

Oberlandesgericht Celle

Beschluss

12 UF 2/16

12 UFH 2/16

50 F 236/15 Amtsgericht Bückeburg

Erlass

Zur Geschäftsstelle gelangt am
18. Januar 2016

...,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In der Familiensache

betreffend die elterliche Sorge für das beteiligte Kind

M. M., geb. am ..., ...,
...,

weitere Beteiligte:

1. Landkreis S., Jugendamt,...,

Antragsteller,

2. Landkreis S., Jugendamt, ...,

Vormund und Beschwerdeführer,

3. M. M., wohnhaft unbekannt, A.,

Kindesmutter,

4. A. M., wohnhaft unbekannt, A.,

Kindesvater,

hat der 12. Zivilsenat - Senat für Familiensachen - des Oberlandesgerichts Celle durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., die Richterin am Oberlandesgericht ... und den Richter am Oberlandesgericht ... am

14. Januar 2016 beschlossen:

I.

Auf die Beschwerde des Landkreises S. wird der Beschluss des Amtsgerichts - Familiengericht - Bückeburg vom 12. November 2015 aufgehoben, soweit das Jugendamt des Landkreises S. zum Vormund bestellt worden ist. Insoweit wird die Sache zur weiteren Aufklärung und erneuten Entscheidung an das Amtsgericht - Familiengericht - Bückeburg zurückverwiesen.

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird zurückgewiesen.

III.

Es wird davon abgesehen, Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren zu erheben.

Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

IV.

Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 3.000 EUR festgesetzt.

G r ü n d e :

I.

Das nunmehr 16 Jahre alte Kind hat die Staatsbürgerschaft des Landes A.. Es ist als Flüchtling nach Deutschland gekommen und befindet sich in der Obhut des Landkreises S.. Derzeit besteht kein Kontakt zu den Eltern, da sich diese auf der Flucht befinden sollen.

Mit Schreiben vom 6. November 2015 hat der Landkreis beim Familiengericht angeregt, das Ruhen der elterlichen Sorge festzustellen und einen Vormund zu bestellen. Weiter wurde angeregt, einen Ergänzungspfleger für den Aufgabenkreis Vertretung in asyl- und ausländerrechtlichen Angelegenheiten zu bestellen.

Das Familiengericht hat - ohne Anhörung der Beteiligten - mit Formularbeschluss vom 12. November 2015 festgestellt, dass die elterliche Sorge ruht, und die elterliche Sorge einem Vormund übertragen. Das Jugendamt des Landkreises S. ist zum Vormund bestellt worden.

Der Landkreis wendet sich mit seiner Beschwerde dagegen, dass das Jugendamt als Vormund des betroffenen Kindes bestellt worden ist. Er hat zunächst beantragt, den Beschluss insoweit aufzuheben und einen namentlich benannten Rechtsanwalt zum Vormund zu bestellen und zugleich festzustellen, dass diese Vormundschaft berufsmäßig geführt wird. Der Rechtsanwalt soll weiter im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durch einstweilige Anordnung zum Vormund bestellt werden. Die Auswahl des Jugendamtes als Vormund sei fehlerhaft. Nach der gesetzlichen Regelung seien vorrangig ehrenamtlich tätige Personen als Vormund zu bestellen. Soweit solche nicht zur Verfügung stünden, seien Vormundschaftsvereine oder Berufsvormünder zu bestellen. Eine Amtsvormundschaft sei nur dann anzuordnen, wenn andere Personen oder Vereine als Vormünder nicht zur Verfügung stünden. Dem Familiengericht sei auf elektronischem Wege eine Liste mit Namen und Anschriften von Personen übersandt worden, die sich gegen Vergütung als Vormund zur Auswahl stellten. Es handele sich überwiegend um Rechtsanwälte, die bereits aufgrund ihrer fachlichen Ausbildung als geeignet anzusehen seien. Die gültige Zulassung als Rechtsanwalt zeuge von einwandfreier polizeilicher Führung. Da das Familiengericht es unterlassen habe, diese Personen als Vormund in Betracht zu ziehen, liege ein schwerwiegender Ermessensfehler vor. Das Jugendamt hat ergänzend beantragt, die Entscheidung aufzuheben und das Verfahren an das Amtsgericht zurückzuverweisen.

Eine Eilentscheidung sei geboten. Das Abwarten einer Entscheidung im normalen Verfahrensgang liefe dem Kindeswohl zuwider, da ungenutzte Zeit zur Integration verstreichen würde.

II.

Die fristgerecht eingelegte Beschwerde des Jugendamtes ist zulässig. Gem. § 162 Abs. 3 S. 2 FamFG bedarf es nicht der Feststellung einer besonderen Beschwerde des Jugendamtes, die im Übrigen angesichts der angeordneten Verpflichtung, die Vormundschaft für das betroffene Kind zu übernehmen, zu bejahen wäre, § 59 Abs. 1 FamFG.

1. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte, die bei Fällen mit Auslandsberührung in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen und zu beachten ist, folgt im vorliegenden Falle jedenfalls aus Art. 8 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003 (Brüssel II a-VO). Diese Verordnung ist stets anwendbar, wenn das betreffende Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates hat, vgl. Art. 61 lit. a Brüssel II a-VO (MünchKomm/Tillmanns⁶ § 55 SGB VIII Rn 7). Grundsätzlich sind nach Art. 8 Abs. 1 Brüssel II a-VO die Gerichte des Staates für die Sorgerechtsregelung international zuständig, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Neben der körperlichen Anwesenheit eines Kindes werden weitere Faktoren für die Annahme des gewöhnlichen Aufenthalts - in Abgrenzung einer nur vorübergehenden Anwesenheit - herangezogen, namentlich eine gewisse Integration in ein soziales und familiäres Umfeld sowie die Dauer des Aufenthalts (Johannsen/Henrich, Familienrecht⁶ § 99 FamFG Rn 10). Der gewöhnliche Aufenthalt an einem Ort wird dabei grundsätzlich schon dann begründet, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Aufenthalt an diesem Ort auf eine längere Zeitdauer angelegt ist und der neue Aufenthaltsort künftig anstelle des bisherigen Daseinsmittelpunkts treten soll (BGH NJW 1981, 520). Minderjährige, die zusammen mit ihren Eltern oder mit dem sorgeberechtigten Elternteil oder mit Zustimmung des oder der Sorgeberechtigten in ein anderes Land übersiedeln, erwerben deshalb mit dem Umzug am neuen Wohnort einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt (OLG Karlsruhe NJW-RR 2008, 1323; ähnlich Johannsen/Henrich, a.a.O., Art. 21 EGBGB Rn 7 m.w.N., der davon ausgeht, dass der neue gewöhnliche Aufenthalt alsbald erworben wird).

Hier ist das Kind als unbegleiteter minderjähriger Flüchtling nach Deutschland gekommen. Ungeachtet der Frage, ob zu diesem Zeitpunkt bereits familiäre und so-

ziale Bindungen an die Bundesrepublik Deutschland bestanden, ist jedenfalls zum Zeitpunkt der Entscheidung von einem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland auszugehen. Das Kind lebt bis auf weiteres in einer Einrichtung.

2. In der Sache ist gemäß Art. 15 Abs. 1 Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19.10.1996 (KSÜ) deutsches Recht anwendbar. Nach Art. 15 Abs. 1 KSÜ gilt das lex fori-Prinzip: Ist die Zuständigkeit eines Vertragsstaates begründet, wendet dieser sein eigenes Recht an. Dabei ist unerheblich, ob das betroffene Kind Angehöriger eines Vertragsstaates oder eines Drittstaates ist (Palandt/Thorn⁷⁵ Anh EGBGB 24 Rn 18).

3. Das Rechtsmittel des Landkreises führt zur Aufhebung der Bestellung des Vormundes und Zurückverweisung des Verfahrens an das Familiengericht. Von der Beschwerde wird zutreffend beanstandet, dass die Entscheidung unter einem schweren Ermessensfehler leidet, weil das Familiengericht das ihm zustehende Ermessen nicht ausgeübt hat.

a) Nach § 1773 BGB erhält ein Minderjähriger einen Vormund, wenn er nicht unter elterlicher Sorge steht. Hier wurde das Fehlen der elterlichen Sorge für das Kind festgestellt, sodass ein Vormund zu bestellen ist. Grundsätzlich ist die Person zum Vormund zu bestellen, die von den Eltern benannt worden ist, § 1776 BGB. Ist eine solche Benennung durch die Eltern nicht feststellbar, so hat das Familiengericht nach Anhörung des Jugendamtes den Vormund auszuwählen, § 1779 Abs. 1 BGB. Die zu treffende Auswahlentscheidung eröffnet dem Familiengericht ein Ermessen.

Zu einer ordnungsgemäßen Ermessensentscheidung gehört zunächst die Feststellung, welche Personen als Vormund geeignet sind. Das vorliegende familiengerichtliche Verfahren mangelt daran, dass es unterlassen wurde, von Amts wegen zu ermitteln (§ 26 FamFG), welche Personen als Vormund in Betracht kommen. Eine Anhörung des Jugendamtes nach § 1779 Abs. 1 BGB hat nicht stattgefunden. Da in der Anregung des Jugendamtes vom 6. November 2015 ein Vor-

schlag für die Person des Vormundes nicht enthalten war, wäre insoweit eine Rückfrage an das Jugendamt geboten gewesen.

b) Aus der angefochtenen Entscheidung bzw. dem in der Akte dokumentierten Verfahrensablauf ergeben sich keine Ermittlungen des Familiengerichts zur Auswahl eines geeigneten Vormundes. Warum hier das Jugendamt zum Vormund bestellt worden ist, ist auch nicht begründet worden. Der Senat kann deswegen nicht nachvollziehen, ob und gegebenenfalls nach welchen Kriterien das Gericht das ihm obliegende Ermessen nicht ausgeübt hat. Die Auswahlentscheidung ist daher fehlerhaft und kann keinen Bestand haben (OLG Hamm FamRZ 2010, 1684).

4. Gem. § 69 Abs. 1 S. 3 FamFG hebt der Senat die angefochtene Entscheidung auf und verweist auf den Antrag des beschwerdeführenden Landkreises das Verfahren an das Gericht des ersten Rechtszuges zurück. Es sind weitere Ermittlungen durchzuführen, die sinnvollerweise ortsnahe von dem Familiengericht zu tätigen sind. Zudem hat das Familiengericht dann Gelegenheit, die gebotene Anhörung des Kindes (§ 159 Abs. 1 S. 1 FamFG) durchzuführen.

5. Der Senat hat gem. § 68 Abs. 3 FamFG davon abgesehen, die Beteiligten anzuhören. Zudem verspricht eine Anhörung zu dem allein entscheidungserheblichen Gesichtspunkt der Nichtausübung des Ermessens keine weiteren Erkenntnisse. Die erforderlichen Anhörungen sind im weiteren Verfahren nach der Zurückverweisung durchzuführen.

III.

Der Antrag des Landkreises, eine einstweilige Anordnung zu erlassen und den vorgeschlagenen Rechtsanwalt zum Vormund zu bestellen, ist in der Sache nicht begründet.

Ob es dem Wohl des betroffenen Kindes dient, den vorgeschlagenen Rechtsanwalt als Vormund zu bestellen, bedarf weiterer Aufklärung (siehe unten V.). Diese Aufklärung kann im Eilverfahren mit den beschränkten Erkenntnismöglichkeiten nicht geleistet werden; zudem würde letztlich die Entscheidung in der Hauptsache

vorweggenommen werden.

Im Übrigen besteht kein Eilbedürfnis, denn die rechtliche Vertretung des Jugendlichen ist in der Zeit bis zum Abschluss des Verfahrens über die Auswahl des Vormundes gewährleistet. Gemäß § 42 a Abs. 3 S. 1 SGB VIII (in der Fassung des Gesetzes zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher vom 28. Oktober 2015 [BGBl. I S. 1802]) ist das Jugendamt während der vorläufigen Inobhutnahme berechtigt und verpflichtet, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zum Wohl des Jugendlichen erforderlich sind.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 1 FamFG. Es entspricht billigem Ermessen, von der Erhebung von Gerichtskosten abzusehen. Im Übrigen trägt jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten selber.

V.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

Ist für ein minderjähriges Kind ein Vormund zu bestellen, so ist zunächst die Person berufen, die von den Eltern des Mündels als Vormund benannt ist, § 1776 BGB.

Ist eine solche Bestimmung der Eltern nicht festzustellen, ist eine Person auszuwählen, die nach ihren persönlichen Verhältnissen und ihrer Vermögenslage sowie nach den sonstigen Umständen zum Führen der Vormundschaft geeignet ist. Bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Personen sind der mutmaßliche Wille der Eltern, die persönlichen Bindungen des Mündels, die Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit dem Mündel sowie das religiöse Bekenntnis des Mündels zu berücksichtigen, § 1779 Abs. 2 BGB. Stets ist die Person auszuwählen, die das Wohl des Mündels am besten fördern kann. Dabei ist insbesondere in den Blick zu nehmen, in welcher Betreuungssituation sich das Kind befindet und welche Aufgaben von dem Vormund zu erledigen sind.

Bei der Auswahl einer geeigneten Person als Vormund ist stets als erstes zu prüfen, ob ein ehrenamtlich tätiger Vormund zur Verfügung steht. Dies ergibt sich aus § 1791 b Abs. 1 S. 1 BGB (Veit FamRZ 2012, 1841 [1847]). Bei Personen, zu denen der Mündel eine besondere persönliche Bindung hat, oder Verwandten, ist vorrangig zu prüfen, ob sie als Vormund geeignet sind. Stehen solche Verwandte nicht zur Verfügung, so ist zu erwägen, ob Dritte, die bereit und in der Lage sind, die Vormundschaft auszuüben, in Betracht kommen. Im Hinblick darauf, dass es in der Bevölkerung ein großes Engagement für Flüchtlinge gibt, erscheint es nicht ausgeschlossen, dass sich geeignete Personen finden lassen, die bereit sind, eine Vormundschaft ehrenamtlich zu übernehmen.

Soweit ein ehrenamtlich tätiger Vormund nicht zur Verfügung steht, kommt gleichermaßen

- ein berufsmäßig tätiger Vormund,
- ein Vormundschaftsverein oder
- ein Amtsvormund

in Betracht.

Entgegen der in der Beschwerde geäußerten Ansicht gibt es keinen Vorrang des Berufsvormundes vor einer Amtsvormundschaft. Zwar ergibt sich aus den Regelungen in §§ 1779, 1791 b und c sowie 1887 und 1889 Abs. 2 BGB, dass der ehrenamtliche Einzelvormund Vorrang vor dem Berufsvormund hat. Einen Vorrang des Berufsvormundes vor einer Amtsvormundschaft lässt sich jedoch nicht den Vorschriften des BGB entnehmen (OLG Karlsruhe FamRZ 2012, 1955; OLG Celle JAmt 2011, 352; OLG Hamm FamRZ 2010, 1684, Staudinger/Veit Bearb. Aug. 2013, Vorb. zu §§ 1773 ff Rn 24 + § 1791 b Rn 10; MünchKomm/Wagenitz⁶ § 1791 b Rn 2). Soweit die Beschwerdebegründung zur Verstärkung der dort vertretenen Auffassung zum Vorrang des Berufsvormundes aus der Gesetzesbegründung zur Neufassung von § 55 Abs. 4 KJHG bzw. § 56 Abs. 4 SGB VIII zitiert (BT-Drs. 11/5948, S. 91), ist anzumerken, dass der dort zitierte Gedanke, „die von dem Gesetzgeber gewünschte stärkere Inanspruchnahme von Einzelpersonen oder Vereinen für die Aufgaben des Vormundes [solle] gefördert werden“, keine Umsetzung im Gesetzestext gefunden hat. Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, ein klares Rangverhältnis zwischen Berufsvormund und Amtsvormund zu

schaffen (Veit a. a. O.). Der Sachverhalt ist anders geregelt als im Betreuungsrecht (vgl. § 1900 BGB mit seiner klaren Rangfolgeregelung). Mangels einer entsprechenden Vorrangregelung ist von einem Gleichrang auszugehen.

Soweit das Familiengericht dann abzuwägen hat, ob für ein Mündel ein Berufsvormund zu bestellen oder die Amtsvormundschaft des Jugendamtes anzuordnen ist, sind unter anderem folgende Kriterien zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen:

- Grundsätzlich ist die Vormundschaft zu wählen, die dem Wohl des Mündels am besten dient.
- Gibt es Fremdsprachenkenntnisse, die eine Verständigung mit dem Mündel erleichtern?
- Gibt es Fachkenntnisse, die für den betroffenen Mündel von besonderem Nutzen sind (Erfahrungen mit traumatisierten Kindern; besondere Kenntnisse im Ausländer- und Asylrecht, etc.)?
- Hat der Vormund dieselbe Religionszugehörigkeit wie das Mündel?
- Gibt es besondere Kenntnisse über die Möglichkeiten, vorbereitenden Deutschunterricht für das Mündel zu organisieren und einen angemessenen Schulbesuch anzuleiten?
- Kann der Vormund den Kontakt zu den Eltern des Kindes herstellen?

Soweit der beschwerdeführende Landkreis darauf verweist, angesichts des derzeitigen Zustroms von Flüchtlingen fehle das Personal, um Amtsvormundschaften entsprechend der gesetzlichen Vorgaben, insbesondere § 56 SGB VIII, führen zu können, ist anzumerken, dass staatliche Stellen grundsätzlich gehalten sind, das zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendige Personal einzustellen. Ob eine andere Beurteilung geboten ist, wenn der Landkreis nachweist, dass trotz intensiver Suche nach geeignetem Personal die Stellen nicht besetzt werden können, ist an dieser Stelle nicht zu entscheiden. Der Landkreis hat bislang nicht substantiiert dargetan, dass seine Bemühungen um die Gewinnung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern ohne Erfolg geblieben sind.

Da der Maßstab der Entscheidung stets das Wohl des betroffenen Mündels ist, ist

die Erwägung, dass mit der Bestellung eines Berufsvormundes der Justizhaushalt belastet wird, unerheblich. Das Wohl des Mündels ist gegenüber solchen Erwägungen vorrangig, so dass jeweils der am besten geeignete Vormund zu bestellen ist.

Soweit vorgeschlagen wird, Rechtsanwälte als Vormund einzusetzen, weist der Senat darauf hin, dass man zwar davon ausgehen kann, dass ein Rechtsanwalt aufgrund seiner Berufsausbildung in der Lage sein wird, die wirtschaftlichen und rechtlichen Angelegenheiten des Mündels zu betreuen. Zu beachten ist jedoch, dass ein Vormund anstelle der Eltern tritt und insbesondere für die Person des Kindes zu sorgen hat, § 1793 Abs. 1 BGB. Insbesondere hat er mit dem Mündel persönlichen Kontakt zu halten und soll ihn i. d. R. einmal pro Monat in seiner üblichen Umgebung aufsuchen, § 1793 Abs. 2 BGB. Neben den rechtlichen Kenntnissen werden weitere Qualifikationen erwartet. So bieten die Mitarbeiter des Jugendamtes aus Sicht des Mündels regelmäßig den Vorteil sozialpädagogischer Qualifikation. Darüber hinaus wird zu beachten sein, dass auch ein Berufsvormund nicht mehr Vormundschaften übernimmt, als nach § 55 Abs. 2 S. 4 SGB VIII ein Bediensteter des Jugendamtes übernehmen soll. Dabei dürfte die Höchstgrenze von 50 Vormundschaften für einen Rechtsanwalt, der i. d. R. weitere Mandate bearbeitet, deutlich zu hoch angesetzt sein. Bei einer solchen Vielzahl von Vormundschaften kann nicht erwartet werden, dass der Rechtsanwalt neben seinen sonstigen beruflichen Aufgaben das notwendige zeitliche und persönliche Engagement in jedem Einzelfall aufbringen kann.

Da es sich bei der Entscheidung über die Auswahl eines Vormundes um eine Angelegenheit handelt, die die Person des Mündels betrifft, ist dieser persönlich anzuhören, wenn er das 14. Lebensjahr vollendet hat, § 159 Abs. 1 S. 1 FamFG. Von einer persönlichen Anhörung darf nur aus schwerwiegenden Gründen abgesehen werden (§ 159 Abs. 4 S. 1 FamFG). Wird von der gebotenen Anhörung abgesehen, muss dies in der Entscheidung begründet werden.

Soweit das Jugendamt zu Beginn des Verfahrens angeregt hat, neben einem Vormund einen Ergänzungspfleger für den „Aufgabenkreis Vertretung in asyl- und ausländerrechtlichen Angelegenheiten“ zu bestellen, wird darauf hingewiesen,

dass im Regelfall die Voraussetzungen für die Einrichtung einer solchen Ergänzungspflegschaft nicht vorliegen. Allein der Umstand, dass einem Vormund die Sachkunde für das asyl- und ausländerrechtliche Verfahren fehlt, rechtfertigt nicht die Bestellung eines Ergänzungspflegers (BGH FamRZ 2013, 1206; OLG Frankfurt FamRZ 2015, 680; OLG Düsseldorf FamRZ 2015, 678 mit Anm. Schwab). Verfügt der Vormund nicht über die zur sachgerechten Besorgung einzelner Geschäfte des Mündels erforderliche Sachkunde, ist es seine Sache, diesen Mangel an Eignung in eigener Verantwortung durch die Inanspruchnahme fachspezifischer Hilfen auszugleichen. Insoweit befindet sich der Vormund in der gleichen Situation wie die Eltern eines Kindes, die sich bei Bedarf der Hilfe von Fachleuten bedienen (Bienwald FamRZ 2013, 1208). Dies gilt in gleicher Weise für den Einzelvormund wie für den Amtsvormund (OLG Frankfurt FamRZ 2014, 673). Aus Art. 6 der am 1. Januar 2014 in Kraft getretenen Verordnung (EU) Nr. 604/2013 (sog. Dublin-III-VO) ergibt sich insoweit nichts anderes (OLG Frankfurt FamRZ 2015, 680 [15]; OLG Bamberg NZFam 2015, 1128).

...

...

...