

# Rechtsgrundlagen der ombuderschaftlichen Tätigkeit

## – Handlungs- bzw. Vertretungsbefugnisse und ihre Grenzen

von Rechtsanwältin Gila Schindler

vom 26. Juni 2019



## VORWORT

Ombudtschaftliche Arbeit erfordert neben der Beratung von Ratsuchenden immer wieder auch deren Begleitung und gegebenenfalls Vertretung im Rahmen von jugendhilferechtlichen Verwaltungsverfahren. § 13 SGB X räumt den Beteiligten eines Verwaltungsverfahrens das Recht ein, sich in Verhandlungen und Besprechungen durch eine\*n Bevollmächtigte\*n vertreten oder von einem Beistand unterstützen zu lassen. In der ombudtschaftlichen Praxis stehen Beraterinnen und Berater diesbezüglich immer wieder vor Hürden und Unklarheiten. Insbesondere hinsichtlich folgender Fragen bestehen regelmäßig Rechtsunsicherheiten:

- Welche Rechte haben Beistände und Bevollmächtigte im Allgemeinen und welche Handlungs- und Vertretungsbefugnisse haben Ombudspersonen im Besonderen?
- Was bedeutet Verfahrensbeteiligung im ombudtschaftlichen Kontext?
- Unter welchen Voraussetzungen ist die Zurückweisung von Ombudspersonen als Bevollmächtigte\*r oder Beistand legitimiert?
- Gelten Kinder und Jugendliche als Beteiligte im Sinne des §13 SGB X, auch wenn sie selbst keinen eigenen Hilfsanspruch gemäß SGB VIII haben?

Mit dem vorliegenden Rechtsgutachten, welches im Rahmen des Pilotprojekts zur Einrichtung einer unabhängigen Bundeskoordinierungsstelle „Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe“ entstanden ist wollen wir die genannte Thematik intensiver beleuchten und über verwaltungsrechtliche Möglichkeiten, Befugnisse und Grenzen der ombudtschaftlichen Tätigkeit aufklären.

Wir danken Gila Schindler für die Übernahme des Auftrags. Die Erstellung des Gutachtens wurde vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend finanziell gefördert. Wir danken darüber hinaus den Ombudsstellen des Bundesnetzwerks Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe und insbesondere der Stiftung Kinderland Baden-Württemberg, die die Realisierung des Gutachtens durch finanzielle Zuschüsse ermöglicht haben.

Indem das Gutachten einen Überblick über die Rechtsgrundlagen ombudtschaftlicher Vertretung und Begleitung in der Kinder- und Jugendhilfe gibt, Fragen im Hinblick auf ombudtschaftliche Vertretung und Begleitung im Verwaltungsverfahren beantwortet und über Voraussetzungen, Inhalte und den Umfang der Tätigkeit von Bevollmächtigten und Beiständen aufklärt, leistet es einen wesentlichen Beitrag für die ombudtschaftliche Arbeit und trägt zur Rechtssicherheit im Verwaltungsverfahren bzw. ombudtschaftlichen Verfahren in der Kinder- und Jugendhilfe bei. Das Gutachten eröffnet zudem neue und für das jugendhilferechtliche Verwaltungsverfahren spannende Perspektiven, indem es zusätzlich auf Besonderheiten im Bundesteilhabegesetz eingeht.

Die im Gutachten besprochenen Fallbeispiele aus Ombudsstellen des Bundesnetzwerks wurden im Rahmen des Fachsymposiums „Gut beraten und vertreten? Möglichkeiten und Grenzen von Beiständen und Bevollmächtigten im jugendhilferechtlichen Verfahren und ihre Bedeutung für die Ombudsarbeit“ am 24. Juni 2019 gemeinsam mit Gila Schindler diskutiert.

Wir wünschen eine anregende Lektüre!

Bundesnetzwerk Ombudschaft  
in der Kinder- und Jugendhilfe  
- Pilotprojekt -

Berlin, im Oktober 2019

## INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	3
A. Sachverhalt und Gutachtenauftrag	6
B. Begutachtung	7
I. Tätigkeiten im Rahmen der Ombudschaft	7
II. Rechtsgrundlagen ombudschaftlicher Vertretung in der Kinder- und Jugendhilfe	7
1. Inhalte ombudschaftlicher Tätigkeit	7
a. Beratung	8
b. Begleitung	8
c. Unterstützung	8
d. Vertretung	9
2. Anspruch auf ombudschaftliche Begleitung und Unterstützung	9
a. Beschwerde in persönlichen Angelegenheiten	10
b. Befugnis zur ombudschaftlichen Begleitung und Unterstützung	11
c. Einführung einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage für Ombudsstellen	13
d. Rollenfindung im sozialrechtlichen Verwaltungsverfahren	14
III. Ombudschaftliche Vertretung im Sozialverwaltungsverfahren	15
1. Verwaltungsverfahren	15
2. Beteiligte des Verfahrens (§ 12 SGB X)	17
a. Formal-rechtliche Voraussetzungen der Beteiligtenstellung	17
aa. Beteiligungsfähigkeit	17
bb. Handlungsfähigkeit	17
(1) Zivilrechtlich partielle Geschäftsfähigkeit	18
(2) Öffentlich-rechtliche Vorschriften bzgl. der Handlungsfähigkeit	19
(3) Verfassungsrechtlich bedingte Handlungsfähigkeit	20
b. Materiell-rechtliche Anforderungen an die Beteiligtenstellung	23
aa. „Geborene“ Beteiligte	24
(1) Sorgeberechtigte Eltern	25
(2) Junge Volljährige	26
(3) Vormund, Ergänzungspfleger, rechtliche Betreuer	26
(4) Kinder und Jugendliche	26
•Beteiligtenstellung als Antragsteller*in	27
•Zulässigkeit und Wirksamkeit des „Antrags“ Minderjähriger	28
•Beteiligtenstellung als Adressat*in	29
(5) Nicht sorgeberechtigte Eltern	29

bb. „Gekorene“ Beteiligte	29
(1) Rechtliche Interessen	30
(2) Einfache oder notwendige Hinzuziehung	30
(3) Hinzuziehung nicht sorgeberechtigter Eltern	32
(4) Formalien der Hinzuziehung	32
c. Mehrheit von Beteiligten und Konflikte	32
3. Voraussetzungen, Inhalt und Umfang der Tätigkeit von Bevollmächtigtem/ Bevollmächtigter und Beistand	33
a. Bevollmächtigte*r	33
b. Beistand	37
4. Grenzen der Vertretung	38
a. Zurückweisung bei Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz	38
b. Zurückweisung wegen fehlender Eignung oder Unfähigkeit	42
c. Form der Zurückweisung	43
d. Sondersituationen	43
aa. Mehrheit von Bevollmächtigten/Beiständen	43
bb. Unterstützung im gerichtlichen Verfahren	44
cc. Datenschutz	44
IV. Besonderheiten BTHG	45
1. Ergänzende unabhängige Teilhabeberatung § 32 SGB IX	46
2. Beratung und Unterstützung nach § 106 SGB IX	47
V. Praxisteil – Beispielfälle	48
Fallbeispiel 1	48
Fallbeispiel 2	49
Fallbeispiel 3	50
Fallbeispiel 4	51
Fallbeispiel 5	52
<b>C. Zusammenfassung</b>	<b>54</b>
<b>D. Literaturverzeichnis</b>	<b>57</b>
<b>Impressum</b>	<b>61</b>

## A. SACHVERHALT UND GUTACHTENAUFTRAG

Ombuds- und Beschwerdestellen in der Kinder- und Jugendhilfe sind ein vergleichbar junges Phänomen, das seit etwa 15 Jahren mit ihrer zunehmenden Etablierung und Professionalisierung zu beobachten ist.<sup>1</sup> Die Diskussion um Inhalt, Ziel und Rechtsgrundlage der Tätigkeit von Ombuds- und Beschwerdestellen hat mit den Abschlussberichten der Runden Tische Heimerziehung und sexueller Kindesmissbrauch Fahrt aufgenommen. Die Aufarbeitungen und Ergebnisse der Runden Tische bezogen sich insbesondere auf die Erkenntnis, dass ein wesentlicher Schritt zur Verbesserung des Schutzes von Kindern und Jugendlichen sowie zur Stärkung ihrer Rechte altersgerechte Beteiligungs- und Beschwerdemöglichkeiten sein müssen.<sup>2</sup>

Zuletzt hat der Gesetzgeber mit seinem Vorschlag zu einem § 9a SGB VIII im Rahmen des Entwurfs eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG) Ombudsstellen eine ausdrückliche Rechtsgrundlage verschaffen wollen.<sup>3</sup>

Nachdem dem Gesetzentwurf vom Bundesrat bis heute nicht zugestimmt wurde und damit wohl nicht mehr gerechnet werden darf,<sup>4</sup> lässt sich der Entwurf eines § 9a SGB VIII als Denkanregung verstehen und bietet Möglichkeit – ggf. auch für einen erneuten Anlauf –, die rechtlichen Rahmenbedingungen des ombudschaftlichen Verfahrens in der Kinder- und Jugendhilfe zu überdenken.

Unter dem Stichwort „Ombudschaft“ versammeln sich unterschiedliche Konzepte mit dem gemeinsamen Ziel, strukturelle Machtasymmetrien auszugleichen und eine faire, rechtskonforme Regelung von Streitfragen zu erreichen.<sup>5</sup> Die in der Kinder- und Jugendhilfe bislang privatrechtlich organisierten Initiativen agieren weitgehend informell, ihre Arbeit ist rechtlich kaum normiert, insbesondere verfügen sie

nicht über spezifische und ausdrücklich normierte (Auskunfts- oder Untersuchungs-)Befugnisse.<sup>6</sup>

Soweit der Schwerpunkt der ombudschaftlichen Tätigkeit in der Beratung von Leistungsberechtigten und Angehörigen vor und während des Verwaltungsverfahrens zu Fragen der Ansprüche nach dem Recht der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) sowie ihrer Ausgestaltung durch die Träger der freien Jugendhilfe liegt, richten sich Inhalt und Umfang der Tätigkeit nach dem jeweiligen eigenen fachlichen Ansatz, dem eigenen Konzept. In diesem Bereich spielen Rechtsfragen zur Legitimation des Handelns regelmäßig keine oder nur eine geringe Rolle.

Die Prämisse, über ombudschaftliche Tätigkeit für Machtausgleich zu sorgen, verlangt über die Beratung hinaus regelmäßig weitere Tätigkeiten, die sich als Begleitung, Unterstützung und Vertretung der Ratsuchenden beschreiben lassen.<sup>7</sup> Im Rahmen dieser Tätigkeiten wird die bilaterale Beziehung zu Ratsuchenden erweitert und Dritte werden in Form von Leistungserbringern oder als Träger der öffentlichen Jugendhilfe einbezogen. In dieser Situation sieht sich ombudschaftliche Tätigkeit häufig vor die Herausforderung gestellt, ihre Rolle und ihr Tun zu legitimieren. Mit dem vorliegenden Gutachten werden die Rechtsgrundlagen geprüft, die dieser Legitimation dienen.

Für die nachfolgende Begutachtung wird die ombudschaftliche Beratungspraxis mit ihrem Primat, die Beteiligten eines Verwaltungsverfahrens beim Jugendamt entsprechend ihrer Wünsche und Vorstellungen zu unterstützen,<sup>8</sup> als Ausgangspunkt gesetzt. Dabei sind die verwaltungsverfahrensrechtlichen Möglichkeiten und Befugnisse sowie die Grenzen einer solchen Begleitung und Vertretung rechtsgutachterlich zu klären.

<sup>1</sup> Arnegger, JAmt 2018, 12.

<sup>2</sup> Vgl. Runder Tisch Heimerziehung in den 50er- und 60er-Jahren, Abschlussbericht, 2010, S. 39 ff. und Runder Tisch Sexueller Kindesmissbrauch in Abhängigkeits- und Machtverhältnissen in privaten und öffentlichen Einrichtungen und im familiären Bereich, 2011, S. 21 ff.

<sup>3</sup> BT-Drucks. 18/12330, S. 3, 11, 46 f.

<sup>4</sup> <http://kijup-sgbviii-reform.de/archiv-aktuelles/>, aufgerufen 15.06.2019.

<sup>5</sup> Urban-Stahl, U. (2011). Ombuds- und Beschwerdestellen in der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland. Expertise im Auftrag des Nationalen Zentrums Frühe Hilfen (hrsg. vom Nationales Zentrum Frühe Hilfen [NZFH]). Köln: Eigenverlag. Abrufbar unter: [https://www.fruehehilfen.de/fileadmin/user\\_upload/fruehehilfen.de/pdf/Expertise\\_Ombudsstelle\\_low2.pdf](https://www.fruehehilfen.de/fileadmin/user_upload/fruehehilfen.de/pdf/Expertise_Ombudsstelle_low2.pdf), S. 9 ff., aufgerufen am 15.06.2019. Urban-Stahl, U. (2014). Unabhängige Ombudsstellen – Neuland in der Kinder- und Jugendhilfe. Zeitschrift für Sozialpädagogik (ZfSp), 12 (1), 11-31.

<sup>6</sup> Smessaert, Fritschle, ZJJ, 2015, 359.

<sup>7</sup> Selbstverständnis Bundesnetzwerk Ombudschaft Kinder- und Jugendhilfe, [https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/BNW\\_Brosch%C3%BCre\\_Selbstverst%C3%A4ndnis\\_FINAL.pdf](https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/BNW_Brosch%C3%BCre_Selbstverst%C3%A4ndnis_FINAL.pdf), abgerufen am 15.06.2019.

<sup>8</sup> Ebd. S. 8.

## B. BEGUTACHTUNG

### I. Tätigkeiten im Rahmen der Ombudschaft

Wie einleitend festgestellt, versammeln sich unter dem Stichwort „Ombudschaft“ in der Kinder- und Jugendhilfe die unterschiedlichsten Konzepte. Gemeinsam ist ihnen in aller Regel das Ziel, strukturelle Machtasymmetrien auszugleichen.<sup>9</sup> „Ombudsmann“ ist die eingedeutschte Form eines schwedischen Begriffs. „Ombud“ (von ursprünglich „umboð“ im Sinne von Macht, Autorität) bezeichnet eine Person, die als Bevollmächtigter bzw. als Beauftragter eines anderen handelt.<sup>10</sup> Ganz gleich, welches konkrete Konzept ombudschaftliche Initiativen in der Kinder- und Jugendhilfe verfolgen, ist ihnen gemein, dass sie im Interesse einer Person tätig werden, die in irgendeiner Weise von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe betroffen ist oder sein kann.<sup>11</sup>

Bei der Betätigung im Interesse eines anderen stellt sich die Frage nach den rechtlichen Grundlagen und

Befugnissen, wenn die Betätigung im Außenverhältnis, also gegenüber Dritten und insbesondere gegenüber einer Behörde, erfolgen soll. In diesem Fall kommt es für die Wirksamkeit der Tätigkeit in besonderer Weise darauf an, ob die Interessenvertretung auch rechtskräftig vorgenommen werden kann.

Diese Frage erhält in der Kinder- und Jugendhilfe zusätzliche Bedeutung, wenn diejenigen, die um Beratung und Unterstützung bitten, minderjährig sind und ihre Wünsche im Einzelfall von den Vorstellungen ihrer Sorgeberechtigten abweichen. Hier stellt sich die Frage der rechtswirksamen Vertretung eines/einer Minderjährigen nicht allein gegenüber einer Behörde als Leistungsträger, sondern zugleich auch im Verhältnis zu den sorgerechtl. Befugnissen seiner/ihrer gesetzlichen Vertreter\*innen.

### II. Rechtsgrundlagen ombudschaftlicher Vertretung in der Kinder- und Jugendhilfe

Es ist im Folgenden zunächst zu prüfen, ob das Recht der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) spezifische Rechtsgrundlagen zur Befugnis der parteilichen Vertretung von Ratsuchenden gegenüber Dritten vorhält, die Ratsuchenden einen eigenen Rechtsanspruch auf diese Form der Unterstützung geben und den Beratenden eine Legitimation für ihre Tätigkeit verschaffen.

#### 1. Inhalte ombudschaftlicher Tätigkeit

Im Hinblick auf die Befugnis der ombudschaftlichen Tätigkeit ist zunächst die Frage nach dem konkreten

Inhalt der Tätigkeit zu stellen. Denn die Befugnis zum Tätigwerden unterscheidet sich selbstverständlich danach, ob die Tätigkeit mit Rechten und Interessen Dritter bzw. hoheitlichen Befugnissen staatlicher Behörden kollidiert.

Als Tätigkeiten im Bereich der Ombudschaft kommen insbesondere Beratung, Begleitung, Unterstützung und Vertretung in Betracht. Diese Begriffe sind in Bezug auf ihren rechtlichen Gehalt keineswegs selbsterklärend, sodass zum Zweck der nachfolgenden Begutachtung zunächst festgelegt wird, welches Verständnis für den vorliegenden Zweck der Begutachtung vertreten wird:

<sup>9</sup> Vgl. Fn. 5.

<sup>10</sup> Trenczek, Heinz, ZJJ, 2015, 348; Haas, J. (2012). Der Ombudsmann als Institution des Europäischen Verwaltungsrechts – Zur Neubestimmung der Rolle des Ombudsmanns als Organ der Verwaltungskontrolle auf der Grundlage europäischer Ombudsmann-Einrichtungen.

<sup>11</sup> Selbstverständnis Bundesnetzwerk Ombudschaft Kinder- und Jugendhilfe, [https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/BNW\\_Brosch%C3%BCre\\_Selbstverst%C3%A4ndnis\\_FINAL.pdf](https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/BNW_Brosch%C3%BCre_Selbstverst%C3%A4ndnis_FINAL.pdf), S. 4.

## a. Beratung

Geht es um Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, so lässt sich der Begriff der Beratung mit höchst unterschiedlichen Inhalten füllen. Eine Beratung kann im Bereich der Hilfe zur Erziehung pädagogische Inhalte haben und mit Blick auf die Tätigkeit der Ombudschaft insbesondere auf die Lösung von Krisen und Konfliktsituationen hinarbeiten.<sup>12</sup>

Geht es bei der vorliegenden Begutachtung im Schwerpunkt um sozialverfahrensrechtliche Fragen, folgt daraus der Fokus auf die Beratung in Bezug auf sozialrechtliche Rechte und Pflichten. Damit kann ein Verständnis des Begriffs zugrunde gelegt werden, der sich in § 14 SGB I wiederfindet, dort jedoch die Behörde als Leistungsträger adressiert.

Beratung ist demnach die Vermittlung von Informationen, die ein\*e Berechtigte\*r zur Wahrnehmung seiner/ihrer Rechte und Pflichten benötigt, die sich aus dem Sozialgesetzbuch ergeben.<sup>13</sup> Die Informationen sind meist mit einer Empfehlung verbunden.<sup>14</sup> Im Gegensatz zur Aufklärung (§ 13 SGB I) geht die Beratung von einem individuellen Kontakt mit dem Leistungsberechtigten aus und umfasst die genaue Erfassung der konkreten Fragen sowie eine entsprechende Empfehlung an den Ratsuchenden.<sup>15</sup> In der Beratung ist auch auf die Auslegung von gesetzlichen Regelungen und die Verwaltungspraxis einzugehen.<sup>16</sup> Der begriffliche Unterschied zur Auskunft (§ 15 SGB X) drückt sich darin aus, dass die Beratung eine Handlungsanleitung enthalten kann (nicht muss), während sich die Auskunft auf eine Wissensmitteilung beschränkt.

Beratung ist zunächst nicht mit Intervention verbunden und findet üblicherweise bilateral statt. Ein Eingriff in die Rechte Dritter ist mit einer Beratung dementsprechend nicht unmittelbar verbunden, so dass eine Befugnis nur auf die Beziehung zwischen Ratsuchenden und Berater\*in abstellen muss.

Wenn die Beratung jedoch eine Beratung über Rechtsansprüche umfasst, ist darauf zu achten, dass es sich um eine Tätigkeit mit Erlaubnisvorbehalt handeln könnte. Diese Frage ist nach dem Rechtsberatungsgesetz zu beantworten (dazu unter B.III.4.a.).

## b. Begleitung

Unter Begleitung wird die physische Anwesenheit einer Person bei der Begegnung mit Dritten verstanden, die der begleiteten Person nicht nur als sozial-emotionale Stärkung dienen soll, sondern die auch die Rechte der begleiteten Person wahrnehmen kann.<sup>17</sup> Selbst wenn mit der Begleitung noch keine weitere aktive Handlung der Begleitperson einhergeht, so sind allein mit ihrer Anwesenheit in der Regel Rechte Dritter betroffen. Die Betroffenheit liegt etwa darin, dass dem/der Dritten bspw. das Hausrecht für den Ort der Begegnung zusteht oder datenschutzrechtliche Interessen eine Rolle spielen etc. Handelt es sich bei dem Dritten um eine staatliche Behörde, so kann gegen deren Wunsch die Begleitung nur auf Grundlage einer entsprechenden gesetzlichen Norm erfolgen.

## c. Unterstützung

Unterstützung meint eine Tätigkeit, die über Beratung und Begleitung hinausgeht. Die Inhalte einer solchen Tätigkeit können vielfältig sein und in unterschiedlichen Settings stattfinden. So ist denkbar, dass Unterstützung bilateral stattfindet, wenn etwa die ratsuchende Person bei der Formulierung eines Antrags nicht nur beraten, sondern ihr Anliegen durch konkrete Formulierungshilfen gefördert wird. Eine Unterstützung kann auch im Auftritt gegenüber Dritten erfolgen, indem die Wünsche der ratsuchenden Person in Anwesenheit Dritter bekräftigt oder für sie formuliert werden. Unterstützung kann auch erfolgen, indem beispielsweise Termine vereinbart werden oder sogar Gespräche mit Dritten geführt werden, um Sachlagen zu klären oder Informationen zu beziehen.

<sup>12</sup> Selbstverständnis Bundesnetzwerk Ombudschaft Kinder- und Jugendhilfe, [https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/BNW\\_Brosch%C3%BCre\\_Selbstver%C3%A4ndnis\\_FINAL.pdf](https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/BNW_Brosch%C3%BCre_Selbstver%C3%A4ndnis_FINAL.pdf), S. 6.

<sup>13</sup> Schuljin/Gebler VSSR 1992, 33.

<sup>14</sup> Reinhardt, in: LPK-SGB I, 3. Aufl. 2014, § 14 Rn. 7.

<sup>15</sup> Lilge, SGB I, 4. Aufl. 2016, § 14 Rn. 22.

<sup>16</sup> Mönch-Kalina, in: jurisPK-SGB I 2. Aufl. 2012, § 14 Rn. 30.

<sup>17</sup> Vgl. etwa BT-Drucks. 16/3655 S. 90.

Die inhaltliche Ausrichtung von Unterstützungsleistungen sowie die dafür geeigneten Settings sind vielfältig und ihre Nutzung wird in besonderer Weise mit dem durch die ombudtschaftliche Initiative verfolgten Konzept zusammenhängen. Auch hier gilt, dass die Frage nach der Befugnis zur Unterstützung umso dringlicher zu stellen ist, je mehr die Unterstützung in die Rechte Dritter eingreift.

Mit dem Bundesteilhabegesetz hat der Gesetzgeber den Begriff der Unterstützung im Kontext der Verwirklichung von Teilhabeleistungen in § 106 Abs. 2 SGB IX-2020 mit Regelbeispielen wie folgt hinterlegt:

„Die Unterstützung umfasst insbesondere

1. Hilfe bei der Antragstellung,
2. Hilfe bei der Klärung weiterer zuständiger Leistungsträger,
3. das Hinwirken auf zeitnahe Entscheidungen und Leistungen der anderen Leistungsträger,
4. Hilfe bei der Erfüllung von Mitwirkungspflichten,
5. Hilfe bei der Inanspruchnahme von Leistungen,
6. die Vorbereitung von Möglichkeiten der Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft einschließlich des gesellschaftlichen Engagements,
7. die Vorbereitung von Kontakten und Begleitung zu Leistungsanbietern und anderen Hilfemöglichkeiten,
8. Hilfe bei der Entscheidung über Leistungserbringer sowie bei der Aushandlung und dem Abschluss von Verträgen mit Leistungserbringern sowie
9. Hilfe bei der Erfüllung von Verpflichtungen aus der Zielvereinbarung und dem Bewilligungsbescheid.“

Da die Kinder- und Jugendhilfe – ähnlich wie die Leistungen der Eingliederungshilfe – in erster Linie auf die Bewilligung und Umsetzung persönlicher Dienstleistungen unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsgrundsatzes abzielt, schildern die Regelbei-

spiele auch die üblichen Unterstützungsbedarfe in der Kinder- und Jugendhilfe recht treffend.

#### d. Vertretung

Vertretung bedeutet für die vorliegenden Zwecke eine rechtlich relevante Handlung. Diese umfasst, für eine Person so aufzutreten und zu handeln, dass Äußerungen und Handlungen des Vertreters/der Vertreterin der vertretenen Person unmittelbar zugerechnet werden.<sup>18</sup> Diese Folge tritt nur ein, wenn die vertretene Person dies verbindlich veranlasst, das Recht dazu hat und der Adressat des Auftretens bzw. Handelns diese Zurechnung auch akzeptieren muss.<sup>19</sup>

## 2. Anspruch auf ombudtschaftliche Begleitung und Unterstützung

Insbesondere die Diskussion um die beiden Runden Tische „Heimerziehung in den 1950er- und 1960er-Jahren“ und „Sexueller Missbrauch“ haben zahlreiche Missstände in den stationären erzieherischen Hilfen ans Licht gebracht. In diesem Kontext wurde festgestellt, dass die Rechte junger Menschen insbesondere dann, wenn ihre Eltern zu ihrem Schutz nicht bereit oder in der Lage sind, nicht immer ausreichend durch Vormünder bzw. Ergänzungspfleger wahrgenommen werden. Ursächlich für Missstände waren unter anderem auch unzureichende Kontroll- und Aufsichtsmechanismen im Bereich der Internats- und Heimerziehung.<sup>20</sup> In der Konsequenz hat der Runde Tisch „Heimerziehung“ in seinem Abschlussbericht gefordert, die Einrichtungen für Kinder und Jugendliche dazu zu verpflichten, Beteiligungs- und Beschwerdeverfahren einzurichten.<sup>21</sup>

Mit der durch das Bundeskinderschutzgesetz reformierten Betriebserlaubnis in § 45 SGB VIII hat der Gesetzgeber diese Vorgabe umgesetzt.<sup>22</sup> Betroffen ist in diesen Fällen das Verhältnis von Leistungsbezieher\*innen und Leistungserbringer\*innen.

<sup>18</sup> Schubert, in: MünchKommBGB, 8. Auflage 2018, § 164 Rn. 1.

<sup>19</sup> Ebd.

<sup>20</sup> Wolff/Fegert/Schröer JAmt 2012, 121 (122f.).

<sup>21</sup> Runder Tisch Heimerziehung in den 50er- und 60er-Jahren, Abschlussbericht, 2010, S. 39 ff.

<sup>22</sup> Mörsberger, in: Wiesner, SGB VIII, § 45 Rn. 12; Wapler, in: Wiesner, SGB VIII § 8b Rn. 36.

Geht es jedoch um individuelle Rechtsansprüche zugunsten der leistungsbeziehenden jungen Menschen, ist über Ihr unmittelbares Lebensumfeld der stationären Einrichtungen hinaus das Verhältnis zum Leistungsträger betroffen und relevant. Diese Schlussfolgerung erhielt mit der Ratifizierung der UN-Kinderrechtskonvention zusätzliche Bestärkung. Wird unter Art. 3 UN-KRK die Bedeutung des Kindeswohls für die Entscheidung staatlicher Stellen mit einer Rechtsnorm unterstützt, so stellt sich zu Recht die Frage, wer auf die Einhaltung dieser gesetzlichen Forderung achtet.<sup>23</sup> Geht es um die Rechte Minderjähriger, so kann nicht erwartet werden, dass sie sich selbst für die Achtung ihrer Rechte einsetzen. Vielmehr bedarf es einer unabhängigen Stelle, die niedrigschwellig agiert, um diese Zielsetzung sicherzustellen.

Im Ergebnis ist jedoch festzustellen, dass sich in Deutschland eine institutionalisierte ombudschaftliche Tätigkeit, die auch die Rechte der jungen Menschen und ihrer Familien gegenüber den Leistungsträgern im Blick hat, nicht etablieren konnte. D. h. eine ausdrückliche und allgemeine Rechtsgrundlage für die Tätigkeit der Ombudschaft befindet sich im Recht der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) bislang nicht.

Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (KJSG) hat der Gesetzgeber eine Regelung im neuen § 9a SGB VIII als Rechtsgrundlage zur Schaffung von Ombudsstellen vorgesehen.<sup>24</sup> Demnach sollte der Träger der öffentlichen Jugendhilfe eine Ombudsstelle oder vergleichbare Strukturen errichten können, an die sich junge Menschen und ihre Familien zur allgemeinen Beratung sowie Vermittlung und Klärung von Konflikten im Zusammenhang mit Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe nach § 2 SGB VIII und deren Wahrnehmung durch die öffentliche und freie Jugendhilfe wenden können.

Da der Bundesrat dem Entwurf nicht zugestimmt hat und dies voraussichtlich nicht mehr erfolgen

wird,<sup>25</sup> hat die Rechtsgrundlage für die Praxis keine unmittelbare Bedeutung. Dennoch ist die Formulierung insoweit erhellend, als sich daraus entnehmen lässt, dass sich auch aus einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage keineswegs unmittelbare Rechte und Pflichten ergeben. Gemäß der vorgeschlagenen Formulierung wäre die Errichtung von Ombudsstellen vom Ermessen des jeweiligen Trägers der öffentlichen Jugendhilfe abhängig. Darüber hinaus eröffnet die Norm gerade keinen individuellen Rechtsanspruch auf ombudschaftliche Begleitung der Leistungsberechtigten oder auf Finanzierung entsprechender Stellen.

Soweit sich also keine ausdrücklichen Rechtsgrundlagen für ombudschaftliche Tätigkeit im Recht der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) finden lassen, sind Rechtsnormen zu betrachten, aus denen sich der Anspruch auf diese Form der Unterstützung und die Befugnis zur ombudschaftlichen Tätigkeit ableiten lassen.

### **a. Beschwerde in persönlichen Angelegenheiten**

Mit dem Bundeskinderschutzgesetz wurde die Regelung der Betriebserlaubnis dahingehend geändert, dass verbindlich die Einrichtung geeigneter Beteiligungs- und Beschwerdeverfahren als Voraussetzung der Erteilung der Betriebserlaubnis eingeführt wurde (§ 45 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII). Flankierend wurde in der Regelung des § 8b Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII ein Anspruch auf Beratung bei der Entwicklung und Anwendung fachlicher Handlungsleitlinien für die Beschwerde- und Beteiligungsverfahren in den Einrichtungen gegenüber dem überörtlichen Träger der Jugendhilfe normiert.

Mit in der Einrichtungsstruktur verankerten Verfahrensweisen sollen Mechanismen geschaffen werden, die den Betroffenen in Bedrohungs- und Gewaltsituationen ermöglichen, das Geschehen zur Sprache zu bringen und aufzuarbeiten.<sup>26</sup> Erforderlich sind dazu einerseits interne Modelle wie Vertrauens-

<sup>23</sup> Wissenschaftliche Dienste, Sachstand WD 9 -3000 -068/17, Zum Kindeswohl in Artikel 3 Absatz 1 Kinderrechtskonvention, Az: WD 9-3000 -068/17 vom 19. Januar 2018, FB WD 9: Gesundheit, Familie, Senioren, Frauen und Jugend, <https://www.bundestag.de/resource/blob/546736/223ceb4241f782eea38f8acec337e2d3/Wd-9-068-17-pdf-data.pdf>, m. w. Nw., abgerufen am 19.06.2019.

<sup>24</sup> BT-Drucks. 18/12330, S. 3, 11, 46 f.

<sup>25</sup> Vgl. Fn. 4.

<sup>26</sup> Wapler, in: Wiesner, SGB VIII § 8b Rn. 40.

personen und andererseits Möglichkeiten der anonymen Meldung.<sup>27</sup>

Ergänzt werden können diese Verfahren durch externe Beschwerdestellen wie unabhängige Ombudsleute, die außerhalb der Einrichtung zu erreichen sind.<sup>28</sup> Wenngleich in der Kommentarliteratur konstatiert wird, dass es hier einmal mehr wichtig sei, externe und interne Modelle zu verzahnen, und die Einrichtungen mit externen Ansprechpartnern kooperieren sollten, damit die Beschwerdemöglichkeiten von den Kindern und Jugendlichen auch genutzt werden, so gibt dies die Rechtsgrundlage nicht her. Tatsächlich werden Standards für das Beschwerdemanagement zumindest gesetzlich nicht normiert.

Inwieweit diese im Rahmen der praktischen Umsetzung gefordert werden, soll nicht Thema des vorliegenden Gutachtens sein. Insbesondere lässt sich feststellen, dass mit der Regelung in der Betriebs-erlaubnis weder individuelle Rechtsansprüche der jungen Menschen auf ombudschaftliche Begleitung noch Befugnisse entsprechender externer ombudschaftlicher Stellen normiert wurden.

## **b. Befugnis zur ombudschaftlichen Begleitung und Unterstützung**

Ließe sich aus den Diskussionen und fachlichen Entwicklungen der letzten Jahre herausziehen, dass eine unabhängige und niedrigschwellig erreichbare Begleitung und Unterstützung von jungen Menschen, die in einem Leistungsverhältnis zur Kinder- und Jugendhilfe stehen, dem Kindeswohl dienlich ist<sup>29</sup> und finden sich im Recht der Kinder- und Jugendhilfe unstreitig Normen, die der Sicherstellung des Kindeswohls dienen, ließe sich auch annehmen, dass ein subjektiver Rechtsanspruch von jungen Menschen auf ombudschaftliche Begleitung aus dem Recht abzulesen sei.

Besondere Bedeutung dürften insoweit die §§ 1, 8 SGB VIII haben. Während mit § 1 SGB VIII die Grundsätze und Zielsetzungen der Kinder- und Jugend-

hilfe benannt werden, die in allgemeiner Weise der Sicherstellung des Kindeswohls dienen, so normiert § 8 SGB VIII ausdrücklich die Beteiligung junger Menschen, ihr Anhörungsrecht sowie einen ausdrücklichen Anspruch auf Beratung ohne Kenntnis ihrer Sorgeberechtigten in Not- und Krisensituationen.

Zunächst ist festzustellen, dass auf Grundlage von § 1 SGB VIII keine konkreten Leistungen eingefordert werden können, sondern die Norm lediglich der Auslegung der weiteren Normen der Kinder- und Jugendhilfe dient.<sup>30</sup> Mithin ist nur auf Grundlage der Norm zur Beteiligung von Kindern und Jugendlichen nach § 8 SGB VIII zu prüfen, ob auf dieser Rechtsgrundlage ein individueller Rechtsanspruch auf ombudschaftliche Tätigkeit bestehen kann, und zwar in einer solchen Weise, dass sich aus der Norm sogar Befugnisse ombudschaftlich tätiger Initiativen ergeben können.

Mit Absatz 1 der Regelung zur „Beteiligung von Kindern und Jugendlichen“ wird festgestellt, dass Kinder und Jugendliche entsprechend ihrem Entwicklungsstand an allen sie betreffenden Entscheidungen der öffentlichen Jugendhilfe zu beteiligen sind. Mit Absatz 2 wird ihnen das Recht garantiert, sich in allen Angelegenheiten der Erziehung und Entwicklung an das Jugendamt zu wenden.

Mit Absatz 3 wird Kindern und Jugendlichen ein Anspruch auf Beratung ohne Kenntnis ihrer Sorgeberechtigten zugestanden, wenn die Beratung aufgrund einer Not- und Konfliktlage erforderlich ist.

Während sich also die beiden ersten Absätze mit dem Verhältnis junger Menschen zum Träger der öffentlichen Jugendhilfe beschäftigen, bezieht sich der ausdrücklich normierte Beratungsanspruch in Absatz 3 auf das Verhältnis zu ihren Sorgeberechtigten und zielt erkennbar im Schwerpunkt auf eine pädagogische Beratung und Unterstützung ab.

Wenngleich sich zeigt, dass mit § 8 Abs. 1 und 2 SGB VIII die Subjektstellung minderjähriger junger Men-

<sup>27</sup> Biesel, Jugendhilfe 2012, 131.

<sup>28</sup> Wapler, in: Wiesner, SGB VIII § 8b Rn. 40.

<sup>29</sup> Urban-Stahl, U. (2011), S. 45 ff.

<sup>30</sup> Wiesner, SGB VIII, § 1 Rn. 13.

schen unterstrichen wird,<sup>31</sup> so wird zum Teil vertreten, dass es sich bei den Regelungen lediglich um objektiv-rechtliche Verpflichtungen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe handelt.<sup>32</sup> Ein solches Verständnis würde von vornherein ausschließen, die Regelung als Grundlage eines Anspruchs auf ombuderschaftliche Tätigkeit zu verstehen.

Selbst wenn man der Auffassung folgt, dass § 8 Abs. 1 SGB VIII einen Anspruch auf Beteiligung einräumt,<sup>33</sup> so kann daraus kein Anspruch auf eine ombuderschaftliche Tätigkeit abgeleitet werden. Denn beim Anspruch auf Beteiligung und Anhörung gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe aus § 8 Abs. 1 und 2 SGB VIII handelt es sich nicht um ein Leistungsrecht. Vielmehr wird das Verhältnis zwischen dem jungen Menschen und der Behörde unmittelbar durch die Rechtsnorm geregelt. Da Kinder und Jugendliche ihre Rechte häufig (noch) nicht selbst aktiv wahrnehmen können, verpflichtet die Norm den Träger der öffentlichen Jugendhilfe zur Beteiligung.<sup>34</sup> D. h. das Gesetz gleicht die ggf. noch nicht vorhandene Fähigkeit zur Eigeninitiative junger Menschen durch die Beteiligungspflicht des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe aus. Dabei hat er gemäß § 9 Nr. 2 SGB VIII die wachsende Fähigkeit des Kindes zu selbstständigem Handeln zu berücksichtigen. Die gesamte Ausrichtung der Norm liefert dementsprechend keine Argumente dafür, sie als Grundlage ombuderschaftlicher Tätigkeit zu verstehen.

Das Initiativrecht aus § 8 Abs. 2 SGB VIII wird hingegen teilweise dahingehend ausgelegt, dass dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe über diese Norm auch das Recht eingeräumt wird, Konfliktfälle durch Beratung zu bewältigen.<sup>35</sup> Doch auch diese weite Auslegung lässt sich nicht in ein abstraktes Leistungsrecht uminterpretieren, mit dem ein Rechtsanspruch auf Beratung durch einen Träger der freien Jugendhilfe einherginge.

Einen ausdrücklichen Rechtsanspruch auf Beratung hält ausschließlich § 8 Abs. 3 SGB VIII vor. Dieser wurde erst mit dem Gesetz zur Stärkung eines ak-

tiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG) eingeführt. Bis dahin handelte es sich bei der Regelung in § 8 Abs. 3 SGB VIII um eine reine Befugnis des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, Kinder und Jugendliche bei Vorliegen der spezifischen Voraussetzungen ohne Kenntnis ihrer Sorgeberechtigten beraten zu dürfen.<sup>36</sup>

Anknüpfend an die Diskussion am Runden Tisch „Sexueller Kindesmissbrauch“, Kindern und Jugendlichen einen eigenen Anspruch auf Beratung in Krisen- und Konfliktsituationen einzuräumen, wurde § 8 Abs. 3 SGB VIII neu gefasst. Die Verankerung eines Rechtsanspruchs sollte insbesondere der völkerrechtlichen Vorgabe aus Artikel 12 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes gerecht werden, die das Recht des Kindes, gehört zu werden, begründet.

Anders als die ersten beiden Absätze der Norm formuliert diese neugefasste Regelung nicht mehr unmittelbar die Beziehung zum Träger der öffentlichen Jugendhilfe. In der Folge handelt es sich bei § 8 Abs. 3 SGB VIII nunmehr um eine janusköpfige Regelung: Im Verhältnis zum Träger der öffentlichen Jugendhilfe zeichnet sie sich weiterhin als Befugnisnorm aus. Denn beim Träger der öffentlichen Jugendhilfe als Repräsentanten staatlicher Macht kommt die Beratung eines Kindes oder Jugendlichen ohne Kenntnis seiner Sorgeberechtigten einem staatlichen Eingriff in dieses Sorgerecht gleich, das nur aufgrund einer gesetzlichen Befugnis legitimiert werden kann.<sup>37</sup>

Ein Träger der freien Jugendhilfe benötigt hingegen keine rechtliche Befugnis, um einen jungen Menschen ohne Kenntnis seiner Sorgeberechtigten zu beraten.<sup>38</sup> Hier gebietet lediglich die Fachlichkeit, die Sorgeberechtigten über die Beratung in Kenntnis zu setzen.<sup>39</sup>

Im Verhältnis zum freien Träger wird also deutlich, dass sich mit der Gesetzesänderung durch das Bundeskinderschutzgesetz der Charakter der Regelung

<sup>31</sup> Wabnitz, Rechtsansprüche gegenüber Trägern der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe nach dem Achten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII), AGJ 2005, Drittes Kapitel, VIII.7. m. w. Nw.

<sup>32</sup> Ebd.; Kern, in: Schellhorn u. a., SGB VIII, 5. Aufl. § 8 Rn. 11.

<sup>33</sup> Heußner, in: jurisPK-SGB VIII, § 8 Rn. 39; Kunkel/Kepert, in: LPK-SGB VIII, § 8 Rn. 4.

<sup>34</sup> Kunkel/Kepert, LPK-SGB VIII, § 8 Rn. 1.

<sup>35</sup> BT-Drucks. 17/6256, S. 20.

<sup>36</sup> Vgl. § 8 SGB VIII i. d. F. bis zum 31.12.2011.

<sup>37</sup> Kunkel/Kepert, LPK-SGB VIII, § 8 Rn. 19f.

<sup>38</sup> Heußner, in: jurisPK-SGB VIII, § 8 Rn. 50.

<sup>39</sup> Ebd.

entscheidend verändert hat. Mit Verabschiedung des Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG) hätte die Regelung vollends den Charakter einer Anspruchsnorm auf eine gesetzlich definierte Sozialleistung erlangt, denn dann wäre die Bedingung der Not- und Konfliktsituation ersatzlos gestrichen worden.<sup>40</sup>

Doch schon jetzt hält § 8 Abs. 3 SGB VIII einen unabhängigen Beratungsanspruch junger Menschen vor, der sich andernorts im SGB VIII – auch und gerade innerhalb der Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe nach § 2 Abs. 2 SGB VIII – nicht findet. Grundsätzlich führt die Normierung eines Rechtsanspruchs auf eine bestimmte Leistung über die Gewährleistungsverantwortung des Leistungsträgers spiegelbildlich zu seiner Pflicht, unter Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes Einrichtungen und Dienste vorzuhalten, derer es zur Einlösung des Rechtsanspruchs bedarf.<sup>41</sup>

Bei der Beratung nach § 8 Abs. 3 SGB VIII handelt es sich um einen individuellen Rechtsanspruch, für dessen Einlösung die notwendigen Strukturen vorzuhalten sind. Laut der Evaluation zum Bundeskinder-schutzgesetz klären die Jugendämter zu 49 % durch Kooperation mit Beratungsstellen über den Beratungsanspruch auf.<sup>42</sup> Aufgrund der bisherigen Formulierung des Anspruchs als Beratung in Not- und Konfliktsituationen wird im Rahmen der Evaluation eine noch unzureichende Umsetzung festgestellt, die mit der weiteren Änderung durch das KJSG möglichst behoben werden sollte. Weitergehend darf angenommen werden, dass die Anforderung einer Not- und Konfliktsituation den Beratungsanspruch inhaltlich mindestens mittelbar in Bezug zum elterlichen Erziehungsrecht setzt. Das heißt, implizit intendierte Zielrichtung der Beratung dürften Lösungen bzw. Interventionen bei Konflikten zwischen Eltern und Kindern sein. Dies wiederum würde darauf hinweisen, dass die Umsetzung in der Praxis ganz überwiegend von Erziehungsberatungsstellen wahrgenommen wird.

Eine solche Zielrichtung lässt sich dem Wortlaut der Regelung allerdings nicht entnehmen. Dies wiederum ließe eine Auslegung zu, mit der sich ein deutlich weiter gefasster Beratungsanspruch einlösen ließe. An dieser Stelle käme auch die ombudschaftliche Beratungstätigkeit als Einlösung von Beratungsansprüchen junger Menschen in Betracht. Die vermehrte Verwendung des Konjunktivs weist darauf hin, dass eine entsprechende Auslegung keineswegs zwingend ist und eine verlässliche Einforderung auf dieser Basis – wenn überhaupt fachlich wünschenswert – rechtlich keineswegs zwingend ist.

Geht es jedoch um die Befugnis eines Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, innovative Ansätze in seinem Zuständigkeitsbereich zu verfolgen, so eröffnet die Norm in jedem Fall vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten.

### **c. Einführung einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage für Ombudsstellen**

Wie eingangs bereits festgestellt, ist die Regelung zur Errichtung von Ombudsstellen in einem neuen § 9a SGB VIII-E bis heute nicht Gesetz geworden. Dennoch dokumentiert der Entwurf, dass bzw. wie der Gesetzgeber ombudschaftlichen Initiativen eine Rechtsgrundlage geben möchte.

Die Analyse der Regelung ernüchert, denn im Ergebnis enthält sie kaum etwas, das über das bereits geltende Recht hinausgeht. Soweit den Trägern der öffentlichen Jugendhilfe mit der Regelung „ermöglicht“ werden sollte, eine ombudschaftliche Beratungsstelle zu errichten, ließe sich unter Hinweis auf die gerade dargestellte Auslegung des § 8 Abs. 3 SGB VIII fast noch mehr Verbindlichkeit erzielen als mit der Ermessensregelung in § 9a SGB VIII-E.

Wenn also schon mit Blick auf den Anspruch auf ombudschaftliche Begleitung anhand der Norm wenig zu entnehmen ist, so gehen mit ihr erst recht keinerlei ausdrückliche Befugnisse der ombudschaftlichen Tätigkeit einher. Die Aufgabe der Stelle ist so

<sup>40</sup> BT-Drucks. 18/12330, S. 10.

<sup>41</sup> Mrozynski, SGB I, 5. Aufl. 2014, § 17 Rn. 3.

<sup>42</sup> BT-Drs. 18/7100, S. 59.

beschrieben, dass junge Menschen und ihre Familien sich zur „allgemeinen Beratung“ sowie „Vermittlung und Klärung von Konflikten“ im Zusammenhang mit Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe nach § 2 SGB VIII und deren Wahrnehmung durch die öffentliche und freie Jugendhilfe dorthin wenden können.

Positiv ist zunächst zu vermerken, dass Unterstützung sowohl gegenüber öffentlichen als auch freien Träger geleistet werden kann. Gleichzeitig scheint das Spektrum der möglichen Tätigkeiten eher eingrenzend angelegt zu sein.

So wird ausdrücklich auf „allgemeine Beratung“ sowie „Vermittlung und Klärung von Konflikten“ abgestellt. Spezifische Befugnisse, um das Ziel des strukturellen Machausgleichs zu erreichen, scheinen damit eher nicht einherzugehen und lassen sich auch im Wege der Auslegung kaum in das Gesetz hineinlesen.

#### **d. Rollenfindung im sozialrechtlichen Verwaltungsverfahren**

Um also Rechte auf und Befugnisse zur ombuderschaftlichen Tätigkeit in der Kinder- und Jugendhilfe zu finden, bedarf es der Suche außerhalb des Gesetzes der Kinder- und Jugendhilfe. Mit § 13 SGB X hält das allgemeine Sozialverfahrensrecht eine Regelung vor, die in besonderer Weise der Stärkung der Rechte der Beteiligten eines Sozialverfahrens dient.

Die Regelung liefert eine Rechtsgrundlage zum Einsatz von Beiständen oder Bevollmächtigten, denen sie wiederum Befugnisse gewährt. Dabei stellt sie auf das formalrechtlich in den §§ 8 ff. SGB X geregelte Sozialverfahrensrecht ab, das bei der Durchsetzung von Sozialleistungsansprüchen für die zuständige Behörde maßgeblich ist. Jeder Leistungsträger, der in den Anwendungsbereich des Sozialverfahrensrechts nach SGB X fällt, ist an die Vorschrift gebunden. Mit dem Jugendamt hält der jeweilige Träger der öffentlichen Jugendhilfe

eine Behörde vor, die zur Einlösung der gesetzlich in der Kinder- und Jugendhilfe normierten Rechte verpflichtet ist.

Als öffentliche Stelle ist das Jugendamt nicht nur an Gesetz und Recht gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG), sondern unterliegt dem Anwendungsbereich des Sozialverfahrensrechts.<sup>43</sup> Die Handlungen der Mitarbeiter\*innen des Jugendamts, die in der Kinder- und Jugendhilfe häufig mit einem vorrangig pädagogisch determinierten Blick betrachtet werden, lassen sich also auf einer parallelen Ebene auch anhand des Maßstabs eines ordnungsgemäßen Verwaltungsverfahrens beurteilen.

Die Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe im Sinne von § 2 SGB VIII werden durch die handelnde Behörde (das Jugendamt) durch den Erlass von entsprechenden Verwaltungsakten erfüllt. Bedenkt man wiederum, dass mit der Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII Inhalt, Art und Umfang der geeigneten und erforderlichen Hilfe zur Erziehung ermittelt werden, so stellt die Hilfeplanung das pädagogische Bindeglied zum sozialrechtlichen Prüfungsverfahren her, das mit einem behördlichen Bescheid endet.<sup>44</sup> Die Hilfeplanung ist demnach Teil des Verwaltungsverfahrens, das auf den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet ist. Dabei sind das Hilfeplanverfahren und das Sozialverfahrensrecht im Hinblick auf die Rollen deutlich zu unterscheiden. So sind diejenigen, die an einem Hilfeplanverfahren (pädagogisch) zu beteiligen sind, nicht zugleich Beteiligte im verfahrensrechtlichen Sinne.<sup>45</sup> Die Unterschiede und deren Folgen werden nachfolgend aufbereitet.

Aber auch Kontakte mit der Behörde außerhalb der Hilfeplanung werden regelmäßig dazu führen, dass sie dem Erlass, der Überprüfung oder der Bestätigung eines Verwaltungsaktes dienen bzw. zur Folge haben (können). Hinzu kommt, dass Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in aller Regel nicht von einem Antrag abhängen, sondern das Jugendamt zur Handlung verpflichtet ist, wenn es Kenntnis von einem Bedarf nach erzieherischen Hilfen erhält.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Roos, in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Aufl. 2014, § 1 Rn. 4.

<sup>44</sup> Bzw. mit seiner Bekanntgabe, Roller, SGB X, § 8 Rn. 10.

<sup>45</sup> Vgl. § 36 Abs. 2 S. 3 SGB VIII im Vergleich zu § 12 SGB X.

<sup>46</sup> Wiesner, SGB VIII, § 27 Rn. 26; ausführlich unter III.1.

Dementsprechend sind fast alle Tätigkeiten der Mitarbeiter\*innen eines Jugendamtes Teil eines Verwaltungsverfahrens.

In der Konsequenz sind die verwaltungsverfahrenrechtlichen Rechte und Pflichten der Leistungsberechtigten sowie die der Behörde umfänglich zu beachten, die im Sozialverwaltungsverfahren normiert sind (§§ 8 ff. SGB X).

Die leistungsberechtigten jungen Menschen und ihre Familien sind dementsprechend nicht nur Klienten einer Leistung der Kinder- und Jugendhilfe, sondern müssen auch als Akteure eines Sozialverwaltungsverfahrens verstanden werden, deren verfahrensrechtliche Stellung sich nach den entsprechenden Normen bemisst.

### III. Ombudschaftliche Vertretung im Sozialverwaltungsverfahren

Haben die vorangehenden Erörterungen ergeben, dass im Recht der Kinder- und Jugendhilfe keine verlässliche Rechtsgrundlage für die Tätigkeit einer ombudschaftlichen Initiative vorhanden ist, die den ratsuchenden Personen einerseits Anspruch auf die Leistung gewährt und der Ombudsstelle andererseits Befugnisse zur Wahrnehmung ihrer Tätigkeit vermittelt, so hat sich gezeigt, dass die Suche nach Befugnissen für die ombudschaftliche Tätigkeit zum Sozialverwaltungsverfahren des SGB X führt.

Tatsächlich ist die Regelung zum Einsatz von Bevollmächtigten und Beiständen nach § 13 SGB X für die ombudschaftliche Tätigkeit in der Kinder- und Jugendhilfe entscheidend und wird im Folgenden umfänglich für diese Zwecke analysiert und aufbereitet. Da die Regelung voraussetzt, dass die von ihr begünstigte Person Beteiligte eines Verwaltungsverfahrens ist, muss ein besonderer Schwerpunkt auf diese formale Anforderung gelegt werden.

#### 1. Verwaltungsverfahren

Ein Verwaltungsverfahren im Sinne von § 8 SGB X ist eine nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet ist. Der Erlass des Verwaltungsaktes bzw. der Abschluss des öffentlich-rechtlichen

Vertrags sind Teil des Verwaltungsverfahrens.

Ob ein Verwaltungsverfahren in diesem Sinne in Gang gesetzt wird, sodass für die Beteiligten die entsprechende Rechtsstellung im Verfahren beansprucht werden kann, liegt im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde (§ 18 Abs. 1 S. 1 SGB X). Kein Ermessen steht ihr zu, wenn sie auf Antrag oder von Amts wegen tätig werden muss (§ 18 Abs. 1 S. 2 SGB X) und ein Antrag gestellt ist bzw. der Sachverhalt vorliegt, der die Amtsermittlungspflicht einleitet.

Zur Beurteilung der vorgenannten Voraussetzungen sind die Rechtsgrundlagen der Leistungen des Kinder- und Jugendhilferechts maßgeblich. So wird Hilfe zur Erziehung den Personensorgeberechtigten unter bestimmten Voraussetzungen gewährt (§ 27 Abs. 1 SGB VIII), zu denen ein Antrag der Personensorgeberechtigten als materiell-rechtliche Leistungsvoraussetzung gerade nicht gehört.<sup>47</sup> Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 27 SGB VIII, der an keiner Stelle von einem Antrag spricht und ausschließlich den Tatbestand formuliert, der für die Bewilligung der Hilfe zur Erziehung maßgeblich ist. In der Sozialhilfe ist mit § 18 SGB XII der Grundsatz ausdrücklich formuliert, der auch für die Kinder- und Jugendhilfe gilt: „Die Sozialhilfe [...] setzt ein, sobald dem Träger der Sozialhilfe [...] bekannt wird, dass die Voraussetzungen für die Leistung vorliegen.“

<sup>47</sup> Wiesner, SGB VIII, § 27 Rn. 26; ausführlich unter III.1.

In der Verwaltungsgerichtsbarkeit wurde jedoch immer besonderer Wert darauf gelegt, dass die Leistung nicht gegen den Willen der Sorgeberechtigten gewährt werden darf, da mit einer Hilfe zur Erziehung auch immer einen Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) vorliegt.<sup>48</sup> Soweit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren also immer eine ausdrückliche Zustimmung der Sorgeberechtigten verlangt wird, hat sich das in der Rechtsprechung zu einem ausdrücklichen Antragserfordernis gewandelt. Wie immer man dies rechtlich und fachlich beurteilt, darf diese Praxis für die verfahrensrechtliche Stellung der Betroffenen keine Auswirkungen haben.

Hier ist vielmehr weiterhin daran zu denken, dass das Jugendamt im Interesse der Wahrung des Kindeswohls von Amts wegen tätig werden muss, wenn ihm Hinweise vorliegen, dass die Voraussetzungen einer erzieherischen Hilfe vorliegen könnten.<sup>49</sup> Diese Pflicht wird durch Normierung des Schutzauftrags nach § 8a SGB VIII zwar noch unterstrichen, verschiebt die Grenze der Handlungspflicht des Jugendamtes aber nicht. D. h. nicht erst gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung führen zu einer Amtsermittlungspflicht des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe, sondern bereits jeder ernst zu nehmende Hinweis darauf, dass das Wohl eines Kindes durch die Erziehung seiner Sorgeberechtigten nicht gewährleistet sein könnte und eine Hilfe zur Erziehung für die Entwicklung des Kindes geeignet und notwendig ist, muss vom Jugendamt zumindest daraufhin geprüft werden, ob der Beginn eines Sozialverwaltungsverfahrens angezeigt ist. Der Hinweis ist dementsprechend als Anlass zu verstehen, Ermessen dahingehend auszuüben, ob ein Verfahren eröffnet wird oder nicht.<sup>50</sup>

Allerdings handelt es sich bei der Frage, ob das Kindeswohl nicht gewährleistet und eine Hilfe zur Erziehung geeignet und notwendig ist, um einen Tatbestand, der sich durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auszeichnet und damit einem Beurteilungsspielraum des Jugendamtes

unterliegt.<sup>51</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Sozialverwaltungsverfahren nicht nur mit der Bewilligung einer entsprechenden Leistung beendet werden kann, sondern auch mit der Entscheidung, keine entsprechende Leistung zu gewähren, weil sich das Vorliegen der Voraussetzungen im Ergebnis des Verfahrens nicht bestätigt hat. Dementsprechend muss die Ermessensentscheidung bzgl. des Beginns des Sozialverwaltungsverfahrens eine weite Auslegung anwenden.

Im Ergebnis wird mit dieser verfahrensrechtlichen Konstruktion letztlich auch der Grundsatz des Kinder- und Jugendhilferechts relativiert, dass Kinder- und Jugendliche keinen Anspruch auf die Leistungen der Hilfe zur Erziehung haben.<sup>52</sup> Denn sie können in jedem Fall ein Tätigwerden des Jugendamtes anregen, das wiederum nach den Grundsätzen des § 18 SGB X über die Eröffnung des Verwaltungsverfahrens entscheidet. Im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 GG können die Personensorgeberechtigten Leistungen der Jugendhilfe zwar auch zurückweisen, aber dies unterbindet nicht die Pflicht des Jugendamtes, ein Verwaltungsverfahren zu eröffnen.<sup>53</sup>

Obwohl der Begriff des Verwaltungsverfahrens in der Kinder- und Jugendhilfe also weit zu verstehen ist, gilt auch hier, dass jedenfalls allein die Bitte um Beratung noch nicht zum Beginn eines Sozialverwaltungsverfahrens führt.<sup>54</sup> Diese Unterscheidung ist wichtig, da die besonderen Rechte in einem Sozialverwaltungsverfahren nur dann zum Tragen kommen, wenn das entsprechende Verfahren auch eröffnet ist. Geht es also um die Kontaktaufnahme eines Kindes oder eines/einer Jugendlichen zum Jugendamt im Sinne von § 8 Abs. 2 SGB VIII und/oder besteht zunächst nur der allgemeine Wunsch nach Auskunft, so kann dies noch nicht unmittelbar als Beginn eines Sozialverwaltungsverfahrens verstanden werden. Allerdings werden der Inhalt und die Art des Kontakts dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe darüber Auskunft geben, ob der Beginn eines entsprechenden Verfahrens im Einzelfall angezeigt ist.

<sup>48</sup> Wiesner, SGB VIII, § 27 Rn. 26; ausführlich unter III.1.

<sup>49</sup> BVerwG, Urteil vom 28. September 2000 – 5 C 29/99 –, BVerwGE 112, 98-106.

<sup>50</sup> Wiesner, SGB VIII, § 27 Rn. 26.

<sup>51</sup> Wabnitz, Rechtsansprüche gegenüber Trägern der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe nach dem Achten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII), 3. Kap. XIII.4.

<sup>52</sup> Mrozynski, SGB I, 5. Aufl. 2014, SGB I § 16 Rn. 2.

<sup>53</sup> Mrozynski, ZfJ 1999 S. 410, 471.

<sup>54</sup> Roller, SGB X, § 8 Rn. 9.

## 2. Beteiligte des Verfahrens (§ 12 SGB X)

Nur diejenige Person, der in einem Sozialverwaltungsverfahren i. S. v. § 8 SGB X formal die Stellung eines Beteiligten i. S. v. § 12 SGB X zukommt, hat die uneingeschränkte Befugnis, in diesem Verfahren Anträge zum Verfahren und zur Sache zu stellen und sich dabei von einem Beistand unterstützen bzw. einem Bevollmächtigten vertreten zu lassen.<sup>55</sup>

### a. Formal-rechtliche Voraussetzungen der Beteiligtenstellung

Für die verfahrensrechtliche Stellung eines/einer Beteiligten sind zunächst formale Voraussetzungen zu erfüllen. Die formale Position des/der Beteiligten muss zwingend mit den Voraussetzungen einhergehen, derer es bedarf, die Rolle als Beteiligte\*r auch aktiv wahrnehmen zu können. Das bedeutet, dass sowohl die Beteiligungsfähigkeit (§ 10 SGB X) als auch die Möglichkeit zur selbstbestimmten Vornahme von Verfahrenshandlungen verlangt wird.

#### aa. Beteiligungsfähigkeit

Beteiligungsfähig an einem sozialrechtlichen Verfahren können gemäß § 10 SGB X natürliche und juristische Personen sowie Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann, und Behörden sein. Die Beteiligungsfähigkeit von Eltern, jungen Menschen, Vormünder/Vormundinnen und anderen natürlichen Personen ist dementsprechend vollkommen unproblematisch gegeben und bedarf regelmäßig keiner weiteren Erörterung.

#### bb. Handlungsfähigkeit

Entscheidend für die Wahrnehmung der Rechte, die sich aus der Beteiligtenstellung ergeben können, ist die Handlungsfähigkeit. Eine handlungsunfähige Person mag zwar den formalen Status eines Beteiligten einnehmen, sie kann ihn jedoch nicht aktiv ausfüllen,

sondern bedarf einer gesetzlichen Vertretung.

Die Handlungsfähigkeit natürlicher Personen richtet sich grundsätzlich nach der Geschäftsfähigkeit i. S. d. bürgerlichen Rechts.<sup>56</sup> Liegt ab dem vollendeten 18. Lebensjahr die volle Geschäftsfähigkeit (§§ 2, 104 ff. BGB) und damit auch die volle Handlungsfähigkeit vor, ergeben sich keine weiteren Probleme.

Geschäftsunfähig und damit handlungsunfähig sind Personen, die entweder das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet haben (§ 104 Abs. 1 Nr. 1 BGB) oder sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden, der nicht nur vorübergehender Natur ist (§ 104 Abs. 1 Nr. 2 BGB).

Inhalt und Umfang der ombudtschaftlichen Unterstützung für Minderjährige hängen in wesentlicher Weise von ihrer verfahrensrechtlichen Handlungsfähigkeit ab. Nur wenn ihnen diese Eigenschaft zuerkannt wird, können sie auch alle damit einhergehenden Rechte wahrnehmen. Wird sie verneint, so nehmen ausschließlich ihre gesetzlichen Vertreter ihre materiellen und auch ihre Verfahrensrechte wahr. Sichtet man die Literatur zu dieser Frage, so fällt auf, dass Minderjährige keine starke Lobby haben, die sich für ihre Rechte einsetzt, wenn das Risiko besteht, dem Elternrecht ins Gehege zu kommen. So wird die Frage grundsätzlich stiefmütterlich behandelt und meist auf einfache rechtliche Lösungen gesetzt, die Konflikte zwischen Eltern und Kindern ausblenden oder pauschal zugunsten des elterlichen Sorgerechts entscheiden. So formuliert etwa Coester, dass sich der Gesetzgeber mit der Normierung des SGB VIII dafür entschieden habe, dass eine eigenständige Interessenwahrnehmung des Kindes unterhalb der Schwelle der Kindeswohlgefährdung für das Jugendamt ausgeschlossen sei.<sup>57</sup> Folgerichtig formuliert er die Befürchtung, dass das Kinder- und Jugendhilfegesetz damit Gefahr läuft, die Rechtsposition des Kindes übermäßig zurückzudrängen.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Löcher, in: Eichenhofer/Wenner, SGB X, § 12 Rn. 2 ff.

<sup>56</sup> Gerstner-Heck, in: BeckOK, VwVfG, 44. Edition, Stand: 01.07.2019.

<sup>57</sup> Coester, FamRZ 1991, 253 [254].

<sup>58</sup> Ebd. S. 255.

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden der Frage der Handlungsfähigkeit Minderjähriger entsprechende Aufmerksamkeit geschenkt.

Kinder im Alter bis zu einschließlich 6 Jahren sind nicht geschäftsfähig und verfügen folglich grundsätzlich nicht über die erforderliche Handlungsfähigkeit. In diesem Fall bleiben keine Fragen offen, denn die volle Geschäftsunfähigkeit kann selbst punktuell nicht zu einer Handlungsfähigkeit führen.<sup>59</sup> Kinder, die das 7. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, können mangels Handlungsfähigkeit den Beteiligtenstatus im Sinne von § 12 SGB X nicht aktiv wahrnehmen, sodass ihre gesetzlichen Vertreter die damit einhergehenden Rechte ausüben (vgl. auch B.III.2.b.aa. (1)). Die von einem/einer Handlungsunfähigen vorgenommenen oder ihm/ihr gegenüber ergangenen Verfahrenshandlungen sind schwebend unwirksam.<sup>60</sup> Sie können also von ihrem/ihrer gesetzlichen Vertreter/Vertreterin genehmigt werden bzw. von der Person selbst, sollte sich die Handlungsfähigkeit noch rechtzeitig ergeben.

Partiell handlungsfähig sind die nach bürgerlichem Recht beschränkt Geschäftsfähigen, soweit sie nach den Vorschriften des bürgerlichen oder öffentlichen Rechts als geschäftsfähig gelten (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 SGB X). Dies sind Minderjährige, die das siebente Lebensjahr vollendet haben (§ 106 BGB) und die entweder nach den §§ 107 bis 113 BGB für bestimmte Rechtsgeschäfte geschäftsfähig oder nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften für bestimmte Verwaltungsverfahren handlungsfähig sind.

### **(1) Zivilrechtlich partielle Geschäftsfähigkeit**

Wenngleich sich hinsichtlich der Frage nach der Handlungsfähigkeit Minderjähriger im Sozialverwaltungsverfahren keine unmittelbaren Rückschlüsse ziehen lassen, werden zum besseren Verständnis zu Grund und Grenzen einer partiellen Geschäftsfähigkeit in entsprechender Kürze die maßgeblichen Regelungen des bürgerlichen Rechts vorgestellt:

Demnach sind Minderjährige ab dem vollendeten siebenten Lebensjahr, die mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt sind (§ 112 BGB), für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Gemäß § 113 BGB sind Minderjährige ab dem vollendeten siebenten Lebensjahr, die mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zum Eintritt in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis ermächtigt sind, für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, die das Dienst- oder Arbeitsverhältnis mit sich bringen. Ausgenommen sind allerdings jeweils die Rechtsgeschäfte und Verträge, zu denen der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts braucht (§§ 112 Abs. 1 S. 2, 113 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Ermächtigung nach § 112 BGB zum selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts sowie nach § 113 BGB zum Eintritt in ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis hat die Handlungsfähigkeit des Minderjährigen für die damit unmittelbar zusammenhängenden öffentlich-rechtlichen Verwaltungsverfahren zur Folge. Der Minderjährige kann somit z. B. selbst die Erteilung einer für den Betrieb des Erwerbsgeschäfts oder die Ausübung seines Dienstes notwendige öffentlich-rechtliche Erlaubnis beantragen und ist für das gesamte sich daran anschließende Verwaltungsverfahren handlungsfähig.<sup>61</sup>

Wie bereits festgestellt, sind diese Vorgaben für die Frage der Handlungsfähigkeit im Sozialverwaltungsverfahren nicht unmittelbar hilfreich. Dennoch lässt sich zumindest erkennen, dass die partielle Geschäftsfähigkeit einerseits zwar umfangreiche Geschäftstätigkeiten ermöglicht, dies aber andererseits von Vorentscheidungen der Sorgeberechtigten oder gar des Vormundschaftsgerichts abhängig ist. Damit wird die partielle Geschäftsfähigkeit weiterhin von den Sorgeberechtigten gesteuert; sie besteht keineswegs unabhängig von ihrem Willen.

<sup>59</sup> Knothe, in: Staudinger, BGB, 2012, Vorbemerkungen zu §§ 104–115 Rn. 98.

<sup>60</sup> Löcher, § 11 Rn. 19.

<sup>61</sup> Gerstner-Heck, VwVfG, § 12 Rn. 8.

## (2) Öffentlich-rechtliche Vorschriften bzgl. der Handlungsfähigkeit

Öffentlich-rechtliche Vorschriften, die Minderjährige für bestimmte Verwaltungsverfahren ausdrücklich mit der Erreichung eines bestimmten Alters als handlungsfähig anerkennen, gibt es in verschiedenen Gesetzen. Mit Vollendung des 16. Lebensjahres sind Minderjährige bspw. handlungsfähig gem. § 37 Abs. 1 S. 1 StAG für Staatsangehörigkeitsverfahren (Stellung eines Einbürgerungsantrags). In anderen Bereichen ist die Entwicklung allerdings rückläufig. So ist seit dem 1.11.2015 für ausländerrechtliche Verfahren (z. B. Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels) nunmehr Volljährigkeit erforderlich (§ 80 Abs. 1 AufenthG in der Fassung d. Gesetzes zur Verbesserung der Unterbringung, Versorgung und Betreuung ausländischer Kinder und Jugendlicher v. 28.10.2015). Gleiches gilt seit dem 24.10.2015 für Asylverfahren.<sup>62</sup> Nach § 5 S. 1 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung steht Kindern mit Vollendung des 14. Lebensjahres aber bspw. die Entscheidung über ihr Religionsbekenntnis und damit auch über die Teilnahme am Religionsunterricht zu.<sup>63</sup> Wenn eine solche spezifische Handlungsfähigkeit geregelt ist, so steht das Recht dem/der Minderjährigen auch uneingeschränkt zu, sodass entsprechende Entscheidungen nicht von den Sorgeberechtigten „überstimmt“ werden können.

Für die Frage der Handlungsfähigkeit im Sozialverwaltungsverfahren ist § 36 SGB I als ausdrückliche Regelung beachtenswert, die bestimmt, dass mit Vollendung des 15. Lebensjahres Anträge auf Sozialleistungen gestellt und verfolgt sowie Sozialleistungen entgegengenommen werden können (§ 36 Abs. 1 S. 1 SGB I). Nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 36 Abs. 2 S. 1 SGB I kann die Handlungsfähigkeit nach Absatz 1 allerdings vom gesetzlichen Vertreter durch schriftliche Erklärung beschränkt werden. Gemäß § 36 Abs. 2 S. 2 SGB I bedürfen auch die Rücknahme von Anträgen, der Verzicht auf Sozialleistungen und die Entgegennahme von Darlehen grundsätzlich der Zustimmung des

gesetzlichen Vertreters.

Dementsprechend ist vom Grundsatz auszugehen, dass jungen Menschen ab vollendetem 15. Lebensjahr die erforderliche Handlungsfähigkeit zusteht, um in den Sozialverwaltungsverfahren Beteiligte zu sein, in denen sie auf Grundlage ihres Rechts aus § 36 SGB I einen Antrag nicht nur stellen, sondern auch verfolgen können. Die Problematik dürfte hier jedoch darin liegen, dass das Recht, Anträge auf Sozialleistungen zu stellen, weiterhin vom Willen der Sorgeberechtigten abhängt und von diesen jederzeit eingeschränkt werden kann. Die Norm verspricht daher mehr, als sie halten kann.<sup>64</sup>

Unter Berufung auf das Recht von Kindern und Jugendlichen, sich in allen Angelegenheiten der Erziehung und Entwicklung an das Jugendamt wenden zu können (§ 8 Abs. 2 SGB VIII), wird daher teilweise vertreten, dass dem/der Minderjährigen ab Erreichung des 15. Lebensjahres ein Antragsverfolgungsrecht zustünde. Das „Antragsrecht“ aus § 8 Abs. 2 SGB VIII soll insoweit verfahrensrechtliche und keine materiell-rechtliche Bedeutung haben und sich darauf richten, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe dem/der Sorgeberechtigten eine Hilfe zur Erziehung anbietet.<sup>65</sup>

Im Verhältnis zur gesetzlich normierten Handlungsfähigkeit in Bezug auf das Recht, Anträge auf Sozialleistungen ab dem vollendeten 15. Lebensjahr zu stellen (§ 36 SGB I), würde diese Auffassung dazu führen, dass ab dem 15. Lebensjahr ihres Kindes seine gesetzlichen Vertreter zumindest die verfahrensrechtliche Wirkung der Norm nicht mehr beschränken könnten.

D. h., ab dem vollendeten 15. Lebensjahr soll nicht mehr maßgeblich sein, ob die Sorgeberechtigten mit der verfahrensrechtlichen Stellung ihres Kindes einverstanden sind. Ihr Veto mag zwar auf der materiell-rechtlichen Ebene Bedeutung haben, da dort zu prüfen ist, ob sich die Bewilligung einer Leistung der Kinder- und Jugendhilfe als Eingriff in das Eltern-

<sup>62</sup> Stellung eines Asylantrags; § 12 Abs. 1 AsylG i. d. F. d. Asylverfahrensbeschleunigungsg v. 20.10.2015.

<sup>63</sup> Kopp/Schenke, VwGO § 62 Rn. 5.

<sup>64</sup> Schnellhorn, SGB VIII, 5. Aufl. 2017, § 5 Rn. 35 m. w. Nw.

<sup>65</sup> Coester FamRZ 1991, 253 (257); Moritz ZfJ 1989, 399[405]; Kiehl, ZRP, 1990, 94 [96].

recht darstellt, zu deren Rechtfertigung es mindestens des Einverständnisses der Eltern bedarf. Diese Frage soll aber für die Feststellung der Verfahrensbeteiligung keine Rolle mehr spielen, da die hierfür erforderliche Handlungsfähigkeit gerade nicht vom Einverständnis des gesetzlichen Vertreters abhängt.

Es fehlt für die vorgenannte Schlussfolgerung allerdings eine tragfähige Begründung dafür, warum eine verfahrensrechtliche Handlungsfähigkeit erst ab dem vollendeten 15. Lebensjahr vorliegen soll. Gerade die Tatsache, dass mit der verfahrensrechtlichen Handlungsfähigkeit keineswegs eine materiell-rechtlich wirkende Ersetzung des Willens der Sorgeberechtigten zur Annahme einer Hilfe zur Erziehung einhergeht, weist auf ein spezielles Verhältnis zwischen Sorgeberechtigten und Kind hin, bei dem es bei der grundsätzlichen Entscheidungsgewalt der Sorgeberechtigten bleibt. Die Zubilligung der Handlungsfähigkeit, mit dem damit einhergehenden Beteiligtenstatus des Kindes würde seine materiell-rechtliche Position nicht verbessern, aber seine Subjektstellung im Verfahren stärken und damit dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe sogar eine bessere Ausgangsposition verschaffen, seine Pflicht zur Beteiligung von Kindern und Jugendlichen angemessen wahrzunehmen. Denn die Beteiligung von Kindern und Jugendlichen sollte gerade dann ernst genommen werden, wenn Probleme im Verhältnis Sorgeberechtigte/Kind zu erkennen sind.

### **(3) Verfassungsrechtlich bedingte Handlungsfähigkeit**

Gegen eine zu großzügige Bejahung einer Teilhandlungsfähigkeit ohne ausdrückliche Normierung durch ein (formelles) Gesetz werden vor allem unter dem Gesichtspunkt des Minderjährigenschutzes und der Wahrung der Elternrechte Bedenken erhoben.<sup>66</sup>

Dennoch ist daran zu denken, dass auch über die ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen hinaus die Handlungsfähigkeit Minderjähriger in zahlreichen Einzelfällen bereits anerkannt ist. Insbesondere,

wenn das Verwaltungsverfahren höchstpersönliche Rechte, vor allem Grundrechte, betrifft, hat die im Hinblick auf das Grundrecht erreichte Mündigkeit zur Folge, dass der zur Ausübung des Grundrechts notwendige Antrag gestellt und verfolgt werden kann<sup>67</sup>, sodass insoweit auch die dafür notwendige verfahrensrechtliche Handlungsfähigkeit unabhängig von der Zustimmung der Sorgeberechtigten vorliegt.

Bis zur Aussetzung der Wehrpflicht galt dies bspw. für den wehrpflichtigen Minderjährigen. Im Anerkennungsverfahren für Kriegsdienstverweigerer war zudem anerkannt, dass der Minderjährige spätestens im Alter von 17,5 Jahren die nötige Reife für die geforderte Gewissensentscheidung besitzt und damit in einer Weise antragsberechtigt war, die nicht mit einem Veto seiner Sorgeberechtigten beschränkt werden konnte.<sup>68</sup> Im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 und 2 GG werden Schüler\*innen hinsichtlich der Redaktion und Mitarbeit an einer Schülerzeitung analog zu § 5 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung ab dem 14. Lebensjahr als handlungsfähig angesehen.<sup>69</sup>

Wird die Handlungsfähigkeit von den Grundrechten beeinflusst, spielt dies insbesondere dann eine Rolle, wenn deren spezifische Ausgestaltung die Berücksichtigung besonderer, von der Volljährigkeit abweichender Altersstufen im Verfahren zwingend erfordert.<sup>70</sup> Soweit im Einzelfall eine Grundrechtsposition betroffen ist, die aus verfassungsrechtlicher Sicht auch ein Minderjähriger mit der Verfassungsbeschwerde geltend machen könnte,<sup>71</sup> liegt es nahe, für ein entsprechendes Sozialverwaltungsverfahren die Handlungsfähigkeit zu bejahen.<sup>72</sup> Notwendig ist eine Differenzierung nach der Art des jeweils in Rede stehenden Grundrechts und nach dem Ausmaß der im jeweiligen Kontext zu fordernden Einsichtsfähigkeit.<sup>73</sup>

Dabei ist zunächst zu prüfen, ob der Zugang zu Hilfe zur Erziehung oder Eingliederungshilfe für von seelischer Behinderung betroffene oder bedrohte Minderjährige einen Bezug zu einer Grundrechtsposition des Kindes oder des Jugendlichen hat, die es mit

<sup>66</sup> Hertwig FamRZ 1987, 124, 128; Robbers DVBl 1987, 709, 714; auch schon Schoenborn AöR 24 [1909] 126, 153.

<sup>67</sup> Gerstner-Heck, VwVfG, § 12 Rn. 10; Bier/Steinbeiß-Winkelmann, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, Werkstand: 36. EL Februar 2019 § 62 Rn. 10; In diesem (zurückhaltenden) Sinne auch BVerfGE 72, 122 (132 f.) = NJW 1986, 3129.

<sup>68</sup> BVerwGE 74, 327 = NVwZ 1986, 1021.

<sup>69</sup> Kopp/Schenke, VwGO § 62 Rn. 6.

<sup>70</sup> Bejahend VG Köln NVwZ 1985, 217 (218) für einen minderjährigen Kriegsdienstverweigerer im Hinblick auf dessen Grundrecht aus Art. 4 Abs. 3 S. 1 GG.

<sup>71</sup> Vgl. zum umstrittenen Begriff der Grundrechtsmündigkeit und zur gebotenen Differenzierung zwischen Fähigkeit zur Grundrechtsausübung und Prozessfähigkeit Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 Rn. 13 f.; v. Mutius Jura 1987, 272; Zur „Grundrechtsmündigkeit“ Minderjähriger in Heimerziehung Hohm, NJW 1986, 3107 ff.

<sup>72</sup> Ebenso Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, § 62, Rn. 6.

<sup>73</sup> Vgl. zur – im BVerfGG nicht geregelten – verfassungsprozessualen Prozessfähigkeit Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 93 Rn. 49; Stern, in: Stern/Becker, GG, 2. Aufl. 2016, Einl. Rn. 101

sich bringt, seine/ihre Handlungsfähigkeit zumindest dann anzuerkennen, wenn eine entsprechende Einsichtsfähigkeit vorliegt.

Was es für Kinder und Jugendliche bedeutet, Betroffene einer Hilfe zur Erziehung zu werden, lässt sich zunächst nach Art und Intensität der jeweiligen Hilfe unterscheiden. Nehmen Eltern bspw. eine Erziehungsberatung in Anspruch, so sind ihre Kinder in der Regel nur mittelbar betroffen, da sie selbst häufig am Beratungssetting keinen Anteil haben. Gleichzeitig findet Erziehungsberatung meist so niedrigschwellig statt, dass es gerade nicht zu einem Verwaltungsverfahren kommt, in dessen Rahmen über die Bewilligung der Hilfe entschieden wird. In diesem Fall stellt sich die Frage der verfahrensrechtlichen Beteiligung schon einmal nicht.

Aber bereits eine ambulante Hilfe zur Erziehung bspw. in Form der sozialpädagogischen Familienhilfe (SPFH) hat ggf. erhebliche Bedeutung für das von ihr betroffene Kind. Dies gilt erst recht für einen Erziehungsbeistand, eine soziale Gruppenarbeit oder eine Erziehung in einer Tagesgruppe. Während eine SPFH den Fokus noch schwerpunktmäßig auf die Erziehungstätigkeit der Eltern legt, nehmen die anderen genannten Hilfen das Kind bzw. den/die Jugendliche\*n als Empfänger\*in der Leistung verstärkt in den Blick. Das Kind bzw. der/die Jugendliche muss sich mit einer Person bzw. Personen auseinandersetzen, die mit ihrem Wirken die elterliche Erziehung unterstützen oder ergänzen. Selbst wenn diese Person nicht zum Erziehungsberechtigten i. S. v. § 7 Abs. 1 Nr. 6 SGB VIII wird, so hat sie von den Sorgeberechtigten doch einen erzieherischen Auftrag erhalten.<sup>74</sup> Ihr Wirken ist also Teil der Erziehung des davon betroffenen Kindes bzw. Jugendlichen.

Die vorliegend maßgebliche Frage, ob mit der Inanspruchnahme (bzw. der Nicht-Inanspruchnahme) einer Hilfe zur Erziehung nicht nur ideelle und soziale, sondern Grundrechtspositionen des Kindes bzw. Jugendlichen betroffen sind, darf Orientierung aus der Diskussion über die Einführung von Kinderrech-

ten in die Verfassung erfahren. Soweit diesbezüglich vertreten wird, dass bspw. in Art. 2 GG eine Ergänzung mit dem Inhalt vorgenommen wird, dass Kinder und Jugendliche ein Recht auf Entwicklung zu einer freien, eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit haben und der Staat dies durch seine Gesetzgebung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung zu fördern hat,<sup>75</sup> würde eine solche grundrechtlich verankerte Position den Bezug zur grundrechtlich geschützten Position des Kindes bzw. Jugendlichen unmittelbar herstellen.

Solange Kinderrechte nicht mit einem eigenen Grundrecht in der Verfassung verankert sind, bedarf es der Auslegung, ob sich die grundrechtlich geschützte Position in gleicher Weise nicht schon jetzt aus Art. 2 GG ergibt. Wird im Rahmen der Auslegung die Auffassung vertreten, dass die Art der Erziehung, die die Folge einer bewilligten (oder auch abgelehnten) Hilfe zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII ist, lediglich faktische Wirkungen entfaltet und nicht die Grundrechtsposition des Kindes oder Jugendlichen betrifft, würde dies dazu führen, seine Handlungsfähigkeit abzulehnen. Eine solche Auffassung ist mit der Anerkennung einer Subjektposition Minderjähriger schwerlich vereinbar.

Dieses Ergebnis wäre noch kritischer zu würdigen, wenn nicht die Hilfe zur Erziehung, sondern der Anspruch auf Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII im Raum stünde. Auf die Leistung hat der betroffene junge Mensch einen eigenen Rechtsanspruch, der sich unmittelbar aus seinem Grundrecht auf Persönlichkeitsentwicklung und Gleichbehandlung ergibt.

Die mit der Kinderrechtskonvention gestützte Kinderrechte-Perspektive verlangt, Kinder rechtlich als eigenständige Subjekte wahr- und ernst zu nehmen.<sup>76</sup> Dies steht in Konflikt mit der Auffassung, dass nur im Ausnahmefall einer möglichen Kindeswohlgefährdung die rechtlichen Interessen der Kinder und Jugendlichen im jugendhilferechtlichen Verfahren berührt seien und ansonsten ihre Interessen von ihren Eltern treuhänderisch wahrgenommen wer-

<sup>74</sup> Wiesner, SGB VIII § 8 Rn. 15.

<sup>75</sup> Vgl. AGJ Positionspapier Dez. 2015, [https://www.agj.de/fileadmin/files/positionen/2015/Positionspapier\\_Kinderrechte\\_im\\_Grundgesetz.pdf](https://www.agj.de/fileadmin/files/positionen/2015/Positionspapier_Kinderrechte_im_Grundgesetz.pdf), abgerufen 19.06.2019.

<sup>76</sup> AGJ, [https://www.jugendhilfeportal.de/fileadmin/user\\_upload/Staat\\_wirkt\\_an\\_Erziehung\\_mit.pdf](https://www.jugendhilfeportal.de/fileadmin/user_upload/Staat_wirkt_an_Erziehung_mit.pdf), abgerufen am 19.06.2019.

den.<sup>77</sup> Eine solche Auffassung kann die Forderung nach Subjektstellung der betroffenen Kinder und Jugendlichen kaum erfüllen.

Sie würden zwar im besten Fall über die Hilfeplanung an Entscheidungen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe beteiligt, aber in diesem Verfahren letztlich keine eigenständigen (Verfahrens-)Rechte geltend machen können. Werden elterliche und die rechtlichen Interessen ihrer Kinder als Einheit verstanden, bei der die Möglichkeit eines Konflikts entweder von vornherein ausgeschlossen oder in jedem Fall im Interesse der Eltern gelöst wird, kann ein solches Verständnis der aktuellen Debatte zu den Rechten von Kindern und Jugendlichen und ihrer Subjektstellung nicht gerecht werden.

Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die gesellschaftliche Entwicklung in besonderer Weise mit der entsprechenden Gesetzesauslegung einhergeht. Diese Tatsache wird gerade in Bezug auf die kindliche Entwicklung offensichtlich, wenn Rechtsprechung und Rechtsliteratur mit Blick auf die Rechtsnorm des § 1666 BGB zur Frage der Kindeswohlgefährdung betrachtet werden. Hier zeigt sich in der umfangreichen Kasuistik, dass ohne entsprechende Änderung der gesetzlichen Formulierung<sup>78</sup> die Anerkennung einer Kindeswohlgefährdung in den vergangenen über 100 Jahren seit Bestehen der Norm mehr als einschneidende Veränderungen durchlaufen hat. Der Blick auf das Kindeswohl hängt also von seinem gesellschaftlichen Verständnis ab, das auch auf wissenschaftlichen Erkenntnissen beruht, was sich in der Folge im Recht spiegelt.

Gleiches gilt für die Persönlichkeitsrechte von Kindern und Jugendlichen. Solange Kinderrechte nicht – wie vorgenannt beschrieben – im Grundgesetz verankert sind, bedarf es des kritischen Blicks darauf, ob und inwieweit die allgemeinen Persönlichkeitsrechte von Kindern und Jugendlichen nach Art. 2 GG in einem Sozialverwaltungsverfahren betroffen sind, das eine Hilfe zur Erziehung zum Gegenstand hat.

Soweit unstrittig ist, dass bei einer Kindeswohlgefährdung die Grundrechtsposition von Kindern und Jugendlichen betroffen ist, wird das dadurch begründet, dass in diesem Fall der möglichen Gefährdung für Leib und Leben eines Kindes seine Grundrechtsposition aus Art. 2 GG besonders stark ist. Bei einem Verfahren, das eine Hilfe zur Erziehung zum Gegenstand hat, geht es jedoch per Definition um die Sicherstellung des Kindeswohls – und zwar auch dann, wenn dieses lediglich „nicht gewährleistet“ und nicht bereits gefährdet ist. Insoweit erschließt sich nicht, warum in Bezug auf die berührten rechtlichen Interessen eine Unterscheidung zwischen nicht gewährleistet und gefährdet gemacht werden sollte. So oder so ist das Kindeswohl betroffen, das seinerseits nicht nur Leib und Leben des betroffenen jungen Menschen schützt, sondern zudem seine Persönlichkeitsrechte umfasst. Der Bezug zur Debatte der Kinderrechte in unserer Gesellschaft und der damit bereits einhergehende Wandel in Bezug auf die Zuerkennung eines Subjektstatus für Minderjährige kann nur zu dem Ergebnis führen, dass in einem Verfahren, das eine Hilfe zur Erziehung zum Gegenstand hat, immer auch eine Grundrechtsposition des jeweiligen Kindes bzw. Jugendlichen betroffen ist, die sich aus seinem Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 GG ergibt.

In Bezug auf die geforderte Einsichtsfähigkeit kann hier die Parallele zum Begriff der Grundrechtsmündigkeit gezogen werden. Unter dem Begriff der Grundrechtsmündigkeit wird nicht nur die Fähigkeit zur faktischen Ausübung eines Grundrechts, sondern auch die Fähigkeit zur selbstständigen rechtlichen Geltendmachung desselben verstanden.<sup>79</sup> Die Kriterien, anhand derer die Prozessfähigkeit im Verfassungsbeschwerdeverfahren zu beurteilen sind, sind insbesondere Alter, Reife, Verstandesfähigkeit oder Selbstständigkeit.<sup>80</sup>

Insofern dürfte einerseits ein pragmatischer Ansatz angemessen sein, der lautet, dass eine minderjährige Person, die selbstständig beim Träger der öffentlichen Jugendhilfe um Unterstützung bittet, auch die

<sup>77</sup> Kunkel/Kepert/Pattar, LPK-SGB VIII, Anhang 5 Verwaltungsverfahren des Jugendamts und Rechtsschutz im verwaltungsgerichtlichen Verfahren Rn. 11; Coester, FamRZ 1991, 253 [254].

<sup>78</sup> Büte, in: Familienrecht, BGB § 1666 Rn. 1 ff.; Olzen, in: MünchKommBGB, 7. Auflage 2017, § 1666 Rn. 50 ff.

<sup>79</sup> Degenhart in Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Stand: 123. Lfg. August 2006, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 166; kritisch Hohm, NJW 1986, 3107 ff.

<sup>80</sup> Bethge in Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Stand: 37. Lfg. März 2012, § 90 Rn. 171; vgl. z. B. auch BVerfGE 28, 243 (255).

Verstandesreife besitzen dürfte, zu wissen, welche Bedeutung dieser Schritt hat. Es erscheint jedenfalls abwegig, einem/einer Minderjährigen die notwendige Einsichtsfähigkeit abzusprechen, wenn er/sie die Kompetenz besitzt, das Jugendamt als Unterstützungsadressaten auszumachen und dort vorzusprechen. Andererseits muss tatsächlich der Schutz Minderjähriger vor Beeinflussung durch Dritte berücksichtigt werden, was es ausschließen dürfte, junge Kinder mit 7, 8 oder 9 Jahren als handlungsfähig anzusehen. Dürfen einerseits keine starren Regelungen aufgestellt werden, so bedarf es doch andererseits mindestens gewisser Richtlinien. So wird teils vorgeschlagen, die Altersangabe des § 59 Abs. 3 S. 1 FGG mit 14 zu übernehmen, da hier im familiengerichtlichen Verfahren eine eigene Rechtsstellung mit Bezug zu Verfahrenshandlungen normiert ist.<sup>81</sup> Eine andere gesetzlich begründete Altersgrenze könnte das vollendete 12. Lebensjahr sein, das gemäß § 5 S. 2 RelKErzG erreicht sein muss, um das Recht zu haben, sich gegen einen Wechsel bei der Erziehung in einem religiösen Bekenntnis zu wehren. Die Regelung ist Ausdruck des Ziels der Kontinuität in der religiösen Erziehung und soll verhindern, dass das Kind in Gewissensnöte gerät.<sup>82</sup> Die Regelung setzt folglich voraus, dass ein zwölfjähriges Kind sehr wohl über die Einsichtsfähigkeit verfügt, zu erkennen, welche Bedeutung die von ihm empfangene Erziehung für sein Leben hat. Diese Erkenntnis darf in dem vorliegenden Handlungsbereich ebenso vorausgesetzt werden.

Nochmals ist daran zu erinnern, dass ausschließlich die Handlungsfähigkeit i. S. v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 SGB X geprüft wird, die gegeben ist, wenn ein Minderjähriger durch Vorschriften des öffentlichen Rechts als handlungsfähig anerkannt ist. Da es vorliegend neben dem § 36 SGB I keine entsprechende ausdrückliche Regelung gibt, war die Frage zu stellen, ob Minderjährigen im Hinblick auf ihre Grundrechtsposition nicht eine verfassungsrechtlich begründete Handlungsfähigkeit in Sozialverwaltungsverfahren zuzusprechen ist, um ihre Subjektstellung im Dreiecksverhältnis von Staat (vertreten durch den Trä-

ger der öffentlichen Jugendhilfe), ihren gesetzlichen Vertretern und ihrer Person zu stärken.

Als Fazit dieser Frage wurde festgestellt, dass die Handlungsfähigkeit, derer es bedarf, um die Rechte, die sich aus einer Beteiligtenstellung ergeben, auch wahrzunehmen, frühestens mit Vollendung des 7. Lebensjahrs besteht und ab Erreichen der Volljährigkeit i. d. R. unstrittig vorliegt. Für Jugendliche ab dem vollendeten 15. Lebensjahr liegt die spezifische Handlungsfähigkeit im Sozialverwaltungsverfahren zumindest solange unproblematisch auf Grundlage von § 36 Abs. 1 SGB I vor, solange sie von den gesetzlichen Vertreter\*innen nicht eingeschränkt wird. Aber auch wenn diese das Recht, Anträge auf Sozialleistungen stellen zu dürfen, durch schriftliche Erklärung einschränken, so ist mit Teilen der Literatur aus § 8 SGB VIII mindestens ein Antragsverfolgungsrecht abzuleiten, das zur Annahme der verfahrensrechtlichen Handlungsfähigkeit ab dem 15. Lebensjahr führt.

Bei der Frage nach der Handlungsfähigkeit von Kindern und Jugendlichen zwischen dem 7. und 15. Lebensjahr spricht viel dafür, diese ab dem vollendeten 12. Lebensjahr regelhaft anzunehmen und bei jüngeren Kindern im Einzelfall zu prüfen. Für eine solche Auffassung lässt sich § 5 S. 2 RelKErzG heranziehen, dessen Zielsetzung vergleichbare Zwecke erfüllt. Im Ergebnis wären alle Personen, die Unterstützung einer Ombudsstelle in Anspruch nehmen wollen und das 12. Lebensjahr vollendet haben regelhaft als handlungsfähig anzusehen und dementsprechend in der Lage, die Rolle eines/einer Verfahrensbeteiligten einzunehmen. Dass diese Auffassung keineswegs so zwingend ist, dass sie von der Behörde ebenso regelhaft akzeptiert werden muss, ergibt sich aus den vorangehenden Ausführungen.

## **b. Materiell-rechtliche Anforderungen an die Beteiligtenstellung**

Liegen die Voraussetzungen vor, die Rolle als Verfahrensbeteiligte\*r einnehmen zu können, so sind

<sup>81</sup> Stern, in: Stern/Becker, GG, 2. Aufl. 2016, Einl. 101.

<sup>82</sup> Huber, in: MünchKommBGB, 7. Auflage 2017, § 5 RelKErzG Rn. 4.

die weiteren Voraussetzungen zu prüfen. Beteiligte im Sinne von § 12 Abs. 1 SGB X können folgende Personen sein:

1. Antragsteller und Antragsgegner,
2. diejenigen, an die die Behörde den Verwaltungsakt richten will oder gerichtet hat,
3. diejenigen, mit denen die Behörde einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen will oder geschlossen hat,
4. diejenigen, die nach Abs. 2 von der Behörde zum Verfahren hinzugezogen worden sind.

Bei den Beteiligten nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 SGB X handelt es sich um sog. „geborene“ Beteiligte.<sup>83</sup> Dies sind Personen, die ihre formale Position im Sozialverwaltungsverfahren daraus ableiten, dass sie selbst bei der Behörde einen Antrag auf Eröffnung eines Verfahrens gestellt haben (Nr. 1) oder die Behörde ein Verfahren eröffnet hat, das mit dem Erlass eines an diese Person adressierten Verwaltungsaktes enden kann (Nr. 2).

Des Weiteren sind Beteiligte Personen, mit denen die Behörde einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen will oder geschlossen hat (Nr. 3). Diese Beteiligtenposition wird im Folgenden nicht weiter erörtert, da der öffentlich-rechtliche Vertrag für die hier behandelten Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe keine Rolle spielt.

Neben den geborenen Beteiligten tritt nach § 12 Abs. 1 Nr. 4 SGB X der/die Hinzugezogene, d. h. diejenige Person, die die Behörde im Hinblick darauf, dass ihre rechtlichen Interessen durch den Ausgang des Verfahrens berührt werden können, von Amts wegen oder auf Antrag zum Verfahren hinzuzieht (§ 12 Abs. 2 SGB X). Diese Personen werden auch als sog. gekorene Beteiligte bezeichnet.<sup>84</sup>

Sowohl geborenen als auch gekorenen Beteiligten steht das Recht zu, Beistände oder Bevollmächtigte in Anspruch zu nehmen, um Ihre Rechte im Sozialverwaltungsverfahren zu wahren.

## aa. „Geborene“ Beteiligte

Geht es zunächst um die Regelung des § 12 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 SGB X, mit der die Rechtsgrundlage für die sog. „geborenen“ Beteiligten im vorliegend relevanten Leistungskontext vorgehalten wird, so ist vorab auf die Besonderheiten der Kinder- und Jugendhilfe hinzuweisen, die die Bestimmung der Beteiligtenposition – anders als die meisten relevanten Sozialrechtsverfahren – äußerst kompliziert in der Anwendung werden lässt.

Denn anders als die meisten Rechtsbereiche regelt die Kinder- und Jugendhilfe nicht allein die Beziehungen zwischen einem/einer Antragsteller\*in und der Behörde, sondern setzt schon die Zielsetzung der Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe voraus, dass sie dazu beitragen, positive Lebensbedingungen für junge Menschen und ihre Familien zu schaffen (§ 1 Abs. 3 Nr. 4 SGB VIII). Entsprechend dieser Prämisse hat der Erlass eines Verwaltungsaktes in der Kinder- und Jugendhilfe meist Wirkungen, die über den/die unmittelbare\*n Adressat\*in eines Verwaltungsaktes, also dem/der eigentlichen Anspruchsinhaber\*in, hinausgehen.

So steht der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung nicht dem minderjährigen jungen Menschen, sondern seinen Sorgeberechtigten zu. Dies wirft in mehrfacher Hinsicht Probleme auf: So stellt sich die Frage, ob der leistungsempfangende junge Mensch nicht auch Verfahrensbeteiligter sein muss, um sich auf die damit einhergehenden Rechte berufen zu können. Weiter ist daran zu denken, dass im Anwendungsbereich der Kinder- und Jugendhilfe nicht selten Elternschaft und Sorgerecht auseinanderfallen. Dies wird zusätzlich verkompliziert, wenn nicht die vollständige elterliche Sorge entzogen ist, sondern lediglich Teilbereiche auf Ergänzungspfleger\*innen übertragen werden.

Das heißt, dass Inhaber\*in des Rechtsanspruchs auf eine Leistung der Kinder- und Jugendhilfe und die von der Leistung betroffenen Personen nicht nur

<sup>83</sup> Gerstner-Heck, VwVfG, § 13 Rn. 6 ff.

<sup>84</sup> Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage 2018, § 13 Rn. 5.

ausnahmsweise, sondern recht häufig auseinanderfallen. Dabei kann ebenso regelmäßig eine Situation entstehen, in der diese Personen unterschiedliche oder gar gegensätzliche Interessen haben. Welchen Stellenwert diese Interessen in verfahrensrechtlicher Hinsicht erhalten, bemisst sich nicht zuletzt durch die Zuweisung der formalen Position eines/einer Verfahrensbeteiligten.

Der hohe Abstraktionsgrad dieser Vorgaben macht die Prüfung unübersichtlich, sodass im Folgenden die Personen, die regelmäßig den Kontakt zum Träger der öffentlichen Jugendhilfe aufnehmen, mit Blick auf Ihre Beteiligtenstellung untersucht werden.

### (1) Sorgeberechtigte Eltern

Steht Eltern das Sorgerecht für ihr Kind uneingeschränkt zu, dürfte ihre Beteiligungsfähigkeit ohnedies, aber auch ihre Handlungsfähigkeit meist unproblematisch vorliegen.

Sollten Eltern in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt sein, ohne dass zugleich in ihr Sorgerecht über Bestellung einer Vormundschaft oder Pflegschaft eingegriffen wurde, so hat dies keine grundsätzlichen Auswirkungen auf ihre Handlungsfähigkeit bei einem jugendhilferechtlichen Verwaltungsverfahren. Sollten an der Geschäftsfähigkeit der Eltern in einer Weise Zweifel bestehen, die berechtigte Sorgen an ihrer Fähigkeit aufkommen lassen, ihr elterliches Sorgerecht im Interesse ihres Kindes angemessen wahrzunehmen, so müsste dies ein sorgerechtl. Verfahren auslösen, das mit dem Ergebnis enden müsste, dass ihnen das Sorgerecht entweder uneingeschränkt zusteht oder es ihnen ganz oder teilweise im Interesse des Kindes entzogen werden muss – mit der Folge der Bestellung eines/einer Vormunds/Vormundin bzw. Ergänzungspflegers/Ergänzungspflegerin.

Sind sorgeberechtigte Eltern Anspruchsberechtigte einer Hilfe zur Erziehung nach § 27 SGB VIII, gelten

sie als sog. geborene Beteiligte i. S. v. § 12 Abs. 1 Nr. 2 SGB X. Somit stehen ihnen sämtliche Verfahrensrechte zu, die sich aus den §§ 8 ff. SGB X ergeben. Dabei ist nicht entscheidend, ob das Verwaltungsverfahren, das diese Leistung zum Gegenstand hat, auf ihren Antrag begonnen wurde oder bspw. Dritte der Behörde einen Hinweis gegeben haben oder diese nach eigenem Ermessen über den Beginn des Verfahrens entschieden hat. In beiden Fällen sind die Eltern Adressaten des Verwaltungsaktes, mit dem über die Bewilligung der Hilfe zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII entschieden wird.

Geht es im Verfahren hingegen um einen Anspruch auf Eingliederungshilfe für ein von seelischer Behinderung bedrohtes oder betroffenes Kind bzw. Jugendliche(n) (§ 35a SGB VIII), sind nicht die sorgeberechtigten Eltern, sondern ist das Kind bzw. der/die Jugendliche Inhaber\*in des Rechtsanspruchs und Adressat\*in des Verwaltungsaktes. In diesem Fall sind die sorgeberechtigten Eltern zwar nicht Beteiligte des Verfahrens im Sinne von § 12 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2 SGB X, nehmen aber als gesetzliche Vertreter die Rechte des anspruchsberechtigten minderjährigen jungen Menschen als Beteiligter wahr.

Ist ihr Kind handlungsunfähig, so nehmen die gesetzlichen Vertreter die Verfahrensrechte allein wahr. Ist das minderjährige Kind jedoch handlungsfähig, tritt der gesetzliche Vertreter neben sein Kind.<sup>85</sup> D. h. sowohl die Sorgeberechtigten als auch ihr (handlungsfähiges) Kind haben in einem jugendhilferechtlichen Sozialverwaltungsverfahren die Stellung eines/einer Beteiligten und nehmen die damit einhergehenden Rechte wahr. Im Konfliktfall hat der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu ermitteln, was gemeint ist.<sup>86</sup> Allerdings gilt hier, dass die Handlungsfähigkeit nicht das zwingend erforderliche Einverständnis der Eltern mit der Leistung ersetzen kann. Dies gilt nicht allein für die ihnen zustehende Hilfe zur Erziehung, sondern auf für die ggf. ihrem Kind zustehende Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII. Das handlungsfähige Kind bzw. der/die Jugendliche hat als Verfahrensbeteiligte\*r alle Möglichkeiten, die Behörde

<sup>85</sup> Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 12 Rn. 12.

<sup>86</sup> Roller, SGB X, § 11 Rn. 8, § 12 Rn. 10.

und seine gesetzlichen Vertreter\*innen von seiner Sichtweise zu überzeugen. Gelingt kein Einverständnis, kann gegen den elterlichen Willen die Leistung nur gewährt werden, wenn eine familiengerichtliche Entscheidung den Weg ebnet.

## (2) Junge Volljährige

Junge Volljährige als Inhaber\*innen des Rechtsanspruchs der Hilfe für junge Volljährige erfüllen i. d. R. alle Voraussetzungen, derer es für eine\*n sog. geborene\*n Beteiligte\*n bedarf.

Dies ist nur dann anders, wenn ihnen bspw. aufgrund einer schwerwiegenden psychischen Erkrankung die Handlungsfähigkeit fehlt und er/sie unter rechtlicher Betreuung steht. Liegt eine Betreuung nicht vor, ist unter bestimmten Umständen (§ 15 SGB X) auf Ersuchen der Behörde durch das Betreuungsgericht (§ 340 FamFG) für den Beteiligten ein Vertreter zu bestellen, etwa wenn der Betroffene infolge einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht in der Lage ist, im Verwaltungsverfahren selbst tätig zu werden (Bestellung eines Vertreters von Amts wegen).<sup>87</sup>

## (3) Vormund, Ergänzungspfleger, rechtliche Betreuer

Bei der Einrichtung einer Vormundschaft, Ergänzungspflegschaft oder rechtlichen Betreuung ist in Bezug auf die damit einhergehenden Rechtsfolgen auch für die Stellung im Sozialverwaltungsverfahren zu differenzieren. Soweit im Rahmen der Vormundschaft alle sich aus dem Sorgerecht ergebenden Rechte auf den/die Vormund/Vormundin übergehen, ist er/sie selbst Verfahrensbeteiligte\*r. Gleiches gilt für die Ergänzungspflegschaft. Diese kann nur insoweit Anträge in eigener Sache stellen, als ihr der Aufgabenkreis übertragen wurde. Wurde bspw. nur die Gesundheitsfürsorge übertragen, kann im Rahmen der hierfür eingerichteten Pflegschaft kein Antrag auf Hilfe zur Erziehung gestellt werden. In

einem entsprechenden Verfahren wäre der/die Ergänzungspfleger\*in kein\*e geborene\*r Beteiligte\*r.

Geht es hingegen um ein Verfahren, das die Bewilligung einer Eingliederungshilfe für eine\*n Minderjährige\*n mit drohender oder bestehender seelischer Behinderung zum Gegenstand hat, gilt wiederum, dass Vormund/Vormundin oder Pfleger\*in lediglich die gesetzliche Vertretung der Rechte des/der Minderjährigen wahrnehmen. Dementsprechend sind sie nicht Beteiligte des Verfahrens, sondern vertreten den/die Beteiligte\*n des Verfahrens in Person des anspruchsberechtigten jungen Menschen. Der/die gesetzliche Vertreter\*in oder der/die Bevollmächtigte sind nicht Beteiligte i. S. d. § 12 SGB X. Sie haben deshalb keine von dem/der Vertretenen unabhängigen Rechte.<sup>88</sup>

Der/die rechtliche Betreuer\*in für eine\*n junge\*n Volljährige\*n würde diese\*n im Verfahren immer nur vertreten und mithin dessen/deren Verfahrensrechte als Beteiligte\*r wahrnehmen. Einem/einer rechtlichen Betreuer\*in stehen keine eigenen Rechte auf Sozialleistungen zu.

## (4) Kinder und Jugendliche

Wenngleich Kinder und Jugendliche gemäß § 8 Abs. 1 SGB VIII entsprechend ihrem Entwicklungsstand an allen sie betreffenden Entscheidungen der öffentlichen Jugendhilfe „zu beteiligen“ sind, macht diese Vorschrift sie nicht automatisch zu Beteiligten i. S. v. § 12 SGB X. Mit der Beteiligungsvorschrift des § 8 SGB VIII wird lediglich eine Entscheidungsbeteiligung geregelt, während § 12 SGB X die Verfahrensbeteiligung normiert.<sup>89</sup> Nur mit der Verfahrensbeteiligung nach § 12 SGB X gehen die besonderen Verfahrensrechte einher, zu denen auch und insbesondere das Recht zur Inanspruchnahme von Beiständen und Bevollmächtigten zählt.

Anders als bei volljährigen Personen macht es für die verfahrensrechtliche Stellung von Kindern und Jugendlichen im Kontext von Leistungen der Kinder-

<sup>87</sup> Trenzcek, in: FK-SGB VIII, 9. Aufl. 2018, Anhang Verfahren Rn. 43.

<sup>88</sup> BVerwG, Beschluss vom 10. Februar 1981 – 7 B 26/81 –, NJW 1981, 2270.

<sup>89</sup> Kunkel/Keper/Pattar, LPK-SGB VIII, Anhang 5 Rn. 11.

und Jugendhilfe zunächst einen deutlichen Unterschied, ob sich die Beteiligtenstellung aufgrund der Antragstellung oder als Adressat\*in eines Verwaltungsaktes ergibt.

#### • Beteiligtenstellung als Antragsteller\*in

Geht es in einem Sozialverwaltungsverfahren um einen Anspruch auf Hilfe zur Erziehung, so ist die rechtliche Stellung des Kindes bzw. des/der Jugendlichen, das/der/die die entsprechenden Leistungen empfangen soll, schwierig zu ermitteln. Denn in keinem Fall ist das Kind bzw. der/die Jugendliche Adressat\*in eines sich aus dem Verfahren ergebenden Verwaltungsakts, da der Anspruch seinen/ihren Sorgerechtigten zusteht.

In Betracht kommt daher von vornherein nur seine/ihre Beteiligtenstellung als Antragsteller\*in aus § 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB X. Als Antragstellerin gilt diejenige Person, die bei der Behörde einen Antrag selbst stellt oder durch eine\*n Vertreter\*in stellen lässt.<sup>90</sup> Auch in diesem Fall ist Beteiligte immer nur diejenige Person, in deren Namen und für die der Antrag gestellt wird.<sup>91</sup>

Wäre Beteiligte diejenige Person, die einen Antrag gegenüber einer Sozialbehörde stellt, so ließe sich die Feststellung auf den ersten Blick als leichte Übung begreifen, wenn mit „Antrag“ jegliches Begehren einer Leistung oder auch nur eines Tätigwerdens der Behörde gemeint wäre.

An dieser Stelle ist jedoch nochmals sorgfältig zwischen Anlässen zu unterscheiden, die das Ermessen einer Behörde im Hinblick auf die Feststellung des Beginns eines Sozialverwaltungsverfahrens determinieren und einem Antrag i. S. d. § 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB X. Mit Blick auf diese Norm gilt, dass bloße Anzeigen, Anregungen oder Hinweise darauf, ein Verfahren von Amts wegen einzuleiten, formell-rechtlich keine Anträge darstellen und demzufolge grundsätzlich keine Beteiligtenstellung begründen.<sup>92</sup>

Dennoch dürften Anzeigen, Anregungen oder Hinweise darauf, ein Verfahren (zur Prüfung eines Anspruchs auf Hilfe zur Erziehung) von Amts wegen einzuleiten, für den Träger der öffentlichen Jugendhilfe Anlass sein, ein Sozialverwaltungsverfahren mit dem Ziel der Prüfung einzuleiten, ob in einem konkreten Einzelfall die Voraussetzungen einer Hilfe zur Erziehung vorliegen. Eine entsprechend ausdrückliche Anregung setzt lediglich dann kein Verwaltungsverfahren in Gang, wenn sie unbeachtlich ist, was bei rechtsmissbräuchlichen, rein querulatorischen Anträgen der Fall ist oder solchen, die kein sachliches Begehren enthalten.<sup>93</sup>

Zusammenfassend gilt, dass jeder Mensch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe zur Prüfung anregen kann, ob der Tatbestand der Hilfe zur Erziehung nach § 27 SGB VIII in einer konkreten familiären Situation vorliegt und auf dieser Grundlage die Behörde eine Ermessensentscheidung treffen muss, ob ein Verwaltungsverfahren beginnt. Diese Möglichkeit darf selbstverständlich nicht dazu führen, dass diese „anregende“ Person zur Beteiligten des Verfahrens nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB X mit allen damit zusammenhängenden Rechten wird.

Die formale Position als Antragsteller\*in setzt also nicht „irgendeinen“ Antrag voraus, sondern einen Antrag „in eigener Sache“.<sup>94</sup> Ein Antrag wird zweifelsfrei dann in eigener Sache gestellt, wenn er das Ziel verfolgt, den Erlass eines die antragstellende Person begünstigenden Verwaltungsakts zu erreichen.

Würde unter dieser Prämisse ein Antrag in eigener Sache nur dann angenommen, wenn die antragstellende Person damit einen eigenen Rechtsanspruch verfolgt, so wäre zu Recht zu fragen, warum zwischen Antragsteller\*in und Adressat\*in eines Verwaltungsaktes unterschieden werden sollte. Wäre ein Antrag in eigener Sache nur zur Verfolgung eines eigenen Rechtsanspruchs anzunehmen, so ließe sich die Verfahrensbeteiligung nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 SGB X dahingehend zusammenfassen, dass als Verfahrensbeteiligte nur diejenige Person in Betracht

<sup>90</sup> Gerstner-Heck, VwVfG § 13 Rn. 7.

<sup>91</sup> Ebd.

<sup>92</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 12 Rn. 17; Schmitz, VwVfG, § 13 Rn. 13; Gerstner-Heck, VwVfG § 13 Rn. 6.

<sup>93</sup> Vogelgesang in Hauck/Noftz, SGB X, § 18 Rn. 15, 17, 23; Roller, SGB X § 18 Rn. 6.

<sup>94</sup> Mutschler, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht SGB X, 104. EL Juni 2019 § 12 Rn. 5.

kommt, die am Ende des Verwaltungsverfahrens Adressatin eines Verwaltungsaktes sein kann.

Soll hingegen die Stellung als Antragsteller\*in nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB X einen eigenen Anwendungsbereich neben dem/der Adressat\*in eines Verwaltungsaktes nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 SGB X haben, muss die Möglichkeit der Antragstellung unabhängig vom Rechtsanspruch auf eine Leistung bestehen. Hier wird argumentiert, dass auch aus § 60 Abs. 1 S. 1 SGB I bei Sozialleistungen eine von der Anspruchsberechtigung unabhängige Antragsbefugnis folge.<sup>95</sup> Nur in Fällen, in denen ein Antrag eine materielle Anspruchsvoraussetzung sei, beschränke sich das Antragsrecht auf den Anspruchsberechtigten, damit kein Dritter in sein Dispositionsrecht eingreifen kann.<sup>96</sup> Einen solchen Fall gibt es bei den hier maßgeblichen Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe gerade nicht. Bei einer Hilfe zur Erziehung ist das Dispositionsrecht der Anspruchsberechtigten zugunsten ihres minderjährigen Kindes eingeschränkt.

Im Kontext einer Hilfe zur Erziehung gilt, dass der Anspruch der sorgeberechtigten Person allein zu dem Zweck zusteht, die Kindeswohlgerechte Erziehung ihres Kindes sicherzustellen. Das Kind, um dessen willen die Hilfe bewilligt wird bzw. werden soll, wird dementsprechend von der Leistung begünstigt. Regt also ein minderjähriger junger Mensch, der von der Hilfe zur Erziehung unmittelbar profitiert, die Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen an, so handelt es sich im Gegensatz zur Anregung durch eine\*n beliebige\*n Dritte\*n um einen „Antrag in eigener Sache“. Die mit der Beteiligtenstellung einhergehende formale Position im Verfahren mit eigenen Rechten ist in diesem Fall berechtigt.

In der Folge gilt, dass Minderjährige grundsätzlich einen „Antrag“ auf Prüfung stellen können, ob eine Hilfe zur Erziehung geleistet werden müsse. Diese Auffassung wird durch § 8 Abs. 2 SGB VIII zusätzlich gestützt. Der Antrag richtet sich schließlich darauf, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe den anspruchsberechtigten Sorgeberechtigten eine Hilfe

zur Erziehung anbietet.

### • Zulässigkeit und Wirksamkeit des „Antrags“ Minderjähriger

Im Sozialverwaltungsverfahren, mit dem der Anspruch auf eine Sozialleistung geprüft wird, wäre ein Antrag auf die entsprechende Leistung grundsätzlich auf seine Zulässigkeit zu prüfen. Ein Ablehnungsbescheid unter der Begründung, dass der Antrag auf die Leistung unzulässig ist, kann seinerseits nur dann rechtmäßig sein, wenn die Bewilligung einer Antragsleistung zu prüfen war. Die Prüfung einer Sozialleistung, die von einem Antrag nicht abhängt, darf Fragen zum materiell-rechtlichen Inhalt der begehrten Hilfe zur Erziehung nicht aussparen, da auch der „(unzulässige) Antrag“ auf eine Hilfe zur Erziehung eines/einer Minderjährigen in jedem Fall als Hinweis darauf zu verstehen ist, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 27 SGB VIII vorliegen könnten. Das Jugendamt hat in diesem Fall den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln und zu prüfen, ob es eine Hilfe zur Erziehung gewähren muss (vgl. B.III.1.). Das Einverständnis der sorgeberechtigten Eltern mit der Hilfe ist lediglich ein Element des Verfahrens.

Auch im Übrigen muss die Frage, ob ein zulässiger Antrag vorliegt, für den Beginn eines Verfahrens im Rahmen der Amtsermittlungspflicht unerheblich sein, da es gerade Gegenstand des Sozialverwaltungsverfahrens ist, zu prüfen, ob der Tatbestand der Hilfe zur Erziehung nach § 27 SGB VIII vorliegt.

Davon unabhängig ist bei Minderjährigen für die Stellung als Verfahrensbeteiligte\*r die Frage ihrer Handlungsfähigkeit gemäß der unter B.III.2.a.bb. vorgenommenen Erörterungen zu entscheiden.

Wird der ausdrückliche Wunsch eines minderjährigen jungen Menschen nach einer Hilfe zur Erziehung bzw. allgemeiner nach einem Tätigwerden des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe als „Antrag“ mit der Folge des Beginns eines Verwaltungsverfahrens

<sup>95</sup> Kunkel/Kepert, LPK-SGB VIII, § 36 Rn. 15.

<sup>96</sup> Ebd.

verstanden, so erfolgt mit dieser Auslegung keine verfahrensrechtliche Ausweitung der Handlungsfähigkeit, da mit dieser Auffassung lediglich ein Initiativrecht, aber kein Antragsrecht eingeräumt wird.<sup>98</sup>

#### • **Beteiligtenstellung als Adressat\*in**

Kinder und Jugendliche können nur dann Adressat\*innen eines Verwaltungsaktes des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe sein, wenn sie selbst Anspruch auf Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe haben. Dies ist bei der Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche (§ 35a SGB VIII) der Fall, während eine Hilfe zur Erziehung den Bescheid ausschließlich an die anspruchsberechtigten Sorgeberechtigten adressiert.

Aber selbst als Adressat\*innen eines Verwaltungsaktes können Kinder und Jugendliche nicht automatisch die sich daraus ergebenden Rechte als Beteiligte wahrnehmen, wenn ihnen die erforderliche Handlungsfähigkeit fehlt.

Insofern gelten auch hier die vorangehenden Ausführungen unter B.III.2.a.bb. Allerdings muss in diesem Fall noch zugunsten des minderjährigen jungen Menschen berücksichtigt werden, dass Leistungen der Teilhabe nach § 35a SGB VIII in noch unmittelbarer Weise als die erzieherischen Hilfen für seine Sorgeberechtigten, sein verfassungsrechtlich verbrieftes Recht auf freie Entfaltung und Entwicklung seiner Persönlichkeit (Art. 2 GG) betreffen.

#### **(5) Nicht sorgeberechtigte Eltern**

Wurde Eltern die Personensorge für ihr Kind entzogen, so wirkt sich das weder auf ihre Beteiligungsfähigkeit noch unmittelbar auf ihre Handlungsfähigkeit aus. Allerdings sind sie nicht mehr Inhaber des Rechtsanspruches auf Hilfe zur Erziehung nach § 27 SGB VIII bzw. vertreten ihr Kind nicht mehr bei der Wahrnehmung seiner Rechtsansprüche nach § 35a SGB VIII. Sie haben also keinen Anspruch auf Hilfe

zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII oder das Recht, ihr Kind bei Geltendmachung seiner Rechtsansprüche gesetzlich zu vertreten.

Da bei ihnen grundsätzlich die Beteiligten- und Handlungsfähigkeit vorliegen dürfte, ist für ihre Beteiligtenstellung zu klären, ob sie noch einen Antrag in „eigener Sache“ stellen können. Wie bei den Minderjährigen, die von einer Hilfe zur Erziehung in einer Weise betroffen werden, dass ihnen die Antragstellung in eigener Sache zuzubilligen ist, dürfte die Betroffenheit nicht sorgeberechtigter Eltern auch häufig vorliegen. Dies liegt insbesondere auch daran, dass Elternarbeit nicht als spezifische Hilfe zur Erziehung vorgesehen ist, sondern in den Hilfeformen der Unterbringung außerhalb der Familie meist integriert ist. Zudem werden im Rahmen der Leistungen auch Umgangsfragen verhandelt.

Sind nur Teile der elterlichen Sorge entzogen, wird die erforderliche Betroffenheit erst recht meist vorliegen.

#### **bb. „Gekorene“ Beteiligte**

Lässt sich eine Beteiligtenstellung weder aus der Antragstellung noch nach der Adressatenstellung begründen, so ist zu prüfen, ob nicht die Hinzuziehung als Beteiligte\*r nach § 12 Abs. 1 Nr. 4 SGB X in Betracht kommt.

Die Hinzuziehung ermöglicht die Einbeziehung weiterer Personen in das Verwaltungsverfahren, die nicht schon nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 SGB X am Verfahren beteiligt sind. Ihnen soll die Möglichkeit gegeben werden, ihre Rechte und rechtlichen Interessen bereits im Verwaltungsverfahren geltend zu machen, indem ihnen insbesondere rechtliches Gehör (§ 28 SGB X) sowie Akteneinsicht (§ 29 SGB X) gewährt wird.<sup>99</sup>

§ 12 Abs. 2 SGB X unterscheidet zwei Fallkonstellationen der Hinzuziehung. Gemäß § 12 Abs. 2 S. 1 SGB X steht es im Ermessen der Behörde, einen Dritten, dessen rechtliche Interessen vom Ausgang des Ver-

<sup>97</sup> Kunkel/Kepert, LPK-SGB VIII, § 36 Rn. 15.; Trenzcek, FK-SGB VIII, Anhang Verfahren Rn. 32.

<sup>98</sup> Kunkel/Kepert, LPK-SGB VIII § 36 Rn. 15.

<sup>99</sup> Roller, SGB X, § 12 Rn. 9.

fahrens berührt werden können, hinzuzuziehen (sog. einfache Hinzuziehung). Nach § 12 Abs. 2 S. 2 SGB X ist die Behörde dagegen zur Hinzuziehung verpflichtet, wenn der betroffene Dritte dies beantragt und der Ausgang des Verfahrens für diesen rechtsgestaltende Wirkung hat (sog. notwendige Hinzuziehung).

### (1) Rechtliche Interessen

Kommt es für die Hinzuziehung in jedem Fall darauf an, ob die rechtlichen Interessen des/der Hinzugezogenen durch das Verfahren berührt werden, kommt diesem Begriff maßgebliche Wirkung zu. Bei den rechtlichen Interessen muss es sich um subjektive Interessen handeln, die in einer Rechtsnorm geschützt werden oder Ausdruck einer rechtlich geschützten Position sind.<sup>100</sup> Die Berücksichtigung von lediglich ideellen, sozialen oder wirtschaftlichen Interessen genügt nicht. Verfahrensbeteiligungen dienen keinem Selbstzweck, sondern sollen Schutz im Hinblick auf die bestmögliche Verwirklichung einer materiell-rechtlichen Rechtsposition gewähren.<sup>101</sup>

Will bzw. soll das Jugendamt gemäß § 12 Abs. 2 SGB X Kinder und Jugendliche als Beteiligte zum Verfahren hinzuziehen, setzt dies nicht nur weiterhin deren Handlungsfähigkeit voraus, sondern auch, dass sie in eigenen rechtlichen Interessen berührt sind.

In der Literatur wird z. T. vertreten, dass dies in der Regel (außer im Falle einer Kindeswohlgefährdung) nicht der Fall sei, weil die Interessen der Kinder von den Eltern treuhänderisch wahrgenommen würden. Im Rahmen der Hilfe zur Erziehung würden ihre Interessen zudem durch die Mitwirkung nach § 36 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 S. 2 SGB VIII gewahrt.<sup>102</sup> Diese Argumentation ist nicht nur in sich widersprüchlich, sondern verkennt den Kern der maßgeblichen Frage, um welche rechtlichen Interessen der Minderjährigen es sich handeln kann.

Denn die Aussage, dass die sorgeberechtigten Eltern die rechtlichen Interessen ihrer Kinder treu-

händerisch wahrnehmen, nimmt zunächst die Betroffenheit der rechtlichen Interessen an. Insofern muss gelten, dass entweder rechtliche Interessen der minderjährigen Kinder betroffen sind oder eben nicht. Die treuhänderische Wahrnehmung betrifft die Verfügungsgewalt und ist auf anderer Ebene zu klären.

Wurde unter B.III.2.a.bb. (3) eingehend die Grundrechtsposition von Minderjährigen erörtert, die selbst keinen Anspruch auf eine Leistung der Kinder- und Jugendhilfe haben, aber von einer entsprechenden Leistung betroffen sind, finden die dort aufgezeigten Ergebnisse auch bei Beantwortung der Frage Anwendung, ob ihre rechtlichen Interessen betroffen sind, wenn die Behörde prüft, ob ihren Sorgeberechtigten eine Hilfe zur Erziehung gewährt wird. Erziehung ist keine lediglich nur faktisch, sondern selbstverständlich auch rechtlich wirkende Handlung, da immer Grundrechtspositionen des Kindes betroffen sind. Bestimmt eine Behörde über erzieherisch wirkende Leistungen, ist auch nicht lediglich das Verhältnis Eltern/Kind betroffen, sondern auch das Kind wird von der staatlichen Leistung tangiert. Dementsprechend sind immer die rechtlichen Interessen von Kindern betroffen, wenn der Träger der öffentlichen Jugendhilfe prüft, ob ihren Sorgeberechtigten eine Hilfe zur Erziehung gewährt wird.

### (2) Einfache oder notwendige Hinzuziehung

Kommt man zum Schluss, dass die rechtlichen Interessen eines Kindes oder Jugendlichen berührt sind, das/der/die von einer Hilfe zur Erziehung betroffen ist oder sein kann, so stellt sich die Frage, ob die Hinzuziehung zum Verfahren im Rahmen einer Ermessensentscheidung der Behörde zu fällen ist oder die Entscheidung der Behörde, mit der das Verwaltungsverfahren beendet wird (also der bewilligende oder ablehnende Verwaltungsakt) für das Kind bzw. den/die Jugendliche rechtsgestaltende Wirkung hat. Die notwendige Hinzuziehung i. S. d. § 12 Abs. 2 S. 2 SGB X erfordert die Annahme, dass der Verfahrensausgang eine rechtsgestaltete Wirkung hat, also ein

<sup>100</sup> Gerstner-Heck, VwVfG § 13 Rn. 19.

<sup>101</sup> BVerwG NVwZ-RR 1998, 22.

<sup>102</sup> Kunkel/Kepert/Pattar, LPK-SGB VIII, Anhang 5 Rn. 11.

Recht des Hinzuzuziehenden begründet, ändert oder beseitigt.<sup>103</sup> Dabei genügt die Möglichkeit, dass der Ausgang des Verwaltungsverfahrens diese Wirkung haben kann, denn die Hinzuziehung muss vor der Entscheidung erfolgen.<sup>104</sup>

Bei der Prüfung einer Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII ergibt sich die Beteiligtenstellung der anspruchsberechtigten Minderjährigen bereits aus § 12 Abs. 1 Nr. 2 SGB X als Adressaten des Verwaltungsakts. In diesem Fall ist nicht noch zusätzlich die Hinzuziehung zu prüfen.

Geht es in einem Verwaltungsverfahren um die Entscheidung über eine Hilfe zur Erziehung, so besteht die Möglichkeit, dass das Verfahren mit einem Verwaltungsakt endet, der den Sorgeberechtigten des Kindes bzw. Jugendlichen eine bestimmte Hilfe zur Erziehung gewährt. Unter Berücksichtigung der vorgenannten Darstellung bedeutet das für das Kind bzw. den/die Jugendliche\*n, dass eine Person im Verhältnis zu ihm/ihr erzieherische Tätigkeiten ausübt, von denen er/sie unmittelbar betroffen ist. Ist also das Recht des Kindes bzw. des/der Jugendlichen auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit betroffen, so hat ein Verwaltungsakt, der über Art, Inhalt und Umfang einer erzieherischen Maßnahme befindet, nicht nur faktische, sondern auch unmittelbare Auswirkungen auf die Rechtsposition des Kindes bzw. des/der Jugendlichen. Letztlich bedarf es zu dieser Auslegung nicht notwendig des Rückgriffs auf die Persönlichkeitsrechte aus Art. 2 GG, sondern es findet sich die ausdrückliche Formulierung des Rechts eines Kindes bzw. Jugendlichen bereits im § 1 Abs. 1 SGB VIII. Im § 1 Abs. 3 SGB VIII sind darüber hinaus die Ziele der Kinder- und Jugendhilfe formuliert, die bei der Bewilligung einer Leistung der Kinder- und Jugendhilfe zu beachten sind. Dementsprechend sind bei einer Bewilligung einer Leistung der Kinder- und Jugendhilfe die Rechte der von der Leistung betroffenen Kinder und Jugendlichen aus § 1 Abs. 1 SGB VIII immer zu beachten. Im Umkehrschluss ist letztlich nicht vorstellbar, dass ein Verwaltungsakt

über eine Hilfe zur Erziehung erlassen wird, der auf die solchermaßen normierten Rechte der betroffenen Kinder und Jugendlichen nicht auch rechtsgestaltende Wirkung hat.

Im Ergebnis erscheint nur eine Auslegung dahingehend überzeugend, dass es sich bei der Hinzuziehung von Kindern und Jugendlichen um eine notwendige Hinzuziehung handelt. Dies insbesondere im Vergleich zur Beteiligtenstellung von Minderjährigen mit einem Anspruch auf Teilhabeleistungen nach § 35a SGB VIII. Eine Differenzierung der verfahrensrechtlichen Position nach den Leistungsbereichen macht keinen Sinn, da die Auswirkungen für die Minderjährigen völlig identisch sein können.

Die notwendige Hinzuziehung setzt einen Antrag des/der betroffenen Dritten voraus. Liegt ein solcher Antrag nicht vor, steht die Hinzuziehung auch dann, wenn der Ausgang des Verfahrens für den/die Dritte\*n rechtsgestaltende Wirkung hat, im Ermessen der Behörde.<sup>105</sup> Da die Behörde eine\*n Dritte\*n, für den/die der Ausgang des Verfahrens rechtsgestaltende Wirkung haben kann, nach § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 SGB X von der Einleitung des Verfahrens benachrichtigen muss, liegt es an diesem/dieser, ob er/sie einen Antrag auf Hinzuziehung stellt.<sup>106</sup>

Beim Antrag auf Hinzuziehung zum Verfahren handelt es sich nicht um eine Sozialleistung, sondern um die Einräumung einer verfahrensrechtlichen Stellung. In jedem Fall ist auch für diese Antragstellung die Handlungsfähigkeit erforderlich, bemisst sich aber entsprechend den Erörterungen unter B.III.2.b.

Liegt kein Fall der notwendigen Hinzuziehung vor, weil der entsprechende Antrag nicht gestellt wurde, ist die Hinzuziehung in das Ermessen der Behörde gestellt.

Gemäß § 8 Abs. 1 SGB VIII sind Kinder und Jugendliche entsprechend ihrem Entwicklungsstand an allen sie betreffenden Entscheidungen der öffentlichen Jugendhilfe zu beteiligen. Sie sind in geeigneter Wei-

<sup>103</sup> Mutschler in KassKomm SGB X, § 12, Rn. 12; LSG Sachsen – 20.11.2018 – L 9 VE 16/16 –, Rn. 24, juris.

<sup>104</sup> Kopp/Ramsauer VwVfG § 13 Rn. 39; Schmitz, VwVfG, § 13 Rn. 40 f.; Mutschler, KassKommSGB X § 12 Rn. 12.

<sup>105</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 13 Rn. 46.

<sup>106</sup> Gerstner-Heck, VwVfG § 13 Rn. 12 f.

se auf ihre Rechte im Verwaltungsverfahren sowie im Verfahren vor dem Familiengericht mit dem Verwaltungsgericht hinzuweisen.

Der Behörde ist es im Einzelfall also immer im Rahmen einer ordnungsgemäßen Ermessensausübung möglich, die Hinzuziehung eines Kindes bzw. eines/ einer Jugendlichen als Beteiligte\*r des Verfahrens vorzunehmen.

### **(3) Hinzuziehung nicht sorgeberechtigter Eltern**

Wie unter B.III.2.b.aa. (5) erörtert, können auch nicht sorgeberechtigte Eltern einen Antrag im Sinne von § 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB X stellen und damit die Rolle als Verfahrensbeteiligte einnehmen. Gleiches gilt grundsätzlich für die Antragstellung auf Hinzuziehung zum Verfahren nach § 12 Abs. 2 SGB X.

Allerdings ist hier die Unterscheidung zwischen einer notwendigen Hinzuziehung und der behördlichen Ermessensentscheidung besonders wichtig. Da auch die rechtlichen Interessen nicht sorgeberechtigter Eltern weiterhin über Art. 6 Abs. 1 GG geschützt sind, steht ihnen zwar das Recht zu, Antrag auf Hinzuziehung zum Verfahren zu stellen, eine notwendige Hinzuziehung kann jedoch nur angenommen werden, wenn der Ausgang des Verfahrens für sie rechtsgestaltende Wirkung hat. Diese ist nur anzunehmen, wenn mindestens Teile des Sorgerechts noch bei den Eltern liegen und insoweit eine rechtsgestaltende Wirkung eintreten kann.

Im Ergebnis dürfte die Hinzuziehung nicht sorgeberechtigter Eltern in der Regel eher als Ermessensentscheidung der Behörde erfolgen und es sich nicht um eine notwendige Hinzuziehung handeln. Das eröffnet dem Jugendamt die Möglichkeit, seiner fachlichen Bewertung über die Sinnhaftigkeit der weiteren Beteiligung der nicht sorgeberechtigten Eltern Vorrang einzuräumen.

### **(4) Formalien der Hinzuziehung**

Bei der Hinzuziehung entsteht die Beteiligtenstellung erst durch den Hinzuziehungsbescheid der Behörde, der konstitutive Wirkung hat und bei dem es sich um einen Verwaltungsakt handelt. Wurde Antrag auf Hinzuziehung gestellt, ist ggf. auch über die Ablehnung der Hinzuziehung im Wege eines Verwaltungsaktes zu entscheiden und es steht den davon Betroffenen der Rechtsweg offen.

#### **c. Mehrheit von Beteiligten und Konflikte**

Auf Grundlage der vorangehend geschilderten Auffassung kann es im Sozialverwaltungsverfahren insbesondere im Kontext von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe zu einer Mehrheit von Verfahrensbeteiligten kommen.

Statt des beschränkt Geschäftsfähigen und neben diesem bleibt auch der gesetzliche Vertreter zum Handeln für ihn befugt, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist oder sich aus dem Zweck der Regelungen, aus denen die Handlungsfähigkeit abzuleiten ist, sich nichts anderes ergibt.<sup>107</sup> Eindeutige Grenzen ergeben sich in Einzelfällen unmittelbar aus dem Gesetz: Wenn bspw. § 5 S. 2 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung (KERzG) ausdrücklich bestimmt, dass ein Kind ab dem 12. Lebensjahr gegen seinen Willen nicht in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen werden kann, hat der gesetzliche Vertreter ab dem 14. Lebensjahr, wenn das Kind nach § 5 S. 1 KERzG die volle Entscheidungsfreiheit hinsichtlich seines religiösen Bekenntnisses erhält, insoweit keine Handlungsbefugnis mehr.

Regelungen, die einem Minderjährigen hinsichtlich eines eingeschränkten Bereichs die Geschäfts- und Handlungsfähigkeit zuerkennen, gehen davon aus, dass dieser insoweit in vollem Umfang in der Lage ist, eigenverantwortlich ohne Hilfe seines gesetzlichen Vertreters zu handeln. Eine generelle Information des gesetzlichen Vertreters ist deshalb zur Kontrolle und zum Schutz des beschränkt Hand-

<sup>107</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 12 Rn. 12.

lungsfähigen nicht erforderlich.<sup>108</sup> Die Behörden sind also nicht grundsätzlich verpflichtet, den gesetzlichen Vertreter von Verfahrenshandlungen des partiell handlungsfähigen Minderjährigen zu verständigen.<sup>109</sup>

Solche eindeutigen Grenzen finden sich im Leistungsbereich der Kinder- und Jugendhilfe gerade nicht. Selbst die ausdrückliche Handlungsfähigkeit ab dem vollendeten 15. Lebensjahr aus § 36 SGB I beinhaltet nicht die volle Verfügungsbefugnis über den Sozialleistungsanspruch. D. h. den sorgeberechtigten Eltern steht weiterhin der Anspruch auf Hilfe zur Erziehung zu, wie auch das Recht, über die Inanspruchnahme einer Teilhabeleistung nach § 35a SGB VIII ihres minderjährigen Kindes zu entscheiden.

In der Folge mag es also dazu kommen, dass sowohl (beide) sorgeberechtigten Eltern als auch ihr minderjähriges Kind die Rolle des/der Verfahrensbeteiligten einnehmen. Die Mehrheit von Beteiligten mit teils diametral entgegengesetzten Interessen und unterschiedlichen Perspektiven sollte jedoch für den Träger der öffentlichen Jugendhilfe nicht nur keine besondere Herausforderung sein, sondern vielmehr in seine Kernkompetenz fallen. Die gleichmäßige Verfahrensbeteiligung mit Zuerkennung aller daraus resultierenden Rechte sollte vor diesem Hintergrund eine Selbstverständlichkeit sein. Dazu kann jedoch im Einzelfall eine zusätzliche Erhöhung der beteiligten Personen gehören, wenn sich die Beteiligten i. S. v. § 12 SGB X von Beiständen oder Bevollmächtigten unterstützen lassen.

Dass damit eine besondere Herausforderung für die Behörde einhergeht, soll keineswegs bestritten werden. Diese Herausforderung lässt sich jedoch nicht verfahrensrechtlich durch Ablehnung der Beteiligtenstellung mit ihren Folgen begegnen. Tatsächlich geht es in diesen Fällen in besonderer Weise um die fachlichen Kompetenzen in der Behörde, zu denen insbesondere die Fähigkeit der Moderation von Entscheidungsprozessen mit einer Mehrheit von Beteiligten gehören muss.

### 3. Voraussetzungen, Inhalt und Umfang der Tätigkeit von Bevollmächtigtem/Bevollmächtigter und Beistand

Die umfangreiche Prüfung der Stellung insbesondere eines jungen Menschen als Beteiligter eines Sozialverwaltungsverfahrens i. S. v. § 12 SGB X ist notwendig, um die sich aus dieser Rolle ableitenden Verfahrensrechte effektiv in Anspruch nehmen zu können.

Denn ist die Rolle als Beteiligte\*r i. S. v. § 12 SGB X anerkannt, folgt daraus zwingend das Recht, sich durch eine Person seines Vertrauens im Verwaltungsverfahren unterstützen zu lassen, die je nach Rolle weitere Verfahrensrechte des/der Beteiligten ausüben darf. Als Vertrauenspersonen kommen der/die Bevollmächtigte und der Beistand (§ 13 SGB X) in Betracht.

Wie eingangs festgestellt, kann sich die Durchsetzungskraft der Ombudschaft zugunsten ihrer Klientel aus ihrem Einsatz als Bevollmächtigte oder Beistand ergeben. Eine Legaldefinition der Begriffe Beistand und Bevollmächtigter i. S. d. § 13 SGB X hält das Gesetz nicht vor. Die Unterscheidung der Rollen erfolgt entlang der Rechtsgrundlage beider Tätigkeiten in § 13 SGB X. Dabei beschäftigen sich die ersten drei Absätze der Norm ausschließlich mit dem/der Bevollmächtigten, der vierte Absatz ausschließlich mit dem Beistand und die Absätze 5 bis 7 gleichermaßen mit Bevollmächtigte\*r\*m und Beistand.

Ist unklar, ob eine Bevollmächtigung oder eine Bestellung zum Beistand vorliegt, muss die Behörde dies im Rahmen ihres Amtsermittlungsauftrags klären (§ 20 SGB X). Im Zweifel ist (mindestens) die Bestellung eines Beistands anzunehmen.<sup>110</sup>

#### a. Bevollmächtigte\*r

Bevollmächtigt werden können natürliche, aber auch juristische Personen und (teil)rechtsfähige Vereini-

<sup>108</sup> Gerstner-Heck, VwVfG § 12 Rn. 11-6.

<sup>109</sup> a. A. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 12 Rn. 12: analoge Anwendung von § 14 Abs. 3 S. 3.

<sup>110</sup> Vogelgesang in Hauck/Noftz, SGB X, § 13 Rn. 31.

gungen.<sup>111</sup> Natürliche Personen müssen geschäftsfähig sein<sup>112</sup> (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 SGB X), juristische Personen handeln durch ihre Organe oder durch beauftragte Vertreter\*innen. Der/die Verfahrensbeteiligte i. S. v. § 12 SGB X kann den/die Bevollmächtigte\*n frei wählen.

Dass der/die Bevollmächtigte sach- und rechtskundig ist, mag sinnvoll sein, ist rechtlich aber nicht notwendig, denn über die Möglichkeit der Zurückweisung nach § 13 Abs. 6 SGB X ist sichergestellt, dass keine Person bevollmächtigt wird, die diese Rolle nicht ausfüllen kann.

Seine/ihre Vertretungsmacht erlangt der/die Bevollmächtigte rechtsgeschäftlich (§ 167 BGB) über die Erteilung einer Vollmacht.<sup>113</sup> Für eine wirksame Bevollmächtigung muss auch der/die Beteiligte handlungsfähig sein, da die Bevollmächtigung bereits eine Verfahrenshandlung ist.<sup>114</sup> Die Beurteilung der Handlungsfähigkeit eines/einer Minderjährigen muss hier entlang der Ausführungen unter B.III.2.a.bb. erfolgen. Es wäre abwegig, die Beteiligtenstellung – die ihrerseits die Handlungsfähigkeit voraussetzt – anzunehmen, aber die Handlungsfähigkeit zur Bevollmächtigung zu verneinen. Insofern ist auch daran zu denken, dass es keine „partielle Beteiligtenstellung“ gibt. Wenn eine Person Beteiligte i. S. v. § 12 SGB X ist, so stehen ihr uneingeschränkt alle sich daraus ergebenden Verfahrensrechte, insbesondere das Recht, sich durch eine Person ihres Vertrauens vertreten zu lassen, zu. In der Folge hat der/die Bevollmächtigte für die Verfahrenshandlungen volle Befugnis und bedarf für diese Handlungen weder einer Unterschrift noch einer beigefügten Einverständniserklärung des/der Vertretenen.<sup>115</sup>

Vorgaben für die Form der Vollmachtserteilung be-

stehen nicht (§ 9 SGB X), sodass diese auch mündlich,<sup>116</sup> telefonisch oder per E-Mail erfolgen kann. Die Vollmacht kann auch konkludent<sup>117</sup> sowie nach den im bürgerlichen Recht entwickelten Grundsätzen der Anscheins- oder der Duldungsvollmacht<sup>118</sup> erteilt werden.

Nur auf Verlangen ist die Vollmacht schriftlich nachzuweisen (§ 13 Abs. 1 S. 3 SGB X). Die Behörde entscheidet über ein solches Verlangen nach pflichtgemäßem Ermessen.<sup>119</sup> Sie hat dabei das Gebot der einfachen, zügigen und zweckmäßigen Durchführung des Verfahrens (§ 9 S. 2 SGB X) zu beachten, sodass der schriftliche Nachweis nur ausnahmsweise bei sachlich begründeten Zweifeln an der Bevollmächtigung zu verlangen ist.<sup>120</sup> Bei Rechtsanwältinnen darf im Hinblick auf ihre Stellung als Organ der Rechtspflege nach § 1 BRAO der Nachweis der Bevollmächtigung durch Vorlage einer schriftlichen Vollmacht ohnedies nur ausnahmsweise aus besonderem Anlass gefordert werden.<sup>121</sup> Eine Prüfung der Vollmacht findet nur dann statt, wenn besondere Umstände dazu Anlass geben, die Bevollmächtigung des Anwalts in Zweifel zu ziehen. Im Regelfall ist es völlig unrealistisch anzunehmen, dass sich ein/e Anwalt\*in ohne entsprechendes Mandat als Bevollmächtigte\*r geriert.<sup>123</sup>

Die Behörde kann eine (behördliche) Frist für den schriftlichen Nachweis setzen. Dies ist zu trennen von (gesetzlichen und behördlichen) Fristen für die Verfahrenshandlung selbst.<sup>124</sup>

Die Vollmacht erlischt mit dem Ende des (konkreten) Verwaltungsverfahrens,<sup>125</sup> für das sie erteilt wurde,<sup>126</sup> dem Tod des Bevollmächtigten, dem Verlust der Handlungsfähigkeit des Bevollmächtigten, der Niederlegung des Mandats durch den Bevollmäch-

<sup>111</sup> Vgl. Abs. 6 S 2 i. V. m. § 73 Abs. 2 S 2 Nr. 5–9 SGG; Rechtsanwaltsgesellschaft, auch Rechtsanwaltssozietät als Gesellschaft bürgerlichen Rechts; a. A. die h. M. zur Rechtslage vor der Neufassung der § 73 SGG, § 67 VwGO durch das Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen.

<sup>112</sup> Pitz, in: jurisPK-SGB X, § 13 Rn. 5; Löcher, in: Eichenhofer/Wenner, SGB X, 2. Aufl. 2017, § 13 Rn. 9.

<sup>113</sup> Roller, § 13 Rn. 6.

<sup>114</sup> Krasney, in: KassKomm, SGB X § 13 Rn. 3.

<sup>115</sup> BSG v 13.9.2011 – B 1 KR 25/10 R – BSGE 109, 122 Rn. 13 = SozR 4-2500 § 42 Nr. 1 = Breith 2012, 726.

<sup>116</sup> BVerwG v 15.12.1997 – 5 B 1/97 – juris Rn. 3f.

<sup>117</sup> BVerwG v 15.12.1997 – 5 B 1/97 – juris Rn. 3f.

<sup>118</sup> Vgl. BSG v 15.10.1981 – 5b/5 RJ 90/80 – BSGE 52, 245, 247 = SozR 2200 § 1303 Nr. 22 = SGB 1982, 403, 404 mit Anmerkung Broß; BVerwG v 25.2.1994 – 8 C 2/92 – Buchholz 401.84 Benutzungsgebühren Nr. 68; OVG Nordrhein-Westfalen v 8.7.2003 – 18 B 2172/02 – NVwZ-RR 2004, 72, 72; aA Rixen/Waschull in LPK-SGB X, § 13 Rn. 15.

<sup>119</sup> BSG v 15.10.1981 – 5b/5 RJ 90/80 – BSGE 52, 245, 248 = SozR 2200 § 1303 Nr. 22 = SGB 1982, 403, 405 mit Anmerkung Broß.

<sup>120</sup> Löcher § 13 Rn. 15.

<sup>121</sup> KG NZV 2010, 528; VG Potsdam NVwZ-RR 2001, 285.

<sup>122</sup> VwVfG § 14 Rn. 10.1 mit Verweis auf BVerwG NJW 1985, 2963; Ronellenfisch, BeckOK VwVfG, 41. Ed. 1.10.2018, VwZG § 7 Rn. 1-4.

<sup>123</sup> Löcher, § 13 Rn. 16.

<sup>124</sup> Vgl. BVerwG v 9.5.1979 – 4 B 93/79 – NJW 1980, 1120, 1121; BVerwG v 15.12.1997 – 5 B 1/97 – juris Rn. 3.

<sup>125</sup> Roller, SGB X, § 8 Rn. 10.

<sup>126</sup> BSG v 2.11.2005 – B 6 KA 43/05 B – juris Rn. 18.

tigten oder dem jederzeit möglichen Widerruf der Vollmacht durch den Beteiligten (§ 168 S 2 BGB).

Die Vollmacht wird durch den Tod des/der Beteiligten allerdings nicht aufgehoben (§ 13 Abs. 2 HS. 1 SGB X). Der/die Bevollmächtigte vertritt stattdessen den/die Rechtsnachfolger\*in (§§ 56ff SGB I), der/die die Vollmacht widerrufen kann.

Im Fall der Zurückweisung des Bevollmächtigten (§ 13 Abs. 5 und 6 SGB X) bleibt die Vollmacht bestehen, doch kann der Bevollmächtigte nicht mehr wirksam für den/die Beteiligte\*n handeln (§ 13 Abs. 7 S. 2 SGB X). Der Widerruf, der wie die Bevollmächtigung keiner Form bedarf,<sup>127</sup> wird gegenüber der Behörde (Außenverhältnis) erst dann wirksam, wenn er ihr zugeht (§ 13 Abs. 1 S. 4 SGB X; § 130 Abs. 1 S. 1 BGB). Auch die Niederlegung des Mandats wirkt im Außenverhältnis erst, wenn sie der Behörde angezeigt wird.<sup>128</sup>

Die Vollmacht erlischt auch nicht durch eine Veränderung der Handlungsfähigkeit des/der Beteiligten oder seiner/ihrer gesetzlichen Vertretung.<sup>129</sup>

Verfahrenshandlungen eines nicht (wirksam) Bevollmächtigten sind schwebend unwirksam. Sie können vom Beteiligten rückwirkend genehmigt werden (§ 177 Abs. 1, § 184 Abs. 1 BGB, § 89 Abs. 2 ZPO), wobei die Behörde hierfür eine angemessene Frist setzen kann (§ 180 S. 2, § 177 Abs. 2 BGB).<sup>130</sup> Erst wenn die Genehmigung nicht innerhalb der Frist, spätestens bis zur Entscheidung der Behörde erteilt wird oder der/die Beteiligte die Genehmigung ablehnt, ist die Verfahrenshandlung unwirksam.

Der Umfang der Vertretungsmacht bestimmt sich aus dem Inhalt der Erklärung; sie kann auch mehrere Verwaltungsverfahren umfassen.<sup>131</sup> Innerhalb des einzelnen Verwaltungsverfahrens ist der/die Bevollmächtigte nach § 13 Abs. 1 S. 2 im Außenverhältnis grundsätzlich zu allen Verfahrenshandlungen ermächtigt (Grundsatz der umfassenden Vertretung), zu denen auch der/die Beteiligte ermächtigt ist.

Als wesentliche Verfahrensrechte sind das Recht auf Anhörung (§ 24 SGB X) und das Recht auf Akteneinsicht (§ 25 SGB X) zu nennen. Soweit diese Rechte dem/der Beteiligten zustehen, können sie in gleichem Umfang von seiner/ihrer Bevollmächtigten ausgeübt werden.

Weiterhin umfasst der Grundsatz der umfassenden Vertretung auch das Recht zur Stellung und Rücknahme von Anträgen<sup>132</sup> und zur Einlegung von Rechtsbehelfen sowie zu Erklärungen zum Abschluss von Vergleichen. Inhaltliche Beschränkungen der Vertretungsmacht (z. B. kein Vergleichsabschluss, keine Antragsrücknahme) müssen, um im Außenverhältnis wirksam zu sein, aus der Erklärung der Vollmacht selbst folgen. Diese ist bei mangelnder Eindeutigkeit von der Behörde wie eine Willenserklärung auszulegen.<sup>133</sup>

Vom Vertretungsumfang gesetzlich ausgenommen sind höchstpersönliche Verfahrenshandlungen, wie die Anhörung zur Sachverhaltsermittlung (§ 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB X<sup>134</sup>), die Versicherung an Eides statt (§ 23 Abs. 2 bis 6) und die persönlichen Mitwirkungen nach §§ 61 bis 64 SGB I. Der/die Beteiligte kann sich von dem/der Bevollmächtigten zu Anhörungen und Besprechungen jedoch begleiten lassen. Nach Auffassung von Roller gilt dieses Recht auf Begleitung durch den/die Bevollmächtigte\*n auch für gutachtliche Untersuchungen des/der Beteiligten. Er schränkt dies nur insoweit ein, als der/die Beteiligte selbst es zum Schutz seiner/ihrer Intimsphäre ausschließt, es sich als untunlich erweist, weil die Tatsachenfeststellung erschwert wird, es dem/der Sachverständigen unzumutbar (bspw. weil der/die Bevollmächtigte ihn/sie in Streitgespräche verwickelt oder versucht, die Untersuchung zu manipulieren) oder überflüssig ist (allein apparatemäßige Untersuchung, wie Röntgen).<sup>135</sup>

Die Gegenmeinung vertritt die Auffassung, dass es sich bei den Mitwirkungspflichten um höchstpersönliche Handlungen handelt, die von der Bevollmächtigung nicht umfasst werden können.<sup>136</sup> Dement-

<sup>127</sup> OVG Nordrhein-Westfalen v 9.8.2010 – 18 B 742/10 – NJW 2010, 3179, 3179f zu § 14 VwVfG.

<sup>128</sup> Hamburgisches OVG v 3.1.2000 – 4 Bf 16/99 – juris Rn. 3.

<sup>129</sup> Roller, SGB X, § 11 Rn. 7.

<sup>130</sup> BVerwG v 13.9.2001 – 7 C 30/00 – Buchholz 428 § 30a VermG Nr. 25.

<sup>131</sup> LSG Niedersachsen-Bremen v 7.12.1011, L 7 AS 906/11 – juris Rn. 9.

<sup>132</sup> BSG v 17.7.1990 – 12 RK 10/89 – SozR 3-1200 § 16 Nr. 2.

<sup>133</sup> BSG v 15.8.1991 – 12 RK 39/90 – SozR 3-1500 § 73 Nr. 2 = NJW 1992, 196, 196 f.

<sup>134</sup> Nicht zu verwechseln mit der Anhörung i. S. v. § 24 SGB X, die von dem/der Bevollmächtigten wahrgenommen werden darf, Pohn, LPK-SGB X, § 13 Rn. 12.

<sup>135</sup> Roller, SGB X, § 13 Rn. 10 unter Verweis auf Roller, MedSach 2007, 30.

<sup>136</sup> Deitmaring, MedSach 2009, 105, 111.

sprechend könne auch kein Anspruch auf Begleitung durch den/die Bevollmächtigte\*in bestehen. Eine solche Auffassung verkennt die erhebliche Möglichkeit von Rechts- oder Grenzverletzungen im Rahmen gutachterlicher Untersuchung; ein Risiko, dem sich gerade und in besonderer Weise Minderjährige ausgesetzt sehen. Nicht nur zur Wahrung von Verfahrensrechten, sondern auch und gerade zum Schutz des Kindeswohls muss der Wunsch von Minderjährigen, sich einer Untersuchung nur in Begleitung einer Vertrauensperson auszusetzen, zwingend respektiert werden. Ausnahmen sind nur dann zuzulassen, wenn Sinn und Zweck der Mitwirkungspflichten durch die Begleitung vereitelt würden.

Jedenfalls enthält eine generelle Auffassung, dass durch die Begleitung die Untersuchung erschwert oder gar verhindert werde, einen Hauch schwarzer Pädagogik des letzten Jahrtausends in sich. Eine fachlich orientierte und kindeswohlgerichte Kinder- und Jugendhilfe sollte es als eigenes Anliegen begreifen, dass Minderjährige ihnen abzuverlangende Mitwirkungspflichten so umsetzen dürfen, wie es ihrem Bedürfnis zur Wahrung ihrer Persönlichkeitsrechte entspricht. Wenn das bedeutet, dass sich Gutachter\*innen im Einzelfall gestört oder kontrolliert fühlen, ist das hinnehmbar.

Die Bevollmächtigung im Außenverhältnis ist vom zugrunde liegenden Rechtsgeschäft im Innenverhältnis zu trennen und grundsätzlich unabhängig von diesem. Rein interne Absprachen oder Vorbehalte sind im Außenverhältnis unbeachtlich.<sup>137</sup> Die Bevollmächtigung erfolgt gegenüber dem zu Bevollmächtigten oder unmittelbar gegenüber der Behörde (Innen-, Außenvollmacht, § 167 Abs. 1 BGB).

Wird eine Ombudsstelle bevollmächtigt, eine\*in Klient\*in\*en gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe zu vertreten, kann dies über die Bevollmächtigung der Ombudsstelle als juristischer Person erfolgen. Grundsätzlich darf der Bevollmächtigte Untervollmachten erteilen,<sup>138</sup> doch kann die Auslegung der Vollmacht im Einzelfall ergeben, dass

dies ausgeschlossen sein soll, da der Beteiligte die Vertretung nur durch eine konkrete Person seines Vertrauens wünscht. Im Interesse einer zweifelsfreien Bevollmächtigung dürfte eine ausdrücklich erteilte Befugnis zur Unterbevollmächtigung sinnvoll sein (vgl. Anlage Vollmacht).

Sinnvoll dürfte es ebenso sein, im Innenverhältnis Klarheit zu schaffen, welche konkreten Ziele der Klient/die Klientin mit der Bevollmächtigung verfolgt und ob bzw. inwieweit er/sie den Einsatz ggf. beschränken möchte.

Der/die Bevollmächtigte ist kein\*e Beteiligte\*r i. S. v. § 12 SGB X, sondern vertritt diese\*in im Verfahren. Erklärungen, die er/sie abgibt oder entgegennimmt, wirken unmittelbar für und gegen den/die Beteiligte\*in (§ 164 Abs. 1 und 3 BGB, § 85 Abs. 1 S. 1 ZPO). Ein Verschulden des/der Bevollmächtigten hat der/die Beteiligte nach allgemeinen Grundsätzen gegen sich gelten zu lassen.<sup>139</sup> Erklärungen der Behörde im Verwaltungsverfahren sind an den Bevollmächtigten zu richten (§ 13 Abs. 3 S. 1 SGB X). Der Behörde steht insoweit auch kein Ermessen zu.<sup>140</sup>

Allerdings gibt es hiervon eine Reihe von Ausnahmen: So kann sich die Behörde an den Beteiligten selbst wenden, soweit er zur Mitwirkung verpflichtet ist (§ 13 Abs. 3 S. 2 SGB X). In diesem Fall hat sie eine Ermessensentscheidung zu treffen, über die sie den/die Bevollmächtigte\*in verständigen muss (§ 13 Abs. 3 S. 3 SGB X), etwa durch Übersendung einer Abschrift. Die Behörde kann sich unmittelbar an den Beteiligten wenden, wenn der Bevollmächtigte auf Zuschriften nicht reagiert und auch sonst nicht greifbar ist.<sup>141</sup> Ein Verstoß berührt die Wirksamkeit der Verwaltungshandlung aber nicht.<sup>142</sup> Vor einem unangekündigten Hausbesuch beim Beteiligten muss der Bevollmächtigte nicht informiert werden, da dadurch die Effektivität der Ermittlungsmaßnahme beeinträchtigt würde.<sup>143</sup>

Ein Verwaltungsakt kann dem/der Beteiligten oder dem/der Bevollmächtigten bekannt gegeben werden

<sup>137</sup> §§ 164, 116 ff. BGB; BSG v 22.8.2012 – B 14 AS 165/11 R – SozR 4-1300 § 50 Nr. 3 Rn. 10 – zur Prozessvollmacht.

<sup>138</sup> Rixen/Waschull in LPK-SGB X, § 13 Rn. 12; Prehn, in: LPK-SGB X, § 13 Rn. 12.

<sup>139</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 14 Rn. 3; Krasney in KassKomm, SGB X, § 13 Rn. 8; vgl. § 85 Abs. 2 ZPO.

<sup>140</sup> Anders § 14 Abs. 3 S 1 VwVfG: „soll“; Pickel/Marschner, § 13 Rn. 32: sozialpolitisch unbefriedigend.

<sup>141</sup> Vogelgesang in Hauck/Noftz, SGB X, § 13 Rn. 28.

<sup>142</sup> BVerwG v 30.10.1997 – 3 C 35/96 – BVerwGE 105, 288, 292ff; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 14 Rn. 26a; be-deutsam insbesondere für den Fristbeginn, § 26 Abs. 2, oder die Wirksamkeit der Anhörung nach § 24, Dahm, SozVers 1996, 123, 124.

<sup>143</sup> Roller, SGB X, § 13 Rn. 9; a. A. Berlitz, NZS 2009, 538.

(§ 37 Abs. 1 S 2 SGB X). Gleiches gilt für Zustellungen, doch müssen diese bei Vorlage einer schriftlichen Vollmacht an den Bevollmächtigten erfolgen (Abs. 3 S. 4 i. V. m. § 7 Abs. 1 VwZG bzw. den entsprechenden landesrechtlichen Regelungen), ansonsten ist die Zustellung unwirksam.<sup>144</sup>

Durch die Bevollmächtigung verliert der Beteiligte seine Handlungsfähigkeit im Verwaltungsverfahren nicht. Bei widersprechenden Erklärungen zwischen Beteiligtem und Bevollmächtigtem muss die Behörde nach § 20 SGB X ermitteln, was gemeint ist. Dabei ist nach dem Prioritätsprinzip vorzugehen, d. h. die zuerst zugegangene Erklärung entfaltet zunächst ihre Wirkung und die Behörde hat materiell-rechtlich zu prüfen, ob eine davon abweichende später zugegangene Erklärung die Wirkung aufheben kann. Eine Erklärung eines Beteiligten oder Bevollmächtigten mit rechtsgestaltender Wirkung bleibt also wirksam, auch wenn der jeweils andere später etwas Abweichendes erklärt. Es hängt dann von der materiellen Rechtslage ab, ob die spätere Erklärung als Rücknahme, Widerruf, Kündigung oder Ähnliches angesehen werden kann.<sup>145</sup> Nimmt etwa ein Bevollmächtigter einen Rechtsbehelf zurück, so ist die nachfolgende Erklärung des Beteiligten, er halte den Rechtsbehelf aufrecht, als neuer Rechtsbehelf auszulegen, der zulässig ist, wenn die Rechtsbehelfsfrist noch nicht abgelaufen und in der Rücknahme nicht zugleich ein Verzicht auf den Rechtsbehelf zu sehen ist.

## b. Beistand

Beistand kann nur eine natürliche Person sein. Nach einhelliger Auffassung wird zwar ihre Handlungsfähigkeit (§ 11 SGB X) vorausgesetzt,<sup>146</sup> zweifelsfrei ist diese Ansicht dennoch nicht. Der Beistand bedarf nicht unbedingt der Handlungsfähigkeit i. S. d. § 11 Abs. 1 SGB X, da er ja gerade nicht anstelle des/der Beteiligten Verfahrenshandlungen vornehmen darf. Der Gefahr, dass der nicht handlungsfähige Beistand sich als ungeeignet erweist, kann auch hinreichend durch § 13 Abs. 6 S. 1 SGB X Rechnung getragen werden. Auch hier erscheint gerade für das Hand-

lungsfeld der Kinder- und Jugendhilfe jedenfalls eine weite Auslegung der Handlungsfähigkeit angezeigt (vgl. B.III.2.a.bb.), um die Beteiligung der jungen Menschen möglichst wirksam umzusetzen.

Für die Begründung der Beistandschaft bedarf es – wie für die Erteilung der Vollmacht – der Handlungsfähigkeit des Beteiligten, denn bei der Bestellung des Beistands handelt es sich um eine Verfahrenshandlung.

Wie den/die Bevollmächtigte\*n kann der/die Beteiligte auch den Beistand frei wählen; dass er sach- und rechtskundig ist, ist nicht zwingend notwendig, es droht jedoch ansonsten eine Zurückweisung nach § 13 Abs. 6 SGB X.

Das Tätigwerden des Beistands ist gem. § 13 Abs. 4 S. 1 SGB X auf Verhandlungen und Besprechungen beschränkt, zu denen der Beteiligte erscheint bzw. erscheinen muss. Das Recht des/der Beteiligten zielt dementsprechend auf seine/ihre Begleitung ab. Einen schriftlichen Nachweis für das Bestehen der Beistandschaft sieht § 13 Abs. 4 SGB X deshalb konsequent auch nicht vor, denn Beteiligte\*r und Beistand treten ja gemeinsam auf.<sup>147</sup> Gutachtliche (ärztliche) Untersuchungen sind keine Verhandlungen oder Besprechungen. Da sich die Befugnis eines Beistands ausdrücklich und abschließend auf die Anwesenheit in Verhandlungen und Besprechungen bezieht, ist für ihn – anders als für den/die Bevollmächtigte\*n (vgl. B.III.3.a.) – ein Anwesenheitsrecht des Beistands bei gutachterlichen Untersuchungen nicht gegeben.<sup>148</sup>

Grundsätzlich tritt ein Beistand nicht statt, sondern neben dem/der Beteiligten auf. D. h. anders als der/die Bevollmächtigte vertritt der Beistand den/die Beteiligte\*n nicht; Äußerungen und Handlungen eines Beistands sind dem/der Beteiligten zwar nicht unmittelbar zuzurechnen. Was vom Beistand (mündlich) vorgetragen wird, gilt jedoch als von dem/der Beteiligten vorgebracht, soweit diese\*r nicht un-  
verzüglich widerspricht (§ 13 Abs. 4 S. 2 SGB X).<sup>149</sup>

<sup>144</sup> Vgl. BVerwG v 12.2.1981 – 2 A 2/78 – Buchholz 232 § 79 BBG Nr. 78; OVG Lüneburg v 13.3.2009 – 11 PA 157/09 – NJW 2009, 1834, 1834.

<sup>145</sup> Löcher, SGB X, § 13 Rn. 5.

<sup>146</sup> Schmitz, VwVfG § 14 Rn. 29; Meyer/Borgs Rn. 24; Knack/Henneke/Ritgen Rn. 16; Obermayer/Funke-Kaiser/Hönig Rn. 60; NK-VwVfG/Dombert Rn. 48; die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 8/2034, S. 31 verlangt dies ausdrücklich jedoch nur für den/die Bevollmächtigte\*n.

<sup>147</sup> Birk, in: BeckOK VwVfG, 43. Ed. 1.4.2019, § 14 Rn. 23-26.

<sup>148</sup> Roller, SGB X, § 13 Rn. 13.

<sup>149</sup> Roller, SGB X § 13 Rn. 13.

Schweigen gilt als Zustimmung.<sup>150</sup> Bis wann der Widerspruch noch „unverzüglich“, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB) erfolgt ist, hängt von der Komplexität der Materie ab.<sup>151</sup> Erfolgt der Widerspruch allerdings nicht unverzüglich, sondern verspätet, so gilt, dass es sich in einem Verfahren, bei dem es im Ergebnis um eine pädagogische Leistung zur Persönlichkeitsentwicklung eines jungen Menschen geht, von selbst versteht, dass immer Wunsch und Wille des/der Verfahrensbeteiligten vorrangig zu beachten sind. Selbst wenn er/sie also nicht unverzüglich widerspricht, ist ein verspäteter Widerspruch immer Anlass für die Behörde, im Rahmen ihres Amtsermittlungsauftrags den Sachverhalt weiter aufzuklären.<sup>152</sup>

Die Behörde ist im Rahmen der Besprechung oder Verhandlung weder verpflichtet noch auch nur berechtigt, sich an den Beistand zu wenden. Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss aus § 13 Abs. 3 SGB X, demnach sich die Behörde an den Bevollmächtigten wenden muss und sich nur dann noch unmittelbar an den/die Beteiligte wenden darf, wenn diese\*r zur Mitwirkung verpflichtet ist. Dass es für diese Rechtsfolge einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedarf, weist darauf hin, dass ohne entsprechende Befugnis allein der/die Beteiligte Adressat der Behörde sein muss und sich diese immer unmittelbar an die/den Beteiligten zu wenden hat.

Unter Hinweis auf § 13 Abs. 6 SGB X, der zwischen schriftlichem und mündlichem Vortrag unterscheidet, wird das Tätigkeitsfeld eines Beistands von einem Teil der Literatur entgegen dem Wortlaut des § 13 Abs. 4 S. 1 SGB X auch auf den Schriftverkehr ausgedehnt.<sup>153</sup> Diese Auslegung erscheint schon ob der praktischen Probleme nicht vertretbar, denn dann müsste gewährleistet sein, dass der Beteiligte bei der Abgabe und der Entgegennahme schriftlicher Erklärungen ebenfalls anwesend und mit den konkreten Erklärungen des Beistands einverstanden ist, was sich kaum kontrollieren lässt.<sup>154</sup> Die Zulässigkeit des schriftlichen Vortrags durch den Beistand wäre dementsprechend entweder auf schriftliche Äuße-

rungen innerhalb einer (mündlichen) Verhandlung oder Besprechung bzw. auf die schriftliche Vorbereitung einer mündlichen Verhandlung beschränkt.<sup>155</sup> Angesichts der umfangreichen Möglichkeiten der Bevollmächtigung besteht für eine Erweiterung der Befugnisse des Beistands ohnedies kein Bedürfnis.

Schriftliche Äußerungen können also nicht vom Beistand, sondern nur von dem/der Beteiligten selbst (bzw. einem/einer Bevollmächtigten) kommen. Unproblematisch kann er/sie sich hierbei der Formulierungshilfe eines/einer Dritten bedienen, dem/der dann aber nicht der Status Beistand zugeordnet wird.

#### 4. Grenzen der Vertretung

Die Zurückweisung von Bevollmächtigten und Beiständen kommt ausschließlich bei Verstößen gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG, § 13 Abs. 5 SGB X) oder aufgrund ihrer mangelnden Eignung bzw. Fähigkeit (§ 13 Abs. 6 SGB X) in Betracht.

##### a. Zurückweisung bei Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz

Bevollmächtigte und Beistände sind gem. § 13 Abs. 5 SGB X von der Behörde zurückzuweisen, wenn sie entgegen § 3 RDG Rechtsdienstleistungen erbringen. Die alte Fassung der Regelung hatte noch auf das frühere Rechtsberatungsgesetz und den dortigen Begriff der geschäftsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten abgestellt. Mit der Reform dieses Bereichs folgt das RDG einem vollständig neuen Ansatz, sodass die zu § 13 Abs. 5 a. F. ergangene umfangreiche Rechtsprechung heute nur noch ansatzweise Bedeutung hat.<sup>156</sup>

Ziel des Rechtsdienstleistungsgesetzes ist es, den Schutz der Rechtssuchenden als Verbraucher sowie den Schutz des Rechtsverkehrs und der Rechtsordnung vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen sicherzustellen.<sup>157</sup>

<sup>150</sup> Schmitz, VwVfG, § 14 Rn. 30.

<sup>151</sup> Vgl. Pitz in jurisPK-SGB X, § 13 Rn. 16 und Vogelgesang in Hauck/Noftz, SGB X, § 13 Rn. 33: in der Regel bis zum Ende der Verhandlung oder Besprechung.

<sup>152</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 14 Rn. 33.

<sup>153</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG § 14 Rn. 33; Rixen/Waschull in LPK-SGB X, § 13 Rn. 24; Vogelgesang in Hauck/Noftz, SGB X, § 13 Rn. 32; a. A. Pickel/Marschner, VwVfG, § 13 Rn. 35 und Pitz in jurisPK-SGB X, § 13 SGB Rn. 16; a. A. Krasney in KassKomm, SGB X, § 13 Rn. 16: kein selbstständiges Führen des Schriftwechsels.

<sup>154</sup> Roller, SGB X § 13 Rn. 13.

<sup>155</sup> Schmitz, VwVfG, § 14 Rn. 26 – der Beistand könne das in der Verhandlung Vorzutragende auch schriftlich formulieren; so auch BT-Drucks. 8/2034, S. 46; NK-VwVfG/Dombert Rn. 47; Pautsch/Hoffmann/Hoffmann Rn. 19.

<sup>156</sup> Roller, SGB X, § 13 Rn. 15.

<sup>157</sup> Dreyer/Müller in: Dreyer/Lamm/Müller, Rechtsdienstleistungsgesetz Praxiskommentar, 1. Aufl. 2009, § 1 Rn. 29.

Um dem Anwendungsbereich des Rechtsdienstleistungsgesetzes zu unterliegen, ist also zunächst die Frage zu stellen, ob es sich bei der Tätigkeit der Ombudschaft überhaupt um Rechtsdienstleistungen handelt. Das ist gemäß § 2 Abs. 1 RDG dann der Fall, sobald eine Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Keine Rechtsdienstleistung ist die Mediation und jede vergleichbare Form der alternativen Streitbeilegung, sofern die Tätigkeit nicht durch rechtliche Regelungsvorschläge in die Gespräche der Beteiligten eingreift (§ 2 Abs. 3 Nr. 4 RDG).

Die Mediation wurde – noch vor Normierung des Mediationsgesetzes – vom Gesetzgeber des RDG als Methode der außergerichtlichen Konfliktbearbeitung verstanden, in der ein\*e neutrale\*r Dritte\*r (Mediator\*in) die Beteiligten dabei unterstützt, ihren Streit im Wege eines Gesprächs beizulegen und selbstständig eine für alle Seiten vorteilhafte Lösung zu finden. Demnach sei die Mediation eine kommunikative Handlung des/der neutralen Dritten mit dem Ziel der Herstellung von „Verständigungsprozessen“. Schwerpunkt der Tätigkeit sei dementsprechend die Gesprächsleitung. Zwar könne die Mediation Rechtsinformationen beinhalten und sich auf Rechtsverhältnisse beziehen sowie Regelungsmöglichkeiten zur Diskussion stellen, doch überlasse sie den Konfliktparteien die Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse eigenverantwortlich.<sup>158</sup>

Die Tätigkeit der Ombudschaft unterscheidet sich ihrerseits von anderen Verfahren der Konfliktbeilegung wie Mediation, Schlichtung oder anwaltliche Vertretung. Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe bedeutet nach dem Selbstverständnis des Bundesnetzwerks Ombudschaft Kinder- und Jugendhilfe<sup>159</sup> die unabhängige Information, Beratung und Vermittlung in Konflikten mit dem öffentlichen oder freien Träger der Jugendhilfe im Kontext der individuellen Hilfen zur Erziehung. Die fachlich fundierte Parteilichkeit für die Inanspruchnahme individueller Rechte und Rechtsansprüche von jungen Menschen und ihren Personensorgeberechtigten im Bereich der er-

zieherischen Hilfen ist Grundlage des ombudtschaftlichen Handelns. Ombudtschaftliche Aktivitäten sind eine Form des Machtausgleichs in der stark asymmetrischen Struktur der Jugendhilfe, insbesondere in Konfliktkonstellationen. Dazu gehört, die strukturell unterlegene Partei im jugendhilferechtlichen Dreiecksverhältnis unabhängig zu beraten und ggf. in der Konfliktbewältigung mit einem öffentlichen und/oder freien Jugendhilfeträger zu unterstützen.

Im Gegensatz zur Mediation ist auf Grundlage dieses Selbstverständnisses davon auszugehen, dass im Rahmen ombudtschaftlicher Tätigkeit üblicherweise auch rechtliche Regelungsvorschläge in das Gespräch eingebracht werden. Damit dürfte zu den Tätigkeiten der Ombudschaft regelmäßig auch die Erbringung von Rechtsdienstleistungen gehören.

Nach § 3 RDG ist die selbstständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen nur in dem Umfang zulässig, in dem sie durch das RDG oder durch bzw. aufgrund anderer Gesetz erlaubt wird.

Mit dem Rechtsdienstleistungsgesetz hat der Gesetzgeber zunächst entgeltliche und unentgeltliche Rechtsdienstleistungen unterschieden, um die unentgeltlich erbrachte Rechtsdienstleistung zu privilegieren (§ 6 RDG).

Zentrale Bedeutung für die Einschränkung des Erlaubnisvorbehalts bei Rechtsdienstleistungen kommt jedoch der Regelung in § 5 RDG zu,<sup>160</sup> die sich sowohl auf entgeltliche als auch unentgeltliche Rechtsdienstleistung bezieht. Erlaubt ist demnach die Erbringung von Rechtsdienstleistung immer, wenn sie als Nebenleistung im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit erbracht wird, für die die erforderlichen Fähigkeiten vorliegen.

Entscheidend für die Bewertung der Rechtsdienstleistung als zulässige Nebenleistung ist, ob die Rechtsdienstleistung innerhalb der Gesamtleistung ein solches Gewicht hat, dass für sie die volle Kompetenz eines Rechtsanwalts oder die besondere

<sup>158</sup> Offermann-Burckart, Handkommentar RDG, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 219.

<sup>159</sup> [https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/BNW\\_Brosch%C3%BCre\\_Selbstverst%C3%A4ndnis\\_FINAL.pdf](https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/BNW_Brosch%C3%BCre_Selbstverst%C3%A4ndnis_FINAL.pdf) abgerufen am 15.06.2019.

<sup>160</sup> Kleine-Cosack, Rechtsdienstleistungsgesetz, 3. Aufl. 2014, § 5 Rn. 3.

<sup>161</sup> BT-Drucks. 16/3655 S. 52.

Sachkunde einer registrierten Person erforderlich ist.<sup>161</sup>

Die Ombudschaft erkennt die strukturelle Machtasymmetrie, deren Ausgleich ihr Einsatz bestrebt, nicht nur in den unterlegenen persönlichen Ressourcen (Ausdrucks- und Sprachkompetenz, Durchsetzungsfähigkeit, berufliche Ausbildung, Wissen um die sozialpädagogischen und rechtlichen Spezifika der Kinder- und Jugendhilfe etc.) der Betroffenen, sondern auch darin, dass diese sich zudem in einer von Krise(n) geprägten Lebenssituation befinden, die ihren Hilfebedarf ausmacht, über den wiederum die Fachkräfte der Kinder- und Jugendhilfe als Professionelle entscheiden. In dieser besonderen Konstellation bieten Ombudsstellen an, den (jugendhilfebezogenen) Sachverhalt aufzuklären, gegebenenfalls Grenzen der Anspruchsberechtigung aufzuzeigen oder bei der Durchsetzung eines bestehenden berechtigten Jugendhilfeanspruchs behilflich zu sein.<sup>162</sup>

Es stellt sich die Frage, ob es sich bei diesen Tätigkeiten, die den Charakter der Ombudschaft ausmachen, um eine Haupttätigkeit handelt, zu der sich die ggf. erbrachten Rechtsdienstleistungen lediglich als Nebentätigkeit darstellen. Hier sei nochmals auf den Begriff der Rechtsdienstleistung aus § 2 Abs. 1 RDG verwiesen, der jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten erfasst, sobald diese eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordern.

Nach der Gesetzesbegründung zum Rechtsdienstleistungsgesetz erbringt auch ein\*e Mediator\*in eine Rechtsdienstleistung, sobald er/sie durch rechtliche Regelungsvorschläge gestaltend in die Gespräche der Beteiligten eingreift. Der Gesetzgeber hat zwar die Möglichkeit angenommen, sich jedoch nicht vertieft mit der Beurteilung auseinandergesetzt, ob in diesem Fall die Rechtsdienstleistung lediglich Nebentätigkeit ist, da Schwerpunkt weiterhin die kommunikative Konfliktlösung mit anderen Mitteln ist.<sup>163</sup> Stattdessen wird diese Frage wohl der Prüfung im Einzelfall überlassen, sodass jeweils eine entsprechende Auslegung erfolgen muss.

Dabei gilt, dass die Regelung des § 5 RDG grundsätzlich weit auszulegen ist.<sup>164</sup> Dies folgt aus dem Gebot einer verfassungs- und europarechtskonformen Auslegung des Rechtsdienstleistungsgesetzes, da Verbote zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen unverhältnismäßig sind, wenn sie nicht zwingend im Gemeinwohlinteresse erforderlich sind. Unverhältnismäßigkeit ist gegeben, wenn die Dienstleistung keine besonderen Rechtskenntnisse erfordert oder der Rechtsdienstleistungserbringer über die erforderliche Qualifikation verfügt.<sup>165</sup> Mit der Regelung des § 5 RDG wird anerkannt, dass die Qualifikation, die zur Erbringung der Hauptleistung erforderlich ist, regelmäßig so weit gehen wird, dass die damit in Zusammenhang stehende Rechtsdienstleistung in der erforderlichen Qualität erbracht werden kann.

Bei der entsprechend weiten Auslegung dürfte angenommen werden, dass das Tätigkeitsbild des/der ombudtschaftlichen Beraters/Beraterin vor allem auf die kommunikativen Kompetenzen, die vertiefte Kenntnis erzieherischer Bedarfe junger Menschen und nur damit einhergehend auf erforderlichen Rechtskenntnissen der Kinder- und Jugendhilfe setzt. Diese mögen zwar profund sein, stellen sich im Vergleich zur Haupttätigkeit – der Moderation konfliktlösender Dialoge – als untergeordnet dar. Insgesamt dürften sich vor diesem Hintergrund die Rechtsdienstleistungen im Rahmen der Ombudschaft als Nebentätigkeit erweisen, was zur Folge hat, dass sie grundsätzlich zulässig erbracht werden dürfen.

Rein vorsorglich ist zu prüfen, ob weitere Erlaubnisse nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz für die Tätigkeit der Ombudschaft als Rechtsdienstleistung in Bezug genommen werden können. In Betracht kommen hier die Regelungen zur unentgeltlichen Rechtsdienstleistung (§ 6 RDG).

Der Begriff der Unentgeltlichkeit versteht sich in diesem Kontext so, dass die ratsuchende Person für die Rechtsdienstleistung keine Gegenleistung erbringen muss. Ein Aufwendungsersatz ist jedoch zulässig.<sup>166</sup> Ebenso steht die nicht einzelfallbezogene Finan-

<sup>162</sup> Smessaert/Fritschle, ZJJ 2015, 359.

<sup>163</sup> BT-Drucks. 16/3655, S. 50.

<sup>164</sup> BGH, Urteil vom 06. Oktober 2011 – I ZR 54/10 – NJW 2012, 1589.

<sup>165</sup> Kleine-Cosack, Rechtsdienstleistungsgesetz, 3. Aufl. 2014, § 5 Rn. 86.

<sup>166</sup> Schmidt, Krenzler, Handkommentar, SGB X, 2. Aufl. 2017, § 6 Rn. 16.

zierung der Tätigkeit des Rechtsdienstleisters z. B. durch Spenden, Mitgliedsbeiträge oder öffentliche Zuschüsse der Unentgeltlichkeit nicht entgegen.<sup>167</sup> Die Unentgeltlichkeit der Rechtsdienstleistung ist also nicht zu verwechseln mit der Vergütung des/der Dienstleistenden. Die Tatsache, dass diese\*r eine Erwerbstätigkeit ausübt, führt nicht zur entgeltlichen Rechtsdienstleistung.

Sofern die Vertretungsbefugnis mit dem Argument bezweifelt wird, dass die Tätigkeit „geschäftsmäßig“ erfolge, geht dies schon deshalb fehl, weil dies erkennbar auf die alte Rechtslage mit dem Rechtsberatungsgesetz Bezug nimmt. Im RDG findet sich ein entsprechender Tatbestand nicht, sodass entsprechende Bedenken keinen gesetzlichen Anknüpfungspunkt finden.

Werden Rechtsdienstleistungen an Personen außerhalb familiärer, nachbarschaftlicher oder anderer enger Beziehungen unentgeltlich erbracht, so sind sie zulässig, wenn sichergestellt ist, dass die Rechtsdienstleistung durch eine Person, der die entgeltliche Erbringung dieser Rechtsdienstleistung erlaubt ist, durch eine Person mit Befähigung zum Richteramt oder unter Anleitung einer solchen Person erfolgt. Für die Tätigkeit der Ombudschaft kommt darüber hinaus die Befugnis zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen aus § 8 Abs. 1 Nr. 5 RDG in Betracht, die für anerkannte Träger der freien Jugendhilfe i. S. v. § 75 SGB VIII gilt, die sie im Rahmen ihres Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs erbringen. Auch wenn diese Voraussetzung vorliegt, bedarf es – wie bei der allgemeinen unentgeltlichen Rechtsdienstleistung der besonderen Fachkompetenz. Also auch hier muss der Person die entgeltliche Erbringung dieser Rechtsdienstleistung erlaubt sein, oder sie muss durch eine Person mit Befähigung zum Richteramt oder unter Anleitung einer solchen Person erfolgen.

Erfüllt die Fachkraft der Ombudsstelle die beschriebene Anforderung an ihre Rechtskompetenz in eigener Person, kann ein Verstoß gegen das

Rechtsdienstleistungsgesetz nicht vorliegen.<sup>168</sup> Das Vorhandensein der entsprechenden Qualifikation dürfte allerdings häufig nicht der Fall sein, sodass insbesondere die Voraussetzung der Anleitung durch eine entsprechend qualifizierte Person zu prüfen sein dürfte.

Gemäß § 6 Abs. 2 S. 2 RDG erfordert die Anleitung eine an Umfang und Inhalt der zu erbringenden Rechtsdienstleistungen ausgerichtete Einweisung und Fortbildung sowie eine Mitwirkung bei der Erbringung der Rechtsdienstleistung, soweit dies im Einzelfall erforderlich ist. Insofern dürfen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden.<sup>169</sup>

Nicht erforderlich und nicht realisierbar ist im Bereich der altruistischen, unentgeltlichen Rechtsberatung eine ständige Begleitung oder Beaufsichtigung der Beratungstätigkeit durch eine juristisch qualifizierte Person, geschweige denn die Durchführung der Rechtsdienstleistung durch eine\*n Volljuriste\*in. Vielmehr muss die konkretisierte Anleitung durch eine juristisch qualifizierte Person ausreichen, um den Schutz der Rechtssuchenden sicherzustellen. Hierfür ist es einerseits erforderlich, dass die beratend tätigen Mitarbeiter\*innen einer Einrichtung in die für ihre Tätigkeit wesentlichen Rechtsfragen eingewiesen sind, sodass sie die typischen Fallkonstellationen weitgehend selbstständig rechtlich erfassen und bearbeiten können. Diese Grundanleitung kann über eine Schulungs- oder Fortbildungsmaßnahme, daneben aber auch – etwa bei wesentlichen Rechtsänderungen und aktuellen rechtlichen Entwicklungen – über Rundschreiben und andere Informationsmedien erfolgen. Über diese Einweisung hinaus setzt die Anleitung aber auch voraus, dass in Fällen, in denen das Fachwissen der nicht juristischen Mitarbeiter\*innen nicht ausreicht, letztlich eine juristisch qualifizierte Person zur Verfügung steht, um auch eine Anleitung im Einzelfall geben zu können. Weder für die Grundanleitung noch für die Anleitung im Einzelfall ist es erforderlich, dass jede beratende Stelle selbst über eine juristisch qualifizierte Person verfügt, der den Beratenden jederzeit

<sup>167</sup> Schmidt, Krenzler, Handkommentar, SGB X, 2. Aufl. 2017, § 6 Rn. 18; BT-Drucks. 16/3655 S. 57.

<sup>168</sup> Kleine-Cosack, § 6 Rn. 42.

<sup>169</sup> BT-Drucks. 16/3655 S. 58.

<sup>170</sup> BT-Drucks. 16/3655 S. 58.

zur Seite steht. Der Begriff der Anleitung lässt vielmehr vielfältige Organisationsstrukturen zu. Ausreichend ist insbesondere eine Organisationsform, bei der juristisch qualifizierte Personen in einer übergeordneten Dachorganisation die Betreuung der örtlichen Beratungsstellen übernehmen. Daneben kann die Anleitung – insbesondere bei kleineren und kleinsten Organisationen – auch über die Kooperation mit einer Rechtsanwältin oder einem Rechtsanwalt erfolgen, der/die die Einweisung der Beratenen übernimmt und für Einzelfragen nach Absprache zur Verfügung steht.<sup>170</sup>

Es ist anzunehmen, dass jede Ombudsstelle diese Anforderungen an die rechtliche Qualität ihrer Rechtsdienstleistungen erfüllen kann und wird. Dementsprechend kommt eine Zurückweisung einer Ombudsperson auf Grundlage des § 13 Abs. 5 SGB X regelmäßig nicht in Betracht.

## **b. Zurückweisung wegen fehlender Eignung oder Unfähigkeit**

Gemäß § 13 Abs. 6 SGB X können Bevollmächtigte und Beistände vom Vortrag zurückgewiesen werden, wenn sie hierzu ungeeignet sind. Vom mündlichen Vortrag können sie nur zurückgewiesen werden, wenn sie zum sachgemäßen Vortrag nicht fähig sind. Die Vorschrift dient dazu, eine sachgemäße und rationelle Durchführung des Verfahrens sicherzustellen.<sup>171</sup>

Sofern aus der Praxis zu hören ist, dass ein Beistand oder Bevollmächtigter nach seiner/ihrer „Befähigung“ gefragt wird, sei an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass eine besondere Qualifikation nicht erforderlich ist und nicht verlangt werden kann. Insbesondere darf hier keine Verwechslung mit der Beistandschaft nach §§ 1712 ff. BGB erfolgen, bei der es sich um ein spezifisches Rechtsinstitut handelt, das selbstverständlich eine ganz andere Qualifikation erfordert.

Einer bestimmten Qualifikation bedürfen Beistände und Bevollmächtigte i. S. v. § 13 SGB X gerade nicht; die Grenze ihrer zulässigen Beauftragung durch den/die Beteiligte\*n ist ausschließlich in den Begriffen der Eignung und der Unfähigkeit zum mündlichen Vortrag nach § 13 Abs. 6 SGB X zu sehen.

Insbesondere eine Unfähigkeit zum mündlichen Vortrag dürfte nur selten vorliegen. Unfähig zum mündlichen Vortrag ist, wer zum sachgemäßen Vortrag nicht in der Lage ist.<sup>172</sup> Dies muss sich als völliges Unvermögen des/der Betreffenden darstellen, eine am Verfahrensgegenstand orientierte, also sachgemäße, sinnvolle Kommunikation zu führen bzw. zu unterstützen.<sup>173</sup> Bei der Unfähigkeit zum Vortrag dürfte eher an vorübergehende Zustände (z. B. Trunkenheit) gedacht worden sein.<sup>174</sup>

Ungeeignet zum Vortrag ist nicht schon, wer sich zum Gegenstand des Verfahrens nicht klar und sachlich ausdrücken kann.<sup>175</sup> Ebenso kann Ungeeignetheit nicht für den/diejenige angenommen werden, der/die sich unbeholfen und weitschweifig äußert.<sup>176</sup> Selbst wer emotional, provozierend oder „unsachlich“ argumentiert oder auftritt, ist nicht gleich ungeeignet.<sup>177</sup> Bei schriftlichen Ausführungen kommt es für die Eignung zwar auch auf die Lesbarkeit an,<sup>178</sup> aber die Unlesbarkeit von Ausführungen allein kann ebenfalls nicht zur Zurückweisung des/der Bevollmächtigten führen.

Die Behörde muss vielmehr zunächst ihrerseits alles tun, damit ein klärendes Gespräch möglich wird. Die Zurückweisung kann nur Ultima Ratio sein.<sup>179</sup> Einschränkungen des Umfangs des Rechts zu Fragen und Erklärungen während einer Anhörung (§ 21 Abs. 1 Nr. 2 SGB X) sind allerdings noch keine Zurückweisung.<sup>180</sup> Die Merkmale der Zurückweisungsbefugnis sind insgesamt restriktiv auszulegen, damit Sinn und Zweck des Rechts, sich durch eine Vertrauensperson unterstützen zu lassen, möglichst gut erreicht wird.<sup>181</sup>

<sup>171</sup> Vgl. Vogelgesang in Hauck/Noftz, SGB X, § 13 Rn. 38.

<sup>172</sup> Gesetzesbegründung, REntw 46b, S 32 zu Nr. 5, S 35 zu Nr. 2.

<sup>173</sup> DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2006, 23 f.

<sup>174</sup> Roller § 13 Rn. 16.

<sup>175</sup> Prehm, LPK-SGB X, 5. Aufl. 2019, § 13 Rn. 29.

<sup>176</sup> Krasney in KassKomm, SGB X, § 13 Rn. 14; Vogelgesang in Hauck/Noftz, SGB X, § 13 Rn. 40.

<sup>177</sup> Prehm, LPK-SGB X, 5. Aufl. 2019, § 13 Rn. 29.

<sup>178</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 14 Rn. 38.

<sup>179</sup> Prehm, LPK-SGB X, 5. Aufl. 2019, § 13 Rn. 29.

<sup>180</sup> Vgl. BVerwG v 2.11.1990 – 9 B 121/90 – Buchholz 402.25 § 8 AsylVfG Nr. 6.

<sup>181</sup> Schmitz, VwVfG, § 14 Rn. 39.

<sup>182</sup> BVerwG v 2.11.1990 – 9 B 121/90 – Buchholz 402.25 § 8 AsylVfG Nr. 6.

### c. Form der Zurückweisung

Die Zurückweisung wegen Verstoßes gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz nach § 13 Abs. 5 SGB X hat zu erfolgen, wenn die Voraussetzungen vorliegen. Wie unter B.III.4.a. erörtert, dürfte dies bei Mitarbeiter\*innen einer Ombudsstelle nicht der Fall und die Zurückweisung nach § 13 Abs. 5 SGB X damit ausgeschlossen sein.

Die Zurückweisung nach § 13 Abs. 6 SGB X wegen fehlender Eignung oder Unfähigkeit zum mündlichen Vortrag steht im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde und ist in jeder Lage des Verwaltungsverfahrens möglich.

Der/die Bevollmächtigte bzw. Beistand und der/die Beteiligte sind vor einer Zurückweisung anzuhören. Gegenüber dem/der Zurückgewiesenen ist die Zurückweisung ein Verwaltungsakt, der schriftlich erfolgen muss und der für ihn/sie anfechtbar ist.<sup>182</sup> Dabei ist darauf zu achten, dass in der erforderlichen Begründung des Verwaltungsakts (§ 35 SGB X), mit dem die Zurückweisung gem. § 13 Abs. 6 SGB X auf die fehlende Eignung bzw. Unfähigkeit zum mündlichen Vortrag gestützt wird, insbesondere nicht nur die Gründe der fehlenden Eignung/Unfähigkeit benannt werden, sondern auch die Ermessensausübung geschildert wird. Auch ein Ermessensfehler macht die Zurückweisung unwirksam.

Verfahrenshandlungen des zurückgewiesenen Bevollmächtigten oder Beistandes, die dieser nach der Zurückweisung vornimmt, sind unwirksam. Dies gilt, wenn gegen die Zurückweisung Widerspruch eingelegt worden ist, aber nur, wenn der sofortige Vollzug der Zurückweisung angeordnet worden ist (§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG, § 80 Abs. 1 Nr. 4 VwGO). Verfahrenshandlungen vor der Zurückweisung sind – im Umkehrschluss zu § 13 Abs. 7 S. 2 SGB X – wirksam.<sup>183</sup> Erfasst wird nur das konkrete Verwaltungsverfahren; eine darüber hinausgehende, generelle Zurückweisung gibt es nicht.

Dem/der Beteiligten, dessen/deren Bevollmächtigte\*r oder Beistand zurückgewiesen wird, ist die Zurückweisung schriftlich mitzuteilen. Er/sie kann die Zurückweisung allerdings nicht selbstständig anfechten.<sup>184</sup>

### d. Sondersituationen

#### aa. Mehrheit von Bevollmächtigten/Beiständen

Ein\*e Verfahrensbeteiligte\*r kann sich durch mehrere Bevollmächtigte und/oder Beistände unterstützen lassen.<sup>185</sup> Soweit in der Literatur teilweise die Meinung vertreten wird, dass der Wortlaut der Norm die Unterstützung auf „eine/n“ Bevollmächtigte\*n/Beistand begrenzt, überzeugt dies nicht, da es keinen Grund gibt, die schutzwürdigen Belange des/der Beteiligten insoweit einzuschränken.

Sofern sich also ein/e Beteiligte\*r zunächst von einer Ombudsstelle und später von einem/einer Rechtsanwält\*in vertreten lässt, kann die spätere Bevollmächtigung mit der Beendigung des Mandats der Ombudsstelle einhergehen, muss aber nicht. In der Anzeige der Bestellung eines neuen Bevollmächtigten kann der Widerruf der Bestellung eines früheren Bevollmächtigten nur dann gesehen werden, wenn zum Ausdruck kommt, dass der neue Bevollmächtigte anstelle des früheren bestellt werden soll.<sup>186</sup> Andernfalls kommt es zu einer Mehrheit von Bevollmächtigten.

Wenn mehrere Bevollmächtigte agieren und ggf. unterschiedliche Erklärungen abgeben, so ist vorzugehen wie in dem Fall, in dem die Erklärung eines/einer Bevollmächtigten von der des/der Beteiligten abweicht (vgl. B.III.2.c.). Das Risiko, das sich aus widersprechenden Erklärungen ergibt, hat der/die Beteiligte zu tragen.

D. h., im Zweifel ist jede\*r Bevollmächtigte auch einzeln im vollen Umfang vertretungsberechtigt (vgl.

<sup>183</sup> BVerwG v 13.9.2001 – 7 C 30/00 – Buchholz 428 § 30a VermG Nr. 25.

<sup>184</sup> Vogelgesang in Hauck/Noftz, SGB X, § 13 Rn. 45; entsprechend § 44a VwGO nur anfechtbar mit der Sachentscheidung; ebenso Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 14 Rn. 42 für den Verwaltungsprozess; im Ergebnis ebenso: Pitz in jurisPK-SGB X, § 13 Rn. 23; gegenüber Beteiligten kein VA, daher nicht anfechtbar; a. A. Krasney in KassKomm, SGB X, § 13 Rn. 15 und Pickel/Marschner, § 13 Rn. 29; selbstständig anfechtbar; differenzierend Rixen/Waschull in LPK-SGB X, § 13 Rn. 31; § 44a VwGO analog nur, wenn Rechtsschutz nach VwGO ginge.

<sup>185</sup> Krasney in KassKomm, SGB X, § 13 Rn. 4; Pitz in jurisPK-SGB X, § 13 SGB Rn. 5; Vogelgesang in Hauck/Noftz, SGB X, § 13 Rn. 9; Löcher, § 13 Rn. 5; a. A. Rixen/Waschull in LPK-SGB X, § 13 Rn. 4 und Fichte in: Kreikebohm/Spellbrink/Waltermann, SGB X, § 15 Rn. 5 jeweils unter Hinweis auf den Wortlaut: „einen“.

<sup>186</sup> BSG v 7.12.2000 – B 8 KN 11/00 U B – SozR 3-1500 § 73 Nr. 8 = NJW 2001, 1598, 1598.

<sup>187</sup> Roller, SGB X, § 13 Rn. 5.

§ 84 ZPO), sodass Erklärungen nur eines/einer Bevollmächtigten für den Beteiligten wirken und sich die Behörde auch nur an einen von ihnen wenden muss.<sup>187</sup>

Auch eine Mehrheit von Beiständen schließt das Gesetz mit dem Wortlaut nicht aus. Jedoch ist in diesem Fall daran zu denken, dass ihr Einsatz auf mündliche Verhandlungen und Besprechungen beschränkt ist und in diesem Fall ein zielführendes, sachliches Gespräch möglich sein muss, was ggf. durch die Anzahl der teilnehmenden Personen unterbunden werden kann. Insoweit hat die Behörde zur Sicherstellung einer zielführenden und sachlichen Verhandlung bzw. Besprechung das Recht, die Begleitung auf einen Beistand zu reduzieren.<sup>188</sup>

### **bb. Unterstützung im gerichtlichen Verfahren**

Das vorliegende Gutachten behandelt die Möglichkeiten der Unterstützung durch Vertrauenspersonen im Sozialverwaltungsverfahren. Erfolgt auf dieser Ebene keine einvernehmliche Lösung, so ist daran zu denken, dass im sozial- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahren zwar auch das Recht besteht, sich durch eine\*n Bevollmächtigte\*n vertreten oder durch einen Beistand begleiten zu lassen (§ 73 SGG, § 67 VwGO), das Gesetz aber Anforderungen an die spezifische Qualifikation dieser Personen stellt. Sofern der/die Mitarbeiter\*in der Ombudsstelle nicht die Befähigung zum Richteramt hat (bzw. – bei einem Verfahren vor dem Sozialgericht – sich im Referendariat befindet), ist seine/ihre Bevollmächtigung im gerichtlichen Verfahren i. d. R. nicht möglich. Allerdings kann sie vom Gericht zur Begleitung als Beistand zugelassen werden, wenn dies sachdienlich ist und hierfür nach den Umständen des Einzelfalls ein Bedürfnis besteht (§ 73 Abs. 7 S. 3 SGG; § 67 Abs. 7 S. 3 VwGO).

### **cc. Datenschutz**

Aus der Praxis gibt es immer wieder Rückmeldun-

gen, dass der Einsatz von Bevollmächtigten und Beiständen unter Hinweis auf den Datenschutz durch den Träger der öffentlichen Jugendhilfe oder auch durch am Verfahren beteiligte Dritte erschwert oder verhindert wird. Insoweit stellen sich Fragen zur Rechtmäßigkeit eines solchen Vorgehens.

Datenschutzrechtliche Erwägungen kommen im jugendhilferechtlichen Sozialverwaltungsverfahren in zwei Konstellationen zum Tragen: So geht es zum einen um das, was im mündlichen Austausch miteinander besprochen wird, und zum anderen geht es im Verwaltungsverfahren in besonderer Weise um Sozialdaten, die Inhalt von Akten geworden sind.

Vorab sei daran erinnert, dass der Begriff „Datenschutz“ für den Schutz der informationellen Selbstbestimmung verwendet wird, die sich aus dem Grundrecht des Art. 2 GG ergibt.<sup>189</sup> Aus dem Begriff der informationellen Selbstbestimmung lässt sich besser als aus dem allgemeinen Begriff des Datenschutzes Ziel und Zweck des Datenschutzes ablesen. Gleichzeitig lässt sich feststellen, dass in mündlichen Gesprächen und Verhandlungen die informationelle Selbstbestimmung besonders gut gewahrt werden kann, denn in diesem Fall bestimmt der/die Betroffene in vollem Umfang selbst, welche Informationen er/sie über sich preisgeben will.

Selbstverständlich ist es legitim, diese Entscheidung auch danach zu treffen, gegenüber wem die Daten in der konkreten Situation tatsächlich preisgegeben werden. Nachvollziehbar kann es also durchaus sein, dass bspw. Eltern nicht in Anwesenheit eines Beistands ihres Kindes über bestimmte familiäre Belange reden wollen. Dies führt jedoch nicht dazu, dass das Recht des Kindes, sich von einem Beistand begleiten zu lassen, eingeschränkt wird. Die Eltern haben in dieser Situation ihrerseits die Möglichkeit, bestimmte Informationen in der Besprechung nicht preiszugeben. Dies wiederum mag zu Bedenken der Behörde führen, dass ein sachdienliches Gespräch aufgrund der Anwesenheit des Beistands erschwert oder nicht möglich ist. Selbst wenn diese Bedenken

<sup>188</sup> Löcher, Eichenhofer/Wenner, SGB X, § 13 Rn. 34.

<sup>189</sup> BVerfG, Urteil v. 15. Dezember 1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, NJW 1984, 419.

<sup>190</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG), BT-Drucksache 18/9522.

begründet sein mögen, führt dies – anders als bei einer Mehrheit von Beiständen, bei der die Behörde die Anwesenheit auf einen Beistand mit vorgenannten Erwägungen reduzieren kann (vgl. B.III.3.b.) – nicht zum Recht, den Beistand zurückzuweisen. Die Zurückweisungsrechte sind insoweit in § 13 Abs. 5 und 6 SGB X abschließend aufgeführt. Liegen sie nicht vor, kommt eine Zurückweisung nicht in Betracht.

In der vorgenannten Situation dürfte zunächst die Anerkennung hilfreich sein, dass es zum gesetzlich verbrieften Recht eines/einer Verfahrensbeteiligten gehört, sich durch einen Beistand begleiten bzw. durch eine/n Bevollmächtigte\*n vertreten zu lassen und dieses Recht nicht beschränkt werden darf.

Auf Grundlage dieser Anerkennung mögen diplomatische Lösungen erreichbar sein. So ist es einerseits selbstverständlich denkbar, den/die Beteiligte\*n zu fragen, ob er/sie auf Bitte der anderen Beteiligten für die Besprechung oder einen Teil davon auf die Begleitung durch den Beistand oder auch den/die Bevollmächtigte\*n verzichtet.

Gleichzeitig sollten diejenigen, die datenschutzrechtliche Bedenken haben, darauf hingewiesen werden, dass das Recht auf Akteneinsicht durch den/die Bevollmächtigte\*n nicht beschränkbar ist. Das schriftliche Protokoll der Besprechung, das zur Akte gelangt, kann von einem/einer Bevollmächtigten also eingesehen werden. Die Behörde ist nur dann nicht zur Gestattung der Akteneinsicht verpflichtet, soweit die Vorgänge wegen der berechtigten Interessen der Beteiligten oder auch Dritter geheim gehalten werden müssen. In der Folge wird hinsichtlich Inhalt und Umfang der Akteneinsicht nicht danach unter-

schieden, ob ein\*e Beteiligte\*r selbst Akteneinsicht nimmt oder ein\*e Bevollmächtigte\*r.

Soweit Beistand oder Bevollmächtigte\*r nicht bereits einer Berufsgeheimnispflicht (§ 203 StGB) unterliegen, ist seitens des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe daran zu denken, sie gegenüber Dritten zur Verschwiegenheit zu verpflichten. Das mag es für weitere Verfahrensbeteiligte erleichtern, die Anwesenheit bzw. Vertretungsbefugnis – an der rechtlich nicht zu rütteln ist – zu tolerieren.

An dieser Stelle sei der Hinweis erlaubt, dass eine langjährige Fortbildungspraxis im Datenschutz zeigt, dass datenschutzrechtliche Bedenken häufig einer Bearbeitung auf der Sach- oder Beziehungsebene bedürfen und zur Auseinandersetzung mit dem fachlichen Vorgehen animieren sollten. Nicht selten wird der Hinweis auf den Datenschutz genutzt, um Kontrolle auszuüben. Geht es um Konflikte zwischen sorgeberechtigten Eltern und ihren minderjährigen Kindern, ist das Kontrollbedürfnis der Eltern häufig besonders hoch. In diesem Fall erscheint es wenig sinnvoll, den Konflikt zu „verrechtlichen“. Hier greift daher in besonderer Weise der pädagogische Auftrag der Mitarbeiter\*innen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe. Der gute Verlauf eines jugendhilferechtlichen Verwaltungsverfahrens hängt nicht zuletzt von der pädagogischen Kompetenz und dem Moderationsgeschick der Fachkräfte ab. Der Versuch, Verfahrensrechte von Minderjährigen unter Verweis auf den Datenschutz zu begrenzen, trifft diese Anforderungen leider nicht.

#### **IV. Besonderheiten BTHG**

Mit der Reform der Eingliederungshilfe durch das Bundesteilhabegesetz,<sup>190</sup> das schrittweise seit dem 29.12.2016 in Kraft tritt bzw. getreten ist, gehen

Änderungen im Verfahrensrecht des Gesetzes zur Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen (SGB IX) einher. Die Änderungen verfol-

---

<sup>190</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG), BT-Drucksache 18/9522.

gen ausdrücklich das Ziel, die Selbstbestimmung der leistungsberechtigten Menschen zu stärken, die von einer Behinderung betroffen oder bedroht sind. Hierfür hält das SGB IX unter anderem mit der unabhängigen Teilhabeberatung (§ 32 SGB IX) und dem dezidiert ausformulierten Anspruch auf Beratung und Unterstützung gegenüber dem Träger der Eingliederungshilfe (§ 106 SGB XII) Unterstützungsmöglichkeiten für die Betroffenen vor, die ggf. auch für den Bereich der Ombudschaft genutzt werden können.

### **1. Ergänzende unabhängige Teilhabeberatung § 32 SGB IX**

Mit der ergänzenden unabhängigen Teilhabeberatung (EUTB) wird schon im Gesetzestext der Norm das ausdrückliche Ziel der Stärkung der Selbstbestimmung von Menschen verfolgt, die von Behinderung betroffen oder bedroht sind (§ 32 Abs. 1 SGB IX). Als eines der Leitziele der Gesetzesreform nennt der Gesetzgeber, die Position der Menschen mit Behinderungen im Verhältnis zu den Rehabilitationsträgern und den Leistungserbringern durch eine ergänzende unabhängige Teilhabeberatung zu stärken.<sup>191</sup> Er erkennt insoweit die Bedeutung einer sowohl von den Leistungsträgern als auch Leistungserbringern unabhängige Beratung für die Betroffenen an. Zur Sicherstellung dieser Unabhängigkeit erfolgt die finanzielle Förderung aus Bundesmitteln.

Im Verhältnis zur Kinder- und Jugendhilfe ist zunächst zu berücksichtigen, dass für junge Menschen mit bestehender oder drohender seelischer Behinderung die allgemeinen Verfahrensregelungen aus Teil 1 des SGB IX unmittelbar gelten. Ihnen steht daher auch unmittelbar Zugang zur EUTB zu. Darüber hinaus ist daran zu denken, dass die Lebens- und Verfahrenssituation von Menschen, die Anspruch auf Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Form der Hilfe zur Erziehung haben, den von Behinderung betroffenen Menschen ähneln. Auch die Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe möchte in der Konstellation des sozial- bzw. jugendhilferechtlichen Leistungsdreiecks unabhängige Information und Be-

ratung denjenigen Personen zukommen lassen, die von einer strukturellen Machtasymmetrie betroffen sind. Eine entsprechende finanzielle Förderung wäre also nicht nur wünschenswert, sondern ihr Fehlen ist auch im Hinblick auf die vergleichbaren Lebenslagen kritisch zu hinterfragen.

Das Angebot der EUTB erstreckt sich gem. § 32 Abs. 2 SGB IX auf die Information und Beratung über Rehabilitations- und Teilhabeleistungen nach dem SGB IX. Das Angebot soll eine qualifizierte neutrale, aber parteiliche Beratung gewährleisten. Mit der Einführung der neuen Beratungsleistung wird grundsätzlich auch ein positiver Effekt im Verhältnis zu den Leistungsträgern und Leistungserbringern in Bezug auf eine angemessene bedarfsgerechte Leistungserbringung erwartet, der es ermöglicht, Verfahren zu beschleunigen und Leistungen personenzentriert und zielgerichtet anzubieten.<sup>192</sup>

Das Angebot der EUTB dient laut der Gesetzesbegründung allerdings nicht der Beratung und Unterstützung bei Widersprüchen oder sozialgerichtlichen Verfahren.<sup>193</sup> Dies mag der Überlegung entspringen, dass es als ergänzendes Angebot nicht im Widerspruch zur gesetzlichen Beratungs- und Unterstützungspflicht der Rehabilitationsträger stehen darf. Eine ausdrückliche Begründung findet sich für diese erhebliche Einschränkung des Tätigkeitsumfangs der EUTB nicht. Dies ist umso verwunderlicher, als der Gesetzgeber mit der Gesetzesbegründung anerkennt, dass die Leistungsberechtigten in der Regel nicht über (ausreichendes) Fachwissen über ihre sozialrechtlichen Ansprüche und Zuständigkeitsregelungen im gegliederten System verfügen. Die Schlussfolgerung lautet daher auch, dass ihre Position gegenüber den Leistungsträgern und Leistungserbringern im sozialrechtlichen Dreieck gestärkt und der Empowermentansatz zur Befähigung der Leistungsberechtigten, selbstbestimmte Entscheidungen zu treffen, gefördert werden muss. Warum hierzu ausgerechnet die so wichtige Unterstützung im Konfliktfall, der auch mit rechtlichen Mitteln zu lösen ist, nicht gehören soll, bleibt ein Rätsel.

<sup>191</sup> BT-Drucksache 18/9522, S. 3.

<sup>192</sup> BT-Drucks. 18/9522, S. 246.

<sup>193</sup> BT-Drucks. 18/9522, S. 246.

Im Ergebnis ist jedoch zu erwarten, dass Mitarbeiter\*innen einer EUTB als Bevollmächtigte oder Beistand im Sozialverwaltungsverfahren nicht tätig werden können. Zwar wäre eine gesetzliche Begründung schwierig, da auch sie regelmäßig nicht gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz verstoßen werden, da die erforderlichen Voraussetzungen für eine zulässige unentgeltliche Beratung vorliegen dürften. Auch ist ihnen eine entsprechende Tätigkeit nicht gesetzlich verwehrt, sondern die Einschränkung ist lediglich der Gesetzesbegründung zu entnehmen. Aber es ist anzunehmen, dass über die schriftliche Fördervereinbarung entsprechende Restriktionen verbindlich festgelegt werden.

## **2. Beratung und Unterstützung nach § 106 SGB IX**

Wie bereits unter B.II.1.c. erwähnt, hat der Gesetzgeber mit der Normierung des Anspruchs auf Beratung und Unterstützung in § 106 SGB XII eine Gesetzesgrundlage geschaffen, die den Bedarfen der Leistungsberechtigten in umfänglicher Weise entgegenkommt. An keiner anderen Stelle im Sozialgesetzbuch wird der Inhalt von Beratung und Unterstützung so deutlich benannt, detailliert ausdifferenziert und dann noch als Anspruch formuliert.

So erfreulich dies für die Leistungsberechtigten sein könnte und so sehr dies Vorbildfunktion für eine Normierung der Tätigkeit von Ombudsstellen haben könnte, so klar ist jedoch auch, dass der Anspruch dadurch konterkariert werden wird, dass er nicht durch eine unabhängige Stelle eingelöst wird.

Die Beratung und Unterstützung nach § 106 SGB IX-2020 ist zwar einerseits als klassischer Rechtsanspruch ausgestaltet, aber andererseits in Kapitel 2 des Zweiten Teils SGB IX unter „Grundsätze der Leistungen“ verortet und damit vom Gesetzgeber gerade nicht als eine Leistung nach § 102 SGB IX-2020 benannt. Im Ergebnis mag zwar die rechtssystematische Einordnung der Norm nicht entscheidend sein, sondern es sollte allein auf die Tatsache ankommen,

dass die Beratung und Unterstützung der Leistungsberechtigten bei Einlösung ihrer Rechtsansprüche auf Teilhabe ihrerseits faktisch eine Teilhabeleistung ist. D. h. die Beratung und Unterstützung dient dem Ziel der vollen und wirksamen Teilhabe der Betroffenen. Diese Überlegungen dürften jedoch nicht ausreichen, um die Umsetzung des Anspruchs durch eine unabhängige Stelle und v. a. deren Finanzierung erfolgreich einzufordern.

Damit weist die Regelung darauf hin, wie ein effektiver Anspruch auf Beratung und Unterstützung bei der Verwirklichung von Rechtsansprüchen ausgestaltet sein könnte, sie löst ihr Versprechen jedoch nicht ein. Denn bei aller Neutralität gegenüber der Aufgabenerfüllung der Träger der Eingliederungshilfe als Rehabilitationsträger erkennt doch selbst der Gesetzgeber, wie wichtig eine rechtskundige Unterstützung in Konfliktfällen ist. Mit der Reform des Rechtsdienstleistungsgesetzes hat er dem durch die Privilegierung unentgeltlicher Rechtsdienstleistung Ausdruck verliehen.

Dabei dürfte nicht zuletzt die Tatsache eine Rolle spielen, dass für die anwaltliche Tätigkeit die Beratung von Sozialleistungsberechtigten gerade dann aus finanziellen Gründen nahezu ausgeschlossen ist, wenn es sich um die Einforderung individueller persönlicher Dienstleistungen handelt. Die Vergütung von Anwalt\*innen auf gesetzlicher Grundlage lässt eine angemessene Beratung im Vorfeld einer gerichtlichen Auseinandersetzung nicht zu. In der Folge finden ausgerechnet diejenigen Personen häufig nicht zu einer angemessenen Unterstützung, die in existenzieller Weise auf die Leistungen angewiesen sind.

Mit dem Bundesteilhabegesetz wird dieser Mangel nicht nur nicht behoben, sondern mit den Vorschriften zur EUTB in § 32 SGB IX und dem Anspruch auf Beratung und Unterstützung aus § 106 SGB IX-2020 wird diese Widersprüchlichkeit bei genauer Analyse zusätzlich betont.

## V. Praxisteil – Beispielfälle

Im Vorfeld eines Fachsymposiums des Bundesnetzwerks Ombudschaft Kinder- und Jugendhilfe am 24. Juni 2019 in Erfurt wurden Fragestellungen aus der Beratungspraxis der Ombudsstellen gesammelt. Die Fragestellungen geben einen Überblick, was die Tätigkeit der Berater\*innen bestimmt und behindern kann. Da sie den Praxisbezug der vorangehend theoretisch erörterten Rechtsfragen herstellen, werden sie im Folgenden im Original wiedergegeben und mit kurzen Antworten bzw. Verweisen an die relevanten Stellen des Gutachtens versehen.

### *Fallbeispiel 1:*

*Ein 17-jähriges Mädchen lässt sich auf eigene Bitte vom JA in Obhut nehmen. Hintergrund sind häusliche Gewalt (durch den Vater) und drohende Zwangsverheiratung.*

*Zu einem Gespräch mit dem JA und den Eltern (welche ohne Einverständnis des Mädchens eingeladen wurden), erscheint das Mädchen in Begleitung einer Vertrauensperson, ihrer Lehrerin. Diese wird von den Mitarbeitern des JA wiederholt gebeten, den Raum zu verlassen, mit Verweis auf datenschutzrechtliche Gründe. Die Eltern des Mädchens möchten den Kontakt der Lehrerin zu ihrer Tochter unterbinden. Das JA teilt dies dem Mädchen mit. Die Lehrerin und das Mädchen wenden sich aus diesem Grund an die Ombudsstelle.*

*Das Jugendamt möchte das Mädchen zurück in die Herkunftsfamilie schicken, sie weigert sich aber (zunächst) erfolgreich. Das Mädchen wird jedoch in einer neuen Einrichtung untergebracht, was für sie nicht nachvollziehbar ist. Das Mädchen möchte keinesfalls zurück zu ihrer Familie und würde dies ggf. auch gerichtlich erwirken.*

*Die Ombudsstelle bittet um ein gemeinsames Gespräch mit dem Mädchen und dem Jugendamt. Das Jugendamt kann der Bitte nicht zustimmen und begründet dies mit dem fehlenden Einverständnis der Eltern sowie der Minderjährigkeit des Mädchens. Als Kompromiss findet nun eine Art inoffizielles Gespräch mit dem Mädchen, der Ombudsperson und dem JA in den Räumlichkeiten der Ombudsstelle statt. Eine Bedingung des JA für das Gespräch ist, dass Themen betreffend die Eltern (aus datenschutzrechtlichen Gründen) ausgeklammert werden müssen.*

Die Schilderung bietet ein gutes Beispiel für den Anwendungsbereich der Ausführungen unter B.III.4.d.cc. Dass der Verweis auf den Datenschutz vorgeschoben ist, zeigt bereits die Überlegung, dass Bürger\*innen untereinander in keiner Weise Rege-

lungen des Datenschutzes unterliegen. Es ist einem jungen Menschen daher selbstverständlich jederzeit erlaubt, sich ratsuchend an Dritte (= Personen außerhalb seines familiären Umfelds) zu wenden und Informationen über sein Familienleben ganz nach eigenem Gutdünken preiszugeben. Dies gilt selbstverständlich erst recht gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe, der diese Informationen zur Erfüllung seines Auftrags benötigt, aber eben auch gegenüber allen anderen selbst gewählten Vertrauenspersonen.

Ein fachlich sinnvolles Vorgehen des JA hätte vorliegend bspw. darin bestehen können, den Eltern des Mädchens dessen Rechte im Verfahren zu erklären, die Begrenzung der elterlichen Sorge nach § 1626 Abs. 2 BGB zu schildern, wonach die Eltern bei der Pflege und Erziehung die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem und verantwortungsbewusstem Handeln berücksichtigen und mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge besprechen und Einvernehmen anstreben sollen. Hätten die Eltern weiterhin ein gemeinsames Gespräch abgelehnt, so hätte dem Mädchen und seiner Vertrauensperson selbstverständlich freigestanden, auch ohne Anwesenheit der Eltern über alle für sie wichtigen Themen zu sprechen.

Ob und welche Hilfe im Einzelfall angezeigt ist, wäre vorliegend in einem Hilfeplangespräch zu erörtern gewesen, bei dem das Recht der 17-jährigen, sich von einer Person ihres Vertrauens begleiten und unterstützen zu lassen, uneingeschränkt bestehen dürfte.

### **Fallbeispiel 2:**

*Eine 14-Jährige geht wegen häuslicher Gewalt zur Polizei und wird auf ihren Wunsch hin zu einer befreundeten Familie gebracht.*

*Zum Hilfeplangespräch nach einer Woche durfte ihre Vertrauensperson nicht mitgehen, da keine Beteiligte. Das Jugendamt und die Mutter waren für die Unterbringung in einer Einrichtung, obwohl das Mädchen in der befreundeten Familie (ehemalige Pflegefamilie) leben wollte.*

In der Fallkonstellation stellt sich die Frage, ob die 14-Jährige Beteiligte des Verfahrens i. S. v. § 12 SGB X ist. Wird dies entsprechend der hier vertretenen Auffassung zur Handlungsfähigkeit bejaht (vgl. B.III.2.a.bb.), so hat sie das Recht, sich von einer Vertrauensperson i. S. v. § 13 SGB X unterstützen und begleiten zu lassen.

### **Fallbeispiel 3:**

*Pflegeeltern bitten eine Ombudsstelle, wegen Schwierigkeiten mit der Fachkraft vom Pflegekinderdienst zu einem Gespräch im Jugendamt mitzugehen.*

*Die Mitarbeiterin wurde angemeldet, aber als Beistand (vom Jugendamtsleiter) nicht zugelassen, da die Pflegeeltern keine Beteiligten im Sinne von SGB X §§ 12/13 seien.*

Die Fallgestaltung lenkt den Blick auf die Beteiligtenstellung aus § 12 Abs. 1 SGB X. Tatsächlich steht Pflegeeltern nicht der Anspruch aus den §§ 27, 33 SGB VIII zu, sodass vorschnell angenommen werden kann, dass sie als Adressaten eines Verwaltungsakts nicht in Betracht kommen. Dies lässt jedoch außer Acht, dass Pflegeeltern gegenüber dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe Anspruch auf Beratung und Unterstützung aus § 37 Abs. 2 SGB VIII haben. Es handelt sich um einen eigenen Rechtsanspruch, über den im Wege eines Verwaltungsakts beschieden wird. Kommt es bei der Umsetzung zu Problemen, geht es um den Inhalt einer bewilligten Leistung und dementsprechend sind Probleme im Wege eines Sozialverwaltungsverfahrens auszuräumen. Als (mögliche) Adressaten eines Verwaltungsakts sind Pflegeeltern hier unproblematisch als Beteiligte anzusehen.

Im Übrigen wäre für die Pflegeeltern auch die Beteiligtenstellung aus § 12 Abs. 1 Nr. 1 SGB X zu prüfen, denn wie ein von Hilfe zur Erziehung betroffener junger Mensch selbst, können die Pflegeeltern die (Über)-prüfung einer Hilfe zur Erziehung anregen und dementsprechend als diejenigen angesehen werden, die im Sozialverwaltungsverfahren einen Antrag stellen. Es handelt sich dabei auch nicht um eine bloße Anregung gegenüber der Behörde, sondern durchaus um einen Antrag in eigener Sache, da die leistungserbringenden Pflegeeltern in eigenen Rechten durch Inhalt, Art und Umfang der Bewilligung betroffen sind. Tatsächlich dürfte es sich

bei einem Bescheid über eine Hilfe in Erziehung in Form der Vollzeitpflege um einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung für die belegte Pflegefamilie handeln. Dementsprechend wären sie auf Antrag nach § 12 Abs. 2 SGB X immer notwendig zum Verfahren hinzuzuziehen.

#### **Fallbeispiel 4:**

*Ein zwölfjähriger Junge wendet sich an die Ombudsstelle und bittet darum, dass sich eine Ombudsperson darum kümmert, dass er bei der anstehenden Auswahl einer neuen Einrichtung tatsächlich beteiligt wird. Bei der Auswahl der Einrichtung, in der er jetzt lebt und aus der er rausfliegen wird, wurde er in keiner Weise beteiligt. Der Junge hat einen Vormund, dem er aber nicht vertraut. Folgende Fragen stellen sich der Ombudsstelle:*

- 1) Kann sich der Zwölfjährige ohne Zustimmung des Vormunds an die Ombudsstelle wenden und kann die Ombudsstelle mit ihm sprechen?*
- 2) Kann die Ombudsperson sich vom Kind zum Beistand erklären lassen?*
- 3) Kann das Jugendamt eine Beratung mit der Ombudsperson ablehnen, weil keine Schweigepflichtentbindung des Vormunds vorliegt?*

#### **Zu 1)**

Es handelt sich dabei um eine materiell-rechtliche Frage, die mit dem Verweis auf § 8 Abs. 3 SGB VIII zu beantworten ist. Demnach haben Kinder und Jugendliche Anspruch auf Beratung ohne Kenntnis der Personensorgeberechtigten. Auf das Alter des Kindes bzw. des/der Jugendlichen kommt es dabei nicht an.<sup>194</sup> Wenngleich die Norm immer noch den Zusatz aufführt, dass dies wegen einer Not- und Konfliktlage erforderlich sei und die Mitteilung an die Personensorgeberechtigten den Beratungszweck vereiteln würde, gilt dies nur für die Träger der öffentlichen Jugendhilfe. Die Träger der freien Jugendhilfe dürfen Kinder und Jugendliche ohnedies ohne Einschränkung beraten.<sup>195</sup> Aber auch im Übrigen dürfte die Prüfung einer Not- und Konfliktlage nach der subjektiven Sichtweise des ratsuchenden Kindes oder Jugendlichen zu bewerten sein.

In der vorliegenden Konstellation bedeutet dies, dass der Zwölfjährige das Recht hat, sich von der Ombudsstelle beraten zu lassen und diese selbstver-

ständiglich im Umkehrschluss berechtigt ist, dieses Ersuchen zu befolgen.

#### **Zu 2)**

Die Frage, ob ein zwölfjähriges Kind einen Beistand benennen kann, ist nach dem Ergebnis der Prüfung seiner Beteiligtenstellung nach § 12 SGB X zu beantworten. Hierzu gelten die Ausführungen unter B.III.2.a.bb. Nach dem vorliegenden Gutachten wird das Ergebnis vertreten, dass dies bei einer entsprechenden Reife des Kindes zu bejahen ist.

#### **Zu 3)**

Eine Schweigepflichtentbindung dient dem Zweck, eine schweigepflichtige Person von dieser Schweigepflicht zu entbinden. Geht es hier um eine Schweigepflichtentbindung, die vom Vormund zu erteilen sei, kann dies bedeuten, dass die Mitarbeiter\*innen des JA meinen, dass sie von ihrer Schweigepflicht gegenüber dem Vormund entbunden werden müssen, um mit seinem Mündel reden zu können. Diese Auffassung würde jedoch befremden, da sich ein Gespräch mit dem Mündel des Vormunds schwerlich mit Sozialdaten seines Vormunds befassen wird.

Macht die vorgenannte Konstellation keinen Sinn, so wäre anzunehmen, dass die Mitarbeiter\*innen des JA meinen, das Mündel dürfe nur dann mit Dritten über seine eigenen Sozialdaten sprechen, wenn es von seinem Vormund dazu per Schweigepflichtentbindung ermächtigt wird. Diese Auffassung wäre noch befremdlicher als die erste Alternative. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung steht als Grundrecht dem/derjenigen zu, der/die die Reife besitzt, sich darauf zu berufen. Ein Zwölfjähriger ist dementsprechend in der Lage und berechtigt, über seine eigenen Daten zu verfügen. Weder sorgeberechtigte Eltern noch ein Vormund/Vormundin haben das Recht, unter Verweis auf den Datenschutz zu kontrollieren, mit wem ihr Kind/Mündel über was redet.

<sup>194</sup> Wiesner, SGB VIII, § 8 Rn. 41.

<sup>195</sup> Kunkel/ Kepert, LPK-SGB VIII, § 8 Rn. 24, Wiesner, SGB VIII, § 8 Rn. 48.

Der Hinweis auf eine Schweigepflichtentbindung geht in der geschilderten Konstellation also völlig fehl. Richtig ist, dass die Mitarbeiter\*innen des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe prüfen müssen, ob eine Beratung des Zwölfjährigen seinem Vormund mitzuteilen ist (§ 8 Abs. 3 SGB VIII). Fachlich wird es jedoch vor allem darum gehen, die vom Zwölfjährigen zu Recht geforderte Beteiligung umzusetzen und hier den Vormund angemessen einzubeziehen.

### **Fallbeispiel 5:**

*Das JA erkennt die Bevollmächtigung der Ombudsperson im Verfahren zur Akteneinsicht nicht an. Die Beauftragung als Bevollmächtigter/Beistand lief über eine Initiative, die jedoch vorübergehend ausgesetzt wurde und das Beratungsangebot in ein anderes Projekt übergang. Die Bevollmächtigung (über das neue Projekt) wurde schriftlich nicht erneuert. Die Betroffene hat die Bevollmächtigung der Ombudsperson im JA jedoch mündlich bestätigt und erneut ausgesprochen. Dies wurde vom JA nicht anerkannt. Folgende Fragen stellen sich der Ombudsstelle:*

- 1) Muss die Beauftragung zwingend schriftlich erfolgen? Was tun bei Abweisung ohne triftigen Grund?*
- 2) Ist der Beistand berechtigt, Akten des Jugendamtes einzusehen bzw. bei Gesprächen im JA dabei zu sein, wenn neben dem Betroffenen/Auftraggeber auch Dritte anwesend sind.*

#### **Zu 1)**

Wie unter B.III.3.a. erörtert, muss die Bevollmächtigung auf Verlangen der Behörde schriftlich nachgewiesen werden. Die Behörde muss jedoch einen sachlichen Grund dafür haben und ein dementsprechendes Ermessen ausüben.

Eine Zurückweisung ist ausschließlich bei Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz oder fehlender Eignung zum Vortrag zulässig (§ 13 Abs. 5 und 6 SGB X). Die Fallkonstellation bietet für eine solche Annahme keinerlei Anhaltspunkte.

#### **Zu 2)**

Eine Besonderheit des jugendhilferechtlichen Sozialverwaltungsverfahrens liegt darin, dass regelmäßig nicht nur ein\*e Bürger\*in und die Behörde beteiligt sind, sondern ein junger Mensch und dessen Familienangehörigen und ggf. weitere Bezugspersonen. Die Vielzahl der Personen bringt Herausforderungen mit sich, die sich jedenfalls nicht durch die Beschnei-

derung der sozialverwaltungsverfahrenrechtlich verbrieften Rechtspositionen und ihrer Konsequenzen bewältigen lassen. Ist eine Person Beteiligte des Verfahrens im Sinne von § 12 SGB X, so steht ihr das Recht zu, sich in Besprechungen und Verhandlungen von einem Beistand begleiten und im gesamten Sozialverwaltungsverfahren von einem/einer Bevollmächtigten vertreten zu lassen.

Diese Rechte stoßen zum Teil auf erheblichen Widerstand. In diesem Fall sollte es Aufgabe der Behörde sein, allen Beteiligten die jeweiligen Verfahrensrechte zu erläutern und moderierend darauf hinzuwirken, dass unter Akzeptanz der jeweiligen Rechtspositionen ein zielführendes und sachliches Gespräch zustande kommt. Das mag im Einzelfall eine hohe Anforderung sein, aber dafür gilt das Fachkräftegebot der Kinder- und Jugendhilfe.

## C. ZUSAMMENFASSUNG

Mit den vorangehenden Erörterungen wurde festgestellt, dass trotz der starken Fürsprache – etwa durch die Runden Tische Heimerziehung und sexueller Missbrauch – bis heute Ombudsstellen in der Kinder- und Jugendhilfe keine ausdrückliche rechtliche Verankerung haben. Der zwischenzeitlich unternommene Versuch einer gesetzlichen Implementierung weist darüber hinaus darauf hin, dass mit der Erwähnung im Gesetz allein die Rechtsstellung der Betroffenen und die Legitimation der Tätigkeit der Ombudsstelle noch nicht vorangebracht wurden.

Bislang bleibt es also dabei, dass junge Menschen und ihre Familien, die in Kontakt mit der Kinder- und Jugendhilfe kommen, keinen Anspruch auf ombuderschaftliche Unterstützung haben oder durchsetzen können. Der Zugang bleibt vom regionalen Zufall abhängig und die Tätigkeit der Ombudsstellen ist finanziell ungesichert. Zumindest verschafft dies die für die Tätigkeit erforderliche Unabhängigkeit.

Soweit sich ombuderschaftliche Tätigkeit im Kontakt mit Dritten (Behörden und Leistungserbringern) legitimieren muss, kann sie sich zwar nicht auf ausdrückliche Rechtsgrundlagen speziell für die Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe aber auf die sozialverwaltungsverfahrenrechtliche Grundlage der Tätigkeit von Beiständen und Bevollmächtigten berufen.

Der größten rechtlichen Herausforderung sehen sich in diesem Kontext minderjährige Rat- und Unterstützungssuchende gegenüber. Auch bei ihnen erfordert der rechtmäßige Einsatz von Beiständen oder Bevollmächtigten eine entsprechende Handlungsfähigkeit, die aufgrund der Minderjährigkeit jedoch nicht ohne Weiteres gegeben ist. Mit dem vorliegenden Gutachten wird zwar die Auffassung vertreten, dass die verfassungsrechtlich begründete Subjektstellung der betroffenen Kinder und Jugendlichen nur angemessen gewahrt wird, wenn ihnen mindestens ab

dem vollendeten 12. Lebensjahr in der Regel die erforderliche Handlungsfähigkeit zuerkannt wird, um ihre Rechte im Verwaltungsverfahren selbstständig ausüben zu können. Dies würde tatsächlich nicht mit einer Ausdehnung ihrer materiell-rechtlichen Ansprüche einhergehen, sodass auf dieser Ebene weiterhin ihre Sorgeberechtigten über die Annahme von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe entscheiden könnten. Dennoch ist absehbar, dass die hier vertretene Rechtsauffassung zu Widerstand derjenigen führen wird, die in jeglicher Stärkung der Rechte von Kindern und Jugendlichen zuallererst einen unerwünschten Eingriff in das Elternrecht sehen.

Es bleibt zu hoffen, dass der gesellschaftliche Wandel, der schon die Wahrnehmung dessen, was das Kindeswohl bzw. seine Gefährdung ausmacht, so grundlegend verändert hat, auch zu einer angemessenen Zuerkennung der notwendigen verfahrensrechtlichen Stellung von Kindern und Jugendlichen führt. Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe wären gut beraten, dahingehend eine offensive Haltung einzunehmen.

Wird die Handlungsfähigkeit bejaht, so hält die Konstruktion der Hilfe zur Erziehung, die nicht dem Kind, sondern seinen Sorgeberechtigten gewährt wird, eine weitere Herausforderung bereit, die sich bei der Frage bezüglich der Beteiligtenstellung auswirkt. Hier dürfte jedoch kaum ein Rechtsargument vorstellbar sein, das Kindern und Jugendlichen, die von einer Hilfe zur Erziehung betroffen sind, diese Rechtsstellung abspricht. Sie sind entweder sog. geborene Beteiligte oder vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe zum Verfahren hinzuzuziehen. Dies gilt selbst dann, wenn sie einen Antrag auf Hinzuziehung nicht stellen.

Sind die Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt, um Mitarbeiter\*innen einer ombuderschaftlichen Organisation die Stellung eines Beistands oder Bevoll-

mächtigten zu verschaffen, so können sie Beteiligte zu Verhandlungen und Besprechungen insbesondere zur Hilfeplanung begleiten. Als Bevollmächtigte können sie darüber hinaus nicht nur sämtliche, dem/der Beteiligten eingeräumte Verfahrensrechte für ihn/sie ausüben, sondern diese auch bei Begutachtungen begleiten. Weder Beistand noch Bevollmächtigte\*r müssen dafür eine besondere Qualifikation mitbringen. Bei einem Beistand wäre sogar infrage zu stellen, ob er über eine verfahrensrechtliche Handlungsfähigkeit verfügen muss.

Zurückweisungen durch die Behörde sind dementsprechend ausschließlich dann rechtmäßig, wenn die Tätigkeit des Ombuds gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz verstößt oder er für die Aufgabe ungeeignet oder zum Vortrag unfähig ist.

Die Analyse der rechtlichen Grundlagen des Rechtsdienstleistungsgesetzes zeigt, dass ein Verstoß im Ergebnis immer ausgeschlossen sein dürfte. Mit dem vorgelegten Gutachten wird die Auffassung vertreten, dass die Rechtsdienstleistung immer Nebentätigkeit der Aufgaben der Ombudschaft und somit grundsätzlich zulässig ist. Selbst wenn man dies anders bewertet, ist die Tätigkeit der Ombudschaft als unentgeltliche Rechtsdienstleistung zulässig, wenn die tätige Person entweder über die notwendige rechtliche Qualifikation verfügt oder von einer solchen Person angeleitet wird. Eine Anleitung ist bereits dann zu bejahen, wenn eine entsprechende Fortbildung erfolgte und ein Zugriff auf eine zur Anleitung qualifizierte Person möglich ist. Dafür ist eine lose Kooperationsbeziehung, bspw. mit einem Anwalt/einer Anwältin, oder die Möglichkeit, innerhalb der Organisation des Trägers der Ombudsstelle auf eine entsprechend qualifizierte Person zugreifen zu können, ausreichend. Diese Voraussetzung wird regelhaft erfüllt sein.

Unfähig zum Vortrag sind lediglich Personen, die sich nicht (mehr) verständlich machen können. Aber auch die erforderliche Eignung hängt weder von einer spezifischen Qualifikation ab, noch kann sie als

ausgeschlossen angesehen werden, wenn der Beistand oder der/die Bevollmächtigte offensiv oder gar provokant für die Rechte des/der Beteiligten eintritt. Erst wenn ein sachliches Gespräch grundsätzlich ausgeschlossen ist, auch nachdem die Behörde sich dafür engagiert eingesetzt hat, mag die Eignung verneint werden. Auch dann handelt es sich bei der Zurückweisung um eine Ermessensentscheidung, die seitens der Behörde ausdrücklich und sorgfältig zu begründen ist. Sie ergeht in Form eines Verwaltungsaktes, sodass der Rechtsweg gegeben ist.

Festzuhalten bleibt demnach, dass mit dem Sozialverwaltungsverfahrenrecht belastbare Grundlagen vorgehalten werden, die die Unterstützung der Betroffenen gut ermöglichen.

Für den Blick in die Zukunft, in der nach wie vor die Normierung einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage in der Kinder- und Jugendhilfe wünschenswert ist, können Normen aus dem Bundesteilhabegesetz fruchtbar gemacht werden. So dürfte die Konstruktion der Unabhängigen Teilhabeberatung (§ 32 SGB IX) durchaus Vorbildcharakter haben, da sie die notwendige finanzielle Unabhängigkeit der Beratung sicherstellt und der Peerberatung einen besonderen Stellenwert einräumt. Im Hinblick auf Inhalt und Umfang der Angebote bietet die Rechtsgrundlage der Beratung und Unterstützung (§ 106 SGB VIII-2020) eine außerordentlich gute Vorlage. Es stellt sich hier die Frage, warum gerade diese Inhalte nicht für die Tätigkeit der Unabhängigen Teilhabeberatungsstellen gelten sollen. Für eine verlässliche Umsetzung des so normierten Anspruchs dürfte Unabhängigkeit eine Grundvoraussetzung sein.

Wenngleich rechtliche Änderungen für die Zukunft der Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe wünschenswert sind und insbesondere die ausdrückliche Normierung einer verfahrensrechtlichen Handlungsfähigkeit Minderjähriger und eine zuverlässige Finanzierung notwendig sind, um einen (bundesweit) verlässlichen Zugang zur Ombudschaft sicherzustellen, so eröffnen doch bereits die

geltenden Rechtsgrundlagen – zumindest mit einer angemessenen offensiven Auslegung des Begriffs der verfahrensrechtlichen Handlungsfähigkeit Minderjähriger – eine ausreichende Basis, um die Tätigkeit der Ombudsstellen auch gegenüber Dritten zu legitimieren.

KASU Kanzlei für soziale Unternehmen

HKS Heyder, Klie, Schindler Rechtsanwaltspartnerschaft mbB

durch

Gila Schindler

Rechtsanwältin

Fachanwältin für Sozialrecht

## D. LITERATURVERZEICHNIS

### Kommentare:

Bader, Johann /Ronellenfitsch, Michael, Beck (2019): Online Kommentare, BeckOK VwVfG, 44. Edition, Stand: 01.07.2019.

Diering, Björn/Timme, Hinnerk/Stähler, Thomas P. (2019). Sozialgesetzbuch X Lehr- und Praxiskommentar. 5. Auflage. Baden-Baden: Nomos.

Dolzer, Rudolfg/Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Graßhof, Karin (2006): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Band 2. Stand: August 2006 (123. Ergänzungslieferung). Heidelberg: C.F. Müller.

Dreyer, Heinrich/Lamm, Christian-Peter/Müller, Thomas (2009): Rechtsdienstleistungsgesetz Praxiskommentar. Berlin: Erich Schmidt Verlag.

Eichenhofer, Eberhard/Wenner, Ulrich (Hrsg.) (2017): SGB X. 2. Auflage. München: Luchterhand.

Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Hrsg.): Sozialgesetzbuch X. Loseblattkommentar (Stand 2019) Berlin: Erich Schmidt Verlag.

Jarass, Hans/Pieroth, Bodo (2018): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. 15. Auflage. München: C.H. Beck.

Johannsen, Kurt H. / Henrich, Dieter , Familienrecht, Kommentar, 6. Auflage 2015, C.H.Beck

Kleine-Cosack, Michael (2014): Rechtsdienstleistungsgesetz. 3. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller.

Knack, Hans J./Henneke, Hans-Günter/Ritgen, Klaus (2019): VwVfG Kommentar. 11. Auflage. Köln: Carl Heymanns.

Körner, Anne (Hrsg.) (2019): Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht SGB X. Stand Juni 2019 (104. Ergänzungslieferung). München: C.H. Beck.

Kopp, Ferdinand O./Ramsauer, Ulrich (2019). Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG. 20. Auflage. München: C.H. Beck.

Kopp, Ferdinand O./Schenke, Wolf-Rüdiger (2019): Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO. 25. Auflage. München: C.H. Beck.

Koppenfels-Spies, Katharina von/ Wenner, Ulrich (Hrsg.) (2019) SGB X, SGB X Kommentar, Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz. 3. Auflage. Luchterhand.

- Krahmer, Utz (Hrsg.) (2014) Sozialgesetzbuch I Allgemeiner Teil, Handkommentar, 3. Auflage.
- Kreikebohm, Sabine/Spellbrink, Ralf/Waltermann, Reimund (2019): Kommentar zum Sozialrecht. 6. Auflage. München: C.H. Beck.
- Krenzler, Michael (Hrsg.) (2017): Rechtsdienstleistungsgesetz RDG, RDGEG, RDV Handkommentar 2. Auflage. Baden-Baden. Nomos.
- Kunkel, Peter-Christian/Kepert, Jan/Pattar, Andreas Kurt (Hrsg.) (2018): Sozialgesetzbuch VIII Kinder- und Jugendhilfe. 7. Auflage. Baden-Baden: Nomos.
- Lilge, Werner/Gutzler, Stephan (Hrsg.) (2019) SGB I, Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil, Kommentar, 5., Auflage. ESV Erich Schmidt Verlag.
- Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz/Bethge, Herbert (2012): Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Stand: März 2012 (37. Ergänzungslieferung). München: C.H. Beck.
- Mrozynski, Peter (2014): SGB I Allgemeiner Teil, 5. Auflage. München: C.H. Beck.
- Münder, Johannes/Meysen, Thomas/Trenczek, Thomas (Hrsg.) (2019). Frankfurter Kommentar SGB VIII. 8. Auflage. Baden-Baden: Nomos.
- Pickel, Harald/Marschner, Andreas, SGB X Kommentar zum Sozialgesetzbuch Zehntes Buch, Loseblattwerk (Stand Juni 2019): Heidelberg. C.F. Müller.
- Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland/ Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina (Hrsg.)  
Münchener Kommentar zum BGB. Band 1 (2018) 8. Auflage. und Band 9 (2017) 7. Auflage. München: C.H. Beck oHG.
- Schellhorn, Walter et. al. (2016): SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe. 5. Auflage. München: Luchterhand.
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang (2019): Verwaltungsgerichtsordnung. Stand: Februar 2019 (36. Ergänzungslieferung). München: C.H. Beck.
- Staudinger, Julius von (2019): BGB, Kommentar, 18. Auflage. Sellier / de Gruyter
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (2018): Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG. 9. Auflage. München: C.H. Beck.
- Stern, Klaus/Becker, Florian (2015): Grundrechte-Kommentar. 2. Auflage. Köln: Carl Heymanns.
- Wiesner, Reinhard (2015): SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe. 5. Auflage. München: C.H. Beck.
-

Wulffen, Matthias von/Schütze, Bernd (Hrsg.) (2014): SGB X Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz, 8. Auflage. München: C.H. Beck.

## **Aufsätze und Monografien:**

Arnegger, Manuel (2018): Wozu braucht es Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe? In: DAS JUGEND-AMT, Heft 1-2, S. 12-15.

Berlit, Uwe (2009): Wirtschaftliche Hilfebedürftigkeit im SGB II in der neueren Rechtsprechung. In: Neue Zeitschrift für Sozialrecht, Heft 10/2009, S. 537-546.

Biesel, Kay (2012): Das neue Bundeskinderschutzgesetz. Aufbruch zum Risiko- und Fehlermanagement im Kinderschutz unter Federführung der Jugendämter?! In: Das neue Bundeskinderschutzgesetz. Themenheft der Zeitschrift Jugendhilfe, Jg. 50, Heft 3, S. 131-138.

Coester, Michael (1991): Die Bedeutung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG) für das Familienrecht, In: FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht. Heft, 3 S. 253 -263.

Deitmaring, Hildegard (2009): Begleitpersonen bei der ärztlichen Begutachtung im Sozialverwaltungsverfahren - Bestandsaufnahme und Diskussion. In: Der medizinische Sachverständige, Heft 3/2009, S. 107- 112.

Hertwig, (1987) Verfassungsrechtliche Determinanten des Minderjährigenschutzes. In: FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht. S. 124,

Hohm, Karl-Heinz (1986): Grundrechtsträgerschaft und „Grundrechtsmündigkeit“ Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung In: Neue juristische Wochenschrift, Heft 50 /1986, S. 3107 -3115.

Kiehl, (1990) Eine notwendige Reform ohne sozialpolitischen Fortschritt: Die Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts. In: Zeitschrift für Rechtspolitik, Heft 3, S. 90 -94.

Moritz, Heinz Peter (1989): Perspektiven für eine gesetzliche Neugestaltung des Jugendhilferechts, entwickelt am Beispiel der Erziehungsbeistandschaft, In: Zentralblatt für Jugendrecht, Heft 9, S. 399-438.

Mrozynski, Peter (1999) :Der Rechtsanspruch auf Leistungen im Kinder- und Jugendhilferecht. In: Zentralblatt für Jugendrecht. 1999 S. 403 ff.

Mutius, Albert von (1987): Öffentliches Recht. In: Jura, Heft ? 1987, S. 534-543. ?

Robbers, Gerhard, Partielle Handlungsfähigkeit Minderjähriger im öffentlichen Recht (1987). In: DVBl Deutsches Verwaltungsblatt, S. 709- 718.

Roller, Steffen, Beistände bei Begutachtungen (2007). In: Der medizinische Sachverständige, Heft 1, S. 30- 32.

Smessaert, Angela/Fritschle, Ursula (2015): Ombudschaftliche Beratung hilft! In: Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe, Heft 4/2015, S. 359-363.

Trenczek, Heinz (2015). Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe – Interessenvertretung oder Fürsorge? In: Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe, Heft 4/2015, S. 348-358

Haas, Julia (2012). Der Ombudsmann als Institution des Europäischen Verwaltungsrechts – Zur Neubestimmung der Rolle des Ombudsmanns als Organ der Verwaltungskontrolle auf der Grundlage europäischer Ombudsmann-Einrichtungen. Tübingen: Mohr Siebeck.

Urban-Stahl, Ulrike (2011). Ombuds- und Beschwerdestellen in der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland. Expertise im Auftrag des Nationalen Zentrums Frühe Hilfen. (Hrsg. vom Nationalen Zentrum Frühe Hilfen [NZFH]). Köln: Eigenverlag.

Urban-Stahl, Ulrike (2014). Unabhängige Ombudstellen – Neuland in der Kinder- und Jugendhilfe. In: Zeitschrift für Sozialpädagogik (ZfSp), 12 (1), S. 11-31.

Wabnitz, Rechtsansprüche gegenüber Trägern der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe nach dem Achten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VIII), AGJ 2005.



## IMPRESSUM

Herausgeber:

Verein zur Förderung des Bundesnetzwerks Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe e.V.

Muskauer Str. 33

10997 Berlin

Autorin:

Gila Schindler

Korrektorat:

Dr. Dieter Meißl, Mannheim

Satz, Layout und Umschlaggestaltung:

meterware, Agentur für Design und Werbung GmbH, Bremen

Druck:

primeline print berlin GmbH

Stand:

Oktober 2019, 1. Auflage

ISBN: 978-3-00-064176-3

© Verein zur Förderung des Bundesnetzwerks Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe e.V.

Alle Rechte vorbehalten

Dieses Rechtgutachten ist im Rahmen des vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Dezember 2017 – Juni 2019) geförderten Pilotprojekts zur Einrichtung einer unabhängigen Bundeskoordinierungsstelle „Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe“ entstanden.

Infos zum Projekt: <https://ombudschaft-jugendhilfe.de/2018/01/pilotprojekt/>

Bestellungen über die Bundeskoordinierungsstelle Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe (Versand gegen Portokosten): [verwaltung@ombudschaft-jugendhilfe.de](mailto:verwaltung@ombudschaft-jugendhilfe.de)

Das Gutachten steht auch als elektronische Publikation im Internet kostenfrei zur Verfügung:

<https://ombudschaft-jugendhilfe.de/fachinformationen/gutachten/>

In Kooperation mit:



Gefördert vom:



Bundesministerium  
für Familie, Senioren, Frauen  
und Jugend

**Ein Gutachten von:**

KASU Kanzlei für soziale Unternehmen | Rechtsanwältin Gila Schindler  
Poststraße 44 | 69115 Heidelberg  
Tel.: 06221 – 137 97 23 | schindler@kasu-jur.de  
www.kasu-jur.de

**im Auftrag von:**

Bundesnetzwerk Ombudschaft der Kinder- und Jugendhilfe  
Muskauer Str. 33 | 10997 Berlin  
Fon: +49 (0)30 213008-73 | Fax: +49 (0)30 213008-75  
www.ombudschaft-jugendhilfe.de