

Scheiwe | Schröer | Wapler | Wrase (Hrsg.)

Rechtsdurchsetzung, Implementationsdefizite und Rechtsverwirklichung in der Kinder- und Jugendhilfe

Beiträge zum zweiten Forum Kinder- und Jugendhilferecht



Nomos

Schriften zum Familien- und Sozialrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Kirsten Scheiwe

Prof. Dr. Eva Schumann

Band 4

Kirsten Scheiwe | Wolfgang Schröer
Friederike Wapler | Michael Wrase (Hrsg.)

Rechtsdurchsetzung, Implementationsdefizite und Rechtsverwirklichung in der Kinder- und Jugendhilfe

Beiträge zum zweiten Forum Kinder- und Jugendhilferecht



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8755-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-3194-2 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

Rechtsdurchsetzung, Implementationsdefizite und Rechtsverwirklichung in der Kinder- und Jugendhilfe <i>Kirsten Scheiwe, Wolfgang Schröer, Friederike Wapler und Michael Wrase</i>	7
Die völkerrechtliche Verpflichtung zur effektiven Rechtsdurchsetzung und die Partizipationsrechte von Kindern und Jugendlichen nach Art. 12 KRK <i>Stefanie Schmahl</i>	21
Elemente kollektiver Rechtsdurchsetzung: Was braucht die Kinder- und Jugendhilfe? <i>Kirsten Scheiwe</i>	53
Gesicherte Rechtsansprüche versus infrastrukturelle Maßnahmen – oder geht auch beides? <i>Thomas Meysen</i>	75
Die rechtliche Sicherstellung fachgerechter (Planungs-) Strukturen als Desiderat einer Novellierung des SGB VIII <i>Sybille Nonninger</i>	91
Implementationsdefizite und (in)effektive Rechtsdurchsetzung im Kinder- und Jugendhilferecht – Veränderungspotenziale aus Sicht einer obersten Landesjugendbehörde <i>Klaus Peter Lobest</i>	115
Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen im familiengerichtlichen Verfahren – Reformbedarf – <i>Joachim Klein</i>	133

Rechtsdurchsetzung, Implementationsdefizite und Rechtsverwirklichung in der Kinder- und Jugendhilfe

Einführung in das Thema

Der vorliegende Sammelband basiert auf Vorträgen, die im November 2019 auf dem „Zweiten Forum Kinder- und Jugendhilferecht“ in Mainz gehalten wurden.¹ Die Beiträge wurden nach dem Inkrafttreten des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes (KJSG) am 10. Juni 2021 aktualisiert.

Das „Forum Kinder- und Jugendhilfe“, das im Jahr 2018 von den Herausgeber:innen dieses Bandes begründet wurde, hat sich zum Ziel gesetzt, aktuelle Fragen und Problemstellungen der Kinderrechte sowie des Kinder- und Jugendhilferechts aus interdisziplinärer, namentlich aus juristischer, sozialwissenschaftlicher und (sozial)pädagogischer Perspektive zu beleuchten und mit einem breiten Fachpublikum zu erörtern.² In dem hier dokumentierten Zweiten Forum stand die *Rechtsverwirklichung* im Mittelpunkt, diskutiert wurden tatsächliche Umsetzungshürden und -defizite sowie unterschiedliche Möglichkeiten, die Verwirklichung und Durchsetzung der Rechte junger Menschen und ihrer Familien zu verbessern.

I. Rechtstatsächliche Befunde

Verglichen mit in anderen Bereichen des Sozialrechts werden Leistungsansprüche nach dem SGB VIII nur selten auf dem Klageweg durchgesetzt. Dieser Befund gilt insbesondere für die Hilfe zur Erziehung (§§ 27–35 SGB VIII), auf die ein Rechtsanspruch der Personensorgeberechtigten besteht, wenn die Erziehung im Sinne des Kindeswohls nicht gewährleistet ist. Etwas häufiger sind Klagen auf die Bereitstellung von Betreuungsplätzen in der Kindertagesbetreuung und Kindertagespflege (§§ 22 bis 24 SGB VIII) und auf Eingliederungshilfe gem. § 35a SGB VIII; hier insbesondere auf Hilfen im Zusammenhang mit dem Schulbesuch (Schulbegleitung, Lerntherapie). Mit den Ursachen für diese auffällige Leerstelle be-

1 Siehe schon den ausführlichen Tagungsbericht bei Siegers RdJB 2019, 431–446.

2 Zu den Beiträgen des Ersten Forums siehe Scheiwe/Schröer/Wapler/Wrase (2021).

fasst sich *Kirsten Scheiwe* in diesem Band. Die Situation darf ihr zufolge nicht so gedeutet werden, als gebe es um die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe keine Konflikte. Vielmehr verweist der geringe Anteil an Rechtsstreitigkeiten auf Schwächen im System des individuellen Rechtsschutzes, der Zeit, finanzielle Ressourcen und Kenntnisse voraussetzt, über die viele der Familien, die Ansprüche auf Unterstützung nach dem SGB VIII geltend machen könnten, nicht oder nur eingeschränkt verfügen. Hinter der geringen Zahl an Rechtsstreitigkeiten ist insofern ein relevantes Zugangsproblem zu vermuten, das die Rechtsdurchsetzung in der Kinder- und Jugendhilfe erschwert.

Empirisch belegt sind zudem erhebliche regionale Unterschiede in der Bewilligungspraxis der Jugendämter. Datenanalysen zeigen hier sowohl für den Bereich der Kindertagesbetreuung als auch der Hilfe zur Erziehung erhebliche regionale Disparitäten sowohl bei den Fallzahlen als auch bei den Ausgaben.³ Ob und wie weit dieses inhomogene Bild auf Unterschiede in den Bedarfslagen vor Ort, in der Auslegung der gesetzlichen Voraussetzungen oder bei den finanziellen Spielräumen der Träger der öffentlichen Jugendhilfe zurückzuführen ist, lässt sich nicht mit Sicherheit feststellen. Ob der Zugang zu Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe regional unterschiedlich hoch- oder niedrigschwellig ausgestaltet ist, bleibt darum auch bis auf Weiteres im Unklaren. Hier besteht erheblicher Forschungsbedarf. Jedenfalls aber sollten die festgestellten Disparitäten ein (weiterer) Anlass dafür sein, die Teilhabe an Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe sowie eventuelle Hürden für die Verwirklichung der damit verbundenen Rechte kritisch zu reflektieren.

II. Instrumente der Rechtsdurchsetzung

Welche Möglichkeiten haben die Anspruchsinhaber:innen und andere Akteur:innen, um die Rechte nach dem SGB VIII wirksam durchzusetzen? Man kann hier gerichtliche Rechtsbehelfe von außergerichtlichen Mechanismen der Rechtsdurchsetzung unterscheiden. Unter den außergerichtlichen Instrumenten werden im Kinder- und Jugendhilferecht vor allem niedrigschwellige Angebote, Beteiligungsverfahren sowie Möglichkeiten der Selbstorganisation diskutiert.

3 Vgl. für die Hilfen zur Erziehung *Mühlmann* (2019), für die Kindertagesbetreuung und -tagespflege *Arbeitsstelle Kinder- und Jugendhilfestatistik* (2016).

1. Gerichtliche Rechtsbehelfe

a. Klagen auf Leistungsbewilligung

Da viele Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe als individuelle Rechtsansprüche ausgestaltet sind, können sie von den Leistungsberechtigten vor Gericht eingeklagt werden. Zuständig sind die Verwaltungsgerichte. Wie oben bereits dargelegt, bleiben verwaltungsgerichtliche Auseinandersetzungen um Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in der Praxis aber eher die Ausnahme. Die zu den meisten Leistungsarten des SGB VIII eher spärliche Rechtsprechung hat den Nebeneffekt, dass es selten zu einer gerichtlichen Klärung der Anspruchsvoraussetzungen kommt. Das SGB VIII arbeitet mit Bedacht mit vielen unbestimmten Rechtsbegriffen. Diese eröffnen einen Raum für sozialpädagogisch-fachliche Lösungen, die der Situation und Entwicklung im Einzelfall gerecht werden können. In anderen Rechtsbereichen erfüllt die Rechtsprechung eine wichtige Funktion dabei, diese unbestimmten Rechtsbegriffe zu konkretisieren, indem sie etwa typische Fallgruppen herausarbeitet und damit die rechtsstaatlich gebotene Gleichheit vor dem Gesetz durchsetzt. So wird der unbestimmte Begriff des Kindeswohls im Familienrecht seit Jahrzehnten durch die Rechtsprechung konkretisiert, wobei auch gesellschaftlicher Wandel aufgenommen und verarbeitet wird.⁴ Die großen regionalen Unterschiede, die bei den Leistungen nach dem SGB VIII zu beobachten sind, können eine Ursache auch in der fehlenden vergleichenden Konkretisierungs- und Präzisionsarbeit der Rechtsprechung haben.

b. Inanspruchnahme von Leistungen nach Entscheidung des Familiengerichts

Seit dem „Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ vom 4. Juli 2008 enthält § 1666 BGB die ausdrückliche Befugnis der Familiengerichte, in Fällen von Kindeswohlgefährdung die Eltern zu verpflichten, öffentliche Hilfen in Anspruch zu nehmen. Zu diesen öffentlichen Hilfen zählen auch Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe nach dem SGB VIII. Die familiengerichtliche Anordnung geschieht in aller Regel nicht auf Antrag oder Wunsch der Leistungs-

4 Zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen von Kindeswohlentscheidungen siehe die Beiträge von *Kriewald* und *Schuler-Harms* in dem Tagungsband zum Ersten Forum Kinder und Jugendhilferecht 2021, S. 45 ff. und 29 ff.

berechtigten. Zwar geht es hier zumeist um Hilfen zur Erziehung gem. §§ 27 ff. SGB VIII, die als Anspruch der Personensorgeberechtigten ausgestaltet sind (vgl. § 27 Abs. 1 SGB VIII). Die familiengerichtliche Anordnung wird aber in der Regel erst dann notwendig, wenn die personensorgeberechtigten Eltern sich nicht freiwillig auf Hilfen zur Erziehung einlassen, die das Jugendamt oder ein freier Träger ihnen anbietet. Hält das Jugendamt diese Hilfen für erforderlich, um eine Kindeswohlgefährdung abzuwenden, kann es gem. § 8a Abs. 2 SGB VIII das Familiengericht anrufen und so eine Anordnung gegen den Willen der Eltern erwirken. Dieses Verfahren kann auch von den Kindern und Jugendlichen selbst angestoßen werden, wenn sie sich mit der Bitte um Unterstützung an das Jugendamt oder einen freien Träger der Jugendhilfe wenden (§ 8 Abs. 2 SGB VIII). Die Anordnung öffentlicher Hilfen gem. § 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB kann ein Weg sein, den Schutz von Kindern und Jugendlichen in familiären Konfliktlagen gegen den Willen der Sorgeberechtigten durchzusetzen. Als gerichtlicher Rechtsbehelf, den die Leistungsberechtigten selbst zu ihren Gunsten nutzen können, ist sie hingegen nicht ausgestaltet.

c. Kollektive (gerichtliche) Rechtsdurchsetzung – eine Option für die Kinder- und Jugendhilfe?

Angesichts der begrenzten Möglichkeiten und Durchschlagskraft individueller Rechtsbehelfe stellt sich die Frage, ob es Mechanismen kollektiver Rechtsdurchsetzung gibt, mit deren Hilfe die Rechtsverwirklichung im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe verbessert werden kann. In ihrem Beitrag setzt *Scheiwe* sich mit den Modellen der Verbandsklage sowie der Prozessstandschaft durch Interessenverbände („unechte“ Verbandsklage) auseinander, die in anderen Rechtsgebieten bereits etabliert sind. Die „echte“ Verbandsklage ist ein Verfahren, in dem Interessenverbände selbst Rechtsverletzungen Dritter verfolgen können, deren gerichtliche Entscheidung im allgemeinen Interesse liegt. Nach *Scheiwe* könnte ein Verbandsklagerecht vor allem gegen Entscheidungen der Jugendhilfeplanung (§ 80 SGB VIII) sinnvoll sein, da diese infrastrukturellen Maßnahmen zwar entscheidende Auswirkungen auf das regionale Leistungsangebot haben, aber im Wege der Individualklage nicht überprüft werden können. Alternativ oder kumulativ bedarf aber auch das Modell der Prozessstandschaft weiterer Diskussion. Hier können Verbände mit Einwilligung der betroffenen Person an deren Stelle Klage erheben. Auf diese Weise werden unter Umständen mehr berechtigte Klagen vor Gericht gebracht, weil die betroffenen Personen von sachverständigen Stellen mit den entsprechenden Res-

sourcen unterstützt werden. Insbesondere für die Einführung einer echten Verbandsklage liegen für das Kinder- und Jugendhilferecht bereits konkrete Vorschläge vor, die aber in der jüngsten Reform des SGB VIII durch das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz nicht berücksichtigt wurden.

2. Völkerrechtliche Instrumente: Die Durchsetzung der Rechte aus der UN-Kinderrechtskonvention

a. Die Individualbeschwerde vor dem Kinderrechtsausschuss der Vereinten Nationen

Kein gerichtlicher Rechtsbehelf ist die Individualbeschwerde vor dem Kinderrechtsausschuss der Vereinten Nationen, die mit dem 3. Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention geschaffen wurde. Die Bundesrepublik hat das Fakultativprotokoll, das im Jahr 2014 in Kraft getreten ist, ratifiziert. Die Individualbeschwerde macht es möglich, Verstöße gegen die in der Kinderrechtskonvention niedergelegten Menschenrechte vor dem Ausschuss geltend zu machen; dies kann im eigenen Namen oder – mit deren Einwilligung – auch im Namen Dritter geschehen (Art. 5 Abs. 2 des 3. FK). Kinder und Jugendliche sind ohne Altersgrenze beschwerdeberechtigt. Sie können, müssen aber nicht von einer volljährigen Person vertreten werden. In ihrem Beitrag erläutert *Schmahl* die bisherige Anwendungspraxis – bislang wurden vier solcher Beschwerden gegen die Bundesrepublik erhoben – und würdigt ihren Nutzen für die völkerrechtliche Weiterentwicklung der Kinderrechtskonvention. Deutlich wird aber auch die begrenzte Durchsetzungskraft der völkerrechtlichen Rechtsgewährleistungen, denn anders als die gerichtliche Individualbeschwerde vor dem Europäischen Menschenrechtsgerichtshof in Straßburg kann der UN-Kinderrechtsausschuss die Individualbeschwerde lediglich verhandeln und unverbindlich zu ihr Stellung nehmen. Zur effektiven Umsetzung der Rechte aus der Kinderrechtskonvention kann die Individualbeschwerde daher eher rechtspolitische Impulse setzen, die auf eine Änderung der Rechtslage in den Vertragsstaaten abzielen.

b. Das Staatenberichtsverfahren

Noch stärker rechtspolitisch ausgerichtet ist das obligatorische Staatenberichtsverfahren, zu dem sich alle Vertragsstaaten der Kinderrechtskonven-

tion verpflichtet haben. Konzipiert ist dieses Verfahren als fortlaufender Dialogprozess, in den neben der völkerrechtlich verpflichteten Bundesregierung und dem Kinderrechtsausschuss auch zivilgesellschaftliche Akteur:innen eingebunden sind.⁵ Die Reaktion des Kinderrechtsausschusses auf die Staatenberichte ist geeignet, der innerstaatlichen Sicht auf die eigene Praxis eine vergleichende Außenperspektive hinzuzufügen. Im besten Fall setzt dieser Dialogprozess Impulse für Gesetzgebung und Rechtspraxis, die letzten Endes auch die individuelle Rechtsdurchsetzung verbessern können. Gerade im Hinblick auf ungleiche Bildungschancen und mangelnde Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen nimmt der Ausschuss regelmäßig Einfluss auf die innerstaatliche Debatte in Deutschland.⁶ Seine Empfehlungen sind indessen nicht bindend und seine Reaktion auf die nationalen Staatenberichte oft auch wenig systematisch bzw. von dem Material beeinflusst, das zivilgesellschaftlich Organisationen in ihrer Schattenberichterstattung liefern, um die meist optimistisch gefärbte staatliche Berichtspraxis zu relativieren.

3. Ombudsstellen

Anders als die verschiedenen Formen der Verbandsklage hat sich der Gedanke unabhängiger Beauftragter oder Ombudsstellen in der Kinder- und Jugendhilfe mittlerweile durchgesetzt. Zur Zeit der Tagung noch eine rechtspolitische Forderung, ist die Einrichtung von Ombudsstellen mittlerweile durch das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz im Kinder- und Jugendhilferecht verankert (§ 9a SGB VIII). Ombudsstellen haben nach *Scheiwe* verschiedene Vorteile: Sofern sie flächendeckend und ortsnahe zur Verfügung stehen, können sie unabhängige Stellen sein, die von Rechtsverletzungen betroffene Personen zu ihren Ansprüchen und den Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung beraten können. Ombudsstellen können auch selbst die Interessen der Betroffenen gegenüber den zuständigen Stellen formulieren und den individuellen Anliegen damit ein stärkeres Gewicht verleihen.

5 Überblick über rechtliche Grundlagen und den Ablauf des Verfahrens bei *Rossa* (2014), 127 ff.

6 Vgl. zuletzt *Kinderrechtsausschuss der Vereinten Nationen* (2014), § 26.

4. Selbstorganisierte Zusammenschlüsse

Während unabhängige Stellen mit staatlicher Unterstützung eingerichtet und finanziert werden und als ein dauerhafter Teil der Infrastruktur auf kommunaler und Landesebene konzipiert sind, können selbstorganisierte Zusammenschlüsse von Betroffenen mehr oder weniger organisatorisch verfestigt sein. Der Gedanke der Selbstorganisation und Selbsthilfe ist im Kinder- und Jugendhilferecht ebenfalls seit Längerem verankert: Nach dem früheren § 4 Abs. 3 SGB VIII waren die Träger der öffentlichen Jugendhilfe verpflichtet, neben der freien Jugendhilfe auch „die verschiedenen Formen der Selbsthilfe“ zu stärken. Selbstorganisierte Zusammenschlüsse wurden in ihrer Bedeutung in der jüngsten Reform des Kinder- und Jugendhilferechts deutlich aufgewertet (§§ 4a, 70 Abs. 2 SGB VIII).

5. Beratungs- Informations- und Beteiligungsrechte

Als entscheidender Anker für die Mobilisierung und Durchsetzung der Rechte von Kindern und Jugendlichen wurde auf der Tagung immer wieder – und in unterschiedlichen Zusammenhängen – die Mitwirkung, Beteiligung und Berücksichtigung der Kinder und Jugendlichen selbst betont. Beteiligungsrechte sind immer und überall relevant, wo Angelegenheiten von Kindern und Jugendlichen verhandelt werden, jedoch ist der Stand ihrer Beachtung in den einzelnen Lebensbereichen sowohl auf der gesetzlichen wie auf der Anwendungsebene durchaus unterschiedlich.

a. Die völkerrechtlichen Vorgaben

Die völkerrechtliche Staatenpflicht, Kinder und Jugendliche an Entscheidungen über ihre eigenen Angelegenheiten zu beteiligen, ist grundlegend in Art. 12 KRK geregelt. Die daraus resultierenden Staatenpflichten und Umsetzungsdefizite im deutschen Recht legt *Schmahl* in ihrem Beitrag dar. Dabei ist nach dem allgemeinen Mitspracherecht nach Art. 12 Abs. 1 und den verfahrensrechtlichen Regeln in Art. 12 Abs. 2 KRK zu differenzieren. Im Hinblick auf das allgemeine Beteiligungsrecht betont *Schmahl* die Pflicht des Staates, die Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen aktiv zu fördern, indem partizipative Verfahren im Recht verankert werden, zu denen auch eine Pflicht gehören muss, Kinder und Jugendliche über ihre Rechte sowie über die wesentlichen Gesichtspunkte der betreffenden An-

gelegenheit in einer alters- und reifeangemessenen Weise zu informieren. Entscheidend für die Verwirklichung der Beteiligungsrechte ist daneben auch, von Kindern und Jugendlichen kein „erwachsenes“ Verhalten zu erwarten, sondern neben sprachlichen auch nonverbale Kommunikationsformen als „Äußerung einer Meinung“ zu respektieren. Rechte auf Beteiligung und Berücksichtigung sind Ausdruck der wachsenden Selbstbestimmung von Kindern und Jugendlichen und daher schon für sich genommen etwas, auf das junge Menschen ein Recht haben. *Schmahl* hebt darüber hinaus im Einklang mit dem UN-Kinderrechtsausschuss die Bedeutung angemessener Mitwirkungsverfahren für gute Entscheidungen hervor: Was das Wohl des Kindes in einer individuellen Situation ausmacht bzw. welche Handlungen dem Wohl des Kindes dienen oder widersprechen, lässt sich schwerlich ermitteln, wenn man das betroffene Kind nicht fragt. Wie jeder Mensch haben auch Kinder und Jugendliche eine eigene Haltung zu ihrer jeweiligen Lebenssituation, und erst, wenn diese Perspektive in die Entscheidungsfindung einbezogen wird, wird man zu guten, kindeswohlgerechten und für die Kinder und Jugendlichen akzeptablen Lösungen kommen.

b. Beteiligung im familiengerichtlichen Verfahren

Auf der Umsetzungsebene thematisierte die Tagung die Beteiligungsrechte im familiengerichtlichen Verfahren (*Klein*) sowie im Kinder- und Jugendhilferecht (*Scheiwe*). Für das familiengerichtliche Verfahren zeichnet *Klein* in seinem hier veröffentlichten Beitrag zunächst die verfassungsrechtliche Fundierung nach, die entscheidende Parallelen zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik aufweist. Denn auch nach dem Grundgesetz haben Kinder und Jugendliche ein Recht auf die Berücksichtigung ihrer wachsenden Fähigkeiten und Autonomie, das aus Art. 2 Abs. 1 GG (Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit), von anderen aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) abgeleitet wird. *Klein* erläutert in diesem Zusammenhang das Konzept des Bundesverfassungsgerichts, das als „abschmelzendes Elternrecht“ bezeichnet wird: In dem Maße, in dem Kinder und Jugendliche in der Lage sind, für sich selbst verantwortlich zu entscheiden, verliert die elterliche Bestimmungsmacht, die sich verfassungsrechtlich aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 GG und einfachrechtlich v.a. aus den Regeln über die gesetzliche Vertretung (§ 1629 BGB) ergibt, an Bedeutung. Vor diesem Hintergrund werden Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen im familiengerichtlichen Verfahren in vieler Hinsicht gesichert, etwa über die allgemeine, nicht an

Altersgrenzen gebundene Anhörungspflicht in Kindschaftssachen (§ 159 FamFG), die Verfahrensfähigkeit ab 14 Jahren (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 FamFG) und die Unterstützung durch einen Verfahrensbeistand (§ 158 FamFG). Rechtsvergleichend macht *Klein* allerdings Defizite in der Institution des Verfahrensbeistands aus, der – anders als der österreichische Kinderbeistand – in seiner Rolle nicht klar auf eine Vertretung des Kindes *im Willen* festgelegt ist und daher auch die Möglichkeit hat, eigene Vorstellungen von einem objektiven Wohl des Kindes über dessen eigene Sicht auf die Dinge zu legen. Ebenfalls anders als in Österreich ist der Verfahrensbeistand in Deutschland zudem von der Kooperation der Eltern abhängig, die den Kontakt unterbinden können, selbst wenn die betroffenen Kinder und Jugendlichen einen Gesprächs- und Beratungsbedarf formulieren. Hier sieht *Klein* denn auch eine von mehreren Möglichkeiten, die Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen im familiengerichtlichen Verfahren weiter zu stärken. Daneben regt er an, die Verfahrensbeteiligung von Minderjährigen klarer zu regeln und insbesondere Verfahren ausdrücklich einzubeziehen, in denen es um höchstpersönliche Rechte geht. In diesen Verfahren sollten die Minderjährigen jedenfalls ab 14 Jahren dann auch ein eigenes Antragsrecht haben, Verfahren vor dem Familiengericht zur Klärung von Konflikten mit ihren Eltern also eigenständig in Gang setzen können.

c. Beteiligung im Kinder- und Jugendhilferecht

Im Kinder- und Jugendhilferecht ist die Beteiligung der Kinder und Jugendlichen an Entscheidungen über Leistungen nach dem SGB VIII schon seit 1990 als allgemeiner fachlicher Standard geregelt (§ 8 Abs. 1 SGB VIII). Rechtstatsächliche Befunde deuten allerdings darauf hin, dass diesen Rechten in der Praxis nicht immer hinreichend entsprochen wird. Sukzessive hat der Gesetzgeber daher die allgemeinen Beteiligungsrechte bereichsspezifisch konkretisiert, etwa für die Hilfeplanung (§ 36 Abs. 1 SGB VIII) und für die Unterbringung in Einrichtungen (§ 45 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII). Mit dem Kinder- und Jugendstärkungsgesetz sind zum 10.6.2021 zahlreiche weitere Beteiligungsregeln in Kraft getreten. Hervorzuheben ist vor allem hier die Pflicht der Träger der öffentlichen Jugendhilfe, gemeinsam mit den Kindern und Jugendlichen bei der Ausgestaltung von Pflegeverhältnissen im Rahmen der Vollzeitpflege wirksame Konzepte zum Schutz vor Gewalt zu entwickeln und angemessene Beschwerdemöglichkeiten zu schaffen (§ 37a SGB VIII). Daneben stärkt die Pflicht zur Förderung selbstorganisierter Zusammenschlüsse (§ 4a, 71 Abs. 2 SGB VIII) auch Selbstvertre-

tungen von Kindern und Jugendlichen sowie Jugendverbände. Durchgehend werden die Träger der Jugendhilfe zudem verpflichtet, Information, Beratung und Beteiligung in Formen durchzuführen, die für die Kinder und Jugendlichen wahrnehmbar und verständlich sind. *Scheiwe* weist in ihrem Beitrag noch darüber hinaus auf die Mitwirkungsrechte als Querschnittsaufgabe auch außerhalb des Kinder- und Jugendhilferechts hin, die etwa in kommunalen Planungsprozessen eine erheblich größere Rolle spielen sollte als bisher.

6. Individuelle Rechtsansprüche und infrastrukturelle Leistungen

Ein weiterer Themenkomplex widmete sich der Frage, welche rechtliche Ausgestaltung generell besser geeignet ist, die Rechte von Kindern und Jugendlichen durchzusetzen: Die Pflicht zur Schaffung einer bedarfsgerechten Infrastruktur oder die Sicherung individueller, einklagbarer Rechtsansprüche? Alle Referent:innen (*Nonninger, Meysen, Lohest*) hielten im Ergebnis beides für notwendig und warnten davor, infrastrukturelle und individualisierte Leistungen in ein Konkurrenzverhältnis zu setzen. *Lohest* und *Meysen* betonten auch in ihren schriftlichen Beiträgen die Bedeutung niedrigschwelliger Hilfeangebote im unmittelbaren Lebensumfeld, *Nonninger* weist darauf hin, dass – wie in der Kindertagesbetreuung – der individuelle Rechtsanspruch ein wesentlicher Motor für den Ausbau einer bedarfsgerechten Infrastruktur sein kann. Sowohl die individuelle Hilfeplanung als auch die übergreifende Bedarfsplanung in der Kinder- und Jugendhilfe werden indessen als defizitär beschrieben (*Nonninger*), und auch hinsichtlich der Finanzierung v.a. niedrigschwelliger Angebote herrscht große Unsicherheit (*Meysen*). Alle diese Faktoren stehen der angestrebten – und völkerrechtlich geforderten – inklusiven Ausgestaltung der Kinder- und Jugendhilfe entgegen; hinzu kommen Unstimmigkeiten bei trägerübergreifenden Leistungen (*Lohest*). Die Durchsetzung des Rechts hängt gerade im Sozialrecht von sachgerechten Planungsprozessen und angemessenen Finanzierungsstrukturen ab.

III. Die Reform des Kinder- und Jugendhilferechts – Stärkung der Rechtsdurchsetzung?

Haben sich die Chancen für Kinder, Jugendliche und ihre Familien, von den Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe tatsächlich zu profitieren,

mit dem Kinder- und Jugendstärkungsgesetz nun verbessert? Eine Bilanz kann zu diesem Zeitpunkt (November 2021) nur vorläufig sein, zumal für das wichtige Ziel der *inklusive* Ausgestaltung des Kinder- und Jugendhilferechts ein Zeitplan bis ins Jahr 2028 vorgesehen ist. In seiner (nachträglich verfassten) Einschätzung kritisiert *Lobest* den gesetzlichen Stufenplan als zu vage bzw. „risikoreich“, da die Inhalte des bis zum 1.1.2027 zu erlassenden Bundesgesetzes zur inklusiven Lösung in der aktuellen Gesetzesfassung kaum angedeutet werden. Ob das Projekt in diesem Zeitraum gelingen wird – und wenn ja, in welcher Form – muss zum gegenwärtigen Zeitpunkt daher als völlig offen betrachtet werden.

Positiv bewertet werden vor allem die zahlreichen Änderungen, mit denen die Mitwirkung der Kinder und Jugendlichen an Entscheidungen der Kinder- und Jugendhilfe gestärkt wird. Kinder und Jugendliche haben nun einen elternunabhängigen Anspruch auf Beratung, der nicht mehr auf die Situation einer Not- und Konfliktlage beschränkt ist (§ 8 Abs. 3 SGB VIII). Selbstorganisierte Zusammenschlüsse (nicht nur, aber auch) von Kindern und Jugendlichen sollen nicht nur allgemein gestärkt werden (§ 4a SGB VIII), sondern auch bei der Jugendhilfeplanung eine beratende Stimme erhalten (§ 71 Abs. 2 SGB VIII). Damit wird die Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen an der Infrastrukturplanung zumindest als Ziel festgeschrieben – ob in der Umsetzung tatsächlich Zusammenschlüsse der jungen Menschen beteiligt werden, wird sich noch zeigen müssen. Auf eine angemessene infrastrukturelle Ausstattung ist auch der gestärkte Anspruch junger Volljähriger auf Nachbetreuung gerichtet (§ 41a SGB VIII).

Erweitert wurden schließlich auch die Beschwerdemöglichkeiten junger Menschen in der Fremdunterbringung, insbesondere in dem bisher in dieser Hinsicht nicht gesetzlich geregelten Bereich der Vollzeitpflege (§ 37b SGB VIII); bei der Unterbringung in Einrichtungen wird die Bedeutung von Selbstvertretungen der jungen Menschen betont (§ 45 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII). Nach § 9a SGB VIII sind die Länder verpflichtet, flächendeckend für die Einrichtung von Ombudsstellen sorgen, an die Kinder und Jugendliche sowie ihre Familien sich mit Angelegenheiten des Kinder- und Jugendhilferechts wenden können. Das Land Niedersachsen hat im November 2021 als erstes Bundesland einen Gesetzentwurf für das Ausführungsgesetz zum SGB VIII auf den Weg gebracht, in dem die Umsetzung

und Einrichtung von Ombudsstellen und ihre Finanzierung geregelt werden.⁷

Zahlreiche Forderungen, die auf dem zweiten Forum erhoben wurden, bleiben jedoch auch nach der Reform aktuell, etwa die Einführung einer (Verbands-)Klagemöglichkeit auf der Ebene der Jugendhilfeplanung, ein Schutz der bedarfsgerechten Jugendhilfeplanung vor Interventionen der Finanzaufsicht und eine Stärkung des Fachkräftegebots. Insbesondere auch im Hinblick auf das Ziel der Inklusion bleiben viele Fragen offen. Sie waren Gegenstand des coronabedingt verschobenen Dritten Forums Kinder- und Jugendhilferecht, werden uns aber auch darüber hinaus sicherlich in den nächsten Jahren noch beschäftigen.

IV. Danksagung

Wir bedanken uns an dieser Stelle noch einmal herzlich bei allen Referent:innen für ihre wertvollen Beiträge. Neben den Autor:innen der Beiträge in diesem Band sind dies Claudia Kittel (Deutsches Institut für Menschenrechte), Jens Pothmann (Deutsches Jugendinstitut) und Stefan Schnurr (Fachhochschule Nordwestschweiz). Bei dem Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSJ) bedanken wir uns für die finanzielle Förderung der Veranstaltung. Schließlich danken wir dem Nomos-Verlag und den Herausgeberinnen der Schriftenreihe für die Publikation dieses Bandes sowie Frau Gisela Krausnick für Beratung, Unterstützung und sorgfältiges Lektorat.

Im Dezember 2021

Die Herausgeberinnen und Herausgeber

Literatur

Arbeitsstelle Kinder- und Jugendhilfestatistik, (AKJStat), Betreuungsatlas 2016, <https://www.akjstat.tu-dortmund.de/themen/kindertagesbetreuung-vor-dem-schuleintritt/monitoring/betreuungsatlas/>.

7 <https://www.stk.niedersachsen.de/startseite/presseinformationen/kabinett-gibt-gesetzentwurf-zur-anderung-von-vorschriften-des-kinder-und-jugendhilferechts-zur-verbandsbeteiligung-frei-202419.html> (Zugang am 11.11.2021).

- Kinderrechtsausschuss der Vereinten Nationen*, Abschließende Bemerkungen des VN-Ausschusses für die Rechte des Kindes vom 31. Januar 2014 zum gemeinsamen dritten und vierten periodischen Staatenbericht Deutschlands (Arbeitsübersetzung), CRC/C/DEU/CO/3–4, 2014.
- Kriewald, Jessica*, Der Status des Kindes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Scheiwe/Schröer/Wapler/Wrase (Hrsg.), Der Rechtsstatus junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht. Beiträge zum ersten Forum Kinder- und Jugendhilferecht, Baden-Baden 2021, S. 45–70.
- Mühlmann*, Regionale Unterschiede in der Kinder- und Jugendhilfe. Eine Zusatzanalyse zum „Monitor Hilfen zur Erziehung 2019“ zu erzieherischen Hilfen und Kinderschutzaufgaben der Jugendämter, Dortmund 2019.
- Rossa, Elisabeth*, Kinderrechte: Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes im internationalen und nationalen Kontext, Frankfurt 2014.
- Scheiwe/Schröer/Wapler/Wrase* (Hrsg.), Der Rechtsstatus junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht. Beiträge zum ersten Forum Kinder- und Jugendhilferecht, Baden-Baden 2021.
- Schuler-Harms, Margarete*, Junge Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht. Die Grundrechte des Kindes, in: Scheiwe/Schröer/Wapler/Wrase (Hrsg.), Der Rechtsstatus junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht. Beiträge zum ersten Forum Kinder- und Jugendhilferecht, Baden-Baden 2021, S. 29–44.
- Siegers, Anuschka*: Tagungsbericht zum 2. Forum Kinder- und Jugendhilferecht am 21./22. November 2019 in Mainz, RdJB 2019, 431–446.

Die völkerrechtliche Verpflichtung zur effektiven Rechtsdurchsetzung und die Partizipationsrechte von Kindern und Jugendlichen nach Art. 12 KRK

Stefanie Schmahl¹

1. Einführung

Fast punktgenau zum 30. Jahrestag des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention; KRK) findet das Zweite Forum zum Kinder- und Jugendhilferecht statt, für dessen freundliche Einladung ich herzlich danke.¹

Als Vertragstext am 20. November 1989 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen beschlossen,² wurde die Konvention im Januar 1990 zur Zeichnung aufgelegt und trat bereits knapp neun Monate später, am 2. September 1990, mit der Hinterlegung der 20. Ratifikationsurkunde in Kraft.³ Mit heute 196 Vertragsparteien ist die Kinderrechtskonvention – gemeinsam mit den Genfer Rotkreuz-Konventionen – das weltweit am meisten ratifizierte Übereinkommen. Sie sticht insoweit gegenüber allen anderen internationalen Menschenrechtsabkommen hervor, die jeweils nur eine geringere Mitgliederzahl aufweisen.

Für die Bundesrepublik Deutschland ist die Kinderrechtskonvention am 5. April 1992 in Kraft getreten.⁴ Im Zuge des Ratifikationsprozesses wurde die Konvention in Deutschland mit der Vorstellung präsentiert, sie betreffe vor allem die Entwicklungsländer. In der dem Deutschen Bundestag 1991 vorgelegten Denkschrift betonte die Bundesregierung, dass die Kinderrechtskonvention lediglich Standards setze, die in Deutschland bereits verwirklicht seien.⁵ In deutlichem Widerspruch zu dieser Aussage

1 Bei dem Beitrag handelt es sich um die geringfügig erweiterte Schriftfassung des Vortrags, den die Verf. am 21. November 2019 beim Zweiten Forum zum Kinder- und Jugendhilferecht in Mainz gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

2 A/RES/44/25 vom 20.11.1989.

3 Vgl. *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 3.

4 BGBl. 1992 II S. 121; Bekanntmachung vom 10.7.1992, in: BGBl. 1992 II, S. 990.

5 Vgl. BT-Drs. 12/42, S. 31 f.

stand allerdings der Umstand, dass die Bundesregierung bei der Ratifikation der Konvention im Jahr 1992 fünf verschiedene Erklärungen abgab, die – in Gesamtheit betrachtet – auf eine nicht unerhebliche Einschränkung der Verpflichtungen aus der Konvention zielten.⁶ Diese einseitigen Erklärungen wurden von der überwiegenden Mehrheit im Schrifttum zu Recht als klassische völkerrechtliche Vorbehalte im Sinne der Wiener Vertragsrechtskonvention qualifiziert.⁷ Auch in der Rechtspraxis führten diese Vorbehalte dazu, dass die Kinderrechtskonvention in Deutschland über lange Zeit keine Rolle spielte.

2. Bedeutung und Funktion der Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung

Erst auf Drängen verschiedener nichtstaatlicher Akteure und nach anhaltender Kritik des Kinderrechtsausschusses⁸ hat die Bundesregierung ihre Erklärungen im Jahr 2010 zurückgenommen.⁹ Seither gilt die Kinderrechtskonvention in Deutschland vorbehaltlos und ohne substantielle Begrenzungen etwa im Strafverfahren, im Kindschaftsrecht und mit Blick auf Kinder ausländischer Herkunft.

2.1. Normhierarchischer Rang und Kollisionsregeln

Wie alle völkerrechtlichen Abkommen, bei denen die Bundesrepublik Deutschland Vertragspartei ist, steht die Kinderrechtskonvention nach Maßgabe des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG im normhierarchischen Rang eines

6 BGBl. 1992 II, S. 990 f.: Neben den Erklärungen in den Teilen II, III und V, die sich auf spezifische Rechte beschränkten (Art. 18 Abs. 1, Art. 40 Abs. 2 lit. b Ziff. ii und Ziff. v, Art. 38 Abs. 2 KRK), bezogen sich Teile I und IV ganz allgemein auf die Konvention. So hieß es in Teil I der Erklärung, dass die Konvention lediglich Staatenverpflichtungen begründe und innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung finde. Teil IV der Erklärung bezweckte die Nichtanwendbarkeit der Konventionsverpflichtungen gegenüber Kindern ausländischer Staatsangehörigkeit.

7 Dazu näher *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 46–54, Rn. 8, m.w.N.

8 Vgl. Kinderrechtsausschuss, Concluding Observations: Germany, CRC/C/15/Add.43, 1995, Rn. 13; CRC/C/15/Add.226, 2004, Rn. 8.

9 Vgl. Pressemitteilungen des Bundesministeriums der Justiz vom 3.5.2010 und vom 15.7.2010 sowie BGBl. 2011 II S. 600.

einfachen Bundesgesetzes.¹⁰ Diese Rangzuweisung völkerrechtlicher Verträge zum einfachen Bundesrecht führt zu dem, dass sie Geltungsvorrang vor dem Landesrecht genießen (Art. 31 GG).¹¹ Zum anderen müssen deutsche Behörden und Gerichte im Falle einer Kollision von Normen des Vertrages mit Bundesgesetzen eine Lösung auf der Ebene der normhierarchischen Gleichordnung finden.¹² Die Verbürgungen der völkerrechtlichen Vereinbarung sind vom deutschen Rechtsanwender also wie jedes andere Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden.¹³ Besondere Bedeutung erlangt diese Interpretationsmethode in Bezug auf menschenrechtliche Übereinkommen, die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sogar bei Auslegung der insoweit höherrangigen Grundrechte des Grundgesetzes heranzuziehen sind.¹⁴ Der Text der Kinderrechtskonvention und, sofern vorhanden, die zu den menschenrechtlichen Einzelgarantien ergangenen Empfehlungen des Kinderrechtsausschusses dienen als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Umfang von Grundrechten, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt.¹⁵

Um darüber hinaus die rechtliche Verpflichtung aus der Kinderrechtskonvention im innerstaatlichen Rechtsraum nicht leerlaufen zu lassen, findet die gebotene völkerrechtskonforme Auslegung sogar bei Gesetzen Anwendung, die zeitlich später erlassen worden sind als die Konvention. Insoweit wird der *lex posterior*-Grundsatz überwunden. Das Vertragsgesetz gelangt über die *lex specialis*-Regel als spezielleres Gesetz zur Anwendung.¹⁶ Diese Regel gilt zwar seit der – rechtsstaatlich nicht unbedenklichen¹⁷ –

10 BVerfGE 74, 358, 379; 111, 307, 316 f.; 128, 282, 306. Speziell zur Kinderrechtskonvention: BVerfG, Beschluss vom 5.7.2013, 2 BvR 708/12, Rn. 21.

11 Dederer, Kinderrechte auf internationaler und supranationaler Ebene. Bestandsaufnahme und Ausblick, in: Uhle (Hrsg.), Kinder im Recht. Kinderrechte im Spiegel der Kindesentwicklung, 2019, S. 287, 308. Zweifelhaft daher: OVG Lüneburg 2.10.2012, 8 LA 209/11, Rn. 12.

12 Schmahl, Das Verhältnis der deutschen Rechtsordnung zu Regeln des Völkerrechts, JuS 2013, S. 961, 965.

13 BVerfGE 111, 307, 317, 319 f.; 128, 326, 371 f.

14 BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 329; 128, 282, 306; 128, 326, 370 f. Speziell zur Kinderrechtskonvention: BVerfG, Beschluss vom 5.7.2013, 2 BvR 708/12, Rn. 21.

15 Vgl. BVerfGE 111, 307, 329; 128, 326, 367 ff.; BVerfG, 5.7.2013, 2 BvR 708/12, Rn. 21; vgl. auch Schmahl, Auswirkungen der UN-Kinderrechtskonvention auf die deutsche Rechtsordnung – Eine Analyse jüngster gesetzgeberischer und judikativer Entwicklungen, RdJB 2014, S. 125, 126 f.

16 BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 324.

17 Vgl. das Sondervotum der Richterin König, BVerfGE 141, 1, 44 ff.

„*Treaty Override*“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr hinsichtlich aller völkerrechtlicher Übereinkommen, bei denen die Bundesrepublik Vertragspartei ist.¹⁸ Menschenrechtliche Konventionen nimmt das Bundesverfassungsgericht aber immerhin von der Überschreibungs-möglichkeit durch spätere innerstaatliche Gesetze aus.¹⁹

2.2. Unmittelbare Anwendbarkeit und Implementierungspflichten

Trotz der Übernahme eines völkerrechtlichen Vertrags in das innerstaatliche Recht sind dessen Regelungen nicht zwingend unmittelbar anwendbar. Entscheidend für die unmittelbare Anwendbarkeit ist, dass die vertragliche Bestimmung als *self-executing* zu verstehen ist, also ohne weitere Zwischenschritte Rechte und Pflichten zu erzeugen vermag.²⁰ Dies ist der Fall, wenn und soweit eine vertragliche Norm nach Inhalt, Zweck und Wortlaut hinreichend genau und unbedingt formuliert ist.²¹ An der unmittelbaren Anwendbarkeit zahlreicher Vorschriften der Kinderrechtskonvention, die das Wohl oder die Partizipationsrechte des Kindes betreffen, besteht kein Zweifel. Verschiedene Vorschriften der Konvention, vor allem soweit sie bürgerliche Rechte betreffen, normieren sogar subjektive Rechte des Kindes und sind damit unmittelbar wirksam.²² Rechte der zweiten Menschenrechtsdimension, also wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte des Kindes, sind zwar regelmäßig nicht unmittelbar anwendbar, verpflichten die Vertragsstaaten des Übereinkommens aber zum Erlass von geeigneten gesetzgeberischen oder administrativen Maßnahmen.²³ Nur ganz wenige Bestimmungen der Kinderrechtskonvention betreffen die rein zwischenstaatliche Ebene oder sind bloß programmatischer Natur.²⁴

18 BVerfGE 141, 1, 33.

19 Vgl. BVerfGE 141, 1, 15 ff. Andere Deutung von *Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, § 3, Rn. 135.

20 Schmahl, in: Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 59, Rn. 25.

21 Sauer, Staatsrecht III, 6. Aufl. 2020, § 6 Rn. 16.

22 Vgl. Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 26. Ohne nähere Begründung skeptisch: OVG Nds., Beschluss vom 2.10.2012, 8 LS 209/11, Rn. 20 ff.

23 Dederer, Kinderrechte auf internationaler und supranationaler Ebene. Bestandsaufnahme und Ausblick, in: Uhle (Hrsg.), Kinder im Recht. Kinderrechte im Spiegel der Kindesentwicklung, 2019, S. 287, 310 f.

24 Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 2 S. 2, Art. 23 Abs. 4, Art. 24 Abs. 4, Art. 28 Abs. 3 KRK.

Anders als dies die Bundesregierung anlässlich der Ratifizierung der Kinderrechtskonvention vertreten hat,²⁵ ist auch aus der Umsetzungsklausel des Art. 4 Satz 1 KRK nicht zu schließen, dass die Konvention lediglich Staatenverpflichtungen begründet. Die dort genannte Implementierungspflicht ist ebenfalls in anderen Menschenrechtsverträgen enthalten und stellt nur klar, dass die Vertragsstaaten den Gesamtzustand des nationalen Rechts auf das Übereinkommen einzustellen haben, und zwar auch dann, wenn eine Bestimmung keine unmittelbaren Rechte des Einzelnen garantiert.²⁶ Im Übrigen steht eine Implementierungspflicht der innerstaatlichen Pflicht zur Beachtung der Konventionsgarantien nicht entgegen. Denn selbst *non-self-executing* Bestimmungen, die den Staat lediglich dazu verpflichten, Gesetze oder sonstige Maßnahmen zur Verwirklichung von Kinderrechten zu erlassen, begründen für die Vertragsparteien die objektive Verpflichtung, ihren Inhalt zu beachten und im Wege weiterer Normsetzung oder Normanwendung zu konkretisieren.²⁷ Zu Recht macht der Kinderrechtsausschuss in diesem Zusammenhang immer wieder auf die Justiziabilität und Unteilbarkeit aller in der Kinderrechtskonvention niedergelegten Garantien aufmerksam.²⁸ Der Genuss der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte sei untrennbar mit den bürgerlichen und politischen Rechten verbunden, zumal das Überleben und die Entwicklung des Kindes im Wesentlichen von wirtschaftlichen und sozialen Rechten abhängen.²⁹

Vor diesem Hintergrund sind sämtliche Garantien der Kinderrechtskonvention justiziabel.³⁰ Zwar reflektiert Art. 4 Satz 2 KRK die realistische Sichtweise, dass der Mangel an finanziellen und sonstigen Ressourcen die

25 Vgl. die Nachweise in Fn. 5 und Fn. 6.

26 Tomuschat, Verwirrung über die Kinderrechte-Konvention der Vereinten Nationen, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, Festschrift für Hans F. Zacher, 1998, S. 1143, 1148.

27 E. Klein, Die völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands und ihre Bedeutung für die drei Staatsgewalten, in: Koeppl (Hrsg.), Kindschaftsrecht und Völkerrecht, 1996, S. 31, 47 f.; Schmahl, in: Sodan (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 59, Rn. 25.

28 Vgl. Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, CRC/GC/2003/5, 2003, Rn. 6; General Comment No. 16, CRC/C/GC/16, 2013, Rn. 26 ff.; General Comment No. 21, CRC/C/GC/21, 2017, Rn. 13.

29 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, CRC/GC/2003/5, 2003, Rn. 6, 25; General Comment No. 13, CRC/C/GC/13, 2011, Rn. 65; General Comment No. 19, CRC/C/GC/19, 2016, Rn. 30.

30 Ebenso: Rishmawi, Article 4, in: Alen et al. (Hrsg.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Vol. 4, 2006, S. 16 ff.

volle Durchsetzung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte behindern kann.³¹ Insoweit führt die Konvention aber ein Konzept der „progressiven Realisierung“ ein. Nach Auffassung des Kinderrechtsausschusses müssen die Staaten nachweisen, dass sie ihre verfügbaren Mittel bestmöglich im Sinne der Kindeswohls ausschöpfen.³² Auf diese Weise werden sowohl der Beurteilungsspielraum als auch das Ermessen des Vertragsstaates sogar im Blick auf die wirtschaftlichen und sozialen Rechte der Konvention mehr als nur marginal eingeschränkt.

3. Zielsetzung der Kinderrechtskonvention

3.1. Kindeswohl als Leitmotiv

Diese Beschränkung der staatlichen Spielräume bei Auslegung, Umsetzung und Anwendung der Konventionsbestimmungen wird durch das eindeutige Telos der Kinderrechtskonvention unterstützt. Ausweislich seiner Präambel verfolgt das Übereinkommen das Ziel, Kindern den für ihre Entwicklung erforderlichen Schutz und Beistand zu gewähren, um sie auf ihre Rolle in der Gesellschaft vorzubereiten. Besondere Aufmerksamkeit soll dabei denjenigen Kindern geschenkt werden, die in schwierigen Verhältnissen oder mit anderen Barrieren oder gesellschaftlichen Benachteiligungen leben.³³ Als Leitmotiv der Konvention gilt das Kindeswohl, dem die Staaten nach Maßgabe von Art. 3 KRK in allen Belangen und bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, eine vorrangige Stellung einzuräumen haben. Dabei muss der deutsche Begriff des „Kindeswohls“ im Blick auf den in der Konvention verwandten authentischen englischen Wortlaut „best interests of the child“ im Sinne der „besten Interessen des Kindes“,

31 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, CRC/GC/2003/5, 2003, Rn. 7; General Comment No. 13, CRC/C/GC/13, 2011, Rn. 65.

32 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 13, CRC/C/GC/13, 2011, Rn. 65, 73; General Comment No. 19, CRC/C/GC/19, 2016, Rn. 29 ff. Zustimmend *Cremmer*, Die UN-Kinderrechtskonvention: Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2011, S. 10; *Skelton*, International Children's Rights Law: Complaints and Remedies, in: Kilkelly/Liefaard (Hrsg.), International Human Rights of Children, 2019, S. 65, 68 f.

33 Vgl. *Ksentini*, The Convention on the Rights of the Child: Norms for Protection and an Instrument of Co-operation for the Survival, Development and Well-being of the Child, Bulletin of Human Rights 91, 1992, S. 43, 45.

also als Garantie mit (jedenfalls auch) subjektivrechtlicher Aussagekraft verstanden werden.³⁴

3.2. Mitspracherecht des Kindes als Schlüsselnorm

Darüber hinaus zielt die Konvention auf die Anerkennung von Partizipationsrechten für Kinder, d.h. von Menschen, die geboren sind und das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.³⁵ Ethnische Herkunft, Religion, Geschlecht oder ein sonstiger Status spielen hierbei keine Rolle.³⁶ Die Konvention richtet sich in ihrem Anwendungsbereich *ratione personae* ausdrücklich an alle Kinder, was die grundlegende Vorschrift des Art. 2 KRK gesondert hervorhebt.³⁷

Insgesamt sollen Kinder nicht als Objekte ihrer Eltern oder anderer Sorgeberechtigter, sondern als eigenständige Akteure und Rechtssubjekte wahrgenommen und entsprechend behandelt werden.³⁸ Diese Zielsetzung zeigt sich in zahlreichen Spezialvorschriften der Konvention. Insbesondere kommt sie in der generellen Schlüsselnorm des Art. 12 KRK zu den Mitspracherechten des Kindes zum Ausdruck, auf die ich noch detaillierter zurückkommen werde. Aber auch das Kindeswohl, dem gemäß Art. 3 KRK vorrangige Bedeutung in allen Angelegenheiten zukommt und das ebenfalls in verschiedenen Bestimmungen des Übereinkommens spezifiziert wird, ist wesentlich von der Mitwirkung und dem individuellen Willen

34 Vgl. Kinderrechtsausschuss, Concluding Observations: Switzerland, CRC/C/CHE/CO/2–4, 2015, Rn. 26. Zur Auslegung von Menschenrechtsverträgen bei Mehrsprachigkeit vgl. *Schmahl*, Die völkerrechtsdogmatische Einordnung internationaler Menschenrechtsverträge, JuS 2018, S. 737, 742.

35 Vgl. Art. 1 KRK. Vorgeburtliche Rechte etabliert die Kinderrechtskonvention nicht. Insoweit sind die *travaux préparatoires* eindeutig, vgl. *Alston*, The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child, Human Rights Quarterly 12, 1990, S. 156, 157 ff.

36 Kinderrechtsausschuss, Day of General Discussion on the Rights of all Children in the Context of International Migration, 2012, Rn. 56, 68; vgl. auch Wanderarbeitnehmerausschuss/Kinderrechtsausschuss, Joint General Comment No. 3/No. 22, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 2017, Rn. 6a.

37 Vgl. *Alston*, The Legal Framework of the Convention on the Rights of the Child, Bulletin of Human Rights 91, 1992, S. 1, 6; *Abramson*, Article 2, in: Alen et al. (Hrsg.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Vol. 2, 2008, S. 80.

38 *Beigbeder*, Children, in: Weiss/Daws (Hrsg.), The Oxford Handbook on the United Nations, 2017, S. 511, 513.

des Kindes geprägt.³⁹ Der Kinderrechtsausschuss geht in überzeugender Weise davon aus, dass dem Wohl des Kindes am besten entsprochen wird, wenn dessen Meinung zu den es betreffenden Angelegenheiten gehört und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wird.⁴⁰ Mit anderen Worten ist das Mitspracherecht des Kindes wesentlicher Ausdruck des Kindeswohlprinzips. Während Art. 3 KRK darauf zielt, dass das Kindeswohl bei allen zu ergreifenden Maßnahmen hinreichend berücksichtigt wird, gibt Art. 12 KRK die Methode zur Feststellung des Kindeswohls vor.⁴¹ Das Wohl des Kindes kann deshalb nur dann zutreffend ermittelt und angewandt werden, wenn die Partizipationsrechte des Kindes gewahrt sind. Umgekehrt verstärkt Art. 3 KRK die Funktionalität von Art. 12 KRK, indem er die Bedeutung der partizipatorischen Rolle von Kindern in allen sie betreffenden Angelegenheiten hervorhebt.⁴²

3.3. Emanzipatorischer Charakter der Konvention

Mit diesem subjektivrechtlichen Ansatz weist die Kinderrechtskonvention einen im Vergleich zu früheren kinderrechtlichen Instrumenten deutlich emanzipatorischen Charakter auf.⁴³ Das Kind wird von der Konvention nicht nur als schutzbedürftiges Rechtsobjekt, sondern vor allem als eigenständiges Rechtssubjekt wahrgenommen, dem die Rechte genauso unveräußerlich zustehen wie Erwachsenen, wenngleich zum Teil in einer kinderspezifischen Ausgestaltung. Die Konvention garantiert Schutz und

39 Vgl. Wyttenbach, Übereinkommen über die Rechte des Kindes (CRC), in: Pollmann/Lohmann (Hrsg.), Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch, 2012, S. 317, 317; Eichholz, Der Vorrang des Kindeswohls: Die Bedeutung von Art. 3 Absatz 1 der UN-Kinderrechtskonvention für die deutsche Rechtsprechung, 2015, S. 16 f.

40 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 43.

41 Deutlich: Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 43 f. Vgl. auch Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 27.9.2018, *Y.B. and N.S. v. Belgium*, CRC/C/79/D/12/2017, Rn. 8.8.

42 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 74; General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 43. Vgl. auch Wanderarbeitnehmerausschuss/Kinderrechtsausschuss, Joint General Comment No. 3/No. 22, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 2017, Rn. 37.

43 Zur Entwicklungsgeschichte der internationalen Kinderrechte vgl. Schmahl, Kinderrechte im internationalen Recht in Geschichte und Gegenwart, in: Richter/Krappmann/Wapler (Hrsg.), Kinderrechte: Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts, 2020, S. 57, 58 f.

Rechte dem Kind also um seiner selbst willen. Das Kind wird nicht bloß als Teil der Familie oder einer sozialen Gruppe, sondern als eigenständiges Individuum wahrgenommen.⁴⁴

Allerdings ist die emanzipatorische Rolle, die der Kinderrechtskonvention zukommt, im Verhältnis zu anderen Menschenrechtsabkommen abgeschwächt, die sonstige verletzte Gruppen wie Frauen oder Menschen mit Behinderungen in den Blick nehmen. Denn im Regelfall wächst ein Mensch aus der Lebensphase „Kindheit“ durch Zeitablauf heraus und muss sich nicht grundsätzlich aus der defensiven Objektkontrolle befreien.⁴⁵ Außerdem ist ein Kind, zumal ein Säugling oder Kleinkind, auf Hilfe und Unterstützung durch Erwachsene notwendig angewiesen, weshalb die Partizipationsnorm des Art. 12 KRK auch nur von einem dem Alter und Reifegrad des Kindes entsprechenden Mitspracherecht ausgeht.

3.4. Keine umfassende Dominanz der Rechte des Kindes

Des Weiteren bedeutet die Anerkennung des Kindes als Rechtssubjekt nicht, dass Gemeinwohlbelange und Rechte anderer Personen gegenüber den Interessen des Kindes automatisch zurücktreten müssten. Mit Bedacht ist das Kindeswohl in der zentralen Norm des Art. 3 Abs. 1 KRK nicht als vorbehaltloses Recht gefasst, sondern wird dort nur als ein Gesichtspunkt genannt, der vorrangig zu berücksichtigen ist. Damit muss das Kindeswohl zwar stets eine herausragende Leitlinie bei der Abfassung, Auslegung und Anwendung nationaler Rechtsvorschriften darstellen.⁴⁶ Eine ähnlich weitreichende Vorrangklausel mit unmittelbarer Anwendbarkeit⁴⁷ kennt kein anderer Menschenrechtsvertrag. Dennoch kommt dem Kindeswohl kein absoluter Vorrang gegenüber Belangen Dritter oder den Gemeinwohlin-

44 Vgl. *Verschraegen*, Die Kinderrechtskonvention, 1996, S. 5; *Mower jr.*, The Convention on the Rights of the Child, 1997, S. 4.

45 Zutreffend *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 401.

46 Kinderrechtsausschuss: General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 37. Grundlegend *Lorz*, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung, 2003, S. 24 ff.

47 Dazu *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 3, Rn. 5 und Rn. 16. Auch die Fachjudikatur versteht Art. 3 Abs. 1 KRK inzwischen vermehrt als unmittelbar anwendbares Recht, vgl. VG Saarland, Urteil vom 4.11.2016, 3 K 921/15, Rn. 39; VG Berlin, FamRZ 2018, S. 399, 401.

teressen zu.⁴⁸ Ganz im Gegenteil trägt die Kinderrechtskonvention auch den Rechten und Pflichten der Eltern und sonstiger Sorgeberechtigten Rechnung. Das allgemeine Erziehungsrecht der Eltern kommt etwa in Art. 3 Abs. 2, Art. 5, Art. 14 Abs. 2 und in Art. 18 Abs. 1 KRK zum Ausdruck. In verschiedenen Bereichen gesteht damit die Konvention den Eltern ein Erziehungsprimat zu, das freilich seinerseits im Sinne einer dienenden Elternverantwortung auf die Berücksichtigung des Kindeswohls unter Einbeziehung des Kindeswillens verpflichtet ist.⁴⁹ Auch der Kinderrechtsausschuss stellt ausdrücklich klar, dass der Terminus „vorrangig“ in Art. 3 Abs. 1 KRK nicht mit „Vorrang der Interessen des Kindes vor allen anderen Belangen“ gleichzusetzen sei.⁵⁰

Auf eine unangefochtene Dominanz der Rechte des Kindes zielt der Wortlaut der Kinderrechtskonvention also nicht. Vielmehr greift das Übereinkommen das Spannungsfeld zwischen den Belangen des Kindes, den Rechten seiner Eltern und anderen (auch öffentlichen) Interessen auf, das in der Lebensphase Kindheit häufig vorfindlich ist. Die Meinung des Kindes ist in allen es betreffenden Angelegenheiten konsultativ zu berücksichtigen, ohne ihm zugleich die soziale Eingebundenheit in das Elternhaus und den notwendigen Schutz vor Gefahren zu verwehren. Aus Art. 3 i.V.m. Art. 12 KRK folgt, dass Kinder von Anfang an in die sie betreffenden Entscheidungsfindungen ernsthaft und respektvoll einzubeziehen sind, auch wenn die Entscheidung letztlich von den Sorgeberechtigten getroffen wird.⁵¹ Dabei kommen dem Alter, dem Reifegrad und den zunehmenden Fähigkeiten des Kindes zentrale Bedeutung zu.⁵² Dem Willen des Heranwachsenden ist bei der Bestimmung des Kindeswohls größeres Gewicht einzuräumen als dem Willen eines Kleinkindes. Wegen der wachsenden Selbstbestimmungsfähigkeit muss dem Kind freilich stets ein alters- und reifegerechter Mindestbestand an Wahlmöglichkeiten für die Zu-

48 Vgl. *Freeman*, Article 3, in: Alen et al. (Hrsg.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Vol. 3, 2007, S. 5, 60 f.; *Eekelaar/Tobin*, Article 3, in: Tobin (Hrsg.), *The UN Convention on the Rights of the Child*, 2019, S. 73, 96.

49 Hierüber besteht Einigkeit, vgl. nur *Schmahl*, *Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen*, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 5, Rn. 5; *Benassi/Eichholz*, *Grundgesetz und Kinderrechte*, DVBl. 2017, S. 614, 618; *Khazova*, *International Children's Rights Law: Child and the Family*, in: Kilkelly/Liefwaard (Hrsg.), *International Human Rights of Children*, 2019, S. 161, 167, jeweils m.w.N.

50 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 39.

51 Zur Unterscheidung zwischen konsultativer und dezisiver Wirkung des Kindeswillens eingehend *Wapler*, *Kinderrechte und Kindeswohl*, 2015, S. 435 ff.

52 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 44.

kunft eröffnet bleiben, damit es sich unter Umständen von seinen Herkunftsbedingungen lösen kann.⁵³

4. Partizipationsrechte des Kindes als Schlüssel zu einer kindgerechten Ausgestaltung der Rechtsordnung

Wie bereits angedeutet, handelt es sich bei der Anerkennung des Kindeswohls und der Garantie von Partizipationsrechten des Kindes um die zentralen Kernvorgaben der Konvention, die in einer Reihe von weiteren Vorschriften des Übereinkommens sachbezogen konkretisiert sind. Insbesondere der Gehalt des Mitspracherechts des Kindes nach der Generalnorm des Art. 12 KRK stellt jedoch viele nationale Rechtsordnungen vor Herausforderungen im Anwendungs- und Umsetzungsprozess. Deshalb möchte ich den Gehalt von Art. 12 KRK nachfolgend näher erläutern.

4.1. Mitspracherecht nach Art. 12 Abs. 1 KRK

Nach Art. 12 Abs. 1 KRK sind die Vertragsstaaten verpflichtet, dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zuzusichern, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen.

Das in Art. 12 Abs. 1 KRK verbrieft Mitspracherecht des Kindes enthält eine eindeutige rechtliche Verpflichtung. Die Vertragsstaaten müssen das Mitspracherecht des Kindes entweder direkt garantieren oder Gesetze verabschieden, um den Kindern die Wahrnehmung dieses Rechts zu ermöglichen.⁵⁴ Die Norm gewährt den Staaten jedenfalls keinen Ermessensspielraum bei der Anwendung und Umsetzung des Mitspracherechts. Vielmehr etabliert sie eine strenge Verpflichtung der Vertragsstaaten, geeignete Maßnahmen zur vollständigen Umsetzung des Mitspracherechts zu treffen.⁵⁵

53 Vgl. *Wapler*, Religiöse Kindererziehung. Grenzen des Rechts, RdJB 2015, S. 420, 424 und 447.

54 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 15; General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 89 ff. Vgl. auch Kinderrechtsausschuss, Concluding Observations: Japan, CRC/C/JPN/CO/4-5, 2019, Rn. 21 f.

55 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 19, 21.

Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 KRK setzt mit der zwar umständlichen, aber doch hinreichend klaren Formulierung, dem Kind das Mitspracherecht „zuzusichern“ wohl sogar die Existenz einer unmittelbar wirksamen Rechtsposition des Kindes voraus und erwartet von den Staaten, diese zu respektieren und zu unterstützen.⁵⁶ Die Verpflichtung der Staaten ist dabei in zwei Elemente geteilt: Sie haben zum einen die Pflicht, die Meinungsbildung und -äußerung des Kindes zu fördern, zum anderen müssen sie den Ansichten des Kindes angemessenes Gewicht in Entscheidungsprozessen verleihen.

4.1.1. Meinungsbildung und Meinungsäußerung des Kindes

Was die Meinungsbildung und -äußerung des Kindes anbelangt, ist zunächst entscheidend, dass das Kind ausreichende Informationen erhält, um seine Meinung überhaupt bilden und ausdrücken zu können. Es muss dementsprechend über anstehende Entscheidungen und die möglichen Konsequenzen, die sich aus ihnen ergeben, informiert werden.⁵⁷ Ebenso muss das Kind darüber unterrichtet werden, unter welchen äußeren Bedingungen es seine Ansichten zum Ausdruck bringen kann. Das in Art. 12 Abs. 1 KRK implizit enthaltene Informationsrecht des Kindes ist unabdingbare Voraussetzung für eine aufgeklärte Entscheidung des Kindes.⁵⁸ Dabei muss das Kind nicht über jeden einzelnen Aspekt belehrt werden. Es genügt, wenn ihm diejenigen Informationen gegeben werden, die es alters- und reifebedingt benötigt, um ein hinreichendes Verständnis seiner Angelegenheiten entwickeln und so eine Meinung zu dem Thema bilden zu können.⁵⁹ Informationspflichtig ist primär derjenige, der das Kind anhört; subsidiär kann die Information auch durch die Eltern oder die Sorgeberechtigten erfolgen.⁶⁰

Art. 12 Abs. 1 KRK legt kein Mindestalter fest, ab dem das Recht zur Meinungsbildung und zur Meinungsäußerung wahrgenommen werden kann. Eine solche Altersgrenze darf nach Ansicht des Kinderrechtsaus-

56 Vgl. *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 12, Rn. 4; *Lundy/Tobin/Parkes*, Article 12, in: Tobin (Hrsg.), *The UN Convention on the Rights of the Child*, 2019, S. 397, 417.

57 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 23.

58 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 25.

59 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 21.

60 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 25.

schusses weder durch ein Gesetz noch in der Praxis eingeführt werden.⁶¹ Dies gilt vor allem deshalb, weil bereits Kinder in sehr jungen Jahren fähig sind, eigene Meinungen zu bilden, selbst wenn sie diese noch nicht verbalisieren können. Bei Kleinkindern ist das Mitspracherecht durch nonverbale Kommunikationsformen wie Spielen, Malen, Körpersprache oder Gestik und Mimik zu realisieren.⁶² Jede andere, restriktivere Auslegung der Fähigkeit zur Meinungsbildung und -äußerung würde die Gefahr bergen, einer großen Gruppe von Kindern das Mitspracherecht von vornherein zu verweigern.⁶³ Der Kinderrechtsausschuss betont deshalb nachdrücklich, dass Art. 12 Abs. 1 KRK teleologisch weit zu verstehen sei.⁶⁴ Die Vertragsstaaten sollen grundsätzlich davon ausgehen, dass jedes Kind – auch ein Kleinkind – die Fähigkeit zur Meinungsbildung und -äußerung hat. Die Beweislast für eine entsprechende Unfähigkeit des Kindes liege beim Staat.⁶⁵

Dessen ungeachtet gibt es natürlich Konstellationen, in denen einem Kind, zumal einem Säugling oder Kleinstkind, die erforderliche Einsichts- und Verständnisfähigkeit für die relevanten Zusammenhänge offenkundig fehlen, es also der Meinungsbildung schlicht nicht fähig ist.⁶⁶ Diese Erkenntnis ist auch dem Konventionstext zu entnehmen. Nicht von ungefähr weist die Formulierung von Art. 12 Abs. 1 KRK, die auf die „Fähigkeit“ des Kindes zur Meinungsbildung abstellt, darauf hin, dass das Mitspracherecht des Kindes Grenzen haben kann. In diesen Situationen fordert der Kinderrechtsausschuss die Vertragsstaaten allerdings dazu auf, wirksame Vertretungs- und Assistenzregelungen zugunsten des Kindes zu erlassen.⁶⁷

61 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 21, 44.

62 Kinderrechtsausschuss General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 21. Vgl. auch *Alderson/Hawthorne/Killen*, The Participation Rights of Premature Babies, *International Journal of Children's Rights* 13, 2005, S. 31–50.

63 Vgl. *Palm-Risse*, Hilfe für die Wehrlosen: Die Konvention über die Rechte des Kindes, VN 1990, S. 101, 103; *Cremer*, Kinderrechte und der Vorrang des Kindeswohls, *AnwBl.* 2012, S. 327, 329.

64 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 20.

65 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 20. Vgl. auch *Peleg*, International Children's Rights Law: General Principles, in: *Kilkelly/Liefwaard* (Hrsg.), *International Human Rights of Children*, 2019, S. 135, 149.

66 *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 12, Rn. 8; *Khazova*, International Children's Rights Law: Child and the Family, in: *Kilkelly/Liefwaard* (Hrsg.), *International Human Rights of Children*, 2019, S. 161, 169.

67 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 44.

4.1.2. Angemessene Berücksichtigung der Kindesmeinung

Gemäß Art. 12 Abs. 1 KRK müssen Kinder nicht nur gehört werden, sondern ihre Meinungen sind im Entscheidungsfindungsprozess auch angemessen zu berücksichtigen. Schlichtes Zuhören genügt nicht. Vielmehr ist auf die geäußerte Meinung des Kindes ernsthaft und sorgfältig Bedacht zu nehmen.⁶⁸ Die angemessene Berücksichtigung der Meinung des Kindes hat entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu erfolgen. Das Alter alleine kann keinen Aufschluss über die Fähigkeit zur Meinungsbildung des Kindes geben.⁶⁹ Diese Fähigkeit wird nämlich erheblich durch erlangte Informationen, Erfahrungen, die Umwelt, soziale und kulturelle Erwartungen und den Grad der Unterstützung beeinflusst, die das Kind erhält.⁷⁰ Die zusätzlich in Betracht zu ziehende Reife beschreibt die Fähigkeit des Kindes, die Auswirkungen einer bestimmten Angelegenheit verstehen und bemessen sowie seine Ansichten in einer unabhängigen und vernünftigen Weise ausdrücken zu können.⁷¹ Allgemein lässt sich als „Faustregel“ festhalten: Je größer die Auswirkungen der zu treffenden Entscheidung auf das Leben und die Zukunft des Kindes sind, desto stärker muss die Meinung des Kindes gewichtet werden.⁷²

4.2. Rechtliches Gehör nach Art. 12 Abs. 2 KRK

Art. 12 Abs. 2 KRK spezifiziert das in Abs. 1 enthaltene Mitspracherecht des Kindes, indem es diesem das Recht auf rechtliches Gehör vor der Verwaltung und den Gerichten zusichert. Im Einzelnen bestimmt die Vorschrift, dass dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben wird, in allen es berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.

68 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 28; General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 53, 97.

69 Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, 1995, S. 10.

70 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 29.

71 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 30.

72 C. Kirchhof, *Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes, insbesondere deren Umsetzung im russischen Recht*, 2001, S. 398; Krappmann, *The Weight of the Child's View*, *International Journal of Children's Rights* 18, 2010, S. 501, 505.

4.2.1. Kinderfreundliche Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs bei allen Formen des Entscheidungsprozesses

Dies bedeutet zunächst, dass sich das Kind vor Gericht und Verwaltung zu den Angelegenheiten äußern darf, die es selbst berühren. Das Recht auf rechtliches Gehör ist dabei eindeutig als Recht und nicht etwa als Pflicht des Kindes statuiert.⁷³ Es umfasst auch das (negative) Recht des Kindes, zur Anhörung nicht zu erscheinen oder zu schweigen und keine Stellungnahme abzugeben.⁷⁴

Das unmittelbar anwendbare Gebot des Art. 12 Abs. 2 KRK gilt in allen das Kind berührenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren. Erfasst werden insoweit sowohl Verfahren, die das Kind selbst anstrengt, wie etwa das Vorgehen gegen einen Schulausschluss oder der Antrag auf Erteilung der Fahrerlaubnis, als auch Verfahren, die von Dritten eingeleitet werden, wie zum Beispiel bei einer Adoption oder zur Regelung von Sorge- und Umgangsrechten.⁷⁵ Auch alternative Verfahren – wie Mediation oder Schlichtungen – unterfallen der Garantie des rechtlichen Gehörs.⁷⁶

Das Recht auf rechtliches Gehör ist zweifellos essentiell für ein faires Verfahren. Deshalb muss es nach zutreffender Auffassung des Kinderrechtsausschusses in jedem Stadium eines Prozesses, der unmittelbare oder mittelbare Auswirkungen auf den Minderjährigen hat, respektiert und verwirklicht werden. So steht dem Kind bereits im Vorfeld eines Strafverfahrens das Recht zu, durch die Polizei, die Staatsanwaltschaft und den Untersuchungsrichter persönlich gehört zu werden.⁷⁷ Ebenso muss das Recht auf rechtliches Gehör im Gerichtsprozess, vor der Verurteilung und bei der Umsetzung der verhängten Strafen oder Erziehungsmaßnahmen beachtet werden.⁷⁸ Auch in Sorge- oder Umgangsrechtsverfahren ist dem Kind frühzeitig die Möglichkeit einzuräumen, dem Gericht seine persönlichen Beziehungen zu den übrigen Familienmitgliedern und seine Wünsche erkennbar zu machen.⁷⁹ Dies gilt sogar dann, wenn elterliches Einver-

73 *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 12, Rn. 11.

74 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 58.

75 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 32 ff.

76 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 32.

77 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 58; General Comment No. 10, CRC/C/GC/10, 2007, Rn. 44; General Comment No. 24, CRC/C/GC/24, 2019, Rn. 10–11.

78 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 10, CRC/C/GC/10, 2007, Rn. 47 ff.; General Comment No. 24, CRC/C/GC/24, 2019, Rn. 47 ff.

79 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 93.

nehmen vorliegt. Studienergebnisse belegen, dass bei einer persönlichen Beteiligung des Kindes über das Ausmaß des Umgangsrechts oft andere Regelungen getroffen werden, als wenn Eltern allein verhandeln. Meist wirkt der getroffene Kompromiss aber nachhaltiger und ist dem Kindeswohl dienlich. Demgegenüber schaden Regelungen zum Umgangsrecht der kindlichen Entwicklung, wenn sie gegen den ernsthaften Widerstand des Kindes und damit unter Missachtung seiner Persönlichkeit beschlossen und durchgeführt werden.⁸⁰

Um dem betroffenen Kind die Möglichkeit zu geben, sich am Verfahren sinnvoll zu beteiligen, müssen ihm nicht nur unverzüglich die wesentlichen materiell-rechtlichen Aspekte, sondern auch der Ablauf des Verfahrens mitgeteilt werden. Dies schließt eine Information über mögliche Entscheidungen, Maßnahmen und Sanktionen ein, die Verwaltungsbehörden oder Gerichte im Ergebnis ergreifen oder treffen können.⁸¹ Zwar bleiben Entscheidungsfindung und Sanktionierung Aufgabe der zuständigen Verwaltungsbehörde oder des Gerichts, doch darf das Kind im Prozess nicht als passives Objekt behandelt werden. Das gilt namentlich für die Verhängung von Sanktionen, da Kinder, die hieran beteiligt werden, im Allgemeinen eine einsichtigere Reaktion zeigen.⁸²

Auch darüber hinaus müssen die das Kind berührenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren transparent, informativ und vor allem kindgemäß durchgeführt werden.⁸³ Hierauf legt der Kinderrechtsausschuss nachdrücklichen Wert und verlangt von den Vertragsstaaten, dass alle Entscheidungsprozesse, in die Kinder eingebunden sind, bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllen. Denn nur, wenn die Situation, in der das Kind angehört wird, seinem Alter und seiner Reife angemessen gestaltet sei und weder einschüchternde noch ablehnende Wirkung auf das Kind ausübe, könne das Recht auf rechtliches Gehör effektiv umgesetzt werden.⁸⁴ Besonderes Gewicht ist demnach darauf zu legen, dass die Beteiligung des Kindes freiwillig erfolgt und die Informationen, die das Kind erhält, in einer kinderfreundlichen, dem Alter und Reifegrad angepassten Weise bereitgestellt werden.⁸⁵ Die Umstände der Anhörung müssen so gewählt sein, dass dem

80 Zum Vorstehenden näher *Ivanits*, Keine Beteiligung des Kindes bei elterlichem Einvernehmen?, NZFam 2016, S. 7, 9.

81 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 60.

82 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 45.

83 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12 2009, Rn. 34.

84 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12 2009, Rn. 34.

85 *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 12, Rn. 14.

Kind eine respektvolle Behandlung zuteilwird. Dem Kind muss deutlich gemacht werden, dass der Anhörende gewillt ist, ernsthaft zuzuhören und die geäußerten Ansichten sorgfältig zu berücksichtigen. Dies ist nach Auffassung des Kinderrechtsausschusses am besten zu verwirklichen, wenn die Anhörung in der Form eines Gespräches und nicht als eine einseitige Befragung durchgeführt werde.⁸⁶ Daneben seien die äußeren Umstände wie die Ausgestaltung der Verhandlungsräume, die Kleidung der Richter und Rechtsanwälte oder die Warteräume kindgerecht zu gestalten. Das am Verfahren beteiligte Personal müsse im Umgang mit Kindern geschult sein.⁸⁷ Der Kinderrechtsausschuss fordert die Vertragsstaaten dazu auf, ihre innerstaatlichen Regelungen an diese Bedingungen und Mechanismen anzupassen.⁸⁸

Zudem erfordert die Verwirklichung des Mitspracherechts, dass die Entscheidung der Behörde oder des Gerichts die geäußerte Ansicht des Kindes zu berücksichtigen hat. Dem Kind ist mitzuteilen, ob und inwieweit seine Ansichten bei einer Entscheidung erwogen worden sind und welchen Einfluss sie auf diese genommen haben.⁸⁹ Hierdurch soll sichergestellt werden, dass das Recht des Kindes auf rechtliches Gehör nicht nur als bloße Formalität, sondern als entscheidungserheblicher Aspekt ernstgenommen wird.⁹⁰ Diesem Ansinnen entspricht auch, dass das Recht aus Art. 12 Abs. 2 KRK nur dann vollständig umgesetzt ist, wenn dem Kind, soweit es durch die Entscheidung belastet ist, auch Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnet werden.

4.2.2. Vertreter des Kindes

Das Kind kann nach Maßgabe von Art. 12 Abs. 2 KRK entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle gehört werden. Eine genauere Ausgestaltung, wann ein Kind selbst gehört werden muss oder wer als Vertreter konkret in Frage kommt, ist in Art. 12 Abs. 2 KRK nicht enthalten und damit prinzipiell der Auslegung und Umsetzung

86 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 43.

87 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 34, 61.

88 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 34; General Comment No. 10, CRC/C/GC/10, 2007, Rn. 46.

89 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 45.

90 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 44.

durch die Vertragsstaaten überlassen.⁹¹ Allerdings stellt der Kinderrechtsausschuss in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 12 (2009) klar, dass es grundsätzlich dem Kind anheimgestellt sein soll, ob es seine Ansicht selbst vortragen möchte oder ob die Meinungskundgabe durch einen Interessensvertreter geschehen soll.⁹² Nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen, etwa wenn das Kind aus Angst vor Repressalien diese Wahl nicht zu treffen vermag, soll von diesem Grundsatz abgewichen werden dürfen.⁹³ Wesentlich ist dabei aber, dass das Kind schon in der Vorbereitung einer Entscheidung angemessen über die Möglichkeit informiert wird, sich selbst oder mithilfe eines Vertreters äußern zu dürfen. Dazu gehört auch, das Kind auf mögliche Folgen seiner Wahl hinzuweisen und es über den Ort, die Zeit, die Art und Weise und die voraussichtlichen Teilnehmer der Anhörung im Vorfeld aufzuklären.⁹⁴

Als Interessensvertreter des Kindes kommen zum einen die Eltern oder ein Elternteil, zum anderen ein Rechtsanwalt oder eine sonstige Stelle, etwa ein Sozialpädagoge, in Betracht.⁹⁵ Zu beachten ist freilich, dass es in bestimmten Konstellationen zu Konflikten zwischen den Interessen des Kindes und jenen seiner Eltern kommen kann. In solchen Fällen scheiden die Eltern als Interessensvertreter des Kindes aus. Aus der Perspektive der Kinderrechtskonvention ist nämlich entscheidend, dass die wahren und subjektiven Interessen des Kindes gegenüber demjenigen, der am Ende des Verfahrens eine Entscheidung trifft, vertreten werden – und nicht die Belange und Vorstellungen dritter Personen.⁹⁶ Deshalb sollen die Vertragsstaaten nach Auffassung des Kinderrechtsausschusses Verhaltensregeln aufstellen, die Personen, die mit der Interessensvertretung des Kindes beauftragt sind, zwingend einhalten müssen.⁹⁷ Dazu gehört, dass sie das Kindeswohl jedenfalls nicht ohne konsultative Rücksprache mit dem betreffenden Kind definieren dürfen.⁹⁸

91 C. Kirchhof, Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes, insbesondere deren Umsetzung im russischen Recht, 2001, S. 400.

92 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 35.

93 Vgl. BT-Drs. 17/10916, S. 20; vgl. auch Lundy/Tobin/Parkes, Article 12, in: Tobin (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of the Child, 2019, S. 397, 424.

94 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 10, CRC/C/GC/10, 2007, Rn. 47; General Comment No. 24, CRC/C/GC/24, 2019, Rn. 47.

95 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 36.

96 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 96; vgl. auch Parkes, Children and International Human Rights Law, 2014, S. 94.

97 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 37; General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 96.

98 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 36.

Zwar braucht die Anhörung des Vertreters des Kindes nach Maßgabe des Art. 12 Abs. 2 KRK lediglich im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften durchgeführt zu werden. Dies bedeutet aber keinen Freibrief zur Einschränkung des rechtlichen Gehörs des Kindes. Der Kinderrechtsausschuss hält die Vertragsstaaten vielmehr dazu an, die grundlegenden Regeln eines fairen Verfahrens auch auf Kinder anzuwenden.⁹⁹ Wird das rechtliche Gehör dem Kind verweigert, muss die Entscheidung innerstaatlich anfechtbar sein.¹⁰⁰ Die Tatsache, dass in verschiedenen Vertragsstaaten einer unbegleiteten ausländischen Person kein Vormund und kein Vertreter zur Verteidigung ihrer Interessen als mögliches Kind bei der Ankunft oder während des Verfahrens zur Altersfeststellung zugewiesen wird, verstößt nach Ansicht des Kinderrechtsausschusses nicht nur gegen das Kindeswohl gemäß Art. 3 KRK, sondern gerade auch gegen das in Art. 12 KRK verbrieft Mitspracherecht.¹⁰¹ Die Vertragsstaaten seien dazu aufgefordert, Verfahrensvorschriften zu erlassen, wonach ein qualifizierter Vertreter mit den erforderlichen Sprachkenntnissen allen Kindern im Migrationsprozess kostenfrei und frühzeitig zur Seite gestellt wird. Anderenfalls würden das Wohl des Kindes und sein Anhörungsrecht in allen Phasen des Entscheidungsprozesses, einschließlich des Verfahrens zur Altersfeststellung, verletzt.¹⁰²

4.3. Mitspracherecht in sonstigen Lebenssituationen

Schließlich soll nach Ansicht des Kinderrechtsausschusses das Mitspracherecht des Kindes über die in Art. 12 Abs. 2 KRK ausdrücklich normierten Gerichts- und Verwaltungsverfahren hinaus auch auf andere Lebenssituationen des Kindes Anwendung finden. Dem Kind sei in allen es betreffenden Situationen und Angelegenheiten eine Beteiligung an Entscheidungsprozessen zuzugestehen.¹⁰³ Der Ausschuss betont, dass der in Art. 12 KRK

⁹⁹ Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 38.

¹⁰⁰ Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 39.

¹⁰¹ Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 6, CRC/GC/2005/6, 2005, Rn. 36; vgl. auch Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 18.9.2019, *R.K. v. Spain*, CRC/C/81/D/27/2017, Rn. 9.8.

¹⁰² Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 6, CRC/GC/2005/6, 2005, Rn. 123 ff.; Wanderarbeitnehmerausschuss/Kinderrechtsausschuss, Joint General Comment No. 4/No. 23, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 2017, Rn. 16.

¹⁰³ Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 40 ff.

enthaltene Begriff der „das Kind berührenden Angelegenheiten“ weit interpretiert werden müsse, um Kinder effektiv als Rechtssubjekte in die Gesellschaft zu integrieren.¹⁰⁴ Darunter fallen alle diejenigen Fragen, die die Lebenswelt des Kindes betreffen. Das Kind muss jedoch von der Angelegenheit berührt sein. Das bedeutet, dass zwischen der relevanten Angelegenheit und dem Kind zumindest ein adäquat kausaler Zusammenhang bestehen muss.¹⁰⁵ Diese Einschränkung stellt klar, dass die Kinderrechtskonvention kein allgemeines politisches Mandat für Kinder verfolgt.¹⁰⁶ Daher sind Kinder wegen der bloß indirekten Auswirkungen auf ihr Lebensumfeld in die Entscheidungsfindung über Bauvorhaben regelmäßig nicht einzubeziehen.¹⁰⁷ Es kommt nach Art. 12 KRK entscheidend darauf an, dass es sich um Angelegenheiten handelt, die einen realen und spezifischen Einfluss auf das Leben von Kindern in ihrer Gemeinde und Gesellschaft haben.¹⁰⁸

Da das wichtigste Lebensumfeld des Kindes seine Familie bildet, müssen die Staaten dafür Sorge tragen, dass auch hier das Recht aus Art. 12 KRK respektiert wird.¹⁰⁹ Zur Verwirklichung dieser positiven Schutzpflicht empfiehlt der Kinderrechtsausschuss die Einrichtung von Programmen, die die Eltern und sonstigen Sorgeberechtigten bei der Erziehungsarbeit unterstützen.¹¹⁰ In solchen Programmen sollen vor allem der gegenseitige Respekt zwischen Eltern und Kind, die Berücksichtigung der Ansichten aller Familienmitglieder, die Einbindung des Kindes in Entschei-

104 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 26 f.

105 *Lundy/Tobin/Parkes*, Article 12, in: Tobin (Hrsg.), *The UN Convention on the Rights of the Child*, 2019, S. 397, 408.

106 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 27. Vgl. auch *Schmahl*, *United Nations Convention on the Rights of the Child*, Article-by-Article Commentary, 2021, Art. 12, Rn. 13. Kritisch hingegen *Doek*, in: *Todres/King* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Children's Rights Law*, 2020, S. 257, 271.

107 A.A. *Peleg*, *International Children's Rights Law: General Principles*, in: *Kilkelly/Liefwaard* (Hrsg.), *International Human Rights of Children*, 2019, S. 135, 149.

108 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 55; vgl. auch *Lücker-Babel*, *The Right of the Child to Express Views and to be Heard: An Attempt to Interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child*, *International Journal of Children's Rights* 3, 1995, S. 391, 396.

109 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 90 ff.

110 Vgl. Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 93; *Concluding Observations: Maldives*, CRC/C/MDV/DO/4-5, 2016, Rn. 21.

dungen, die Berücksichtigung der sich weiterentwickelnden Fähigkeiten des Kindes sowie Wege zur Konfliktbewältigung innerhalb der Familie eine Rolle spielen.¹¹¹ Je ausgeprägter die eigenen Erkenntnisse, Erfahrungen und Verständnisse des Kindes sind, desto weniger ist eine Führung durch die Eltern nötig. Das Recht aus Art. 12 KRK wird also mit fortschreitender Entwicklung eines Kindes immer bedeutender, während gleichzeitig das Recht der Eltern aus Art. 5 KRK in entsprechendem Maße abnimmt.¹¹²

Auch wenn Kinder außerhalb ihrer Familie betreut werden, sollen die Vertragsstaaten durch den Erlass von Gesetzen die Umsetzung des Mitspracherechts aus Art. 12 KRK sicherstellen. Den betroffenen Kindern sollen Informationen über die Betreuung und ihr Mitspracherecht in diesen Angelegenheiten gegeben werden.¹¹³ Im Rahmen der Gesundheitsfürsorge ist die Umsetzung des Mitspracherechts ebenfalls zu beachten. Kinder sollen bei Entscheidungen über ihre eigene Gesundheit alters- und reifegemäß einbezogen werden und hierzu alle Informationen über beabsichtigte Behandlungen und ihre möglichen Folgen erhalten.¹¹⁴ Medizinische Beratung des Kindes ist nach Ansicht des Ausschusses vor allem in solchen Fällen von Bedeutung, in denen das Kind infolge von Gewalterfahrungen im Elternhaus medizinische Unterstützung benötigt.¹¹⁵ Auch bei schulischen Entscheidungen, die sie persönlich oder als Gruppe betreffen, sollen Kinder gehört werden.¹¹⁶ Schließlich fordert der Kinderrechtsausschuss verstärkte Mitspracherechte von unbegleiteten Minderjährigen. Dem Kind oder Jugendlichen sollen alle notwendigen Informationen über mögliche Anlaufstellen, das Asylverfahren, die Suche nach Familienangehörigen

111 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 84 f.; vgl. auch *Rossa*, Kinderrechte: Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes im internationalen und nationalen Kontext, 2014, S. 17, 87.

112 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 20, CRC/C/GC/20, 2016, Rn. 18; *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 12, Rn. 28.

113 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 97.

114 Vgl. Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 98–104.

115 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 101.

116 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 110.

und die Situation in ihrem Herkunftsland gegeben werden.¹¹⁷ Soweit erforderlich, soll ein Übersetzer, ein Dolmetscher oder wenigstens ein Sprachmittler herangezogen werden.¹¹⁸

5. Schwache völkerrechtliche Durchsetzungsmechanismen der Kinderrechtskonvention

Trotz oder vielleicht gerade wegen dieser innovativen kinderrechtlichen Perspektive, die sich vor allem aus der Schlüsselnorm des Art. 12 KRK ergibt, verfügt die Kinderrechtskonvention nur über schwache Durchsetzungsmechanismen. Zwar verlangt Art. 4 KRK, dass die Konvention im innerstaatlichen Rechtsraum praktische Wirksamkeit erlangt.¹¹⁹ Auch bestehen, wie erwähnt, keine Zweifel an der Justiziabilität des Übereinkommens und der unmittelbaren Anwendbarkeit vieler in ihm niedergelegter Garantien, die in Deutschland zudem im Rang eines Bundesgesetzes stehen.

Dennoch sind die Vertragsstaaten nach Art. 44 KRK lediglich verpflichtet, dem Kinderrechtsausschuss, einem unabhängigen Expertengremium, über die interne Verwirklichung ihrer übernommenen Vertragspflichten in regelmäßigen Abständen Bericht zu erstatten und dem Ausschuss für ein dialogisches Verfahren zur Verfügung zu stehen. Anerkennung und Anwendung des quasi-gerichtlichen Mitteilungsverfahrens, das mit dem 3. Fakultativprotokoll von 2011 (in Kraft seit 2014) eingeführt worden ist,¹²⁰ stehen sogar im freien Ermessen der Staaten. Eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Ratifizierung besteht nicht. Die Bundesrepublik Deutschland hat das 3. Fakultativprotokoll freilich als einer der ersten Vertragsstaaten ratifiziert¹²¹ und damit die Möglichkeit einer Individualbeschwerde gegen deutsche Hoheitsakte vor dem Kinderrechtsausschuss eröffnet. Soweit ersichtlich, sind bisher jedoch erst vier Individualbeschwerden gegen die Bundesrepublik Deutschland erhoben worden. Zu einer inhaltsreichen Entscheidung des Kinderrechtsausschusses ist es aber in keinem der Fälle

117 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 6, CRC/GC/2005/6, Rn. 25; vgl. auch *Smyth*, Migration, Refugees, and Children's Rights, in: Kilkelly/Liefaard (Hrsg.), *International Human Rights of Children*, 2019, S. 421, 434.

118 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 25.

119 Dazu näher Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, CRC/GC/2003/5, 2003, Rn. 22.

120 A/RES/66/138 vom 19.12.2011. In Kraft seit 14.4.2014.

121 BGBl. 2012 II, S. 1546.

gekommen, da zwei Beschwerden die Hürden der Zulässigkeitsprüfung nicht genommen haben und bezüglich der anderen beiden Beschwerden die Verfahren eingestellt worden sind.¹²²

Der Kinderrechtsausschuss entscheidet überdies sowohl im Berichts- als auch im Individualbeschwerdeverfahren lediglich im Wege von unverbindlichen Stellungnahmen, allgemeinen Bemerkungen und Empfehlungen.¹²³ Eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland für Defizite bei der Umsetzung dieser Stellungnahmen des Ausschusses kommt daher nicht in Betracht, sofern diese über den konsentierten Konventionstext hinausgehen.¹²⁴ Beispielsweise hat das rechtspolitische Drängen des Kinderrechtsausschusses auf eine Verankerung von Kinderrechten in den nationalen Verfassungen oder auf einen sonstigen rechtlichen Mechanismus, der den Kinderrechten Vorrang vor einfachem Bundesrecht verschafft,¹²⁵ keinerlei Grundlage in der Konvention oder in einer anderweitig bestehenden völkerrechtlichen Pflicht. Der in Art. 4 Satz 1 KRK statuierte Implementierungsauftrag, wonach „[d]ie Vertragsstaaten ... alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen zur Verwirklichung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte [treffen]“, nennt die Verfassungsgebung gerade nicht. Damit liegt der Vorwurf nahe, der Kinderrechtsausschuss handle mit seinen Aufforderungen zur verfassungsrechtlichen Implementierung von Kinderrechten *ultra vires*.¹²⁶

122 Kinderrechtsausschuss, Unzulässigkeitsentscheidung vom 4.2.2020, *D.C. v. Germany*, CRC/C/83/D/60/2018; Unzulässigkeitsentscheidung vom 31.5.2021, *M.W. v. Germany*, CRC/C/87/D/75/2019; Einstellungsentscheidung vom 31.5.2018, *K.A.B. v. Germany*, CRC/C/78/D/35/2017; Einstellungsentscheidung vom 4.2.2021, *Z.A. v. Germany*, CRC/C/86/D/82/2019.

123 Vgl. Art. 45 lit. d KRK und Art. 10 Abs. 5 des 3. Fakultativprotokolls zur KRK. Ferner siehe *Payandeh*, Die Individualbeschwerde zum Kinderrechtsausschuss der Vereinten Nationen. Rechtsgutachten, 2014, S. 53 ff.

124 *Dederer*, Kinderrechte auf internationaler und supranationaler Ebene. Bestandsaufnahme und Ausblick, in: Uhle (Hrsg.), *Kinder im Recht. Kinderrechte im Spiegel der Kindesentwicklung*, 2019, S. 287, 306.

125 Vgl. insbesondere: Kinderrechtsausschuss, Concluding Observations: Germany, CRC/C/15/Add.43, 1995, Rn. 21; CRC/C/15/Add.226, 2004, Rn. 9 f.; CRC/C/DEU/CO/3–4, 2014, Rn. 9 f.

126 Entsprechende Überlegung bei *Dederer*, *Kinderrechte auf internationaler und supranationaler Ebene. Bestandsaufnahme und Ausblick*, in: Uhle (Hrsg.), *Kinder im Recht. Kinderrechte im Spiegel der Kindesentwicklung*, 2019, S. 287, 306. Ähnlich wohl *G. Kirchhof*, Die Kinderrechte des Grundgesetzes. Sollte die Verfassung zugunsten von Kindern geändert werden?, NJW 2018, S. 2690, 2691.

Diesem Vorwurf kann nur deshalb entgegengetreten werden, weil die Auffassungen des Ausschusses rechtlich unverbindlich und letztlich auf einen rechtspolitischen Dialog mit dem Vertragsstaat ausgerichtet sind.¹²⁷ Darüber hinaus ist zu bedenken, dass es dem Kinderrechtsausschuss, der nicht notwendigerweise aus Juristen besteht, sondern interdisziplinär zusammengesetzt ist,¹²⁸ weniger auf formaljuristische Normierungen denn viel stärker auf inhaltliche Perspektiven und Signalwirkungen ankommt.¹²⁹ Maßgeblich ist es seiner Ansicht nach vor allem, dass das Kind in der innerstaatlichen Rechtsordnung als eigenständiges Rechtssubjekt begriffen und nicht lediglich als Schranke des elterlichen Rechts am Kind konzipiert wird. In diesen Rahmen fügt sich das Mitspracherecht des Kindes gemäß Art. 12 KRK sinnvoll ein und vermag die *raison d'être* der Konvention vorbildhaft wiederzugeben. Eine Verpflichtung, Kinderrechte in der innerstaatlichen Rechtsordnung mit Verfassungsrang auszustatten, ergibt sich daraus aber nicht. Eine effektive Umsetzung von Kinderrechten, insbesondere von den Mitspracherechten des Kindes, kann durchaus – und konventionskonform – auch bloß auf einfachgesetzlicher Ebene geschehen.¹³⁰

6. Kritische Schlussbemerkungen

Insgesamt liegt der uneingeschränkte Vorteil der Kinderrechtskonvention zweifellos darin, dass sie die subjektiven Rechte und das Mitspracherecht des Kindes in allen es berührenden Angelegenheiten stärkt und auf eine entsprechende Bewusstseinsänderung in den Vertragsstaaten drängt. Das Kind ist in der Tat kein Objekt oder gar ein Anhängsel des Elternrechts. Es

127 Vgl. Schmahl, Verpflichtet das Völkerrecht zur Einführung von Kinderrechten ins Grundgesetz? Ein Statement in 18 Thesen, RdJB 2020, S. 5, 11.

128 Vgl. Art. 43 KRK. Ferner siehe Dorsch, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, 1994, S. 275; Krappmann, Anspruch und Kerngehalte der Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen, in: Bielefeldt u.a. (Hrsg.), Jahrbuch Menschenrechte, 2010, S. 15, 16.

129 Zur insoweit parallelen, advokatischen Rolle des Behindertenrechtsausschusses vgl. Uerpmann-Witzack, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, AVR 54, 2016, S. 181, 211.

130 Schmahl, The Rights of the Child in Germany. The UN Convention on the Rights of the Child, and its Implementation in National Law, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law, 2014, S. 581, 586.

ist vielmehr ein eigenständiges Rechtssubjekt, dem wegen seiner Verletzlichkeit, vor allem in jungen Jahren, besonderer Schutz vor Gefahren garantiert werden muss, die nicht nur außerhalb, sondern auch innerhalb des Elternhauses entstehen können. Insoweit hat die emanzipatorische Innovationskraft der Kinderrechtskonvention bis heute nichts an ihrer Bedeutung eingebüßt. Ganz im Gegenteil hat sich das Mitspracherecht des Kindes inzwischen auch auf europäischer Ebene durchgesetzt. Nicht nur die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nimmt beständig auf das kindliche Mitspracherecht in strafrechtlichen, umgangsrechtlichen und asylrechtlichen Streitigkeiten Bezug.¹³¹ Auch die Grundrechtecharta der Europäischen Union greift in ihrem Art. 24 die Partizipation von Kindern bei sie betreffenden Entscheidungsprozessen ausdrücklich auf und ist deutlich von Wortlaut und Telos der Vorschriften des Art. 3 und Art. 12 KRK geprägt,¹³² was nicht zuletzt die jüngere Rechtsprechung des EuGH belegt.¹³³

Doch es gibt auch Schattenseiten. Zwar wird immer wieder vorgebracht, dass den empfehlenden Auffassungen des Ausschusses wegen des unabhängigen Sachverstands seiner Mitglieder hohe Autorität zukomme, der sich die Staaten nur unter besonderem Argumentationsaufwand entziehen könnten. Diese Aussage ist mit Blick auf den völkerrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben auch zutreffend.¹³⁴ Die Wahrung dieser moralischen und politischen Autorität gelingt aber nur, wenn die Bemerkungen und Empfehlungen des Ausschusses rechtlich präzise und

131 Vgl. z. B. EGMR, Urteil vom 8.7.2003, *Sabin v. Germany*, App. No. 30943/96, Rn. 64; Urteil vom 6.7.2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, App. No. 41615/07, Rn. 132; Urteil vom 28.6.2011, *Nunez v. Norway*, App. No. 55597/09, Rn. 84.

132 Vgl. nur *Hölscheidt*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU. Kommentar, 5. Aufl. 2019, Art. 24, Rn. 2 ff.; *Schmahl*, Gleichheitsgarantien, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, Enzyklopädie Europarecht, Band 2, 2. Aufl. 2021, § 20, Rn. 104.

133 EuGH, Urteil vom 6.6.2013, *MA, BT, DA v. Secretary of State for the Home Department*, Rs. C-648/11, ECLI:EU:C:2013:367, Rn. 57 ff. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 22.12.2010, *Zarraga v. Pelz*, Rs. C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828, Rn. 62 ff.; Urteil vom 6.12.2012, *Maahanmuuttovirasto*, Rs. C-356/11 und C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776, Rn. 79 f.; Urteil vom 8.5.2018, *K.A. et al.*, Rs. C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308, Rn. 65 ff.

134 Dazu näher *Schmahl*, Auswirkungen der UN-Kinderrechtskonvention auf die deutsche Rechtsordnung – Eine Analyse jüngster gesetzgeberischer und judikativer Entwicklungen, RdJB 2014, S. 125, 128 f.; vgl. auch *E. Klein*, Allgemeine Bemerkungen der UN-Menschenrechtsausschüsse, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VI/2, 2009, § 127, Rn. 27 und 31.

in sich konsistent ausfallen, was nicht immer der Fall ist. So ist etwa nicht plausibel, weshalb der Kinderrechtsausschuss in seinen Abschließenden Bemerkungen zur Rechtslage in Deutschland (2014) im Kapitel zum Gesundheitsschutz lediglich die negativen Effekte von Kohleemissionen kritisiert¹³⁵ und andere gesundheitsrelevante Fragen, etwa zum Klimawandel, zur Feinstaubbelastung oder zur Impfpflicht von Kindern, gar nicht thematisiert. Die Vermutung liegt nahe, dass sich der Ausschuss gelegentlich allzu sehr auf die „Schattenberichte“ einzelner Nichtregierungsorganisationen verlässt und die notwendige Kontextualisierung nicht durchweg präzise vornimmt.¹³⁶ Auch ist nachteilig, dass der Kinderrechtsausschuss gelegentlich zu stark allein die Rechte der Kinder in den Blick nimmt und anderen Belangen und vor allem Rechten Dritter nicht immer die gebotene Position im Abwägungsprozess zuweist.¹³⁷ Diese tendenziell interessengeleitete Politik steht einem menschenrechtlichen Gremium nicht besonders gut zu Gesicht; vor allem schwächt sie die Errungenschaften der Konvention und die Seriosität der Stellungnahmen des Ausschusses.

Nicht zu vernachlässigen ist indes, dass sich inzwischen positive Änderungen in der Ausschusspraxis bemerkbar machen. Interessanterweise hat zu diesem Richtungswandel das 3. Fakultativprotokoll zur Kinderrechtskonvention erheblich beitragen, das unter anderem ein Individualbeschwerdeverfahren zur Stärkung der Kinderrechte eingeführt hat. Der Grund für diesen Wandel liegt wohl darin, dass in einem Individualbeschwerdeverfahren die Gegenpositionen des Vertragsstaates zu den konkret im Einzelfall aufgeworfenen Rechtsfragen notwendigerweise ausführlicher zur Sprache kommen als im Berichtsverfahren, weshalb eine ausgewogenere Entscheidungsfindung unter Einbeziehung auch widerstreitender Positionen möglich ist.

Lassen Sie mich dies kurz an den Fällen zur Altersfeststellung unbegleiteter Flüchtlinge erläutern, die den Kinderrechtsausschuss in den vergangenen Jahren immer wieder beschäftigt haben. Die Bestimmung des Alters eines Jugendlichen, der behauptet, minderjährig zu sein, ist von grundlegender Bedeutung, da das Ergebnis darüber entscheidet, ob dieser

135 Kinderrechtsausschuss, Concluding Observations: Germany, CRC/C/DEU/CO/3–4, 2014, Rn. 22.

136 Schmahl, Kinderrechte im internationalen Recht in Geschichte und Gegenwart, in: Richter/Krappmann/Wapler (Hrsg.), Kinderrechte: Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts, 2020, S. 57, 63.

137 Kritisch zur gelegentlichen Inkonsistenz der Ansichten des Ausschusses auch Kälin, Examination of State Reports, in: Keller/Ulfsg. (Hrsg.), UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy, 2012, S. 16, 72.

Person die Rechte aus der Kinderrechtskonvention zustehen.¹³⁸ Aus Sicht des Kinderrechtsausschusses ist es unerlässlich, dass die Vertragsstaaten ein multidisziplinäres, kinderfreundliches und ethnisch-kulturell angemessenes Verfahren zur Feststellung des Alters einer Person im Falle von Ungewissheit bereitstellen.¹³⁹ Insbesondere die von vielen Staaten angewandten Röntgennachweise nach dem Atlastest von *Greulich/Pyle* erachtet der Ausschuss als wissenschaftlich ungenau, ethisch bedenklich, mit hohen Fehlerquoten behaftet und daher als konventionswidrig.¹⁴⁰ Gegen diese Feststellung ist prinzipiell weder aus medizinischer noch aus rechtlicher Sicht etwas zu erinnern.¹⁴¹

Fragwürdig ist aber, dass die Mehrheit des Ausschusses in einem zweiten Schritt auch davon ausgeht, dass in Ermangelung verlässlicher Beweise und im Zusammenhang mit der konventionswidrigen Altersbestimmung nach dem *Greulich/Pyle*-Test die Person stets als Kind im Sinne der Kinderrechtskonvention behandelt werden müsse.¹⁴² Zahlreiche abweichende Meinungen der Ausschussmitglieder üben an der Mehrheitsentscheidung deutliche Kritik.¹⁴³ Sie bemängeln, dass danach allein die Behauptung

138 Vgl. Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 31.5.2019, *A.L. v. Spain*, CRC/C/81/D/16/2017, Rn. 12.3; Auffassungen vom 31.5.2019, *J.A.B. v. Spain*, CRC/C/81/D/22/2017, Rn. 13.3.

139 Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 27.9.2018, *N.B.F. v. Spain*, CRC/C/79/D/11/2017, Rn. 12.4; Auffassungen vom 31.5.2019, *A.L. v. Spain*, CRC/C/81/D/16/2017, Rn. 12.4 and 12.7; Auffassungen vom 31.5.2019, *J.A.B. v. Spain*, CRC/C/81/D/22/2017, Rn. 13.6. Vgl. auch Wanderarbeitnehmerausschuss/Kinderrechtsausschuss, Joint General Comment No. 4/No. 23, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 2017, Rn. 4.

140 Vgl. Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 27.9.2018, *N.B.F. v. Spain*, CRC/C/79/D/11/2017, Rn. 12.6; Auffassungen vom 31.5.2019, *A.L. v. Spain*, CRC/C/81/D/16/2017, Rn. 12.6. Auf der anderen Seite vgl. aber auch die Unzulässigkeitsentscheidung des Kinderrechtsausschusses vom 2.6.2017 in der Mitteilung *M.E.B. v. Spain*, CRC/C/75/D/9/2017.

141 Auch in der deutschen Literatur mehrt sich die Kritik an den radiologischen und computertomographischen Untersuchungen zur Altersfeststellung, vgl. etwa *Gundelach*, Die Rechtsprechung zur medizinischen Altersfeststellung – eine Anmerkung, NVwZ 2018, S. 1849, 1850; *Neundorff*, Die Altersbestimmung bei unbegleiteten Minderjährigen – rechtliche Grundlagen und Debattenüberblick, ZAR 2018, S. 238, 240 ff.; *Gelhaar*, Die Praxis der Alterseinschätzung von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, KJ 52, 2018, S. 179, 181 ff.

142 Vgl. Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 27.9.2018, *N.B.F. v. Spain*, CRC/C/79/D/11/2017, Rn. 12.3 ff. Ebenso: *A. Klein*, Alterseinschätzung bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, KJ 49, 2015, S. 405, 412 ff.

143 Vgl. insbesondere die Dissenting Opinions der Ausschussmitglieder *Otani* und *Kotrane* zu Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 27.9.2018, *N.B.F. v. Spain*,

ausreiche, ein Minderjähriger zu sein, um in den Genuss der Konventionsrechte zu gelangen. Stattdessen hätten die beiden relevanten Fragen dogmatisch voneinander getrennt werden müssen: Zum einen hätte geprüft werden müssen, ob das angewandte Altersbestimmungsverfahren die Verpflichtungen des Vertragsstaates aus der Konvention verletzt habe (*quod est*), und zum anderen hätte erörtert werden müssen, ob dadurch tatsächlich auch die subjektiven Rechte des Beschwerdeführers verletzt worden seien (*quod non*).¹⁴⁴

Auch wenn ich der Ansicht der Ausschussminderheit zuneige, möchte ich nicht in weitere Details gehen, die sich vom eigentlichen Thema dieses Vortrags entfernen.¹⁴⁵ Entscheidend kommt es mir hier darauf an, dass der Kinderrechtsausschuss inzwischen nicht mehr einseitig nur die Perspektive des Kindes thematisiert, sondern in eine umfassendere rechtliche Argumentation eintritt und zwischen Staatenverpflichtungen einerseits und subjektiven Rechten des Kindes andererseits differenziert. Damit befindet er sich auf dem richtigen Weg, zu einer veritablen menschenrechtlichen Instanz im besten Sinne zu werden.

Literatur

- Alderson/Hawthorne/Killen*, The Participation Rights of Premature Babies, *International Journal of Children's Rights* 13, 2005, S. 31
- Alen et al.* (Hrsg.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Vol. 2, 2008; Vol. 3, 2007; Vol. 4, 2006
- Alston*, The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child, *Human Rights Quarterly* 12, 1990, S. 156
- Alston*, The Legal Framework of the Convention on the Rights of the Child, *Bulletin of Human Rights* 91, 1992, S. 1
- Beigbeder*, Children, in: Weiss/Daws (Hrsg.), *The Oxford Handbook on the United Nations*, 2017, S. 511

CRC/C/79/D/11/2017, Annex II, Rn. 3 ff. und Annex III, Rn. 7 ff. In der Sache ähnlich kritisch auch die Concurring Opinions der Ausschussmitglieder *Mezrmur*, *Khazova*, *Skelton* und *Todorova*, ebenda, CRC/C/79/D/11/2017, Annex I, Rn. 11.

- 144 Klarsichtig die Dissenting Opinion des Ausschussmitglieds *Otani* zu Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 27.9.2018, *N.B.F. v. Spain*, CRC/C/79/D/11/2017, Annex II, Rn. 5.
- 145 Zu den Entscheidungen des Kinderrechtsausschusses bezüglich der Altersfeststellung näher: *Schmahl*, *United Nations Convention on the Rights of the Child*, Article-by-Article Commentary, 2021, Art. 1, Rn. 10 ff.

- Benassi/Eichholz*, Grundgesetz und Kinderrechte, DVBl. 2017, S. 614
- Cremer*, Die UN-Kinderrechtskonvention: Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2011
- Cremer*, Kinderrechte und der Vorrang des Kindeswohls, AnwBl. 2012, S. 327
- Dederer*, Kinderrechte auf internationaler und supranationaler Ebene. Bestandsaufnahme und Ausblick, in: Uhle (Hrsg.), Kinder im Recht. Kinderrechte im Spiegel der Kindesentwicklung, 2019, S. 287
- Dorsch*, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, 1994
- Eichholz*, Der Vorrang des Kindeswohls: Die Bedeutung von Art. 3 Absatz 1 der UN-Kinderrechtskonvention für die deutsche Rechtsprechung, 2015
- Gelhaar*, Die Praxis der Alterseinschätzung von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, KJ 52, 2018, S. 179
- Grabenwarter* (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, Enzyklopädie Europarecht, Band 2, 2. Aufl. 2021
- Gundelach*, Die Rechtsprechung zur medizinischen Altersfeststellung – eine Anmerkung, NVwZ 2018, S. 1849
- Ivanits*, Keine Beteiligung des Kindes bei elterlichem Einvernehmen?, NZFam 2016, S. 7
- Kälin*, Examination of State Reports, in: Keller/Ulfstein (Hrsg.), UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy, 2012, S. 16
- Khazova*, International Children's Rights Law: Child and the Family, in: Kilkelly/Liefwaard (Hrsg.), International Human Rights of Children, 2019, S. 161
- Kirchhof*, C., Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes, insbesondere deren Umsetzung im russischen Recht, 2001
- Kirchhof*, G., Die Kinderrechte des Grundgesetzes. Sollte die Verfassung zugunsten von Kindern geändert werden?, NJW 2018, S. 2690
- Klein*, A., Alterseinschätzung bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, KJ 49, 2015, S. 405
- Klein*, E., Die völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands und ihre Bedeutung für die drei Staatsgewalten, in: Koeppl (Hrsg.), Kindschaftsrecht und Völkerrecht, 1996, S. 31
- Klein*, E., Allgemeine Bemerkungen der UN-Menschenrechtsausschüsse, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VI/2, 2009, § 127
- Krappmann*, The Weight of the Child's View, International Journal of Children's Rights 18, 2010, S. 501
- Krappmann*, Anspruch und Kerngehalte der Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen, in: Bielefeldt u.a. (Hrsg.), Jahrbuch Menschenrechte, 2010, S. 15
- Ksentini*, The Convention on the Rights of the Child: Norms for Protection and an Instrument of Co-operation for the Survival, Development and Well-being of the Child, Bulletin of Human Rights 91, 1992, S. 43
- Lorz*, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung, 2003

- Lücker-Babel, The Right of the Child to Express Views and to be Heard: An Attempt to Interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child, *International Journal of Children's Rights* 3, 1995, S. 391
- Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU. Kommentar, 5. Aufl. 2019
- Mower jr., The Convention on the Rights of the Child, 1997
- Neundorff, Die Altersbestimmung bei unbegleiteten Minderjährigen – rechtliche Grundlagen und Debattenüberblick, *ZAR* 2018, S. 238
- Palm-Risse, Hilfe für die Wehrlosen: Die Konvention über die Rechte des Kindes, *VN* 1990, S. 101
- Parkes, Children and International Human Rights Law, 2014
- Payandeh, Die Individualbeschwerde zum Kinderrechtsausschuss der Vereinten Nationen. Rechtsgutachten, 2014
- Peleg, International Children's Rights Law: General Principles, in: Kilkelly/Liefaard (Hrsg.), *International Human Rights of Children*, 2019, S. 135
- Rossa, Kinderrechte: Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes im internationalen und nationalen Kontext, 2014
- Sauer, Staatsrecht III, 6. Aufl. 2020
- Schmahl, Das Verhältnis der deutschen Rechtsordnung zu Regeln des Völkerrechts, *JuS* 2013, S. 961
- Schmahl, Auswirkungen der UN-Kinderrechtskonvention auf die deutsche Rechtsordnung – Eine Analyse jüngster gesetzgeberischer und judikativer Entwicklungen, *RdJB* 2014, S. 125
- Schmahl, The Rights of the Child in Germany. The UN Convention on the Rights of the Child, and its Implementation in National Law, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), *German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law*, 2014, S. 581
- Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017
- Schmahl, Die völkerrechtsdogmatische Einordnung internationaler Menschenrechtsverträge, *JuS* 2018, S. 737
- Schmahl, Kinderrechte im internationalen Recht in Geschichte und Gegenwart, in: Richter/Krappmann/Wapler (Hrsg.), *Kinderrechte: Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts*, 2020, S. 57
- Schmahl, Verpflichtet das Völkerrecht zur Einführung von Kinderrechten ins Grundgesetz? Ein Statement in 18 Thesen, *RdJB* 2020, S. 5
- Schmahl, *United Nations Convention on the Rights of the Child, Article-by-Article Commentary*, 2021
- Schorkopf, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017
- Skelton, International Children's Rights Law: Complaints and Remedies, in: Kilkelly/Liefaard (Hrsg.), *International Human Rights of Children*, 2019, S. 65
- Smyth, Migration, Refugees, and Children's Rights, in: Kilkelly/Liefaard (Hrsg.), *International Human Rights of Children*, 2019, S. 421
- Sodan (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 4. Aufl. 2018

- Tobin* (Hrsg.), *The UN Convention on the Rights of the Child*, 2019
- Todres//King* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Children's Rights Law*, 2020
- Tomuschat*, Verwirrung über die Kinderrechte-Konvention der Vereinten Nationen, in: *Ruland/von Maydell/Papier* (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, Festschrift für Hans F. Zacher, 1998, S. 1143
- Uerpmann-Wittzack*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, *AVR* 54, 2016, S. 181
- Van Bueren*, *The International Law on the Rights of the Child*, 1995
- Verschraegen*, *Die Kinderrechtskonvention*, 1996
- Wapler*, *Kinderrechte und Kindeswohl*, 2015
- Wapler*, Religiöse Kindererziehung. Grenzen des Rechts, *RdJB* 2015, S. 420
- Wytenbach*, Übereinkommen über die Rechte des Kindes (CRC), in: *Pollmann/Lohmann* (Hrsg.), *Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch*, 2012, S. 317

Elemente kollektiver Rechtsdurchsetzung: Was braucht die Kinder- und Jugendhilfe?

Kirsten Scheiwe

*1. Rechtsdurchsetzung im Bereich des Kinder- und Jugendhilferechts – von Adressat*innen wird selten geklagt*

Betrachtet man die Klagehäufigkeit im Bereich des Kinder- und Jugendhilferechts, so lässt sich feststellen, dass es kaum individuelle Klagen zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen auf Leistungen der Hilfen zur Erziehung (§§ 27ff. SGB VIII) gibt. Auch zur Durchsetzung der Hilfen von jungen Volljährigen (§ 41 SGB VIII) wird nur wenig geklagt. Etwas häufiger sind Klagen auf Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche (§ 35a SGB VIII). Ein Blick auf die Rechtsprechung vor den Verwaltungsgerichten zeigt, dass Klagen auf Kostenerstattung und Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Trägern viel häufiger vorkommen als Klagen von Leistungsberechtigten im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe. Häufiger geklagt wird nur zur Durchsetzung des Rechtsanspruchs auf einen Platz und Förderung in einer Kindertageseinrichtung oder in Kindertagespflege (§§ 22 bis 24 SGB VIII). Ein ähnliches Ergebnis zeigen auch die Fallstatistiken des BRJ (Berliner Rechtshilfefond Jugendhilfe)¹. Es ging in 70 % der ausgewerteten Fälle aus 10 Jahren ombudschäftlicher Beratungen in Berlin um die Ablehnung von neu beantragten Jugendhilfeleistungen (50 %) sowie um Fälle, bei denen das Jugendamt eine laufende Jugendhilfeleistung beenden wollte (22 %). Zu Klagen kam es mit Unterstützung des BRJ in 10 Jahren seit 2002 in lediglich 21 Fällen (4 %), von denen in drei Fällen das Verfahren bis in die zweite Instanz vor das Oberverwaltungsgericht ging.

Dass es nur wenig Klagen im Bereich des Kinder- und Jugendhilferechts gibt, bedeutet jedoch nicht, dass Rechtsverwirklichung und Rechtsdurchsetzung keine Probleme aufwerfen würden. Vielmehr zeigen sich in diesem Feld exemplarisch Schwächen des Systems des Individualrechtsschutzes, die dazu geführt haben, dass Forderungen nach einer Stärkung von

1 *Berliner Rechtshilfefonds Jugendhilfe e.V.*, 10 Jahre Ombudschaft in der Berliner Jugendhilfe, 2012.

kollektiven Instrumenten der Rechtsdurchsetzung im Kinder- und Jugendhilferecht immer häufiger erhoben wurden, insbesondere zur Einführung von Ombudschäftsstellen im SGB VIII. Mit Inkrafttreten des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes (KJSG) am 10.6.2021 wurde die Verpflichtung der öffentlichen Träger zur Einführung von Ombudschäftsstellen in § 9a SGB VIII rechtlich geregelt.² Andere Vorschläge betreffen Verbandsklagerechte oder die Stärkung der Partizipation und Beteiligungsrechte von Verbänden und Adressat*innen der Kinder- und Jugendhilfe.

In diesem Beitrag wird nach einer Darstellung der Schwächen des Systems des Individualrechtsschutzes (2.) untersucht, welche Möglichkeiten der kollektiven Rechtsdurchsetzung bestehen (3.), die dann im Einzelnen untersucht werden: Verbandsklage (3.1), Prozessstandschaft („unechte“ Verbandsklage) (3.2), unabhängige Stellen, Beauftragte und Ombudschaft (3.3) sowie Mitbestimmung, Partizipation und Rechte im Verfahren (3.4). Die Untersuchung stellt dabei die Frage, welche dieser Instrumente kollektiver Rechtsdurchsetzung zur Verwirklichung der Rechte der Adressat*innen im Feld der Kinder- und Jugendhilfe nötig und geeignet erscheinen.

2. Über Schwächen des Systems des Individualrechtsschutzes und die Notwendigkeit von Instrumenten kollektiver Rechtsdurchsetzung

Durch Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung sollen Barrieren beim Zugang zum Recht (*access to justice*)³ zumindest partiell abgebaut und kompensiert werden und so für eine effektivere Rechtsdurchsetzung für die Gruppen gesorgt werden, für die der Zugang zum Recht schwierig ist. Der Zugang zum Recht ist ungleich verteilt; die Risiken und Kosten des individuellen Einklagens von Interessen können für ein Mitglied einer benachteiligten Gruppe unverhältnismäßig hoch sein, obwohl es kollektiven Interessen dienen würde diesen Rechtsstreit zu führen. Unter der Bezeichnung ‚*access to justice*‘ wird seit Ende der 1970er Jahre Forschung verstanden, die Hürden und Hindernissen der Rechtsdurchsetzung (etwa durch Sprach- oder Bildungsbarrieren, Einkommens- und Kostenaspekte)

2 Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG), BGBl. 2021 I, 1444.

3 Zu den Anfängen der ‘*access to justice*’-Forschung vgl. Garth/Cappelletti/Trocker, *Access to Justice: Comparative General Report*, RabelsZ 1976, S. 669. Cappelletti (Hrsg.), *Access to Justice*, Vier Bände, 1978; aus jüngerer Zeit: Rudolf, *Rechte haben, Recht bekommen: Das Menschenrecht auf Zugang zum Recht*, 2014; Kötter, *Besserer Zugang zum Recht (Access to Justice) durch staatliche Anerkennung informeller Justizsysteme?*, 2017.

und Möglichkeiten diese Barrieren abzubauen (etwa durch Prozesskostenhilfe, Pflichtverteidigung u.Ä.) thematisierte. ‚Access to justice initiatives‘ haben den Begriff aufgegriffen, und die Vereinten Nationen erklären dazu: „Access to justice is a basic principle of the rule of law. In the absence of access to justice, people are unable to have their voice heard, exercise their rights, challenge discrimination or hold decision-makers accountable.“⁴

Kollektive Interessen bestimmter benachteiligter Gruppen können nur schwer eingeklagt werden, wenn die prozessuale Geltendmachung davon abhängt, dass ein Individuum (quasi ‚für alle‘) einen konkreten Fall einklagt, denn dies kostet viel Zeit und möglicherweise auch einiges an Geld (Prozesskostenrisiko). Aufwand und Wirkung eines Rechtsstreits können aus individueller Perspektive unverhältnismäßig sein, wenn der Nachteil für die benachteiligte Person relativ ‚klein‘ ist, während die Summe aller individuellen ‚Schäden‘ zusammen genommen doch eine beträchtliche Größenordnung ausmachen kann und sich daher die gerichtliche Klärung der Rechtsfrage für die betroffene Gruppe insgesamt durchaus lohnen würde.⁵ Individuelle Rechtsdurchsetzung erfordert Sachkenntnis, Durchsetzungskraft und Selbstvertrauen der klagenden Person sowie die Fähigkeit, den notwendigen fachlichen Rat und rechtlichen Beistand einholen zu können – unwahrscheinlich, dass weniger durchsetzungsfähige Betroffene ihre Rechte gerichtlich geltend machen, obwohl es gerade im Interesse ‚schwächerer‘ Parteien wäre, rechtlichen Schutz zu mobilisieren. Problematisch ist auch, dass die Rechtskraftwirkung des individuellen Prozesses auf die beteiligten Parteien beschränkt bleibt. Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung sollen ‚Barrieren‘ beim Zugang zur Rechtsdurchset-

4 <https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/> (Zugriff 10.9.2021).

5 In der zivilrechtlichen Diskussion über kollektive Rechtsdurchsetzung wurde für dieses Phänomen der Begriff der ‚Streuschäden‘ geprägt. Gemeint ist damit die Schädigung einer Vielzahl von Personen bei gleichzeitig (relativ) geringer Schadenshöhe. „Durch Rechtsbruch können individuelle Schäden verursacht werden, deren Höhe im Einzelfall nur so gering ist, dass sich eine Rechtsverfolgung für den Geschädigten nicht lohnt. Dieses ‚rationale Desinteresse‘ an der Erhebung von Individualklagen ist problematisch, wenn Schäden sich häufen und in ihrer Kumulation zu unrechtmäßigen Gewinnen führen.“ (Meller-Hannich, Gutachten Teil A: Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – Bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess?, 2018, A104). Grundlegend bereits 1999 Basedow, Jürgen et.al. (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess. Verbandsklage und Gruppenklage, 1999.

zung und Mängel eines individualrechtlichen Rechtsschutzes abbauen und durch effektivere Rechtsdurchsetzung zumindest partiell kompensieren.

Besondere Probleme des Zugangs zum Recht stellen sich *für Adressat*innen von Sozialleistungen im Bereich des SGB VIII* aus verschiedenen Gründen. Ulrike Urban-Stahl, Mitbegründerinnen des Berliner Rechtshilfefonds Jugendhilfe e.V. (BRJ), hat über Probleme im Hilfeplanungs- und Klageverfahren geforscht.⁶ Danach haben benachteiligte Klientinnen und Klienten oft geringe persönliche Ressourcen wie Durchhalte- und Durchsetzungsfähigkeit, Bildungsstand, Wissen und Informationen über ihre Rechte. Es fehlen auch meist die für ein Klageverfahren notwendige emotionale Stabilität und finanziellen Mittel für die rechtliche Vertretung. Die Betroffenen wollen nicht, dass persönliche und intime Informationen über Krisen und Probleme in der Familie gerichtsöffentlich gemacht werden. Viele fürchten, es könnte zu Eingriffen in das Elternrecht kommen, wenn sie sich den Vorschlägen des Jugendamts widersetzen. Die Jugendlichen, Eltern oder jungen Erwachsenen haben auch Probleme, ohne fachliche Unterstützung in einem Gerichtsverfahren ihren Hilfebedarf selbst genau darzulegen. Genau das ist aber aus Gründen der Beweislastverteilung erforderlich. Außergerichtliche Unterstützung durch Beratung und auch Begleitung bei Gesprächen mit den Behörden scheinen in diesen Fällen wichtiger zu sein als Rechtsdurchsetzung durch Klagen vor Gericht.

Wie können unter diesen Bedingungen im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe die möglichst umfassende Gewährleistung sozialer Rechte des SGB VIII und anderer Gesetze sowie der Rechtsschutz gesichert werden? Lässt sich die Situation durch Instrumente kollektiver Rechtsdurchsetzung verbessern?

3. Formen der kollektiven Rechtsdurchsetzung

Zu den Möglichkeiten eines verbesserten Zugangs zum Recht gehören neben Beratung, Schlichtung und Mediation auch Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung.⁷ Wichtige Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung sind:

6 Urban, Wo kein Kläger, da kein Rechtsbruch? Zur Durchsetzung von individuellen Rechtsansprüchen in der Jugendhilfe, ZKJ 2006, S. 126, 127.

7 Vgl. Kocher, § 24 Kollektiver Rechtsschutz: Effektivität und Erforderlichkeit im Verbraucherrecht, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht. Beratungshandbuch, 2016.

- Verbandsklage
- Prozessstandschaft durch Verbände („unechte“ Verbandsklage)
- Rechtsschutzgewährung durch Rechtshilfefonds oder Verbände zur Minimierung des Kostenrisikos (wie beispielsweise der gewerkschaftliche Rechtsschutz für Mitglieder in Arbeits- und Sozialrechtsstreitigkeiten)
- unabhängige Stellen oder Beauftragte, Ombudschaft
- Partizipation und Beteiligungsrechte von Verbänden und von Adressat*innen der Kinder- und Jugendhilfe.

Diese Formen kollektiver Rechtsdurchsetzung werden im Einzelnen betrachtet und auf ihre Geeignetheit für den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe geprüft.

3.1 Die Verbandsklage

Ein Verbandsklagerecht ermöglicht es Verbänden, Rechtsverletzungen allgemeiner Interessen durch Klage zu verfolgen, ohne in eigenen Rechten verletzt zu sein, etwa im *Verbraucherschutzrecht* (§§ 22, 22a AGBG; § 8 Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb; Unterlassungsklagegesetz). Im *Naturschutzrecht* (§ 64 BNatSchG) ist dies in Planfeststellungsverfahren und bei Befreiungsfällen von Naturschutzgebiets- und Nationalparkverordnungen möglich. Auch zur Durchsetzung von *Barrierefreiheit* ist dies vorgesehen für Verbände, die die Interessen behinderter Menschen vertreten (§ 15 BGG⁸). Dem Verbandsklagerecht liegt die Annahme zugrunde, dass es in diesen Anwendungsbereichen bestimmte allgemeine, gemeinsame Interessen gibt (der Verbraucher*innen, der Bürger*innen im Hinblick auf Umweltschutz oder auf Barrierefreiheit), die durch Klage eines legitimierten Verbandes für eine große Gruppe von Betroffenen mit gemeinsamen Interessen geltend gemacht wird.

Voraussetzungen für Zulässigkeit der Verbandsklage sind (1) die Verletzung von Vorschriften, die dem speziellen *Schutzzweck* dienen, den auch der Verband verfolgt; (2) die *Anerkennung des Verbandes* (im BGG müssen die Verbände vom BMAS anerkannt werden; die Verfahren der Legitimation sind jedoch unterschiedlich), (3) der Verband muss für die Legitimation in seinem *satzungsmäßigen Aufgabenbereich* berührt sein, (4) je nach Geltungsbereich des Gesetzes muss der Verband auf *Bundes- und/oder*

8 Gesetz zur Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen, BGBl. I S. 1467, 1468; zuletzt geändert durch Teilhabestärkungsgesetz v. 2.6.2021 (BGBl. I S. 1387).

Landesebene tätig sein und (5) es muss sich um Fälle von *grundsätzlicher Bedeutung* handeln.

Die Verbandsklage wird im Verbraucherschutzrecht zwar häufig genutzt, doch zur Durchsetzung von Barrierefreiheit nach § 13 BGG (jetzt § 15 BGG) nur selten. Seit Einführung des Verbandsklagerechts 2002 wurde bis 2016 nur ein Fall einer Verbandsklage nach § 13 BGG (jetzt § 15 BGG) bekannt⁹: das Bundesverwaltungsgericht hatte 2006 die Verbandsklage von zwei Verbänden gegen das Eisenbahn-Bundesamt abgewiesen. *Welti* berichtet in der Evaluation des BGG 2014 lediglich über drei Verfahren mit Verbandsklage.¹⁰ Seit 2017 lief ein dreijähriges Modellprojekt von Verbänden, die behinderte Menschen vertreten, um die Möglichkeit der Verbandsklage zur Durchsetzung von Barrierefreiheit bekannter zu machen.¹¹

*Wäre ein Verbandsklagerecht ein geeignetes Instrument zur Rechtsdurchsetzung allgemeiner Interessen von Adressat*innen der Kinder- und Jugendhilfe?*

Bei der Einschätzung ist zu differenzieren zwischen der Durchsetzung von Rechten in Einzelfallentscheidungen über Leistungsansprüche einerseits und bei rechtlichen Planungsentscheidungen (z.B. Jugendhilfeplanung) andererseits. Im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe dominiert die Umsetzung der gesetzlichen Leistungsansprüche durch Einzelfallentscheidungen des öffentlichen Trägers auf kommunaler Ebene, etwa im gesamten Bereich der Hilfen zur Erziehung, der Hilfen für junge Volljährige etc. Es werden kaum Entscheidungen für eine große Gruppe von Adressat*innen erlassen, die vergleichbar wären mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Zivilrecht oder mit Praktiken von Banken, die eine Vielzahl von Verbraucher*innen betreffen und die häufig von Verbraucherschutzverbänden durch Feststellungs- oder Unterlassungsklage angegriffen werden. Individuelle Hilfeplanverfahren nach § 36 SGB VIII unterscheiden sich grundlegend vom Verfahren der Jugendhilfeplanung nach § 80 SGB VIII, das kommunale Planungsentscheidungen zum Gegenstand hat, die eine Vielzahl von Menschen betreffen und daher grundsätzlich geeignet erscheinen für kollektive Rechtsdurchsetzungsinstrumente. Es sind nicht nur die zuvor angesprochenen Gründe für geringe Rechtsdurchsetzung, die persönliche Ressourcen und Motive der Adressat*innen der Jugendhilfe betreffen, warum Adressat*innen der KJH nicht klagen wollen.

9 von Kossens/von der Heide/Maaß 2015, Rn 12; BT-Drucksache 18/7824 vom 9.03.2016, S. 42.

10 *Welti u.a.*, Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes, 2014.

11 http://www.rbm-rechtsberatung.de/wp-content/uploads/2017/01/mit_der_verbandsklage_zu_mehr_barrierefreiheit.html (Zugriff 10.9.2021).

Es ist auch strukturell die *Einzelfallbezogenheit* der meisten Entscheidungen der öffentlichen Träger über die Gewährung von Jugendhilfeleistungen und die Besonderheit der Anspruchsvoraussetzungen, die häufig unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden, welche von den Adressat*innen den Nachweis eines bestimmten Defizits oder Mangels verlangen und dann eine komplexe Einzelfallentscheidung erfordern.¹² Dies sind strukturelle Hindernisse dafür, dass ein Verband allgemeine Interessen von Adressat*innen der Kinder- und Jugendhilfe in diesem Bereich im Wege der Verbandsklage geltend machen könnte. Verbandsklagen eignen sich eher dazu Entscheidungen zu adressieren, die allgemeine Interessen einer größeren Zahl von Menschen gleichermaßen betreffen (wie etwa Allgemeine Geschäftsbedingungen von Unternehmen oder Entscheidungen im Planfeststellungsverfahren im Umweltrecht).

Es fragt sich dann, ob gegen Entscheidungen des öffentlichen Trägers im Rahmen der kommunalen *Jugendhilfeplanung* (§ 80 SGB VIII) die Verbandsklage ein sinnvolles Instrument sein könnte, denn diese Planungsentscheidungen berühren zweifelsohne eine große Zahl von Adressat*innen, wenn es etwa um die bedarfsgerechte Bereitstellung der erforderlichen Dienste und Einrichtungen oder um Finanzierungsentscheidungen geht und wenn diese nicht ausreichend geplant und vorhanden oder unterfinanziert sind. Die Rechtsnatur der Planungsentscheidungen ist nicht im SGB VIII geregelt.¹³ Die Partizipation soll über das Entscheidungsverfahren im Jugendhilfeausschuss erreicht werden, in dem auch freie Träger und andere Verbände repräsentiert sind und häufig auch eine Vertreterin des Kreisjugendrings (nach der Reform durch das KJSG sollen auch Mitglieder selbstorganisierter Zusammenschlüsse als beratende Mitglieder im Jugendhilfeausschuss vertreten sein, § 71 Abs. 2 SGB VIII).

Dabei stehen die Interessen der Adressat*innen möglicherweise im Gegensatz zu denen des öffentlichen Trägers oder auch des freien Trägers. Es fragt sich daher, welche Verbände legitimiert sein sollten, die

-
- 12 Zu den Besonderheiten der Konkretisierung von Rechtsansprüchen im Kinder- und Jugendhilferecht vgl. *Burghardt*, Recht und soziale Arbeit, Grundlagen für eine sozialpädagogische Fachlichkeit, 2001; *Maas*, Soziale Arbeit als Verwaltungshandeln – Systematische Grundlegung für Studium und Praxis, 1996; *Scheiwe*, Die Bedeutung der Erziehungs- und Sozialwissenschaften für das Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII), in: Deutscher Sozialrechtsverband (Hrsg.), Das Sozialrecht und seine Nachbardisziplinen, 2015, S. 129.
- 13 *Smessaert/Münder*, Rechtliche Vorgaben zur Jugendhilfeplanung im SGB VIII und ihre Auswirkungen auf die Jugendhilfepläne, in: Maykus/Schöne (Hrsg.), Handbuch Jugendhilfeplanung, 2010, S. 157.

gemeinsamen Interessen der Adressat*innen zu vertreten und ihre Rechte durchzusetzen. Der AGJ-Fachausschuss „Organisations-, Finanzierungs- und Rechtsfragen in der Jugendhilfe“ hat sich auch mit der Problematik der Verbandsklage 2003 befasst; in Thüringen haben die Fraktionen Die Linke, SPD und Bündnis 90/Die Grünen gemeinsam einen Entschließungsantrag im Landtag eingebracht, der u.a. die Prüfung der Einführung eines Verbandsklagerechts für die Zusammenschlüsse von Jugendverbänden fordert.¹⁴ Das Deutsche Kinderhilfswerk fordert, dass anerkannten Kinder- und Jugendverbänden die Möglichkeit eingeräumt wird, eine Verbandsklage zur Durchsetzung der Beteiligung von Kindern und Jugendlichen auf kommunaler Ebene einzuführen.¹⁵

Ein *Formulierungsvorschlag* für eine derartige Verbandsklage lautet:

„Ein anerkannter Träger der freien Jugendhilfe nach § 75 SGB VIII kann, ohne in eigenen Rechten verletzt zu sein, Rechtsbehelfe nach Maßgabe der Verwaltungsgerichtsordnung einlegen, wenn der Träger geltend macht, dass Kinder oder Jugendliche durch Planungen und Vorhaben einer Kommune nach den Absätzen 1 bis 3 *in ihren Beteiligungsrechten* verletzt worden sind.“

Auf kommunaler Ebene könnte die Verbandsklage ein sinnvolles Instrument zur Durchsetzung der Interessen von Kindern und Jugendlichen auf Partizipation bei Planungsentscheidungen sein, gestützt auch durch Art. 12 UN-Kinderrechtekonvention¹⁶. Es gibt jedoch viele offene Fragen, etwa welche Verbände legitimiert sein können. Über ein Verbandsklagerecht auf Beteiligung bei kommunalen Planungsentscheidungen – insbesondere im Bereich der Kinder- und Jugendhilfeplanung – hinaus sehe ich jedoch keinen weitergehenden Bedarf und Anwendungsbereich für eine Verbandsklage im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe.

3.2 *Prozessstandschaft durch Verbände* („unechte“ Verbandsklage)

Im Gegensatz zur Verbandsklage, bei der ein Verband Klage erheben kann, ohne dass die Verletzung konkreter Rechte einer Person mit Behin-

14 *Thüringer Landtag*, Drucksache 6/6828 zu Drucksache 6/6068 vom 20.02.2019.

15 *Deutsches Kinderhilfswerk*, Beteiligung von Kindern und Jugendlichen in Nordrhein-Westfalen. Handlungsvorschläge des Deutschen Kinderhilfswerkes für eine Verbesserung der gesetzlichen Rahmenbedingungen, 2017, S. 7.

16 Zu Art. 12 *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 12.

derung nachgewiesen werden müsste, kann bei der Prozessstandschaft ein Verband nur dann tätig werden, wenn eine in ihren eigenen Rechten verletzte Person einwilligt; ein Verband kann dann an Stelle der in ihren Rechten verletzten Rechtsinhaberin und mit deren Einverständnis klagen. Dies ermöglichen etwa § 85 (vormals § 63) SGB IX oder § 14 (vormals § 12) BGG. Beispielfhaft sei hier § 85 SGB IX zitiert:

§ 85 SGB IX Klagerecht der Verbände

Werden Menschen mit Behinderungen in ihren Rechten nach diesem Buch verletzt, können an ihrer Stelle und mit ihrem Einverständnis Verbände klagen, die nach ihrer Satzung Menschen mit Behinderungen auf Bundes- oder Landesebene vertreten und nicht selbst am Prozess beteiligt sind. In diesem Fall müssen alle Verfahrensvoraussetzungen wie bei einem Rechtsschutzersuchen durch den Menschen mit Behinderungen selbst vorliegen.

Damit können Verbände, die nach ihrer Satzung behinderte Menschen vertreten, an deren Stelle klagen.¹⁷ Dies entlastet die betroffene Person mit Beeinträchtigungen erheblich, hinsichtlich der Kosten, der erforderlichen Sachkenntnis und der mit dem Verfahren verbundenen Belastungen.

Auch im *Arbeitsrecht*¹⁸ gibt es zum Schutz von Arbeitnehmer*innen prozessstandschaftliche Klagbefugnisse, gesetzlich geregelt etwa in § 25 Heimarbeitsgesetz. Danach können die Länder Entgeltansprüche von Heimarbeiterinnen und Heimarbeitern mit Wirkung für und gegen diese einklagen. Auch bei der Durchsetzung der Rechte von Arbeitnehmer*innen auf Kurzarbeit in Betrieben mit Betriebsrat bestehen prozessstandschaftliche Befugnisse, die die Beschäftigten nicht selbst einklagen können, denn Arbeitgeber und Betriebsrat haben exklusive verfahrens- und prozessstandschaftliche Befugnisse, da die Einführung von Kurzarbeit mitbestimmungspflichtig ist (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). Wenn sich Betriebsrat und Arbeitgeber nicht auf Kurzarbeit einigen konnten, können Arbeitgeber oder Betriebsrat die Einigungsstelle anrufen, um Kurzarbeit durchzusetzen

17 Vgl. *Kap.*, Kollektive Rechtsdurchsetzung und Präzisierung, in: Hlava (Hrsg.), Barrierefreie Gesundheitsversorgung, Rechtliche Gewährleistung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsdurchsetzung, 2018, S. 337.

18 Zu Instrumenten der kollektiven Rechtsdurchsetzung im Arbeitsrecht vgl. *Pfarr/Kocher*, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998; sowie *Kocher*, Gesetzentwurf für eine Verbandsklage im Arbeitsrecht, 2002. Zur Verbandsklage im Sozialrecht vgl. *Höland*, Verbandsklagen im Verbraucherrecht und im Sozialrecht – vergleichende Überlegungen, 2013.

(etwa um Entlassungen zu vermeiden), deren Entscheidung dann verbindlich ist.

Aufgrund der *Asymmetrien in den Ressourcen und Machtverhältnissen* zwischen Leistungsträgern und Adressat*innen der Kinder- und Jugendhilfe mit Benachteiligungen oder in schwierigen Lebenslagen scheint mir die Prozessstandschaft durch Verbände durchaus ein sinnvolles Instrument zu sein, das zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung beitragen könnte. Dies wäre auch zur Durchsetzung individueller Leistungsansprüche möglich. Ob die Betroffenen dies jedoch wollen und in Anspruch nehmen, ist aus den oben genannten Gründen zumindest fraglich. Anders stellt es sich dar, wenn man sich eine konkrete Situation vorstellt, etwa die Durchsetzung der Rechte auf Hilfen für junge Volljährige nach § 41 SGB VIII, die in der Praxis häufig nicht gewährt werden.¹⁹ Berücksichtigt man, dass die Altersgruppe der über 15-Jährigen auch in der Beratungspraxis einen hohen Anteil hat und offenbar eher bereit ist, Unterstützung zur Durchsetzung der eigenen Rechte in Anspruch zu nehmen, so erscheint eine *Prozessstandschaft für Interessenverbände junger Menschen* durchaus sinnvoll. Zwei Fragen stellen sich:

- (1) *Welche Verbände und Vereinigungen wären legitimiert, die Prozessstandschaft zu übernehmen? Wessen Interessen sollen vertreten werden?* In dem von uns diskutierten Kontext würde ich dies auf die Interessenvertretung für Kinder, Jugendliche und junge Menschen beschränken. Es geht um Verbände, Organisationen und juristische Personen, die ein Interesse an der Einhaltung und Durchsetzung der Bestimmungen haben. Klagebefugt könnten Vereinigungen sein, die sich satzungsgemäß für die Gruppe der Kinder, Jugendlichen und jungen Menschen einsetzen; an den Zwecken, die in ihren Satzungen genannt werden, wäre anzuknüpfen (vgl. § 69 SGB IX, § 12 BGG, § 4 UKIG).
- (2) *Wie soll das Vorliegen der Voraussetzungen für die Legitimation festgestellt werden?* Dafür gibt es unterschiedliche Verfahren, dies ist einerseits ein konstitutionelles Eintragsverfahren (wie im Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen UKIG oder bei §§ 12, 13 Abs. 3 BGG) und der Erstellung einer offiziellen Liste nach Anmeldung – so etwa für die Vereinigungen, die Interessen behinderter Menschen vertreten und die beim BMAS angemeldet werden können. Die Alternative zum Eintragsverfahren wäre die

19 Zu den Hilfen für junge Volljährige nach § 41 SGB VIII vgl. *Tammen*, in: *Münder/Meysen/Trenczek* (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar SGB VIII*, 2019, § 41; *Wiesner*, *Hilfe für junge Volljährige. Rechtliche Ausgangsbedingungen*, 2014.

Überprüfung der Klagebefugnis im Einzelfall im gerichtlichen Verfahren, was ich angesichts der Strukturen der Kinder- und Jugendhilfe für sinnvoller halten würde. Das Gericht kann das rechtliche Interesse an der prozessstandschaftlichen Geltendmachung dann im Rahmen einer Prüfung der Sachurteilsvoraussetzungen überprüfen.

3.3 Unabhängige Stellen, Beauftragte, Ombudschaft

Die Schaffung von unabhängigen *Ombudschaftsstellen für die Kinder- und Jugendhilfe* als Beschwerde- und Beratungsstellen ist ein viel diskutiertes und überzeugendes Konzept, das auch in der wissenschaftlichen Literatur bereits ausführlich behandelt wurde.²⁰ Personensorgeberechtigte und junge Menschen, die Konflikte mit dem öffentlichen Träger oder mit Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe haben oder die ihre Bedarfe nicht angemessen berücksichtigt sehen, benötigen aufgrund von Machtasymme-

20 AFET, Positionspapier des AFET-Fachausschusses Jugendhilferecht und -politik; „Mit unabhängigen Ombudsstellen die Qualität in der Kinder- und Jugendhilfe stärken“, 2019; *Berliner Rechtshilfefonds Jugendhilfe e.V.*, 10 Jahre Ombudschaft in der Berliner Jugendhilfe, 2012; *Bundesnetzwerk Ombudschaft Kinder- und Jugendhilfe*, Gesetzliche Verankerung von Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe, 2019; *Hansbauer/Stork*, Ombudschaften für Kinder und Jugendliche – Entwicklungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Sachverständigenkommission 15. Kinder- und Jugendbericht (Hrsg.): Materialien zum 15. Kinder und Jugendbericht 2017, S. 155; *Müller/Gembalcyk*, Externe Beschwerdemöglichkeiten als ein Beitrag zur Sicherung der Rechte von Kindern, Das Jugendamt 2016, S. 413; *Rosenbauer/Schruth*, Ombudschaft als Mittel der Durchsetzung von Rechten junger Menschen und Familien in der Kinder- und Jugendhilfe, in: Gathen et.al., Vorwärts, aber nicht vergessen, 2019, S. 146; *Schindler*, Rechtsgrundlagen der ombudschaftlichen Tätigkeit, 2019; *Schindler*, Rechtsfragen ombudschaftlicher Tätigkeit in der Kinder- und Jugendhilfe. Forum Erziehungshilfen 2020, S. 57; *Schrappner*, Beschwerdemöglichkeiten und Ombudschaften in der Kinder- und Jugendhilfe, Dialog Erziehungshilfe 2013, S. 18; *Schruth*, Ombudschaft in der Jugendhilfe: Streitpunkte der Fachdebatte, Forum Erziehungshilfen 2020, S. 16; *Smessaert*, Fast angekommen im System? Was eine gesetzliche Regelung zur ombudschaftlichen Beratung bedeuten und bewirken kann, Das Jugendamt 2019, S. 2.; *Smessaert*, Jedes Mittel recht? Zur Implementierung von Ombudschaft im SGB VIII, Forum Erziehungshilfen 2020; *Urban-Stahl*, Ombuds- und Beschwerdestellen in der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland, 2011; *Urban-Stahl*, Die mögliche Verankerung von Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe, Forum Erziehungshilfen 2020, S. 4; *Urban-Stahl/Jann*, Beschwerdeverfahren in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe, 2014; *Wiesner*, Implementierung von ombudschaftlichen Ansätzen der Jugendhilfe im SGB VIII. Rechtsgutachten, 2012.

trien und besonderer Problemlagen eine unabhängige Beratung und Unterstützung zur Beilegung von Konflikten und bei der Formulierung ihrer Bedarfe und Interessen, bei Beschwerden und bei der Durchsetzung ihrer Interessen. Ombudtschaft (durch Beauftragte oder unabhängige Beschwerde- und Beratungsstellen) hat zum Ziel, diejenigen zu unterstützen, deren Bedarfe in der Kinder- und Jugendhilfe nicht ausreichend gedeckt wurden oder deren Rechte nicht verwirklicht wurden (Kinder, Jugendliche, junge Menschen, Personensorgeberechtigte). Das kann durch Beratung, aber auch durch rechtliche Unterstützung und Begleitung bis hin zur Unterstützung auf dem Klageweg geschehen. In vielen Bundesländern arbeiten bereits seit mehreren Jahren Vereine und Organisationen ombudtschaftlich, teilweise auch mit direkter Unterstützung der öffentlichen Träger und des Landes.

Die Notwendigkeit von Ombudtschaft wurde bereits mehrfach nachdrücklich dargelegt und fand endlich auch Niederschlag im Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG), das am 10.6.2021 in Kraft getreten ist.²¹ Die Einrichtung von unabhängigen, fachlich nicht weisungsgebundenen Ombudsstellen durch die Länder wurde in § 9a SGB VIII²² gesetzlich geregelt; dafür haben die Länder einen Sicherstellungsauftrag; die nähere Ausgestaltung obliegt dem Landesrecht. Die weiteren Entwicklungen sind daher für die Rechtsdurchsetzung von jungen Menschen und anderen Adressat*innen von höchstem Interesse und sollen evaluiert werden. An der Geeignetheit und Notwendigkeit vom Ombudtschaftsstellen als Instrument zur Unterstützung bei der Rechtsverwirklichung und Rechtsdurchsetzung von Adressat*innen der Kinder- und Jugendhilfe und als Instrument zum *Empowerment* besteht meines Erachtens kein Zweifel.

21 Zur Diskussion 2017 vgl. die Synopse zum Regierungsentwurf vom 12.4.2017 eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG) des DIJuF, DIJuF Interaktiv, www.kijup-sgbviii-reform.de.

22 § 9a SGB VIII Ombudsstellen: In den Ländern wird sichergestellt, dass sich junge Menschen und ihre Familien zur Beratung in sowie Vermittlung und Klärung von Konflikten im Zusammenhang mit Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe nach § 2 und deren Wahrnehmung durch die öffentliche und freie Jugendhilfe an eine Ombudsstelle wenden können. Die hierzu dem Bedarf von jungen Menschen und ihren Familien entsprechend errichteten Ombudsstellen arbeiten unabhängig und sind fachlich nicht weisungsgebunden. § 17 Absatz 1 bis 2a des Ersten Buches gilt für die Beratung sowie die Vermittlung und Klärung von Konflikten durch die Ombudsstellen entsprechend. Das Nähere regelt das Landesrecht.

Als erstes Bundesland hat Niedersachsen einen Gesetzentwurf²³ vorgelegt, der die Einrichtung von vier regionalen und einer überregionalen Ombudstelle vorsieht. Vorgesehen ist die Finanzierung der regionalen Ombudstellen mit je 200.000 Euro jährlich (kalkuliert auf der Basis von einer Stellenbesetzung mit 2,5 hauptamtlichen Vollzeitkräften) und der überregionalen Ombudstelle mit 300.000 Euro jährlich. Die landesrechtliche Umsetzung des § 9a SGB VIII sowie die Praxis und Evaluation dieser wichtigen Form kollektiver Rechtsberatung und -durchsetzung im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe ist eine wichtige Aufgabe der rechtswissenschaftlichen und empirischen Forschung.

Werden über Ombudschaftsstellen auf kommunaler Ebene hinaus *weitere Beauftragte oder ‚Stellen‘* benötigt, wie sie etwa im Antidiskriminierungsrecht in Umsetzung der EU-Richtlinien vorgesehen sind?²⁴ Modelle wären etwa die *Bundes- oder Landesbeauftragten* für die Belange behinderter Menschen oder die *Antidiskriminierungsstelle* auf Ebene des Bundes, der Länder oder einzelner Städte, die Vorbild für ähnliche Einrichtungen für den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe sein könnten. Eine *Kinderbeauftragte* auf Bundesebene gibt es nicht; allerdings gut 100 Kinderbeauftragte auf kommunaler Ebene, die auch ombudtschaftliche Aufgaben wahrnehmen und Beschwerden nachgehen, und einige wenige auf Landesebene.²⁵ So ist die Aufgabe des Kinderbeauftragten in Sachsen-Anhalt u.a., die Sicht der Kinder auf Gesetzesvorhaben und Maßnahmen der Landespolitik einzubringen.

23 Gesetz zur Änderung des Niedersächsischen Gesetzes zur Ausführung des Achten Buchs des Sozialgesetzbuchs und zur Niedersächsischen Kinder- und Jugendkommission, https://www.niedersachsen.de/download/172460/Entwurf_eines_Gesetzes_zur_Aenderung_des_Niedersaechsischen_Gesetzes_zur_Ausfuhrung_des_Achten_Buchs_des_Sozialgesetzbuchs_und_zur_Niedersaechsischen_Kinder_und_Jugendkommission_PDF.pdf (Zugriff 10.1.2022, zu diesem Zeitpunkt befindet sich der Entwurf in der Verbändeberatung).

24 Vgl. *Scheiwe*, Vorbemerkung zur Verfahrensbeteiligung, zum Klagerecht von Verbänden und den Stellen zur Beobachtung, Analyse und Unterstützung der Richtlinien, in: Rust u.a. (Hrsg.), Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, Loccumer Protokolle 40/03, 2003, S. 291, sowie *Scheiwe/Wolff*, Organisationstheoretische und rechtliche Überlegungen zur Errichtung einer oder mehrerer Stellen zur Beobachtung, Analyse und Unterstützung der Richtlinien 2000/43/EG und 2002/73/EG, in: Rust u.a. (Hrsg.), ebd., S. 325.

25 Vgl. Kurzinformation ‚Kinderbeauftragte‘ des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags, <https://www.bundestag.de/resource/blob/576426/b0c58cbe618ba71bcae9df0125ca2c4a/WD-9-071-18-pdf-data.pdf> (Zugriff 10.9.2021).

Ich nehme als beispielhafte Beschreibung der *Aufgaben* von Stellen die Formulierungen im Rahmen der *EU-Antidiskriminierungsrichtlinien*.²⁶ Übertragen auf die Belange von jungen Menschen und Familien würde das bedeuten, dass Stellen die Verwirklichung der Aufgaben des Kinder- und Jugendhilferechts für junge Menschen fördern, analysieren, beobachten und unterstützen sollten. Ähnliche Aufgaben hat ja bereits die unabhängige Monitoring-Stelle für die Umsetzung der UN-KRK, die beim Deutschen Institut für Menschenrechte angesiedelt ist. Sie berät Politik und Zivilgesellschaft bei der Auslegung und kindgerechten Umsetzung der UN-KRK, fördert eine kinderrechtbasierte Forschung, nimmt aber keine Ombudsaufgaben wahr und hat nicht die Befugnis, Beschwerden nachzugehen oder in Einzelfällen rechtlich zu beraten.

Bei den Antidiskriminierungsstellen ist dagegen nach EU-Recht vorgesehen, dass es auch zu den Zuständigkeiten dieser Stellen gehört, unbeschadet der Rechte der Betroffenen und der Verbände, diese auf unabhängige Weise dabei zu unterstützen, ihrer Beschwerde wegen Diskriminierung nachzugehen. Der oder die Beauftragte wäre (wie nach §§ 17, 18 BGG) bei allen Gesetzes-, Verordnungs- oder sonstigen wichtigen Vorhaben zu beteiligen und hat ein Akteneinsichts- und Auskunftsrecht.

Eine Möglichkeit wäre die Einrichtung einer Stelle oder eines/r Beauftragten als bundesweite Ombudsstelle für die Rechte von Kindern und Jugendlichen, die aus Bundesmitteln des Kinder- und Jugendplans finanziert würde. Ein*e Beauftragte*r könnte bei der Regierung oder einem

26 Die Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG und die Gender-Richtlinie 2002/73/EG schreiben in *Art. 8a RL 2002/73/EG* sowie in *Art. 13 RL 2000/43/EG* die Einrichtung von Stellen zur Beobachtung, Analyse und Unterstützung der Umsetzung dieser Richtlinien vor. Danach ist jeder Mitgliedstaat der EU verpflichtet, eine oder mehrere Stellen einzurichten, deren Aufgabe darin besteht, die Verwirklichung der Gleichbehandlung aller Personen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der Rasse oder der ethnischen Herkunft zu fördern, zu analysieren, zu beobachten und zu unterstützen. Diese Stellen können Teil von Einrichtungen sein, die auf nationaler Ebene für den Schutz der Menschenrechte oder der Rechte des Einzelnen zuständig sind. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass es zu den Zuständigkeiten dieser Stellen gehört, unbeschadet der Rechte der Opfer und der Verbände, der Organisationen oder anderer juristischer Personen die Opfer von Diskriminierungen

- a) auf unabhängige Weise dabei zu unterstützen, ihrer Beschwerde wegen Diskriminierung nachzugehen
- b) unabhängige Untersuchungen zum Thema der Diskriminierung durchzuführen
- c) unabhängige Berichte zu veröffentlichen und Empfehlungen zu allen Aspekten vorzulegen, die mit diesen Diskriminierungen in Zusammenhang stehen.

Ministerium angesiedelt werden (wie die Antidiskriminierungsstelle des Bundes oder der/die Beauftragte für die Belange behinderter Menschen). Aus Gründen des Föderalismus wären wohl Landesbeauftragte sinnvoller aufgrund der Kompetenzen und Zuständigkeiten im Rahmen des Kinder- und Jugendhilferechts.

Eine der Aufgaben könnte die unabhängige Berichterstattung sein. Eine gesetzliche Verpflichtung in jeder Legislaturperiode einen Jugendbericht²⁷ sowie den Familienbericht vorzulegen besteht bereits. Auch die Monitoringstelle zur UN-Kinderrechtskonvention (KRK) ist zum Monitoring der Verwirklichung von Kinderrechten verpflichtet.²⁸ Doppelungen sollten vermieden werden; deshalb müsste über den Inhalt einer Berichterstattungspflicht genauer nachgedacht werden.

3.4 Mitbestimmung, Partizipation, Rechte im Verfahren

Es ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen *kollektiven und individuellen Rechten auf Partizipation*; der Schwerpunkt in diesem Beitrag liegt auf der kollektiven Rechtsdurchsetzung. Eine weitere Unterscheidung bei kollektiven Rechten auf Beteiligung, ist die zwischen Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechten (wie im kollektiven Arbeitsrecht), zwischen Vetorechten und Beteiligungsrechten (wie etwa der Anhörung). Inhalt der Rechte und Rechtsfolgen bei Verletzung der Partizipationsrechte sind unterschiedlich, denn sie sind – vereinfacht gesagt – ‚stärker‘ oder ‚schwächer‘ ausgeprägt. Während Mitwirkung Elemente wie Informations-, Anhörungs- und Beratungsrechte umfasst, beinhalten Mitbestimmungsrechte die Möglichkeit, durch Verweigerung der Zustimmung zu einer Maßnahme diese zu verhindern; die fehlende Einigung kann dann durch den Spruch einer angerufenen Einigungsstelle ersetzt werden.

Wichtig ist auch, auf welcher Ebene kollektive Beteiligungsrechte gewährt werden – in politischen Entscheidungsprozessen auf kommunaler Ebene, auf Ebene der Länder (nur in der hessischen Verfassung sind seit 2018 Beteiligungsrechte explizit benannt), des Bundes oder in Planungs-

27 Die Bundesregierung ist verpflichtet, in jeder Legislaturperiode einen Bericht über die Lage junger Menschen und Entwicklungen der Kinder- und Jugendhilfe vorzulegen, der Bestandsaufnahme, Analyse und Vorschläge zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe enthalten soll; jeder dritte Bericht enthält einen Überblick über die Gesamtsituation; § 84 SGB VIII.

28 Art. 4 und Art. 44 UN-Kinderrechtskonvention zur Verpflichtung der Vertragsstaaten, an den Kinderrechtsausschuss zu berichten.

verfahren (wie in § 3 Abs. 1 BauGB). Beteiligungsrechte im Prozess der Entscheidung über die individuelle Leistungsgewährung wie das Wunsch- und Wahlrecht, Beteiligung im individuellen Hilfeplanverfahren, im gerichtlichen Verfahren vor Verwaltungs- oder Familiengerichten²⁹ sind wichtig, bleiben jedoch auf der individuellen Ebene. Dadurch, dass sich die Beteiligten jedoch auch einen Beistand zur Unterstützung suchen und diesen im Verfahren mitbringen können, hat dies ein kollektives Element.

3.4.1 Beteiligung von Kindern und Jugendlichen auf kommunaler Ebene

In den verschiedenen Bundesländern gibt es auf kommunaler Ebene Regelungen hinsichtlich der Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen: es gibt Soll-, Muss- und Kann-Formulierungen in den Gemeindeordnungen oder Kommunalverfassungen. Muss-Bestimmungen enthalten die Regelungen der Gemeindeordnungen oder Kommunalverfassungen von Baden-Württemberg, Brandenburg, Hamburg und Schleswig-Holstein, Soll-Bestimmungen schreiben fünf weitere Bundesländer vor.³⁰ Auch in kommunalen Satzungen können kollektive Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen enthalten sein, wie dies in mehreren Kommunen der Fall ist. Durch die Neuregelungen des KJSG sollen selbstorganisierte Zusammenschlüsse von Leistungsberechtigten und Adressat*innen der Kinder- und Jugendhilfe unterstützt, begleitet und gefördert werden (§ 4a SGB VIII). Selbstorganisierte Zusammenschlüsse sollen als beratende Mitglieder auch dem Jugendhilfeausschuss angehören (§ 71 Abs. 2 SGB VIII) und in den Arbeitsgemeinschaften beteiligt werden (§ 78 SGB VIII). Die Umsetzung dieser Regelungen im Landesrecht und in der Praxis ist daher von besonderem Interesse und genau zu beobachten und zu evaluieren.

29 Zur Beteiligung von Kindern und Jugendlichen im Familiengerichtsverfahren vgl. Scheiwe, Familienrecht, in: Richter/Krappmann/Wapler (Hrsg.), Kinderrechte, Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts, 2020, S. 119; zum Gerichts- und Verwaltungsverfahren Zaiane/Schiller, Beteiligung in Gerichts- und Verwaltungsverfahren, in: Richter/Krappmann/Wapler (Hrsg.), ebd., 473.

30 Zaiane/Schiller, *ibid.*, S. 500.

3.4.2 Beteiligung im Betriebserlaubnisverfahren und innerhalb von Einrichtungen

Eine andere Ebene wäre die *Beteiligung im Betriebserlaubnisverfahren*, in dem der öffentliche Träger Einrichtungen die Betriebserlaubnis erteilt (§ 45ff. SGB VIII) oder die *Partizipation von Kindern und Jugendlichen innerhalb von Einrichtungen*, und zwar nicht nur im Rahmen von Beschwerdeverfahren³¹, sondern auch bei Personalentscheidungen oder anderen wichtigen Angelegenheiten, welche die Einrichtung und ihre Angebote betreffen. Hier sind die Partizipationsrechte bisher nur gering entwickelt und gesetzlich kaum geregelt, sodass noch viele Forderungen offen sind und Partizipationsverfahren eingeführt werden sollten. Einen Schritt in diese Richtung ist das KJSG gegangen und hat mit Wirkung ab 10.6.2021 geregelt, dass Träger der freien Jugendhilfe im Rahmen des Betriebserlaubnisverfahrens gemäß § 45 SGB VIII gewährleisten müssen, dass sich junge Menschen innerhalb und außerhalb der Einrichtung beschweren können (§ 45 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII).

4. Fazit

Die Schwächen des Individualrechtsschutzes im Bereich des Kinder- und Jugendhilferechts und die Notwendigkeit von Instrumenten der kollektiven Rechtsdurchsetzung wurden dargestellt und unterschiedliche Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung (Verbandsklage, Prozessstandschaft, unabhängige Stellen, Beauftragte und Ombudschaft sowie Mitbestimmung, Partizipation und Rechte im Verfahren) diskutiert. Im Ergebnis könnte die Einführung einer Verbandsklage auf Beteiligung bei kommunalen Planungsentscheidungen, insbesondere im Bereich der Kinder- und Jugendhilfeplanung, ein sinnvolles Instrument zur Durchsetzung der Interessen von Kindern und Jugendlichen auf Partizipation bei Planungs-

31 Zur Erteilung einer Betriebserlaubnis für Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe ist es erforderlich, dass diese ein Konzept für ein geeignetes Beschwerdeverfahren zur Sicherung der Rechte von Kindern und Jugendlichen vorlegen, § 45 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII. Zu Schutzkonzepten in der Pflegekinderhilfe als partizipativen Organisationsentwicklungskonzepten zur Stärkung der Rechte von Kindern vgl. *Husmann/Rusack*, Schutzkonzepte in der Pflegekinderhilfe, Sozial Extra 2020, S. 151–153. Die Vorlage von Konzepten zum Schutz vor Gewalt durch den antragstellenden Träger ist nach der Reform durch das KJSG gesetzlich vorgeschrieben, § 45 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII.

entscheidungen sein, gestützt auch durch Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention.³² Es gibt jedoch viele offene Fragen, etwa welche Verbände legitimiert sein könnten. Die Prozessstandschaft („unechte Verbandsklage“) durch Interessenverbände junger Menschen kann ebenfalls ein sinnvolles Instrument zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung sein, auch zur Durchsetzung individueller Rechtsansprüche. Im Bereich der Ombudschaft hat sich endlich durch das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz 2021 eine schon lange geforderte Veränderung ergeben, da durch § 9a SGB VIII nunmehr die Einrichtung von Ombudstellen verpflichtend ist und von den Ländern umgesetzt werden muss; die Beobachtung und Begleitung dieses Prozesses und der damit verbundenen offenen rechtlichen und sozialpolitischen Probleme sind wichtige Aufgaben der Forschung und aufschlussreich für die Frage, welchen Beitrag diese Institutionen zur kollektiven Rechtsdurchsetzung im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe leisten können, denn in diesem Feld wurde bisher von Adressat*innen kaum geklagt, und die Strukturen unabhängiger Beratung und Unterstützung sowie der Selbstvertretung waren bisher nur gering entwickelt. Es ist zu hoffen, dass sich dies ändert; weitere Reformen – wie hier vorgeschlagen – sind jedoch wünschenswert und durch Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention indiziert.

Literaturverzeichnis

- AFET (2019): Positionspapier des AFET-Fachausschusses Jugendhilferecht und -politik „Mit unabhängigen Ombudsstellen die Qualität in der Kinder- und Jugendhilfe stärken“. https://www.afet-ev.de/aktuell/AFET_intern/2019/Positionspapier-Ombudschaften-JHR-280319-Endfassung.pdf?m=1554284820.
- Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus/Kötz, Hein/Baethke, Dietmar (Hrsg.) (1999): Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess. Verbandsklage und Gruppenklage. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Berliner Rechtshilfefonds Jugendhilfe e.V. (2012): 10 Jahre Ombudschaft in der Berliner Jugendhilfe. https://ombudschaft-nrw.de/pdf/Berliner_Rechtshilfefonds_Jugendhilfe_e.V._10_Jahre_.pdf
- Bundesnetzwerk Ombudschaft Kinder- und Jugendhilfe (2019): Gesetzliche Verankerung von Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe: Positionen des Bundesnetzwerks Ombudschaft <https://ombudschaft-jugendhilfe.de/2019/11/positionierung-des-bundesnetzwerks-ombudschaft-zur-gesetzlichen-verankerung-von-ombudschaft-in-der-kinder-und-jugendhilfe/positionspapier-bnw-ombudschaft/>.

32 Zu Art. 12 *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 12.

- Burghardt, Heinz (2001): Recht und soziale Arbeit, Grundlagen für eine sozialpädagogische Fachlichkeit. Weinheim: Beltz Juventa.
- Cappelletti, Mauro (Hrsg.) (1978): Access to Justice. 4 Bände. Mailand: Giuffrè Editore, Alphen aan den Rijn, Sijthoff/Noordhoff.
- Garth, Bryant/ Cappelletti, Mauro/Trocker, Nicolo (1976): Access to Justice: Comparative General Report, *Rebels Zeitschrift*, 40 (3/4). S. 669–717.
- 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.
- Hansbauer, Peter/Stork, Remi (2017): Ombudschaften für Kinder und Jugendliche – Entwicklungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Sachverständigenkommission 15. Kinder- und Jugendbericht (Hrsg.), Materialien zum 15. Kinder und Jugendbericht. Zwischen Freiräumen, Familie, Ganztagschule und virtuellen Welten – Persönlichkeitsentwicklung und Bildungsanspruch im Jugendalter. München: Deutsches Jugendinstitut, S. 155–201.
- Hlava, Daniel (2018): Barrierefreie Gesundheitsversorgung, Rechtliche Gewährleistung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsdurchsetzung. Baden-Baden: Nomos.
- Husmann, Laura/Rusack, Tanja (2020): Schutzkonzepte in der Pflegekinderhilfe, *Sozial Extra* 44. S. 151–153
- Höland, Armin (2013): Verbandsklagen im Verbraucherrecht und im Sozialrecht – vergleichende Überlegungen, in: Welti, Felix (Hrsg.): Rechtliche Instrumente zur Durchsetzung von Barrierefreiheit. Kassel: Kassel University Press, 113–124.
- Kocher, Eva (2016): § 24 Kollektiver Rechtsschutz: Effektivität und Erforderlichkeit im Verbraucherrecht, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht. Beratungshandbuch, 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos-Verlag.
- Kötter, Matthias (2017): Besserer Zugang zum Recht (Access to Justice) durch staatliche Anerkennung informeller Justizsysteme? Zur Relevanz rechtssoziologischer Forschung für die Außen- und Entwicklungspolitik, SFB-Governance Working Paper Series Nr. 74, DFG Sonderforschungsbereich 700, Berlin.
- Maas, Udo (1996): Soziale Arbeit als Verwaltungshandeln – Systematische Grundlegung für Studium und Praxis, Weinheim: Beltz Juventa.
- Meller-Hannich, Caroline (2018): Sammelklagen, Gruppenklagen, Verbandsklagen – Bedarf es neuer Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes im Zivilprozess? Gutachten, in: Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018 Bd. I: Gutachten Teil A. München: Beck.
- Müller, Margareta/Gembalczyk, Sabine (2016): Externe Beschwerdemöglichkeiten als ein Beitrag zur Sicherung der Rechte von Kindern. Das Jugendamt. S. 413.
- Pfarr, Heide/Kocher, Eva (1998): Kollektivverfahren im Arbeitsrecht. Arbeitnehmerschutz und Gleichberechtigung durch Verfahren. Baden-Baden: Nomos.

- Rosenbauer, Nicole/Schruth, Peter (2019): Ombudschaft als Mittel der Durchsetzung von Rechten junger Menschen und Familien in der Kinder- und Jugendhilfe, in: Gathen, Marion/Meysen, Thomas/Koch, Josef: Vorwärts, aber nicht vergessen! – Entwicklungslinien und Perspektiven in der Kinder- und Jugendhilfe. Weinheim, Basel: Beltz Juventa, S. 146.
- Rudolf, Beate (2014): Rechte haben, Recht bekommen: Das Menschenrecht auf Zugang zum Recht, Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte.
- Scheiwe, Kirsten (2003): Vorbemerkung zur Verfahrensbeteiligung, zum Klagerecht von Verbänden und den Stellen zur Beobachtung, Analyse und Unterstützung der Richtlinien, in: Rust, Ursula/Däubler, Wolfgang/Falke, Josef/Lange, Joachim/Plett, Constanze/ Scheiwe, Kirsten/Sieveling, Klaus (Hrsg.), Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland. Rehbürg-Loccum: Loccumer Protokolle 40/03, S. 291–300.
- Scheiwe, Kirsten (2015): Die Bedeutung der Erziehungs- und Sozialwissenschaften für das Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII). In Deutscher Sozialrechtsverband (Hrsg.), Das Sozialrecht und seine Nachbardisziplinen. 13. Sozialrechtslehrtagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes e.V. 2015. Berlin: Erich Schmidt, S. 129–152.
- Scheiwe, Kirsten (2020): Familienrecht, in: Richter, Ingo/Krappmann, Lothar/Wapler, Friederike (Hrsg.), Kinderrechte, Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts. Baden-Baden: Nomos, S. 119–152.
- Scheiwe, Kirsten/Wolff, Stephan (2003): Organisationstheoretische und rechtliche Überlegungen zur Errichtung einer oder mehrerer Stellen zur Beobachtung, Analyse und Unterstützung der Richtlinien 2000/43/EG und 2002/73/EG, in: Rust u.a. (Hrsg.), ebd. S. 325–348.
- Schindler, Gila (2019): Rechtsgrundlagen der ombudtschaftlichen Tätigkeit. Handlungs- bzw. Vertretungsbefugnisse und ihre Grenzen. Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesnetzwerks Ombudschaft. https://ombudschaft-jugendhilfe.de/wp-content/uploads/OMBUD_Jugendhilfe_Gutachten_Druckversion.pdf
- Schindler, Gila (2020): Rechtsfragen ombudtschaftlicher Tätigkeit in der Kinder- und Jugendhilfe, in: Forum Erziehungshilfen, Heft 1, S. 57–60.
- Schmahl, in: Schmahl, Kinderrechtskonvention, KRK Art. 12, 2. Auflage 2017Schraper, Christian (2013): Beschwerdemöglichkeiten und Ombudschaften in der Kinder- und Jugendhilfe. Historische Begründungen und systematische Überlegungen zu einer besonderen Verpflichtung des AFET. Dialog Erziehungshilfe, S. 18.
- Schruth, Peter (2020): Ombudschaft in der Jugendhilfe: Streitpunkte der Fachdebatte. Forum Erziehungshilfen, S. 16–21.
- Smessaert, Angela (2019): Fast angekommen im System? Was eine gesetzliche Regelung zur ombudtschaftlichen Beratung bedeuten und bewirken kann. Das Jugendamt, S. 2–6.
- Smessaert, Angela (2020): Jedes Mittel recht? Zur Implementierung von Ombudschaft im SGB VIII. Forum Erziehungshilfen, S. 2–6.

- Smessaert, Angela/Münder, Johannes* (2010): Rechtliche Vorgaben zur Jugendhilfeplanung im SGB VIII und ihre Auswirkungen auf die Jugendhilfepläne, in: Maykus, S./Schöne, R. (Hrsg.), *Handbuch Jugendhilfeplanung*. VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 157.
- Tammen, Britta* (2019): SGB VIII § 41, in: Münder, Johannes/Meysen, Thomas/Trenczek, Thomas (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar SGB VIII*. 8. Aufl. Baden-Baden: Nomos.
- Trenczek, Thomas/Heinz, Stefan* (2015): Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe – Interessenvertretung oder Fürsorge? *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, Heft 4/2015, S. 348–358, ZJJ 4/2015, S. 348–359.
- Urban, Ulrike* (2006): Wo kein Kläger, da kein Rechtsbruch? Zur Durchsetzung von individuellen Rechtsansprüchen in der Jugendhilfe, ZKJ 2006, S. 126–128.
- Urban-Stahl, Ulrike* (2011): Ombuds- und Beschwerdestellen in der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland. Beiträge zur Qualitätsentwicklung im Kinderschutz Bd.1. Köln: Nationales Zentrum Frühe Hilfen.
- Urban-Stahl, Ulrike* (2020): Die mögliche Verankerung von Ombudschaft in der Kinder- und Jugendhilfe: Überlegungen zu Folgen und Nebenwirkungen. *Forum Erziehungshilfen*, S. 4 – 9.
- Urban-Stahl, Ulrike, Jann, Nina* (2014): *Beschwerdeverfahren in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe*. München; Basel: Ernst Reinhardt Verlag.
- Welti, Felix u.a.* (2014): Evaluation des Behindertengleichstellungsgesetzes (BGG) Abschlussbericht (mit Henning Groskreutz, Daniel Hlava, Tonia Rambašek, Diana Ramm und Johanna Wenckebach), BMAS-Forschungsberichte 445, Berlin.
- Wiesner, Reinhard* (2012): Implementierung von ombudschaftlichen Ansätzen der Jugendhilfe im SGB VIII. Rechtsgutachten, 2012.
- Wiesner, Reinhard* (2014): Hilfe für junge Volljährige. Rechtliche Ausgangsbedingungen. Internationale Gesellschaft für erzieherische Hilfen e.V. (IGfH) Frankfurt a. M.
- Zaiane, Linda/Schiller, Sebastian* (2020): Beteiligung in Gerichts- und Verwaltungsverfahren, in: Richter, Ingo/Krappmann, Lothar/Wapler, Friederike (Hrsg.), *Kinderrechte, Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts*. Baden-Baden: Nomos, S. 473–512.

Gesicherte Rechtsansprüche versus infrastrukturelle Maßnahmen – oder geht auch beides?

Thomas Meysen

Gewähren Jugendämter oder Träger der Eingliederungshilfe Leistungen nach SGB VIII oder SGB IX, so haben sie zuvor das Vorliegen der Leistungsvoraussetzungen eingehend geprüft und sind dabei tief eingedrungen in die Lebenswelt sowie Persönlichkeitsrechte der Leistungsberechtigten. Diese können nur dann ihre Ansprüche auf Leistungen durchsetzen, wenn sie ihren Pflichten zur Mitwirkung an der behördlichen Amtsermittlung nachkommen. Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis unterstützt also einerseits die Durchsetzung von Rechtsansprüchen in einem gerichtlich nachprüfbaren Verfahren. Es begrenzt andererseits aber auch die Selbstbestimmung bei der Inanspruchnahme von Hilfen. Der Antrag auf eine Sozialleistung bringt eine Unterwerfung unter die Systemlogiken und die Deutungshoheit der Sozialleistungsträger mit sich. Für eine Vielzahl an Leistungsberechtigten der Kinder- und Jugendhilfe und Eingliederungshilfe ist dies der sachgerechte und auch in der eigenen Wahrnehmung passende Weg zur Inanspruchnahme der Leistungen. Für andere allerdings wird dem Recht auf bedarfsgerechte Leistungen nur Genüge getan, wenn sie ihr Recht auf Hilfe selbstbestimmt-direkt, also niedrighschwellig verwirklichen können, also durch Zugang zu Infrastruktur ohne vorheriges Antragsprüfungsverfahren beim Sozialleistungsträger. Denn auch die Kinder- und Jugendhilfe und die Eingliederungshilfe tragen eine paternalistische Grundveranlagung und das Risiko einer Kolonialisierung von Lebenswelten systemimmanent in sich. Rechtsansprüche und Infrastruktur stehen folglich nur vermeintlich in einem Gegensatz zueinander. Vielmehr ergänzen sie sich notwendig, wenn bedarfsgerechte Angebote der Kinder- und Jugendhilfe sowie der Eingliederungshilfe gestaltet werden sollen. Sowohl zweiseitige als auch dreiseitige Finanzierung von Leistungen birgt Risiken und Chancen bei der Erfüllung der Rechtsansprüche und keine kann für sich in Anspruch nehmen, die Rechte aller Leistungsberechtigten besser zu wahren als die andere. Die Erfüllung der Rechtsansprüche und die Verwirklichung der Selbstbestimmung der Leistungsberechtigten erfordern daher ein hybrides System der Finanzierung bei der Angebotsgestaltung mit einer strukturell verankerten Qualitätssicherung.

1 Hilfe kolonialisiert Lebenswelten

Die Träger der öffentlichen Jugendhilfe sind verpflichtet, den Bedarf an Einrichtungen und Diensten zu ermitteln und zur Befriedigung des Bedarfs die notwendigen Vorhaben rechtzeitig und ausreichend zu planen (§ 80 Abs. 1 SGB VIII). Sie sind angehalten, dabei die Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der jungen Menschen und der Personensorgeberechtigten zu berücksichtigen (§ 80 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII). Auch das Entstehen einer bedarfsgerechten Angebotspalette ist somit – nach der gesetzlichen Konstruktion – eine Koproduktion. Planungs- und entscheidungsverantwortlich ist der Jugendhilfeausschuss, dem auch die Träger der freien Jugendhilfe angehören. Mitbestimmen sollen die Leistungsberechtigten insoweit, als ihre Vorstellungen Grundlage der Planung sein sollen. Auch der Bundesgesetzgeber mischt mit, indem er Eckpunkte der Bedarfsgerechtigkeit definiert, etwa die Sicherstellung eines Zusammenwirkens der Angebote in den Lebens- und Wohnbereichen von jungen Menschen und Familien, die Ermöglichung von Kontakterhalt und -pflege in der Familie und im sozialen Umfeld oder die besondere Förderung von jungen Menschen und Familien in gefährdeten Lebens- und Wohnbereichen (§ 80 Abs. 2 Nr. 1, 3 u. 5 SGB VIII).

In der Eingliederungshilfe nach SGB IX haben die Länder auf flächendeckende, bedarfsdeckende, am Sozialraum orientierte und inklusiv ausgerichtete Angebote hinzuwirken (§ 94 Abs. 3 SGB IX). Den Trägern der Eingliederungshilfe ist ein entsprechender Sicherstellungsauftrag zugewiesen (§ 95 SGB IX). Sie haben dabei Verbände der Freien Wohlfahrtspflege, der Selbsthilfegruppen und der Interessenvertretungen von Frauen mit Behinderungen sowie die maßgeblichen Spitzenverbände auf Bundesebene zu beteiligen (§ 36 Abs. 1 S. 3 SGB IX).

Im Wesentlichen definieren somit Staat, Kommunen und freie Träger beziehungsweise Leistungserbringer, welche Bedarfe die Adressat*innen der Kinder- und Jugendhilfe als solche angenommen werden beziehungsweise für die Befriedigung welcher Bedürfnisse ihnen Angebote unterbreitet werden. Diese paternalistische Grundveranlagung spiegelt sich in der konkreten Hilfe selbst. Werden Fachkräfte tätig, um zu helfen oder zu schützen, initiieren sie und wirken sie mit an oft bedeutsamen Veränderungen im Leben der betroffenen Personen. Entscheiden sie über die Gewährung konkreter Leistungen, treffen sie explizit oder implizit Aussagen darüber, ob sie eine Leistung für geeignet und erforderlich ansehen und wie die Fachkräfte beziehungsweise die Behörde den Bedarf einschätzen. Nicht nur bei der Leistungsgewährung auf Antrag, auch beim proaktiv-ungefragten Anbieten von Hilfe bewegen sich Fachkräfte

zwischen fürsorglicher Belagerung und Selbstbestimmung stärkender Ermächtigung.¹ Insgesamt sind Hilfen regelmäßig geprägt nicht nur von Zuhören, sondern auch von (sozial)pädagogischen oder therapeutischen Mitteln, etwas anzustoßen, von Überzeugen bis hin zu einem Überreden oder von Anreizen zu Inanspruchnahme.² Hilfe geht daher wesensimmanent einher mit Paternalismus und einer Gefahr der Kolonialisierung von Lebenswelten.³ Den Adressat*innen der Kinder- und Jugendhilfe sowie Eingliederungshilfe werden mit unterschwelliger Verbindlichkeit und mit dem Charme, Gutes zu wollen, Angebote unterbreitet. Dies erfolgt mal scheinbar zwanglos, mal mit „umzäunter Freiwilligkeit“.⁴ Im Ergebnis bleibt eine „unauffällige Verankerung systemischer Imperative“ der (Sozial-)Pädagogik, Therapie, Teilhabeunterstützung und Rehabilitation.⁵

Die paternalistische und kolonialisierende Veranlagung von Hilfen ist nicht per se etwas Kritikwürdiges oder gar Schlechtes. Sie ist vielmehr Begleiterscheinung von etwas Notwendigem und Wünschenswertem. Ethische Praxis wahrt Grund- und Menschenrechte durch eine von Selbstbestimmung geprägte Ermöglichungskultur. Sie verdient allerdings bewusster und stetiger Reflexion und erfordert Beteiligung als Garant für die Wirksamkeit von Hilfen.⁶ Zwar werden sich insbesondere im Kontext von schützenden Hilfen die Machtdisbalancen zwischen jungen Menschen sowie Eltern und Fachkräften nur begrenzt hin zu einer demokratischen

1 Beckmann, Elterliche Selbstbestimmung im Kinderschutz, 2021, S. 215 ff.; Dallmann/Volz, Ethik in der Sozialen Arbeit, 2013, S. 32 f.; Großmaß, Die Bedeutung der Care-Ethik für die Soziale Arbeit, in: Dungs (Hrsg.), Soziale Arbeit und Ethik im 21. Jahrhundert, 2006, S. 319 ff.

2 Dallmann/Volz, Ethik in der Sozialen Arbeit, 2013, S. 66.

3 Beckmann, Elterliche Selbstbestimmung im Kinderschutz, 2021, S. 452 ff.; Ziegler, Unerbetene Hilfen, Versuch einer Begründung einiger Kriterien zur Legitimation paternalistischer Eingriffe in der Sozialen Arbeit. In: Soziale Passagen 6, S. 253 ff.; Thiersch, Lebensweltorientierte Berufsidetitität in Spannungen der zweiten Moderne, In: Grunwald/Thiersch (Hrsg.): Praxishandbuch Lebensweltorientierte Soziale Arbeit, 2016, S. 484 (492); Neumann, Libertärer Paternalismus. Theorie und Empirie staatlicher Entscheidungsarchitektur, 2013, S. 39 f.

4 Loschky, Die Beratung mit angeordneter Teilnahme, in: Menne/Weber (Hrsg.), Professionelle Kooperation zum Wohle des Kindes. Hinwirken auf elterliches Einvernehmen im familiengerichtlichen Verfahren (FamFG), 2011, S. 137 ff.

5 Gängler/Rauschenbach, Sozialpädagogik in der Moderne, in: Müller/Otto (Hrsg.), Verstehen oder Kolonialisieren?, 1984, S. 169 (192 f.).

6 Pluto, Partizipation in den Hilfen zur Erziehung, 2007, S. 80.

Gestaltung als Begegnung unter Gleichberechtigten⁷ auflösen lassen.⁸ Aber die Bedingungen für eine Achtung der Selbstbestimmung der jungen Menschen und Erziehungspersonen betreffen nicht nur die gelebte (Sozial-)Pädagogik in der konkreten Hilfe, sondern auch die Ausprägungen und Grundorientierungen sowohl der Systeme der Kinder- und Jugendhilfe sowie Eingliederungshilfe insgesamt als auch der jeweiligen örtlichen Praxis.⁹ Zu betrachten ist daher, welchen Respekt das System mit seiner Ausgestaltung der Angebote den Adressat*innen entgegenbringt.¹⁰

2 Bedarfsgerechtigkeit erfordert Vielfalt der Finanzierungsformen bei der Angebotsgestaltung

Stellen Bürger*innen Anträge auf Leistungen nach SGB VIII oder SGB IX, unterliegt die Gewährung dezidierten Verfahrensvorgaben. Jugendamt und Träger der Eingliederungshilfe haben den Sachverhalt von Amts zu ermitteln und bestimmen dabei Art und Umfang der Ermittlungen (Untersuchungsgrundsatz: § 20 Abs. 1 SGB X). Die Leistungsberechtigten haben alle Tatsachen anzugeben, die für die Leistung erheblich sind. Sie sind verpflichtet, zuzustimmen, wenn der Sozialleistungsträger Auskünfte durch Dritte einholen will (§ 60 Abs. 1 Nr. 1 SGB I). Sie haben auf Verlangen der Behörde persönlich zu erscheinen oder sich ärztlichen und psychologischen Untersuchungsmaßnahmen zu unterziehen (§§ 61 f. SGB I). In der Kinder- und Jugendhilfe findet bei voraussichtlich längerer Gewährung der Leistung ein Hilfeplanverfahren statt (§ 36 Abs. 2 SGB VIII). In der Eingliederungshilfe – auch nach § 35a SGB VIII – findet unter Einsatz systematischer Arbeitsprozesse und standardisierter Arbeitsmittel eine Ermittlung des Rehabilitationsbedarfs statt (§ 13 Abs. 1, § 108 SGB IX). Regelmäßig werden Gutachten eingeholt (§ 13 SGB IX), Teilhabepläne erstellt (§ 19 SGB IX) und, soweit es um die Gewährung von Leistungen nach SGB IX geht, Gesamtplanverfahren durchgeführt (§§ 117 ff. SGB IX).

Alle diese Elemente gehen einher mit erheblicher Kontrolle familiärer Lebenswelten und persönlicher Verhältnisse. Leistungsberechtigte empfin-

7 Wolff, Forum Erziehungshilfen 2007, S. 132 ff.

8 Beckmann, Elterliche Selbstbestimmung im Kinderschutz, 2021, S. 443 ff.; Meysen, Forum Erziehungshilfen 2007, S. 140 f.

9 Olk/Otto, Institutionalisierungsprozesse sozialer Hilfe – Kontinuitäten und Umbrüche, in: Olk/Otto (Hrsg.), Soziale Dienste im Wandel 1, 1987, S. 1 ff.

10 Kelly/Meysen, Transnationale Grundlagen für ethische Praxis bei Interventionen wegen Gewalt gegen Frauen und Kinder, 2016.

den dies teilweise als Zumutung oder sogar als Verletzung der individuellen Integrität. Das Erfordernis einer Antragstellung auf Sozialleistungen beim Amt kann daher auch eine Hemmschwelle darstellen, die den Zugang zu Leistungen erschwert oder verhindert. Allgemein als Problem anerkannt und in den letzten Jahren intensiv öffentlich diskutiert ist dies im Kontext von Kindern psychisch kranker Eltern.¹¹ Im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Kinder psychisch- und suchtkranker Eltern heißt es dazu:

„Mit einer psychischen Erkrankung gehe oftmals ein krankheitsbedingt eingeschränktes Kommunikations- und Hilfesuchverhalten insbesondere im Hinblick auf die Beantragung von Hilfen zur Erziehung einher. Die gezielte Förderung von Motivation zur Inanspruchnahme von Leistungen auf Seiten der Eltern und der Kinder müsse darum als Bestandteil von Hilfen sowohl hinsichtlich der Hilfgewährung als auch der Hilfeausgestaltung Berücksichtigung finden.“¹²

Die Arbeitsgruppe betont daher die Notwendigkeit einer Stärkung niedrigschwelliger Zugänge zu Hilfen:

„Evaluationen dieser Modelle belegen, dass leichte und niedrigschwellige Zugänge zu Hilfe und Unterstützung durch die Kinder- und Jugendhilfe für Familien mit einem psychisch- oder suchterkrankten Elternteil besonders relevant sind.“¹³

Aus der Perspektive der Leistungsberechtigten geht es bei Angeboten in sozialräumlicher Infrastruktur in erster Linie darum, anderweitigen Zugang zu den benötigten Hilfen zu erhalten beziehungsweise diesen überhaupt erst zu ermöglichen, indem die Probleme bereits niedrigschwellig im Sozialraum aufgegriffen werden.¹⁴ Einzelfallhilfen und infrastrukturelle Angebote sind aus Betroffenenansicht somit nicht gegeneinander auszuspielen, sondern ergänzen und stärken sich wechselseitig.¹⁵ Dies hat das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz aufgegriffen und wie einen roten Faden quer

11 Siehe etwa die Fallbeispiele in *Meysen/Rixen/Schönecker*, Ist-Analyse zu Hilfe und Versorgung in Familien mit Kindern psychisch kranker Eltern. Rechtsexpertise, 2019, S. 163 ff.

12 *Arbeitsgruppe Kinder psychisch- und suchtkranker Eltern*, Abschlussbericht, 2020, S. 22.

13 *Arbeitsgruppe Kinder psychisch- und suchtkranker Eltern*, Abschlussbericht, 2020, S. 7.

14 *Meysen/Rixen/Schönecker*, Ist-Analyse zu Hilfe und Versorgung in Familien mit Kindern psychisch kranker Eltern. Rechtsexpertise, 2019, Rn. 284.

15 *AGJ*, Die Förderung von Infrastrukturleistungen in der Kinder- und Jugendhilfe stärken. Positionspapier, 2013.

durch das SGB VIII die ergänzende Stärkung niedrigschwelliger Angebote forciert.¹⁶

2.1 Dreiseitige und zweiseitige Finanzierungsformen im Fokus des Zugangs zu Leistungen

Kann die Antragstellung beim Amt Zugangsbarriere auf dem Weg zur Inanspruchnahme von Leistungen sein, lenkt dies den Blick auch auf die Finanzierungsformen für Leistungen. Leistungen, denen ein Antrag und eine anschließende Leistungsgewährung per Bescheid durch den Sozialleistungsträger zugrunde liegen, unterfallen grundsätzlich der dreiseitigen Entgeltfinanzierung. Bei direkter Inanspruchnahme von infrastrukturellen Angeboten durch die Leistungsberechtigten ohne vorherige behördliche Entscheidung über die Leistungsgewährung entfällt die direkte Beziehung zwischen Leistungsberechtigten und Sozialleistungsträger. Die Ermöglichung niedrigschwelliger Zugänge erfordert daher eine zweiseitige Finanzierung.¹⁷ Insofern haben Finanzierungsregelungen in Sozialgesetzbüchern einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Rechtswirklichkeit. Sie können sichernder und ermöglichender Faktor, aber auch Erschwernis sein bei der Bereitstellung bedarfsgerechter, passgenauer Angebote.

2.2 Dreiseitige Finanzierung als dominierende Form

Bedürftige treten nicht als Bittsteller, sondern als Berechtigte und Inhaber*innen von Rechtsansprüchen gegenüber den Sozialleistungsträgern auf und machen ihre Rechte geltend.¹⁸ Diesem Grundverständnis folgend dominieren in der derzeitigen Angebotslandschaft der Eingliederungshilfe, aber auch der Kinder- und Jugendhilfe dreiseitig finanzierte Leistungen. Auch die rechtlichen Vorgaben sowohl im SGB VIII als auch im SGB IX sind geprägt von einer Zentrierung auf Dreiecksfinanzierung (vgl. § 36 Abs. 2 SGB VIII, § 95 S. 2 i.V.m. §§ 123 ff. SGB IX). Die Inanspruchnahme

16 Eingehend Meysen, Bedarfsgerechte Hilfen, in: Meysen/Lohse/Schönecker/Smessaert, Das neue Kinder- und Jugendstärkungsgesetz, 2021, Kap. 4.

17 Meysen/Beckmann/Reiß/Schindler, Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, 2014, Rn. 2 ff.

18 Klie/Maier/Meyen, Verwaltungswissenschaft. Eine Einführung für soziale Berufe, 1999, S. 34 f.

wird, wie gesehen, Verfahrensvorgaben unterworfen, die eine niedrigschwellige Inanspruchnahme ohne vorheriges Durchlaufen des Verfahrens und ohne Entscheidung des Leistungsträgers über die Leistungsgewährung nicht oder nur begrenzt erlaubt.

Im Verhältnis zwischen Sozialleistungsträger und Leistungserbringern haben letztere Anspruch auf Abschluss einer Vereinbarung beziehungsweise auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Abschluss (vgl. § 78b Abs. 2 SGB VIII, § 124 Abs. 1 SGB IX).¹⁹ Das Leistungsbestimmungsrecht liegt zunächst in den Händen des freien Trägers.²⁰ Dieser trägt das wirtschaftliche Risiko der späteren Inanspruchnahme, kann sich aber im Falle einer solchen über die vereinbarte Vergütung sicher sein. Mit dem Abschluss der Vereinbarung erhalten die freien Träger also lediglich die uneingeschränkte Möglichkeit bzw. Zulassung, sich auf dem Markt der Anbieter zu betätigen.²¹ Da der freie Träger das unternehmerische Risiko allein trägt, fehlt es an der „Beschaffung“ im Sinne eines synallagmatischen Verhältnisses, sodass nach einhelliger Auffassung eine Unzulässigkeit von Ausschreibungen besteht.²² Die mit einem Träger der öffentlichen Jugendhilfe oder Eingliederungshilfe getroffene Vereinbarung ist bei stationären Leistungen nach SGB VIII und insgesamt bei Leistungen nach SGB IX für alle übrigen Leistungsträger bindend (§ 78e Abs. 1 S. 2 SGB VIII, § 123 Abs. 2 S. 1 SGB IX).

Die Finanzierung im leistungsrechtlichen Dreieck bietet damit nicht nur unmittelbare Vorteile für die freien Träger, sondern auch mittelbare Vorzüge für die Leistungsberechtigten. Zum einen steht das Angebot verlässlich zur Verfügung, kann von freien Trägern angeboten werden, ohne dass dies vom politischen Willen des Sozialleistungsträgers abhängig wäre. Zum anderen ist die Leistung im Wege der Einzelfinanzierung mehr oder weniger abgrenzbar ausfinanziert und unterliegt tendenziell in geringerem Maße Mischkalkulationen wie bei einer Finanzierung von Infrastruktur.

19 Wiesner, Leistungsvereinbarungen, in: Bernzen/Grube/Sitzler (Hrsg.), Leistungs- und Entgeltvereinbarungen in der Sozialwirtschaft, 2018, § 3 Rn. 31.

20 Meysen/Beckmann/Reiß/Schindler, Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, 2014, Rn. 54.

21 Von Boetticher/Münder, in: Münder/Meysen/Trenczek, FK-SGB VIII, 2019, § 77 SGB VIII Rn. 15; von Boetticher, Das neue Teilhaberecht, 2018, § 3 Rn. 345.

22 OVG Münster 18.3.2005 – 12 B 1931/04; von Boetticher, Das neue Teilhaberecht, 2018, § 3 Rn. 345; Banafsche, in: Hauck/Noftz, SGB VIII, 2018, § 78b SGB VIII Rn. 52; Luthe/Nellissen, in: jurisPK-SGB VIII, 2018, § 77 SGB VIII Rn. 95 u. § 78b SGB VIII Rn. 12; Sen SozialRecht aktuell 2017, S. 90 (92 f.); Glabs/Rafii Sozial-Recht aktuell 2016, S. 169 (172 ff.); Meysen/Reiß/Beckmann/Schindler SozialRecht aktuell 2015, S. 56 (57 f.).

Das Entgelt beziehungsweise die Vergütung ist also direkter für die individuelle Leistung bestimmt. Damit soll auch die Chance erhöht werden, dass der Einsatz des Entgelts bzw. der Vergütung auch direkt für die Einzelfallhilfe erfolgt und somit bei den Leistungsberechtigten ankommt. Die Risiken einer Beschneidung von Rechtsansprüchen aufgrund von Unterfinanzierung sind – zumindest von der Grundidee her – geringer.²³

2.3 Ringen um Angebote in zweiseitiger Finanzierung

Angebote, die niedrigschwellig ohne vorherige Antragstellung beim Jugendamt oder Träger der Eingliederungshilfe in Anspruch genommen werden können, werden zweiseitig finanziert. Solche infrastrukturellen Angebote werden sinnvollerweise über Pauschalbeträge oder Sockelbeträge mit ergänzender Einzelfallvergütung finanziert. Dies macht eine Trägerauswahl notwendig, denn das wirtschaftliche Risiko für die Inanspruchnahme verbleibt in diesem Fall nicht bei den freien Trägern. Wirtschaftliches Handeln des Sozialleistungsträgers erfordert deshalb eine Finanzierung nur eines bedarfsgerechten Angebots, nicht etwa aller freien Träger, die entsprechende Angebote unterbreiten wollen. Die Definition der Bedarfsgerechtigkeit der Angebotspalette eröffnet – anders als bei dreiseitig finanzierten Leistungen – Spielräume für kommunalpolitische Gestaltung bei der Planung. In Zeiten klammer öffentlicher Haushalte geht dies häufig zulasten zweiseitig finanzierter Infrastruktur (vgl. § 74 Abs. 3 SGB VIII).²⁴

Da sich Bedarfsgerechtigkeit von Angeboten nur mit einer Vielfalt von Angeboten und alternativen Zugangswegen über dreiseitig oder zweiseitig finanzierte Leistungen verwirklichen lässt, wurden in den letzten Jahren lebhafte Diskussionen über eine mögliche Stärkung sozialräumlicher Infrastruktur mit niedrigschwellig zugänglichen Angeboten im unmittelbaren Lebensumfeld geführt. Diese haben sich quer über die Leistungsbereiche

23 Meysen/Beckmann/Reiß/Schindler, *Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe*, 2014, Rn. 375 f.

24 Meysen/Beckmann/Reiß/Schindler, *Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe*, 2014, Rn. 375.

hinweg entspannt,²⁵ von der Gesundheitsversorgung²⁶ über die Altenhilfe²⁷ und Eingliederungshilfe²⁸ bis zur Kinder- und Jugendhilfe.²⁹ Diskutiert werden insbesondere die Einflussfaktoren im geltenden Recht, die einem verlässlichen Aufbau von sozialräumlicher Infrastruktur entgegenstehen. Den Sozialversicherungen fehlen die Anreize für die Schaffung allgemein zugänglicher Angebote, da diese nicht nur den eigenen, sondern auch anderweitig Versicherten zur Verfügung stehen würden.³⁰ In der Kinder- und Jugendhilfe und Eingliederungshilfe binden die Einzelfallhilfen die Ressourcen der Sozialleistungsträger und begrenzen so die Spielräume für die Schaffung von Infrastruktur.³¹ Rein allgemein-appellative bzw. objektiv-rechtliche Aufforderungen oder allgemeine Gewährleistungs- und Sicherstellungsverpflichtungen im Gesetz vermögen hieran wenig zu ändern (siehe § 27 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2, § 79 Abs. 2 Nr. 2, § 80 Abs. 2 Nr. 3 SGB VIII, § 94 Abs. 3, § 95 SGB IX).³² Mehr Verbindlichkeit haben allerdings Finanzierungs- und Leistungsgestaltungsvorgaben, wonach Vereinbarungen die Möglichkeit niedrigschwelliger Inanspruchnahme von Erzie-

-
- 25 Zu Leistungsbereich übergreifenden Analysen *Meysen/Rixen/Schönecker*, Ist-Analyse zu Hilfe und Versorgung in Familien mit Kindern psychisch kranker Eltern. Rechtsexpertise, 2019, Rn. 280 ff.; *Lohse/Meysen/Götte/González Méndez de Vigo/Seltmann*, Akteursübergreifende Prävention. Verknüpfte Planung, Umsetzung und Finanzierung von Präventionsketten, 2017.
- 26 Z.B. *Burgi*, Kommunale Verantwortung und Regionalisierung von Strukturelementen in der Gesundheitsversorgung, 2013.
- 27 Z.B. *Hoberg/Klie*, Sozialer Fortschritt 2015, S. 27 ff.; *Hoberg/Klie/Künzel/Bauer/Hesse/Meysen*, Strukturreform Pflege und Teilhabe. Politikentwurf für eine nachhaltige Sicherung von Pflege und Teilhabe, 2013; *Netzwerk: Soziales neu gestalten (SONG)*, Lebensräume zum Älterwerden – Für ein neues Miteinander im Quartier, 2009.
- 28 Z.B. *Schütte* RdLH 2015, S. 114 ff. und S. 167 ff.
- 29 Z.B.; *Meysen/Beckmann/Reiß/Schindler*, Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, 2014; *Fehren/Hinte*, Sozialraumorientierung – Fachkonzept oder Sparprogramm, Soziale Arbeit Kontrovers 4, 2013; *Hinrichs* Standpunkt: sozial Sonderheft, 2012, S. 5 ff.; *Kalter/Schrappner*, Was leistet Sozialraumorientierung? Konzepte und Effekte wirksamer Kinder- und Jugendhilfe, 2006; *Koch*, Mehr Flexibilität, Integration und Sozialraumbezug in den erzieherischen Hilfen, 2002; *Koch/Lenz*, Integrierte Hilfen und sozialräumliche Finanzierungsformen. Zum Stand und den Perspektiven einer Diskussion, 2000.
- 30 *Netzwerk: Soziales neu gestalten (SONG)*, Lebensräume zum Älterwerden – Für ein neues Miteinander im Quartier, 2009.
- 31 *AGJ*, Die Förderung von Infrastrukturleistungen in der Kinder- und Jugendhilfe stärken. Positionspapier, 2013.
- 32 *Meysen/Rixen/Schönecker*, Ist-Analyse zu Hilfe und Versorgung in Familien mit Kindern psychisch kranker Eltern. Rechtsexpertise, 2019, Rn. 282.

hungsberatung oder Betreuung und Versorgung in Notsituationen vorsehen sollen (§ 20 Abs. 3, § 36a Abs. 2 SGB VIII).

Das Kinder- und Jugendhilferecht kennt zweiseitige Finanzierungsformen und sieht hierbei die Förderungs- (§ 74 SGB VIII) und die Vereinbarungsfinanzierung (§ 77 SGB VIII) vor. Im Recht der Eingliederungshilfe nach SGB IX verweist der Sicherstellungsauftrag in § 95 S. 2 SGB IX explizit auf die dreiseitige Vereinbarungsfinanzierung des Kapitels 8. Daraus wird teilweise geschlussfolgert, in der Eingliederungshilfe seien ausschließlich dreiseitige Finanzierungsformen zulässig. In Teil 1 des SGB IX ist zu Struktur-, Qualitätssicherungs- und Vertragsfragen mit § 36 Abs. 3 SGB IX eine subsidiäre Möglichkeit zur zweiseitigen Finanzierung aufgeführt. Andere geeignete Verfahren zur Vergütung können vereinbart (§ 125 Abs. 3 S. 4 SGB IX) und neue Finanzierungsstrukturen können zur Weiterentwicklung erprobt werden (§ 132 Abs. 1 SGB IX). Den allgemeinen Hinwirkungs- und Sicherstellungsverpflichtungen nach § 94 Abs. 3, § 95 SGB IX steht somit lediglich ein Ermessen der Träger der Eingliederungshilfe zur zweiseitigen Förderung nach § 36 Abs. 3, § 125 Abs. 3 S. 4 oder § 132 Abs. 1 SGB IX (i.V.m. dem jeweils einschlägigen Haushaltsrecht) gegenüber.³³ Dienste und Einrichtungen können gefördert werden, wenn dies zweckmäßig ist und die Arbeit dieser Dienste und Einrichtungen in anderer Weise nicht sichergestellt werden kann. Da diese Ausnahme ebenfalls ausdrücklich auf den Sicherstellungsauftrag Bezug nimmt, ist über den Verweis auf § 95 S. 2 SGB IX die Schaffung zweiseitiger Angebote möglich, wenn nur so flächendeckend bedarfsdeckende, am Sozialraum orientierte und inklusiv ausgerichtete Angebote geschaffen werden können (§ 94 Abs. 3, § 95 S. 1 SGB IX).³⁴ Die Schaffung von direkt, also niedrigschwellig zugänglichen Angeboten in einer Teilhabe ermöglichenden Infrastruktur im Sozialraum ist allerdings schon gesetzlich als entlegener Ausnahmefall geregelt und ins Ermessen der Träger der Eingliederungshilfe gestellt.³⁵

33 *Schneider*, in: Hauck/Noftz, SGB IX, 2012, § 19 Rn. 16; *Fuchs/Gitschmann*, in: Cramer/Fuchs/Hirsch/Ritz, SGB IX, 2011, § 19 Rn. 26; *Welti*, in: Lachwitz/Schellhorn/Welti, SGB IX, 2010, § 19 Rn. 29; übersehend, dass Haushaltsrecht auch zu den für die Rehabilitationsträger „geltenden Rechtsvorschriften“ zählt *O'Sullivan*, in: jurisPK-SGB IX, 2018, § 36 Rn. 33.

34 *Meysen/Rixen/Schönecker*, Ist-Analyse zu Hilfe und Versorgung in Familien mit Kindern psychisch kranker Eltern. Rechtsexpertise, 2019, Rn. 290.

35 *Schneider*, in: Hauck/Noftz, SGB IX, 2012, § 19 Rn. 14 ff.; *Mrozynski/Jabben*, SGB IX, 2011, § 19 Rn. 30; *Fuchs/Gitschmann*, in: Cramer/Fuchs/Hirsch/Ritz, SGB IX, 2011, § 19 Rn. 25; *von der Heide*, in: Kossens/von der Heide/Maass, SGB IX, 2015, § 19 Rn. 12; siehe auch *von Boetticher*, Das neue Teilhaberecht, 2018, § 3 Rn. 186, der darauf hinweist, dass das SGB IX mit § 36 Abs. 3 keine wirk-

2.4 Empirie spricht für hybride Angebotspalette

Ein Modellprojekt zur Quartiersentwicklung und sozialen Prävention in einem Stadtteil in der Freien und Hansestadt Bremen hat den Ausbau sozialräumlicher Angebote unter gleichzeitiger Schulung der Fachkräfte in den Sozialen Diensten im Jugendamt in Sozialraumarbeit über einen Zeitraum von vier Jahren (2011 bis 2014) wissenschaftlich begleitend evaluiert.³⁶ Die auch niedrigschwellig zugängliche Infrastruktur im Sozialraum wurde hierbei gerade nicht als Gegenüber der Leistungsgewährung durch Einzelfallentscheidung des Jugendamts gestaltet, sondern als ergänzende und auch für den Allgemeinen Sozialen Dienst nutzbare Option. Die Evaluation ist von folgenden Wirkhypothesen ausgegangen:

„Die quantitative Verstärkung des Personaleinsatzes verbunden mit neuen, sozialraumorientierten und passgenauen Vorgehensweisen führt

- (1) zu einer Mobilisierung der Ressourcen des Sozialraums Walle sowie der Adressatinnen und Adressaten der Hilfen zur Erziehung;
- (2) diese werden für die Fallarbeit nutzbar gemacht;
- (3) dadurch verbessert sich die Lebenssituation der Empfängerinnen und Empfänger von Hilfen zur Erziehung;
- (4) auf diese Art und Weise wird die Wirksamkeit der Hilfen zur Erziehung gesteigert;
- (5) mittel- und langfristig können so die Intensität der Intervention sowie die Fallzahlen und die Fallkosten im Bereich der Hilfen zur Erziehung gesenkt werden.“³⁷

Alle Hypothesen haben sich im Laufe der vierjährigen Evaluation bestätigt. Beispielsweise haben die Leistungsberechtigten 19 % mehr Beratung und 40 % weniger ambulante Hilfe zur Erziehung in Anspruch genommen. Die Fachkräfte haben ihren Handlungsspielraum bei der Vermittlung von Angeboten der Hilfe erweitert. Die Leistungsempfänger*innen bewerten den Hilfeverlauf und die Beteiligungsmöglichkeiten positiver. Die außerfamiliäre Unterbringung ist um 30 % zurückgegangen, allerdings

same und geeignete Maßnahme zur „gemeindenahen“ Organisation, Stärkung und Erweiterung der Leistungen nach Art. 26 UN-BRK darstellt.

36 *Olk/Wiesner*, Abschlussbericht der wissenschaftlichen Begleitung zum Modellprojekt „Erziehungshilfe, Soziale Prävention und Quartiersentwicklung“ (ESPQ) (2011–2014) in Bremen, 2015.

37 So scheinbar *von Boetticher/Münder*, in: Münder/Meysen/Trenczek, FK-SGB VIII, 2019, Vor §§ 73–78 Rn. 3; *Wienser*, in: ders., SGB VIII, 2015, § 77 Rn. 5; *Schindler/Elmayer*, in: Kunkel/Kepert/Pattar, LPK-SGB VIII, 2018, § 77 Rn. 1.

erst im 4. Projektjahr. Die Gesamtkosten haben sich trotz erheblicher Investitionen in die sozialräumliche Infrastruktur und die Qualifizierung der Fachkräfte im Vergleich von 2014 zu 2011 um 28 % reduziert.³⁸ Die Gestaltung eines hybriden, miteinander verschränkten Angebots an Einzelfallhilfen im jugendhilferechtlichen Dreieck und zweiseitig finanzierter Infrastruktur hat sich auf allen Ebenen als Win-Win-Modell herausgestellt.

3 Infrastruktur weder rechtsanspruchs- noch risikofrei

Die Vorstellung, Rechtsansprüche ließen sich nur im sozialrechtlichen Dreieck verwirklichen,³⁹ wird bei einem näheren Blick auf die Praxis der Kinder- und Jugendhilfe widerlegt und ist rechtlich nicht zu halten:⁴⁰

- Erziehungsberatungsstellen sind niedrigschwellig zugänglich. Die Leistungsberechtigten haben notfalls gerichtlich durchsetzbare Rechtsansprüche auf die zweiseitig finanzierten Beratungsleistungen (§§ 17, 18 Abs. 3, § 28 SGB VIII).
- Die Förderung in Tagesbetreuung und in Kindertagespflege (§ 24 Abs. 2 und 3 SGB VIII) erfordert keinen vorherigen Antrag beim Träger der öffentlichen Jugendhilfe, wird in einer Mehrzahl der Länder zuwendungsfinanziert und ist doch rechtsanspruchsgesichert und einklagbar.
- Aufsuchende Hilfen und nahezu alle Hilfen zur Erziehung können niedrigschwellig gestaltet und finanziert werden, um eine bedarfsgerechte Angebotspalette zu gewährleisten. Insoweit besteht ein breiter kommunaler Gestaltungsspielraum (§ 36a Abs. 2 SGB VIII: „insbesondere“), ohne dass die Leistungen ihren verbindlichen Rechtsanspruchsscharakter verlören.⁴¹

38 *Olk/Wiesner*, Abschlussbericht der wissenschaftlichen Begleitung zum Modellprojekt „Erziehungshilfe, Soziale Prävention und Quartiersentwicklung“ (ESPQ) (2011–2014) in Bremen, 2015.

39 *Olk/Wiesner*, Abschlussbericht der wissenschaftlichen Begleitung zum Modellprojekt „Erziehungshilfe, Soziale Prävention und Quartiersentwicklung“ (ESPQ) (2011–2014) in Bremen, 2015.

40 *Meysen/Rixen/Schönecker*, Ist-Analyse zu Hilfe und Versorgung in Familien mit Kindern psychisch kranker Eltern. Rechtsexpertise, 2019, Rn. 74 ff.

41 *Meysen/Beckmann/Reiß/Schindler*, Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, 2014, Rn. 81 ff.

Es ist also nicht der Rechtsanspruch, der durch zweiseitig finanzierte, infrastrukturelle Angebotsformen ausgehöhlt würde. Dieser ist vielmehr Grundvoraussetzung für die verlässliche Gestaltung, damit eine Durchsetzung der Rechte möglich bleibt, wenn in der sozialräumlichen Infrastruktur die Bedarfe nicht hinreichend gedeckt werden. Allerdings bestehen neben den Vorteilen einer selbstbestimmten Inanspruchnahme niedrigschwellig angebotener Leistungen auch Risiken. Auch in der Infrastruktur kann es dazu kommen, dass Leistungsberechtigte keine bedarfsdeckenden Angebote erhalten. Denkbar sind auch die Zurückweisung von Anträgen durch den Sozialleistungsträger mit Verweis auf die frei zugänglichen Angebote in der Infrastruktur und damit ein Zurückspielen der Aktivierungslast auf die Leistungsberechtigten. Außerdem unterliegen die Angebote bei gewandeltem politischem Willen einem stärkeren Risiko von Diskontinuitäten, Finanzierungsunsicherheiten und Qualitätseinbußen.⁴² Diesen Risiken hat das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz daher bei einer gesetzlichen Stärkung von sozialräumlicher Infrastruktur durch gesetzliche Qualitätssicherung versucht entgegenzuwirken.⁴³

4 Ausblick: qualitätsgesicherter Ausbau der Infrastruktur ohne Konkurrenz zu Einzelfallhilfen

Der Anspruch auf Abschluss von Leistungs- und Entgelt-/Vergütungsvereinbarungen und damit der Erhalt der Dreiecksfinanzierung jenseits von exkludierender Trägersauswahl und Ausschreibungen sind essenziell für die Sicherstellung bedarfsgerechter Angebote. Fehlen allerdings niedrigschwellige Zugänge zu Leistungen, wird für bestimmte Leistungsberechtigte die Geltendmachung ihrer Rechtsansprüche erschwert oder verhindert. Um Bedarfsgerechtigkeit der Einrichtungen und Dienste vor Ort zu gewährleisten, sind daher Formen hybrider Finanzierung von Leistungen zu stärken.⁴⁴ Werden Rechtsansprüche auf erzieherische Hilfen, denen gesteigerte Bedarfe der Leistungsberechtigten zugrunde liegen, in der sozialräumlichen Infrastruktur erfüllt, sind ebenso gesteigerte Anforderungen

42 Eingehend zu den Risiken *Meysen/Beckmann/Reiß/Schindler*, Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, 2014, Rn. 370 ff.

43 Eingehend *Meysen*, Stärkung niedrigschwelliger Hilfen und Koordinierung der Angebote im Sozialraum, in: *Meysen/Lohse/Schönecker/Smessaert*, Das neue Kinder- und Jugendstärkungsgesetz, 2021, Kap. 1 Rn. 34 ff.

44 Eingehend *Meysen/Beckmann/Reiß/Schindler*, Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, 2014, Rn. 363 ff.

an die Qualität der Leistungen zu stellen. Auch dies greift das Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG) auf (§ 36a Abs. 2 S. 3 SGB VIII). In der Gesetzesbegründung ist hierzu ausgeführt:

„Die Erweiterung unmittelbar zugänglicher niedrigschwelliger Hilfen und der damit verbundene Wegfall der Einzelfallsteuerung durch das Jugendamt vor allem im Rahmen der Hilfeplanung erfordert eine Kompensation auf struktureller Ebene durch geeignete Maßnahmen, um Bedarfsgerechtigkeit und Qualität der Angebote zu sichern.“⁴⁵

Bei der Jugendhilfeplanung für niedrigschwellige Leistungen der Hilfe zur Erziehung sollen auch „Maßnahmen der Qualitätsgewährleistung“ geplant werden (§ 36a Abs. 2 S. 3 SGB VIII). Vereinbarungen über entsprechende Leistungen sollen nunmehr auch Bestimmungen „über Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung, über Grundsätze und Maßstäbe für die Bewertung der Qualität der Leistung und über geeignete Maßnahmen zu ihrer Gewährleistung“ enthalten (§ 77 Abs. 1 S. 1 SGB VIII). Der Katalog der niedrigschwellig anzubietenden Leistungen der Hilfen zur Erziehung ist erweitert worden (§ 20 Abs. 3, § 36a Abs. 2 S. 1 SGB VIII). Auch in der Eingliederungshilfe sind zaghafte Spuren zur Erprobung zweiseitiger Finanzierung gelegt, die perspektivisch auch direkte Inanspruchnahme ermöglichen könnte (§ 36 Abs. 3, § 125 Abs. 3 S. 4, § 132 Abs. 1 SGB IX). Dies sind Schritte in die richtige Richtung. Die Entwicklungen in der Praxis bleiben abzuwarten.

Literatur

- AGJ, Die Förderung von Infrastrukturleistungen in der Kinder- und Jugendhilfe stärken. Positionspapier, 2013
- Arbeitsgruppe Kinder psychisch- und suchtkranker Eltern, Abschlussbericht, 2020
- Beckmann, Elterliche Selbstbestimmung im Kinderschutz, 2021
- von Boetticher, Das neue Teilhaberecht, 2018
- Burgi, Kommunale Verantwortung und Regionalisierung von Strukturelementen in der Gesundheitsversorgung, 2013
- Dallmann/Volz, Ethik in der Sozialen Arbeit, 2013
- Fehren/Hinte, Sozialraumorientierung – Fachkonzept oder Sparprogramm, Soziale Arbeit Kontrovers 4, 2013

45 BT-Drucks. 19/26107, S. 48.

- Gängler/Rauschenbach, Sozialpädagogik in der Moderne, in: Müller/Otto (Hrsg.), Verstehen oder Kolonialisieren?, 1984, S. 169
- Glahs/Raffi, Das Verhältnis des neuen Kartellvergaberechts zur Leistungserbringung nach den Sozialgesetzbüchern II, VIII und XII. In: SozialRecht aktuell 2016, S. 169
- Großmaß, Die Bedeutung der Care-Ethik für die Soziale Arbeit, in: Dungs (Hrsg.), Soziale Arbeit und Ethik im 21. Jahrhundert, 2006, S. 319
- Hinrichs, Sind die „Neuen Hilfen/Sozialräumlichen Hilfen und Angebote“ der Freien und Hansestadt Hamburg mit den Leitideen des SGB VIII vereinbar? Rechtsgutachten. In: Standpunkt: sozial Sonderheft, 2012, S. 5
- Hoberg/Klie, Strukturreform Pflege und Teilhabe. Erster Teil: Zwischen Cure und Care, Kommunen und Sozialversicherung. In: Sozialer Fortschritt 2015, S. 27
- Hoberg/Klie/Künzel/Bauer/Hesse/Meysen, Strukturreform Pflege und Teilhabe. Politikentwurf für eine nachhaltige Sicherung von Pflege und Teilhabe, 2013
- Kalter/Schrappner, Was leistet Sozialraumorientierung? Konzepte und Effekte wirksamer Kinder- und Jugendhilfe, 2006
- Kelly/Meysen, Transnationale Grundlagen für ethische Praxis bei Interventionen wegen Gewalt gegen Frauen und Kinder, 2016
- Klie/Maier/Meysen, Verwaltungswissenschaft. Eine Einführung für soziale Berufe, 1999
- Koch, Mehr Flexibilität, Integration und Sozialraumbezug in den erzieherischen Hilfen, 2002
- Koch/Lenz, Integrierte Hilfen und sozialräumliche Finanzierungsformen. Zum Stand und den Perspektiven einer Diskussion, 2000
- Lohse/Meysen/Götte/González Méndez de Vigo/Seltmann, Akteursübergreifende Prävention. Verknüpfte Planung, Umsetzung und Finanzierung von Präventionsketten, 2017
- Loschky, Die Beratung mit angeordneter Teilnahme, in: Menne/Weber (Hrsg.), Professionelle Kooperation zum Wohle des Kindes. Hinwirken auf elterliches Einvernehmen im familiengerichtlichen Verfahren (FamFG), 2011, S. 137
- Meysen, Herrschaft des Volkes über den Kinderschutz – ein Risiko. In: Forum Erziehungshilfen 2007, S. 140
- Meysen, Stärkung niedrigschwelliger Hilfen und Koordinierung der Angebote im Sozialraum, in: Meysen/Lohse/Schönecker/Smessaert, Das neue Kinder- und Jugendstärkungsgesetz, 2021, Kap. 1 Rn. 34-56
- Meysen/Beckmann/Reiß/Schindler, Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, 2014
- Meysen/Reiß/Beckmann/Schindler, Vergabe von Leistungen nach SGB VIII – oder: Wie frei sind die freien Träger?. In: SozialRecht aktuell 2015, S. 56
- Meysen/Rixen/Schönecker, Ist-Analyse zu Hilfe und Versorgung in Familien mit Kindern psychisch kranker Eltern. Rechtsexpertise, 2019
- Netzwerk: Soziales neu gestalten (SONG), Lebensräume zum Älterwerden – Für ein neues Miteinander im Quartier, 2009

- Neumann*, Libertärer Paternalismus. Theorie und Empirie staatlicher Entscheidungsarchitektur, 2013
- Olk/Otto*, Institutionalisierungsprozesse sozialer Hilfe – Kontinuitäten und Umbrüche, in: *Olk/Otto* (Hrsg.), Soziale Dienste im Wandel 1, 1987, S. 1
- Olk/Wiesner*, Abschlussbericht der wissenschaftlichen Begleitung zum Modellprojekt „Erziehungshilfe, Soziale Prävention und Quartiersentwicklung“ (ESPQ) (2011–2014) in Bremen, 2015
- Pluto*, Partizipation in den Hilfen zur Erziehung, 2007
- Schütte*, Trägerbudgets in der Eingliederungshilfe - Die sozialrechtliche Sicht am Beispiel von Trägerbudgets in Hamburg (Teil 1 und 2). In: *RdLH* 2015, S. 114 und S. 167.
- Sen*, Wettbewerb im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis und Ausschreibungen nach EU-Vergaberecht. In: *SozialRecht aktuell* 2017, S. 90
- Thiersch*, Lebensweltorientierte Berufsidentität in Spannungen der zweiten Moderne, In: *Grunwald/Thiersch* (Hrsg.): *Praxishandbuch Lebensweltorientierte Soziale Arbeit*, 2016, S. 484
- Wiesner*, Leistungsvereinbarungen, in: *Bernzen/Grube/Sitzler* (Hrsg.), *Leistungs- und Entgeltvereinbarungen in der Sozialwirtschaft*, 2018
- Wolff*, Demokratische Kinderschutzarbeit – zwischen Risiko und Gefahr. In: *Forum Erziehungshilfen* 2007, S. 132
- Ziegler*, Unerbetene Hilfen, Versuch einer Begründung einiger Kriterien zur Legitimation paternalistischer Eingriffe in der Sozialen Arbeit. In: *Soziale Passagen* 6, S. 253

Die rechtliche Sicherstellung fachgerechter (Planungs-) Strukturen als Desiderat einer Novellierung des SGB VIII

Sybille Nonninger

Für die Gewährleistung der individuellen Hilfen nach dem SGB VIII wie für die Sicherstellung der notwendigen sozialen Infrastruktur für junge Menschen und ihre Familien spielen Planungsinstrumente eine zentrale Rolle. Wenn es im Kontext der Novellierung des SGB VIII um Veränderungen mit dem Ziel der besseren Rechtsverwirklichung geht, sind diese Planungsinstrumente daher ebenfalls in den Blick zu nehmen.

Ausgangspunkt der nachfolgenden Betrachtung sind Problemanzeigen zur Praxis der Hilfeplanung sowie der Jugendhilfeplanung. Nach einem kursorischen Blick auf das rechtliche sowie das fachliche Problemverständnis für den jeweiligen Planungsbereich kommt der Beitrag zu dem Schluss, dass weitergehende Verfahrensvorschriften die Umsetzungsprobleme nicht lösen würden.¹

Um die beklagten Schwächen zu überwinden, bedarf es leistungsfähiger fachlicher Strukturen. Genau diese sind gegenwärtig aber nicht flächendeckend gewährleistet. Eine Gesetzesnovellierung sollte deshalb die nachhaltige rechtliche Sicherstellung der strukturellen Planungsvoraussetzungen in den Blick nehmen, statt einmal mehr auf die Verfahrensnormierung auszuweichen und damit die zuständigen Fachkräfte absehbar für Probleme verantwortlich zu machen, die aus unzulänglichen Planungsvoraussetzungen erwachsen.

1 Nachfolgend erfolgt eine Fokussierung auf mögliche (standardisierte) Verfahrensvorschriften, weil sie letztlich für fachlich kontraindiziert gehalten werden. Damit soll den von Hopmann und anderen (2019) formulierten vier Anforderungen für eine Weiterentwicklung der Hilfeplanung im Lichte einer inklusiven Kinder- und Jugendhilfe nicht widersprochen werden. Vielmehr sind wesentliche Anregungen der Autorengruppe zu rechtlichen Regelungen unter den Abschnitten 2.4 bzw. 3.4 aufgenommen.

1. Individuelle und kollektive Instrumente der Leistungsgestaltung in der Jugendhilfe

Wenn man die vom SGB VIII vorgegebenen Planungsinstrumente in eine kritische Bestandsaufnahme zur Leistungsfähigkeit des Gesetzes einbezieht, ist die Frage, ob die derzeitige rechtliche Normierung dieser Instrumente ausreicht, um die rechtmäßige Gewährung der Leistungen zu unterstützen, und des Weiteren, ob die Veränderungen im Kontext der Eingliederungshilfe für junge Menschen mit Behinderungen Anlass sein müssten für eine grundlegende Überarbeitung der Vorgaben zu den Planungsinstrumenten in der Kinder- und Jugendhilfe.²

Für die Planung und Ausgestaltung der individuellen Leistung ist die „Hilfeplanung“ (§ 36 SGB VIII) bzw. die Gesamtplanung/Teilhabeplanung (§§ 141 ff. [ab 2020 §§ 117 ff.], 19–21 SGB IX) gesetzlich vorgesehen.

Hilfeplanung ist das Instrument zur Herausarbeitung der bedarfsgerechten, d.h. geeigneten und notwendigen Hilfe. Sie soll die Frage beantworten: [...] Auf welche Leistung genau haben Menschen einen Anspruch [...]?:³ Hilfeplanung ist als Verständigungsprozess zwischen Fachkräften, Personensorgeberechtigten und/oder dem jungen Menschen konzipiert.

Das Koordinatensystem innerhalb dessen die Leistungen gestaltet werden, ist definiert durch die zentralen Begriffe in §§ 1 SGB VIII bzw. SGB IX. Das Recht des jungen Menschen auf Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit stellt den Bezugspunkt für die Kinder- und Jugendhilfe dar, für die Eingliederungshilfe tritt die Förderung der Selbstbestimmung⁴ hinzu.

2 Die Integration der SGB IX-Regelungen wird hier zunächst weitgehend ausgeblendet, um die Leistungsfähigkeit der originären Planungsinstrumente nach dem SGB VIII zu reflektieren.

3 AFET Bundesverband für Erziehungshilfe e.V., Arbeitspapier „SGB VIII: Mitreden -Mitgestalten“: Mehr Inklusion/Wirksames Hilfesystem/Weniger Schnittstellen Ohne qualifizierte Jugendhilfeplanung keine inklusive Jugendhilfe?! Ein Zwischenruf zur aktuellen Reformdebatte des SGB VIII, 2019, S. 1, letzter Zugriff 31.03.2020 unter https://afet-ev.de/aktuell/SGB-VIII-Reform/PDF-SGB-VIII-Reform-2019/AFET-Position-zum-Arbeitspapier_Mehr-Inklusion_Mitreden-Mitgestalten-17.09.2019.pdf?m=1568278994&

4 Sie ist streng genommen kein jugendhilfefremdes, drittes Ziel, sondern ist enthalten im Recht auf Förderung. Dies zielt u.a. auf Eigenverantwortlichkeit und damit auf persönliche Autonomie, eigenständige Urteils- und Handlungsfähigkeit, und damit auch auf Selbstbestimmung im Sinne der Überwindung von Abhängigkeit.

Für die Infrastruktur der Kinder – und Jugendhilfe ist „Jugendhilfeplanung“ (§ 80 SGB VIII) vom Gesetz als Planungsverfahren vorgegeben. Jugendhilfeplanung ist das fallübergreifende Planungsinstrument. Es beinhaltet die Analyse von Bestand und Bedarf an Einrichtungen und Diensten sowie die aus dem Vergleich beider resultierende Infrastrukturplanung, wobei auch Vorsorge für unvorhergesehene Bedarfe zu treffen ist.

In Entsprechung zur Programmatik von § 1 SGB VIII hat Jugendhilfeplanung die Pflicht, die individuelle und soziale Entwicklung zu fördern sowie beizutragen zur Vermeidung bzw. zum Abbau von Benachteiligungen, und – spezifisch für die Eingliederungshilfe – die volle und gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu fördern, was im Anschluss an die benachteiligungsbezogenen Aufträge im SGB VIII für die Kinder- und Jugendhilfe insgesamt gelten kann.

Die Hilfeplanung im Einzelfall wie die entsprechende Infrastrukturplanung ist „vom Kinde aus“, d.h. von den Anforderungen und Bedürfnissen der jungen Menschen her zu konzipieren. Das gilt unbeschadet des Vorrangs der elterlichen Erziehungsverantwortung, weil auch diese dem Kind verpflichtet ist. In der Konsequenz bedeutet dies aber, dass neben den jungen Menschen die Personensorgeberechtigten im Prozess der Konzeption von Leistungen eine wichtige Rolle spielen.

2. Zur Planung der Hilfe im Einzelfall

2.1 Die Praxis der Hilfeplanung wird als defizitär beschrieben

Gemessen an den rechtlichen und fachlichen Standards werden in der Praxis seit längerem Defizite konstatiert. Als Beispiele seien die folgenden Problemanzeigen herausgegriffen:

“Was in der Sache vom Hilfeplanverfahren erwartet wird, nämlich die bedarfsgerechte Ausgestaltung individueller Rechtsansprüche auf personenbezogene Leistungen, [wird] eben oft nicht erfüllt [...]“,

so Münder⁵, und Albus⁶ stellt fest:

„Angesichts der Bewilligungspraxis öffentlicher Träger von Hilfen zu Erziehung und Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und

5 Münder, SGB VIII-Reform- einige Anmerkungen zum Arbeitsentwurf, np 2016 (46/6), S. 588, 592.

6 Albus, Teilhabe einschränkungen reloaded, np 2019 (49/4), S. 360, 374.

Jugendliche ist Schönecker in ihrer Einschätzung beizupflichten, dass die Angebote der Jugendhilfe dem Prinzip verhaftet sind „Je weniger, umso lieber“⁷ [...].

Und weiter:

„Die managerielle Überformung der jetzigen Hilfeplanung inklusive der Gefahren einer einseitigen Aktivierung und Responsibilisierung der Adressat*innen bezüglich des Hilfeerfolgs torpediert momentan eine lebensweltorientierte Erfassung der Hilfebedarfe und die kritische Überprüfung der Passung von Leistungspotenzialen der individuellen Unterstützungsarrangements.“⁸

Eine Arbeitsgruppe der DGFE-Kommission Sozialpädagogik⁹ zur Reform des SGB VIII kommt zu dem Schluss, in der Kinder- und Jugendhilfe dominiere anstelle der Stärkung sozialer Handlungsfähigkeit in und durch Verfahren eine auf die „Logik des Hilfesystems bezogene Klientifizierung [...]“. Diese Einschätzung entspricht dem Verdikt, zu dem sich Walther¹⁰ unter Bezug auf Messmer und Hitzler¹¹ schon 2010 veranlasst sah: „Gesprächsanalytische Auswertungen im Kontext der Beendigung von Hilfe haben gezeigt, „dass in den meisten Hilfeplangesprächen das Wunsch- und Wahlrecht übergangen wird oder dass administrativ- bürokratische Erwägungen gegenüber subjektiv biografischen Bedürfnissen durchgesetzt werden [...]“.

2.2 Die gesetzlichen Regelungen zur Hilfeplanung korrespondieren mit dem sozialpädagogischen Verständnis

Für die angesprochenen Defizite der Hilfeplanungspraxis lässt sich aus den aktuellen rechtlichen Regelungen keine Erklärung herleiten, weder

7 Schönecker, Inklusive Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe. Von der Konstruktion zweier Hilfesysteme unter einem Dach und den dafür zu betrachtenden Zwischenräumen, das Jugendamt 2017 (10), S. 470, 472.

8 Albus, ebd. S. 378.

9 Hopmann, Rohrmann, Schröer, Urban-Stahl, Hilfeplanung ist mehr als ein Verfahrensablauf. Ein Plädoyer zur Öffnung der aktuellen Fachdiskussion im Kontext der SGB VIII-Reform, np 2019 (49/2), S. 198, 201.

10 Walther. Partizipation oder Nicht-Partizipation. np 2010 (40/2), S. 115, 125.

11 Messmer, Hitzler, „Die Hilfe wird beendet werden hier“- Prozesse der Deklientifizierung im Hilfeplangespräch aus gesprächsanalytischer Sicht, np 2008 (38/2), S. 166, 179.

für eine Negierung des Bedarfs oder eine restriktive Leistungsgewährung, noch für behördenseitig oktroyierte Maßnahmen und die mangelnde Respektierung der Eigenrechte der Leistungsberechtigten.

Nach der Gesetzesbegründung aus dem Jahr 1989 sollen die Regelungen vielmehr Folgendes leisten:

„Insbesondere bei einer notwendigen Hilfe außerhalb der eigenen Familie hat das Jugendamt die Eltern und das Kind oder den Jugendlichen in einer seinem Entwicklungsstand und seiner familialen Situation gemäßen Form von Anfang an in den Entscheidungsprozeß einzubeziehen. Nur auf diese Weise kann erreicht werden, daß sich Eltern und Kinder bei einer notwendig werdenden Unterbringung in einer Pflegefamilie oder einem Heim nicht als Opfer einer Maßnahme des Jugendamts verstehen, sondern als Entscheidungsbeteiligte, deren Beitrag wesentlich für den Erfolg der erzieherischen Hilfe ist [...]“.¹²

„Grundlage einer zeit- und zielgerichteten Intervention ist die Aufstellung eines Hilfeplans, in dem die entscheidenden Feststellungen über den Hilfebedarf sowie die notwendigen Schritte bei der Durchführung der Hilfe festgehalten werden. Der Hilfeplan dient in erster Linie als Instrument der Selbstkontrolle für das verantwortliche Jugendamt sowie als Koordinierungsinstrument zwischen dem Jugendamt und dem Träger der Einrichtung, der im Einzelfall tätig wird. Darüber hinaus bezieht er Vorstellungen, Annahmen und Erwartungen der Familien und Institutionen mit ein und macht diese den Beteiligten transparent. Notwendig ist dabei auch die Festlegung zeitlicher Schritte, innerhalb derer immer wieder zu prüfen ist, ob die gewählte Hilfeart weiterhin geeignet und notwendig ist [...]“.¹³

Die Regelungen zur Hilfeplanung wurden seinerzeit an den sozialpädagogischen Anforderungen zur Ausgestaltung der Hilfe ausgerichtet. Sie sind als normativer Rahmen für eine diskursiv entwickelte bedarfsorientierte Leistungsentscheidung und -ausgestaltung konzipiert und auf die Respektierung bzw. Förderung der Autonomie der LeistungsempfängerInnen ausgerichtet.

12 *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz — KJHG), Drucksache 11/5948, 1989, S. 73.

13 *Deutscher Bundestag*, Drucksache 11/5948, 1989, S. 74.

Im sozialpädagogischen Fachdiskurs wird die gesetzlich vorgeschriebene Hilfeplanung dementsprechend als sachgerechtes Instrument zur Vermittlung von fachlicher und Betroffenenperspektive verstanden:

„Hilfeplanung bezeichnet den in § 36 SGB VIII geregelten Beratungs-, Aushandlungs- und Planungsprozess, in dem Personensorgeberechtigte, also Eltern (oder andere, an ihrer Stelle für einen jungen Menschen verantwortliche Personen) und ihre Kinder in umfassender Weise von Fachkräften eines Jugendamtes beraten werden sollen. Gegenstand und Ziel dieser Beratungen ist es, gemeinsam eine Verständigung darüber zu finden, ob und ggf. welche Hilfen zur Erziehung nach den §§ 28 bis 35 und ggf. 41 SGB VIII geeignet und notwendig sind, die Entwicklung des Kindes oder Jugendlichen so zu fördern, dass sein Wohl (wieder) gewährleistet ist. Die wesentlichen Voraussetzungen und das Ergebnis dieses Aushandlungsprozesses werden abschließend in einem Hilfeplan schriftlich dokumentiert, die Umsetzung in regelmäßiger Fortschreibung kontrolliert.“¹⁴

2.3 *Ansatzpunkte für die (bessere) rechtliche Absicherung einer qualifizierten Hilfeplanungspraxis liegen jenseits differenzierterer Verfahrensvorschriften*

Mit Bezug auf Fragen des Beurteilungsspielraums bzw. des pädagogischen Ermessens in der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe (vgl. Kunkel 1998; Mrozynski 1999; Hoffmann 2003) wurden bei der Hilfeplanung zwar „bislang ungelöste Inkongruenzen rechtlicher und sozialpädagogischer Perspektiven“ ausgemacht¹⁵ und auch die SGB VIII-Arbeitsgruppe¹⁶ der DGFE-Kommission Sozialpädagogik geht davon aus, dass entsprechend unterschiedliche Logiken in der Hilfeplanung zu berücksichtigen sind. Das heißt aber nicht, dass diese Spannung zwischen Recht und Fachlichkeit ursächlich wäre für die zuvor beschriebenen Praxisprobleme bei der Umsetzung der Hilfeplanung.

14 Schrapper, Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII in:

Böllert, Karin (Hrsg) Kompendium Kinder- und Jugendhilfe, 2018, S. 1029, 1029

15 Messmer, Hilfeplanung, 2004, S. 9, letzter Zugriff 31.03.2020 unter https://www.researchgate.net/publication/327834093_Hilfeplanung/link/5ba7f3a7a6fdccd3cb6e347b/download.

16 Hopmann, Rohrmann, Schröer, Urban-Stahl, Hilfeplanung ist mehr als ein Verfahrensablauf. Ein Plädoyer zur Öffnung der aktuellen Fachdiskussion im Kontext der SGB VIII-Reform, np 2019 (2), S. 198, 198.

Wenn in der Reformdebatte zuweilen standardisierte Verfahrensvorschriften als Mittel gegen eine unzulängliche Hilfeplanung ins Spiel gebracht werden, wird damit suggeriert, Defizite seien vor allem auf Fehler der Fachkräfte zurückzuführen. Haben wir es also mit korumpierter Fachlichkeit zu tun? Dem wurde von Teilnehmenden des Forums heftig widersprochen und es ist auch nicht schlüssig. Fachkompetenz ist zweifellos entscheidend für die Qualität der Hilfeplanung. Ob sie letztlich zum Tragen kommt, wird aber wesentlich von institutionellen Faktoren¹⁷ bestimmt, die nur bedingt von der einzelnen Fachkraft zu beeinflussen sind.

Folgt man Ortmanns¹⁸ analytischem Modell zur Unterscheidung von Handlungsmustern in der Sozialverwaltung, geraten einzelfallübergreifende verwaltungstypische Steuerungsimperative als mögliche Gründe für Umsetzungsprobleme der Hilfeplanung in den Blick. Das sozialpädagogische Geschehen kann nach seiner Auffassung nicht auf eine eindeutige Ziel-Mittel-Relation heruntergebrochen werden und versage sich deshalb einer „technischen“ Steuerung, wie sie für eine klassisch bürokratische Verwaltung typisch ist. Ebenso wenig lasse sich die durch die neue Steuerung induzierte effizienzprogrammierte Verwaltung auf die Steuerung einzelner Handlungen der sozialen Arbeit anwenden¹⁹. Für ihn ist die professionelle Verständigung das adäquate Steuerungsmedium für das sozialpädagogische Geschehen und die entsprechende Organisationsform dafür ist das Team²⁰. Demgegenüber wird die Praxis aber offenbar häufiger bestimmt durch verwaltungstypische Steuerungsmerkmale. Ergebnisse aus dem Bundesmodellprojekt „Wirkungsorientierte Jugendhilfe“ stellen dar, dass die Überformung der Hilfeplanung durch Controllingansätze zu linearen und eindimensionalen Konstruktionen von Hilfeverläufen führt und dass damit die Banalisierung der Hilfeplanung droht.²¹

17 Vgl. ISA Planung und Entwicklung GmbH/Universität Bielefeld, Fakultät für Erziehungswissenschaft, Wirkungsorientierte Jugendhilfe, Praxishilfe zur wirkungsorientierten Qualifizierung der Hilfen zur Erziehung, 2009, S. 55.

18 Ortmann, Handlungsmuster in der Sozialverwaltung, np 2008 (38/4), S. 385 ff.

19 Ortmann, Handlungsmuster in der Sozialverwaltung, np 2008 (38/4), S. 385, 397.

20 Ortmann, Handlungsmuster in der Sozialverwaltung, np 2008 (38/4), S. 385, 394.

21 ISA Planung und Entwicklung GmbH/Universität Bielefeld, Fakultät für Erziehungswissenschaft, Wirkungsorientierte Jugendhilfe, Praxishilfe zur wirkungsorientierten Qualifizierung der Hilfen zur Erziehung, Modellprojekt Wirkungsorientierte Jugendhilfe (Schriftenreihe der ISA Planung und Entwicklung GmbH) 2009, Band 9, S. 53.

Auch der 14. Kinder- und Jugendbericht²² legt nahe, dass fachfremde Steuerungsanforderungen, wie Ortmann sie problematisiert, in der Praxis der Kinder- und Jugendhilfe eine Rolle spielen:

Aus Sicht des 14. Kinder- und Jugendberichts, der sich dabei an Leisering²³ anlehnt, oszilliert der sozialstaatliche Diskurs zwischen unterschiedlichen Paradigmen sozialer Gerechtigkeit. Bedarfsgerechtigkeit (u.a. definiert durch kodifizierte Leistungsansprüche) und Teilhabegerechtigkeit konkurrieren dabei mit Leistungsgerechtigkeit (prototypisch der welfare to work Ansatz) und produktiver Gerechtigkeit (Hoffnung auf allgemeinen Wohlstandszuwachs mittels Produktivitätsförderung).

Soweit die Jugendhilfepraxis durch eine fachpolitische Ausrichtung auf Leistungsgerechtigkeit bzw. produktive Gerechtigkeit mitbestimmt und eher mit effizienzprogrammierten Handlungsmustern verbunden wird, folgt sie Mustern, die in einem Spannungsverhältnis stehen zu den rechtlichen und fachlichen Standards der Hilfeplanung.²⁴

Mit der fachlichen Rationalität konkurrierende Programmatiken und Handlungsmuster bergen die Gefahr, dass diese beschädigt wird und dass fachfremde Aspekte in den Hilfeplanungsprozess eingehen.²⁵

Wenn die fallübergreifenden Steuerungsimperative der kommunalen Sozialverwaltung den fachlichen Handlungsanforderungen widersprechen, wird es den Fachkräften schwer fallen, die Hilfeplanung rein an fachlichen Gesichtspunkten auszurichten. Daran würden auch weitergehende Verfahrensnormierungen auf der Handlungsebene nichts ändern.

Differenzierte „technische“ Handlungsanweisungen im Gesetz würden zudem den kommunikativen Kern sozialpädagogischer Fachlichkeit verfehlen.

22 14. Kinder- und Jugendbericht, Drs. 17/12200, 2013, S. 72.

23 Leisering, Paradigmen sozialer Gerechtigkeit. Normative Diskurse im Umbau des Sozialstaats, in: Liebig, Lengfeld, Mau (Hrsg.), Verteilungsprobleme und Gerechtigkeit in modernen Gesellschaften, 2004, S. 29.

24 Angesichts ihres verstehenden und verständigungsorientierten Charakters entspricht Hilfeplanung möglicherweise mehr einer auf Teilhabegerechtigkeit ausgerichteten sozialstaatlichen Programmatik, für die Diversität und Pluralität, soziale Anerkennung und Partizipation konstitutive normative Elemente wären.

25 Zum Beispiel dadurch, dass Vereinbarungen nach § 78a ff. SGB VIII im Geist einer effizienzprogrammierten Verwaltung geführt werden und die bedarfsrechte Hilfe de facto auf ein konfektioniertes Angebot beschränken, so dass Leistungstypisierung, der (festgesetzte) Preis und die Orientierung am Marktmodell die Entscheidung für die Hilfe prägen.

2.4 Anregungen für die weitere rechtliche Fundierung der Hilfeplanung

Wenn es darum geht, die fachliche Qualität der Hilfeplanung wirksam zu unterstützen, sollte der Bundesgesetzgeber den Blick auf die programmatischen und organisatorischen Voraussetzungen fachlichen Handelns in der Jugendbehörde richten. Geboten ist die gesetzliche Sicherstellung der Strukturqualität der Hilfeplanung, sind Bestimmungen, die den notwendigen Spielraum für die fachgerechte Hilfeplanentscheidung gewährleisten. Die Autonomie der Fachbehörde „Jugendamt“ muss gestärkt werden. Entsprechende Forderungen von Messmer²⁶, welche u.a. die Enthierarchisierung von Entscheidungen, die Konzentration von Prozess- und Entscheidungskompetenz bei der verantwortlichen Fachkraft und damit auch die Befreiung von Genehmigungsvorbehalten anderer Dienste oder Vorgesetzter beinhalten, sind nach wie vor aktuell.

Für eine Gesetzesnovellierung ergeben sich daraus nicht zuletzt im Hinblick auf die Herausforderungen einer Zuständigkeit der Kinder- und Jugendhilfe für alle jungen Menschen mit Behinderungen folgende Anregungen:

(1) Um das Jugendamt fachlich zu stärken, sollte das Fachkräftegebot im § 72 SGB VIII prononciert bekräftigt werden, insbesondere im Hinblick auf die Jugendamtsleitung und die weiteren Leitungsaufgaben im JA sowie im ASD.

Die Entscheidung über die Hilfe (Art und Umfang, Auswahl) darf nur in der Hand von Fachkräften liegen. Die bisherige Fassung des § 72 SGB VIII lässt z.B. zu, dass fachfremd (d.h. nicht im weiteren Sinne sozialwissenschaftlich/ sozialpädagogisch) ausgebildete Personen die Leitung des Amtes übernehmen und ggf. die fachlichen Entscheidungen „hochzonen“.

(2) Sichergestellt werden muss eine Personalausstattung, die das fachlich qualifizierte Hilfeplanverfahren ermöglicht. Personalbemessungsparameter im Gesetz sind umstritten, gleichwohl wirksam. Sie sollten deshalb eingeführt werden.

Das Zusammenwirken mehrerer Fachkräfte bei der Hilfeplanung ist rechtlich vorgegeben (§ 36 Abs. 2 S. 1 SGB VIII). Teamstrukturen erfordern eine ausreichende Personalausstattung und die entsprechende Praxisberatung bzw. Supervision (§ 72 Abs. 3 SGB VIII). Auch im Hinblick auf die Betroffenenbeteiligung ist die Personalausstattung zentral. So sollte z.B. genügend Zeit für den Aufbau eines Vertrauensverhältnisses

26 Messmer, Hilfeplanung, Sozialwissenschaftliche Literaturreisenschau, (48) 2004, S. 73, 77.

von jungen Menschen bzw. PSB zur fallverantwortlichen Fachkraft im ASD²⁷ zur Verfügung stehen. Ressourcensicherung ist hier deshalb das Stichwort für eine Gesetzesnovellierung.

(3) *Das Bundesrecht sollte dahingehend geändert werden, dass der Bund sich an den regulären Kosten der Erziehungshilfe bzw. Eingliederungshilfe für junge Menschen beteiligen kann.*

Eine entsprechende Kostenbeteiligung wäre sinnvoll zur Gewährleistung jener personellen Ressourcen und jener Infrastruktur an Angeboten, ohne die eine fachgerechte Hilfeplanung nicht umgesetzt werden kann.

(4) *Die Beteiligung der Betroffenen an der Hilfeplanung sollte durch ein explizites Teilhaberecht, respektive Mitgestaltungsrecht, im SGB VIII abgesichert werden (im Hinblick auf Bedarfsfeststellung, Wunsch- und Wahlrecht, Planung und Ausgestaltung von Hilfen). Den Betroffenen sollte ausdrücklich auch bei der Hilfeplanung ein Beschwerderecht eingeräumt werden²⁸.*

(5) *Auf eine generelle Verfahrensvorgabe zur Hilfeplanung nach dem Muster der Bedarfsfeststellung im SGB IX sollte aktuell verzichtet werden.*

Hopmann und andere²⁹ raten zur Relativierung der Erwartung an die Instrumente der Bedarfsfeststellung bzw. Diagnose nach ICF. Die Integration der nach dem SGB IX geltenden Regelungen in die Hilfeplanung sollte im Bewusstsein des tentativen Charakters von „pseudo-naturwissenschaftlichen“ Instrumenten erfolgen und verknüpft werden mit dem Bemühen, bessere Alternativen zu finden. Die rechtlichen Regelungen sollten entsprechend offen gehalten werden für diesbezügliche Veränderungen.

(6) *Zur weiteren Qualifizierung der Bedarfsfeststellung nach SGB IX sollten die derzeitigen SGB IX-Regelungen im Licht der SGB VIII-Anforderungen erweitert werden.*

Ziel einer solchen Erweiterung sollte sein, die obligatorischen Standards der Kinder- und Jugendhilfe auch im Kontext des SGB IX für junge Menschen zur Geltung zu bringen und zwar generell unter dem Aspekt, diesen die soziale Teilhabe zu gewährleisten, ihnen entsprechende

27 Albus, Teilhabeeinschränkungen reloaded. Die Kinder- und Jugendhilfe und ihre SGB VIII-Reform, np 2019 (49/4), S. 360, 379.

28 Die Anregungen 4–6, verdanken sich Hopmann, Rohrmann, Schröer, Urban-Stahl, Hilfeplanung ist mehr als ein Verfahrensablauf. Ein Plädoyer zur Öffnung der aktuellen Fachdiskussion im Kontext der SGB VIII-Reform, np 2019 (49/2), S. 198 ff.

29 Ebd., S. 203

soziale Ressourcen sowie soziale Ermöglichungsräume zugänglich zu machen.³⁰

3. Zur Planung der Jugendhilfe-Infrastruktur

3.1 Die Praxis der Jugendhilfeplanung wird als unzulänglich beurteilt

Ähnlich wie die Hilfeplanung wird auch die Umsetzung der Jugendhilfeplanung als verbesserungsbedürftig eingeschätzt und scheint insoweit hinter den gesetzlichen Vorgaben zurückzubleiben.

Kritik bezieht sich auf die unzureichende Implementierung der rechtlichen Normen sowie auf die Leistungsfähigkeit und die Wirkungskraft der Planung:

„Der Anteil der Jugendämter, die in den einzelnen Feldern der Kinder- und Jugendhilfe Jugendhilfeplanung betreiben, ist in den letzten Jahren allerdings sogar leicht zurückgegangen, und bei der Mehrzahl der Arbeitsfelder der Kinder- und Jugendhilfe wird vielerorts bis heute kein Versuch unternommen, mit Hilfe von Jugendhilfeplanung aktiv Einfluss auf die Quantität und Qualität der Angebote zu nehmen (vgl. Gadow u. a. 2013, S. 45 f.). Insgesamt wird Jugendhilfeplanung vielerorts unterkomplex betrieben, und es werden die bestehenden Steuerungsmöglichkeiten häufig nicht ausgeschöpft. In nicht wenigen Regionen besteht auch 20 Jahre nach Etablierung der Jugendhilfeplanung im SGB VIII zudem noch erheblicher fachlicher Entwicklungsbedarf.“³¹

So lautet das Urteil des 14. Kinder- und Jugendberichts.

Merchel³² bezieht sich auf Pluto und andere³³ mit der Feststellung,

„[...], dass die Planung in vielen Jugendämtern nicht alle Handlungsfelder umfasst, sich oft nur auf Teilaspekte der fachlichen Anforderungen bezieht, inhaltliche und sozialräumliche Perspektiven fehlen

30 Ebd., S. 204.

31 14. Kinder- und Jugendbericht, Drs. 17/12200, 2013, S. 391.

32 Merchel, Jugendhilfeplanung Anforderungen, Profil, Umsetzung, 2016, S. 187.

33 Pluto, van Santen, Seckinger, Lebenslagen Jugendlicher als Ausgangspunkt kommunaler Politikgestaltung. Eine Expertise zur beteiligungsorientierten Erhebung von jugendpolitischen Bedarfen, 2014, S. 19.

und Planungen in einzelnen Teilbereichen unzureichend zusammengeführt werden....“.

Ähnlich hatten es Schöne und andere beurteilt:

„Jugendhilfeplanung ist zumeist eine Jugendhilfe-Teilplanung. Die Handlungsfelder werden eher getrennt in den Blick genommen und genießen unterschiedliche öffentliche Aufmerksamkeit und Prioritätensetzung.“³⁴

Auf die Frage nach der Geschäftsstatistik und nach dem produktiven Verhältnis von Hilfeplanung und Jugendhilfeplanung (Konkret etwa die Frage an den ASD „Wie werden Ihre Erfahrungen in der Jugendhilfeplanung verarbeitet?“), gibt es oft nach wie vor keine schlüssige Antwort.³⁵

„Verbesserungsbedürftig erscheinen vielerorts auch die Personalausstattung und die Fortbildungsangebote sowie die Beteiligung von jungen Menschen und ihren Familien [...]“, stellt Schön fest.³⁶

Spezifische Aufmerksamkeit muss den Landkreisen gelten. Deren politische Struktur, die Rolle von Verbands- und Ortsgemeinden und die daraus folgenden besonderen Voraussetzungen für die Planung und Entscheidung sind im Gesetz nicht berücksichtigt (etwa im Hinblick auf die Beteiligungsverpflichtungen).

Besondere Bedingungen gelten dort auch für die Beschaffung und Pflege von kleinräumigen Planungsdaten.³⁷ Die Zugänglichkeit von Daten ist vor allem im Landkreis erschwert, nicht zuletzt, weil es keine gemeinsame Planungsverpflichtung und keine diesbezüglichen Mitwirkungsrechte für die Gemeinden im Kreis gibt. Zusätzlich treten Datenschutzprobleme bei kleinräumigen Daten auf. Bestätigt wird dies exemplarisch in einer Un-

34 Schöne, Adam, Kemmerling, Jugendhilfeplanung-Entwicklungsstand und Planungsanforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Planungspraxis in Nordrhein-Westfalen-Ergebnisse einer Erhebung bei den öffentlichen Trägern der Jugendhilfe, 2010, S. 67.

35 Diese Erkenntnis ist aus bis 2019 während der eigener beruflicher Praxis der Autorin bei einem Landesjugendamt und der entsprechenden Verantwortung für die Beratung der örtlichen Jugendhilfeplanung erwachsen.

36 Schön, in: Wiesner/Wapler, SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar; 6. Auflage, 2022, § 80 Rn. 4; vgl. auch Schöne et al., Jugendhilfe..., 2010, S. 65.

37 Vgl. Schöne et al., Jugendhilfeplanung-Entwicklungsstand und Planungsanforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Planungspraxis in Nordrhein-Westfalen-Ergebnisse einer Erhebung bei den öffentlichen Trägern der Jugendhilfe, 2010, S. 69.

tersuchung zur Sozialplanung: Datengewinnung, Datenverarbeitung und Datenschutz im Rahmen des kreisweiten Sozialmonitorings sind die am häufigsten thematisierte Herausforderung in einem Sozialplanungsprojekt. Probleme werden dort auch bezüglich der Arbeitsverwaltung beklagt, deren Daten zudem jeweils bezahlt werden müssen.³⁸

In einem Positionspapier des AFET zur Debatte werden die Probleme auf den Punkt gebracht:

„Das gesetzliche Verfahren einer Jugendhilfeplanung [...] hat sich in vielen Kommunen und Landkreisen noch nicht etabliert.“³⁹

Und selbst wenn es eine funktionierende Jugendhilfeplanung gibt, ist damit nicht gesagt, dass die Planungsbeschlüsse umgesetzt werden. Jugendhilfeplanung ist eine objektiv-rechtliche Verfahrenspflicht für den Träger der Jugendhilfe, ohne rechtliche Bindungswirkung nach außen⁴⁰. Die Selbstbindungswirkung für die Verwaltung reicht z.B. nicht aus, um den auf der Basis einer rechtmäßigen Jugendhilfeplanung von der Vertretungskörperschaft beschlossenen Jugendtreff gegen das nach dem Kommunalrecht geltend gemachte Veto der Kommunalaufsichtsbehörde (als Finanzaufsicht im Kontext des Entschuldungsfonds) durchzusetzen.⁴¹ Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht ist zudem nicht erkennbar interessiert an der Frage, ob der örtliche Träger der Jugendhilfe die Verpflichtung zur Jugendhilfeplanung einlöst.⁴² Vielmehr ist davon auszugehen,

38 Nutz, Schubert, Spieckermann, Winterhoff, Zinn, Sozialplanung in Kreisen-Evaluation der Implementierung einer integrierten Sozialplanung in zwei Landkreisen in Nordrhein-Westfalen, 2019, S. 78.

39 AFET Bundesverband für Erziehungshilfe e.V., Arbeitspapier „SGB VIII: Mitreden -Mitgestalten“: Mehr Inklusion/Wirksames Hilfesystem/Weniger Schnittstellen Ohne qualifizierte Jugendhilfeplanung keine inklusive Jugendhilfe?! Ein Zwischenruf zur aktuellen Reformdebatte des SGB VIII, 2019, S. 2, letzter Zugriff 31.03.2020 unter https://afet-ev.de/aktuell/SGB-VIII-Reform/PDF-SGB-VIII-Reform-2019/AFET-Position-zum-Arbeitspapier_Mehr-Inklusion_Mitreden-Mitgestalten-17.09.2019.pdf?m=15682789948c

40 Wabnitz, in: Kunkel, Kepert, Pattar, LPK-SGB VIII, 7. Aufl., 2018, § 80, Rn. 3.

41 Etwa ausweislich des Protokolls der Ortsbeiratssitzung im Stadtteil Koblenz-Rübenach vom 20.09.2011, S. 2 Top 1 zu dem von der Stadt Koblenz geplanten Jugendtreff; letzter Zugriff 31.3.2020 unter https://www.unser-ruebenach.de/inhalt/ortsverwaltung/protokolle_ortsbeirat/2011/05_protokoll_200911.pdf

42 Jedenfalls sind mir in langjähriger Behördenpraxis keine entsprechenden Interventionen bekannt geworden.

dass sie personelle Planungsressourcen im Haushalt von finanzschwachen Kommunen eher restriktiv genehmigt.

3.2 Die rechtlichen Regelungen zur Jugendhilfeplanung korrespondieren mit dem fachlichen Verständnis

Wie bei der Hilfeplanung stellt sich auch im Kontext der Jugendhilfeplanung die Frage, ob eine unterkomplexe Planungspraxis auf das Konto unzureichender gesetzlicher Regelungen, vor allem zum Planungsverfahren, geht, bzw. ob die diesbezüglichen Regelungen womöglich nicht in Einklang stehen mit den fachlichen Anforderungen.

In der Begründung zum aktuellen § 79 SGB VIII wurde die Verpflichtung zur Gewährleistung einer bedarfsgerechten Infrastruktur der Kinder- und Jugendhilfe u.a. damit begründet, dass „Jugendhilfe... im Wesentlichen auf „Sozialhilfe für junge Menschen“ reduziert [würde], wenn die Träger der öffentlichen Jugendhilfe nicht verpflichtet wären, für die notwendige Infrastruktur an Einrichtungen und Diensten zu sorgen.“⁴³. Da dies also ausdrücklich nicht gewollt ist, erfährt die Jugendhilfeplanung eine besondere rechtliche Verankerung als Instrument zur Konzipierung eines bedarfsgerechten Infrastrukturangebots der Kinder- und Jugendhilfe.

Die Gesetzesbegründung zur Regelung der Jugendhilfeplanung im SGB VIII fasst deren Aufgabe zusammen:

„Die Vorschrift [des jetzigen § 80 SGB VIII, d. Verf.] umreißt die wesentlichen Schritte der Jugendhilfeplanung, nämlich die Feststellung des Bestandes, die Ermittlung des Bedarfs und die Festlegung der dafür notwendigen Vorhaben. Ein mittelfristiger Planungszeitraum wird in Anlehnung an die mittelfristige Finanzplanung (4 Jahre ohne das laufende Haushaltsjahr) gewählt; eine darüber hinausreichende längerfristige Planung bleibt den öffentlichen Trägern der Jugendhilfe vorbehalten. Jede Planung muß flexibel genug sein, um auch unvorhergesehenen Bedarf befriedigen zu können.“⁴⁴

Der Gesetzestext betont ausdrücklich, dass der Bedarf unter Berücksichtigung der Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der jungen Menschen und

43 Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz — KJHG), Drs. 11/5948, 1989, S. 100.

44 Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz — KJHG), Drs. 11/5948, 1989, S. 101.

der Personensorgeberechtigten zu ermitteln ist (§ 80 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII). Die Begründung führt aus:

„Die Vorschrift regelt wesentliche Ziele für die Planung von Einrichtungen, Diensten und Veranstaltungen. [Es]... soll...gewährleistet werden
[...] daß Jugendhilfe orts- und bürgernah („stadtteilorientiert“) betrieben und eine Entfremdung des Kindes oder Jugendlichen von seinem sozialen Umfeld vermieden wird.

[§ 80 Abs. 2] Nummer 2 will ein plurales Leistungsangebot sicherstellen [...]

Nummer 3 unterstreicht die besondere Dringlichkeit von Planungsentscheidungen zugunsten junger Menschen und Familien in gefährdeten Lebens- und Wohnbereichen...Familienorientierte Jugendhilfe muß auch einen Beitrag dazu leisten, daß Mütter und Väter Aufgaben in der Familie und Erwerbstätigkeit besser miteinander vereinbaren können.“⁴⁵

Zu § 80 Abs. 3 heißt es in der Begründung zum Gesetz:

„[...] Die Planungsverantwortung der öffentlichen Jugendhilfe, wie sie das Bundesverfassungsgericht betont hat, muß daher verbunden sein mit einer Verpflichtung zur frühzeitigen Beteiligung der anerkannten Träger der freien Jugendhilfe. Ansonsten besteht die Gefahr, daß die weitere Entwicklung der Jugendhilfe bereits durch Planungsentscheidungen weitgehend vorformuliert und präjudiziert wird und damit das Engagement nichtstaatlicher Tätigkeit nicht mehr zur Entfaltung kommt [...]“⁴⁶

Und weiter:

„Die Vorschrift [in § 80 Abs. 4] will die Abstimmung und Vernetzung der verschiedenen fachlichen Planungen im Rahmen einer kommunalen Entwicklungsplanung sicherstellen. [...]“⁴⁷

Schließlich ist auch die 2012 ergänzte Regelung zur Qualitätsentwicklung in § 79 Abs. 2 Nr. 2 SGB VIII als eine die Jugendhilfeplanung betreffende

45 Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz — KJHG), Drs. 11/5948, 1989 S. 102.

46 Ebd. S. 102.

47 Ebd. S. 102.

Norm anzuführen. Die Gesetzesbegründung⁴⁸ stellt diesen Zusammenhang zwar nicht explizit her, nimmt aber Bezug auf die Ergebnisse des Modellprojekts „Wirkungsorientierte Jugendhilfe“. Exemplarisch für die wichtige Funktion der Jugendhilfeplanung in einer fallübergreifenden Qualitätsentwicklung ist der Abschlussbericht dazu aus Böblingen.⁴⁹

Die (hier nur kurz beleuchteten) rechtlichen Grundlagen der Jugendhilfeplanung in § 80 SGB VIII sind ausreichend offen und zugleich konkret genug, um fachgerechte und zeitgemäße Planungsprozesse rahmen zu können. Sie sind umfassend partizipationsorientiert und zielen auf eine familienfreundliche sowie sozialintegrative kommunale Planung der Kinder- und Jugendhilfe.

Im fachlichen Diskurs werden die gesetzlichen Regelungen zur Jugendhilfeplanung entsprechend positiv aufgenommen.

So heißt es zum Beispiel in einer Studie von Schone und anderen⁵⁰:

„Jugendhilfeplanung ist ein Instrument zur systematischen, innovativen und damit zukunftsgerichteten Gestaltung und Entwicklung der Handlungsfelder der Jugendhilfe [...]

Als Fachplanung geht es bei der Jugendhilfeplanung um die Entwicklung von Strategien zur Lösung der komplexen Aufgaben der Jugendhilfe. Dazu gehören quantitative und qualitative Bestands-, Bedarfs-, Sozialraum- und Zielgruppenanalysen, aufgaben- und organisationskritische Bewertungen der IST-Situation, konkrete Vorschläge zur Ausgestaltung und zur Qualifizierung der Angebote der Jugendhilfe, Prioritätensetzungen für die Umsetzung sowie deren Überprüfung. Als fachliche Entwicklungsaufgabe richtet sich Jugendhilfeplanung auf die Umsetzung aktueller fachlicher Standards in allen Arbeitsfeldern der Jugendhilfe. Als fachpolitische Gestaltungsaufgabe soll Jugendhilfeplanung dazu beitragen, Aufmerksamkeitsstrukturen, Ressourcen und öffentliche Sensibilitäten auf die komplexen Aufgaben der Jugendhilfe und damit auf die Sicherung der Lebensbedingungen von Kindern, Jugendlichen und ihrer Eltern zu richten. Damit ist Jugendhilfepla-

48 Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG), Drs. 17/6256, 2011, S. 27.

49 *Gaugel, Pauly*, Abschlussstagung Wirkungsorientierte Jugendhilfe Wirkungsorientierte Vereinbarungen und ihre praktische Erprobung am Modellstandort Böblingen, 2009.

50 *Schone, Adam, Kemmerling*, Jugendhilfeplanung -Entwicklungsstand und Planungsanforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Planungspraxis in Nordrhein-Westfalen-Ergebnisse einer Erhebung bei den öffentlichen Trägern der Jugendhilfe, 2010, S. 3.

nung nicht nur eine Aufgabe der kommunalen Fachverwaltung (Jugendamt) und der freien Anbieter von Jugendhilfeleistungen (Jugendverbände, Wohlfahrtsverbände, Selbsthilfegruppen etc.), sondern auch ein Forum kommunalpolitischer Entscheidungsfindung (Jugendhilfeausschuss, Rat) und sie ist nicht zuletzt ein Instrument zur Beteiligung ihrer AdressatInnen an der Formulierung von Planzielen, Angebotsstrukturen, Prioritäten und Realisierungsformen.“

Wenn die Rechtsgrundlagen kongruent sind mit dem fachlichen Verständnis von Jugendhilfeplanung, sind wesentliche Gründe für eine unterkomplexe Praxis vermutlich außerhalb der geltenden Verfahrensvorschriften zu suchen, was nicht heißt, dass rechtliche Nachjustierungen überflüssig wären.

3.3 Ansatzpunkte für die bessere rechtliche Absicherung einer qualifizierten Jugendhilfeplanungspraxis liegen jenseits differenzierterer Verfahrensvorschriften

Wie bei der Hilfeplanung stellt sich auch für die Jugendhilfeplanung die Frage, ob das Gesetz schlicht eine bessere Handlungsanleitung, hier für die Jugendhilfeplanungsfachkräfte, enthalten müsste, um eine qualifizierte Planung sicherzustellen. Und wie bei der Hilfeplanung wird hier die Auffassung vertreten, dass nicht das fachliche Verfahren, sondern die Planungsvoraussetzungen einer besseren rechtlichen Absicherung bedürfen.

Jugendhilfeplanung ist angewiesen auf die Politik. Sie ist zur Unterstützung der Politikverantwortlichen tätig und erhält die Planungsaufträge von der Vertretungskörperschaft. Darüber, welchen Anteil die programmatische Politikausrichtung und die darin der Jugendhilfeplanung eingeräumte Rolle jeweils an der Qualität der Planungspraxis hat, darf spekuliert werden (siehe dazu auch die Bemerkungen unter 2.3 zu Leitbildern und Handlungsmustern von Politik und Sozialverwaltung). Jedenfalls ist Jugendhilfeplanung nicht ohne Rückendeckung der Politik möglich.

Wo es an Jugendhilfeplanung fehlt, mangelt es auch an politischer Unterstützung für sie. Die Politikwissenschaft bietet eine mögliche Erklärung für ein distanziertes Verhältnis der Politik zur Jugendhilfeplanung. Danach ist eine beteiligungsorientierte, nach dem „Gegenstromprinzip“⁵¹

51 Eine prozesshafte Verbindung von top-down und bottom-up Vorgehensweisen; vgl. Nutz, Schubert, Spieckermann, Winterhoff, Zinn, Sozialplanung in Kreisen-Eva-

angelegte Planung wie die Jugendhilfeplanung nur eine von mehreren Steuerungsoptionen und damit keineswegs gesetzt.

Im Kontext der Reform der Kommunalverwaltung unterschieden Kleinfeld und andere 1996 drei Typen von Umsetzungsstrategien in der Kommunalpolitik: Die programmgesteuerte autokratische Modernisierungsstrategie, einzelprojektorientierte inkrementalistische Verfahren und leitbildgesteuerte dialogorientierte Modernisierungsstrategien.⁵²

Der zuletzt genannte Typ „Leitbildgeprägte dialoggesteuerte Modernisierungsstrategien“ würde wohl dem gesetzlichen Modell der beteiligungsorientierten Jugendhilfeplanung am ehesten entsprechen. Er hat aber offenbar nicht überall Konjunktur.

Die Planungseuphorie der 70er Jahre ging laut Holtkamp⁵³ eher von einer Top-Down angelegten, „expertokratischen“ Infrastrukturplanung aus. In der Ära danach sollte der Markt die Steuerungsprobleme richten. In den 90ern folgte eine Phase, in der Beteiligung groß geschrieben wurde, allerdings eine Beteiligung vorwiegend in Form von Vereinbarungen mit Verbänden und starken Institutionen. Heute ist das Bild nach Holtkamps Einschätzung dagegen eher von einem „Governance-Mix“ bestimmt. Darin ist Planung nur ein Steuerungselement unter anderen. Zentral bleibt die hierarchische Entscheidung, gepaart mit Vereinbarungen und punktueller Beteiligung sowie einzelnen Marktkomponenten. Angesichts der knappen Haushaltslage in den Kommunen sei ein als „inkrementalistisch“ zu qualifizierender Ansatz vorherrschend.

Es ist vor diesem Hintergrund anzunehmen, dass die derzeitige rechtliche Fassung der Jugendhilfeplanung nicht ausreichend ist, um sie gegen konkurrierende, macht- und finanzpolitisch motivierte Steuerungskulturen durchzusetzen. Insofern scheint es geboten, die Voraussetzungen für eine partizipationsorientierte Jugendhilfeplanung rechtlich zwingender abzusichern

luation der Implementierung einer integrierten Sozialplanung in zwei Landkreisen in Nordrhein-Westfalen, 2019, S. 6.

52 Kleinfeld, Heidemann, Treutler, Neue Steuerungsmodelle in der Kommunalverwaltung: Eine Zwischenbilanz, in: Kleinfeld (Hrsg.), Kommunalpolitik: Eine problemorientierte Einführung, 1996, S. 157, 161.

53 Holtkamp, Theorie und Praxis der kommunalen Steuerung, Einführungsvortrag bei der 16. Jahrestagung der Landesarbeitsgemeinschaft Jugendhilfeplanung in Rheinland-Pfalz, Mainz, 2014.

3.4 Die Gewährleistung der strukturellen Planungsvoraussetzungen muss rechtlich verbindlich geregelt werden

Was ist zu tun? Wie kann eine Novellierung des SGB VIII die qualifizierte Umsetzung von Jugendhilfeplanung unterstützen?

Wie Struck⁵⁴ es beschreibt, geht es darum,

„Das eigentlich kluge Konzept einer partizipationsorientierten Jugendhilfeplanung des § 80 SGB VIII wiederzubeleben und durch notwendige Ressourcen überhaupt lebensfähig zu erhalten“.

Dieses Konzept ist nicht nur vor dem Hintergrund des Planungsgegenstandes, sondern auch mit Blick auf die Stärkung der demokratischen Kultur⁵⁵ nach wie vor aktuell.

Die Wiederbelebung der beteiligungsorientierten Jugendhilfeplanung sollte deshalb Priorität erhalten vor dem Aufbau einer integrierten Sozialplanung. Zunächst muss es um die Realisierung der integrierten Jugendhilfeplanung gehen.

Eine weitergehende rechtliche Festschreibung des Verfahrens ist vermutlich nicht zielführend, da es um sehr unterschiedliche Planungssituationen geht. Die bisherige Regelung in § 80 SGB VIII ist zudem offen genug, um neue Anforderungen zu integrieren, allerdings zugegeben auch offen genug, um Jugendhilfeplanung weitgehend zu unterlassen.

Eine Novellierung des SGB VIII sollte deshalb folgende Anregungen aufnehmen:

(1) Die Verbindlichkeit der Jugendhilfeplanung als einem die Aufgabenwahrnehmung unterstützenden Verfahren ist rechtlich klarer zu fassen (einschließlich der Pflicht zur Gewährleistung entsprechender Planungsressourcen), um sie aus der Abhängigkeit von politisch induzierten, ggf. „planungsaversiven“

54 Struck, Wann ist Planung Steuerung? Profilierungsnotwendigkeiten und Anfragen an das Selbstverständnis von Jugendhilfeplanung aus Sicht der freien Träger, in: Daigler (Hrsg.), Profil und Professionalität der Jugendhilfeplanung, 2017, S. 77, 86.

55 Für das Bundesjugendkuratorium z.B. ist „Demokratiebildung...auf Ressourcen, (neue) Formate und Strukturen angewiesen, die das Erleben und Erfahren von Demokratie sowie die Übernahme von Verantwortung in einer inklusiven demokratischen Gesellschaft für alle Menschen ermöglichen und fördern.“, in: Bundesjugendkuratorium, Demokratie braucht alle. Thesen zu aktuellen Herausforderungen und zur Notwendigkeit von Demokratiebildung, 2017, letzter Zugriff 31.03.2020 unter <https://www.bundesjugendkuratorium.de/stellungnahmen>.

*Steuerungsprogrammatiken zu befreien. Die Aufnahme in den Katalog der Aufgaben nach § 2 SGB VIII ist in Erwägung zu ziehen.*⁵⁶

(2) Der Vorrang des Jugendhilfeplanungsauftrags und damit auch der Vorrang einer entsprechend rechtmäßig getroffenen Planungsentscheidung gegenüber den finanzaufsichtlichen Interventionsinstrumenten des Kommunalrechts ist bundesrechtlich zu normieren.

(3) Die besonderen und komplexen strukturellen Planungsvoraussetzungen im Landkreis sind rechtlich differenziert zu würdigen (etwa durch ein Beteiligungsrecht der Verbandsgemeinden und Ortsgemeinden an der Planung, soweit sie nicht selbst örtliche Träger sind).

(4) Explizit herausgehoben werden sollte im Gesetz, dass „Sozialberichterstattung“, „Jugendhilfeberichterstattung“ (Geschäftsstatistik) und Daten aus Beteiligungsprozessen eine verpflichtende Basis für die Planung darstellen.

(5) Der Bund sollte rechtlich verbindlich in die Finanzierung der Jugendhilfeplanung beim örtlichen Träger einsteigen, ähnlich wie bei den Frühen Hilfen (z. B. in Form einer Pauschale pro Kopf der unter 27-Jährigen).

Ein Argument dafür ist die Erkenntnis, dass Förderprogramme für Sozialplanungsvorhaben den Einstieg von Landkreisen in die integrierte Sozialplanung wesentlich unterstützen.⁵⁷

(6) Die erforderlichen Planungsressourcen und deren Zweckbestimmung sollten in nicht abschließender Form im Gesetz benannt und mit einer Ausstattungspflicht verbunden werden.

Personalressourcen sind erforderlich für die Erhebung und Pflege von sozialstatistischen und Angebotsdaten, für die Berichterstattung, für die Moderation von Beteiligungsprozessen sowie für die inhaltliche und fachpolitische Aufbereitung von Planungskenntnissen. Zusätzliche Sachmittel sind für die Beteiligungsprozesse vorzusehen.⁵⁸

56 Da Jugendhilfeplanung primär in unterstützender Funktion für die Aufgabenwahrnehmung gesehen wird, gehört sie bisher nicht zu den Aufgaben nach § 2 SGB VIII und wird von den örtlichen Trägern als beliebig gestaltbar verstanden. Teilweise wird Planung nur in den Bereichen ansatzweise betrieben, in denen Landes- oder Bundesbehörden eine Förderung von örtlichen Planungsdaten abhängig machen (Beispiel Kindertagesstätten). Jugendhilfeplanung ist aber im Grunde auch eine Leistung für die Bürgerinnen und Bürger. Unter diesem Blickwinkel könnte sie auch aufgenommen werden in § 2 SGB VIII.

57 Vgl. dazu Nutz *et al.*, Sozialplanung in Kreisen-Evaluation der Implementierung einer integrierten Sozialplanung in zwei Landkreisen in Nordrhein-Westfalen, 2019, S. 78.

58 Eine explizite Ausstattungsverpflichtung im Gesetz scheint geboten, da die Jugendhilfeplanung keine Aufgabe im sozialrechtlichen Sinne ist und insofern die bisherigen Ausstattungsgebote möglicherweise nur bedingt verfangen.

(7) Öffentliche Daten für die kleinräumige Jugendhilfeplanung müssen den örtlichen Trägern besser zugänglich gemacht werden, z.B. durch Rechtsverpflichtung Dritter zur Datenübermittlung und durch Finanzierungsregelungen (zum Beispiel zur Kostenbefreiung für die Datenübermittlung) in entsprechenden anderen Sozialgesetzen.

Die Zugänglichkeit von Daten ist vor allem im Landkreis erschwert, nicht zuletzt, weil es keine gemeinsame Planungsverpflichtung und keine diesbezüglichen Mitwirkungsrechte und -pflichten für jene Gemeinden im Kreis gibt, die nicht örtliche Träger sind. Dies könnte durch das Gesetz vorgegeben werden, auch ohne, dass dabei das Recht der Länder zur Festsetzung der örtlichen Träger verletzt würde.

(8) Der gesetzliche Datenschutz muss soweit gelockert werden, dass eine Datenübermittlung und Nutzung für die kleinräumige Planung möglich wird.

(9) Die Beteiligung⁵⁹ der Betroffenen (junger Menschen, Eltern...) an der Jugendhilfeplanung sollte eine eigenständige rechtliche Absicherung erfahren, einschließlich des Rechts auf Unterstützung durch sozialpädagogische Fachkräfte bei diesem Prozess.

Die Frage ist, ob es nicht sogar einen Rechtsanspruch junger Menschen und ihrer Eltern auf Jugendhilfeplanung geben könnte.

Schon durch die Einräumung von Beteiligungsrechten könnte die Infrastrukturplanung für eine inklusive Kinder- und Jugendhilfe in den Blick genommen werden. Der doppelte Sozialraumbegriff im Sinne von Kessl⁶⁰ als sozialgeographisch-infrastrukturell wie aneignungstheoretisch-subjektorientiert könnte Ausgangspunkt sein für ein Recht auf Beteiligung als selbstbestimmte und (selbst)reflexive Mitgestaltung sozialer Ermöglichungsräume.

(10) Da für die Ausrichtung auf eine inklusive Jugendhilfeinfrastruktur die Ermöglichung sozialer Teilhabe sowie der Zugang zu sozialen Ressourcen und Ermöglichungsräumen zentral sind, sollte beides explizit in den Katalog der Zielbestimmungen von Jugendhilfeplanung aufgenommen werden.⁶¹

59 Entsprechend des umfassenden Beteiligungsbegriffs von Pluto, van Santen, Seckinger, Lebenslagen Jugendlicher als Ausgangspunkt kommunaler Politikgestaltung. Eine Expertise zur beteiligungsorientierten Erhebung von jugendpolitischen Bedarfen, 2014, S. 35.

60 Kessl, Kommentar zum Arbeitspapier „Prävention im Sozialraum stärken“, Arbeitsgruppe „SGB VIII: Mitreden – Mitgestalten“, Bergische Universität Wuppertal, 2019.

61 Vgl. Hopmann, Rohrmann, Schröer, Urban-Stahl, Hilfeplanung ist mehr als ein Verfahrensablauf. Ein Plädoyer zur Öffnung der aktuellen Fachdiskussion im Kontext der SGB VIII-Reform, np 2019(2), S. 198, 205.

Für die Hilfeplanung und ebenso für die Jugendhilfeplanung kann geltend gemacht werden, dass fehlende strukturelle Voraussetzungen eine Umsetzung der gesetzlichen Planungsvorgaben beeinträchtigen oder verhindern. Eine Novellierung des SGB VIII sollte deshalb sowohl in Bezug auf die Planung und Ausgestaltung der Hilfe im Einzelfall wie bezogen auf die Infrastrukturplanung einen Schwerpunkt auf die Sicherstellung der Strukturqualität legen.

Die Verbindlichkeit der Planung sowie die planungsbezogenen Beteiligungsrechte sind gesetzlich zu erhärten und die Pflicht zur Bereitstellung der erforderlichen materiellen wie personellen Ressourcen ist rechtlich so auszugestalten, dass jedenfalls die erforderliche Mindestausstattung nicht unterlaufen werden kann. So lassen sich die Anforderungen zusammenfassen.

Literatur

AFET (2019), Arbeitspapier „SGB VIII: Mitreden -Mitgestalten“: Mehr Inklusion/ Wirksames Hilfesystem/Weniger Schnittstellen Ohne qualifizierte Jugendhilfeplanung keine inklusive Jugendhilfe?! Ein Zwischenruf zur aktuellen Reformdebatte des SGB VIII, 2019, letzter Zugriff 31.03.2020 unter https://afet-ev.de/aktuell/SGB-VIII-Reform/PDF-SGB-VIII-Reform-2019/AFET-Position-zum-Arbeitspapier_Mehr-Inklusion_Mitreden-Mitgestalten-17.09.2019.pdf?m=1568278994&

Albus, Stefanie (2019): Teilhabe einschränkungen reloaded. np (49/4), S. 360.

Bundesjugendkuratorium, Demokratie braucht alle. Thesen zu aktuellen Herausforderungen und zur Notwendigkeit von Demokratiebildung, 2017, letzter Zugriff 31.03.220 unter <https://www.bundesjugendkuratorium.de/stellungnahmen>

Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (Kinder- und Jugendhilfegesetz -KJHG), Drucksache 11/5948, 1989, letzter Zugriff 31.03.2020 unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/11/059/1105948.pdf>

Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz – BKiSchG), Drucksache 17/6256, 2011 letzter Zugriff 31. 03.2020 unter <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/17/075/1707523.pdf>

Gaegel, Werner/ Pauly, Jörg (2009): Abschlusstagung Wirkungsorientierte Jugendhilfe- Wirkungsorientierte Vereinbarungen und ihre praktische Erprobung am Modellstandort Böblingen, Berlin, 13. Mai 2009, letzter Zugriff 31.03.2020 unter <http://docplayer.org/29213858-Abschlusstagung-wirkungsorientierte-jugendhilfe-wirkungsorientierte-praktische-erprobung-am-modellstandort-boeblingen.html>

- Holtkamp, Lars*: Theorie und Praxis der Kommunalen Steuerung, Einführungsvortrag bei der 16. Jahrestagung der Landesarbeitsgemeinschaft Jugendhilfeplanung in Rheinland-Pfalz, 2014, Mainz; Folien zum Vortrag aufgenommen in die Tagungsdokumentation, letzter Zugriff unter https://lsjv.rlp.de/fileadmin/lsjv/Daten/Aufgaben/Kinder_Jugend_Familie/Materialien_LJA/Jugendhilfeplanung_16_Jahrestagung_LAG.pdf
- Hopmann, Benedikt/Rohrmann, Albrecht/Schröer, Wolfgang/Urban-Stahl, Ulrike* (2019): Hilfeplanung ist mehr als ein Verfahrensablauf. Ein Plädoyer zur Öffnung der aktuellen Fachdiskussion im Kontext der SGB VIII-Reform, np (49/2), S. 198.
- ISA Planung und Entwicklung GmbH/Universität Bielefeld, Fakultät für Erziehungswissenschaft (2009), Wirkungsorientierte Jugendhilfe, Praxishilfe zur wirkungsorientierten Qualifizierung der Hilfen zur Erziehung, Wirkungsorientierte Jugendhilfe (Schriftenreihe des ISA zur Qualifizierung der Hilfen zur Erziehung) Band 09, Münster: ISA Planung und Entwicklung GmbH, letzter Zugriff 31.03.2020 unter http://kom-sd.de/uploads/media/praxishilfe_wojh_schriften_heft_9.pdf
- Kleinfeld, Ralf/ Heidemann, Ralf/Treutler, Frank* (1996): Neue Steuerungsmodelle in der Kommunalverwaltung: Eine Zwischenbilanz, in: Kleinfeld, Ralf (Hrsg.), Kommunalpolitik: Eine problemorientierte Einführung, Opladen: Leske.
- Kessl, Fabian* (2019), Kommentar zum Arbeitspapier „Prävention im Sozialraum stärken“, Arbeitsgruppe „SGB VIII: Mitreden – Mitgestalten“, Bergische Universität Wuppertal, 2019.
- Kunkel/Keper/Pattar (Hrsg.), Sozialgesetzbuch VIII Kinder- und Jugendhilfe, Lehr- und Praxiskommentar. Baden-Baden: Nomos 7. Aufl. 2018.
- Leisering, Lutz* (2004): Paradigmen sozialer Gerechtigkeit. Normative Diskurse im Umbau des Sozialstaats, in: Liebig, Stefan/Lengfeld, Holger/Mau, Steffen (Hrsg.), Verteilungsprobleme und Gerechtigkeit in modernen Gesellschaften. Frankfurt a. M. & New York: Campus, S. 29.
- Messmer, Heinz/Hitzler, Sarah* (2008): „Die Hilfe wird beendet werden hier“- Prozesse der Deklientifizierung im Hilfeplangespräch aus gesprächsanalytischer Sicht. np (38/2), S. 166.
- Messmer, Heinz*: Hilfeplanung, 2004, S. 9, letzter Zugriff 31.03.2020 unter https://www.researchgate.net/publication/327834093_Hilfeplanung/link/5ba7f3a7a6fdcc4d3cb6e347b/download
- Messmer, Heinz* (2004): Hilfeplanung, Sozialwissenschaftliche Literaturrundschau H. 48. S. 73.
- Merchel, Joachim* (2016): Jugendhilfeplanung Anforderungen, Profil, Umsetzung. München/Basel: Ernst Reinhardt.
- Münder, Johannes* (2016): SGB VIII-Reform – einige Anmerkungen zum Arbeitsentwurf. np (6/46), S. 588.
- Nutz, Anna/Schubert, Herbert/Spieckermann, Holger/Winterhoff, Nicola/Zinn, Julia* (2019): Sozialplanung in Kreisen-Evaluation der Implementierung einer integrierten Sozialplanung in zwei Landkreisen in Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf: Forschungsinstitut für gesellschaftliche Weiterentwicklung (e.V.).

- Ortmann, Friedrich (2008): Handlungsmuster in der Sozialverwaltung. np (38/4), S. 385.
- Pluto, Liane/van Santen, Eric/Seckinger, Mike (2014): Lebenslagen Jugendlicher als Ausgangspunkt kommunaler Politikgestaltung. Eine Expertise zur beteiligungsorientierten Erhebung von jugendpolitischen Bedarfen. München: Deutsches Jugendinstitut.
- Schönecker, Lydia (2017): Inklusive Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe. Von der Konstruktion zweier Hilfesysteme unter einem Dach und den dafür zu betrachtenden Zwischenräumen. Das Jugendamt (10), S. 470,
- Schöne, Reinhold/Adam, Thomas/Kemmerling, Stefanie (2010): Jugendhilfeplanung-Entwicklungsstand und Planungsanforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Planungspraxis in Nordrhein-Westfalen-Ergebnisse einer Erhebung bei den öffentlichen Trägern der Jugendhilfe, Münster: ISA Institut für soziale Arbeit e.V.
- Schrappner, Christian (2018): Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII in: Böllert, Karin (Hrsg.), Kompendium Kinder- und Jugendhilfe. Wiesbaden: Springer, letzter Zugriff 31.03.2020 unter https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-531-19096-9_48
- Struck, Norbert (2017), Wann ist Planung Steuerung? Profilierungsnotwendigkeiten und Anfragen an das Selbstverständnis von Jugendhilfeplanung aus Sicht der freien Träger, in: Daigler, Claudia, Profil und Professionalität der Jugendhilfeplanung, Wiesbaden:Springer
- Walther, Andreas (2010) Partizipation oder Nicht-Partizipation .np (40/2), S. 115.
- Wiesner, Reinhard/Wapler, Friederike (2022), SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar. 6. Aufl. München: Beck.

Implementationsdefizite und (in)effektive Rechtsdurchsetzung im Kinder- und Jugendhilferecht – Veränderungspotenziale aus Sicht einer obersten Landesjugendbehörde

Klaus Peter Lohest

1. Vorbemerkung

Im Folgenden werde ich schwerpunktmäßig auf fünf zentrale Veränderungsnotwendigkeiten in der Kinder- und Jugendhilfe eingehen, die wir als rheinland-pfälzisches Ministerium für Familie, Frauen, Jugend, Integration und Verbraucherschutz als eine von 16 obersten Landesjugendbehörden sehen. Bewusst ist mein Vortrag nicht wissenschaftlich, sondern (fach)politisch angelegt.

Indem ich – aus unserer Sicht notwendige – Veränderungen aufzeige, weise ich auch auf Probleme in der Rechtsdurchsetzung im Kinder- und Jugendhilferecht hin.

Gehalten wurde dieser Vortrag am 21. November 2019. Zum damaligen Zeitpunkt war nicht absehbar, dass am 9. Juni 2021 das Kinder und Jugendstärkungsgesetzes (KJSG), die SGB VIII-Reform, im Bundesgesetzblatt¹ veröffentlicht werden würde. Um sich nicht vollkommen von der ursprünglichen Vortragsfassung zu entfernen, sind in den Punkten 2 bis 4 lediglich minimale Hinweise auf das Gesetz enthalten. Ein neuer fünfter Punkt enthält eine kurze Darstellung und Bewertung der KJSG-Regelungen aus meiner persönlichen Sicht. Die Zeit hat es nämlich mit sich gebracht, dass ich durch meinen Renteneintritt nicht mehr für das rheinland-pfälzische Kinder- und Jugendministerium sprechen kann, sondern nur noch für mich selbst.

1 BGBl. I 2021 S. 1444

2. Ausgangslage

Ohne Zweifel ist das SGB VIII (Kinder- und Jugendhilfe) eine sehr gute Grundlage für die Kinder- und Jugendhilfe.

„Spätestens seit Beginn des 21. Jahrhunderts ist das SGB VIII als ein modernes, präventiv ausgerichtetes Leistungsgesetz in der Fachöffentlichkeit breit akzeptiert. ... Das SGB VIII hat sich nach nunmehr allgemeiner Auffassung nachhaltig bewährt und ist mittlerweile zu einer fast schon 'populären' Rechtsgrundlage für die Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland geworden“²

Ob man heutzutage solch ein für Eltern, Kinder und Jugendliche wertvolles Instrumentarium mit zahlreichen individuellen Rechtsansprüchen und präventiven Ansätzen³ würde durchsetzen können, muss bezweifelt werden. Entweder können sich nämlich die jeweiligen Koalitionen nicht auf weitgehende Reformen einigen oder sie enthalten in erster Linie Verschlechterungen – außer es handelt sich um Wirtschafts- oder Finanzinteressen. Eine große Ausnahme sollte in der 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages das KJSG sein.

Gleichzeitig wird aber seit dem Inkrafttreten im Jahre 1990 (neue Bundesländer) bzw. 1991 (alte Bundesländer) über die Weiterentwicklung des SGB VIII in der Fachöffentlichkeit diskutiert. Nachdem 1993 durch Einfügung eines Paragraphen 35a mit dem Ersten SGB VIII-Änderungsgesetz die Zuständigkeit der Kinder- und Jugendhilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendhilfe aufgenommen wurde, stand immer wieder die Frage im Raum, ob es nicht notwendig sei, auch körperlich und sogenannt geistig behinderte junge Menschen in die Regelungsbereiche des SGB VIII einzubeziehen. Dazu später mehr.

Im Laufe der Jahre wurden neben einem inklusiven Kinder- und Jugendhilferecht vor allem die Reaktivierung der Jugendhilfeplanung, eine Stärkung sozialräumlicher Hilfen zur Erziehung, die Qualifizierung der Pflegekinderhilfe und eine wirkungsvollere Ausgestaltung der Heimaufsicht als weitere Aspekte einer umfassenden SGB VIII-Reform thematisiert. Auch die Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz gehört dazu, die in der abgelaufenen Legislaturperiode leider wiederum an der CDU/

2 Wabnitz, 25 Jahre SGB VIII. Die Geschichte des Achten Buches Sozialgesetzbuch von 1990 bis 2015, 2015, S. 385.

3 Eine Zusammenfassung der Reformansätze des SGB VIII findet sich in Wabnitz, 25 Jahre SGB VIII. Die Geschichte des Achten Buches Sozialgesetzbuch von 1990 bis 2015, 2015, S. 45f.

CSU-Bundestagsfraktion gescheitert ist, die sich insbesondere gegen Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen sträubt.

In der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages (2013 bis 2017) hat das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend die fachpolitischen Debatten aufgegriffen und sich vor allem unter Ministerin Manuela Schwesig eine grundlegende Reform des Kinder- und Jugendhilferechts zum Ziel gesetzt. Ergebnis war das vom Deutschen Bundestag am 29. Juni 2017 verabschiedete Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG). Da absehbar war, dass das Gesetz im Bundesrat nicht mehrheitsfähig war, wurde eine Abstimmung dadurch vermieden, dass das Gesetz jeweils kurzfristig im Juli und September 2017 von der Tagesordnung abgesetzt wurde. Das Gesetz unterlag zwar nicht der Diskontinuität durch die Neuwahl des Deutschen Bundestages 2017, aber es wurde nie wieder im Bundesrat zur Abstimmung gestellt.

Selbst Befürworter*innen einer grundlegenden SGB VIII-Reform wie wir in Rheinland-Pfalz haben daran mitgewirkt, dass das Gesetz im Bundesrat nicht mehr beraten wurde. Vom Anspruch einer umfassenden Weiterentwicklung des Kinder- und Jugendhilferechts war nämlich nicht viel übriggeblieben.

Zum einen enthielt das vom Deutschen Bundestag bereits verabschiedete KJSG Regelungen, die dem Geist der Kinder- und Jugendhilfe widersprachen. Als Beispiel sei eine Bürokratisierung des gesamten Hilfeplanverfahrens genannt, die den Charakter eines partizipativen und professionellen Aushandlungsprozesses ausgehebelt hätte. Oder Regelungen im Kinderschutz, die dazu geführt hätten, dass andere gesellschaftliche Akteure, wie die Gesundheitshilfe, ein Stück weit aus der gemeinsamen Verantwortung entlassen worden wären, in dem sie nur noch „melden“, aber nicht mehr im Rahmen ihrer Möglichkeiten selbst aktiv werden sollten.

Zudem mussten CDU/CSU und SPD miteinander zu viele Kompromisse eingehen, um überhaupt etwas zustande zu bringen. In den Schlussberatungen des Deutschen Bundestages entfielen deshalb auf Druck der CDU/CSU-Bundestagsfraktion sämtliche Reformansätze zur Pflegekinderhilfe. Aus der Inklusiven Lösung blieb letztlich nur eine Zielbestimmung in § 1 übrig. Zudem sollten Hilfen für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge eingeschränkt und die Finanzierung durch die Länder von Vereinbarungen zwischen Ländern, Kommunen und Leistungsanbietern abhängig gemacht werden.

„Da war der Punkt erreicht, dass kein Land mehr zustimmen konnte, das grün mitgegrünt wird. Die Gefahr einer Zwei-Klassen-Kinder- und

Jugendhilfe – von Bayern längst angestrebt – war zu groß. Denn mit einer Sonderregelung für geflüchtete Kinder und Jugendliche ist ein Einfallstor gegeben, dass zB regelhaft die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe mit Vollendung des 18. Lebensjahres beendet werden, wie es Bayern ebenfalls seit Jahren fordert.“⁴

Jenseits dieser politischen Aspekte waren aber auch handwerkliche Fehler für das Scheitern dieses SGB VIII-Reformversuches verantwortlich.

So war die SGB VIII-Reform nicht mit dem gleichzeitig laufenden Prozess der Verabschiedung des Bundesteilhabegesetzes (BTHG) abgestimmt. Formulierungen über Leistungen und Leistungsvoraussetzungen waren beispielsweise nicht mit dem BTHG kompatibel und im Vertragsrecht gab es Leistungen, die sich so nicht im BTHG wiederfanden.

Zwar wurden die Länder mal mehr, mal weniger in die Entwicklung der Gesetzestexte einbezogen, aber die fachpolitische Diskussion kam viel zu kurz. Immer wieder kursierten Entwürfe im Internet, ohne dass das BMFSFJ einen Diskurs mit den Verbänden der Erziehungs- und Behindertenhilfe führte. Gesprächsformate zur Umsetzung, zu den Wirkungen und zur Finanzierung der Reform gab es nicht. Und selbst bei den Ländern kam es in Teilen zu einer Quasi-Beteiligung.

Auch wurden die politischen Widerstände aus Bayern und Nordrhein-Westfalen zu wenig ernst genommen. Die damalige Hausspitze – Ministerin Schwesig und Staatssekretär Kleindiek – hat offenbar nicht wahrgenommen, dass vor allem die Inklusive Lösung dort keine Zustimmung fand – und bis heute nicht findet.

Und letztlich hat wieder einmal die neoliberale Grundausrichtung das Ihrige dazu getan. Sowohl die Arbeits- und Sozial-, als auch die Jugend- und Familienministerkonferenz haben sich zwar stets für eine Inklusive Lösung im SGB VIII ausgesprochen, aber diese soll kostenneutral erfolgen. Hier müssen sich die Länder auch selbstkritisch hinterfragen. Als ob eine umfassende Inklusion in der Kinder- und Jugendhilfe ohne zusätzliche Finanzmittel so umsetzbar wäre, dass sie auch bei den Betroffenen ankommt! Ungläubig nimmt man aktuell wahr, dass diejenigen, die grundlegende (Sozial-)Reformen stets unter einen Finanzvorbehalt stellen, nunmehr verlautbaren, in der Corona-Krise sei genug Geld vorhanden, um die wirtschaftlichen Folgen des Corona-Virus erfolgreich zu bekämpfen. Selbst

4 Lohest, Kommentar. Inklusive Lösung und SGB VIII-Reform: Wie aus einem (Ent-)Wurf nichts wurde, in: Katzenstein, Lohse, Schindler, Schönecker (Hrsg.), Das Recht als Partner der Fachlichkeit in der Kinder- und Jugendhilfe. Liber Amicorum für Thomas Meysen, 2018, S. 305, 309f.

die Schuldenbremse steht mittlerweile richtigerweise in Frage. Alles richtig, aber es wäre auch schon früher notwendig gewesen – für grundlegende Reformen und den Erhalt bzw. Wiederaufbau der Infrastruktur in Deutschland.

Wo stehen wir heute eine Legislaturperiode später? Die Kritik eines zu mangelnden Dialoges mit den Fachverbänden und Fachkräften hat das BMFSFJ aufgegriffen und mit dem Prozess „Mitreden – Mitgestalten. Die Zukunft der Kinder- und Jugendhilfe“ in ihr Gegenteil verkehrt. Zu den vier wesentlichen Themenaspekten hat das Fachressort umfangreiche Anhörungen und einen schriftlichen Beteiligungsprozess, einschließlich der Befragung von Fachkräften, durchgeführt:

- a) Besserer Kinderschutz und mehr Kooperation
- b) Unterbringung außerhalb der eigenen Familie: Kindesinteressen wahren – Eltern unterstützen – Familien stärken
- c) Prävention im Sozialraum stärken
- d) Mehr Inklusion/Wirksames Hilfesystem/Weniger Schnittstellen.

Die Auftakt- und Abschlusssitzung fand unter Beteiligung von Ministerin a.D. Giffey statt, um dem gesamten Prozess, der von der Parlamentarischen Staatssekretärin Caren Marks geleitet wurde, eine hohe politische Bedeutung beizumessen. Entgegen meiner Zweifel zum Zeitpunkt dieses Vortrags, war dieser Prozess letztlich erfolgreich.

3. Fünf zentrale Veränderungspotenziale aus Sicht einer Obersten Landesjugendbehörde

3.1 Inklusives Kinder- und Jugendhilferecht

Was früher als sogenannte „Große Lösung“ bezeichnet wurde, wird heute richtigerweise „Inklusive Lösung“ genannt. Gemeint ist damit die Zuständigkeit der Kinder- und Jugendhilfe für alle Kinder und Jugendlichen mit und ohne Behinderungen und unabhängig von der Art ihrer Behinderung. Mit ihrem systemischen Blick auf die gesamte Familie hat die Kinder- und Jugendhilfe einen anderen Ansatz als die Eingliederungshilfe, die die Behinderung selbst und deren Folgebewältigung beim Individuum in den Mittelpunkt rückt.

Außerdem führt die inkonsistente Zuständigkeit in Grenzfällen dazu, dass Familien von einem System auf das andere verwiesen werden und somit die Gefahr besteht, dass sie falsch, zu gering oder gar nicht versorgt werden. Das Deutsche Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V.

(DIJuF) hat 2015 Fälle beschrieben, in denen genau das geschah. Ein Beispiel:

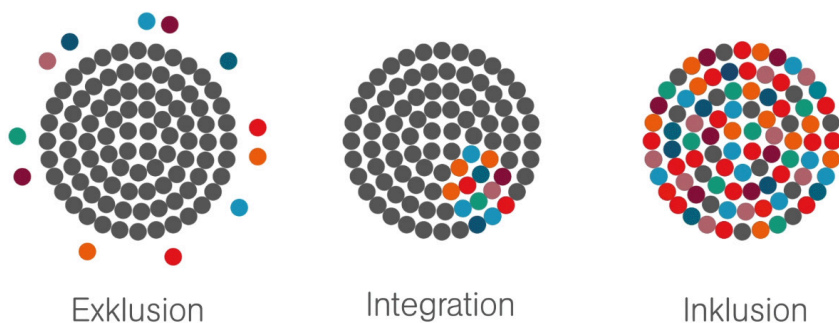
„Bei Michael (8 Jahre) stellt im März 2012 ein entwicklungspsychologisches Gutachten einen IQ-Wert von 67 fest. Der zuständige Sozialhilfeträger leistet daraufhin Eingliederungshilfe in Form von Übernahme von Schulgeldkosten für ein Förderzentrum mit dem Schwerpunkt geistige Entwicklung. Bei einer neuerlichen Testung im März 2014 errechnet sich hingegen ein IQ-Wert von 72, sodass – mangels Vorliegen einer geistigen Behinderung – die Zuständigkeit zur Jugendhilfe wechselt. Da mit dem Förderzentrum, in dem Michael die letzten zwei Jahre gefördert wurde, eine Leistungs- und Entgeltvereinbarung zwar mit dem Sozial-, aber nicht mit dem Jugendamt besteht, muss Michael die Einrichtung wechseln. Und das, obwohl er im Förderzentrum ausgesprochen gut integriert war, erhebliche Entwicklungsfortschritte gemacht hat und sich dort richtig wohl gefühlt hat. Michael zieht sich erst einmal in sich zurück und lehnt alle Angebote in der neuen Einrichtung ab.“⁵

Das grundlegende Problem besteht darin, dass wir in den Sozialsystemen von Gegensätzen ausgehen, die es so zumeist nicht gibt. Eine Zuordnung zur Kinder- und Jugendhilfe ist, wie das beschriebene Beispiel zeigt, so oftmals gar nicht möglich. Gibt es individuelle Entwicklungen, stoßen die Systeme an ihre Grenzen. Eine Zuordnung IQ-Wert unter 70 gleich sogenannte geistige Behinderung gleich SGB IX und IQ-Wert über 70 gleich seelische Behinderung gleich SGB VIII macht es sich zu einfach und spiegelt die Realität im menschlichen Leben nicht wider.

Stattdessen benötigen wir einen ganzheitlichen Ansatz, der vom Ziel der Inklusion getragen ist. Die Aktion Mensch hat bildhaft erläutert, was mit Inklusion im Vergleich zu Exklusion und vor allem Integration gemeint ist:⁶

5 *Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V., Fallvignetten, Geteilte Leistungszuständigkeit von Jugendhilfe und Sozialhilfe und ihre Auswirkungen auf junge Menschen mit Behinderung*, 2015,, S. 2, (unveröffentlicht).

6 <https://www.aktion-mensch.de/dafuer-stehen-wir/was-ist-inklusion.html>



Der entscheidende Unterschied zwischen Integration und Inklusion besteht darin, dass Integration meint, Menschen mit Behinderungen so zu fördern, dass sie den Ansprüchen der Mehrheitsgesellschaft gerecht werden können. Vermeintliche individuelle Nachteile sollen ausgeglichen werden. Inklusion hingegen stellt nicht auf individuelle Merkmale von Menschen ab – Behinderung, soziale Herkunft, Bildungsaffinität –, sondern verfolgt „ein modernes umfassendes Konzept einer fortwährenden gesellschaftlichen Änderung der sozialen Umwelt unter Beteiligung aller, als Voraussetzung für eine gesellschaftliche Teilhabe behinderter Menschen.“⁷

Aus unserer rheinland-pfälzischen Sicht waren folgende Eckpunkte im Hinblick auf ein Kinder- und Jugendhilferecht von besonderer Bedeutung:

- Hervorhebung der grundsätzlich inklusiven Ausrichtung der Kinder- und Jugendhilfe durch die Aufnahme einer Zielbestimmung in § 1 VIII,
- Ergänzung des Grundsatzes durch eine Konkretisierung von Planungsgrundsätzen und bei der Angebotsausrichtung,
- Schaffung eines einheitlichen Leistungstatbestandes
- Verzicht auf den „Wesentlichkeitsbegriff“
- Anspruchsinhaberschaft von Eltern und den Kindern und Jugendlichen selbst,
- teiloffener Leistungskatalog.

Zudem sollten Persönliche Budgets als eine weitere Form der Erbringung von Leistungen vor allem für Eingliederungshilfen, aber auch darüber hinaus Eingang ins SGB VIII finden. Viele Befürchtungen gegen Persönliche

⁷ Dillmann, Globalisierung des Sozialhilferechts inklusive? Zu den Auswirkungen des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen im SGB XII, Zeitschrift für das Fürsorgewesen, 2010, S. 97, 03.

Budgets hat es auch in der Behindertenhilfe gegeben. Nehmen jedoch die Träger der öffentlichen Sozial- und Kinder-/Jugendhilfe ihre Steuerungsfunktion ernst, so dürfte auch bei anderen als Eingliederungshilfen der positive Effekt eintreten, „dass die Selbstbestimmung des/der Berechtigten deutlich gestärkt wird und damit seine/ihre Beteiligung in anderer Weise ernst genommen werden muss, als wenn sich diese in der Einladung zur Hilfeplanung erschöpft“⁸.

3.2 Reaktivierung der Jugendhilfeplanung

Jugendhilfeplanung steht von Beginn an als Pflichtaufgabe der örtlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe im SGB VIII. Sie „ist das zentrale rechtlich verankerte und fachliche Steuerungsinstrument des öffentlichen Jugendhilfeträgers zur quantitativ und qualitativ bedarfsentsprechenden Gestaltung von Einrichtungen, Diensten, Angeboten und Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe“⁹. Wirft man jedoch einen Blick auf die (geringe) Zahl der Planungsfachkräfte in den Jugendämtern, so deutet das auf Praxis- und Vollzugsdefizite hin. In Rheinland-Pfalz reicht beispielsweise die Spannbreite an Personalstellen in der Jugendhilfeplanung im Jahr 2017 (absolute Werte, Vollzeitstellenäquivalente) von null bei drei örtlichen Trägern bis zu maximal zwei bei einer kreisfreien Stadt und einem Landkreis.¹⁰ Bei einer Reform des SGB VIII sollte daher die Verpflichtung der Träger der öffentlichen Jugendhilfe verstärkt werden, im Rahmen ihrer Planungsverantwortung Maßnahmen zur Sicherstellung der Bedarfsgerechtigkeit und Qualität von Hilfsangeboten mit niedrigschwelligen ambulanten Hilfezugängen im Sozialraum zu ergreifen.

8 Schindler, Persönliches Budget als Leistung der Kinder- und Jugendhilfe – oder: Nur Mut zum Unbekannten!, Das Jugendamt 2011, S. 506.

9 Ministerium für Familie, Frauen, Jugend, Integration und Verbraucherschutz Rheinland-Pfalz, 6. Landesbericht Hilfen zur Erziehung in Rheinland-Pfalz, Die Inanspruchnahme erzieherischer Hilfen im Kontext sozio- und infrastruktureller Einflussfaktoren, 2019, S. 181.

10 Ministerium für Familie, Frauen, Jugend, Integration und Verbraucherschutz Rheinland-Pfalz, 6. Landesbericht Hilfen zur Erziehung in Rheinland-Pfalz, Die Inanspruchnahme erzieherischer Hilfen im Kontext sozio- und infrastruktureller Einflussfaktoren, 2019, S. 183.

3.3 Sozialräumliche Hilfen stärken

In den letzten Jahren wurde viel und kontrovers über ambulante niedrigschwellige Hilfeangebote diskutiert. Ausgangspunkt war ein dreiseitiges Papier mit dem Titel „Wiedergewinnung kommunalpolitischer Handlungsfähigkeit zur Ausgestaltung von Jugendhilfeleistungen – Änderungen des Kinder- und Jugendhilferechts (SGB VIII)“, das der damalige Hamburger Sozial- und Jugendstaatsrat Jan Pörksen 2011 in die Runde sozialdemokratischer und grüner Jugendstaatssekretär*innen einbrachte. Darin stellte er den individuellen Rechtsanspruch auf Hilfen zur Erziehung in Frage. Das rheinland-pfälzische Jugendministerium ist dem damals entschieden entgegengetreten, doch hat Pörksen damit eine wichtige und längst überfällige Diskussion über die Weiterentwicklung von Hilfen zur Erziehung angestoßen. Hätte er sie konsensorientierter geführt, wäre sie sicherlich positiver in der Kinder- und Jugendhilfe aufgenommen worden und hätte auch bereits zu Ergebnissen geführt.

Um gerade die Zielgruppen besser erreichen zu können, die Hilfebedarfe haben, diese aber noch nicht offenkundig sind, sollten niedrigschwellige Angebote bzw. ihr Ausbau rechtlich abgesicherter und bindender gestaltet sein. Auch sind verlässliche Kooperationen zwischen dem örtlichen Träger der Kinder- und Jugendhilfe und Dritten, wie Kindertagesstätten, Schulen, dem Gesundheitswesen, zu fördern. Schließlich sollte der Zugang zu diesen Angeboten rechtlich erleichtert werden. Warum sollte es nicht möglich sein, wie es in Hamburg geschieht, Angebote über einen Bauspielfeldplatz zu platzieren?

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung stehen die gegenwärtigen Finanzierungssystematiken dem Auf- und Ausbau niedrigschwelliger und präventiver Angebote entgegen, sofern diese rechtsanspruchsgebundene Leistungen umfassen. Insofern bedarf es einer gesetzlichen Regelung, die solche Leistungen z.B. im Wege von Pauschalfinanzierungen ermöglichen würden. Dabei ist jedoch sicherzustellen, dass die bestehenden Rechtsansprüche ebenso gewährleistet bleiben, wie der Bedarfsdeckungsgrundsatz und das Wunsch- und Wahlrecht.

3.4 Heimaufsicht wirkungsvoller ausgestalten

Bereits im Vorfeld der Bundestags- und Bundesratsbefassung des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes hatten sich die Länder darauf verständigt, wie die Heimaufsicht wirksamer gestaltet werden kann. Die Grenzen heimaufsichtlichen Handelns, wie z.B. bei den Jugendheimen der Haasen-

burg GmbH in Brandenburg, waren mit dafür ausschlaggebend. Auch die Ergebnisse der Runden Tische und der Abschlussbericht der Lenkungsausschüsse der Fonds „Heimerziehung in der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 1949 bis 1975“ und „Heimerziehung in der DDR in den Jahren 1949 bis 1990“ sowie die Evaluation des Bundeskinderschutzgesetzes flossen mit in die Überlegungen ein.

Folgende Aspekte sahen die Länder als besonders regelungsbedürftig an, um Betriebserlaubnisverfahren und die Aufsicht über Einrichtungen stärker am Schutzbedürfnis der Kinder und Jugendlichen auszurichten:

- Präzisierung des Einrichtungsbegriffes
Kriterien, die im KJHG zum Einrichtungsbegriff genannt waren, wie Dauerhaftigkeit, Verbindung sachlicher und personeller Mittel zu einem bestimmten Zweck und Losgelöstheit von den konkreten Personen sollen im Gesetzeswortlaut aufgenommen und ergänzt werden um „Beaufsichtigung“, „Erziehung“, „Bildung“ und „Ausbildung“ von Kindern und Jugendlichen außerhalb ihrer Familie.
- Erweiterung der Kriterien für eine Betriebserlaubnis
Während bisher Betriebserlaubnisprüfung einrichtungsbezogen erfolgte, soll auch die Eignung des Trägers im Sinne seiner Zuverlässigkeit ausdrücklich als zusätzliches Kriterium aufgenommen werden. Zudem sollen zukünftig die Beschwerdemöglichkeiten insofern ausgedehnt werden, als dass konzeptionell ersichtlich ist, wie Beschwerden auch außerhalb einer Einrichtung bei bereits bestehenden Beschwerdestellen eingereicht werden können. Zudem wird ein Gewaltschutzkonzept als Voraussetzung für eine Betriebserlaubnis verlangt.
- Erweiterung der heimaufsichtlichen Kontrollmöglichkeiten
So sollen die Prüfmöglichkeiten der erlaubniserteilenden Behörde nach Erteilung der Betriebserlaubnis neu strukturiert und teilweise erweitert werden. Klar gestellt werden soll, dass weder ein konkreter Anlass noch eine Anmeldung für eine rechtmäßige örtliche Prüfung erforderlich ist. Einzelgespräche mit Kindern und Jugendlichen sowie mit Beschäftigten sollen ausdrücklich im Gesetz verankert werden. Liegt keine akute Kindeswohlgefährdung vor, soll aber das Einverständnis der Sorgeberechtigten dazu eingeholt werden.
- Qualifizierung der Zulässigkeit von Auslandsmaßnahmen
Durch die Neuregelung und Konkretisierung der Vorschriften zu Auslandsmaßnahmen soll die erforderliche Qualität des Trägers und der damit verbundenen Maßnahme verbessert werden. Grundvoraussetzung zur Durchführung von Auslandsmaßnahmen soll werden, dass eine Betriebserlaubnis im Inland vorliegt, sodass bei Kindeswohlgefähr-

denden Ereignissen im Ausland eine Überprüfung der Trägereignung und gegebenenfalls ein Entzug der Betriebserlaubnis erfolgen kann.

3.5 Qualifizierung der Pflegekinderhilfe

Besonders wichtig für eine gute Entwicklung eines Kindes und Jugendlichen ist, ihm ein möglichst hohes Maß an Stabilität und Kontinuität in seiner Erziehung zu geben, und gewachsene Bindungen zu sichern. Das gilt sowohl für Pflege- und Erziehungspersonen als auch für die Eltern. Sind das Kindeswohl und die Kinderperspektive eine maßgebliche Richtschnur für Sorgerechtsentscheidungen, so wäre es notwendig, unter bestimmten Voraussetzungen dem Familiengericht zu ermöglichen, einen längerfristigen Verbleib des Kindes oder Jugendlichen in einer Pflegefamilie anzuordnen. Voraussetzung wären die Sicherung des Kindeswohl und die Erwartung, dass trotz Unterstützung längerfristig keine nachhaltige Verbesserung der Erziehungsressourcen in der Herkunftsfamilie zu erreichen sind.

Sowohl Eltern als auch Pflegefamilien sollen bessere Beratungsansprüche erhalten. Deshalb setzen wir uns für einen eigenständigen Rechtsanspruch aller Eltern auf Beratung ein. Das gilt auch für die Fälle, in denen das Kind oder der Jugendliche nicht mehr dauerhaft bei ihnen lebt und eine Rückführung nicht absehbar ist. Gesetzlich klargestellt werden soll auch, dass Pflegeeltern zu ihrer Beratung und Unterstützung sowohl vor der Pflegschaft als während ihrer Dauer einen Beratungsanspruch haben.

Setzen sich Beteiligungsrechte für Kinder und Jugendliche in stationären Einrichtungen und Wohngruppen der Kinder- und Jugendhilfe mehr und mehr durch, so ist es nicht minder wichtig, auch darüber nachzudenken, wie sie für Kinder und Jugendliche in Pflegefamilien gestaltet werden können.

Auch die Entwicklung von Schutzkonzepten für Pflegekinder müssen einen größeren Stellenwert erhalten. Es ist notwendig – gerade im privaten familiären Setting – geeignete Konzepte zum Schutz vor Übergriffen und (sexualisierter) Gewalt zu entwickeln. Ein Aspekt sind dabei wiederum Beteiligungsformen und Beschwerdemöglichkeiten.

4. Ausblick

Aus unserer rheinland-pfälzischen Sicht wären notwendig:

- ein Gesetzgebungsverfahren mit einer klaren politischen und fachlichen Programmatik und Zielbestimmung, die die Ansprüche einer inklusiven Kinder- und Jugendhilfe erfüllen,
- eine intensive Beteiligung der Länder, Kommunen, Wissenschaft, Verbände und Selbsthilfe sowie einen fachlichen und gesellschaftspolitischen Diskurs über die Zielperspektive inklusive Kinder- und Jugendhilfe,
- starke Kommunen, die den Weg zur inklusiven Kinder- und Jugendhilfe mit ihren Trägern aktiv gestalten, und Länder, die „ihre“ Kommunen dabei unterstützen und begleiten,
- eine mehrjährige Übergangsfrist bis zur endgültigen Umsetzung der Gesamtzuständigkeit der Kinder- und Jugendhilfe für alle Kinder und Jugendlichen, gleich ob sie eine Behinderung haben oder nicht und welcher Art diese ist.

Es ist eine gewaltige, aber notwendige Aufgabe. Wir schaffen das, wenn wir

- die Kommunen ausreichend mit Finanzmitteln ausstatten,
- die Prinzipien der UN-Behinderten- und Kinderrechtskonventionen zum Leitprinzip solch einer Reform machen.

5. Das neue Kinder- und Jugendstärkungsgesetz

Was ich nicht für realisierbar gehalten hätte: Zum 9. Juni 2021 ist das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz in Kraft getreten und damit eine umfassende Weiterentwicklung des Kinder- und Jugendhilferechts (SGB VIII).

Las man den Referentenentwurf, so war (für mich) die Verwunderung groß: hier wurde kein „Reförmchen“ angegangen, das war eine Reform, wie sie die Bundesregierung in den letzten Jahren nicht zustande bekommen hat. Entwurf und Gesetz sind getragen von den Gedanken der Teilhabe und Selbstbestimmung und haben das Kind/den Jugendlichen/die Eltern zum Ausgangspunkt und nicht Trägerlogiken.

In drei Stufen soll die *Inklusive Lösung* umgesetzt werden: Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes werden der Grundgedanke von Inklusion und der Ausbau der Koordination der unterschiedlichen Leis-

tungssysteme verankert. Unterlegt wird das durch zahlreiche konkrete gesetzliche Festlegungen, wie z.B.

- die Festlegung einer gleichberechtigten Teilhabe von jungen Menschen mit und ohne Behinderungen und den Abbau von Barrieren im Katalog der Grundrichtungen von Erziehung,
- eine objektiv-rechtliche Verpflichtung zur gemeinsamen Förderung von Kindern mit und ohne Behinderung bei Berücksichtigung der behindertenspezifischen Bedürfnisse in Kindertageseinrichtungen (ohne die Einschränkung „sofern der Hilfebedarf dies zulässt“),
- die Gewährleistung eines inklusiven Angebotes sowie die gemeinsame Förderung von jungen Menschen mit und ohne (drohende/r) Behinderung als Zielvorgabe der Jugendhilfeplanung.

In der zweiten Stufe soll zum 1. Januar 2024 – befristet bis zum 1. Januar 2028 – ein Verfahrenslotse beim örtlichen Träger der öffentlichen Jugendhilfe eingeführt werden, der Leistungsberechtigte (Kinder und Jugendliche, Eltern, Personensorge- und Erziehungsberechtigte) bei der Verwirklichung von Eingliederungshilfeleistungen unterstützt und auf deren Inanspruchnahme hinwirkt (Rechtsanspruch) und bei der Zusammenführung von Leistungszuständigkeiten mitwirkt. Dazu ist ein halbjährlicher Bericht über Erfahrungen einer strukturellen Zusammenarbeit mit anderen Stellen und öffentlichen Einrichtungen vorgesehen, insbesondere SGB IX-Leistungsträgern.

In der dritten Stufe soll die *Inklusive Lösung* zum 1. Januar 2028 vollzogen sein. Auf dem Weg dorthin will das BMFSFJ die jeweils notwendigen Maßnahmen in den Ländern begleiten, in den Jahren 2022 bis 2024 die rechtlichen Wirkungen einer Gesamtzuständigkeit der Kinder- und Jugendhilfe für alle Kinder und Jugendlichen untersuchen und dem Bundestag und dem Bundesrat bis zum 31. Dezember 2024 einen Bericht über die Ergebnisse vorlegen sowie gesetzliche Festlegungen treffen zur

- Bestimmung des leistungsberechtigten Personenkreises
- Bestimmung von Art und Umfang der Leistungen
- Ausgestaltung der Kostenbeteiligung bei diesen Leistungen
- Ausgestaltung des Verfahrens

mit dem Ziel, das am 1. Januar 2023 geltende Eingliederungshilferecht beizubehalten, keine Verschlechterungen für leistungsberechtigte oder kostenbeitragspflichtige Personen sowie keine Leistungsausweitung (Kreis der Leistungsberechtigten, Leistungsumfang) vorzunehmen.

Damit hat die Bundesregierung aus CDU/CSU und SPD vermieden, Einzelheiten während des Gesetzesverfahren bestimmen zu müssen. Statt-

dessen wird – detaillierter und wesentlich umfassender als beim ersten KJSG – die Grundrichtung vorgegeben und durch Einzelbestimmungen unterlegt. Noch ist unklar, ob sich diese Vorgehensweise letztendlich als Vor- oder Nachteil erweisen wird. Einerseits wurde vermieden, dass Detailregelungen von den Gegnern einer *Inklusiven Lösung* aufgegriffen werden konnten, andererseits könnte es sein, dass in den Folgejahren die Kinder- und Jugendhilfe von einer Kostensenkungsdebatte in Folge des Corona-bedingten Schuldenzuwachses bestimmt wird. Insofern ist das Vorgehen auch risikoreich.

Die *Steuerungsfunktion der Jugendämter* wurde insoweit gestärkt, als in zwischen öffentlichen und freien Trägern anzustrebenden Vereinbarungen neben der Höhe der Kosten einer vom Jugendamt übernommenen Leistung auch über Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung, über Grundsätze und Maßstäbe für die Bewertung der Leistungsqualität und über geeignete Maßnahmen zu ihrer Gewährleistung Aussagen zu treffen sind. Eines der Qualitätsmerkmale ist die inklusive Ausrichtung der Aufgabenwahrnehmung und die Berücksichtigung der spezifischen Bedürfnisse von jungen Menschen mit Behinderungen, ein anderes verbindlichere rechtliche Vorgaben für die Beratung und Unterstützungsleistung von Herkunftsfamilien zur Finanzierung zur Leistungsabsicherung und zur Klärung des Aufgabenspektrums.

Zahlreiche vorgesehene Regelungen beziehen sich auf *Hilfen im Sozialraum*, z.B. als Zielbestimmung für die Jugendhilfeplanung oder Arbeitsgemeinschaften. Ausdrücklich erwähnt werden Mehrgenerationenhäuser als neuer Partner einer strukturellen Zusammenarbeit mit anderen Stellen und öffentlichen Einrichtungen. Leider hat der KJSG-Reformprozess nicht aufgegriffen, „die wenig strukturierten Regelungen zur Finanzierung von ambulanten Hilfen mit und ohne Einzelfallentscheidung des Jugendamts über die Hilfefewährung neu zu regeln“¹¹.

Nahezu vollständig übernommen ist der Beschluss des Bundesrates zur Kompetenzerweiterung und Stärkung der *Heimaufsicht*. Angestrebt wird u.a. eine Verschärfung der Voraussetzungen für die Durchführung von Auslandsmaßnahmen, ein Ausbau der Prüfbefugnis der betriebserlaubniserteilenden Behörde und eine Erweiterung von gegenseitigen Meldepflichten zwischen dem Träger der öffentlichen Jugendhilfe und dem überörtli-

11 Beckmann/Lohse, SGB VIII-Reform: Überblick über das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz, 2021, https://www.dijuf.de/files/downloads/2021/Beckmann_Lohse_%C3%9Cberblick_SGB%20VIII-Reform_KJSG_Aktualisierung%20von%20JAm%202021_178.pdf.

chen über Ereignisse oder Entwicklungen, die das Kindeswohl beeinträchtigen.

Selbst bei der *Qualifizierung der Pflegekinderhilfe* konnten die Koalitionsparteien eine Einigung erzielen. Geregelt wurde u.a.:

- eine Perspektivklärung über den dauerhaften Verbleib eines jungen Menschen bereits bei der Aufstellung und anschließend jeder Überprüfung des Hilfeplans,
- ein Anspruch auf Beratung und Unterstützung der Herkunftsfamilie, um die Entwicklungs-, Teilhabe- oder Erziehungsbedingungen so zu verbessern, dass sie das Kind oder den Jugendlichen wieder selbst erziehen kann oder, ist das perspektivisch nicht möglich, dass eine andere dem Wohl des Kindes oder Jugendlichen förderliche und auf Dauer angelegte Lebensperspektive mit ihnen erarbeitet und sichergestellt werden kann,
- eine Förderung der Zusammenarbeit zwischen Pflegeperson und den leiblichen Eltern, sofern das Kindeswohl nicht gefährdet ist,
- die Sicherstellung eines Konzeptes zur Sicherung der Rechte des Kindes oder des Jugendlichen und zum Schutz vor Gewalt als Aufgabe des Jugendamtes,
- die Gewährleistung durch das Jugendamt, dass ein Kind während eines Pflegeverhältnisses Beschwerdemöglichkeiten in persönlichen Angelegenheit hat.

Insbesondere bei der Perspektivklärung über den dauerhaften Verbleib eines Kindes oder Jugendlichen haben sich Teile der CDU/CSU schwer getan.

Hervorzuheben sind zudem Verbesserung in der *Partizipation* von jungen Menschen, Eltern und Familien. So wurde in § 1 des SGB VIII die Zielbestimmung erweitert um den Aspekt einer „selbstbestimmten Persönlichkeit“. Diese „Hervorhebung der Subjektstellung“ ist von entscheidender Bedeutung, „wird doch sowohl in Recht als auch in Praxis der Wille von Kindern und Jugendlichen häufig nur als etwas bewertet, das in die eigene Entscheidung irgendwie miteinbezogen werden sollte, ohne klarzustellen, in welchen Fällen ein ausdrücklicher Wunsch gerade ausschlaggebend für die Entscheidung sein muss“¹². Folgerichtig werden Beratungs-, Beschwerde- und Mitwirkungsmöglichkeiten gestärkt.

12 Beckmann/Lohse, SGB VIII-Reform: Überblick über das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz, 2021, https://www.dijuf.de/files/downloads/2021/Beckmann_Lohse_

Das Gesetz enthält noch weitere Aspekte, die zu würdigen sind, hier aber nur kurz benannt werden sollen: ein verbesserter Kinderschutz, Coming-back-Optionen für junge Volljährige, die Absenkung der Kostenheranziehung von 75 auf 25 Prozent bei eigenem Einkommen Jugendlicher, der Ausbau von Beratungsangeboten, eine verbesserte Kooperation der Kinder- und Jugendhilfe mit dem Gesundheitswesen und der Jugendstrafrechtspflege, die digitale Ausstattung von Jugend- und Landesjugendämtern.

Ob die Ziele des SGB erreicht werden können, muss sich in der Praxis erweisen. Dazu bedarf es zum einen (finanziell) handlungsfähiger Kommunen und zum anderen ausreichend qualifizierter Fachkräfte, die von einer Haltung geprägt sind, eine inklusiv und partizipativ ausgerichtete Kinder- und Jugendhilfe strukturell und im Einzelfall umsetzen zu wollen. Letztlich ist also auch hier wie in vielfältigen anderen Politikfeldern auch ein grundlegendes Umdenken notwendig. Dazu gehört auch, Inklusion nicht nur auf Kinder und Jugendliche mit und ohne Behinderungen zu begrenzen, sondern auch soziale Lagen mit in den Blick zu nehmen. Bleibt Kinderarmut auf solch einem skandalös hohen Niveau, wie sie es seit Jahren ist, wird der Anspruch auf eine inklusive Kinder- und Jugendhilfe nicht erfüllbar sein. Hoffen wir auf einen Koalitionsvertrag, der solche Probleme von Grund auf angeht und sich nicht auf Formelkompromisse beschränkt.

Literatur

Beckmann/Lohse, SGB VIII-Reform: Überblick über das Kinder- und Jugendstärkungsgesetz, 2021, https://www.dijuf.de/files/downloads/2021/Beckmann_Lohse_%C3%9Cberblick_SGB%20VIII-Reform_KJSG_Aktualisierung%20von%20JAmt%202021_178.pdf

Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V., *Fallvignetten*, Geteilte Leistungszuständigkeit von Jugendhilfe und Sozialhilfe und ihre Auswirkungen auf junge Menschen mit Behinderung, 2015 (unveröffentlicht)

Dillmann, Globalisierung des Sozialhilferechts inklusive? Zu den Auswirkungen des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen im SGB XII, *Zeitschrift für das Fürsorgewesen*, 2010, S. 97.

%C3%9Cberblick_SGB%20VIII-Reform_KJSG_Aktualisierung%20von%20JAmt%202021_178.pdf.

Lohest, Kommentar. Inklusive Lösung und SGB VIII-Reform: Wie aus einem (Ent-)Wurf nichts wurde, in: Katzenstein, Lohse, Schindler, Schönecker (Hrsg.), Das Recht als Partner der Fachlichkeit in der Kinder- und Jugendhilfe. Liber Amicorum für Thomas Meysen, 2018, S. 305

Ministerium für Familie, Frauen, Jugend, Integration und Verbraucherschutz Rheinland-Pfalz, 6. Landesbericht Hilfen zur Erziehung in Rheinland-Pfalz, Die Inanspruchnahme erzieherischer Hilfen im Kontext sozio- und infrastruktureller Einflussfaktoren, 2019

Schindler, Persönliches Budget als Leistung der Kinder- und Jugendhilfe – oder: Nur Mut zum Unbekannten!, Das Jugendamt 2011, S. 506

Wabnitz, 25 Jahre SGB VIII. Die Geschichte des Achten Buches Sozialgesetzbuch von 1990 bis 2015, 2015

Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen im familiengerichtlichen Verfahren

– Reformbedarf –

Joachim Klein

1. Eingrenzung der Thematik

Die Frage nach dem Reformbedarf der Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen im familiengerichtlichen Verfahren bedarf einiger kurzer Vorbemerkungen. Zum einen lässt sich an die Beteiligung von Kindern sicherlich in unterschiedlichen, familienrechtlichen Kontexten denken. Der Fokus dieses Beitrags wird dennoch auf den für die Beteiligung von Kindern und Jugendlichen besonders relevanten Kindschaftssachen, den Sorge- und Umgangsverfahren, liegen. Zum anderen ist darauf einzugehen, was Beteiligung oder auch Partizipation eigentlich bedeutet. Ein Rechtswörterbuch umschreibt die Partizipation mit fünf Worten: "Auskunft, Anhörung, Erörterung, Vorschlagsrecht, Mitentscheidung".¹ Es gilt im Folgenden zu untersuchen, inwiefern diese fünf Formen von Beteiligung in Sorge- und Umgangsverfahren umgesetzt werden sollten. Dabei deutet schon der Titel in seiner Differenzierung von Kindern und Jugendlichen einen wichtigen Punkt an: Die Phase Kindheit umfasst mehrere Entwicklungsstufen von einer hilflosen und schutzbedürftigen hin zu einer hinreichend autonomen und eigenverantwortlichen Persönlichkeit. Dies ist bei der Ausgestaltung von materiellem wie Verfahrensrecht gleichermaßen zu berücksichtigen, sodass sich die folgenden Thematiken intensivieren, je älter und autonomer das Kind wird. Die verfassungsrechtliche Begründung dieses Gedankens und das damit zusammenhängende Verhältnis von Kindeswohl und Kindeswille zum elterlichen Erziehungsrecht sollen den Einstieg in diesen Beitrag bieten. Sodann werden Schwachstellen des einfachen Rechts aufgezeigt, dabei rechtsvergleichend alternative Gestaltungsmöglichkeiten betrachtet und die bereits begonnenen Reformarbeiten kritisch gewürdigt.

1 Weber, in: Creifelds Rechtswörterbuch, 26. Edition 2021, "Partizipation".

2. Grundlagen

2.1 Kindeswohl und Elternrecht

Im Rampenlicht familienrechtlicher Dogmatik zum Eltern-Kind-Staat-Verhältnis hat sich lange Zeit das Verhältnis von Eltern und Staat und die beiden damit verbundenen Grundkonstellationen des "Staat als Wächter" und "Staat als Schlichter" gehalten. Das Forschungsinteresse lag also darauf, inwiefern der Staat in das Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eingreifen darf und wie Konflikte zwischen Trägern des Elternrechts zu lösen sind. Diese Grundkonstellationen spiegeln sich auch in den zur Verfügung stehenden Verfahren wider.² Die handelnden Akteure sind die Eltern, es wird über den Eingriff in ihre Rechte entschieden. Die Rechte des Kindes entfalten sich hingegen nur mittelbar im Kriterium des Kindeswohls. Gleichwohl hat das Kindeswohl eine besonders hervorgehobene Stellung im Verfahren: Es ist nach § 1697a BGB Richtwert für jede materielle, aber auch verfahrensrechtliche Entscheidung.³ Betrachtet man das Kindeswohl näher, muss man indes zwischen dem einfachrechtlichen Kindeswohlprinzip und einem verfassungsrechtlichen Begriff differenzieren.

Ersteres lässt sich als "heuristisches Prinzip"⁴ über die kaum hilfreiche gesetzliche Aufteilung in körperliches, geistiges und seelisches Wohl des Kindes hinaus nicht allgemeingültig konkretisieren.⁵ Es umfasst im Einzelfall unterschiedliche Gesichtspunkte in unterschiedlichen Gewichtungen, um zu einer Lösung zu kommen, die aus objektiver Sicht die beste für das Kind ist.⁶

2 Im Elternkonflikt sind Verfahren über den Sorgestatus (§ 1626a BGB; § 1671 BGB), die Ausübung der Sorge (§ 1628 BGB) und den Umgang (§ 1684 BGB) möglich, das Wächteramt wird mit Verfahren nach § 1666 BGB umgesetzt. Zum in diesen Verfahren (mit wenigen Ausnahmen) nicht bestehenden Antragsrecht des Kindes siehe unten 3.3.

3 *Lugani*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., 2020, § 1697a, Rn. 1f. Siehe auch *Klein*, Die verfahrensrechtliche Stellung des Minderjährigen in Kindschaftssachen, RdJB 2019, S. 16f.

4 *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 169.

5 *Veit*, in: Beck'scher Online Kommentar BGB, 59. Edition, Stand: 1.11.2019, § 1666, Rn. 14 m.w.N.

6 *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 169; *Osthold*, Die rechtliche Behandlung von Elternkonflikten, 2016, S. 218f.

Versucht man dagegen einen verfassungsrechtlichen Kindeswohlbegriff zu formulieren, muss dieser in den Grundrechten des Kindes fußen.⁷ Nichts anderes kann daraus folgen, dass das Kind Träger eigener Grundrechte, "ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit"⁸ ist. Um deutlich zu machen, dass sich das Elternrecht nicht auf ein Objekt, sondern auf ein von Grundrechten geschütztes Subjekt bezieht und deshalb niemals absolut sein kann, rekurriert das Bundesverfassungsgericht an dieser Stelle auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Grundrechtsposition des Kindes. Dies bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass sich das Kindeswohl nur am allgemeinen Persönlichkeitsrecht orientiert. Vielmehr sollte man das allgemeine Persönlichkeitsrecht hier als Stellvertreter für alle Grundrechte verstehen, so dass die Eltern diese Grundrechte beachten, wahren und zur Entfaltung bringen müssen.⁹ Ihnen steht im Rahmen ihres Elternrechts einerseits die Wahrnehmungskompetenz für die Grundrechte des Kindes zu, weshalb sie bestimmen können, wie diese Grundrechte zur Geltung gebracht werden sollen.¹⁰ Andererseits sind sie gleichzeitig durch diese Grundrechte in der Form eines negativen Standards über das staatliche Wächteramt des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG in der Grundrechtswahrnehmung für das Kind gebunden.¹¹

Elterliches Handeln ist in Bezug auf das Kind somit immer grundrechtsrelevant, je nach Lesart aber aufgrund der Schutz- und Hilfsbedürftigkeit des Kindes gerechtfertigt¹² oder, weil das elterliche Handeln in Ausübung

7 *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl., 2018, Art. 6, Rn. 145; *Schmid/Meysen*, Was ist unter Kindeswohlgefährdung zu verstehen?, in: Kindler/Lillig/Blüml/Meysen/Werner (Hrsg.), Handbuch Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB und Allgemeiner Sozialer Dienst (ASD), 2006, S. 2-1, 2-2; vgl. *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 128ff., 132, 498. Im Diskurs um den Kindeswohlbegriff der UN-KRK wird ebenfalls ein Ansatz vertreten, wonach das Kindeswohl des Art. 3 UN-KRK durch die übrigen Kinderrechte der Konvention konkretisiert wird. Dazu *Schmahl*, Kinderrechtskonvention, 2. Aufl., 2017, Art. 3, Rn. 12.

8 BVerfGE 24, 119, 144.

9 Vgl. *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2013, Art. 6, Rn. 177.

10 *v. Coelln*, in: Sachs, GG, 9. Aufl., 2021, Art. 6, Rn. 62 "Wahrnehmungsrecht"; übernommen von *Uhle*, in: BeckOK GG, 42. Edition, 2019, Art. 6, Rn. 52.

11 Vgl. *Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, in: Krautscheid/Marré, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 14, 1980, S. 54, 73. Dazu insgesamt *Jestaedt*, Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung, in: Deutscher Familiengerichtstag e.V., 21. Deutscher Familiengerichtstag, 2016, S. 65, 70f.; zum Begriff des negativen Standards als Ausdruck für einen Mindeststandard *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 251f.

12 *Roth*, Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbin-

der Grundrechte des Kindes erfolgt, schon immanent kein den Schutzbereich der kindlichen Grundrechte berührendes Handeln.¹³

Wie verhält sich dies aber zu den hier zu betrachtenden Beteiligungsrechten des Kindes? Dazu soll eine dritte Konfliktsituation betrachtet werden, die sich in die bestehende Dogmatik vom Staat als Schlichter und Staat als Wächter nicht ohne Weiteres einordnen lässt: der Eltern-Kind-Konflikt.

2.2 Kindeswohl und Kindeswille im Eltern-Kind-Konflikt

"Kind sein" bedeutet "in Entwicklung sein", es handelt sich um einen fortlaufenden Prozess. Im Laufe dieses Prozesses ist es das erwünschte Ziel, dass das Kind Kompetenzen entwickelt, mit denen es sein Leben eigenverantwortlich führen, sich also seine eigene Meinung bilden und nach dieser handeln kann.¹⁴ Es liegt in der Natur dieses Prozesses, dass das Kind sich dann auch tatsächlich früh eigene Meinungen bildet und in seinem Selbstverständnis als Persönlichkeit den Anspruch entwickelt, dass diese Meinungen gehört und respektiert werden.¹⁵ Unterscheidet sich dieser Kindeswille vom Elternwillen, besteht nach dem oben Gesagten letztlich ein Konflikt über die Entscheidungskompetenz bezüglich der Wahrnehmung der kindlichen Grundrechte. Für die Auflösung dieses Konflikts stellen sich zwei Fragen:

1. An welchem Punkt obsiegt der kindliche Anspruch, über die eigenen Belange zu entscheiden, gegenüber dem elterlichen Erziehungsrecht?

dung, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 908, 2003, S. 125ff. Vgl. *Manok*, Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes, 2015, S. 95f.

- 13 *Jestaedt*, Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung, in: Deutscher Familiengerichtstag e.V., 21. Deutscher Familiengerichtstag, 2016, S. 65, 75ff. ("effektiver Schutzgleichlauf"); *Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, in: Krautscheid/Marré, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 14, 1980, S. 54, 63f., 67; *Roell*, Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige, S. 50ff.; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2013, Art. 6, Rn. 161f.; missverständlich allerdings "grundrechtliche Kollisionslage" Rn. 143.
- 14 *Gröschner*, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 6, Rn. 110 spricht insoweit von "Entwurfskompetenz" als "individuelle Fähigkeit und aktuelle Möglichkeit zum selbstgestalteten und selbstverantworteten Lebensentwurf".
- 15 Ungefähr ab dem dritten Lebensjahr können die für einen autonomen und stabilen Kindeswillen notwendigen Fähigkeiten vorliegen, *Dettenborn*, Kindeswohl und Kindeswille, 2017, S. 71ff., insb. 77f.

2. Wie kann der Wille des Kindes als Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angemessen respektiert werden, wenn dieser Punkt noch nicht erreicht ist?

Für die erste Frage, ab welchem Zeitpunkt die Selbstbestimmung des Kindes das Erziehungsrecht der Eltern überwiegt, soll der Blick auf den Sinn und Zweck dieses Erziehungsrechts gelenkt werden. Das Bundesverfassungsgericht gab dazu bereits 1968 die eigenverantwortliche Persönlichkeit des Kindes als Ziel elterlicher Erziehungsbemühungen vor und begründete deren Erziehungsbefugnisse als Bestimmungsmacht über die kindlichen Grundrechte mit der Bedürftigkeit des Kindes, bei der Ausübung seiner Grundrechte unterstützt und geschützt zu werden.¹⁶ Daher erscheint es richtig, den Konflikt zwischen Kindes- und Elternwillen an dem Zeitpunkt festzumachen, an dem das Kind elterlicher Erziehung nicht mehr bedarf, wenn also die tatsächliche Fähigkeit zur Grundrechtswahrnehmung vorliegt und man von einer hinreichend eigenverantwortlichen Persönlichkeit sprechen kann.

Dem entspricht es auch, dass das Bundesverfassungsgericht den lange währenden Diskurs zur Grundrechtsmündigkeit¹⁷ nicht aufgreift, sondern stattdessen darauf abstellt, dass das Elternrecht in dem Maße, in dem das Kind in die Mündigkeit hineinwache und deshalb keiner Erziehung mehr bedürfe, gegenstandslos werde.¹⁸ Damit ist aufgezeigt, dass es für das Zurücktreten der elterlichen Erziehungsbefugnisse weder auf eine gewisse Altersgrenze ankommt, noch dass es erforderlich ist, dass das Erziehungsrecht vollständig verdrängt wird. Das Kind muss noch keine voll entwickelte eigenverantwortliche Persönlichkeit sein, sondern es genügt, wenn die Kapazitäten des Kindes in bestimmten Teilbereichen hinreichend entwickelt sind, um das Erziehungsrecht in diesen Bereichen partiell zu verdrängen.

Dieser Gedanke eines Abschmelzen des Elternrechts wird durch das sog. Recht des Kindes auf Entwicklung zu einer selbstbestimmten Persönlich-

¹⁶ BVerfGE 24, 119, 144.

¹⁷ Einen Überblick über die Diskussion gibt *Peschel-Gutzeit*, in: Staudinger, BGB, Buch 4: § 1626-1633, RKEG, § 1626, Rn. 12; neuere Auseinandersetzungen mit der Thematik finden sich bspw. bei *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 91ff.; *F. Schumann*, Die Selbstbestimmung einwilligungsfähiger Minderjähriger in der medizinischen Behandlung, RW 2018, S. 67, 73ff. In der Lit. findet sich insb. auch die Ansicht, dass es der Kategorie der Grundrechtsmündigkeit nicht bedürfe, *Jestaedt/Reimer*, in: Bonner Kommentar GG, 195. Aktualisierung, 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 106.

¹⁸ BVerfGE 59, 360, 387ff.

keit¹⁹ komplementiert, mit dessen Hilfe auch die zweite Frage beantwortet werden kann. Dieses Recht ist ein kinderspezifischer Teilaspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und umfasst den Anspruch auf den bereits beschriebenen Prozess an dessen Ende eine eigenverantwortliche Persönlichkeit steht, also das Lernen von Werten, die Entwicklung notwendiger kognitiver Fähigkeiten und ihre praktische Anwendung in angemessener Weise. Die Fähigkeiten des Kindes eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen, wachsen dabei stetig und sind dementsprechend aus verfassungsrechtlicher Perspektive unterschiedlich zu würdigen.²⁰ Ist der Kindeswille zunächst nur zu hören und argumentativ zu berücksichtigen, so muss er stärker berücksichtigt werden, je weiter entwickelt die Fähigkeiten des Kindes sind und je eher sie die elterlichen Befugnisse verdrängen, bis er schließlich nicht mehr nur konsultative, sondern dezisive Wirkung hat.²¹ Dies bedeutet auch, dass sich das Verhältnis des Kindeswillen zum Kindeswohl als Gegenstand auch der gerichtlichen Entscheidung entsprechend verändern muss. Je stärker der kindliche Autonomieanspruch, desto eher überwiegt er objektive Kindeswohlerwägungen.²²

19 Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 100; siehe als einfachgesetzliche Ausprägung § 1 I SGB VIII.

20 Vgl. BVerfG FamRZ 2009, 1389 zur Berücksichtigung des Kindeswillens im Sorgerechtsverfahren.

21 Diese Interpretation entspricht auch der Auslegung des UN-Kinderrechtsausschusses zu Art. 12 KRK: "the child has a right to direction and guidance, which have to compensate for the lack of knowledge, experience and understanding of the child and are restricted by his or her evolving capacities, as stated in [article 5]. The more the child himself or herself knows, has experienced and understands, the more the parent, legal guardian or other persons legally responsible for the child have to transform direction and guidance into reminders and advice and later to an exchange on an equal footing." UN-Kinderrechtsausschuss, GENERAL COMMENT NO. 12 (2009): The right of the child to be heard, CRC/C/GC/12, § 84; Dazu Kruger, The Protection of Children's Right to Self-Determination with Specific Reference to Medical Treatment and Operations, PER / PELJ 2018, S. 1, 14f.

22 Dazu insgesamt Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 102ff., die die dezisive Wirkung auf gesetzlich geregelte Teilmündigkeiten beschränkt. Es ist allerdings fraglich, ob die hier dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben es im Einzelfall nicht auch abseits der vom Gesetzgeber entschiedenen Fälle gebieten, dem Kindeswillen Vorrang einzuräumen. *De lege lata* wird man zumindest in Fällen, in denen die nicht hinreichende Beachtung des Kindeswillens mit einer Kindeswohlgefährdung einhergehen würde, über § 1666 BGB abhelfen können. *De lege ferenda* wäre über eine Ausweitung der Teilmündigkeiten nachzudenken, wobei auch die von Röthel hervorgehobene Differenzierung zwischen einem selbstbezogenen und elternbezogenem Kindeswillen zu beachten ist, Röthel, Das Recht

2.3 Zwischenfazit

Für die Beteiligung im Verfahren bedeutet dies Folgendes: Bereits aus der Grundrechtsträgerschaft des Kindes folgt seine Subjektstellung in Verfahren, die diese Grundrechte betreffen. Dazu gehört insbesondere, dass die Sichtweise des Kindes im Rahmen einer Anhörung ermittelt und angemessen argumentativ berücksichtigt wird, wie es Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 2 UN-KRK vorsehen.²³ Da sich das Kind noch in einem Prozess der Entwicklung befindet, müssen hierbei Instrumente vorhanden sein, die die Grundrechtswahrnehmung durch das Kind in allen Entwicklungsstufen angemessen abbilden. Dies reicht von der paternalistischen Vertretung des Kindes durch Dritte über unterstützende, aber an den Kindeswillen gebundene Interessenvertretung zur selbständigen Wahrnehmung der eigenen Interessen durch das Kind, bei der Dritte nur noch informierende und beratende Funktionen übernehmen.

3. Einfaches Recht

Analysiert man anhand dieser Kriterien das einfache Recht, ergeben sich hierzu vier Instrumente zur Beteiligung des Kindes im familiengerichtlichen Verfahren: die Kindesanhörung, der Verfahrensbeistand, die formelle Beteiligung des Kindes und dessen Verfahrensfähigkeit.

3.1 Anhörung

Die Kindesanhörung nach § 159 FamFG setzt die Rechte des Kindes aus Art. 12 Abs. 2 UN-KRK und Art. 103 Abs. 1 GG einfachgesetzlich um und bietet ihm so die Möglichkeit direkter Partizipation am Verfahren. Soweit es sich nicht um vermögensrechtliche Streitigkeiten handelt, hat das Gericht das Kind persönlich anzuhören. Dies folgt für Jugendliche ab 14 Jahren direkt aus § 159 Abs. 1 FamFG. Aber auch für Kinder unter 14 Jahren

der Elternverantwortung, JZ 2018, S. 803, 808f. Teilmündigkeiten passen freilich nur bei einem selbstbezogenen Willen, nicht bei familiärem Miteinander.

23 Engelhardt, in: Keidel, FamFG, 20. Aufl., 2020, § 159, Rn. 1,3; Remmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 94. EL, 2021, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 62, 90ff.; Schmahl, Kinderrechtekonvention, 2. Aufl., 2017, Art. 12 Rn. 10f. Hierzu auch Klein, Die verfahrensrechtliche Stellung des Minderjährigen in Kindschaftssachen, RdJB 2019, 16, 17f.

ist Abs. 2 nach der Rspr. des BGH so auszulegen, dass sie in Sorge- und Umgangsverfahren grundsätzlich anzuhören sind.²⁴ Der Anwendungsbereich des § 159 FamFG hat daher lediglich eine faktische Grenze dahingehend, dass es nur noch darauf ankommen kann, ob sich das sehr kleine Kind schon entsprechend – wenn auch nur indirekt – äußern kann.²⁵ Das liegt darin begründet, dass der Zweck der Kindesanhörung nur sekundär in der Sachverhaltsaufklärung besteht. Vielmehr geht es neben der Umsetzung des Rechts auf rechtliches Gehör darum, einen unmittelbaren, persönlichen Eindruck vom Kind und seinen Interessen zu gewinnen.²⁶ Gleichzeitig geht es darum, dem Kind Grund und Vorgang des Verfahrens an sich zu erklären. Denn selbst wenn der Kindeswille am Ende nicht die Entscheidung bestimmt, gebietet es doch der Respekt vor dem Kind als Person, ihm eine es selbst unmittelbar betreffende Entscheidung und den zu dieser Entscheidung führenden Prozess zu erklären.²⁷

Bedenklich erscheint es daher, wenn von Wiederholungen der Kindesanhörung insbesondere im Beschwerdeverfahren mit dem Hinweis abgesehen wird, es seien keine neuen Erkenntnisse zu erwarten.²⁸ Zum einen muss auch im Beschwerdeverfahren eine Kindeswohlorientierte und daher aktuelle Entscheidung gefällt werden, wobei zu beachten ist, dass sich der Kindeswille innerhalb weniger Monate durchaus ändern kann.²⁹ Zum

24 BGH FamRZ 2016, S. 1439, 1443f.; FamRZ 2016, S. 2082, 2086.

25 BVerfG FamRZ 2007, S. 1078, 1079 hält daher eine Kindesanhörung ab dem dritten Lebensjahr für geboten. Dazu und insb. zur nonverbalen Willensäußerung *Karle/Carl/Clauss*, Kindesanhörung aus psychologischer Sicht, NZFam 2014, S. 875, 876.; Vgl. auch *E. Schumann*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., 2018, § 159, Rn. 5.

26 *Hennemann*, Die Anhörung des Kindes in Kindschaftsverfahren § 159 FamFG, NZFam 2014, S. 871; *E. Schumann*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., 2018, § 159, Rn. 1. Das bedeutet aber nicht, dass es nicht im Einzelfall gerechtfertigt sein kann, aus begründeten Kindeswohlerwägungen von der Anhörung abzusehen. Davon darf aber nur restriktiv gebraucht gemacht werden. Zu unberechtigten Bedenken gegen die Kindesanhörung *Ivanits*, Kindeswohl und Kinderrechte bei Einvernehmen, in: Heilmann/Lack (Hrsg.), Die Rechte des Kindes, Festschrift für Ludwig Salgo zum 70. Geburtstag, 2016, S. 255, 264ff.

27 Dazu *Klein*, Die verfahrensrechtliche Stellung des Minderjährigen in Kindschaftsachen, RdJB 2019, S. 16, 21f. m.w.N.

28 Krit. *E. Schumann*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., 2018, § 159, Rn. 9 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

29 Deshalb darf nach EGMR FamRZ 2018, 350 ein Gericht nicht nach Aktenlage entscheiden, wenn die Kindesanhörung bereits 16 Monate zurückliegt. Vgl. auch schon BGH NJW 1987, 1024, 1025: Dort war das OLG von einer "zwischenzeitlich eingetretenen wesentlichen Veränderung der Verhältnisse" ausgegangen, hatte jedoch von einer erneuten Kindesanhörung abgesehen.

anderen geht es doch um einen unmittelbaren Eindruck vom Kind, den die Beschwerderichter anderweitig gar nicht erlangen können.³⁰

Auch kann von der Erforderlichkeit der Kindesanhörung im Regelfall nicht mit Rücksicht auf den Elternwillen abgesehen werden. Die Eltern können die Anhörung also nicht untersagen.³¹ Sie haben des Weiteren kein das Ermessen des Gerichts bindendes Anwesenheitsrecht während der Kindesanhörung.³² Insofern überwiegt das Interesse an einer erfolgreichen und kindeswohlorientierten Anhörung im Einzelfall den damit verbundenen Eingriff in das Elternrecht.

3.2 Verfahrensbeistand

Neben dem unmittelbaren Einbringen der Kindesinteressen in das Verfahren durch das Kind selbst stellt die Vermittlung der Kindesinteressen durch einen Vertreter eine weitere Möglichkeit dar, das Kind zumindest mittelbar zu beteiligen. Zwar sind grundsätzlich die Eltern als gesetzliche Vertreter dazu berufen, die Kindesinteressen wahrzunehmen. In den meisten Kindschaftssachen bietet sich dies aber nicht an, da die Eltern gleichzeitig eigene Rechtspositionen durchsetzen möchten. Deshalb kann insbesondere im Falle eines Gegensatzes von Eltern- und Kindesinteressen, aber auch wenn besonders gewichtige Grundrechtseingriffe im Raum stehen, ein Verfahrensbeistand bestellt werden. Dieser soll die Kindesinteressen ins Verfahren einbringen, wobei er nicht auf den Kindeswillen beschränkt ist, sondern auch objektive Kindeswohlerwägungen anstellen darf.³³ Dazu hat er Gespräche mit dem Kind und seinen Eltern zu führen, die Gerichtsakten zu studieren und das Kind im Verfahren zu begleiten.³⁴ Er ist so eine wichtige Stütze des Gerichts, hilft bei der Sachverhaltsermittlung ebenso wie beim Umgang mit dem Kind. Er soll für das Kind eine Vertrauensperson darstellen, die ihm die wesentlichen Verfahrensvorgänge erklärt

30 Dazu insg. *Hennemann*, Die Anhörung des Kindes in Kindschaftsverfahren § 159 FamFG, NZFam 2014, S. 871, 873f.

31 *Ivanits*, Die Stellung des Kindes in auf Einvernehmen zielenden gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren in Kindschaftssachen, 2012, S. 74. Zur Anwendung von Zwangsmitteln bei Weigerung der Eltern *Hammer*, in: Prütting/Helms, FamFG, 5. Aufl., 2020, § 159, Rn. 17.

32 BVerfG FamRZ 2019, 1437ff.; *Engelhardt*, in: Keidel, FamFG, 20. Aufl., 2020, § 159, Rn. 17. Vgl. BT-Drs. 16/6308, S. 240. Zur Vorgängervorschrift des § 50b FGG BVerfGE 55, 171, 182.

33 BT-Drs. 16/6308, S. 239.

34 *Hammer*, in: Prütting/Helms, FamFG, 5. Aufl., 2020, § 158, Rn. 44.

und sollte auch grundsätzlich bei der Kindesanhörung anwesend sein, § 158 Abs. 4 S. 3 FamFG.³⁵ Die Eltern können diese Funktion allerdings behindern, indem sie Gespräche zwischen Verfahrensbeistand und Kind untersagen.³⁶ Dann kann der Verfahrensbeistand seine originäre Funktion tatsächlich nur während der Kindesanhörung ausüben.³⁷

Die vorhandenen Daten lassen vermuten, dass die Verfahrensbeistände ihrer anspruchsvollen Aufgabe in der Regel gerecht werden. Im Rahmen der Evaluierung der FGG-Reform zeigten sich die befragten Verfahrensteilnehmer vom Institut des Verfahrensbeistandes überzeugt: ca. 95% der Amtsrichter und ca. 77 % der Rechtsanwälte finden, dass das rechtliche Gehör des Kindes durch den Verfahrensbeistand verbessert werde.³⁸

Aus dem Blickpunkt der Partizipation des Kindes ist aber das Verhältnis zwischen Kind und Verfahrensbeistand bisher nicht eindeutig geklärt. Das Gesetz gibt uns nur insofern eine Antwort, als dass der Verfahrensbeistand nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes ist, in seinem Namen aber Rechtsmittel einlegen kann, § 158 Abs. 4 S. 5, 6 FamFG. Fraglich ist nun aber, ob dem Verfahrensbeistand dies auch entgegen dem ausdrücklichen Willen des Kindes möglich ist, wenn er zu dem Schluss kommt, dass das Gericht nicht kindeswohlkonform entschieden hat.³⁹ In eine ähnliche Stoßrichtung geht auch die Frage, ob den Verfahrensbeistand bezüglich bestimmter Informationen, die er über das Kind im Rahmen seiner Tätigkeit erlangt, eine Schweigepflicht trifft.⁴⁰ Das Problem hierbei liegt unter anderem darin, dass der sog. Anwalt des Kindes nicht nur dessen subjektiven Interessen, sondern auch dem in erster Linie objektiv verstandenen Kindeswohl verpflichtet ist.

35 Ausführlich zu den originären Aufgaben des Verfahrensbeistandes *E. Schumann*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., 2018, § 158, Rn. 31; *Rösler*, Die Verfahrensbeistandschaft, 2014, S. 193ff.

36 *Mayer*, Die rechtliche Stellung sowie Aufgaben des Verfahrensbeistandes, jM 2017, S. 140.

37 *Bauer* in: Salgo/Lack, Verfahrensbeistandschaft, 4. Aufl., 2020, Rn. 332, 338ff.

38 *Ekert/Heiderhoff*, Die Evaluierung der FGG-Reform, 2018, S. 107.

39 Im umgekehrten Fall kann der Verfahrensbeistand vom Kind nach *Mayer*, Die rechtliche Stellung sowie Aufgaben des Verfahrensbeistandes, jM 2017, S. 140 nicht dazu gezwungen werden, Rechtsmittel einzulegen. Der Verfahrensbeistand unterliegt nach h.M. nicht den Weisungen des Kindes, *Zorn*, in: Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, 3. Aufl., 2018, § 158, Rn. 22.

40 In der Literatur wird dies bejaht, sofern die Information nicht auf eine Kindeswohlgefährdung schließen lasse, *E. Schumann*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., 2018, § 158, Rn. 26.

Aus rechtsvergleichender Perspektive ist beispielsweise der österreichische Kinderbeistand insofern anders angelegt. Das dort 2010 im § 104a AußStrG eingeführt Institut ist bewusst nicht auf eine umfassende Interessenvertretung ausgerichtet, sondern auf eine reine Darstellung des Kindeswillen fokussiert.⁴¹ Die Ermittlung des objektiven Wohls ist dem Gericht unter Zuhilfenahme von Jugendwohlfahrt und Sachverständigen überlassen.⁴² Der Kinderbeistand konzentriert sich also vollumfänglich auf die Begleitung und Unterstützung des Kindes. Möchte das Kind bestimmte Informationen im Verfahren nicht preisgeben, ist der Kinderbeistand aus dem Gesetz zur Verschwiegenheit verpflichtet, § 104a Abs. 2 S. 2 AußStrG.⁴³ Zwar ist der Kinderbeistand anders als der Verfahrensbeistand kein Beteiligter im Verfahren,⁴⁴ hat aber gem. § 104a Abs. 3 AußStrG eigene zur Umsetzung seiner Aufgabe notwendige Rechte. Ein eigenes Recht, Rechtsmittel einzulegen, gehört hierzu allerdings nicht. Nach der Gesetzesbegründung würde dies dazu führen, dass sich das Kind falsche Vorstellungen über die Einflussmöglichkeiten des Kinderbeistandes vor Gericht machen könne. Stattdessen solle der Kinderbeistand das Kind im Nachgang der Entscheidung über seine eigenen Möglichkeiten informieren, Rechtsmittel einzulegen.⁴⁵

Unterschiede bestehen auch im Verhältnis von Eltern und Beistand. Zwar wird in Österreich die Erfolgsabhängigkeit der Arbeit des Kinderbeistands von der Kooperationsbereitschaft der Eltern betont.⁴⁶ Allerdings ist es diesen nicht möglich, Gespräche zwischen Kind und Kinderbeistand zu verhindern, vielmehr kann das Gericht Zwangsmittel zur Durchsetzung des Auftrags des Kinderbeistands verhängen.⁴⁷ Während man sich in Deutschland darauf stützt, dass keine gesetzliche Grundlage für den Eingriff in die elterliche Befugnis zur Bestimmung des Umgangs des Kindes bestehe,⁴⁸ wird dort von den Eltern gefordert, dass sie "die unbefangene Meinung und Wünsche ihres Kindes kennenlernen wollen [...]." Daher

41 Vgl. ErläutRV 486, XXIV GP, S. 1, 5f. Er ist insoweit "Sprachrohr" (S. 1) des Kindes.

42 ErläutRV 486, XXIV GP, S. 5.

43 Im Falle einer Kindeswohlgefährdung soll der Kinderbeistand allerdings aufgrund eines übergesetzlichen Notstands von der Verschwiegenheitspflicht befreit sein, ErläutRV 486, XXIV GP, S. 6.

44 ErläutRV 486, XXIV GP, S. 6.

45 ErläutRV 486, XXIV GP, S. 6.

46 OGH 22.3.2011, 8 Ob 19/11v, S. 12.

47 Das Gericht kann zur Durchsetzung des Kontakts von Kinderbeistand und Minderjährigem Zwangsmittel verhängen, ErläutRV 486, XXIV GP, S. 6.

48 Engelhardt, in: Keidel, FamFG, 20. Aufl., 2020, § 158, Rn. 25.

könne "von den Eltern auch erwartet werden, dass Sie die Bedeutung einer neutralen Fachkraft als hilfreiche Unterstützung für ihr stark belastetes Kind in der von ihnen zu verantwortenden konfliktreichen Auseinandersetzung um Obsorge- und Umgangsrecht erkennen."⁴⁹ Das Beteiligungsrecht des Kindes, zu dessen Umsetzung der Kinderbeistand dient, rechtfertigt somit einen Eingriff in die elterlichen Obsorgebefugnisse. Der Gesprächsbedarf wird allein von Kinderbeistand und Minderjährigem bestimmt.⁵⁰

Was die Fokussierung des Kinderbeistands auf den Kindeswillen betrifft, so scheint dies zumindest eher dem Gedanken des Art. 12 Abs. 2 UN-KRK zu entsprechen. Denn mit einer Kompetenz zur umfassenden Kindeswohleinschätzung geht auch die Gefahr einher, dass der tatsächliche Kindeswille von der Drittperspektive überlagert und dadurch der Partizipationsaspekt geschmälert wird.⁵¹ Beachtet man zudem, dass die wachsende Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes sich schon im Verhältnis zu den Eltern auswirkt, so muss sich auch die Aufgabe des Verfahrensbeistandes von einer eher objektiven Interessenvertretung zu einer Unterstützung des Willens des Minderjährigen wandeln.

3.3 Formelle Beteiligung und Verfahrensfähigkeit

Das FGG-Reformgesetz brachte mit § 7 FamFG die dem FGG fehlende Definition des Verfahrensbeteiligten. Dazu gehören gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 FamFG als sog. Muss-Beteiligte die unmittelbar vom Verfahren Betroffenen, in Kindschaftsverfahren also insbesondere die Kinder. Die formelle Beteiligung ist mit einer Fülle an Rechten⁵² verbunden. Man könnte daher meinen, das Kind würde durch die formelle Beteiligung mit den übrigen Verfahrensteilnehmern gleichgestellt und das Ziel, die Subjektstellung des Kindes im Verfahren zu stärken, dadurch wesentlich umgesetzt.⁵³ Dies ist

49 Beck, in: Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG, 2013, § 104a, Rn. 55.

50 Beck, in: Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG, 2013, § 104a, Rn. 55.

51 Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 360, 546.

52 Eine Aufzählung findet sich bspw. bei *Schauberger*, Die Partizipation Minderjähriger im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2015, S. 40f.; *Rösler*, Die Verfahrensbeistandschaft, 2014, S. 112f.

53 So *Rösler*, Die Verfahrensbeistandschaft, 2014, S. 114: "Diese Einbeziehung des minderjährigen Kindes als Verfahrensbeteiligten setzt somit den Grundgedanken des FGG-Reformgesetzes, den Minderjährigen und sein Wohl in das Zentrum des Verfahrens zu rücken, konsequent um."

allerdings insofern ein Trugschluss, als dass die Ausübung der Rechte wiederum natürlich einer rechtlichen Handlungsfähigkeit bedarf, sodass wiederum die ohnehin schon selbst beteiligten Eltern über diese Ausübung entscheiden.⁵⁴

Anders liegt der Fall lediglich dann, wenn der Minderjährige selbst verfahrensfähig ist. Als Fähigkeit, Verfahrenshandlungen wirksam vor- und entgegenzunehmen, hängt die Verfahrensfähigkeit von den in § 9 FamFG bestimmten Voraussetzungen ab. Die für den Minderjährigen wichtigste ergibt sich aus § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG. Danach kommt es darauf an, dass der Minderjährige das 14. Lebensjahr überschritten hat und in einem Verfahren, das seine Person betrifft, ein ihm nach bürgerlichem Recht zustehendes Recht aktiv geltend macht. Als ein solches Recht gelten beispielsweise das Recht zum Widerspruch gegen den Elternevorschlag zur Begründung einer Alleinsorge nach § 1671 Abs. 1 Nr. 1 BGB⁵⁵ und das Recht auf Umgang aus § 1684 Abs. 1 BGB.⁵⁶ Keine Verfahrensfähigkeit besteht mangels eines subjektiven bürgerlichen Rechts im Rahmen von sonstigen sorgerechtlichen Streitigkeiten, etwa höchstpersönlichen Entscheidungen im Rahmen der Ausübung der elterlichen Sorge.⁵⁷ Zudem steht dem Minder-

-
- 54 Dazu auch *Klein*, Die verfahrensrechtliche Stellung des Minderjährigen in Kindschaftssachen, RdJB 2019, 16, 23f. Folgt man der Ansicht, dass die Bekanntgabe von Dokumenten nur ggü. dem gesetzlichen Vertreter zu erfolgen hat (*Pabst*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., 2018, § 15, Rn. 4), muss die Beteiligung als solche noch nicht einmal dazu führen, dass das Kind von der Existenz des Verfahrens erfährt.
- 55 BT-Drs. 16/9733, S. 288, 292; *Heiter*, Verfahrensfähigkeit des Kindes in personenbezogenen Verfahren nach dem FamFG, FamRZ 2009, S. 85, 87.
- 56 OLG Koblenz, FamRZ 2019, S. 706, 707; OLG Hamburg, FamRZ 2018, S. 105; *Prütting*, in: Prütting/Helms, FamFG, 5. Aufl., 2020, § 9, Rn. 14; a.A. noch *Schael*, Minderjährige und ihre formelle Beteiligung in Verfahren über Kindschaftssachen, FamRZ 2009, S. 265, 267. § 1684 IV BGB enthält nach h.M. aber kein solches Recht, *Sternal*, in: Keidel, FamFG, 20. Aufl., 2020, § 9, Rn. 12; *Schauberger*, Die Partizipation Minderjähriger im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2015, S. 60; a.A. wohl *Burkhardt*, Die Verfahrensfähigkeit Jugendlicher, FamRZ 2019, S. 1029, 1031.
- 57 Krit. und mit Hinweisen auf die langanhaltenden Forderungen nach einem solchen Antragsrecht, *Peschel-Gutzeit*, in: Staudinger, Buch 4. § 1626-1633, RKEG, 2015, § 1628 Rn. 31ff.; ebenfalls krit. *Huber*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., 2020, § 1628 Rn. 5; *Veit*, in: Beck'scher Onlinekommentar BGB, 59. Edition, § 1628, Rn. 18f.; *Götz*, in: Palandt, BGB, 79. Aufl., 2020, § 1628, Rn. 2.

jährigen zwar ein Beschwerderecht zu, eigene Anträge kann er aber nicht einreichen.⁵⁸

Nach der verfassungsrechtlichen Ausgangslage überrascht es, dass der Gesetzgeber bezüglich des Vorliegens von Verfahrensfähigkeit weder an die tatsächliche Fähigkeit des Minderjährigen, selbstbestimmt zu handeln, anknüpft, noch auf den Kreis höchstpersönlicher Rechte des Minderjährigen abstellt und insoweit die notwendige Klarheit vermissen lässt. Damit ein einsichtsfähiger Minderjähriger die Grenze zwischen eigenem Recht und Elternrecht gerichtlich klären lassen kann, sollten zudem für den Kreis höchstpersönlicher Belange eigene Antragsrechte eingeführt werden.⁵⁹

3.4 Thesen der Arbeitsgruppe Sorge und Umgang

Die inzwischen vorliegenden Thesen der Arbeitsgruppe Sorge und Umgang des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz⁶⁰ greifen diese Kritikpunkte auf und zeigen sich insoweit als Schritt in die richtige Richtung. Demnach sollen Minderjährige ab 14 Jahren ohne weitere Voraussetzungen verfahrensfähig werden⁶¹ und ihnen ab diesem Zeitpunkt ein Antragsrecht für höchstpersönliche Entscheidungen wie Aufenthalt, Betreuung, Umgang, medizinische Behandlung und Ausbildung zustehen.⁶² Zudem soll in diesen Verfahren der Kindeswille bei "entsprechender Reife" vorrangig zu berücksichtigen sein.⁶³ Die entsprechende

58 Burschel, in: Beck'scher Onlinekommentar FamFG, 39. Edition, § 9, Rn. 8; Sternal, in: Keidel, FamFG, 20. Aufl., 2020 § 9, Rn. 15 mit Nachweisen aus der Rspr.; a.A. Burkhart, Die Verfahrensfähigkeit Jugendlicher, FamRZ 2019, S. 1029, 1030.

59 E. Schumann, Gemeinsam getragene Elternverantwortung zwischen Trennung und Scheidung, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, 2018, B1, B87f; Röthel, Das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit, in: Röthel/Heiderhoff, Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, 2018, S. 89, 103f. Dazu auch Klein, Die verfahrensrechtliche Stellung des Minderjährigen in Kindschaftssachen, RdJB 2019, S. 16, 27.

60 Thesenpapier der Arbeitsgruppe "Sorge- und Umgangsrecht, insbesondere bei gemeinsamer Betreuung nach Trennung und Scheidung", https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/102919_Thesen_AG_SorgeUndUmgangsrecht.pdf (zuletzt aufgerufen am 30.9.2021).

61 Thesenpapier der AG Sorge- und Umgangsrecht, These 44.

62 Thesenpapier der AG Sorge- und Umgangsrecht, These 37f.

63 Thesenpapier der AG Sorge- und Umgangsrecht, These 35.

Reife wird wiederum ab 14 Jahren vermutet.⁶⁴ Diese nur zu vermuten ist sinnvoll, weil die tatsächliche Fähigkeit zu einer selbstbestimmten Entscheidung nicht von einer typisierenden Altersgrenze abhängt. Warum die Verfahrensfähigkeit dennoch ausschließlich an eine solche geknüpft wird, lässt sich wohl nur mit Rechtssicherheits- und Praktikabilitätsabwägungen begründen.⁶⁵ Insgesamt sollte bezüglich der Reife auch auf einen Gleichlauf mit dem materiellen Recht geachtet werden. Sinnvoll erscheint es, eine übergreifende Fähigkeit zur selbstbestimmten Entscheidung festzulegen, die einer Person die umfassende Wahrnehmung seiner höchstpersönlichen Rechte erlaubt, wie es beispielsweise Österreich vor Kurzem mit der Einführung der sog. Entscheidungsfähigkeit getan hat.⁶⁶

Des Weiteren beantworten die Thesen nicht abschließend, wie über einen der neuen Anträge zur Klärung des Eltern-Kind-Konfliktes in höchstpersönlichen Angelegenheiten zu entscheiden wäre. So ist beispielsweise fraglich, ob dem Willen des entscheidungsfähigen Kindes zwingend entsprochen werden muss: Nach These 35 ist die vorrangige Berücksichtigung des Willens des entscheidungsfähigen Kindes davon abhängig, dass er dem Kindeswohl nicht widerspricht und keine anderen triftigen Gründe dagegensprechen. Gedacht wurde hierbei sicherlich unter anderem an einen selbstgefährdenden Willen des Kindes.⁶⁷ Ob der Staat diesen Kindeswohlvorbehalt bei einem entscheidungsfähigen Kind jedoch überhaupt erheben darf, ist zumindest diskussionsbedürftig. Geht man nämlich davon aus, dass das elterliche Erziehungsrecht in der fraglichen Sache nicht mehr existiert oder zumindest insoweit verdrängt wird, besteht auch für das staatli-

64 Thesenpapier der AG Sorge- und Umgangsrecht, These 36.

65 Vgl. *Rösler*, Die Verfahrensbeistandschaft, 2014, S. 66, 119,.

66 § 24 Abs. 2 ABGB: "Entscheidungsfähig ist, wer die Bedeutung und die Folgen seines Handelns im jeweiligen Zusammenhang verstehen, seinen Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten kann. Dies wird im Zweifel bei Volljährigen vermutet.", eingefügt durch das 2. Erwachsenenschutzgesetz, BGBl. I Nr. 59/2017. Zum Begriff ErläutRV 1461, XXV GP, S. 5. Die Entscheidungsfähigkeit findet inzwischen auch im deutschen Erwachsenenschutzrecht Befürworter: *Hornung*, Die psychiatrische Patientenverfügung im Betreuungsrecht, 2017, S. 103ff.; *Bienwald*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 1901b, Rn. 22; *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., 2018, § 1901a, Rn. 9. Krit. zur bisherigen Vielfalt an Grenzen *Röthel*, Das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit, in: Röthel/Heiderhoff, Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, 2018, S. 111ff.

67 In diesen Fällen kann eine paternalistische Entscheidung gegen den Kindeswillen gerechtfertigt sein, vgl. *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 369ff.; *Röthel*, Das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit, in: Röthel/Heiderhoff, Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, 2018, S. 89, 113, Fn. 98.

che Wächteramt, durch den dieser Kindeswohlvorbehalt legitimiert würde, kein Raum. Stattdessen müsste sich der Staat an die gleichen Grenzen halten, die auch für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts durch Erwachsene gelten, und könnte somit allenfalls allgemeine Schutzpflichtbewägungen anstellen, nicht aber Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG bemühen.

Rekurriert man nun nur noch auf die allgemeine Grundrechtsdogmatik, bleibt die generelle Begrenzung des individuellen Freiheitsraums durch die Rechte anderer freilich auch für den entscheidungsfähigen Minderjährigen bestehen. Insbesondere können bei einer gerichtlichen Entscheidung auch die Interessen der anderen Familienmitglieder erheblich sein. Auf diesem Wege kann der Tatsache entsprochen werden, dass der entscheidungsfähige Minderjährige trotzdem Mitglied der sozialen Gemeinschaft der Familie ist und sich dieser in berechtigten Fällen unterordnen muss. Wünscht das Kind beispielsweise etwas, das die finanziellen Möglichkeiten der Familie übersteigt oder seine Geschwister unzumutbar beeinträchtigt, kann dies dazu führen, dass dem Willen des Kindes nicht entsprochen wird.⁶⁸ Man könnte die "triftigen Gründe" also als so etwas wie ein "Familienwohl" interpretieren.

Schlussendlich sind die Rechtsfolgen zu diskutieren, die ein erfolgreicher Antrag des Kindes hätte. Dies kann nur anhand des Gegenstands des jeweiligen Antrags entschieden werden. Bei medizinischen Behandlungen könnte das Familiengericht etwa die Einwilligung der Eltern ersetzen, die entsprechende Handlungsfähigkeit des Minderjährigen bzw. die Beachtlichkeit seines Widerspruchs feststellen oder eine bestimmte Regelung anordnen.⁶⁹ Da in unterschiedlichen Konstellationen unterschiedliche Maßnahmen die effektivste darstellen, scheint es vertretbar, dem Familiengericht einen Ermessensspielraum zu belassen und es zu verpflichten, eine „Maßnahme vorzunehmen, mit der das Recht des Kindes auf eine selbstbestimmte Entscheidung angemessen umgesetzt werden kann“.⁷⁰ Es sind

68 E. Schumann, Gemeinsam getragene Elternverantwortung zwischen Trennung und Scheidung, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, 2018, S. B1, B88 schlägt eine Übertragung der Grundsätze der Rspr. zu § 1618a BGB vor.

69 Das OLG Hamm (FamRZ 2020, 340) hat beispielsweise ein Feststellungsurteil getroffen, dass die Einwilligung der Eltern in den von der (einwilligungsfähigen) minderjährigen Schwangeren gewünschten Schwangerschaftsabbruch nicht erforderlich ist.

70 E. Schumann, Gemeinsam getragene Elternverantwortung zwischen Trennung und Scheidung, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, 2018, S. B1, B89.

aber natürlich auch nach Gegenstand bzw. Rechtsfolge differenzierende Regelungen durch den Gesetzgeber denkbar.⁷¹

4. Abschließende Bemerkungen

Zuletzt kommt man bei einer Betrachtung der Beteiligungsrechte von Kindern nicht umhin, die Diskussion über die Aufnahme eines Kindergrundrechts ins Grundgesetz anzusprechen. Ende Oktober 2019 hat die Arbeitsgruppe "Kinderrechte ins Grundgesetz" hierzu ihren Abschlussbericht veröffentlicht.⁷² Sie empfiehlt folgende vier Elemente in Art. 6 GG aufzunehmen:⁷³

1. Das Recht auf Achtung und Schutz der Grundrechte des Kindes insbesondere des Rechts auf Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit,
2. Die Berücksichtigung des Kindeswohls in den das Kind unmittelbar betreffenden Angelegenheiten,
3. Ein Anspruch auf rechtliches Gehör in das Kind betreffenden Angelegenheiten,
4. Eine neue Staatszielbestimmung, nach der der Staat kindgerechte Lebensbedingungen schaffen solle.⁷⁴

71 Dazu bereits *Klein*, Die verfahrensrechtliche Stellung des Minderjährigen in Kindersachssachen, RdJB 2019, S. 16, 28.

72 Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Kinderrechte ins Grundgesetz" v. 14.10.2019, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/102519_Abschlussbericht_Kinderrechte.pdf (zuletzt aufgerufen am 30.1.2022).

73 Der hierauf aufbauende Regierungsentwurf sah vor, Art. 6 Abs. 2 GG um folgenden Zusatz zu erweitern: „Die verfassungsmäßigen Rechte der Kinder einschließlich ihres Rechts auf Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten sind zu achten und zu schützen. Das Wohl des Kindes ist angemessen zu berücksichtigen. Der verfassungsrechtliche Anspruch von Kindern auf rechtliches Gehör ist zu wahren. Die Erstverantwortung der Eltern bleibt unberührt.“, BT-Drs. 19/28138, S. 7. Der Entwurf wurde im Rahmen der Expertenanhörung scharf kritisiert (Pressemitteilung des Bundestags vom 17.5.2021, <https://www.bundestag.de/presse/hib/842194-842194>, zuletzt aufgerufen am 30.1.2022) und scheiterte Mitte 2021 an der erforderlichen Zwei-Drittel-Mehrheit im Bundestag ([tagesschau.de vom 7.6.2021, https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/kinderrechte-grundgesetz-113.html](https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/kinderrechte-grundgesetz-113.html) zuletzt aufgerufen am 30.01.2022).

74 Vgl. insb. die drei Formulierungsvorschläge im Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Kinderrechte ins Grundgesetz" v. 14.10.2019, S. 111.

Die Frage, die sich nun für das Thema der Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen stellt, ist die nach den Konsequenzen, die hierfür aus einem solchen "Kindergrundrecht" folgen. Betrachtet man aber das zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen bereits Gesagte und vergleicht es mit dem neuen Grundrecht, muss man prognostizieren: Wahrscheinlich würde sich recht wenig ändern. Denn das Kindergrundrecht enthält absichtlich keine inhaltlichen Neuerungen, sondern soll von vornherein nur die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abbilden.⁷⁵ Die Kritik, dass das neue Kindergrundrecht inhaltlich keinen Fortschritt bringe, scheint deshalb durchaus berechtigt.⁷⁶

Die Präsentation des Abschlussberichts der Arbeitsgruppe Kinderrechte ins Grundgesetz durch Justizministerin Christine Lambrecht erfolgte mit einem in der Diskussion um Kinderrechte häufig ausgesprochenen Satz: "Kinder sind keine kleinen Erwachsenen."⁷⁷ Dieser Satz soll deutlich machen, dass es unangemessen ist, Kindern die gleiche Verantwortung, verbunden damit aber auch die gleiche Stellung im Recht zukommen zu lassen. Dem ist zuzustimmen, denn Kinder befinden sich in einem Prozess stetiger Entwicklung hin zu einer selbstbestimmten Persönlichkeit, sind es aber noch nicht notwendigerweise. Der Ausspruch wird der kindlichen Realität trotzdem nicht vollkommen gerecht. Man muss auch sagen: so wie Kinder keine kleinen Erwachsenen sind, sind Jugendliche keine kleinen Kinder. Man wird nicht mit Vollendung des 18. Lebensjahres mit einem Schlag erwachsen. Es gilt daher, praktisch realisierbare Wege zu finden, damit die Stellung des Kindes im Recht seinen Entwicklungsprozess in der tatsächlichen Welt aufgreift und angemessen umsetzt. Dazu gehört es meines Erachtens, den Willen des Jugendlichen im familiengerichtlichen Verfahren stärker und konsequenter zu berücksichtigen, indem

75 Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Kinderrechte ins Grundgesetz" v. 14.10.2019.

76 Zu den Potentialen und Risiken kann an dieser Stelle nicht vertieft Stellung genommen werden. Dedizierte Auseinandersetzungen finden sich bspw. bei *Wapler*, Verfassungsrechtliches Kurzgutachten zum Thema "Kinderrechte ins Grundgesetz", 2017, [bmfsfj.de/blob/120476/193f08c3955adeb2c47d83b990537666/2017-kurzgutachten-kinderrechteinsgrundgesetz-data.pdf](https://www.bmfsfj.de/blob/120476/193f08c3955adeb2c47d83b990537666/2017-kurzgutachten-kinderrechteinsgrundgesetz-data.pdf) (zuletzt aufgerufen am 30.9.2021); *Weilner*, Verfassungsmethodische und verfassungssystematische Aspekte der Ergänzung des Grundgesetzes um ein Kindergrundrecht, 2014. Alternative Gesetzesentwürfe der Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 19/10552), FDP (BT-Drs. 19/28440) und Die Linke (BT-Drs. 19/10662) gingen stellenweise weiter als der Regierungsentwurf.

77 *Bubrowski*, Kinderrechte ins Grundgesetz, FAZ.net v. 25.10.2019, <https://www.faz.net/-gpf-9slyd> (zuletzt aufgerufen am 30.1.2022).

Minderjährige ihrem Entwicklungsstand entsprechend an den sie betreffenden Entscheidungen beteiligt werden. Das kann auch bedeuten, dass zumindest dort, wo das Selbstbestimmungsinteresse des Minderjährigen besonders groß ist und keine Erziehungsbedürftigkeit mehr besteht, eine gerichtliche Entscheidung entgegen dem Elternwillen möglich wird. Dies bildet das geschriebene Recht bisher nicht hinreichend ab, sondern setzt für 17-Jährige wie Grundschulkinder unter Umständen die gleichen Maßstäbe an. Es sollte daher nicht nur darauf geachtet werden, die Kinderrechte im Verfassungsrecht stärker abzubilden, sondern die einzigartige Situation des Kind-Seins auch differenzierter unter anderem im familiengerichtlichen Verfahren aufzugreifen.

Literaturverzeichnis

- Beck'scher Onlinekommentar BGB, München: Beck 59. Edition 2021.
Beck'scher Onlinekommentar FamFG, München: Beck 39. Edition 2021.
Beck'scher Onlinekommentar GG, München: Beck 48. Edition 2021.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1980): Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, Zur Theorie des verfassungsrechtlichen Elternrechts und seiner Auswirkung auf Erziehung und Schule, in: Krautscheid, Joseph / Marré, Heiner, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 14. Münster: Aschendorff, S. 54.
Bork/Jacoby/Schwab, FamFG – Kommentar, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bielefeld: Gieseking 3. Aufl. 2018.
Burkhardt, Axel (2019): Die Verfahrensfähigkeit Jugendlicher, FamRZ, S. 1029.
Coester, Michael (1983): Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 114. Frankfurt a.M.: Metzner.
Creifelds, Rechtswörterbuch. München: Beck 26. Edition 2021.
Dettenborn, Harry (2017): Kindeswohl und Kindeswille, Psychologische und rechtliche Aspekte. München: Ernst Reinhard Verlag.
Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1. Tübingen: Mohr Siebeck 3. Aufl. 2013.
Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1. Tübingen: Mohr Siebeck 2. Aufl. 2004.
Ekert, Stefan / Heiderhoff, Bettina (2018): Die Evaluierung der FGG-Reform, Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben. Mönchengladbach: Godesberg.
Gitschtahler/Höllwerth (Hrsg.), Kommentar zum Außerstreitgesetz. Wien: Manz 2013.
Hennemann, Heike (2014): Die Anhörung des Kindes in Kindschaftsverfahren § 159 FamFG. NZFam, S. 871.
Heiter, Norbert (2009): Verfahrensfähigkeit des Kindes in personenbezogenen Verfahren nach dem FamFG. FamRZ, S. 85.

- Hornung, Julia* (2017): Die psychiatrische Patientenverfügung im Betreuungsrecht, Ihre zulässigen Regelungsgegenstände – unter besonderer Beachtung der antizipierten Selbstbestimmung gegen sich selbst, Schriften zum Bio- Gesundheits- und Medizinrecht 27. Baden-Baden: Nomos 2017.
- Ivanits, Natalie* (2012): Die Stellung des Kindes in auf Einvernehmen zielenden gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren in Kindschaftssachen, Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht. Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- Ivanits, Natalie* (2016): Kindeswohl und Kinderrechte bei Einvernehmen, in: Heilmann, Stefan / Lack, Katrin (Hrsg.), Die Rechte des Kindes, Festschrift für Ludwig Salgo zum 70. Geburtstag. Köln: Bundesanzeiger, S. 255.
- Jestaedt, Matthias* (2015): Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung, in: Deutscher Familiengerichtstag e.V., 21. Deutscher Familiengerichtstag, vom 21. bis 24. Oktober 2015 in Brühl, Ansprachen und Referate, Berichte und Ergebnisse der Arbeitskreise, Brühler Schriften zum Familienrecht Bd. 19. Bielefeld: Gieseking, 2016, S. 65.
- Karle, Michael / Carl, Eberhard / Clauss, Marianne* (2014): Kindesanhörung aus psychologischer Sicht. NZFam, S. 875.
- Keidel, FamFG, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar. München: Beck 20. Aufl. 2020.
- Klein, Joachim* (2019): Die verfahrensrechtliche Stellung des Minderjährigen in Kindschaftssachen. RdJB, S. 16.
- Kruger, Hanneretha* (2018): The Protection of Children's Right to Self-Determination with Specific Reference to Medical Treatment and Operations, PER / PELJ, S. 1, 14f.
- Lambrecht, Christine* (2020): Kinderrechte in die Verfassung, Pro & Contra, DRiZ, S. 14.
- v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd.1. München: Beck 7. Aufl. 2018.
- Manok, Andreas* (2015): Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes, Rechtslage vor und nach Inkrafttreten des § 1631d BGB unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechte, Schriften zum Gesundheitsrecht 34. Berlin: Duncker & Humblot.
- Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar. München: Beck 94. EL 2021.
- Mayer, Simone* (2017): Die rechtliche Stellung sowie Aufgaben des Verfahrensbeistandes. jM, S. 140.
- Münchener Kommentar zum FamFG, Bd. 1. München: Beck 3. Aufl. 2018.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10: Familienrecht II. München: Beck 8. Aufl. 2020.
- Osthold, Fritz Rolf* (2016): Die rechtliche Behandlung von Elternkonflikten, Schriften zum Familien- und Sozialrecht 1. Baden-Baden: Nomos.
- Palandt, BGB, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar. München: Beck 79. Aufl. 2020.

- Prütting/Helms (Hrsg.), FamFG, Kommentar mit FamGKG. Köln: Otto Schmidt 5. Aufl. 2020.
- Roell, Monika (1984): Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige, Schriften zum Öffentlichen Recht 468. Berlin: Duncker & Humblot.
- Rösler, Katja (2014): Die Verfahrensbeistandschaft, Verfahrensrechtliche Umsetzung des verfassungsmäßigen Gebotes einer Interessenvertretung für Minderjährige. Berlin: Duncker & Humblot.
- Röthel, Anne (2018): Das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit, Zum dogmatischen Potential der Verdeutlichung von Kinderrechten, in: Röthel, Anne / Heiderhoff, Bettina, Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht Bd. 25. Frankfurt a.M.: Wolfgang Metzner, S. 89.
- Röthel, Anne (2018): Das Recht der Elternverantwortung, Konzeption, Organisation, Strukturierung. JZ, S. 803.
- Roth, Wolfgang (2003): Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbstständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung, Schriften zum Öffentlichen Recht 908. Berlin: Duncker & Humblot.
- Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. München: Beck 9. Aufl. 2021.
- Salgo/Lack (Hrsg.), Verfahrensbeistandschaft, Ein Handbuch für die Praxis. Köln: Reguvis 4. Aufl. 2020.
- Schael, Wolfgang (2009), Minderjährige und ihre formelle Beteiligung in Verfahren über Kindschaftssachen. FamRZ, S. 265.
- Schauberger, Carmen (2015): Die Partizipation Minderjähriger im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Eine Analyse der Beteiligung und der Verfahrensfähigkeit in Familien- und Erbrechtsverfahren, Schriften zum Verfahrensrecht 52. Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- Schmahl, Kinderrechtekonvention, mit Zusatzprotokollen, Handkommentar. Baden-Baden: Nomos 2. Aufl. 2017.
- Schmid, Heike / Meysen, Thomas (2006): Was ist unter Kindeswohlgefährdung zu verstehen?, in: Kindler, Heinz / Lillig, Susanna / Blüml, Herbert / Meysen, Thomas / Werner, Annegret (Hrsg.), Handbuch Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB und Allgemeiner Sozialer Dienst (ASD). München: DJI, S. 2-1.
- Schumann, Eva (2018): Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung – Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht?, Gutachten B zum 72. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentags (Hrsg.), Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, Bd. 1: Gutachten. München: Beck, S. B1.
- Staudinger, BGB, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: §§ 1896-1921 (Rechtliche Betreuung und Pflegschaft). Berlin: Sellier-de Gruyter Neubearbeitung 2017.
- Staudinger, BGB, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: § 1626-1633, RKEG. Berlin: Sellier-de Gruyter Neubearbeitung 2015.

- Wapler, Friederike* (2015): *Kinderrechte und Kindeswohl, Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Weilner, Christina* (2014): *Verfassungsmethodische und verfassungssystematische Aspekte der Ergänzung des Grundgesetzes um ein Kindergrundrecht*, Diss. Jur. Regensburg.