, eine Niederlassungserlaubnis oder ein gültiges Visum besitzt.¹⁴
- wenn der Anerkennende oder die Mutter oder das Kind einen *Asylantrag* gestellt hat und zugleich die Staatsangehörigkeit eines *sicheren Herkunftsstaats* nach § 29a AsylG besitzt (*Nr. 2*); in diesen Fällen kann die aus der Anerkennung folgende deutsche Staatsangehörigkeit des Kindes bzw. das aus der Anerkennung folgende Aufenthaltsrecht in Deutschland die einzig zu erwartende Möglichkeit für einen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet von Kind oder Mutter und somit das Motiv der Anerkennung sein.¹⁵
- das *Fehlen von persönlichen Beziehungen zwischen dem Anerkennenden und der Mutter oder dem Kind* (*Nr. 3*); in der Ausschuss-Drucksache wird dies dahingehend konkretisiert, dass „keinerlei Hinweis auf eine vorangegangene tatsächliche Begegnung der Mutter mit dem Mann oder eine zwischen ihnen bestehende soziale oder emotionale Verbindung existiert“. Schließlich sei die Prüfung konkreter Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung indiziert, wenn „keinerlei persönliche Kontakte zwischen dem Mann und dem Kind bestehen“.¹⁶
- den Verdacht, dass der Anerkennende *bereits mehrfach die Vaterschaft von Kindern verschiedener ausländischer Mütter anerkannt* hat und damit jeweils die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes oder der Mutter geschaffen hat,

auch wenn das Kind durch die Anerkennung die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat (*Nr. 4*).

- den Verdacht, dass dem Anerkennenden oder der Mutter ein *Vermögensvorteil* für die Anerkennung der Vaterschaft oder die Zustimmung hierzu gewährt oder versprochen worden ist (*Nr. 5*).

Die Gesetzesbegründung hebt hervor, dass

„das Vorliegen eines der vorgenannten Anzeichen für sich genommen noch nicht mit der Annahme konkreter Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung gleichzusetzen ist. Sie legen das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte jedoch nahe“.¹⁷

Die Kernfrage ist naturgemäß, auf welchem Weg die *Urkundsperson die vorgenannten „Anzeichen für das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte“ feststellen* soll.

Das beginnt bereits mit der Einstiegsfeststellung, dass das Kind, auf welches sich die Anerkennung beziehen soll, *nicht das leibliche Kind des beteiligten Mannes* ist. Andernfalls wäre die gesamte Prozedur unangebracht, wie sich aus § 1597a Abs. 5 BGB – neu – ergibt. Aus gutem Grund hat aber nach einhelliger Meinung die Urkundsperson nicht nach der „biologischen Wahrheit“ einer beabsichtigten Vaterschaftsanerkennung zu forschen.¹⁸ Daran sollte sich grundsätzlich auch nach Inkrafttreten des § 1597a BGB nichts ändern. Dass aber die Beteiligten von sich aus freimütig offenbaren, der zur Anerkennung der Vaterschaft bereite Mann sei gar nicht der Erzeuger, mag in Einzelfällen vorkommen. Es ist aber keinesfalls die Regel und wird dies schon gar nicht werden, wenn künftig Beteiligte damit rechnen müssen, bei einer aus Aufenthaltsgründen berechnend erklärten unwarren Anerkennung womöglich auf Widerstand zu stoßen.

Deshalb nochmals zur Klarstellung: Die Urkundsperson trifft auch künftig *nicht etwa die allgemeine Pflicht*, vor jeder Vaterschaftsanerkennung unter Ausländerbeteiligung nach der *Erzeugerschaft* des Mannes zu fragen. Dass sie diese Frage in Einzelfällen stellen darf und soll, wenn der äußere Gesamteindruck der erschienenen Beteiligten und ihrer Beurkundungen einen Missbrauchsverdacht aufkommen lässt, legt die Neufassung des Gesetzes nahe. Was aber, wenn die Beteiligten behaupten, der erschienene Mann sei tatsächlich der Erzeuger? Nach wie vor kann schließlich die Urkundsperson ihre Amtshandlung nicht von einem vorherigen DNA-Test abhängig machen. *Wortlaut und Begründung des Gesetzes lassen die Urkundsperson ohne Hilfestellung allein*. In allen Fällen, in denen sich die Eltern nicht gerade gegenüber der Urkundsperson „verplappern“, ist aber *schwer erkennbar*, wie diese „mit Bordmitteln“ zu der *gesicherten Erkenntnis* kommen soll, das Kind sei entgegen den Angaben der Beteiligten *nicht von dem anerkennungswilligen Mann gezeugt* worden.

Bereits diese handfeste Praxisüberlegung dürfte ein Dämpfer für allzu optimistische Hoffnungen des Gesetzgebers und seiner Berater sein, aufenthaltsmotivierte missbräuchliche

¹⁴ BT-Drs. 18/12415, 20.

¹⁵ BT-Drs. 18/12415, 21.

¹⁶ BT-Drs. 18/12415, 21.

¹⁷ BT-Drs. 18/12415, 20.

¹⁸ Vgl. Knittel *Beurkundungen im Kindschaftsrecht*, 7. Aufl. 2013, Rn. 39 ff und 298 ff.

Vaterschaftsanerkennungen in größerem Umfang verhindern zu können.

Erst nach dieser Vorüberlegung kann es sodann auf die in § 1597a Abs. 2 S. 2 BGB – neu – genannten Anzeichen für das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte ankommen.

Verhältnismäßig einfach zu bewerten ist noch die *Vorlage einer ausländerrechtlichen Duldung* durch die Mutter (oder ggf den ausländischen „Vater“¹⁹). Dies kann als Indiz für das Bestehen einer vollziehbaren Ausreisepflicht angesehen werden.

Ebenso kann die *Staatsangehörigkeit* eines maßgebenden Beteiligten einen Anhaltspunkt dafür geben, ob er aus einem *sicheren Herkunftsland* stammt und einen deshalb womöglich von vornherein erfolglosen Asylantrag gestellt hat. Die jeweils aktuelle Liste der sicheren Herkunftsländer ist im Internetportal des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge (BAMF) abzurufen.²⁰ In Deutschland gelten derzeit folgende Länder als sichere Herkunftsstaaten: die Mitgliedstaaten der EU, Albanien, Bosnien und Herzegowina, Ghana, Kosovo, Mazedonien (ehemalige jugoslawische Republik), Montenegro, Senegal und Serbien. In einem derartigen Fall sollte die Urkundsperson zumindest nach der Stellung eines Asylantrags fragen.

Besonders heikel ist die Prüfung des etwaigen *Fehlens persönlicher Beziehungen zwischen Mutter und Scheinvater bzw diesem und dem Kind*. An sich war es schon bisher nicht Aufgabe der Urkundspersonen, zur Prüfung einer möglichen Ablehnung von nach vormaligem Recht gem. § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB aF anfechtbaren Vaterschaftsanerkennungen die sozial-familiären Beziehungen zwischen Mutter und (möglichem) Vater sowie dem Kind zu erforschen und quasi-staatsanwaltschaftliche Ermittlungen in dieser Hinsicht anzustellen.²¹ Besonders fernliegend sind derartige „Beziehungen“ zu dem Kind ohnehin bei vorgeburtlichen Anerkennungen der Vaterschaft, die im einschlägigen Zusammenhang zunehmende Bedeutung erlangen.

Dass andererseits die Beteiligten von sich aus freimütig erzählen werden, die entsprechenden Beziehungen bestünden nicht und ihre Herstellung sei auch nicht beabsichtigt, ist im Regelfall eher unwahrscheinlich.

Allerdings mag es *Indizien* geben, die schon auf den ersten Blick *gegen eine sozial-familiäre Beziehung* zwischen den „Eltern“ bzw Vater und Kind sprechen könnten (zB weit überdurchschnittlicher Altersunterschied, große räumliche Entfernung zwischen den Lebensmittelpunkten, zufällig bekannt gewordene Ablehnung der Eheschließung als Scheinehe oÄ). Es ist dann der Urkundsperson freilich nicht verwehrt – entgegen der Üblichkeit bei sonstigen Anerkennungen, bei denen auch stets das knappe Zeitbudget hierfür im Blick zu behalten ist –, in schon nach dem äußeren Anschein etwas ungewöhnlich wirkenden Fällen zB nach den Umständen des Kennenlernens der „Eltern“, ihren künftigen Wohn- und Lebensumständen usw zu fragen. Gelegentlich mag es dann vorkommen, dass diese sich in einer unvorsichtigen Weise äußern, welche die in den Gesetzesmotiven beispielhaft genannten Verdachtsmomente bestärkt (keinerlei Hinweis auf eine vorangegangene tatsächliche Begegnung der

Mutter mit dem Mann oder eine zwischen ihnen bestehende soziale oder emotionale Verbindung). Falls die Urkundsperson hierzu aber *Antworten erhält, die nicht im vorgenannten Sinne eindeutig ausfallen*, ist auch insoweit schwer erkennbar, wie sie Anhaltspunkte für fehlende Beziehungen zwischen Anerkennendem und Mutter bzw Kind feststellen soll.

Dasselbe gilt für das vom Gesetz genannte Merkmal, dass der Anerkennende *bereits mehrfach missbräuchlich die Vaterschaft* von Kindern verschiedener ausländischer Mütter anerkannt habe. Das mag in dem höchst unwahrscheinlichen Fall beachtlich sein, dass ein und derselbe Mann seine Erklärungen immer wieder beim selben Jugendamt aufnehmen lässt. Falls er jedoch in naheliegender Weise bei seinem Vorgehen stets unterschiedliche Jugendämter oder Standesämter aufsucht, wird die jeweils nächste Urkundsperson nur schwerlich entsprechende Anhaltspunkte haben (es sei denn, höchst ausnahmsweise werde einmal in aufsehenerregenden Presseberichten ein solcher „multipler Vater“ prangerhaft präsentiert). Urkundspersonen und beurkundende Stellen könnten höchstens in geeigneter Weise sensibilisiert und vorgewarnt werden, wenn die Ausländerbehörden entsprechende Erkenntnisse sammeln, austauschen und auch den Jugendämtern bzw Standesämtern in Form von „schwarzen Listen“ zur Verfügung stellen würden (vgl dazu auch III. 6.).

Schließlich bleibt auch offen, auf welche Momente die Urkundsperson den Verdacht stützen sollte, dass dem Anerkennenden oder der Mutter ein *Vermögensvorteil* für die Anerkennung der Vaterschaft oder die Zustimmung hierzu gewährt oder versprochen worden sei. Dass die Beteiligten solches öfter von sich aus erzählen, dürfte ein frommer Wunsch des Gesetzgebers bleiben.

In der Zusammenschau lässt sich somit feststellen, dass die *konkreten Voraussetzungen einer Vorlagepflicht* der Urkundsperson an die Ausländerbehörde von vornherein *nur höchst selten vorliegen* werden. Die Urkundsperson muss zunächst hinreichend überzeugt sein, dass der anerkennende Mann nicht der Erzeuger des Kindes ist. Dass darüber hinaus die Mutter oder der anerkennende Mann vollziehbar ausreisepflichtig ist, mag zwar ein Indiz für eine womöglich missbräuchliche Anerkennung zwecks Aufenthaltserschleichung sein. Für sich genommen reicht dies jedoch noch nicht, wie die Gesetzesbegründung nahelegt. In der ohnehin geringen Zahl einschlägiger Fälle dürfte das *Fehlen von persönlichen Beziehungen* zwischen dem Anerkennenden und der Mutter oder dem Kind der hauptsächliche Anhaltspunkt für eine Vorlagepflicht darstellen. Diesen wird die Urkundsperson aber allenfalls aus seltenen eindeutig verneinenden – oder aus im Einzelfall sehr widersprüchlichen bzw unglaubwürdigen behandelnden – Angaben der „Eltern“ gewinnen können.

19 Dass ein ausländischer Mann ggf durch eine „biologisch unwahre“ Vaterschaftsanerkennung zB zu einem deutschen Kind ein Aufenthaltsrecht erwirken kann, folgt aus den Regelungen über den Familiennachzug (§ 28 Abs. 1 S. 1 AufenthG).

20 Abrufbar unter www.bamf.de/DE/Fluechtlingschutz/Sondervfahren/SichereHerkunftsstaaten/sichere-herkunftsstaaten-node.html (Abruf: 28.6.2017).

21 *Knittel* Rn. 45 (Fn. 18).

Bemerkenswert ist übrigens, dass die Gesetzesbegründung sich in dieser Hinsicht etwas seltsam ausdrückt: Der Urkundsperson obliege die *Prüfung, ob konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung vorliegen*. Die Erforderlichkeit einer Prüfung sei *indiziert*, wenn einer der in § 1597a Abs. 2 S. 2 Nr. 1–5 BGB – neu – genannten Tatbestände vorliege. Das „Indiz“ führt damit erst zum „Anhaltspunkt“.

Das mag noch ohne Weiteres einleuchten, wenn es im Fall der Nr. 1 um die bestehende Ausreisepflicht des Ausländers oder der Ausländerin geht. Denn diese ist für sich genommen kein Anhaltspunkt für eine missbräuchliche Anerkennung, sofern hierdurch wirklich eine sozial-familiäre Beziehung hergestellt werden kann. Sollte aber tatsächlich ein „notorischer Vielfach-Anerkennner“ am Werk sein oder räumen die Beteiligten eine Geldzahlung für die Anerkennung bzw Zustimmung ein, wirkt es etwas gekünstelt, dass dies nicht bereits als Indiz für eine Vorlagepflicht ausreicht, sondern erst eine *nähere Prüfung geboten sein soll*.²²

Insgesamt ist den *Urkundspersonen zu empfehlen*, sich dem an sich berechtigten Anliegen des Gesetzes nicht etwa von vornherein zu verschließen und damit die nunmehr normierten Gebote von vornherein zu ignorieren. Sie sollten sich aber der begrenzten Prüfungs- und Ermittlungsmöglichkeiten bewusst sein, die ihnen in diesem Rahmen zur Verfügung stehen. Soweit sich allerdings Ansatzpunkte zu Fragen an die Beteiligten ergeben, sollten diese auch gestellt und die Antworten aufmerksam registriert und gewürdigt werden.

5. Aussetzung und Vorlage bei Anhaltspunkten für eine missbräuchliche Anerkennung

Bejaht nach alledem die Urkundsperson Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft, hat sie nach § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB – neu – die *Mutter und den Anerkennenden hierzu anzuhören*. Den Beteiligten muss Gelegenheit gegeben werden, die Verdachtsgründe auszuräumen, wobei die Darlegungslast bei ihnen liegt.²³ Weiterhin sollen die Betroffenen nach der Gesetzesbegründung darauf *hingewiesen* werden, dass bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte der Vorgang entsprechend den gesetzlichen Vorschriften der zuständigen Ausländerbehörde zur Prüfung vorgelegt und das Beurkundungsverfahren bis zum Abschluss dieses Verfahrens ausgesetzt wird.²⁴

Die Beschlussempfehlung²⁵ legt an anderer Stelle den Ausländerbehörden für ihr anschließendes Verfahren nahe [*Anm. der Red: Hervorhebungen durch den Verf.*]:

„Zum Zwecke der Beweissicherung soll eine Befragung des Anerkennenden *schriftlich niedergelegt* und die Richtigkeit der Niederschrift von den Beteiligten *durch Unterschrift bestätigt* werden.“

Es empfiehlt sich jedoch auch für Urkundspersonen, im gleichen Sinne ein Protokoll über die „Aussetzung“ der Beurkundung aufzunehmen. Nachdem die Beteiligten auf die Aussetzung hingewiesen werden müssen, erscheint dies auch aus Beweisgründen zweckmäßig.

Können die Verdachtsgründe nicht entkräftet werden, muss die Urkundsperson also den *Sachverhalt der zuständigen Ausländerbehörde mitteilen* und die *Beurkundung aussetzen*. Dies ist dem Anerkennenden, der Mutter und dem Stan-

desamt, das den Geburtseintrag führt, mitzuteilen (§ 1597a Abs. 2 S. 3 BGB – neu –). Letzteres soll verhindern, dass der Anerkennende als Vater eingetragen wird, obwohl die Anerkennung (womöglich vor einem anderen Jugend- oder Standesamt) während der Aussetzung oder nach einer die Missbräuchlichkeit feststellenden Entscheidung der Ausländerbehörde unwirksam ist. Diese Rechtsfolge wird ausdrücklich in § 1598 Abs. 1 S. 2 BGB nF festgeschrieben.

Nach der Vorstellung des Gesetzgebers obliegt es sodann der *Ausländerbehörde, in ein förmliches Verfahren nach § 85a AufenthG einzutreten*.

So weit die Theorie. Die Gesetzesmaterialien äußern sich bei der Erläuterung des feinsinnig ausgearbeiteten Konstrukts leider nicht zu folgender *naheliegender Variation*: Die überraschten Beteiligten nehmen zur Kenntnis, dass die Urkundsperson einen Missbrauchsverdacht hat und deshalb die Beurkundung aussetzen will. Bei tatsächlicher Durchführung der anschließenden Prozedur müssen sie damit rechnen, dass ihnen die Ausländerbehörde vielleicht endgültig den Weg zu einer wirksamen Vaterschaftsanerkennung verschließt. Sie erklären daraufhin, dass sie im Hinblick auf die Bedenken der Urkundsperson *von einer Anerkennung der Vaterschaft endgültig Abstand nehmen* wollten. In der Folge suchen sie die Urkundsperson eines anderen Jugendamts auf und lassen dort keinen Verdacht mehr aufkommen.

Was soll die zuerst angegangene Urkundsperson in diesem Fall tun? Wenn Beteiligte erklärtermaßen von einem zunächst geäußerten Beurkundungswunsch absehen, ist *kein Raum mehr für eine Aussetzung iSv § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB – neu –*. Eine unabhängig hiervon bestehende Informationspflicht gegenüber der Ausländerbehörde oder dem Standesamt über den zurückgenommenen Beurkundungswunsch ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Eine gleichwohl vorgenommene Benachrichtigung verstieße gegen die allgemeine Verschwiegenheitspflicht der Urkundsperson gegenüber den Beteiligten.²⁶ Deshalb *läuft das gut gemeinte Verfahren* im Zusammenspiel zwischen beurkundender Stelle und Ausländerbehörde *jedenfalls dann leer*, wenn die Beteiligten aus ihrer Sicht adäquat reagieren und ihm von vornherein die Grundlage entziehen.

6. Verfahren der Ausländerbehörde bei konkreten Anhaltspunkten einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung

Erhält gleichwohl die Ausländerbehörde einmal eine Mitteilung, dass konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft iSv § 1597a Abs. 1 BGB – neu – bestehen, *prüft* sie, ob eine solche vorliegt (§ 85a Abs. 1 AufenthG – neu –). Wird dies im Rahmen der Prüfung bestätigt, stellt die Ausländerbehörde das durch schriftlichen oder elektronischen *Verwaltungsakt* fest. Andernfalls stellt sie das Verfahren ein (§ 85a Abs. 1 S. 2 und 3 AufenthG – neu –).

22 BT-Drs. 18/12415, 21.

23 BT-Drs. 18/12415, 21.

24 BT-Drs. 18/12415, 21.

25 BT-Drs. 18/12415, 17.

26 Dazu *Knittel* Rn. 51 f (Fn. 18).

Nach einem in *Absatz 2 der Vorschrift aufgestellten Katalog* wird eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft regelmäßig unter vier alternativen Voraussetzungen *widerlegbar vermutet*. Hinzukommen muss, dass die Erlangung der rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes, des Anerkennenden oder der Mutter ohne die Anerkennung der Vaterschaft und die Zustimmung hierzu nicht zu erwarten ist.

Als *Vermutungstatbestände* nennt das Gesetz, dass

- der Anerkennende oder die Mutter *erklärt*, dass Anerkennung bzw Zustimmung *gezielt* gerade einem Zweck iSv § 1597a Abs. 1 BGB – neu – dienen sollen (*Absatz 2 Nr. 1 und 2*);
- der Anerkennende *bereits mehrfach die Vaterschaft zu Kindern verschiedener ausländischer Mütter anerkannt* und hierdurch jeweils die rechtlichen Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes oder der Mutter geschaffen hat, auch wenn das Kind durch die Anerkennung die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat (*Absatz 2 Nr. 3*);
- dem Anerkennenden oder der Mutter ein *Vermögensvorteil* für die Anerkennung der Vaterschaft und die Zustimmung hierzu gewährt oder versprochen wurde (*Absatz 2 Nr. 4*).
- Das Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen bewirke eine *Erleichterung der Anforderungen an den von der Behörde zu führenden Beweis*, wenn das Verfahren keine Anhaltspunkte für mögliche abweichende Beweggründe bietet.²⁷

Es liegt auf der Hand, dass die *Erwartung des Gesetzgebers ziemlich blauäugig* sein dürfte, die Beteiligten würden sich durch Erklärungen der zuerst genannten Art oder durch die Offenbarung von in Rede stehenden Vermögensvorteilen „selbst ans Messer liefern“. Allenfalls der Umstand, dass es sich bei dem Mann um einen „Vielfach-Anerkennenden“ handle, könnte bei entsprechendem (zulässigen?) Datenaustausch der Ausländerbehörden gelegentlich einmal zum Auffliegen des Sachverhalts führen.²⁸

Dass mit den Kriterien, bei deren Vorliegen ein Regelfall begründet wird, „*entsprechende Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts* im Beschluss vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10“ aufgegriffen würden,²⁹ ist zumindest etwas missverständlich. Das BVerfG hatte angemerkt, dass in derartigen Fällen eindeutig die Missbräuchlichkeit der Vaterschaftsanerkennung zu Aufenthaltswzwecken anzunehmen sei, ohne zu bewerten, wie häufig denn so etwas auftreten werde. Als „Vorgabe“ für einen gesetzlichen Vermutungstatbestand mit einem zT leichten Anflug von Skurrilität (insb. bei der vom Gesetzgeber offenbar als lebensnah unterstellten offenerhitzigen Bekundung von Beteiligten, die Anerkennung oder Zustimmung diene dem Rechtsmissbrauch) wollte der Senat dies wohl kaum verstanden wissen.

In der Gesetzesbegründung³⁰ wird deshalb auch betont, dass über diese normierten Vermutungstatbestände hinaus eine *missbräuchliche Anerkennung auch in anderen Fällen* vorliegen könne:

„Indizien hierfür können beispielsweise sein, dass keinerlei Hinweis auf eine tatsächliche Begegnung der Mutter mit dem Mann und auf eine zwi-

schen ihnen bestehende soziale oder emotionale Verbindung existiert, wenn zudem das aus der Anerkennung folgende Aufenthaltsrecht in Deutschland die einzige zu erwartende Möglichkeit eines rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet für Anerkennenden, Kind oder Mutter ist. Auch das Fehlen von persönlichen Kontakten zwischen Mann und Kind kann Indiz für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft sein.“

All dies hatte zwar schon die Urkundsperson bei der Prüfung einer Aussetzungs- und Vorlagepflicht in Rechnung zu stellen. Allerdings kommen den *Ausländerbehörden insoweit weiterreichende Ermittlungspflichten und -befugnisse* zu, als sie die Urkundsperson hat. Die Gesetzesbegründung weist insoweit ausdrücklich auf die nach § 82 AufenthG bestehenden Mitwirkungspflichten des Ausländers oder der Ausländerin hin.

Verneint die Ausländerbehörde nach ihrer Prüfung einen Missbrauch, stellt sie das Verfahren ohne Weiteres ein und teilt dies der vorlegenden Urkundsperson, den Beteiligten und dem Standesamt schriftlich oder elektronisch mit (§ 85 Abs. 3 S. 2 AufenthG). Andernfalls erlässt sie einen *die Missbräuchlichkeit der Anerkennung der Vaterschaft feststellenden Verwaltungsakt*, der nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen anfechtbar ist. Nach Eintritt seiner Bestandskraft oder endgültigen Unanfechtbarkeit gibt die Ausländerbehörde der vorlegenden Urkundsperson und dem Standesamt eine beglaubigte Abschrift mit einem Vermerk über den Eintritt der Unanfechtbarkeit zur Kenntnis.

Damit ist – wie bereits ausgeführt – eine *Beurkundung der Anerkennung der Vaterschaft umfassend ausgeschlossen* (vgl § 1598 Abs. 1 S. 2 BGB nF). Lassen die Beteiligten die Beurkundung gleichwohl vor einer anderen Stelle vornehmen, ist diese unwirksam, was das Standesamt bei der Führung des Geburtsregisters des Kindes zu beachten hat: Eine Beschreibung der Vaterschaft ist demnach unzulässig.

IV. Bewertung und Ausblick

Offensichtlich sah sich die Bundesregierung durch anhaltende Kritik aus verschiedenen Ländern und speziell von Ausländerbehörden unter *Handlungszwang*. Nach dem gescheiterten Versuch aus dem Jahr 2008, das Problem über eine Anfechtbarkeit wirksam gewordener Anerkennungen zu lösen, wurde diesmal ein *präventiver Ansatz gewählt*: Bei Anhaltspunkten für mögliche Missbräuche ist mittels einer Vorlagepflicht der beurkundenden Stellen ein Prüfungsverfahren durch die Ausländerbehörde einzuleiten, welches bei Erhärtung des Verdachts zu einer verwaltungsrechtlichen Untersagung der zivilrechtlich zu bewirkenden Beurkundung führen soll.

Auch wenn die *Konzeption perfektionistisch* wirkt, hat sie doch *zwei erhebliche Schwachstellen*. Diese liegen zum einen in den begrenzten Prüfungs- und Erkenntnismöglichkeiten der Urkundspersonen in womöglich einschlägigen Sachverhalten. Zum anderen legt das Gesetz ein ggf durchgängiges Verfahren nach erstmaliger Befassung einer Urkundsperson mit einem in diesem Sinne zweifelhaften Beurkundungs-

27 BT-Drs. 18/12415, 16.

28 Zur Sinnhaftigkeit eines solchen Datenaustauschs unter Einbeziehung von Jugendämtern und Standesämtern s. bereits III. 4.

29 BT-Drs. 18/12415, 17.

30 BT-Drs. 18/12415, 17.

wunsch zugrunde; hierbei wird in praxisferner Weise nicht berücksichtigt, dass die Beteiligten bei erkennbarem Widerstand der Urkundsperson jederzeit von ihrem Verlangen Abstand nehmen können, wodurch es nicht mehr zu einer Aussetzung der Beurkundung und einer anschließenden definitiven Klärung durch die Ausländerbehörde kommt.

All dies hätte *bei normalem Ablauf in der gebotenen Ruhe bei einer Expertenanhörung* zB zu einem Referentenentwurf oder auch im parlamentarischen Verfahren diskutiert und gewürdigt werden können. Stattdessen wurde der Gesetzestext ohne eine derartige gründliche Vorbereitung überraschend aus dem Hut gezaubert und die Praxis mit der Erwartung konfrontiert, künftig die Problematik missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen zu Aufenthaltszwecken auf diese Weise zu lösen. Auch wenn *konkrete Erfahrungen mit*

der Neuregelung erst abgewartet werden müssen, erscheint doch die Prognose nicht allzu gewagt: Die *Zahl derjenigen Fälle*, in denen es gelingt, derartige Missbräuche mit dem jetzt eingeführten gesetzlichen Instrumentarium zu verhindern, dürfte sich in sehr *engen Grenzen* halten. Wer darauf wettet, dass sie sich allenfalls in einem zweistelligen Bereich bewegen wird, geht kaum ein extrem hohes Verlustrisiko ein. Der Gesetzgeber wollte zwar einen *neuen Anlauf* zur Verhinderung einschlägiger Missbrauchsfälle unternehmen, aber hierbei ist er – um im sportlichen Bild zu bleiben – angesichts der mangelnden Vorbereitung des Gesetzestextes unter Öffentlichkeitsbeteiligung eher *aus dem Stand gesprungen*. Man muss nicht erfolgreich an den Bundesjugendspielen teilgenommen haben, um zu wissen, dass derartige Sprünge nicht die weitesten und eindrucksvollsten sind.

Katharina Lohse/Dr. Thomas Meysen*

Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen: Rechtliche Behandlung von Minderjährigenehen

I. Verheiratete Minderjährige zunehmend im Fokus

Ausgelöst durch die steigende Anzahl hier ankommender minderjähriger Flüchtlinge diskutiert Deutschland seit einiger Zeit – medial präsent und mitunter ideologisch aufgeladen – die Frage des Umgangs mit Ehen, bei denen einer oder beide Ehepartner minderjährig ist bzw sind. Laut UNICEF sind jährlich 15 Mio Mädchen und minderjährige Frauen von frühzeitigen Eheschließungen betroffen.¹ In Deutschland lebten im letzten Jahr 1.475 verheiratete ausländische Kinder und Jugendliche (1.152 Mädchen, 317 Jungen, 6 unbekannt).² Während die Praxis mit der Lebenssituation der jungen Mädchen, Jungen und ihrer Ehepartner/innen konfrontiert war und sich deren Hilfe- und Schutzbedürfnissen angenommen hat, befasste sich der juristische Fachdiskurs mit den Fragen der Anerkennungsfähigkeit dieser Ehen³ und den sich hieraus für Jugendämter ergebenden Folgen, etwa in Bezug auf die Pflicht zur vorläufigen Inobhutnahme⁴ oder zur Stellung einer Strafanzeige bei Kenntnis von Sexualkontakten zwischen einer unter 14-Jährigen und ihrem „Ehemann“.⁵ Die Politik hingegen hat das Thema mit einer klaren Stoßrichtung aufgegriffen: „In Deutschland darf es keine Kinderehen geben. Kinder gehören nicht an den Traualtar.“, so *Heiko Maas*.⁶

Angeheizt wurde die Diskussion nicht zuletzt durch einen Beschluss des OLG Bamberg,⁷ das entschieden hatte, dass eine 15-Jährige selbst (und nicht ihr/e Vormund/in) über ihren Aufenthalt und den Umgang mit ihrem Ehemann entscheiden darf, weil die zwischen ihnen in Syrien geschlossene Ehe als wirksam anzuerkennen sei und die Minderjährige daher selbst über ihre persönlichen Angelegenheiten bestimmen dürfe. Im April 2017 legte die Bundesregierung dann den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen vor, das am 1.6.2017 vom Bundestag beschlossen wurde und am 22.7.2017 in Kraft getreten ist.

II. Die Neuregelungen im Überblick

1. Im deutschen Eherecht

a) Ehemündigkeitsalter

Der neu gefasste § 1303 BGB nF sieht vor, dass in Deutschland eine Ehe ausnahmslos erst mit Erreichen des 18. Lebensjahrs eingegangen werden darf. Die früher in § 1303 Abs. 2–4 BGB aF enthaltene Regelung, nach der eine über 16-Jährige bei Befreiung durch das Familiengericht vom Ehemündigkeitserfordernis ausnahmsweise vor Erreichen des 18. Lebensjahrs heiraten durfte, entfällt somit. Durch die strikte Festlegung des Ehemündigkeitsalters soll der Minderjährigenschutz gestärkt werden: Minderjährige sollen vor den für sie nicht überschaubaren vermögensrechtlichen Folgen einer Ehe, vor einem Ausbildungsabbruch und insbesondere auch vor einer erzwungenen Eheschließung geschützt werden.⁸

Mit der Abschaffung der Minderjährigenehe entfällt außerdem die Regelung des § 1633 BGB, nach der sich die Personensorge für eine/n verheiratete/n Minderjährige/n auf die Vertretung in den persönlichen Angelegenheiten beschränkte.⁹ Diese Regelung galt manchen als besonders kritikwür-

* Verf. Lohse ist Leiterin der Abteilung Rechtsberatung/Rechtspolitik/Forschung, Verf. Meysen ist Fachlicher Leiter des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht eV (DIJuF), Heidelberg.

1 BT-Drs. 18/12607, 3.

2 BT-Drs. 18/9595, 20 f.

3 S. unter vielen *Coester StAZ* 2016, 257; *Antomo NJW* 2016, 3558; *Mankowski FamRZ* 2016, 1274; *Majer NZFam* 2016, 1019; *Frank StAZ* 2012, 129.

4 DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2016, 370.

5 DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2017, 127.

6 Pressemitteilung des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) vom 15.2.2017.

7 OLG Bamberg 12.5.2016 – 2 UF 58/16; anhängig BGH XII ZB 292/16.

8 BR-Drs. 275/17, 14 f.

9 BR-Drs. 275/17, 18.

dig, da sie – wie im Fall vor dem OLG Bamberg – ermöglichte, dass eine verheiratete Minderjährige tatsächliche Entscheidungen trifft, die in den Augen ihres/ihrer gesetzlichen Vertreters/Vertreterin nicht ihrem Wohl entsprechen, etwa sich für den Aufenthalt mit ihrem Ehemann in einer Gemeinschaftsunterkunft und gegen den Verbleib in einer Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe entscheidet. Künftig stehen Minderjährige also auch bei im Ausland geschlossenen und in Deutschland ausnahmsweise anerkannten Ehen weiterhin uneingeschränkt unter Personensorge und bedürfen ggf eines/einer Vormunds/Vormundin.

b) Nicht-Wirksamkeit von Ehen unter 16-Jähriger

Bei den Folgen einer unter Verstoß gegen das Erfordernis der Ehemündigkeit geschlossenen Ehe unterscheidet das Gesetz danach, ob der/die Minderjährige bei Eheschließung noch keine 18 Jahre oder noch keine 16 Jahre alt ist: Geht der/die Minderjährige die Ehe schon vor Erreichen des 16. Geburtstags ein, so gilt diese Ehe nach der neuen Rechtslage als von Anfang an nicht wirksam (sog. Nichtehe). Dh, dass sich aus dieser Ehe in Deutschland keinerlei Rechtsfolgen ergeben und keine Möglichkeit besteht, diese zu legalisieren.

c) Regelhafte Aufhebung von Ehen 16- bis 18-Jähriger

Etwas differenzierender geht die Neuregelung mit Ehen um, die unter Beteiligung eines/einer Minderjährigen geschlossen wurden, der/die zwar das 16., aber noch nicht das 18. Lebensjahr erreicht hat. Zwar sollen nach der Intention des Gesetzgebers auch diese Ehen idR keinen Bestand haben, allerdings bedarf es hier eines Aufhebungsverfahrens vor dem Familiengericht. Nach § 1316 Abs. 3 S. 2 BGB nF muss die zuständige Behörde bei einem Verstoß gegen das Erfordernis der Ehemündigkeit einen Antrag auf Aufhebung der Ehe stellen. Ihr steht insoweit kein Ermessen mehr zu („muss“). Allein wenn der/die minderjährige Ehegatte/-gattin inzwischen volljährig geworden ist und zu erkennen gegeben hat, dass er/sie die Ehe fortsetzen will, kann die zuständige Behörde von einem Aufhebungsantrag absehen.

Neben den Fällen, in denen der/die inzwischen Volljährige erklärt, die Ehe fortsetzen zu wollen, kann das Familiengericht nur in besonderen Härtefällen von einer Aufhebung der Ehe absehen. In der Begründung zum Gesetzentwurf werden als Härtefallbeispiele eine lebensbedrohliche Erkrankung oder eine krankheitsbedingte Suizidabsicht des/der Minderjährigen aufgeführt. Der Anregung des Bundesrats, die in § 1315 Abs. 1 S. 1 BGB nF formulierte Härtefallregelung weiter zu fassen, um im Rahmen einer Einzelfallprüfung Kindeswohlgesichtspunkten ausreichend Rechnung zu tragen, ist die Bundesregierung leider nicht gefolgt, da eine „allgemeine Kindeswohlprüfung im Einzelfall nicht im Einklang mit dem Ziel des Gesetzentwurfs [...] stünde, Rechtsklarheit zu schaffen“.¹⁰ Es ist allerdings nicht zu erwarten, dass die Familiengerichte im Lichte des gesetzlich normierten Kindeswohlprinzips in § 1697a BGB künftig der Vorstellung aus der Gesetzesbegründung folgen und der Rechtsklarheit Vorrang einräumen vor Erwägungen des Kindeswohls.

2. Parallelwertung im deutschen Internationalen Privatrecht

Die Neuregelungen im deutschen Internationalen Privatrecht sehen für Ehen Minderjähriger mit Auslandsbezug eine pa-

rallele Behandlung vor: Auch in den Fällen, in denen sich die Ehemündigkeit eines/einer Verlobten nach ausländischem Recht richtet, ist die Ehe nach deutschem Recht unwirksam, wenn einer der Ehepartner bei Eheschließung unter 16 Jahre alt war, bzw aufhebbar, wenn einer der Ehepartner bei der Eheschließung zwar das 16., nicht aber das 18. Lebensjahr vollendet hatte (Art. 13 Abs. 3 EGBGB nF). Damit wird der in Art. 13 Abs. 1 EGBGB formulierte Grundsatz, dass die Voraussetzungen der Eheschließung für jede/n Verlobte/n dem Recht des Staats unterliegen, dem er/sie angehört, in Bezug auf die Ehemündigkeit eingeschränkt. Zukünftig ist für die Dauer des Aufenthalts in Deutschland deutsches Recht anwendbar. Demnach wäre zB die Ehe einer unbegleitet eingereisten Minderjährigen, die mit 14 Jahren in Syrien geheiratet hat, in Deutschland unwirksam. Wäre sie bei der Eheschließung schon 16 Jahre alt gewesen, ist die Ehe ggf aufzuheben.

3. Folgen der Nichtwirksamkeit der Ehe

Mit der Nichtigkeit der Ehe entfallen auch die (Unterhalts-) Pflichten eines volljährigen (Nichtehe-)Partners gegenüber dem/der unter 16-Jährigen. Haben die beiden ein gemeinsames Kind, kann gem. Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB die Abstammung vom Vater auch nach dem Heimatrecht des Vaters festgestellt werden, sodass im Fall einer nach Heimatrecht wirksam geschlossenen Ehe die Vaterschaft durch den „Ehemann“ nicht mehr gem. § 1592 Nr. 2 BGB anerkannt werden muss, auch wenn die Ehe in Deutschland als unwirksam angesehen wird. Denn eine abstammungsrechtliche Zuordnung zum „Ehemann“ – trotz Minderjährigkeit der Mutter – anzunehmen, deckt sich mit dem Art. 19 EGBGB prägenden Günstigkeitsprinzip und begründet insofern auch keinen Verstoß gegen den *ordre public*. Wurde das gemeinsame Kind bereits im Ausland geboren und sah das dortige Recht eine gemeinsame Sorge verheirateter Eltern vor, ist in Deutschland trotz Unwirksamkeit der Ehe grundsätzlich von einem Fortbestand der Sorgeberechtigung des Vaters auszugehen (Art. 16 Abs. 3 KSÜ). Gleichwohl kann den Eltern im Einzelfall zu empfehlen sein, im Interesse der Rechtssicherheit und Alltagspraktikabilität noch einmal ausdrücklich die Vaterschaft anzuerkennen und übereinstimmende Sorgeerklärungen abzugeben – auch wenn die Erklärungen nur deklaratorische Wirkungen haben. Kommt das gemeinsame Kind erst in Deutschland zur Welt, müssten ohnehin übereinstimmende Sorgeerklärungen abgegeben werden, um eine Sorgeberechtigung des Vaters zu erreichen (Art. 16 Abs. 1, 2 KSÜ, § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB).

4. Das Aufhebungsverfahren

Über die Aufhebung der Ehe entscheidet das Familiengericht. Um dessen internationale Zuständigkeit zu sichern, sieht der neu eingefügte § 98 Abs. 2 FamFG nF vor, dass die deutschen Gerichte auch dann für die Eheaufhebung zuständig sind, wenn der/die minderjährige Ehegatte/-gattin nur seinen/ihren tatsächlichen („schlichten“),¹¹ aber noch nicht seinen/ihren gA im Inland hat.

¹⁰ BT-Drs. 18/12377, 11.

¹¹ BR-Drs. 275/17, 29.

Die „zuständige Verwaltungsbehörde“ soll beim Familiengericht einen Antrag auf Aufhebung der Ehe stellen, wenn ihr bekannt wird, dass eine Ehe im Ausland mit bzw. unter Minderjährigen geschlossen wurde. Wer die zuständige Verwaltungsbehörde ist, bestimmt Landesrecht.¹² Der Gesetzentwurf regt an, im Sinne eines effizienteren Minderjährigenschutzes die Zuständigkeit für die Stellung des Aufhebungsantrags zukünftig auf die Jugendämter zu übertragen.¹³ Ob die Landesgesetzgeber dieser Anregung nachkommen, wird sich zeigen. Bis dahin stellt sich die Frage, wie die zuständigen Verwaltungsbehörden überhaupt Kenntnis von einer Minderjährigenehe erhalten. In der Praxis erfährt das Jugendamt von der Ankunft eines/einer verheirateten Minderjährigen – idR durch in der Erstaufnahmeeinrichtung eingesetzte Mitarbeiter/innen eines freien Trägers, des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge (BAMF) oder der zentralen Ausländerbehörde. Will das Jugendamt die Information an die zuständige Verwaltungsbehörde weiterleiten, ergibt sich für das Jugendamt jedenfalls keine Übermittlungsbefugnis zur Erfüllung der Aufgaben eines anderen Sozialleistungsträgers (§ 69 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 SGB X), da die Verwaltungsbehörden keine der in § 35 SGB I genannten Stellen sind. Auch eine Datenübermittlungsbefugnis aufgrund einer Erforderlichkeit der Übermittlung für die Erfüllung einer eigenen gesetzlichen Aufgabe iSd § 69 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 SGB X liegt nicht auf der Hand: Das Gesetz sieht im Aufhebungsverfahren – ein Versäumnis, das künftig hoffentlich korrigiert wird – keine Mitwirkung iSd § 50 SGB VIII durch das Jugendamt vor, sodass sich die Erforderlichkeit der Datenübermittlung nicht aus der Mitwirkungsaufgabe, sondern nur aus dem Schutzauftrag des Jugendamts ableiten ließe. Eine Übermittlung kommt somit in Fällen, in denen nach Einschätzung der Fachkräfte die Aufhebung der Ehe die Entwicklung der Jugendlichen eher belastet oder sogar gefährdet, jedenfalls aber für das Kindeswohl (derzeit noch) nicht förderlich ist, nicht in Betracht. Die kategorische Haltung des Gesetzes, dass eine Ehe unter 18-Jähriger in aller Regel gegen den gebotenen Minderjährigenschutz verstößt, wird die nach SGB VIII gebotene Einzelfallprüfung nicht ersetzen können. Für das Jugendamt ist die „Anzeige“ einer Minderjährigenehe gegenüber der nach Landesrecht zuständigen Stelle folglich nur dann datenschutzrechtlich zulässig, wenn dies nicht in Widerspruch zur eigenen fachlichen Einschätzung und zum Hilfeauftrag des Jugendamts steht.

Sollte die Zuständigkeit für die Stellung des Aufhebungsantrags landesgesetzlich auf die Jugendämter übertragen werden, so könnte dies – trotz der Doppelrolle als Helfer einerseits und Ordnungsmacht andererseits – insoweit sinnvoll sein, als auf diese Weise sichergestellt würde, dass das ohnehin nicht vermeidbare Aufhebungsverfahren in allen Fällen durch die Jugendämter begleitet wird, Aufklärung und Hilfen zumindest angeboten werden können. Eine sozialdatenschutzrechtliche Übermittlungsbefugnis ergäbe sich dann, da das Stellen eines Aufhebungsantrags beim Familiengericht der Erfüllung eigener Aufgaben dient (§ 64 Abs. 2 SGB VIII iVm § 69 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 SGB X).

Um die mit dem Gesetz angestrebten Verbesserungen des Schutzes von Kindern und Jugendlichen effektiv zu gestalten, sollte nicht nur eine Mitwirkung des Jugendamts im

Aufhebungsverfahren ausdrücklich gesetzlich verankert werden, sondern auch ein expliziter Beratungsanspruch der minderjährigen Verheirateten und ihrer Partner/innen. Der Beratungsanspruch aus § 17 Abs. 1 SGB VIII richtet sich ausschließlich an Väter und Mütter. §§ 16 und 28 SGB VIII beziehen zwar junge Menschen bzw. Kinder und Jugendliche ein, zielen jedoch auf eine familiäre Erziehungssituation, nicht auf eine Beratung oder Hilfe zum partnerschaftlichen Zusammenleben ohne Kinder. Auch § 8 Abs. 3 SGB VIII passt nicht, da er zum einen eine Not- und Konfliktlage idR aufgrund eines gestörten Vertrauensverhältnisses zu den Eltern voraussetzt¹⁴ und zum anderen die für einen Erfolg der Beratung oft wichtige Einbeziehung des/der volljährigen Ehepartners/-partnerin nicht vorsieht. Da in Fällen der Unwirksamkeit der Ehe das Nicht-Verheiratet-Sein noch nicht einmal durch ein familiengerichtliches Verfahren vermittelt wird, kann ein ausdrücklicher Beratungsanspruch helfen, um die betroffenen Kinder und Jugendlichen nicht aus dem Blick zu verlieren. Zu klären bleibt allerdings, wie das Jugendamt verlässlich davon erfährt, dass sich in seinem Zuständigkeitsbereich Kinder oder Jugendliche aufhalten, deren im Ausland geschlossene Ehe unwirksam ist. Neben dem Angebot von Beratung ist dies entscheidend dafür, das Familiengericht auf die Notwendigkeit einer Vormundbestellung aufmerksam zu machen.

5. Übergangslösung für Altfälle

Ehen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen wurden, werden nicht unwirksam; sie sind nach der Überleitungsvorschrift in Art. 229 § 44 Abs. 1 EGBGB nF in den engen Grenzen der alten Regelungen „nur“ aufhebbar (bei Geschäftsunfähigkeit, bestehender Ehe, Verwandtschaft oder fehlender persönlichen Erklärung des Eheschließungswillens). Allerdings ist eine Aufhebung ausgeschlossen, wenn die Ehe nach einer Befreiung vom Ehemündigkeitsalter vor dem Inkrafttreten des Gesetzes geschlossen wurde (Art. 229 § 44 Abs. 2 EGBGB nF). Dies gilt nur für tatsächlich geschlossene Ehen, laufende Befreiungsverfahren gelten dagegen als erledigt. Für Ehen Minderjähriger mit Auslandsbezug gilt, dass diese grundsätzlich unwirksam sind, es sei denn, der/die Ehepartner/in ist bis zum Inkrafttreten des Gesetzes volljährig geworden (Art. 229 § 44 Abs. 4 EGBGB nF). War einer der Ehepartner bei der Eheschließung über 16, aber noch keine 18 und ist immer noch minderjährig, genießt diese Ehe – anders als Ehen, die nach deutschem Eherecht vom Ehemündigkeitsalter befreit waren – keinen „Bestandsschutz“, sondern kann nach dem neuen Verfahren aufgehoben werden (Art. 13 Abs. 3 EGBGB nF). Die Eheschließung unter Verstoß gegen das Ehemündigkeitsalter wird auch geheilt, wenn einer der Ehepartner bei Inkrafttreten des Gesetzes zwar noch immer minderjährig ist, die Ehe aber bis zur Volljährigkeit des/der Ehepartners/-partnerin im Ausland geführt wird. Heiratet zB eine 17-Jährige wirksam im Ausland und reist als 18-Jährige nach Deutschland ein, hätte diese Ehe auch in Deutschland Gültigkeit.

12 Vgl. Übersicht bei Prütting ua/Friederici BGB, 11. Aufl. 2016, BGB § 1316 Rn. 4.

13 BR-Drs. 275/17, 16.

14 FK-SGB VIII/Meysen, 7. Aufl. 2013, SGB VIII § 8 Rn. 9.

6. Klarstellung im SGB VIII: Inobhutnahme auch verheirateter UMA

In Ergänzung der in § 42a Abs. 1 S. 1 SGB VIII normierten Pflicht des Jugendamts, ein ausländisches Kind oder eine/n ausländische/n Jugendliche/n vorläufig in Obhut zu nehmen, sobald dessen unbegleitete Einreise nach Deutschland festgestellt wird, ist folgender, klarstellender Satz aufgenommen:

„Ein ausländisches Kind oder ein ausländischer Jugendlicher ist grundsätzlich dann als unbegleitet zu betrachten, wenn die Einreise nicht in Begleitung eines Personensorgeberechtigten oder Erziehungsberechtigten erfolgt; dies gilt auch, wenn das Kind oder der Jugendliche verheiratet ist.“

Bereits nach der bisherigen Rechtslage ergab sich, dass ein Ehemann, selbst bei Anerkennungsfähigkeit der Ehe, nur dann als Begleitperson seiner Ehefrau in Betracht kommt, wenn er für sie personensorge- oder erziehungsberechtigt ist. Dies könnte sich, soweit das Heimatrecht nicht ausnahmsweise ein Personensorgerecht des/der Ehepartners/-partnerin anordnet, nur aus einer Sorgerechtsvollmacht ergeben.¹⁵ Es bleibt also ausdrücklich dabei, dass die Jugendämter auch verheiratete Minderjährige vorläufig in Obhut zu nehmen haben, es sei denn, es liegt im Einzelfall eine wirksame Sorgerechtsvollmacht zugunsten des Ehemanns vor. Was mit Blick darauf, dass eine wirksame Sorgerechtsvollmacht ein Einverständnis des eigentlichen Sorgerechtsinhabers mit den Entscheidungen des Sorgerechtsbevollmächtigten in wesentlichen Angelegenheiten, also grundsätzlich eine Kontaktmöglichkeit zwischen den eigentlich sorgeberechtigten Eltern und dem Ehemann als Sorgerechtsbevollmächtigten voraussetzt,¹⁶ in der Praxis selten anzunehmen sein wird. Durch den Wegfall des § 1633 BGB wird zudem deutlich, dass die/der verheiratete 16- bzw 17-Jährige unter voller Personensorge steht. Neben der Pflicht zur Inobhutnahme (§ 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB VIII, § 42a Abs. 1 SGB VIII) besteht seitens der Jugendämter also die Pflicht, beim Familiengericht die Anordnung von Vormundschaft und Bestellung eines/einer Vormunds/Vormundin anzuregen, wenn sich die Personensorgeberechtigten nicht im Inland befinden und/oder nicht in der Lage sind, die Personensorge auszuüben.

Die Aufenthaltsbestimmung durch das Jugendamt während der Inobhutnahme bzw den/die Vormund/in ist am Kindeswohl auszurichten. Kriterien hierfür sind insbesondere der Schutz des Kindes bzw Jugendlichen sowie seine eigenen Wünsche (§ 1626 Abs. 2 BGB). Ist ein gemeinsames Kind vorhanden, ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob eine Trennung vermieden werden kann, indem Wohnraum außerhalb einer Gemeinschaftsunterkunft zur Verfügung gestellt wird und stabilisierende Hilfen angeboten werden. Eine regelhafte Trennung der Minderjährigen und ihres Ehemanns ist somit nicht erforderlich, sondern ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen. Mit Blick auf die Straftatbestände gegen die sexuelle Selbstbestimmung wird eine unter 14-Jährige jedoch in aller Regel von ihrem „Ehemann“ getrennt unterzubringen sein, wobei – selbst wenn bekannt ist, dass sexuelle Kontakte zwischen den Eheleuten stattgefunden haben – das Jugendamt nicht verpflichtet und in vielen Fällen sogar nicht befugt ist, eine Strafanzeige zu stellen.¹⁷ Auch bei 14- bis 18-Jährigen wird eine getrennte Unterbringung zu prüfen sein. Wichtig ist in vielen Fällen, dass die volljährigen Ehepartner/innen in die Hilfe einbezogen werden und nach Mög-

lichkeit in der Nähe des/der Minderjährigen untergebracht sind. Soll der/die erwachsene Ehepartner/in an einen anderen Ort verteilt werden als der/die Minderjährige, ist zu prüfen, ob der Träger vor Ort bereit ist, aus Gründen des Kindeswohls oder aus sonstigen humanitären Gründen von vergleichbarem Gewicht die örtliche Zuständigkeit von dem zuständigen Träger zu übernehmen (§ 88a Abs. 2 S. 3 SGB VIII) oder aber ob die/der Jugendliche in einer Einrichtung in der Nähe untergebracht werden kann.

7. Änderungen im Personenstandsgesetz, im Asyl- und im Aufenthaltsgesetz

Nachdem zum 1.1.2009 das sog. Verbot der religiösen Voraustrauung abgeschafft wurde, weil „eine Vorschrift zur Konkurrenz von staatlicher Eheschließung und religiöser Trauung für entbehrlich gehalten“¹⁸ wurde, wird dieses Verbot nun in Bezug auf Ehen mit Beteiligung Minderjähriger in § 11 Abs. 2 PStG nF wieder eingeführt. Danach ist eine religiöse oder traditionelle Handlung, die darauf gerichtet ist, eine der Ehe vergleichbare Bindung zweier Personen zu begründen, von denen eine das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, verboten. Gleiches gilt, wenn die Bindung nicht durch eine religiöse Handlung, sondern durch einen Vertrag begründet wird. Ein Verstoß gegen dieses Verbot (durch Sorgeberechtigte, Geistliche, den/die volljährige/n Ehepartner/in oder Ehezeugen/-zeugin) kann mit einer Geldbuße bis zu 5.000 EUR verfolgt werden (§ 70 Abs. 3 PStG nF). Nach Auffassung des Gesetzgebers ist der mit dieser Bestimmung verbundene Eingriff in die Religionsfreiheit zum Schutz des Kindeswohls gerechtfertigt.¹⁹ Verstößt ein ausländischer Geistlicher gegen dieses Voraustrauungsgebot, in dem er wiederholt unter 16-Jährige religiös traut, begründet dies nach dem neu gefassten § 54 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG nF – ebenso wie die Nötigung zur Eingehung einer Ehe – ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse.

Um zu vermeiden, dass sich für die/den Minderjährige/n nachteilige Folgen in Bezug auf ihr/sein Asylersuchen ergeben, stellt § 26 Abs. 1 S. 2 AsylG nF ausdrücklich klar, dass es für die Anerkennung als Asylberechtigte/r unbeachtlich ist, wenn die Ehe nach deutschem Recht unwirksam oder aufgehoben worden ist. Ob Familienasyl gewährt werden kann, bestimmt sich daher weiterhin allein danach, ob nach dem Recht des Herkunftslands eine wirksame Ehe geschlossen wurde. Ist dem/der Minderjährigen Familienasyl gewährt, kann entsprechend dieser Asylanspruch auch dann nicht widerrufen werden, wenn die Ehe aufgrund seiner/ihrer Minderjährigkeit hier in Deutschland unwirksam bzw aufgehoben wird (§ 73 Abs. 2b S. 4 AsylG nF iVm § 26 Abs. 1 S. 2 AsylG nF). Im AufenthG wird ergänzt, dass sich die Aufenthaltserlaubnis des/der Minderjährigen als eigenständiges, vom Zweck des Familiennachzugs unabhängiges Aufenthaltsrecht für ein Jahr verlängert, auch wenn die Ehe unwirksam ist bzw aufgehoben wurde, bevor die hierfür grundsätzlich erforderliche dreijährige Ehebestandszeit abgelaufen ist (§ 31 Abs. 2 S. 2 AufenthG nF).

15 DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2016, 370.

16 DIJuF-Themengutachten/Hoffmann TG-1035, Stand: 1/2015, Ziff. 5.2.

17 DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2016, 127.

18 BT-Drs. 16/1831, 33.

19 BR-Drs. 275/17, 27.

III. Ausblick für die Praxis der Kinder- und Jugendhilfe

In der Beratung und Unterstützung für im Ausland verheirateter Mädchen und Jungen steht die Kinder- und Jugendhilfe vor einer anspruchsvollen Aufgabe. Wenn die geflüchteten Kinder und Jugendlichen in der Fremde „Deutschland“ ankommen, haben sie meist nur vage oder nur bedingt zutreffende Vorstellungen davon, was sie hier erwartet. Der/ Die Ehepartner/in an ihrer Seite ist oftmals die einzige bekannte Variable in ihrem Leben – unabhängig davon, ob ihnen die eheliche Beziehung im Einzelfall gut tut oder nicht. Wird das eheliche Band nunmehr mit der Einreise qua Gesetz oder Familiengericht durchtrennt, steigert dies potenziell die Unsicherheit und Verunsicherung der betroffenen Geflüchteten.

Die Kinder- und Jugendhilfe ist gefragt, jenseits moralischer Wertungen mit den Kindern, Jugendlichen und ihren Ehepartner/innen nach Wegen zu suchen, die ihren Bedürfnissen ausreichend Raum einräumt. Besonders zu berücksichtigen werden hierbei der Wunsch nach (Rückgewinnung von) Sicherheit und die Loyalitäten gegenüber familiären Aufträ-

gen und Erwartungen aus der Heimat sein. Die Bereitschaft für Veränderungen setzt regelmäßig voraus, dass die betroffenen Kinder und Jugendlichen und ggf ihre (ehemaligen) Ehepartner/innen zuvor Kenntnis von den Alternativen haben und bereits ein gewisses Vertrauen in diese entwickeln konnten.

Die geflüchteten Mädchen und Jungen sowie möglichst auch ihre Ehepartner/innen auf diesem Weg mitzunehmen, setzt tragfähige Hilfebeziehungen voraus – sowohl mit den Vormünder/innen als auch den Fachkräften in den Sozialen Diensten und in den Hilfen bei freien Trägern. Diese wiederum brauchen ausreichend Ressourcen und Rahmenbedingungen, wie geeignete Einrichtungen und Wohnmöglichkeiten für gemeinsame und für getrennte Unterbringung sowie Sprachmittlung zur barrierefreien Kommunikation. Mit ausreichend Neugier für das jeweilige kulturelle Selbstverständnis der Geflüchteten lassen sich die hiesigen Normen und Gesetze, wie sie vorliegend in dem Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen zum Ausdruck kommen, am ehesten ins Gespräch bringen, um mit den im Ausland verheirateten Kindern und Jugendlichen eine Perspektive für ihren weiteren Lebensweg zu erarbeiten.

Susanne Achterfeld, LL.M.*

Verpflichtung zur Asylantragstellung während der Inobhutnahme – „Neue“ Herausforderung für Jugendämter?¹



Europäische Union

I. Einleitung

Der Bundestag hat am 18.5.2017 das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht beschlossen² und mit der Ergänzung des § 42 Abs. 2 SGB VIII auch Regelungen zum Jugendhilferecht im Bereich unbegleiteter minderjähriger Ausländer/innen (UMA) getroffen. Die um einen neuen Satz 5 ergänzte Fassung des § 42 Abs. 2 SGB VIII enthält einen Systembruch, indem sie konkrete Vorgaben macht, wie die elterliche Sorge zum Wohl des Kindes auszuüben sei. Das Gesetz nimmt nun vor Bestellung eines Vormunds bzw einer Vormundin³ ausdrücklich das Jugendamt in die Pflicht und fordert auf, noch während der Inobhutnahme unverzüglich einen Asylantrag für den/die unbegleitete/n Minderjährige/n zu stellen, sofern dies angezeigt erscheint.

§ 42 Abs. 2 SGB VIII nF lautet in der vom Bundestag beschlossenen Fassung wie folgt:

„Das Jugendamt hat während der Inobhutnahme die Situation, die zur Inobhutnahme geführt hat, zusammen mit dem Kind oder dem Jugendlichen zu klären und Möglichkeiten der Hilfe und Unterstützung aufzuzeigen. Dem Kind oder dem Jugendlichen ist unverzüglich Gelegenheit zu geben, eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen. Das Jugendamt hat während der Inobhutnahme für das Wohl des Kindes oder des Jugendlichen zu sorgen und dabei den notwendigen Unterhalt und die Krankenhilfe sicherzustellen; § 39 Absatz 4 Satz 2 gilt entsprechend. Das Jugendamt ist während der Inobhutnahme berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes oder Jugendlichen not-

wendig sind; der mutmaßliche Wille der Personensorge- oder der Erziehungsberechtigten ist dabei angemessen zu berücksichtigen. Im Fall des Absatzes 1 Satz 1 Nummer 3 [Anm. der Verf.: Dies sind alle Fälle der Inobhutnahme von UMA.] gehört zu den Rechtshandlungen nach Satz 4, zu denen das Jugendamt verpflichtet ist, insbesondere die unverzügliche Stellung eines Asylantrags für das Kind oder den Jugendlichen in Fällen, in denen Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass das Kind oder der Jugendliche internationalen Schutz im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 des Asylgesetzes benötigt; dabei ist das Kind oder der Jugendliche zu beteiligen.“

Wichtig ist, dass die explizite Verpflichtung, einen Asylantrag für einen unbegleiteten minderjährigen Flüchtling (UMF) zu stellen, erst im Rahmen der Inobhutnahme entsteht, also entweder nach Verteilung der Jugendlichen oder nach Mitteilung des Verteilungsausschlusses (§ 42b SGB VIII).

Während der vorläufigen Inobhutnahme sieht bereits die Regelung des § 42a Abs. 3 SGB VIII vor, dass der Allge-

* Die Verf. ist Referentin für Kinder- und Jugendhilferecht/Asyl- und Ausländerrecht im Deutschen Institut für Jugendhilfe und Familienrecht eV (DIJuF), Heidelberg.

1 Dieser Aufsatz ist im Rahmen des Projekts „Kindeswohlorientierte Aufnahme von unbegleiteten Minderjährigen durch Qualifizierung, Wissen und Netzwerkbildung“ entstanden. Das Projekt wird gefördert durch den europäischen Asyl-, Migrations- und Integrationsfonds (AMIF).

2 BT-Drs. 18/11546; das Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft; zum Zeitpunkt der Druckfreigabe dieses Beitrags war das Gesetz noch nicht im Bundesgesetzblatt verkündet.

3 Im weiteren Text wird zwecks besserer Lesbarkeit immer der Vormund genannt; selbstverständlich ist immer auch die Vormundin gemeint.

meine Soziale Dienst (ASD) sämtliche Rechtshandlungen, auch aufenthaltsrechtlicher Art, vorzunehmen berechtigt und verpflichtet ist. Mit dieser Pflicht zur sofortigen Vertretung des/der unbegleiteten Minderjährigen nach Beginn der vorläufigen Inobhutnahme soll der Notsituation des Kindes oder des/der Jugendlichen und der evtl. Notwendigkeit kurzfristiger Maßnahmen zur rechtlichen Aufenthaltssicherung Rechnung getragen werden.⁴ Während der vorläufigen Inobhutnahme besteht somit grundsätzlich die Möglichkeit, einen Asylantrag zu stellen. Eine gesetzliche Pflicht besteht hingegen nicht. Vielmehr ist die Entscheidung am Wohl des Kindes oder des/der Jugendlichen auszurichten.

Somit ist die neu eingefügte Regelung in § 42 Abs. 2 S. 5 SGB VIII nF eine Präzisierung dahingehend, dass während der sich anschließenden Inobhutnahme und schon vor der Bestellung eines Vormunds nicht nur die Möglichkeit, sondern auch die Verpflichtung bestehen kann, einen Asylantrag für den/die unbegleitete/n Minderjährige/n zu stellen. Über die Intention des Gesetzgebers lässt sich nur spekulieren. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass die neue gesetzliche Regelung Ausfluss der Befürchtung ist, dass vielerorts die Asylantragstellung für UMF verzögert werde, wohingegen das Asylgesetz die „unverzügliche“ Antragstellung (§ 13 Abs. 3 AsylG) fordert.⁵

Die Verpflichtung zur Asylantragstellung durch den ASD während der Inobhutnahme kommt zum Tragen, solange kein Vormund bestellt ist. Voraussetzung für diese Pflicht ist die Möglichkeit, dass der/die Jugendliche entweder Schutz im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention oder subsidiären Schutz nach § 4 AsylG benötigt. Konkret setzt dies nach der gesetzlichen Konzeption Folgendes voraus:

- Tatsachen rechtfertigen die Annahme, dass Verfolgung iSv Art. 1A des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951 (Genfer Flüchtlingskonvention [GFK]) erlitten wurde bzw. droht oder im Heimatland ein ernsthafter Schaden iSd § 4 AsylG droht (subsidiärer Schutz) sowie
- die zwingende Beteiligung des jungen Menschen.

Die Gesetzesbegründung trägt wenig Erhellendes zu der Frage bei, wann der Tatbestand des § 42 Abs. 2 S. 5 SGB VIII nF erfüllt sein könnte, also eine tatsächliche „Verpflichtung“ zur Asylantragstellung besteht und eine Bestellung des Vormunds nicht abgewartet werden kann.

Die Gesetzesbegründung führt aus:

„[...] Die neue Regelung ist im Zusammenhang mit den bestehenden Regelungen in § 42 Absatz 2 Satz 4 des Achten Buches Sozialgesetzbuches zu betrachten. Danach ist das Jugendamt während der Inobhutnahme berechtigt und im Ergebnis auch verpflichtet, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Kindes oder des Jugendlichen notwendig sind. Durch die neue Regelung wird in Bezug auf unbegleitete ausländische Minderjährige klargestellt, dass es sich bei der Asylantragstellung um eine solche Rechtshandlung handelt, die regelmäßig zum Wohl des Kindes oder des Jugendlichen ist, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass das Kind oder der Jugendliche internationalen Schutz im Sinne des § 1 Absatz 1 Nummer 2 des Asylgesetzes benötigt. Das bedeutet auch, dass in Bezug auf den Zeitpunkt der Antragstellung auch zu berücksichtigen ist, ob die persönliche Situation des unbegleiteten Minderjährigen die Einleitung des Asylverfahrens zulässt. Ist dies der Fall, dann muss die Antragstellung aber auch unverzüglich erfolgen.

Dabei ist das Kind oder der Jugendliche zu beteiligen. Die Verpflichtung des Jugendamtes zur Vornahme von Rechtshandlungen, die zum Wohl des Kindes oder des Jugendlichen notwendig sind, umfasst im Falle der Asylantragstellung für einen unbegleiteten ausländischen Minderjährigen auch die Sicherstellung der Einhaltung von Mitwirkungs- und Handlungspflichten nach dem Asylgesetz (v. a. nach §§ 15, 25, 33 und 71 Asylgesetz). [...]“ (BT-Drs. 18/11546, 24)

Im Ergebnis verweist die Gesetzesbegründung lediglich darauf, dass es grundsätzlich im Kindeswohl liege, in geeigneten Fällen einen Asylantrag für die jungen Geflüchteten zu stellen. Es bleibt also Aufgabe des Jugendamts, nach entsprechenden Gesprächen mit den jungen Menschen einzuschätzen, ob genügend Anhaltspunkte für eine positive Entscheidung im Asylverfahren vorliegen.

II. Notwendigkeit fundierter Kenntnisse im Asyl- und Aufenthaltsrecht

Grundsätzlich dürfte der Zeitraum von Beginn der Inobhutnahme bis zur Bestellung eines Vormunds als gesetzlicher Vertreter für den jungen Flüchtling, der dann die weiteren aufenthaltsrechtlichen Schritte vornimmt, überschaubar kurz sein. Nach der gesetzlichen Konzeption hat das in Obhut nehmende Jugendamt das Familiengericht „unverzüglich“ (§ 42 Abs. 3 S. 4 SGB VIII) über die Notwendigkeit eines gesetzlichen Vertreters zu informieren. Dies bedeutet, dass die Mitteilung an das Familiengericht binnen drei Tagen erfolgen soll.⁶ Nachdem das Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher seit eineinhalb Jahren in Kraft ist, sind auch die örtlichen Familiengerichte bedeutend schneller bei der Entscheidung über das Ruhen der elterlichen Sorge und die Bestellung eines Vormunds für unbegleitete Minderjährige geworden. Somit reden wir – von wenigen Ausnahmen abgesehen – vorliegend über einen Zeitraum von wenigen Tagen bis Wochen, in welchem der ASD für das Aufenthaltsrecht der Kinder und Jugendlichen tatsächlich verantwortlich ist bzw. über einen Asylantrag entscheiden muss.

Voraussetzung für diese Entscheidung sind Kenntnisse im Asyl- und Ausländerrecht, wofür es einer entsprechenden Qualifizierung bedarf. War dies bereits für die (Amts-)Vormünder eine Herausforderung, so kommt die asylrechtliche Qualifizierung nun auch auf die Fachkräfte zu, die während der Inobhutnahme unbegleiteter Minderjähriger für die gesetzliche Vertretung verantwortlich sind. Grundsätzlich dient die Phase der Inobhutnahme als kurzfristig angelegte Krisenintervention idR der Klärung, welchen jugendhilferechtlichen Bedarf die jungen Menschen haben. Nun tritt eine weitere Aufgabe hinzu, sodass die verantwortlichen Fachkräfte zweigleisig fahren müssen und sowohl den jugendhilferechtlichen Bedarf als auch die asylrechtliche Relevanz der

4 Wiesner/Loos SGB VIII Nachtragskommentierung, 12/2015, SGB VIII § 42a Rn. N15.

5 S. Hinweise des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht eV (DIJuF) vom 25.11.2016 zu aktuellen Diskussionen über eine vermutet hohe Zahl unbegleiteter minderjähriger Ausländer/innen (UMA) ohne Asylantrag, abrufbar unter www.dijuf.de ► Rechtsberatung/Rechtspolitik/Forschung ► Fachliche Hinweise/Stellungnahmen des DIJuF.

6 BVerwG 24.6.1999 – 5 C 24.98.

Fluchtgeschichte einzuschätzen haben. Einige Jugendämter sind daher dazu übergegangen, die Aufgabe der Vertretung von UMA während der Inobhutnahme bereits den Fachkräften aus dem Sachgebiet Amtsvormundschaft zu übertragen. Der Gesetzgeber hat mit der Einführung der Verteilung für den Bereich der vorläufigen Inobhutnahme eine solche getrennte Aufgabenführung nahegelegt. Er hat darauf hingewiesen, dass durch entsprechende organisatorische und personelle Vorkehrungen eine Kollision zu verhindern sei zwischen den Interessen des Jugendamts als Vertretung des unbegleiteten Minderjährigen und als Behörde, die maßgebliche Entscheidungen im Hinblick auf die Altersfeststellung und Verteilung sowie die Durchführung von Maßnahmen und Gewährung von Leistungen für das Kind oder den Jugendlichen zu treffen hat.⁷

Fachkräfte, die diese Einschätzung leisten und ggf einen Asylantrag stellen wollen, müssen sich in einem ersten Schritt zum weiteren Verständnis des Asylverfahrens mit den Grundlagen des „internationalen Schutzes“ für Geflüchtete vertraut machen.⁸ Der internationale Schutz beinhaltet zum einen die Flüchtlingsanerkennung nach Art. 1A GFK, zum anderen die Feststellung subsidiären Schutzes nach Art. 15 RL 2011/95/EU bzw § 4 AsylG:

- Die *Feststellung der Flüchtlingseigenschaft* hat zum Inhalt, dass niemand in einen Staat abgeschoben werden darf, in dem ihm/ihr Verfolgung aus einem der in der GFK näher bezeichneten Verfolgungsgründe droht.⁹
- Im Unterschied dazu setzt die *Feststellung des subsidiären Schutzes* nicht bei der individuellen Verfolgung der jungen Menschen an, sondern bietet denjenigen Schutz, denen bei Rückkehr in ihr Heimatland die Gefahr droht, einen „ernsthaften Schaden“ zu erleiden (§ 4 AsylG und Art. 15 RL 2011/95/EU).

Explizit außen vor hat der Gesetzgeber die Prüfung der Feststellung des nationalen Abschiebungsschutzes nach § 60 Abs. 5 AufenthG und § 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG gelassen, sodass sich die Auseinandersetzung mit diesen Voraussetzungen während der Inobhutnahme regelmäßig erübrigt.

In einem zweiten Schritt bedarf die Entscheidung, ob ein Verfahren beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) eingeleitet wird, einer umfassenden Prüfung, insbesondere intensiver und ausführlicher Gespräche mit den jungen Menschen. Nicht nur müssen die Fluchtgeschichte und insbesondere auch die Fluchtgründe unter Zuhilfenahme von Sprachmittlern sensibel erfragt werden. Gleichzeitig muss das Vorgetragene auch rechtlich eingeordnet werden. Diese Prüfung erfordert eine individuelle Abwägung aller Faktoren, wobei die besonderen Regelungen für Kinder und Jugendliche selbstverständlich berücksichtigt werden müssen. Aus diesem Grund hat es in den vergangenen zwei Jahren zahlreiche Fortbildungsangebote und Literaturveröffentlichungen, überwiegend für Vormünder, zum Asyl- und Aufenthaltsrecht gegeben. Auch daher bietet sich an, die Vertretungsaufgaben nach § 42 Abs. 2 S. 5 SGB VIII nF bei den Fachkräften zu bündeln, die entsprechende Kompetenzen erworben haben.

Im nächsten und letzten Schritt ist der junge Mensch in dem Sinne zu beteiligen, dass ihm die Konsequenzen bzw Vor- und Nachteile der Asylantragstellung dargelegt werden.¹⁰ Außerdem muss der junge Mensch umfassend über den Ablauf des Asylverfahrens informiert werden. Auf dieser Grundlage kann dann gemeinsam entschieden werden, ob ein Asylantrag gestellt wird. Grundsätzlich kann für den Fall, dass vorerst kein Asylantrag gestellt wird, darauf verwiesen werden, dass dies auch zu einem späteren Zeitpunkt über den Vormund als rechtlichen Vertreter erfolgen kann.

III. Hinweise für die Praxis

Zeigt sich im Gespräch mit dem/der Jugendlichen, dass die Annahme gerechtfertigt ist, dass internationaler Schutz in Betracht kommen könnte und soll im Einvernehmen mit dem/der Jugendlichen ein Asylantrag gestellt werden, so ist Folgendes zu beachten:

Grundsätzlich ist der Asylantrag für unbegleitete Minderjährige schriftlich bei der Zentrale des BAMF in Nürnberg zu stellen (§ 14 Abs. 2 Nr. 2, 3 AsylG). Es besteht daher keine Notwendigkeit, den UMF zur nächstgelegenen Außenstelle des BAMF zu begleiten. Wichtig in diesem Zusammenhang ist, dass der Asylantrag „nachweisbar“ gestellt wird. Es bietet sich daher die Übersendung des Schriftsatzes per Telefax an, um den Sendebericht des Telefaxgeräts als Nachweis der Antragstellung zur Verfügung stellen zu können. Eine ausführliche schriftliche Begründung des Antrags ist nicht erforderlich und sollte vermieden werden, da sie das Risiko birgt, dass es im Hinblick auf späteren Vortrag zu (sprachlichen) Missverständnissen und daraus resultierenden Widersprüchen kommt.¹¹ Die ausführliche Darlegung der Fluchtgründe erfolgt ohnehin im Rahmen der Anhörung beim BAMF (§ 25 AsylG), bei welcher der Vormund anwesend sein wird. Es genügt vielmehr, schriftlich kundzutun, dass Asyl begehrt wird und die genauen Daten des/der Minderjährigen sowie die Erreichbarkeit anzugeben. Das BAMF bietet hierzu auf seiner Homepage ein entsprechendes Antragsformular, das verwendet werden kann,¹² sofern die Fachkraft den Antrag nicht selbst formulieren möchte.

Wird ein Asylantrag gestellt, so entstehen unmittelbar sog. Mitwirkungs- und Betreibenspflichten nach den Vorschriften des Asylgesetzes (§§ 15, 33 AsylG). Diese bedürfen der Aufmerksamkeit des rechtlichen Vertreters. Das BAMF versendet – idR einige Wochen – nach Antragstellung die Eingangsbestätigung für den Asylantrag. Diese enthält ua das

7 Regierungsentwurf, Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher (BT-Drs. 18/5921, Begr. zu § 42a Abs. 3 SGB VIII, 24).

8 In einem obiter dictum hat der BGH bislang entschieden, dass sich die Vormünder die asylrechtlichen Kenntnisse anzueignen haben; Gleiches dürfte auch für die Mitarbeitenden des ASD gelten (BGH 29.5.2013 – XII ZB 124/12).

9 Die einzelnen Voraussetzungen an dieser Stelle darzustellen, übersteigt den Anspruch dieses Beitrags, sodass auf die einschlägige Literatur verwiesen werden muss; vgl bspw *Hocks/Leuschner* Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, 2017.

10 Ausf. hierzu *Rieger* JAmt 2015, 118.

11 *Hocks/Leuschner* 135 (Fn. 9).

12 Abrufbar unter www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Downloads/Infothek/Asyl/asylstantrag-schriftlich.pdf?__blob=publicationFile (Abruf: 11.7.2017).

Aktenzeichen für das Asylverfahren, welches in der weiteren Korrespondenz und Kommunikation mit dem BAMF zwingend angegeben werden muss. Ebenso kann mit dieser Eingangsbestätigung sodann die Ausstellung der Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG bei der zuständigen Ausländerbehörde beantragt werden. Auch ist nicht auszuschließen, dass der junge Flüchtling zeitnah eine Einladung zur erkennungsdienstlichen Behandlung (§ 16 AsylG) erhält, der grundsätzlich Folge zu leisten ist. Weiterhin kann die Aufforderung ergehen, Identitätspapiere oder andere Dokumente, die Rückschlüsse auf die Staatsangehörigkeit des/der Geflüchteten zulassen, vorzulegen (§ 15 AsylG). Wird den Aufforderungen des BAMF ohne entschuldbaren Grund nicht Folge geleistet, so droht, dass das Asylverfahren als zurückgenommen gilt (§ 33 Abs. 1 AsylG). Da das Versäumnis des rechtlichen Vertreters dem jungen Flüchtling zugerechnet wird, muss sich das Jugendamt bzw. die Fachkräfte während der Inobhutnahme so organisieren, dass jedwede Posteingänge des BAMF einer zuvor für die Vertretung bestimmten Fachkraft unverzüglich vorgelegt werden. Ebenso muss berücksichtigt werden, dass der Aufenthaltsort des/der Jugendlichen während der Phase der Inobhutnahme noch wechseln kann; auch dies muss dem BAMF ggf. mitgeteilt werden.

Es liegt daher in der Organisationsverantwortung des Jugendamts sicherzustellen, dass es eine lückenlose Verantwortlichkeit auch für das Asylverfahren gibt. Stellt die Fachkraft des Sozialen Diensts den Asylantrag, so hat sie den Vormund unverzüglich darüber zu informieren, dass und wann der Asylantrag gestellt wurde, und hat eine entsprechende Abschrift des Antrags sowie weitere Korrespondenz mit dem BAMF an den Vormund weiterzuleiten. Schwierigkeiten beim Wechsel der rechtlichen Vertretung zum (Amts-)Vormund dürfen den jungen Menschen nicht zum Nachteil erreichen.

IV. Fazit

Bereits im Vorfeld wurden gegen die vorgenommene Gesetzesänderung bzw. -ergänzung Bedenken geäußert,¹³ da diese den Fachkräften der Sozialen Dienste eine kaum zu leistende umfangreiche Prüfung der aufenthaltsrechtlichen Situation und Organisationsverantwortung noch während der Phase der Inobhutnahme abverlangt.¹⁴

Im Ergebnis wird die neu eingeführte Verpflichtung, in geeigneten Fällen während der Inobhutnahme einen Asylantrag zu stellen, auf Folgendes hinauslaufen: Wünschenswert wäre sicherlich, dass sich die Fachkräfte des ASD, die die jungen Geflüchteten während der Inobhutnahme betreuen, im Asyl- und Aufenthaltsrecht über Fortbildungen/Seminare qualifizieren. Dies wird jedoch in der Praxis kaum zu leisten sein. Es gilt daher, Organisationsformen zu finden, mit denen die entsprechende Kompetenz vorgehalten und bereits vorhandenes Wissen gebündelt wird, wie bspw. die Aufgabe der Vertretung von UMA während der Inobhutnahme den bereits asylrechtlich qualifizierten Fachkräften aus dem Sachgebiet Amtsvormundschaft zu übertragen. Ansonsten könnte über eine Beratung auf das bereits bestehende Fachwissen der Kolleg/inn/en, die als Amtsvormün-

der für UMF tätig sind, zurückgegriffen werden. Eine enge Kooperation ist an dieser Stelle sicherlich von Vorteil. Auch kann sich anbieten, eine Beratungsstelle für Flüchtlinge gemeinsam mit dem jungen Menschen aufzusuchen, sofern die zeitliche Kapazität und die räumliche Nähe dies zulassen. Eine weitere Anregung kann sein, aktuelle und verständliche Materialien zum Asyl- und Aufenthaltsrecht vorzuhalten. Hier bleibt den jeweiligen Jugendämtern genügend Spielraum, wie sie der neuen Verpflichtung mit guten Ideen und den bereits erworbenen Kompetenzen nachkommen können.

Entscheidet sich die Fachkraft gegen einen Asylantrag während der Inobhutnahme, so ist dem jungen Menschen deutlich zu vermitteln, dass dieser noch jederzeit durch den zukünftigen Vormund gestellt werden kann. Vorliegend kann nicht erkannt werden, dass eine um wenige Wochen verzögerte Antragstellung gravierende aufenthaltsrechtliche Nachteile für die jungen Flüchtlinge haben wird. Die Ablehnung des Asylantrags als „offensichtlich unbegründet“ nach § 30 Abs. 3 Nr. 4 AsylG wegen verspäteter Antragstellung wird im Kontext unbegleitete Minderjährige nicht drohen (Art. 25 Abs. 6a RL 2013/32/EU). Lediglich dann, wenn ein junger Mensch in Kürze volljährig wird, kann die Asylantragstellung in den Fällen, in denen eine Überstellung in einen anderen EU-Mitgliedstaat nach der Dublin III-VO droht, da der/die Jugendliche bspw. über Italien eingereist ist, zwingend erforderlich sein. In diesen Fällen kann eine Asylantragstellung im Zeitpunkt der Minderjährigkeit die Abschiebung in diesen Staat verhindern.¹⁵ Auch dann, wenn Familienzusammenführung der Eltern im Raum steht oder bekannt ist, dass die Vormundbestellung beim zuständigen Familiengericht längere Zeit in Anspruch nimmt, kann eine frühzeitige Asylantragstellung während der Inobhutnahme vorteilhaft sein.

Im Licht der verdichteten Arbeitsrealitäten ist zu erwarten, dass eine „Sortierung“ der jungen Geflüchteten nach Herkunftsländern und somit nach „guter“ und „schlechter“ Bleibeperspektive¹⁶ erfolgen wird. Diese „Arbeiterleichterung“ darf jedoch nicht dazu führen, keine individuellen Gespräche mehr mit den jungen Geflüchteten zu führen und keine Einzelfallprüfung vorzunehmen.

Entscheidet sich die Fachkraft gemeinsam mit dem jungen Geflüchteten für einen Asylantrag, so hat diese für einen reibungslosen Übergang der Verantwortung Sorge zu tragen. Letztlich ist es der Vormund, der den/die junge/n Geflüchtete/n im Asylverfahren begleitet und vertritt.

13 Ergänzende Kommentierung des Bundesfachverbands unbegleitete minderjährige Flüchtlinge (BumF) zum Kabinettsentwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, 2017, abrufbar unter http://www.b-umf.de/images/2017_03_10_Stellungnahme_Fortsetzung_Durchsetzung_der_Ausreisepflicht.pdf (Abruf: 11.7.2017).

14 Kommentar des Bundesverbands der Arbeiterwohlfahrt zum vorgelegten Referentenentwurf eines Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, Stand: 3/2017, abrufbar unter http://kijup-sgbviii-reform.de/wp-content/uploads/2017/04/awo_kommentar_zum_regentwurf_eines_gesetzes_zur_besseren_ausreise_08032017_final.pdf (Abruf: 11.7.2017).

15 EuGH 6.6.2013 – C-648/11.

16 Zur Kritik am Begriff „Bleibeperspektive“ s. GGUA Flüchtlingshilfe eV/Voigt Bleibeperspektive, 2016, abrufbar unter www.einwanderer.net/fileadmin/downloads/tabellen_und_uebersichten/bleibeperspektive.pdf (Abruf: 11.7.2017).

Das Gesetz zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsverwehres für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern

I. Einführung

Die kontroverse Diskussion in Rechtsprechung und Schrifttum darüber, ob die Einwilligung des/der gesetzlichen Vertreters/Vertreterin eines Kindes¹ in eine freiheitsentziehende Maßnahme in einer Einrichtung einer familiengerichtlichen Genehmigung bedürfe oder nicht, wurde für die Praxis durch die Entscheidung des BGH vom 7.8.2013² beendet: Nach seiner Auffassung schied eine Analogie zur Regelung in § 1906 Abs. 4 BGB, nach der freiheitsentziehende Maßnahmen gegenüber Volljährigen einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedürfen, aus und benötigten solche Maßnahmen gegenüber Minderjährigen demnach keiner familiengerichtlichen Genehmigung. Allerdings hielt der BGH ausdrücklich fest, dass es dem Gesetzgeber überlassen bleibe, zu entscheiden, ob de lege ferenda das Normieren eines familiengerichtlichen Genehmigungsverwehres das geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Mittel sei, um Kinder vor ungerechtfertigten freiheitsbeschränkenden Maßnahmen zu schützen.

Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, durch die Erweiterung des § 1631b BGB um einen Absatz 2 auch für freiheitsentziehende Maßnahmen gegenüber Kindern eine Genehmigung zur Voraussetzung zu machen. Im Folgenden wird dargestellt, in welchen Konstellationen der Gesetzgeber materiell-rechtlich von einer genehmigungsbedürftigen freiheitsentziehenden Maßnahme ausgeht und welche Regelungen für das familiengerichtliche Genehmigungsverfahren gelten.

II. Die Regelungen im Überblick

Wie bisher bedarf nach § 1631b Abs. 1 S. 1 BGB nF die Unterbringung eines Kindes, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, der Genehmigung des Familiengerichts. Die Unterbringung ist nach § 1631b Abs. 1 S. 2 BGB nF zulässig, solange (§ 1631b S. 2 BGB aF: wenn) sie zum Wohl des Kindes, insbesondere zur Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung, erforderlich ist und der Gefahr nicht auf andere Weise begegnet werden kann. Ohne die Genehmigung ist sie nach § 1631b Abs. 1 S. 3 Halbs. 1 BGB nF nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist. Dann ist die Genehmigung nach § 1631b Abs. 1 S. 3 Halbs. 2 BGB nF unverzüglich nachzuholen. Durch die Formulierung „solange“ anstelle von „wenn“ will der Gesetzgeber betonen, dass eine freiheitsentziehende Unterbringung grundsätzlich eine zeitlich begrenzte Maßnahme darstellt bzw dass zumindest regelmäßig zu überprüfen ist, ob die Voraussetzungen für den Freiheitsentzug noch vorliegen.³

Nach dem neu eingefügten § 1631b Abs. 2 BGB nF ist eine familiengerichtliche Genehmigung zudem erforderlich, wenn einem Kind, das sich in einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über

einen längeren Zeitraum oder regelmäßig in nicht altersgerechter Weise die Freiheit entzogen werden soll. Im Übrigen wird in § 1631b Abs. 2 BGB nF auf die Regelungen in § 1631b Abs. 1 S. 2 und 3 BGB nF verwiesen. Auch freiheitsentziehende Maßnahmen sind demnach nur zulässig, solange sie zum Wohl des Kindes, insbesondere zur Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung, erforderlich sind und der Gefahr nicht auf andere Weise begegnet werden kann.

Für das familiengerichtliche Verfahren zur Genehmigung einer freiheitsentziehenden *Maßnahme* werden kaum Abweichungen von den Regelungen für das Verfahren zur Genehmigung einer freiheitsentziehenden *Unterbringung* normiert. Von Bedeutung ist insbesondere, dass nach § 167 Abs. 6 S. 3 FamFG nF ein ärztliches Zeugnis – anstelle eines Gutachtens – genügt. Für Verfahren zur Genehmigung einer freiheitsentziehenden Unterbringung ebenso wie für Verfahren zur Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahmen wird neu in § 167 Abs. 1 S. 3 FamFG nF festgehalten, dass die Bestellung eines Verfahrensbeistands stets erforderlich ist, und neu in § 167 Abs. 7 FamFG nF, dass eine freiheitsentziehende Unterbringung bzw freiheitsentziehende Maßnahmen spätestens mit Ablauf von sechs Monaten, bei offensichtlich langer Sicherungsbedürftigkeit spätestens mit Ablauf von einem Jahr enden, wenn sie nicht vorher verlängert werden.⁴

Nach Inkrafttreten des Gesetzes sind alle im Sinne des Gesetzes freiheitsentziehenden Maßnahmen, für die keine familiengerichtliche Genehmigung vorliegt, rechtswidrig. Das Gesetz tritt erst am 1.10.2017 in Kraft, um so sicherzustellen, dass sich alle Einrichtungen, die freiheitsentziehende Maßnahmen anwenden, auf die neue Rechtslage einstellen und die gesetzlichen Vertreter/innen auf die Notwendigkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung hinweisen können.⁵

III. Freiheitsentziehende Maßnahme im Sinne des Gesetzes

1. Der Begriff der freiheitsentziehenden Maßnahme im Überblick

Eine genehmigungsbedürftige freiheitsentziehende Maßnahme liegt vor, wenn einem Kind, das sich in einem Kranken-

* Die Verf. lehrt Kindschaftsrecht und Kinder- und Jugendhilferecht an der HS Mannheim.

1 Entsprechend der Formulierung im Titel des Gesetzes umfasst der Begriff Kind in diesem Beitrag Kinder und Jugendliche.

2 BGH 7.8.2013 – XII 599/11, FamRZ 2013, 1646 = JAmt 2013, 661; mit krit. Anm. Salgo FamRZ 2013, 1719.

3 BT-Drs. 18/11278, 16.

4 Offen bleibt, ob überhaupt bzw unter welchen Voraussetzungen der Gesetzgeber in einem weiteren Schritt für die Zwangsbehandlung von Kindern einen familiengerichtlichen Genehmigungsverwehres normieren wird (vgl Hoffmann ZRP 2016, 242 sowie Hoffmann NZFam 2015, 985).

5 Verkündung des Gesetzes in BGBl. 2017 I, 2424; zur Begr. vgl BT-Drs. 18/11278, 19.

haus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, durch mechanische Vorrichtung, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig in nicht altersgerechter Weise die Freiheit entzogen werden soll: Genehmigungsbedürftig sind demnach allein freiheitsentziehende Maßnahmen in einer bestimmten Örtlichkeit, auf eine bestimmte Art und Weise, für eine bestimmte Dauer, in nicht altersgerechter Weise durch den oder die Personensorgeberechtigten.

Die Formulierung in § 1631b Abs. 2 BGB nF entspricht weitgehend der für Volljährige in § 1906 Abs. 4 BGB. Allerdings wurde auf den Passus „ohne untergebracht zu sein“ verzichtet, der im Betreuungsrecht zunächst teilweise zu der Auslegung führte, es sei keine weitere Genehmigung erforderlich, wenn freiheitsentziehende Maßnahmen im Rahmen einer freiheitsentziehenden Unterbringung erfolgen würden. Durch die Rechtsprechung wurde wiederholt klargestellt, dass der weitere Freiheitsentzug eine weitere Genehmigung erfordert.⁶ Da gegenüber Volljährigen kein Freiheitsentzug altersgemäß ist, findet sich zudem im Betreuungsrecht kein Hinweis auf altersgemäße Maßnahmen. Mit dieser minimalen Abweichung kann die Rechtsprechung und Literatur⁷ zu § 1906 Abs. 4 BGB demnach weitgehend als Auslegungshilfe zur Regelung in § 1631b Abs. 2 BGB nF herangezogen werden.

2. Zivilrechtliche freiheitsentziehende Maßnahmen

Die Regelung im BGB befasst sich allein mit freiheitsentziehenden Maßnahmen im Kontext von Entscheidungen des oder der Personensorgeberechtigten.⁸ Dabei stellt das Gesetz Entscheidungen sorgeberechtigter Eltern sowie über §§ 1800, 1915 BGB eines/einer Vormunds/Pflegerin einheitlich unter den Genehmigungsvorbehalt des § 1631b Abs. 2 BGB nF.

Genehmigt wird die Entscheidung des oder der Personensorgeberechtigten für eine freiheitsentziehende Maßnahme. Auch nach der familiengerichtlichen Genehmigung kann sich der oder die Personensorgeberechtigte dafür entscheiden, nicht in freiheitsentziehende Maßnahmen einzuwilligen. Er/Sie muss sich gegen das Erteilen einer Einwilligung entscheiden, wenn nach Durchführung des familiengerichtlichen Verfahrens die Voraussetzungen für freiheitsentziehende Maßnahmen entfallen. Ebenso hat er/sie eine erteilte Einwilligung in eine freiheitsentziehende Maßnahme, für die eine familiengerichtliche Genehmigung vorliegt, unabhängig vom Genehmigungszeitraum zu widerrufen, wenn die Voraussetzungen für die freiheitsentziehende Maßnahme nicht mehr gegeben sind.

Im Rahmen seiner sorgerechtlichen Befugnisse aus einer Inobhutnahme nach § 42 Abs. 2 S. 4 SGB VIII kann ein Jugendamt eine Entscheidung für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Übertragung der Rechtsprechung des BVerfG⁹ zur freiheitsentziehenden Unterbringung nicht familiengerichtlich genehmigen lassen. Es kann aber ein Verfahren zur Genehmigung einer Entscheidung des oder der Personensorgeberechtigten beim Familiengericht anregen, da die Einleitung eines Verfahrens nach § 1631b BGB einen Antrag des oder der Personensorgeberechtigten nicht voraussetzt.¹⁰

3. Örtlichkeit des Freiheitsentzugs

Genehmigungsbedürftig sind nur freiheitsentziehende Maßnahmen in einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung. Freiheitsbeschränkende Maßnahmen im häuslichen Bereich sind auch dann nicht genehmigungsbedürftig, wenn sie über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig erfolgen. Nach der Gesetzesbegründung haben die Eltern bei einer Unterbringung des Kindes im elterlichen Haushalt selbst die Kontrollmöglichkeit und wären Genehmigungstatbestände in dieser Konstellation kaum praktisch umsetzbar.¹¹ Auch bei einer häuslichen Unterbringung sind jedoch alle Entscheidungen des oder der Personensorgeberechtigten unabhängig vom Fehlen einer familiengerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit nicht rechtmäßig, die gegen das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung verstoßen (§ 1631 Abs. 2 BGB nF), insbesondere solche, die unverhältnismäßig sind.

Unter „einem Krankenhaus, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung“ werden kinder- und jugendpsychiatrische Kliniken, Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe und der Behindertenhilfe sowie weitere stationäre und ambulante Einrichtungen wie etwa Kindergärten und Kindertagesstätten verstanden, in denen Kinder über einen längeren Zeitraum oder kurzfristig wohnen oder fern von der ständigen Kontrollmöglichkeit der Eltern betreut werden. Nicht erfasst werden Transporte zu solchen Einrichtungen, etwa in einem Krankenwagen.¹²

4. Freiheitsentziehende Maßnahme

Eine Freiheitseinschränkung, also das Unterbinden der Möglichkeit zur Fortbewegung, zum Verlassen eines bestimmten Orts gegen den natürlichen Willen eines Kindes setzt zunächst dessen Fähigkeit zur Fortbewegung voraus. Fehlt es bereits an dieser Fähigkeit, etwa bei einem schwer geistig behinderten, pflegebedürftigen Kind, liegt auch dann keine Freiheitseinschränkung vor, wenn Maßnahmen erfolgen, die bei einer Fähigkeit zur Fortbewegung als Freiheitseinschränkung zu bewerten wären.¹³

Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiele für freiheitsbeschränkende Maßnahmen durch eine mechanische Vorrichtung, Medikamente oder auf andere Weise Festhalten, Fixieren, Sedieren, den Einsatz von Therapietischen, Bettgitter, Gurten, Schutzanzügen, der Einschluss in Time-Out-Räume etc,¹⁴ hält jedoch zugleich fest, dass das Mittel der Freiheitsentziehung letztlich unerheblich sei. Maßgeblich sei vielmehr, dass das Kind durch die Maßnahme am Verlassen seines Aufenthaltsorts gehindert werden soll.¹⁵ Keine freiheits-

6 Vgl nur BGH 28.7.2015 – XII ZB 44/15, FamRZ 2015, 1707 und BGH 12.9.2012 – XII ZB 543/11, FamRZ 2012, 1866; bezogen auf Minderjährige ausdr. BT-Drs. 18/11278, 11.

7 Allg. etwa Seifert FamRZ 2015, 1449, speziell zur Freiheitsbeschränkung durch Medikamente Kirsch/Hirsch BtPrax 2016, 12; speziell zum längeren Zeitraum Jacobs BtPrax 2013, 16.

8 BT-Drs. 18/11278, 11.

9 BVerfG 14.6.2007 – 1 BvR 338/07, FamRZ 2007, 1627.

10 BT-Drs. 18/11278, 16; bezogen auf eine freiheitsentziehende Unterbringung BGH 28.7.2015 – XII ZB 44/15, FamRZ 2015, 1707.

11 BT-Drs. 18/11278, 16.

12 BT-Drs. 18/11278, 16.

13 BGH 27.6.2012 – XII ZB 24/12, FamRZ 2012, 1372.

14 BT-Drs. 18/11278, 14.

15 BT-Drs. 18/11278, 17.

entziehende Maßnahmen sind Maßnahmen, die erfolgen, um das Kind, etwa ein Kind, das in einer offenen Einrichtung häufig abgängig ist,¹⁶ orten zu können.¹⁷ Solche Maßnahmen stellen jedoch einen unzulässigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes dar, wenn sie nicht erforderlich sind, um einen anderen gravierenderen Eingriff in die Rechte des Kindes, etwa dessen freiheitsentziehende Unterbringung, zu vermeiden.¹⁸

Genehmigungsbedürftig sind nur Maßnahmen, die darauf abzielen, die Freiheit zu entziehen. Dient eine konkrete Maßnahme ausschließlich anderen Zwecken, etwa therapeutischen oder medizinischen wie die Fixierung eines mehrfachbehinderten Kindes im Rollstuhl zur Aufrichtung des Körpers und der Atmungserleichterung oder die Verabreichung von Medikamenten, die als Nebenwirkung die Bewegungsfreiheit möglicherweise erheblich einschränken, zu Heilzwecken, ist die Maßnahme nicht genehmigungsbedürftig.¹⁹ Besonders sorgfältig ist bei der Gabe von Schlafmittel zu prüfen, ob diese erfolgt, um Schlaflosigkeit zu beheben oder Schmerzen für die Nacht erträglich zu machen oder um die Pflege zu erleichtern oder die Ruhe in der Einrichtung zu fördern.²⁰ Im Zweifel ist eine objektiv freiheitsentziehende Maßnahme genehmigungspflichtig.²¹

Die Freiheit beschränkende Maßnahmen in altersgerechter Weise sind nicht genehmigungsbedürftig. Nach der Gesetzesbegründung zählen zu diesen Maßnahmen etwa adäquate und übliche Maßnahmen, die im Rahmen der Erziehung gegenüber besonders der Aufsicht bedürftiger Kleinkinder zum Einsatz kommen wie Laufställe oder Hochstühle in Kindertagesstätten.²² Erziehungsschwierigkeiten rechtfertigen es nicht, eine Maßnahme als altersgerecht einzustufen, die unter Kindern derselben Altersgruppe sonst nicht mehr angemessen wäre. Entsprechenden pädagogischen Konzepten soll so eine Absage erteilt werden.²³

Zudem sind nur Maßnahmen genehmigungspflichtig, die regelmäßig oder über einen längeren Zeitraum erfolgen. Eine regelmäßige Freiheitsentziehung liegt nach der Auslegung des BGH vor, wenn eine Entziehung stets zur gleichen Zeit – Absperrungen der Tür jeweils zur Nachtzeit – oder aus wiederkehrendem Anlass – jedes Mal, wenn das Kind die Nachtruhe stört – erfolgt.²⁴ Auf die Dauer der einzelnen freiheitsentziehenden Maßnahmen kommt es bei einer regelmäßigen Freiheitsentziehung nicht an. Auch kurzzeitige Freiheitsbeschränkungen sind genehmigungspflichtig, wenn sie regelmäßig vorgenommen werden, sofern es sich nicht allein um unerhebliche Verzögerungen der Möglichkeit zur Fortbewegung handelt.²⁵ Auch unbeabsichtigte Wiederholungen führen zu einem regelmäßigen Freiheitsentzug, wenn die Erforderlichkeit einer Wiederholung absehbar ist.²⁶ Schwieriger ist zu bestimmen, wann eine Maßnahme über einen längeren Zeitraum erfolgt. Äußerstenfalls könnte man sich an Art. 104 Abs. 2 S. 3 GG orientieren, ist demnach von einem längeren Zeitraum auszugehen, wenn die Maßnahme voraussichtlich länger als bis zum Ende des auf den Beginn der Maßnahme folgenden Tages andauern werden wird.²⁷

Bei seiner Entscheidung hat das Familiengericht auch die tatsächlichen Gegebenheiten in einer Einrichtung zu berücksichtigen.²⁸ Dies bedeutet meist allein, dass es das Erteilen

einer Einwilligung in eine nur aufgrund der Gegebenheiten in der Einrichtung erforderliche freiheitsentziehende Maßnahme – etwa das Anbringen eines Bettgitters – nur für den Zeitraum befristet genehmigt, der für die/den Personensorgeberechtigte/n als erforderlich anzusehen ist, um eine weniger in die Freiheit eingreifende Alternative – etwa ein Niederflurbett oder die Unterbringung in einer anderen Einrichtung – zu organisieren.

IV. Erforderlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahme

Nach § 1631b Abs. 2 S. 2 BGB nF gilt § 1631b Abs. 1 S. 2, 3 BGB nF entsprechend. Eine freiheitsentziehende Maßnahme ist demnach nur zulässig, solange sie zum Wohl des Kindes, insbesondere zur Abwendung einer erheblichen Selbst- oder Fremdgefährdung, erforderlich ist, und der Gefahr nicht auf andere Weise begegnet werden kann. Ohne vorherige Genehmigung ist eine freiheitsentziehende Maßnahme nur zulässig, wenn mit dem Aufschub der Maßnahme Gefahr verbunden ist. Die Genehmigung ist dann unverzüglich nachzuholen.

Wie eine freiheitsentziehende Unterbringung so hat demnach auch eine freiheitsentziehende Maßnahme Ultima Ratio zu sein. Insoweit hält die Gesetzesbegründung zur derzeitigen Situation fest, dass es gerade in Einrichtungen für Kinder momentan zT am Wissen des Personals um die Bedeutung von Freiheitsentziehungen und die Möglichkeiten zu ihrer Vermeidung fehle. Gerade Kinder mit geistigen und seelischen (Mehrfach-)Behinderungen seien im Einzelfall in uU gut gemeinter pädagogischer Absicht oder aber aus Personalmangel Maßnahmen ausgesetzt, ohne dass deren freiheitsentziehender Charakter und mögliche Folgen der Maßnahme den Handelnden bewusst seien.²⁹ Das Gesetz kann hier einen wesentlichen Impetus zur Qualitätsentwicklung beisteuern – wie er etwa in Bezug auf freiheitsentziehende Maßnahmen gegenüber Volljährigen in den letzten Jahren zu verzeichnen war. Von daher ist zu bedauern, dass eine Evaluierung nicht vorgesehen ist,³⁰ und zu hoffen, dass die Landesjustizverwaltungen sich für eine gesonderte Erfassung der Verfahren in der Justizstatistik entscheiden werden, demnach eine entsprechende Rechtsgrundlage für die Datenerhebung schaffen.

16 Vgl. DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2017, 124.

17 MüKo/Schwab BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1906 Rn. 72.

18 MüKo/Schwab BGB § 1906 Rn. 72 (Fn. 17).

19 BT-Drs. 18/11278, 17; MüKo/Schwab BGB § 1906 Rn. 78 (Fn. 17).

20 MüKo/Schwab BGB § 1906 Rn. 78 (Fn. 17).

21 MüKo/Schwab BGB § 1906 Rn. 78 (Fn. 17).

22 BT-Drs. 18/11278, 17.

23 BT-Drs. 18/11278, 17.

24 BGH 7.1.2015 – XII ZB 395/14, FamRZ 2016, 567. In seiner Entscheidung hielt der BGH das regelmäßige Verschließen der Eingangstür während der Nachtstunden für eine freiheitsentziehende Maßnahme, wenn der Betroffene weder einen Schlüssel erhält noch ein/e Pförtner/in das jederzeitige Verlassen der Einrichtung ermöglicht, und dies auch dann, wenn dem/der Betroffenen innerhalb von 30 Min. auf seinen/ihren Wunsch hin die Tür geöffnet wird.

25 BGH 7.1.2015 – XII ZB 395/14, FamRZ 2016, 567.

26 MüKo/Schwab BGB § 1906 Rn. 80 (Fn. 17).

27 MüKo/Schwab BGB § 1906 Rn. 81 (Fn. 17).

28 LG Arnsberg 27.8.2015 – 5 T 229/15, FamRZ 2016, 400. Ausf. zum Meinungsstreit in dieser Frage Jacobs BtPrax 2016, 21.

29 BT-Drs. 18/11278, 15.

30 BT-Drs. 18/11278, 14 [21].

Eine freiheitsentziehende Unterbringung eines Kindes oder Jugendlichen kann im Einzelfall auch aus erzieherischen Gründen im Rahmen einer Hilfe zur Erziehung nach §§ 27, 34, 35 SGB VIII – dann idR in einer Einrichtung der Jugendhilfe und nicht in einer der Kinder- und Jugendpsychiatrie erfolgen.³¹ Allerdings rechtfertigen erzieherische Motive allein, etwa eine ungünstige Entwicklungsprognose, ohne gleichzeitiges Vorliegen einer erheblichen (fremdgefährdenden) Selbstgefährdung, keine freiheitsentziehende Unterbringung.³² Wie bei jeder Hilfe zur Erziehung ist zudem die Annahme einer erzieherischen Erreichbarkeit des/der Minderjährigen Voraussetzung für das Bewilligen einer Hilfe zur Erziehung in Form einer freiheitsentziehenden Unterbringung. Es muss im Rahmen der freiheitsentziehenden Unterbringung eine dauerhafte, durch Einsicht getragene Veränderung des Verhaltens des/der Minderjährigen möglich erscheinen.³³ Zumindest auf freiheitsentziehende Maßnahmen, bei denen unmittelbarer Zwang auf den/die Minderjährige/n ausgeübt wird, lassen sich diese Gedanken nicht übertragen. Fixierungen, Sedierungen etc sind nur zulässig, wenn eine unmittelbare erhebliche (fremdgefährdende) Selbstgefährdung vorliegt. Nach hier vertretener Ansicht ist ebenfalls unzulässig, einen „time out“-Raum als erzieherische Maßnahme einzusetzen, sondern darf die Nutzung eines solchen Raums ausschließlich zur kurzfristigen pädagogischen Krisenintervention erfolgen.³⁴ Eine derartige Nutzung ist dann mangels längerer Dauer bzw Regelmäßigkeit nicht als genehmigungsbedürftige freiheitsentziehende Maßnahme zu werten. Wie dargelegt können jedoch auch unbeabsichtigte Wiederholungen zu einem regelmäßigen Freiheitsentzug führen, wenn die Erforderlichkeit von Wiederholungen absehbar ist.³⁵ Erfolgt eine regelmäßige Nutzung eines „time out“-Raums bezogen auf ein bestimmtes Kind, ist dies nach hier vertretener Auffassung dann nicht als eine freiheitsentziehende Maßnahme, sondern als eine freiheitsentziehende Unterbringung zu werten.³⁶

V. Verfahren zur Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahme nach dem Gesetz

Das Gesetz normiert für das familiengerichtliche Verfahren zur Genehmigung der Entscheidung eines/einer Personensorgeberechtigten für eine freiheitsentziehende Maßnahme im Grundsatz die gleichen Regelungen wie für das familiengerichtliche Verfahren zur Genehmigung seiner/ihrer Entscheidung für eine freiheitsentziehende Unterbringung. Vorgesehene Unterschiede und andere Neuerungen werden im Folgenden mit einer überblicksartigen Darstellung des gesamten Verfahrens verbunden.

1. Genehmigungsverfahren als amtswegige Kindschaftssache

In § 151 Nr. 6 FamFG nF werden freiheitsentziehende Maßnahmen nun neben einer freiheitsentziehenden Unterbringung als Kindschaftssache benannt. Beide Genehmigungsverfahren nach § 1631b BGB sind Amtsverfahren. Der „Antrag“ eines/einer Personensorgeberechtigten ist als Anregung zur Einleitung eines Verfahrens zu verstehen. Die Anregung zur Einleitung eines Verfahrens kann wie bei anderen Amtsverfahren auch durch Dritte – etwa Fachkräfte einer Einrichtung oder das Jugendamt – erfolgen. Allerdings setzt das

Erteilen einer Genehmigung voraus, dass für das Familiengericht erkennbar ist, dass der/die Personensorgeberechtigte in (eine) bestimmte freiheitsentziehende Maßnahme/n einwilligen will und daher eine Genehmigung seiner/ihrer Entscheidung wünscht.³⁷

Nach § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF sind grundsätzlich die Vorschriften entsprechend anzuwenden, die für die Genehmigung des Erteilens einer Einwilligung in freiheitsentziehende Maßnahmen durch den Betreuer oder den Bevollmächtigten eines/einer Volljährigen im betreuungsgerichtlichen Verfahren – als Unterbringungssache nach § 312 S. 1 Nr. 2 FamFG – gelten. Für bestimmte verfahrensrechtliche Gegenstände werden in § 167 Abs. 1 S. 2 FamFG, § 167 Abs. 2–5 FamFG, § 167 Abs. 6 und 7 FamFG nF abweichende Regelungen normiert.

Funktionell ist nach § 3 Nr. 2a RPfIG der/die Richter/in zuständig. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach den Regelungen für Kindschaftssachen in § 152 FamFG und bestimmt sich nicht nach § 313 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF.³⁸ Ist – wie wohl regelmäßig – keine Ehesache anhängig, ist demnach das Familiengericht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Kindes zuständig.³⁹ Lebt das Kind in einer Pflegefamilie *oder* in einer Einrichtung und besteht keine aktuelle Rückkehrvorbereitung in den elterlichen Haushalt, hat es seinen gA am Einrichtungsort bzw am gA der Pflegeeltern.⁴⁰ Auch bei der Annahme, dass sich die Zuständigkeit nach § 313 Abs. 1 Nr. 2 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF bestimmen würde, ergäbe sich der gewöhnliche Aufenthaltsort des Kindes als regelmäßiger Anknüpfungspunkt.

2. Beteiligte des Genehmigungsverfahrens, Anhörung

Beteiligte des Verfahrens ist/sind der/die Personensorgeberechtigte/n, dessen bzw deren Entscheidung für (eine) freiheitsentziehende Maßnahme/n Gegenstand des Genehmigungsverfahrens ist (§ 315 Abs. 1 Nr. 2 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF), das Kind als Betroffener (§ 315 Abs. 1 Nr. 1 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF). Das Familiengericht kann nach pflichtgemäßem Ermessen zudem hinzuziehen: einen nicht sorgeberechtigten Elternteil, wenn das Kind bei diesem Elternteil lebt oder bei Einleitung des Verfahrens gelebt hat (§ 315 Abs. 4 Nr. 1 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF, § 7 Abs. 3 FamFG), seine Pflegeeltern (§ 315 Abs. 4 Nr. 1 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF, § 7 Abs. 3

31 Hoffmann FamRZ 2017, 337; 2013, 1346.

32 Hoffmann/Trenczek JAmt 2011, 177.

33 OLG Saarbrücken 18.3.2010 – 6 UF 134/09, FamRZ 2010, 1920.

34 Ebenso Niedersächsisches Landesamt für Soziales, Jugend und Familie (Landessozialamt – LS) Orientierungshilfe für Träger von Einrichtungen der Jugendhilfe zu „time-out“ Maßnahmen, 2010, abrufbar unter www.soziales.niedersachsen.de/startseite/kinder_jugend_familie/hilfen_zur_erziehung/schutz_von_kindern_und_jugendlichen_einrichtungen/hilfen-zur-erziehung-122716.html (Abruf: 13.7.2017).

35 MüKo/Schwab BGB § 1906 Rn. 80 (Fn. 17).

36 Ebenso Kommunalverband für Jugend und Soziales Baden-Württemberg (KVJS) Schutz von Kindern und Jugendlichen in Einrichtungen der Hilfen zur Erziehung, 2007.

37 BT-Drs. 18/11278, 16. Bezogen auf eine freiheitsentziehende Unterbringung BGH 28.7.2015 – XII ZB 44/15, FamRZ 2015, 1707.

38 Bumiller ua FamFG, 11. Aufl. 2015, FamFG § 167 Rn. 5; aA etwa OLG Brandenburg 19.5.2010 – 9 AR 1/10 sowie Prütting/Helms/Hammer FamFG, 3. Aufl. 2013, FamFG § 167 Rn. 10.

39 Bumiller ua FamFG § 167 Rn. 5 (Fn. 38).

40 OLG München 12.7.2006 – 33 AR 7/06, FamRZ 2006, 1622.

FamFG), eine vom Kind benannte Vertrauensperson (§ 315 Abs. 4 Nr. 2 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF, § 7 Abs. 3 FamFG) und den/die Leiter/in der Einrichtung, in der das Kind lebt (§ 315 Abs. 4 Nr. 3 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF, § 7 Abs. 3 FamFG). Bei dem Pflegeverhältnis muss es sich nicht um eines iSv §§ 27, 33 SGB VIII handeln. Ausreichend ist ein tatsächliches Pflegeverhältnis, etwa, wenn das Kind zwar bei Verwandten in Pflege lebt, aber nicht im Rahmen einer Hilfe zur Erziehung.⁴¹ Die Benennung als Vertrauensperson muss nicht ausdrücklich erfolgen. Bei einem Kind, das das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und damit nicht verfahrensfähig ist, ist vielmehr ausreichend, dass das Familiengericht aus den Äußerungen des Kindes und/oder den weiteren Umständen erkennen kann, dass eine Person existiert, der das Kind vertraut und deren Beteiligung in seinem Interesse geboten ist.⁴² Im Rahmen der Mitwirkung des Jugendamts im Verfahren sollte auch seitens des Jugendamts überlegt werden, ob sich Hinweise auf das Vorhandensein einer Vertrauensperson des Kindes ergeben.

Mit Inkrafttreten des Gesetzes ist dem Kind nach § 167 Abs. 1 S. 3 FamFG nF in Verfahren zur Genehmigung einer freiheitsentziehenden Maßnahme bzw einer freiheitsentziehenden Unterbringung stets ein Verfahrensbeistand zu bestellen. Dieser tritt nach § 167 Abs. 1 S. 2 FamFG an die Stelle des/der Verfahrenspflegers/-pflegerin. Die Regelung ist als Rückverweisung auf die Regelungen zur Verfahrensbeistandschaft in § 158 FamFG zu verstehen.⁴³ Der Verfahrensbeistand wird demnach nach § 158 Abs. 3 S. 2 FamFG durch seine Bestellung zum Verfahren hinzugezogen und nicht nach § 315 Abs. 2 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF.⁴⁴

Das Kind gilt im Verfahren zur Genehmigung einer freiheitsentziehenden Maßnahme nach § 167 Abs. 3 FamFG abweichend von der allgemeinen Regelung in § 9 FamFG ausdrücklich ohne Rücksicht auf seine Geschäftsfähigkeit ab Vollendung des 14. Lebensjahrs als verfahrensfähig. Es ist vor der familiengerichtlichen Entscheidung persönlich anzuhören und sich von ihm ein persönlicher Eindruck zu verschaffen (§ 319 Abs. 1 S. 1 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF). Dabei soll sich das Familiengericht, soweit dies erforderlich ist, den persönlichen Eindruck in der üblichen Umgebung des Kindes verschaffen (§ 319 Abs. 1 S. 1 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF). Bei Gefahr im Verzug kann das Familiengericht nach § 332 S. 1 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF bereits vor Anhörung des/der Betroffenen sowie vor Anhörung und Bestellung eines Verfahrensbeistands eine einstweilige Anordnung nach § 331 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF erlassen. Die Anhörung ist dann nach § 332 S. 2 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF unverzüglich nachzuholen.

Daneben ist/sind nach § 167 Abs. 4 FamFG der/die Personensorgeberechtigte/n und die Pflegeeltern des Kindes persönlich anzuhören. Die weiteren Beteiligten des Verfahrens iSd § 315 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF sowie der Verfahrensbeistand des Kindes sind nach § 320 S. 1 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF anzuhören. Eine (persönliche) Anhörung im Rahmen der Amtsermittlung nach § 26 FamFG kommt etwa in Bezug auf ehemalige Pflegeeltern, wenn das Pflegeverhältnis erst seit Kurzem nicht mehr besteht, oder einen nicht zum Verfahren hinzugezogenen nicht sorgeberechtigten Elternteil in Betracht.

Das Jugendamt ist als Beteiligter zum Verfahren hinzuziehen, wenn es seine Beteiligung beantragt (§ 315 Abs. 3 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF).⁴⁵ Als Beteiligter ist es nach § 320 S. 1 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF anzuhören. Unabhängig von einer Stellung als Beteiligtem des Verfahrens „soll“ das Familiengericht das Jugendamt nach § 320 S. 2 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF anhören. Im Hinblick auf den Verfahrensgegenstand und die Regelung in § 162 Abs. 1 S. 1 FamFG ist von einer Reduzierung des familiengerichtlichen Ermessens auf null auszugehen.⁴⁶

3. Sachverständigengutachten und ärztliches Zeugnis

Anders als im Verfahren zur Genehmigung einer freiheitsentziehenden Unterbringung hat das Familiengericht vor seiner Entscheidung nicht zwingend das Gutachten eines/einer Sachverständigen einzuholen, vielmehr ist nach § 167 Abs. 6 S. 3 FamFG nF das Einholen eines ärztlichen Zeugnisses ausreichend. Ein ärztliches Zeugnis unterscheidet sich von einem dem Strengbeweis unterliegenden Sachverständigengutachten dadurch, dass es vom Betroffenen, anderen Beteiligten oder Stellen – wie dem Jugendamt – eingebracht und vom Familiengericht nach den Regeln des Freibeweises gewürdigt werden kann.⁴⁷ Das ärztliche Zeugnis soll nach § 167 Abs. 6 S. 1 FamFG von einem/einer Arzt/Ärztin für Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychotherapie erteilt werden,⁴⁸ der/die das Kind vor der Ausstellung des Zeugnisses ärztlichem Standard entsprechend persönlich zu untersuchen oder zu befragen hat (§ 321 Abs. 2 S. 2 FamFG, § 281 Abs. 2 FamFG, § 280 Abs. 1 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF). Ein Zeugnis nach Aktenlage genügt nicht.⁴⁹ Das Zeugnis hat Aussagen zur Erforderlichkeit der freiheitsentziehenden Maßnahmen – auch in zeitlicher Hinsicht (vgl die Regelung für das Sachverständigengutachten in § 321 Abs. 2 S. 3 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF) – zu treffen. Es ist den Beteiligten nach § 30 Abs. 4 FamFG, § 37 Abs. 2 FamFG zur Kenntnis und Stellungnahme zu übersenden. Analog § 325 Abs. 1 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF kann unter Berücksichtigung der Wertungen des § 164 S. 2 FamFG von der Übersendung an das Kind abgesehen werden, um erhebliche Nachteile für seine Entwicklung, Erziehung oder Gesundheit zu vermeiden.⁵⁰ Entgegen § 325 Abs. 1 FamFG ist, da ein Absehen vom Übersenden nicht nur aus gesundheitsbezogenen Gründen erfolgen kann, kein ärztliches Zeugnis erforderlich, um von der Übersendung des ärztlichen Zeugnisses, das sich auf die freiheitsentziehenden Maßnahmen bezieht, abzusehen.⁵¹ Das Unterbleiben des Übersendens ist jedoch zu begründen.

41 Keidel/Engelhardt FamFG, 19. Aufl. 2017, FamFG § 167 Rn. 9.

42 Prütting/Helms/Hammer FamFG § 167 Rn. 19, 54 (Fn. 38); BGH 24.10.2012 – XII ZB 386/12, FamRZ 2013, 115.

43 BT-Drs. 18/11278, 19; Meysen/Stötzel/Kindermann Familienverfahrensrecht, 2. Aufl. 2014, FamFG § 167 Rn. 11 f.

44 Prütting/Helms/Hammer FamFG § 167 Rn. 17, 23 (Fn. 38).

45 Prütting/Helms/Hammer FamFG § 167 Rn. 18 (Fn. 38).

46 Prütting/Helms/Hammer FamFG § 167 Rn. 29 f (Fn. 38).

47 Jürgens/Kretz Betreuungsrecht, 5. Aufl. 2014, FamFG § 281 Rn. 6.

48 BT-Drs. 18/11278, 19.

49 BT-Drs. 18/11278, 19.

50 Prütting/Helms/Hammer FamFG § 167 Rn. 37 (Fn. 38).

51 Prütting/Helms/Hammer FamFG § 167 Rn. 43 (Fn. 38).

4. Tenorierung, Bekanntgabe, Rechtskraft

Im Tenor der gerichtlichen Entscheidung, also des familiengerichtlichen Beschlusses, ist nach § 323 Abs. 1 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF beim Erteilen einer Genehmigung in (eine) freiheitsentziehende Maßnahme/n einzuwilligen, die Maßnahme/n näher zu bezeichnen, und ist der Zeitpunkt zu benennen, zu dem die Genehmigung endet. Zu benennen sind demnach die konkrete Art und Weise, Häufigkeit, Uhrzeit etc der freiheitsentziehenden Maßnahme/n. Das Familiengericht kann die Genehmigung auch sachlich einschränken, etwa die Zulässigkeit des Erteilens einer Einwilligung in (eine) freiheitsentziehende Maßnahme/n von einer ausdrücklichen ärztlichen Anordnung abhängig machen.⁵²

Abweichend von der Regelung für Volljährige in § 329 Abs. 1 S. 1 FamFG endet die Genehmigung für das Erteilen einer Einwilligung in eine freiheitsentziehende Maßnahme nach § 167 Abs. 7 FamFG nF spätestens mit Ablauf von sechs Monaten, bei offensichtlich langer Sicherungsbedürftigkeit spätestens mit Ablauf von einem Jahr, wenn sie nicht vorher verlängert wird. Die Abweichung von der regelmäßigen Höchstdauer ist nach § 38 Abs. 3 FamFG zu begründen. Sie kann bezogen auf freiheitsentziehende Maßnahmen etwa geboten sein, wenn solche Maßnahmen erforderlich sind, um ein dauerhaft körperlich schwerstbehindertes Kind vor einer Selbstgefährdung durch Stürze aus dem Rollstuhl oder dem Bett zu sichern.⁵³ Für das Verlängerungsverfahren gelten nach § 329 Abs. 2 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF grundsätzlich die Vorschriften für die erstmalige Genehmigung entsprechend.

Entscheidungen über das Erteilen bzw Nichterteilen der Genehmigung einer freiheitsentziehenden Maßnahme sind allen Beteiligten des Verfahrens, also dem Kind und dem/der oder den Personensorgeberechtigten sowie ggf auch den Pflegeeltern und dem Jugendamt bekanntzugeben (§ 41 Abs. 1 S. 1 FamFG). Nach § 325 Abs. 1 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF kann unter Berücksichtigung der Wertungen des § 164 S. 2 FamFG von der Übersendung an das Kind abgesehen werden, um erhebliche Nachteile für seine Entwicklung, Erziehung oder Gesundheit zu vermeiden.⁵⁴ Entgegen § 325 Abs. 1 FamFG ist ebenso wie im Hinblick auf das Unterlassen des Übersendens des ärztlichen Zeugnisses, das sich auf die freiheitsentziehenden Maßnahmen bezieht, kein ärztliches Zeugnis erforderlich, um von der Bekanntgabe abzusehen.⁵⁵ Das Unterbleiben der Bekanntgabe ist jedoch zu begründen. Ist das Jugendamt nicht Beteiligter, ist ihm die Entscheidung nach § 325 Abs. 2 S. 2 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF bekanntzugeben.

Die Entscheidung wird mit Rechtskraft wirksam, sofern das Familiengericht nicht die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung anordnet (§ 324 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF). Die Entscheidung ist nach § 330 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF aufzuheben, wenn die Voraussetzungen für eine Genehmigung nicht mehr vorliegen. Dies entspricht der Regelung in § 1696 Abs. 2 BGB für kindesschutzrechtliche Maßnahmen, zu denen auch die familiengerichtlichen Genehmigungen nach § 1631b BGB zählen.

5. Rechtsmittel

Gegen die Entscheidung – auch gegen eine einstweilige Anordnung (vgl § 57 S. 2 FamFG, eingeführt durch das Gesetz zur Einführung einer Rechtsbehelfsbelehrung im Zivilprozess und zur Änderung anderer Vorschriften vom 5.12.2012)⁵⁶ – kann derjenige Beschwerde einlegen, der durch die familiengerichtliche Entscheidung in seinen Rechten verletzt wurde (§§ 58, 59 Abs. 1 FamFG). Erteilt das Familiengericht eine Genehmigung, ist demnach das Kind beschwerdeberechtigt, erteilt es keine Genehmigung, der oder die Personensorgeberechtigte/n. Ab Vollendung des 14. Lebensjahrs ist das Kind nach § 167 Abs. 3 FamFG, § 60 FamFG verfahrensfähig und daher selbst beschwerdeberechtigt.

Unabhängig von einer Beeinträchtigung in eigenen Rechten ist nach § 335 Abs. 4 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF das Jugendamt und nach § 167 Abs. 1 S. 2 FamFG, § 158 Abs. 4 S. 5 FamFG der Verfahrensbeistand zur Einlegung einer Beschwerde gegen das Erteilen bzw Nichterteilen einer Genehmigung berechtigt. Zudem sind nach § 335 Abs. 1 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF im Interesse des Kindes auch diejenigen zur Beschwerde befugt, die vom Familiengericht nach § 315 FamFG, § 167 Abs. 1 S. 1 FamFG nF tatsächlich beteiligt wurden. Wurde durch das Familiengericht ein nicht zur elterlichen Sorge berechtigter Elternteil nicht nur angehört, sondern beteiligt, kann sich aus diesem Grund für ihn eine Beschwerdebefugnis ergeben. Im Übrigen sind nicht zur Sorge berechnigte Eltern nicht beschwerdeberechtigt.⁵⁷

6. Kosten

Das Verfahren zur familiengerichtlichen Genehmigung einer freiheitsentziehenden Maßnahme ist nach Vorbemerkung 1.3.1 Abs. 1 Ziff. 2 vor Nr. 1310 Kostenverzeichnis (KV) zum FamGKG nF gerichtsgebührenfrei. Das Gleiche gilt nach Nr. 1410 für die einstweilige Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme. Auch evtl Sachverständigenkosten unabhängig von der Kostengrundentscheidung nach Vorbemerkung 2 Abs. 3 S. 2 vor Nr. 2000 KV zum FamGKG nF iVm Vorbemerkung 1.3.1. Abs. 1 Ziff. 2 vor Nr. 1310 KV zum FamGKG nF nicht als Auslagen erhoben werden.

Für die weiteren Gerichtskosten gilt § 81 FamFG. Sofern der oder die Personensorgeberechtigte/n im wohlverstandenen Interesse des Kindes eine familiengerichtliche Genehmigung seiner/ihrer Entscheidung für freiheitsentziehende Maßnahmen angeregt hat/haben, ist es regelmäßig geboten, von einer Erhebung der weiteren Gerichtskosten nach § 81 Abs. 1 S. 2 FamFG auch dann abzusehen, wenn der oder die Personensorgeberechtigte/n seine/ihre Anregung zurücknimmt/nehmen oder eine familiengerichtliche Genehmigung nicht erteilt wird.⁵⁸ Dem Kind können nach § 81 Abs. 3 FamFG keine Kosten auferlegt werden.

52 MüKo/Schwab BGB § 1906 Rn. 119 (Fn. 17).

53 BT-Drs. 18/11278, 19.

54 Prütting/Helms/Hammer FamFG § 167 Rn. 37, 43 (Fn. 38).

55 Prütting/Helms/Hammer FamFG § 167 Rn. 43 (Fn. 38).

56 BGBl. 2012 I, 2418.

57 OLG Hamm 25.1.2007 – 2 UF 258/06, FamRZ 2007, 1577.

58 OLG Hamm 5.12.2011 – II-6 UF 197/11, 6 UF 197/11, FamRZ 2012, 810; Prütting/Helms/Hammer FamFG § 167 Rn. 41 (Fn. 38).

VI. Fazit

Das Einführen eines Genehmigungsvorbehalts für das Erteilen einer Einwilligung in eine freiheitsentziehende Maßnahme gegenüber einem Kind ist uneingeschränkt zu begrüßen. Es ist davon auszugehen, dass es ähnlich wie die entsprechende Regelung in § 1906 Abs. 4 BGB für Volljährige zu einer Verringerung der Anzahl an freiheitsentziehenden Maßnahmen gegenüber Kindern führen wird. Damit solche Veränderungen zeitnah erkennbar werden, sind neben der

Normierung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts jedoch weitere Maßnahmen wie die Schulung der Fachkräfte der Einrichtungen und der Heimaufsicht, das Entwickeln von Alternativen zu freiheitsentziehenden Maßnahmen sowie das Sicherstellen von deren Finanzierung etc erforderlich. Gewaltfreie Erziehung gerade auch schwerst- und mehrfachbehinderter Kinder ist insoweit eine Aufgabe des oder der Personensorgeberechtigten, die der staatlichen Unterstützung des oder der Personensorgeberechtigten bedarf.

DIJUF-RECHTSGUTACHTEN

Familienrecht

Abstammungsrecht

Frist zur Vaterschaftsanfechtung bei Wechsel in der Person des gesetzlichen Vertreters des Kindes

§§ 1600b, 1793 BGB

DIJUF-Rechtsgutachten 19.6.2017 – SN_2017_0374 Ho

Das Jugendamt ist seit zwei Jahren Vormund eines derzeit dreieinhalb Jahre alten Kindes. Das Kind lebt ebenfalls seit zwei Jahren in einer Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe. Die Vaterschaft wurde durch den Mann anerkannt, mit dem die Mutter des Kindes bis zu dessen Unterbringung in der Einrichtung zusammengelebt hat. Dieser pflegt derzeit alle vier Wochen einen Umgang mit dem Kind. Allerdings besteht nach Auffassung der die Vormundschaft führenden Fachkraft keine emotionale Beziehung zwischen dem Mann und dem Kind.

Vor ungefähr eineinhalb Jahren äußerte der Mann gegenüber der die Vormundschaft führenden Fachkraft, dass er möglicherweise nicht der biologische Vater des Kindes sei. Schritte zur Überprüfung seiner biologischen Vaterschaft unternahm er seither nicht. Die Mutter hat schriftlich im Rahmen eines Gesprächs im Jugendamt im Kontext der Unterbringung bei Anwesenheit sowohl einer Fachkraft des Allgemeinen Sozialen Diensts als auch der die Vormundschaft führenden Fachkraft erklärt, dass sie vermutet, dass der Mann nicht der biologische Vater des Kindes sei. 100%ig sicher sei sie sich aber nicht, da sie im Zeitraum der möglichen Zeugung auch sexuelle Kontakte mit dem Mann, der die Vaterschaft anerkannt habe, gehabt habe. Der andere Mann sei ein One-Night-Stand gewesen, dessen Namen sie nicht kenne.

Im Hinblick auf den Ablauf der zweijährigen Anfechtungsfrist des § 1600b Abs. 1 BGB in naher Zukunft stellt sich für die Fachkraft die Frage, ob sie die Vaterschaft des Mannes im Namen des Kindes anfechten sollte oder nicht. Aus der Perspektive des Kindeswohls sprechen nach Ansicht der Fachkraft sowohl Gesichtspunkte für als auch gegen eine Vaterschaftsanfechtung. Im Hinblick auf die Bedeutung der Kenntnis der eigenen Abstammung tendiert die Fachkraft zu einer Anfechtung der Vaterschaft.

*

Zunächst ist zu bestätigen, dass selbst dann keine Verpflichtung zur Anfechtung der Vaterschaft seitens des Jugendamts als Vormund/Pfleger in Vertretung des Kindes besteht, wenn die die Aufgaben des Jugendamts als Vormund oder Pfleger wahrnehmende Fachkraft gesicherte Kenntnis davon hat, dass der rechtliche Vater des von der Fachkraft vertretenen Kindes nicht der biologische Vater des Kindes ist. Ob die Fachkraft in Vertretung des Kindes die Vaterschaft in dieser Konstellation anfechtet oder nicht, bestimmt sich allein danach, ob die Anfechtung der Vaterschaft den Interessen des Kin-

des dient oder nicht. Zudem ist zu berücksichtigen, dass dann, wenn der/die gesetzliche Vertreter/in des Kindes die Vaterschaft nicht innerhalb der zweijährigen Frist ab seiner/ihrer Kenntnis der Umstände anfechtet, die gegen die Vaterschaft sprechen, zwar eine Anfechtung durch das Kind, vertreten durch seine/n gesetzliche/n Vertreter/in, ausscheidet (§ 1600b Abs. 1 BGB), da dem Kind das Wissen seines/seiner Vertreters/Vertreterin zuzurechnen ist. Allerdings kann das Kind die Vaterschaft nach dem Eintritt der Volljährigkeit selbst anfechten (§ 1600b Abs. 3 S. 1 BGB).

Sofern zum Zeitpunkt des Beginns der Vormund-/Pflegerchaft die Frist noch nicht abgelaufen ist, aber Kontakte zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater, jedoch keine Kontakte zwischen dem Kind und seinem biologischen Vater bestehen, der rechtliche Vater auch zumindest über einen gewissen Zeitraum die Rolle eines sozialen Vaters eingenommen hat und insbesondere dann, wenn die Person des biologischen Vaters gar nicht feststeht, entspricht es nach Auffassung des Instituts allerdings idR nicht den Interessen des Kindes, wenn die Vaterschaft durch das Jugendamt als Vormund/Pfleger angefochten wird.

Vielfach wird jedoch zum Zeitpunkt des Beginns einer Vormund-/Pflegerchaft des Jugendamts die Frist für die Anfechtung der Vaterschaft schon abgelaufen sein und muss daher durch die Fachkraft, die die Aufgaben des Jugendamts als Vormund/Pfleger wahrnimmt, nicht mehr geprüft werden, ob eine Anfechtung im Interesse des Kindes liegt oder nicht: Nach § 1600b Abs. 1 S. 1 BGB kann die Vaterschaft binnen zwei Jahren gerichtlich angefochten werden. Die Frist beginnt nach § 1600b Abs. 2 S. 1 BGB nicht vor der Geburt des Kindes und nicht, bevor die Anerkennung wirksam geworden ist.

Bezogen auf den Sachverhalt ist dem Institut nicht im Einzelnen bekannt, zu welchem Zeitpunkt erstmals Zweifel an der biologischen Vaterschaft des rechtlichen Vaters des Kindes aufgekommen sind. Es ist jedoch davon auszugehen, dass zumindest die Mutter diese Zweifel bereits bei der Geburt des Kindes hatte. Zumindes für die Mutter dürfte die Frist von zwei Jahren daher mit Ablauf von zwei Jahren nach dem

Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Anerkennung abgelaufen sein.

Es stellt sich dann die Frage, welche Auswirkungen es auf die für das Kind geltende Anfechtungsfrist hat, wenn die Mutter des Kindes, bezogen auf den der Anfrage zugrunde liegenden Sachverhalt, wohl als allein zur Sorge Berechtigte gewusst hat, dass der rechtliche Vater nicht der biologische Vater ist. Wie dargelegt, ist hinsichtlich des Fristablaufs für das Kind auf die Kenntnis des/der jeweiligen gesetzlichen Vertreters/Vertreterin abzustellen. Sofern die Mutter bereits bei der Geburt des Kindes Kenntnis davon hatte, dass das Kind nicht von seinem rechtlichen Vater abstammt, endete die Anfechtungsfrist für das Kind ebenso wie die Anfechtungsfrist für die Mutter zwei Jahre nach dem Wirksamwerden der Vaterschaftsanerkennung.

Sofern der Mutter innerhalb dieser zwei Jahre – wie in dem der Anfrage zugrunde liegenden Sachverhalt – dann die elterliche Sorge vollständig entzogen wird, stellt sich sodann die Frage, wie sich der Sorgerechtsentzug auf den Lauf der Frist auswirkt. Insoweit gilt nach ganz überwiegender Meinung, dass dann, wenn die Person des/der gesetzlichen Vertreters/Vertreterin während des Laufs der Frist wechselt, die Frist erst weiterläuft, sobald der/die neue gesetzliche Vertreter/in die erforderlichen Kenntnisse hat, die gegen die Vaterschaft sprechen. Weiterlaufen meint dabei, dass nicht erneut eine zweijährige Frist für die/den „neue/n“ gesetzliche/n Vertreter/in des Kindes beginnt, sondern dieser/diesem für ihre/seine Entscheidung für oder gegen eine Anfechtung der Vaterschaft nur noch der Zeitraum zur Verfügung steht, der im Rahmen der Vertretung durch die/den erste/n gesetzliche/n Vertreter/in – hier die Mutter des Kindes – noch nicht abgelaufen ist (MüKo/Wellenhofer BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1600b Rn. 34).

Bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt hat die die Vormundschaft führende Fachkraft schon seit Längerem Kenntnis von Zweifeln an der Vaterschaft des Mannes. Ob dabei von einer Kenntnis iSd § 1600b Abs. 1 S. 2 BGB ab dem Zeitpunkt der Äußerungen des rechtlichen Vaters des Kindes auszugehen ist oder erst ab dem Zeitpunkt der Äußerungen der Mutter des Kindes, entzieht sich mangels genauer Kenntnis des Sachverhalts einer Einschätzung des Instituts. Eine Addition des Zeitraums des Wirksamwerdens der Vaterschaftsanerkennung und damit des Fristbeginns für die Anfechtung der Vaterschaft durch das Kind – vertreten durch seine Mutter – und des Zeitraums, ab dem die Fachkraft als Vertreter des Kindes Zweifel iSd § 1600b Abs. 1 S. 2 BGB hatte, müsste jedoch ergeben, dass mehr als zwei Jahre verstrichen sind, wenn die Vaterschaftsanerkennung nicht erst unmittelbar vor dem Sorgerechtsentzug und der Herausnahme des Kindes wirksam geworden ist.

Sollte dies nicht der Fall sein, spräche, wie eingangs dargestellt, jedoch auch einiges gegen eine Anfechtung der Vaterschaft durch das Jugendamt als gesetzlicher Vertreter des Kindes. Das Gleiche gilt, wenn eine genauere Sachverhaltsermittlung ergäbe, dass keiner der Beteiligten derzeit gesicherte Kenntnisse zu den Zweifeln an der Vaterschaft iSd § 1600b Abs. 1 S. 2 BGB haben sollte.

Adoptionsrecht

Aufnahme der Daten eines (potenziellen) leiblichen Vaters in die Akte der Adoptionsvermittlungsstelle; Auskunft; Feststellung der leiblichen Vaterschaft nach einer Adoption

§§ 1598a, 1747, 1758 BGB, §§ 9b, 9d AdVermiG

DIJuF-Rechtsgutachten 10.5.2017 – SN_2017_0161 Ho

Ein im Oktober 2012 geborenes Mädchen wurde von seinen zu diesem Zeitpunkt rechtlichen Eltern zur Adoption freigegeben. Die Adoption ist seit Januar 2014 rechtskräftig. Die rechtlichen Eltern und die Adoptiveltern hatten sich, ohne Offenlegung ihrer Daten, persönlich kennengelernt. Das Mädchen wurde von den Adoptiveltern über seine Adoption aufgeklärt und kennt, soweit die Fachkräfte wissen, auch Fotos seiner zu diesem Zeitpunkt rechtlichen Eltern.

Mitte März 2017 meldete sich ein junger Mann, der plausibel erklärte, er käme neben dem ehemals rechtlichen Vater als leiblicher Vater des Mädchens in Betracht, da er in der fraglichen Zeit Verkehr mit der Mutter des Kindes gehabt hätte. Er habe erst vor Kurzem erfahren, dass die Frau ein Kind bekommen und zur Adoption freigegeben habe. Der junge Mann wurde seitens der Fachkräfte dahingehend informiert, dass rechtlich keine Möglichkeit mehr bestehe, gegen die Adoption vorzugehen, da die Adoption seit mehr als drei Jahren rechtskräftig abgeschlossen sei.

Dem jungen Mann wäre es wichtig zu wissen, ob es sich tatsächlich um sein Kind handelt oder nicht. Zudem möchte er, dass für einen medizinischen Notfall der tatsächliche leibliche Vater des Mädchens angesprochen werden könnte. Mit der Mutter habe er darüber gesprochen. Sie räume die Möglichkeit seiner Vaterschaft ein, glaube aber nicht, dass er der Vater sei und habe ihm ein Kontaktverbot erteilt. Die Fachkräfte werden diese Informationen in der Akte hinterlegen.

Für sie stellt sich die Frage, ob die Adoptiveltern informiert werden müssen oder sollten und wenn ja, zum jetzigen Zeitpunkt oder erst später. Sofern die Adoptiveltern informiert werden würden und einem Vaterschaftstest zustimmen würden, ergibt sich für die Fachkräfte die Frage, welchen Personen das Ergebnis bekannt gegeben werden dürfte oder müsste. Zudem wünschen sie Auskunft über die Konsequenzen, die es hätte, wenn der junge Mann sich als leiblicher Vater des Kindes herausstellen sollte, ob etwa ein nachträgliches Vaterschaftsfeststellungsverfahren in Betracht käme.

*

I. Aufnahme der Daten eines (potenziellen) leiblichen Vaters in die Akte

Briefe, Bilder etc eines (potenziellen) leiblichen Vaters können auch ohne Einwilligung der Annehmenden und/oder des Kindes in die Akte aufgenommen werden, denn darüber, ob das Erheben und Speichern dieser Daten erforderlich ist, entscheiden allein die Fachkräfte der Adoptionsvermittlungsstelle nach ihrem fachlichen Ermessen (§ 9d AdVermiG, §§ 67a ff SGB X). Regelmäßig wird die Aufnahme derartiger Schriftstücke im Interesse des Kindes erforderlich sein, um ihm spätestens dann, wenn es sein Akteneinsichtsrecht selbstständig wahrnehmen kann, also mit Vollendung des 16. Lebensjahrs (§ 9b AdVermiG), eine Aufarbeitung seiner Lebensgeschichte zu ermöglichen. Durch die Aufnahme von Briefen, Bildern etc wird das Inkognitogebot des § 1758 BGB nicht verletzt, denn Zugang zu diesen Informationen haben im Grundsatz nur die Annehmenden und das Kind. Für eine Aufnahme der Informationen in den Akten ist es nicht erheblich, ob die leibliche Vaterschaft des Mannes zuvor festgestellt wurde oder nicht. Entscheidend ist die Dokumentation der Anhaltspunkte, aus denen sich für die Fachkräfte

im Jugendamt ergibt oder nicht ergibt, dass es sich bei dem Mann um den Vater des Kindes handeln könnte.

II. Erteilen von Auskünften aus den Akten an den (potenziellen) leiblichen Vater

Ein (potenzieller) leiblicher Vater, der Auskünfte über das Kind oder Einsicht in die Akten der Adoptionsvermittlungsstelle wünscht, hat einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der Adoptionsvermittlungsstelle eines Trägers der öffentlichen Jugendhilfe über seine Begehren (VG Stuttgart 7.7.2015 – 7 K 803/14, JAmt 2015, 622; VG Neustadt 2.10.2015 – 4 K 292/15, JAmt 2015, 619.) Bei ihrer Entscheidung haben die Fachkräfte einer Adoptionsvermittlungsstelle die datenschutzrechtlichen Vorgaben des § 9d Abs. 1 AdVerMiG sowie des SGB X und SGB I zu beachten. Da das Erteilen einer Auskunft keinem der in § 9d Abs. 1 S. 1 AdVerMiG genannten Zweck dient, kommt das Erteilen von Auskünften aus den Akten an den (potenziellen) leiblichen Vater nach den allgemeinen Regelungen zum Sozialdatenschutz trotz des Bestehens eines Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über das Erteilen einer Auskunft im Ergebnis nur in Betracht, wenn und soweit eine Einwilligung der aus datenschutzrechtlicher Perspektive Betroffenen vorliegt. Datenschutzrechtlich Betroffene sind je nach Gegenstand der gewünschten Auskunft das angenommene Kind und/oder die Annehmenden. Sofern das Kind hinsichtlich des Erteilens einer Einwilligung in eine Auskunft noch nicht als einsichts- und urteilsfähig anzusehen ist, entscheiden auch in Bezug auf eine Einwilligung des Kindes die Annehmenden als seine gesetzlichen Vertreter (vgl. ausf. Darstellung von *Hoffmann* JAmt 2015, 590). Erklärt sich das Kind und – falls erforderlich, da es sich um Daten mit Doppelbezug handelt – zudem die Annehmenden mit dem Erteilen einer Auskunft einverstanden, reduziert sich das Ermessen der Fachkräfte der Adoptionsvermittlungsstelle regelmäßig auf null und ist einem (potenziellen) leiblichen Vater im Umfang der gegebenen Einwilligung Auskunft zu erteilen. Der Widerspruch einer leiblichen Mutter gegen das Übermitteln von Daten des Kindes und/oder der Annehmenden an den (potenziellen) leiblichen Vater ist grundsätzlich unbeachtlich, sofern er sich nicht auf das Übermitteln gerade der Daten der leiblichen Mutter bezieht.

III. Feststellung der leiblichen Vaterschaft nach einer Adoption

Halten die Fachkräfte die Darstellung eines Mannes, er sei der leibliche Vater eines Kindes, in dessen Annahme dessen ehemaliger rechtlicher Vater eingewilligt hat, für glaubhaft, empfiehlt sich nach Auffassung des Instituts eine zeitnahe Kontaktaufnahme mit den Annehmenden. Allein die Annehmenden als gesetzliche Vertreter des Kindes sowie der (potenzielle) leibliche Vater haben zu entscheiden, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen sie in eine Feststellung der leiblichen Vaterschaft des (potenziellen) leiblichen Vaters durch einen Gentest einwilligen wollen oder nicht. Eine entsprechende Feststellung ist ohne Weiteres auch unter Wahrung des Inkognitos denkbar. Die genaue Vorgehensweise bei der Feststellung des Bestehens einer genetischen Verwandtschaft

obliegt ebenfalls der Entscheidung des (potenziellen) leiblichen Vaters und der Annehmenden.

Im Rahmen der Adoptionsbegleitung sollten Fachkräfte der Adoptionsvermittlung nach Auffassung des Instituts jedoch auch insoweit ihre Unterstützung und Begleitung anbieten. Den Annehmenden ist bezogen auf den der Anfrage zugrunde liegenden Sachverhalt zu erläutern, dass ihre Stellung als rechtliche Eltern des Kindes durch den (potenziellen) leiblichen Vater nicht gefährdet werden kann. Zwar kennt das BGB Rechte für einen Mann im Annahmeverfahren, der nicht als rechtlicher Vater des Kindes feststeht (vgl. § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB). Diese Sonderregelung bezieht sich jedoch allein auf Männer, die im Annahmeverfahren schon präsent und bekannt sind. Zudem setzt das Bestehen entsprechender Rechte voraus, dass zu diesem Zeitpunkt kein anderer Mann als rechtlicher Vater des Kindes feststeht. Hat das Kind einen rechtlichen Vater, so ist zum Zeitpunkt der Annahme des Kindes allein dieser am Verfahren zu beteiligen, ist nur dessen Einwilligung erforderlich und kann nur er iSd § 1747 Abs. 4 BGB übergangen werden. Insoweit unterscheidet sich die Fallgestaltung von der, die der Entscheidung des BGH vom 18.2.2015 (XII ZB 473/13, JAmt 2015, 267) zugrunde gelegen hat, denn bei dieser ging es um ein durch Samenspende gezeugtes Kind, das von der eingetragenen Lebenspartnerin seiner Mutter adoptiert werden sollte und zum Zeitpunkt der Annahme keinen rechtlichen Vater hatte. Zugleich ist mit den Annehmenden zu erörtern, welche Bedeutung die Kenntnis des leiblichen Vaters für das Kind perspektivisch haben kann.

Mit dem (potenziellen) leiblichen Vater ist zu besprechen, dass seine Kontaktdaten, sein Kontaktwunsch, Briefe etc dem Kind spätestens zugänglich sein werden, sobald das Kind von sich aus Einsicht in die Akten über seine Annahme nimmt, und dass das Kind ab Vollendung des 16. Lebensjahrs nach § 9b Abs. 2 S. 1 AdVerMiG ein eigenes Einsichtsrecht in die Vermittlungsakten besitzt.

IV. Information über die Ergebnisse eines Gentests

Weder der (potenzielle) leibliche Vater des Kindes noch das Kind – vertreten durch die Annehmenden – sind zur Einwilligung in einen Gentest verpflichtet. Entsprechende Verpflichtungen bestehen nach § 1598a BGB allein zwischen rechtlich Verwandten. Die Annehmenden können das Erteilen einer stellvertretenden Einwilligung zudem mit der Bedingung verknüpfen, dass eine Information über das Ergebnis dem (potenziellen) leiblichen Vater nur mit ihrer Einwilligung bekannt gegeben wird. Die Erklärung der Annehmenden, dass das Ergebnis dem (potenziellen) leiblichen Vater bekannt zu geben ist, ist zudem jederzeit widerrufbar. Über diese rechtlichen Rahmenbedingungen sind sowohl der (potenzielle) leibliche Vater als auch die Adoptiveltern zu informieren. Auch eine Aufnahme des Ergebnisses in die Akten setzt – anders als die Dokumentation der Kontaktaufnahme des (potenziellen) leiblichen Vaters und der Vermutungen der Fachkräfte über seine leibliche Vaterschaft – eine Einwilligung des Kindes, vertreten durch die Annehmenden, voraus. Keineswegs kann in der Einwilligung in den Gentest eine konkludente Einwilligung in die Bekanntgabe von dessen Ergebnis gesehen werden.

V. Nachträgliches gerichtliches Vaterschaftsfeststellungsverfahren

Ein nachträgliches gerichtliches Vaterschaftsfeststellungsverfahren würde wie jedes gerichtliche Vaterschaftsfeststellungsverfahren voraussetzen, dass das Kind zu einem Zeitpunkt X keinen rechtlichen Vater gehabt hätte. Bezogen auf den der Anfrage zugrunde liegenden Sachverhalt hatte das Kind jedoch durchgängig einen rechtlichen Vater. In dieser Konstellation würde demnach ein Verfahren zur nachträglichen gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung zunächst ein gerichtliches Verfahren zur nachträglichen Anfechtung der Vaterschaft des Mannes voraussetzen, der zum Zeitpunkt der Annahme des Kindes als dessen rechtlicher Vater galt. Ein Verfahren zur nachträglichen gerichtlichen Vaterschaftsanfechtung kennt das deutsche Recht jedoch nicht. Eine nachträgliche gerichtliche Feststellung des (potenziellen) leiblichen Vaters des Kindes als dessen rechtlicher Vater vor der Annahme scheidet daher auch dann aus, wenn als Ergebnis eines Gentests festgestellt werden sollte, dass der derzeit nur potenzielle leibliche Vater des Kindes tatsächlich sein leiblicher Vater sein sollte.

Ergänzend ist anzumerken, dass das deutsche Recht eine Anfechtung der Vaterschaft eines Mannes, der rechtlicher Vater eines Kindes durch einen familiengerichtlichen Annahmebeschluss wurde, ebenfalls nicht kennt. Vor dem Hintergrund, dass Väter qua Adoption eine bereits gerichtlich festgestellte sozial-familiäre Beziehung zu ihrem Kind besitzen, da Adoptionspflege und die Erwartung des Entstehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses Voraussetzungen für den Anspruch einer Annahme sind (§ 1741 Abs. 1 BGB, § 1744 BGB), erscheint es auch konsequent, wenn eine Anfechtung der Vaterschaft qua Adoption durch den biologischen Vater nicht möglich ist. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG ist zudem davon auszugehen, dass die fehlende Möglichkeit nicht gegen die EMRK oder Art. 6 Abs. 2 GG verstößt.

Ein (potenzieller) leiblicher Vater hat zudem *de lege lata* ebenso wie die ehemals rechtlichen Eltern des Kindes nach einer Annahme keinen Anspruch auf Umgang mit dem Kind. Insbesondere ist die Regelung in § 1686a BGB auf einen (potenziellen) leiblichen Vater gegenüber einem adoptierten Kind nicht anwendbar. Ebenso wie in Bezug auf die Möglichkeit zur Vaterschaftsanfechtung differenziert das BGB zwischen einer Vaterschaft qua Anerkenntnis oder Ehe und einer Vaterschaft qua Adoption und ist zudem wiederum das Inkognitogebot des § 1758 BGB zu beachten.

Bei Reformen im materiellen Adoptionsrecht des BGB, die ehemals rechtlichen Eltern nach einer Annahme mehr Rechte, etwa Auskunfts- und Umgangsrechte, einräumen, wird mitzudenken sein, ob bzw. in welchem Umfang auch Ansprüche (potenziell) leiblicher Väter, die nie rechtliche Väter des Kindes waren, normiert werden sollten (vgl. *Hoffmann* JAmt 2015, 590 sowie VG Neustadt 2.10.2015 – 4 K 292/15, JAmt 2015, 619, das schon *de lege lata* das Bestehen eines Anspruchs aus § 1686a BGB annimmt; vgl. allg. zum Reformbedarf die Arbeitsergebnisse des Arbeitskreises [AK] 24 des 21. Deutschen Familiengerichtstags eV [DFGT] im Oktober 2015 zum Reformbedarf im Adoptionsrecht, abrufbar unter www.dfgt.de/resources/2015_Arbeitskreis_24.pdf).

Sorgerecht

Mitwirkung des Jugendamts in einem Verfahren nach § 1666 BGB wegen Einleitung eines Insolvenzverfahrens gegen einen sorgeberechtigten Elternteil

§ 50 SGB VIII, §§ 1666, 1667 BGB, § 162 FamFG

DIJUF-Rechtsgutachten 24.5.2017 – SN_2017_0281 Lh

Das Jugendamt wird vom zuständigen Familiengericht regelmäßig um eine Stellungnahme in einem Verfahren bei Kindeswohlgefährdung gebeten, wenn gegen einen oder beide Elternteile ein Insolvenzverfahren eingeleitet wurde. Aktuell geht es um einen Fall, in dem gegen den getrennt lebenden, mitsorgeberechtigten Vater ein Insolvenzverfahren eingeleitet wurde. Dem Jugendamt ist die Familie bekannt, weil im Haushalt der Mutter Hilfen zur Erziehung erbracht werden.

Das Jugendamt ist der Auffassung, keine Stellungnahme abgeben zu müssen, da eine prophylaktische Überprüfung familiärer Verhältnisse durch das Jugendamt nicht geboten ist und bittet um rechtliche Stellungnahme.

*

I. Gefährdung des Kindesvermögens wegen Insolvenz eines Elternteils

Festzuhalten ist zunächst, dass aus Sicht des Instituts eine automatische Einleitung eines Verfahrens nach § 1666 BGB, sobald ein Insolvenzverfahren gegen einen sorgeberechtigten Elternteil eingeleitet wird, fragwürdig erscheint. Zwar wird über § 1666 BGB auch das Kindesvermögen geschützt, aber familiengerichtliche Maßnahmen sind auch hier erst dann gerechtfertigt, wenn eine gegenwärtige, konkrete Gefahr für das Vermögen des Kindes besteht (*MüKo/Olzen* BGB, 6. Aufl. 2012, BGB § 1666 Rn. 125). Eine Einleitung eines Verfahrens nach § 1666 BGB wäre demnach erst dann gerechtfertigt, wenn sich im Zuge des Insolvenzverfahrens gegen den sorgeberechtigten Elternteil vermögensrechtliche Nachteile für das Kind ergeben bzw. zu ergeben drohen, etwa die Herkunft und der Verbleib von Vermögenswerten des Kindes nicht aufgeklärt werden können oder das Kind Gerichtsverfahren ausgesetzt ist, die vom Treuhänder über das Vermögen des Elternteils bzw. von anderen Gläubigern gegen das Kind eingeleitet werden (vgl. KG 5.6.2009 – 13 UF 113/08, FamRZ 2009, 2102).

Ob im vorliegenden Fall gerechtfertigt ist, ein Verfahren nach § 1666 BGB einzuleiten, vermag das Institut mangels Kenntnis der näheren Umstände des Falls nicht zu beurteilen. Letztlich obliegt diese Entscheidung jedoch dem Familiengericht.

II. Mitwirkung des Jugendamts in einem Verfahren wegen Gefährdung des Vermögens des Kindes

1. Allgemeine Grundsätze zur Mitwirkung des Jugendamts

In allen Verfahren vor dem Familiengericht, die die Person des Kindes betreffen, ist das Jugendamt anzuhören (§ 162 Abs. 1 S. 1 FamFG). Die Anhörung muss dem Wortlaut nach – anders als etwa die Anhörung der Eltern (vgl. § 160 Abs. 1 FamFG) – nicht zwingend persönlich, sondern kann auch bspw. schriftlich erfolgen.

Spiegelbildlich sieht das SGB VIII in § 50 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 in Kindschaftssachen die Mitwirkung des Jugendamts vor. Die Mitwirkung des Jugendamts im familiengerichtlichen Verfahren besteht insbesondere darin, dass das Jugendamt über die angebotenen und erbrachten Leistungen berichtet,

erzieherische und soziale Gesichtspunkte zur Entwicklung des Kindes einbringt und auf weitere Hilfemöglichkeiten hinweist (§ 50 Abs. 2 SGB VIII).

Über den Inhalt und den Umfang der Unterrichtung entscheidet das Jugendamt grundsätzlich im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens (FK-SGB VIII/Trenczek, 7. Aufl. 2013, SGB VIII § 50 Rn. 21, 11 mwN). Auch über die Form der Mitwirkung entscheidet das Jugendamt grundsätzlich im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens (FK-SGB VIII/Trenczek SGB VIII § 50 Rn. 10, 12). Nur für die in Kindschaftssachen vorgesehene Unterrichtung im sog. frühen ersten Termin in Kindschaftssachen über den Stand des Beratungsprozesses (§ 50 Abs. 2 S. 2 SGB VIII) gilt, dass diese idR mündlich zu erfolgen hat (FK-SGB VIII/Trenczek SGB VIII § 50 Rn. 12 mit Verw. auf BT-Drs. 16/6308, 236; Willutzki ZKJ 2006, 224)

Das „Ob“ der Stellungnahme steht dem Jugendamt dagegen nicht zur Disposition (FK-SGB VIII/Trenczek SGB VIII § 50 Rn. 12). Dies folgt aus dem Wortlaut des § 50 SGB VIII. Danach „hat“ (nicht „soll“ oder „kann“) das Jugendamt in Kindschaftssachen mitzuwirken.

2. Gefährdung des Kindesvermögens als Verfahren betreffend die Person des Kindes?

Nun stellt sich die Frage, ob diese Mitwirkungsaufgabe nach § 50 SGB VIII dem Jugendamt auch in einem Verfahren wegen Gefährdung des Vermögens des Kindes obliegt.

Nach dem FamFG hat das Familiengericht das Jugendamt anzuhören nur in Verfahren, die die Person des Kindes betreffen. Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, sind nach höchstrichterlicher Rechtsprechung keine Verfahren, die ausschließlich vermögensrechtliche Angelegenheiten zum Gegenstand haben – wie bspw ein Verfahren auf Genehmigung einer Erbausschlagung durch ein minderjähriges Kind (BGH 23.11.2011 – XII ZB 293/11, FamRZ 2012, 292). Allerdings dürfe der Begriff „Verfahren, die die Person des Kindes betreffen“ auch nicht so eng verstanden werden, dass nur in Verfahren betreffend die Personensorge eine Anhörungspflicht bestünde. Ist sowohl die Personensorge als auch die Vermögenssorge betroffen, handle es sich daher um ein Verfahren, das die Person des Kindes betrifft (BGH 23.11.2011 – XII ZB 293/11, FamRZ 2012, 292). Dieses Verständnis deckt sich mit der Gesetzesbegründung, in der ausgeführt wird (BT-Drs. 16/6038, 241):

„Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, sind nicht nur solche, die die elterliche Sorge oder die Personensorge betreffen, sondern auch alle sonstigen Kindschaftssachen, die das Kind betreffen und nicht ausschließlich vermögensrechtlicher Art sind.“

Das gleiche Verständnis findet sich in § 50 Abs. 1 SGB VIII wieder, auch wenn der Wortlaut etwas abweichend ist: Nach § 50 Abs. 1 S. 1 SGB VIII unterstützt das Jugendamt das Familiengericht „bei allen Maßnahmen, die die Sorge für die Person von Kindern und Jugendlichen betreffen“. Nach dem eigentlichen, eng verstandenen Wortlaut ergäbe sich somit in einem Verfahren wegen einer möglichen Gefährdung des Kindesvermögens von vornherein keine Unterstützungspflicht. Nach § 50 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB VIII hat das Jugendamt allerdings in Kindschaftssachen mitzuwirken. Eine Beschränkung der Mitwirkung auf Verfahren betreffend die

Personensorge wird in diesem Satz nicht vorgenommen. In der jugendhilferechtlichen Literatur werden zwar unterschiedliche Auffassungen über den Verpflichtungsgrad der jeweiligen Sätze vertreten (FK-SGB VIII/Trenczek, 7. Aufl. 2013, SGB VIII § 50 Rn. 8; LPK-SGB VIII/Kunkel, 5. Aufl. 2014, SGB VIII § 50 Rn. 24: kein weitergehender Verpflichtungsgrad in S. 2; aA Wiesner/Wapler SGB VIII, 5. Aufl. 2015, SGB VIII § 50 Rn. 10), weitgehende Einigkeit besteht jedoch insoweit, dass sich beide Sätze auf einen einheitlichen Katalog von Verfahrensgegenständen beziehen und parallel zu § 162 FamFG eine Mitwirkungsaufgabe des Jugendamts in allen Verfahren, die die Person des Kindes betreffen, annehmen, also auch in sonstigen Kindschaftssachen, sofern die Angelegenheit nicht ausschließlich vermögensrechtlicher Art ist (FK-SGB VIII/Trenczek SGB VIII § 50 Rn. 3; LPK/Kunkel SGB VIII § 50 Rn. 47).

Demnach kommt es darauf an, ob ein Verfahren nach § 1666 BGB wegen einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls ein Verfahren *ausschließlich vermögensrechtlicher Art* ist. Nun ließe sich einerseits vertreten, dass ein möglicher Teilentzug der elterlichen Sorge – auch wenn es sich „nur“ um die Vermögenssorge – handelt, stets auch die Person des Kindes betrifft und daher kein Verfahren ausschließlich vermögensrechtlicher Art vorliegt. Andererseits gilt es, einem pauschalen Schnellschuss von der Insolvenz eines sorgeberechtigten Elternteils auf eine vage, generelle Kindeswohlgefährdung vorzubeugen. Zwar lässt sich in der Praxis beobachten, dass in schwierigen Familienverhältnissen knappe materielle Ressourcen häufig als weiterer Belastungsfaktor hinzukommt, ein Grundlage für eine staatliche Kinderschutz-Intervention lässt sich allein aus der Insolvenz eines sorgeberechtigten Elternteils jedoch nicht ableiten (s. unter I.). Sinn und Zweck der Mitwirkung des Jugendamts als sozialpädagogischer Fachbehörde ist vorrangig die Einbringung erzieherischer und sozialer Gesichtspunkte zur Entwicklung des Kindes, nicht die Ermittlung etwaigen vermögensgefährdenden Verhaltens seitens der sorgeberechtigten Eltern.

Fordert das Familiengericht das Jugendamt zu einer Stellungnahme in einem Verfahren nach § 1666 BGB auf, das allein auf den Umstand der Insolvenz eines sorgeberechtigten Elternteils beruht, kommt allenfalls eine Gefährdung des Vermögens des Kindes und folglich, wenn überhaupt, nur eine Maßnahme im Bereich der Vermögenssorge in Betracht. Daher ist es nach hier vertretener Auffassung gerechtfertigt, die Mitwirkung abzulehnen unter dem Hinweis, dass das Jugendamt nur zur Mitwirkung in Verfahren betreffend die Person des Kindes verpflichtet ist und es sich vorliegend um ein Verfahren rein vermögensrechtlicher Art handelt.

Diplomatischer und der zukünftigen Zusammenarbeit von Familiengericht und Jugendamt zuträglicher wäre sicherlich eine kurze schriftliche Stellungnahme, dass aus Sicht des Jugendamts keine Anhaltspunkte gegeben sind, die familiengerichtliche Maßnahmen im Bereich der Personensorge erforderlich machen und die Beurteilung möglicherweise erforderlicher Maßnahmen im Bereich der Vermögenssorge außerhalb des Aufgaben- und Kompetenzbereichs des Jugendamts liegen, da eine Anhörung und Mitwirkung des Jugendamts in Verfahren, die ausschließlich vermögensrechtlicher Art sind, nicht vorgesehen sei (§ 162 Abs. 1 S. 1 FamFG, § 50 Abs. 1 S. 1 SGB VIII).

Sorgerecht

Voraussetzungen einer Sorgerechtsvollmacht

§§ 167, 1629 Abs. 1 BGB, § 1666 BGB

DIJuF-Rechtsgutachten 19.6.2017 – SN_2017_0329 Ho

Im Jugendamt wird diskutiert, ob die Großmutter eines Kindes zur Erklärung der Einwilligung in eine Hilfe zur Erziehung aufgrund einer Sorgerechtsvollmacht berechtigt ist, wenn der Aufenthaltsort – wie im Jugendamt bekannt – der Tochter bzw. der Mutter des Kindes zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht bekannt ist. Die Fachkräfte des Jugendamts sind der Auffassung, dass dann eine Bestellung der Großmutter zumindest für das Beantragen von Leistungen nach dem SGB VIII als Pfleger erforderlich ist. Das zuständige Familiengericht hat die Bestellung unter Hinweis auf die Sorgerechtsvollmacht abgelehnt.

*

Nach Auffassung des Instituts kommt das Erteilen einer Sorgerechtsvollmacht auch für wesentliche Angelegenheiten – wie das Erteilen einer Einwilligung in eine Hilfe zur Erziehung – in Betracht. Allerdings ist zu beachten, dass ein Elternteil bzw. die Eltern auch nach dem Erteilen einer Sorgerechtsvollmacht Inhaber der elterlichen Sorge ist bzw. sind und er oder sie sich seinen bzw. ihren Rechten und Pflichten durch das Erteilen einer Sorgerechtsvollmacht nicht entziehen oder entledigen kann bzw. können. Der sorgeberechtigte Elternteil bleibt bzw. die sorgeberechtigten Eltern bleiben Garant für das Wohl des Kindes oder Jugendlichen (vgl. insg. *Hoffmann FamRZ* 2011, 1544). Er hat bzw. sie haben die/den Sorgerechtsbevollmächtigte/n sorgfältig auszuwählen, zu informieren, ihr/sein Handeln zu kontrollieren und zu überwachen. Bei einer mangelhaften bzw. vollständig fehlenden Kontrolle des/der Sorgerechtsbevollmächtigten ist das Wohl des Kindes regelmäßig gefährdet, denn das Kind bedarf in der Person des Sorgeberechtigten und nicht des Sorgerechtsbevollmächtigten eines/einer seine Interessen währenden Vertreters/Vertreterin.

Das Institut vertritt daher die Auffassung, dass alle Entscheidungen in wesentlichen Angelegenheiten aufgrund des Charakters der elterlichen Sorge als pflichtgebundenes, auf das Wohl des Kindes bezogenes Recht zwar keine höchstpersönliche Entscheidung der Sorgeberechtigten, im Innenverhältnis aber deren auf die Einzelfallentscheidung bezogenes Einverständnis mit der Entscheidung des/der Sorgerechtsbevollmächtigten voraussetzen. Ein auf den Einzelfall bezogenes Einverständnis in wesentlichen Angelegenheiten ist entsprechend dem Rechtsgedanken des § 1629 Abs. 1 S. 4 BGB entbehrlich, wenn Gefahr im Verzug vorliegt. Eine ohne Einverständnis im Innenverhältnis und ohne Vorliegen von Gefahr im Verzug abgegebene Erklärung des/der Sorgerechtsbevollmächtigten ist im Außenverhältnis jedoch nach allgemeinen Regeln wirksam, wenn kein offensichtlicher Missbrauch der Sorgerechtsvollmacht vorliegt. Bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt kommt diese Ausnahme jedoch nicht zum Tragen, da den Fachkräften im Jugendamt der unbekannt Aufenthaltsort der Mutter, demnach der fehlende Kontakt zwischen der Mutter und ihrer Mutter, also der Großmutter des Kindes, bekannt ist.

Diese Voraussetzungen einer Vertretung über das Erteilen einer Sorgerechtsvollmacht in wesentlichen Angelegenheiten des Kindes werden nach den Anfragen, die das Institut erreichen, in der Praxis der Familiengerichte teilweise nicht

immer hinreichend beachtet (vgl. ausf. *Hoffmann JAmt* 2015, 6, abrufbar unter www.kijup-online.de). Andererseits spricht das Erfordernis einer Rücksprache mit den sorgeberechtigten Eltern bzw. dem sorgeberechtigten Elternteil keineswegs gegen die Ausübung von elterlicher Sorge, sondern ist auch eine Aufforderung zu einem weiteren bzw. verstärkten Bemühen zur Einbeziehung des sorgeberechtigten Elternteils bzw. der sorgeberechtigten Eltern. Bezogen auf den der Anfrage zugrunde liegenden Sachverhalt empfiehlt sich aus der Perspektive des Instituts eine erneute Vorsprache beim Familiengericht bzw. das Anregen eines Verfahrens nach §§ 1666, 1666a BGB – auch unter Hinweis darauf, dass entsprechend der von *Hoffmann* in *JAmt* 2015, 6 dargestellten Entscheidungen des OLG Hamm und OLG Stuttgart bei Nichtbestellung der Großmutter zur Pflegerin das Einlegen einer Beschwerde erwogen wird.

Unterhaltsrecht

Höhe des Anspruchs auf Unterhalt sowie auf Unterhaltsvorschuss im Mangelfall, wenn der Schuldner grundsätzlich die Kosten einer privaten Krankenversicherung des Kindes zu zahlen hätte, aber tatsächlich nicht neben dem Elementarunterhalt leisten kann

§§ 366, 407, 1603 BGB, § 7 UVG

DIJuF-Rechtsgutachten 9.6.2017 – SN_2017_0317

Das minderjährige Kind ist über den betreuenden Elternteil privat krankenversichert. Der unterhaltspflichtige Elternteil hat geringes Einkommen, es ergibt sich eine Mangelfallberechnung, im Ergebnis sogar unter UVG-Höhe (das Einkommen des betreuenden Elternteils ist geringer als doppelt so hoch wie das des unterhaltspflichtigen Elternteils).

Ist in diesem Fall gemäß Leitlinien des KG (Ziff. 11.1) der Beitrag zur privaten Krankenversicherung zuerst vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen abzusetzen, sodass sich im Ergebnis geringerer laufender Unterhalt ergibt? Oder ist mit „Tabellenunterhalt“ gemeint, dass nur bei Leistungsfähigkeit mindestens in Höhe des Mindestunterhalts der Krankenversicherungsbeitrag vom Unterhaltspflichtigen zu zahlen ist und entsprechend von seinem Einkommen abgesetzt werden muss?

Die letzte Position vertritt im Beispielfall die UVG-Stelle. Der Beistand dagegen ist der Auffassung, dass zunächst der Beitrag für die Krankenversicherung vom Unterhaltspflichtigen zu zahlen ist und Unterhalt nur gemäß dem verbleibenden Einkommen gefordert werden kann. Der entsprechende Fehlbetrag wäre von der UVG-Stelle an den betreuenden Elternteil zu zahlen.

*

I. Vorbemerkung

Vorab ist auf Folgendes hinzuweisen: Die vom Jugendamt genannte Einkommensrelation der Eltern schließt nicht von vornherein aus, dass sich auch der Betreuende am Barunterhalt zu beteiligen hat. Zur Orientierung hierüber zu empfehlen ist DIJuF-Themengutachten TG-1120 (DIJuF/*Knittel/Birnstengel* Themengutachten, Stand: 5/2015, TG-1120, abrufbar unter www.kijup-online.de). Die Problematik wird dort unter Fragen 1 und 2 eingehend dargelegt.

Dass laut Sachverhaltsmitteilung das Einkommen des betreuenden Elternteils „nicht einmal doppelt so hoch“ sei wie das des barunterhaltspflichtigen Elternteils, schließt nicht aus, dass der Betreuende als anderer barunterhaltspflichtiger Verwandter iSv § 1603 Abs. 2 S. 3 Halbs. 1 BGB betrachtet werden kann (hierzu und zu den Konsequenzen DIJuF/*Knittel/Birnstengel* Themengutachten TG-1120 Frage 1).

II. Grundsätzliche Aussage der Leitlinien und finanzielle Größenordnung

Die in der Anfrage angesprochene Aussage der Leitlinien des KG unter Nr. 11.1 lautet:

„Die Bedarfssätze der Düsseldorfer Tabelle gehen davon aus, dass das Kind ohne zusätzliche Aufwendungen krankenversichert ist. Besteht für das Kind eine freiwillige Krankenversicherung, so sind die hierfür erforderlichen Beträge vom Unterhaltsverpflichteten zusätzlich zu zahlen, [...]“

Diese Vorgabe der Leitlinien ist für sich genommen klar und entspricht allgemeiner Auffassung. Die hierfür aufzuwendenden Versicherungsbeiträge bewegen sich in der Größenordnung von ca 100 EUR. Die von vielen Versicherungsunternehmen angebotenen Kinder- und Jugendtarife sind nämlich deutlich günstiger als die normalen Tarife in der privaten Krankenversicherung. Ein Grund dafür: Kinder sind sehr günstige Patienten – außer den Vorsorgeuntersuchungen verursachen sie kaum Kosten. Anders als Erwachsene müssen sie meist nicht zum Facharzt gehen oder regelmäßig Medikamente einnehmen. Ein weiterer Grund für die günstigen Kinder- und Jugendtarife: Bis zum Alter von 21 Jahren bilden die privaten Krankenversicherer noch keine Altersrückstellungen. Erst bei Erwachsenen erheben sie Zuschläge, um die Beiträge im Alter konstant zu halten. Ein Teil dieser Rückstellungen geht beim Wechsel des Krankenversicherers dann verloren. Bei Kindern und Jugendlichen führt ein Anbieterwechsel dagegen nicht zu zusätzlichen Kosten (zum Ganzen www.finanztip.de/pkv/pkv-kinder/, Abruf: 9.6.2017).

III. Übernahme der Beiträge durch Direktzahlung oder Erstattung

Die Übernahme der Beiträge ist auf zweifache Art möglich: Zum einen könnte der Unterhaltspflichtige diese direkt an das Versicherungsunternehmen zahlen. Dadurch begibt sich aber der das Kind betreuende Elternteil der unmittelbaren Kontrolle, ob die Prämien auch wirklich erbracht werden. Gerade bei engen finanziellen Verhältnissen des Schuldners wird wohl nicht selten die Befürchtung bestehen, dass dieser ohne Vorankündigung die Beitragsleistung einstellen und das Kind somit überraschend ohne Krankenversicherungsschutz lassen könnte. Vermutlich werden deshalb nicht wenige Obhut-Elternteile darauf bestehen, die Prämien selbst zu zahlen, aber vom Schuldner erstattet zu erhalten. Ein weiteres Motiv hierfür kann darin liegen, dass dieser Elternteil den Versicherungsvertrag bereits abgeschlossen und die monatliche Abbuchung der Prämienzahlungen in die Wege geleitet hat, bevor geklärt ist, ob der Schuldner zu deren Finanzierung herangezogen werden kann. Allein die gewisse Umständlichkeit, die Banküberweisung nunmehr vom Obhut-Elternteil auf den Barunterhaltspflichtigen umzustellen, wird dann häufig dazu führen, diesen lediglich zur Erstattung der bereits eingespielten unmittelbaren Zahlungen an den Versicherer aufzufordern.

IV. Zur Absetzung der Beiträge vom Einkommen des Pflichtigen

Die Fragestellung greift sodann die nachfolgende Einschränkung der Leitlinien des KG unter Ziff. 11.1 auf:

„[...] zur Ermittlung des Tabellenunterhalts jedoch vom Einkommen des Pflichtigen abzusetzen.“

Das ist wiederum für sich genommen schlüssig, wenn der Unterhaltspflichtige tatsächlich die Krankenversicherungsbeiträge unmittelbar zahlt bzw dem Kind erstattet. Denn in der in den Leitlinien zunächst festgelegten Zusatzverpflichtung liegt eine Abweichung vom Regelfall, den die Tabelle unterstellt (Mitversicherung des Kindes in der GKV ohne zusätzliche finanzielle Belastung eines Elternteils). Es ist dann nur folgerichtig, dass ein Elternteil, den dennoch eine solche finanzielle Mehrbelastung durch die Krankenversicherungsbeiträge trifft, andererseits dadurch entlastet wird, dass er diese Beiträge wiederum einkommensmindernd absetzen kann.

Bei auskömmlichen finanziellen Verhältnissen des Schuldners wird ein solcher Abzug vom Einkommen in der Größenordnung von 100 EUR keine gewichtigen Auswirkungen haben. Er mag vielleicht in Grenzfällen einmal dazu führen, dass eine Herabstufung geboten ist oder eine Hinaufstufung zu unterbleiben hat.

Anders verhält sich dies in Mangelfällen: Es sei einmal angenommen, der nur gegenüber einem fünfjährigen Kind barunterhaltspflichtige Schuldner habe ein unbestrittenes und nicht erhöhbares Nettoeinkommen von 1.250 EUR. Die Unterhaltspflicht beträgt $(342 - 96 =) 246$ EUR. Er kann von Haus aus nur 170 EUR erbringen. Wird er nun aufgefordert, vorab – durch Direktzahlung oder Erstattung – die Krankenversicherungsbeiträge iHv 100 EUR für das Versicherungsunternehmen zu leisten, verbleiben für den allgemeinen Grundbedarf des Kindes statt der ohnehin unzureichenden 170 EUR nur noch 70 EUR.

V. Vorrangige Anrechnung der Schuldnerzahlung auf den PKV-Beitrag?

Das Jugendamt verlagert deshalb die Fragestellung aus gutem Grund darauf, ob – entsprechend seiner Meinung – ein vom Barunterhaltspflichtigen bezahlter Mangelfall-Betrag *vorrangig* auf die Krankenversicherung angerechnet werden müsse.

Auf den ersten Blick könnte folgende Überlegung *gegen* eine solche Abstufung sprechen. MüKo/Born (BGB, 7. Aufl. 2017, BGB § 1610 Rn. 68) führt hierzu allgemein aus [*unter Weglassung der Fußnoten und mit Hervorhebungen durch den Verf.*]:

„Bei fehlender Mitversicherung, zB bei Selbständigen, Beamten, Richtern oder Soldaten, hat das Kind *neben* dem Tabellenunterhalt [...] zusätzlich Anspruch auf Bezahlung des Krankenversicherungsbeitrags, was seit dem 1.7.1992 in der Düsseldorfer Tabelle ausdrücklich klargestellt [...] und in den Leitlinien [...] von zahlreichen Oberlandesgerichten anerkannt ist [...]“

Die auch vom KG in den Leitlinien verwendete Formulierung „zusätzlich“ sowie der Ausdruck bei MüKo/Born (BGB § 1610 Rn. 68) „neben dem Tabellenunterhalt“ scheinen uE jedenfalls nicht von vornherein unbedingt dafür zu sprechen, dass Zahlungen des Schuldners ohne Rücksicht auf den übrigen elementaren Bedarf des Kindes zunächst auf den Krankenversicherungsbeitrag anzurechnen wären. Eher könnte man hieraus ableiten, dass womöglich der Grundbedarf vorgehe.

Allerdings sei nicht verschwiegen, dass man das wohl auch differenzierter sehen kann. So hat der BGH in einer Entscheidung zum nahehelichen Unterhalt (7.12.1988 – Vb ZR 23/88 Rn. 24, FamRZ 1989, 483) ausgeführt:

„Dabei ist allerdings zu beachten, dass anders als beim Altersvorsorgeunterhalt (insoweit vgl. Senatsurteil vom 25. Februar 1981 – IVb ZR 543/80 – FamRZ 1981, 442, 445) *kein grundsätzlicher Vorrang des laufenden Unterhalts besteht*, weil auch die *Versicherung gegen Krankheit als wichtiger Teil des gegenwärtigen Unterhaltsbedarfs* des Berechtigten angesehen werden muss [...]“

Die dort nachfolgenden Ausführungen des Senats knüpfen allerdings als verstärkendes Argument daran an, dass „nach dessen Gesundheitszustand damit zu rechnen ist, dass er auf häufige ärztliche Betreuung angewiesen sein wird“, was im damals entschiedenen Sachverhalt offensichtlich der Fall war.

Legt man unabhängig hiervon in Anlehnung an den BGH (7.12.1988 – Vb ZR 23/88) die These vom Versicherungsschutz gegen Krankheit als „wichtigen Teil des gegenwärtigen Unterhaltsbedarfs“ auch eines Kindes zugrunde, bleibt allerdings kein Raum mehr für eine Abschichtung in dem zuvor diskutierten Sinne. Folglich müsste im Mangelfall eine vom Schuldner geleistete Zahlung ggf. grundsätzlich *auch* auf den Anspruch des Kindes auf Krankenversicherungsschutz als Teil des Gesamtunterhalts angerechnet werden.

Die Frage ist allerdings, wer oder was darüber bestimmt, dass und in welcher Weise die Anrechnung der Zahlungen – ganz oder teilweise – auch auf den Krankenvorsorgeunterhalt vorgenommen werden soll. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Schuldner nicht die Prämien unmittelbar an das Versicherungsunternehmen leistet, sondern im Sinne des obigen Zahlen-Beispiels den ihm möglichen Gesamtbetrag von 170 EUR an den anderen Elternteil überweist.

Von einem automatischen Vorrang kann man wohl eher nicht ausgehen: Ebenso wie der Elementarunterhalt keine Vorzugstellung gegenüber dem Krankenvorsorgeunterhalt beanspruchen kann, lässt sich nicht einfach in Umkehrung der Verhältnisse etwa von Gesetzes wegen behaupten, dass Zahlungen stets vorrangig *auf die Krankenvorsorge* angerechnet werden müssten. Ob allein der Gesichtspunkt reicht, „dass der KV-Beitrag natürlich voll gezahlt werden muss, damit das Kind krankenversichert ist“, erscheint bei dieser Konstellation der nicht unmittelbaren Leistung an das Versicherungsunternehmen zunächst einmal fraglich. Schließlich könnte man ebenso argumentieren, dass der Tabellenunterhalt natürlich voll gezahlt werden müsse, damit das Kind ernährt, bekleidet und beherbergt werden kann.

Ist eine solche Anordnung dem Schuldner vorbehalten, also im Sinne einer Tilgungsbestimmung vergleichbar etwa § 366 Abs. 1 BGB? Wie verhält es sich dann bei Schweigen des Schuldners hierzu oder bei Einziehung des Unterhalts im Wege der Zwangsvollstreckung, wo nach allgemeiner Auffassung nicht diese Bestimmung gelten soll, sondern § 366 Abs. 2 BGB, also eine gesetzlich festgelegte Tilgungsreihenfolge?

Jedenfalls neigen wir der Ansicht zu, dass es keine einfach zu begründende Patentlösung für die Fragestellung gibt. Selbst die aufgrund der BGH-Äußerungen naheliegende Ansicht, der Elementarunterhalt auch eines Kindes gehe nicht dem Anspruch auf Krankenvorsorge vor, vermag keine rundum zufriedenstellende Antwort auf die sich hieran anschließenden Fragen zu bieten. Wir können insoweit nur die mitgeteilte Einschätzung des Jugendamts bestätigen, dass sich wegweisende Erkenntnisse aus Rechtsprechung und Literatur hierzu nicht finden lassen.

Wenn man unbedingt ein Argument suchen will, um die vorrangige Tilgung des geschuldeten Krankenvorsorgeunterhalts zu begründen, bleibt wohl nichts anderes übrig, als unbeschadet der geäußerten Zweifel auf den schon erörterten Gesichtspunkt zurückzugreifen: Das Kind benötigt eine Krankenversicherung, für welche die Prämien in voller Höhe aufgebracht werden müssen. Ein Versicherungsschutz zu einer nach Mangelfallgesichtspunkten gekürzten Prämie ist nicht erhältlich. Hierfür tritt auch kein anderer Träger ersatzweise ein, um den Krankenversicherungsschutz durch Sozialleistungen zu gewährleisten. Würde der Schuldner im Übrigen direkt an den Versicherer zahlen, stellt sich das Problem einer „Anrechnungsbestimmung“ von vornherein nicht.

VI. Eintrittspflicht der UVG-Stelle für den Unterhaltsfehlbetrag bei Vorwegberücksichtigung der Krankenversicherungsbeiträge?

Unabhängig hiervon halten wir die nachstehende Schlussfolgerung der Anfrage nicht für überzeugend: „*Der entsprechende Fehlbetrag wäre von der UVG-Stelle an den betreuenden Elternteil zu zahlen.*“

Zwar sieht *Heiß* (FamRB 2005, 81 [84]) jedenfalls beim nahehelichen Unterhalt im Verhältnis zu Sozialleistungen kein Problem, wenn er ausführt:

„Ist der Krankenvorsorgeberechtigte zur Finanzierung seines Elementarunterhaltsbedarfs auf Sozialhilfeleistungen angewiesen, wird die Finanzierung des Krankenvorsorgeunterhalts durch den Unterhaltspflichtigen keine existentiellen Probleme aufwerfen, da der Bedarf des Unterhaltsberechtigten durch Mittel des Sozialamtes gedeckt ist. Da die Kosten der Versorgung im Krankheitsfall ebenfalls Leistungen der Sozialhilfe sind, spielt deren volle Übernahme durch den Unterhaltspflichtigen keine Rolle, solange die Versicherung in Form einer freiwilligen Mitgliedschaft in einer gesetzlichen Krankenversicherung geschieht.“

Schon auf den ersten Blick wird allerdings erkennbar, dass diese Überlegungen nicht ohne Weiteres auf die Situation des Kindes übertragen werden können, welches Unterhaltsvorschuss bezieht, da diese Leistung nicht auch speziell die Versorgung im Krankheitsfall deckt (Weshalb überdies *Heiß* ausdrücklich auf die freiwillige Mitgliedschaft in der GKV abstellt und nicht auch eine gleichwertige PKV akzeptieren will, bleibt an dieser Stelle offen).

Vor allem darf ein wesentlicher Gesichtspunkt nicht übersehen werden. § 2 Abs. 3 Nr. 1 UVG lautet:

„Auf die sich nach den Absätzen 1 und 2 ergebende Unterhaltsleistung werden folgende in demselben Monat erzielte Einkünfte des Berechtigten angerechnet:

1. Unterhaltszahlungen des Elternteils, bei dem der Berechtigte nicht lebt, [...]“

In den Richtlinien zum UVG wird insoweit ua auf Nr. 1.5.6 Absatz 3 verwiesen, wo es heißt, Zahlungen an das Kind seien als Unterhaltszahlungen anzurechnen, auch wenn sie zweckgebunden etwa für die Betreuung des Kindes in Tageseinrichtungen geleistet würden. Auch wenn der Schuldner Leistungen mit der vorrangigen Zweckbestimmung, zunächst die Krankenversicherungsprämien zu tilgen, erbringen würde (oder diese mit einem wie auch immer begründeten Vorrang zunächst auf die Prämien angerechnet würden), handelt es sich doch um „Unterhaltszahlungen“ im Sinne der Vorschrift mit der Folge der Anrechnungspflicht. Der Unterhaltsvorschuss könnte somit nur in einer entsprechend gekürzten Höhe an das Kind ausbezahlt werden.

Nach hiesiger Einschätzung ließe sich dieses Ergebnis allenfalls dann umgehen, wenn der Vater – wie oben als alternative Möglichkeit bereits benannt – die Krankenversicherungsprämien unmittelbar an das Versicherungsunternehmen leisten würde. Denn nach Nr. 1.5.6 Absatz 1 und 2 sind *Zahlungen an Dritte im Interesse des Kindes* nicht als dessen Einkommen anzurechnen. Das würde es folgerichtig erlauben, die UVG-Zahlungen in der gesetzlich vorgesehenen Höhe ohne Anrechnung der Prämien nach § 2 Abs. 3 Nr. 1 UVG zu erbringen. In diesem Fall wäre somit die Schlussfolgerung gerechtfertigt, dass der entsprechende Fehlbetrag von der UVG-Stelle an das Kind zu Händen des betreuenden Elternteils zu zahlen wäre.

Allerdings ist zu beachten, dass das Land den Schuldner wegen erbrachter UVG-Leistungen gem. § 7 Abs. 1 UVG in Rückgriff nehmen kann. Nach § 407 Abs. 1 BGB, der über § 412 BGB auf den gesetzlichen Forderungsübergang entsprechend anwendbar ist, gilt insoweit: Das Land als neuer Gläubiger muss eine Leistung, die der Schuldner nach dem Forderungsübergang an das Kind als bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach dem Forderungsübergang zwischen dem Schuldner und dem Kind in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner den Forderungsübergang bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt. Wenn der Schuldner aber durch eine Rechtswahrungsanzeige iSv § 7 Abs. 2 UVG über die künftig zu erbringenden UVG-Leistungen in Kenntnis gesetzt wurde, ist auf den ersten Blick fraglich, ob er sich darauf berufen kann, mit Zahlungen an das Versicherungsunternehmen den Krankenversicherungsschutz des Kindes sichergestellt und damit seinen Unterhaltsanspruch teilweise erfüllt zu haben.

Freilich hilft hier wiederum der Blick in die eingangs zitierten Leitlinien: Wenn dem Schuldner nach materiellem Unterhaltsrecht gestattet wird, tatsächlich erbrachte Zahlungen zur Ermittlung des Tabellenunterhalts von seinem Einkommen abzusetzen, hat dies letztlich Einfluss auf die Höhe seines konkret geschuldeten Unterhalts, nach dem sich auch der Rückgriff des Landes nach § 7 Abs. 1 UVG richtet. Um es nochmals an dem angeführten Zahlenbeispiel zu verdeutlichen: Muss der Schuldner in dem beschriebenen Mangelfall letztlich von seinem für Unterhaltszwecke verfügbaren Einkommen iHv 170 EUR nach Abzug des geleisteten Krankenversicherungsbeitrags nur noch 70 EUR „Tabellenunterhalt“ zahlen, ist auch ein Rückgriff durch die UVG-Stelle auf diesen Betrag beschränkt.

Unterhaltsvorschussrecht

Rückgriff gegen den Unterhaltsschuldner nach geleistetem Unterhaltsvorschuss; zur weiteren Verwendbarkeit oder Abänderungsbedürftigkeit von Unterhaltstiteln zugunsten des Landes nach dem 1.7.2017

§ 1 Abs. 1 UVG, § 7 Abs. 4 UVG, § 240 FamFG, § 727 Abs. 1 ZPO

DIJuF-Rechtsgutachten 7.7.2017 – SN_2017_0485 An

Das Jugendamt fragt nach den Auswirkungen der zum 1.7.2017 in Kraft getretenen Gesetzesänderungen (Wegfall der Begrenzung der UVG-Leis-

tungen auf max. 72 Monate bzw auf das zwölfte Lebensjahr des Kindes) auf bestehende Titel zugunsten des Landes.

Folgende Alternativen können vorliegen:

- vor dem zwölften Lebensjahr:
Unterhaltsvorschuss wurde eingestellt, da die 72 Monate erreicht waren;
- nach dem zwölften Lebensjahr:
Unterhaltsvorschuss wurde aufgrund Erreichens des zwölften Lebensjahrs eingestellt, ohne dass 72 Monate erreicht waren.

Wie ist hinsichtlich der gesetzlichen Änderung mit den Titeln umzugehen? Können diese zur Ermöglichung auch des künftigen Rückgriffs nach Maßgabe der neuen Gesetzeslage abgeändert werden? Oder sind neue Titel zu beantragen und ist dies ggf im vereinfachten Verfahren möglich?

*

I. Grundsätzlich kommt es bei der Beantwortung der Fragestellung wesentlich darauf an, wie der ursprüngliche Titel formuliert wurde.

1. Zunächst ist denkbar, dass die Altersgrenze von zwölf Jahren oder der Höchstbezugszeitraum von 72 Monaten in dem Titel genannt wurde.

Dann liegt auf der Hand, dass dieser entweder überhaupt nicht mehr (weil die Altersgrenze oder der Höchstbezugszeitraum bereits überschritten wurde) für die Vollstreckung nutzbar ist, es sei denn, es bestehen noch Rückstände. Oder der Titel wird diese Nutzbarkeit demnächst verlieren, wenn das Kind tatsächlich zwölf Jahre alt wird oder Unterhaltsvorschuss über 72 Monate hinweg geleistet wurde. Denn allein die Änderung der materiell-rechtlichen Anspruchsg Grundlagen zugunsten des Kindes führt nicht automatisch dazu, dass die formelle Beschränkung der Rückgriffsmöglichkeit im Tenor eines Titels hinfällig wird.

Die Behörde, welche den Rückgriff zugunsten des Landes betreibt (UVG-Stelle oder zB ein Landesamt für Finanzen), muss in diesem Fall eine Abänderung des Titels mit dem Ziel des Wegfalls der altersmäßigen Begrenzung oder der genannten Höchstdauer betreiben. Wurde der Titel – wie zumeist – im vereinfachten Verfahren gem. §§ 249 ff FamFG erwirkt, ist hierfür das Abänderungsverfahren nach § 240 FamFG eröffnet.

Als Abänderungsgrund kann die gesetzliche Neuregelung angeführt werden, welche in materieller Hinsicht die Grundlage für die bisherige Beschränkung des Titelinhalts beseitigt hat. Dies muss auch durch eine formelle Korrektur des Titels nachvollzogen werden. Im Übrigen wäre auch die künftige Erstreckung der UVG-Leistung auf die dritte Altersstufe – und dementsprechend die zeitliche Erweiterung des Rückgriffs – im Wege dieser Abänderung zu berücksichtigen.

Das alles gilt jedenfalls für solche Unterhaltsverhältnisse, in denen das Kind nach wie vor im Leistungsbezug steht oder die Leistung zu einem Zeitpunkt eingestellt wurde, als der 72-Monats-Zeitraum noch nicht ausgeschöpft war, sodass der Titel jederzeit hätte reaktiviert werden können.

Problematisch können allerdings solche Titel sein, in denen in der Vergangenheit die Leistung eingestellt wurde, weil das Kind bereits zwölf Jahre alt war oder bereits über 72 Monate hinweg Leistungen bezogen hatte.

Hatte der Schuldner bereits sämtliche Rückstände aus diesem Titel beglichen, hätte dieser an sich nach allgemeinen Grundsätzen von der UVG-Behörde an den Unterhaltspflicht-

tigen herausgegeben werden müssen. Denn im Beschluss des BGH (23.9.2015 – XII ZB 62/14, JAmt 2015, 634; hierzu eingehend *Knittel* JAmt 2016, 64 bis 68) legt der Senat offensichtlich für die vormalige Rechtslage zugrunde, dass ein solcher Titel nicht mehr für den Rückgriff gegen den Schuldner nutzbar war und deshalb entsprechend § 727 Abs. 1 ZPO auf das Kind umgeschrieben werden konnte.

Dann wäre es an sich folgerichtig, bei solchen – und nur solchen – bereits „endgültig erledigten“ Titeln eine nachträgliche Abänderung zugunsten des Landes als Sozialleistungsträger auszuschließen. Folglich könnte dieser im Fall einer Wiederaufnahme der UVG-Leistungen – nach Maßgabe der seit 1.7.2017 geltenden Bestimmungen – für das betreffende Kind nicht mehr durch Abänderung mit dem Ziel des Wegfalls der entsprechenden zeitlichen Grenzen erneut für den Rückgriff nutzbar gemacht werden. Allerdings lässt sich derzeit noch nicht absehen, wie die Rechtsprechung diese spezifische Problematik künftig beurteilen wird.

Die Folge einer Versagung der Abänderungsmöglichkeit in diesen Fällen wäre freilich, dass das Land im Bedarfsfall einen neuen Titel nach § 7 Abs. 4 S. 1 UVG schaffen müsste. Im Hinblick auf die Beschränkung durch § 249 Abs. 2 FamFG wäre hierfür nicht mehr das vereinfachte Verfahren eröffnet. (Möglicherweise wurde inzwischen ein Titel auf den Namen des Kindes errichtet, der dann ggf auf den UVG-Träger umgeschrieben werden könnte.)

2. Sehr häufig waren Titel aber auch dahingehend formuliert, dass der Rückgriff gegen den Schuldner unter der Bedingung der Zahlung des Unterhaltsvorschusses für den jeweiligen Zeitraum stand (vgl OLG Stuttgart 4.5.2006 – 15 WF 110/06; OLG Hamm 4.10.2010 – 5 WF 151/10, jew. abrufbar unter www.kijup-online.de). Der Bedingungseintritt musste sodann von der UVG-Stelle dem Gericht erst nachgewiesen werden, um eine Vollstreckungsklausel zu erlangen und Vollstreckungsmaßnahmen ergreifen zu können.

Das war allerdings auch bis zuletzt nicht unumstritten. Ausdrücklich die Notwendigkeit einer solchen Aufnahme der Bedingung in den Beschlusstenor verneint hat zB das OLG Düsseldorf (21.2.2014 – II-2 UF 153/13 Rn. 16 f, FamRZ 2015, 276, abrufbar unter www.kijup-online.de).

Künftig entfällt diese Problematik und der damit verbundene Zeitverlust und Verwaltungsaufwand. In § 7 Abs. 4 UVG nF heißt es ab Juli 2017, dass das Land einen Unterhaltsanspruch für die Zukunft *in Höhe der bewilligten Unterhaltsleistung* anstelle von bisher *bis zur Höhe der jeweiligen monatlichen Aufwendungen* gerichtlich geltend machen kann. Die Gesetzesänderung stellt somit allein auf die Bewilligung ab und nicht darauf, ob Unterhaltsvorschuss tatsächlich geleistet wurde. Folglich ist ab Juli 2017 nur noch mit unbedingten Zahlungstiteln zu rechnen.

Enthält ein „Alttitle“ allerdings aufgrund der bisher vorherrschenden Praxis die genannte Bedingung, ist wiederum hierfür das Abänderungsverfahren nach § 240 FamFG eröffnet.

Denn auch wenn nach der Gesetzeslage künftig nicht mehr bedingt zu tenorieren ist, muss eine solche tatsächlich formulierte Bedingung in einem Alttitle gleichwohl beachtet werden, solange dieser nicht entsprechend geändert wurde.

Die Möglichkeit der Abänderung gem. § 240 FamFG allein zur Entfernung einer unnötigen Bedingung aus dem Titel hat für das bisherige Recht bereits das OLG Düsseldorf (21.2.2014 – II-2 UF 153/13) bejaht. Sie kann auch für entsprechende Abänderungsanträge zur Anpassung bisher bedingter Titel an das neue Recht angeraten werden.

II. Sollte ein vor dem Juli 2017 errichteter Titel weder eine Befristung (im Hinblick auf das Lebensalter des Kindes oder den Leistungszeitraum) enthalten noch die Bedingung fortgesetzter Leistung nennen, bestehen grundsätzlich keine Bedenken, diesen auch nach dem Stichtag weiter zu verwenden. Allerdings muss auch insoweit bedacht werden, dass eine Anpassung an die erweiterte Möglichkeit des Rückgriffs wegen Leistungen für die dritte Altersstufe in Betracht kommt. Auch dies ist im Verfahren nach § 240 FamFG geltend zu machen.

III. Abschließend ist zu bemerken, dass zu der Gesamproblematik der Weiterverwendung von Alttiteln nach dem 1.7.2017 derzeit nur eine vorläufige Einschätzung möglich ist. Zum einen muss schon grundsätzlich die Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung abgewartet werden. Zum anderen ist erfahrungsgemäß nicht auszuschließen, dass bei der Vielgestaltigkeit der Praxis der Familien- und Vollstreckungsgerichte in diesem Bereich noch nachträglich Tenorierungsvarianten bekannt werden könnten, die wiederum eine differenzierte Einschätzung erfordern.

Unterhaltsvorschussrecht

Wahrnehmung des Rückgriffs beim Unterhaltspflichtigen im UVG durch Rechtsanwaltskanzleien

§ 7 UVG, § 35 SGB I, § 67 Abs. 6, Abs. 10 SGB X, § 69 Abs. 1 SGB X, §§ 78, 80, 97 SGB X, § 627 BGB, § 43a BRAO

DIJuF-Rechtsgutachten 19.5.2017 – SN_2017_0105 Br

Im Hinblick auf die zum 1.7.2017 greifende Reform des UVG und die daher zu erwartenden steigenden Fallzahlen liegen dem Jugendamt Geschäftsangebote von Rechtsanwaltskanzleien zur Unterstützung in dem Bereich „Regress“ vor.

Das Jugendamt bittet um Beantwortung folgender Fragen:

1. Ist es überhaupt möglich, die öffentlich-rechtliche Aufgabe Unterhaltsvorschuss, zu deren Erledigung die Kommune vom Land beauftragt wurde, in Teilen an Dritte zu übertragen? Ist in diesem Zusammenhang auch die Besonderheit des/der Klienten/Klientin und der Leistung zu sehen (Familien/Unterhalt)? Falls einzelne Teilbereiche an Dritte übertragbar sind, verbleibt die Verantwortung für die Aufgaben und somit die Kontrolle des „Verwaltungsgehilfen“ weiterhin beim Auftraggeber?
2. Ist der Datenschutz gewahrt?

*

I. Übertragung der Durchführung des Rückgriffs aus dem UVG auf Rechtsanwalt/inn/e/n

1. „Regress“anspruch des Landes

Hat das Kind als Leistungsempfänger einen Anspruch auf Unterhalt gegen seinen familienfernen Elternteil, so geht dieser Anspruch in Höhe der UVG-Leistung auf das Land über (§ 7 Abs. 1 S. 1 UVG). Der zivilrechtliche Anspruch des Landes auf übergegangenen Kindesunterhalt ist nach § 7 Abs. 3 UVG rechtzeitig und vollständig nach den Bestim-

mungen des Haushaltsrechts durchzusetzen. Nach § 34 Bundeshaushaltsordnung (BHO) sind Einnahmen vollständig zu erheben.

Die Unterhaltsansprüche sind Forderungen des Landes und daher der allgemeinen Dispositionsbefugnis des einzelnen Jugendamts entzogen. An welche Stelle der Antrag auf Unterhaltsvorschuss zu richten ist, wird durch Landesrecht bestimmt (§ 9 Abs. 1 UVG); die gleiche Stelle ist auch für die Geltendmachung und Durchsetzung des übergegangenen Kindesunterhaltsanspruchs zuständig.

Im UVG ist zudem geregelt, dass das Land den Unterhaltsanspruch zur gerichtlichen Geltendmachung (nur) auf das Kind rückübertragen kann (§ 7 Abs. 4 S. 3 UVG). Kosten, mit denen der Unterhaltsempfänger dadurch selbst belastet wird, sind zu übernehmen (§ 7 Abs. 4 S. 4 UVG). Vorliegend müsste das Jugendamt jedoch nicht den Anspruch übertragen, sondern es würde sich bei der Geltendmachung des Anspruchs (für das Land) der Hilfe von Rechtsanwält/inn/en bedienen.

2. Tätigkeit der Rechtsanwält/inn/e/n als Verwaltungshilfe

Einleitend ist festzuhalten, dass es vorliegend nicht darum geht, ob die UVG-Stelle in einem schwierigen Einzelfall eine/n Rechtsanwältin/-anwalt hinzuziehen kann, sondern um die Frage, ob die Aufgabe Rückgriff bzw. „Regress“, also Geltendmachung und Durchsetzung übergegangener Kindesunterhaltsansprüche, insgesamt auf Rechtsanwält/inn/e/n ausgelagert werden darf. Werden öffentliche Aufgaben in den privatrechtlichen Bereich verlagert, kann zwischen verschiedenen Formen der Privatisierung unterschieden werden. Behält der Staat die Erfüllung der Aufgabe in seiner Hand, zieht aber zu deren Erfüllung einen privaten Unternehmer heran, wird von funktionaler Privatisierung (auch Erfüllungsprivatisierung) gesprochen (*Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht*, 18. Aufl. 2011, § 23 Rn. 62). Weitergehend ist die sog. Aufgabenprivatisierung, die vorliegt, wenn der Staat sich ganz zurückzieht und die Erledigung der Aufgabe allein privaten Wirtschaftssubjekten überlässt (*Maurer* § 23 Rn. 62; *Hoffmann-Riem* ua Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2006, Rn. 112). Der Aufgabenprivatisierung sind durch Verfassungsgrundsätze wie dem Sozialstaats-, dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip Grenzen gesetzt (*Maurer* § 23 Rn. 63). Danach ist eine Privatisierung von Aufgaben, die den Kernbereich staatlicher Vorsorge betreffen (wie etwa die Sozialhilfe), ausgeschlossen (*Grube/Wahrendorf/Grube* SGB XII, 5. Aufl. 2014, SGB XII § 3 Rn. 7), denn die verfassungsrechtlichen Prinzipien verlangen, dass der Staat die elementaren staatlichen Aufgaben eigenverantwortlich übernimmt (*Maurer* § 23 Rn. 63).

Ebenso wird auf der Ebene des betrauten Privaten unterschieden: Ein *Beliehener* übernimmt in eigener Verantwortung als Behörde hoheitliche Aufgaben. Ein *Verwaltungshelfer* übernimmt dagegen untergeordnete Nebentätigkeiten, ohne dass ihm Hoheitsbefugnisse eingeräumt sind (*Hoffmann-Riem* ua § 12 Rn. 105 f). Der Beliehene wird also in eigener Zuständigkeit und Verantwortung hoheitlich tätig, während der Verwaltungshelfer lediglich in den Verwaltungsvollzug der Behörde tatsächlich eingeschaltet wird, die Zuständigkeit und Verantwortung aber bei der Verwaltung selbst bleibt (*Mau-*

rer § 23 Rn. 59). Eine solche Verwaltungshilfe bedarf – anders als die Beleihung – keiner gesetzlichen Grundlage (*Hoffmann-Riem* ua § 12 Rn. 105).

Von diesen Grundsätzen ausgehend stellt sich die Frage, ob eine Übertragung der Aufgabe Rückgriff bzw. „Regress“ auf Rechtsanwaltskanzleien als Verwaltungshilfe zulässig sein könnte. Damit die Aufgabenübertragung den gewünschten Entlastungseffekt hat, ist davon auszugehen, dass der gesamte Beitreibungsvorgang von Adressermittlung, über Auskunftsansprüche, Titulierung, Mahnung, Prüfung möglicher Einwände des Schuldners, Verhandlung eines Vergleichs oder Ratenzahlung bis zur Einleitung der Vollstreckung übertragen werden soll. Um diese Aufgaben effizient erledigen zu können, wird eine gewisse Selbstständigkeit in der Ausführung erforderlich sein.

Mit Blick auf den Charakter des Verhältnisses zwischen Rechtsanwält/inn/en und öffentlicher Hand als Geschäftsbesorgungsvertrag iSd § 675 BGB, der eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit und eigenverantwortliche Überlegungen des Geschäftsbesorgers voraussetzt, wird daher vertreten, dass die rechtlichen Grenzen für das Institut der Verwaltungshilfe im Fall der Beauftragung von Externen mit der Durchführung überschritten sei (zur Beauftragung von Inkassofirmen *Hagemann* KKZ 2010, 169 [170]).

Hiergegen ist einzuwenden, dass das Kriterium der Unselbstständigkeit nicht allein maßgeblich ist, um die Frage, ob Verwaltungshilfe vorliegt, zu beantworten (*Maurer* § 23 Rn. 59). Maßgebend ist vielmehr, dass Zuständigkeit, Verantwortung und abschließende rechtliche Entscheidung bei der Verwaltung liege (*Maurer* § 23 Rn. 59).

Zur Beantwortung dieser Frage lohnt ein näherer Blick auf den Anwaltsvertrag. Der Auftrag des Geschäftsbesorgungsvertrags ist zunächst klar definiert (Prüfung und ggf. Geltendmachung und Vollstreckung eines übergegangenen Unterhaltsanspruchs). Weiter hat der/die Rechtsanwalt/-anwältin bei der Ausführung dieses Auftrags nach allgemeinen Grundsätzen den schnellsten und sichersten Weg zu wählen. Allein hierdurch ist der Durchführung der Aufgabe Rückgriff bzw. „Regress“ durch den/die Anwalt/Anwältin ein gewisser Rahmen gesetzt. Zwar ist es richtig, dass bei Geschäftsbesorgungen, die nach der Art der übernommenen Tätigkeit besondere Sachkenntnisse wie bei einem/einer Rechtsanwalt/-anwältin voraussetzen, dem/der Beauftragten von vornherein eine gewisse Unabhängigkeit einzuräumen ist, damit ein interessengerechtes Handeln überhaupt ermöglicht wird (vgl. AG Saarbrücken 19.11.2005 – 5 C 579.05). Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass auf einen Geschäftsbesorgungsvertrag die §§ 663, 665 bis 670, 672 BGB anzuwenden sind, nach denen der/die Rechtsanwalt/-anwältin an die Weisung des/der Mandanten/Mandantin gebunden und verpflichtet ist, dem/der Auftraggeber/in die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen. Mit Blick auf diese Vertragscharakteristika ist es nach Auffassung des Instituts vertretbar anzunehmen, dass die Aufgabe Rückgriff bzw. „Regress“, also die Geltendmachung und Durchsetzung übergegangener Kindesunterhaltsansprüche, auf Rechtsanwält/inn/e/n übertragen

wird, ohne dass es hierfür eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gibt. Denn die Zuständigkeit, Verantwortung und abschließende rechtliche Entscheidung bleiben bei der Verwaltung.

Diese Aufgabenverlagerung widerspricht auch nicht den oben angesprochenen verfassungsrechtlichen Prinzipien: Bei der Geltendmachung von übergebenen Unterhaltsansprüchen handelt es sich nicht um eine Aufgabe, die – wie etwa die Sozialhilfe oder die kommunale Daseinsvorsorge – den Kernbereich der öffentlichen Verwaltung betrifft. Des Weiteren handelt die UVG-Stelle bei der Geltendmachung des übergebenen Anspruchs (mit Ausnahme der Vollstreckung, s. hierzu I. 3.) nicht hoheitlich, sodass auch unter rechtsstaatlichen Aspekten die Zuhilfenahme von Rechtsanwaltskanzleien nicht ausgeschlossen erscheint. Insgesamt ist daher nach Auffassung des Instituts eine Verlagerung der Durchführung der Aufgabe „Regress“ auf Rechtsanwaltskanzleien als zulässig anzusehen.

3. Keine Verwaltungsvollstreckung durch Rechtsanwalt/inn/e/n

Ihre Grenze findet die Übertragbarkeit der Aufgabe, soweit es um die Vollstreckung eines übergebenen Unterhaltsanspruchs im Wege der Verwaltungsvollstreckung geht: Für NRW ist seit 2009 geregelt, dass nach § 7 UVG übergebene Ansprüche im Verwaltungsvollstreckungsverfahren begetrieben werden können (§ 1 Nr. 1 Buchst. o der VO zur Ausführung des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes iVm § 1 Abs. 2 VwVG NRW). Ein Titel muss erst dann besorgt werden, wenn der Schuldner Einwendungen erhebt (§ 1 Abs. 4 VwVG NRW). Diese Vollstreckungsoption der Beauftragung von Rechtsanwalt/inn/en steht nicht zur Verfügung, da es für diese hoheitliche Tätigkeit einer Beleihung bedürfte und hierfür die erforderliche ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehlt. Rechtsanwalt/inn/en kann die Befugnis, selbst nach dem Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz zu vollstrecken, nicht übertragen werden. Dies wäre ein Verstoß gegen § 94 GO NRW, der lautet:

„Die Gemeinde kann ihre Finanzbuchhaltung ganz oder zum Teil von einer Stelle außerhalb der Gemeindeverwaltung besorgen lassen, wenn die ordnungsgemäße Erledigung und die Prüfung nach den für die Gemeinde geltenden Vorschriften gewährleistet sind. Satz 1 gilt nicht für die Zwangsvollstreckung. Die Vorschriften des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit bleiben unberührt.“

Da es sich bei der Eröffnung der Möglichkeit einer Verwaltungsvollstreckung um eine sog. „Kann-Vorschrift“ handelt, steht aber die Möglichkeit einer zivilrechtlichen Geltendmachung und Durchsetzung der übergebenen Unterhaltsansprüche offen.

4. Ergebnis

Die Beauftragung von Rechtsanwalt/inn/en zur Geltendmachung und Durchsetzung der übergebenen Kindesunterhaltsansprüche ist als Form der Verwaltungshilfe grundsätzlich als zulässig anzusehen. Die Befugnis zur Zwangsvollstreckung nach dem Verwaltungsvollstreckungsrecht kann jedoch keinesfalls auf Rechtsanwalt/inn/e/n übertragen werden.

Wird eine Übertragung der Aufgabe Rückgriff bzw. „Regress“ auf Rechtsanwalt/inn/e/n vorgenommen, treffen die UVG-

Stelle als Auftraggeberin und letztlich Verantwortliche gleichwohl bestimmte Hinweis- und Aufklärungspflichten gegenüber den beauftragten Rechtsanwalt/inn/en. Zu denken wäre hier etwa an die Regelung des § 7 Abs. 3 S. 2 UVG, wonach die auf den UVG-Träger übergegangenen Ansprüche nicht zum Nachteil des Unterhaltsberechtigten geltend gemacht werden können. Auch sind von den Rechtsanwalt/inn/en die Vorgaben der UVG-Richtlinien zu befolgen.

II. Datenschutz

1. Grundsätzliche Überlegungen

Die Regelungen des Sozialdatenschutzes sind zu beachten, da die Daten des/der UVG-Leistungsempfängers/-empfängerin und die Daten des/der Unterhaltsschuldners/-schuldnerin im Kontext des Erbringens einer Sozialleistung erhoben wurden (Anm.: UVG gilt als besonderer Teil des Sozialgesetzbuchs, s. § 68 Nr. 14 SGB I). Aufgrund des in § 35 Abs. 1 S. 1 SGB I verankerten Sozialgeheimnisses hat jede/r einen Anspruch darauf, dass die sie/ihn betreffenden Sozialdaten iSd § 67 Abs. 1 SGB X (= Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person, die von einer SGB-Stelle im Hinblick auf ihre Aufgaben nach dem SGB erhoben, verarbeitet oder genutzt werden) nicht unbefugt erhoben, verarbeitet oder genutzt werden.

Die *Erhebung, Verarbeitung und Nutzung* von Sozialdaten unterliegt daher strengen Anforderungen und ist nur unter den Voraussetzungen der §§ 67 bis 85a SGB X zulässig (§ 35 Abs. 2 SGB I).

2. Datenübermittlung bei Informationsweitergabe an Rechtsanwalt/inn/e/n?

Wird ein/e Rechtsanwalt/-anwältin im Rahmen der Geltendmachung und Durchsetzung des Kindesunterhaltsanspruchs beauftragt, so müssen ihm/ihr umfangreiche Informationen zufließen. Hierzu zählt insbesondere auch der Forderungsgrund.

Zu prüfen ist daher, ob die Weitergabe von Daten an Rechtsanwalt/inn/e/n *ein Erheben, Verarbeiten oder Nutzen* iSd § 35 Abs. 2 SGB I ist. Näher in Betracht zu ziehen ist das *Verarbeiten*. Nach § 67 Abs. 6 S. 1 SGB X ist Verarbeiten das Speichern, Verändern, *Übermitteln*, Sperren und Löschen von Sozialdaten. Ein Übermitteln im Sinne des Sozialdatenschutzes ist dann gegeben, wenn Daten *an eine/n Dritte/n* weitergegeben werden (§ 67 Abs. 6 S. 2 Nr. 3a SGB X). Wer Dritte/r iSd § 67 Abs. 6 S. 2 Nr. 3a SGB X ist, ist in § 67 Abs. 10 SGB X definiert. Danach ist Dritte/r jede Person oder Stelle *außerhalb* der verantwortlichen Stelle (§ 67 Abs. 10 S. 2 SGB X, s. II. 2. a). Dritte sind hingegen nicht diejenigen Personen, die Sozialdaten im Auftrag erheben, verarbeiten oder nutzen (§ 67 Abs. 10 S. 3 SGB X, s. Ziff. II. 2. b).

a) Außerhalb oder innerhalb der verantwortlichen Stelle?

Zu fragen ist daher, ob Rechtsanwalt/inn/e/n außerhalb oder innerhalb der verantwortlichen Stelle stehen. Das Erfordernis einer Erlaubnisnorm für die Übermittlung von Daten nach § 67d Abs. 1 SGB X greift nicht in den Fällen, in denen die Sozialdaten an eine Person oder Stelle *innerhalb* der verant-

wortlichen Stelle weitergegeben werden (LPK-SGB X/*Diering/Seidel*, 4. Aufl. 2016, SGB X § 67 Rn. 21).

Die Erteilung von Vollmachten an Außenstehende allein hat keinen Einfluss auf die Stellung als Dritte/r (zur Parallelvorschrift des § 67 Abs. 10 SGB X in § 3 Abs. 8 BDSG *Simitis* BDSG, 8. Aufl. 2014, BDSG § 3 Rn. 248). Außenstehende bleiben auch dann Dritte, wenn sie zB im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrags für die Behörde tätig werden. Mit dem Schutzzweck der Datenschutzgesetze wäre es unvereinbar, wenn ein/e Außenstehende/r nach Belieben über eine Vollmacht „internalisiert“ werden könnte (*Simitis* BDSG § 3 Rn. 248).

Nicht Dritte sind diejenigen Personen, die durch „besondere Rechtsbeziehung“ mit dem Leistungsträger verbunden sind, zB Beratungsärzt/inn/e/n, die durch den Abschluss eines Dienst- oder Beratungsvertrags höherer Art mit dem Leistungsträger verbunden sind (LPK-SGB X/*Diering/Seidel* SGB X § 67 Rn. 21; BSG 5.2.2008 – B 2 U 8/07 R; LSG BW 25.10.2013 – L 8 U 541/13; beide Entscheidungen abrufbar unter www.kijup-online.de). Ein Vertrag höherer Art liegt vor, wenn der/die Verpflichtete Dienste höherer Art zu leisten hat, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen werden (§ 627 BGB). Dienste höherer Art sind Dienste, die überdurchschnittliche Kenntnisse oder Fertigkeiten verlangen oder den persönlichen Lebensbereich betreffen (Palandt/*Weidenkaff* BGB, 76. Aufl. 2017, BGB § 627 Rn. 2). Unter Vertrag höherer Art fallen auch Verträge mit Rechtsanwält/inn/en und Rechtsbeiständen (Palandt/*Weidenkaff* BGB § 627 BGB Rn. 2). Sogar Inkassodienstleistungen werden unter Dienste höherer Art gefasst, da diese aufgrund besonderen Vertrauens übertragen werden (BGH 29.4.2004 – III ZR 279/03, NJW-RR 2004, 989).

Hervorzuheben ist weiter die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht, die zu „den tragenden Säulen des Anwaltsberufs schlechthin“ zählt (Feuerich/*Weyland* BRAO, 7. Aufl. 2008, BRAO § 43a Rn. 12). Sie ist unverzichtbare Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung und wird nicht nur auf einfachgesetzlicher Ebene durch § 43a Abs. 2 BRAO, § 2 BORA gewährleistet, sondern ein Verstoß dagegen ist auch strafbar (vgl § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB).

Mit Blick auf die besondere Rechtsbeziehung zwischen UVG-Stelle und Rechtsanwält/inn/en sowie die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht ließe sich daher vertreten, dass diese als *innerhalb* der verantwortlichen Stelle anzusehen sind (so auch LSG Nds-Brem 24.1.2012 – L 11 AS 504/11 B). Nach einer Entscheidung des HessLSG (23.3.2012 – L 9 U 27/11, abrufbar unter www.kijup-online.de) wird allerdings zur Bejahung des Tatbestands, nicht Dritte/r im Sinne des Datenschutzes zu sein, vorausgesetzt, dass der/die mit den Diensten höherer Art Betraute sich in den Betrieb des Auftraggebers eingliedern müsse, und zwar räumlich und organisatorisch. Das LSG BW (25.10.2013 – L 8 U 541/13; zur Stellung eines Beratungsarztes) vertritt dagegen, dass eine solche besondere Rechtsbeziehung auch bei räumlicher Distanz zwischen Verwaltung und beauftragter Person angenommen werden kann und in diesem Fall der/die Beauftragte kein Dritter/keine andere Stelle iSd § 67 Abs. 10 SGB X ist.

Nach hiesiger Auffassung spricht die Reichweite der Aufgabenübertragung und die weitgehende Selbstständigkeit der

beauftragten Rechtsanwaltskanzleien dafür, diese als außerhalb der Verwaltung angesiedelt – mithin als Dritte – zu sehen. Eine Datenweitergabe an sie bedürfte daher einer Übermittlungsbefugnis (s. II. 3.)

Folgt man dagegen der Auffassung, Anwält/inn/e/n seien nicht Dritte iSd § 67 Abs. 10 SGB X, wäre zwar keine Übermittlungsbefugnis erforderlich, jedoch bedeutet dies nicht, dass eine Weitergabe unbeschränkt möglich wäre. Auch die Weitergabe an solche Empfänger/innen ist durch den Erforderlichkeitsgrundsatz beschränkt; Zugangs- und Weitergabebeschränkungen gelten auch innerhalb der verantwortlichen Stelle (LPK-SGB X/*Diering/Seidel* SGB X § 67 Rn. 21). Es dürfen daher nur Daten weitergegeben werden, die zur Geltendmachung des Regressanspruchs zwingend erforderlich sind.

b) Auftragsdatenverarbeitung gem. § 80 SGB X?

Auch wenn aufgrund der fehlenden räumlichen und organisatorischen Eingliederung der Rechtsanwält/inn/e/n diese als außerhalb der verantwortlichen Stelle angesiedelt angesehen werden, wären sie keine Dritten, wenn ein Fall der sog. Auftragsdatenverarbeitung iSd § 80 SGB X vorliegt (§ 67 Abs. 10 S. 3 SGB X). Die Weitergabe an den/die Auftragnehmer/in stellt wegen § 67 Abs. 10 S. 3 SGB X keine Sozialdatenübermittlung dar (LPK-SGB X/*Diering/Seidel* SGB X § 80 Rn. 3). Handelt es sich bei der Weitergabe der Daten von der UVG-Stelle an Rechtsanwält/inn/e/n um eine Auftragsdatenverarbeitung iSd § 80 SGB X, wären UVG-Behörde und Rechtsanwalt/-anwältin als Auftragnehmer/in als rechtliche Einheit – mit der UVG-Stelle als beauftragender Stelle – anzusehen.

Auftragsdatenverarbeitung liegt dann vor, wenn sich eine speichernde Stelle eines Dienstleistungsunternehmens bedient, das die Daten in *vollständiger Abhängigkeit von den Vorgaben* des Auftraggebers in Bezug auf Art und Umfang verarbeitet (von Wulffen/*Schütze/Bieresborn* SGB X, 8. Aufl. 2014, SGB X § 80 Rn. 3). Voraussetzung für eine Auftragsdatenverarbeitung ist, dass nur die Datenverarbeitung, nicht auch die der Verarbeitung zugrunde liegende Funktion übertragen wird (von Wulffen/*Schütze/Bieresborn* SGB X § 80 Rn. 3 mwN).

Bei der Datenverarbeitung im Auftrag wird nicht die Aufgabe selbst, zu deren Zweck die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von personenbezogenen Daten erfolgt, ausgelagert, sondern lediglich der zur Aufgabenerledigung erforderliche Umgang mit den personenbezogenen Daten. Die Rechtsfigur der Auftragsdatenverarbeitung ist nach *Hagemann* für die isolierte technische Abwicklung bestimmter Datenverarbeitungsaufgaben nach vorgegebenen Algorithmen konzipiert; inhaltliche (materielle) Aufgabenübertragungen werden rechtlich nicht von der Auftragsdatenverarbeitung umfasst. Wenn solche „kombinierten“ Aufträge vorliegen, ist von einer Funktionsübertragung zu sprechen (*Hagemann* KKZ 2010, 169 [170]).

Da davon auszugehen ist, dass der/die Anwalt/Anwältin weitgehend selbstständig den Regress durchführen soll und nur so eine Arbeitersparnis bei der Behörde eintreten kann, so spricht dies gegen eine Auftragsdatenverarbeitung.

Zur Einschaltung von Inkassounternehmen beim UVG-Rückgriff wurde in der Sitzung der UVG-RL-Kommission am 29./30.9.2009 vertreten, dass die Voraussetzungen von § 80 SGB X nicht vorliegen, da das Dienstleistungsunternehmen nicht in vollständiger Abhängigkeit (mit Art und Umfang der Datenverarbeitung betreffenden Vorgaben) die Verarbeitung von Sozialdaten für die Behörde betreibe. Hingegen würden die den Verarbeitungsvorgängen zugrunde liegenden Aufgaben ganz oder teilweise mit abgegeben. Die Datenweitergabe bei einer solchen „Funktionsübertragung“ sei dann Übermittlung. Auch nach hier vertretener Auffassung ist die Weitergabe der Daten und Beauftragung der Rechtsanwält/inn/e/n mit der Durchsetzung der § 7 UVG-Ansprüche nicht unter § 80 SGB X zu fassen, da eine solche Auftragsdatenverarbeitung voraussetzt, dass der/die Auftragnehmer/in lediglich unselbstständige Hilfstätigkeiten vornimmt. Dies ist angesichts der freiberuflichen Stellung von Anwält/inn/en und fehlenden Weisungsbefugnissen jedoch zweifelhaft (von Wulffen/*Bieresborn* SGB X § 80 Rn. 3). Die Beauftragung von Anwält/inn/en zur Durchsetzung der Ansprüche nach § 7 UVG kann regelmäßig sinnvoll nur so gestaltet sein, dass den Anwält/inn/en ein Handlungsspielraum zugestanden wird und bei der Forderungsverfolgung von diesen selbst Entscheidungen getroffen werden. Sobald Beauftragte selbst Entscheidungen bezogen auf einen Einzelfall treffen, wie Zahlungsaufforderungen zu bestimmten Terminen, liegt schon kein Erheben, Verarbeiten oder Nutzen von Sozialdaten im Auftrag iSd § 80 SGB X vor.

Die Beauftragung von Anwält/inn/en zur Unterstützung bei der Geltendmachung und Durchsetzung übergegangener Kindesunterhaltsansprüche ist folglich kein Fall der Auftragsdatenverarbeitung nach § 80 SGB X.

3. Erlaubnisnorm § 69 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 SGB X

Die Weitergabe von Sozialdaten setzt nach § 35 Abs. 2 SGB I iVm § 67b Abs. 1 SGB X entweder die Einwilligung der Betroffenen oder eine Befugnis- bzw Erlaubnisnorm nach §§ 68 bis 85a SGB X voraus (LPK-SGB I/*Krahmer* SGB I, 3. Aufl. 2014, SGB I § 35 Rn. 2). Wird davon ausgegangen, dass Rechtsanwält/inn/e/n Dritte sind, kommt in datenschutzrechtlicher Hinsicht ihre Beauftragung nur in Betracht, wenn eine entsprechende Übermittlungsbefugnis besteht. Es kann auch nicht im Hinblick auf die allgemeine Verschwiegenheitspflicht von Rechtsanwält/inn/en auf eine Erlaubnisnorm als Voraussetzung für die Datenweitergabe an Anwält/inn/e/n verzichtet werden. Eine solche Ausnahme vom Erfordernis einer Erlaubnisnorm müsste gesetzlich geregelt sein.

Als Erlaubnisnorm kommt allein § 69 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 SGB X näher in Betracht.

Hiernach ist die Übermittlung von Sozialdaten zulässig, soweit sie für die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe der übermittelnden Stelle (der UVG-Stelle) erforderlich ist. Die gesetzliche Aufgabe ergibt sich aus § 7 UVG Abs. 3 S. 1 UVG, wonach übergegangene Ansprüche rechtzeitig und vollständig durchzusetzen sind.

Grundsätzlich sind nur die Sozialdaten zu übermitteln, die die genannte Stelle für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe unbedingt kennen oder mitteilen muss (von Wulffen/

Schütze/*Bieresborn* SGB X § 69 Rn. 3; LPK-SGB X/*Die-ring/Seidel* SGB X § 69 Rn. 2). Danach stellt sich datenschutzrechtlich nicht die Frage, ob die Beauftragung der Rechtsanwaltskanzlei selbst erforderlich sei, sondern gilt: Wenn eine gesetzliche Aufgabe besteht, die von dem anderen erfüllt werden darf/soll, dann dürfen grundsätzlich alle hierzu benötigten/erforderlichen Daten übermittelt werden.

Entscheidet sich die Behörde also, Rechtsanwaltskanzleien mit der Aufgabe der Geltendmachung und Durchsetzung übergegangener Kindesunterhaltsansprüche zu beauftragen, ist von einer Übermittlungsbefugnis gem. § 69 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 SGB X auszugehen in Bezug auf die Daten, die zur Erfüllung der Durchführung der Geltendmachung und Durchsetzung der übergegangenen Kindesunterhaltsansprüche zwingend erforderlich sind.

Die übermittelten Daten haben die Anwält/inn/e/n in demselben Umfang geheim zu halten wie die UVG-Behörde selbst (§ 78 Abs. 1 S. 2 SGB X). Sie dürfen die Daten nur zu dem Zweck verarbeiten oder nutzen, zu dem sie ihnen befugt übermittelt wurden (§ 78 Abs. 1 S. 1 SGB X). Der Behörde obliegt insoweit die Hinweispflicht (§ 78 Abs. 2 SGB X). Es muss sichergestellt sein, dass die Anwält/inn/e/n die Gewähr für eine sachgerechte Erfüllung der übernommenen Aufgabe bieten (§ 97 SGB X).

4. Verstoß gegen das Datenschutzgesetz NRW?

Eine Anwendung von bundes- bzw landesdatenschutzrechtlichen Vorschriften scheidet aus (§ 35 Abs. 2, 3 SGB I). Die Vorschriften des SGB X zur Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Sozialdaten haben aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung Vorrang vor dem Schutz der persönlichen Daten nach dem BDSG (§ 1 Abs. 3 BDSG) bzw § 16 DSG iVm § 2 Abs. 3 DSG NRW.

Unterhaltsvorschussrecht

Wahrnehmung von Angelegenheiten des Rückgriffs im UVG durch die gleiche Fachkraft, entweder als UVG-Sachbearbeiter oder als Fachkraft Beistandschaft

§ 7 Abs. 4 UVG, § 16 Abs. 1 SGB I, § 69 Abs. 1 SGB X, § 74 Abs. 1 SGB X, § 68 SGB VIII

DIJUF-Rechtsgutachten 16.5.2017 – SN_2017_0190 Br

Im Hinblick auf die zum 1.7.2017 greifende Reform des UVG und die daher zu erwartenden steigenden Fallzahlen und höheren fachlichen Voraussetzungen für den Rückgriff wird im Jugendamt an einer Neuorganisation des Bereichs Beistandschaft/Unterhaltsvorschuss wie folgt überlegt: Einige Sachbearbeiter sind ausschließlich für die UVG-Bewilligung zuständig, andere für den Rückgriff (Inverzugsetzung, Titelschaffung, Zwangsvollstreckung). Wird eine Beistandschaft eingerichtet und eine Rückübertragung vereinbart, dann soll der gleiche Rückgriffsachbearbeiter, der für den UVG-Rückgriff zuständig ist, auch die Beistandschaft führen und den Rückgriff (weiter) als Beistand betreiben. Liegt keine Rückübertragung vor, so wird der Rückgriff vom UVG-Sachbearbeiter verfolgt.

Insbesondere im Hinblick auf den Datenschutz bittet das Jugendamt um Prüfung der angedachten Neustrukturierung. Zur Verdeutlichung der Problematik werden konkrete Fälle vorgestellt, die jeweils im gutachterlichen Teil den Ausführungen vorangestellt werden.

*

I. Datenschutz an der Schnittstelle UVG – Beistandschaft

1. Datenübermittlung durch den/die Beistand/Beiständin an die UVG-Stelle

Ein/e Beistand/Beiständin darf Daten nur dann an die UVG-Stelle übermitteln, wenn dies für die Aufgabenerfüllung des/der Beistands/Beiständin erforderlich ist (§ 68 Abs. 1 S. 1 SGB VIII). Eine Datenübermittlungsbefugnis an Fachkräfte der UVG-Kasse scheidet daher regelmäßig aus (ausf. hierzu DIJuF/Hoffmann/Lohse Themengutachten, Stand: 6/2014, TG-1008 Ziff. 5.1, abrufbar unter www.kijup-online.de). Jedoch wäre die Datenübermittlung auf Basis einer Einwilligung des Kindes bzw. betreuenden Elternteils als Betroffene erlaubt (hierzu DIJuF/Hoffmann/Lohse Themengutachten TG-1008 Ziff. 2.4 und DIJuF/Smessaert Themeneinführung, Stand: 2/2015, TE-1143 Ziff. 4.5, abrufbar unter www.kijup-online.de).

Liegt eine treuhänderische Rückübertragung der Ansprüche der UVG-Stelle auf das Kind vor, so ist der/die Beistand/Beiständin verpflichtet, die Aufgaben des Kindes aus der Treuhandvereinbarung zu erfüllen, ua Auskunft zu geben (§ 666 BGB; s. DIJuF/Knittel/Birnstengel Themengutachten, Stand: 8/2014, TG-1025 Ziff. 5.2, abrufbar unter www.kijup-online.de).

2. Datenübermittlung durch die UVG-Stelle an den/die Beistand/Beiständin

Die UVG-Stelle ist zur Übermittlung von Daten an den/die Beistand/Beiständin nur befugt, wenn eine gesetzliche Übermittlungsbefugnis besteht. Eine solche kann in § 74 Abs. 1 S. 1 Nr. 2a SGB X (Übermittlung bei Verletzung der Unterhaltspflicht) gesehen werden, die allerdings ua voraussetzt, dass der/die Beistand/Beiständin zuvor den Auskunftspflichtigen erfolglos – trotz Mahnung – zur Auskunftserteilung aufgefordert hat (zu den Voraussetzungen iE DIJuF/Hoffmann/Lohse Themengutachten TG-1008 Ziff. 3.2).

Darüber hinaus besteht – neben der Möglichkeit der Einwilligung – bei treuhänderischer Rückübertragung, die der UVG-Stelle ausdrücklich nach § 7 Abs. 4 S. 3 UVG erlaubt ist, Übermittlungsbefugnis an den Beistand (§ 69 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 SGB X).

II. Personalunion

Zu beachten ist, dass in einem Verwaltungsverfahren für eine Behörde nicht tätig werden darf, wer eine/n Beteiligte/n vertritt (§ 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB X), wobei als Beteiligte Antragsteller/in und Antragsgegner/in zu fassen sind (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB X). Folglich scheidet ein/e Beistand/Beiständin als Sachbearbeiter/in in einem Verfahren nach dem UVG, welches das gleiche Kind betrifft, grundsätzlich aus (so auch UVG-RL Ziff. 9.4).

III. Fallkonstellationen

1. Das Kind lebt bei der Mutter und bezieht UVG-Leistungen, welche Sachbearbeiter A bewilligt hat. Die Mutter beantragt eine Beistandschaft. Die UVG-Forderung wird auf das Kind rückübertragen. Dh: Sachbearbeiter B macht als Beistand den gesamten Unterhalt geltend (den Unterhalt für

den UVG-Träger und den weitergehenden Unterhaltsanspruch für das Kind).

Aufgrund der Rückübertragung sind keine datenschutzrechtlichen Bedenken ersichtlich. Besteht bereits eine Beistandschaft, so soll der Beistand zwar als UVG-Sachbearbeiter ausscheiden. Da es hier jedoch allein um den Bereich des Rückgriffs des UVG-Vorgangs geht und eine Rückübertragung vorliegt, halten wir die Personalunion für zulässig. Nach Sinn und Zweck des § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB X, § 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB X darf der Beistand dann nicht als Sachbearbeiter der UVG-Stelle auftreten, wenn Bereiche betroffen sind, die das Verhältnis UVG-Stelle zum Kind (als Antragsteller der UVG-Leistung) betreffen. Da nach der angeordneten Konstruktion jedoch die Antragsbearbeitung nie in der Hand des Beistands liegt, sondern stets von anderen Personen, die ausschließlich bei der UVG-Bewilligung tätig sind, über die Anträge entschieden werden soll, sehen wir keinen Verstoß gegen die überlegt personelle Organisation beim Rückgriff.

2. Das Kind lebt bei der Mutter und bezieht UVG-Leistungen, welche Sachbearbeiter A bewilligt hat. Die Mutter beantragt keine Beistandschaft. Sachbearbeiter B macht als UVG-Kasse den Unterhalt geltend.

Da keine Beistandschaft besteht, ist weder ein datenschutzrechtliches noch ein kollisionsrechtliches Problem iSd § 16 SGB X ersichtlich.

3. Zuerst wird Sachbearbeiter B als Beistand tätig. Dann endet die Beistandschaft. Sachbearbeiter B hat dann die Aufgabe, den Unterhalt als UVG-Sachbearbeiter geltend zu machen.

Mit Beendigung der Beistandschaft ist die Akte zu schließen und eine gesetzliche Übermittlungsbefugnis des (ehemaligen) Beistands ist allein für das Kind bzw. den betreuenden Elternteil vorgesehen (§ 68 Abs. 3 S. 3 SGB VIII). Es besteht also keine datenschutzrechtliche Übermittlungsbefugnis an Fachkräfte aus der UVG-Stelle.

Tatsächlich wird, wenn weiterhin laufend Unterhaltsvorschuss ausgezahlt wird, idR die Beistandschaft nicht beendet und eine Rückübertragungsvereinbarung geschlossen werden. In diesem Fall gelten die Ausführungen wie in Fallkonstellation 1.

Geht es allein noch um die Geltendmachung der Rückstände des UVG-Trägers und ist die treuhänderische Rückübertragung mit Beendigung der Beistandschaft auch beendet, so müsste der (ehemalige) Beistand so tun, als hätte er keine Kenntnisse aus der Zeit der Beistandschaft. Dies wird kaum darstellbar sein. Daher ist anzuraten, bei Beendigung der Beistandschaft den betreuenden Elternteil um Einwilligung in die Datenweitergabe an die UVG-Stelle zu bitten. Damit würde die Fachkraft der Beistandschaft befugt, die Daten, bezüglich derer die Mutter bzw. das Kind gem. § 68 Abs. 3 SGB VIII einen Informationsanspruch haben, an die Fachkräfte der UVG-Stelle weiterzugeben. Liegt eine entsprechende Einwilligung vor, sind keine Bedenken ersichtlich, dass der gleiche Sachbearbeiter, der vormals die Beistandschaft geführt hat, den Rückgriff für die UVG-Stelle weiterverfolgt.

Erteilt der betreuende Elternteil die Einwilligung nicht, sehen wir in der angedachten Konstruktion einen Verstoß gegen den Datenschutz, da trotz beendeter Beistandschaft die

Informationen/Daten aus der (beendeten) Beistandschaft allem Anschein nach bei dem UVG-Rückgriff verwendet würden.

Kinder- und Jugendhilferecht

Leistungen nach SGB VIII

Möglichkeiten der Gewährung einer Hilfe nach § 19 SGB VIII nach Vollendung des sechsten Lebensjahrs des Kindes

§ 19 Abs. 1 SGB VIII, § 27 Abs. 2 SGB VIII

DIJuF-Rechtsgutachten 20.6.2017 – SN_2017_0124 Bm

In Zusammenhang mit einer geplanten Hilfe nach § 19 SGB VIII fragt das Jugendamt nach Möglichkeiten, eine solche Hilfe auch nach Vollendung des sechsten Lebensjahrs des Kindes zu beginnen bzw nach Möglichkeiten, die Hilfe über die Vollendung des sechsten Lebensjahrs hinaus fortzusetzen.

*

I. Altersbegrenzung bei Hilfen nach § 19 SGB VIII

Eine Hilfe nach § 19 SGB VIII richtet sich nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift an Mütter oder Väter, die allein für ein Kind unter sechs Jahren zu sorgen haben oder tatsächlich sorgen, wenn und solange sie aufgrund ihrer Persönlichkeitsentwicklung dieser Form der Unterstützung bei der Pflege und Erziehung ihres Kindes bedürfen (§ 19 Abs. 1 S. 1 SGB VIII). Nach diesen Voraussetzungen darf somit das (jüngste) Kind das sechste Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

Dabei ist allerdings nach allgemeiner Auffassung lediglich auf den Beginn der Leistung abzustellen, sodass eine Fortsetzung der Leistung nach Vollendung des sechsten Lebensjahrs möglich ist, da eine abrupte Beendigung der Hilfe der Zielsetzung von § 19 SGB VIII widerspräche und voraussichtlich weitere, intensivere Hilfebedarfe nach sich ziehen würde (VGH München 24.9.2013 – 12 CE 12.2738; FK-SGB VIII/Struck, 7. Aufl. 2013, SGB VIII § 19 Rn. 8; Wiesner/Struck SGB VIII, 5. Aufl. 2015, SGB VIII § 19 Rn. 7; Schellhorn ua/Fischer SGB VIII, 5. Aufl. 2017, SGB VIII § 19 Rn. 15). Dies ergibt sich auch aus dem Wortlaut von § 19 Abs. 1 SGB VIII, wonach die Hilfe zu gewähren ist, *solange* die Mutter bzw der Vater dieser Form der Unterstützung bedürfen. Die Hilfe nach § 19 SGB VIII kann daher sinnvollerweise erst dann beendet werden, wenn der entsprechende Hilfebedarf nicht mehr besteht bzw die Hilfe nicht mehr geeignet zur Deckung des Bedarfs ist. Dabei kann auch nicht die Einschulung den Hilfebedarf automatisch beenden, sofern die Hilfe nach § 19 SGB VIII dennoch noch geeignet ist (LPK-SGB VIII/Kunkel, 5. Aufl. 2015, SGB VIII § 19 Rn. 2).

Zudem ist hinsichtlich des Erfordernisses, dass das Kind bei Beginn der Leistung das sechste Lebensjahr noch nicht vollendet haben darf, auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen. Ein tatsächlicher Beginn der Leistung in der Einrichtung ist daher im Fall eines rechtzeitigen Antrags auch

noch nach Vollendung des sechsten Lebensjahrs möglich (VGH München 24.9.2013 – 12 CE 12.2738; Wiesner/Struck SGB VIII § 19 Rn. 7; Schellhorn ua/Fischer SGB VIII § 19 Rn. 15). Da in diesem Fall bereits seit der Zeit vor Vollendung des sechsten Lebensjahrs des Kindes aufgrund der Vereinbarung mit der Mutter ein Platz in einer Einrichtung nach § 19 SGB VIII für die Mutter und das Kind gesucht wird, jedoch bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahrs noch nicht gefunden werden konnte, steht einem Beginn der Hilfe nach § 19 SGB VIII, sofern diese noch immer geeignet ist, nichts im Wege.

II. Hilfeleistung nach § 27 Abs. 2 SGB VIII

Kommt eine Leistung nach § 19 SGB VIII nicht (mehr) in Betracht, so kann (und muss) bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 27 SGB VIII eine Hilfe zur Erziehung gewährt werden. Neben den „klassischen“ Hilfen, die im SGB VIII in den §§ 28 ff ausdrücklich beschrieben sind, hat der Gesetzgeber mit der Verwendung des Begriffs „insbesondere“ in § 27 Abs. 2 S. 1 SGB VIII die notwendige Flexibilität geschaffen, um die Entscheidung über die konkrete Hilfeart tatsächlich am jeweiligen Hilfebedarf ausrichten zu können (Schellhorn ua/Fischer SGB VIII § 27 Rn. 36). Entscheidend für die Ausgestaltung der Hilfe hinsichtlich ihrer Art und ihres Umfangs ist daher der erzieherische Bedarf im Einzelfall (§ 27 Abs. 2 S. 2 SGB VIII). Die Entwicklung neuer, individueller Hilfen ist daher nicht nur möglich und wünschenswert, sondern für den Fall, dass mit dem Standardkatalog an Hilfen auf den Hilfebedarf nicht reagiert werden kann, auch gefordert. Entsprechend kann eine gemeinsame Unterbringung von Mutter und/oder Vater und Kind auch auf der Grundlage von § 27 Abs. 2 SGB VIII als Hilfe zur Erziehung zu gewähren sein.

Pflegekinderhilfe

Anspruch auf Fortgewährung einer Vollzeitpflege nach §§ 27, 33 SGB VIII in einer Pflegefamilie, in der das Jugendamt das Kindeswohl gefährdet sieht, jedoch familiengerichtlich ein Verbleib angeordnet wurde?; Hinweise zum weiteren familiengerichtlichen Vorgehen

§§ 27, 33 SGB VIII, § 1632 Abs. 4 BGB, § 1696 Abs. 1 BGB, § 156 Abs. 2 FamFG

DIJuF-Rechtsgutachten 15.5.2017 – SN_2017_0079 LS/Lh

Das inzwischen 13-jährige Pflegekind J befindet sich seit Oktober 2014 aufgrund einer Hilfe nach §§ 27, 33 SGB VIII in einer Pflegefamilie mit zwei Pflegemüttern, nachdem es zuvor mehrere Jahre im Heim verbracht und Rückführungsversuche zur allein sorgeberechtigten Mutter aufgrund deren psychischen Erkrankung scheiterten. Sowohl das Jugendamt als auch

die Mutter befürwortet daher die dauerhafte Erziehung und Betreuung in einer Pflegefamilie.

Im Oktober 2015 erklärte die Mutter allerdings, dass sie – aufgrund eines sektenähnlichen Verhaltens der Pflegemütter – nicht mehr mit der Unterbringung ihrer Tochter in der bisherigen Pflegestelle einverstanden sei und den Wechsel in eine andere Pflegestelle wünsche. Das Jugendamt nahm eine Überprüfung der Pflegestelle vor, konnte jedoch keine akute Gefährdung des Kindeswohls in der Pflegestelle feststellen.

Die Pflegemütter stellten im März 2016 dann aber beim Familiengericht einen Antrag auf Verbleibensanordnung; das Jugendamt befürwortete in seiner Stellungnahme den Wunsch der Mutter hinsichtlich eines Wechsels der Pflegestelle. Im Juli 2016 kam es im Rahmen eines familiengerichtlichen Termins zu einer Vereinbarung zwischen den Pflegemüttern und der Mutter, dass der Aufenthalt von J weiterhin in der Pflegestelle bleiben solle.

Seit August 2016 erhielt das Jugendamt jedoch verschiedene Hinweise von massiven Missständen in der Pflegestelle hinsichtlich der dort wohnhaften volljährigen Mitbewohner/innen (Anzeige wegen sexuellen Missbrauchs, körperliche Misshandlungen, Einsperrungen, Polizeieinsätze), woraufhin das Jugendamt das Kind am 2.12.2016 – mit Einverständnis der Mutter – vorläufig in Obhut nahm. Am 6.12.2016 beantragte das Jugendamt beim Familiengericht die Aufhebung der Verbleibensanordnung, die Pflegemütter gleichzeitig die Herausgabe des Kindes. Im Anschluss an eine mündliche Anhörung erließ das Familiengericht am 12.12.2016 einen Beschluss zur Herausgabe von J an die Pflegemütter. Diese erschienen daraufhin in der Bereitschaftspflegestelle und nahmen J mit, die sich seither wieder in der Obhut der Pflegemütter befindet. Das Jugendamt erhob am 13.12.2016 gegen den Beschluss Beschwerde beim Oberlandesgericht und beantragte dessen Aussetzung. Am 15.12.2016 erfuhr das Jugendamt durch die Polizei, dass gegen eine der Pflegemütter Haftbefehl wegen gemeinschaftlicher Erpressung und Freiheitsberaubung erhoben und in Untersuchungshaft genommen wurde.

Das Oberlandesgericht verwarf die Beschwerde des Jugendamts als unzulässig; die Beschwerde der Mutter wurde – insbesondere mit Verweis auf die im Juli 2016 mit den Pflegemüttern geschlossene Vereinbarung zum Verbleib von J in der Pflegestelle – zurückgewiesen. Über den Antrag des Jugendamts vom 6.12.2016 auf Aufhebung der Verbleibensanordnung ist bis zum heutigen Zeitpunkt noch nicht entschieden. Die Pflegemutter befindet sich noch in Untersuchungshaft.

Nach Auffassung des Jugendamts sind die Erziehungsbedingungen bei den Pflegemüttern, insbesondere aufgrund der Tatvorwürfe bzw. Vorkommnisse seit Oktober 2016 im Haushalt der Pflegestelle, für ein gesundes Aufwachsen eines Pflegekindes nicht mehr gegeben; vielmehr sieht es eine Kindeswohlgefährdende Situation für J in der Pflegestelle, deren Gefährdungspotenzial fortlaufend zunimmt.

Das Jugendamt bitte um Einschätzung zu folgenden Fragen:

1. Kann das Jugendamt die Hilfe zur Erziehung gem. §§ 27, 33 SGB VIII trotz der bestehenden Verbleibensanordnung beenden?
2. Kann das Jugendamt die Hilfe beenden (Zahlung des Pflegegelds einstellen) und das Kind in der Pflegestelle belassen?

*

I. Auswirkungen der familiengerichtlichen Verbleibensanordnung auf die jugendamtlichen Entscheidungen

Eine familiengerichtliche Anordnung kann das Jugendamt grundsätzlich nur im Hinblick auf den Verbleib bzw. die Rückkehr eines Kindes in den Haushalt der Pflegeeltern binden. In seiner Entscheidung über die (Fort-)Gewährung von Hilfe zur Erziehung (HzE) ist das Jugendamt hingegen hierdurch grundsätzlich nicht gebunden (Wiesner/Schmid-Obkirchner SGB VIII, 5. Aufl. 2015, SGB VIII § 36a Rn. 12, 17 ff.). Vielmehr hat es das (weitere) Vorliegen der Hilfevoraussetzungen nach dem SGB VIII eigenständig zu prüfen (FK-SGB VIII/Meysen, 7. Aufl. 2013, SGB VIII § 36a Rn. 17). Das BVerwG hat diese Verteilung der Entscheidungskompetenzen im ersten Leitsatz seiner Grundsatzentscheidung vom 21.6.2001 (JAmt 2002, 26) anschaulich beschrieben:

„Die Jugendhilfeträger haben bei der Prüfung der Voraussetzungen der Gewährung öffentlicher Jugendhilfe die sorgerechtlichen Entscheidungen der Zivilgerichte (VormG bzw. FamG) zu beachten, die gesetzlichen Voraussetzungen der Gewährung von Jugendhilfe aber eigenverantwortlich zu prüfen.“

Eine Abhängigkeit dieser grundsätzlich eigenständigen Prüfungskompetenz des Jugendamts zeigt sich allerdings ua darin, dass das Jugendamt in seiner Entscheidungsfindung bezüglich der (Fort-)Gewährung der Hilfe nun nach §§ 27, 33 SGB VIII nicht mehr ganz „frei“ ist, da es auch nach der Anordnung des Familiengerichts nicht aus seiner Aufgaben- und damit Hilfeverantwortung nach dem SGB VIII entlassen ist (FK-SGB VIII/Meysen SGB VIII § 36a Rn. 18). Zwar hat es selbst zu prüfen, ob es die Anforderungen an eine geeignete HzE nach § 27 Abs. 1 SGB VIII in Form der Vollzeitpflege (noch) erfüllt ansieht und kann im Fall einer negativen Prüfung die Hilfeleistungen einstellen sowie ggf. die Pflegepersonen darauf verweisen, Hilfe zum Lebensunterhalt gem. § 27a Abs. 4 S. 3 SGB XII für das Kind zu beantragen. Aufgrund der vorliegend beschriebenen Situation in der Pflegestelle spricht – auch nach unserer Einschätzung – viel dafür, sowohl die familiären Lebensbedingungen als auch die Pflegemütter in ihrer Persönlichkeit als iSd §§ 27, 33 SGB VIII „ungeeignet“ anzusehen und daher eine Einstellung der Hilfeleistung zu erwägen.

Solange das Kind in der Pflegefamilie verbleibt, hat das Jugendamt jedoch in jedem Fall die Verantwortung für das Wohl des Kindes, und zwar unabhängig davon, ob die Hilfe fortgesetzt wird oder nicht. Entscheidet sich das KrJA S tatsächlich für die Hilfebeendigung, werden die Pflegemütter zukünftig eine Pflegeerlaubnis nach § 44 SGB VIII benötigen und das KrJA S zukünftig auch hieraus in der Kontroll- und Schutzverantwortung stehen (§ 44 Abs. 3 SGB VIII).

Dabei sei an dieser Stelle mit Blick auf die Entscheidung über die Erteilung einer Pflegeerlaubnis nach § 44 SGB VIII noch kurz auf Folgendes hingewiesen: Auch diese Entscheidung ist als Verwaltungsakt zwar eigenständig vom KrJA S zu treffen. Als grundsätzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt bestünde für die Pflegemütter jedoch ein Rechtsanspruch auf Erlaubniserteilung, wenn keine begründeten Zweifel daran bestehen, dass das Wohl des Kindes oder des/der Jugendlichen in der Pflegestelle nicht gewährleistet ist (§ 44 Abs. 2 SGB VIII; Wiesner/Mörsberger SGB VIII § 44 Rn. 10). Letzteres scheint zwar für das KrJA S gerade nicht der Fall zu sein. Aufgrund der familiengerichtlichen Verbleibensanordnung gem. § 1632 Abs. 4 BGB und der damit inzident auch getroffenen Feststellung, dass das Familiengericht das Kindeswohl bei den Pflegemüttern als gewährleistet einschätzt, zeigt sich sehr wohl auch hier eine Abhängigkeit der jugendamtlichen von der familiengerichtlichen Entscheidung. Kann sich das Jugendamt auf keine neuen, im familiengerichtlichen Verfahren unberücksichtigt gebliebenen Tatsachen im Hinblick auf die Gewährleistung des Kindeswohls in der Pflegestelle stützen, dürfte eine gerichtsfeste Versagung der Pflegeerlaubnis kaum zu begründen sein.

Im Übrigen besteht auch der Hilfeauftrag zur Beratung und Unterstützung der Pflegestelle nach § 37 Abs. 2 SGB VIII fort und sollte das KrJA S vor allem und gerade auch im Hinblick auf die Verdachtsmomente weiterhin versuchen, auf

eine intensive Zusammenarbeit mit den Pflegepersonen hinzuwirken und persönliche Gespräche mit dem Kind zu führen, um eine erneute Gefährdungssituation frühzeitig zu erkennen und das Kind notfalls erneut in Obhut nehmen zu können (§ 42 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII), aber auch um dessen Wohlbefinden, Wünsche und Bedürfnisse zur Kenntnis zu nehmen und auf diese Weise gleichzeitig eine Grundlage dafür zu schaffen, dass sich das Kind in Notsituationen ggf selbst an das Jugendamt wenden kann (§ 8 Abs. 2 SGB VIII, § 42 Abs. 1 Nr. 1 SGB VIII).

Bei der Entscheidung darüber, ob das Jugendamt die Gewährung der HzE nach §§ 27, 33 iVm § 39 SGB VIII einstellt, wäre daher nach Einschätzung des Instituts auch zu erwägen, ob es seiner Verantwortung für das Kind womöglich besser gerecht wird, wenn es die Hilfe nicht einstellt, sondern „freiwillig“ aufrechterhält, weil sich ihm dadurch ggf bessere Möglichkeiten zum Kontakt zu den Pflegemüttern und dem Pflegekind ergeben (§§ 36, 37 Abs. 1 SGB VIII) und die Gewährleistung des Kindeswohls dadurch eher gelingen könnte.

II. Familiengerichtliches Vorgehen

Nach der Sachverhaltsschilderung hat das Oberlandesgericht die Beschwerden der Mutter sowie des Jugendamts gegen die im Wege der einstweiligen Anordnung ausgesprochene Verbleibensanordnung zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss des Oberlandesgerichts ist kein weiteres Rechtsmittel gegeben.

Es besteht jedoch die Möglichkeit, ein Hauptsacheverfahren einzuleiten, in dem – möglicherweise unter Heranziehung eines Sachverständigengutachtens – erneut über die Frage des Verbleibs des Kindes entschieden wird. Verfahrensrechtlich wäre dies entweder möglich über einen Antrag der Mutter (in der Hauptsache) auf Herausgabe des Kindes gem. § 1631 Abs. 2 BGB oder über eine Anregung des Jugendamts, ein Hauptsacheverfahren über den Verbleib des Kindes einzuleiten. Denn das Verfahren zur Verbleibensanordnung ist ein Verfahren, das auch von Amts wegen geführt werden kann („so kann das Familiengericht von Amts wegen oder auf Antrag der Pflegeperson“), sodass folglich das Jugendamt die Einleitung eines entsprechenden Hauptsacheverfahrens anregen darf (§ 24 FamFG).

Im Rahmen des Hauptsacheverfahrens wäre insbesondere darzulegen, dass die „Vereinbarung“ zwischen Mutter und Pflegemüttern die Mutter nicht daran hindert, ihr Herausgabeverlangen im Wege der Hauptsache weiterzuverfolgen. Denn die elterliche Sorge ist kein Verfahrensgegenstand, über den die Beteiligten verfügen und sich iSd § 156 Abs. 2 FamFG (der nur für Umgangsverfahren gilt) vergleichen können. Folglich greift auch nicht – wie das Oberlandesgericht irrig annimmt – die Schwelle des § 1696 Abs. 1 BGB.

Des Weiteren wäre darzulegen, dass in einem Verfahren über eine Verbleibensanordnung das Familiengericht im Wege der Amtsermittlung zu untersuchen hat, ob das Kind bei einer Herausnahme aus der Familie gefährdet wäre (§ 1632 Abs. 4 letzter Halbs. BGB). Erst recht hätte es eine Verbleibensanordnung jedoch abzulehnen, wenn es im Rahmen seiner Kindeswohlprüfung zum Ergebnis käme, dass das Wohl des

Kindes bei einem weiteren Verbleib des Kindes in der Pflegefamilie gefährdet ist. Von dieser Amtsermittlungspflicht wird das Familiengericht nicht durch eine vermeintlich bindende Vereinbarung zwischen Mutter und Pflegemüttern entbunden.

Neben diesen verfahrensrechtlichen Hinweisen wäre inhaltlich auszuführen, warum das Kind durch eine Herausnahme aus der bisherigen Pflegefamilie nicht in seinem Wohl gefährdet ist. Hier ist zu betonen, dass eine Herausnahme aus der bisherigen Pflegefamilie tatsächlich erst ausscheidet, wenn andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre. Es genügt also nicht, dass es „besser“ für das Kind wäre, wenn es weiterhin bei den Pflegemüttern bliebe. Dem Kind müsste durch die Herausnahme tatsächlich mit ziemlicher Sicherheit eine erhebliche Schädigung drohen. UU kann es angezeigt sein, dass das Jugendamt anregt, für diese Frage ein Sachverständigengutachten einzuholen.

Schutzauftrag

Zusammenarbeit zwischen Kindertagesstätte und Allgemeinem Sozialen Dienst unter datenschutzrechtlichen Aspekten insbesondere in Fällen (möglicher) Kindeswohlgefährdung und zum Aufgabenbereich der insoweit erfahrenen Fachkraft

§ 8a Abs. 1, Abs. 4 SGB VIII, § 61 Abs. 3 SGB VIII, §§ 62, 65 SGB VIII, § 67b Abs. 2 SGB X, § 34 StGB

DIJUF-Rechtsgutachten 12.4.2017 – SN_2017_0038 Gö

Das StJA X bittet um rechtliche Stellungnahme zu (datenschutzrechtlichen) Fragen der Zusammenarbeit zwischen Kindertagesstätte (Kita) und Allgemeinem Sozialen Dienst (ASD) und zur Stellung der insoweit erfahrenen Fachkraft. Das Jugendamt führt hierzu aus, dass es in der Stadt X 18 Kitas in kommunaler Trägerschaft gibt. Dies habe den Vorteil, dass durch einen Kita-Platz frühzeitige und niedrigschwellige Fördermöglichkeiten für Kinder mit entsprechendem Bedarf angeboten werden können. Die Abteilungen Kita und ASD sind gerade dabei, verbindliche Verfahren der Zusammenarbeit zu erstellen. Hierbei stellen sich folgende Fragen:

1. Ist bei Fällen, in denen Hilfe zur Erziehung (HzE) geleistet wird und in sonstigen Fällen in ASD-Zuständigkeit – wenn im HzE-Antrag der Datenaustausch zwischen Jugendamt, freiem Träger und Kita festgeschrieben ist oder eine Schweigepflichtentbindung zum Austausch ASD – Kita durch die Eltern unterschrieben wurde – notwendig, genau festzulegen, welche Daten weitergegeben werden (zB Kita-Wechsel, Entwicklungsgespräch, Elterngespräche, Auffälligkeiten, Fehlzeiten usw) oder reicht eine allgemein verfasste Schweigepflichtentbindung aus? Muss diese alle paar Monate erneuert werden?
2. Muss die Kita in Fällen, in denen der ASD bereits seine Fallzuständigkeit mitgeteilt hat, eine insoweit erfahrene Fachkraft hinzuziehen, wenn sich Kindeswohlgefährdungsaspekte ergeben oder sollte sich die Kita direkt beim ASD melden?
3. Wie kann eine insoweit erfahrene Fachkraft sicherstellen, dass eine Kita/ein Träger eine Gefährdung an den ASD weitergibt, wenn das das Ergebnis der insoweit erfahrenen Fachkraft-Beratung ist?

*

I. Zu Frage 1: Datenaustausch zwischen Kita, freiem Träger der Jugendhilfe und ASD

1. Erforderlichkeit einer Einwilligung

Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe ist unmittelbar an das Sozialgeheimnis (§ 35 Abs. 1 SGB I) gebunden und bedarf für jeglichen Umgang mit Sozialdaten (§ 67 Abs. 1

SGB X) entweder einer qualifizierten Einwilligung des/der Betroffenen (§ 67 Abs. 1 SGB X) oder einer sozialgesetzlichen Befugnis. Eine Datenübermittlung zwischen städtischer Kita und ASD ist daher ohne sozialgesetzliche Übermittlungsbefugnis nur zulässig, wenn eine wirksame Einwilligung der personensorgeberechtigten Eltern vorliegt.

Freie Träger sind über Vereinbarungen nach § 61 Abs. 3 SGB VIII zur entsprechenden Einhaltung des Sozialdatenschutzes verpflichtet, können sich aber nicht auf die sozialgesetzlichen Befugnisse berufen, sodass sie stets eine Einwilligung des/der Betroffenen benötigen, wenn sie Daten übermitteln wollen.

2. Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung

Die jederzeit frei widerrufliche Einwilligung in die Datenweitergabe bzw Datenerhebung kann nur durch eine Person abgegeben werden, die im Hinblick auf den Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung einwilligungsfähig ist. Ist der Rechtsgutsinhaber selbst einwilligungsfähig, hat die Einwilligung höchstpersönlich zu erfolgen. Bei den hier in Rede stehenden Daten aus der Kindertagesbetreuung ist die Einwilligung bei den personensorgeberechtigten Eltern einzuholen. Die Einwilligung muss auf der freien Entscheidung des/der Betroffenen, also des-/derjenigen, um dessen/deren Daten es geht, beruhen. Eine wirksame Einwilligung setzt voraus, dass der/die Betroffene die Bedeutung und Tragweite der Einwilligung erfassen kann. Hierzu müssen insbesondere Zweck und Umfang der Ermächtigung erkennbar sein (vgl § 62 Abs. 2 S. 2 SGB VIII). Der/Die Betroffene muss also genau wissen, wozu er/sie seine/ihre Einwilligung erteilt.

Wenn die nach § 67b Abs. 2 S. 3 SGB X grundsätzlich schriftlich zu erteilende Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen (bspw mit einem Antrag auf HzE) abgegeben werden soll, ist sie besonders hervorzuheben (§ 67b Abs. 2 S. 4 SGB X). Die Verknüpfung mit dem HzE-Antrag kann den Eindruck erwecken, dass die Leistung von der Einwilligung in die Datenübermittlung/Datenerhebung abhängt. Es ist aber davon auszugehen, dass die Nichterteilung der Einwilligung keinerlei negative Folgen für den/die Betroffene/n hat, worauf diese/r hinzuweisen ist (vgl § 67b Abs. 2 S. 1 SGB X).

In Schlagworten zusammengefasst sollte die Einwilligungserklärung folgende Punkte enthalten: *Welche Informationen sind betroffen, von wem an wen* sollen die Informationen übermittelt werden, *zu welchem Zweck* soll die Datenweitergabe/Datenerhebung erfolgen.

3. Einwilligung durch „Festschreibung“ im HzE-Antrag oder durch Unterzeichnen einer Schweigepflichtentbindungserklärung

Hieraus ergibt sich, dass eine „Festschreibung“ des Datenaustauschs zwischen Jugendamt, freiem Träger und Kita im HzE-Antrag grundsätzlich nicht ausreichend ist. Es ist zwar möglich, die Einwilligung (zur Datenübermittlung und zur korrespondierenden Datenerhebung) gemeinsam mit dem Antrag auf HzE einzuholen; dann muss die Einwilligungserklärung aber besonders hervorgehoben sein und den dargestellten Anforderungen genügen.

Bei einer Schweigepflichtentbindungserklärung handelt es sich datenschutzrechtlich ebenfalls um eine Einwilligung in die Datenübermittlung durch die schweigepflichtige Person bzw durch die dem Sozialdatenschutz unterliegende Stelle. Gleichzeitig handelt es sich um eine Einwilligung in die Datenerhebung durch den Sozialleistungsträger. Die Schweigepflichtentbindung ist derjenigen Stelle gegenüber zu erteilen, aus deren Verantwortungsbereich die Daten an eine andere Stelle übermittelt werden sollen. Insoweit bedarf es einer Einwilligungserklärung gegenüber dem ASD sowie einer Einwilligungserklärung gegenüber der Kita, um einen Datenaustausch zwischen den beiden Stellen zu ermöglichen. Aus der Einwilligungserklärung sollte für die Betroffenen nachvollziehbar hervorgehen, welche Daten in welchen Fällen weitergegeben werden. Eine allgemein verfasste Schweigepflichtentbindung, also eine pauschale Einwilligung, deren Bedeutung und Tragweite für den Betroffenen nicht erkennbar ist, ist insoweit nicht ausreichend. Ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung kann hierdurch nicht gerechtfertigt werden (vgl FK-SGB VIII/Hoffmann/Proksch, 7. Aufl. 2013, SGB VIII VorKap. 4 Rn. 20).

4. Zeitpunkt des Einholens der Einwilligung

Grundsätzlich kann eine einmalige Einholung der Einwilligung – mit Hinweis darauf, dass diese für die gesamte Kindergartenzeit bzw die gesamte Zeit der Betreuung durch das Jugendamt gelten soll – ausreichen. Aufgrund des allgemein im Datenschutzrecht geltenden Transparenzgebots und der Möglichkeit, die Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft zu widerrufen, empfiehlt es sich aber nach Auffassung des Instituts im Zweifel, die Eltern auf einzelne Datenübermittlungen (bspw die Weitergabe des Inhalts eines Elterngesprächs) nochmals anlassbezogen hinzuweisen.

Die Einholung der Einwilligung bei Beginn der Zusammenarbeit mit der Familie bietet sich im Hinblick auf Daten an, die in allen Fällen weitergegeben werden sollen. Bei Daten, die nicht üblicherweise, sondern nur in bestimmten Fällen weitergegeben werden sollen, erscheint sinnvoller, die Einwilligung separat im Bedarfsfall einzuholen – dies auch vor folgendem Hintergrund: Grundsätzlich dürfen nur die Sozialdaten erhoben werden, die für die Aufgabenerfüllung erforderlich sind (§ 62 Abs. 1 SGB VIII). Dies gilt auch dann, wenn eine Einwilligung des/der Betroffenen vorliegt (FK-SGB VIII/Hoffmann/Proksch SGB VIII VorKap. 4 Rn. 13). Insoweit scheint eine standardmäßige Einholung der Einwilligung zu Beginn der Betreuung durch den Kindergarten bzw durch das Jugendamt für alle möglichen Datenübermittlungen nicht angezeigt, da der ASD ohnehin im Einzelfall prüfen muss, ob er die jeweiligen Daten überhaupt bei der Kita erheben darf.

II. Zu Fragen 2 und 3: Vorgehen der Kita bei Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung

1. Schutzauftrag/Pflicht zur Gefährdungseinschätzung und Beratungsanspruch

Die Jugendhilfe ist insgesamt verpflichtet, Kinder und Jugendliche vor Gefahren für ihr Wohl zu schützen (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 SGB VIII). Dieser allgemeine Schutzauftrag wird für

den Träger der öffentlichen Jugendhilfe in § 8a Abs. 1 SGB VIII konkretisiert. Für Fachkräfte einer kommunalen Kita ergibt sich eine entsprechende Verpflichtung zur Wahrnehmung des Schutzauftrags für die von ihnen betreuten Kinder aus Vereinbarungen nach § 8a Abs. 4 SGB VIII in entsprechender Anwendung. Daher sind sie zu einer Gefährdungseinschätzung nach § 8a Abs. 4 SGB VIII verpflichtet, wobei sie eine insoweit erfahrene Fachkraft hinzuziehen müssen (§ 8a Abs. 4 S. 1 Nr. 2 SGB VIII).

Das Jugendamt ist zu informieren, falls die Gefährdung nicht anders abgewendet werden kann (§ 8a Abs. 4 S. 2 SGB VIII). Diese Schwelle der nicht anders abwendbaren Gefährdung kann nicht abbedungen werden (FK-SGB VIII/Meysen SGB VIII § 8a Rn. 61) und gilt auch dann, wenn die Familie bereits vom Jugendamt betreut wird. Die Kita ist daher verpflichtet, zunächst den eigenen Hilfezugang zur Abwendung der Gefährdung zu nutzen.

Dies beruht letztlich auf dem Hilfeverständnis des Kinder- und Jugendhilferechts. Beim Jugendamt handelt es sich nicht um eine Meldebehörde. Die Fachkräfte freier Träger oder bspw die Fachkräfte kommunaler Kitas oder kommunaler Beratungsstellen sind keine Melder/innen, sondern sollen ihre Hilfebeziehung auch zum Schutz der Kinder nutzbar machen (vgl. Meysen Kooperation beim Schutzauftrag: Datenschutz und strafrechtliche Verantwortung – alles rechtens?, 2006). Datenschutz bedeutet Vertrauensschutz, Kinderschutz braucht Vertrauensschutz und damit auch Datenschutz: Würde die das Kind betreuende Fachkraft der kommunalen Kita Informationen gegen den Willen der Betroffenen auch unterhalb der in § 8a Abs. 4 S. 2 SGB VIII normierten Schwelle an das Jugendamt weitergeben, wäre eine vertrauensvolle Zusammenarbeit der Fachkraft mit der Familie in vielen Fällen nicht mehr möglich, der Hilfezugang verbaut. Unterhalb der in § 8a Abs. 4 S. 2 SGB VIII normierten Schwelle kommt eine Informationsweitergabe hinsichtlich der Kindeswohlgefährdungsaspekte daher nur mit Einwilligung der betroffenen Familie in Betracht.

Im Übrigen steht auch die strafbewehrte Schweigepflicht (§ 203 Abs. 1 Nr. 5 oder Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StGB) einer sofortigen Weitergabe der Informationen an das Jugendamt entgegen.

2. Anonyme Fallberatung durch eine insoweit erfahrene Fachkraft (§ 8a Abs. 4 S. 1 Nr. 2 SGB VIII)

Die anonyme Fallberatung durch eine insoweit erfahrene Fachkraft, die die Fachkräfte der Kita in Anspruch nehmen müssen, verfolgt den Zweck, die (fall-)verantwortlichen Fachkräfte, die in einer Hilfebeziehung zu Kindern/Familien stehen, bei der Gefährdungseinschätzung zu unterstützen, wenn ihnen gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung bekannt geworden sind (vgl. § 8a Abs. 4 S. 1 Nr. 2 SGB VIII).

Die Beratung soll dazu beitragen, dass der/die zu Beratende Sicherheit in der Einschätzung des Einzelfalls erlangt und ihm/ihr ermöglichen, auf Basis der Beratung zu entscheiden, wie mit der Situation umzugehen ist, bspw im Hinblick auf die Frage, ob er/sie sich an den ASD wendet. Ziel des Anspruchs auf Fachberatung ist, die Schwelle zu senken, sich

mit Sorgen/Vermutungen im Hinblick auf das Wohl eines Kindes an Personen zu wenden, die auf diesem Gebiet besondere Kenntnisse haben (vgl. FK-SGB VIII/Meysen SGB VIII § 8b Rn. 9). Die Beratung soll die Handlungssicherheit erhöhen. Hierzu erfolgt eine Reflexion der Wahrnehmungen und Vermutungen im Hinblick auf die Möglichkeit/Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung sowie deren Grad und eine Beratung zu Handlungsoptionen im Kontakt mit dem betroffenen Kind und den Bezugspersonen und zur Frage nach den Möglichkeiten, andere Stellen einzubeziehen (FK-SGB VIII/Meysen SGB VIII § 8b Rn. 7).

Aufgabe der insoweit erfahrene Fachkraft ist ausschließlich die Beratung. Diese dient aber nicht der Abgabe des Falls und der Verantwortung (FK-SGB VIII/Meysen SGB VIII § 8a Rn. 70). Die (Fall-)Verantwortung bzw die Entscheidung über den weiteren Umgang mit der Situation verbleibt bei dem/der Beratenen. Daher wird auch die Entscheidung über das Ergebnis der Gefährdungseinschätzung durch denjenigen/diejenige getroffen, der/die die Beratung in Anspruch nimmt (zum Ganzen Wiesner/Wiesner SGB VIII, 5. Aufl. 2015, SGB VIII § 8a Rn. 75).

Dass die Verantwortung durch die Inanspruchnahme der Fachberatung unberührt bleibt, wird auch deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass die insoweit erfahrene Fachkraft in einer Vielzahl der Fälle ohnehin nicht tätig werden könnte, da ihr die Daten des Kindes/der betroffenen Familie nicht bekannt sind. Die Fallberatung ist nach Möglichkeit anonymisiert durchzuführen (§ 64 Abs. 2a SGB VIII, § 65 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB VIII). Diese durch fachliche Erwägungen gestützte gesetzliche Vorgabe verdeutlicht die unterschiedlichen Aufgaben und Verantwortlichkeiten der insoweit erfahrene Fachkraft und der Fachkraft, die unmittelbar mit dem Fall befasst ist, also in direktem Hilfekontakt steht.

3. Handlungspflichten/-möglichkeiten der insoweit erfahrene Fachkraft

Die insoweit erfahrene Fachkraft hat eine beratende Unterstützungsfunktion. Hat sie diese Aufgabe im Rahmen der Gefährdungseinschätzung durch die verantwortliche Fachkraft wahrgenommen, endet ihr Einsatz. Sie hat insbesondere keine Kontrollfunktion/Verantwortung im Hinblick darauf, ob die beratene Fachkraft weitere Schritte unternimmt.

Möglich ist aber, dass die Fachkraft, die die Beratung in Anspruch genommen hat, mit der insoweit erfahrene Fachkraft einen weiteren Beratungstermin oder anderweitigen Beratungskontakt vereinbart. Die Entscheidung über die Inanspruchnahme weiterer Beratung liegt – ebenso wie die Entscheidung über die erste Inanspruchnahme der anonymen Fallberatung, über das Ergebnis der Gefährdungseinschätzung sowie über das weitere Vorgehen in dem Fall, der Gegenstand der Beratung ist – bei der fallzuständigen Fachkraft. Die insoweit erfahrene Fachkraft hat aber die Aufgabe, auf die Möglichkeit weiterer Beratung und ggf auf eine sich aus ihrer Sicht ergebende Erforderlichkeit einer Fortführung der Beratung hinzuweisen.

Gesetzlich nicht vorgesehen ist ein Einschreiten der insoweit erfahrene Fachkraft, sei es durch eine Mitteilung an den

ASD, sei es durch unmittelbare Kontaktaufnahme mit der betroffenen Familie; eine Einbeziehung in den Kontakt mit der Familie ist allerdings auch nicht ausgeschlossen. Bei Anonymisierung ist dies allerdings schon objektiv nicht möglich.

Einer Informationsweitergabe durch die insoweit erfahrene Fachkraft an Dritte stehen im Übrigen datenschutzrechtliche Gründe entgegen. Hinsichtlich der im Beratungsgespräch anvertrauten Daten greift bei Anstellung der Beratungsfachkraft im Jugendamt der besondere Vertrauensschutz des § 65 Abs. 1 SGB VIII. Eine Weitergabe kommt daher regelmäßig nur mit Einwilligung des/der Anvertrauenden oder bei einem rechtfertigenden Notstand nach Maßgabe des (§ 65 Abs. 1 Nr. 5 SGB VIII iVm) § 34 StGB in Betracht.

Wenn die insoweit erfahrene Fachkraft es – entgegen der Einschätzung der beratenen Fachkraft – für erforderlich hält, den ASD einzuschalten, gilt also Folgendes: Wie oben dargestellt, verbleibt die (Fall-)Verantwortung bei der zu beratenden Person. Die insoweit erfahrene Fachkraft muss, kann und darf den ASD grundsätzlich nicht einschalten. Dies kann allenfalls im konkreten Einzelfall unter dem Gesichtspunkt des rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB) in Betracht kommen.

Tagesbetreuung

Bedarfsplanung bei der Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege; Förderung von Schulkindern in Tageseinrichtungen

§ 24 Abs. 4 SGB VIII, § 80 SGB VIII, § 14 KiföG MV

DIJUF-Rechtsgutachten 17.5.2017 – SN_2017_0241 Bm

Das Jugendamt fragt zunächst generell nach Publikationen und ggf. best-practice-Beispielen für den Bereich der Bedarfsplanung bei der Kindertagesbetreuung. Im Zusammenhang mit der Förderung von Kindern im schulpflichtigen Alter in Tageseinrichtungen fragt das Jugendamt nach dem Verpflichtungsgrad für den Träger der öffentlichen Jugendhilfe und nach der Möglichkeit, für die Vorhaltung des bedarfsgerechten Angebots eine Obergrenze im Sinne einer festen Quote festzulegen, bei deren Erreichen der Vorhalteverpflichtung Genüge getan ist. Zudem stellt sich dem Jugendamt die Frage, was als jugendhilfeplanerischer Bedarf gilt, insbesondere, ob hier auch Wünsche bspw. nach mehr Plätzen oder längeren Öffnungszeiten zu berücksichtigen sind.

*

I. Rechtsverbindlichkeit der Förderung von Schulkindern

Für Kinder im schulpflichtigen Alter ist in § 24 Abs. 4 S. 1 SGB VIII geregelt, dass für diese ein bedarfsgerechtes Angebot in Tageseinrichtungen vorzuhalten ist. Es handelt sich dabei um eine objektiv-rechtliche Verpflichtung, also keinen einklagbaren Rechtsanspruch (Wiesner/*Struck* SGB VIII, 5. Aufl. 2015, SGB VIII § 24 Rn. 65; Hauck/*Noftz/Grube* SGB VIII, Stand: 1/2014, SGB VIII § 24 Rn. 60; LPK-SGB VIII/*Kaiser*, 5. Aufl. 2014, SGB VIII § 24 Rn. 38; Hauck/*Noftz/Grube* SGB VIII § 24 Rn. 60; *Münder/Wehrmann* Förderung in Kindertageseinrichtungen, 2013, 28). Für den Träger der öffentlichen Jugendhilfe selbst ist diese objektiv-rechtliche Verpflichtung ebenfalls verbindlich, es besteht somit eine Pflicht zur Vorhaltung eines entsprechenden An-

gebots, auch wenn dieser nicht individuell vom Kind durch die Inanspruchnahme von Rechtsschutz durchgesetzt werden kann (*Wrase* ZfJ 2004, 138 [139]; LPK-SGB VIII/*Kunkel/Kepert* SGB VIII § 2 Rn. 7). Möglich wäre nur die Kontrolle einer fehlerhaften Bedarfsplanung durch die Kommunalaufsicht (Wiesner/*Struck* SGB VIII § 24 Rn. 36; GK-SGB VIII/*Gerstein*, Stand: 12/2013, SGB VIII § 24 Rn. 17). Werden allerdings vorhandene Plätze vergeben, so besteht bei der Vergabe ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Verteilung der vorhandenen Plätze (OVG Hamburg NVwZ-RR 1996, 716; Schellhorn/*Fischer* SGB VIII, 5. Aufl. 2017, SGB VIII § 24 Rn. 48).

Diese objektiv-rechtliche Verpflichtung ist auf die Vorhaltung eines bedarfsgerechten Angebots an Plätzen gerichtet. Dabei ist – anders als für die unter einjährigen Kinder (§ 24 Abs. 1 SGB VIII) – die objektiv-rechtliche Verpflichtung nicht an das Vorliegen festgelegter Bedarfskriterien gebunden. Landesrechtlich ist geregelt, dass insbesondere den Bedürfnissen erwerbstätiger, erwerbssuchender, in Ausbildung befindlicher oder sozial benachteiligter Personensorgeberechtigter Rechnung getragen werden soll (§ 5 Abs. 2 S. 2 KiföG MV). Darüber hinaus kommen – wie auch die Formulierung „insbesondere“ erkennen lässt – allerdings auch andere Bedarfskriterien im Sinne von objektivierbaren Gründen für einen Betreuungswunsch in Betracht.

Was den Umfang der täglichen Förderung betrifft, so richtet sich diese seit der Gesetzesänderung über einen Verweis auf § 24 Abs. 1 S. 3 SGB VIII der Umfang der Förderung ebenso wie bei den unter einjährigen und unter dreijährigen Kindern nach dem individuellen Bedarf (§ 24 Abs. 4 S. 2 SGB VIII). Maßstab sind also nicht die Vorstellungen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, was dieser für ausreichend hält, sondern der individuelle Betreuungsbedarf des jeweiligen Kindes (FK-SGB VIII/*Lakies*, 7. Aufl. 2013, SGB VIII § 24 Rn. 53), wobei wiederum eltern- und kindbezogene Bedarfskriterien in Betracht kommen. Geht es um den elternbezogenen Bedarf aufgrund von Berufstätigkeit, so richtet sich der individuelle Bedarf bspw. nach den Arbeitszeiten der Eltern.

II. Bedarfsplanung

Bei der bedarfsgerechten Vorhaltung hat die Jugendhilfeplanung nach § 80 SGB VIII – in Mecklenburg-Vorpommern konkretisiert durch § 14 KiföG MV – besondere Bedeutung (Schellhorn ua/*Fischer* SGB VIII § 24 Rn. 46). Es ist also eine Bedarfsplanung aufzustellen und entsprechend dem Bedarf sind die Plätze in Tageseinrichtungen vorzuhalten.

Im Rahmen der Bedarfsfeststellung ist eine Erhebung erforderlich, wie viele Kinder einen Betreuungsplatz wünschen oder benötigen und für welche Zeitdauer am Tag (FK-SGB VIII/*Lakies* SGB VIII § 24 Rn. 37). Dabei wird der Bedarf nach einer Entscheidung des BVerwG zur alten Fassung des § 24 Abs. 2 S. 2 SGB VIII nicht unmittelbar durch die Nachfrage bestimmt, sondern ist ein objektives Kriterium und normativ unter Berücksichtigung der Planungsverantwortung des zuständigen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe zu bestimmen (BVerwG NVwZ 2000, 1300; Schellhorn ua/*Fischer* SGB VIII § 24 Rn. 45, 44; Jans ua/*Happe/Saubier*

SGB VIII, Stand: 2/2009, SGB VIII § 24 Rn. 43). Nach anderer Auffassung kann dagegen nur ein Angebot bedarfsgerecht sein, das geeignet ist, die Nachfrage zu befriedigen, und zwar unter Beachtung der verschiedenen ggf von den Eltern geäußerten Erziehungskonzepte (FK-SGB VIII/*Lakies* SGB VIII § 24 Rn. 37). Dabei wird an der Rechtsprechung des BVerwG auch kritisiert, dass es die rechtlichen Voraussetzungen der Festlegung von Bedarfskriterien im Einzelnen nicht geregelt hat.

Fest steht jedenfalls, dass auch im Rahmen der normativen Bedarfsermittlung der Bedarf nach § 80 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII unter Berücksichtigung der Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der jungen Menschen und der Personensorgeberechtigten zu bestimmen ist. Die individuellen Bedürfnisse im Sinne von individuellen Wünschen sind daher bei der Bedarfsplanung zu berücksichtigen, aber nicht das einzige Abwägungskriterium. Vielmehr sind ua auch die Infrastruktur und die sonstigen sozialen Gegebenheiten vor Ort einzubeziehen (Hauck/Noftz/*Grube* SGB VIII § 24 Rn. 60). Aus sämtlichen ermittelten Daten hat der Träger der öffentlichen Jugendhilfe dann im Rahmen seiner Gesamtverantwortung (§ 79 SGB VIII) und Planungsverantwortung (§ 80 SGB VIII iVm § 14 KiföG MV) den Bedarf im normativen Sinne zu erarbeiten (Hauck/Noftz/*Grube* SGB VIII § 24 Rn. 60). Insofern ist auch unzulässig, von vornherein eine bestimmte Obergrenze festzulegen, indem bspw mit einer Quote von max. 60 % gearbeitet wird. Rechtswidrig wäre es zudem, den Bedarf unter einen „Haushaltsvorbehalt“ zu stellen, also die Befriedigung des ermittelten Bedarfs vom Vorhandensein von Haushaltsmitteln abhängig zu machen (FK-SGB VIII/*Lakies* SGB VIII § 24 Rn. 41). Ebenso unzulässig wäre es, individuelle Bedürfnisse – wie bspw ein Bedürfnis an Betreuung am späten Nachmittag aufgrund der individuellen Berufstätigkeit – von vornherein nicht mit einzubeziehen. Dies ist schon deshalb nicht möglich, da sich nach der neuen Gesetzeslage über den Verweis von § 24 Abs. 4 S. 2 SGB VIII auf § 24 Abs. 1 S. 3 SGB VIII der Umfang der täglichen Förderung nunmehr gerade nach dem individuellen Bedarf richtet. Demgegenüber wird ein einzelner Wunsch an Betreuung bspw in den Abendstunden kaum dazu führen, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Betreuungszeiten entsprechend ausdehnt, und eine individuelle rechtliche Durchsetzung ist wie dargelegt mangels individuellen Rechtsanspruchs nicht möglich.

III. Allgemeine Literatur zu Fragen der Bedarfsplanung

Als juristisches Institut können von hiesiger Seite keine detaillierten Erkenntnisse über fachliche Aspekte der Jugendhilfeplanung, insbesondere best-practice-Beispiele uÄ expliziert werden. Verwiesen werden kann jedoch auf die AGFJ-Literaturdatenbank sowie generell auf das Deutsche Jugendinstitut eV (DJI), das aus fachlicher Perspektive auch zu Fragen der Kindertagesbetreuung forscht (s. zB *Rauschenbach* ua *Der Streit um die Zahlen – Bedarfsszenarien für unter Dreijährige und ihre Berechnungsgrundlagen*, 2007, abrufbar unter http://www.dji.de/fileadmin/user_upload/dasdj/home/news_0705_2_bedarfsszenarien.pdf, Abruf: 17.5.2017) und den Beitrag von *Gottwald* ua (JAmt 2017, 274). Einen guten Überblick bietet die Broschüre „Bedarfsplanung im Be-

reich der Kindertagesbetreuung“ des LVR-Landesjugendamts Rheinland (abrufbar unter www.lvr.de/app/resources/arbeitshilfekibiz7a.pdf, Abruf: 17.5.2017), die zwar auf die rechtliche Lage in Nordrhein-Westfalen bezogen ist, aber auch allgemeine Fragen der Bedarfsplanung behandelt und eine umfangreiche Literaturübersicht enthält.

Tagesbetreuung

Möglichkeit des Abzugs des Elternbeitrags von der laufenden Geldleistung an die Tagespflegeperson

§ 23 Abs. 2a SGB VIII, §§ 24, 90 SGB VIII, § 21 Abs. 2 KiföG M-V

DIJuF-Rechtsgutachten 21.3.2017 – J 5.320 Bm

Im Bereich des Jugendamts erhalten Tagespflegepersonen die laufende Geldleistung nur abzüglich der Höhe des Elternbeitrags, den die Eltern direkt an die Tagespflegepersonen zahlen. Dies entspricht der Satzung des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, der zufolge sich die Eltern an den Platzkosten zu beteiligen haben und diese Beteiligung als Elternbeitrag mit privatrechtlichem Vertrag durch den Leistungserbringer erhoben wird. Eine Tagespflegeperson beansprucht die laufende Geldleistung nun in voller Höhe vom Jugendamt, damit sie nicht mehr selbst gezwungen ist, diesen Beitrag auf ihr eigenes Risiko von den Eltern einzufordern.

*

I. Unterschiedliche Rechtsverhältnisse bei der Förderung von Kindern in Kindertagespflege

Bei der Förderung in Kindertagespflege bestehen zwischen den jeweiligen Beteiligten – den Kindertagespflegepersonen, dem Kind bzw den Erziehungsberechtigten und dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe – jeweils eigene Rechtsverhältnisse (Hauck/Noftz/*Grube* SGB VIII, Stand: 1/2014, SGB VIII § 23 Rn. 40).

1. Vertragsfreiheit im Verhältnis zwischen Tagespflegeperson und Eltern

Zunächst besteht ein privatrechtliches Verhältnis zwischen der Tagespflegeperson und dem Kind bzw seinen personensorgeberechtigten Eltern. Einrichtungsträger und Privatpersonen, die Leistungen der Kindertagesbetreuung nach dem SGB VIII erbringen, vereinbaren im Rahmen eines zivilrechtlichen Vertrags mit den Personensorgeberechtigten die Bedingungen der Betreuung des Kindes. In diesem Vertrag können sie auch das Entgelt für die Leistung mit den Personensorgeberechtigten vereinbaren. Die Vertragsfreiheit ist hier grundsätzlich gewährleistet und kann nur durch den (Landes-)Gesetzgeber eingeschränkt werden.

2. Rechtsverhältnis zwischen leistungsberechtigtem Kind und Träger der öffentlichen Jugendhilfe

Von diesem Verhältnis abzugrenzen ist das Rechtsverhältnis zwischen dem Kind, das die Leistung in Anspruch nimmt, und dem örtlich zuständigen Träger der öffentlichen Jugendhilfe, der dem Kind gegenüber zur Verschaffung eines bedarfsgerechten Betreuungsplatzes verpflichtet ist. Dabei geht der Gesetzgeber grundsätzlich davon aus, dass im Rahmen dieser Verpflichtung die gesamten Kosten der Kindertagespflege vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe übernommen werden (DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2005, 451; 515; 2006, 81; 348). Ist Förderung in Kindertagespflege nach den Vo-

raussetzungen des § 24 SGB VIII zu gewähren, so sind die öffentlich-rechtliche Verpflichtung bzw der Rechtsanspruch des Kindes also nur dann vollumfänglich erfüllt, wenn die Leistungsberechtigten ausschließlich nach § 90 SGB VIII zu den Kosten der Leistung herangezogen werden (BMFSFJ Fakten und Empfehlungen zu den Neuregelungen in der Kindertagespflege, abrufbar unter www.bmfsfj.de), daneben aber keine Zusatzbeiträge an die Tagespflegeperson selbst zahlen müssen, die über die Höhe der laufenden Geldleistung hinausgehen.

3. Öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen Tagespflegeperson und Träger der öffentlichen Jugendhilfe

Für die hier zu beantwortende Frage nach der Zahlung der laufenden Geldleistung kommt es aber entscheidend auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe als Leistungsverpflichtetem und der Tagespflegeperson als Leistungserbringerin an.

Abweichend von der länderrechtlichen Vielfalt bei der Finanzierung von Kindertageseinrichtungen regelt der Bundesgesetzgeber bei der Erbringung von Leistungen der Kindertagespflege mit § 23 SGB VIII auch ihre Finanzierung. Kindertagespflege beinhaltet gem. § 23 Abs. 1 SGB VIII die Gewährung einer laufenden Geldleistung an die Tagespflegeperson.

Die Höhe der laufenden Geldleistung wird von den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe festgelegt, sofern Landesrecht nicht etwas anderes bestimmt. Sie obliegt damit im Gegensatz zu den Leistungen freier Träger, die dem Abschluss von Leistungs- und Entgeltvereinbarungen nach § 78a SGB VIII unterliegen, nicht einer Vereinbarung mit der leistungserbringenden Tagespflegeperson. Der Träger der öffentlichen Jugendhilfe kann vielmehr einseitig festsetzen, welchen Beitrag zur Anerkennung der Förderungsleistung der Tagespflegeperson er als angemessen ansieht (§ 23 Abs. 2a S. 1 SGB VIII). Das Gesetz bestimmt aber in § 23 Abs. 2a S. 2 SGB VIII, dass der Betrag zur Anerkennung der Förderleistung leistungsgerecht auszugestalten ist, wobei nach § 23 Abs. 2a S. 3 SGB VIII der zeitliche Umfang der Leistung und die Anzahl sowie der Förderbedarf der betreuten Kinder zu berücksichtigen sind. Bei der Angemessenheit der laufenden Geldleistung handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff und es besteht bei der Festsetzung zudem ein Beurteilungsspielraum. Möglich ist eine Klage einer Tagespflegeperson an das Verwaltungsgericht. Hätte die Klage Erfolg, so müsste unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts über die Höhe der laufenden Geldleistung neu entschieden werden (Hauck/Noftz/*Grube* SGB VIII § 23 Rn. 25).

Bei der rechtlichen Gestaltung der Gewährung der laufenden Geldleistung hat sich der Gesetzgeber entschieden, den Anspruch auf die laufende Geldleistung der Tagespflegeperson selbst zu gewähren (FK-SGB VIII/*Lakies*, 7. Aufl. 2013, SGB VIII § 23 Rn. 21; Wiesner/*Struck* SGB VIII, 5. Aufl. 2015, SGB VIII § 23 Rn. 2b, 27; LPK-SGB VIII/*Kaiser*, 5. Aufl. 2014, SGB VIII § 23 Rn. 10). Eine direkte Zahlung der Eltern an die Tagespflegeperson ist dabei nicht vorgesehen (OVG Lüneburg 5.3.2013 – 4 PA 35/13; LPK-SGB VIII/*Kaiser* SGB VIII § 23 Rn. 10). Der öffentliche Träger kann

nur seinerseits den Anspruch auf Kostenbeteiligung gegenüber dem Kind geltend machen. Entsprechend ist es unzulässig, wenn der Träger der öffentlichen Jugendhilfe der Tagespflegeperson nur die Differenz zwischen der ihr zustehenden laufenden Geldleistung zahlt und verlangt, dass sie die Kostenbeteiligung selbst einzieht (FK-SGB VIII/*Lakies* SGB VIII § 23 Rn. 25). Damit wäre es in den Risikobereich der Tagespflegepersonen verschoben, für ihre Tätigkeit angemessen vergütet zu werden.

II. Konsequenzen und Anwendung auf den vorliegenden Fall

Wird vom Jugendamt im Einzelfall ein Bedarf nach § 24 SGB VIII festgestellt und dieser in Kindertagespflege gedeckt, so hat das Jugendamt die laufenden Geldleistungen der Tagespflegeperson in voller Höhe zu gewähren und anschließend die Eltern zu einem Kostenbeitrag heranzuziehen (Wiesner/*Loos* SGB VIII § 90 Rn. 5b). Es ist dagegen nicht möglich, der Tagespflegeperson nur die Differenz zwischen der laufenden Geldleistung und der Höhe des Kostenbeitrags zu bezahlen und es der Tagespflegeperson zu überlassen, den Kostenbeitrag bei den Eltern geltend zu machen. Dies gilt auch unabhängig von dem Umstand, dass die Tagespflegeperson mit den Eltern in einer privatrechtlichen Vereinbarung die Umstände der Tagesbetreuung einschließlich ihrer Vergütung regeln kann. Eine solche Vereinbarung ist losgelöst von den öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe zu bewerten und dient in Anbetracht der öffentlich-rechtlichen Förderung in Kindertagespflege vor allem der Absicherung der Tagespflegeperson für den Fall, dass dem Kind die Tagespflege vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe nicht oder nicht in dem in Anspruch genommenen Stundenumfang bewilligt wird oder für den Fall, dass die Tagespflegeperson mit den Eltern des Kindes ein zusätzliches Entgelt vereinbart, das über die Höhe der laufenden Geldleistung hinausgeht.

Da der Bundesgesetzgeber die Ausgestaltung der Finanzierung der Kindertagespflege selbst geregelt hat, sind abweichende landesgesetzliche Regelungen, die das Recht der Tagespflegepersonen im Verhältnis zum Bundesrecht einschränken, nicht möglich. Dabei kann die Regelung in § 21 Abs. 2 Kindertagesförderungsgesetz M-V (KiföG M-V), nach der die Träger von Kindertageseinrichtungen oder die Tagespflegepersonen gemeinsam mit der Gemeinde den durchschnittlichen Elternbeitrag je in Anspruch genommenen Platzes festlegen und die örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe die Elternbeiträge nach § 90 SGB VIII durch Satzung sozialverträglich staffeln müssen, im Sinne der bundesrechtlichen Vorgaben ausgelegt werden. So muss gelten, dass die Tagespflegepersonen zwar mit über die Höhe der Elternbeiträge bestimmen, diese jedoch von den örtlichen Trägern der öffentlichen Jugendhilfe festgesetzt werden.

Die Regelung in § 6 Abs. 9 der Satzung über die Nutzung und die Finanzierung der Plätze der Kindertagesförderung (KiföG-Satzung) des anfragenden Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, der zufolge der Elternbeitrag mit privatrechtlichem Vertrag durch den Leistungserbringer erhoben wird, entspricht insofern nicht den gesetzlichen Anforderungen.

Sozialrecht

Datenschutz

E-Government im Bereich des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe

§ 36a SGB I, §§ 9, 33 Abs. 2 SGB X, § 78a SGB X, § 8 Abs. 1 SGB VIII, § 36 Abs. 1 SGB VIII, § 9 UVG, §§ 126, 126a, 1714 BGB

DIJuF-Rechtsgutachten 5.5.2017 – SN_2017_0056 GÖ

Die Hauptverwaltung des Lkr S beabsichtigt, beim Thema E-Government im Hause ua auch verschiedene Jugendhilfeanträge (UVG, Beistandschaft, Jugendhilfe, Kindertagesbetreuung usw) online zu stellen. Das KrJA S bittet um Stellungnahme zu folgenden Fragen:

1. Können Anträge von Bürgern online gestellt werden (ohne persönliche Vorsprache und ausdrückliche Unterschrift, ggf auch mit einfacher E-Mail)?
2. Wäre es rechtlich auch zulässig, wenn der Bürger das Verfahren online beantragt (ohne Unterschrift/Vorsprache)?
3. In welchen Bereichen des Jugendamts wäre es rechtlich zulässig, Bescheide nach Prüfungsabschluss digital zu versenden bzw in welchen Bereichen ist dies rechtlich ausdrücklich nicht zulässig?

*

I. Sozialdatenschutzrechtliche Aspekte des E-Governments

Grundsätzlich ist angestrebt, zur Verwaltungsvereinfachung weitgehend auf die Schriftform zu verzichten (vgl E-Government-Gesetz sowie insb. das Gesetz zum Abbau verzichtbarer Anordnungen der Schriftform im Verwaltungsrecht des Bundes vom 29.3.2017). Es stellt sich allerdings die Frage, inwieweit eine elektronische Kommunikation mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe zu vereinbaren ist.

1. Sozialgeheimnis (§ 35 SGB I)

Das in § 35 Abs. 1 S. 1 SGB I verankerte und für alle Sozialleistungsträger geltende Sozialgeheimnis hat gerade für die Kinder- und Jugendhilfe besondere Bedeutung. In diesem Bereich werden den Fachkräften zahlreiche sensible Familiendetails bekannt. Der Aufbau einer tragfähigen Hilfebeziehung setzt Datenschutz als Vertrauensschutz voraus. Daher finden sich im SGB VIII – über die allgemeinen Sozialdatenschutzregelungen des SGB I und SGB X hinaus – noch einmal eigene Regelungen für den Umgang mit Sozialdaten beim Träger der öffentlichen Jugendhilfe, die auch bei der Frage nach den Möglichkeiten des E-Governments in diesem Bereich grundsätzlich zu berücksichtigen sind.

2. Ersetzung der Schriftform (§ 36a SGB I)

Nach § 36a Abs. 2 S. 1 SGB I kann eine durch Rechtsvorschrift angeordnete Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschrift etwas anderes bestimmt ist, durch die elektronische Form, also durch ein elektronisches Dokument, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen ist (§ 36a Abs. 2 S. 2 SGB I), ersetzt werden. In § 36a Abs. 2 S. 4 SGB I werden weitere Möglichkeiten aufgeführt, die Schriftform zu ersetzen, ua auch durch unmittelbare Abgabe der Er-

klärung in einem elektronischen Formular, das von der Behörde in einem Eingabegerät oder über öffentlich zugängliche Netze zur Verfügung gestellt wird (§ 36a Abs. 2 S. 4 Nr. 1 SGB I; beachte hierzu auch die Voraussetzung des sicheren Identitätsnachweises, § 36a Abs. 2 S. 5 SGB I), oder durch Versendung eines elektronischen Dokuments mit der Versandart nach § 5 Abs. 5 De-Mail-Gesetz (§ 36a Abs. 2 S. 4 Nr. 2 SGB I). § 36a Abs. 2 S. 4 Nr. 3 SGB I betrifft elektronische Verwaltungsakte (VA) und sonstige elektronische Dokumente der Behörden.

Über § 37 S. 1 SGB I gilt die Regelung des § 36a SGB I für alle Sozialleistungsbereiche des SGB, soweit sich aus den übrigen Sozialgesetzbüchern nichts Abweichendes ergibt.

3. Technische und organisatorische Anforderungen (§ 78a SGB X)

Im Übrigen ist im Hinblick auf das Thema E-Government insbesondere die Regelung des § 78a SGB X zu beachten. Hiernach sind die technischen und organisatorischen Maßnahmen (bspw auch über die Vergabe von Zugriffsrechten) zu treffen, die für die Einhaltung der sozialdatenschutzrechtlichen Vorgaben erforderlich sind. Zur Frage, inwieweit die vom KrJA S vorgesehenen Online-Verfahren bzw elektronischen Zugänge und Versendungswege den technischen Anforderungen genügen, empfiehlt sich, die/den kommunale/n Datenschutzbeauftragte/n oder Landesdatenschutzbeauftragte/n zu kontaktieren. Insoweit sei auch auf die Möglichkeit hingewiesen, Datenschutzkonzepte und technische Einrichtungen im Rahmen eines Datenschutzaudits durch unabhängige zugelassene Gutachter/innen prüfen zu lassen (§ 78c SGB X).

II. Elektronische Antragstellung

1. Antrag auf Leistungen nach dem SGB VIII

a) Hilfe zur Erziehung (§§ 27 ff SGB VIII) oder Eingliederungshilfe (§§ 27, 35a SGB VIII)

Für den Bereich der Hilfe zur Erziehung (§§ 27 ff SGB VIII) sowie der Eingliederungshilfe (§§ 27, 35a SGB VIII) ist kein förmliches Antragsverfahren vorgeschrieben. Ausreichend ist, dass die Personensorgeberechtigten bzw bei Eingliederungshilfe ggf der/die betroffene Minderjährige selbst eindeutig erkennen lassen, dass sie die Hilfe in Anspruch nehmen wollen (vgl Jans ua/Happe/Saurbier KJHR, Stand: 12/2006, SGB VIII § 27 Rn. 23; FK-SGB VIII/Tammen/Trenczek, 7. Aufl. 2013, SGB VIII § 27 Rn. 44; Wiesner/Schmid-Obkirchner SGB VIII, 5. Aufl. 2015, SGB VIII § 27 Rn. 26). Vor der Entscheidung über die Inanspruchnahme einer Hilfe sind der/die Personensorgeberechtigte und der/die Minderjährige zu beraten (§ 8 Abs. 1 SGB VIII, § 36 Abs. 1 S. 1 SGB VIII). Die Bekundung des Willens, die Hilfe in Anspruch zu nehmen, kann nach Auffassung des Instituts bspw auch per E-Mail oder über ein Online-Verfahren abgegeben werden. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass gerade im Bereich der Hilfe zur Erziehung (HzE) und auch im Bereich der Eingliederungshilfe häufig besonders sensible Daten eine Rolle spielen. Die technischen und organisatorischen Rahmenbedingungen müssen die Anforderungen des Sozialda-

tenschutzes erfüllen. Insbesondere muss ein unbefugter Zugriff auf die in einem Online-Formular eingegebenen oder per E-Mail versendeten Daten ausgeschlossen sein.

b) Kindertagesbetreuung

Auch im Hinblick auf Kindertagesbetreuung (§§ 22 ff SGB VIII) findet sich im SGB VIII keine Regelung zur Antragsform. Dem Bayerischen Kinderbildungs- und Betreuungsgesetz (BayKiBiG) lässt sich ebenfalls keine Formvorschrift entnehmen. Auch für diesen Bereich dürfte daher die Geltendmachung des Anspruchs per E-Mail oder im Wege des Online-Verfahrens ausreichend sein, soweit auch hier die technischen und organisatorischen Vorkehrungen zum Sozialdatenschutz eingehalten werden.

2. Antrag auf Unterhaltsvorschuss

Für den Antrag auf Unterhaltsvorschuss ist die Schriftform vorgeschrieben (§ 9 Abs. 1 UVG). Davon ausgehend, dass § 36a SGB I über § 37 S. 1 SGB I, § 68 Nr. 14 SGB I auch im Bereich des UVG Anwendung findet, bedeutet dies, dass der Antrag auf Unterhaltsvorschuss auch wirksam im Wege eines Online-Verfahrens bzw per E-Mail gestellt werden kann, sofern das Verfahren bzw die E-Mail die in § 36a SGB I vorgeschriebenen Anforderungen erfüllt.

In diesem Zusammenhang irritiert auf den ersten Blick, dass der Gesetzgeber im März dJ zwar hinsichtlich der Entscheidung über die Gewährung von Unterhaltsvorschuss § 9 Abs. 2 UVG dahingehend geändert hat, dass ausdrücklich auch die elektronische Form möglich ist (vgl Gesetz zum Abbau verzichtbarer Anordnungen der Schriftform im Verwaltungsrecht des Bundes vom 29.3.2017), das Schriftformanfordernis für den Antrag in § 9 Abs. 1 UVG aber nicht angetastet hat. Da die Schriftform aber durch die elektronische Form ersetzt werden kann, soweit nicht durch Rechtsvorschrift etwas anderes bestimmt ist (§ 36a SGB I iVm § 37 S. 1 SGB I iVm § 68 Nr. 14 SGB I), hat die Ergänzung in § 9 Abs. 2 UVG letztlich nur klarstellende Funktion. Demnach ist auch im Hinblick auf den Antrag nach dem UVG die Ersetzung der Schriftform durch die elektronische Form (§ 36a Abs. 2 S. 2 SGB I) oder durch die in § 36a Abs. 2 S. 4 SGB I aufgeführten Verfahren zulässig.

3. Antrag auf Einrichtung einer Beistandschaft

Die Einrichtung einer Beistandschaft ist schriftlich zu beantragen (§ 1712 Abs. 1 BGB, § 1714 BGB). Mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung kommt aber die Ersetzung durch die elektronische Form in Betracht (§ 126 Abs. 3 BGB), sofern diese den Anforderungen des § 126a Abs. 1 BGB entspricht. Hiernach muss der/die Aussteller/in der Erklärung dieser seinen/ihren Namen hinzufügen, und das elektronische Dokument muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen werden. Eine Beantragung per einfacher E-Mail oder über das Online-Verfahren ist daher für den Antrag, mit dessen Eingang beim zuständigen Jugendamt kraft Gesetzes die Beistandschaft eintritt (§ 1714 S. 1 BGB), nicht möglich.

III. Elektronische Bescheide

Bei Einzelfallentscheidungen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe handelt es sich grundsätzlich um VA. Dem

Grundsatz der Formfreiheit des Verwaltungsverfahrens (§ 9 S. 1 SGB X) folgend, können auch VA im Bereich des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe grundsätzlich schriftlich, elektronisch, mündlich oder in sonstiger Weise erlassen werden (§ 33 Abs. 2 S. 1 SGB X; vgl von Wulffen/Schütze/Engelmann SGB X, 8. Aufl. 2014, SGB X § 33 Rn. 17), soweit durch Gesetz nicht eine bestimmte Form vorgegeben ist.

Ein mündlicher VA ist auf unverzügliches Verlangen der Adressaten schriftlich oder elektronisch zu bestätigen, wenn hieran ein berechtigtes Interesse besteht (§ 33 Abs. 2 S. 2 SGB X). Unter denselben Voraussetzungen ist ein elektronischer VA schriftlich zu bestätigen (§ 33 Abs. 2 S. 3 SGB X). Zu bejahen ist das berechtigte Interesse bei belastenden VA bzw bei für die Betroffenen nachteiligen Entscheidungen bereits aufgrund der Möglichkeit, Rechtsmittel einzulegen. Belastende VA/nachteilige Entscheidungen sind daher stets in Schriftform oder elektronischer Form zu erlassen bzw zu bestätigen (ausf. zum Ganzen DIJuF/Götte TG-1202, Stand: 1/2015, abrufbar unter www.kijup-online.de; FK-SGB VIII/Trenczek Anhang: Verfahren und Rechtsschutz Rn. 45 f).

1. Gewährung einer HzE oder Eingliederungshilfe

Entscheidet der SGB VIII-Leistungsträger über die Gewährung einer HzE oder einer Eingliederungshilfe, kann er diesen VA ohne Bindung an Formvorschriften bekannt geben, also etwa auch auf elektronischem Weg. Der elektronische VA ist aber schriftlich zu bestätigen, wenn hieran ein berechtigtes Interesse besteht und der/die Betroffene dies unverzüglich verlangt (§ 33 Abs. 2 S. 2 und 3 SGB X). Die Entscheidung über die Nichtgewährung einer Leistung kann nach Auffassung des Instituts ebenfalls schriftlich oder elektronisch bekannt gegeben werden. Auch hier gilt, dass unter den Voraussetzungen des § 33 Abs. 2 S. 2 und 3 SGB X eine schriftliche Bestätigung erfolgen muss.

2. Gewährung von Förderung in Kindertagesbetreuung

Geht es um die Verbescheidung eines Antrags auf Förderung in Kindertagesbetreuung (§§ 22 ff SGB VIII), gelten die obigen Ausführungen entsprechend.

3. Gewährung von Unterhaltsvorschuss

Wie dargestellt kann auch die Entscheidung über die Gewährung/Nichtgewährung von Unterhaltsvorschuss, bei der es sich ebenfalls um einen VA handelt, schriftlich oder in elektronischer Form mitgeteilt werden (vgl § 9 Abs. 2 UVG, § 36a Abs. 2 SGB I, §§ 37, 68 Nr. 14 SGB I).

4. Eintritt einer Beistandschaft

Der Antrag auf Einrichtung einer Beistandschaft bedarf keiner Annahme durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe, denn die Beistandschaft tritt mit Antragstellung bei Vorliegen der Voraussetzungen kraft Gesetzes ein (§ 1714 S. 1 BGB). Ein (ablehnender) Bescheid ist aber erforderlich, wenn die Voraussetzungen einer Beistandschaft nicht vorliegen (bspw bei fehlendem Wohnsitz des Kindes im Inland). Dieser kann schriftlich oder in elektronischer Form ergehen (§§ 126, 126a BGB; ausf. zu Beginn und Ende der Beistandschaft DIJuF-Rechtsgutachten JAmt 2008, 120).

Sorgerecht

Anforderungen an die Rückübertragung des Sorgerechts auf die Eltern nach Sorgerechtsentzug und Unterbringung des Kindes in einer Pflegefamilie

§ 1666 Abs. 1 BGB, Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 GG, Art. 6 Abs. 2 GG

BVerfG 3.2.2017 – 1 BvR 2569/16

- 1. Kinder haben einen Anspruch nach Art. 2 Abs. 1 und 2 GG iVm Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG auf den Schutz des Staats, der, wenn helfende und unterstützende Maßnahmen zur Abwendung einer Gefährdung nicht genügen, auch umfassen kann, das Kind von seinen Eltern zu trennen oder eine vollzogene Trennung aufrechtzuerhalten.**
- 2. Betrifft eine Entscheidung die Frage der Trennung eines Kindes von seinen Eltern, so unterliegt sie aufgrund des sachlichen Gewichts der Grundrechte der Beteiligten über den grundsätzlichen Prüfungsumfang hinaus strenger verfassungsgerichtlicher Kontrolle.**
- 3. Sind Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass im Fall eines Verbleibs oder einer Rückkehr zu den Eltern eine nachhaltige Gefahr für das Wohl des Kindes besteht, so sind an die Begründung einer Entscheidung, mit der eine Trennung des Kindes abgelehnt oder nicht aufrechterhalten wird, besonders hohe Anforderungen zu stellen. Einer näheren Begründung bedarf die Entscheidung insbesondere dann, wenn das Gericht der Einschätzung der Sachverständigen nicht folgt. (Leits. der Red.)**

Sachverhalt: I. [1] Mit der Verfassungsbeschwerde wendet sich die im Fachverfahren bestellte Verfahrensbeiständige gegen eine Entscheidung des Oberlandesgerichts, durch die den Eltern das Sorgerecht zurückübertragen und die Rückführung des Kindes aus der Pflegefamilie zu seinen Eltern angeordnet wird.

[2] 1. a) Das betroffene Mädchen wurde im November 2014 von seiner Mutter in der 30. Schwangerschaftswoche geboren. Die damals 25 Jahre alte Mutter, deren Kontakt zu ihrer Herkunftsfamilie abgerissen ist, hatte nach eigenen Angaben bis kurz vor der Entbindung nicht bemerkt, dass sie schwanger war. Medikamente zur Behandlung einer bei ihr im Jugendalter festgestellten Epilepsie hatte sie einige Zeit zuvor aus eigenem Entschluss und nach eigenen Angaben aufgrund eines Kinderwunschs abgesetzt. Gemeinsam mit dem Vater und der Tochter lebte sie zunächst bei dessen Eltern, bis sie Anfang März 2015 eine eigene Wohnung bezogen. Der Vater wurde wegen Alkoholmissbrauchs zeitweise mit Fahrverboten belegt. Bei ihm besteht ebenfalls ein Epilepsieverdacht, den er entgegen ärztlicher Empfehlung nicht weiter aufgeklärt hat. Die Eltern heirateten am 8.5.2015. Im März 2017 erwarten sie ein weiteres gemeinsames Kind.

[3] Das Mädchen wurde am 18.12.2014 von der Frühgeborenenstation zu seinen Eltern entlassen. Eine durch die Kinderklinik eingesetzte Hebamme entließen die Eltern nach zwei bis drei Besuchen. In der Folge wurde das Kind von den Eltern zweimal in das Kinderkrankenhaus gebracht, weil es häufig schrie und dann auch an Gewicht verlor. Im Krankenhaus wurden bei dem Kind unklare Schreiatacken bei Meteorismus (Blähbauch) und Obstipation (Verstopfung) diagnostiziert. Nach stationärer Untersuchung und Behandlung sowie ausreichender Gewichtszunahme wurde das

Kind am 7.1.2015 wieder zu seinen Eltern entlassen. Am 28.1. sowie am 6. und 10.2.2015 wurde das Kind von einer Physiotherapeutin behandelt, auf die das Kind freundlich und unauffällig wirkte.

[4] Bei einem Routinetermin zur Gewichtskontrolle am 11.2.2015 fielen der Kinderärztin diskrete Hämatome (Einblutungen) an allen Gliedmaßen des Kindes auf. Die Eltern gaben an, diese am Vorabend beim Baden bemerkt zu haben. Die Kinderärztin veranlasste zur Abklärung die erneute stationäre Aufnahme des Kindes im Kinderkrankenhaus. Bei Röntgenaufnahmen des Brustkorbs wurden dort ältere Rippenserienfrakturen auf beiden Seiten (an fünf Rippen links und vier Rippen rechts) festgestellt. Aufgrund des von der Klinik gemeldeten Verdachts einer Kindesmisshandlung erfolgte am 17.2.2015 ein Gespräch, anlässlich dessen der anwesende Oberarzt erklärte, dass die Rippenbrüche nicht frisch, sondern einige Wochen alt seien. Derartige Verletzungen könnten nur durch massive Gewalteinwirkung entstehen. Die Eltern hatten ebenso wenig wie die Großeltern eine schlüssige Erklärung für die Verletzungen. Das Jugendamt beschloss die Einleitung einer rechtsmedizinischen Untersuchung und kündigte die Inobhutnahme des Kindes an.

[5] b) Das Kind wurde vom Jugendamt nach der dem Familiengericht am 18.2.2015 angezeigten Inobhutnahme und Entlassung aus der Klinik am 19.2.2015 in einer Bereitschaftspflegefamilie untergebracht. Die Eltern hatten zunächst wöchentlich für eine Stunde begleiteten Umgang mit ihrem Kind.

[6] Das vom Jugendamt in Auftrag gegebene wissenschaftliche Gutachten der Rechtsmedizin vom 6.3.2015 kam zu dem Ergebnis, dass die Entstehung der Hämatome nur durch eine äußere Einwirkung zu erklären sei, da sich Kinder in einem Alter von drei Monaten nicht eigenständig bewegen. [...] Die Rippenbrüche seien bei Kindern, speziell bei Säuglingen, ausgesprochen ungewöhnlich, da sie üblicherweise nicht einmal bei heftigen Brustkorbverbiegungen (wie zB bei erforderlichen Wiederbelebungsmaßnahmen) aufträten. Das Auftreten derart symmetrischer Rippenbrüche sei nur durch eine ganz massive Brustkorbkompensation zu erklären. [...]

[7] c) Unter Vorlage des rechtsmedizinischen Gutachtens stellte das Jugendamt sodann einen Antrag, der zu diesem Zeitpunkt allein sorgeberechtigten Mutter nach §§ 1666, 1666a BGB die elterliche Sorge zu entziehen. Mit Beschluss vom 14.4.2015 entzog das Familiengericht die elterliche Sorge vorläufig und ordnete Vormundschaft durch das Jugendamt an. [...]

[8] d) Im Hauptsacheverfahren bestellte das Amtsgericht zunächst die hier sige Beschwerdeführerin zur Verfahrensbeiständigen. Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ordnete das Familiengericht eine Beweiserhebung durch Einholung eines familienpsychologischen Gutachtens an.

[9] In dem Gutachten vom 2.10.2015 führte die Sachverständige ua aus, dass das Kind aufgrund der Frühgeburt und insbesondere aufgrund der negativen lebensgeschichtlichen Erfahrungen einen deutlich erhöhten emotionalen Bedarf habe. Insoweit sei davon auszugehen, dass der Mutter aufgrund eigener lebensgeschichtlich ungünstiger Erfahrungen bzw möglicherweise fehlender Lernerfahrungen ein intuitiver, feinfühligere Umgang mit dem Kind erschwert sei, weil sie selbst wenig liebevolle und fürsorgliche Betreuungs- und Interaktionserfahrungen machen können. Hier sei eine wesentliche Anleitung und Korrektur notwendig. Im Hinblick auf von der Mutter berichtete wiederholte körperliche Grenzverletzungen durch die eigene, impulsiv und aggressiv reagierende Mutter und einen Kontaktabbruch zum alkoholkranken Vater nach Trennung der Eltern werde die Gefahr unsachgemäßer Reaktionen gegenüber dem Kind als erhöht angesehen – insbesondere vor dem Hintergrund des bestehenden Befunds einer schweren Kindesmisshandlung. In diesem Zusammenhang sah die Sachverständige auch den Umstand, dass die Mutter ihre Schwangerschaft nicht bemerkt hatte, als kritischen Aspekt an. Aus psychologischer Sicht könne eine Überforderung der Mutter mit der bestehenden Schwangerschaft vermutet werden, denkbar sei auch eine defizitäre Selbstwahrnehmung oder auch eine Verleugnung, da in der Partnerschaft ein Kinderwunsch bislang nicht thematisiert worden sei. Eine

Gefahr bestehe auch aufgrund der Epilepsieerkrankung, an der die Mutter seit ihrem 14. Lebensjahr leide. Sie sei nach medikamentöser Einstellung viele Jahre anfallsfrei gewesen. Die Medikamente habe sie zwischenzeitlich abgesetzt. [...] Ein Gefährdungsrisiko für das Kind könne nicht ausgeschlossen werden, falls es zu einem etwaigen eigenmächtigen Absetzen der Medikamente und in der Folge zu einem Krampfanfall komme.

[10] Auch beim Vater bestünden Defizite in der Emotionalität und Einfühlungsfähigkeit. Es sei dem Vater, ähnlich wie der Mutter, nicht möglich gewesen, Signale schwerer Schmerzen des Säuglings wahrzunehmen und hierauf unmittelbar zu reagieren. Auch Angaben des Vaters wiesen auf relevante lebensgeschichtliche Belastungen hin. Die Gefahr, dass dieser gegenüber dem Kind unsachgemäß reagiere, werde als erhöht angesehen [...].

[11] Die Prognose hinsichtlich einer gelingenden Zusammenarbeit mit Fachkräften sei schwierig. Zwar sei insoweit von einer grundsätzlichen Bereitschaft der Eltern auszugehen, allerdings hätten beide Eltern auch im Kontext der Begutachtung eine Tendenz gezeigt, verschiedene Aspekte nicht zu thematisieren. Dies sei jedoch eine wesentliche Voraussetzung, um Veränderungen einleiten und etablieren zu können und auch eine unabdingbare Voraussetzung dafür, das Kind vor etwaigen neuerlichen Übergriffen schützen zu können.

[12] Im Ergebnis sei unter der Prämisse der Misshandlung des Kindes durch einen Elternteil von einem wesentlichen Wiederholungsrisiko auszugehen, verbunden mit potenziell weitreichenden Folgen angesichts des entwicklungs- und altersbedingt noch erhöhten Schutz- und Betreuungsbedarfs des Kleinkindes und fehlender Möglichkeit des Kindes zum selbstständigen Schutz. Wenn die Eltern die alleinige Verantwortung für das Kind trügen, könnten ihre Überforderung und die Erhöhung eines Misshandlungsrisikos nicht ausgeschlossen werden. Insbesondere sei eine Gefährdung des Kindes unmittelbar durch die Eltern selbst nicht auszuschließen. Das Risiko lasse sich durch aufsuchende Hilfen nicht ausreichend reduzieren.

[13] e) Nach Durchführung einer weiteren mündlichen Verhandlung, bei der die Sachverständige nach weiteren Ausführungen zur Sache erklärte, dass aus psychologischer Sicht eine Rückführung des Kindes zu den Eltern nicht in Betracht komme, entzog das Amtsgericht den inzwischen verheirateten Eltern mit Beschluss vom 23.2.2016 die elterliche Sorge für ihr gemeinsames Kind und ordnete Vormundschaft durch das Jugendamt an. [...]

[17] f) Das Kind befindet sich seit April 2016 in einer Dauerpflegestelle. Seitdem erfolgen Besuchskontakte der Eltern im Zweimonatsabstand für eine Std.

[18] g) Gegen den Beschluss des Amtsgerichts legten die Eltern Beschwerde ein. [...] Das Oberlandesgericht änderte den amtsgerichtlichen Beschluss nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit angegriffenem Beschluss vom 7.10.2016 [...] dahingehend ab, dass die elterliche Sorge für das betroffene Kind unter Aufhebung der Vormundschaft des Jugendamts auf die Eltern zurückübertragen werde. Das Kind sei binnen sechs Wochen zu seinen Eltern zurückzuführen. Den Eltern werde geboten, die ihnen zur Verfügung gestellten Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe – insbesondere Dienste der Erziehungsberatung und der Sozialpädagogischen Familienhilfe – über die Zeit der Rückführung des Kindes hinaus in Anspruch zu nehmen.

[19] [...] Eine Fortdauer der aus damaliger Sicht veranlassenden Herausnahme des drei Monate alten Säuglings aus seiner Herkunftsfamilie erscheine inzwischen aber nach Abwägung aller Umstände nicht mehr erforderlich und verhältnismäßig. Es sei zu erwarten, dass dies die Lage des Kindes nicht verbessern werde und seiner Gefährdung mit mildereren Maßnahmen als der dauernden Trennung von seinen leiblichen Eltern begegnet werden könne. [...]

[25] Konkrete Anhaltspunkte für wiederholt drohende elterliche Gewalt gegen das älter gewordene Kind wegen fehlender emotionaler Sperren des Vaters oder der Mutter vermöge der Senat weder dem Sachverständigen-gutachten noch dem übrigen Inhalt der familiengerichtlichen, staatsanwaltschaftlichen oder jugendamtlichen Akten zu entnehmen.

[26] Eine Verbleibensanordnung (§ 1632 Abs. 4 BGB), die als milderes Mittel gegenüber einer dauerhaften Sorgerechtsentziehung in Betracht zu ziehen sei, scheide im vorliegenden Fall aus. Zwar lebe das Mädchen inzwischen seit einem halben Jahr als jüngstes Kind in seiner derzeitigen Pflegefamilie, nachdem es zuvor über ein Jahr lang im Wege der familiären Bereitschaftsbetreuung untergebracht gewesen sei. Nach den Angaben insbesondere der jetzigen Pflegeeltern im Anhörungstermin müsse indes-

sen davon ausgegangen werden, dass das Mädchen während dieser Zeit noch keine Bindungen zu ihnen oder der Bereitschaftspflegemutter entwickelt habe, deren Abbruch oder erhebliche Lockerung sein Wohl gefährden würde. Das als auffällige Distanzlosigkeit beschriebene Bindungsdefizit des Kindes sei zwar seinerseits als potenziell schädlich für dessen seelische Entwicklung anzusehen, könne jedoch nach Lage der Dinge den leiblichen Eltern nicht zur Last gelegt und nicht als Argument gegen eine Rückführung in deren Obhut angeführt werden.

[27] Die Eltern übernahmen mit der Pflege und Erziehung ihres bald zweijährigen Kindes keine leichte Aufgabe, weshalb ihnen professionelle Unterstützung bei der Rückführung und dem Aufbau einer sicheren Bindung des Kindes zu geben sei. Eine dauerhafte Fremdunterbringung des Mädchens bilde bei dieser Sachlage aber erst recht keine vertretbare Alternative.

[28] Nach umfassender Abwägung der für und gegen einen fortdauernden Sorgerechtsentzug sprechenden Gesichtspunkte hege der Senat die Erwartung, dass die Eltern trotz eigener lebensgeschichtlicher Belastungen und daraus abzuleitender Gefährdungen zu einer gewaltfreien Erziehung und Sorge für ihr Kind willens und in der Lage seien. Werde ihre im Kern vorhandene Pflege- und Erziehungskompetenz mithilfe geeigneter Maßnahmen (§§ 27 ff SGB VIII) gestärkt, erscheine deshalb aus heutiger Sicht die Trennung des Kindes von seiner Herkunftsfamilie nicht mehr gerechtfertigt, sondern seine behutsame Rückführung geboten.

[29] 2. Mit der Verfassungsbeschwerde macht die Verfahrensbeiständige als Beschwerdeführerin eine Verletzung der Grundrechte des betroffenen Kindes aus Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 und 2 GG geltend. [...]

Aus den Gründen: [34] Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der Grundrechte des betroffenen Kindes aus Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG iVm Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG angezeigt ist (§ 93a Abs. 2 Buchst. b BVerfGG) und gibt ihr statt. [...]

[36] 2. Die angegriffene Entscheidung verletzt das betroffene Kind in seinen Grundrechten.

[37] a) Das Kind hat nach Art. 2 Abs. 1 und 2 S. 1 GG iVm Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG einen Anspruch auf den Schutz des Staats (aa). Mit den materiell- und verfahrensrechtlichen Maßgaben von Art. 2 Abs. 1 und 2 S. 1 GG iVm Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG korrespondieren Anforderungen an die Begründung der gerichtlichen Entscheidung (bb). Lehnt das Fachgericht eine Trennung des Kindes von seinen Eltern ab, obwohl Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, dass eine nachhaltige Gefahr für das Wohl des Kindes besteht, unterliegt dies strenger verfassungsgerichtlicher Kontrolle (cc).

[38] aa) Das Kind hat nach Art. 2 Abs. 1 und 2 S. 1 GG iVm Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG einen Anspruch auf den Schutz des Staats, wenn seine Eltern ihm nicht den Schutz und die Hilfe bieten, die es benötigt, um gesund aufzuwachsen und sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit zu entwickeln (1). Diese Schutzpflicht kann dem Staat gebieten, das Kind von seinen Eltern zu trennen oder eine Trennung aufrechtzuerhalten, wenn das Kind in der Obhut seiner Eltern in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist (2). Die Entscheidung, ob eine Trennung des Kindes von den Eltern geboten ist, verlangt dem Gericht eine Prognose ab und unterliegt darum besonderen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens (3).

[39] (1) Das Kind hat nach Art. 2 Abs. 1 und 2 S. 1 GG iVm Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG einen Anspruch auf den Schutz des Staats, wenn die Eltern ihrer Pflege- und Erziehungsverantwortung (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) nicht gerecht werden oder wenn sie ihrem Kind den erforderlichen Schutz und die notwendige Hilfe aus anderen Gründen nicht bieten können.

[40] Das Kind, dem die Grundrechte, insbesondere das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und das Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) als eigene Rechte zukommen, steht unter dem besonderen Schutz des Staats (vgl BVerfGE 24, 119 [144]; 55, 171 [179]; 57, 361 [382]; 133, 59 [73 Rn. 42]). Kinder bedürfen des Schutzes und der Hilfe, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln und gesund aufwachsen zu können (vgl BVerfGE 107, 104 [117]; 121, 69 [92 f]; 133, 59 [73 Rn. 42]). Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und das Recht auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit verpflichten den Staat, Lebensbedingungen des Kindes zu sichern, die für seine Entwicklung und sein gesundes Aufwachsen erforderlich sind (vgl BVerfGE 24, 119 [144 f]; 57, 361 [383]; 133, 59 [73 f Rn. 42]). Diese Schutzverantwortung für das Kind teilt das GG zwischen Eltern und Staat auf. In erster Linie ist sie den Eltern zugewiesen; nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind Pflege und Erziehung die zuvörderst den Eltern obliegende Pflicht. Dem Staat verbleibt jedoch eine Kontroll- und Sicherungsverantwortung dafür, dass sich ein Kind in der Obhut seiner Eltern tatsächlich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit entwickeln und gesund aufwachsen kann (vgl BVerfGE 133, 59 [74 Rn. 42]).

[41] Werden Eltern der ihnen durch die Verfassung zugewiesenen Verantwortung nicht gerecht, weil sie nicht bereit oder in der Lage sind, ihre Erziehungsaufgabe wahrzunehmen, oder können sie ihrem Kind den erforderlichen Schutz und die notwendige Hilfe aus anderen Gründen nicht bieten, kommt das „Wächteramt des Staats“ nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG zum Tragen. Ist das Kindeswohl gefährdet, ist der Staat nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die Pflege und Erziehung des Kindes sicherzustellen; das Kind hat insoweit einen grundrechtlichen Anspruch auf den Schutz des Staats (vgl BVerfGE 24, 119 [144]; 60, 79 [88]; 72, 122 [134]; 107, 104 [117]).

[42] (2) Diese Schutzpflicht gebietet dem Staat im äußersten Fall, das Kind von seinen Eltern zu trennen oder eine bereits erfolgte Trennung aufrechtzuerhalten.

[43] Ob der Staat zum Schutz des Kindes tätig werden muss und darf und welche Schutzmaßnahmen zu ergreifen sind, bestimmt sich nach Art und Ausmaß der Gefahr für das Kind. Nicht jedes Versagen oder jede Nachlässigkeit verpflichtet und berechtigt den Staat, die Eltern von der Pflege und Erziehung auszuschalten oder gar selbst diese Aufgabe zu übernehmen; vielmehr ist stets dem grundsätzlichen Vorrang der Eltern vor dem Staat Rechnung zu tragen. Die Eltern haben ein Recht auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), die Kinder haben ein gegen den Staat gerichtetes Recht auf elterliche Pflege und Erziehung (Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG), beide sind gem. Art. 6 Abs. 3 GG besonders dagegen geschützt, voneinander getrennt zu werden (vgl BVerfGE 136, 382 [391 Rn. 29]). Der Staat darf und muss daher zunächst versuchen, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der natürlichen Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen. Darauf ist er jedoch nicht beschränkt, sondern er darf und

muss, wenn solche Maßnahmen nicht genügen, den Eltern die Erziehungs- und Pflegerechte vorübergehend, ggf sogar dauernd entziehen (vgl BVerfGE 24, 119 [144 f]; stRspr).

[44] Der Staat kann verfassungsrechtlich berechtigt (Art. 6 Abs. 3 GG) und verpflichtet (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) sein, zur Wahrung des Kindeswohls die räumliche Trennung des Kindes von den Eltern zu veranlassen oder aufrechtzuerhalten. Das ist dann der Fall, wenn das Kind bei einem Verbleib in der Familie oder bei einer Rückkehr dorthin in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist (vgl BVerfGE 60, 79 [91]; 72, 122 [140]; 136, 382 [391 Rn. 28]; stRspr). [...]

[46] (3) Ob eine Trennung des Kindes verfassungsrechtlich zulässig und zum Schutz der Grundrechte des Kindes verfassungsrechtlich geboten ist, hängt danach regelmäßig von einer Gefahrenprognose ab. Dem muss die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens Rechnung tragen. Das gerichtliche Verfahren muss geeignet und angemessen sein, eine möglichst zuverlässige Grundlage für die vom Gericht anzustellende Prognose über die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts zu erlangen. Ob etwa Psychologen als Sachverständige hinzuzuziehen sind, um die für die Prognose notwendigen Erkenntnisse zu erlangen, muss das erkennende Gericht im Lichte seiner grundrechtlichen Schutzpflicht nach den Umständen des Einzelfalls beurteilen (vgl BVerfGE 55, 171 [182]).

[47] bb) Mit diesen materiell- und verfahrensrechtlichen Maßgaben des GG korrespondieren Anforderungen an die Begründung der gerichtlichen Entscheidung.

[48] Hält das Gericht eine Trennung des Kindes von den Eltern nicht für erforderlich, obwohl Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Kind bei einem Verbleiben in der Familie oder bei einer Rückkehr dorthin in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist, hält die Entscheidung verfassungsgerichtlicher Kontrolle am Maßstab des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG grundsätzlich nur dann stand, wenn das Gericht in Auseinandersetzung mit den für eine nachhaltige Gefahr sprechenden Anhaltspunkten nachvollziehbar begründet, warum eine solche Gefahr für das Wohl des Kindes nicht vorliegt (vgl BVerfGE 136, 382 [391 Rn. 28]; Beschl. BVerfG 22.5.2014 – 1 BvR 3190/13 Rn. 25 f; 22.5.2014 – 1 BvR 2882/13 Rn. 48 ff, jew. zu Art. 6 Abs. 3 GG).

[49] Einer näheren Begründung bedarf es regelmäßig insbesondere dann, wenn das Gericht der Einschätzung der Sachverständigen nicht folgt, es liege eine die Trennung von Kind und Eltern gebietende Kindeswohlgefährdung vor. Zwar schließt die Verfassung nicht aus, dass das Fachgericht im Einzelfall von den fachkundigen Feststellungen und Wertungen gerichtlich bestellter Sachverständiger abweicht. Insbesondere ist nicht ausgeschlossen, dass das Gericht zu einer abweichenden Einschätzung und Bewertung von Art und Ausmaß einer Kindeswohlgefährdung gelangt. Es muss dann aber eine anderweitige verlässliche Grundlage für eine am Kindeswohl ausgerichtete Entscheidung haben und diese offenlegen. Ein Abweichen von den gegenläufigen Einschätzungen der Sachverständigen bedarf hier eingehender Begründung (vgl Beschl. BVerfG 2.6.1999 – 1 BvR 1689/

96 Rn. 16; 27.8.2014 – 1 BvR 1822/14 Rn. 34). Weicht das Gericht von den Feststellungen und Wertungen weiterer beteiligter Fachkräfte ab (insb. Verfahrensbeistand, Jugendamt, Familienhilfe, Vormund), gilt im Grundsatz das Gleiche (vgl. Beschl. BVerfG 24.3.2014 – 1 BvR 160/14 Rn. 44 ff; 27.8.2014 – 1 BvR 1822/14 Rn. 37; 20.1.2016 – 1 BvR 2742/15, jew. zu Art. 6 Abs. 3 GG).

[50] cc) Lehnt das Fachgericht eine Trennung des Kindes von seinen Eltern ab, obwohl Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, dass eine nachhaltige Gefahr für das Wohl des Kindes vorliegt, unterliegt dies strenger verfassungsgerichtlicher Kontrolle. [...]

[52] Stellt sich wie hier die Frage der Trennung des Kindes von seinen Eltern zur Abwendung einer nachhaltigen Kindeswohlgefährdung, besteht wegen des sachlichen Gewichts der teils parallelen, teils gegenläufigen Grundrechte der Bet. Anlass, über den grundsätzlichen Prüfungsumfang hinauszugehen, zumal die Entscheidung über eine Trennung für alle Bet. von existenzieller Bedeutung sein kann (vgl. BVerfGE 60, 79 [90 f]; 68, 176 [190]; 72, 122 [138 f]; 75, 201 [221]; 79, 51 [63]; 136, 382 [391 Rn. 28]). Dies gilt auch, wenn das BVerfG wie hier zu überprüfen hat, ob die Ablehnung einer Trennung des Kindes von seinen Eltern mit der Pflicht des Staats zum Schutz des Kindes vereinbar ist. Bei dieser Sachlage können neben der Frage, ob die angefochtene Entscheidung Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruhen, auch einzelne Auslegungsfehler nicht außer Betracht bleiben (vgl. BVerfGE 42, 163 [169]; 60, 79 [91]; 68, 176 [190 f]; 75, 201 [222]; 79, 51 [63]). Die verfassungsgerichtliche Kontrolle erstreckt sich ausnahmsweise auch auf deutliche Fehler bei der Feststellung und Würdigung des Sachverhalts (vgl. BVerfGE 136, 382 [391 Rn. 28]).

[53] b) Die angegriffene Entscheidung genügt diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Es bestehen mehrere Anhaltspunkte dafür, dass eine nachhaltige Gefahr für das Kind vorliegt, sodass das Gericht mit Rücksicht auf die Art und Schwere der dem Kind drohenden Gefahr bezüglich seiner gegenläufigen Einschätzung besonders hohen Begründungsanforderungen unterliegt (aa). Diese hat es nicht erfüllt. Es weicht ohne hinreichende Begründung und anderweitige verlässliche Grundlage von der Einschätzung der Sachverständigen und anderer am Verfahren Bet. ab (bb). Dessen ungeachtet ist die Würdigung des Oberlandesgerichts auch für sich genommen nicht hinreichend nachvollziehbar (cc).

[54] aa) Die Anforderungen an die Begründung einer Rückführung sind hier besonders hoch, weil es – vom Oberlandesgericht näher zu klärende und zu bewertende – Anhaltspunkte dafür gibt, dass das Kind bei einer Rückkehr in die elterliche Obhut schwerste körperliche Misshandlungen erleiden könnte. In der Vergangenheit ist es bereits zu einer solchen Misshandlung gekommen (neunfacher Rippenbruch, der eine kräftige Gewalteinwirkung voraussetzt), deren Umstände nicht aufgeklärt sind, für die die Eltern indessen auf die ein oder andere Art für verantwortlich gehalten werden. Das Risiko einer neuerlichen schweren körperlichen Misshandlung realisiert sich, wenn es denn eintritt, nicht in einer

prozesshaften Entwicklung, die beobachtet und nachträglich aufgehoben werden könnte; der Schadenseintritt ist vielmehr unumkehrbar. Eine Rückführung verlangt unter diesen Umständen ein hohes Maß an Prognosesicherheit, dass dieser Schaden nicht eintreten wird, was sich in hohen Begründungsanforderungen niederschlägt.

[55] bb) Das Oberlandesgericht weicht mit der Verneinung einer nachhaltigen Kindeswohlgefahr von der – von anderen Bet. (insb. Verfahrensbeiständin und Jugendamt) im Wesentlichen geteilten – Einschätzung der Sachverständigen (1) ab, ohne dies hinreichend zu begründen (2) und insbesondere ohne darzulegen, inwiefern es anderweitig über eine verlässliche Grundlage für eine am Kindeswohl ausgerichtete Entscheidung verfügt (3).

[56] (1) Die Sachverständige legt im Befund ihres Gutachtens ausführlich dar, wie sie aufgrund der in der Begutachtung gewonnenen Daten die Entwicklung und Erziehungsbedarfe des Kindes, die Bindungs- und Beziehungsstrukturen sowie die Erziehungsfähigkeit der Eltern einschätzt. Zusammenfassend sieht sie ein Risiko einer erneuten Misshandlung des Kindes und bezweifelt, dass die aus ihrer Sicht eingeschränkte Erziehungsfähigkeit der Eltern ausreicht, dem nach ihrer Einschätzung erhöhten erzieherischen Bedarf des Kindes gerecht zu werden [...]. [...]

[57] Ausweislich des Protokolls des Amtsgerichts äußerte die Sachverständige in der zweiten mündlichen Verhandlung, „dass sie in jedem Fall eine 24-Stunden-Betreuung für erforderlich halte; auch nachts“.

[58] (2) Mit dieser Einschätzung der Sachverständigen und den von der Sachverständigen zugrunde gelegten Befunden setzt sich das Oberlandesgericht in seiner Entscheidung nicht hinreichend auseinander und legt auch nicht dar, weshalb es der Einschätzung der psychologischen Sachverständigen nicht folgt. Das Gericht beschränkt sich vielmehr auf die Aussage, es vermöge „konkrete Anhaltspunkte für wiederholt drohende elterliche Gewalt [...] weder dem Sachverständigengutachten noch dem übrigen Inhalt der familiengerichtlichen staatsanwaltlichen oder jugendamtlichen Akten zu entnehmen“. Die Sachverständige hat indessen zu einer Reihe von Faktoren nähere Ausführungen gemacht, die nach ihrer Einschätzung auf Risiken aufgrund der Biografie und der Persönlichkeit beider Eltern hindeuten: etwa die unbemerkte oder verleugnete Schwangerschaft, massive Gewalterfahrungen der Mutter durch ihre eigene Mutter, die nicht durchgehend behandelte Epilepsieerkrankung der Mutter, die fragile Epilepsieerkrankung und die ebenfalls nicht weiter aufgeklärte Alkoholproblematik des Vaters, Einschränkungen der Erziehungsfähigkeit insbesondere im Bereich emotionaler Schwingungsfähigkeit und Feinfühligkeit, fehlende Offenheit auch gegenüber „eigenen lebensgeschichtlichen Lerndefiziten und eigenen potenziell traumatisierenden Erfahrungen“, insbesondere die geringe Aufklärungsbereitschaft gegenüber physischen, psychischen Defiziten sowie Anzeichen für eine Überlastungsreaktion und in diesem Zusammenhang die Gefahr weiterer „impulsiver unkontrollierter Reaktionen gegenüber dem Kind“. Auf die hierzu und zu weiteren Aspekten von der Sachverständigen in der Begutachtung gewonnenen Einschätzungen, die sie ihrem aus-

führlich mitgeteilten Befund – nicht offensichtlich unplausibel – zugrunde legt, geht das Gericht nicht näher ein. So ist nicht erkennbar, warum das Gericht die von der Sachverständigen herangezogenen Daten und den Befund nicht als „konkrete Anhaltspunkte“ für die von der Sachverständigen bejahte Wiederholungsgefahr gelten lässt.

[59] (3) Es ist nicht ersichtlich, dass das Gericht über eine anderweitige verlässliche Grundlage für seine Einschätzung verfügt. Insbesondere hat es nicht selbst ein Sachverständigengutachten eingeholt, auf das es seine gegenläufige Einschätzung stützen könnte. Demgegenüber hatte die Sachverständige ausführlich dargelegt, dass es weiterer Aufklärung bedürfe, um die Alltagsbelastbarkeit der Eltern und deren Reaktionsmöglichkeiten unter höherer Belastung zu erfassen und um die sich aus ihrer Sicht häufenden unklaren Gesichtspunkte insbesondere hinsichtlich des Vaters wie den Hinweis auf Absenzen, den Verdacht auf Epilepsie und den Alkoholkonsum aufzuklären.

[60] Das Gericht gibt an, auch aufgrund des Eindrucks, den es von beiden Eltern bei ihrer Anhörung gewonnen hat, zu der Auffassung gelangt zu sein, den Eltern könne zugetraut werden, für das Kind in ausreichender Weise Verantwortung zu übernehmen. Zwar ist es verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen, dass das Gericht aufgrund der mündlichen Verhandlung zu einem solchen Eindruck kommt und auf dieser Grundlage zu einer optimistischeren Risikobewertung gelangt als die anderen Bet. Das Gericht hätte hierfür jedoch konkret benennen müssen, welche Umstände, insbesondere welche Aussagen und welches Verhalten der Eltern in der mündlichen Verhandlung seiner abweichenden Einschätzung zugrunde liegen und weshalb diese geeignet sind, die von der Sachverständigen benannten Risikofaktoren zu entkräften. Das ist hier nicht geschehen. Das Gericht hat den Inhalt der mündlichen Verhandlung nicht näher dargelegt und auch kein aussagekräftiges Protokoll gefertigt, aus dem sich Gründe für die optimistischere Bewertung erschließen könnten.

[61] cc) Ungeachtet der entgegenstehenden Einschätzung der Sachverständigen, der Verfahrensbeiständin und des Jugendamts ist die eigene Würdigung der Gefährdungsaspekte durch das Oberlandesgericht auch für sich genommen nicht hinreichend nachvollziehbar. Das Oberlandesgericht hat die hier zutage getretenen Gefährdungsaspekte, insbesondere im Hinblick auf etwaig drohende weitere Misshandlungen (1) sowie in Bezug auf die spezifisch mit der Rückführung verbundenen Belastungen des Kindes (2) weder im Einzelnen noch in ihrem Zusammenwirken hinreichend nachvollziehbar gewürdigt. Das gilt auch für die Einschätzung, die Gefährdung könne hier durch öffentliche Hilfen abgewendet werden (3).

[62] (1) Die Einschätzung des Oberlandesgerichts, es drohe keine erneute Misshandlung, ist nicht plausibel begründet.

[63] (a) Nach Ansicht des Oberlandesgerichts „deuten die übrigen Umstände eher auf ein Augenblicksversagen als auf wiederholte, in vergleichbarer Weise auch künftig zu erwartende Misshandlungen hin“. Dafür findet sich jedoch keine

nachvollziehbare Begründung. Insbesondere bleibt offen, welche „übrigen Umstände“ das Gericht hier meint.

[64] (b) Die Einschätzung des Gerichts, es drohe keine erneute Misshandlung, ist nicht frei von Widersprüchen. Das Gericht nimmt einerseits an, dass die Eltern für die massiven Rippenbrüche des Kindes jedenfalls mitverantwortlich sind und hält die ursprüngliche Inobhutnahme des Kindes zur Abwendung der Gefährdungslage für erforderlich. Aus der Entscheidung geht andererseits nicht hervor, inwiefern sich die Gefahrenlage verbessert haben soll. Es ist nicht dargelegt, was sich in der Zeit der Fremdunterbringung aufseiten der Eltern im Vergleich zur damaligen Familiensituation, in der es zu dem Übergriff kam, in der Weise verändert haben soll, dass eine Abweichung von der vorangegangenen Risikobewertung angezeigt erschiene. Zudem steht nun die Geburt eines weiteren Kindes bevor, sodass es bei der Betreuung beider Kinder vermehrt zu Stresssituationen kommen kann. Hierzu wären nähere Prüfungen und Ausführungen erforderlich gewesen (vgl BVerfGK 17, 212 [219]).

[65] (2) Es bestehen auch Anhaltspunkte dafür, dass eine nachhaltige Kindeswohlgefährdung aus den rückführungsspezifischen Belastungen resultieren könnte, weil die leiblichen Eltern den hierdurch gesteigerten Anforderungen an die Erziehungsfähigkeit nicht gerecht werden könnten. Insoweit hat es das Gericht bereits an der gebotenen Sachverhaltsaufklärung fehlen lassen.

[66] Das Oberlandesgericht hat sich nicht ausreichend mit der Frage befasst, ob und in welchem Maß zu den jetzigen Pflegeeltern Bindungen entstanden sind und eine abermalige Herausnahme aus dem sozialen Umfeld eine nicht hinnehmbare Schädigung des Kindes nach sich ziehen kann. Die Annahme, dass das seit April 2016 bei der Dauerpflegefamilie lebende Kind noch keine beachtlichen Bindungen zu der jetzigen Pflegefamilie entwickelt habe, stützt das Gericht allein auf eine nicht näher wiedergegebene Angabe der Pflegeeltern, die auch nicht aussagekräftig protokolliert ist.

[67] Mögliche aus der Rückführung erwachsende weitere Belastungen für das ohnehin schon erheblich vorbelastete Kind sind nicht näher untersucht worden. Die Gründe des angegriffenen Beschlusses lassen demgemäß auch nicht erkennen, dass das Oberlandesgericht der Frage nachgegangen ist, ob die leiblichen Eltern in der Lage sind, die mit der Herausnahme des Kindes aus der Pflegefamilie verbundenen nachteiligen Folgen so gering wie möglich zu halten. Auch insoweit hätten die im elterlichen Umfeld erfolgte und nicht aufgearbeitete Misshandlung des Kindes sowie die eingeschränkte Erziehungsfähigkeit der Eltern in Bezug auf Emotionalität, Feingefühl und Empathie Anlass für eine eingehende Prüfung – ggf unter Zuhilfenahme sachverständiger Unterstützung – gegeben.

[68] Schließlich hat das Oberlandesgericht für die Rückführung des Kindes in den elterlichen Haushalt lediglich eine Befristung von sechs Wochen vorgesehen, ohne zu prüfen, auf welche Weise der Wechsel des Kindes so vorbereitet werden könnte, dass er das betroffene Kind von seinen bisherigen Bezugspersonen nicht zu abrupt und ohne einen Aufbau von Beziehungen zu seinen Eltern trennt. Hier wäre

in Erwägung zu ziehen gewesen, ob durch eine sich intensivierende Umgangsregelung ein allmählicher Bindungsaufbau zu den noch fremden leiblichen Eltern erreicht werden könnte (vgl BVerfGK 2, 144 [147]; 17, 212 [222]). Zur Ausgestaltung eines behutsamen Übergangs des Kindes von der Pflegefamilie zu den Eltern bestand in gesteigertem Maß Anlass angesichts der besonders belastenden Vorgeschichte des Kindes, der Zweifel an der Erziehungsfähigkeit der Eltern und des Umstands, dass seit mehreren Monaten Umgangskontakte der leiblichen Eltern mit ihrem Kind nur alle zwei Monate für eine Stunde stattfinden.

[69] (3) Die Einschätzung des Oberlandesgerichts, die – in der Entscheidung nicht näher spezifizierte – Gefährdung für das Kind in elterlicher Obhut könne durch öffentliche Hilfen abgewendet werden, ist angesichts des Ausmaßes der hier in Rede stehenden Gefahren nicht ausreichend begründet. Das Gericht versäumt insoweit, Möglichkeiten und Grenzen öffentlicher Hilfen im konkreten Fall aufzuklären und darzulegen. Welche Hilfen im Einzelnen welche Gefährdungsrisiken kompensieren sollen, wird weder im Tenor noch in den Gründen der Entscheidung nachvollziehbar ausgeführt. Mit den Bedenken der Sachverständigen auch in diesem Zusammenhang (fehlende Reflexion der Eltern und fehlendes Vermögen, relevante Aspekte offen anzusprechen, sodass die Hilfe möglicherweise ins Leere läuft) setzt sich das Oberlandesgericht nicht auseinander. Inwieweit in Anbetracht der auch vom Gericht angenommenen markanten Schwierigkeit der Eltern, einen Unterstützungsbedarf zu erkennen, das Ziel, das Kind vor Schädigungen zu schützen, prognostisch erreicht werden kann, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen. Die Sachverständige hat dargelegt, dass insoweit ein Bedarf weiterer Aufklärung im Rahmen stationärer Diagnostik besteht. Dies wird ebenso wenig verarbeitet wie die Einschätzung der Sachverständigen, dass ambulante Hilfen zur Vermeidung einer Gefährdungslage nicht genügten und letztlich nur eine – nicht realisierbare – 24-Std-Betreuung ausreichenden Schutz des Kindes sicherstellen könne. [...]

Anmerkung

Nach den viel beachteten Entscheidungen des BVerfG aus dem Jahr 2014 zur Aufhebung von Sorgerechtsentzügen hat das BVerfG in diesem Fall auf eine von einer Verfahrensbeiständin eingelegte Verfassungsbeschwerde hin einmal eine Sorgerechtsentscheidung eines Oberlandesgerichts aufgehoben, mit der den Eltern eines Kindes das zuvor durch das Amtsgericht entzogene Sorgerecht zurückübertragen wurde.

Eine der Kernaussagen der Entscheidungen aus dem Jahr 2014 war, dass das BVerfG bei gerichtlichen Sorgerechtsentscheidungen betreffend die Trennung eines Kindes von seinen Eltern ausnahmsweise einzelne Auslegungsfehler prüfen darf. Dabei sind in Sorgerechtsverfahren, bei denen es um eine Herausnahme des Kindes aus seiner Familie geht, besonders hohe Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung und an die Begründung zu stellen (s. Hinweise für die Praxis JAmt 2014, 424). Dieselben hohen Anforderungen hat das BVerfG in der hier vorliegenden Entscheidung angesetzt.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall war Eltern nach einer Inobhutnahme aufgrund einer angenomme-

nen schweren körperlichen Misshandlung des Kindes in der ersten Instanz das Sorgerecht insbesondere auf der Grundlage eines rechtsmedizinischen Gutachtens sowie eines gerichtlich beauftragten Sachverständigengutachtens entzogen worden, da von einem wesentlichen Wiederholungsrisiko der Misshandlungen, Defiziten in der Erziehungsfähigkeit beider Eltern sowie einer schlechten Prognose hinsichtlich einer gelingenden Zusammenarbeit der Eltern mit den Fachkräften im Rahmen von öffentlichen Hilfen ausgegangen wurde. Das Oberlandesgericht hob diese Entscheidung auf, wobei es zwar eine Kindeswohlgefährdung annahm, jedoch davon ausging, dass dieser anstelle einer dauerhaften Trennung des Kindes von seinen Eltern auch mit Hilfen begegnet werden könne.

Das BVerfG betont dabei das Recht des Kindes auf Schutz nach Art. 2 Abs. 1 und 2 S. 1 GG iVm Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG, das es dem Staat gebieten kann, das Kind von seinen Eltern zu trennen oder eine Trennung aufrechtzuerhalten, wenn das Kind durch einen Verbleib bei oder eine Rückkehr zu seinen Eltern in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist. Liegen Anhaltspunkte für eine solche Gefährdung vor, so besteht nach dem BVerfG eine umfassende Begründungspflicht dafür, eine Kindeswohlgefährdung tatsächlich abzulehnen oder einer festgestellten Gefährdung anders als mit einem Sorgerechtsentzug – hier durch öffentliche Hilfen – zu begegnen.

Im Fall einer für die Vergangenheit angenommenen schweren körperlichen Misshandlung sei insbesondere ein hohes Maß an Prognosesicherheit erforderlich, dass es zu weiteren schweren Misshandlungen nicht kommen wird. Dabei bedarf es einer besonderen Begründung insbesondere dann, wenn das Fachgericht der Einschätzung der Sachverständigen nicht folgt, es liege eine solche Gefährdung vor, die eine (weitere) Trennung des Kindes von den Eltern gebiete. Dies gelte erst recht, wenn die Einschätzung der Sachverständigen von weiteren Verfahrensbeteiligten, hier der Verfahrensbeiständin und dem Jugendamt, nicht geteilt werde. Diesen Anforderungen ist das Oberlandesgericht nach Auffassung des BVerfG in diesem Fall nicht nachgekommen, da es sich mit den Einschätzungen der Sachverständigen nicht hinreichend auseinandergesetzt hat. Kommt das Fachgericht aufgrund von persönlichen Eindrücken – bspw Aussagen und Verhaltensweisen der Eltern – zu einer anderen Bewertung als ein Sachverständigengutachten, so ist dies zwar nicht ausgeschlossen; an die Darlegung und Begründung sind dann aber besonders strenge Anforderungen zu stellen. Daneben hat sich das Oberlandesgericht nach Auffassung des BVerfG auch mit den Anhaltspunkten für eine nachhaltige Kindeswohlgefährdung aufgrund der rückführungsspezifischen Belastungen selbst, den evtl Bindungen des Kindes und der Fähigkeit der Eltern, die Belastungen so gering wie möglich zu halten, auseinandergesetzt.

Das BVerfG stellt somit hohe Anforderungen sowohl an Entscheidungen über eine Herausnahme als auch an Entscheidungen gegen eine Herausnahme oder für eine Rückführung des Kindes zu seinen Eltern. Neben der Auseinandersetzung mit diesen Anforderungen an eine Sorgerechtsentscheidung könnte der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt auch Anlass zur Auseinandersetzung mit der Frage geben, wie der Staat zur Verhinderung einer Entfremdung eines fremduntergebrachten Kindes von den Eltern sowie generell zur Geringhaltung der Auswirkungen einer für das Kind unvermittelt kommenden Trennung von den

Eltern beitragen kann und muss. Ob ein Umfang von Umgangskontakten, der hier nach der Inobhutnahme des nur wenige Monate alten Säuglings im Februar 2015 zunächst mit einer Std wöchentlich und nach Unterbringung in der Dauerpflegestelle sogar nur noch mit einer Std im Zweimonatsabstand geregelt war, diesen Anforderungen gerecht zu werden vermag, könnte infrage gestellt werden. Das BVerfG äußert sich zu dem Umfang des Umgangs nur im Zusammenhang mit Zweifeln, ob eine Rückführung des Kindes binnen der vom Oberlandesgericht vorgesehenen sechs Wochen in Anbetracht der seltenen Umgangskontakte möglich sei.

Janna Beckmann, DIJuF, Heidelberg

Unterhaltsrecht

Ausbildungsunterhaltsanspruch eines privilegierten volljährigen Kindes; Besuch einer Berufsfachschule für Sozialassistenten als allgemeine Schulausbildung

§ 1603 Abs. 2 S. 2 BGB, § 1610 Abs. 2 BGB

KG 24.5.2017 – 13 UF 48/17

- In Berlin ist der Besuch der Berufsfachschule für Sozialassistenten, wenn der Schüler dort den mittleren Schulabschluss erlangt, nachdem er zuvor ein Gymnasium besucht hat und im Anschluss an den Besuch der Berufsfachschule ein berufliches Gymnasium besucht, als allgemeine Schulausbildung iSv § 1603 Abs. 2 S. 2 BGB anzusehen.**
- In diesem Fall ist der an der Berufsfachschule erlangte Abschluss als „staatlich geprüfter Sozialassistent“ nicht als berufsqualifizierender Abschluss anzusehen, mit dem der unterhaltspflichtige Elternteil seiner Pflicht, Ausbildungsunterhalt zu leisten (§ 1610 Abs. 2 BGB), genügt hätte.**
- Ein gestufter Schulbesuch „Gymnasium-Berufsfachschule/mittlerer Schulabschluss-berufliches Gymnasium“ ist mit den sog. „Abitur-Lehre-Studium“-Fällen nicht vergleichbar und unterliegt auch nicht den hierzu entwickelten Rechtsregeln.**

Anm. der Red.: Vom Abdruck der Entscheidungsgründe wird abgesehen. Der Volltext der Entscheidung kann unter www.kijup-online.de abgerufen werden.

(mitgeteilt von RiKG Dr. Martin Menne)

Hinweise für die Praxis

Die ausführliche Entscheidungsbegründung ist für jede/n Unterhaltsrechtler/in, der/die es auch mit volljährigen Kindern zu tun hat, lesenswert. Für die Beratung junger Volljähriger sind folgende Punkte hervorzuheben:

Was unter dem Begriff „allgemeine Schulausbildung“ zu verstehen ist, lässt sich weder dem Gesetz noch der Gesetzesbegründung entnehmen. Im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung hat der BGH die Vorschrift anhand der zu § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BAFöG entwickelten Grundsätze ausgelegt (BGH 9.1.2002 – XII ZR 34/00, FamRZ 2002, 815; BGH 10.5.2001 – XII ZR 108/99, FamRZ 2001, 1068). Problematisch ist die Einordnung von sog. doppelqualifizierenden Bildungsgängen, die neben allgemeinen Ausbildungs-

inhalten bereits ein auf ein konkretes Berufsbild bezogenes Wissen sowie entsprechende Abschlüsse vermitteln (vgl. zur Abgrenzung DIJuF/*Knittel/Knörzer* Themengutachten, Stand: 1/2017, TG -1085 Frage 3, abrufbar unter www.kijup-online.de).

Die vorliegende Entscheidung verdeutlicht einmal mehr, dass der Erwerb eines Berufsabschlusses (hier der Abschluss einer staatlich geprüften Sozialassistentin) der Einordnung unter den Begriff der allgemeinen Schulausbildung dann nicht entgegensteht, wenn der allgemeine Schulabschluss das primäre Ziel der Ausbildung ist. Der Erwerb des Berufsabschlusses dient dann lediglich der Aufwertung des Schulabschlusses. Sofern – wie im vorliegenden Fall – der Erwerb der Hochschulreife als Voraussetzung für ein weitergehendes Studium das eigentliche Ziel des unterhaltsberechtigten Kindes ist, umfasst der Unterhaltsanspruch des Kindes auch die Kosten der angemessenen Vorbildung zu einem Beruf (§ 1610 Abs. 2 BGB). Daher ist diese Konstellation, in welcher das Ausbildungsziel die Erreichung des Fachabiturs für ein späteres Studium ist, auch nicht mit den sog. „Abitur-Lehre-Studium“-Fällen zu vergleichen. Denn diese zeichnen sich dadurch aus, dass nach dem Abitur zunächst eine betriebliche Ausbildung mit dem Schwerpunkt des Berufserwerbs erfolgreich abgeschlossen wird und erst danach mit dem Studium, mithin einer vollständigen zweiten Ausbildung, begonnen wird. Diese Konstellation liegt hier aber gerade nicht vor. Das unterhaltsberechtigte Kind hat keine betriebliche Ausbildung erworben, sondern vielmehr erst die Voraussetzungen für das von ihm angestrebte Studium geschaffen, wenn auch bei gleichzeitigem Erwerb berufsbezogener Kenntnisse. Von einer zu finanzierenden Zweit-ausbildung kann daher nicht die Rede sein. Im Ergebnis ist daher bei dem Besuch einer doppelqualifizierenden Schule stets das konkrete Ausbildungsziel (Erwerb eines allgemeinen Schulabschlusses ggf mit dem Ziel eines Studiums) hervorzuheben, um den Ausbildungsanspruch zu begründen. (Kr)

Unterhaltsrecht

Auskehrung des Kindergelds an das volljährige Kind

§§ 1601, 1612b Abs. 1 Nr. 2 BGB, § 1613 Abs. 1 BGB

OLG Stuttgart 20.1.2017 – 17 UF 193/16

Der volljährige Unterhaltsberechtigte kann den Anspruch auf Auskehr des Kindergelds gegen einen Elternteil, gegen den ein Titel über Barunterhalt besteht, ohne ein Abänderungsverfahren eigenständig geltend machen. Der Anspruch auf Auskehr des Kindergelds ergibt sich aus § 1601 BGB (analog).

Sachverhalt (Kurz wiedergabe): I. Die volljährige Tochter (ASt) studiert im neunten Semester und verlangt die Auszahlung von Kindergeld von ihrem Vater (Ag) rückwirkend ab Mai 2015. Der Vater zahlt regelmäßig mtl 700 EUR Unterhalt, wozu er nach einem Vergleich aus dem Jahr 2013 verpflichtet ist. Zum Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses bis einschließlich April 2015 bezog die Mutter das Kindergeld, der Vater ab Mai 2015. Im Juni 2015 forderte die ASt den Ag auf, das bezogene Kindergeld an sie auszuzahlen. Dies lehnte der Ag ab mit Verweis darauf, dass die 700 EUR bedarfsdeckend seien, die Tochter nicht ordnungsgemäß studiere und beim Vergleichsabschluss das Kindergeld nicht auf den Bedarf der ASt angerechnet worden sei. Das Amtsgericht hat den Ag verpflichtet, ab Mai 2015 das Kindergeld an die ASt zu zahlen. Der Ag hat Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen: II. Die gem. § 58 Abs. 1 FamFG statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist nur zu einem geringen Teil begründet.

1. Das Amtsgericht hat zu Recht dem Grunde nach einen Anspruch der ASt auf Auszahlung des vom Ag bezogenen Kindergelds angenommen. Es handelt sich zwar nicht um einen familienrechtlichen Ausgleichsanspruch, der nur den Ausgleich zwischen mehreren Unterhaltspflichtigen regeln soll. Vielmehr ist der Anspruch auf Auskehr des von einem Elternteil bezogenen Kindergelds ebenfalls ein unterhaltsrechtlicher Anspruch (s. Göppinger/Wax/Keske Unterhaltsrecht, 9. Aufl., Rn. 804). Damit gelten für den Anspruch auf Auskehr des Kindergelds die Regeln der §§ 1601 ff BGB zumindest entsprechend. Anspruchsgrundlage ist somit § 1601 BGB (analog).

Der Anspruch auf Auskehr des Kindergelds ist nicht im Wege eines Abänderungsverfahrens durchzusetzen. Vielmehr kann dieser Anspruch eigenständig neben dem weiteren Unterhaltsanspruch auf Barbedarf des Kindes geltend gemacht werden. Denn beim Bedarf des Kindes wird das Kindergeld gem. § 1612b Abs. 1 BGB gerade angerechnet. Nur wenn sich bei dieser Bedarfsberechnung Änderungen ergeben, ist dies im Wege der Abänderung vorzunehmen (vgl. Göppinger/Wax/Keske Rn. 803). Bei der Ermittlung des Barbedarfs des Kindes wird das Kindergeld deshalb jeweils vorab abgezogen (vgl. zB BGH FamRZ 2007, 542 Rn. 14). Diese Anrechnung des Kindergelds auf den Unterhaltsbedarf geht einher mit einem Anspruch des Kindes auf Auskehr des Kindergelds (BGH FamRZ 2007, 542 Rn. 29, FamRZ 2006, 99 Rn. 26).

Die Einwendungen des Ag gegen das Fortbestehen des Unterhaltsanspruchs bzw die Höhe des Unterhaltsanspruchs der ASt sind vorliegend nicht zu prüfen. Zum einen kann dies nur im Rahmen eines Abänderungsverfahrens geschehen, zum anderen hängt der Anspruch auf Auskehr des Kindergelds nur davon ab, dass der Ag dieses bezieht. Selbst wenn er im Übrigen keinen Barunterhalt mehr schulden sollte, kann er gegenüber der ASt nicht beanspruchen, dass das Kindergeld bei ihm verbleibt. Der Ag bringt weiterhin nicht vor, woraus er entnimmt, dass er ohne eine Abänderung des Unterhaltstitels der ASt seit dem 1.5.2015 finanziell bessergestellt werden soll, indem er das Kindergeld behalten dürfte. Diese Einschätzung ist schon denklogisch nicht nachvollziehbar. [...]

2. Der Senat geht wie das Amtsgericht davon aus, dass bei Abschluss des Vergleichs vor dem AG A im November 2013 entsprechend der Regelung des § 1612b Abs. 1 BGB auf den Bedarf der ASt das Kindergeld bereits angerechnet wurde. Dies ergibt sich zum einen aus dem Vorbringen beider Bet. in der beigezogenen Akte [...] des AG A. Auch wenn im Vergleich nicht mehr ausdrücklich aufgeführt, haben beide Bet. ihre in den Schriftsätzen dargelegten Berechnungen und die sich daraus ergebenden Unterhaltsansprüche der ASt unter Berücksichtigung des Kindergelds dargestellt. Auch die Kostenentscheidung von 3/4 zulasten des Ag bestätigt dies. Wäre bei dem vereinbarten Unterhaltsbedarf der ASt das Kindergeld nicht bereits abgezogen gewesen, wäre rechnerisch eine Kostenaufhebung ermittelt worden.

Die weiteren Umstände sprechen ebenfalls hierfür. Die Mutter der ASt bezog zu diesem Zeitpunkt das Kindergeld. Es war nicht absehbar und im Übrigen vom Ag auch nicht angestoßen, dass er 1,5 Jahre später das Kindergeld ausbezahlt erhalten wird.

3. Ausweislich ihrer Anspruchs begründung hat die ASt zum Gegenstand dieses Verfahrens lediglich die Ansprüche auf Auskehr des Kindergelds für den Zeitraum Mai 2015 bis April 2016 gemacht. Nur über diese Ansprüche durfte das Amtsgericht als dem von der ASt vorgegebenen Verfahrensgegenstand entscheiden. Dabei kann die ASt, wie vom Amtsgericht zutreffend ausgeführt, gem. § 1613 Abs. 1 BGB mangels Inverzugsetzung für den Monat Mai 2015 keine Ansprüche geltend machen. Der Ag hat damit für den verfahrensgegenständlichen Zeitraum insgesamt 2.076 EUR erhalten (7 x 188 EUR in 2015 und 4 x 190 EUR in 2016). Diesen Betrag kann die ASt vom Ag verlangen. Die vom Amtsgericht zugesprochenen Zinsen kann die ASt aus Verzug (§ 286 Abs. 1 BGB, § 288 Abs. 1 BGB) beanspruchen. [...]

Hinweise für die Praxis

Im Rahmen der Beratung und Unterstützung von Volljährigen können bei den Jugendämtern immer wieder Fragen zum Kindergeld auftreten. Allgemein kann wie folgt ausgeführt werden:

Kindergeld ist in voller Höhe zur Deckung des Barbedarfs des volljährigen Kindes zu verwenden (§ 1612b Abs. 1 Nr. 2 BGB). Nach Abzug des Kindergelds ist der jeweilige Haftungsanteil der Eltern entsprechend ihrer Einkommensverhältnisse zu ermitteln. Der das Kindergeld beziehende Elternteil darf das Kindergeld nicht für eigene Zwecke ausgeben, hingegen ist es nach dem Willen des Gesetzgebers zweckgebunden für den Unterhalt des Kindes zu verwenden (BT-Drs. 16/1830, 30). Eltern haben das Kindergeld ausschließlich für den Unterhalt des Kindes einzusetzen (BVerfG 14.7.2011 – 1 BvR 932/10, JAmt 2011, 553).

Hätte vorliegend das volljährige Kind nicht auch einfach das Kindergeld von der Kindergeldstelle erhalten können? Im EStG ist die direkte Auszahlung des Kindergelds an das Kind in § 74 vorgesehen. Dies setzt voraus, dass der Kindergeldberechtigte, hier der Vater, dem Kind gegenüber seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht nicht nachkommt oder mangels Leistungsfähigkeit nicht unterhaltspflichtig ist. Der Vater zahlt jedoch regelmäßig den monatlich titulierten Unterhalt iHv 700 EUR. Daher konnte sich die Volljährige zwecks Erhalts des Kindergelds nur an den Vater halten. Da das Kindergeld bei der Berechnung der Unterhaltspflicht des Vaters voll angerechnet wurde, muss der Vater das Kindergeld in voller Höhe an sein volljähriges Kind weiterleiten. Als Anspruchsgrundlage zieht das OLG Stuttgart § 1601 BGB analog heran und bejaht so einen eigenständigen unterhaltsrechtlichen Anspruch. Einen Anspruch auf Auskehrung des Kindergelds auf Basis eines familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs lehnt das Oberlandesgericht (anders als die Vorinstanz) hingegen ab, da ein solcher nur zwischen mehreren Unterhaltspflichtigen bestehen könne. Im Ergebnis macht dies jedoch keinen Unterschied.

Wichtig für die Beratung ist noch der Hinweis, dass das Kind nur für denjenigen zurückliegenden Zeitraum die Zahlung

des Kindergelds durchsetzen kann, für den es den das Kindergeld beziehenden Elternteil in Verzug gesetzt hat. (*Br*)

Unterhaltsrecht

Geltendmachung von Kindesunterhalt beim Wechselmodell

§ 1629 Abs. 2 S. 2 BGB, § 59 FamFG

OLG Hamm 7.6.2017 – 10 UF 68/17

Die Anordnung der Ergänzungspflegschaft zur Geltendmachung von Kindesunterhalt beim Wechselmodell ist mangels Beschwerdebefugnis nicht durch die Eltern angreifbar.

Sachverhalt: I. Die Bet. sind getrennt lebende Eheleute. Aus der Ehe sind die am [...]2002 und am [...]2005 geborenen Söhne M und K hervorgegangen. Nach der Trennung der Bet. im Juli 2016 und einer entsprechenden Einigung in dem Verfahren 14 F 134/16 des AG – FamG – E praktizieren sie ein paritätisches Wechselmodell für die Kinder.

Im vorliegenden Verfahren hat die Ast mit Antrag vom 13.2.2017 die Verpflichtung des Ag zur Zahlung von monatlichem Kindesunterhalt iHv 493 EUR ab Januar 2017 für M und iHv 408 EUR für K ab Januar 2017 und iHv 493 EUR ab März 2017 begehrt. Zugleich hat sie beantragt, den Kindern einen Ergänzungspfleger zu bestellen.

Das Amtsgericht hat das schriftliche Vorverfahren eingeleitet und nach Eingang der Verteidigungsanzeige des Ag durch Beschluss vom 30.3.2017 für den Aufgabenkreis „Geltendmachung von Kindesunterhalt“ eine Ergänzungspflegschaft angeordnet und die weitere Bet. zur Ergänzungspflegerin bestellt.

Dagegen wendet sich der Ag mit seiner Beschwerde vom 5.4.2017, mit der er mit näheren Ausführungen die Anordnung der Ergänzungspflegschaft angreift. Der Senat hat mit Verfügung vom 18.5.2017 darauf hingewiesen, dass die Beschwerde nicht zulässig ist. Dazu hat der Ag mit Schriftsatz vom 29.5.2017 Stellung genommen.

Aus den Gründen: II. Die statthafte Beschwerde ist aus den Gründen der Senatsverfügung vom 18.5.2017, auf deren Inhalt zunächst Bezug genommen wird, unzulässig. Der Ag ist durch den angefochtenen Beschluss nicht in eigenen Rechten verletzt, sodass ihm die Beschwerdebefugnis nach § 59 FamFG fehlt.

Grundsätzlich steht den sorgeberechtigten Eltern gegen die Anordnung der Ergänzungspflegschaft ein eigenes Beschwerderecht zu, weil dadurch in ihr Sorgerecht eingegriffen wird (vgl. ua OLG München FamRZ 2016, 1288; Keidel/Meyer-Holz FamFG, 19. Aufl., FamFG § 59 Rn. 70 mwN). Allerdings steht dem Ag als Vater hier ohnehin nicht das Recht zu, die Kinder nach § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB zu vertreten. Die Eltern üben das paritätische Wechselmodell aus. In diesem Fall fehlt es aber verfahrensrechtlich an einer „Obhut“ iSv § 1629 Abs. 2 S. 2 BGB. Dies hat zur Folge, dass keiner der Eltern Kindesunterhaltsansprüche gegen den anderen geltend machen kann (vgl. ua BGH FamRZ 2006, 1015; OLG Köln FamRZ 2015, 859; OLG Celle FamRZ 2015, 1210 [...]). Die Anordnung der Ergänzungspflegschaft zur Durchsetzung von Kindesunterhalt greift daher nicht in eine Rechtsposition des Ag ein.

Die mit Schriftsatz vom 29.5.2017 erhobenen Einwendungen des Ag führen nicht zu einer abweichenden rechtlichen Bewertung durch den Senat. Der Ag rügt, dass die Bestel-

lung des Ergänzungspflegers im Verlauf des durch die Mutter eingeleiteten Verfahrens zur Verpflichtung des Ag zur Zahlung von Kindesunterhalt „zu einem falschen Zeitpunkt“ erfolgt sei. Es kann allerdings für die vorliegende Entscheidung dahinstehen, ob die Anordnung der Ergänzungspflegschaft verfahrensrechtlich ordnungsgemäß erfolgt ist. Die Einwendungen betreffen die sachliche Überprüfung der Anordnung der Ergänzungspflegschaft und damit die Begründetheit der Beschwerde. Eine Rechtsbeeinträchtigung des Ag iSd § 59 FamFG folgt daraus aber nicht. Insoweit ist zu beachten, dass der Senat allein über die Anordnung der Ergänzungspflegschaft, nicht aber über die Zulässigkeit und Begründetheit des Hauptsacheantrags zu befinden hat. Mangels Beschwerdebefugnis ist die Beschwerde nicht zulässig, sodass der Senat auch die Anordnung der Ergänzungspflegschaft in der Sache nicht zu überprüfen hat. [...]

Hinweise für die Praxis

Beim Wechselmodell hat bekanntlich kein Elternteil die Befugnis zur Vertretung des Kindes in Unterhaltssachen und keiner ein Antragsrecht bezüglich der Einrichtung einer Beistandschaft. Zur Geltendmachung von Kindesunterhalt ist die Bestellung eines/einer Ergänzungspflegers/-pflegerin oder die Übertragung der Entscheidungsbefugnis nach § 1628 BGB erforderlich. Zu den beiden Möglichkeiten und ihren jeweiligen Vorzügen und Nachteilen wurde bereits zahlreiche Rechtsprechung veröffentlicht (BGH 21.12.2005 – XII ZR 126/03, JAmt 2006, 415; OLG Köln 21.3.2014 – 4 UF 1/14, FamRZ 2015, 859; OLG Celle 20.8.2014 – 10 UF 163/14, FamRZ 2015, 590; OLG Hamburg 27.10.2014 – 7 UF 124/14, JAmt 2014, 653; OLG Brandenburg 13.7.2015 – 3 UF 155/14, JAmt 2015, 576; OLG Frankfurt a. M. 17.10.2016 – 6 UF 242/16, JAmt 2016, 625).

In seiner jüngsten Entscheidung zum Unterhaltsrecht im Wechselmodell hat der BGH die Übertragung der Entscheidungsbefugnis über die Geltendmachung des Kindesunterhalts nach § 1628 BGB nicht beanstandet (BGH 11.1.2017 – XII ZB 565/15, JAmt 2017, 197; anders hingegen AG Westerstede 28.2.2017 – 87 F 7097/16 SO, FamRZ 2017, 967, wonach kein Fall des § 1628 BGB gegeben sei).

Im vorliegenden Verfahren hatte das Ausgangsgericht dem Antrag auf Anordnung einer Ergänzungspflegschaft stattgegeben. Hiergegen wendet sich der Ag erfolglos. Da diesem selbst kein Recht zur Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs zusteht, sei er durch die Anordnung der Ergänzungspflegschaft auch nicht als beschwert anzusehen, und daher wurde die Beschwerde vom OLG Hamm folgerichtig als unzulässig verworfen.

Die Geltendmachung von Kindesunterhaltsansprüchen beim Wechselmodell hat auch einen Arbeitskreis beim 22. Deutschen Familiengerichtstag im Juni 2017 beschäftigt (s. http://www.dfgt.de/resources/2017_Arbeitskreis_4.pdf, Abruf: 7.7.2017). Die Mehrheit der Arbeitskreisteilnehmer/innen sprach sich für eine neue gesetzliche Regelung aus, wonach ein eigenständiges Vertretungsrecht für die Geltendmachung des Kindesunterhalts im Fall des Wechselmodells vorgesehen werden möge. Der Charme dieses Vorschlags liegt darin, dass ein vorangeschaltetes Verfahren nach § 1628 BGB bzw. auf Anordnung einer Ergänzungspflegschaft entfällt. (*Br*)

Kinder- und Jugendhilferecht

Kostenbeteiligung

Rechtmäßigkeit der Jugendhilfemaßnahme und Kostenheranziehung

§§ 91 ff SGB VIII

VG Lüneburg 29.9.2016 – 4 A 206/15

Im Rahmen der Heranziehung zu einem Kostenbeitrag nach §§ 91 ff SGB VIII ist nicht mehr die Rechtmäßigkeit der Jugendhilfemaßnahme zu prüfen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der zu den Kosten einer Jugendhilfemaßnahme Herangezogene in dem der Bewilligung der Jugendhilfemaßnahme zugrunde liegenden Verfahren beteiligt gewesen ist.

Sachverhalt: Der Kl. wendet sich gegen einen Kostenbeitragsbescheid des Bekl., mit welchem er zu den Kosten einer Jugendhilfemaßnahme herangezogen worden ist.

Der Kl. ist Vater des Kindes C. Nachdem C im Frühjahr 2011 Opfer eines sexuellen Missbrauchs im Internet geworden war, ersuchten der Kl. und seine Ehefrau den Bekl. um Hilfe. C wurde daraufhin im Mai 2011 zunächst in Obhut genommen. Unter dem 12.5.2011 beantragten der Kl. und seine Ehefrau sodann Hilfe zur Erziehung (HzE) bei dem Bekl. Der Bekl. gewährte für C seit dem 16.6.2011 bis zum 10.4.2014 HzE in einem Heim oder sonstigen betreuten Wohnform nach §§ 27, 34 SGB VIII und dann auf entsprechenden Antrag der Frau F G vom 17.4.2014, die seit dem 8.4.2014 für C als Betreuerin bestellt worden war, bis zum 4.7.2014 als Anschlusshilfe Hilfe für junge Volljährige in dieser Einrichtung gem. §§ 41, 34 SGB VIII. Zunächst lebte C in der Kinder- und Jugendeinrichtung H in I. Die gewährte HzE im H wurde mit Ablauf des 21.7.2012 eingestellt und wurde zum 7.9.2012 in der Mädchenwohngruppe im Kinderhaus in J fortgeführt. Die Jugendhilfemaßnahme wurde zum 4.7.2014 beendet.

Nach Anhörung des Kl. setzte der Bekl. [...] einen Kostenbeitrag [...] fest [...].

Hiergegen wendet sich der Kl. mit seiner am 8.7.2015 erhobenen Klage. Zur Begründung trägt er im Wesentlichen vor, dass die Maßnahme der Unterbringung nach § 34 SGB VIII nicht sachgerecht gewesen sei. Vielmehr habe C Anspruch auf Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII gehabt. Ein entsprechender Antrag auf Gewährung von Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII vom 23.10.2007 sei jedoch vom Bekl. negativ beschieden worden. Darüber hinaus habe die Unterbringung in I auf dem H C geschadet und traumatisiert. Nach Beendigung des Aufenthalts auf dem H hätte er seine Tochter gerne wieder bei sich aufgenommen. Der Bekl. sei jedoch ohne weitere Sachverhaltsprüfung davon ausgegangen, dass C weiter untergebracht werden müsse. Die daraufhin erfolgte Unterbringung in der Mädchenwohngruppe in J sei ebenfalls nicht sachgerecht gewesen, da dabei insbesondere nicht auf die schulischen Sonderbedürfnisse eingegangen worden sei. Ferner sei eine Erziehungshilfe nicht notwendig gewesen, da es niemals Probleme in der Erziehung gegeben hätte. Vielmehr hätte – spätestens nach dem sexuellen Übergriff im Jahr 2011 – Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII gewährt werden müssen, da für C mehrere Anzeichen einer seelischen Behinderung vorgelegen hätten. Dies würde sich auch aus den zahlreichen ärztlichen Untersuchungsbefunden, die in den Jahren ab 2011 erfolgt seien, ergeben. Dem Bekl. sei speziell vorzuwerfen, dass er nicht hinreichend abgeklärt habe, ob der Hilfebedarf eher auf einer seelischen Störung beruhe oder aber auf eine erzieherische Mangelsituation zurückzuführen sei. Hilfeplangespräche hätten zunächst nicht und erst auf Drängen dann am 9.7.2012 stattgefunden. Er und seine Ehefrau hätten aufgrund der psychischen Ausnahmesituation Anfang 2011 akut Hilfe benötigt. Sie hätten jedoch keine HzE benötigt. Im Gegenteil hätte C, sobald die psychische Ausnahmesituation überwunden gewesen wäre, zu ihnen zurückkehren sollen. Danach hätten ambulante Hilfen ausgereicht. Bereits die ursprüngliche Inobhutnahme und die Umwandlung in die HzE nach §§ 27, 34 SGB VIII seien nicht rechtmäßig gewesen. Da die Voraussetzungen nicht vorgelegen hätten, dürfe ein Kostenbescheid nicht ergehen. Im Übrigen habe er mehrfach versucht, die Maßnahme zu beenden. Den Rechtsweg habe er nicht bestritten, da er Angst gehabt habe, das Sorgerecht zu verlieren. Dies sei ihm so von dem Bekl. mitgeteilt worden. [...]

Aus den Gründen: Die Klage hat keinen Erfolg. [...]

Seiner Kostenbeitragspflicht kann der Kl. nicht mit Erfolg entgegengehalten, dass er mit der stationären Unterbringung nach §§ 27, 34 SGB VIII (bzw §§ 41, 34 SGB VIII) nicht einverstanden gewesen sei, die Unterbringung nicht sachgerecht erfolgt sei und C vielmehr Anspruch auf Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII gehabt habe. Denn für die Rechtmäßigkeit der Heranziehung zu einem Kostenbeitrag nach Jugendhilferecht kommt es nicht darauf an, ob die Jugendhilfe rechtmäßig gewährt worden ist, sondern nur darauf, dass die Hilfe tatsächlich gewährt worden ist (vgl Ur. OVG Lüneburg 12.6.1995 – 12 L 6009/93 sowie Beschl. OVG Lüneburg 24.11.1999 – 12 L 4460/99; Ur. VG München 12.11.2003 – M 18 K 02.3435; anders dagegen Ur. OVG Münster 6.6.2008 – 12 A 144/06; Ur. VG Arnshagen 23.10.1995 – 11 K 3211/94; offengelassen von Beschl. OVG Lüneburg 26.6.2008 – 4 ME 210/08; Ur. VGH München 24.6.2010 – 12 BV 09.2527). Dies gilt jedenfalls dann, wenn der zu den Kosten einer Jugendhilfemaßnahme Herangezogene in dem der Bewilligung der Maßnahme zugrunde liegenden Verwaltungsverfahren beteiligt gewesen ist (vgl insoweit auch Beschl. OVG Lüneburg 17.9.2013 – 4 LA 50/12). Dies ist hier der Fall. Die von dem Bekl. gewährte HzE nach §§ 27, 34 SGB VIII ist auf Antrag des Kl. und seiner Ehefrau vom 12.5.2011 durch Bescheide vom 16.6.2011 sowie vom 2.10.2012 gegenüber dem Kl. förmlich bewilligt worden; diese Bescheide sind bestandskräftig geworden (vgl zur Frage der Rechtmäßigkeitsprüfung im Rahmen der Geltendmachung von Aufwendungsersatz bei Eingliederungshilfe nach dem SGB XII auch Ur. LSG BW 16.12.2015 – L 2 SO 5064/14). Es ist nicht rechtlich geboten, einer an dem der Bewilligung einer Jugendhilfemaßnahme zugrunde liegenden Verwaltungsverfahren beteiligten Person, die sich aus eigenem Recht mit Widerspruch und Klage gegen die Bewilligung der Maßnahme wenden könnte, im Rahmen des die Beitragserhebung betreffenden Rechtsmittelverfahrens nochmals die Möglichkeit einzuräumen, Einwendungen gegen den uU bereits bestandskräftigen Verwaltungsakt, mit welchem die Maßnahme bewilligt worden ist, vorzubringen (vgl Ur. VGH Mannheim 17.3.2011 – 12 S 2823/08). Etwas anderes mag gelten, wenn der zu den Kosten einer Jugendhilfemaßnahme Herangezogene in dem der Bewilligung der Maßnahme zugrunde liegenden Verwaltungsverfahren nicht beteiligt gewesen ist und nicht aus eigenem Recht die Bewilligung der Maßnahme anfechten kann (vgl Beschl. OVG Lüneburg 17.9.2013 – 4 LA 50/12). Ein solcher Fall liegt hier indes nicht vor, da der Kl. und seine Ehefrau die Hilfestellung für ihre Tochter C gemeinsam förmlich bei dem Bekl. beantragt haben.

Unabhängig davon bestehen an der Rechtmäßigkeit der erfolgten Hilfestellung auch keine Zweifel. Die Hilfestellung erfolgte mit dem Einverständnis der Sorgerechtsinhaber, denn der Kl. und seine Ehefrau haben als Personenberechtigte unter dem 12.5.2011 die Hilfestellung selbst beantragt (vgl zum Erfordernis des Einverständnisses der Sorgerechtsinhaber Ur. BVerwG 21.6.2001 – 5 C 6.00). Die (Anschluss-)Hilfestellung im Zeitraum vom 11.4.2014 bis 4.7.2014 erfolgte auf entsprechenden Antrag der Tochter des

Kl., vertreten durch ihre Betreuerin F G. Im Rahmen der fortlaufenden Hilfeplangespräche wurde die Notwendigkeit der weiteren Unterbringung immer wieder zwischen den Bet. thematisiert und wurde von dem Kl. nicht durchgreifend bezweifelt. Der Kl. hat zudem keinerlei ernsthafte Versuche unternommen, die Heimunterbringung seiner Tochter C zu beenden, was für eine (zumindest stillschweigende) Billigung spricht. Dass nach der Auffassung des Kl. mitunter eine gewählte Einrichtung, hier die Kinder- und Jugendeinrichtung H in I, nicht den gewünschten Erfolg der Jugendhilfemaßnahme bei dem Kind oder Jugendlichen mit sich bringt, begründet nicht die Rechtswidrigkeit der generellen Bewilligung der Maßnahme. Lediglich ergänzend ist anzuführen, dass der Kl. auch bei Bewilligung von Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII für C nach § 91 Abs. 1 Nr. 6 SGB VIII iVm § 92 Abs. 1 Nr. 5 SGB VIII kostenbeitragspflichtig wäre. Im Übrigen bestehen aus Sicht der Kammer zumindest Zweifel, ob bei C alle Tatbestandsvoraussetzungen des § 35a SGB VIII während der Zeit der Hilfestellung vorgelegen haben. [Wird ausgeführt.]

Die Voraussetzungen für die Erhebung eines Kostenbeitrags nach §§ 91 ff SGB VIII dem Grunde nach liegen vor. [Wird ausgeführt.]

Der Bekl. hat dem Kl. entsprechend § 92 Abs. 3 S. 1 SGB VIII die Gewährung der konkreten Jugendhilfeleistung sowie die grundsätzliche Kostenbeitragspflicht mit Schreiben vom 1.9.2011 mitgeteilt und darauf aufmerksam gemacht, dass der Unterhaltsbedarf für die Dauer der Hilfestellung durch die Leistung des Bekl. in vollem Umfang gedeckt ist. Diese Information genügt den Anforderungen des § 92 Abs. 3 S. 1 SGB VIII (vgl zu einer ähnlichen Mitteilung ua Urt. BVerwG 11.10.2012 – 5 C 22.11). Eine erneute Belehrung vor der weiteren Heimunterbringung ab dem 11.4.2014 als Hilfe für junge Volljährige nach §§ 41, 34 SGB VIII war nicht erforderlich. Zwar ist bei einem Wechsel der für den jungen Menschen gewährten Jugendhilfeleistung grundsätzlich eine erneute Belehrung nach § 92 Abs. 3 S. 1 SGB VIII erforderlich (vgl. Beschl. OVG Lüneburg 8.12.2014 – 4 LA 46/14). Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um einen Wechsel der Leistungsart, sondern lediglich um eine Weitergewährung der bisherigen HzE in Form der Heimerziehung, diese jedoch als Hilfe für junge Volljährige nach §§ 41, 34 SGB VIII. [...]

Hinweise für die Praxis

In dieser Entscheidung zum Kostenbeitragsrecht geht das VG Lüneburg davon aus, dass im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung des Kostenbeitragsbescheids die Rechtmäßigkeit der Hilfestellung nicht Prüfungsgegenstand ist, jedenfalls dann nicht, wenn der Kostenbeitragspflichtige die Leistung selbst beantragt hatte und am Verfahren beteiligt war. Dies erscheint auf den ersten Blick überzeugend. Die Ausführungen des Vaters, dass er mit der Art der Hilfe nicht einverstanden gewesen sei und zunächst keine Hilfeplanung durchgeführt wurde, lassen jedoch Zweifel entstehen, ob man hier wirklich vom vorliegenden Einverständnis der personensorgeberechtigten Eltern ausgehen konnte. Denn dieses ist Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer HzE und muss durchgehend gegeben sein – nicht nur bei Bean-

tragung der Leistung. (Diana Eschelbach, freie Referentin für Kinder- und Jugendhilferecht, Berlin)

Hinweis: In JAmt 2017, 319 hat sich ein Druckfehler eingeschlichen. Es muss **VG Cottbus** anstelle von OVG Cottbus heißen.

Örtliche Zuständigkeit und Kostenerstattung

Kinderdorfeltern keine Pflegepersonen iSv SGB VIII

§ 86 Abs. 6 SGB VIII, § 44 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 SGB VIII

OVG Münster 17.11.2016 – 12 A 237/16

Kinderdorfeltern sind dann keine Pflegepersonen iSv § 86 Abs. 6 SGB VIII, wenn der Einrichtungsträger die Räumlichkeiten zur Verfügung stellt oder Nutzungsrechte an diesen hat, den Kinderdorfeltern Rückzugsräume verbleiben, weiteres (Erziehungs-)personal, gegenüber dem der Einrichtungsträger weisungsbefugt ist, eingebunden ist und für die Haushaltsführung vom Einrichtungsträger ein Haushaltsbudget vorgegeben wird, denn dann handelt es sich nicht um einen eigenverantwortlich geführten Privathaushalt, in den das Kind aufgenommen wurde. (Leits. der Red.)

Aus den Gründen: Der zulässige Antrag ist unbegründet. [...]

Das Verwaltungsgericht hat die Klageabweisung zusammengefasst im Ergebnis damit begründet, dass die Voraussetzungen des § 86 Abs. 6 S. 1 SGB VIII nicht erfüllt seien, weil die in Rede stehenden Kinder nicht bei einer Pflegeperson lebten; sie seien nicht in einen privaten, von der Pflegeperson eigenverantwortlich geführten Haushalt aufgenommen worden. Dem setzt die Kl. mit ihrem Zulassungsvorbringen nichts entgegen, was eine Zulassung der Berufung rechtfertigt.

Ernstliche Richtigkeitszweifel iSv § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO liegen nicht vor.

Zwar weist die Kl. zutreffend auf den hinter § 86 Abs. 6 S. 1 SGB VIII stehenden Grundgedanken hin, der darin besteht, die Zusammenarbeit des Jugendamts mit der Person oder den Personen zu ermöglichen oder zu begünstigen, die faktisch die Funktion der Eltern wahrnimmt oder wahrnehmen. Von Letzterem wird ausgegangen, wenn ein Kind/Jugendlicher zwei Jahre bei einer Pflegeperson in dessen Haushalt in einer familienähnlich strukturierten Gemeinschaft lebt. Ob sich in dieser Zeit tatsächlich eine der Eltern-Kind-Beziehung vergleichbare Bindung entwickelt hat, ist für die darüber hinaus geforderte Beständigkeit der Beziehung unerheblich (Urt. BVerwG 1.9.2011 – 5 C 20.10 Rn. 16).

Daraus resultiert allerdings die Anforderung, dass das Kind/der Jugendliche in den privaten Haushalt der Pflegeperson aufgenommen und der Haushalt von der Pflegeperson eigenverantwortlich geführt worden sein muss (Urt. BVerwG 1.9.2011 – 5 C 20.10 Rn. 15).

Nur dann ist nämlich die Annahme gerechtfertigt, dass während des Zusammenlebens in dem in § 86 Abs. 6 S. 1 SGB

VIII genannten Zeitraum familiäre oder familienähnliche Strukturen sowie persönliche und emotionale Bindungen entstehen.

Eine Aufnahme in den privaten, von der Pflegeperson eigenverantwortlich geführten Haushalt hat hier, wie vom Verwaltungsgericht zutreffend erkannt, in den Fällen beider Kinder nicht stattgefunden. Auch wenn es jeweils nur ein Wohnobjekt gibt, in dem die sog. Kinderdorffeltern (potenzielle Pflegepersonen iSv § 44 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 SGB VIII) jeweils mit einem der hier in Rede stehenden beiden Kinder zusammenleben und die sog. Kinderdorffeltern nur dort – und nirgendwo anders – (auch) ihren privaten Haushalt haben, ist es nicht dieser (von den sog. Kinderdorffeltern eigenverantwortlich geführte private) Haushalt, in dem das Kind jeweils Aufnahme gefunden hat, sondern ein im selben Wohnobjekt vorhandener, vom Einrichtungsträger und Arbeitgeber der sog. Kinderdorffeltern verantworteter, von den sog. Kinderdorffeltern als Arbeitnehmer für ihren Arbeitgeber geführter Haushalt. Zwar gibt es in gewissen Bereichen Überlagerungen und Vermischungen der Haushalte. Die Feststellung, dass die Kinder hier nicht in dem jeweiligen Privathaushalt der sog. Kinderdorffeltern Aufnahme gefunden haben, sondern in den von den sog. Kinderdorffeltern parallel zu diesem geführten hier sog. Arbeitgeberhaushalt, ergibt sich daraus, dass sich jeweils Räumlichkeiten identifizieren lassen, hinsichtlich derer dem Arbeitgeber die alleinige Nutzungsbefugnis zusteht, der sog. Arbeitgeberhaushalt mit vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten finanziellen Mitteln geführt wird, über die gegenüber dem Arbeitgeber Rechenschaft abzulegen ist, und in diesem und für diesen sog. Arbeitgeberhaushalt mit Blick darauf, dass regelmäßig sechs zu pflegende Kinder/Jugendliche in einem solchen leben, über die sog. Kinderdorffeltern hinaus weitere vom Arbeitgeber bestimmte und gestellte Kräfte arbeiten, um die Versorgung, Betreuung und Erziehung der Kinder/Jugendlichen sicherzustellen. Gerade der zuletzt genannte Umstand ist es, der gegen die Annahme einer Aufnahme in den (eigenverantwortlich geführten) Privathaushalt der sog. Kinderdorffeltern spricht. Aufgrund der Anwesenheit insbesondere von weiterem (Erziehungs-)Personal, das im Übrigen aufgrund des Arbeitsverhältnisses zum Einrichtungsträger dessen Weisungen unterworfen ist (und nicht denen der sog. Kinderdorffeltern), ist nämlich nicht gewährleistet, dass die in diesen Haushalten lebenden Kinder/Jugendlichen eine persönliche und familiäre Bindung gerade zu einer bestimmten Pflegeperson entwickeln, auch wenn das Konzept des Einrichtungsträgers darauf abzielen mag. Im Ergebnis liegt eine besondere Form der Gruppenbetreuung/-pflege von Kindern/Jugendlichen vor, die zwar dadurch familienähnlich ausgestaltet ist, dass die sog. Kinderdorffeltern (mit und ohne eigene Kinder) in dem für die Gruppe bestimmten Wohnobjekt im Ergebnis auch ihre Privatwohnung haben. Dies ist jedoch nicht mit der Situation oder den Gegebenheiten gleichzusetzen, auf die § 44 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 SGB VIII abstellt, nämlich die Aufnahme in den Privathaushalt einer bestimmten Pflegeperson. In Übereinstimmung damit ist das BVerwG in Bezug auf eine sog. Kinderdorffamilie davon ausgegangen, dass die sog. Familienmutter nicht Pflegeperson iSv § 44 SGB VIII ist, sondern der im dortigen Fall Betreute vom Einrichtungsträger aufgenommen und der sog.

Kinderdorffamilie als einer vom Einrichtungsträger konzeptionell und organisatorisch getragenen Gruppe zugeordnet wurde (vgl. Urt. BVerwG 24.2.1994 – 5 C 13.91 Rn. 16).

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen dringt das (weitere) Zulassungsvorbringen der Kl. nicht durch.

Darauf, dass die beiden hier in Rede stehenden Kinder ihren Wohnsitz im Zuständigkeitsbereich des Jugendamts des Bekl. haben, kommt es nicht an. Maßgeblich für die Zuständigkeit ist nach § 86 Abs. 6 S. 1 SGB VIII der Aufenthalt (-sort) der Pflegeperson, wenn die weiteren sich aus der Vorschrift ergebenden Voraussetzungen, zu denen der Wohnsitz des Kindes/Jugendlichen nicht gehört, erfüllt sind. Im Übrigen indiziert allein der Wohnsitz der Kinder nicht, dass eine Aufnahme in den privaten, eigenverantwortlich geführten Haushalt einer Pflegeperson stattgefunden hat.

Der sinngemäße Vorwurf der Kl., das Verwaltungsgericht habe sich zu sehr auf die Prüfung des Haushalts iSd § 44 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 SGB VIII konzentriert und dabei die Ziele des § 86 Abs. 6 SGB VIII unberücksichtigt gelassen, ist nach den vorstehenden Ausführungen unberechtigt. Die Prüfung der Aufnahme des Kindes/Jugendlichen in den eigenverantwortlich geführten Privathaushalt der Pflegeperson resultiert gerade aus dem mit § 86 Abs. 6 SGB VIII verfolgten Ziel. Denn nur bei Aufnahme in einen solchen Haushalt ist sichergestellt, dass sich persönliche und familiäre Bindungen entwickeln (können), die § 86 Abs. 6 SGB VIII maßgeblich im Blick hat.

Soweit die Kl. in Auswertung der hier zuerst zitierten Entscheidung des BVerwG meint, entscheidend sei die dortige Aussage, dass bei der Haushaltsaufnahme über Tag und Nacht das Kind/der Jugendliche dort sein Zuhause habe, trifft das so nicht zu oder leitet sie daraus unzutreffende Folgerungen ab. Grundlegende Voraussetzung für die Annahme einer Pflegeperson iSv § 44 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 SGB VIII ist nach den vorstehenden Ausführungen die Aufnahme in den eigenverantwortlich geführten Privathaushalt der Pflegeperson. Ist dies der Fall und erfolgt die Aufnahme über Tag und Nacht, dann hat das Kind/der Jugendliche dort sein Zuhause. Fehlt es dagegen – wie hier – an einer Aufnahme in den eigenverantwortlich geführten Privathaushalt der Pflegeperson, kommt es nicht darauf an, wo das Kind/der Jugendliche meint, sein Zuhause gefunden zu haben. Von daher bedarf es keiner Anhörung der hier betroffenen beiden Kinder zu dieser Frage. Im Übrigen müsste die Vorstellung der Kinder von einem Zuhause nicht zwingend mit persönlichen und familiären Bindungen gerade zu einer bestimmten Pflegeperson einhergehen.

Zutreffend weist die Kl. zwar darauf hin, dass die Beantwortung der Frage nach einem Haushalt der Pflegeperson nicht grundsätzlich von Eigentumsfragen abhängt, weil ein solcher Haushalt sowohl in eigenen Räumen als auch in angemieteten Räumen geführt werden kann. Dies schließt es jedoch nicht aus, bei der Beantwortung der Frage nach der Aufnahme in den eigenverantwortlich geführten Privathaushalt der Pflegeperson auch zu berücksichtigen, welche Nutzungsbefugnisse hinsichtlich der einzelnen Räumlichkeiten bestehen, weil die Nutzungsbefugnisse für die Beurteilung der Eigenverantwortlichkeit der Haushaltsführung von Relevanz sind.

Im Hinblick auf diese Nutzungsbefugnisse können durchaus auch die Eigentumsverhältnisse eine Rolle spielen. Wenn etwa wie im Fall der sog. Kinderdorffamilie N das Wohnobjekt (Haus) im Eigentum des Einrichtungsträgers steht, in welchem die sog. Kinderdorfmutter lediglich eine vom Einrichtungsträger so bezeichnete dienstliche Unterkunft oder Werkdienstwohnung angemietet hat, dann hat diese aufgrund des Mietvertrags lediglich eine (eigenverantwortliche) Nutzungsbefugnis hinsichtlich der so bezeichneten dienstlichen Unterkunft/Werkdienstwohnung und stellen die außerhalb dieser liegenden Räumlichkeiten den zum hier sog. Arbeitgeberhaushalt gehörenden Bereich dar, in dem die sog. Kinderdorfmutter nicht eigenverantwortlich tätig ist. Bei der sog. Kinderdorffamilie C verhält es sich ähnlich. Zwar lebt in diesem Fall jedenfalls der sog. Kinderdorfvater in einem Haus, das in seinem Eigentum steht oder das er angemietet hat, was grundsätzlich für seine (eigenverantwortliche) Nutzungsbefugnis spricht. Diese hat er jedoch dadurch teilweise aufgegeben, dass bestimmte Räumlichkeiten an den Einrichtungsträger, seinen Arbeitgeber, (unter-)vermietet worden sind und dieser für die Einrichtung in diesen und weiteren Räumen gesorgt hat.

Daran anknüpfend kommt es durchaus auch darauf an, welche Art Rückzugsmöglichkeit den sog. Kinderdorfeltern zur Verfügung steht. Zwar mag es so sein, dass gerade in größeren (normalen) Familien die Eltern Rückzugsmöglichkeiten brauchen und sie sich diese innerhalb des Haushalts/Wohnobjekts schaffen (können), falls dies räumlich möglich ist. Hierüber entscheiden sie jedoch eigenverantwortlich. In den Fällen der sog. Kinderdorfeltern ist dies anders, weil bei diesen der Arbeitgeber/Einrichtungsträger für eine Rückzugsmöglichkeit sorgt, entweder in Gestalt der von den sog. Kinderdorfeltern anzumietenden Werkdienstwohnung oder aber dergestalt, dass für die zu betreuenden Kinder/Jugendlichen vom Arbeitgeber/Einrichtungsträger lediglich bestimmte Räumlichkeiten im Haus der sog. Kinderdorfeltern angemietet werden. Die vom Arbeitgeber/Einrichtungsträger „organisierte“ Rückzugsmöglichkeit hat zwar keinen Einfluss auf den gewöhnlichen Aufenthalt(-sort) der sog. Kinderdorfeltern als potenzielle Pflegepersonen, spricht jedoch ebenfalls dagegen, dass eine Aufnahme der Kinder in einen eigenverantwortlich geführten Privathaushalt stattgefunden hat.

Fehlt es an einer solchen Aufnahme, bedarf keiner Entscheidung mehr, welche Bedeutung dem Umstand beizumessen ist, dass die Beschäftigungsverhältnisse der sog. Kinderdorfeltern vom Arbeitgeber durch Kündigung beendet werden können.

Soweit die Kl. die Ausführungen des Verwaltungsgerichts zur Wirtschaftsführung durch die sog. Kinderdorfeltern sinngemäß als unzutreffende oder unangebrachte „buchhalterische Perspektive“ kritisiert, zeigt sie auch damit keine ernstlichen Richtigkeitszweifel auf. Die von der Kl. anerkannte und herausgestellte Notwendigkeit einer überprüfbaren und kontrollierten Bewirtschaftung des Haushaltsbudgets der sog. Kinderdorffamilie spricht gerade dagegen, dass es sich insoweit um den eigenverantwortlich geführten Privathaushalt der sog. Kinderdorfeltern handelt. Abgesehen davon, dass eine solche kontrollierte Bewirtschaftung für jede Familie

jedenfalls sinnvoll ist, geht es hier in erster Linie um die Bewirtschaftung des vom Arbeitgeber/Einrichtungsträger der sog. Kinderdorffamilie (Gruppe) zur Verfügung gestellten Haushaltsbudgets und der Erfüllung sich daraus ergebender Rechenschaftspflichten.

Eine Zulassung der Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) kommt ebenfalls nicht in Betracht. Eine grundsätzliche Bedeutung ist weder von der Kl. dargelegt noch liegt sie vor. [Wird ausgeführt.]

(mitgeteilt von *Bernd Busse*, StJA Bad Salzfluren)

Hinweise für die Praxis

Spätestens seit dem Urteil des BVerwG zum Anwendungsbereich von § 86 Abs. 6 SGB VIII (1.9.2011 – 5 C 20.10, JAmt 2011, 605) setzen sich die Jugendämter mit der Frage auseinander, in welchen Fällen auch bei Hilfen nach § 34 SGB VIII die Sonderzuständigkeit wegen Lebens bei einer Pflegeperson einschlägig ist. Das OVG Münster stellt hier darauf ab, dass die Kinderdorfeltern und die Kinder zwar teilweise zusammen in einem Haushalt leben, dieser aber nicht der private der Kinderdorfeltern ist und von diesen nicht eigenverantwortlich geführt wird. Vielmehr haben die Kinderdorfeltern auch bei Nutzung eines eigenen Hauses Rückzugsmöglichkeiten. Dieser Auffassung ist zuzustimmen, soweit darauf abgestellt wird, dass der Einrichtungsträger jederzeitige Nutzungsrechte an dem gemeinsamen Haushalt hat und das Budget vorgibt. Allein auf die Mitwirkung zusätzlichen (Erziehungs-)Personals im Haushalt als Ausschlusskriterium abzustellen, würde hingegen dem Leitgedanken von § 86 Abs. 6 SGB VIII widersprechen. Eine solche Argumentation lässt sich der Entscheidung auch nicht zweifelsfrei entnehmen, selbst wenn das OVG Münster davon auszugehen scheint, dass ein solcher Umstand der Entstehung eines Pflegeeltern-Kind-Verhältnisses entgegenstehe. (*Diana Eschelbach*, freie Referentin für Kinder- und Jugendhilferecht, Berlin)

Örtliche Zuständigkeit und Kostenerstattung

Aufgabe eines gA; Einrichtungskette trotz kurzzeitigen Verlassens der Einrichtung

§§ 89a, 89e SGB VIII, § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I

VGH München 30.1.2017 – 12 ZB 14.1839

- Ihren gA iSv § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I gibt eine Person regelmäßig dann auf, wenn sie ihren Aufenthaltsort tatsächlich wechselt und die konkreten Umstände erkennen lassen, dass sie am bisherigen Aufenthaltsort nicht mehr bis auf Weiteres verbleiben und nicht mehr den Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen haben wird.**
- Der Kostenerstattungsanspruch wegen Einrichtungsorteschutz nach § 89e SGB VIII ist ein Anwendungsfall der Durchgriffserstattung nach § 89a Abs. 2 SGB VIII.**
- Eine Unterbrechung der Einrichtungskette setzt eine wesentliche, zeitlich nicht unbedeutende Unterbrechung zwischen zwei Einrichtungsaufenthalten vor.**

raus. Von einer Unterbrechung der Einrichtungskette ist jedenfalls dann nicht auszugehen, wenn der Übergang von einer Einrichtung in eine andere ohne wesentliche Zwischenaufenthalte erfolgt, des Weiteren bei einer kurzfristigen und zeitlich befristeten Beurteilung sowie bei einer unerlaubten Entfernung aus einem Heim und einer Rückführung alsbald nach dem Entweichen. (Leits. der Red.)

Sachverhalt (Kurzwiedergabe): I. Die Bet. streiten über die Erstattung von Jugendhilfekosten, die der Kl. für die Unterbringung des Sohnes MR der Hilfeempfängerin YR in Vollzeitpflege nach §§ 27, 33 SGB VIII im Zeitraum zwischen dem 1.7.2008 und dem 29.2.2012 aufgewandt hat. Der Kl. war im streitgegenständlichen Zeitraum für die Hilfestellung gem. § 86 Abs. 6 SGB VIII örtlich zuständig, die unter rechtlicher Betreuung stehende, allein sorgeberechtigte Mutter des Kindes hielt sich in verschiedenen Einrichtungen auf und lebte zuvor in S im Bereich des Bekl. Das VG Augsburg hatte der Klage hinsichtlich des Kostenerstattungsanspruchs nach § 89a Abs. 3, Abs. 2 SGB VIII iVm § 89e Abs. 1 SGB VIII stattgegeben.

Aus den Gründen: II. Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist zulässig, jedoch in der Sache unbegründet, da die geltend gemachten Zulassungsgründe nach § 124 Abs. 2 VwGO nicht eingreifen.

1. Das streitgegenständliche Urteil des VG Augsburg vom 15.7.2014 (Au 3 K 11.1851) begegnet, jedenfalls im Ergebnis, keinen ernstlichen Zweifeln an seiner Richtigkeit iSv § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO.

1.1 Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts bildet Ausgangspunkt des geltend gemachten Kostenerstattungsanspruchs nicht die Regelung des § 89a Abs. 1 S. 1 SGB VIII. Nach dieser Bestimmung träge im Rahmen des sog. Schutzes der Pflegestellenorte denjenigen Träger, der zuvor zuständig war oder gewesen wäre, die Pflicht zur Erstattung der Kosten einer Jugendhilfemaßnahme, die ein anderer örtlicher Träger aufgrund seiner Zuständigkeit nach § 86 Abs. 6 SGB VIII aufgewandt hat. [Wird ausgeführt.]

Verändert sich hingegen nach Übergang der Zuständigkeit nach § 86 Abs. 6 SGB VIII der gA der Hilfeempfängerin und damit zugleich die (fiktive) örtliche Zuständigkeit, bildet nunmehr für die Kostenerstattung § 89a Abs. 3 SGB VIII die Grundlage, wonach während der Gewährung der Leistung derjenige örtliche Träger kostenerstattungspflichtig wird, der ohne Anwendung des § 86 Abs. 6 VwGO [Anm. der Red.: muss heißen „SGB VIII“] örtlich zuständig geworden wäre. Die Kostenerstattungspflicht im Rahmen des Schutzes der Pflegestellenorte folgt daher der an den gA des Hilfeempfängers anknüpfenden fiktiven örtlichen Zuständigkeit (vgl. Hauck/Noftz/Stähr SGB VIII, Stand: 3/2013, SGB VIII § 89a Rn. 8; LPK-SGB VIII/Kunkel/Pattar, 6. Aufl. 2016, SGB VIII § 89a Rn. 17 f [...]). § 89a Abs. 3 SGB VIII bildet insoweit eine eigenständige Anspruchsgrundlage.

Auf Kostenerstattungsansprüche nach § 89a Abs. 3 SGB VIII ist ferner § 89a Abs. 2 SGB VIII analog anzuwenden (so Urt. BVerwG 14.11.2013 – 5 C 31.12, NVwZ-RR 2014, 390 [Leits. 1]; vgl. Wiesner/Loos SGB VIII, 5. Aufl. 2015, SGB VIII § 89a Rn. 8; Hauck/Noftz/Stähr SGB VIII § 89a Rn. 7a; LPK-SGB VIII/Kunkel/Pattar SGB VIII § 89a Rn. 12). Besteht für den Jugendhilfeträger des Pflegestellenorts daher während der Erbringung der Vollzeitpflege ein Kostenerstattungsanspruch nach § 89a Abs. 3 SGB VIII, kann (und

muss) er nach § 89a Abs. 2 SGB VIII denjenigen Jugendhilfeträger unmittelbar auf Kostenerstattung in Anspruch nehmen, der seinerseits dem erstattungsverpflichteten Jugendhilfeträger erstattungspflichtig ist (sog. Durchgriffserstattung). Im vorliegenden Fall ergibt sich ein Kostenerstattungsanspruch der an sich nach § 89a Abs. 3 SGB VIII dem Kl. aufgrund des gA von YR kostenerstattungspflichtigen Jugendhilfeträger aus § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII. Danach ist wiederum derjenige örtliche Träger zur Erstattung von Jugendhilfekosten verpflichtet, in dessen Bereich die Person, von der sich die Zuständigkeit ableitet, vor der Aufnahme in eine Einrichtung ihren gA hatte, wenn sich die Zuständigkeit nach dem gA eines Elternteils richtet und dieser in einer Einrichtung begründet worden ist, die der Erziehung, Pflege, Betreuung, Behandlung oder dem Strafvollzug dient (sog. Schutz der Einrichtungssorte).

Soweit der Bekl. zum Zulassungsgrund der Divergenz nach § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO sinngemäß vorträgt, die Anwendung von § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII im Rahmen von § 89a Abs. 2 SGB VIII (analog) scheide im vorliegenden Fall aus, trifft dies nicht zu. Denn bereits dem Wortlaut der Bestimmung nach ist § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII im Rahmen von § 89a Abs. 2 SGB VIII (analog) anwendbar. So ist Voraussetzung für den durch § 89a Abs. 2 SGB VIII angeordneten Erstattungsdurchgriff, dass der – im vorliegenden Fall nach § 89a Abs. 3 SGB VIII – kostenerstattungspflichtig werdende Träger „selbst einen Kostenerstattungsanspruch gegen einen anderen örtlichen oder überörtlichen Träger“ besitzt. Dieser Erstattungsanspruch, der an den gA der Hilfeempfängerin in einer Einrichtung anknüpft, kann sich – wie im streitgegenständlichen Fall – in jedem Fall auch aus § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII ergeben (so Urt. BVerwG 11.12.2003 – 5 C 57.02, FEVS 55, 289 ff Rn. 13; Urt. VGH München 18.7.2007 – 12 B 06.955 [Leits. 2, Rn. 14]; Urt. VG Minden 21.6.2013 – 6 K 1846/12; LPK-SGB VIII/Kunkel/Pattar SGB VIII § 89a Rn. 12). Vorliegend wird daher, ausgehend von § 89a Abs. 3 SGB VIII als eigenständiger Anspruchsgrundlage des Kl., der Schutz der Pflegestellenorte mit dem Schutz der Einrichtungssorte kombiniert und zugleich der gesetzlichen Intention des § 89a Abs. 2 SGB VIII entsprechend das Entstehen von Kettenerstattungsverhältnissen vermieden.

Der Anwendung von § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII im Rahmen von § 89a Abs. 2 SGB VIII analog stehen die vom Bekl. in der Zulassungsbegründung zitierten Entscheidungen des BVerwG (Urt. BVerwG 25.3.2010 – 5 C 12.09, BVerwGE 136, 185 ff Rn. 29; vorgehend Urt. OVG Münster 6.6.2008 – 12 A 576/07) und des VGH München (Urt. VGH München 21.5.2010 – 12 BV 09.1973 Rn. 46) nicht entgegen, da sie, wie der Kl. zu Recht einwendet, anders gelagerte Fallkonstellationen bzw. Erstattungssituationen zum Gegenstand haben. So behandelt die Entscheidung des BVerwG die Frage, ob bei einem auf § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII gegründeten Erstattungsanspruch die Möglichkeit eines „Durchgriffs“ auf einen weiteren erstattungspflichtigen Jugendhilfeträger besteht, was das BVerwG unter Bezugnahme auf das Fehlen einer § 89a Abs. 2 SGB VIII entsprechenden Regelung im Bereich des § 89e SGB VIII ablehnt. Die Möglichkeit des Erstattungsdurchgriffs eröffnet sich allein dem Jugendhilfeträger des Pflegestättenorts. Dass im Rahmen eines auf § 89a Abs. 2 SGB VIII analog gestützten Erstattungsanspruchs § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII als eine einen (weiteren) Kostenerstattungsanspruch auslösende Norm nicht zur Anwendung kommen darf, besagt die genannte Entscheidung nicht. Kl. ist im vorliegenden Fall der Jugendhilfeträger des Pflegestättenorts, der sich nach der genannten Entscheidung auf § 89a Abs. 2 SGB VIII gerade berufen kann. Auch aus dem Urteil des VGH München vom 12.5.2010 (12 BV 09.1973), das ebenfalls feststellt, dass § 89e Abs. 1 SGB VIII als

Anspruchsgrundlage einen Durchgriff auf einen weiteren erstattungspflichtigen Jugendhilfeträger (im entschiedenen Fall nach § 89c SGB VIII) mangels einer § 89a Abs. 2 SGB VIII entsprechenden Norm nicht vorsieht, ergibt sich nichts Gegenteiliges. Mithin kann im vorliegenden Fall ausgehend von § 89a Abs. 3 SGB VIII als Anspruchsgrundlage des Kl. der Bekl. unter Anwendung von § 89a Abs. 2 SGB VIII analog und § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII auf Kostenerstattung in Anspruch genommen werden, wenn die weiteren Voraussetzungen der Anwendung von § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII gegeben sind.

1.2 Ein Kostenerstattungsanspruch nach § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII setzt zunächst voraus, dass derjenige Elternteil, von dem sich die örtliche Zuständigkeit des Jugendhilfeträgers ableitet, unmittelbar vor der Aufnahme in eine Einrichtung seinen gA im Zuständigkeitsbereich des erstattungsverpflichteten Jugendhilfeträgers gehabt haben muss, er ihn mithin vor Aufnahme in die Einrichtung nicht aufgegeben haben darf (Urt. BVerwG 29.9.2010 – 5 C 21.09, BVerwGE 138, 48 ff [Leits. 1, Rn. 18 ff]). An die erste Aufnahme in eine Einrichtung iSd § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII können sich im Rahmen einer sog. „Einrichtungskette“ weitere Aufenthalte in Einrichtungen anschließen, ohne dass dies die Erstattungsverpflichtung tangieren würde (zur sog. „Einrichtungskette“ im vorliegenden Fall vgl nachfolgend 1.3). Dass YR im vorliegenden Fall bis zu ihrer Aufnahme in das Bezirkskrankenhaus K ihren gA im Zuständigkeitsbereich des Bekl. hatte, hat das Verwaltungsgericht nach entsprechender Beweisaufnahme – nämlich durch Vernehmung des seinerzeitigen Lebensgefährten W sowie des Betreuers R der Hilfeempfängerin YR sowie durch Vernehmung von YR selbst durch das VG D – aufgrund der Umstände des Verlassens der gemeinsamen Wohnung in S am 2.5.2006 bis zur Aufnahme in das Bezirkskrankenhaus K am 9.5.2006 bejaht.

Gegen die Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Gerichts wendet sich der Bekl. mit „Zweifeln an der Tatsachenfeststellung, die Hilfeempfängerin sei am 2.5.2006 nicht endgültig aus der Wohnung ihres Lebensgefährten in S ausgezogen“. Derartige, die Zulassung der Berufung rechtfertigende Zweifel in tatsächlicher Hinsicht können sich aus einer vom verwaltungsgerichtlichen Urteil abweichenden Beweiswürdigung indes nur dann ergeben, wenn die Beweiswürdigung des Verwaltungsgerichts gedankliche Lücken oder Ungereimtheiten aufweist oder aber willkürlich ist. Die bloß abstrakte Möglichkeit einer abweichenden Beweiswürdigung reicht zur Annahme ernsthafter Zweifel hingegen nicht aus (vgl Eyermann/Happ VwGO, 14. Aufl. 2014, VwGO § 124 Rn. 19).

Ihren gA iSv § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I gibt eine Person regelmäßig dann auf, wenn sie ihren Aufenthaltsort tatsächlich wechselt und die konkreten Umstände erkennen lassen, dass sie am bisherigen Aufenthaltsort nicht mehr bis auf Weiteres verbleiben und nicht mehr den Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen haben wird (Urt. BVerwG 29.9.2010 – 5 C 21.09, BVerwGE 138, 48 ff Rn. 22). Daran anknüpfend hat das Verwaltungsgericht den Fortbestand des gA von YR in S bis zur Aufnahme in das Bezirkskrankenhaus K am 9.5.2006 trotz des Streits mit ihrem damaligen Lebensgefährten am 1.5.2006 und dem Verlassen der gemeinsamen Wohnung am 2.5.2006 daraus gefolgert, dass YR aus der gemeinsamen Wohnung „nicht im üblichen Sinne ausgezogen“ sei, sondern diese nach dem Streit mit ihrem Lebensgefährten „spontan verlassen“ habe.

Nach ihren eigenen Angaben sei sie zum damaligen Zeitpunkt „sehr schlecht drauf“ gewesen und habe „einfach nur weg“ gewollt. Sie habe zu diesem Zeitpunkt nicht die Absicht besessen, zu ihren Eltern zu ziehen. Anders als der Lebensgefährte, der am 2.5.2006 in der Früh geäußert habe,

es wäre besser, wenn sich beide trennen würden, habe YR eine derartige Trennungsabsicht gegenüber dem Lebensgefährten nicht bekundet, sodass Letzterer überrascht gewesen sei, dass YR sich am 2.5. abends nicht mehr in der Wohnung befunden habe. Ferner habe der Lebensgefährte aus dem am gleichen Abend geführten Telefongespräch, bei dem die Kl. geäußert habe, sie wolle rund drei Wochen bei ihren Eltern bleiben, den Schluss gezogen, dass sie nach diesem Zeitraum wieder in die gemeinsame Wohnung zurückkehren wolle, woraufhin er entgegnet habe, dann könne sie ja gleich bei ihren Eltern bleiben. Weiter habe YR im Rahmen der Zeugenvernehmung durch das VG D bekundet, die Entscheidung, sich von ihrem Lebensgefährten zu trennen, sei erst während ihres Aufenthalts im Bezirkskrankenhaus K gefallen. Weiter habe die Hilfeempfängerin die gemeinsame Wohnung lediglich mit etlichen persönlichen Gegenständen verlassen und habe sich mit dem Zug zu ihren Eltern begeben. Erst ein Jahr später habe sie ihren Lebensgefährten angerufen und um Übersendung ihrer restlichen, in der Wohnung verbliebenen Sachen gebeten, was dieser daraufhin veranlasst habe (Versendung „mehrerer Pakete mit ihren persönlichen Sachen“). Dies alles lasse den Schluss zu, dass YR am 2.5.2006 ihren gA in S trotz des Verlassens der gemeinsamen Wohnung nach einem Streit nicht aufgegeben habe.

Soweit der Bekl. demgegenüber in der Zulassungsbegründung zunächst darauf abstellt, YR habe gegenüber ihrem damaligen Betreuer R erklärt, dass es in ihrer Partnerschaft schon länger gekriselt habe und dass sie ausziehen wolle, belegt dies nicht, dass dies genau am 2.5.2006 erfolgt sein soll. Einen entsprechenden Sachverhalt hat R im Rahmen seiner Zeugenvernehmung vor dem Verwaltungsgericht gerade nicht bestätigt. Demzufolge ergibt sich aus seiner Aussage auch kein Widerspruch zur Annahme des Verwaltungsgerichts, die Trennung und damit die Aufgabe des gA in S sei erst während des Aufenthalts im Bezirkskrankenhaus K erfolgt.

Auch die weiter vom Bekl. herangezogenen Zeugenaussagen des Lebensgefährten W und der Hilfeempfängerin YR widerlegen die Annahme eines fortbestehenden gA in S über den 2.5.2006 hinaus nicht. Weder die Aussage von W, er habe am Morgen des 2.5. gegenüber YR geäußert, es wäre besser, dass sie sich trennen würden, noch seine Äußerung im Rahmen des Telefonats am Abend des 2.5.2006 belegen eine Aufgabe des gA von YR in S. Da W sich bei seiner Rückkehr von der Arbeit am 2.5.2006 überrascht zeigte, dass YR nicht mehr in der Wohnung war, hat er jedenfalls seine Äußerung, es wäre besser, man würde sich trennen, nicht dergestalt verstanden, dass YR die Wohnung sofort hätte verlassen sollen. Und auch als YR beim abendlichen Telefonat erklärt hatte, sie wolle ca drei Wochen bei ihrer Mutter bleiben, hat W sie entgegen der Annahme des Bekl. nicht sofort gewissermaßen „rausgeschmissen“; vielmehr schließt die bekundete Formulierung, dann könne sie auch gleich bei ihren Eltern bleiben, eine Rückkehr von YR entgegen der Annahme des Bekl. nicht aus. Auch die referierte Aussage von YR selbst, sie habe am 2.5.2006 gesagt, ich mag nicht mehr, ich pack die Koffer, gebietet nicht zwingend die Annahme, dass mit der Fahrt zu ihren Eltern der Aufenthalt in S durch einen Auszug endgültig aufgegeben werden sollte, zumal YR im Übrigen bekundet hatte, sich endgültig von W erst während des Aufenthalts im Bezirkskrankenhaus K getrennt und am 2.5. lediglich beabsichtigt zu haben, für drei Wochen zu ihrer Mutter zu fahren. Des Weiteren ist, was der Bekl. bei seiner „Würdigung“ der Zeugenaussagen ausblendet, nach der Aussage des Lebensgefährten W doch ein erheblicher Anteil der persönlichen Sachen von YR am 2.5.2006 nach wie vor in der Wohnung verblieben und erst rund ein Jahr später von ihm auf deren Anforderung in mehreren Paketen übersandt worden.

Die objektiven Gegebenheiten, auf die der Bekl. bei der Bestimmung des gA iSv § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I maßgeblich abstellen will, lassen folglich durchaus den Schluss auf einen Fortbestand des gA in S über den 2.5.2006 hinaus zu. Umgekehrt ist die Beweiswürdigung des Bekl. nicht in dem Sinne zwingend, dass die Auffassung des Verwaltungsgerichts denklogisch ausgeschlossen und zugleich seine Beweiswürdigung lückenhaft und nicht nachvollziehbar wäre. Dies gilt auch für die Ansicht des Bekl., für YR hätte

es am 2.5.2006 nur die Alternativen „Heirat“ oder „Auszug“ gegeben genauso wie für seine Schlussfolgerung, mit der Abreise am 2.5.2006 hätte für YR, die nicht Mietpartei der Wohnung in S gewesen sei, keine Möglichkeit der Rückkehr nach S bestanden, sodass der gA damit beendet gewesen sei. Derartiges hat W in seiner Aussage vor dem Verwaltungsgericht indes nicht bekundet.

Mithin hat der Bekl. die Beweiswürdigung des Verwaltungsgerichts nicht dergestalt in Zweifel gezogen, dass sich diese als denklöslich ausgeschlossen, widersprüchlich oder lückenhaft darstellt. Allein die aufgezeigte abstrakte Möglichkeit eines anderen Beweisergebnisses vermag indes die Zulassung der Berufung wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts nicht zu rechtfertigen. YR hat ihren Domizilwillen in S frühestens während ihres Aufenthalts im Bezirkskrankenhaus K aufgegeben.

1.3 Die Inanspruchnahme des Bekl. durch den Kl. im Wege des Erstattungsdurchgriffs, vermittelt über § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII, setzt weiter voraus, dass bei einem Wechsel des Hilfeempfängers zwischen verschiedenen Einrichtungen wie im Fall von YR eine ununterbrochene „Einrichtungskette“ zwischen den jeweiligen Einrichtungen besteht (zu den Voraussetzungen einer Einrichtungskette bei § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII vgl. Urt. BVerwG 29.9.2010 – 5 C 21.09, BVerwGE 138, 48 ff [Leits. 2, Rn. 25 ff]; Hauck/Noftz/Stähr SGB VIII, Stand: 11/2011, SGB VIII § 89e Rn. 6). Insoweit ist zwischen den Bet. allein streitig, ob durch das „Entweichen“ von YR am 25.4.2007 aus der Klinik in P und ihrem Aufgreifen und ihrer Einlieferung in eine Klinik in D am Folgetag die Einrichtungskette mit der Folge unterbrochen wurde, dass dem Kl. ein anderer – möglicherweise nach § 89e Abs. 2 SGB VIII der überörtliche – Jugendhilfeträger erstattungspflichtig geworden wäre. Soweit das Verwaltungsgericht in der angefochtenen Entscheidung angenommen hat, YR habe zum Zeitpunkt des Entweichens aus der Klinik in P ihr Verhalten nicht selbst steuern können, sodass nicht davon ausgegangen werden könne, dass sie während ihres Entweichens einen tatsächlichen Aufenthalt außerhalb der Einrichtung habe begründen können, macht der Bekl. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung geltend, da das Verwaltungsgericht die Annahme mangelnder Steuerungsfähigkeit ohne entsprechende Tatsachenermittlungen getroffen habe.

Dies führt vorliegend jedoch nicht nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zur Zulassung der Berufung, da es für die Beurteilung der Frage, ob eine Unterbrechung der Einrichtungskette durch das „Entweichen“ von YR vorliegt, auf deren Steuerungsfähigkeit im maßgeblichen Zeitpunkt nicht entscheidungserheblich ankommt. Denn der Zeitraum von wohl nur mehreren Stunden, maximal einem Tag zwischen dem „Entweichen“ aus der Klinik in P und dem Aufgreifen und der Einlieferung in eine Klinik in D, reicht bereits objektiv nicht aus, um zu einer Unterbrechung der Einrichtungskette zu führen. Letztere setzt vielmehr eine wesentliche, zeitlich nicht unbedeutende Unterbrechung zwischen zwei Einrichtungsaufenthalten voraus (vgl. hierzu Schellhorn ua/Kern SGB VIII, 5. Aufl. 2017, SGB VIII § 89e Rn. 10). Von einer Unterbrechung der Einrichtungskette ist jedenfalls dann nicht auszugehen, wenn der Übergang von einer Einrichtung in eine andere ohne wesentliche Zwischenaufenthalte erfolgt, des Weiteren bei einer kurzfristigen und zeitlich befristeten Beurlaubung sowie bei einer unerlaubten Entfernung aus einem Heim und einer Rückführung alsbald nach dem Entweichen (Beispielsfälle bei Schellhorn ua/Kern SGB VIII

§ 89e Rn. 10; zur Regelung des § 98 Abs. 2 S. 2 SGB XII vgl. ferner Adolph/Adolph SGB II, SGB XII, AsylbLG, Stand: 1/2017, SGB XII § 98 Rn. 44a, BeckOK/Adam SozR, Stand: 31.7.2016, SGB XII § 98 Rn. 23 f). Da im vorliegenden Fall ein Zeitraum von maximal einem Tag, nach der Entscheidung des SG Leipzig vom 11.4.2012 (S 5 SO 151/10), die Sozialhilfeleistungen für YR betreffen soll und auf die sich der Bekl. ausdrücklich bezieht (vgl. dazu 1.4), lediglich ein Zeitraum von „wenigen Stunden“ in Rede steht, ferner „wesentliche Zwischenaufenthalte“ von YR, geschweige denn die Begründung eines neuen gA nicht ersichtlich sind, kann allenfalls von einer unbedeutenden Unterbrechung des Aufenthalts in Einrichtungen ausgegangen werden. Demzufolge kommt es auf die vom Bekl. unter tatsächlichen Gesichtspunkten in Zweifel gezogene Annahme des Verwaltungsgerichts zur Steuerungsfähigkeit von YR im Zeitpunkt des Entweichens nicht entscheidungserheblich an. [...]

1.4 Mit seiner Berufung auf ein Urteil des SG Leipzig vom 11.4.2012 (S 5 SO 151/10), das die Zuständigkeit eines Sozialhilfeträgers für Leistungen an YR nach dem SGB XII zum Gegenstand haben soll, macht der Bekl. – allerdings im Rahmen des Zulassungsgrunds nach § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO – der Sache nach jedenfalls auch ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung iSv § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO geltend, soweit sich nämlich aus dem Urteil ergeben soll, dass sozialhilferechtlich das Entweichen von YR eine Unterbrechung der Einrichtungskette nach § 98 Abs. 2 S. 2 SGB XII bewirkt habe, was im Rahmen von § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII nicht abweichend beurteilt werden dürfe. [...]

Auch der Sache nach betrifft die sozialgerichtliche Entscheidung, unterstellt sie sei zum Fall von YR ergangen, die vorliegend zu beurteilende Fallkonstellation nicht. Denn die örtliche Zuständigkeit des Sozialhilfeträgers für stationäre Leistungen setzt nach § 98 Abs. 2 S. 2 SGB XII im Fall von „Einrichtungsketten“ den „Übertritt“ von einer Einrichtung in eine andere voraus, den ein voluntatives Element aufseiten des Leistungsempfängers kennzeichnet (vgl. BeckOK/Adam SozR, Stand: 31.7.2016, SGB XII § 98 Rn. 24). Demzufolge hat das Sozialgericht – ungeachtet der zeitlichen Komponente von „wenigen Stunden“ – einen Übertritt im Fall des „Entweichens“ aus einer Einrichtung gerade deshalb abgelehnt, weil damit kein willentlicher Übergang in eine andere, bereits feststehende Einrichtung beabsichtigt war. Demgegenüber bedarf es bei „Einrichtungsketten“ im Rahmen von § 89e Abs. 1 S. 1 SGB VIII keines willentlichen „Übertritts“ von einer Einrichtung in eine andere, da die Norm allein auf einen möglichst umfassenden finanziellen Schutz der Einrichtungsorte abzielt und im Rahmen der Einrichtungskette auch ein lediglich tatsächlicher Aufenthalt des Hilfeempfängers ausreicht (vgl. Beschl. VGH München 23.1.2012 – 12 BV 11.1080, JAmt 2012, 272 ff [Leits., Rn. 20 f]; Urt. VGH München 18.3.2004 – 12 B 99.1085 Rn. 18 f; Hauck/Noftz/Stähr SGB VIII, Stand: 11/2011, SGB VIII § 89e Rn. 6). Die Auffassung des Sozialgerichts, so sie denn YR beträfe, es liege sozialhilferechtlich eine „Unterbrechung“ der Einrichtungskette vor, ließe sich jedenfalls nicht auf den vorliegend streitgegenständlichen jugendhilferechtlichen Erstattungsfall übertragen. [...]

Hinweise für die Praxis

I. Aufgabe eines gA

„Ihren gA iSv § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I gibt eine Person regelmäßig dann auf, wenn sie ihren Aufenthaltsort tatsächlich wechselt und die konkreten Umstände erkennen lassen, dass sie am bisherigen Aufenthaltsort nicht mehr bis auf Weiteres verbleiben und nicht mehr den Mittelpunkt ihrer Lebensbeziehungen haben wird“ stellt der VGH München mit Berufung auf das BVerwG fest.

Er legt dann ausführlich anhand der Beweisaufnahme der Vorinstanz dar, warum die Mutter vor der Aufnahme in die erste Einrichtung ihren bisherigen gA in S im Bereich des Bekl. trotz des Verlassens der mit ihrem damaligen Lebensgefährten bewohnten Wohnung nach einem Streit und Fahrt zu ihren Eltern noch nicht aufgegeben hatte. Der Verwaltungsgerichtshof geht davon aus, dass die Mutter zu diesem Zeitpunkt noch nicht den Willen hatte, ihren Lebensmittelpunkt in S aufzugeben, und auch der Lebensgefährte nicht davon ausging.

II. Verhältnis von § 89a und § 89e SGB VIII

Die Frage der analogen Anwendung von § 89e SGB VIII in Konstellationen der Dauerpflege kommt in der Praxis immer wieder auf. In der vorliegenden Entscheidung geht es allerdings um den klassischen Fall der Durchgriffserstattung nach § 89a Abs. 2 SGB VIII, denn der eigentlich nach § 89a

SGB VIII kostenerstattungspflichtige Träger (in dessen Bereich sich die Mutter als maßgeblicher Elternteil gewöhnlich aufhält) kann sich hier nach Auffassung des VGH München selbst auf den Einrichtungsorteschutz nach § 89e SGB VIII berufen. Auf die umstrittene Frage der analogen Anwendung von § 89e SGB VIII zum Schutz der Pflegestellenorte im Fall von Trägeridentität brauchte das Gericht hier nicht einzugehen (s. dazu Urte. BVerwG 14.11.2013 – 5 C 31.12).

III. Einrichtungskette: Unterbrechung bei kurzfristigem Verlassen der Einrichtung?

Der VGH München sieht im vorliegenden Fall keine Unterbrechung der Einrichtungskette durch Verlassen der Einrichtung für mehrere Stunden durch die Mutter – unabhängig davon, was diese beabsichtigte bzw. beabsichtigen konnte: Eine „Unterbrechung der Einrichtungskette [...] setzt [...] eine wesentliche, zeitlich nicht unbedeutende Unterbrechung zwischen zwei Einrichtungsaufhalten voraus [...]. Von einer Unterbrechung der Einrichtungskette ist jedenfalls dann nicht auszugehen, wenn der Übergang von einer Einrichtung in eine andere ohne wesentliche Zwischenaufhalte erfolgt, des Weiteren bei einer kurzfristigen und zeitlich befristeten Beurlaubung sowie bei einer unerlaubten Entfernung aus einem Heim und einer Rückführung alsbald nach dem Entweichen [...]“. (Diana Eschelbach, freie Referentin für Kinder- und Jugendhilferecht, Berlin)

Teilhaberecht

Vorrang-Nachrang-Fragen

Zur vorrangigen Leistungspflicht des Sozialhilfeträgers nach § 54 Abs. 3 SGB XII bei Unterbringung eines mehrfachbehinderten Kindes in Pflegefamilie; Kostenerstattung nach § 104 SGB X

§ 10 Abs. 4 SGB VIII, §§ 33, 39 SGB VIII, § 54 Abs. 3 SGB XII, § 104 Abs. 1 und Abs. 3 SGB X
SG Aachen 28.3.2017 – S 20 SO 30/15

Sachverhalt: [...] Der [...] 2001 geborene U [...] ist seelisch und geistig behindert. [...] Die Eltern sind jedoch beide [...] nicht erziehungsfähig. Daher war der Hilfeempfänger (im Folgenden: HE) seit dem 14.5.2008 in Vollzeitpflege in der Pflegefamilie seiner Großmutter N in T (Kreis D) untergebracht. Die Leistungen (Hilfe zur Erziehung [HzE] in Vollzeitpflege gem. §§ 27, 33 SGB VIII) erbrachte zunächst das Kreisjugendamt des Bekl. Da ein Verbleib des HE bei der Pflegeperson auf Dauer zu erwarten war, wurde das Kreisjugendamt des Kl. nach Ablauf von zwei Jahren ab 14.5.2010 gem. § 86 Abs. 6 SGB VIII der örtlich zuständige Jugendhilfeträger. Diese Zuständigkeit erkannte der Kl. [...] an [...]. Das Kreisjugendamt des Bekl. erkannte [...] eine Kostenerstattungspflicht gem. § 89a Abs. 1 SGB VIII gegenüber dem Kl. an.

Mit Schreiben vom 11.11.2011 forderte der Kl. den Bekl. auf, den Fall des HE gem. § 54 Abs. 3 SGB XII ab 1.9.2011 in die Zuständigkeit seines Sozialamts zu übernehmen und meldete einen Erstattungsanspruch bezüglich der ab diesem Datum entstandenen und bis zur Fallübernahme anfallenden Aufwendungen an. Zur Begründung verwies er auf ein Gutachten vom 3.12.2010, von dem er erst jetzt erfahren habe; danach bestehe beim HE eine leichte Intelligenzminderung im Sinne einer geistigen Behinderung; für diesen Personenkreis bestehe eine gegenüber dem Jugendhilfeträger vorrangige Leistungsverantwortung des Sozialhilfeleistungsträgers. [...]

Der Kl. verweist auf die seit 2009 geltende Neuregelung des § 54 Abs. 3 SGB XII; durch diese sei die Familienpflege für Kinder und Jugendliche mit körperlicher und/oder geistiger Behinderung zur ausdrücklich genannten Leistung der sozialhilferechtlichen Eingliederungshilfe geworden; Familienpflege werde mit der Unterbringung in einer vollstationären Einrich-

tung gleichgestellt. Die Betreuung des HE in der Pflegefamilie seiner Großmutter [...] habe wesentlich auch den sich aus seiner geistigen Behinderung ergebenden Bedarf an Förderung zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft abgedeckt, konkret in den Bereichen Familie, Freizeit, Schule und Alltagsbewältigung. Die geistige Behinderung des HE habe zugenommen; während sein IQ-Wert im September 2013 noch 63 betragen habe, sei er bis Februar 2016, wie sich aus dem eingeholten Sachverständigen-gutachten ergebe, auf 51 gesunken. Seitens des Jugendamts sei immer wieder über eine vollstationäre Unterbringung nachgedacht worden; diese habe jedoch durch die Betreuung in den Pflegefamilien vermieden werden können. Die Eignung der Großmutter als Pflegegutter sei nicht nur durch sein eigenes, sondern auch durch das Jugendamt des Bekl. geprüft und bejaht worden. [...] Den mit dem Hilfefall befassten Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Jugendamts sei durchaus bewusst gewesen, dass die Pflege durch die Großmutter im Laufe der Zeit nicht mehr optimal war; unter Berücksichtigung anderer Aspekte, insbesondere in pädagogischer Hinsicht, habe es aber aus Sicht des Jugendamts keine Alternative gegeben, da sich der HE entweder gegen eine andere Unterbringung gestraubt habe oder zu befürchten gewesen sei, dass sich durch eine Trennung des HE von seiner Großmutter Nachteile für dessen Entwicklung ergeben würden. Der Kl. meint, dass, soweit der HE im streitbefangenen Zeitraum neben der Betreuung durch seine Großmutter auch eine Betreuung in einer Tagesgruppe erfahren habe, die Leistungen für die Tagesgruppe zu den Gesamtkosten der Jugendhilfeleistung, die zu erstatten seien, gehörten.

Der Kl. beantragt, den Bekl. zu verurteilen, dem Kl. die von ihm für die Zeit vom 1.1.2013 bis 7.4.2016 erbrachten Aufwendungen für die Vollzeitpflege des Kindes [...] iHv 77.665,13 EUR zu erstatten.

Der Bekl. beantragt, die Klage abzuweisen.

Er erkennt an, dass der HE geistig behindert ist, meint aber, dass die Voraussetzungen des § 54 Abs. 3 SGB XII für Eingliederungshilfe nicht erfüllt bzw. zweifelhaft seien, soweit es um den Zeitraum der Betreuung des HE durch seine Großmutter [...] gehe. Fraglich sei, ob die Großmutter – insbesondere in der letzten Zeit ihrer Pflegetätigkeit – in der Lage und geeignet war, den HE zu versorgen und zu betreuen. Der Bekl. meint, die Pflegeperson des § 54 Abs. 3 SGB XII müsse neben dem erzieherischen auch den behinderungsbedingten Bedarf des behinderten Kindes erfüllen können; auch insofern müsse die Geeignetheit der Pflegeperson feststehen, was in Bezug auf die Großmutter des HE zweifelhaft sei. Der Bekl.

verkennt nicht, dass der Kl. (als Jugendhilfeträger) die Eignung der Pflegeperson konkret geprüft habe; ob aber die weitergehende Eignung im Hinblick auf die Bedarfe des behinderten Kindes nach dem SGB XII vorgelegen haben und überdies der behinderungsbedingte Bedarf tatsächlich gedeckt worden sei, ergebe sich aus den Unterlagen nicht. Im Übrigen meint der Bekl., die Kosten der Tagesgruppenbetreuung würden von § 54 Abs. 3 SGB XII nicht erfasst. [...]

Aus den Gründen: [...] Der Anspruch des Kl. gegen den Bekl. auf Erstattung seiner im allein noch streitbefangenen Zeitraum vom 1.1.2013 bis 7.4.2016 nach dem SGB VIII erbrachten Leistungen der Jugendhilfe für den HE ergibt sich aus § 104 Abs. 1 SGB X. Nach Satz 1 dieser Vorschrift ist, wenn ein nachrangig verpflichteter Leistungsträger soziale Leistungen erbracht hat, grundsätzlich der Leistungsträger erstattungspflichtig, gegen den der Berechtigte vorrangig einen Anspruch hat oder hatte. Nach § 104 Abs. 1 S. 2 SGB X ist ein Leistungsträger nachrangig verpflichtet, soweit er bei rechtzeitiger Erfüllung der Leistungsverpflichtung eines anderen Leistungsträgers selbst nicht zur Leistung verpflichtet wäre. Die Leistungspflichten nach dem SGB VIII und nach dem SGB XII stehen in einem Konkurrenzverhältnis dergestalt, dass die Leistungen nach dem Jugendhilferecht des SGB VIII den Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem SGB XII nachrangig sind. Dies folgt aus § 10 Abs. 4 S. 2 SGB VIII. Dieser kehrt die Regel des § 10 Abs. 4 S. 1 SGB VIII, dass die Leistungen nach dem SGB VIII den Leistungen nach dem SGB XII vorgehen, um und bestimmt, dass Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem SGB XII für junge Menschen, die – wie der HE – körperlich oder geistig behindert oder von einer solchen Behinderung bedroht sind, den Leistungen nach dem SGB VIII vorgehen.

Die Konkurrenzregelung des § 10 Abs. 4 S. 2 SGB VIII setzt [...] voraus, dass die Leistungen der Jugendhilfe und der Sozialhilfe gleich, gleichartig, einander entsprechend, kongruent, einander überschneidend oder deckungsgleich sind (BVerwG 23.9.1999 – 5 C 26.98, 2.3.2006 – 5 C 15.05; 13.6.2013 – 5 C 30.12; LSG Essen 28.1.2013 – L 20 SO 170/11; 14.2.2011 – L 20 SO 110/08). Das Vorrang-Nachrang-Verhältnis des § 10 Abs. 4 S. 2 SGB VIII ist nicht nach dem Schwerpunkt der Leistung, sondern allein nach der Art der mit einer Jugendhilfeleistung konkurrierenden Sozialhilfeleistung abzugrenzen. Der Leistungsvorrang des Sozialhilfeträgers gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe ist daher auf die Eingliederungshilfe für körperlich oder geistig behinderte junge Menschen beschränkt (BVerwG 13.6.2013 – 5 C 30.12 mwN). Er setzt nicht voraus, dass der Anspruch auf Eingliederungshilfe gerade wegen der körperlichen und/oder geistigen Behinderung besteht. Für den Vorrang der Eingliederungshilfeleistungen nach dem SGB XII genügt bereits jede Überschneidung der Leistungsbereiche; es ist dafür nicht (weitergehend) erforderlich, dass der Schwerpunkt des Hilfebedarfs bzw. -zwecks im Bereich einer dieser Behinderungen liegt oder eine von ihnen für die konkrete Maßnahme ursächlich ist (BVerwG 9.2.2012 – 5 C 3.11; LSG Essen 10.10.2012 – L 12 SO 621/10 mwN; BSG 25.9.2014 – B 8 SO 7/13 R). Damit kommt es nicht darauf an, ob die Entscheidung, die Betreuung des HE nicht mehr in der Herkunftsfamilie, sondern in einer Pflegefamilie vornehmen zu lassen, im Ausgangspunkt auf die Notwendigkeit zur Intervention durch das Jugendamt wegen eines Erziehungsdefizits bei der Betreuung durch die leiblichen Eltern zurückgeht. Für die Beurteilung der Leistungsidenti-

tät ist schließlich ohne Bedeutung, wem der jeweilige Anspruch nach der Systematik des SGB VIII und des SGB XII zusteht; entscheidend ist nur, dass die Bedarfe derselben Person – vorliegend des HE – gedeckt werden (vgl. insoweit auch BSG 25.9.2014 – B 8 SO 7/13 R).

Die HzE in Form der Vollzeitpflege nach dem SGB VIII und die Eingliederungshilfe in Form der Hilfe für die Betreuung in einer Pflegefamilie nach dem SGB XII waren und sind im Fall des HE nach ihrem Zweck gleichartig. Gleichartigkeit liegt vor, wenn die Gewährung der Sozialleistung durch den nachrangig verpflichteten Träger zugleich die Leistungspflicht des vorrangig verpflichteten Trägers erfüllt hat. Dies ist hier der Fall. Die Unterbringung und Betreuung des HE in der Pflegefamilie war im streitbefangenen Zeitraum auf die Deckung des gesamten, sich aus den verschiedenen Behinderungen und Defiziten des Kindes ergebenden Bedarfs gerichtet. Die Pflegemutter (Großmutter) hat nicht nur den erzieherischen Bedarf gedeckt, sondern ist auch auf die geistigen und körperlichen Behinderungen des HE eingegangen.

Der HE hatte im Rahmen der Betreuung in der Pflegefamilie [...] einerseits einen Anspruch gegenüber dem Kl. auf HzE in Vollzeitpflege gem. §§ 27, 33, 39 SGB VIII, andererseits einen Anspruch gegenüber dem Bekl. auf Eingliederungshilfe gem. §§ 53, 54 Abs. 3 SGB XII.

Nach § 27 Abs. 1 SGB VIII besteht bei der Erziehung eines Kindes Anspruch auf Hilfe (HzE), wenn eine dem Wohl des Kindes entsprechende Erziehung nicht gewährleistet ist und die Hilfe für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist. HzE wird insbesondere nach Maßgabe der §§ 28–35 SGB VIII erbracht. Art und Umfang richten sich nach dem erzieherischen Bedarf des Kindes; dabei soll das engere soziale Umfeld des Kindes einbezogen werden (§ 27 Abs. 2 S. 1 und 2 SGB VIII). § 33 SGB VIII eröffnet die Möglichkeit der Vollzeitpflege in einer Pflegefamilie. Da die leiblichen Eltern des HE erziehungsunfähig sind, war die angemessene Versorgung und Erziehung in der Herkunftsfamilie nicht gewährleistet. Die Betreuung des HE in einer Pflegefamilie war daher eine zur Sicherstellung der dem Kindeswohl entsprechenden Erziehung geeignete und zweckmäßige jugendhilferechtliche Maßnahme. [...]

Der Anspruch des HE auf Eingliederungshilfe für behinderte Menschen findet seine Grundlage in §§ 53, 54 Abs. 3 SGB XII. Der HE ist aufgrund seiner seelischen, insbesondere aber geistigen Behinderung wesentlich in seiner Fähigkeit, an der Gesellschaft teilzuhaben, eingeschränkt. Die geistige Behinderung ist spätestens durch den im Gutachten vom 3.12.2010 beschriebenen Intelligenztest nachgewiesen; bei einem weiteren Test am 24.9.2013 wurde ein Intelligenzquotient (IQ) des HE von 63 festgestellt; die Ärzte diagnostizierten [...] eine „Intelligenzminderung (= leichte geistige Behinderung)“. Der Begriff „geistige Behinderung“ bezeichnet einen andauernden Zustand deutlich unterdurchschnittlicher kognitiver Fähigkeiten eines Menschen sowie damit verbundene Einschränkungen seines affektiven Verhaltens. [...] Der HE ist infolge der Schwäche seiner geistigen Kräfte in erheblichem Umfang in seiner Fähigkeit zur Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft eingeschränkt (§ 2 EinglHV). Ohne die Betreuung in der Pflegefamilie oder anderweitige Unterbringung in einer adäquaten Einrichtung war der HE zu einer altersentsprechend selbstständigen Lebensführung

nicht in der Lage. Er gehört deshalb zum Kreis der Personen, die Anspruch auf Eingliederungshilfe haben.

Diese Personen erhalten gem. § 53 Abs. 1 S. 1 SGB XII Leistungen der Eingliederungshilfe, wenn und solange nach den Besonderheiten des Einzelfalls insbesondere nach Art und Schwere der Behinderung Aussicht besteht, dass die Aufgabe der Eingliederungshilfe erfüllt werden kann. Besondere Aufgabe der Eingliederungshilfe ist es, eine drohende Behinderung zu verhüten oder eine Behinderung oder deren Folgen zu beseitigen oder zu mildern und die behinderten Menschen in die Gesellschaft einzugliedern. Hierzu gehört ua insbesondere, den behinderten Menschen die Teilnahme am Leben in der Gemeinschaft zu ermöglichen oder zu erleichtern oder sie so weit wie möglich unabhängig von Pflege zu machen (§ 53 Abs. 3 SGB XII). Neben den Leistungen nach § 54 Abs. 1 SGB XII iVm §§ 26, 33, 41 und 55 SGB IX und nach § 54 Abs. 1 Nr. 1–5 SGB XII ist gem. § 54 Abs. 3 S. 1 SGB XII die „Hilfe für die Betreuung in einer Pflegefamilie“ eine eigenständige Leistung der Eingliederungshilfe, soweit eine geeignete Pflegeperson Kinder und Jugendliche über Tag und Nacht in ihrem Haushalt versorgt und dadurch der Aufenthalt in einer vollstationären Einrichtung der Behindertenhilfe vermieden oder beendet werden kann. Mit diesem mit Wirkung ab 5.8.2009 durch Art. 1 des Gesetzes zur Regelung des Assistenzpflegebedarfs im Krankenhaus vom 30.7.2009 (BGBl. 2009 I, 2495) eingeführten und aufgrund Art. 2 des Kinder- und Jugendhilfevereinfachungsgesetzes vom 29.8.2013 (BGBl. 2013 I, 3464) vorläufig bis 31.12.2018 geltenden neuen Leistungstatbestand „Hilfe für die Betreuung in einer Pflegefamilie“ wird nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers sichergestellt, dass Leistungen der Eingliederungshilfe auch für die Betreuung von körperlich und geistig behinderten Kindern und Jugendlichen in einer Pflegefamilie als – bevorzugte – Alternative zur Betreuung in vollstationären Einrichtungen gewährt werden (BTDrs. 16/13417, 6).

Die Teilhabeleistung der Hilfe für die Betreuung in der Pflegefamilie seiner Großmutter ließ jedenfalls auch im streitbefangenen Zeitraum erwarten, dass im Fall des HE nach Art und Schwere seiner insbesondere geistigen Behinderung Aussicht bestand, deren Folgen zu mildern und ihm so die Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft zu ermöglichen. [...] Aufgrund aller ihr bekannt gewordenen Umstände, zuletzt aufgrund der Darlegungen der Sachverständigen [...] im Gutachten vom 17.3.2016, ist für die Kammer nachvollziehbar und überzeugend belegt, dass die Unterbringung des HE eine geeignete und notwendige Maßnahme der Eingliederungshilfe war und dass die Pflegemutter – neben der reinen Erziehung – auch den bestehenden Eingliederungshilfebedarf nach dem SGB XII gedeckt hat, soweit ihr dies möglich war.

Die Geeignetheit ist dabei nicht nur allgemein, sondern auch im Hinblick auf die konkrete Form der HzE – hier: der [...] Vollzeitpflege (§ 33 SGB VIII) – zu überprüfen. Dabei kann die Vollzeitpflege durch Großeltern nur dann ein geeignetes Mittel zum Ausgleich eines Erziehungsdefizits sein, wenn die Großeltern ihrerseits als Pflegepersonen geeignet sind. Zur Geeignetheit iSv § 27 Abs. 1 S. 1 SGB VIII gehört also auch, dass die Pflegepersonen zum einen eine dem Wohl des Kindes entsprechende Erziehung gewährleisten können und sich zum anderen auf die Kooperation mit dem Jugendamt einlassen und ggf zur Annahme unterstützender Leistungen bereit sind (BVerwG 9.12.2014 – 5 C 32.13 mwN). Dies ist für die Pflegemutter [...] zu bejahen. Die Kammer verkennt nicht, dass die Großmutter nicht (immer) dem Idealbild einer Pflegeperson iSv § 33 SGB VIII und § 54 Abs. 3 SGB XII entsprochen hat [...]. Allerdings hat ursprünglich das Jugendamt des Bkl. selbst die Großmutter des HE als dessen Pflegeperson herangezogen und deren Geeignetheit bejaht. Die Sachverständige [...] hat die [...] Verlaufsberichte [...] gesichtet und bewertet; sie hat dargelegt, dass mit Beginn der Adoleszenz für den HE „wichtige neue Entwicklungsschritte nicht oder noch nicht ausreichend bewältigt worden sind [...]“. Die Sachverständige hat daraus den

Schluss gezogen, dass „unter Berücksichtigung des Entwicklungsniveaus und der geistigen Behinderung davon ausgegangen werden müsse, dass die Unterbringung bei der Großmutter mittelfristig, auch vor dem Hintergrund des Alters der Großmutter, nicht mehr adäquat sein wird“. Dies bedeutet aber zugleich, dass die Sachverständige die Großmutter zum Zeitpunkt der Begutachtung im Dezember 2016 als (noch) geeignete Pflegeperson ansah. Auch der Kl. hat hierzu [...] erklärt, dass ihm durchaus bewusst war, dass die Pflege durch die Großmutter im Lauf der Zeit nicht mehr optimal war. Unter Berücksichtigung anderer Aspekte insbesondere in pädagogischer Hinsicht habe es aber aus Sicht des Jugendamts keine Alternative gegeben, da sich der HE entweder gegen eine andere Unterbringung gestraubt hat oder Bedenken bestanden haben, dass sich durch eine Trennung des HE von seiner Großmutter Nachteile für die Entwicklung des HE ergeben würden. Im Hinblick darauf sieht die Kammer die Großmutter des HE bis zum Ende von deren Betreuungstätigkeit am 7.4.2016 als geeignete Pflegeperson iSv § 54 Abs. 3 SGB XII an.

Auch die weiteren Voraussetzungen eines Leistungsanspruchs nach § 54 Abs. 3 SGB XII waren erfüllt.

Durch die Betreuung in der Pflegefamilie wurde der Aufenthalt in einer vollstationären Einrichtung der Behindertenhilfe vermieden. Wegen der Erziehungsunfähigkeit bzw der Erziehungsdefizite war eine Rückkehr zu den Eltern nicht möglich. Das Gesetz verlangt in § 54 Abs. 3 S. 1 SGB XII in dieser Hinsicht lediglich, dass durch die Betreuung in der Pflegefamilie der Aufenthalt in einer vollstationären Einrichtung der Behindertenhilfe vermieden (oder beendet) werden kann. Es genügt also, dass aufgrund einer Prognose die Möglichkeit besteht, dass durch die Pflege in der Familie der Aufenthalt in einer vollstationären Einrichtung „abstrakt“ verhindert oder vermieden wird (vgl hierzu auch VG Bayreuth 9.4.2014 – B 3 K 13.766). Daran, dass diese Vermeidungsmöglichkeit im Fall des HE bestanden hat, gibt es für die Kammer aufgrund der ihr bekannt gewordenen Umstände [...] keine ernsthaften Zweifel.

Auch das Erfordernis einer Pflegeerlaubnis nach § 44 SGB VIII (vgl § 54 Abs. 3 S. 2 SGB XII) ist erfüllt. Zwar war die Pflegemutter [...] nicht im Besitz einer (förmlichen) Pflegeerlaubnis nach § 44 Abs. 1 S. 1 SGB VIII. Der Grund dafür ist jedoch, dass sie einer solchen Erlaubnis nicht bedurfte, weil sie die HE im Rahmen der HzE bzw von Eingliederungshilfe aufgrund einer Vermittlung des Jugendamts über Tag und Nacht aufgenommen hat (§ 44 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB VIII).

Sachlich zuständig für die Leistung der Eingliederungshilfe nach § 54 Abs. 3 SGB XII zugunsten des minderjährigen HE war im allein noch streitbefangenen Zeitraum vom 1.1.2013 bis 7.4.2016 gem. § 97 SGB XII iVm dem nordrhein-westfälischen Landesausführungsgesetz zum SGB XII (AG-SGB XII NRW) und § 2 Nr. 1 der nordrhein-westfälischen Ausführungsverordnung zum SGB XII (AV-SGB XII NRW) in den bis 30.6.2016 geltenden Fassungen der Bkl. als örtlicher Träger der Sozialhilfe. Bei der Hilfe für die Betreuung in einer Pflegefamilie handelt es sich weder um eine stationäre noch eine teilstationäre Leistung in einer Einrichtung.

Der Gleichartigkeit der Leistungen widerspricht nicht, dass im Sozialhilferecht – anders als im Jugendhilferecht in § 39 SGB VIII (oder auch § 37 SGB VIII) – der Umfang der eingliederungsrechtlichen Hilfe für die Betreuung in einer Pflegefamilie nicht normiert ist. Diese Regelungslücke stellt sich als planwidrig dar. Dem Regelungszweck der Eingliederungshilfe, speziell der Hilfe für die Betreuung in Pflegefamilien gem. § 54 Abs. 3 SGB XII, entspricht es, die Regelungslücke durch eine analoge Anwendung der jugendhilferechtlichen Regelung des § 39 SGB VIII zu schließen. Ein solcher Analogieschluss ist mit Blick auf den Zweck der Hilfestellung und die Interessenlage angezeigt. Der entsprechenden Anwendung des § 39 SGB VIII auf die sozialhilferechtliche Eingliederungshilfe gem. § 54 Abs. 3 SGB XII steht nicht entgegen, dass es sich bei Jugendhilfe und Sozialhilfe um zwei sozialrechtliche Hilfesysteme mit un-

terschiedlichen Aufgaben und Rechtsfolgen handelt. Denn diesen Strukturunterschieden kommt bei der Betreuung behinderter Kinder im Rahmen der Familienpflege keine entscheidende Bedeutung zu (BVerwG 13.6.2013 – 5 C 30.12).

Die planwidrige, durch analoge Anwendung des § 39 SGB VIII zu schließende Lücke gilt nicht nur in Bezug auf die fehlende Regelung der Pflege und Erziehung (BVerwG 13.6.2013 – 5 C 30.12), sondern für alle Aufwendungen (hier: Sozialpädagogische Familienhilfe, Tagesgruppe, Familienpflege) des Jugendhilfeträgers, die unmittelbar und mittelbar in Zusammenhang mit der Betreuung in einer Pflegefamilie stehen. Den insoweit differenzierenden Urteilen des BVerwG vom 2.3.2006 (5 C 15.05) und des OVG Münster vom 3.9.2012 (12 A 1514/10) lag eine Rechtslage zugrunde, die es heute nicht mehr gibt. Erst seit 5.8.2009 sieht der neue § 54 Abs. 3 SGB XII vor, dass Hilfe für die Betreuung in einer Pflegefamilie auch Eingliederungshilfe ist. Diese Vorschrift gilt nicht nur für Neufälle, in denen die Hilfe erst nach dem 5.8.2009 einsetzt, sondern auch für schon vor dem 5.8.2009 begonnene und weiter laufende Hilfefälle, allerdings erst mit Wirkung ab dem 5.8.2009 (LSG Halle 4.12.2012 – L 8 SO 20/09). § 54 Abs. 3 SGB XII ist eine weitgefasste Anspruchsnorm, aufgrund deren der Träger der Sozialhilfe zu allen Leistungen verpflichtet ist, deren das behinderte Kind bzw der Jugendliche im Rahmen der Betreuung in einer Pflegefamilie bedarf (VG Oldenburg 28.2.2014 – 13 A 4895/12; ebenso LSG Halle 4.12.2012 – L 8 SO 20/09; SG Düsseldorf 29.8.2013 – S 30 SO 179/12). Eine Aufspaltung der verschiedenen Kostenpositionen auf mehrere verschiedene Leistungsträger entspräche nicht der Interessenlage.

Diese Auslegung im Sinne einer analogen Anwendung der nach Jugendhilfrecht zu gewährenden Leistungen auf den Eingliederungshilfeanspruch nach § 54 Abs. 3 SGB XII wird auch der Regelung des § 104 Abs. 3 SGB X gerecht. Nach dieser Vorschrift richtet sich der Umfang des Erstattungsanspruchs nach den für den vorrangig verpflichteten Leistungsträger geltenden Rechtsvorschriften, hier also nach den für die Bekl. geltenden Sozialhilferegelungen. Da solche aber – wie dargelegt – für die neue Eingliederungshilfeleistung „Hilfe für die Betreuung in Pflegefamilien“ nach § 54 Abs. 3 SGB XII fehlen und die Regelungslücke durch analoge Anwendung der Jugendhilferegelungen zu schließen ist, ent-

spricht der Umfang des Erstattungsanspruchs der Kl. dem Umfang der von ihr erbrachten Aufwendungen. [...]

Hinweise für die Praxis

Das SG Aachen hatte über den Kostenerstattungsanspruch eines Trägers der öffentlichen Jugendhilfe nach § 104 SGB X – und dabei über die Frage der Leistungskongruenz von Vollzeitpflege und Eingliederungshilfe nach § 54 SGB XII – zu entscheiden. Für ein bei seiner Großmutter in Vollzeitpflege untergebrachtes und versorgtes, mehrfachbehindertes Kind war nach Auffassung des Gerichts ein sachlich vorrangiger Anspruch auf Eingliederungshilfe nach § 54 Abs. 3 SGB XII gegeben, der ebenfalls die Betreuung in einer Pflegefamilie vorsieht. Insofern schließt sich das Gericht der herrschenden Meinung an, die zur Bestimmung des Leistungsvorrangs des Sozialhilfeträgers nicht auf den Schwerpunkt der Leistungen oder des Hilfebedarfs abstellt. Vielmehr sei nach der Art der erbrachten bzw zu erbringenden (konkurrierenden) Hilfen abzugrenzen. Daher sei auch die Ursache des Betreuungsbedarfs oder der jeweils vorliegenden Behinderung nicht ausschlaggebend. Ob die Unterbringung eines (geistig/körperlich behinderten) Kindes oder Jugendlichen ursprünglich wegen eines Erziehungsdefizits veranlasst worden war, spielt keine Rolle.

Im konkreten Fall stand allerdings die – tatbestandlich voraussetzende – Eignung der betreuenden, bereits betagten Großmutter im Sinne sowohl der §§ 27, 33 SGB VIII als auch des § 54 Abs. 3 SGB XII infrage. Die Kammer kam in der Einzelfallbeurteilung zum Ergebnis, dass zwar keine „optimale“, dennoch aufgrund der besonderen Entwicklungssituation des Kindes in der Gesamtabwägung quasi alternative – und insofern jedenfalls im streitigen Zeitraum (noch) hinreichende – Eignung der Pflegeperson vorlag.

Auch in der Frage des Erstattungsumfangs (§ 104 Abs. 3 SGB X) schließt sich das Gericht der (wohl) überwiegenden sozialgerichtlichen Rechtsprechung an. Nach § 104 Abs. 3 SGB X richtet sich der Umfang der Erstattung im Grundsatz nach den Vorschriften des Erstattungspflichtigen. Anders als im Jugendhilfrecht ist der Umfang der Leistungen im Rahmen der Eingliederungshilfe aber nicht geregelt; deshalb sei die Lückenfüllung durch analoge Anwendung des § 39 SGB VIII (Annexleistungen) gerechtfertigt. Diese Lösung überzeugt. Erstattungsfähig sind danach sämtliche Leistungen, deren das Kind oder der Jugendliche im Zusammenhang mit der Betreuung in einer Pflegefamilie bedarf. (Se)

BUCHBESPRECHUNGEN

Stephan Hocks/Jonathan Leuschner **Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge.** Vertretung, Asylverfahren, Aufenthalt. Ein Leitfaden für die Praxis, Walhalla Fachverlag, Regensburg 2017, 230 S., gebunden, 29,95 EUR, ISBN-978-3-8029-7651-3

Stephan Hocks und *Jonathan Leuschner*, beide Rechtsanwälte mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Asyl- und Ausländerrecht, haben mit dem vorliegenden Praxishandbuch erstmalig das (juristische) Werk vollbracht, die rechtliche Situation von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen praxisnah und auch für den juristischen Laien verständlich darzustellen. Zur Verständlichkeit tragen insbesondere die übersichtliche Struktur, die klare Sprache, der Verzicht auf jegliche Literaturverweise im laufenden Text und die vielen Praxisbeispiele bei.

Der Aufbau des 230 S. starken Buchs spiegelt den „Werdegang“ eines unbegleiteten minderjährigen Flüchtlings in Deutschland wider und beginnt, nach kurzer Erläuterung der Begrifflichkeiten, mit dem Erstkontakt zu deutschen Behörden und endet mit der Aufenthaltssicherung der jungen Menschen unabhängig vom Asylverfahren sowie einem Exkurs zum Familiennachzug. Im Bereich des Jugendhilfrechts liegt ein Schwerpunkt auf der Darstellung der vorläufigen Inobhutnahme und den dortigen Prüfaufträgen an das Jugendamt. Im Bereich des Asyl- und Ausländerrechts wird eine komplette Übersicht über den Ablauf des Asylverfahrens, die verschiedenen Schutzstatus und die sich daraus ableitenden Rechte sowie die Möglichkeit der Klageerhe-

bung nebst Darstellung des gerichtlichen Verfahrens gegeben. Für die Praxis besonders relevant ist hier auch das Kapitel über die Anhörung zu den Verfolgungsgründen beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF), da es Hinweise zum Ablauf der Anhörung sowie der Rolle des Vormunds bei dieser enthält. Weiterhin erfolgt eine kurze Darstellung der kinderspezifischen Fluchtgründe.

Hervorzuheben ist noch, dass die Verfasser des Buchs auch die immer wichtiger werdenden Möglichkeiten der Aufenthaltssicherung neben oder nach negativ beendetem Asylver-

fahren aufgreifen, insbesondere die Ausbildungsduldung nach § 60a Abs. 2 S. 4 AufenthG sowie die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen nach § 25 Abs. 5 AufenthG sowie § 25a AufenthG.

Insgesamt bietet das Praxishandbuch einen verständlichen und übersichtlichen Einstieg in das Thema unbegleitete minderjährige Flüchtlinge für Vormünder, Betreuer oder auch Ehrenamtliche. Für die tägliche Arbeit dient es als Hilfestellung, um auch als Nicht-Jurist/in sicher gegenüber dem BAMF und der Ausländerbehörde aufzutreten.

Susanne Achterfeld, DIJuF, Heidelberg

Karl Hauck/Wolfgang Noftz **Sozialgesetzbuch SGB XII – Sozialhilfe**. Kommentar, Loseblattwerk in zwei Ordnern, Stand: 2017, Erich Schmidt Verlag, Berlin, ca 3.290 S., ISBN 978-3-503-06375-8

Das hier einschließlich eingearbeiteter 48. ErgL vorliegende, klassisch paragrafenweise aufgebaute Nachschlagewerk ist eine der ausführlicheren Kommentierungen zu diesem Sozialleistungsbereich. Gesetzesänderungen sind bis 1/2016 berücksichtigt. Die Rechtsprechung ist auf neuestem Stand.

Der umfangreiche Kommentar ist gut strukturiert. Die wesentlichen Übersichten sind im Bd 1 zusammengestellt. Neben Inhalts-, Bearbeiter/innen-, Abkürzungs-, Literatur- sowie Stichwortverzeichnis sind die Gesetzesänderungen zum SGB XII ab 2005 in einer Kurzübersicht registriert. Im Anschluss an die Gesamtkommentierung enthält Bd 2 noch ein ausführliches Kompendium an Gesetzesmaterialien.

Vor der eigentlichen, nach Paragrafen geordneten Einzelkommentierung findet sich ein Abdruck der aktuellen Gesetzestexte einschließlich der – wichtigen – landesrechtlichen Ausführungsregelungen zum SGB XII. Der Kommentierung vorangestellt ist außerdem eine übersichtlich strukturierte, von *Luthe* verfasste Einführung. Hier werden insbesondere die wichtigen spezifischen Strukturprinzipien des Sozialhilferechts erläutert, die für das Verständnis dieses fürsorgerechtlichen (hinsichtlich seiner Nachrangigkeit und Ausrichtung am individuellen Bedarf der Jugendhilfe nicht unähnlichen) Auffangsystems unabdingbar sind.

Außerdem werden neue Finanzierungsmodelle und Möglichkeiten der Kooperation verschiedener Sozialleistungsträger, bspw die Zusammenarbeit von Jugend- und Sozialamt auf kommunaler Ebene, dargestellt, wobei die Diskussion rechtlicher Streitfragen – etwa in Zusammenhang mit den Sozialräumen – eher zurückhaltend bleibt.

Ebenfalls von *Luthe* bereits in der Einführung anschaulich dargestellt sind die Rolle der Sozialhilfe im Gesamtsystem des Sozialrechts sowie Gemeinsamkeiten und Unterschiede im Vergleich zur Jugendhilfe nach dem SGB VIII. Dabei geht der Autor ausführlich auf Schnittstellen zu angrenzenden Rechtsgebieten (insb. SGB II), Fragen und Probleme der Inklusion und nicht zuletzt auf den in seiner Bedeutung stetig zunehmenden europarechtlichen Kontext ein.

Auf einige der weiteren wichtigen Themenkomplexe, die im Kommentar behandelt werden, sei hier näher eingegangen:

Eines davon ist die in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzende Verflechtung der Sozialhilfe mit weiteren Unterstützungssystemen (ua AsylbLG) zur Versorgung von nach Deutschland eingereisten – vielfach minderjährigen – Ausländer/innen. Einen Überblick zu dieser Thematik verschafft *Luthe* in der Einführung, bevor die Kommentierung an verschiedener Stelle detailliert (insb. § 23 SGB XII ua) auf die oft an einen bestimmten Personenkreis bzw den jeweiligen ausländerrechtlichen Status geknüpfte Hilfeberechtigung, mögliche Leistungsausschlüsse und die komplizierten Abgrenzungsfragen zum SGB VIII eingeht.

Ein weiteres Thema sind Zuständigkeits- und Kostenfragen, die im Überschneidungsbereich von Sozial- und Jugendhilfeleistungen häufig zutage treten. Hier bietet der Kommentar ua in §§ 53 f SGB XII eine Sammlung an Literaturverweisen und Rechtsprechung (*Voelzke*, Stand: 9/2015). Der Autor setzt sich in seiner Kommentierung auch mit der Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit bei Mehrfachbehinderung auseinander. Dabei stellt *Voelzke* überraschend die zur Abgrenzung der Zuständigkeiten gem. § 10 Abs. 4 S. 2 SGB VIII entwickelte Rechtsprechung des BVerwG infrage. Dessen inzwischen auch in der Literatur etablierte Auslegung der Kollisionsregel (Vorrang der Eingliederungshilfe nach SGB XII), die unabhängig vom Schwerpunkt der (Mehrfach-)Behinderung den jeweils (auch) bestehenden Hilfebedarf in den Blick nimmt, sei nach Ansicht des Autors mit einer erheblichen Einengung des Anwendungsbereichs verbunden.

Zum Thema Zuständigkeits- und Kostenfragen gehört auch die Kommentierung der §§ 97 ff SGB XII durch *Schlette*. Er behandelt die im Zusammenhang mit der Abgrenzungsproblematik oft klärungsbedürftige, komplexe Frage des richtigen Kostengegners aufseiten der Sozialhilfeträger. Die teils strittigen Fragen zur sachlich-funktionellen und zur örtlichen Zuständigkeit finden sich verständlich und unter Bezugnahme auf ergänzendes Landesrecht beantwortet. Der Autor verzichtet hierbei nicht auf detailliertere Analysen und Einzelfallbeispiele. Auch auf das kontrovers beurteilte Verhältnis zu allgemeinen Vorschriften (wie § 14 SGB IX bei Rehabilitationsleistungen) geht *Schlette* an dieser Stelle ein.

Schließlich sei die Kommentierung von *Lücking* zur Einkommens- und Vermögensanrechnung herausgegriffen, die für den Anspruch auf Sozialhilfe oftmals mitentscheidend ist. Ihre Erläuterungen zur Bestimmung des ggf vorweg einsetz-

baren Einkommens und Vermögens (Elftes Kap.: §§ 82 ff, 90 ff SGB XII) beinhalten eine umfassende Auseinandersetzung mit der dynamischen Entwicklung der Rechtsprechung insbesondere des BSG und des BVerfG. Gerade die Abgrenzung von Einkommen und Vermögen sowie Ausnahmeregelungen bei der Einkommens- bzw Vermögensanrechnung spielen ebenso wie in der Wirtschaftlichen Jugendhilfe immer wieder eine Rolle, sodass *Lücking* der Bestandsaufnahme von Rechtsprechung und Literatur (Stand: 11/2014) zu Recht einen Raum bietet.

Das zweibändige Werk ermöglicht das vertiefte Verständnis einer anspruchsvollen Materie, unterstützt die rechtswissenschaftlich fundierte Bearbeitung und ggf Klärung auch exotischer Fallkonstellationen. Wenn einzelne Abgrenzungsfragen abweichend von der anerkannten Rechtsprechung kommentiert werden, sollte dies bei kritischer Lektüre nicht irritieren. Im praktischen Anwendungsfall können die oben zi-

tierten Überlegungen zur Zuständigkeit bei Mehrfachbehinderung aber schon in die Sackgasse führen. Am Gesamtbild ändert sich dadurch wenig. Im Übrigen sei die Vielzahl ergänzender und eine sozialpolitische Einordnung ermöglichende Materialien hervorgehoben. Insgesamt ist ein hoher Nutzwert zu konstatieren. Nicht zuletzt kommen auch Freunde der Statistik auf ihre Kosten. Durch fortlaufende Ergänzung des Werks (inzwischen stehen weitere Ergänzungslieferungen zur Verfügung) ist die Berücksichtigung aktueller Geschehnisse in Gesetzgebung und Rechtsprechung gesichert. Der Kommentar dürfte sich damit auch als vertiefende („Referenz“-)Lektüre für die praktische Arbeit von Fachkräften im Jugendamt, aber auch freier Träger und anderer Zielgruppen eignen; im Vordergrund steht aber sicher die Verwendung als wissenschaftliches Nachschlagewerk in Studium, Lehre und Forschung.

David Seltmann, DIJuF, Heidelberg

BUCHANZEIGEN

Winfried Möller Praxiskommentar SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe, 2. Aufl., Bundesanzeiger Verlag, Köln 2017, 982 S., gebunden, 76 EUR, ISBN 978-3-8462-0543-3

Dieser Kommentar erläutert praxisnah und zuverlässig das gesamte SGB VIII sowie die einschlägigen Vorschriften des Gesetzes zur Kooperation und Information im Kinderschutz (KKG).

Die große Bandbreite des Kinder- und Jugendhilferechts mit seinen Schnittstellen zum jugend- und familiengerichtlichen Verfahren und zu den anderen Sozialleistungssystemen wird verständlich und klar dargestellt. Die öffentlich-rechtlichen Grundlagen und die familienrechtlichen Bezüge der Praxis der Kinder- und Jugendhilfe werden prägnant und praktisch erläutert. Dabei wird besonderer Wert auf die sozialpädagogische Perspektive gelegt. Behandelt werden auch die strafrechtlichen Implikationen der Tätigkeit der Fachkräfte in der Kinder- und Jugendhilfe.

Die zweite Auflage arbeitet die Erkenntnisse und Erfahrungen mit den durch das Bundeskinderschutzgesetz bewirkten Änderungen des SGB VIII und dem KKG auf und kommentiert alle aktuellen Änderungen wie zB das

- Gesetz zur Verwaltungsvereinfachung in der Kinder- und Jugendhilfe (KJVG),
- Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern und
- Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher.

Aus dem Inhalt:

Das Werk analysiert und systematisiert die Grundlagen ebenso wie die neuesten Diskussionen und Entwicklungen im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe. Schwerpunkte der Erläuterungen sind

- Beteiligung von Kindern und Jugendlichen,
- Jugendarbeit, Jugend- und Schulsozialarbeit,
- Betreuung in Tageseinrichtung und Kindertagespflege,
- Hilfe zur Erziehung,

- Kinderschutz,
- Betrieb von Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe,
- Sozialdatenschutz,
- Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe,
- Kinder- und Jugendhilfe für minderjährige Flüchtlinge.

Johannes Münder (Hrsg) Sozialgesetzbuch II. Grundsicherung für Arbeitsuchende. Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017, 1.367 S., gebunden, 65 EUR, ISBN 978-3-8487-1999-0

Der „Münder“ ist das Standardwerk zum Recht der Grundsicherung. Er schafft Klarheit für die praktische Rechtsanwendung.

Der Gesetzgeber hat seit der Voraufgabe wesentliche Änderungen am SGB II vorgenommen, insbesondere durch das hochumstrittene 9. SGB II-Änderungsgesetz. Für die einen sind die Neuregelungen sinnvolle Verwaltungserleichterungen, für die anderen Leistungskürzungsvorschriften „durch die Hintertür“.

Die sechste Auflage des LPK-SGB II reagiert hierauf mit einer gewohnt präzisen Analyse. Aufgezeigt wird, wie sich die Änderungen in den Verwaltungsabläufen rechtlich wie tatsächlich auswirken, wie die zT neuen Voraussetzungen für Leistungsansprüche zu interpretieren sind und ob insbesondere die Vorgaben durch das BSG sowie das BVerfG eingehalten wurden. Welche Folgen ergeben sich etwa

- durch die neuen Regelungen zur Anrechnung von Einkommen und Vermögen,
- für die Bedarfe für Unterkunft und Heizung, Stichwort neue Gesamtangemessenheitsgrenze/Bruttowarmmiete/Absenkung der Wohnkosten auf die alte Miete bei „nicht erforderlichem Umzug“,
- für das Widerspruchsverfahren, insbesondere im Hinblick auf die stark eingeschränkte rückwirkende Korrektur von fehlerhaften Verwaltungsakten und die regelhafte Verlängerung des Bewilligungszeitraums auf zwölf Monate,

- für die Schnittstelle zwischen Ausbildungsförderung nach dem BAföG bzw dem SGB III und der Grundsicherung für Arbeitsuchende,
- für die Leistungsberechtigten aus dem erweiterten Anspruch auf Leistungen der aktiven Arbeitsmarktpolitik und
- für die weiterentwickelte Eingliederungsvereinbarung?

Die wichtigen Entscheidungen des EuGH in Sachen *Dano* und *Alimanovic* sind kommentiert, ebenso die große Anzahl an Entscheidungen des BSG wie der Instanzgerichte, insbesondere zur Berechnung von Hilfebedarf und dem Erstattungsanspruch bei Doppelleistungen.

Berücksichtigt sind bereits die Änderungen durch das

- Integrationsgesetz,
- Gesetz zur Beteiligung des Bundes an den Kosten der Integration und zur weiteren Entlastung von Ländern und Kommunen,
- Gesetz zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II und in der Sozialhilfe nach dem SGB XII,
- Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz.

Petra Haubner/Maria Kalin Einführung in das Asylrecht. Asylverfahren | Asylgerichtsverfahren | Materielles Recht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017, 190 S., kartoniert, 38 EUR, ISBN 978-3-8487-3053-7

Das Asylrecht wird derzeit immer wieder mit vielen Forderungen nach Änderungen politisch diskutiert und wurde durch unzählige Reformen in den letzten Monaten umfassend geändert. Genaue Kenntnisse des Asylrechts werden in der neuen Fachanwaltschaft Migrationsrecht benötigt, aber auch bei allen Mitarbeiter/innen in der Asyl-, Sozial-, und Migrationsberatung, der Jugendhilfe, bei den Ausländerbehörden und den Gerichten.

Das Werk orientiert sich konsequent an den Bedürfnissen der Praxis, die zT ganz neu mit dem Thema befasst und vor dem Hintergrund der kaum mehr überschaubaren Änderungen der letzten Monate verunsichert ist.

Alle Änderungen, vom Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung und dem Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz bis hin zum Asylpaket II und Integrationsgesetz werden berücksichtigt.

Alle Verfahrensstadien von der Einreise über das Asylgesuch bis zur Entscheidung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge (BAMF), Rechtsmittel, Möglichkeiten der Aufenthaltssicherung auch bei einem negativen Abschluss des Verfahrens sowie Fragen der Aufenthaltsbeendigung und Abschiebung werden erläutert.

Das materielle Asylrecht sowie das behördliche und gerichtliche Verfahren sind in die Darstellung mit eingebunden. Formulärmuster für Anträge an Behörden und gerichtliche Verfahren sind enthalten.

Das Handbuch setzt die Schwerpunkte bei den immer wieder auftauchenden typischen Problemen der Praxis unter besonderer Berücksichtigung der Folgewirkungen der jüngsten Gesetzesnovellen und der Rechtsprechung, zB:

- Dublin-Verfahren,
- Anhörung und Mitwirkungspflichten im Asylverfahren,
- Rechtswirkungen positiver Entscheidungen des BAMF,
- Rechtsschutzmöglichkeiten gegen negative Entscheidungen des BAMF,
- Möglichkeiten der Aufenthaltssicherung nach einem negativen Abschluss des Verfahrens,
- Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz,
- Kosten und Gebühren (Beratungs- und Prozesskostenhilfe, Gerichtskosten, anwaltliche Gebühren),
- Aufenthaltsbeendigung,
- Abschiebungshaft,
- unbegleitete minderjährige Flüchtlinge.

Sabrina Brinks/Eva Dittmann/Heinz Müller (Hrsg) Handbuch unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, IGfH-Eigenverlag, Frankfurt a. M. 2017, 336 S., kartoniert, 19,90 EUR, ISBN 978-3-925146-92-3

Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge erfahren seit 2014 mit dem Anstieg der weltweiten Flüchtlingszahlen in Deutschland eine erhöhte öffentliche und politische Aufmerksamkeit. Sie sind eine zentrale Zielgruppe der Kinder- und Jugendhilfe. Von der Inobhutnahme bis hin zum Übergangmanagement in Ausbildung und Beruf ist die Kinder- und Jugendhilfe dafür zuständig, ihnen einen sicheren Ort und Lebensperspektiven zu gewähren. Hieraus ergeben sich strukturelle und fachliche Gestaltungsanforderungen.

Das Handbuch gibt einen Überblick über praxisrelevante Themen im Kontext junger unbegleiteter Geflüchteter. Aus einer sozialpädagogischen Perspektive werden institutionelle und professionelle Anforderungen an die Kinder- und Jugendhilfe und angrenzende Handlungsfelder beleuchtet. Die Beiträge richten sich an Fachkräfte der Kinder- und Jugendhilfe sowie anderer Institutionen, die in diesem Praxisfeld tätig sind. In den einzelnen Beiträgen werden grundlegende Informationen zusammengetragen, die eine Orientierung und professionelle Reflexion bieten und als Anregungen für die Weiterentwicklung der Praxis dienen sollen.

Das Projekt „Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe“ wurde finanziert und unterstützt vom Ministerium für Familie, Frauen, Jugend, Integration und Verbraucherschutz Rheinland-Pfalz.

Yvonne Christina Schmid Die elterliche Einwilligung in eine Zirkumzision – eine unzulässige Beschneidung kindlicher Rechte? Rechtliche Analyse des § 1631d BGB unter Bezugnahme des deutschen Verfassungsrechts und des internationalen Rechts, Diss., Schriften zum Gesundheitsrecht (SGR): Bd 41, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2017, 339 S., kartoniert, 89,90 EUR, ISBN 978-3-428-15002-1

Die Arbeit unterzieht § 1631d BGB, der die elterliche Entscheidung für eine allein religiös oder gesundheitsprophylaktisch motivierte Zirkumzision des männlichen Kindes decken kann, einer rechtlichen Analyse unter Bezugnahme des deutschen Verfassungsrechts und des internationalen Rechts. Die Auflösung der besonderen Spannungslage zwischen den Rechten des Kindes und den Rechten der Eltern

bildet dabei einen Schwerpunkt und erfolgt unter Rückgriff auf bereits bestehende gesetzliche Regelungen und Judikatur, die das Eltern-Kind-Verhältnis bei Eingriffen in den kindlichen Körper ausformen.

Ob § 1631d Abs. 2 BGB, der unter bestimmten Voraussetzungen die Beschneidung durch nicht-ärztliche Beschneider zulässt, mit den Rechten der rituellen Beschneider der betroffenen Kinder und Eltern vereinbar ist, bildet einen weiteren wesentlichen Untersuchungsgegenstand. Die rechtliche Analyse der Vorschrift offenbart Anpassungs- und Ergänzungsbedarf, dem die im Rahmen der Arbeit vorgeschlagene Neuregelung elterlicher Einwilligungsmöglichkeit aus Sicht der Autorin gerecht werden kann.

Aus dem Inhalt:

- A. Die Knabenbeschneidung: § 1631d BGB als „Problemlöser“
- B. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands
Die Regelung in § 1631d BGB. Beschneidung des männlichen Kindes – Begriffsbestimmung – Zirkumzision einer einsichts- und urteilsfähigen Person – Zirkumzision als medizinischer Heileingriff – Weibliche Genitalbeschneidung und -verstümmelung
- C. Die Beschneidung als religiöses Gebot und kulturelle Besonderheit
Die Zirkumzision männlicher Kinder im Judentum – Die Zirkumzision männlicher Kinder im Islam – Bedeutung der Zirkumzision in anderen Glaubensgemeinschaften – Nicht-religiös motivierte Beschneidungstraditionen

- D. Einfachgesetzliche Rechtslage in Deutschland
Die Urteile des AG Köln und LG Köln – Tatbestandsmäßigkeit der Beschneidung – Bedeutung des ärztlichen Standesrechts für die Zirkumzision – Rechtfertigende Einwilligung – Alternative Regelungsansätze – Sozialrechtlicher Gesichtspunkt. Kostenerstattung
- E. Die Vereinbarkeit des § 1631d BGB mit dem Verfassungsrecht
Die Verbindlichkeit grundgesetzlicher Vorgaben – Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für § 1631d BGB – Die kollektive Religionsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht religiöser Gemeinschaften – Die elterliche Entscheidungsbefugnis und deren Grenzen – Die abwägungsrelevanten Grundrechte des betroffenen Kindes – Abwägungsentscheidung: Eltern- vs Kinderrechte im Fall der Knabenbeschneidung – Die Rechte der rituellen Beschneider – Der grundgesetzliche Gleichbehandlungsgrundsatz – Zusammenfassung der grundrechtlichen Prüfung
- F. Die Vereinbarkeit des § 1631d BGB mit internationalem Recht
Übereinkommen über die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen (KRK) – Europäische Menschenrechtskonvention – Internationaler Bürgerrechtspakt – Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten (Europäisches Minderheitenübereinkommen – EUMindÜbk)
- G. Notwendige Anpassungen: Ein Überblick
- H. Das nicht gelöste Problem: Ergebnis
- Literatur- und Sachverzeichnis

AKTUELLE ERGÄNZUNGLIEFERUNGEN IM ÜBERBLICK

*Bergmann/Ferid/Henrich Internationales Ehe- und Kin-
schaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht*, 221. ErgL, Stand:
5/2017, Verlag für Standesamtswesen, 89,80 EUR

Aus dem Inhalt:

Bosnien und Herzegowina

Die Aktualisierung betrifft das Gesetz über die Staatsangehörigkeit der Föderation von Bosnien und Herzegowina vom 28.4.2016.

Bulgarien

Es wird eine punktuelle Ergänzung im Abschnitt zu den internationalen Abkommen vorgenommen.

Estland

Die Überarbeitung betrifft vor allem Änderungen des IPR-Gesetzes mit der Einarbeitung maßgeblicher EU-Verordnungen sowie des Familiengesetzes mit der Berücksichtigung der Geschlechtsumwandlung und Ergänzungen im Ehegüter-, Unterhalts-, Abstammungs-, Sorge-, Adoptions-, Vormundschaftsrecht. Im Namensgesetz und im Gesetz über Familienstandshandlungen erfolgten verfahrensrechtliche Anpassungen. Im Staatsbürgerschaftsgesetz wurden verschiedene Änderungen eingearbeitet.

Kirgisistan

Die punktuelle Aktualisierung betrifft die Einführung einer Vorschrift im Familiengesetzbuch zur Vermeidung von „Kin-

derehen“, verbunden mit einer Neuregelung im Strafgesetzbuch, ergänzende Ausführungen zur künstlichen Befruchtung und Leihmutterchaft sowie eine Aktualisierung der geltenden internationalen Übereinkommen.

Montenegro

Das Gesetz über die montenegrinische Staatsangehörigkeit vom 14.2.2008 wurde 2016 an verschiedenen Stellen modifiziert. 2016 erfolgte Änderungen im Familiengesetz vom 29.12.2006 betreffen ua das Recht der Geschäftsfähigkeit, nichteheliche Gemeinschaften, einen Ausbau der Rechte des Kindes und Neuregelungen im Adoptionsrecht, darunter vor allem die Abschaffung der einfachen Adoption, sodass jetzt nur noch eine Volladoption möglich ist.

Schweiz

Die umfassende Aktualisierung betrifft vor allem am 1.1.2017 in Kraft getretene Reformen des Kindschaftsrechts mit Einführung des Betreuungsunterhalts und Änderungen des Sorgerechts sowie des Scheidungsrechts im Bereich des Vorsorgeausgleichs und der Neufassung des Scheidungsstatuts im Sinne eines Gleichlaufs von Forum und anwendbarem Recht. Auf Neuerungen durch die zum 1.1.2018 in Kraft tretende Totalrevision des Bürgerrechtsgesetzes sowie auf Reformen des Adoptionsrechts und des Fortpflanzungsmedizinengesetzes, deren Inkrafttreten noch vom Bundesrat festzulegen ist, wird bereits eingegangen.

Türkei

Insgesamt berücksichtigt die Überarbeitung neue Entwicklungen, die sich in allen behandelten Rechtsgebieten insbesondere durch neue Rechtsprechung ergeben haben. Aktualisiert wurden die Angaben zu den internationalen Abkommen, wobei vor allem auf das Inkrafttreten des KSÜ und des Haager Unterhaltsübereinkommens für die Türkei hinzuweisen ist. Im Staatsangehörigkeitsrecht erging eine neue Vorschrift, die die Möglichkeit der Ausbürgerung bei bestimmten politischen Delikten vorsieht. Kleinere formale Ungenauigkeiten bei den abgedruckten Gesetzen wurden bereinigt.

Kongo, Demokratische Republik Vereinigtes Königreich – Nordirland

Auf neuere Rechtsentwicklungen wird hingewiesen.

Garbe/Oelkers/Diehl/Grabow **Praxishandbuch Familiensachen**. Handbuch zur effizienten Bearbeitung familienrechtlicher Mandate, 168. ErgL, Stand: 6/2017, Deubner Verlag, 109 EUR

Aus dem Inhalt

Teil 5 Beratungs- und Verfahrenskostenhilfe

- VKH-Schriftsätze und Abrechnungsmuster (Erläuterungen)
- Allgemeines
- Mutwilligkeit
- Einzusetzendes Vermögen
- Einzusetzendes Einkommen (Raten)
- Entscheidung und Beiordnung
- Änderung und Aufhebung der Bewilligung
- Rechtsmittel

Hauck/Noftz **Sozialgesetzbuch SGB II – Grundsicherung für Arbeitsuchende**. Kommentar, ErgL 5/17, Stand: 6/2017, Erich Schmidt Verlag, 48 EUR

Aus dem Inhalt: Diese Lieferung enthält eine Überarbeitung der Kommentierung zu der zentralen Regelung des § 7.

Mit der Lieferung wird zudem eine Kommentierung zu dem durch das Neunte Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch – Rechtsvereinfachung – sowie zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht neu eingefügten § 16h vorgelegt.

Hauck/Noftz **Sozialgesetzbuch SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung**. Kommentar, ErgL 5/17, Stand: 5/2017, Erich Schmidt Verlag, 54,80 EUR

Aus dem Inhalt: Die Lieferung nimmt das Gesetz zum Abbau verzichtbarer Anordnungen der Schriftform im Verwaltungsrecht des Bundes vom 29.3.2017 und das Gesetz zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (HHVG) vom 4.4.2017 in das Gesetzesänderungsregister auf. Deren insgesamt umfangreichen Änderungen des SGB V sind, soweit diese in Kraft getreten sind, in das Inhaltsverzeichnis und

den Gesetzestext integriert, desgleichen die bereits in Kraft getretene Änderung der Risikostruktur-Ausgleichsverordnung in den Verordnungstext.

Im Kommentarteil sind die Erläuterungen der §§ 2 und 41 aktualisiert.

Krug/Riehle **SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe**. Kommentar und Rechtssammlung, 179. ErgL, Stand: 6/2017, Luchterhand Fachverlag, 163,28 EUR

Aus dem Inhalt: Mit dieser Lieferung ist im Bd 1 „Erstes Kapitel Allgemeine Vorschriften“ § 6 aktualisiert und sind aus Bd 2 aus dem „Siebten Kapitel Zuständigkeit, Kostenersatzung, Dritter Abschnitt Kostenerstattung“ die Kommentierungen zu §§ 89a, 89b und 89c überarbeitet worden.

Des Weiteren sind im Bd 2 und 3 diverse Vorschriften (BKGG, Landesvorschriften) aktualisiert worden.

Wabnitz/Fieseler/Schleicher (Hrsg) **Kinder- und Jugendhilferecht – GK-SGB VIII**, 67. ErgL, Stand: 6/2017, Luchterhand Fachverlag, 97,82 EUR

Aus dem Inhalt: Die Lieferung enthält

- Prof. Dr. *Gerhard Fieseler* und Prof. Dr. Dr. *Reinhard Joachim Wabnitz*
zehnte Ausgabe von „GK-SGB VIII-aktuell“;
- *Gabriele Nellissen*
§ 88a: Berücksichtigung der im Jahr 2016 zu § 88a ergangenen Rechtsprechung;
- Prof. Dr. Dr. *Reinhard Joachim Wabnitz*
§ 70: Aktualisierung;
§ 83: Aktualisierung insbesondere vor dem Hintergrund neuer Programme und Förderrichtlinien;
§ 84: Aktualisierung insbesondere vor dem Hintergrund des Erscheinens des 15. Kinder- und Jugendberichts.

Wiegand (Hrsg) **SGB IX | Teil 1 – Regelungen für behinderte und von Behinderung bedrohte Menschen**. Handkommentar, ErgL 1/17, Stand: 5/2017, Erich Schmidt Verlag, 46,80 EUR

Aus dem Inhalt: Diese Lieferung enthält eine umfassende Aktualisierung des Gesetzestextes mit den erforderlichen Änderungen zur Inhaltsübersicht sowie dem Gesetzesänderungsregister. Ferner werden die Erläuterungen zu §§ 5, 6 und 6a erweitert und um aktuelle Hinweise ergänzt.

Zugleich beinhaltet die Lieferung mit den Vorbemerkungen zum neuen SGB IX ab 2018 erste einleitende Hinweise zu Aufbau und Inhalt des vollständig neu gestalteten SGB IX. Mit den Erläuterungen zu § 43 erfolgt ein erster Einstieg in die Rechtslage ab 1.1.2018.

In der Übergangsfassung von § 43 mit Wirkung vom 30.12.2016 bis 31.12.2017 wird sichergestellt, dass die in § 59 idF ab 1.1.2018 geregelte Anhebung des Arbeitsbeförderungsgelds um 26 EUR mtl vorgezogen wird.

Pressemitteilung Nr. 086 des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) vom 10.7.2017

Offensive für mehr Erzieher/innen

Bund, Länder, Kommunen und Träger haben in den vergangenen Jahren das Angebot an Kindertagesbetreuung massiv ausgebaut. Dieser Ausbau – quantitativ wie qualitativ – muss aber weitergehen.

Entscheidend für ein gutes Angebot und die Bewältigung des weiteren Ausbaus sind die Fachkräfte. Bund und Länder wollen deshalb mehr Erzieher/innen für Kindertageseinrichtungen gewinnen, ihre Arbeitsbedingungen dauerhaft verbessern und für mehr Anerkennung dieses Berufsfelds sorgen. Ein Plus an Qualität heißt zB, dass mehr Fachkräfte in den Kitas arbeiten, die Arbeit auf mehr Schultern verteilt werden kann und so für alle die Arbeitsbedingungen attraktiver werden.

Mit diesem Ziel tagte am 10.7.2017 erstmals eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Fachkräftegewinnung Erzieherinnen und Erzieher“ aus Vertreter/inne/n des BMFSFJ, des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS), der Jugend- und Familienministerkonferenz (JFMK), der Arbeits- und Sozialministerkonferenz (ASMK) und der Kultusministerkonferenz (KMK).

Weitere Informationen: Die vollständige Pressemitteilung ist abrufbar unter www.bmfsfj.de ▶ Aktuelles ▶ Presse ▶ Pressemitteilungen.

Deutsches Kinderhilfswerk eV/Heinrich-Böll-Stiftung eV

Studie mahnt föderale Reformen für bessere Teilhabe von Kindern an

Die Studie der Heinrich-Böll-Stiftung eV und des Deutschen Kinderhilfswerks eV „Wirksame Wege zur Verbesserung der Teilhabe- und Verwirklichungschancen von Kindern aus Familien in prekären Lebenslagen“ mahnt föderale Reformen für eine bessere Teilhabe von Kindern in Deutschland an. Dafür wird die Verabschiedung eines Bundeskinderteilhabe-gesetzes gefordert, das jungen Menschen aus Familien in prekären Lebenslagen einen Rechtsanspruch auf besondere Förderung und Teilhabe garantiert und konkrete Qualitätsstandards festschreibt.

Die Studie schlägt vor, Art. 104 GG über Geldleistungen hinaus auch auf Dienst- und Sachleistungen auszuweiten. So erhält der Bund ein Instrument, das nicht nur einmalige Investitionen, sondern eine fortlaufende Förderung von Kommunen zur Finanzierung der Infrastruktur zur Teilhabeförderung junger Menschen ermöglicht. Ergänzend soll ein Bundesfonds eingerichtet werden, der Kommunen mit einem hohen Anteil benachteiligter Kinder finanziell besser ausstattet.

Weitere Informationen: Die Studie „Wirksame Wege zur Verbesserung der Teilhabe- und Verwirklichungschancen von Kindern aus Familien in prekären Lebenslagen“ ist abrufbar unter www.boell.de ▶ Publikationen ▶ e-Paper.

Deutsche Liga für das Kind eV

„Kinder schützen, fördern, beteiligen“ Jubiläumstagung am 13./14.10.2017 in Berlin

Gem. UN-KRK genießt jedes Kind umfassende Rechte auf Schutz, Förderung und Beteiligung. Auch im deutschen Recht wurde die Position von Kindern in den vergangenen Jahrzehnten deutlich verbessert. Anlässlich 40 Jahre Deutsche Liga für das Kind eV zieht diese Tagung eine Zwischenbilanz. Wie hat sich die Stellung des Kindes in Familie und Gesellschaft verändert? Auf welche Weise kommen Kinder in den unterschiedlichen Lebensbereichen tatsächlich zu ihrem Recht? Wie können Fachkräfte ihr Handeln an den Rechten der Kinder orientieren? Welche rechtlichen und gesellschaftlichen Reformen stehen noch aus? Was muss die Politik tun?

Weitere Informationen: Das Tagungsprogramm ist abrufbar unter www.fruehe-kindheit-online.de/ ▶ Jahrestagung 2017. Dort besteht auch die Möglichkeit zur Online-Anmeldung.

Pressemitteilung Nr. 087 des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) vom 11.7.2017

Gemeinsam getrennt erziehen? Wunsch und Wirklichkeit von Trennungsfamilien

BMFSFJ stellt erste vorläufige Ergebnisse einer Befragung von Trennungseltern vor

Bundesfamilienministerin Dr. *Katarina Barley* stellte am 11.7.2017 im Rahmen des hauseigenen Zukunftsgesprächs „GEMEINSAM GETRENNT ERZIEHEN“ erste Ergebnisse einer durch das Institut für Demoskopie Allensbach im Auftrag des BMFSFJ durchgeführte Befragung von Trennungseltern vor. Danach wünscht sich über die Hälfte der Trennungseltern (51 %) eine hälftige bzw annähernd hälftige Aufteilung der Betreuung der Kinder. 15 % der Trennungseltern erziehen bereits gemeinsam. Die Ergebnisse der Befragung geben ebenfalls Aufschluss darüber, wie Eltern in die gewünschte Betreuungskonstellation hineinflinden und was nötig ist, damit eine partnerschaftliche Betreuung gelingt.

Mit dem Zukunftsgespräch setzt das BMFSFJ einen Dialogprozess über die unterschiedlichen Lebenslagen und Bedürfnisse getrennter Eltern in Gang. Dabei soll es auch darum gehen, wie die Familienpolitik Eltern, die bereits gemeinsam erziehen oder sich dies wünschen, besser unterstützen kann. Die Befragungsergebnisse liefern dafür den Ausgangspunkt.

Grundlage der durchgeführten Studie war eine Stichprobe von April und Mai 2017, von 603 Müttern und Vätern, die repräsentativ für die Eltern mit Kindern aus früheren Partnerschaften ist. Bei den dargestellten Zahlen handelt es sich um erste vorläufige Ergebnisse. Abschließende Studienergebnisse werden bis zum Herbst erwartet.

Weitere Informationen: Die vollständige Pressemitteilung ist abrufbar unter www.bmfsfj.de ▶ Aktuelles ▶ Presse ▶ Pressemitteilungen.

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge eV (DV)/*Christian Hilbert/Kerstin Kubisch-Piesk/Heike Schlizio-Jahnke*

Familienrat in der Praxis – ein Leitfaden Broschüre

Familienrat ist ein innovatives Verfahren in der Kinder- und Jugendhilfe, bei Familienkonflikten oder bei der Integration geflüchteter Menschen. Auch die zweite Neuauflage bietet einen unkomplizierten Einstieg in die Idee und die Anwendung des Familienrats. Voraussetzungen, Anforderungen und Stolpersteine werden lösungsorientiert dargestellt; Fallbeispiele, Checklisten und Argumentationshilfen erleichtern die Umsetzung in die Praxis.

Weitere Informationen: Die Broschüre (ISBN 978-3-7841-2988-4) kann versandkostenfrei über www.verlag.deutscher-verein.de zum Preis von 11,80 EUR bestellt werden.

Sozialpädagogisches Institut (SPI) des SOS-Kinderdorf eV/*Johanna Weiß/Carolin Thönissen* (Hrsg)

Angelsächsische Studien zu Geschwister- beziehungen im Überblick SPI-Materialien Bd 9

Noch immer werden in vielen Ländern Geschwister häufig im Rahmen von Jugendhilfemaßnahmen getrennt und haben wenig Kontakt zueinander, obwohl Geschwisterlichkeit eine starke soziale Einflussgröße ist und Geschwister der haltgebenden Verbindung zueinander häufig bedürfen.

Sozialwissenschaftler/innen im angelsächsischen Sprachraum widmen sich seit Längerem vermehrt dem Wirkfaktor Geschwisterbeziehung. Die Ergebnisse sind hierzulande bis heute nur wenig zur Kenntnis genommen worden, obwohl sie durchweg beachtlich sind. Um sie auch für die hiesige Kinder- und Jugendhilfe nutzbar zu machen, werden in dem Materialband ausgewählte Arbeiten vorgestellt. Sie bieten konkrete Orientierung im Kontext von Unterbringungsentscheidungen und bei der Gestaltung von Hilfen.

Weitere Informationen: Der Materialband (ISBN 978-3-936085-81-5) kann über www.sos-fachportal.de/paedagogik/mediathek oder telefonisch (0 89/1 26 06-4 32) gegen eine Schutzgebühr von 8 EUR zzgl Versandkosten bestellt werden.

IMPRESSUM

Das Jugendamt (JAmt)
Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht
**Mitgliederzeitschrift des Deutschen Instituts
für Jugendhilfe und Familienrecht eV (DIJuF), Heidelberg**

Herausgeber

Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht eV (DIJuF), Heidelberg
www.dijuf.de

Schriftleitung

Dr. Thomas Meysen, DIJuF, Heidelberg;
Thomas Mörsberger, Rechtsanwalt,
Lüneburg/Stuttgart

Redaktion

Maresa Tauchmann, DIJuF,
Postfach 10 20 20, 69010 Heidelberg
Telefon (0 62 21) 98 18-50
Telefax (0 62 21) 98 18-28
E-Mail: redaktion@dijuf.de

Bezugsbedingungen

Die Zeitschrift erscheint elfmal im Jahr und ist an die Mitgliedschaft beim DIJuF gebunden. Mitglieder erhalten ein Exemplar der Zeitschrift im Rahmen ihrer Mitgliedschaft kostenfrei. Zusätzliche Exemplare können von Mitgliedern des DIJuF und deren Mitarbeiter/innen zum Preis von 47,10 EUR/Jahr zzgl Versandkosten und MwSt bestellt werden. Die Bestellung von Exemplaren bzw Abonnements der Zeitschrift außerhalb einer Mitgliedschaft ist auf Anfrage möglich. Das Abonnement verlängert sich automatisch um ein Jahr, falls es nicht sechs Wochen vor Jahresende schriftlich gekündigt wird.

Abo-Service und Anzeigen

Redaktion, DIJuF,
Postfach 10 20 20, 69010 Heidelberg
Telefon (0 62 21) 98 18-20, -50
Telefax (0 62 21) 98 18-28
E-Mail: redaktion@dijuf.de
Zzt gilt Anzeigenpreisliste 4 vom 1.7.2012.

Umschlag

Barbara Nichtweiß, Klein-Gerau

Layoutkonzept

SRH Learnlife AG
Berufsförderungswerk Heidelberg gGmbH
Zentrum Business-Management, Mediengestalter
Nicole Eichner

Druckerei und Lieferanschrift für Beilagen

Atelier-Druck GmbH, Hauptstr. 37,
68535 Edingen-Neckarhausen

Copyright

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung, insbesondere auch das Recht zur Einspeicherung und Ausgabe in Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen liegen beim Herausgeber und bedürfen seiner ausdrücklichen Einwilligung.

ISSN

1867-6723