

## § 6 SGB VIII Geltungsbereich

(Fassung vom 11.09.2012, gültig ab 01.01.2012)

(1) <sup>1</sup>Leistungen nach diesem Buch werden jungen Menschen, Müttern, Vätern und Personensorgeberechtigten von Kindern und Jugendlichen gewährt, die ihren tatsächlichen Aufenthalt im Inland haben. <sup>2</sup>Für die Erfüllung anderer Aufgaben gilt Satz 1 entsprechend. <sup>3</sup>Umgangsberechtigte haben unabhängig von ihrem tatsächlichen Aufenthalt Anspruch auf Beratung und Unterstützung bei der Ausübung des Umgangsrechts, wenn das Kind oder der Jugendliche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.

(2) <sup>1</sup>Ausländer können Leistungen nach diesem Buch nur beanspruchen, wenn sie rechtmäßig oder auf Grund einer ausländerrechtlichen Duldung ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben. <sup>2</sup>Absatz 1 Satz 2 bleibt unberührt.

(3) Deutschen können Leistungen nach diesem Buch auch gewährt werden, wenn sie ihren Aufenthalt im Ausland haben und soweit sie nicht Hilfe vom Aufenthaltsland erhalten.

(4) Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts bleiben unberührt.

*Dokument wurde zuletzt aktualisiert am: 15.07.2018*

### Gliederung

A. Basisinformationen	Rn. 1
I. Textgeschichte	Rn. 2
II. Parallelvorschriften	Rn. 4
III. Systematische Zusammenhänge	Rn. 5
IV. Ausgewählte Literaturhinweise	Rn. 6
B. Auslegung der Norm	Rn. 7
I. Übersicht zum Regelungsinhalt	Rn. 7
II. Die Regelungen im Einzelnen	Rn. 12
1. Anknüpfung an Aufenthalt im Inland (Absatz 1)	Rn. 12
a. Erfordernis eines tatsächlichen Aufenthalts in Deutschland	Rn. 12
b. Ausnahme für Beratung und Unterstützung Umgangsberechtigter (Absatz 1 Satz 3)	Rn. 20
c. Maßgebliche Anknüpfungsperson	Rn. 21
d. Sonderproblem Grenzgänger	Rn. 29
2. Beschränkung des Anwendungsbereichs bei Ausländern (Absatz 2)	Rn. 37
a. Rechtmäßiger Aufenthalt	Rn. 41
b. Ausländerrechtliche Duldung	Rn. 43
c. Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts	Rn. 44
d. Tatsächlicher Aufenthalt im Inland vor Leistungsbeginn als zusätzliche Bedingung	Rn. 49
e. Rechtsfolgenseite	Rn. 50
f. Aufenthaltsrechtliche Folgen einer Inanspruchnahme von Leistungen	Rn. 52

- |   |        |
|---|--------|
| 3. Erweiterung des räumlichen Anwendungsbereichs (Absatz 3) | Rn. 55 |
| a. Zumindest tatsächlicher Aufenthalt im Ausland            | Rn. 55 |
| b. Vorrang der Hilfe vom Aufenthaltsstaat                   | Rn. 56 |
| c. Leistungserbringung auch im Inland                       | Rn. 57 |
| d. Ermessen auf der Rechtsfolgenseite?                      | Rn. 58 |
| 4. Vorrang über- und zwischenstaatlichen Rechts (Absatz 4)  | Rn. 65 |
| a. Begrifflichkeiten  | Rn. 66 |
| b. Einzelne Regelwerke                                      | Rn. 68 |

## A. Basisinformationen

- 1 § 6 SGB VIII regelt nach allgemeiner Auffassung den persönlichen und den räumlichen Anwendungsbereich des SGB VIII.

### I. Textgeschichte

- 2 Die Vorschrift wurde mit dem Gesetz zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts – KJHG – vom 26.06.1990<sup>1</sup> neu eingeführt. Im früheren Jugendwohlfahrtsgesetz (JWG) war eine entsprechende Vorschrift noch nicht explizit enthalten.<sup>2</sup>
- 3 Das 1. SGB VIII-Änderungsgesetz vom 16.02.1993<sup>3</sup> ersetzte in den Absätzen 1 und 2 die Formulierung „(nicht) im Geltungsbereich dieses Gesetzbuchs“ durch die Worte „Inland“ bzw. „Ausland“. Damit sollte ausweislich der Gesetzesbegründung lediglich eine „begriffliche Bereinigung“ wegen der Vollendung der Deutschen Einheit erreicht werden.<sup>4</sup> Mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe – KICK – vom 08.09.2005<sup>5</sup> wurden mit Wirkung zum 01.10.2005 § 6 Abs. 1 Satz 3 SGB VIII und § 6 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII eingefügt.

### II. Parallelvorschriften

- 4 Regelungen zum räumlichen und persönlichen Geltungsbereich finden sich im Sozialrecht auch in § 30 Abs. 1 SGB I, in § 7 SGB II, in § 3 SGB IV, in § 23 SGB XII und § 24 SGB XII, in § 1 BKGG, in § 1 BEEG, in § 1 UnterhVG sowie in § 7 BVG und in § 64 BVG. Gegenüber der Regelung in § 30 Abs. 1 SGB I sind die Regelungen in § 6 SGB VIII gemäß § 37 SGB I vorrangig.

### III. Systematische Zusammenhänge

- 5 Die **räumliche Anwendbarkeit** des Gesetzes ist, ebenso wie die personale, eine **eigenständige Voraussetzung** der Gewährung von Leistungen der Jugendhilfe und systematisch unmittelbar mit den Vorschriften über die sachliche und örtliche Zuständigkeit, die im Einzelfall nach den §§ 85-88a SGB VIII zu bestimmen sind, verknüpft.<sup>6</sup> Das betrifft namentlich die Regelung in § 85 Abs. 2

<sup>1</sup> BGBl I 1990, 1163; Art. 1 in Kraft seit dem 01.01.1991 als SGB VIII.

<sup>2</sup> Vgl. zur Textentstehungsgeschichte ausführlich: *Oberloskamp*, FuR 1992, 61 f.; zur Rechtslage unter Geltung des RJWG und des JWG vgl. auch *Kunke* in: Jans/Happe/Saubier/Maas, Jugendhilferecht, § 6 SGB VIII Rn. 1 ff.

<sup>3</sup> BGBl I 1993, 239.

<sup>4</sup> BT-Drs. 12/2866, S. 3.

<sup>5</sup> BGBl I 2005, 2729.

<sup>6</sup> Vgl. BVerwG v. 12.05.2011 - 5 C 4/10 - juris Rn. 19: dem systematisch vorgelagert.

Nr. 9 SGB VIII, die die sachliche Zuständigkeit für die Gewährung von Leistungen an Deutsche im Ausland im Sinne von § 6 Abs. 3 SGB VIII regelt und sie damit von der sachlichen Zuständigkeit nach § 85 Abs. 1 SGB VIII für Maßnahmen auf der Basis von § 6 Abs. 1 SGB VIII bzw. § 6 Abs. 2 SGB VIII oder nach gemäß § 6 Abs. 4 SGB VIII vorrangigem über- oder zwischenstaatlichen Recht abgrenzt. § 88 SGB VIII ergänzt die Regelung in § 85 Abs. 2 Nr. 9 SGB VIII im Wesentlichen um Regelungen zur Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit des sachlich für Leistungen im Sinne des § 6 Abs. 3 SGB VIII zuständigen überörtlichen oder örtlichen Trägers; § 88 Abs. 2 HS. 2 SGB VIII enthält allerdings – insoweit regelungssystematisch fehlplatziert – eine Regelung zur sachlichen Zuständigkeit (zu Einzelheiten vgl. die Kommentierung zu § 88 SGB VIII Rn. 29 ff.).

#### IV. Ausgewählte Literaturhinweise

- 6 *Badenhop*, Bildungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Zuwanderung, SchIHA 2016, 410; *Bernsdorff*, Sozialleistungstransfer nach Europa – Freizügigkeit versus (nationales) Territorialprinzip, Recht und Politik 2016, 28; *Busch/Fieseler*, Ohne Pass keine Jugendhilfe?, Haben minderjährige unbegleitete Flüchtlinge Anspruch auf Jugendhilfe und wenn ja, auch im Abschiebeverfahren?, Jugendhilfe 2006, 110; *Dietz/Méndez de Vigo*, Stärkung der Kinder- und Jugendhilfe in Flüchtlingsunterkünften, JAmt 2017, 417; *Eschelbach/Rölke*, Vollzeitpflege im Ausland – Aufgaben der deutschen Jugendämter, JAmt 2014, 494 ff.; *Gerstein*, Rechtsanspruch auf einen Kindergartenplatz auch für NATO-Truppenangehörige?, ZKJ 2013, 345; *Kepert*, Das Gesetz zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher – Führen die gesetzlichen Neuregelungen tatsächlich zu einer Verbesserung der Rechtsposition der Betroffenen?, ZKJ 2016, 12; *Kepert*, Wann öffnet sich der Geltungsbereich des SGB VIII für Asylbewerber und Geduldete – Leistungserbringung ab dem ersten Tag des Aufenthalts in Deutschland?, ZKJ 2015, 94; *Kroworsch*, Einfluss internationaler Menschenrechtsübereinkommen auf die deutsche Sozialrechtspraxis, NDV 2015, 337; *Kunkel*, Junge Ausländer im Jugendhilferecht, ZAR 2006, 92; *Meysen/et al.*, Zugang begleiteter ausländischer Kinder zu Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe nach der Flucht, NVwZ 2016, 427; *Meysen/et al.*, Die Förderung von Flüchtlingskindern in Tageseinrichtungen und Kindertagespflege aus rechtlicher Sicht, RdJB 2016, 89; *Münder*, Sprachmittlung als Teil der Leistungen in der Kinder- und Jugendhilfe, ZKJ 2017, 130 ff. und 183 ff.; *Oberloskamp*, Jugendhilfe für Ausländer, FuR 1992, 61 und 131; *Porsch*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Kindertagesbetreuung für Asylbewerber- und Flüchtlingskinder, KommunalPraxis BY 2016, 422; *Rölke*, Aufhebung der Sonderbehandlung von Kindern ohne deutschen Pass; NDV 2010, 440; *Schwarz*, Das Haager Kinderschutzübereinkommen – ein Überblick für die Jugendhilfe, JAmt 2011, 438 ff.; *Skutta*, Der Beitrag der Kinder- und Jugendhilfe zur Umsetzung der Kinderrechte – Bewertung und Erwartung anlässlich 20 Jahre Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG), NDV 2010, 453; *Treichel*, Migrationsrechtliche Bezüge des Kinder- und Jugendhilferechts, ZKJ 2018, 4; *Wapler*, Jugendhilfe für Eltern UND Kinder oder für Eltern ODER Kinder?, JAmt 2017, 162; *Wapler*, Sozialrechtliche Leistungen der Bildungsförderung für junge Flüchtlinge, RdJB 2016, 345; *Wapler*, Sozialleistungen für Kinder und Jugendliche ohne deutschen Pass, RdJB 2012, 219.

## B. Auslegung der Norm

### I. Übersicht zum Regelungsinhalt

- 7 § 6 SGB VIII enthält zum einen differenzierte Regelungen dazu, **wer personal** Hilfen nach dem Gesetz in Anspruch nehmen kann. Dabei wird insoweit zwischen Deutschen (im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG) und Ausländern unterschieden, indem für letztere nach Maßgabe des § 6 Abs. 2 SGB VIII die Inanspruchnahme von Hilfsmöglichkeiten des Kinder- und Jugendhilferechts eingeschränkt wird. Allerdings greift insbesondere diesbezüglich die Vorrangigkeit von Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts nach § 6 Abs. 4 SGB VIII, so dass der praktische Anwendungsbereich des § 6 Abs. 2 SGB VIII eher eng begrenzt ist.<sup>7</sup>
- 8 Zum anderen beschreibt die Norm den **räumlichen Anwendungsbereich** des Gesetzes und knüpft dabei im Grundsatz an einen zumindest tatsächlichen, bei Ausländern in Bezug auf Leistungen im Sinne von § 2 Abs. 2 SGB VIII weitergehend an einen gewöhnlichen **Aufenthalt im Inland** (näher dazu Rn. 12 ff.) an. Das korrespondiert mit der grundsätzlichen sachlichen Zuständigkeit eines örtlichen Jugendhilfeträgers nach § 85 Abs. 1 SGB VIII, für dessen konkrete Bestimmung nach den §§ 86 ff. SGB VIII ein geografischer Anknüpfungspunkt im Inland vorhanden sein muss.
- 9 **§ 6 Abs. 3 SGB VIII** erweitert den räumlichen Geltungsbereich des Gesetzes für Deutsche mit **Aufenthalt im Ausland** (näher dazu Rn. 16 ff. und Rn. 55). Nach bisher **herrschender Auffassung** in Rechtsprechung und Literatur soll eine Inanspruchnahme von Leistungen für diesen Personenkreis aber formal dadurch eingeschränkt sein, dass dem dafür zuständigen Jugendhilfeträger **auf der Rechtsfolgenseite Ermessen**<sup>8</sup> eingeräumt wird. Das wird von *Keper*<sup>9</sup> allerdings mit beachtlicher rechtsdogmatischer Argumentation nunmehr in Frage gestellt (näher dazu Rn. 59 ff.).
- 10 Jedenfalls im Rahmen von Maßnahmen, die § 6 Abs. 1, 2 und 4 SGB VIII unterfallen, richtet sich die Frage, ob der **Ort der tatsächlichen Leistungserbringung**, z.B. im Rahmen einer erlebnispädagogischen Maßnahme oder bei einer Unterbringung in einer Betreuungseinrichtung nach § 27 SGB VIII in Verbindung mit § 34 SGB VIII oder nach § 35a SGB VIII, im Ausland liegen kann, nach den für die einzelnen Maßnahmen im Gesetz verankerten Vorgaben, wie insbesondere die Regelung in § 27 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII verdeutlicht.<sup>10</sup> Ob Leistungen für Deutsche im Ausland im Sinne des § 6 Abs. 3 SGB VIII nur dann vorliegen können, wenn auch der Ort der Leistungserbringung im Ausland liegt, ist demgegenüber umstritten und höchstrichterlich noch nicht endgültig geklärt<sup>11</sup> (näher dazu Rn. 17 ff.).
- 11 Der in § 6 Abs. 4 SGB VIII bestimmte **Vorrang von Vorschriften des über- und zwischenstaatlichen Rechts** hat angesichts der wortgleichen Regelung in § 30 Abs. 2 SGB I keine konstitutive, sondern nur deklaratorische Bedeutung und wurde lediglich „im Interesse einer besseren Lesbar-

<sup>7</sup> So auch *Bieritz-Harder* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 9; *Elmayer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 22; *Kunkel* in: Krug/Riehle, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 109; daran zweifelnd aber *Bohnert* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 88a SGB VIII Rn. 17 ff.

<sup>8</sup> BVerwG v. 11.08.2005 - 5 C 18/04 - juris Rn. 40; Bay. VGH v. 28.09.2006 - 12 ZB 04.3192 - juris Rn. 1; Nds.OVG v. 12.05.2011 - 4 LC 28/09 - juris Rn. 31; Nds.OVG v. 20.01.2016 - 4 LB 14/13 - juris Rn. 44; *Kunkel* in: Jans/Happe/Saubier/Maas, Jugendhilferecht, § 6 SGB VIII Rn. 137; *Elmayer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 73; *Öndül/Gerlach* in: GK-SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 31; so auch noch *Lange* in: jurisPK-SGB VIII, 1. Aufl. 2014, § 6 SGB VIII Rn. 9, Rn. 28 und Rn. 46 ff.

<sup>9</sup> *Keper* in: Kunkel/Keper/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 4, 17: lediglich räumliche Erweiterung des Geltungsbereichs.

<sup>10</sup> Ebenso u.a. *Kunkel* in: Jans/Happe/Saubier/Maas, Jugendhilferecht, § 6 SGB VIII Rn. 142.

<sup>11</sup> Dazu ist unter dem Az. 5 C 1/17 beim BVerwG ein Revisionsverfahren anhängig.

keit<sup>12</sup> in die Norm mit aufgenommen. In der Sache ergeben sich daraus allerdings sowohl beachtliche Einschränkungen des praktischen Anwendungsbereichs insbesondere von Absatz 2 als auch generell in Fällen mit Auslandsberührung ggf. weitergehende Vorgaben für das Verwaltungsverfahren.

## II. Die Regelungen im Einzelnen

### 1. Anknüpfung an Aufenthalt im Inland (Absatz 1)

#### a. Erfordernis eines tatsächlichen Aufenthalts in Deutschland

##### aa. Geltung des Territorialprinzips

**12** Nach § 6 Abs. 1 SGB VIII setzt die Inanspruchnahme von Leistungen i.S.v. § 2 Abs. 2 SGB VIII und die Erfüllung sonstiger Aufgaben i.S.v. § 2 Abs. 3 SGB VIII grundsätzlich zumindest einen **tatsächlichen Aufenthalt** der jeweiligen Anknüpfungsperson (dazu vgl. näher Rn. 21 ff.) im **Inland**, d.h. innerhalb der Grenzen des Staatsgebietes der Bundesrepublik Deutschland, voraus. Damit wird das **Territorialprinzip** des früheren § 97 Abs. 1 BSHG – jetzt § 98 Abs. 1 SGB XII – aufgegriffen und der personale Anwendungsbereich des Gesetzes weiter gefasst als in der allgemeinen Regelung des § 30 Abs. 1 SGB I, der an einen Wohnsitz oder einen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland anknüpft. Wegen der Vorrangregelung in § 37 Satz 1 SGB I ist das aber unproblematisch.

**13** **Tatsächlicher Aufenthalt** bedeutet nach allgemeiner Auffassung grundsätzlich zunächst die **rein physische Anwesenheit** der Anknüpfungsperson an einem bestimmten Ort bzw. in einem bestimmten Gebiet (zur Problematik wechselnder Aufenthalte im In- und Ausland vgl. Rn. 29 ff.). Dauer, Grund und Rechtsstatus sowie ein Wille zur Begründung des tatsächlichen Aufenthalts sind danach unerheblich, weshalb auch Personen auf der Durchreise, Geschäftsunfähige (insbesondere Kinder) sowie im Grundsatz auch Ausländer und sich illegal in Deutschland Aufhaltende erfasst werden.<sup>13</sup> Das BVerwG sieht den Begriff des tatsächlichen Aufenthalts allerdings offenbar darüber hinausgehend als mit qualitativ-wertenden Elementen angereichert an (näher dazu Rn. 31).

##### bb. Beurteilungszeitpunkt

**14** Da in § 6 SGB VIII die Möglichkeit von Personen, Hilfen nach dem SGB VIII beanspruchen zu können, u.a. anknüpfend an deren Aufenthaltsort differenziert geregelt wird, kommt der Frage, auf welchen Zeitpunkt es bei der Prüfung der Aufenthaltsverhältnisse ankommt, grundlegende Bedeutung zu. **Maßgebender Beurteilungszeitpunkt** für die Frage eines tatsächlichen Aufenthalts im Inland (oder Ausland) ist dabei in der Regel der Zeitpunkt, in dem über die **Gewährung der Leistung entschieden** wird.<sup>14</sup> Wo die Leistung danach tatsächlich erbracht wird, ist dafür demgegenüber nicht entscheidend, wie sich für die Hilfe zur Erziehung schon unmittelbar aus § 27 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII ableiten lässt. Denn mit dieser Regelung wird die Frage nach dem **Ort der Leistungserbringung** rechtssystematisch der **materiellen Ausgestaltung der konkreten Hilfeleistung**

<sup>12</sup> Vgl. Reg. Begr., BT-Drs. 11/5948, S. 50.

<sup>13</sup> In zeitlicher Hinsicht einschränkend: *Kunkel* in: Jans/Happe/Saubier/Maas, Jugendhilferecht, § 6 SGB VIII Rn. 19: Der Aufenthalt müsse mindestens so lange andauern, dass die Voraussetzungen für die begehrte Hilfe geprüft und eine solche bejahendenfalls auch ins Werk gesetzt werden könne; dem folgend VG München v. 27.11.2002 - M 18 K 00.306 - juris Rn. 37.

<sup>14</sup> So auch *Elmayer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 5; *Münder* in: Frankfurter Komm., SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 2; VG Hannover v. 22.07.2011 - 3 A 3879/08; *Keper* in: Kunkel/Keper/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 1.

zugeordnet. Das gilt über § 36 Abs. 4 SGB VIII grundsätzlich auch für Leistungen nach § 35a SGB VIII. Eine entsprechende Entscheidung setzt aber rechtslogisch grundsätzlich voraus, dass zuvor die sachliche und örtliche Zuständigkeit eines Jugendhilfeträgers feststeht.

- 15** Denkbar erscheint demgegenüber eine **Vorverlagerung** des maßgeblichen Zeitpunktes auf den **Zeitpunkt der – objektiven – Entscheidungsreife** des Falles, wenn der zu dem Zeitpunkt sachlich und örtlich zuständige Jugendhilfeträger trotz und in Kenntnis des Eintritts der Entscheidungsreife oder wegen sachwidrig verzögerter Bearbeitung keine Entscheidung trifft und sich nachgehend die Aufenthaltsverhältnisse ändern (vgl. zu der parallelen Problematik für die Bestimmung des Zeitpunktes „vor Beginn der Leistung“ in den §§ 86 ff. SGB VIII die Kommentierung zu § 86 SGB VIII Rn. 47 ff.).
- 16** Praktische Relevanz kann diese Frage zum einen in Fällen erhalten, in denen vor einer Entscheidung über ein Hilfebegehren eine **Ausreise ins Ausland** zum Zwecke der Inanspruchnahme einer dort zu erbringenden Leistung erfolgt – namentlich in den (Ausnahme-)Fällen einer zulässigen Selbstbeschaffung im Sinne von § 36a Abs. 3 SGB VIII.
- 17** Aber auch im umgekehrten Fall einer **Einreise nach Deutschland**, um im Inland eine Hilfe tatsächlich in Anspruch zu nehmen, kommt dieser Frage Bedeutung zu. So geht das **Nds.OVG** in seiner aktuellen Rechtsprechung<sup>15</sup> unter ausdrücklicher Berufung auf das BVerwG<sup>16</sup> davon aus, dass eine **Hilfe im Ausland** im Sinne von § 6 Abs. 3 SGB VIII – nur dann – vorliegt, wenn der **Leistungsberechtigte im Zeitpunkt der rechtlichen Bewilligung und der Leistungsempfänger während der Leistungserbringung** ihren Aufenthalt im Ausland haben. Eine tatsächliche Leistungserbringung im Inland schließt deshalb die Anwendbarkeit von § 6 Abs. 3 SGB VIII aus.
- 18** **Gegen diese Auffassung** spricht allerdings, dass die Frage einer Anwendung des § 6 Abs. 1 SGB VIII oder des § 6 Abs. 3 SGB VIII bereits bei der **Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit** zu entscheiden ist (näher dazu Rn. 25), von der wiederum die örtliche Zuständigkeit abhängt. Die Frage muss deshalb **rechtslogisch vor der Entscheidung** über die begehrte Leistung **geklärt** sein. Dann aber besteht auch keine Notwendigkeit dafür, eine tatsächliche Leistungserbringung im Inland aus dem Anwendungsbereich des § 6 Abs. 3 SGB VIII auszuschließen. Denn an welchem Ort eine erforderliche Jugendhilfeleistung zu erbringen ist, ist eine materielle, nach jugendhilferechtlichen Gesichtspunkten der **Geeignetheit** zu beantwortende Frage (s. Rn. 14). Das zeigt sich insbesondere in dem vom Nds.OVG entschiedenen Fall. Nach der dortigen Darstellung des Tatbestandes konnte im ausländischen Aufenthaltsstaat eine zur Bedarfsdeckung geeignete Hilfe mangels eines entsprechenden Angebots gar nicht installiert werden, weshalb aus fachlicher Sicht allein eine stationäre Hilfe in Deutschland als geeignet anzusehen war. Unter Zugrundelegung der Auffassung des Nds.OVG war damit jedoch zugleich trotz der bereits getroffenen Feststellung eines jugendhilferechtlichen Bedarfs und der zu dessen Deckung geeigneten Hilfe(-art und -form) eine aus Sicht der Behörden **unüberbrückbare sachliche Zuständigkeitslücke** entstanden: Der nach § 85 Abs. 2 Nr. 9 SGB VIII an sich sachlich zuständige (und zunächst auch tätig gewordene) überörtliche Träger konnte danach die erforderliche und geeignete Maßnahme (in Deutschland) nicht bewilligen, weil das von § 6 Abs. 3 SGB VIII nicht umfasst sein soll. Einen in Deutschland sachlich und örtlich zuständigen örtlichen Jugendhilfeträger gab es aber vor der Einreise (zumindest) des Kindes nach Deutschland auch nicht, weil sich dessen Bestimmung gemäß § 85 Abs. 1 SGB VIII in Verbindung mit den §§ 86 ff. SGB VIII nicht nach dem Ort der (zukünftigen) Leistungs-

<sup>15</sup> Nds.OVG v. 20.01.2016 - 4 LB 14/13.

<sup>16</sup> BVerwG v. 12.05.2011 - 5 C 4/10 - juris Rn. 21, wo das so eindeutig allerdings gar nicht formuliert wird.

erbringung richtet. Es konnte also zuständigkeithalber keine deutsche Jugendhilfebehörde über den Hilfeantrag entscheiden. Das kann aber vom Gesetz, namentlich von § 6 Abs. 3 SGB VIII, der ja tatbestandlich ausdrücklich auf eine fehlende oder unzureichende Hilfe vom Aufenthaltsstaat selbst abstellt, ersichtlich nicht gewollt sein. Denn es führt zu dem absurd anmutenden Ergebnis, dass nur die Hilfebedürftigen selbst dieses Problem aus der Welt schaffen können, indem sie zunächst „auf eigene Faust“ nach Deutschland einreisen, um im Inland einen zumindest tatsächlichen Aufenthalt und damit die sachliche Zuständigkeit eines örtlichen Jugendhilfeträgers zu begründen.

- 19 Gegen die Entscheidung des Nds.OVG hat das BVerwG auf Nichtzulassungsbeschwerde des in der 2. Instanz unterlegenen örtlichen Jugendhilfeträgers die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.<sup>17</sup>

### **b. Ausnahme für Beratung und Unterstützung Umgangsberechtigter (Absatz 1 Satz 3)**

- 20 In der Vollzugspraxis hatte sich die Anknüpfung an einen tatsächlichen Aufenthalt im Inland für die jugendhilferechtliche Aufgabenerfüllung im Bereich des Umgangsrechts bei Fällen mit Auslandsberührung als zu eng erwiesen. Um eine effektive Ausübung des Umgangsrechts in den Fällen zu erleichtern, in denen sich der Umgangsberechtigte im Ausland aufhält, wurde – namentlich mit Blick auf § 18 Abs. 3 SGB VIII<sup>18</sup> – mit dem KICK in Absatz 1 der Satz 3 eingefügt. Danach kommt es für das Tätigwerden der Jugendhilfebehörden auf den Aufenthaltsort des um Beratung oder Unterstützung Nachsuchenden nicht an, wenn das Kind, auf das sich das Umgangsrecht bezieht, seinen gewöhnlichen Aufenthalt (g. A.) i.S.d. § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I (vgl. dazu die Kommentierung zu § 86 SGB VIII Rn. 30 ff.) oder der insoweit vorrangigen einschlägigen Regelungen des über- bzw. zwischenstaatlichen Rechts (näher dazu Rn. 68 ff.) in Deutschland hat. Auch in einem derartigen Fall ist demnach § 6 Abs. 1 SGB VIII erfüllt. Sachlich zuständig sind deshalb nach § 85 Abs. 1 SGB VIII die örtlichen Jugendhilfeträger; die örtliche Zuständigkeit ist gemäß § 86 SGB VIII zu bestimmen.<sup>19</sup>

### **c. Maßgebliche Anknüpfungsperson**

- 21 Von entscheidender Bedeutung für die personale Zugangsberechtigung zu Jugendhilfemaßnahmen, aber auch für die Abgrenzung zwischen § 6 Abs. 1 SGB VIII und § 6 Abs. 3 SGB VIII<sup>20</sup> und daran anknüpfend für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit nach § 85 SGB VIII, ist weiterhin die Frage, auf welche Personen bei der Prüfung abzustellen ist.

#### **aa. Keine konstitutive Aufzählung in Absatz 1 Satz 1**

- 22 In personaler Hinsicht ist die in § 6 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII enthaltene Aufzählung nicht vollständig. So fehlen z.B. die sonstigen Erziehungsberechtigten gemäß §§ 7 Abs. 1 Nr. 6, 16 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII und werdende Mütter, denen Leistungen nach § 19 Abs. 1 Satz 3 SGB VIII gewährt werden können. Angesichts dessen sowie des Umstands, dass die Frage, wem das Gesetz Ansprüche auf Leistungen zuordnet, in den jeweiligen Einzelvorschriften differenziert geregelt wird, kommt der Aufzählung an dieser Stelle lediglich deklaratorische Bedeutung zu.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> BVerwG v. 05.01.2017 – 5 B 21/16. Das Revisionsverfahren wird beim BVerwG unter dem Az. 5 C 1/17 geführt.

<sup>18</sup> Vgl. Begr. zum Reg.-Entw., BT-Drs. 15/3676, S. 10.

<sup>19</sup> Vgl. Begr. zum Reg.-Entw., BT-Drs. 15/3676, S. 30.

<sup>20</sup> Die Anwendungsbereiche dieser Regelungen schließen sich gegenseitig aus; vgl. BVerwG v. 12.05.2011 - 5 C 4/10.

<sup>21</sup> Ebenso *Kern* in: Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 4; *Elmauer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 2; *Möller* in: PK-SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 2; *Kepert* in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 3. Die Aufzählung demgegenüber – ohne Begründung – offenbar für konstitutiv haltend VGH BW v. 08.04.2014 - 12 S 1927/12 - juris Rn. 35, dem folgend *Bieritz-Harder* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 3 f., die dort einerseits formuliert, dass nicht genannte Personen keine Leistungen nach dem SGB VIII beanspruchen können, andererseits insoweit eine entsprechende Anwendung des § 6 Abs. 1 SGB VIII in Erwägung zieht.

**bb. Unerheblichkeit der rechtlichen Anspruchsinhaberschaft**

- 23** Das SGB VIII ordnet die rechtliche Anspruchsinhaberschaft (Leistungsberechtigung) als subjektiv-öffentliches Recht bei den verschiedenen Leistungen unterschiedlichen Personen zu, insbesondere zum einen – etwa bei der Hilfe zur Erziehung nach den §§ 27 ff. SGB VIII – den Personensorgeberechtigten sowie zum anderen – namentlich in den §§ 22 ff. SGB VIII und § 35a SGB VIII – den Kindern bzw. jungen Menschen selbst und schließlich zum Teil sogar originär den Betreuungspersonen.<sup>22</sup> Die sich daraus ergebende und bis in die jüngere Vergangenheit hinein umstrittene Frage, auf wen im Rahmen des § 6 SGB VIII in personaler Hinsicht abzustellen ist, hat das **BVerwG**<sup>23</sup> in einem Fall der Abgrenzung von § 6 Abs. 1 SGB VIII zu § 6 Abs. 3 SGB VIII inzwischen mit überzeugender Begründung geklärt. Danach kommt es als Anknüpfungsperson nicht maßgeblich (allein) auf diejenige Person an, der rechtlich ein Leistungsanspruch nach dem SGB VIII als subjektiv-öffentliches Recht zugeordnet ist, sondern vielmehr auf die **Leistungsempfänger im weiteren Sinne**, d.h. gegebenenfalls zusätzlich auch auf denjenigen, der von der Leistung bzw. der Aufgabenerfüllung tatsächlich profitiert.<sup>24</sup> Der Begriff des „Gewährens“ in Absatz 1 und Absatz 3 sei in einem umfassenden Sinn zu verstehen und erfasse sowohl die (rechtliche) Bewilligung als auch die (tatsächliche) Erbringung einer Leistung. Mit Rücksicht darauf habe die Leistungsgewährung im Sinne des § 6 Abs. 1 SGB VIII und des § 6 Abs. 3 SGB VIII zwei Bezugssubjekte. Die Bewilligung sei auf den (formal) Leistungsberechtigten ausgerichtet. Hinsichtlich der Erbringung der Leistung sei aber auf den Leistungsempfänger, d.h. auf denjenigen abzustellen, der die Leistung erhalte und dessen Interesse sie nach der Konzeption des SGB VIII zu dienen bestimmt sei. Leistungsempfänger sei danach in aller Regel das Kind oder der Jugendliche, dessen Wohl angesichts der Regelungen in § 1 Abs. 1 SGB VIII und § 1 Abs. 3 SGB VIII Ausgangspunkt und Ziel jeder Jugendhilfemaßnahme sei.
- 24** Die kurioserweise am selben Tag ergangene Entscheidung des **Nds.OVG**, in der dieses Gericht allein denjenigen, dem der jeweils in Frage stehende Leistungsanspruch formal-rechtlich zusteht, als maßgebliche Anknüpfungsperson im Sinne des § 6 SGB VIII ansah<sup>25</sup>, war damit bereits am Tag ihres Ergehens in Frage gestellt. Diese Auffassung hat das Nds.OVG inzwischen auch ausdrücklich wieder aufgegeben<sup>26</sup> (s. näher Rn. 17 f.).

**cc. Konsequenzen für die Anwendung von Absatz 3 und von Absatz 2**

- 25** Praktische Relevanz erfährt die Frage nach der maßgeblichen Anknüpfungsperson zum einen für die **Abgrenzung von § 6 Abs. 1 SGB VIII zu § 6 Abs. 3 SGB VIII** und damit die **Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit** nach § 85 SGB VIII. Diese Norm unterscheidet nämlich zwischen Leistungen der Jugendhilfe im Inland (§ 6 Abs. 1 und 2 SGB VIII) und Leistungen der Jugendhilfe im Ausland (§ 6 Abs. 3 SGB VIII), wobei zwischen diesen Alternativen ein **Entweder-Oder-Verhältnis** dergestalt besteht, dass sie sich zwingend wechselseitig ausschließen.<sup>27</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerwG setzt die Anwendung des § 6 Abs. 3 SGB VIII und damit des § 85 Abs. 2 Nr. 9 SGB VIII und daran anschließend des § 88 SGB VIII grundsätzlich voraus, dass sich sowohl der oder die Personensorgeberechtigte(n) als auch das Kind/der Jugendliche vor Beginn

<sup>22</sup> Lfd. Geldleistung nach § 23 Abs. 1 SGB VIII; vgl. Nds.OVG v. 05.03.13 - 4 PA 35/13 - juris Rn. 4; OVG NW v. 06.12.2016 - 12 A 637/16.

<sup>23</sup> BVerwG v. 12.05.2011 - 5 C 4/10 - juris Rn. 21.

<sup>24</sup> Ebenso *Kern* in: Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 5, 23.

<sup>25</sup> Nds.OVG v. 12.05.2011 - 4 LC 28/09 - juris Rn. 20.

<sup>26</sup> Nds.OVG v. 20.01.2016 - 4 LB 14/13 - juris Rn. 48, unter Aufhebung des Urteils des VG Hannover v. 22.07.2011 - 3 A 3879/08, das dem – inländischen – Ort der tatsächlichen Leistungserbringung keine maßgebliche Bedeutung beigemessen hatte.

<sup>27</sup> BVerwG v. 12.05.2011 - 5 C 4/10 - juris Rn. 20; *Kepert* in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 1.



der Hilfe tatsächlich im Ausland aufhalten.<sup>28</sup> So fällt eine Hilfe zur Erziehung gemäß § 27 SGB VIII i.V.m. § 34 SGB VIII deshalb grundsätzlich auch dann nicht unter § 6 Abs. 3 SGB VIII, sondern unter § 6 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII mit der Konsequenz der sachlichen Zuständigkeit eines örtlichen Jugendhilfeträgers nach § 85 Abs. 1 SGB VIII, wenn sich zwar die sorgeberechtigten deutschen Eltern oder der allein sorgeberechtigte deutsche Elternteil im Ausland befinden, das Kind sich dagegen bereits vor Beginn der Hilfe in Deutschland aufhält.<sup>29</sup>

- 26** Halten sich umgekehrt die sorgeberechtigten Eltern bzw. der allein sorgeberechtigte Elternteil oder aber auch (etwa bei Vollwaisen) der Vormund in Deutschland auf, befindet sich das Kind jedoch – z.B. als Pflegekind – dauerhaft im Ausland, liegt ebenfalls ein Fall des § 6 Abs. 1 SGB VIII vor.<sup>30</sup> Fallen Leistungsberechtigung und Leistungsempfang in der Person des Kindes bzw. Jugendlichen zusammen (insbesondere bei § 35a SGB VIII), ist konsequenterweise allerdings allein dessen Aufenthaltsort als maßgeblich anzusehen.<sup>31</sup> Das Gleiche gilt bei unbegleiteten minderjährigen Ausländern.<sup>32</sup>
- 27** Soll die Hilfe in tatsächlicher Hinsicht im Inland erbracht werden und erfolgt zu dem Zweck vor Hilfebeginn eine Einreise ins Bundesgebiet, kommt es für die auch dann grundsätzlich mögliche Anwendbarkeit des § 6 Abs. 3 SGB VIII<sup>33</sup> (vgl. aber Rn. 10 und Rn. 17 f.) und damit auch des § 85 Abs. 2 Nr. 9 SGB VIII sowie nachfolgend des § 88 Abs. 1 SGB VIII im Grundsatz auf die Verhältnisse im Zeitpunkt einer – vorangegangenen – Entscheidung über die Gewährung der Hilfe an. Dabei ist nicht der Tag der Abfassung bzw. des Zugangs eines formellen Bewilligungsbescheides maßgebend, sondern der Zeitpunkt, zu dem der handelnde (überörtliche) Jugendhilfeträger die Entscheidung endgültig getroffen hat.<sup>34</sup> Wurde diese Entscheidung bereits vor der Einreise getroffen und den Beteiligten (ggf. auch nur mündlich) mitgeteilt und damit die Ursache für die Einreise (zumindest des Kindes) nach Deutschland gesetzt, ist die Frage der sachlichen und dem nachfolgend der örtlichen Zuständigkeit deshalb nicht etwa mit bzw. auf Grund der erfolgten Einreise neu und – wegen des mit der Einreise begründeten inländischen Aufenthalts – mit dem Ergebnis einer sachlichen Zuständigkeit nunmehr eines örtlichen Trägers zu bewerten.<sup>35</sup> Denn damit würde dem sodann für sachlich und örtlich zuständig erachteten örtlichen Träger auf Grund des Vorverhaltens des überörtlichen Trägers ein Jugendhilfefall aufgedrängt, ohne dass er die Möglichkeit gehabt hätte, die in § 36 SGB VIII verankerte Steuerungsfunktion wahrzunehmen. Entsprechendes wird aber wohl auch in Fällen einer derart zweckgebundenen Einreise nach Deutschland vor einer Entscheidung des bereits mit dem Fall befassten überörtlichen Jugendhilfeträgers über die Hilfe-

<sup>28</sup> BVerwG v. 12.05.2011 - 5 C 4/10 - juris Rn. 21; so auch schon DIJuF-Rechtsgutachten v. 05.06.2008 - J.4170/J.8010 Ad - JAmt 2008, 420, 421; jetzt auch *Nellissen* in: GK-SGB VIII, § 88 SGB VIII Rn. 5 unter Aufgabe der zuvor dort von *Busch/Scherer* vertretenen gegenständlichen Auffassung.

<sup>29</sup> Im Erg. mit ausführlicher Begr. auch VG Hannover v. 20.01.2009 - 3 A 1222/08 - n.v., als Vorinstanz zu der Entscheidung des Nds.OVG v. 12.05.2011 - 4 LC 28/09 - juris Rn. 20.

<sup>30</sup> Vgl. *Elmauer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 73 m.w.N.; jetzt auch *Nellissen* in: GK-SGB VIII, § 88 SGB VIII Rn. 5.

<sup>31</sup> Vgl. VG Aachen v. 09.02.2012 - 1 K 1522/07 - juris Rn. 20 ff.; *Kern* in: Schellhorn/Fischer/Kern/Mann, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 23; *Nellissen* in: GK-SGB VIII, § 88 SGB VIII Rn. 5.

<sup>32</sup> Ebenso *Elmauer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 16.

<sup>33</sup> Vgl. VG Hannover v. 22.07.2011 - 3 A 3879/08; ebenso auch *Kunkel* in: Jans/Happe/Saubier/Maas, Jugendhilferecht, § 6 SGB VIII Rn. 143; *Münder* in: Frankfurter Komm., SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 2, 35; *Bieritz-Harder* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 26; *Elmauer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 75 f.; DIJuF-Rechtsgutachten v. 08.04.2013 - J 8.180 DE - JAmt 2013, 197; **a.A.** Nds.OVG v. 20.01.2016 - 4 LB 14/13 - juris Rn. 48.

<sup>34</sup> VG Hannover v. 22.07.2011 - 3 A 3879/08 - juris Rn. 26; *Elmauer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 5; auf Maßnahmen ohne Regelungscharakter (Erziehungsberatung) erweiternd, im Übrigen systematisch aber nicht hinreichend zwischen sachlicher und örtlicher Zuständigkeit differenzierend: DIJuF-Rechtsgutachten v. 08.04.2013 - J 8.180 DE - JAmt 2013, 197.

<sup>35</sup> **A.A.** offenbar Nds.OVG v. 20.01.2016 - 4 LB 14/13 - juris Rn. 48.

gewährung zu gelten haben, wenn (ausnahmsweise) die Voraussetzungen des § 36a Abs. 3 SGB VIII erfüllt sind oder der mit dem Fall befasste überörtliche Jugendhilfeträger eine Entscheidung objektiv sachwidrig verzögert bzw. verweigert (vgl. auch Rn. 17 f.).

**28** Das in **personaler Hinsicht weite Normverständnis** des Begriffs des „Gewährens“ in § 6 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII und in § 6 Abs. 3 SGB VIII ist angesichts seiner Ableitung aus § 1 SGB VIII konsequenterweise aber auch auf die **Auslegung des § 6 Abs. 2 SGB VIII** zu erstrecken. Dessen Tatbestandsmerkmal „Ausländer“ wird deshalb unabhängig von der Frage, wem die in Rede stehende Leistung nach dem SGB VIII formal-rechtlich als Anspruch zugeordnet ist, nur dann erfüllt, wenn sowohl der bzw. die familiäre(n) Personensorgeberechtigte(n) als auch das Kind oder der Jugendliche, auf das bzw. den sich die Jugendhilfeleistung bezieht, Ausländer sind.<sup>36</sup> Bei der Gruppe der unbegleitet eingereisten ausländischen Kinder oder Jugendlichen kommt es allerdings dem Normzweck der Vorschrift entsprechend nur auf deren Ausländereigenschaft und nicht auf die Staatsangehörigkeit des (Amts-)Vormunds an.

#### d. Sonderproblem Grenzgänger

**29** Als besonders problematisch erweisen sich im Rahmen der Zuordnung eines Jugendhilfefalles zu § 6 Abs. 1 SGB VIII einerseits oder § 6 Abs. 3 SGB VIII andererseits auch die Fälle sog. Grenzgänger bzw. -pendler. Typisch für diese Fälle ist, dass die maßgeblichen (deutschen) Anknüpfungspersonen einen g. A. im (grenznahen) Ausland haben und von dort aus regelmäßig insbesondere zu Betreuungs- oder Ausbildungszwecken (Kindertagesbetreuung, Schule) oder aus beruflichen Gründen über Tag oder für einen jeweils begrenzten Zeitraum nach Deutschland einreisen und damit – zumindest im rein physischen Sinn – jeweils einen zeitlich begrenzten tatsächlichen Aufenthalt in Deutschland begründen. Aber auch bei einer umgekehrten Fallkonstellation kann die Abgrenzungsproblematik eintreten, namentlich in Fällen eines Internatsbesuchs eines deutschen Kindes im Ausland, wenn es einen Leistungsanspruch aus § 35a SGB VIII geltend macht (näher dazu Rn. 32 ff.).<sup>37</sup> In Betracht kommen schließlich auch Fälle, in denen ein ausländisches Kind mit einem familiären g. A. in Deutschland Jugendhilfeleistungen im angrenzenden Ausland in Anspruch nehmen möchte.<sup>38</sup>

#### aa. Pendeln nach Deutschland

**30** Für die erstgenannten Fälle des grenzüberschreitenden Pendelns nach Deutschland werden bisher zwei unterschiedliche Lösungen angeboten:

- **Lösung des DIJuF:** Nach einem Rechtsgutachten des DIJuF vom 20.09.2002<sup>39</sup> sollen von § 6 Abs. 1 SGB VIII in Abgrenzung zu § 6 Abs. 3 SGB VIII auch deutsche Grenzgänger erfasst werden, die in einem Nachbarstaat ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, sich aber regelmäßig im deutschen Staatsgebiet aufhalten und damit wiederkehrend einen – allerdings zeitlich jeweils begrenzten – tatsächlichen Aufenthalt in Deutschland begründen.<sup>40</sup> Mit der regelmäßigen Einreise zu einem bestimmten Anlaufpunkt in Deutschland – im konkret begutachteten Fall

<sup>36</sup> Ebenso *Kunkel* in: Jans/Happe/Saubier/Maas, Jugendhilferecht, § 6 SGB VIII Rn. 27; *Elmauer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 16 – namentlich in Bezug auf die Hilfe zur Erziehung; *Keper* in: Kunkel/Keper/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 7 und wohl auch DIJuF-Rechtsgutachten v. 08.04.2013 - J 8.180 DE - JAmt 2013, 197; **a.A.** *Kern* in: Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 19, der unter Berufung auf die ursprüngliche Fassung des Regierungsentwurfs zum KJHG allein auf die Person abstellen will, der die Leistung der Jugendhilfe zugewendet wird, also auf das Kind bzw. den Jugendlichen selbst; wiederum **anders** *Bieritz-Harder* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 11: Maßgeblich soll sein, ob die jeweils leistungsberechtigte Person Ausländer ist.

<sup>37</sup> Vgl. BVerwG v. 11.08.2005 - 5 C 18/04.

<sup>38</sup> Vgl. dazu DIJuF-Rechtsgutachten v. 15.10.2015 - J 8.010/J 5.110/J 6.180 Go/LS - JAmt 2015, 602 ff.

<sup>39</sup> DIJuF-Rechtsgutachten v. 20.09.2002 - J 3.311 My - JAmt 2002, 454 f.

<sup>40</sup> Dem folgend *Elmauer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 4; *Kern* in: Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 7.

die in Deutschland gelegene Schule des betroffenen deutschen Kindes – soll danach ein tatsächlicher Aufenthalt im Inland begründet und dadurch der Anwendungsbereich des § 6 Abs. 1 SGB VIII mit der Konsequenz der sachlichen Zuständigkeit eines örtlichen Jugendhilfeträgers nach § 85 Abs. 1 SGB VIII eröffnet werden.<sup>41</sup> Wenn man das bejaht, wird es aber jedenfalls in solchen Fällen nicht auf den tatsächlichen Zeitpunkt der Entscheidung ankommen können, der auch auf einen Tag fallen kann, an dem sich die bzw. eine maßgebliche Anknüpfungsperson (vgl. dazu Rn. 21 ff.) gerade nicht in Deutschland aufhält. Maßgebend wird dann insoweit vielmehr sein müssen, dass mit einer zeitnahen und regelmäßigen Rückkehr der maßgeblichen Anknüpfungsperson(en) nach Deutschland sicher gerechnet werden kann.

- **Lösung des VG München:** Das VG München<sup>42</sup> hat demgegenüber in einem vergleichbaren Fall<sup>43</sup> unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>44</sup> zur Bestimmung des tatsächlichen Aufenthaltes nach § 97 Abs. 1 Satz 1 BSHG bei einem auswärtigen Internatsbesuch die Auffassung vertreten, es sei § 6 Abs. 3 SGB VIII einschlägig. Bei Pendlern mit täglichem Grenzübertritt komme es nicht zu einem täglichen Wechsel des tatsächlichen Aufenthalts mit der Folge einer sich ebenso täglich verändernden sachlichen Zuständigkeit. Vielmehr sei bei Tagespendlern die Dauer des jeweiligen tatsächlichen Aufenthalts im Inland nicht so groß, dass sie die Prüfung des geltend gemachten Leistungsanspruchs und dessen Gewährung durch den örtlichen Träger der Jugendhilfe ermögliche. Deshalb sei in diesen Fällen auch der maßgebliche tatsächliche Aufenthalt dem ausländischen Wohnort zuzuordnen mit der Folge einer sachlichen Zuständigkeit eines überörtlichen Jugendhilfeträgers.

#### **bb. Ausländischer Internatsbesuch – qualitativ-wertende Betrachtungsweise des BVerwG**

**31** Die vom VG München in Bezug genommene Entscheidung des BVerwG zu § 97 Abs. 1 Satz 1 BSHG, die zu einem Fall der **innerdeutschen** Internatsunterbringung eines Kindes erging, reicherte den in jener Norm verwendeten Begriff des tatsächlichen Aufenthalts gegenüber einer rein physischen Betrachtungsweise unter Berufung auf den Normzweck mit qualitativ-wertenden Elementen an: Das Ziel einer möglichst wirksamen sozialhilferechtlichen Betreuung des auswärtig untergebrachten Kindes rechtfertige es, die örtliche Zuständigkeit des Sozialhilfeträgers an den Ort zu knüpfen, der die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Kindes maßgeblich bestimme und seinen familiären Lebensmittelpunkt bilde.<sup>45</sup> In dem entschiedenen Fall ordnete das BVerwG sodann den **tatsächlichen Aufenthalt** des Kindes nicht dem Ort des Internates, sondern dem Wohnort der Mutter zu, in deren Wohnung das Kind im dort streitbefangenen Zeitraum die schulfreien Tage (Wochenenden, Feiertage, Ferien) verbracht hatte.

**32** In seinem weiteren Urteil vom 11.08.2005<sup>46</sup>, in dem es um einen Leistungsanspruch nach § 35a SGB VIII für den Besuch eines **Internates im Ausland** bei gleichzeitigem (melderechtlichen) Familienwohnsitz in Deutschland ging, hat das BVerwG mit ausdrücklichem Verweis auf seine o.a. Entscheidung dieses wertende Begriffsverständnis ohne nähere Begründung auf die an die Fest-

<sup>41</sup> Vgl. auch VG Saarlouis v. 22.08.2008 - 11 K 90/07 - juris Rn. 34: Entscheidend für die Anwendbarkeit des § 6 Abs. 3 SGB VIII sei das Fehlen (irgend)eines Aufenthalts in Deutschland; so auch *Kern* in: Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 23.

<sup>42</sup> VG München v. 27.11.2002 - M 18 K 00.306; dem folgend *Kunkel* in: Jans/Happe/Saurbier/Maas, Jugendhilferecht, § 6 SGB VIII Rn. 140; dazu neigend nun auch *Keper* in: Kunkel/Keper/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 2, der allerdings eine gesetzliche Neuregelung für sinnvoll erachtet.

<sup>43</sup> Sowohl in dem vom DIJuF begutachteten als auch in dem vom VG München entschiedenen Fall ging es um Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII für ein deutsches Kind, das mit seiner Mutter in den Niederlanden wohnte, aber in Deutschland zur Schule ging.

<sup>44</sup> BVerwG v. 23.06.1994 - 5 C 26/92.

<sup>45</sup> BVerwG v. 23.06.1994 - 5 C 26/92 - juris Rn. 11.

<sup>46</sup> BVerwG v. 11.08.2005 - 5 C 18/04 - juris Rn. 29.

stellung des tatsächlichen Aufenthalts der Anknüpfungsperson(en) gebundene Abgrenzung von § 6 Abs. 1 SGB VIII zu § 6 Abs. 3 SGB VIII übertragen. Danach wäre aber auch im Rahmen des § 6 SGB VIII – und zwar konsequenterweise in allen Fällen grenzüberschreitend wechselnder physischer Aufenthaltsorte, also nicht nur bei einem ausländischen Internatsbesuch, sondern auch in den oben behandelten umgekehrten Grenzgängerfällen – für die Bestimmung des maßgeblichen Ortes des tatsächlichen Aufenthaltes in jedem Einzelfall eine wertende Betrachtungsweise dazu vorzunehmen, welche Qualität der im Ausland oder im Inland jeweils begründete physische Aufenthalt aufweist.

#### cc. Kritik

- 33** Gegen die o.a. Auffassung des DIJuF spricht, dass sie, wenn man sie konsequenterweise auf alle Grenzgängerfälle gleichermaßen anwenden wollte, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerwG zu den maßgeblichen Anknüpfungspersonen<sup>47</sup> (dazu näher Rn. 21 ff.) zu kaum lösba- ren Folgeproblemen bei der Bestimmung der konkreten örtlichen Zuständigkeit eines dann sachlich zuständigen örtlichen Trägers führen kann. Wie soll z.B. danach für ein Hilfebegehren gemäß § 27 SGB VIII (Hilfe zur Erziehung) die örtliche Zuständigkeit eines örtlichen Jugendhilfe- trägers bestimmt werden, wenn die deutsche Familie im (grenznahen) Ausland lebt und das be- troffene Kind dort auch seinen tatsächlichen Aufenthalt hat, zumindest ein sorgeberechtigter El- ternteil aber als auch maßgebliche Anknüpfungsperson (Leistungsberechtigter) in Deutschland arbeitet und damit nach Maßgabe der vom DIJuF vertretenen Auffassung auch über einen tatsäch- lichen Aufenthalt im Sinne des § 6 Abs. 1 SGB VIII in Deutschland verfügt? Die Regelungen des § 86 Abs. 4 SGB VIII, die speziell den Fall eines g. A. der Eltern im Ausland erfassen, können diesen Fall nicht lösen, da das Kind über gar keinen Aufenthalt in Deutschland verfügt und deshalb die örtliche Zuständigkeit eines örtlichen Trägers weder nach seinem g. A. noch nach seinem tatsächlichen Aufenthaltsort bestimmbar wäre. Eine Anknüpfungsmöglichkeit an den lediglich tat- sächlichen Aufenthaltsort des grenzüberschreitend pendelnden Sorgeberechtigten in Deutschland bieten die Regelungen in den §§ 86 ff. SGB VIII aber auch nicht an und sie ließe sich auch im Wege einer Analogiebildung – zu welcher Norm (?) – kaum begründen. Ein Rückgriff auf § 88 SGB VIII schließlich scheidet von vornherein aus, da dessen Anwendung gerade nicht in den Fällen des § 6 Abs. 1 SGB VIII, also für Jugendhilfeleistungen im Inland eröffnet ist (vgl. die Kommentierung zu § 88 SGB VIII Rn. 8 ff.). Die vom Begriffsverständnis des tatsächlichen Aufent- halts als rein physischem Phänomen geprägte Lösung des DIJuF lässt sich damit nicht auf alle Fallkonstellationen ohne erhebliche Folgeprobleme übertragen und erscheint danach nicht hinrei- chend praktikabel.
- 34** Die Auffassung des VG München, die letztlich eine vereinfachende Variante des wertenden An- satzes des BVerwG darstellt, vermeidet mit der Zuordnung dieser Fälle zu § 6 Abs. 3 SGB VIII diese Folgeprobleme. Denn die örtliche Zuständigkeit des danach gemäß § 85 Abs. 2 Nr. 9 SGB VIII grundsätzlich sachlich zuständigen überörtlichen Trägers lässt sich gemäß § 88 Abs. 1 SGB VIII einfach bestimmen, da sie allein vom Geburtsort des Kindes abhängt. Auch die örtliche Zuständig- keit eines ggf. sachlich zuständigen örtlichen Trägers ließe sich nach § 88 Abs. 2 SGB VIII pro- blemlos klären. Auf der anderen Seite missachtet aber die vom VG München gefundene Lösung zunächst gerade den Umstand, dass in den Grenzgängerfällen ein physischer Aufenthalt zumindest einer maßgeblichen Anknüpfungsperson in Deutschland – vorhersehbar regelmäßig wiederkehrend – unzweifelhaft existiert. Das vom Gericht angeführte Argument der fehlenden erforderlichen

<sup>47</sup> BVerwG v. 12.05.2011 - 5 C 4/10 - juris Rn. 21.

Mindestdauer dieser Aufenthaltszeiten für eine Bewertung als tatsächlicher Aufenthalt im Sinne des § 6 Abs. 1 SGB VIII wird zudem dadurch entkräftet, dass eine tägliche Ausreise angesichts der ebenso regelmäßig wie vorhersehbar wieder erfolgenden Einreise einen örtlichen Jugendhilfeträger in der Praxis regelmäßig gerade nicht daran hindern dürfte, den Jugendhilfebedarf fachlich sachgerecht zu prüfen und zu entscheiden. Unter dem Aspekt der zeitlichen Prüfungsmöglichkeit lässt sich deshalb der regelmäßig wiederkehrende tatsächliche Aufenthalt der Anknüpfungsperson in Deutschland in der Regel unproblematisch als über einen längeren Zeitraum andauernd ansehen. Zudem fiel diese Aufgabe in derselben Weise auch dem bei einer Anwendung des § 6 Abs. 3 SGB VIII gemäß § 85 Abs. 2 Nr. 9 SGB VIII ggf. sachlich zuständigen überörtlichen Jugendhilfeträger zu. Auch gegen die vom VG München vertretene Lösung lassen sich zudem Praktikabilitäts-erwägungen einwenden. Denn im Grundsatz sind die örtlichen Träger in aller Regel fachlich, personell und verwaltungstechnisch erheblich besser als ein überörtlicher Träger in der Lage, einen konkreten Jugendhilfefall zu beurteilen und ggf. die Hilfestellung zu begleiten. Die vom VG München entschiedene und vom DIJuF begutachtete Fallkonstellation, in der (auch) das betroffene Kind regelmäßig nach Deutschland einreiste, bietet dafür – insbesondere unter dem Gesichtspunkt einer größeren Ortsnähe – ein gutes Beispiel. Mit Blick auf eine möglichst ortsnah und fachlich/personell kompetente Hilfestellung erscheint deshalb die vom VG München vertretene Lösung auch nicht wirklich sinnvoll. Gerade dem Gesichtspunkt der Praktikabilität im Sinne einer möglichst effektiven Hilfestellung hatte aber das BVerwG in seinem vom VG München in Bezug genommenen Urteil vom 23.06.1994<sup>48</sup> unter Berufung auf den Regelungszweck des § 97 Abs. 1 Satz 1 BSHG für die von ihm darin vorgenommene Zuordnung des tatsächlichen Aufenthalts des im auswärtigen Internat untergebrachten Schülers zum Familienwohnort entscheidendes Gewicht beigemessen.

- 35** Erheblichen Bedenken begegnet schließlich aber auch die vom BVerwG vorgenommene Übertragung der qualitativ-wertenden Betrachtungsweise zum Begriff des tatsächlichen Aufenthalts in § 97 Abs. 1 Satz 1 BSHG auf den § 6 SGB VIII. Insbesondere hat das BVerwG dabei nicht berücksichtigt, dass im Rahmen des § 97 Abs. 1 Satz 1 BSHG nur eine Entscheidung über die örtliche Zuständigkeit zu treffen war, ohne dass davon der materielle Leistungsanspruch des Hilfebedürftigen inhaltlich berührt wurde. Gerade das kann aber bei einer Entscheidung zwischen § 6 Abs. 1 SGB VIII und § 6 Abs. 3 SGB VIII entscheidend anders sein. Die Zuordnung eines Jugendhilfefalles zu § 6 Abs. 3 SGB VIII führt nämlich nach bisher herrschender Meinung (näher dazu Rn. 9 und Rn. 59 ff.) dazu, dass – anders als bei § 6 Abs. 1 SGB VIII – die Leistungsgewährung in das Ermessen des zuständigen Jugendhilfeträgers gestellt wird. Das bedeutete aber eine erhebliche Schwächung der Rechtsposition des um Jugendhilfe Nachsuchenden, was doch in einem geradezu diametralen Gegensatz dazu steht, dass das BVerwG in seinem o.a. Urteil vom 23.06.1994 die qualitativ-wertende Betrachtung des Begriffs des tatsächlichen Aufenthalts in § 97 Abs. 1 Satz 1 BSHG gerade mit dem aus dem Normzweck abgeleiteten positiven Interesse des Hilfesuchenden an einer möglichst ortsnahen und effizienten Hilfestellung<sup>49</sup> begründet hatte (vgl. Rn. 31). Ebenfalls nicht berücksichtigt hat das BVerwG, dass die Entscheidung zwischen § 6 Abs. 1 SGB VIII und § 6 Abs. 3 SGB VIII, anders als bei § 97 Abs. 1 Satz 1 BSHG, nicht (nur) die örtliche Zuständigkeit, sondern vielmehr vorrangig die sachliche Zuständigkeit betrifft. Bei einer Zuordnung zu § 6 Abs. 3 SGB VIII ist nämlich, wenn nicht eine Fortsetzungsleistung im Sinne von § 88 Abs. 2

<sup>48</sup> BVerwG v. 23.06.1994 - 5 C 26/92.

<sup>49</sup> BVerwG v. 23.06.1994 - 5 C 26/92 - juris Rn. 11.

SGB VIII vorliegt (nähere Einzelheiten vgl. die Kommentierung zu § 88 SGB VIII Rn. 21 ff.), gemäß § 85 Abs. 2 Nr. 9 SGB VIII der überörtliche Träger sachlich zuständig, was wegen der daraus folgenden Anknüpfung der örtlichen Zuständigkeit an den Geburtsort des Kindes durchaus zu der örtlichen Zuständigkeit eines Trägers führen kann, der in keiner die effektive Prüfung und Begleitung des Jugendhilfefalls fördernden räumlichen Nähebeziehung zu der Familie des betroffenen Kindes steht. Schließlich wären bei einer qualitativ-wertend vorzunehmenden Prüfung des tatsächlichen Aufenthalts negative Zuständigkeitskonflikte zwischen verschiedenen Jugendhilfeträgern vorprogrammiert, von den praktischen Problemen der Sachaufklärung ganz abgesehen.

- 36** Als Ergebnis dieser Überlegungen bleibt zu konstatieren, dass die derzeitige Rechtslage die Problematik grenzüberschreitend wechselnder Aufenthaltsorte der maßgeblichen Anknüpfungspersonen (Grenzgängerfälle) nicht wirklich befriedigend löst. Unter der Annahme, dass derartige Fälle im Zuge einer sich verstärkenden Inanspruchnahme der innereuropäischen Freizügigkeitsmöglichkeiten tendenziell zunehmen, erscheint es deshalb sinnvoll und auch **geboten**, dass der **Gesetzgeber** für diese Konstellationen – ähnlich wie in § 6 Abs. 1 Satz 3 SGB VIII – de lege ferenda eine eigenständige bereichsspezifische Lösung entwickelt.<sup>50</sup>

## 2. Beschränkung des Anwendungsbereichs bei Ausländern (Absatz 2)

- 37** Für Ausländer (im Sinne von § 2 Abs. 1 AufenthG<sup>51</sup>) enthält § 6 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII formal eine teilweise Einschränkung für den Zugang zu jugendhilferechtlichen Angeboten. Sie können danach **Leistungen** im Sinne von § 2 Abs. 2 SGB VIII nur dann beanspruchen, wenn sie rechtmäßig oder auf Grund einer ausländerrechtlichen Duldung ihren **gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland** haben.
- 38** Für die **Erfüllung anderer Aufgaben** gilt diese Einschränkung nach der Verweisung in § 6 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII auf § 6 Abs. 1 Satz 2 SGB VIII nicht. Wenn z.B. eine nicht verheiratete Asylbewerberin in Deutschland ein Kind zur Welt bringt, ist eine Beistandschaft auf Antrag der ihr Kind betreuenden Mutter unmittelbar nach der Geburt einzurichten und nicht etwa erst nach einem mindestens sechsmonatigen Aufenthalt (des Kindes).<sup>52</sup> Auch das Hilfsangebot nach § 52a SGB VIII ist einer ledigen Asylbewerberin unmittelbar nach der Geburt eines Kindes in Deutschland zu unterbreiten.
- 39** Die Anwendbarkeit des Absatzes 2 ist zudem auf die Fälle beschränkt, die nicht schon unter § 6 Abs. 4 SGB VIII fallen. Damit werden Minderjährige von der Regelung praktisch nicht erfasst, denn für diese greift eine Reihe von über- bzw. zwischenstaatlichen Abkommen, die ihnen von den einschränkenden Voraussetzungen des Absatzes 2 unabhängige Zugangsmöglichkeiten auch zu Leistungen der Jugendhilfe eröffnen (vgl. zu weiteren Einzelheiten Rn. 65 ff.). In der Praxis relevant ist § 6 Abs. 2 SGB VIII deshalb im Wesentlichen nur noch für junge Volljährige.<sup>53</sup>

<sup>50</sup> So auch *Kepert* in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 2; *Kunkel* in: Jans/Happe/Saubier/Maas, Jugendhilferecht, § 6 SGB VIII Rn. 140.

<sup>51</sup> In der Fassung des Gesetzes vom 29.08.2013, BGBl I 2013, 3484.

<sup>52</sup> So nunmehr richtig DIJuF-Rechtsgutachten v. 11.03.2016 - J 2.100 Br. - JAmt 2016, 246 f., unter ausdrücklicher Rücknahme seiner zuvor im DIJuF-Rechtsgutachten v. 20.03.2015 - J 2.100 An - JAmt 2015, 195 f., vertretenen gegenteiligen Auffassung; vgl. auch DIJuF-Rechtsgutachten v. 11.01.2016, J 8.010/J 8.112 Bm - JAmt 2016, 129 ff.

<sup>53</sup> So auch *Münder* in: Frankfurter Komm., SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 8; *Kern* in: Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 11; *Bieritz-Harder* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 19; *a.A.* aber *Bohnert* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 88a SGB VIII Rn. 16 ff.

**40** Es wird vertreten, dass die Kopplung von Leistungen nach dem SGB VIII in § 6 Abs. 2 SGB VIII an den Aufenthaltsstatus einen Verstoß gegen die UN-Kinderrechtskonvention vom 20.11.1989 (UN-KRK)<sup>54</sup> darstelle und deshalb zu streichen sei<sup>55</sup>.

#### **a. Rechtmäßiger Aufenthalt**

##### **aa. Nach Maßgabe des AufenthG**

**41** Ob sich ein Ausländer rechtmäßig in Deutschland aufhält, ist im Grundsatz nach Maßgabe des Aufenthaltsrechts zu beurteilen. Rechtmäßig hält sich ein Ausländer im Bundesgebiet danach dann auf, wenn er über einen – befristet oder unbefristet erteilten – Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz verfügt oder vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 AufenthG befreit ist. Für Bürger der Europäischen Union (Unionsbürger) und Bürger der EWR-Staaten (Island, Liechtenstein, Norwegen) ist insoweit das Freizügigkeitsgesetz/EU<sup>56</sup> maßgebend, für türkische Staatsangehörige der Beschluss des auf der Basis des Assoziationsabkommens EWG/Türkei vom 12.09.1963<sup>57</sup> gegründeten Assoziationsrates vom 19.09.1980 (ARB 1/80)<sup>58</sup>. Als ausreichend für einen rechtmäßigen Aufenthalt sind auch die Fiktionswirkungen des § 81 Abs. 3 AufenthG und des § 81 Abs. 4 AufenthG anzusehen.<sup>59</sup> Andererseits ist aber § 84 Abs. 2 AufenthG zu beachten. Danach lassen Widerspruch und Klage ungeachtet ihrer aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO die Wirksamkeit einer Ausweisung oder eines sonstigen Verwaltungsakts, der die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts beendet, unberührt. Das bedeutet, dass ab dem Erlass der Ausweisungsverfügung oder des sonstigen, die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts beseitigenden Verwaltungsaktes der Aufenthalt auch dann nicht mehr rechtmäßig ist, wenn dagegen ein die Wirkung des § 80 Abs. 1 VwGO auslösender Rechtsbehelf eingelegt wurde.

##### **bb. Während eines Asylverfahrens**

**42** Obwohl es sich bei der Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG<sup>60</sup> nicht um einen Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz handelt, hält sich ein Asylsuchender während der Dauer des Asylverfahrens, für das ihm eine Aufenthaltsgestattung erteilt wird, ebenfalls rechtmäßig im Sinne des § 6 Abs. 2 SGB VIII in Deutschland auf<sup>61</sup>. Das folgt indirekt auch aus § 86 Abs. 7 SGB VIII, der besondere Regelungen zur örtlichen Zuständigkeit für Jugendhilfeleistungen an (minderjährige) Asylsuchende trifft. Das wäre widersinnig, wenn (minderjährige) Asylsuchende mit Aufenthaltsgestattung nicht unter § 6 Abs. 2 SGB VIII fallen könnten.

#### **b. Ausländerrechtliche Duldung**

**43** Inhaltlich werden von dem Begriff der „Duldung“ in § 6 Abs. 2 SGB VIII diejenigen Fälle erfasst, in denen nach § 60a AufenthG die Abschiebung – also die tatsächliche zwangsweise Beendigung des Aufenthalts in Deutschland – ausgesetzt worden ist. Über die Aussetzung der Abschiebung

<sup>54</sup> Für Deutschland grundsätzlich in Kraft getreten am 05.04.1992, BGBl II 1992, 121 und BGBl II 1992, 990, Rücknahme des „Ausländervorbehalts“ durch Deutschland allerdings erst am 15.07.2010; vollständiger Abdruck u.a. auch in ZfJ 1990, 577 ff. mit Anm. von *Stöcker*.

<sup>55</sup> *Skutta*, NDV 2010, 453, 455 unter Verweis auf den 10. Kinder- und Jugendbericht, BT-Drs. 13/11368.

<sup>56</sup> Vom 30.07.2004; BGBl I 2004, 1950, in der Fassung des Gesetzes vom 17.06.2013, BGBl I 2013, 1555.

<sup>57</sup> AssAbk. mit Zusatzprotokoll; BGBl II 1964, 509.

<sup>58</sup> Weitestgehend rückwirkend in Kraft getreten am 01.07.1980; vgl. dazu die Allgemeinen Anwendungshinweise des BMI unter [www.bmi.bund.de/DE/startseite/startseite-node.html](http://www.bmi.bund.de/DE/startseite/startseite-node.html) (abgerufen am 29.05.2018).

<sup>59</sup> Ebenso *Kepert* in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 8

<sup>60</sup> In der Fassung des Gesetzes vom 28.08.2013, BGBl I 2013, 3474.

<sup>61</sup> So schon *Oberloskamp*, FuR 1992, 61, 67 f.; ebenso: *Kepert* in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 8

wird dem Ausländer gemäß § 60a Abs. 4 AufenthG eine Bescheinigung ausgestellt. Sie ist zu unterscheiden von einer bloßen Grenzübertrittbescheinigung, die ausreisepflichtigen Ausländern von den Ausländerbehörden zur Abgabe beim (freiwilligen) Grenzübertritt ausgehändigt wird.

### c. Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts

#### aa. Anwendung des § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I

- 44** Ob ein sich nach dem Aufenthaltsgesetz **rechtmäßig** in Deutschland aufhaltender **Ausländer** im Inland seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** begründet hat, ist im Grundsatz nach Maßgabe der Legaldefinition in § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I zu beurteilen. Nach st. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist danach zur Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts ein dauerhafter oder längerer Aufenthalt nicht erforderlich; es genügt vielmehr, dass der Betreffende an dem Ort oder in dem Gebiet tatsächlich seinen Aufenthalt genommen hat, sich dort „bis auf Weiteres“ im Sinne eines zukunfts-offenen Verbleibs aufhält und dort den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen hat.<sup>62</sup> Die Zukunftsoffenheit des weiteren Verbleibs wird vielfach auch bei befristeten, aber verlängerungsfähigen Aufenthaltstiteln zu bejahen sein<sup>63</sup>, wenn nicht absehbar ist, dass eine Verlängerung nicht in Betracht kommt und der Aufenthalt in Deutschland in naher Zukunft beendet werden wird. Ein Besuch oder eine Durchreise (ggf. mit einem entsprechenden Visum) erfüllen das Kriterium aber grundsätzlich nicht. Zu beachten ist, dass für die Aufrechterhaltung eines g. A. ein ununterbrochener tatsächlicher Aufenthalt am Ort seiner Begründung nicht erforderlich ist. Von der Aufgabe eines g. A. kann vielmehr erst dann ausgegangen werden, wenn die betreffende Person 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.<sup>64</sup>
- 45** Auch im Zusammenhang mit § 6 Abs. 2 SGB VIII gilt, dass ein minderjähriger junger Mensch seinen gewöhnlichen Aufenthalt grundsätzlich nicht unabhängig vom Willen seiner Sorgeberechtigten begründen kann. Wenn und soweit die Sorgeberechtigten aber nicht in der Lage oder willens sind, ihr Aufenthaltsbestimmungsrecht auszuüben, kommt bereits nach nationalem Recht die Begründung eines g. A. auch ohne oder gegen den Willen der Sorgeberechtigten in Betracht (vgl. die Kommentierung zu § 86 SGB VIII Rn. 41). Diese Möglichkeit wird auch nicht durch zwischenstaatliches Recht, z.B. das KSÜ, eingeschränkt.<sup>65</sup>

#### bb. Auch im Rahmen eines Asylverfahrens

- 46** Für die Dauer eines Asylverfahrens, für das dem Betreffenden eine Aufenthaltsgestattung erteilt worden ist, ist die Begründung eines g. A. regelmäßig zu bejahen<sup>66</sup>, denn insoweit ist der Verbleib des Ausländers in Deutschland regelmäßig in tatsächlicher Hinsicht als zukunfts-offen anzusehen. Soweit demgegenüber in der Rechtsprechung verschiedener Senate des BSG die Frage nach der Begründung eines g. A. bei Asylsuchenden nach den sozialpolitischen Zwecken und Zielsetzungen der einzelnen Leistungsgesetze differenzierend beantwortet worden ist – sog. „Einfärbungs-

<sup>62</sup> Z.B. BVerwG v. 18.03.1999 - 5 C 11/98 - juris Rn. 15; BVerwG v. 26.09.2002 - 5 C 46/01 - juris Rn. 18 - auch speziell zum g. A. bei Minderjährigen; *Pitz* in: jurisPK-SGB I, § 30 SGB I Rn. 34 ff., 40.

<sup>63</sup> Ebenso *Kepert* in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 10; *Kunkel* in: Jans/Happe/Saubier/Maas, Jugendhilferecht, § 6 SGB VIII Rn. 46 f.: bei Aufenthalt von prognostisch mehr als 6 Monaten.

<sup>64</sup> BVerwG v. 29.09.2010 - 5 C 21/09 - juris Rn. 22.

<sup>65</sup> **A.A.** aber offenbar *Bohnert* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 88a SGB VIII Rn. 19.

<sup>66</sup> Ebenso *Bieritz-Harder* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 17; im Grundsatz auch *Münder* in: Frankfurter Komm., SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 21; *Elmauer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 19 ff. unter im Übrigen differenzierender Betrachtung der Rspr. des BSG und Rn. 27; differenzierend auch mit ausführlicher Darstellung *Kepert* in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 10 ff.



lehre<sup>67</sup> –, überzeugt das aus rechtssystematischen Gründen nicht. Denn das Kriterium des g. A. ist, wie schon dessen Verankerung im Allgemeinen Teil des Sozialgesetzbuches (SGB I) zeigt, ein der Ausformung der einzelnen Ansprüche in den jeweiligen sozialrechtlichen Leistungsgesetzen **vorgelagertes Tatbestandsmerkmal**, das demzufolge rechtssystematisch konsequenterweise für alle sozialrechtlichen Leistungstatbestände, für die § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I gilt, einheitlich auszulegen und nur an Hand der tatsächlichen Gegebenheiten zu beurteilen ist.<sup>68</sup> Differenzierungen auf Grund sozialpolitischer Erwägungen sind nämlich nicht Aufgabe der Rechtsprechung, sondern des Gesetzgebers.<sup>69</sup> Folgerichtig hat der Gesetzgeber auch in jüngerer Zeit die Anspruchsberechtigung in verschiedenen Sozialleistungsgesetzen nicht mehr allgemein an die Begründung eines g. A., sondern differenzierend an die Art des Aufenthaltsstatus geknüpft, was allerdings vom BVerfG hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung in Teilen als verfassungswidrig angesehen worden ist.<sup>70</sup>

**47** Das BVerwG hat in einer grundsätzlichen Entscheidung<sup>71</sup> klargestellt, dass minderjährige Asylsuchende jedenfalls nach Ablauf von 6 Monaten ihren g. A. im Sinne des Art. 1 Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA/MSÜ)<sup>72</sup> in Deutschland begründen, weshalb es auf das Vorliegen der Kriterien des § 6 Abs. 2 SGB VIII nicht mehr ankomme. Diese Rechtsprechung ist auf das Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ)<sup>73</sup>, das das MSA zum 01.01.2011 für die ihm beigetretenen Staaten überlagert hat, zu übertragen. Auch in seinem Urteil vom 13.08.2003<sup>74</sup> hat das BVerwG die Begründung eines g. A. bei Asylsuchenden bejaht. Im Übrigen setzt § 86 Abs. 7 SGB VIII dessen grundsätzliche Anwendbarkeit auf Kinder und Jugendliche, die um Asyl nachgesucht haben, voraus. Praktische Relevanz entfaltet die Frage nach einem g. A. in Deutschland im Rahmen eines Asylverfahrens deshalb allenfalls für junge Erwachsene.<sup>75</sup>

#### cc. Bei Aussetzung der Abschiebung

**48** Für die Rechtspraxis ergibt sich ein Problem hinsichtlich des Erfordernisses eines gewöhnlichen Aufenthalts im Übrigen vor allem in Fällen, in denen lediglich eine „ausländerrechtliche Duldung“ vorliegt, also die Abschiebung nach § 60a AufenthG ausgesetzt ist. Denn die Aussetzung der Abschiebung ist aufenthaltsrechtlich ihrem Wesen nach grundsätzlich nur vorübergehender Natur, was an sich der nach § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I erforderlichen Prognose einer Zukunftsoffenheit des weiteren Verbleibs entgegensteht. Auf der anderen Seite ist der Gesetzgeber mit der Aufnahme dieser Form des aufenthaltsrechtlichen Status in § 6 Abs. 2 SGB VIII offenkundig selbst davon ausgegangen, dass auch eine nur geduldete Person gleichwohl einen g. A. in Deutschland begründen kann. Da das Merkmal des „zukunftsoffenen“ Verbleibs nicht mit einem dauerhaften

<sup>67</sup> U.a. BSG v. 14.09.1989 - 4 Reg 7/88; BSG v. 28.06.1984 - 3 RK 27/83; BSG v. 25.04.1990 - 5 RJ 12/89; BSG v. 03.04.01 - B 4 RA 90/00 R.

<sup>68</sup> Ebenso LSG NW v. 29.08.2011 - L 3 R 454/10; BSG v. 09.08.95 - 13 RJ 59/93; offen gelassen dagegen wieder von BSG v. 31.10.12 - B 13 R 1/12 R; vgl. auch BSG v. 30.01.2013 - B 4 AS 54/12 R - juris Rn. 18: „in erster Linie“; dem folgend Sächs. LSG v. 23.09.2014 - L 7 AS 986/14 B ER; **a.A.** u.a. BSG v. 27.09.90 - 4 Reg 30/89, dem folgend OVG NW v. 27.08.1998 - 16 A 3477/97; Nds. OVG v. 07.03.00 - 4 L 2968/99; *Elmayer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 20.

<sup>69</sup> In diesem Sinne kritisch auch *Pitz* in: jurisPK-SGB I, § 30 SGB I Rn. 52 ff.

<sup>70</sup> BVerfG v. 10.07.2012 - 1 BvL 2/10.

<sup>71</sup> BVerwG v. 24.06.1999 - 5 C 24/98 - juris Rn. 35.

<sup>72</sup> Vom 05.10.1961, BGBl II 1971, 217 und 1150; vgl. dazu näher Rn. 69.

<sup>73</sup> In Kraft gemäß Bekanntmachung vom 07.12.2010; BGBl II 2010, 1527; vgl. dazu näher Rn. 70.

<sup>74</sup> BVerwG v. 13.08.2003 - 5 C 49/01 - juris Rn. 12.

<sup>75</sup> Ebenso *Elmayer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 22.

Verbleib gleichzusetzen ist<sup>76</sup>, ist auch bei „nur“ geduldeten Personen die Begründung eines g. A. im hier maßgeblichen Sinne in Deutschland regelmäßig zu bejahen, wenn nicht auf Grund konkreter Erkenntnisse im Einzelfall, insbesondere nach Auskunft der zuständigen Ausländerbehörde, die tatsächliche Beendigung des Aufenthalts in Deutschland in naher Zukunft absehbar erscheint<sup>77</sup>.

#### d. Tatsächlicher Aufenthalt im Inland vor Leistungsbeginn als zusätzliche Bedingung

- 49 Neben der Begründung eines g. A. in Deutschland ist weitere Bedingung für eine Hilfeleistung an Ausländer auf der Basis von § 6 Abs. 2 SGB VIII ein **vor Beginn der Leistung** auch aktuell noch bestehender tatsächlicher Aufenthalt im Inland. Denn das Erfordernis eines g. A. in Deutschland stellt gegenüber dem Erfordernis eines tatsächlichen Aufenthalts in Deutschland nach § 6 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII nach dem damit verbundenen Regelungszweck kein abweichendes, sondern ein dieses qualitativ anreicherndes Tatbestandsmerkmal dar.<sup>78</sup> Das ist deshalb von Bedeutung, weil zwar für die erstmalige Begründung eines g. A. an einem bestimmten Ort ein zumindest vorübergehender tatsächlicher Aufenthalt dort die Mindestbedingung darstellt<sup>79</sup>, jedoch eine nachfolgende vorübergehende Aufgabe des dortigen tatsächlichen Aufenthalts allein nicht automatisch auch wieder zum Verlust dieses g. A. führt. Diese Unterscheidung kann jugendhilferechtlich in Fällen eine Rolle spielen, in denen die sorgeberechtigten ausländischen Eltern rechtmäßig ihren g. A. in Deutschland haben, das im Grundsatz bei ihnen lebende minderjährige Kind sich aber zeitweilig und nicht nur tageweise etwa zu Ausbildungszwecken im Ausland aufhält, ohne dort einen vom g. A. der Eltern abweichenden eigenen g. A. begründet zu haben.<sup>80</sup>

#### e. Rechtsfolgenseite

- 50 Die Formulierung „können ... beanspruchen“ in § 6 Abs. 2 Satz 1 SGB VIII bedeutet nach allgemeiner Meinung auf der Rechtsfolgenseite keine Beschränkung von Leistungsansprüchen auf eine Ermessensentscheidung. Liegen die Voraussetzungen des Absatzes 2 vor, ergibt sich vielmehr ausschließlich aus den einzelnen Leistungsnormen selbst, ob eine gebundene oder eine Ermessensentscheidung zu treffen ist.
- 51 Auf der anderen Seite soll es die Regelung nach weit verbreiteter Auffassung mit Rücksicht auf ihre Textentstehungsgeschichte aber auch nicht ausschließen, dass die Jugendämter, insbesondere wenn die Wahrung des Kindeswohls das als geboten erscheinen lässt, im Ermessenswege Leistungen an Ausländer auch dann gewähren, wenn die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 SGB VIII nicht erfüllt sind.<sup>81</sup> Jugendhilferechtlich wird auch unter Berücksichtigung der Verpflichtung zur Wahrung des Kindeswohls aus Art. 3 UN-KRK der Schutzauftrag aus § 8a SGB VIII dafür einen Anknüpfungspunkt bieten. Ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf eine solche Ermessensbe-

<sup>76</sup> So schon BVerwG v. 18.03.1999 - 5 C 11/98 - juris Rn. 16.

<sup>77</sup> Vgl. für abgelehnte Asylbewerber: BVerwG v. 02.04.2009 - 5 C 2/08 - juris Rn. 20 ff.; so auch *Elmauer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 19, 27 f.; *Bieritz-Harder* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 17; ausführlich auch *KePERT* in: Kunkel/KePERT/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 11 ff.

<sup>78</sup> VG München v. 14.06.2005 - M 18 E 05.1578 - juris Rn. 23, unter Verweis auf die Gesetzesbegründung.

<sup>79</sup> BVerwG v. 26.09.2002 - 5 C 46/01 - juris Rn. 19; BVerwG v. 07.07.2005 - 5 C 9/04 - juris Rn. 16.

<sup>80</sup> Vgl. für Internatsbesuch in Schottland: VG München v. 14.06.2005 - M 18 E 05.1578; vgl. auch DIJuF-Rechtsgutachten v. 15.10.2015 - J 8.010/J 5.110/J 6.180 Go/LS - JAmt 2015, 602 ff., zur Inanspruchnahme ambulanter Jugendhilfeleistungen im Ausland für ein ausländisches Kind mit g. A. im Inland.

<sup>81</sup> Vgl. u.a. *Kern* in: Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 11, 18, m.w.N.; *Elmauer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 15; *Kunkel* in: Jans/Happe/Saubier/Maas, Jugendhilferecht, § 6 SGB VIII Rn. 26; *Münder* in: Frankfurter Komm., SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 30; *Bieritz-Harder* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 12; vgl. auch die Antwort der BReg vom 04.11.1993 auf die Kleine Anfrage „Situation unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge“, BT-Drs. 12/6075/1993, S. 4; zweifelnd dagegen OVG NW v. 27.08.1998 - 16 A 3477/97 - juris Rn. 65.

tätigung lässt sich aber rechtsdogmatisch nur schwer begründen.<sup>82</sup> Nach den Grundprinzipien des deutschen Verwaltungs(prozess)rechts setzt ein einklagbarer Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensbetätigung eine Norm voraus, die ein entsprechendes subjektiv-öffentliches Recht einräumt. Ob eine derartige Norm aber in einem solchen Fall existiert, ist sehr zweifelhaft. Die materiellrechtlichen Normen, die einem Ausländer einen jugendhilferechtlichen Leistungsanspruch einräumen, sind in einem solchen Fall tatbestandlich – nämlich in Bezug auf das Erfordernis des § 6 Abs. 2 SGB VIII – ja gerade nicht erfüllt. Wegen der Vorrangregelung des § 6 Abs. 4 SGB VIII dürfte diese Frage allerdings praktisch keine allzu große Bedeutung haben, denn ggf. lassen sich Leistungsansprüche unmittelbar aus danach vorrangigem über- oder zwischenstaatlichen Recht ableiten, ohne dass etwaige Beschränkungen aus § 6 Abs. 2 SGB VIII dann noch eine Rolle spielen.<sup>83</sup>

#### f. Aufenthaltsrechtliche Folgen einer Inanspruchnahme von Leistungen

- 52** Nach § 55 Abs. 2 Nr. 7 AufenthG a.F. stellte unter bestimmten Umständen die Inanspruchnahme von Hilfe zur Erziehung außerhalb der eigenen Familie und einer Hilfe für junge Volljährige einen (Ermessens-)Ausweisungstatbestand dar. Die Jugendämter waren nach § 87 AufenthG in Verbindung mit § 71 Abs. 2 SGB X ggf. verpflichtet, den Ausländerbehörden die Leistungsgewährung mitzuteilen.<sup>84</sup>
- 53** Mittlerweile hat das Aufenthaltsrecht umfangreiche inhaltliche und – namentlich im Bereich der Regelungen zu Ausweisungen – systematische Veränderungen erfahren. Den expliziten Ausweisungstatbestand des § 55 Abs. 2 Nr. 7 AufenthG a.F. gibt es nicht mehr. Allerdings kann die Inanspruchnahme von Leistungen der Jugendhilfe nach der Systematik des AufenthG nach wie vor grundsätzlich „aufenthaltsschädlich“<sup>85</sup> sein. Denn nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ist ein Aufenthaltstitel nur zu erteilen oder zu verlängern, wenn der Lebensunterhalt des Ausländers gesichert ist. Das ist nach der Legaldefinition in § 2 Abs. 3 AufenthG dann der Fall, wenn der Ausländer ihn einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann. Zu den im Gesetz hierzu aufgezählten Ausnahmen gehören Leistungen nach dem SGB VIII gerade nicht. Nach einem ausführlichen und argumentativ überzeugenden Gutachten des DIJuF<sup>86</sup> gehören jedoch jedenfalls Leistungen nach den §§ 22 ff. SGB VIII nicht zu den aufenthaltsschädlichen Leistungen im Sinne des § 2 Abs. 3 AufenthG und löst deren Inanspruchnahme auch keine Informationspflicht bzw. -befugnis gemäß § 87 AufenthG aus.
- 54** Im Übrigen wies und weist die deutsche Rechtslage damit einen Wertungswiderspruch auf<sup>87</sup>, der nicht sachlich, sondern allenfalls finanz- und ordnungspolitisch zu erklären ist. Trotz zum Teil erheblicher und berechtigter Kritik an dieser Rechtslage ist der Gesetzgeber davon bisher allerdings nicht grundsätzlich abgewichen. Die praktischen Auswirkungen werden in der Literatur unterschiedlich bewertet, dürften jedenfalls im Wesentlichen aber auch nur die Gruppe junger Volljähriger betreffen. In der verwaltungsgerichtlichen Praxis spielen derartige Fälle bisher – soweit ersichtlich – keine erkennbare Rolle.

<sup>82</sup> So aber *Kunkel* in: Jans/Happe/Saubier/Maas, Jugendhilferecht, § 6 SGB VIII Rn. 26: Rechtsanspruch; wie hier dagegen *Kepert* in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 6.

<sup>83</sup> **A. A.** *Bohnert* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 88a SGB VIII Rn. 16 ff.

<sup>84</sup> Zu den Grenzen vgl. Nds.OVG v. 06.03.1992 - 4 M 2122/91, mit Anm. dazu von *Schindler*, InfausR 1993, 5 ff.; zu weiteren Einzelheiten vgl. *Öndül/Gerlach* in: GK-SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 41 ff.

<sup>85</sup> Dazu insbesondere *Treichel*, ZKJ 2018, 4 ff.

<sup>86</sup> DIJuF-Rechtsgutachten v. 14.11.2016 - J 7.230/VR3.000 Af - JAmt 2016, 602 ff.

<sup>87</sup> So u.a. auch *Münder* in: Frankfurter Komm., SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 31; ähnlich *Elmauer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 50: Zielkonflikt; vgl. auch *Öndül/Gerlach* in: GK-SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 32 ff.

### 3. Erweiterung des räumlichen Anwendungsbereichs (Absatz 3)

#### a. Zumindest tatsächlicher Aufenthalt im Ausland

**55** § 6 Abs. 3 SGB VIII erweitert den räumlichen Anwendungsbereich des Gesetzes für Leistungen im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB VIII auf Deutsche mit Aufenthalt im Ausland. Anders als in § 24 SGB XII ist hier nicht von einem gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland die Rede, so dass grundsätzlich auch ein nur tatsächlicher Aufenthalt im Ausland ausreicht.<sup>88</sup> Wie bereits dargestellt (vgl. Rn. 23 ff.), kommt § 6 Abs. 3 SGB VIII nach der Rechtsprechung des BVerwG grundsätzlich nur dann zur Anwendung, wenn sich sowohl das Kind als auch die sorgeberechtigten Eltern im Ausland aufhalten. Deshalb liegt z.B. keine Jugendhilfe im Ausland im Sinne des § 6 Abs. 3 SGB VIII vor, wenn ein Kind mit seinen Pflegeeltern im Ausland wohnt, die sorgeberechtigten Eltern oder der allein sorgeberechtigte Elternteil sich aber in Deutschland aufhalten.<sup>89</sup> Anders ist der Fall allerdings zu beurteilen, wenn der junge Mensch nicht nur Leistungsempfänger, sondern zugleich Leistungsberechtigter ist. Dann ist allein sein Aufenthaltsort entscheidend, wobei auch in einem solchen Fall vorrangig auf den tatsächlichen Aufenthalt im Ausland abzustellen sein soll, wenn daneben zugleich ein melderechtlicher Wohnsitz im Inland besteht, an den der junge Mensch zwischenzeitlich zumindest gelegentlich zurückkehrt (näher dazu Rn. 29 ff.).<sup>90</sup>

#### b. Vorrang der Hilfe vom Aufenthaltsstaat

**56** Soweit Deutsche mit Aufenthalt im Ausland Hilfe von ihrem Aufenthaltsstaat erhalten, kommt eine Leistungserbringung seitens einer deutschen Jugendhilfebehörde tatbestandlich nicht in Betracht. Darin liegt allerdings eine **doppelte Beschränkung des Leistungsausschlusses**: Zum einen muss der Aufenthaltsstaat eine Leistung tatsächlich erbringen; dass lediglich Hilfemöglichkeiten dort bestehen, reicht nicht aus.<sup>91</sup> Zum anderen greift der Ausschluss ausweislich des Gesetzeswortlauts nur, **soweit** diese Leistung reicht. Bleibt demnach die vom Aufenthaltsstaat gewährte Leistung – quantitativ, aber auch qualitativ – hinter dem Leistungsniveau der in Deutschland für einen vergleichbaren Fall gewährten Jugendhilfe zurück, kann eine ergänzende Leistung deshalb grundsätzlich nicht allein unter Verweis auf die im Ausland gewährte Hilfe ganz versagt werden.<sup>92</sup>

#### c. Leistungserbringung auch im Inland

**57** Wie schon dargelegt (vgl. Rn. 23), findet Absatz 3 außer in den Fällen, in denen formale Anspruchsberechtigung und Leistungsempfang in der Person des Kindes/jungen Menschen zusammenfallen (etwa bei § 35a SGB VIII), nur Anwendung, wenn sich sowohl die sorgeberechtigten Eltern bzw. der sorgeberechtigte Elternteil als auch das Kind, auf das sich die Leistung bezieht, vor Beginn der Hilfe bzw. im maßgeblichen Zeitpunkt (vgl. Rn. 14 ff.) der Entscheidung über die Leistung (oder der objektiven Entscheidungsreife) tatsächlich im Ausland befinden. Die Leistung selbst kann aber – als Hilfe für Deutsche im Ausland – auch im Inland erbracht werden.<sup>93</sup> Erfolgt zum

<sup>88</sup> VG Saarlouis v. 22.08.2008 - 11 K 90/07 - juris Rn. 34.

<sup>89</sup> BVerwG v. 12.05.2011 - 5 C 4/10 - juris Rn. 18.

<sup>90</sup> Das BVerwG v. 11.08.2005 - 5 C 18/04 hatte in einem solchen Fall die näheren Umstände der Aufenthalte in Deutschland für klärungsbedürftig gehalten und die Sache deshalb zur weiteren Sachaufklärung an die Vorinstanz zurückverwiesen.

<sup>91</sup> Ebenso *Kunkel* in: Jans/Happe/Sauerbier/Maas, Jugendhilferecht, § 6 SGB VIII Rn. 147; offen gelassen von BVerwG v. 11.08.2005 - 5 C 18/04 - juris Rn. 40.

<sup>92</sup> Im Erg. ebenso *Kunkel* in: Jans/Happe/Sauerbier/Maas, Jugendhilferecht, § 6 SGB VIII Rn. 147; *Kepert* in: Kunkel/Kepert/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 16; *Kern* in: Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 21; *Elmauer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 79.

<sup>93</sup> Ebenso *Elmauer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII, Rn. 75; *Bieritz-Harder* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 26; **a.A.** aber Nds.OVG v. 20.01.2016 - 4 LB 14/13 - juris Rn. 44 ff., 48 f.; **unklar** *Nellissen* in: GK-SGB VIII, § 88 SGB VIII Rn. 7: nur bei „Leistungsexport“, d.h. wenn „die Leistung im Ausland erfolgt“.

Zweck der tatsächlichen Leistungserbringung eine Einreise des Kindes oder Jugendlichen in das Bundesgebiet, folgt daraus mithin kein Übergang der sachlichen Zuständigkeit auf einen örtlichen Jugendhilfeträger (vgl. ausführlich auch Rn. 17 f., Rn. 27).<sup>94</sup> Das muss unter Beachtung der Rechtsprechung des BVerwG zum zuständigkeitsrechtlichen Leistungsbegriff (vgl. dazu ausführlich die Kommentierung zu § 86 SGB VIII Rn. 54 ff.) konsequenterweise auch dann gelten, wenn nach der Einreise ins Inland zum Zwecke der Leistungserbringung die Leistungsmodalitäten oder auch die Hilfeart geändert werden, solange es dabei immer noch um die Deckung des ursprünglichen, bereits im Ausland festgestellten Bedarfs geht.

#### **d. Ermessen auf der Rechtsfolgenseite?**

**58** Nach bisher ganz herrschender Auffassung sieht § 6 Abs. 3 SGB VIII im Rahmen der Rechtsfolge vor, dass die Leistungsgewährung im Ermessen des zuständigen Jugendhilfeträgers steht.<sup>95</sup>

##### **aa. Grundlegende Kritik**

**59** Diesem Normverständnis tritt nunmehr aber *KePERT*<sup>96</sup> mit gewichtigen rechtsdogmatischen Überlegungen explizit entgegen: Die Rechtsfolge (gebundene Entscheidung oder Ermessen) sei grundsätzlich allein der jeweiligen materiellen Anspruchsgrundlage für die konkret in Frage stehende Leistung zu entnehmen. § 6 Abs. 3 SGB VIII normiere aber gerade nicht die spezifischen materiellen Anspruchsvoraussetzungen, sondern treffe, wie auch § 6 Abs. 1 SGB VIII und § 6 Abs. 2 SGB VIII, lediglich eine Bestimmung zum personalen und räumlichen Anwendungsbereich des Gesetzes. Dem Gesetzeszweck einer nur „subsidiären Hilfestellung“ in den von der Regelung erfassten Fällen sei schon damit genügt, dass eine Leistungserbringung nur eröffnet sei, soweit Hilfe nicht vom Aufenthaltsstaat geleistet werde.

**60** Diese Argumentation lässt sich um weitere rechtssystematische Überlegungen ergänzen. So bietet bereits die Überschrift des § 6 SGB VIII – „Geltungsbereich“ – einen Hinweis auf dessen Regelungsgehalt. Auch mit Blick auf die Stellung des § 6 SGB VIII im Gesetz lässt sich rechtssystematisch gut vertreten, dass damit der Regelungsbereich der Norm insgesamt und damit insbesondere auch des Absatzes 3 erschöpft ist. Hätte der Gesetzgeber für die Gewährung von Jugendhilfe an Deutsche im Ausland die materiellen Leistungsansprüche generell abschwächend als Ermessensleistungen ausgestalten wollen, wäre es regelungssystematisch nämlich konsequent gewesen, das im Regelungskontext des Zweiten Kapitels des Gesetzes zu verankern. Immerhin enthält für die Frage einer Hilfestellung im Ausland das materielle Leistungsrecht in § 27 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII – wenn auch auf der Tatbestands- und gerade nicht auf der Rechtsfolgenseite – eine einschränkende Regelung. Schließlich ist, wie dargelegt (vgl. Rn. 25), die Frage der Abgrenzung von § 6 Abs. 1 SGB VIII zu § 6 Abs. 3 SGB VIII, wie der Verweis auf § 6 Abs. 3 SGB VIII in § 85 Abs. 2 Nr. 9 SGB VIII zeigt, maßgebend für die Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit nach § 85 SGB VIII und nachfolgend der örtlichen Zuständigkeit. Insoweit ist sie aber rechtslogisch der Entscheidung über die konkrete materielle Ausgestaltung der Hilfe vorgelagert, denn diese setzt die Bestimmung des zuständigkeitsrechtlich zur Entscheidung berufenen Jugendhilfeträgers voraus.

<sup>94</sup> VG Hannover v. 22.07.2011 - 3 A 3879/08; VG München v. 27.11.2002 - M 18 K 00.306; *Münder* in: Frankfurter Komm., SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 2 und 35; DIJuF-Rechtsgutachten v. 08.04.2013 - J 8.180 DE - JAmt 2013, 197.

<sup>95</sup> BVerwG v. 11.08.2005 - 5 C 18/04 - juris Rn. 40; Bay. VGH v. 28.09.2006 - 12 ZB 04.3192 - juris Rn. 1; Nds.OVG v. 12.05.2011 - 4 LC 28/09 - juris Rn. 31; Nds.OVG v. 20.01.2016 - 4 LB 14/13 - juris Rn. 44; *Elmauer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 73; so auch noch *Lange* in: jurisPK-SGB VIII, 1. Aufl. 2014, § 6 Rn. 9, Rn. 28, Rn. 46 ff.

<sup>96</sup> *KePERT* in: Kunkel/KePERT/Pattar, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 17.

**61** Die von *Kepert* vertretene Auffassung ist angesichts dessen nur schwer zu widerlegen, zumal auch teleologische Erwägungen nicht zwingend für eine generelle Ausgestaltung von Leistungen an Deutsche im Ausland als Ermessensleistungen sprechen (dazu sogleich in Rn. 62 f.). Ob sie sich in der (gerichtlichen) Rechtspraxis durchsetzen kann, bleibt abzuwarten.

#### **bb. Nach h.M. restriktive Handhabung der Ermessensbetätigung**

**62** In der Literatur und Rechtsprechung wird zur Ausübung des dort angenommenen Ermessensspielraums vielfach vertreten, dass wegen des Charakters der Jugendhilfe als persönliche Leistung und weil die Steuerungsverantwortung des Jugendamtes eine Ortsnähe erfordere, die Gewährung von Jugendhilfeleistungen an Deutsche im Ausland durch deutsche Behörden auf Dauer grundsätzlich ausscheide.<sup>97</sup>

#### **cc. Einfluss des Europarechts**

**63** Diese These erscheint allerdings jedenfalls bei einem Auslandsaufenthalt der maßgeblichen Anknüpfungsperson(en) (s. o. Rn. 21 ff.) innerhalb der EU mit Blick auf europarechtliche Vorgaben kaum haltbar. Denn die Auslegung und Anwendung des § 6 Abs. 3 SGB VIII müssen europarechtskonform sein. Deshalb ist zu fragen, ob nicht im Rahmen einer Entscheidung im Anwendungsbereich des § 6 Abs. 3 SGB VIII auch die in Art. 20 AEUV<sup>98</sup> in Verbindung mit Art. 21 AEUV verbürgte Freizügigkeit der Unionsbürger maßgeblich zu berücksichtigen ist. Siedelt etwa eine Familie mit einem Pflegekind, für das die Pflegeeltern auch (als Vormünder) das Sorgerecht ausüben, unter Ausnutzung der Freizügigkeitsgarantie für Unionsbürger innerhalb der Europäischen Union in einen anderen EU-Staat um, stellte eine allein darauf gestützte Einstellung von Jugendhilfeleistungen eine Beschränkung dieser Freizügigkeitsrechte dar. Für das Ausbildungsförderungsrecht ist in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt, dass eine Ausgestaltung der nationalen Rechtsvorschriften, die einen freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger praktisch vor die Wahl stellt, entweder auf den Wechsel in ein anderes EU-Land oder auf den Bezug von Ausbildungsförderungsleistungen nach dem nationalen Recht seines Heimatstaates zu verzichten, eine Beschränkung des unionsrechtlich garantierten Freizügigkeitsrechts darstellt, die einer Rechtfertigung bedarf.<sup>99</sup> Diese Grundaussage wird auf die von § 6 Abs. 3 SGB VIII erfassten Konstellationen zu übertragen sein. Dabei wird aus europarechtlicher Sicht angesichts der Tatsache, dass die deutschen Jugendhilfebehörden ggf. auch die Unterstützung der Zweigstellen des Internationalen Sozialdienstes in dem jeweiligen EU-Land in Anspruch nehmen können<sup>100</sup>, der Hinweis auf die praktischen Schwierigkeiten einer hinreichenden Betreuung und Kontrolle des Jugendhilfefalls im Ausland seitens der deutschen Jugendhilfebehörden für sich genommen kaum als Rechtfertigung ausreichen können, zumal das deutsche Jugendhilferecht in § 27 Abs. 2 Satz 3 SGB VIII eine gebundene Entscheidung für eine Leistungserbringung im Ausland vorsieht, die in der praktischen Handhabung mit vergleichbaren Problemen verknüpft sein kann. In Fällen, in denen eine deutsche Familie im EU-Ausland wohnt, aber eine der Anknüpfungspersonen dort oder in Deutschland einer Arbeit nachgeht, werden zu-

<sup>97</sup> So explizit z.B. *Elmayer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 76; *Münder* in: Frankfurter Komm., SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 35; VG Saarlouis v. 22.08.2008 - 11 K 90/07 - juris Rn. 41; VG Augsburg v. 05.10.2004 - Au 3 K 04.164 - juris Rn. 28.

<sup>98</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), in Kraft seit 01.12.2009; BGBl II 2009, 1223, zuletzt geändert mit ÄndBeschl. 2012/419/EU v. 11.07.2012, ABl. EG L 204, S. 131.

<sup>99</sup> Grdl. EuGH v. 23.10.2007 - C-11/06 - ECLI:EU:C:2007:626; vgl. auch EuGH v. 18.07.2013 - C-523/11 - ECLI:EU:C:2013:524.

<sup>100</sup> Vgl. dazu auch DIJuF-Rechtsgutachten vom 05.06.2008 - J 4.170/J 8.010 Ad - JAmt 2008, 420, 423.

sätzlich Art. 45 AEUV sowie § 7 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des europäischen Parlaments und des Rates vom 05.04.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union<sup>101</sup> in den Blick zu nehmen sein.

#### **dd. Vorrangige Orientierung am Kindeswohl**

**64** Die oben angeführte Auffassung zu einer restriktiven Handhabung eines etwaig eröffneten Ermessensspielraums lässt sich aber auch aus fachlichen Gründen in dieser Grundsätzlichkeit nicht aufrechterhalten. Sie lässt insbesondere in Fällen eines Umzugs von Pflegekindern mit ihren Pflegeeltern ins Ausland, die in der Diskussion einen Schwerpunkt bilden, eine hinreichende tatsächliche Berücksichtigung des in § 1 Abs. 1 SGB VIII und § 1 Abs. 3 SGB VIII verankerten Aspektes des Kindeswohls als Leitmotiv des Jugendhilferechts und als Zweck und Ziel jeglicher individualisierter Jugendhilfemaßnahme<sup>102</sup> vermissen, dem – nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen bzw. mit Blick auf überstaatliches Recht, namentlich Art. 3 Abs. 1 der UN-KRK<sup>103</sup> – im Zweifel gegenüber vornehmlich organisatorischen oder finanziellen Erwägungen ein stärkeres Gewicht zukommen muss. Besteht ein ursprünglich im Inland entstandener und sachgerecht gedeckter Bedarf an der Betreuung, Pflege und Erziehung des Kindes außerhalb der Herkunftsfamilie unverändert fort, würde der zuständige Jugendhilfeträger seiner ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgabe nicht gerecht, wenn er die Hilfe unter Berufung auf die oben dargestellte Argumentation schlicht einstellte und ggf. gleichwohl sogar den weiteren Aufenthalt des Kindes in der bisherigen, nunmehr ins Ausland verzogenen Pflegefamilie hinnähme.<sup>104</sup> Das dürfte gerade bei längerfristig angelegten Pflegeverhältnissen dem vom Jugendhilfeträger zu wahrenen Kindeswohl entgegenstehen, da die gewachsenen persönlichen Beziehungen zu den Pflegeeltern eine wesentliche Rolle für die angestrebte soziale Entwicklung des Kindes spielen. Zu berücksichtigen ist auch, dass das betroffene Pflegekind selbst auf die Entscheidung zur Umsiedelung der Pflegefamilie zumindest rechtlich keinen bzw. allenfalls geringen Einfluss hat. In solchen Fällen dürfte deshalb auch in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens die Fortsetzung der Leistung im Ausland die Regel zu sein haben und allenfalls unterbleiben können, wenn besondere Umstände des Einzelfalls dem entgegenstehen<sup>105</sup> oder wenn vom bisher leistenden deutschen Jugendhilfeträger zumindest eine Übernahme des Hilfefalls seitens der zuständigen Jugendhilfebehörde des neuen Aufenthaltsstaates initiiert worden ist. Die mit einer Weitergewährung der Hilfe verbundenen organisatorischen Schwierigkeiten und ggf. finanziellen Mehrbelastungen sind dabei als gegenüber dem zu wahrenen Kindeswohl nachrangig grundsätzlich hinzunehmen und ggf. mit Hilfe der Inanspruchnahme des Internationalen Sozialdienstes zu mindern.

#### **4. Vorrang über- und zwischenstaatlichen Rechts (Absatz 4)**

**65** Die Anwendung des § 6 SGB VIII insgesamt – also im rechtssystematischen Sinne nicht nur des Absatzes 2 – steht gemäß Absatz 4 unter dem Anwendungsvorbehalt vorrangigen über- oder zwischenstaatlichen Rechts. Dabei wiederholt Absatz 4 den Wortlaut des § 30 Abs. 2 SGB I und hat deswegen an dieser Stelle nur deklaratorische Bedeutung. Betroffen sind die Leistungen nach § 2 Abs. 2 SGB VIII; für sonstige Aufgaben nach § 2 Abs. 3 SGB VIII spielen derartige Regelungen

<sup>101</sup> EUV 492/2011; ABl. EG L 141 vom 27.05.2011, S. 1.

<sup>102</sup> Vgl. BVerwG v. 12.05.2011 - 5 C 4/10 - juris Rn. 21.

<sup>103</sup> Für Deutschland grundsätzlich in Kraft getreten am 05.04.1992, BGBl II 1992, 121 und BGBl II 1992, 990, Rücknahme des „Ausländervorbehalts“ durch Deutschland allerdings erst am 15.07.2010. Nach Art. 3 Abs. 1 UN-KRK ist bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen.

<sup>104</sup> Vgl. zu einem solchen Fall schon BVerwG v. 26.11.1981 - 5 C 56/80.

<sup>105</sup> Zu letzterem beispielhaft Bay. VGH v. 28.09.2006 - 12 ZB 04.3192: verheimlichte Auswanderung nach Australien.

für die Frage einer Handlungspflicht der deutschen Jugendhilfebehörden dem Grunde nach praktisch keine Rolle.<sup>106</sup> Das liegt daran, dass für diese Aufgaben schon nach nationalem Recht der tatsächliche Aufenthalt einer Ausländerin/eines Ausländers genügt, um ggf. eine Handlungspflicht der Jugendhilfeträger im Rahmen des SGB VIII auszulösen. Das ergibt sich im Umkehrschluss aus § 6 Abs. 2 SGB VIII.

#### a. Begrifflichkeiten

**66 Überstaatliches Recht** ist Recht, das der nationalen Rechtsordnung im Normenrang unmittelbar vorgeht. Dazu gehört für Deutschland insbesondere das Recht der Europäischen Union, soweit es zu seiner Gültigkeit nicht eines nationalen legislativen Umsetzungsaktes bedarf. Auch die **UN-KRK**<sup>107</sup> stellt überstaatliches Recht dar. Ob diese Konvention dem einzelnen Kind unmittelbar subjektive und damit ggf. einklagbare Rechtspositionen vermittelt, ist streitig.<sup>108</sup> Die Konvention wird aber zumindest bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des nationalen Rechts sowie bei der Ausübung eines etwaig vom Gesetz eingeräumten Ermessensspielraums zu beachten sein.<sup>109</sup> Allerdings ist zu beachten, dass die Konvention nach der Rechtsprechung<sup>110</sup> nicht selbst regelt, wie die Minderjährigkeit einer Person zu bestimmen ist, oder dass in Zweifelsfällen von Minderjährigkeit auszugehen ist. Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang mit Blick auf die Leistungen der Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII auch die in Deutschland am 26.03.2009 in Kraft getretene **UN-Behindertenrechtskonvention**.<sup>111</sup>

**67 Zwischenstaatliches Recht** sind völkerrechtlich verbindliche Abkommen, die die Bundesrepublik mit einem oder mehreren anderen Staaten getroffen und sodann innerstaatlich durch Ratifizierung und den Erlass eines Zustimmungsgesetzes (Art. 59 Abs. 2 GG) umgesetzt hat. Es erlangt rechtliche Wirksamkeit erst mit der dadurch erfolgten Übernahme in die deutsche Rechtsordnung. Dazu gehört u.a. auch die Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK – vom 04.11.1950, die in Deutschland formal den Rang eines einfachen Bundesgesetzes hat.<sup>112</sup> Von Bedeutung sind im Bereich des Kinder- und Jugendhilferechts insbesondere Art. 12 EMRK, Art. 8 EMRK und Art. 14 EMRK. Maßgebende Richtschnur für die Auslegung der EMRK ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), die für sich den Anspruch erhebt, unmittelbare Bindungswirkung auch für deutsche Gerichte und Behörden zu entfalten. Nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>113</sup> sind die Urteile des EGMR von den nationalen Behörden und Gerichten „zu berücksichtigen“. Wie weit diese Berücksichtigung zu gehen hat, ist aber noch nicht endgültig geklärt.

<sup>106</sup> Ebenso *Elmayer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 29; **differenzierend Bohnert** in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 88a SGB VIII Rn. 17 ff., die vom Begriff der „Schutzmaßnahme“ im Sinne des KSÜ insbesondere die Inobhutnahme erfasst sieht. Das mag zwar richtig sein, spielt aber für den Regelungsinhalt des § 6 Abs. 4 SGB VIII keine Rolle, soweit dieser sich auf Absatz 2 der Norm und damit auf die Frage bezieht, ob Ausländern Leistungen gewährt werden können.

<sup>107</sup> Für Deutschland grundsätzlich in Kraft getreten am 05.04.1992, BGBl II 1992, 121 und BGBl II 1992, 990, Rücknahme des „Ausländerdervorbehalts“ durch Deutschland allerdings erst am 15.07.2010.

<sup>108</sup> Im Wesentlichen nur als Auslegungskriterium für das bestehende nationale Recht angesehen u.a. von *Münder* in: Frankfurter Komm., SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 12; *Kern* in: Schellhorn/Fischer/Mann/Kern, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 33; *Elmayer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 48; **a.A.** im Sinne einer unmittelbaren Anwendbarkeit für die sog. „Grundprinzipien“ in Art. 2, 3, 4, 6 und 12 UN-KRK: *Skutta*, NDV 2010, 453, 454 m.w.N.

<sup>109</sup> So auch *Kunkel* in: Jans/Happe/Saubier/Maas, Jugendhilferecht, § 6 SGB VIII Rn. 90.

<sup>110</sup> VG Göttingen v. 17.07.2014 - 2 B 195/14 - juris Rn. 48; OVG Hamburg v. 09.02.2011 - 4 Bs 9/11 - juris Rn. 101.

<sup>111</sup> Gesetz vom 21.12.2008, BGBl II 2008, 1419.

<sup>112</sup> Neubekanntmachung am 17.05.2002, BGBl II 2002, 1054.

<sup>113</sup> BVerfG v. 01.02.2007 - 2 BvR 126/04; BVerfG v. 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04; BVerfG v. 04.05.2011 - 2 BvR 2333/08 - juris Rn. 89.



### b. Einzelne Regelwerke

**68** In der Praxis sind neben dem unmittelbar geltenden EU-Recht – namentlich den bereits oben erwähnten Art. 20, 21 und 45 AEUV sowie der Verordnung Nr. 492/2011<sup>114</sup> – insbesondere eine Reihe von sozialrechtlichen Abkommen in den Blick zu nehmen.

#### aa. Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA bzw. MSÜ)

**69** Das gilt zunächst für das Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA/MSÜ) vom 05.10.1961<sup>115</sup>, das, soweit nicht nunmehr das KSÜ greift, in Deutschland für alle nach hiesigem sowie kumulativ nach dem Recht des Herkunftsstaates Minderjährigen Anwendung findet, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland begründet haben, unabhängig davon, ob der Herkunftsstaat dem MSA/MSÜ beigetreten ist. In dringenden Fällen (Art. 9 MSA/MSÜ) reicht auch der tatsächliche Aufenthalt. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im MSA/MSÜ ist allerdings nicht mit demjenigen des § 30 Abs. 3 Satz 2 SGB I identisch, sondern autonom nach der Intention des MSA/MSÜ zu bestimmen, wonach zum Schutz des Kindes durch wohnortnahe Behörden grundsätzlich das Recht anwendbar sein soll, das für die soziale Umwelt gilt, in der das Kind lebt. Maßgeblich ist damit für die Bestimmung seines g. A. nach dem MSA/MSÜ der tatsächliche Mittelpunkt seiner Lebensführung. Anhaltspunkte dafür sind vor allem die Dauer des Aufenthalts und das Maß der sozialen Eingliederung, wobei an die Aufenthaltsdauer keine allzu großen Anforderungen zu stellen sind. Das bedeutet, dass bereits zu Beginn des tatsächlichen Aufenthalts in Deutschland im Sinne des MSA/MSÜ ein gewöhnlicher Aufenthalt entstehen kann, wenn der Aufenthalt von vornherein auf eine längere Dauer angelegt ist. Praktisch bedeutsam wird das insbesondere für unbegleitete eingereiste Flüchtlinge, da deren Aufenthalt wegen bestehender rechtlicher oder tatsächlicher Abschiebungshindernisse in aller Regel nicht in absehbarer Zeit beendet werden kann.<sup>116</sup> Die Rechtsprechung nimmt in diesen Fällen zumindest nach 6 Monaten die Begründung eines g. A. im Sinne des MSA/MSÜ an<sup>117</sup>; in der Literatur<sup>118</sup> wird weitergehend vertreten, dass unbegleitete minderjährige Flüchtlinge unmittelbar mit ihrer Einreise einen g. A. im Sinne des MSA/MSÜ begründen. Das MSA/MSÜ ermöglicht den Minderjährigen die Inanspruchnahme von Schutzmaßnahmen seitens der Behörden; dazu gehören auch Leistungen der Jugendhilfe im Sinne von § 2 Abs. 2 SGB VIII.<sup>119</sup>

#### bb. Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ)<sup>120</sup>

**70** Das MSA/MSÜ wird mit Wirkung ab dem 01.01.2011 für die beigetretenen Mitgliedstaaten vom Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ) vom 19.10.1996 überlagert.<sup>121</sup> Das KSÜ gilt nach seinem Art. 2 für alle Minderjährigen, d.h. für Kinder von der Geburt bis zur Vollendung des

<sup>114</sup> EUV 492/2011; ABl. EG L 141 vom 27.05.2011, S. 1.

<sup>115</sup> Vom 05.10.1961, BGBl II 1971, 217 und BGBl II 1971, 1150.

<sup>116</sup> **A.A.** offenbar *Bohnert* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 88a SGB VIII Rn.19 m.w.N., die die Begründung eines g. A. nach dem KSÜ nur „mit dem Willen des Sorgeberechtigten“ für möglich hält. Für das Jugendhilferecht hat das aber keine Bedeutung, weil zum einen dort schon nach nationalem Recht ein Minderjähriger ggf. auch ohne oder gegen den Willen d. Sorgeberechtigten einen eigenen g. A. begründen kann und zum anderen bei der allein interessierenden Gruppe der unbegleiteten minderjährigen Ausländer bereits zeitnah nach Feststellung der Einreise und der daran sich regelmäßig anschließenden (vorläufigen) Inobhutnahme ein (Amts-)Vormund bestellt wird, der das Aufenthaltsbestimmungsrecht ebenso regelmäßig dahingehend ausübt, dass der Aufenthalt d. Minderjährigen bis auf Weiteres in Deutschland sein soll. Vor diesem Vorgang wird in der Praxis die Gewährung von Jugendhilfeleistungen regelmäßig sowieso nicht im Raume stehen.

<sup>117</sup> BVerwG v. 24.06.1999 - 5 C 24/98.

<sup>118</sup> *Elmayer* in: Wiesner, SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 38 m.w.N.

<sup>119</sup> Vgl. DIJuF-Rechtsgutachten v. 11.02.2008 - J 8.112 Kü - JAmt 2008, 86 ff.; **differenzierend** nach dem Aufenthaltsstatus demgegenüber *Bohnert* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 88a SGB VIII Rn. 17 ff.

<sup>120</sup> Vgl. hierzu auch den instruktiven Aufsatz von *Schulz*, FamRZ 2011, 156 ff., sowie den Aufsatz von *Schwarz*, JAmt 2011, 438 ff.

<sup>121</sup> BGBl II 2010, 1527.

18. Lebensjahres. Bei Zweifeln an einer bestehenden Minderjährigkeit kann von dem hilfesuchenden jungen Menschen nach § 62 SGB I verlangt werden, sich in angemessenem Umfang medizinischen Untersuchungen zur Feststellung des Alters zu unterziehen. Bei einer Weigerung können Jugendhilfeleistungen nach der Rechtsprechung<sup>122</sup> wegen fehlender Mitwirkung versagt werden.

- 71** Das KSÜ knüpft wie das MSA/MSÜ an die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes in einem der Vertragsstaaten (über 40 Staaten, u.a. alle EU-Länder außer Dänemark<sup>123</sup>) an. Der Begriff ist ebenso wie dort autonom nach dem Zweck des Abkommens zu definieren und hat danach denselben Bedeutungsinhalt. Nach Art. 6 Abs. 1 KSÜ ist für Flüchtlingskinder derjenige Staat zuständig, auf dessen Territorium sich das Kind „befindet“, d.h. es reicht dafür ein tatsächlicher Aufenthalt. Der Begriff „Flüchtlingskind“ selbst ist im KSÜ allerdings nicht definiert. Anders als noch im MSA/MSÜ sind in Art. 3 KSÜ im Einzelnen die Schutzmaßnahmen und in Art. 4 KSÜ die nicht darunter fallenden Gegenstände beschrieben. Damit hat sich die noch unter Geltung des MSA/MSÜ geführte Diskussion um die Einbeziehung von Maßnahmen freier Träger der Jugendhilfe in den Geltungsbereich bejahend erledigt. Alle jugendhilferechtlichen Maßnahmen, egal ob Leistungen im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB VIII oder sonstige Maßnahmen im Sinne des § 2 Abs. 3 SGB VIII, fallen unter das KSÜ (Art. 3d-3f).<sup>124</sup> Das bedeutet praktisch, dass für alle ausländischen Kinder unabhängig vom Aufenthaltsstatus die notwendigen Schutzmaßnahmen zu treffen sind.<sup>125</sup> Nähere Einzelheiten dazu enthält insbesondere der sog. Lagarde-Bericht.<sup>126</sup>
- 72** Von besonderer Bedeutung ist das KSÜ im Übrigen auch für alle Fälle einer **grenzüberschreitenden Unterbringung von Kindern**<sup>127</sup>, soweit dafür nicht die Brüssel II a-VO (vgl. Rn. 74) anzuwenden ist. Nach Art. 33 KSÜ ist eine solche Unterbringung in einem Heim oder in einer Pflegefamilie in einem anderen Vertragsstaat stets von der vorherigen **Zustimmung der zuständigen Behörden dieses Staates** unter Berücksichtigung des Kindeswohls abhängig. An die Behörden dieses Staates ist deshalb vor der Unterbringung ein entsprechendes Ersuchen zu stellen, dem ein Bericht über das Kind und die Gründe für den Unterbringungsvorschlag beizufügen sind.
- 73** Ein Problem ist, dass das KSÜ öffentliche Maßnahmen allgemeiner Art in Angelegenheiten der Erziehung und Gesundheit, aber etwa auch Maßnahmen, die infolge von Straftaten, die die Kinder begangen haben, angeordnet werden, von seinem Anwendungsbereich ausnimmt. Ob eine nach den §§ 27 ff. SGB VIII geplante Auslandsmaßnahme unter das KSÜ bzw. ggf. vorrangig unter die Brüssel II a-VO fällt, ist deshalb wohl nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.

<sup>122</sup> OVG Hamburg v. 09.02.2011 - 4 Bs 9/11; OVG NW v. 29.09.2014 - 12 B 923/14 - juris Rn. 23 ff.

<sup>123</sup> [www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Staatenliste/Staatenliste\\_node.html](http://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Staatenliste/Staatenliste_node.html) (abgerufen am 29.05.2018).

<sup>124</sup> Das DIJuF-Rechtsgutachten v. 11.01.2016 - J 8.010/J 8.112 Bm - JAmt 2016, 129 ff., bejaht zu Recht über das KSÜ einen Zugang von Flüchtlingsfamilien zu den sog. „Frühen Hilfen“, wie z.B. Familienhebammen, soweit deren Vorhaltung an das SGB VIII angebunden ist.

<sup>125</sup> **Differenzierend Bohnert** in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 88a SGB VIII Rn. 22: KSÜ eröffnet keinen Zugang zu Leistungen der Jugendhilfe für sich illegal in Deutschland aufhaltende ausländische Minderjährige. Die praktische Relevanz dieser Frage dürfte gering sein. Denn entweder ist für die/den Minderjährigen ein Asylantrag gestellt oder gilt gemäß § 14a AsylG als gestellt, dann ist der Aufenthalt für die Dauer des Asylverfahrens rechtmäßig. Oder es besteht zumindest in den meisten Fällen eine Duldung, was dann nach § 6 Abs. 2 SGB VIII den Zugang zu Leistungen eröffnet. Übrig bleiben deshalb nur die Fälle, in denen keine Duldung erteilt, sondern lediglich eine Grenzübertrettsbescheinigung ausgestellt wird. Auch davon betroffenen ausländischen Minderjährigen sind aber die „notwendigen Schutzmaßnahmen“ zu gewähren, ggf. nicht in der Ausgestaltung als Leistung.

<sup>126</sup> BR-Drs. 14/09, S. 35, 44; vgl. auch das DIJuF-Rechtsgutachten v. 19.07.2011 - J 8.010 DE - JAmt 2011, 459 f.

<sup>127</sup> Zur Anwendbarkeit des KSÜ auf Fälle einer gewünschten grenzüberschreitenden Jugendhilfeleistung vgl. anschaulich DIJuF-Rechtsgutachten v. 15.10.2015 - J 8.010/J 5.110/ J 6.100 Go/LS - JAmt 2015, 602 ff., das dort u.a. einen Fall bewertet hat, in dem in Deutschland lebende EU-Ausländer für ihr Kind eine stationäre Jugendhilfeleistung in Anspruch nehmen wollen, die in ihrem Heimatland erbracht werden soll. Das DIJuF sieht zu Recht den für den deutschen Wohnort zuständigen örtlichen Jugendhilfeträger als nach dem KSÜ (international) zuständig an und hält auch in der Sache die Gewährung der Hilfe in der gewünschten Ausgestaltung grundsätzlich für möglich.

len.<sup>128</sup> Es empfiehlt sich deshalb für das fallverantwortliche Jugendamt auf jeden Fall, im Rahmen der Hilfeplanung und vor einer Umsetzung einer derartigen Maßnahme mit dem für die Herstellung des Kontakts zu den Behörden des Zielstaates zuständigen **Bundesamt der Justiz** in Kontakt zu treten und sich von dort rechtlich beraten zu lassen. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund des § 89f Abs. 1 SGB VIII, wonach eine Kostenerstattung auf diejenigen Kosten beschränkt ist, die bei der rechtmäßigen Anwendung des SGB VIII entstanden sind.

#### cc. Brüssel II a-Verordnung vom 27.11.2003

- 74** Die VO (EG) 2201/2003 vom 27.11.2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der VO (EG) 1347/2000 – Brüssel II a-Verordnung<sup>129</sup> – gilt für alle Minderjährigen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem der Mitgliedstaaten der EU (mit Ausnahme Dänemarks) haben. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts ist inhaltsgleich wie beim MSA/MSÜ und beim KSÜ zu bestimmen.<sup>130</sup> Die Verordnung geht, soweit es um die Fragen der internationalen Zuständigkeit der Gerichte sowie die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung geht, dem KSÜ vor. Die konkrete Abgrenzung der Anwendungsbereiche dieser Regelwerke voneinander ist allerdings rechtsdogmatisch noch nicht abgeschlossen.<sup>131</sup> Geklärt ist in der Rechtsprechung des EuGH jedoch, dass der Begriff der „Zivilsachen“ im Sinne dieser Verordnung dahin auszulegen ist, dass er auch Maßnahmen umfasst, die in der Rechtsordnung eines Mitgliedstaats dem öffentlichen Recht unterliegen.<sup>132</sup> Praktische Auswirkungen im Bereich der Jugendhilfe ergeben sich u.a. in Fällen, in denen eine **stationäre Jugendhilfemaßnahme im Ausland** durchgeführt werden soll. Dafür muss in der Regel vor Beginn der Maßnahme ein **Konsultationsverfahren** mit der zuständigen Behörde des Ziellandes nach Art. 56 der VO ggf. über das **Bundesamt für Justiz** durchgeführt werden. Nähere Informationen dazu sind auf der Homepage des Bundesamtes für Justiz zu finden.<sup>133</sup>

#### dd. Europäisches Fürsorgeabkommen (EFA)

- 75** Das EFA<sup>134</sup> findet nur für die Staatsangehörigen der Vertragsstaaten (Belgien, Deutschland, Dänemark, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Island, Italien, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Schweden, Spanien und die Türkei) Anwendung. Es regelt nach seinem Art. 1 „Leistungen der sozialen und Gesundheitsfürsorge“. Davon umfasst sind nach Anhang I des EFA auch die Leistungen nach den §§ 27, 32-35, 41, 39 SGB VIII. Die Vertragsparteien haben sich in dem Abkommen zur Gleichbehandlung der Staatsangehörigen der anderen Vertragsstaaten mit ihren eigenen verpflichtet. Anknüpfungspunkt ist allerdings ein erlaubter Aufenthalt der jeweiligen Anknüpfungsperson, was sich nach dem jeweiligen nationalen Recht beurteilt.

<sup>128</sup> Schulz, FamRZ 2011, 156, 162.

<sup>129</sup> EGV 2201/2003; ABI. EG L 338 vom 23.12.2003, S. 1.

<sup>130</sup> Zur Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthalts von Kindern nach Maßgabe des Art. 8 Brüssel IIa-VO vgl. auch OLG Stuttgart v. 06.05.2014 - 17 UF 60/14 - juris Rn. 23; OLG Karlsruhe v. 17.01.2018 - 18 UF 185/17 - juris Rn. 15.

<sup>131</sup> Münder in: Frankfurter Komm., SGB VIII, § 6 SGB VIII Rn. 15.

<sup>132</sup> EuGH v. 02.04.2009 - C-523/07 - ECLI:EU:C:2009:225, für den Fall einer nach dem nationalen öffentlichen Recht durchgeführten Inobhutnahme.

<sup>133</sup> [www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Unterbringung/Unterbringung.html](http://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/HKUE/Unterbringung/Unterbringung.html) (abgerufen am 29.05.2018).

<sup>134</sup> Vom 11.12.1953, BGBl II 1956, 563.

**ee. Deutsch-schweizerische Fürsorgevereinbarung vom 04.07.1952**

**76** Die deutsch-schweizerische Fürsorgevereinbarung<sup>135</sup> regelte im Kern, dass den sich im Staatsgebiet aufhaltenden hilfebedürftigen Angehörigen des anderen Vertragsstaates in gleicher Weise und unter gleichen Bedingungen wie den eigenen Angehörigen die nötige Fürsorge zu gewähren war. Diese Vereinbarung trat allerdings zum 31.03.2006 außer Kraft. Das DIJuF geht deshalb von der Anwendbarkeit des MSA bzw. des KSÜ aus.<sup>136</sup>

**ff. Deutsch-österreichisches Fürsorgeabkommen vom 17.01.1966**

**77** Das deutsch-österreichische Fürsorgeabkommen<sup>137</sup> regelt in vergleichbarer Weise die gegenseitige Gewährung von Maßnahmen der Fürsorge und Jugendwohlfahrtspflege an die Angehörigen des jeweils anderen Vertragsstaates. Es geht allerdings in seinem Art. 3 davon aus, dass den Angehörigen eines Vertragsstaates auch bei Aufenthalt in dem jeweils anderen Vertragsstaat von Seiten des Heimatstaates Fürsorge gewährt werden kann. Das bedeutet, dass für in Österreich lebende Deutsche eine Zuständigkeit der deutschen Jugendhilfebehörden nicht ausgeschlossen ist.<sup>138</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerwG<sup>139</sup> setzt die Anwendbarkeit des Abkommens (auf ein in Deutschland lebendes österreichisches Kind) nicht voraus, dass die Bedürftigkeit erst nach der Aufnahme im Bundesgebiet eingetreten war.

**gg. Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut**

**78** Nach Art. 13 Abs. 1 Satz 1 des Zusatzabkommens zum NATO-Truppenstatut vom 03.08.1959<sup>140</sup>, das ebenfalls zu den von Absatz 4 erfassten vorrangigen Regelwerken gehört<sup>141</sup>, werden zwischenstaatliche Abkommen oder andere im Bundesgebiet geltende Bestimmungen über soziale Sicherheit und Fürsorge auf Mitglieder einer Truppe, eines zivilen Gefolges und deren Angehörige<sup>142</sup> nicht angewendet, soweit nicht etwas anderes ausdrücklich geregelt ist. Grundsätzlich gehören zu diesen Bestimmungen auch die Regelungen des SGB VIII.<sup>143</sup> Das führt jedoch nicht gleichsam automatisch zu einer umfassenden Nichtanwendbarkeit des SGB VIII auf diesen Personenkreis. Nach gut begründeter Auffassung des DIJuF kommt es im Wege einer teleologischen Reduktion von Art. 13 des Zusatzabkommens unter Berücksichtigung seiner Entstehungsgeschichte und Intention vielmehr allgemein für eine gleichwohl eröffnete Anwendbarkeit des SGB VIII maßgeblich darauf an, ob das betroffene Kind oder der Hilfe beanspruchende Elternteil z.B. über die Staatsangehörigkeit und/oder die Integration in das deutsche Bildungssystem (auch) in einer Rechtsbeziehung zum deutschen Staat steht.<sup>144</sup> Ungeachtet der Frage, ob es sich bei einer bestimmten Maßnahme um eine Sozialleistung im Sinne des § 11 SGB I bzw. eine Leistung im Sinne von § 2 Abs. 2 SGB VIII oder um eine andere Aufgabe im Sinne des § 2 Abs. 3 SGB VIII handelt, greift

<sup>135</sup> BGBl II 1953, 31.

<sup>136</sup> Vgl. DIJuF-Rechtsgutachten v. 05.06.2008 - J 4.170/j.8010 Ad - JAmt 2008, 420, 421 f.

<sup>137</sup> BGBl II 1966, 1.

<sup>138</sup> So auch DIJuF-Rechtsgutachten v. 05.06.2008 - J 4.170/ J 8.010 Ad - JAmt 2008, 420, 421.

<sup>139</sup> BVerwG v. 19.06.80 - 5 C 66/79.

<sup>140</sup> Vgl. Gesetz zur Übernahme des ZA-NATO-TSt. in das Bundesrecht vom 18.08.1961, BGBl II 1961, 1183, Inkrafttreten mit Wirkung vom 01.07.1963 gemäß Bek. vom 16.06.1963, BGBl II 1963, 745.

<sup>141</sup> Vgl. DIJuF-Rechtsgutachten v. 02.03.2009 - IA 1.700 Ad - JAmt 2009, 125 und 247.

<sup>142</sup> Zur Abgrenzung dieses Personenkreises vgl. VG Neustadt v. 04.06.2012 - 4 K 208/12.NW - juris Rn. 24 ff.

<sup>143</sup> VG Bayreuth v. 14.02.2005 - B 3 K 04.1114 - juris Rn. 26; DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2005, 297; BVerwG v. 23.10.2008 - 5 C 5/08 - juris Rn. 13; DIJuF-Rechtsgutachten v. 02.03.2009 - IA 1.700 Ad - JAmt 2009, 125 und 247.

<sup>144</sup> DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2009, 247; Gerstein, ZKJ 2013, 345; vgl. auch BSG v. 25.02.1992 - 4 RA 34/91; Bay. VGH v. 30.01.2012 - 12 BV 11.1787, zum Anspruch auf Förderung des KiTa-Besuchs eines Kindes einer deutschen Staatsangehörigen, die mit einem Angehörigen der US-Truppe verheiratet ist.

der Anwendungsausschluss aus Art. 13 des Zusatzabkommens aber grundsätzlich immer dann, wenn ausschließlich die Beziehungen der Truppenmitglieder und deren Angehörigen untereinander und zum Entsendestaat betroffen sind. Daraus kann z.B. die Unzulässigkeit der Inobhutnahme eines dem Zusatzabkommen unterfallenden Kindes wegen Kindeswohlgefährdung auf Grund Vernachlässigung jedenfalls dann folgen, wenn das betroffene Kind keine Rechtsbeziehungen zum deutschen Staat unterhält und nicht in das hiesige Sozialsystem integriert ist. In einem solchen Fall besteht allerdings die Amtspflicht, die zuständigen ausländischen Behörden bzw. die Militärbehörden zu informieren.<sup>145</sup>

---

<sup>145</sup> DIJuF-Rechtsgutachten v. 02.03.2009 - IA 1.700 Ad - JAmt 2009, 125 und 247.