

nicht zu. Zwar kann ein Suchtverhalten Krankheitswert haben. Dies trifft aber nur auf eine Sucht im Endstadium zu. Zu Beginn kann niemandem Kontrollfähigkeit abgesprochen werden. Wenn also die Sucht kausal für die Sozialhilfebedürftigkeit ist, kann sittliches Verschulden und damit eine Verwirkung angenommen werden.

Beraterhinweis

Dies führt indessen nicht automatisch zum vollständigen Verlust des Unterhaltsanspruchs.⁶⁰ Ein solcher tritt erst ein, wenn die **Inanspruchnahme des Pflichtigen grob unbillig** wäre (§ 1611 Abs. 1 Satz 2 BGB).

VII. Fazit

Elternunterhalt ist in vielen Bereichen anders als Ehegatten- oder Kindesunterhalt zu behandeln. Die derzeitigen **Schonvermögensgrenzen** sind in bestimmten Fällen überdimensioniert und sollten fallweise vermindert werden, ohne dass die unterhaltspflichtige Person Änderungen ihres Lebenszuschnitts hinnehmen müsste (III. 1. b) (3)). **Überhöhte Vermögensbildung** durch parallele Immobilien- und Altersvermögensaufbau kann ebenfalls ohne Gefährdung des Lebensstandards der unterhaltspflichtigen Kinder korrigiert werden (III. 1. b) (3)). Auch atypisch **junge Elternunterhaltspflichtige** können einen

berufs- und einkommensangemessenen Lebensstandard entwickeln, weil im Elternunterhalt ein Verschuldungsverbot nach Eintritt der Unterhaltspflicht nicht existiert (III. 1. b) (2)). **Schenkungsrückforderungen** können in der Regel unter Hinweis auf den eigenen angemessenen Selbstbehalt abgewehrt werden (II. 3. c)). Schließlich ist über die Lebensstandardgarantie auch das Zusammenleben des unterhaltspflichtigen mit einer einkommenslosen Person weitgehend abgesichert (III. 1. b) (1)). Die bezüglich dieses Punkts verbleibende Unsicherheit wird die Rechtspraxis noch abschließend zu lösen haben. Insgesamt befinden sich die unterhaltspflichtigen Kinder indessen in einer recht komfortablen Ausgangssituation, was angesichts der schwachen Stellung des Elternunterhalts (§ 1609 BGB) dogmatisch nicht zu beanstanden ist.



Selbststudium nach § 15 FAO mit dem FamRB: Zu diesem Beitrag finden Sie die Lernerfolgskontrolle bis 31.12.2016 online unter www.famrb.de/15FAO.

60 OLG Hamm v. 31.5.2006 – 11 UF 53/06, FamRZ 2007, 165 = FamRB 2006, 360.

ottoschmidt

Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge – eine verstärkte familiengerichtliche Herausforderung

von RiAG Martina Erb-Klünemann, Hamm und Ass. jur. Melanie Kößler, Berlin*

Unter den nach Deutschland einreisenden Flüchtlingen findet sich eine beträchtliche Anzahl Kinder und Jugendlicher, die nicht in Begleitung einer erziehungs- bzw. sorgeberechtigten Person sind, sog. unbegleitete minderjährige Flüchtlinge. Ein zentrales Schlüsselement im Schutzsystem für unbegleitete Minderjährige ist die Bestellung eines Vormunds oder Pflegers durch das zuständige Familiengericht. Der folgende Beitrag konzentriert sich auf Fragestellungen, die hierdurch verstärkt in der familiengerichtlichen Praxis auftreten: Neben der Ausgangsfrage der Zuständigkeit werden die Fragen des anwendbaren Rechts, der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen sowie typisch auftretende Problemstellungen wie die Alterseinschätzung diskutiert und mit Praxishinweisen verbunden.

I. Die Neuregelungen im SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe

Vor dem Hintergrund ansteigender Fallzahlen trat das „Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher“ zum 1.11.2015 in Kraft und hat das Schutzsystem für unbegleitete Minderjährige grundlegend verändert:¹ Dem bis zum 1.11.2015 einstufigen Verfahren der Inob-

hutnahme für unbegleitete Minderjährige ist nunmehr die sog. **vorläufige Inobhutnahme** vorgeschaltet. Die vorläufige Inobhutnahme findet an dem Ort statt, an dem die/der Jugendliche erstmals aufgegriffen wird bzw. sich beim Jugendamt (Aufnahmejugendamt) selbst meldet. Die jungen Menschen sollen innerhalb eines Monats vom Jugendamt der vorläufigen Inobhutnahme zum sog. Zuweisungsjugendamt nach dem Königsteiner Schlüssel, der durch Kindeswohlaspekte modifiziert wird, umverteilt werden.

* Frau Erb-Klünemann ist zugleich Verbindungsrichterin und Frau Kößler wissenschaftliche Referentin beim Internationalen Sozialdienst, Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V., Berlin. Diesem Beitrag liegen Vorträge zugrunde, die die Autorinnen auf der Veranstaltung „Erfahrungsaustausch – Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge“ des OLG Hamm am 30.11.2015 in Hamm gehalten haben. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung der Verfasserinnen wieder.

¹ Ausführlich zu den Neuregelungen (insbesondere im SGB VIII – Kinder- und Jugendhilfe) Katzenstein/González Méndez de Vigo/Meysen, JAmt 2015, 530; Veit, FamRZ 2016, 93; Ergänzungskommentierung zum Kommentar von Wiesner, abrufbar unter www.sgb-wiesner.de; Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VIII, 1. Aufl. 2014, zu §§ 42a ff. und § 88a SGB VIII.

Beim Zuweisungsjugendamt soll sodann die **reguläre Inobhutnahme** stattfinden.

Die Neuregelungen im SGB VIII sehen vor, dass die **Vormundschaftsbestellung** für den unbegleiteten Minderjährigen regelmäßig erst nach der Verteilung, also nach einem Monat, veranlasst werden soll. Die Monatsfrist ergibt sich im Umkehrschluss aus der Ausschlussfrist nach § 42b Abs. 4 Nr. 4 SGB VIII. Erfolgt die Durchführung des Verteilungsverfahrens nicht innerhalb von einem Monat nach Beginn der vorläufigen Inobhutnahme, bleibt das Aufnahmejugendamt auch für die reguläre Inobhutnahme zuständig. Im Rahmen der Übergangsregelung nach § 42d Abs. 3 Satz 1 SGB VIII ist es möglich, dass das Verteilungsverfahren zwei Monate dauert. In diesen Fallkonstellationen muss gem. § 42 Abs. 3 Satz 2 SGB VIII das Aufnahmejugendamt nach einem Monat die Vormundschaftsbestellung veranlassen.²

Bis zur Bestellung eines Vormunds muss die Vertretung des unbegleiteten Minderjährigen durch das Aufnahmejugendamt im Rahmen der Notkompetenz gem. § 42a Abs. 3 Satz 1 SGB VIII erfolgen. Nach der Verteilung übernimmt das Zuweisungsjugendamt bis zur Bestellung des Vormunds die Vertretung des unbegleiteten Minderjährigen (§ 42 Abs. 2 Satz 4 SGB VIII). Beim Zuweisungsjugendamt soll „unverzüglich“ nach § 42 Abs. 3 Satz 4 SGB VIII, also innerhalb von drei Werktagen, das Vormundschaftsgericht benachrichtigt werden.³

Beraterhinweis

Unbegleitete Minderjährige brauchen eine unabhängige und qualifizierte Vertretung insbesondere mit Blick auf das Verteilungsverfahren,⁴ die Alterseinschätzung, aber auch für aufenthalts- und asylrechtliche Verfahren. Zu beachten ist hierbei, dass seit dem 24.10.2015 das Alter für die aufenthalts- und asylrechtliche Handlungsfähigkeit von 16 auf 18 Jahre hochgesetzt wurde.⁵

Für die Jugendämter der vorläufigen Inobhutnahme, die auch über die Verteilung der jungen Menschen entscheiden müssen, ist die Gewährleistung einer unabhängigen Vertretung schwierig.⁶ Es ist grundsätzlich möglich, dass bereits eine Vormundschaftsbestellung für den unbegleiteten Minderjährigen veranlasst wird, bevor er beim Zuweisungsjugendamt ankommt. Eine **frühzeitige Vormundschaftsbestellung** kann im Einzelfall sinnvoll sein, um rechtzeitig Weichen für eine Familienzusammenführung bzw. auch den Zugang zum Arbeitsmarkt stellen.

§ 88a Abs. 4 SGB VIII koppelt die örtliche Zuständigkeit für die Amtsvormundschaft und -pflegschaft für unbegleitete ausländische Minderjährige an die örtliche Zuständigkeit für die jeweiligen Jugendhilfemaßnahmen (vorläufige Inobhutnahme, Inobhutnahme, Leistungen). Unklar ist dabei, auf welche Art und Weise die **Änderung der Amtsvormundschaft bzw. -pflegschaft** erfolgen soll. Empfehlenswert ist eine analoge Anwendung des § 87c Abs. 3 Satz 3 SGB VIII, wonach das Jugendamt bei Zuständigkeitsänderungen einen Antrag auf Entlassung aus der Amtsvormundschaft bzw. -pflegschaft beim Familiengericht stellen muss.⁷ Nach h.M. haben **Familiengerichte**⁸ einen eigenständigen **Entscheidungsspielraum** und sind

nicht an die Zuständigkeitsvorschriften des SGB VIII gebunden. Aus Gründen des Kindeswohls kann es geboten sein, von den Vorgaben zum Wechsel der Amtsvormundschaft bzw. -pflegschaft abzuweichen.⁹

Beraterhinweis

In der Regel wendet sich also das **Zuweisungsjugendamt** an das Familiengericht, um die Vormundschaftsbestellung zu veranlassen.

II. Die gerichtliche Zuständigkeit für Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung

1. Internationale Zuständigkeit

Im Internationalen Familienrecht ist für die Frage, welche Rechtsquelle die internationale Zuständigkeit regelt, grundsätzlich darauf abzustellen, wo das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt¹⁰ hat.¹¹ Dieser Grundsatz ist nicht auf Flüchtlingskinder anwendbar, die mit Zustimmung der Sorgeberechtigten die Verbindung zum Staat, aus dem

2 Ausführlich und kritisch hierzu „II. 3. Vertretung des Minderjährigen während des Verteilungsverfahrens (Notkompetenz des Aufnahmejugendamts, zur Vormundschaft am Ort des Zuweisungsjugendamts, zur Vormundschaft am Ort des Aufnahme- und Zuweisungsjugendamts)“ in *Veit*, FamRZ 2016, 93, 98.

3 BVerwG v. 24.6.1999 – 5 C 24/98, BVerwGE 109, 155 ff. – Rz. 41; *Trenzcek* in *Münder*, FK-SGB VIII, § 42 Rz. 19 spricht von drei Werktagen.

4 Nach § 36 Abs. 1 SGB I sind unbegleitete Minderjährige ab 16 Jahren partiell handlungsfähig und im Verteilungsverfahren prozessfähig. Siehe hierzu: OVG der Freien Hansestadt Bremen v. 18.11.2015 – 2 B 221/15, 2 PA 223/15, juris.

5 Im Rahmen des Asylverfahrensbeschleunigungsgesetzes (BGBl. 2015 I, 1722) wurde die Handlungsfähigkeit von Minderjährigen im § 80 AufenthG für aufenthaltsrechtliche Verfahren und in § 12 AsylG für Asylverfahren von 16 auf 18 Jahre hochgesetzt.

6 S. u.v.a. Stellungnahme der Geschäftsstelle des Deutschen Vereins zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher (DV 15/15) v. 26.6.2015, S. 10.

7 S. hierzu ausführlich: *Lange* in *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB VIII, 1. Aufl. 2014, § 88a SGB VIII Rz. 45 f.

8 Vgl. hierzu Rspr. und Literatur zu § 87c SGB VIII: u.a. OLG Brandenburg v. 17.2.2014 – 10 UF 230/13, FamRZ 2014, 1719; OLG Saarbrücken v. 20.10.2003 – 2 UF 13/03, juris; *Eschelbach/Schindler* in *Münder/Meysen/Trenzcek*, Frankfurter Kommentar SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 87c Rz. 11; *Kunkel* in *Münder/Meysen/Trenzcek*, Frankfurter Kommentar SGB VIII, 5. Aufl. 2014, § 87c Rz. 23; a.A. *Lange* in *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB VIII, 1. Aufl. 2014, § 87c SGB VIII Rz. 52 ff., *Wiesner* in *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB VIII, 1. Aufl. 2014, § 87c SGB VIII Rz. 15.

9 Vgl. hierzu Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher (DV 24/15) v. 23.9.2015, S. 7 f. Vorstellbar ist dies beispielsweise in Fallkonstellationen, wenn bereits während der Phase der vorläufigen Inobhutnahme ein Amtsvormund bestellt wurde und das Zuweisungsjugendamt in enger räumlicher Nähe zum Aufnahmejugendamt liegt.

10 Vgl. hierzu EuGH v. 2.4.2009 – Rs. C-523/07, FamRZ 2009, 843 = FamRBint 2009, 53; v. 22.12.2010 – Rs. C-497/10 PPU, FamRZ 2011, 617; zuletzt v. 9.10.2014 – Rs. C-376/14 PPU, FamRZ 2015, 107 = FamRB 2015, 128.

11 *Andrae*, Internationales Familienrecht, 3. Aufl. 2014, § 6 Rz. 18.

sie geflohen sind, abgebrochen haben und im Zufluchtsstaat (noch) keinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet haben. Deswegen gelten für Flüchtlingskinder an Stelle der allgemeinen Zuständigkeitsregeln¹² Sondervorschriften, die hier mit Fokus auf die tatsächlichen Flüchtlingsströme dargestellt werden:

Stammt das Kind aus einem Vertragsstaat des Kinder-schutzübereinkommens¹³ (im Folgenden: „KSÜ“) regelt Art. 6 Abs. 1 KSÜ die Zuständigkeit für Flüchtlingskinder und Kinder, die infolge von Unruhen in ein anderes Land gelangt sind. Demnach wird die Zuständigkeit allein durch die physische Anwesenheit der Kinder in dem jeweiligen KSÜ-Vertragsstaat¹⁴ begründet.

Beraterhinweis

Das KSÜ ist im Flüchtlingskontext insbesondere relevant für Kinder aus Marokko.

Die meisten Kinder stammen aber aktuell aus Herkunftsstaaten,¹⁵ die weder Mitgliedstaaten der Brüssel IIa-Verordnung¹⁶ (im Folgenden: „Brüssel IIa-VO“) noch Vertragsstaaten des Minderjährigenschutzübereinkommens (im Folgenden: „MSÜ“) oder des KSÜ sind (im Folgenden: „Drittstaaten“). Für die Kinder, die Flüchtlinge oder aufgrund Unruhen Vertriebene aus Drittstaaten sind, regelt Art. 13 Abs. 2 Brüssel IIa-VO die Zuständigkeit dergestalt, dass die Gerichte des Mitgliedstaates zuständig sind, in dem sich das Kind befindet.

Es ist zu betonen, dass die Flüchtlingszuständigkeit sich nicht auf alle unbegleiteten Minderjährigen bezieht, sondern nur auf diejenigen, die ihr Land aufgrund der dort vorherrschenden Verhältnisse verlassen haben und oftmals unbegleitet und jedenfalls zeitweilig oder auf Dauer ohne Schutz ihrer Eltern sind. Nicht einbezogen sind die übrigen in ein anderes Land gelangten Kinder, wie entlaufene oder ausgesetzte Kinder.¹⁸

2. Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit des Familiengerichts richtet sich mangels gewöhnlichen Aufenthalts regelmäßig nach § 152 Abs. 3 und 4 FamFG. Es ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge bekannt wird. Ein Fürsorgebedürfnis kann z.B. dort bestehen, wo das Kind sich gerade aufhält.¹⁹ Eine Sonderzuständigkeit der spezialisierten Gerichte nach §§ 10 ff. IntFamRVG²⁰ besteht nicht.

III. Auf die Maßnahme anzuwendendes Recht

Ergibt sich die internationale Zuständigkeit aus dem KSÜ, so regelt Art. 15 Abs. 1 KSÜ, dass das Gericht bei der Zuständigkeitsausübung das eigene Recht anwendet.

Ergibt sich die internationale Zuständigkeit aus der Brüssel IIa-VO, dann gilt ebenfalls Art. 15 Abs. 1 KSÜ, wenn das Gericht auch fiktiv nach dem KSÜ zuständig wäre.²¹ In der Regel besteht Übereinstimmung mit der Zuständigkeitsordnung des KSÜ. Andernfalls gilt Art. 21 EGBGB.

IV. Materielle Voraussetzungen für ein Einschreiten nach deutschem Recht

Es stehen verschiedene Eingriffsgrundlagen zur Verfügung, die voneinander abzugrenzen sind. Die Frage, wann ein tatsächliches Hindernis i.S.d. § 1674 Abs. 1 BGB vorliegt, bedarf dabei besonderer Erörterung.

1. Mögliche Eingriffsgrundlagen

Eine Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB wird man nur in besonderen Einzelfällen annehmen können, wenn beispielsweise Ehemänner von Minderjährigen zu Erziehungsberechtigten bestimmt wurden.

Regelmäßig wird es, wenn Elternteile leben, um das **Ruhen der elterliche Sorge** bei tatsächlichem Hindernis nach §§ 1674 Abs. 1, 1773 Abs. 1 BGB oder eine gerichtliche Maßnahme bei **Verhinderung der Eltern** nach § 1693 BGB gehen bzw. nach **Tod der Eltern** um eine Maßnahme nach § 1773 BGB.

Besteht Bedarf für eine **einstweilige Anordnung**, so bietet sich ein Vorgehen nach § 1693 BGB an. Denn als einstweilige Anordnung sind nur vorläufige Maßnahmen (Vormund-, Pflegerbestellung) zum Schutz des Kindes erforderlich, nicht bereits die Anordnung des Ruhens, die eine Vorwegnahme der Hauptsache bedeuten würde.²² Eine Verhinderung i.S.d. § 1693 BGB dürfte gegebenenfalls auch einfacher und damit schneller festzustellen sein als ein tatsächliches Hindernis über eine längere Zeit i.S.d.

12 Für das KSÜ: *Lagarde*, Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen vom 19.10.1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern, Rz. 44; für die Brüssel IIa-VO: *Andrae*, Internationales Familienrecht, 3. Aufl. 2014, § 6 Rz. 59.

13 Übereinkommen vom 19.10.1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern.

14 Vertragsstaatenliste, Datum des Inkrafttretens des KSÜ im Verhältnis zu Deutschland: s. https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Vertragsstaaten.pdf?__blob=publicationFile, letzter Abruf: 19.2.2015.

15 Aktuell sind die Hauptherkunftsländer der in Deutschland ankommenden unbegleiteten Minderjährigen Afghanistan, Syrien, Eritrea und Irak; s. hierzu: Bundesamt für Migration und Flüchtlinge „Zahlen, Daten, Fakten zu unbegleiteten Minderjährigen (UM)“, November 2015.

16 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000. In allen EU-Mitgliedstaaten außer Dänemark ist die Brüssel IIa-VO unmittelbar anwendbares Recht.

17 Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen.

18 *Lagarde* (Fn. 12), Rz. 44.

19 *Keidel/Engelhardt*, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 152 Rz. 5.

20 Gesetz zur Aus- und Durchführung bestimmter Rechtsinstrumente auf dem Gebiete des internationalen Familienrechts.

21 OLG Karlsruhe v. 5.3.2013 – 18 UF 298/12, FamRZ 2013, 1238 = FamRBint 2013, 64.

22 *Hennemann* in MünchKomm/BGB, 6. Aufl. 2012, § 1674 Rz. 13.

§ 1674 BGB. Zu bedenken ist auch, dass jedenfalls das KG²³ für die Hauptsacheentscheidung die Beteiligung der Eltern, gegebenenfalls im Wege der öffentlichen Zustellung, sowie des Jugendamts verlangt unter ausdrücklichem Hinweis auf den Gestaltungsspielraum, den das einstweilige Anordnungsverfahren bietet.

Beim Vorgehen nach §§ 1674 Abs. 1, 1773 Abs. 1 BGB ist die **funktionelle Zuständigkeitsaufteilung** zu beachten: Während der Rechtspfleger/die Rechtspflegerin das Ruhen feststellt, ist der Richter/die Richterin nach § 14 Abs. 1 Nr. 10 RPfLG für die Anordnung einer Vormundschaft/Pflegschaft über einen Angehörigen eines fremden Staates zuständig.

Beraterhinweis

Aus Praktikabilitätserwägungen und um Zeitverzug durch die Aufgabenaufteilung zu vermeiden, kann in diesen Fällen die Vorlage an den Richter/die Richterin nach § 5 RPfLG sinnvoll sein.

2. Tatsächliches Hindernis i.S.d. § 1674 Abs. 1 BGB

Die Feststellung, dass ein Elternteil die Sorge über längere Zeit tatsächlich nicht ausüben kann, ist zu treffen, wenn der wesentliche Teil der Sorgeverantwortung nicht mehr verantwortlich ausgeübt werden kann. Dies ist nicht bereits zwangsläufig bei jedem Auslandsaufenthalt der Fall. Physische Abwesenheit reicht nicht aus; grundsätzlich kann das Sorgerecht auch aus der Ferne mit modernen Kommunikationsmitteln aktiv gestaltend ausgeübt werden.²⁴ Die unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge geben zumeist an, Kontakt mit den Eltern im Herkunftsland über Computer oder Handy zu haben. Die Angaben reichen von sporadischem bis zu regelmäßigem, teilweise sogar täglichem Kontakt. Selbst im letztgenannten Fall erscheinen die Voraussetzungen des § 1674 Abs. 1 BGB zu bejahen zu sein. Denn es sind die politische Lage im Herkunftsland, die hierdurch sowie durch technische Probleme bedingten Einschränkungen in den Kontaktmöglichkeiten zu berücksichtigen, ferner die fehlenden Kenntnisse über die hier für das Kind bestehenden Verhältnisse und die hier zu treffenden Entscheidungen sowie fehlende Sprachkenntnisse.

Das KG²⁵ verlangt für das Vorliegen einer tatsächlichen Unfähigkeit, dass die Eltern auch nicht durch eine **Vollmachtserteilung** in der Lage sind, die elterliche Sorge auszuüben. Dies dürfte zu weit gehen. Das Gericht hat zwar zu berücksichtigen, dass eine Vollmacht grundsätzlich gerichtlichen Eingriffsmaßnahmen vorgeht. Eine effektive Bevollmächtigung setzt aber einen geeigneten Bevollmächtigten voraus und erscheint insgesamt unrealistisch. So zeigt die Rechtswirklichkeit, dass fremdsprachige Vollmachten, auch wenn sie mit einer Übersetzung verbunden sind, im Rechtsverkehr auf erhebliche Probleme stoßen. Dies gilt umso mehr und ist oft der Fall, wenn sie von den Eltern mangels anderweitiger Fertigkeiten allein mittels eines Fingerabdrucks unterschrieben ist.

V. Alterseinschätzung

Allgemeinhin ist es anerkannt, dass es keine Methode gibt, die das Alter einer Person genau festlegt.²⁶ Auch gibt es

nach wie vor kein einheitliches Verfahren zur Alterseinschätzung in Deutschland.²⁷

Die Neuregelungen des SGB VIII enthalten mit § 42f SGB VIII eine gesetzliche Regelung zur behördlichen Alterseinschätzung.²⁸ Die Gesetzesbegründung verweist indes auf Standards wie die „Handlungsempfehlungen zum Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen der Landesjugendämter“²⁹, die u.a. auch einen Vordruck für die Dokumentation der Alterseinschätzung enthält und so das Ergebnis der Alterseinschätzung auch z.B. für Familiengerichte nachvollziehbar gestaltet.

§ 42f Abs. 2 SGB VIII regelt ausdrücklich, dass auf Antrag des Betroffenen bzw. seines Vertreters oder von Amts wegen bei Zweifelsfällen eine **ärztliche Untersuchung** zur Alterseinschätzung zu veranlassen ist. Grundvoraussetzung hierbei ist die Einwilligung der betroffenen Person bzw. ihres Vertreters sowie die Aufklärung über die Folgen einer Weigerung. Die Gesetzesbegründung weist darauf hin, dass Maßstab für die Alterseinschätzung das Kindeswohl bzw. das Wohl der ausländischen Person ist, d.h., dass die Alterseinschätzung unter Achtung ihrer Menschenwürde und körperlichen Integrität erfolgen muss. Genitaluntersuchungen schließt der Gesetzgeber ausdrücklich aus.³⁰ Art. 25 Abs. 5 Satz 2 EU-Verfahrensrichtlinie³¹ gibt vor, dass im Zweifel schlussendlich von der Minderjährigkeit ausgegangen werden muss.

Für **Familiengerichte** empfiehlt es sich, diese Überlegungen als Orientierungsmaßstab im Rahmen ihrer eigenen Verfahrensführung (§§ 26, 29 FamFG) zu berücksichtigen. Das Gericht hat sich im Wege freier Beweisführung weitestgehende Gewissheit zu verschaffen. Weder für Gerichte noch für andere Behörden wie z.B. die Ausländerbehörde entfaltet eine durch das Jugendamt der vorläufigen Inobhutnahme erfolgte Alterseinschätzung eine Bindungswirkung.³² Der **Amtsermittlungsgrundsatz** greift dabei nur, wenn das Alter zweifelhaft ist.³³ Erscheint die vom

23 KG vom 2.7.2012 – 16 WF 111/12, FamRZ 2012, 1959 (LS).

24 BGH v. 6.10.2004 – XII ZB 80/04, FamRZ 2005, 29 = FamRBint 2005, 27.

25 KG vom 2.7.2012 – 16 WF 111/12, FamRZ 2012, 1959 (LS).

26 European Asylum Support Office (EASO), Age assessment practice in Europe, 12/2013, S. 24.

27 Britting-Reimer, Altersbestimmung in Deutschland und im Europäischen Vergleich, Jugendhilfe 2015, 88 ff.

28 Kritische Auseinandersetzung hierzu, s. Veit, FamRZ 2016, 93, 96 f.

29 118. „Handlungsempfehlungen zum Umgang mit unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen. Inobhutnahme, Clearingverfahren und Einleitung von Anschlussmaßnahmen“ (2014) – Anlagen 1–3, Anlage 4, abrufbar unter www.bagjgae.de/archiv/empfehlungen-und-arbeitshilfen/index.php.

30 Zu hier genannten Verweisen auf die Gesetzesbegründung des § 42f SGB VIII: BT-Drucks. 18/5921, 6 f.

31 Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013, ABL. EU vom 29.6.2013, Nr. L 180/60. § 42f SGB VIII setzt die in der EU-Verfahrensrichtlinie enthaltenen Vorgaben zur Alterseinschätzung weitgehend um.

32 S. die Gesetzesbegründung des § 42f SGB VIII: BT-Drucks. 18/5921, 6.

33 OLG Karlsruhe v. 26.8.2015 – 18 UF 92/15, FamRZ 2015, 2183 = FamRB 2015, 55.

Jugendamt mitgeteilte Einschätzung plausibel, dann ist es nicht Aufgabe des Gerichts, letzte Zweifel durch beispielsweise die standardmäßige Einholung eines Gutachtens zur Alterseinschätzung auszuräumen. Plausibilität setzt die Angabe der Gründe des Jugendamts voraus, wie beispielsweise die Berufung auf Papiere, Lebensgeschichte, Inaugenscheinnahme. Bei Offenkundigkeit greift der Amtsermittlungsgrundsatz nicht – unabhängig davon, ob das Ergebnis die Minderjährigkeit oder die Volljährigkeit ist. Ist das Alter aber zweifelhaft, ist eine weitere Klärung von Amts wegen zu versuchen. Den Betroffenen bzw. die Betroffene treffen **Mitwirkungspflichten**, zuvorderst in Form der Notwendigkeit eines substantiierten, nachvollziehbaren und widerspruchsfreien Vortrags. Ermittlungen „ins Blaue“ hinein sind nicht zu führen.³⁴ Weigert die Person sich, an gegebenenfalls nun angeordneten ärztlichen Untersuchungen, die zumutbar und nicht entwürdigend sind, mitzuwirken, so dürfen aus der Weigerung negative Schlüsse gezogen werden.³⁵ Hat das Gericht sich nach Ausschöpfung aller möglichen, zulässigen und nach den Umständen veranlassten Aufklärungsmöglichkeiten keine hinreichende Gewissheit über das Alter verschaffen können, greift – allerdings auch erst jetzt – das **Günstigkeitsprinzip**.³⁶ Das bedeutet dann auch in letzter Konsequenz, dass dann, wenn die Unwägbarkeit sich allein auf das genaue Datum innerhalb des Jahres bezieht, vom letztmöglichen Datum, also dem 31.12. des Jahres auszugehen ist.

VI. Eignung und Qualifizierung des Vormunds

Bei dem Tatbestandsmerkmal „Eignung“ i.S.d. § 1779 Abs. 2 Satz 1 BGB handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Das Merkmal der Eignung wird durch die Vorgaben des EU-Gesetzgebers weiter konkretisiert, wonach der unbegleitete Minderjährige „sobald als möglich“ eine qualifizierte sowie unabhängige rechtliche Vertretung erhalten soll.³⁷ Verankert sind diese Vorgaben in Art. 6 Abs. 2 Dublin III-VO³⁸, Art. 24 Abs. 1 EU-Aufnahmerichtlinie³⁹ sowie Art. 25 Abs. 1a EU-Verfahrensrichtlinie⁴⁰. Ferner ist es erforderlich, dass Vertreter/innen über entsprechende Fachkenntnisse zum Thema Kinderhandel verfügen, um Formen des Kinderhandels erkennen zu können und gegebenenfalls notwendige Schutzmaßnahmen einleiten zu können (Erwägungsgrund 23 sowie Art. 16 EU-Menschenhandels-RL⁴¹).

Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsprechung bei der Frage uneinheitlich, ob insbesondere für asyl- und aufenthaltsrechtliche Fragestellungen ein **Mitvormund** bzw. **Ergänzungspfleger** bestellt werden soll oder ob für diesen Aufgabenkreis allein der Vormund verantwortlich ist.⁴² Ausgangspunkt dieser Diskussion war ein Beschluss des BGH aus dem Jahr 2013.⁴³ Der BGH lehnte darin die Bestellung eines Rechtsanwalts zum Ergänzungspfleger für einen unbegleiteten minderjährigen Flüchtling zur Vertretung in ausländerrechtlichen Angelegenheiten einschließlich des Asylverfahrens als unzulässig ab, auch wenn es dem Vormund an den erforderlichen Kenntnissen in Asyl- und Aufenthaltsrecht fehlte. Auch nach Ablauf der Umsetzungsfrist der EU-Aufnahme- und EU-Verfahrensrichtlinie bzw. aufgrund der Vorgaben der Dublin III-VO wird die Bestellung eines anwaltlichen Ergänzungs-

pflegers bzw. Mitvormunds für asyl- und aufenthaltsrechtliche Fragestellungen weiterhin uneinheitlich bewertet.⁴⁴

Beraterhinweis

Für den unbegleiteten Minderjährigen ist eine **qualifizierte rechtliche Vertretung** ein grundlegender Baustein im Rahmen seiner Perspektivklärung.⁴⁵ Die Praxis zeigt, dass eine juristische Ausbildung des Vormunds regelmäßig sehr hilfreich ist. So sollte mit dem jungen Menschen gemeinsam überlegt werden, ob er/sie einen Asylantrag stellen sollte. Diese Frage ist grundlegend für seine weitere Perspektive. Denn ein späterer „Zweckwechsel“ (vom Asyl- in das Aufenthaltsrecht) ist nur unter engen Voraussetzungen möglich (s. § 10 AufenthG). Wenn ein Asylantrag abgelehnt wurde, ist es schwierig, einen weiteren Aufenthalt „aus anderen Gründen“, beispielsweise zu Studienzwecken, zu begründen. Auch ist es wichtig, darauf zu achten, dass bei

34 OLG Karlsruhe v. 26.8.2015 – 18 UF 92/15, FamRZ 2015, 2183 = FamRB 2015, 55.

35 OLG Karlsruhe v. 26.8.2015 – 18 UF 92/15, FamRZ 2015, 2183 = FamRB 2015, 55.

36 OLG Karlsruhe v. 26.8.2015 – 18 UF 92/15, FamRZ 2015, 2183 = FamRB 2015, 55.

37 Ausführlich hierzu: DV, S. 7 f.

38 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013, ABl. EU vom 29.6.2013, Nr. L 180/31.

39 Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013, ABl. EU vom 29.6.2013, Nr. L 180/96.

40 Die Regelungen der Dublin III-VO gelten ab dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens (19.7.2013) unmittelbar in Deutschland. Die Frist für die Umsetzung der EU-Aufnahmerichtlinie sowie EU-Verfahrensrichtlinie ist am 20.7.2015 abgelaufen. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) hat einen „Leitfaden zur unmittelbaren innerstaatlichen Anwendung der Richtlinie 2013/32/EU des Rates vom 26.6.2013 (Verfahrensrichtlinie)“ herausgegeben, abrufbar unter www.b-umf.de/images/gesetze-d-asylyfjg-leitfaden-bamf-verfahrensrichtlinie.pdf, letzter Abruf: 7.2.2016.

41 Richtlinie 2011/36/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates, ABl. EU vom 15.4.2011, Nr. L 101/1.

42 *Hamdan* in Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK/BGB, 7. Aufl. 2014, § 1779 BGB Rz. 7 ff. m.w.N.; *Kirchhoff* in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB VIII, 1. Aufl. 2014, § 42 SGB VIII Rz. 182 ff. m.w.N.

43 BGH v. 29.5.2013 – XII ZB 530/11, FamRZ 2013, 1206.

44 Befürwortend: OLG Frankfurt v. 11.9.2014 – 6 UF 239/14, FamRZ 2014, 2015; OLG Frankfurt v. 8.1.2015 – 6 UF 292/14, FamRZ 2015, 1412; AG Heidelberg v. 21.7.2015 – 31 F 67/15, JAmt 2015, 578. Ablehnend: OLG Bamberg v. 13.8.2015 – 2 UF 140/15, FamRZ 2016, 152; OLG Nürnberg v. 7.12.2015 – 9 UF 1276/15, MDR 2016, 215.

45 S. hierzu ausführlich: Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2015, Vortrag von Rechtsanwalt Dr. Stephan Hocks: Europäische Vorgaben für eine qualifizierte rechtliche Vertretung von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen (UMF), PPT, insbesondere S. 17, abrufbar unter „Downloads zur Veranstaltung“ [www.akademie-rs.de/doku_downloads_einzel.html?no_cache=1&tx_crieventmodule_pi1\[showUid\]=19772](http://www.akademie-rs.de/doku_downloads_einzel.html?no_cache=1&tx_crieventmodule_pi1[showUid]=19772), letzter Abruf 19.2.2016.

einem Aufenthaltstitel die Perspektiven für eine Familienzusammenführung umfassend berücksichtigt werden.

Ferner müssen im Rahmen des aufenthaltsrechtlichen Verfahrens bzw. des Asylverfahrens vielfältige Begleiterscheinungen berücksichtigt werden, die wiederum für die Perspektive des jungen Menschen von Bedeutung sind, wie z.B. Strafverfahren wegen illegaler Einreise. Auch sind Wohnsitzauflagen zu berücksichtigen und die Möglichkeiten des Zugangs zu Ausbildung und Arbeitsmarkt und Sozialleistungen/Ausbildungsbeihilfen umfassend zu prüfen.

VII. Beendigung der Maßnahme

Die Anordnung der Maßnahme enthält **keine Befristung**. Die Vormundschaft/Pflegschaft **endet** mit **Feststellung des Wegfalls der Ruhensvoraussetzungen**, § 1674 Abs. 2 BGB und nach § 1882 BGB mit dem **Wegfall der Anordnungsgründe** nach § 1773 BGB. Hierzu zählen das Wiederaufleben der elterlichen Sorge eines Elternteils und die Volljährigkeit des Mündels. Dadurch, dass es bei den letztgenannten Gründen zu einem Wegfall ohne entsprechende gerichtliche Feststellung kommt, kann Rechtsunsicherheit entstehen, welches Recht entscheidet, wann Volljährigkeit eintritt.

Die **Volljährigkeit** tritt in den meisten Herkunftsländern parallel zu § 2 BGB mit Vollendung des 18. Lebensjahres ein. Zu Problemen kann es kommen, wenn die Volljährigkeit nach dem Recht des Herkunftsstaates zu einem späteren Zeitpunkt eintritt.⁴⁶ Insoweit ist streitig, welches Recht anzuwenden ist. Das OLG Karlsruhe⁴⁷ erachtet Art. 12 Abs. 1 **Genfer Flüchtlingskonvention**⁴⁸ (im Folgenden: „GFK“) für nicht anwendbar und wendet das Staatsangehörigkeitsprinzip nach Art. 5 EGBGB an mit der Begründung, dass die Volljährigkeit sich nicht zwingend nach dem Personalstatut im Sinn der GFK richte. Dem tritt Prof. Dr. von Hein⁴⁹ entgegen mit der Begründung, dass Art. 12 Abs. 1 GFK, wie allgemein anerkannt, die Staatsangehörigkeitsanknüpfung des Art. 7 Abs. 1 EGBGB verdränge. Fest steht, dass dieser Meinungsstreit betreffend die autonome Auslegung der GFK nicht zu Las-

ten des Kinderschutzes gehen darf. Hinzuweisen ist auch auf die erheblichen praktischen Probleme, zu denen die letztgenannte Meinung führt, denn es ist dann im Rahmen einer Inzidentprüfung das Vorliegen der Flüchtlings-eigenschaft nach der GFK zu prüfen.⁵⁰ Eine Klarstellung, die auf internationaler Ebene – beispielsweise durch Regelung im KSÜ – zu treffen wäre, erscheint erforderlich.⁵¹

Beraterhinweis

Es kann bei divergierenden Volljährigkeitszeitpunkten im Heimat- und im deutschen Recht hilfreich sein, beim Gericht vor Vollendung des 18. Lebensjahres die Feststellung zu beantragen, dass die Vormundschaft/Pflegschaft endet. Mit Hilfe dieses deklaratorischen Beschlusses wird eine beschwerdefähige Entscheidung initiiert, die zu Rechtsklarheit im Einzelfall führt.

VIII. Fazit

Der erhebliche verstärkte Aufgabenkreis, unbegleitete Minderjährige zu schützen, stellt neue Herausforderungen tatsächlicher wie rechtlicher Natur. Neben interdisziplinärem Erfahrungsaustausch wird die juristische Fachwelt ihren Fokus auf dieses Thema zu vergrößern haben.

46 Beispiele: Algerien mit Vollendung des 19. Lebensjahres, Art. 40 Abs. 2 Alger. ZGB; Nigeria mit Vollendung des 21. Lebensjahres nach Common Law.

47 OLG Karlsruhe v. 23.7.2015 – 5 WF 74/15, FamRZ 2015, 1820 = FamRB 2015, 427.

48 Genfer Flüchtlingskonvention, die für Deutschland 1954 in Kraft getreten ist (BGBl. II 1954, 619).

49 Von Hein, FamRZ 2015, 1822.

50 So auch OLG Bremen v. 23.2.2016 – 4 UF 186/15, juris.

51 So hat auch der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes in Ziff. 15 seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 6 zur Behandlung unbegleiteter und von ihren Eltern getrennter Kinder außerhalb ihres Herkunftslandes (CRC/GC/2005/6) vom 3.6.2005 Vertragsstaaten aufgerufen, auch andere internationale Übereinkommen zu ratifizieren, die sich mit Fragen zu unbegleiteten oder von ihren Eltern/Sorgeberechtigten getrennten Kindern befassen, darunter das KSÜ, um ein angemessenes rechtliches Umfeld zu schaffen; abrufbar unter www.b-umf.de/images/statement/allgemeine_bemerkung_no6.pdf, letzter Abruf 19.2.2016.

Erbchaftsteuerlicher Pflegefreibetrag als Anerkennung für freiwillige Pflege

von RAin Susanne Christ, FAinStR, Köln

Freiwillig erbrachte Pflegeleistungen werden auch bei der Erbschaftsteuer honoriert, indem der Fiskus einen Freibetrag von bis zu 20.000 € gewährt, vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG. Dazu muss der Erwerber den Erblasser unentgeltlich oder gegen zu geringes (also unzureichendes) Entgelt gepflegt oder ihm Unterhalt gewährt haben. Das vom Erblasser dem Pflegenden zugewendete Vermögen muss als angemessenes Entgelt für die Pflege- und Unterhaltsleistungen

des Erwerbers anzusehen sein. Und: Die Pflegeleistungen müssen freiwillig erbracht worden sein; sie entfallen, wenn der Pflegend gegenüber dem Erblasser gesetzlich unterhaltspflichtig ist. Dabei vertritt die Verfasserin die Ansicht, dass eine bloß abstrakte Unterhaltspflicht die Freiwilligkeit nicht ausschließt. Danach können auch nahe Angehörige – vorausgesetzt sie sind nicht konkret unterhaltspflichtig – ggf. den Pflegefreibetrag beanspruchen.