

Scheiwe | Schröer | Wapler | Wrase (Hrsg.)

Der Rechtsstatus junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht

Beiträge zum ersten Forum Kinder- und Jugendhilferecht



Nomos

Schriften zum Familien- und Sozialrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Kirsten Scheiwe

Prof. Dr. Eva Schumann

Band 2

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

Der Rechtsstatus junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht

Beiträge zum ersten 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 978-3-8487-6287-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-0394-9 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. 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

Der Rechtsstatus junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht – eine Einführung	7
<i>Kirsten Scheiwe / Wolfgang Schröer / Friederike Wapler / Michael Wrase</i>	

Die Grundrechte von jungen Menschen

Junge Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht Die Grundrechte des Kindes	29
<i>Margarete Schuler-Harms</i>	

Der Status des Kindes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	45
<i>Jessica Kriewald</i>	

Die Stärkung eigener Rechte im Kinder- und Jugendhilferecht

Stärkung eigenständiger Rechtsansprüche von jungen Menschen – zur reflexiven Modernisierung des Kinder- und Jugendhilferechts	71
<i>Wolfgang Schröer</i>	

Junge Menschen zur Teilhabe befähigen: Erwartungen an die zukünftige Ausgestaltung der Eigenrechte junger Menschen im SGB VIII	89
<i>Sybillie Nonninger</i>	

Kinderrechte-basierter Ansatz in der Kinder- und Jugendhilfe: ein reflexives Plädoyer	105
<i>Thomas Meysen</i>	

Inhalt

Das Recht auf Inklusion im Kinder- und Jugendhilferecht

Inklusion und assistierte Autonomie: Zum Rechtsstatus von Kindern und Jugendlichen in der UN-Behindertenrechtskonvention 123

Julia Zinsmeister

Exklusive Kinder- und Jugendhilfe als Verstoß gegen völkerrechtliche Diskriminierungsverbote 163

Lydia Schönecker

Die Reform des SGB VIII – Überlegungen aus rechtlicher Perspektive

Perspektiven der Reform des SGB VIII: Lehren aus dem Scheitern des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes (KJSG) 175

Stephan Rixen

Autorinnen und Autoren 191

Der Rechtsstatus junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht – eine Einführung

Kirsten Scheiwe / Wolfgang Schröer / Friederike Wapler / Michael Wrase

Der vorliegende Band versammelt Beiträge, die auf das 1. Forum Kinder- und Jugendhilferecht zum Thema „Der Rechtsstatus junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht“ 2018 am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB) zurückgehen;¹ sie sind aktualisiert auf dem Stand November 2020. Das Forum wurde von den Herausgebenden gegründet, um damit einen Ort für den regelmäßigen Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis zu den aktuellen Fragen des Kinder- und Jugendhilferechts zu schaffen, den es bislang so nicht gab. Die Fachtagung findet grundsätzlich im jährlichen Wechsel an der Universität Hildesheim (Institut für Sozial- und Organisationspädagogik), der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz (Juristische Fakultät) und am WZB in Berlin statt.²

1. Weiterentwicklung des Kinder- und Jugendhilferechts als stetige Aufgabe

„Das Kinder- und Jugendhilferecht weiterzuentwickeln“, so schrieben wir in der Ankündigung des ersten Forums, „ist eine stetige Aufgabe“. Das ist besonders in den vergangenen Jahren deutlich geworden, in denen um ein Gesetz „zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen“ (KJSG) gerungen wurde und wird, mit dem eine „grundlegende Reform“ bzw. „Weiterentwicklung“ der rechtlichen Grundlagen vor allem des SGB VIII angestrebt ist.³ Im Jahr 2016 vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) in Umlauf gebrachte erste Arbeitsentwürfe für diese

1 Fachtagung am WZB, 7.-8. Juni 2018, siehe unter <https://www.wzb.eu/de/veranstaltungen/der-rechtsstatus-junger-menschen-im-kinder-und-jugendhilferecht> (letzter Zugriff: 1.11.2020).

2 Informationen zu den Aktivitäten des Forums finden sich auf der Webseite des Instituts für Sozial- und Organisationspädagogik der Universität Hildesheim unter ‚Forschungscluster‘, <https://www.uni-hildesheim.de/fb1/institute/institut-fuer-sozial-und-organisationspaedagogik/forschung/forschungscluster-des-instituts/forum-kin-der-und-jugendhilferecht/allgemeine-infos> (letzter Zugriff: 1.11.2020).

3 Siehe CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode, 2018, S. 21.

Reform sind in Teilen auf deutliche Kritik seitens des Fachschrifttums, der Verbände und auch der Bundesländer gestoßen.⁴ Ein gegenüber den ursprünglichen Plänen des Bundesministeriums erheblich abgespeckter Gesetzesentwurf für das KJSG, der von der Bundesregierung im April 2017 beschlossen wurde, fand dann zwar äußerst schnell, d.h. noch vor der parlamentarischen Sommerpause im Juni 2017 die Billigung des Bundestages, wurde jedoch im Bundesrat aufgrund von Bedenken der Länder nicht mehr abschließend beraten und schließlich endgültig von der Tagesordnung genommen.⁵

Betrachten wir das „Scheitern“ des ersten Anlaufs rückblickend – wie Rixen es in diesem Band tut –, erscheint das Geschehene vielleicht etwas wenig(er) dramatisch. Es soll an die zahlreichen Reformversuche seit den 1970er Jahren erinnert werden, die weitgehend erfolglos blieben bis 1990 mit dem Kinder- und Jugendhilfegesetz und der Schaffung des heutigen SGB VIII der Durchbruch für ein modernisiertes Kinder- und Jugendhilfrecht gelang. Es ist interessant zu sehen, dass damals wie heute ähnliche Herausforderungen zu meistern waren. Zu nennen sind dabei u.a. die vergleichsweise geringe Relevanz des Jugendhilfrechts auf der politischen Agenda, die Herausforderungen bei den Abstimmungen mit den Verbänden und Expert*innen und ihren teilweise divergierenden familien- und jugendpolitischen Überzeugungen (und Interessen) sowie natürlich die alles entscheidende Rolle der Bundesländer und Kommunen, deren Jugendämter die Reformen umsetzen und von denen schlussendlich auch die finanziellen Lasten getragen werden müssen. Dies alles erfolgreich zusammenzuführen, um grundlegende Reformen zu ermöglichen, ist die berühmte „Herkulesaufgabe“,⁶ die, soviel lässt sich mit Blick auf die „inklusive Lösung“ bereits sagen, auch mit dem vorliegenden Entwurf für das KJSG nicht bewältigt sein wird.⁷ Vor diesem Hintergrund appelliert Rixen an eine aktivere Rolle einer interdisziplinär orientierten (Rechts-)Wissenschaft im Reformprozess, die auch über das Forum hinaus gefördert und intensiviert werden muss.

4 Dazu Wiesner, Rückblick und Ausblick. Wo stehen wir nach der gescheiterten Reform des Kinder- und Jugendhilfrechts?, *Frühe Kindheit* 2018, S. 6, 8 ff.

5 Wiesner, Rückblick und Ausblick. Wo stehen wir nach der gescheiterten Reform des Kinder- und Jugendhilfrechts?, *Frühe Kindheit* 2018, S. 14 ff.

6 So Rixen zur Zusammenführung der Eingliederungshilfe im SGB VIII, in diesem Band.

7 Vgl. die Beiträge von Schönecker und Zinsmeister in diesem Band.

Es gibt nun einige Hoffnung, dass mit dem neuen KJSG-Entwurf vom Oktober 2020 (KJSG-E)⁸, dem ein intensiver Dialogprozess mit den relevanten Verbänden, wissenschaftlichen Einrichtungen sowie Ländern und Kommunen vorausgegangen ist,⁹ ein echter Schritt zur Fortentwicklung des SGB VIII gemacht werden kann. Das Bundeskabinett hat den Entwurf am 2. Dezember 2020 beschlossen und damit das formelle Gesetzgebungsverfahren eröffnet. Auch wenn der Entwurf in der Verbändeanhörung auf weitgehende Zustimmung gestoßen ist, scheint noch nicht ausgemacht, dass am Ende auch Länder und Kommunen über ausreichende finanzielle Entlastungen ins Boot geholt werden können.¹⁰ Mindestens eine wichtige Hürde ist also noch zu nehmen.

2. Der Status junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht

Über den rechtlichen Status junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht ist lange vor dem SGB VIII gestritten worden. So konstatierte Wiesner als junger Referent im Bundesfamilienministerium bereits vor über vierzig Jahren zum damaligen Stand der Debatte: „Kontrovers bleiben [...] in dem ‚magischen Dreieck‘ Staat-Eltern-Kinder insbesondere zwei Komplexe, die unmittelbare Auswirkungen auf das Innenverhältnis von Eltern und Kindern haben, das so genannte Antragsrecht des Jugendlichen und die Beratung Jugendlicher ohne Zustimmung der Eltern.“¹¹ Bezüglich des eigenen Antragsrechts von Jugendlichen auf Hilfen zur Erziehung plädierte Wiesner damals für die Übernahme des eigenen Antragsrechts nach § 36 SGB I ab Vollendung des 15. Lebensjahres, das von den Erziehungsberechtigten eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann.

8 BMFSFJ, RefE Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen v. 5.10.2020.

9 Der Beteiligungs- und Dialogprozess lief unter der Überschrift „Mitreden und Mitgestalten“ und ist auf der Webseite <https://www.mitreden-mitgestalten.de> (letzter Zugriff: 1.11.2020) umfassend dokumentiert.

10 In den Verhandlungen wird auch die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „Durchgriffsverbot“ nach Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG zu beachten sein; vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 7. Juli 2020 - 2 BvR 696/12. Da mit dem KJSG-E 2020 nur wenige neue Leistungstatbestände geschaffen, sondern vor allem bestehende angepasst und vorsichtig erweitert werden, dürfte es sich – anders als bei der Einführung des Rechtsanspruchs auf Ganztagsbetreuung – im Ergebnis nicht um eine „funktional äquivalente“ Aufgabenerweiterung i.S.d. Rechtsprechung handeln. Auf jeden Fall handelt es sich um einen Grenzfall.

11 Wiesner, Elternrecht, Jugendhilfe und die Stellung des jungen Menschen, ZRP 1979, S. 285, 290.

Vorgebrachte Bedenken, „fremdbestimmte“ Jugendliche könnten dazu benutzt werden, „mit Hilfe des Jugendamtes nicht nur materielle Leistungen, sondern zum Beispiel auch den Auszug aus der eigenen Wohnung in eine Wohngemeinschaft durchsetzen“, entbehrten aus seiner Sicht der Grundlage.¹²

Bekanntermaßen sind Kinder und Jugendliche bis heute keine Antragsberechtigten auf Hilfen zur Erziehung nach §§ 27 ff. SGB VIII. Ein Anachronismus? Wie Schröer in seinem Beitrag hervorhebt, lässt auch § 1 SGB VIII die Frage offen, inwiefern das Kind oder der Jugendliche „nur Objekt einer von Erwachsenen bestimmten zielgerichteten Handlung oder auch Subjekt einer von ihm selbst mitbestimmten Sozialisation ist“¹³. Er sieht jedoch weiter eine Tendenz „in Richtung des Objektbegriffs“¹⁴. Dies reiht sich ein in die Grundlinien einer Sozialpolitik, die von einer erwachsenenzentrierten Fokussierung auf Unterstützung und Qualifizierung, aber nicht von den Rechten und Lebenslagen junger Menschen geprägt ist.¹⁵

Zumindest mit Blick auf das Recht auf Beratung durch öffentliche und freie Träger der Jugendhilfe auch ohne Kenntnis der Personensorgeberechtigten (und ohne Vorliegen einer „Not- und Konfliktlage“), scheint mit der beabsichtigten Neufassung des § 8 Abs. 3 SGB VIII-E 2020 jetzt – nach vierzig Jahren – ein kleiner Durchbruch für die Stärkung des Rechtsstatus von Kindern und Jugendlichen im SGB VIII erreichbar.¹⁶ Für die bessere Umsetzung eines kinderrechte-basierten Ansatzes (*rights-based approach*)¹⁷ im SGB VIII ist die Frage nach formellen Anspruchsberechtigungen und Antragsrechten allerdings nur die eine Seite, und möglicherweise gar nicht die entscheidende. So gibt es zunächst wenig Evidenz dafür, dass die Position von Kindern und Jugendlichen bei den Leistungen der Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII, wo sie selbst Anspruchsinhaber*innen sind, stärker ist als bei den Hilfen zur Erziehung nach § 27 SGB VIII, wo die Anspruchsinhaberschaft allein bei den Sorgeberechtigten liegt. Es muss vielmehr auch diskutiert werden, wie die traditionell stark ausgeprägte

12 Wiesner, Elternrecht, Jugendhilfe und die Stellung des jungen Menschen, ZRP 1979, S. 285, 290.

13 Schröer, in diesem Band, unter Bezugnahme auf Wiesner.

14 Schröer, in diesem Band, unter Bezugnahme auf Niemeyer.

15 Vgl. Schröer/Struck, Kinder- und Jugendpolitik, in: Bollweg/Buchna/Coelen/Otto (Hrsg.), Handbuch Ganztagsbildung, 2020, S. 1493 f.

16 Vgl. zur „Beratungsmündigkeit“ von Kindern und Jugendlichen Wiesner, Elternrecht, Jugendhilfe und die Stellung des jungen Menschen, ZRP 1979, S. 285, 291.

17 Vgl. Schröer, in diesem Band.

Orientierung im deutschen Jugendhilferecht auf Schutz und Hilfe¹⁸ durch eine Stärkung des Teilhabe- und Befähigungsansatzes, wie er der Kinderrechts- und der Behindertenrechtskonvention zugrunde liegt, ergänzt werden kann. Denn, wie Richter feststellt: „In der Theorie ist die Idee der [...] Selbstregulierung von Kindern und Jugendlichen stark, in der pädagogischen und politischen Praxis war sie stets schwach [...] und konnte sich entweder nicht richtig entwickeln oder versandete in gesetzlich-bürokratischen Regelungen“.¹⁹ Leitbild muss, wie Meysen ausführt, die Erwartung sein, dass die Anliegen und Wünsche von Kindern auch tatsächlich ernst genommen werden.²⁰

Als einen Ansatz, um der wachsenden Selbstbestimmungsfähigkeit von Kindern und Jugendlichen in Recht und Praxis mehr Gewicht zu geben, weist Wapler auf das Konzept der „Autonomie durch unterstützende Entscheidung“ hin, wie es der UN-Behindertenrechtskonvention zugrunde liegt.²¹ Dieses sollte auf Mitbestimmungs- und Beteiligungsrecht von jungen Menschen angewendet werden – und könnte dauerhaft den Grundsatz der eingeschränkten Handlungsfähigkeit und „ersetzenden Entscheidung“ im SGB VIII aufbrechen. Im Rahmen einer „inklusiven Lösung“ sollte folglich, wie Zinsmeister in ihrem Beitrag herausarbeitet,²² auch das Autonomieverständnis des SGB VIII gerade mit Blick auf junge Menschen mit Behinderungen überdacht (und überarbeitet) werden. Um die Vorgaben der Behindertenrechtskonvention umzusetzen, reicht es auf jeden Fall nicht aus, das schöne Wort „Selbstbestimmung“ in der Aufgabenbeschreibung des § 1 SGB VIII zu ergänzen und ansonsten lediglich allgemein zu bestimmen, dass bei der Leistungserbringung bzw. Aufgabenerfüllung der Jugendhilfeträger „die gleichberechtigte Teilhabe von jungen Menschen mit und ohne Behinderungen umzusetzen und vorhandene Barrieren abzubauen“ seien (§ 9 Nr. 4 SGB VIII-E 2020). Der Einfluss derartiger abstrak-

18 Vgl. *Richter*, Die Rechte der Kinder und Jugendlichen in der deutschen Rechtsgeschichte, in: *Richter/Krappmann/Wapler* (Hrsg.), *Kinderrechte*, 2020, S. 15 ff.; *Krappmann*, Entstehung der Kinderrechte als Menschenrechte der Kinder, in: *Richter/Krappmann/Wapler* (Hrsg.), *Kinderrechte*, 2020, S. 37, 50: Auch 1991 und 1992 noch „Schutzgedanke im Vordergrund“.

19 *Richter*, Die Rechte der Kinder und Jugendlichen in der deutschen Rechtsgeschichte, in: *Richter/Krappmann/Wapler* (Hrsg.), *Kinderrechte*, 2020, S. 33.

20 Vgl. *Meysen*, in diesem Band.

21 *Wapler*, Rechtliche Handlungsfähigkeit und Verantwortlichkeit, in: *Richter/Krappmann/Wapler* (Hrsg.), *Kinderrechte*, 2020, S. 101, 104; zum Grundsatz der assistierten Autonomie ausführlich *Zinsmeister*, in diesem Band.

22 Siehe *Zinsmeister*, in diesem Band.

ter und unbestimmter Vorgaben auf die Praxis dürfte äußerst begrenzt bleiben.

3. Elemente zur Stärkung des Status junger Menschen im KJSG-E 2020

Im vorliegenden Entwurf des KJSG finden sich wichtige Elemente, die den Status von jungen Menschen im SGB VIII stärken (können). Neben dem bereits erwähnten neu gefassten Beratungsanspruch von Kindern und Jugendlichen nach § 8 Abs. 3 SGB VIII-E ist vor allem die verpflichtende Einrichtung zentraler Ombudsstellen gem. § 9a SGB VIII-E hervorzuheben, die „unabhängig und [...] fachlich nicht weisungsgebunden“ sein sollen; entsprechend dem Bedarf sind regionale Ombudsstellen einzurichten.²³ Die Ombudsstellen haben die Aufgabe, die jungen Menschen und (ggf.) ihre Eltern bei der Durchsetzung ihrer Interessen – gegenüber dem Jugendamt und anderen Behörden – unabhängig zu unterstützen. Sie können damit das bereits angesprochene strukturelle Machtungleichgewicht ein Stück weit aufbrechen.²⁴ Der Beteiligungs- und Beratungsanspruch junger Menschen erhält eine institutionelle Unterstützung, die außerhalb des Jugendamtes und der Träger steht und gerade beim – im Hinblick auf die klassische Rechtsdurchsetzung eher ‚schwachen‘ –²⁵ Kinder- und Jugendhilferecht eine erhebliche praktische Bedeutung haben kann.

Ein auf den ersten Blick vielleicht kleiner, aber möglicherweise umso wichtiger Einschnitt in die „neo-korporatistische“ Struktur des deutschen Jugendhilferechts²⁶ stellt die rechtliche Anerkennung von „selbstorganisierten Zusammenschlüssen, die sich die Unterstützung, Begleitung und Förderung von Adressatinnen und Adressaten der Kinder- und Jugendhilfe zum Ziel gesetzt haben, sowie Selbsthilfekontaktstellen“ (§ 4a SGB VIII-E) dar. Die öffentliche und freie Jugendhilfe soll zukünftig mit den Selbsthilfegruppen zusammenarbeiten und diese in sie betreffenden Angelegenheiten beteiligen. Zudem ist in § 4a Abs. 3 SGB VIII-E ein Förderauftrag verankert, der schon aufgrund des mit § 74 Abs. 1 SGB VIII identischen Wort-

23 Allerdings bleibt unklar, was nach der Entwurfsfassung eine „damit vergleichbare Stelle“ sein soll; es wird daher zu Recht gefordert, diese Alternative zu streichen.

24 Siehe etwa die Beratung durch den Berliner Rechtshilfefonds Jugendhilfe e.V., im Internet unter <https://www.brj-berlin.de> (letzter Zugriff 1.11.2020).

25 Meysen/Münder/Trenczek, in: Münder/Meysen/Trenczek (Hrsg.), Frankfurter Kommentar SGB VIII, 8. Aufl. 2019, Einleitung, Rn. 46 sprechen von der „Notwendigkeit der partizipativ-diskursiven Umsetzung des SGB VIII“.

26 Dazu Schröer, in diesem Band.

lauts als Regelförderverpflichtung im Sinne der Rechtsprechung zu verstehen ist.²⁷ Damit stehen die Selbsthilfe-Zusammenschlüsse zukünftig neben den Trägern der freien Jugendhilfe und können Leistungen, etwa für Beratungs- und Unterstützungsangebote, geltend machen. Wichtig wäre allerdings, im Wortlaut des Gesetzes klarzustellen, dass auch die überörtlichen und bundesweiten Selbsthilfevereine (wie Care Leaver e.V., Jugendliche ohne Grenzen etc.) unter die (Regel-)Förderverpflichtung fallen.

Die Anerkennung eines Rechtsanspruchs von jungen Erwachsenen auf Hilfen zur Erziehung gem. § 41 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII-E zumindest bis zum 21. Lebensjahr stellt ebenfalls einen Schritt in die Richtung einer modernen, rechtebasierten Jugendhilfe dar. Wenn für den Anspruch im Sinne der jetzt vorgesehenen Fassung allerdings nachgewiesen werden muss, dass mit Blick auf die „Persönlichkeitsentwicklung“ des jungen Menschen „eine eigenverantwortliche, selbständige und selbstbestimmte Lebensführung nicht gewährleistet“ sein darf, so wird dieser Zweck infrage gestellt. Junge Menschen, denen als Care-Leaver das gerade im jungen Erwachsenenalter – beim Einstieg in die Ausbildung, den Beruf oder das Studium – so wichtige familiäre soziale Netzwerk mitunter fehlt, müssen sich dann als hilfsbedürftig und damit gegenüber anderen „defizitär“ darstellen, um in den Genuss der (weiteren) Förderung zu gelangen. Im Sinne eines rechtebasierten Ansatzes sollte die Anspruchsnorm auf eine solche Voraussetzung verzichten und die Gewährung der Hilfe allein an den Wunsch der Berechtigten und ggf. ihre (fortbestehende) Notwendigkeit knüpfen.

4. Warum wir das Forum gegründet haben

Nicht nur die aktuellen Diskussionen um das KJSG – oder auch die Einführung eines Rechtsanspruchs auf Ganztagsbetreuung im Grundschulbereich im SGB VIII –²⁸ zeigen den weiter steigenden Stellenwert der Kinder- und Jugendhilfe. Millionen junger Menschen und ihre Familien nehmen vielfältige Leistungen und Unterstützung der Kinder- und Jugendhilfe in

27 Vgl. BVerwG, Urteil vom 17.7.2009 - 5 C 25/08; zusammenfassend von *Böttcher/Münder*, in: *Münder/Meysen/Trenczek* (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar SGB VIII*, 8. Aufl. 2019, § 74 Rn. 19 f.

28 Vgl. die Beiträge in *Graßhoff/Sauerwein* (Hrsg.), *Rechtsanspruch auf Ganzttag*, 2021; zu den rechtlichen Fragen siehe auch *Münder*, *Bedarfsdeckende Förderung und Betreuung von Grundschulkindern durch Schaffung eines Rechtsanspruchs*, 2017; *Wrase*, *Einheitliche Qualitätskriterien für den Ganzttag im Grundschulalter*. Möglichkeiten der bundesrechtlichen Umsetzung, 2019.

Anspruch: von der Beratung und offenen Angeboten der Kinder- und Jugendarbeit über die Kindertagesbetreuung bis zu den Hilfen zur Erziehung durch sozialpädagogische Angebote, Pflegefamilien oder stationäre Einrichtungen (Heime).²⁹ In den vergangenen Jahren ist es zu einem beachtlichen Ausbau der sozialpädagogischen Arbeit an den Schulen gekommen, insbesondere im Rahmen der Schulsozialarbeit und der Schulbegleitung (Eingliederungshilfe). Eine übergreifende, in den letzten Jahren breit diskutierte und weiterentwickelte Aufgabe ist der Kinderschutz.³⁰ Daneben steht die Kinder- und Jugendhilfe vor weiteren großen Herausforderungen, die insbesondere die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention, die Gestaltung einer inklusiven Kinder- und Jugendhilfe und die u.a. damit zusammenhängende Klärung von Übergängen zu anderen sozialen Leistungen betreffen. Der Wandel von Familienformen hin zu kleineren und vielfältigeren Beziehungskonstellationen stellt nicht nur das Familienrecht vor neue Herausforderungen,³¹ sondern verändert auch die Situation des Aufwachsens von Kindern, dem die Jugendhilfe Rechnung tragen muss. Weitere Dynamiken werden durch den Wandel der Geschlechterrollen, die immer stärker die Lebenswelt (nicht nur) von jungen Menschen prägende Nutzung von digitalen Medien und Technologien sowie die Verfestigung von Armut speziell unter Kindern und Jugendlichen ausgelöst.³²

Im Gegensatz zur gesellschaftlichen Bedeutung der Kinder- und Jugendhilfe erfahren das SGB VIII als wichtigste Rechtsgrundlage für die Angebote, Leistungen und Maßnahmen für junge Menschen und andere Normen des Jugendrechts jedoch nur relativ wenig Aufmerksamkeit in der (Fach-)Öffentlichkeit und an den Hochschulen. In der juristischen Ausbildung an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten kommt das Fachgebiet praktisch gar nicht vor, und auch in der rechtswissenschaftlichen Forschung gibt es nur wenige Expert*innen, die sich grundlegend mit diesem

29 Das Statistische Bundesamt weist für das Jahr 2018 Ausgaben in der Kinder- und Jugendhilfe von ca. 51 Mrd. EUR aus; umfangreiches statistisches Material zur Kinder- und Jugendhilfe stellt das Bundesamt auf seiner Webseite unter Kinder- und Jugendhilfe, https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Soziales/Kinderhilfe-Jugendhilfe/_inhalt.html (Zugriff 1.11.2020), bereit.

30 Zur grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 6 Abs. 2 GG siehe die Beiträge von *Schuler-Harms* und *Kriewald* in diesem Band; vgl. auch *Wapler*, Verfassungsrecht, in: Richter/Krappmann/Wapler (Hrsg.), *Kinderrechte*, 2020, S. 69, 73 ff.

31 Vgl. *Scheiwe*, Familienrecht, in: Richter/Krappmann/Wapler (Hrsg.), *Kinderrechte*, 2020, S. 119: „Großbaustelle“.

32 Vgl. *Meysen/Münder/Trenczek*, in: Münder/Meysen/Trenczek. (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar SGB VIII*, 8. Aufl. 2019, Einleitung, Rn. 4-11.

Fachgebiet beschäftigen.³³ Der wissenschaftliche Diskurs findet überwiegend im Rahmen der Hochschulausbildung von Sozialpädagog*innen und Sozialarbeiter*innen sowie innerhalb von Fachverbänden statt. Jedoch gibt es an den Universitäten fast keine Lehrstühle, die das Kinder- und Jugendhilferecht spezialisiert als Aufgabe in Forschung und Lehre bearbeiten; die meisten Professuren in diesem Bereich finden sich an den Fachhochschulen in Studiengängen der Sozialen Arbeit, an denen es fest etabliert ist. Mit der fehlenden Institutionalisierung an den Universitäten und den juristischen Fakultäten geht ein Mangel an wissenschaftlichen Qualifikationsarbeiten im Kinder- und Jugendhilferecht einher, obwohl eine weitere vertiefte rechtsdogmatische und auch rechtssoziologische Durchdringung dieses Rechtsgebiets sehr wünschenswert ist.

Hinzu kommt, dass gerade das Forschungsfeld des Rechts der Kindheit, Jugend und Familie in hohem Maße auf empirische Erkenntnisse über die Lebenswirklichkeit und die Rahmenbedingungen der praktischen Arbeit angewiesen ist. Das spiegelt sich nicht zuletzt in der besonderen Regulationsstruktur³⁴ des SGB VIII wider, das im Gegensatz zu anderen sozialrechtlichen Leistungsgesetzen durch Finalprogrammierung gekennzeichnet ist. Durch die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen (wie Förderung der Persönlichkeitsentwicklung, Kindeswohlgefährdung u.s.f.) und generalklauselartigen Rechtstatbeständen verweist es an vielen Stellen unmittelbar auf die (sozial-)pädagogische Fachexpertise und -praxis und erfordert damit den gegenseitigen Austausch.³⁵ Für die interdisziplinäre Zusammenarbeit fehlen jedoch häufig die Ressourcen.

Ungeachtet der Schwierigkeiten sind in den vergangenen Jahren einige grundlegende wissenschaftliche Studien zum Kinder- und Jugendhilferecht erarbeitet worden. Es hat sich ein Kreis von Expert*innen herausgebildet, der in unterschiedlichen Zusammenhängen Fragen des Kinder- und Jugendhilferechts analysiert und – zumeist allerdings im Schatten der öffentlichen Aufmerksamkeit – diskutiert.

33 Instruktiv dazu *Rixen*, in diesem Band; vgl. *Scheiwe*, Die Bedeutung der Erziehungs- und Sozialwissenschaften für das Kinder- und Jugendhilferecht (SGB VIII), 2015, und zur Forschung *Scheiwe/Willekens*, Die Bedeutung des Rechts für die soziale Arbeit, in: Graßhoff/Renker/Schröer (Hrsg.), Soziale Arbeit: Eine elementare Einführung, 2018, S. 441, 452 f.

34 Insofern lässt sich von einer spezifischen *Governance*-Struktur des Jugendhilferechts sprechen. Den Wandel von Steuerung zu Governance charakterisiert Schuppert (unter Bezugnahme auf Maynz) zentral mit einem „Denken in Regulationsstrukturen“, *Schuppert*, Governance und Rechtsetzung, 2011, S. 101 ff.

35 Vgl. *Meysen/Münder/Trenczek*, in: Münder/Meysen/Trenczek (Hrsg.), Frankfurter Kommentar SGB VIII, 8. Aufl. 2019, Einleitung, Rn. 4-11.

Die beschriebene institutionelle Lücke soll mit der (grundsätzlich) jährlich ausgerichteten unabhängigen Fachkonferenz „Forum Kinder- und Jugendhilferecht“ gefüllt werden, wie dies für andere rechtswissenschaftliche Spezialgebiete (etwas das Familienrecht, das Verkehrsrecht, die Strafverteidigung etc.) bereits seit Jahren etablierte Praxis ist. Das Ziel des Forums Kinder- und Jugendhilferecht besteht darin, die vorhandene Expertise zusammenzuführen und aktuelle Fragen des Kinder- und Jugendhilferechts sowie der dadurch stets berührten Grund- und Menschenrechte von Kindern und Eltern mit Vertreter*innen aus Wissenschaft und den verschiedensten Bereichen der Praxis zu diskutieren. Dabei sollen auch die Schnittstellen zu anderen Bereichen der Familien-, Sozialrechts- und Bildungsforschung in den Blick genommen werden. Themenspezifisch ist eine interdisziplinäre Öffnung und Erweiterung der Perspektive über das SGB VIII hinaus beabsichtigt (z.B. SGB II, SGB XII, SGB IV, Schulrecht), soweit das Kinder- und Jugendhilferecht bzw. rechtliche Fragen der sozialpädagogischen Facharbeit tangiert werden. Im Vordergrund stehen rechtswissenschaftliche Fragestellungen der Kinderrechte und des Jugendhilferechts, die im interdisziplinären Austausch mit Sozialpädagogik und Erziehungswissenschaften sowie der Kindheits-, Jugend- und Bildungsforschung bearbeitet werden. Zielgruppe sind Expert*innen des Kinder- und Jugendrechts sowie (sozial-)pädagogische Fachleute mit besonderen Interessen in diesem Bereich.

Gleichzeitig sollen mit diesem Format gerade jüngere sowie in der Ausbildung und Forschung tätige Wissenschaftler*innen angesprochen und zur Forschung im Bereich des Kinder- und Jugendhilferechts angeregt werden. Der enge Austausch mit Expert*innen aus der Praxis in den verschiedenen Bereichen ermöglicht dabei einen regelmäßigen Praxis-Wissenschafts-Transfer. Über das „Forum Kinder- und Jugendhilferecht“ wird damit ein unabhängiger Ort für die Fachöffentlichkeit etabliert als institutionalisierter Rahmen für einen regelmäßigen Austausch von rechtswissenschaftlichen Expert*innen aus interdisziplinärer Perspektive. Das Forum dient auch der Vernetzung von (und mit) Nachwuchswissenschaftler*innen.

Nachdem sich die Auftaktveranstaltung am WZB 2018 mit dem Status junger Menschen im Jugendhilferecht befasst hat, wurden beim zweiten Forum im November 2019 in Mainz Fragen der Rechtsdurchsetzung, Im-

plementationsdefizite und Rechtsverwirklichung behandelt.³⁶ Das dritte Forum musste aufgrund der Corona-Pandemie verschoben werden und soll am 11.-12. November 2021 an der Universität Hildesheim zum Thema „Inklusion und die Rechte junger Menschen – eine rechtskreisübergreifende Herausforderung“ stattfinden. Damit greifen wir die notwendige Fachdiskussion um eine inklusive Ausgestaltung des SGB VIII und die Zusammenführung der Eingliederungshilfe auf, die durch den vorliegenden Gesetzentwurf zum KJSG nunmehr für das Jahr 2028 anvisiert ist.³⁷

5. Die Beiträge in diesem Band

Die Beiträge des Bandes umfassen vier große Themenfelder: Die Grundrechte von jungen Menschen (4.1.), die Stärkung eigener Rechte im Kinder- und Jugendhilferecht (4.2.), das Recht auf Inklusion (4.3.) und den laufenden Reformprozess zum SGB VIII (4.4.).

5.1 Die Grundrechte von jungen Menschen

In ihrem Beitrag zu den Grundrechten des Kindes zeichnet *Margarete Schuler-Harms* die zentralen Leitlinien des Grundrechtsschutzes von jungen Menschen nach. Ausgehend vom Befund, dass Kinder und Jugendliche uneingeschränkt Träger von Grundrechten sind, stellt sie die maßgeblichen Grundrechtsfunktionen und daraus abzuleitenden Gewährleistungen dar, die sich als Antwort auf besondere Gefährdungslagen von Kindern in ihrem Verhältnis zu ihren Eltern, zum Staat und gegenüber Dritten begründen. Die klassische Abwehrfunktion (gegenüber staatlichen Eingriffen) wird zentral durch Schutz- und Ausgestaltungspflichten, insbesondere auch im Verfahrensrecht, ergänzt. Die Entstehung und Ausprägung von Kinderrechten finde, so legt Schuler-Harms dar, ihren Ursprung im Kindeswohl, das Schutz erfordere und das zu verwirklichen Eltern und Staat gemeinsam aufgegeben sei. In dieser gemeinsamen Verantwortung

36 Vgl. *Siegers*, Tagungsbericht zum 2. Forum Kinder- und Jugendhilferecht am 21./22. November 2019 in Mainz, RdJB 4/2019, S. 431; die Beiträge des Forums werden 2021 in dieser Reihe bei Nomos erscheinen.

37 Vgl. *Schönecker* und *Zinsmeister* in diesem Band. Aktuelle Informationen zur kommenden Tagung finden sich auf der Webseite des Instituts für Sozial- und Organisationspädagogik der Universität Hildesheim unter Forschungcluster „Forum Kinder- und Jugendhilferecht“.

lässt sich auch die Pflicht zum Schulbesuch begründen. Daneben treten soziale Teilhaberechte, wie die Gewährleistung des sozioökonomischen Existenzminimums von jungen Menschen.

Mit Blick auf das Verhältnis von Kindesgrundrechten, Elternrecht und Kinder- und Jugendhilfe hebt Schuler-Harms hervor, dass die Teilhabefunktion der Kindesgrundrechte auf aktiven, unterstützenden Schutz der Eltern-Kind-Beziehung gerichtet sei. Auf dieser Grundlage betrachtet sie das komplexe „Grundrechtsgeflecht“ im Falle der Pflegekindschaft. Die Stärkung der verfahrensrechtlichen Position von Pflegepersonen ist aus Sicht der Autorin insbesondere in Konstellationen der Dauerpflege durch die langjährige soziale Beziehung zu dem betroffenen Kind sowie durch dessen Interessen an stabiler Bindung gerechtfertigt.

Anschließend an diese grundrechtsdogmatische Einordnung stellt *Jessica Kriewald*, frühere Mitarbeiterin am Bundesverfassungsgericht in dem für das Familien- und Jugendhilferecht zuständigen Dezernat, die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts zum Status des Kindes dar. Bei der Interpretation der Grundrechte durch das Gericht wird berücksichtigt, dass Kinder besonders unterstützungs- und schutzbedürftige Menschen sind, weshalb in der Rechtsprechung die Schutz- und Leistungsdimension besonders ausgeprägt ist. In der Trias von Kindern, Eltern und Staat betrachtet Kriewald zunächst das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG, das im Sinne des Kindeswohls ein fremd-, aber zugleich eigennütziges Recht der Eltern darstellt. Das staatliche Wächteramt nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG übertrage der staatlichen Gemeinschaft eine Kontroll- und Sicherungsverantwortung dafür, dass sich ein Kind in der Obhut seiner Eltern tatsächlich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit entwickeln kann. Daher sind z.B. die Regelungen über die Sorgerechtsausübung am Kindeswohl auszurichten. Der Schutz- und Förderanspruch des Kindes leitet sich nach der Rechtsprechung aus Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG ab. Dieser bildet u.a. die verfassungsrechtliche Grundlage für die Hilfen zur Erziehung.

Das Bundesverfassungsgericht hat eine umfassende Judikatur zu verfassungsrechtlichen Anforderungen entwickelt, die von Familiengerichten bei Entscheidungen, die Kinder betreffen, zu beachten sind. Der Überblick über die Rechtsprechung schließt ab mit der Geltendmachung von Grundrechten des Kindes im Verfassungsbeschwerdeverfahren. Dabei fällt auf, dass nicht nur die Schutzdimension in der Rechtsprechung besonders ausgeprägt ist, sondern auch der Grundsatz der ersetzenden oder vertretenden Entscheidung. So konstatiert Kriewald im Hinblick auf das Verfahrensrecht: „Ob das Kind selbst Verfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen,

die seine Person betreffen, erheben kann, [...] brauchte durch das Bundesverfassungsgericht bislang nicht entschieden zu werden.“³⁸

5.2 Die Stärkung eigener Rechte im Kinder- und Jugendhilferecht

Wolfgang Schröer nimmt die kindheits- und jugendpolitische Entwicklung in Deutschland zum Anlass für die das Forum beschäftigende Frage, wie die rechtliche Stellung des jungen Menschen in der Kinder- und Jugendhilfe verwirklicht und mit sozialpolitischer Durchsetzungsmacht verknüpft werden könne. Er gibt dafür zunächst einen historischen Rückblick auf die Entstehung des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes (RJWG) in den 1920er Jahren, in denen der Pfad für eine protektionistische Kindheits- und Jugendpolitik in Deutschland gelegt wurde, der bis heute prägend sei. Das RJWG sei in „ein korporatistisches Wohlfahrtsstaatsverständnis“ eingebettet, mit dem davon ausgegangen werde, dass die sozialen Lebens- und Organisationsformen – sowie die subsidiär eingebundenen sozialen Verbände – die entscheidenden Gestaltungsorgane auf den unterschiedlichen Ebenen der Kinder- und Jugendwohlfahrt seien. In dieser historischen Pfadabhängigkeit sieht Schröer auch das Kinder- und Jugendhilfegesetz bzw. SGB VIII von 1990, das nunmehr versuche die Pluralisierung in den Sozialisationsmustern und die Nebenfolgen einer unbestimmten Rechtsposition junger Menschen u.a. durch eine Reihe von Beteiligungsrechten der jungen Menschen auszugleichen. Solche reflexiven Gegengifte „sollen die Kinder- und Jugendhilfe davor bewahren, nicht einem Erwachsenen zentrierten und paternalistischen Erziehungs- und Sozialisationsverständnis zu folgen“³⁹. Ein eigenständiger Subjektstatus im Erziehungsverhältnis werde dem jungen Menschen aber nicht zugestanden.

Dem entgegen setzt der Autor den Ansatz einer rechtebasierten Jugendhilfe (*rights-based approach*). Anders als im gegenwärtigen (Grund-)Rechtsverständnis geht es in diesem Ansatz darum, dass die persönlichen Rechte der jungen Menschen nicht nur geschützt und gestärkt, sondern die jungen Menschen auch befähigt werden müssten, diese wahrzunehmen. Die bisherigen reflexiven „Gegengifte“ im Sinne von Beteiligungsrechten hätten sich als zu schwach erwiesen. Vielmehr müsse die Stärkung der eigenständigen Rechte der jungen Menschen – z.B. durch ein eigenständiges Antragsrecht – als eine zwingende Konsequenz der reflexiven Moder-

38 Kriewald, in diesem Band, S. ##.

39 Schröer, in diesem Band, S. ##.

nisierung des Neokorporatismus der Kinder- und Jugendhilfe angesehen werden. Grundlegend sei danach zu fragen, welche sozialen, persönlichen und politischen Rechte die jungen Menschen hätten. Auf dieser Grundlage, so Schröer, seien dann in Auseinandersetzung mit diesen Rechten die Organisationsformen, Verfahren etc. der Kinder- und Jugendhilfe – nach Möglichkeit partizipativ mit jungen Menschen – zu entwickeln.

In eine ähnliche Richtung argumentiert *Sybille Nonninger* in ihrem Beitrag, in welchem sie Erwartungen an die zukünftige Ausgestaltung der Eigenrechte junger Menschen im SGB VIII formuliert. Ihre Perspektive ist dabei grundlegend vom Befähigungsansatz nach Nussbaum geprägt, d.h. von dem Ziel, junge Menschen zur Teilhabe an der Gesellschaft zu befähigen. Auch ein Kinder- und Jugendhilferecht, das sich wie das SGB VIII in der Spur des vorrangigen Erziehungsrechts bzw. der Erziehungspflicht der Eltern bewege, bleibe dem besonderen Blick auf das einzelne Kind und dessen Interessen verpflichtet. An den Rechten der Eltern solle es zwar keine Abstriche geben. Allerdings sei im Sinne einer Rechtserweiterung eine explizite Normierung der Rechte von Kindern und Jugendlichen erforderlich. So könnte § 1 Abs. 1 und 3 SGB VIII zu einem tragfähigen Rechtsanspruch weiterentwickelt werden, mit dem junge Menschen in allen Leistungs- und Aufgabenbereichen des Jugendhilferechts als anspruchsberechtigt – und damit als Rechtssubjekte – gelten.

Die Kinder- und Jugendhilfe in ihrer derzeitigen Ausrichtung missversteht aus Sicht von Nonninger den Vorrang der Eltern offenbar auch als unausgesprochene Rechtfertigung dafür, den Kindern nur wenige Perspektiven zu eröffnen, welche die Möglichkeiten der Eltern überschreiten. Damit werden die Leistungen auch sozio-ökonomisch primär am Status der Familie und nicht an den Eigenbedarfen des Kindes ausgerichtet. Demgegenüber setzt sie auf einen Ansatz, der die bestmögliche Befähigung und Teilhabe von Kindern fördert, d.h. auch durch Betreuung, Bildung und Erziehung jenseits der Familie. Das schließt aus ihrer Sicht z.B. ein, jungen Menschen einen echten Rechtsanspruch auf Jugendarbeit bzw. Jugendsozialarbeit einzuräumen. Nonninger plädiert zudem für eine umfassende Stärkung der Jugendpolitik in allen sozialpolitisch relevanten Bereichen.

Ein reflexives Plädoyer für einen kinderrechtebasierten Ansatz in der pädagogischen und rechtlichen Praxis der Kinder- und Jugendhilfe hält *Thomas Meysen*. Dabei führt er zunächst in kritischer Absicht aus, dass kinderrechtebasierte Argumente oft mit dem Anspruch vorgebracht würden, dem Diskurs entzogen zu sein, weil ihre Legitimation indisponibel sei. Nähmen sich Politik oder Fachkräfte (vermeintlich) der Rechte von Kindern an, könnten Kinder zu Objekten werden mit der Folge, dass paternalistisches Durchsetzen von Kinderrechten einseitig auf Kosten der Be-

teiligungs- und Förderrechte gehe. Außerdem basierten Menschenrechte, auch Kinderrechte, mit ihrem universellen Anspruch auf einer spezifisch „westlichen Weltsicht“, womit sie Gefahr laufen, kulturelle und örtlich-kontextualisierte Vielfalt zu kolonialisieren.

Kindheit ist, wie Meysen ausführt, gekennzeichnet von einer paternalistischen Grundsituation, da Kinder auf elterliche Fürsorge und damit auf deren Entscheidungen angewiesen sind. Andererseits aber seien Kinder jeden Alters nicht nur werdende, sondern immer auch gleichzeitig kompetente Kinder, die zu selbstbestimmtem Handeln fähig seien. Das „kompetente Kind“ habe ein Recht, dass seine Interessen, Sichtweisen und sein Wille auch in pädagogischen Beziehungen Geltung beanspruchen. Fachkräfte seien folglich gefragt, die Vielfalt der Interessen verantwortungsbewusst, reflexiv und nicht-diskriminierend in Aushandlung zu bringen. Das gilt nach Meysen insbesondere beim Kindeswohlprinzip, das einerseits durch begriffliche Unschärfe gekennzeichnet und andererseits mit Justiziabilität, d.h. dem Instrument zur Machtdurchsetzung, ausgestattet sei. Vor diesem Hintergrund sieht der Autor Menschen-/Kinderrechte als eine „Linse“ für die Praxis: In einer rechtssensiblen Praxis, so stellt er fest, sollten Fachkräfte ihre Fachlichkeit ins Gespräch mit den jungen Menschen bringen, und sich für deren Erfahrungen, Sichtweisen, Wünsche und Sorgen interessieren. Sie sollten sich einbringen, um selbstbestimmte Teilhabe zu ermöglichen und die Entwicklung von Kindern zu fördern.

5.3 Das Recht auf Inklusion im Kinder- und Jugendhilferecht

Die UN-Behindertenrechtskonvention bildet den Ausgangspunkt der Ausführungen von *Lydia Schönecker* zur exklusiven Kinder- und Jugendhilfe als Verstoß gegen völkerrechtliche Diskriminierungsverbote. Für Kinder mit Behinderungen enthält Art. 7 UN-BRK, so führt sie aus, ein auf Art. 2 Abs. 1 UN-KRK fußendes zusätzliches Diskriminierungsverbot, welches das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 5 Abs. 1 UN-BRK ergänzt. Die unmittelbare Anwendbarkeit dieser Diskriminierungsverbote als *self-executing norms* sei unbestritten.

Die Wegverweisung junger Menschen mit körperlichen und/oder geistigen Behinderungen aus dem Eingliederungshilferecht der Jugendhilfe nach § 10 Abs. 4 Satz 2, 2. Alt SGB VIII bedeute zwar keine unmittelbare Diskriminierung im Sinne der Art. 5 und 7 UN-BRK, von ihr gingen aber erhebliche diskriminierende Wirkungen aus. Die praktische Angebotsgestaltung zeige jedoch bundesweit, dass Kinder und Jugendliche mit geistiger bzw. körperlicher Behinderung als Leistungsadressat*innen kaum bis

gar nicht mitgedacht seien. Auch die unzureichende Planungs- und Gewährleistungsverantwortung der Jugendämter in diesem Kontext dürfte als indirekte Wirkung auf den Zuständigkeitsausschluss nach § 10 Abs. 4 Satz 2, 2. Alt SGB VIII zurückzuführen sein. Dementsprechend sei die momentane Wegverweisung von jungen Menschen mit körperlichen und/oder geistigen Behinderungen aus dem (Eingliederungs-)Hilfesystem des SGB VIII als faktische Diskriminierung zu betrachten. Die nunmehr erst für 2028 beabsichtigte Zusammenführung der Zuständigkeiten sei folglich kein „*nice to have*“, sondern Beachtung und Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen.

An diesem Ausgangspunkt setzt auch *Julia Zinsmeister* mit eingehenden Überlegungen zum Rechtsstatus von Kindern und Jugendlichen nach der UN-Behindertenrechtskonvention an. Die UN-BRK zielt darauf, so legt sie dar, den Menschenrechten behinderter Menschen bessere Geltung zu verschaffen. Sie enthalte verbindliche Maßgaben an die inklusive Gestaltung des gesamten Gemeinwesens. Mit Blick auf die SGB VIII-Gesetzgebung fragt sie: Entsprechen die in der Reform des Kinder- und Jugendhilferechts aktuell diskutierten Ansätze dem Gleichheits- und Inklusionsverständnis der UN-BRK?

Zinsmeister legt hierfür zunächst die rechtliche Bedeutung und Reichweite der UN-BRK als völkerrechtlicher Vertrag dar. Sie geht ausführlich auf das menschenrechtliche Modell von Behinderung ein, auf dem die Konvention fußt und das in seiner Umsetzung verlangt, nicht nur die Eingliederungshilfe, sondern die gesamten Strukturen in den Blick zu nehmen. Was bringt der KJSG-E 2020 an Fortschritten für eine inklusive Ausgestaltung des SGB VIII? Zum einen, so stellt Zinsmeister fest, ein zumindest klares Bekenntnis dazu, dass die Aufteilung der Eingliederungshilfe zwischen mehreren Trägern dem Spezifikum der Lebensphase Kindheit und Jugend von jungen Menschen mit Behinderung nicht Rechnung trage. Der Gesetzgeber stelle nicht (mehr) in Abrede, dass die Überwindung der gegenwärtigen Zuständigkeitsaufteilung dringend notwendig sei. Trotz einiger Ansätze, die in die richtige Richtung weisen, kritisiert Zinsmeister die intendierte Umsetzung von Inklusion in „homöopathischen Dosen“. Als problematisch charakterisiert sie etwa die Pflicht zur Berücksichtigung von (vermeintlichen) „spezifischen Bedürfnissen“ behinderter junger Menschen (vgl. § 22a Abs. 4 und § 77 Abs. 1 Satz 4 SGB VIII-E), eine Formulierung, mit welcher der Gesetzentwurf eine ableistische Dominanzkultur zum Ausdruck bringe und damit zur Essentialisierung und Naturalisierung sozialer Ungleichheit beitrage.

Sie skizziert die menschenrechtlichen Anforderungen, an denen sich die Zusammenführung der Eingliederungshilfe im SGB VIII messen lassen

muss. Dies erfordert, dass die unterschiedlichen Systemlogiken der Jugendhilfe und des Teilhaberechts sinnvoll verbunden werden. Wesentlich sei aber auch, dass mit einer zunehmenden inklusiven Ausgestaltung der Angebote und Hilfeformen auch der noch immer vorherrschenden fürsorglichen Entmündigung von jungen Menschen mit Behinderungen entgegen gewirkt wird. Um Selbstbestimmung zu ermöglichen, ist im behinderungsrechtlichen Diskurs das Konzept der „assistierten Autonomie“ entwickelt worden. Dieses Konzept finde in der UN-BRK an verschiedener Stelle seinen Niederschlag und müsse zukünftig auch in einem (wirklich) inklusiven Kinder- und Jugendrecht verankert werden.

5.4 Die Reform des SGB VIII – Überlegungen aus rechtlicher Perspektive

Im abschließenden Beitrag dieses Bandes befasst sich *Stephan Rixen* mit den Perspektiven der SGB VIII-Reform und zieht Lehren aus dem Scheitern des KJSG in der vergangenen Legislaturperiode. Dabei betrachtet er die Rolle von vier Akteuren bzw. Akteursgruppen: die Rolle des BMFSFJ als für die Reform zuständigen Ministeriums, die Rolle der Bundesländer und schließlich die Rolle der Wissenschaft.

Der entscheidende Streitpunkt war (und ist) die „inklusive Lösung“, die unter dem Dach des SGB VIII alle Leistungen für Kinder und Jugendliche – auch für solche mit Behinderungen – vereinen sollte. Dieses „Mega-Verwaltungsreformprojekt“ konnte und kann nach Rixen nur gelingen, wenn die zuständigen Kommunen im aufwändigen „Change-Management-Prozess“ unterstützt und vor allem die Fragen der Kostentragung geklärt werden. Im gegenwärtigen KJSG-Entwurf soll dieser Prozess durch eine Gesetzesfolgenabschätzung vorbereitet werden und die endgültige Zusammenführung der Eingliederungshilfe dann – auf der Grundlage eines noch zu erlassenden Leistungsgesetzes – zum Jahr 2028 erfolgen (vgl. Art. 1 Nr. 11, Art. 9 Abs. 3 KJSG-E 2020).

Da das BMFSFJ unter den Bundesministerien ein machtpolitisch eher „schwaches“ Ressort sei, ist es nach Rixen darauf angewiesen, mit „weichen“ Mitteln zu steuern. Erforderlich sei eine breite fachliche Vernetzung, die all jene im politischen Feld, die sich in Landesministerien, bei Trägern der öffentlichen Jugendhilfe, bei den Sozialhilfeträgern, den Fachverbänden und den Leistungserbringern mit den fachlichen Fragen auskennen, einzubinden habe. Wie Rixen, der am Prozess als Experte beteiligt war, näher beschreibt, war gerade dieses im ersten Anlauf des Reformgesetzes nicht gelungen. Er zieht daraus die Lehren, dass sich das Ministerium einem strikten Realismus hinsichtlich seiner Möglichkeiten

verpflichten müsse, klare Vorstellungen von seiner Rolle als Moderator und Lotse brauche, auf jede Wagenburg-Mentalität verzichten solle und über die Grenzen einer Legislaturperiode hinweg Verbündete suchen, Allianzen schmieden und Kompromisse vorbereiten solle. Es scheint, dass gerade diese Punkte im zweiten Anlauf des KJSG (stärker) beachtet worden sind.

Im letzten Teil seiner Analyse wendet sich Rixen der Rolle der Wissenschaft zu. Er weist in diesem Zusammenhang auf die prekäre Stellung des Kinder- und Jugendhilferechts, aber auch des Eingliederungshilfe- und Teilhaberechts an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten und Fachbereichen hin.⁴⁰ Weiterhelfen könne nur eine gemeinsame interdisziplinäre Anstrengung, die Kompetenzen der (Fach-)Hochschulen, der Universitäten und auch von spezialisierten außeruniversitären Forschungseinrichtungen verbinde.

Als ein geeignetes Format schlägt er die Erarbeitung eines sog. „Alternativ-Entwurfs“ vor. Dieser Vorschlag von Rixen ist auf dem Forum in Berlin auf großes Interesse der Beteiligten gestoßen. Bei aller Kritikwürdigkeit des nochmaligen Aufschubs einer „inkluisiven Lösung“ durch den vorliegenden KJSG-Entwurf ist darin vielleicht die Chance zu sehen, ein solches Projekt nun anzugehen. Wie die Beiträge in diesem Band gezeigt haben, könnte uns dies auf dem Weg zu einem rechtebasierten Kinder- und Jugendhilferecht einen Schritt voranbringen.

6. Danksagung

Wir danken allen Beteiligten für ihre wertvollen Beiträge auf der Tagung. Neben den Herausgebenden und Autor*innen dieses Bandes nahm Susanne Dern, Professorin an der Hochschule Fulda, mit einem Input am Panel ‚Zukunftsperspektiven und Gestaltungspielräume bei der rechtlichen Stellung junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht‘ teil.

Zudem sind wir dem Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zu Dank verpflichtet. Frau Dr. Schmid-Obkirchner hat uns bei der Gründung des Forums nicht nur ermutigt und unterstützt. Ohne die verlässliche Förderung des Ministeriums wäre die Durchführung der Fachtagungen in dieser Form nicht möglich gewesen.

40 Vgl auch oben unter 4.

Literaturverzeichnis

- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Kinder (BMFSFJ)* (Hrsg.) (2020): Referentenentwurf Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz) vom 5.10.2020
- CDU, CSU und SPD* (2018): Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode. https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf (letzter Zugriff: 31.11.2020)
- Graßhoff, Gunther/Sauerwein, Markus (Hrsg.) (2021): Rechtsanspruch auf Ganzttag, Weinheim/Basel: Beltz Juventa
- Krappmann, Lothar (2020): Entstehung der Kinderrechte als Menschenrechte der Kinder, in: Richter, Ingo/Krappmann, Lothar/Wapler, Friederike (Hrsg.), Kinderrechte. Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendhilferechts, Baden-Baden: Nomos, S. 37
- Münder, Johannes (2017): Bedarfsdeckende Förderung und Betreuung von Grundschulkindern durch Schaffung eines Rechtsanspruchs. Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Berlin
- Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar zum SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe, Baden-Baden: Nomos, 8. Aufl 2019
- Richter, Ingo (2020): Die Rechte der Kinder und Jugendlichen in der deutschen Rechtsgeschichte, in: Richter, Ingo/Krappmann, Lothar/Wapler, Friederike (Hrsg.), Kinderrechte. Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendhilferechts, Baden-Baden: Nomos, S. 15
- Scheiwe, Kirsten (2020): Familienrecht, in: Richter, Ingo/Krappmann, Lothar/Wapler, Friederike (Hrsg.), Kinderrechte. Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendhilferechts, Baden-Baden: Nomos, S. 119
- 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., Berlin: Erich Schmidt, S. 129
- Scheiwe, Kirsten/Willekens, Harry (2018): Die Bedeutung des Rechts für die soziale Arbeit, in: Graßhoff, Gunther/Renker, Anna/Schröer, Wolfgang (Hrsg.), Soziale Arbeit: Eine elementare Einführung, Wiesbaden: Springer VS, S. 441
- Schröer, Wolfgang/Struck, Norbert (2020): Kinder- und Jugendpolitik, in: Bollweg, Petra/Buchna, Jennifer/Coelen, Thomas/Otto, Hans-Uwe (Hrsg.), Handbuch Ganztagsbildung, Wiesbaden: Springer VS, S. 1493
- Schuppert, Gunnar Folke (2011): Governance und Rechtsetzung. Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, Baden-Baden: Nomos
- Siegers, Anuschka Leonie (2019): Tagungsbericht zum 2. Forum Kinder- und Jugendhilferecht am 21./22. November 2019 in Mainz, Recht der Jugend und des Bildungswesens (67), S. 431

- Wapler, Friederike* (2020): Verfassungsrecht, in: Richter, Ingo/Krappmann, Lothar/Wapler, Friederike (Hrsg.), *Kinderrechte. Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendhilferechts*, Baden-Baden: Nomos, S. 69
- Wapler, Friederike* (2020): Rechtliche Handlungsfähigkeit und Verantwortlichkeit, in: Richter, Ingo/Krappmann, Lothar/Wapler, Friederike (Hrsg.), *Kinderrechte. Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendhilferechts*, Baden-Baden: Nomos, S. 101
- Wiesner, Reinhard* (1979): Elternrecht, Jugendhilfe und die Stellung des jungen Menschen. Zu den Gesetzentwürfen über die Reform des Jugendhilferechts. *Zeitschrift für Rechtspolitik – ZRP* (11/12), S. 285
- Wiesner, Reinhard* (2018): Rückblick und Ausblick. Wo stehen wir nach der gescheiterten Reform des Kinder- und Jugendhilferechts? *Frühe Kindheit* (05/21), S. 6
- Wrase, Michael* (2019): Einheitliche Qualitätskriterien für den Ganzttag im Grundschulalter. Möglichkeiten der bundesrechtlichen Umsetzung, Essen: Stiftung Mercator

Die Grundrechte von jungen Menschen

Junge Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht

Die Grundrechte des Kindes

Margarete Schuler-Harms

1. Einleitung

Der verfassungsrechtliche Befund steht heute außer Frage: Kinder und Jugendliche sind Träger von Grundrechten. Kinder und Jugendliche haben das Recht, ihre Meinung zu äußern und zu verbreiten, sich zu versammeln, Zeitungen und andere Medien herzustellen und sich darin zu äußern. Ihre Religionsfreiheit ist als positive und als negative Freiheit geschützt. Jugendliche, die einer beruflichen Tätigkeit nachgehen oder sich im Schul-, Ausbildungsverhältnis oder im Studium darauf vorbereiten, sind Träger des Grundrechts der Berufsfreiheit. In ihrer künstlerischen Betätigung sind sie nach Art. 5 Abs. 3 GG geschützt. Eine Diskriminierung von Kindern und Jugendlichen wegen ihrer Heimat, Herkunft oder Sprache, ihrer Religion, ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Orientierung verbietet Art. 3 Abs. 3 GG. Ebenso wie Erwachsene haben Kinder und Jugendliche aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip Anspruch auf Sicherung ihres Existenzminimums. Sie können als politisch Verfolgte oder deren Angehörige Asyl beanspruchen. Verfügen sie über Eigentum, so greift auch der Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG. Kindern und Jugendlichen ist selbstverständlich auch die Berufung auf den Schutz ihres Lebens, ihrer körperlichen Unversehrtheit und ihrer körperlichen Freiheit möglich. Werden sie in Haft genommen oder in einer geschlossenen Einrichtung untergebracht, stehen ihnen die Verfahrensrechte aus Art. 104 GG zu. Ihre allgemeine Handlungsfreiheit ist grundrechtlich geschützt, ebenso ihr Persönlichkeitsrecht einschließlich ihres Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und auf Schutz der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme. Auch sie können sich auf das Brief- und Telekommunikationsgeheimnis sowie auf die Unverletzlichkeit der Wohnung berufen, in der sie leben. Wie bei Erwachsenen schützen diese Grundrechte Kinder und Jugendliche gegen staatliche Eingriffe und zwingen den Staat zu deren Legitimation. Und auch bei ihnen kommen andere Grundrechtsfunktionen, etwa solche als Schutzpflichten und Verfahrensgarantien, zur Geltung.

Ebenso wahr ist aber, dass sich die grundrechtlichen Gefährdungslagen und Garantien für Kinder und Jugendliche einer- und für Erwachsene andererseits nicht nur graduell, sondern auch grundsätzlich unterscheiden. Kinder und Jugendliche haben spezifische und überdies mit dem Lebensalter wechselnde Bedürfnisse und Bedarfe. Sie sind typischerweise eben noch nicht oder erst am Ende des Jugendalters erwerbstätig. Die Entfaltung der Persönlichkeit ist in ihrem Fall, anders als bei Erwachsenen, noch sehr stark auch mit der Entwicklung dieser Persönlichkeit verbunden. Ihre Umweltbeziehungen sind andere als die der Erwachsenen, vor allem spielen in diesen Beziehungen die Eltern eine tragende und wiederum mit dem Alter wechselnde Rolle. Kinder erfahren typischerweise Schutz, und sie haben besonderen Schutzbedarf. Kinder leben typischerweise in einer Familie. Der Status des Kindes steht mit dem der Eltern in Relation, sein Schutz-, Lern- und Entfaltungsbedarf steht in engem Zusammenhang mit elterlicher Zuwendung, Sorge und Verantwortung. Unter anderem (wenn auch nicht nur) des Kindes wegen gewährt die Verfassung der Familie Anspruch auf den Schutz der Gemeinschaft. Auch der Staat steht in anderer Position zum Kind und Jugendlichen als zu einem Erwachsenen: Kinder und Jugendliche brauchen nicht nur Achtung, sondern auch staatlichen Schutz, sie sind in ihrer Entwicklung und Entfaltung nicht nur zu respektieren, sondern auch zu begleiten und zu fördern.

Damit sind einige Parameter und Eckpunkte grob umrissen, die die Geltung der Grundrechte von Kindern und Jugendlichen und die Diskussion um sie prägen. Im Folgenden werden grundrechtliche Gefährdungslagen der Kinder und Jugendlichen und die hierauf bezogenen Grundrechtsfunktionen allgemein skizziert (2.). Es folgt eine Zuordnung von Kindergrundrechten und Elternrecht in Bezug auf die Kinder- und Jugendhilfe (3.). Eine besondere Herausforderung für den Grundrechtsschutz stellt das Aufwachsen in einer Pflegefamilie dar, auf das abschließend eingegangen wird (4.).

2. Gefährdungslagen und Grundrechtsfunktionen

Grundrechte sind Antworten des Verfassungsrechts auf individuelle Gefährdungslagen. Sie entstanden Ende des 18. Jahrhunderts im Zuge der Aufklärung und bilden die Grundlage des modernen Staats, insbesondere des Rechtsstaats. Die ersten Gewährleistungen in Deutschland wurden in die Verfassung der Paulskirche von 1848 aufgenommen. Diese trat zwar nicht in Kraft, doch dieser erste Katalog von Grundrechten prägte die Verfassung von Weimar 1919 und auch das Grundgesetz von 1949. Aus

historischer Perspektive lassen sich Grundrechte als Gewährleistungen beschreiben, die den Menschen, teilweise den Bürgern Freiheiten gegenüber dem Staat verbürgten. Diese Freiheiten waren zunächst nicht gegeben, es galt sie auch mithilfe der Verankerung in den neuen Verfassungen zu erkämpfen und zu festigen. Der typische Charakter der Grundrechte als Abwehrrechte gegen den Staat war insofern zugleich Auftrag an die Gesetzgebung, die Rechtsverhältnisse von Staat und Bürgern an diesen neuerdings geschützten Freiheiten auszurichten. Noch heute gründen die unterschiedlichen Funktionen der Grundrechte in dieser Urfunktion der Sicherung individueller Freiheit. Der allgemeine Gleichheitssatz verweist auf eine ähnliche Wurzel: Er war und ist rechtsstaatliches Prinzip, insofern er den Staat an willkürlichem Handeln hindert und zu rationalem Handeln zwingt.

Das Kind als Grundrechtsträger hat den Schöpfern der Verfassungen von Frankfurt und Weimar vermutlich noch nicht vor Augen gestanden. Dies hat sowohl mit dem Verständnis von Verfassungen als auch mit der Sicht auf Kindheit zu jener Zeit zu tun.¹ Dennoch kann die Entwicklung der Grundrechte auch als Geburtsstunde der Stellung von Kindern als Rechtssubjekten und Trägern eigenständiger Rechte eingeordnet werden. Ursprünge finden sich auch in der Paulskirchenverfassung in Gestalt der Schulpflicht (als Verpflichtung der Eltern, ihre Kinder nicht ohne den für die Volksschulen vorgeschriebenen Unterricht zu lassen, § 156 Abs. 2) und als Auftrag, für die Bildung der deutschen Jugend durch staatliche Schulen zu sorgen. Art. 120 WRV erklärt die Erziehung des „Nachwuchses“ zu oberster Pflicht und natürlichem Recht der Eltern, Art. 122 WRV verpflichtet den Staat zum Schutz der „Jugend“ gegen Ausbeutung und Verwahrlosung, Art. 143 formuliert den Auftrag zur Bildung „der Jugend“. Das „Kind“ wird im Auftrag der Gleichstellung unehelicher mit ehelichen Kindern (Art. 121 WRV), der als Programmsatz verstanden wird,² und im Zusammenhang der religiösen Erziehung angesprochen (Art. 149 Abs. 2 WRV). Kindesrechte sind allerdings noch nicht in den Verfassungen, aber immerhin schon einfachrechtlich verankert. 1839 tritt mit dem preußischen Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Fabriken das erste Kinderschutzgesetz in Kraft.³ Das bis heute gültige Gesetz über

1 Zur Geschichte der Kindheit vgl. *Ariès*, Geschichte der Kindheit, 1975.

2 Vgl. noch zu Art. 6 Abs. 5 GG v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1966, Art. 6 Anm. VI. 1.

3 Preußisches Regulativ v. 18.3.1839. Das Mindestalter der Kinder wurde im Verlauf des Jahrhunderts heraufgesetzt und 1891 im Zuge der Novellierung der Reichsge-

die religiöse Kindererziehung vom 15.7.1921⁴ erklärt das vierzehnjährige Kind für religionsmündig und sieht vor, dass ein Kind, das das zwölfte Lebensjahr vollendet hat, nicht mehr gegen seinen Willen in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen werden darf.

Angelegenheiten, die Kinder, Eltern und Familien betreffen, wurden erst unter dem Grundgesetz verfassungsrechtlich bedeutsam.⁵ Allerdings waren auch noch beim Erlass des Grundgesetzes Kindesgrundrechte kein Gegenstand parlamentarischer Beratungen, und auch Art. 6 Abs. 2 und 5 GG wurden im Parlamentarischen Rat noch als reine Programmsätze, mithin nicht als rechtsverbindliche Normen, betrachtet.⁶ Heute ist die Grundrechtsträgerschaft von Kindern unbestritten, und wir diskutieren sogar über die Aufnahme ausdrücklicher Gewährleistungen oder Berechtigungen ins Grundgesetz.⁷

Anders als im Entstehungsprozess der Grundrechte steht am Beginn dieser Entwicklung nicht eine Idee von individueller Autonomie und von Emanzipation des Individuums gegenüber dem Staat.⁸ Die Entstehung und Ausprägung von Kinderrechten findet ihren Ursprung im (hier weit verstandenen) Kindeswohl, das Schutz erfordert und das zu verwirklichen Eltern und Staat gemeinsam aufgegeben ist. (Jedenfalls auch) Das Kindes-

werbeordnung ein Arbeitsschutzgesetz erlassen. Heute ist das Jugendarbeitsschutzgesetz von 1960 einschlägig.

4 RGBl. I S. 939.

5 Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 60.

6 Vgl. (damals noch) Artikel 7a Grundgesetz in der Formulierung nach der 1. Lesung des Hauptausschusses (Dr. Nr. 340) v. 10.12.1948 samt Stellungnahme des Allgemeinen Redaktionsausschusses zu dieser Formulierung (Drs. Nrn. 370, 374, 394) vom 13./16.12.1948. Zur Diskussion der Geltungswirkung des Art. 6 Abs. 5 GG in der frühen Bundesrepublik vgl. Krüger, Die Rechtsstellung des unehelichen Kindes nach dem Grundgesetz, 1960, S. 5 ff.; Reuter, Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, 1968. Vgl. auch Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 60.

7 Vgl. Wapler, Kinderrechte ins Grundgesetz?, 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, 2017, S. 45; Hoffmann/Donath, Gutachten bezüglich der ausdrücklichen Aufnahme von Kinderrechten ins Grundgesetz nach Maßgabe der Grundprinzipien der UN-Kinderrechtskonvention, 2017; Abschlussbericht der aufgrund des Koalitionsvertrags von 2018 eingesetzten Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Kinderrechte ins Grundgesetz“ vom Oktober 2019. Zum älteren Stand der Diskussion Schuler-Harms, Kinder in den Mittelpunkt – und ins Grundgesetz, KJ Beiheft 1/2009, S. 133.

8 Zu den Grundlinien Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, S. 84 ff. Bis heute enthält Art. 7 GG kein „Recht auf Bildung“, Boysen, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 7 Rn. 30; anders einige Landesverfassungen.

wohl begründet die Einführung der Schulpflicht. Zusammen mit dem Kinder- und Jugendarbeitsschutz vermag sie als Gemeinwohlbelang die Einschränkung der Gewerbefreiheit von Arbeitgebern und – auch elterlichen – Betrieben zu legitimieren. Verfassungsdogmatisch wurde das Kindeswohl in Art. 6 Abs. 2 GG zum Rechtsbegriff entwickelt. Im Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG und später im Abtreibungsurteil des BVerfG⁹ prägte sich eine Pflicht des Staates zum aktiven Schutz des Kindes gegen Gefährdungen durch Dritte, und zwar durch die Eltern, aus. Die Kindesinteressen waren im Kindeswohl noch mediatisiert. Eine Ausnahme bildete die Religionsfreiheit, die Jugendlichen früh als Rechtsposition zur eigenen Ausübung gewährleistet wurde.

Mit dieser Gesetzgebung war die für die dogmatische Figur der Schutzpflicht typische Dreieckskonstellation begründet, interessanter- und typischerweise aber in diesen Konstellationen (mit Ausnahme der Religionsfreiheit) noch nicht der Anspruch, das subjektive Recht des Kindes auf staatlichen Schutz gegen die Eltern bei Gefährdungen des Kindes. Heute ist auch dies entwickelt.

Außerhalb der Schutzpflichten prägt der staatliche Bildungsauftrag das Verhältnis von Kind bzw. Jugendlichem und Staat. Die aus diesem Bildungsauftrag resultierende Gestaltungsmacht ist im Vergleich mit derjenigen für die Kinder- und Jugendhilfe bemerkenswert und auch im internationalen Vergleich beachtlich. Der Staat entscheidet über Schulpflicht und Schulorganisation. Über Kindesgrundrechte in diesem Verhältnis brauchte zunächst nicht nachgedacht zu werden, denn Schüler und Schülerinnen standen ähnlich wie Strafgefangene und Beamte lange in einem „besonderen Gewaltverhältnis“, in dem das Sonderverhältnis selbst bereits die Grundrechtssphäre beschränkte. Das Verständnis für Würde und Freiheit eines Individuums wuchs freilich auch in Bezug auf diese Sonderverhältnisse. Aus dem besonderen Gewaltverhältnis wurde ein „Sonderrechtsverhältnis“, das die Einschränkung von grundrechtlich geschützten Positionen nur noch im Rahmen des für die Organisation („den Anstaltszweck“) Erforderlichen gestattet.¹⁰ Zeitliche Parallelen zwischen der wachsenden Bedeutung der Grundrechte im Sonderrechtsverhältnis und dem wachsenden emanzipatorischen Anteil in der Theorie der Kindesgrundrechte sind nicht zu übersehen. Seit den 1970 und 1980er Jahren ist die Pressefreiheit von Kindern und Jugendlichen bei der Erstellung von Schü-

9 BVerfGE 39, 1 (35 ff.), hier bereits unter Betonung einer eigenständigen Rechtsposition des Kindes, allerdings mit objektiv-rechtlichem Gehalt.

10 Vgl. z.B. *Maunz*, Deutsches Staatsrecht, 20. Aufl. 1975, S. 151 f.

lerzeitungen geschützt, Schülern und Schülerinnen steht das Grundrecht der Meinungsfreiheit zu, und selbstverständlich genießen sie das Recht auf Schutz ihrer körperlichen Unversehrtheit.¹¹ Die Religionsfreiheit findet im einfachen Recht eine Grundlage,¹² das Religionsmündigkeit mit 14 Jahren annimmt. Damit ist klar: Nun schützen Grundrechte das Kind, und zwar zumeist das heranwachsende Kind im Jugendalter, gegen staatliche Eingriffe.

Allerdings ist es dem Staat nicht ohne weiteres verwehrt, sondern sogar aufgegeben, dem spezifischen Zustand des Kindseins, der erst noch wachsenden Reife für die Wahrnehmung eigener Interessen und dem Belang der persönlichen Entfaltung Rechnung zu tragen. Damit gerät auch die Aufgabe des Staates zur Ausgestaltung von Grundrechten als weitere Grundrechtsfunktion in den Blick. Die rechtliche Ausgestaltung der Geschäftsfähigkeit und der Deliktsfähigkeit im BGB ist nicht als Eingriff in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit, u.a. in Gestalt der Vertragsfreiheit, zu verstehen, sondern geht auf die Befugnis des Staates zurück, die rechtlichen Handlungsmöglichkeiten des Kindes in Anpassung an das jeweilige Alter zu gestalten. Als Ausgestaltung der Religionsfreiheit des Kindes sind auch die Regelungen zur Religionsmündigkeit¹³ einzuordnen. Ausgestaltender Art sind aus Sicht des Kindes auch die Regelungen im Familienrecht über den Kindesunterhalt sowie über die Erziehung des Kindes.¹⁴ Verfassungsrechtlich zulässig ist gesetzliche Ausgestaltung, die dem Wohl und den Interessen des Kindes dient. Die heutige Grundrechtstheorie wird außerdem verlangen, dass der freiheitssichernden Funktion dieser Ausgestaltung gebührender Raum gegeben wird.¹⁵ Ob damit die Freiheit des Kindes oder Jugendlichen in der Gegenwart zum Zielwert eines ausgestaltenden Gesetzes wird oder die künftige Freiheit des Erwachsenen, ist damit noch nicht gesagt und vom Gesetzgeber zu entscheiden. Eine solche Komplexität der Zielmatrix ist freilich ein grundrechtstheore-

11 Zu den Grundrechten der Schüler im Schulverhältnis vgl. nur *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 7, Rn. 26.

12 Vgl. § 5 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung v. 15.7.1921, zuletzt geändert durch Gesetz v. 17.12.2008, BGBl. I, 2586.

13 Vgl. § 5 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung v. 15.7.1921, zuletzt geändert durch Gesetz v. 17.12.2008, BGBl. I, 2586.

14 Vgl. *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art., 6 Rn. 12; zur Differenzierung von ausgestaltenden und eingreifenden Regelungen vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte (Staatsrecht II), 34. Aufl. 2018, Rn. 760 ff.

15 Vgl. *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 6, Rn. 12.

tisches Problem, denn sie ist offen für unterschiedliche, auch unterschiedliche ideologische Verständnisse. Der gesetzliche Gestaltungsraum ist insoweit allerdings auch weit gefasst.

Über die Schutzpflicht, das Abwehrrecht und den Auftrag zur Ausgestaltung der Kindesgrundrechte hinaus ist die Funktion der sozialen Grundrechte anzusprechen. Kinder sind mittelbar durch das soziale Grundrecht der Mutter auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft (Art. 6 Abs. 4 GG) geschützt. Ihnen kommt mittelbar auch das Gebot auf Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG zugute. Daneben haben Kinder und Jugendliche Anspruch auf Gewährleistung des sozioökonomischen Existenzminimums. Sie werden auch insoweit nicht einfach als „kleine Erwachsene“ geschützt, sondern ihr Existenzminimum ist eigenständig und unter Rücksicht auf den besonderen Bedarf an Betreuung, Erziehung und Ausbildung zu ermitteln.¹⁶ Auch das soziokulturelle Existenzminimum des Kindes ist auf Entfaltung des Kindes zum künftigen Erwachsenen angelegt.

Besondere Bedeutung gerade im Kinder- und Jugendhilferecht hat die Funktion der Grundrechte als Verfahrensgarantien.¹⁷

3. Kindesgrundrechte, Elternrecht und Kinder- und Jugendhilfe

Die Zuordnung von Kindesgrundrechten und elterlichem Erziehungsrecht stellt besondere Anforderungen an Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik. Die soziale Komponente des Grundrechtsschutzes, von der Einbettung des Menschen in soziale Beziehungen aus gedacht, hat für Kinder besondere Bedeutung. Die zunächst im Verhältnis zum Staat konzipierte Schutzrichtung der Kindesgrundrechte erweitert sich zum Dreieck, in welchem die Balance von Kindeswohl und Kindesrecht einerseits sowie elterlicher Verantwortung und Elternrecht andererseits die Befugnisse und Pflichten staatlicher Einflussnahme und damit den staatlichen Handlungsspielraum prägt.

Das Recht des Kindes auf Schutz seiner Persönlichkeit schützt im Regelfall die Achtung seines Interesses „an den Eltern“¹⁸. Hierin entfalten die Kindesrechte ihre Schutzwirkung in Gleichrichtung mit dem in Art. 6

16 BVerfGE 125, 175 (Rn. 190 ff.), vgl. Rn. 191; „Kinder sind keine kleinen Erwachsenen.“

17 Vgl. hierzu nun den Vorschlag im Abschlussbericht (Fn. 7).

18 So die Formulierung bei *Britz*, Anforderungen an familiengerichtliche Entscheidungen im Kinderschutz, JAmT 2015, S. 286, 287.

Abs. 2 Satz 1 GG verankerten Elternrecht, etwa wenn es darum geht, staatliche Zwangserziehung zu vermeiden. Eltern- und Kindesgrundrechte bewirken die Abwehr ungerechtfertigter staatlicher Eingriffe, die nur im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG zulässig sind.¹⁹

Darüber hinaus enthalten die Kindesgrundrechte eine subjektive Rechtsposition des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung und folglich auf staatliche Maßnahmen, die es ermöglichen, dass das Kind bei den Eltern bleiben und aufwachsen kann.²⁰ Dieser Dimension des Grundrechtsschutzes der Kinder und Eltern wird gegenwärtig in § 1666a BGB, § 37 Abs. 1 Sätze 2, 3 SGB VIII Rechnung getragen und dabei zugleich bewirkt, dass der Grundrechtseingriff durch Anordnung und Aufrechterhaltung einer Fremdunterbringung das letzte mögliche Mittel („ultima ratio“) bleibt.²¹ Aktiviert wird insoweit also auch eine Teilhabefunktion der Kindesgrundrechte, gerichtet auf aktiven, unterstützenden Schutz der Eltern-Kind-Beziehung als Ausprägung der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, heute in Verbindung mit dem gleichgerichteten Grundrechtsschutz des Kindes.

Geht von den Eltern eine Gefahr für das Kind aus, entfaltet sich die Funktion der Kindesgrundrechte als klassische Pflicht zum Schutz gegen Gefährdungen und Verletzungen durch Dritte. Die Grundrechte des Kindes erhalten dabei Vorrang vor dem Elternrecht, auch wenn letzteres nach jüngerer Rechtsprechung des BVerfG nicht nur kindesnützigen Gehalt aufweisen, sondern den Eltern auch um ihrer selbst willen zustehen soll. Die Anerkennung eines nicht allein auf die elterliche Verantwortung ausgerichteten Schutzes der Eltern ist recht neu und in ihrer Tragweite noch nicht ausgelotet. Auch ist nicht geklärt, ob das Interesse an der Elternschaft Bestandteil des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG ist oder ob das Grundrecht auf Entfaltung ihrer Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG den richtigen Anknüpfungspunkt bildet.²² Für letzteres spricht, dass das Elternrecht als „Recht und Pflicht“ und damit als verantwortete Elternschaft umschrieben ist.

19 Vgl. z.B. BVerfG (K), Beschluss vom 7.4.2014 - 1 BvR 3121/13, Rn. 22; Beschluss vom 24.6.2014 - 1 BvR 2926/13, Rn. 29, 16.

20 Britz, Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, S. 1069, 1072.

21 Vgl. BVerfGE 24, 119 (145); 60, 79 (93); BVerfG (K), Beschluss vom 24.3.2014 - 1 BvR 160/14, Rn. 40 f.

22 Brosius-Gersdorf, in: Dreier, Grundgesetz, 3. Aufl. 2013, Art. 6, Rn. 142.

Die grundrechtlich fundierte Schutzverantwortung des Staates wurde bemerkenswerterweise schon in den Beratungen zum Grundgesetz gesehen und im Überwachungs- und Handlungsauftrag des Staates aus Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG zum Ausdruck gebracht.²³ Wie in der Konstellation der Schutzpflicht als Pflicht zum Schutz gegen Beeinträchtigungen durch Dritte üblich, entfalten die Grundrechte dieser Dritten, hier das Elternrecht, ihre klassische Funktion als staatsgerichtete Abwehrrechte. Für das Pflegekindschaftsrecht ist diese grundrechtliche Funktion gegenwärtig in §§ 1666, 1632 Abs. 4 BGB sowie in §§ 33, 37 Abs. 1 S. 4 SGB VIII einfachgesetzlich ausgeprägt.

4. Die Kindesgrundrechte im Falle der Pflegekindschaft

Wird das Kind in eine Pflegefamilie verbracht, entstehen weitere soziale Beziehungen mit weiteren Grundrechtsträgern. Das „Grundrechtsgeflecht“²⁴ wird komplizierter. Maßgebliche Bedeutung für die Ausgestaltung des Pflegekindschaftsrechts haben darin die Grundrechte des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 GG (als Schutz seiner Persönlichkeit) und aus Art. 2 Abs. 2 GG (als Schutz seiner körperlichen Unversehrtheit und seelischen Integrität). Sie prägen eine Schutzverantwortung des Staates aus, die je nach der Lebenssituation des Kindes vom Schutz des Aufwachsens der Kinder in der Obhut ihrer Eltern bis zur staatlichen Pflicht zum Schutz des Kindes vor den Eltern, u.a. durch Gewährleistung seiner Fremdunterbringung, reichen kann.²⁵

Der Aufenthalt eines Kindes in einer Pflegefamilie erfordert hiernach besondere Rechtsgrundlagen und staatliche Entscheidungen. Grundrechtsdogmatisch sind diese Grundlagen und Entscheidungen verschieden von jenen hinsichtlich des Aufenthalts eines Kindes, der Sorge für ein Kind und des Umgangs mit ihm in Bezug auf Trennungsfamilien.²⁶ Die Tren-

23 Zum Schutzpflichtcharakter *Burgi*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6, Rn. 152 f. (22. Erg.-Lfg. 2007) m.w.N.; *Britz*, Anforderungen an familiengerichtliche Entscheidungen im Kinderschutz, JAmt 2015, S. 286, 287, spricht vom „seltenen Fall einer ausdrücklich geregelten Schutzpflicht“.

24 Begriff bei *Britz*, Anforderungen an familiengerichtliche Entscheidungen im Kinderschutz, JAmt 2015, S. 286.

25 Zu den Grundrechtsdimensionen *Britz*, Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, S. 1069 ff., zur Staatsgerichtetheit der Grundrechte S. 1070.

26 Für das Umgangsrecht BVerfG (K) v. 29.11.2012 - 1 BvR 335/12, juris, Rn. 23.

nung eines Kindes von den Eltern und seine Inpflegenahme gegen deren Willen ordnet das Bundesverfassungsgericht als einen der „stärksten vorstellbaren Eingriffe in das Elternrecht“ ein, der „mit gleicher Intensität das Kind selbst trifft“. ²⁷ Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Inpflegenahme sind folglich streng: Sie setzen voraus, dass das Kind beim Verbleib in der leiblich/rechtlichen Familie in seinem körperlichen, geistigen und seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist, mithin ein Schaden des Kindes bereits eingetreten ist oder eine Gefahr gegenwärtig in solchem Maß besteht, dass sich bei ihrer weiteren Entwicklung eine erhebliche Schädigung mit ziemlicher Sicherheit vorhersehen lässt. ²⁸

Art. 6 Abs. 3 GG erlaubt die Trennung von Kindern aus der leiblich/rechtlichen Familie gegen den Willen der Erziehungsberechtigten nur unter engen Voraussetzungen. Dem liegt die Überzeugung zugrunde, dass „in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution“ ²⁹ und dem Kindeswohl in der Familie am besten Rechnung getragen sei. Ist dies nicht der Fall, muss der Staat zunächst nach Möglichkeit versuchen, durch Hilfen und Unterstützung auf Wiederherstellung eines verantwortungsvollen Verhaltens der leiblichen Eltern hinzuwirken. ³⁰ Die staatliche Trennung eines Kindes von den Eltern gegen deren Willen unterliegt außerdem einer engmaschigen richterlichen, auch verfassungsrichterlichen, Kontrolle. ³¹ Anders ist die Rechtslage nur dann, wenn eine dem Kindeswohl dienliche Unterbringung des Kindes als Jugendhilfeleistung mit Willen und auf Antrag der Eltern erfolgt. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass in diesen Fällen die Eltern der staatlichen Inobhutnahme des Kindes nach § 42 SGB VIII häufig nur zuvorkommen, ³² die „Freiwilligkeit“ der elterlichen Einwilligung unter dem Eindruck andernfalls drohender staatlicher Maßnahmen erfolgt.

27 BVerfGE 68, 176 (187); BVerfG (K) v. 29.11.2012 - 1 BvR 335/12, juris. Rn. 21.

28 BVerfG (K) v. 24.3.2014 - 1 BvR 160/14, juris, Rn. 28; BVerfG (K) v. 7.4.2014 - 1 BvR 3121/13, juris, Rn. 18; BVerfG (K) v. 22.5.2014 - 1 BvR 2882/13, juris, Rn. 30 m.w.N.; Britz, Anforderungen an familiengerichtliche Entscheidungen im Kinderschutz, JA 2015, S. 287, 288.

29 BVerfGE 59, 360 (376f.).

30 BVerfGE 60, 79 (93); BVerfG (K) v. 24.3.2014, 1 BvR 160/14, juris, Orientierungssatz Nr. 2c und öfter; Schuler-Harms, § 83 Familien-, Kinder-, Jugend- und Ausbildungshilfe, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Handbuch Besonderes Verwaltungsrecht, Band III, 2013, Rn. 29.

31 Zum Prüfungsmaßstab siehe den Beitrag von Kriewald in diesem Band.

32 Britz, Pflegekindverhältnisse zwischen zeitlicher Befristung und dauerhafter Lebensperspektive aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts, in: Dagmer Coester-

Grundrechtlichen Schutz genießt aber auch die Pflegefamilie als Verband von Pflegepersonen, Pflegekind und ggf. weiteren (Pflege-)Kindern. Das Schutzgebot aus Art. 6 Abs. 1 GG wirkt insoweit nicht nur als Abwehrrecht gegen staatliche Intervention in die Pflegefamilie, sondern begründet auch die staatliche Pflicht zum Schutz des Zusammenlebens in der Pflegefamilie gegenüber Eingriffen Dritter. Auch den Schutz der Familie durch Förderung können Pflegefamilien beanspruchen und werden folglich im Familienleistungsausgleich mit der leiblich/rechtlichen Familie gleichgestellt, solange das Kind bei ihnen lebt.³³ Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG steht Pflegeeltern zwar nicht zu, und ihr Persönlichkeitsrecht als Pflegeeltern aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie der Schutz der Pflegefamilie aus Art. 6 Abs. 1 GG treten im Rang hinter den Grundrechten des Kindes auf staatliche Gewährleistung des Aufwachsens in der Elternfamilie sowie hinter dem Elternrecht der leiblich/rechtlichen Eltern zurück. Hierin drückt sich nicht zuletzt das sog. Befristungsdogma aus, d.h. das gesetzliche, bis in die Verfassungsinterpretation hineinreichende Konzept einer Pflegefamilie als nicht auf Dauer angelegte Erziehungs- und Betreuungsgemeinschaft. Dies entspricht vor allem im Fall der Pflegefamilien, in denen Pflegekinder über einen langen Zeitraum aufgenommen sind, den realen Bedingungen nicht. Einer gesetzlichen Abschwächung des Befristungsdogmas, die diese Realität typisierend aufnähme, stünde auch die Verfassung nicht entgegen.³⁴ Verfassungsrechtlich würde diese Ausgestaltung den grundrechtlichen Anspruch der Pflegefamilie auf Schutz und Förderung ihrer Familieneinheit stärken, und zwar sowohl in der abwehrrechtlichen Dimension der Beschränkung staatlicher Eingriffe als auch in der leistungsrechtlichen Dimension eines Rechts der Pflegefamilie auf Unterstützung und auf grundrechtliche Teilhabe in ihrer neuen Form.

Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG tritt auch bei Stärkung der Rechte des Kindes auf Kontinuität „in seiner Erziehung“ nicht völlig zurück. Den verfassungsrechtlich geschützten Bedürfnissen der leiblich/rechtlichen Eltern (und der Herkunftsfamilie insgesamt) ist weiterhin Rechnung zu tragen. Vor allem ist neben der verstetigten Pflegefamilie die Möglichkeit der

Waltjen et al. (Hrsg.), *Das Pflegekindverhältnis – zeitlich befristete oder dauerhafte Lebensperspektive für Kinder?* 2014, S. 11, 14.

33 Vgl. §§ 32, 63 EStG, § 56 SGB I. Nicht gleichgestellt ist die Bereitschaftspflege, vgl. BSG vom 16.6.2016 - B 13 R 15/14 R, m. Anm. Schuler-Harms SGB 2018, Heft 4, S. 238.

34 Vgl. Scheiwe/Schuler-Harms/Walper/Fegert, *Pflegefamilien als soziale Familien, ihre rechtliche Anerkennung und aktuelle Herausforderungen*, 7. Jahrbuch des Pflegekinderwesens, 2018, S. 231 ff.

Herkunftsfamilie als sozialer Familie zu erhalten. Große Bedeutung käme bei Verstetigung der Pflegefamilie dem Umgangsrecht der leiblich/rechtlichen Eltern zu. Es besteht als Bestandteil des in Art. 6 Abs. 2 GG geschützten Elternrechts,³⁵ wie gesehen, sowohl zum Wohle und im Interesse des Kindes als auch im Interesse der Eltern. Bei Stärkung des Kindesinteresses an Kontinuität und Stabilität der Erziehung in der Pflegefamilie würde die Funktion des Umgangs als Grundlage einer Rückführung nun zwar deutlich beschränkt, doch bliebe der Umgang für die Aufrechterhaltung der Eltern-Kind-Beziehung unverändert wirksam. Es entspricht nach vorherrschender rechtlicher Auffassung dem Kindeswohl, wenn die Möglichkeit der sozialen Beziehung zur Herkunftsfamilie bestehen bleibt und das Kind nicht vollständig von seinen Wurzeln getrennt wird.³⁶ Auch Befunde aus der Adoptions- und Abstammungsforschung sprechen dafür, dass nicht nur die Möglichkeit einer Kenntnis der Herkunftsfamilie für die Identitätsentwicklung wichtig sein kann, sondern auch der Zugang der Kinder zu den leiblichen Eltern, wie er etwa im Rahmen einer offenen Adoption teilweise möglich ist. Als noch wichtiger hat sich allerdings die offene Kommunikation über die besondere Situation der adoptierten („openness in adoption“) oder der mittels heterologer künstlicher Befruchtung gezeugten Kinder erwiesen. Zu berücksichtigen ist andererseits, dass nicht alle Kinder den Kontakt zum leiblichen Elternteil wünschen, da er auch belastende Erfahrungen mit sich bringen kann.³⁷

Verfassungsrechtlich gefordert ist also eine aufmerksame familien- und jugendhilferechtliche Ausgestaltung von Umgangsrecht und Umgangsverantwortung. Dem Umgangsrecht der Eltern kommt verfassungsrechtlich gerade dann gesteigerte Bedeutung zu, wenn der anderweitige Einfluss der Eltern auf Leben und Alltag der Kinder reduziert wird. Weiterhin kann das Umgangsrecht freilich ausgeschlossen werden, wenn der Umgang das Wohl des Kindes gefährden würde, wobei den ernsthaft und unbeeinflusst geäußerten Wünschen des Kindes, das den Umgang ablehnt, ein großes

35 BVerfG (K) v. 29.11.2012 - 1 BvR 335/12; BVerfGE 31, 194 (206); 64, 180 (187 f.).

36 BGH, Beschluss vom 22.1.2014 - XII ZB 68/11, juris Rn. 36 m.w.N.; BVerfG (K), Beschluss vom 29.11.2012 - 1 BvR 335/12, Rn. 19 m.w.N.; die hohe verfassungsrechtliche Bedeutung des Umgangsrechts betont auch Britz, Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, S. 1069, 1073.

37 Walper/Wendt, Die Bedeutung der Abstammung für die Identitätsfindung und Persönlichkeitsentwicklung in der Adoleszenz: Adoption, Samenspende und frühere Vaterabwesenheit nach Trennung der Eltern, in: Schwab/Vaskovics (Hrsg.), Sonderheft Zeitschrift für Familienforschung, Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, 2011, S. 21.

und mit dem Alter steigendes Gewicht zukommt. Aus der Schutzpflichtdimension von Elternrecht und Kindesrechten lässt sich die Pflicht des Staates zu Hilfs- und Unterstützungsmaßnahmen mit dem Ziel ableiten, den Umgang von Belastungen für das Kind und die Eltern möglichst frei zu halten.

Zwei Aspekte des Grundrechtsschutzes sind für eine Justierung des Kinder- und Jugendhilferechts besonders wesentlich. Der Erste betrifft das im Wohl und Interesse des Kindes gewährleistete Elternrecht. Eltern könnten und sollten auch dann, wenn das Kind von ihnen getrennt in einer Pflegefamilie lebt, Schutz und Förderung zuteilwerden. Das elterliche Erziehungsrecht entfaltet auch in dieser Konstellation nicht nur eine abwehrrechtliche Funktion, die es mit den Kindesgrundrechten auszugleichen gilt. Im Interesse der Kinder wie der Eltern liegt es, die mit der Unterbringung in der Pflegefamilie entstehende neue soziale Konstellation aktiv zu begleiten. Hierzu gehören Hilfs- und Unterstützungsangebote für die leiblich/rechtlichen Eltern, auch mit dem Ziel, ihre Kompetenz im Umgang mit dem Kind, das in der Pflegefamilie lebt, und u.U. in der Wahrnehmung ihrer Sorgeverantwortung zu stärken. So verstanden zielt das Elternrecht nicht nur auf Abwehr des staatlichen Eingriffs und auf Wiederherstellung des Zusammenlebens von Eltern und Kindern, sondern auch auf Anpassung von staatlicher Förderung und grundrechtlicher Teilhabe an die neue Situation für Eltern und Kind. Insoweit sind Kindesgrundrechte und Elternrecht wieder gleich gerichtet.

Beachtung verdienen zum Zweiten die Wirkungen der Grundrechte als Verfahrensgarantien.³⁸ In dieser Funktion unterstützen die Grundrechte die einfachrechtliche Ausgestaltung der Beteiligungs- und Anhörungsrechte von Kindern und Eltern in allen den Verbleib in der Pflegefamilie, die Sorge- und die Umgangsrechte betreffenden Verfahren.

Die Stärkung eigener Antrags-, Beteiligungs- und Anhörungsrechte von Kindern und Jugendlichen als verfahrensrechtlicher Ausprägung der Kindesgrundrechte in ihrer Funktion als Schutzpflichten ist verfassungsrechtlich grundsätzlich legitim. Bei ihrer Ausgestaltung ist Sorge dafür zu tragen, dass das Kind oder der Jugendliche seine Rechte im eigenen Interesse und unbeeinflusst von den Pflegeeltern ausüben kann. Auch der Staat darf über die Verfahrensbeteiligung von Kindern nicht übermäßigen Einfluss

38 Vgl. *Burgi*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 6, Rn. 133 (22. Erg.-Lfg. 2007); Schuler-Harms, § 83 Familien-, Kinder-, Jugend- und Ausbildungshilfe, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Handbuch Besonderes Verwaltungsrecht, Band III, Rn. 30.

erhalten. Und schließlich ist eine Gestaltung der Verfahrensbeteiligung anzustreben, die das Alter und den Reifegrad des Kindes berücksichtigt und Überforderung vermeidet.

Auch eine Stärkung der Verfahrensrechte von Pflegeeltern ist dem Gesetzgeber möglich, soweit sie durch das Wohl und die Interessen des Kindes begründet wird und das durch Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Elternrecht nicht unverhältnismäßig einschränkt. Die Stärkung der verfahrensrechtlichen Position von Pflegepersonen neben derjenigen des Kindes dürfte tatsächlich und muss rechtlich grundsätzlich dessen Interessen dienen. Eigenständige Beschwerderechte hinsichtlich der Überprüfung familiengerichtlicher Entscheidungen über das Sorge- und Umgangsrecht der leiblich/rechtlichen Eltern tangieren deren Rechtsposition. Die Beschränkung ist jedoch insbesondere in Konstellationen der Dauerpflege durch die langjährige soziale Beziehung zu dem betroffenen Kind sowie durch dessen Interesse an einer kontinuierlichen und stabilen Bindung gerechtfertigt und, da nur als Verfahrensposition ausgestaltet, auch verhältnismäßig.

5. Fazit

Kinder sind Träger von Grundrechten. Diese verweisen in ihrem Ursprung auf die staatliche Schutz- und Förderaufgabe zurück und entfalten auch hier weiterhin große Wirkung. Die freiheitsrechtliche und emanzipatorische Dimension der Grundrechte wurde spät entfaltet. Sie ist, wie auch Schutz und Förderung, an den besonderen Bedarfen des Kindes auszurichten, dessen Persönlichkeit sich noch im Wortsinne „entfalten“ muss. Die soziale Dimension des Grundrechtsschutzes zeigt sich in der spezifischen Verbindung mit dem Elternrecht, dessen Schutzwirkung im Regelfall mit den Kindesgrundrechten gleich gerichtet ist. Dies ändert sich, wenn Persönlichkeitsentfaltung und Integrität des Kindes durch die Eltern beeinträchtigt oder gefährdet werden. Staatliche Kinder- und Jugendhilfe verwirklicht Elemente der Förderung und Teilhabe von Kindern und Jugendlichen, verwirklicht aber auch die aktive grundrechtliche Pflicht zum Schutz des Kindes gegen Gefährdungen durch die Eltern. In letzterem Fall stehen die Grundrechte des Kindes in Spannung zum Erziehungsrecht und der Erziehungsverantwortung der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG. Auf diese Konstellationen sind die Wirkungen der Kindesgrundrechte aber nicht beschränkt. Sie fordern und legitimieren auch staatliche Maßnahmen zum Schutz und zur Förderung des Eltern-Kind-Verhältnisses in jeder neuen Konstellation, etwa auch in Bezug auf die Ausgestaltung des Umgangs der leiblichen Eltern mit dem in einer Pflegefamilie lebenden Kind. Darüber

hinaus kommt der verfahrensrechtlichen Dimension der Grundrechte eine besondere Bedeutung zu. Für das Kind steht sie in engem Zusammenhang mit dem staatlichen Schutzauftrag. In Betracht kommen Antrags- und Anhörungsrechte. Die Ausgestaltung obliegt dem Gesetzgeber, der dabei den von Erwachsenen verschiedenen Fähigkeiten und Bedürfnissen des Kindes Rechnung tragen soll. Gerade in solchen Verfahrensrechten wird das Kind als Person mit eigenen Rechten wahrgenommen und anerkannt.

Literaturverzeichnis

- Ariès, Philippe* (1975): *Geschichte der Kindheit*. München, Wien: Hanser
- Britz, Gabriele* (2014): Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. JZ, S. 1069
- Britz, Gabriele* (2014): Pflegekindverhältnisse zwischen zeitlicher Befristung und dauerhafter Lebensperspektive aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts, in: Coester-Waltjen, Dagmer et al. (Hrsg.), *Das Pflegekindverhältnis – zeitlich befristete oder dauerhafte Lebensperspektive für Kinder?* Göttinger Juristische Schriften Band 15. Göttingen: Universitätsverlag, S. 11
- Britz, Gabriele* (2015): Anforderungen an familiengerichtliche Entscheidungen im Kinderschutz. JAmt, S. 286
- Bundesministerium für Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV)* (Hrsg.) (2019): Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Kinderrechte ins Grundgesetz“. https://www.bmjb.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/102519_Abschlussbericht_Kinderrechte.pdf;jsessionid=1107B48D8253549AB8FFB549A204583D.2_cid334?__blob=publicationFile&v=2 (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Dreier, *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1: Päambel, Art. 1 bis 19. Tübingen: Mohr Siebeck (3. Aufl.) 2013
- Friauf/Höfling, *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1: Päambel, Art. 1 bis 19. Berlin: Erich Schmidt Verlag (Loseblatt)
- Hoffmann, Rainer/Donath, Philipp B.* (2017): Gutachten bezüglich der ausdrücklichen Aufnahme von Kinderrechten ins Grundgesetz nach Maßgabe der Grundprinzipien der UN-Kinderrechtskonvention. http://kinderrechte-ins-grundgesetz.de/wp-content/uploads/2018/02/DKHW_Gutachten_KRiGG_Hofmann_Donat_h.pdf (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf* (2018): *Grundrechte (Staatsrecht II)*. Heidelberg: C.F. Müller
- Krüger, Hildegard* (1960): *Die Rechtsstellung des unehelichen Kindes nach dem Grundgesetz*. Berlin u.a.: Luchterhand
- Mangoldt/Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, Bd. 1: Päambel, Art. 1 bis 19. Berlin, Frankfurt a. M.: Vahlen (2. Aufl.) 1966

- Maunz, Theodor (1975): Deutsches Staatsrecht: ein Studienbuch. München: Beck
- Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar: GG, Bd. 1: Preamble, Art. 1 bis 19. München: Beck (6. Aufl.) 2012
- Preußisches Regulativ v. 18.3.1839. <http://www.zeitspuren-suche.de/02/kinder2.htm#1839> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Reuter, Dieter (1968): Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt. Berlin: Duncker & Humblot
- Scheiwe, Kirsten/Schuler-Harms, Margarete/Walper, Sabine/Fegert, Jörg M. (2018): Pflegefamilien als soziale Familien, ihre rechtliche Anerkennung und aktuelle Herausforderungen, 7. Jahrbuch des Pflegekinderwesens. Idstein: Schulz-Kirchner Verlag, S. 231
- Schuler-Harms, Margarete (2009): Kinder in den Mittelpunkt – und ins Grundgesetz. KJ Beiheft 1, S. 133
- Schuler-Harms, Margarete (2013): § 83 Familien-, Kinder-, Jugend- und Ausbildungshilfe, in: Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann (Hrsg.), Handbuch Besonderes Verwaltungsrecht, Band III. Heidelberg: C. F. Müller, S. 1090
- Walper, Sabine/Wendt, Eva Verena (2011): Die Bedeutung der Abstammung für die Identitätsfindung und Persönlichkeitsentwicklung in der Adoleszenz: Adoption, Samenspende und frühere Vaterabwesenheit nach Trennung der Eltern, in: Schwab, Dieter/Vaskovics, Laszlo A. (Hrsg.), Sonderheft Zeitschrift für Familienforschung, Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, S. 211
- Wapler, Friederike (2015): Kinderrechte und Kindeswohl: eine Untersuchung zum Status des Kindes im öffentlichen Recht. Tübingen: Mohr Siebeck
- Wapler, Friederike (2017): Kinderrechte ins Grundgesetz?, 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. 45

Der Status des Kindes in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Jessica Kriewald

1. Einleitung

Die Grundrechte von Kindern sind, nicht zuletzt seitdem sich die große Koalition im Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode vorgenommen hat, Kinderrechte im Grundgesetz ausdrücklich zu verankern und ein Kindergrundrecht zu schaffen,¹ in aller Munde.² Dieser Beitrag soll und will zu dieser – rechtspolitischen – Frage keine Stellung nehmen. Er soll vielmehr dazu dienen, den verfassungsrechtlichen Status von Kindern anhand der Senatsrechtsprechung und jüngeren Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu skizzieren und dogmatisch einzuordnen.

2. Das Kind im Grundgesetz

Das Grundgesetz erwähnt in seinem Grundrechtsteil Kinder ausdrücklich nur in Art. 6 Abs. 2, 3 und 5 GG. Sowohl aus dem grundsätzlichen Fehlen gesonderter Regelungen als auch aus der punktuellen Erwähnung in Art. 6 GG lassen sich jedoch allgemeine Schlussfolgerungen für die verfassungsrechtliche Stellung von Kindern ziehen.

1 CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode, 2018, S. 21.

2 Vgl. Benassi/Eichholz, Grundgesetz und Kinderrechte, DVBl 2017 (10), S. 614; Benassi, Kinderrechte ins Grundgesetz – alternativlos!, ZRP 2015, S. 24; Dethloff/Maschwitz, Kinderrechte in Europa – wo stehen wir?, FPR 2012, S. 190; Höfling, Zur Stärkung von Kinderrechten im Grundgesetz, ZKJ 2017, S. 354; Hohmann-Dennhardt, Kinderrechte ins Grundgesetz – warum?, FPR 2012, S. 185; Luthe, Kinderrechte ins Grundgesetz?, ZKJ 2014, S. 94; Peschel-Gutzeit, Kinderrechte ins Deutsche Grundgesetz? Chancen und Herausforderungen – Bestandsaufnahme und offene Fragen, in: Müller-Magdeburg (Hrsg.), Verändertes Denken – zum Wohle der Kinder, 2009, S. 25; Plettenberg/Löhnig, Kinderwürde, Kinderrechte, Kindeswohl – Eine Orientierung, in: Drerup/Schickhardt (Hrsg.), Kinderethik, Aktuelle Perspektiven – Klassische Problemvorgaben, 2017, S. 89; Schuler-Harms, Kinder in den Mittelpunkt – und ins Grundgesetz, KJ 2009 (Beiheft 1), S. 133.

2.1 Kinder als Grundrechtsträger

Kinder sind nach allgemeiner Auffassung nicht nur Objekte des Schutzes und der Fürsorge, sondern eigenständige Subjekte des Verfassungsrechts³ und Grundrechtsträger.⁴ Der Grundrechtskatalog macht – mit Ausnahme von Art. 38 GG – die Grundrechtsträgerschaft nicht von einem Mindestalter abhängig. Die Grundrechtsfähigkeit kommt damit ohne weiteres auch Kindern und Jugendlichen zu.⁵ Davon zu unterscheiden sind Fragen der Grundrechtswahrnehmung und der Geltendmachung von Grundrechten im Verfassungsprozess (dazu unten 5.).

Da Kindern dieselben Grundrechte wie Erwachsenen zustehen, kommen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verschiedenste Grundrechte als Grundrechte von Kindern zum Tragen. Beispielhaft seien hier die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)⁶, das Recht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG)⁷, das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG)⁸, das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG)⁹ und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)¹⁰ genannt. Neben den vorgenannten Grundrechten, die Kindern und Erwachsenen gleichermaßen zustehen, ergeben sich für Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und für Kinder aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG eigenständige subjektive Rechtspositionen, die spezifisch aus dem Elternsein und aus dem Kindsein erwachsen (dazu unten 1.3.1 und unten 3.).

3 Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 89 f.

4 BVerfGE 24, 119, 144 (Adoption I); 47, 46, 73 (Sexualkundeunterricht); 121, 69, 92 (Umgang unter Zwang).

5 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 19, Rn. 10; Sachs, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Vor Art. 1, Rn. 70 f.; siehe den Beitrag von Schuler-Harms in diesem Band.

6 BVerfGE 24, 119, 144 (Adoption I); 55, 171, 179 (Kindesanhörung); vgl. auch BVerfGE 39, 1, 36 (Schwangerschaftsabbruch I); 88, 203, 251 (Schwangerschaftsabbruch II).

7 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 40 m.w.N.

8 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 40 m.w.N.

9 BVerfGE 55, 171, 179 (Kindesanhörung); Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 7. Dezember 2017 - 1 BvR 1914/17 -, Rn. 27; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. März 2018 - 1 BvR 399/18 -, Rn. 12.

10 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 7. Oktober 1993 - 1 BvR 1651/93 -, Rn. 2.

2.2 Kinder als besonders unterstützungs- und schutzbedürftige Menschen

Aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG lässt sich ablesen, dass das Grundgesetz Kinder nicht in allen Belangen mit Erwachsenen gleichsetzt, sondern sie als unreife, nicht bzw. nur eingeschränkt selbstbestimmungsfähige und in der Entwicklung befindliche Menschen betrachtet.¹¹ Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG fasst den damit verbundenen kindlichen Bedarf, aber auch die Abhängigkeit und das spezifische Unterworfenensein mit dem Begriffspaar „Pflege und der Erziehung“ zusammen. Demnach bedürfen Kinder des Schutzes und der Hilfe, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln und gesund aufwachsen zu können.¹² Den Staat trifft insoweit nicht nur eine objektive Verpflichtung, Lebensbedingungen des Kindes zu sichern, die für seine Entwicklung und sein gesundes Aufwachsen erforderlich sind,¹³ sondern das Kind hat, abgeleitet aus den Rechten auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, auf Leben und auf körperliche Unversehrtheit, ein Grundrecht auf Schutz und Unterstützung der Persönlichkeitsentfaltung (der sog. Schutzanspruch des Kindes, unten 3.).¹⁴

Die von den Grundrechten vermittelten Rechtspositionen sind bei Kindern, die sich naturgemäß noch nicht selbst zu schützen vermögen,¹⁵ besonders auf die Gewährleistung von Schutz und Hilfe durch den Staat gerichtet. Dogmatisch übersetzt bedeutet das, dass bei Kindern die schutz- und leistungsrechtliche Dimension der Grundrechte deutlich ausgeprägter ist als bei Erwachsenen.¹⁶ Dennoch kommt auch der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte von Kindern hohe Bedeutung zu, beispielsweise, wenn es um die Aufhebung eines Eltern-Kind-Verhältnisses durch Anfechtung der Vaterschaft¹⁷ oder um einen staatlichen Eingriff in die

11 Vgl. *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 99 ff.

12 BVerfGE 24, 119, 144 (Adoption I); 107, 104, 117 (Anwesenheitsausschluss im JGG-Verfahren); 121, 69, 92 f. (Umgang unter Zwang); 133, 59, 73 Rn. 42 (Sukzessivadoption); Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 40.

13 BVerfGE 24, 119, 144 f. (Adoption I); 57, 361, 383 (1. EheRG); 133, 59, 73 f. Rn. 42 (Sukzessivadoption).

14 Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 40.

15 BVerfGE 24, 119, 144 (Adoption I).

16 Vgl. *Britz*, Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, S. 1069, 1070.

17 Vgl. BVerfGE 135, 48, 85, Rn. 101 f. (Behördenanfechtung).

tatsächliche Wahrnehmung der Pflege- und Erziehungsaufgabe durch die Eltern¹⁸ geht.

2.3 Verhältnis von Kindern, Eltern und Staat

Die vom Gesetzgeber näher auszugestaltende Schutzverantwortung für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes teilt das Grundgesetz in Art. 6 Abs. 2 GG zwischen Eltern und Staat auf.¹⁹

2.3.1 Elternrecht

In erster Linie ist sie den Eltern zugewiesen, Pflege und Erziehung sind die „zuvörderst“ den Eltern obliegende Pflicht.²⁰ Dies beruht auf dem Gedanken, dass in aller Regel den Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution.²¹ Das Elternrecht ist also um des Kindes willen gegen Eingriffe des Staates geschützt.²² Das Kindeswohl ist damit wesensbestimmender Bestandteil des Art. 6 Abs. 2 GG.²³ Ebenso bildet das Kindeswohl Richtschnur für jedes das Elternrecht berührende staatliche Tätigwerden.²⁴

Art. 6 Abs. 2 GG schützt Eltern nicht nur vor staatlichen Eingriffen bei der Ausübung ihres Erziehungsrechts²⁵, sondern verbindet mit dem Recht zur Pflege und Erziehung der Kinder zugleich die Pflicht zu dieser Tätigkeit. Die Verknüpfung von Rechten und Pflichten unterscheidet das Elternrecht in Art. 6 Abs. 2 GG von allen anderen Grundrechten; hierbei ist die Pflicht nicht lediglich eine das Recht begrenzende Schranke, sondern

18 Vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 7. April 2014 - 1 BvR 3121/13 -, Rn. 22.

19 BVerfGE 133, 59, 74 (Sukzessivadoption); BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 40.

20 BVerfGE 133, 59, 74 (Sukzessivadoption); ein wesentlicher hiervon ausgenommen Bereich stellt jedoch das Schulwesen dar, Art. 7 GG; siehe dazu den Beitrag von *Schuler-Harms* in diesem Band.

21 BVerfGE 59, 360, 376 (Schülerberater).

22 BVerfGE 59, 360, 376 f. (Schülerberater); 61, 358, 371 f. (gemeinsames Sorgerecht).

23 BVerfGE 108, 82, 102 (Anfechtungsrecht biologischer Vater).

24 Vgl. BVerfGE 31, 194, 208 f. (Verkehrs-/Umgangsrecht).

25 BVerfGE 31, 194, 204 (Verkehrs-/Umgangsrecht).

ein wesensbestimmender Bestandteil dieses "Elternrechts", das insoweit treffender als "Elternverantwortung" bezeichnet werden kann.²⁶

Grundrechtsdogmatisch ist das pflichtgebundene Elternrecht allerdings nicht ausschließlich fremdnützig in dem Sinne, dass es sich hierbei lediglich um eine in Form eines subjektiven Rechts der Eltern erfolgte Ausgestaltung eines (wie auch immer zu definierenden) objektiven Kindeswohls handeln würde, sondern auch eigennütziges Recht der Eltern.²⁷ Dementsprechend sind die Eltern in Ausübung des Elternrechts zunächst auch zu einer eigenständigen Bestimmung dessen, was sie positiv unter kindeswohlorientierter Pflege und Erziehung des Kindes verstehen, berufen. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sichert ihnen einen Freiheitsraum zu, innerhalb dessen sie die Erziehung ihrer Kinder hinsichtlich der Ziele wie Methoden frei gestalten können.²⁸ Die freie Entscheidung der Eltern darüber, wie sie ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen, ist durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gegen staatliche Eingriffe geschützt, soweit solche Eingriffe nicht durch das Wächteramt der staatlichen Gemeinschaft im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG gedeckt sind.²⁹ Damit nimmt die Verfassung in Kauf, dass das Kind durch einen Entschluss der Eltern Nachteile erleidet, die im Rahmen einer nach objektiven Maßstäben getroffenen Erziehungsentscheidung vielleicht vermieden werden könnten, die aber für sich genommen noch keine Kindeswohlgefährdung begründen.³⁰

2.3.2 Staatliches Wächteramt

Allerdings trägt die staatliche Gemeinschaft nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG eine Kontroll- und Sicherungsverantwortung dafür, dass sich ein Kind in der Obhut seiner Eltern tatsächlich zu einer eigenverantwortlichen Persön-

26 BVerfGE 24, 119, 143 (Adoption I); 56, 363, 381 f. (Sorgerecht nichteheliche Kinder).

27 Vgl. BVerfGE 10, 59, 76 (Stichentscheid); 101, 361, 382 (Caroline von Monaco II); *von Coelln*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 6, Rn. 74; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 7. Aufl. 2018, Art. 6 Abs. 2 GG Rn. 188 f.

28 *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 112.

29 BVerfGE 4, 52, 57 (dänische Schule); 7, 320, 323 (Freikörperkultur); 24, 119, 138/143 f. (Adoption I); 31, 194, 204 (Verkehrs-/Umgangsrecht); vgl. auch *Jestaedt*, Elternpflicht als Kindesrecht?, ZKJ 2010, S. 32, 34.

30 BVerfGE 34, 165, 184 (Förderstufe Hessen); BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. Januar 2010 - 1 BvR 374/09 -, Rn. 33.

lichkeit entwickeln kann.³¹ Diese Verpflichtung des Staates folgt nicht allein aus dem legitimen Interesse der staatlichen Gemeinschaft an der Erziehung des Nachwuchses, aus sozialstaatlichen Erwägungen oder etwa aus allgemeinen Gesichtspunkten der öffentlichen Ordnung; sie ergibt sich in erster Linie daraus, dass das Kind als Grundrechtsträger selbst Anspruch auf den Schutz des Staates hat.³²

Der dem Staat so auferlegte Gewährleistungsauftrag verpflichtet ihn, das „Wie“ und das „Ob“ elterlicher Pflichtenwahrnehmung in Ausrichtung auf das Kindeswohl zu sichern.³³ Zu dieser dem Staat verbleibenden Verantwortung gehört auch, die – von der Verfassung vorausgesetzte – spezifisch elterliche Hinwendung zu den Kindern³⁴ dem Grunde nach zu ermöglichen und zu sichern.³⁵

Das staatliche Wächteramt sowie die allgemeine Befriedungsfunktion des Rechts ermächtigen und verpflichten den Staat überdies, selbst für den Ausgleich widerstreitender elterlicher Interessen zu sorgen und im Falle des Konflikts über die Ausübung der Elternverantwortung, klare und am Wohl des Kindes orientierte Regelungen zu treffen.³⁶ Die Einbeziehung aller Eltern in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 GG bedeutet jedoch nicht, dass allen Müttern und Vätern stets die gleichen Rechte im Verhältnis zu ihrem Kind eingeräumt werden müssen.³⁷ Für den Fall, dass die Voraussetzungen für eine gemeinsame Wahrnehmung der Sorge fehlen, bedarf das Elternrecht der gesetzlichen Ausgestaltung.³⁸ Dabei hat der Staat aufgrund seines ihm durch Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG auferlegten Wächteramtes sicherzustellen, dass sich die Wahrnehmung des Elternrechts am Kindeswohl ausrichtet und bei der Ausübung der Elternverantwortung die Rechte des

31 Vgl. BVerfGE 101, 361, 385 f. (Caroline von Monaco II); 121, 69, 93 f. (Umgang unter Zwang); 133, 59, 74 (Sukzessivadoption); BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 40.

32 BVerfGE 24, 119, 144 (Adoption I).

33 BVerfGE 133, 59, 74 (Sukzessivadoption).

34 Vgl. BVerfGE 101, 361, 385 f. (Caroline von Monaco II).

35 BVerfGE 133, 59, 74 m.w.N. (Sukzessivadoption).

36 BVerfGE 31, 194, 205 (Verkehrs-/Umgangsrecht); vgl. Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 150 ff.; Coester, Elternautonomie und Staatsverantwortung bei der Pflege und Erziehung von Kindern, FamRZ 1996, S. 1181, 1182.

37 Vgl. BVerfGE 92, 158, 178 f. (Adoption II); 107, 150, 169 (Sorgerecht nichtehelicher Vater).

38 Vgl. BVerfGE 92, 158, 178 f. (Adoption II); 107, 150, 169 und 173 (Sorgerecht nichtehelicher Vater); BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. März 2018 - 1 BvR 399/18 -, Rn. 11; stRspr.

Kindes Beachtung finden.³⁹ Weil die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung eine tragfähige soziale Beziehung zwischen den Eltern voraussetzt und ein Mindestmaß an Übereinstimmung zwischen ihnen erfordert, darf der Gesetzgeber einem Elternteil die Hauptverantwortung für das Kind für den Fall zuordnen, dass die Voraussetzungen für eine gemeinsame Wahrnehmung der Elternverantwortung fehlen.⁴⁰ Die Gerichte setzen dies im Einzelfall unter Berücksichtigung der widerstreitenden Grundrechte durch die konkrete Regelung des Sorgerechts um.⁴¹ Dabei ist es von Verfassungs wegen nicht geboten, der gemeinsamen Sorge gegenüber der alleinigen Sorge einen Vorrang einzuräumen.⁴² Die mit der Aufhebung der gemeinsamen Sorge verbundene Übertragung der Sorge auf einen Elternteil zur alleinigen Ausübung muss am Wohl des Kindes ausgerichtet sein. Eine Kindeswohlgefährdung, wie sie nach ständiger Rechtsprechung bei einer Trennung des Kindes von seinen Eltern nach Art. 6 Abs. 3 GG bestehen müsste, braucht hingegen nicht vorzuliegen.⁴³ Den ihm im Bereich der Ausgestaltung von Elternverantwortung zustehenden Gestaltungsspielraum überschreitet der Gesetzgeber auch nicht dadurch, dass er für Kinder getrennt lebender Eltern die Anordnung einer paritätischen Betreuung nicht als Regelfall vorsieht.⁴⁴

39 Vgl. BVerfGE 127, 132, 146 (gemeinsames Sorgerecht); zuletzt BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. März 2018 - 1 BvR 399/18 -, Rn. 11; stRspr.

40 BVerfGE 107, 150, 169 (Sorgerecht nichtehelicher Vater); 127, 132, 146f. (gemeinsames Sorgerecht).

41 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 7. Dezember 2017 - 1 BvR 1914/17 -, Rn. 26 m.w.N; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. März 2018 - 1 BvR 399/18 -, Rn. 11.

42 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 18. Dezember 2003 - 1 BvR 1140/03 -, Rn. 10; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 7. Dezember 2017 - 1 BvR 1914/17 -, Rn. 26; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. März 2018 - 1 BvR 399/18 -, Rn. 11.

43 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 4. August 2015 - 1 BvR 1388/15 -, Rn. 5; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 7. Dezember 2017 - 1 BvR 1914/17 -, Rn. 27; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. März 2018 - 1 BvR 399/18 -, Rn. 12.

44 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 24. Juni 2015 - 1 BvR 486/14, Rn. 12; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. Januar 2018 - 1 BvR 2616/17, Rn. 7.

3. Der Schutzanspruch des Kindes

In dem dargelegten gestuften Verantwortungssystem des Grundgesetzes ist das Kind nicht bloß Objekt elterlichen oder staatlichen Handelns, sondern Träger eigener Grundrechte. Das Grundgesetz verweist somit das Kind nicht passiv darauf, dass die Eltern über das ihnen zustehende Elternrecht und der Staat über das ihm obliegende Wächteramt schon für Schutz und Gewährleistung notwendiger Entwicklungsbedingungen sorgen werden. Dem Kind steht vielmehr nach Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG ein eigener subjektiver Anspruch auf Schutz und Unterstützung der Persönlichkeitsentfaltung gegenüber dem Staat zu (Schutzanspruch des Kindes).⁴⁵

3.1 Das Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung

Aus dem Zusammenspiel dieses Schutzanspruchs aus Art. 2 Abs. 1 GG mit der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, die Pflege und Erziehung von Kindern zuvörderst in die Hände ihrer Eltern zu legen, folgt, dass der Schutzanspruch des Kindes in erster Linie darauf gerichtet ist, die elterliche Pflege und Erziehung zu gewährleisten.⁴⁶ Das Kind hat danach einen Anspruch auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung.⁴⁷

3.1.1 Auswirkungen im Bereich des Kinder- und Jugendschutzes

Dieses Recht wirkt sich zum einen im Bereich des Kinder- und Jugendschutzes aus, insbesondere bei der Gefährdung von Kindern auf Grund

45 Vgl. BVerfGE 24, 119, 144 (Adoption I); 60, 79, 88 (Trennung Eltern/Kind); 72, 122, 134 (Sorgerechtsentzug); 107, 104, 117 (Anwesenheitsausschluss im JGG-Verfahren); Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 37/41.

46 Britz, Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, S. 1069, 1070.

47 BVerfGE 133, 59, 73 f. (Sukzessivadoption); 135, 48, 84 f. (Behördenanfechtung); 136, 382, 387 (Vormundauswahl); BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 7. April 2014 - 1 BvR 3121/13 -, Rn. 22; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 43.

mangelnder Erziehungsfähigkeit der Eltern. Der Staat ist im Falle einer Gefährdung des Kindes im elterlichen Haushalt zunächst verpflichtet, die Gefährdung möglichst durch unterstützende Maßnahmen im elterlichen Haushalt abzuwenden, d.h. die Eltern in die Lage zu versetzen, ihrer Verantwortung gegenüber dem Kind wieder gerecht zu werden.⁴⁸ Dies gilt grundsätzlich auch nach bereits erfolgter Herausnahme eines Kindes aus dem elterlichen Haushalt. Der Staat hat die im konkreten Einzelfall bei Inanspruchnahme geeigneter öffentlicher Hilfen als nicht kindeswohlgefährdend angesehene Rückkehr des Kindes in den elterlichen Haushalt durch Gewährung ebensolcher Hilfen zu ermöglichen.⁴⁹ Dies setzen §§ 27 ff. SGB VIII auf einfach-rechtlicher Ebene um.⁵⁰ Eine Auflage an die Eltern, ambulante Hilfen zur Erziehung in Anspruch zu nehmen (§ 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB), oder andere beispielhaft in § 1666 Abs. 3 Nr. 2-6 BGB aufgeführte Eingriffe in das Sorgerecht, sind, wenn sie geeignet sind, die dem Kind drohende Gefahr abzuwehren, einer Fremdunterbringung des Kindes nicht nur deswegen vorzuziehen, weil der Eingriff in das Elternrecht wegen der geforderten strikten Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁵¹ möglichst gering zu halten ist (vgl. § 1666a BGB), sondern auch weil das Grundrecht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung dies gebietet. Der Staat darf und muss also zunächst versuchen, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen.⁵²

Darüber hinaus ist – spiegelbildlich zum Elternrecht – die Wertung des Art. 6 Abs. 3 GG auch bei Entscheidungen über die Herausnahme des Kin-

48 Britz, Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, S. 1069, 1072.

49 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 22. Mai 2014 - 1 BvR 2882/13 -, Rn. 35; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 14. Juni 2014, - 1 BvR 725/14 -, Rn. 20.

50 Britz, Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, S. 1069, 1072.

51 BVerfGE 60, 79, 89 (Trennung Eltern/Kind); zuletzt: BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 23. April 2018 - 1 BvR 383/18 -, Rn. 16; stRspr.

52 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 43.

des aus dem elterlichen Haushalt zu berücksichtigen.⁵³ Denn es liegt im durch das Grundrecht auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung geschützten Interesse des Kindes, von einer unberechtigten Trennung von den Eltern verschont zu bleiben.⁵⁴ Die strengen verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 6 Abs. 3 GG an eine Trennung des Kindes von den sorgeberechtigten Eltern gelten danach auch hinsichtlich des Grundrechts des Kindes.⁵⁵

Zugleich gebietet das Grundrecht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung, bei der Auswahl eines Vormunds oder Ergänzungspflegers nahe Verwandte zu berücksichtigen, wenn dies die Aufrechterhaltung der Beziehung zu den Eltern begünstigt und dies im Interesse des Kindes ist.⁵⁶

Darüber hinaus ist bzw. bleibt das Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung auch dann von Bedeutung, wenn das Kind nicht (mehr) im elterlichen Haushalt lebt, beispielsweise bei der Regelung des Umgangs, denn geschützt wird neben dem Zusammenleben mit den Eltern auch die spezifische elterliche Hinwendung zum Kind.⁵⁷

3.1.2 Gesetzliche Gestaltung rechtlicher Elternschaft

Das Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung kommt ferner bei der Begründung und Auflösung rechtlicher Eltern-Kind-Verhältnisse zum Tragen. So schützt es Kinder dagegen, durch staatliche Maßnahmen, hier durch behördliche Anfechtung der Vaterschaft, von der spezifisch elterlichen Hinwendung abgeschnitten zu werden.⁵⁸ Umgekehrt folgt aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG auch ein auf die tatsächliche Pflichtenwahrnehmung durch Eltern gerichtetes subjektives Gewährleistungsrecht des Kindes gegenüber dem Staat, das diesen dazu verpflichtet, rechtliche Vorkehrungen dafür zu treffen, dass in Fällen,

53 Vgl. Britz, Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, S. 1069, 1072.

54 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 7. April 2014 - 1 BvR 3121/13 -, Rn. 22.

55 BVerfGE 136, 382, 391 (Vormundauswahl); BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 43.

56 BVerfGE 136, 382, 387 (Vormundauswahl).

57 BVerfGE 121, 69, 93 f. (Umgang unter Zwang); vgl. auch BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. November 2012 - 1 BvR 335/12 -, Rn. 21 f.

58 BVerfGE 135, 48, 85 (Behördenanfechtung).

in denen die leiblichen Eltern nicht bereit oder nicht in der Lage sind, die elterlichen Funktionen wahrzunehmen, elterliche Verantwortung von anderen Personen übernommen werden kann.⁵⁹ Wie der Staat diese Verpflichtung zu einem effektiven Grundrechtsschutz erfüllt, ist aber in erster Linie vom Gesetzgeber zu entscheiden.⁶⁰ Ihm kommt in Bezug auf die normative Umsetzung und Erfüllung einer grundsätzlich bestehenden Schutzpflicht ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.⁶¹ Nach der Entscheidung zur Sukzessivadoption⁶² sah das Bundesverfassungsgericht auch in der fehlenden Möglichkeit der Adoption durch einen mit dem leiblichen Elternteil nicht verheirateten sozialen Elternteil die insoweit den Staat gegenüber Kindern treffende Gewährleistungsverantwortung nicht als verletzt an.⁶³ Aus dem Gewährleistungsrecht des Kindes ergibt sich kein Anspruch darauf, dass der Gesetzgeber in diesen Situationen die Erlangung eines zweiten rechtlichen Elternteils ermöglicht, der tatsächlich Elternverantwortung zu tragen bereit ist.⁶⁴ Die in beiden Konstellationen festgestellte Grundrechtsverletzung beruhte jeweils auf einer Verletzung des Anspruchs des Kindes auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG.⁶⁵

3.2 Das Recht des Kindes auf Schutz vor den Eltern

Werden Eltern der ihnen durch die Verfassung zugewiesenen Verantwortung nicht gerecht, weil sie nicht bereit oder in der Lage sind, ihre Erziehungsaufgabe wahrzunehmen, oder sie ihrem Kind den erforderlichen Schutz und die notwendige Hilfe aus anderen Gründen nicht bieten können, kommt das Wächteramt des Staates nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG zum Tragen.⁶⁶ Der Schutzanspruch des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GG gebietet in diesen Fällen ein staatli-

59 BVerfGE 133, 59, 73 ff. (Sukzessivadoption).

60 BVerfGE 133, 59, 75 (Sukzessivadoption).

61 BVerfGE 133, 59, 76 (Sukzessivadoption).

62 BVerfGE 133, 59, 76 f. (Sukzessivadoption).

63 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 26. März 2019 - 1 BvR 673/17 -, Rn. 54 (Stiefkindadoption).

64 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 26. März 2019 - 1 BvR 673/17 -, Rn. 54 (Stiefkindadoption).

65 BVerfGE 133, 59, Rn. 71 ff. (Sukzessivadoption); BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 26. März 2019 - 1 BvR 673/17 -, Rn. 61 ff. (Stiefkindadoption).

66 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn 41.

ches Einschreiten im Sinne eines Rechts auf Schutz vor den Eltern. Der Staat ist deshalb bei einer nachhaltigen Gefährdung des Kindeswohls nicht nur berechtigt, sondern dem Kind gegenüber auch verpflichtet, im äußersten Fall Pflege, Erziehung und Schutz des Kindes auch durch eine Herausnahme aus dem elterlichen Haushalt oder durch Aufrechterhaltung einer bereits erfolgten Trennung sicherzustellen.⁶⁷

Dabei endet der Schutzauftrag des Staates nicht bei der Entscheidung über das „Ob“ der Herausnahme, denn dieser gebietet im Falle der Herausnahme aus dem elterlichen Haushalt auch, dafür Sorge zu tragen, dass das Kind die Lebensbedingungen erhält, die für seine Entwicklung und sein gesundes Aufwachsen erforderlich sind.⁶⁸ Ebenso wie die Verfassungsmäßigkeit des mit dem Sorgerechtsentzug verbundenen Eingriffs in das Elternrecht von der Wahl des Vormunds bzw. Ergänzungspflegers und der von diesem beabsichtigten konkreten Unterbringungsmaßnahme abhängt,⁶⁹ gilt dies auch für die Beurteilung der hinreichenden Gewährleistung des kindlichen Schutzanspruches. Dementsprechend wird die Auswahl eines Vormunds dann nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Schutzanspruches des Kindes gerecht, wenn der Vormund nicht geeignet ist.⁷⁰

4. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Kinder betreffende familiengerichtliche Entscheidungen

Das Bundesverfassungsgericht hat aus den Grundrechten der Eltern, den Grundrechten des Kindes und aus der aus dem Wächteramt herrührenden Verantwortung des Staates für das Kind umfangreiche materiell-rechtliche (unten 4.1) und verfahrensrechtliche (unten 4.2) Anforderungen an alle Arten von Hoheitsakten, von denen Kinder betroffenen sind, insbesondere für die vor dem Bundesverfassungsgericht besonders häufig zur Überprüfung gestellten kindschaftsrechtlichen Entscheidungen, abgeleitet. Zusätzliche Anforderungen gelten nach Art. 6 Abs. 3 GG für Entscheidungen, die

67 BVerfGE 60, 79, 88 (Trennung Eltern/Kind); BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 42.

68 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 30. April 2018 - 1 BvR 393/18 -, Rn. 7.

69 Vgl. BVerfGE 136, 382, 386 f. (Vormundauswahl); BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 8. März 2012 - 1 BvR 206/12 -, Rn. 22 ff.

70 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 30. April 2018 - 1 BvR 393/18 -, Rn. 7.

die Trennung des Kindes von den Eltern gegen den Willen der sorgeberechtigten Eltern zum Ziel haben (dazu unten 4.3).

Die Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts beschränkt sich außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 6 Abs. 3 GG regelmäßig darauf, zu prüfen, ob die Fachgerichte eine auf das Wohl des Kindes ausgerichtete Entscheidung getroffen und dabei die Tragweite der Grundrechte aller Beteiligten nicht grundlegend verkannt haben.⁷¹

4.1 Materiell-rechtliche Anforderungen

Zentrale verfassungsrechtliche Anforderung an alle in Ausübung des Wächteramts getroffenen familiengerichtlichen Entscheidungen ist die Ausrichtung auf das Kindeswohl und die Berücksichtigung der Grundrechte aller Beteiligten, insbesondere auch der Grundrechte der Kinder: „Jede gerichtliche Lösung eines Konflikts zwischen Eltern, die sich auf die Zukunft des Kindes auswirkt, muss auf das Wohl des Kindes ausgerichtet sein und das Kind in seiner Individualität als Grundrechtsträger berücksichtigen.“⁷²

Die Ausrichtung auf das Kindeswohl und die grundrechtliche Stellung des Kindes erfordern stets eine Berücksichtigung des Willens des Kindes, soweit dieser mit seinem Wohl vereinbar ist.⁷³ Denn mit der Kundgabe seines Willens macht das Kind von seinem Recht zur Selbstbestimmung Gebrauch. Hat der Kindeswille bei einem Kleinkind noch eher geringes Gewicht, so kommt ihm im zunehmenden Alter des Kindes vermehrt Bedeutung zu.⁷⁴ Zugleich lässt der geäußerte Kindeswille regelmäßig Rückschlüsse auf die Bindungen des Kindes als einem weiteren, für eine kindeswohlorientierte Entscheidung wesentlichen Aspekt zu und kann

71 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 7. Juni 2016 - 1 BvR 519/16 -, Rn. 3; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. März 2018 - 1 BvR 399/18 -, Rn. 14; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 663/19 -, Rn. 4; allgemein: BVerfGE 18, 85, 92; 42, 143, 147 ff.; 49, 304, 314.

72 BVerfGE 55, 171, 179 (Kindesanhörung); Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 7. Dezember 2017 - 1 BvR 1914/17 -, Rn. 27; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. März 2018 - 1 BvR 399/18 -, Rn. 12; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 663/19 -, Rn. 5; stRspr.

73 BVerfGE 55, 171, 182 (Kindesanhörung); zuletzt BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 663/19 -, Rn. 6.

74 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 7. Dezember 2017 - 1 BvR 1914/17 -, Rn. 28.

umgekehrt dann außer Acht zu lassen sein, wenn er die wirklichen Bindungsverhältnisse nicht zutreffend beschreibt.⁷⁵

Eine gerichtliche Entscheidung ist dann nicht mehr als am Wohl des Kindes ausgerichtet anzusehen, wenn sie, wie im Fall der über das Sorgerecht streitenden Eltern eines geschlechtsdysphorischen Kindes, ausschließlich eine langfristige Perspektive in den Blick nimmt und keine Feststellungen zur aktuellen Kindeswohlsituation und deren kurz- und mittelfristig zu prognostizierender Entwicklung nimmt.⁷⁶ Anhand derselben verfassungsrechtlichen Obersätze⁷⁷ hat das Bundesverfassungsgericht umgekehrt einen Verfassungsverstoß bei Übertragung des Sorgerechts für zwei 15 und 17 Jahre alte Jugendliche auf die Mutter zur alleinigen Ausübung verneint. Das Oberlandesgericht hatte geprüft, ob zwischen den Eltern die notwendige Konsensfähigkeit besteht, dies jedoch aufgrund des konfliktbehafteten Verhältnisses der Eltern und des seit mehr als einem Jahr andauernden Kommunikationsstillstandes vertretbar verneint, zumal auch kein Kontakt mehr zwischen dem Vater und den Söhnen bestand und die Sorgerechtsübertragung dem geäußerten Willen der Kinder entsprach.⁷⁸

Die Ausrichtung auf das Kindeswohl und die Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung aller Beteiligten, auch derjenigen des Kindes, gelten aber nicht nur für Fallgestaltungen, in denen es in erster Linie um die Schlichtung eines Konfliktes zwischen den Eltern geht, sondern auch für solche, in denen es um Interventionen zum Schutz von Kindern geht. Auf einfach-rechtlicher Ebene setzt § 1666 BGB diese Anforderungen, auch unterhalb der Ebene der Trennung des Kindes von den Eltern (Art. 6 Abs. 3 GG), verfassungsgemäß um.⁷⁹

75 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 2. April 2001 - 1 BvR 212/98 -, Rn. 4.

76 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 7. Dezember 2017 - 1 BvR 1914/17 -, Rn. 34.

77 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. März 2018 - 1 BvR 399/18 -, Rn. 11 ff.

78 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22. März 2018 - 1 BvR 399/18 -, Rn. 16 f.

79 Vgl. BVerfGE 4, 52, 57 (dänische Schule).

4.2 Verfahrensrechtliche Anforderungen

Die Verfahrensgestaltung muss nicht nur den Elternrechten Rechnung tragen, vielmehr steht auch das Verfahrensrecht unter dem Primat des Kindeswohls, dessen Schutz staatliche Eingriffe in das Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG erst legitimiert.⁸⁰ Der so verstandene Grundrechtsschutz von Kindern wird zum einen durch das verfassungsrechtliche Gebot gewährleistet, dass das Verfahren so zu gestalten ist, dass die Gerichte über eine möglichst zuverlässige Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung verfügen müssen.⁸¹ Zum anderen sind die kindlichen Beteiligungs- und Anhörungsrechte, §§ 7 Abs. 2, 159 FamFG, als zentrale Ausgestaltung ihrer verfassungsrechtlichen Stellung im Verfahren zu beachten. Das bedeutet jedoch nicht, dass das Oberlandesgericht nicht unter den Voraussetzungen des § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG von einer erneuten persönlichen Anhörung des Kindes absehen darf.⁸² Darüber hinaus trifft – schon dem einzelnen familiengerichtlichen Verfahren vorgelagert – den Staat wegen der sich aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 und Art. 2 Abs. 1 GG ergebenden Schutzpflichten die Verpflichtung, in verfahrensrechtlicher Hinsicht normative Regelungen zu schaffen, die eine hinreichende Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung des betroffenen Kindes, insbesondere für sorgerechtliche Verfahren, garantieren.⁸³ Die gesetzliche Regelung über den Verfahrensbeistand, § 158 FamFG, setzt diese verfassungsrechtliche Anforderung einfachrechtlich im Verfahrensrecht um.

Die fehlende Durchführung einer Kindesanhörung im Verfahren kann dessen Recht auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzen. Eltern können das Unterbleiben einer Kindesanhörung wegen des verfahrensrechtlichen Gehalts von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 GG als eigene Grundrechtsverletzung geltend machen.⁸⁴ Da die zunächst für das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG entwickelten Anforderungen spiegelbildlich auch für den Schutzanspruch des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m.

80 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 663/19 -, Rn. 7.

81 BVerfGE 55, 171, 182 (Kindesanhörung); BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 663/19 -, Rn. 7;

82 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Mai 2020 - 1 BvR 663/19 -, Rn. 12 f.

83 BVerfGE 55, 171, 179 (Kindesanhörung); 79, 51, 66 f. (Pflegeeltern); 99, 145, 157 (Kindesentführung).

84 BVerfGE 99, 145, 163 f. (Kindesentführung); 107, 150, 167 (Sorgerecht nichtehelicher Vater).

Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG gelten,⁸⁵ dürfte der verfahrensrechtliche Gehalt des Schutzanspruchs des Kindes durch eine fehlende Kindesanhörung ebenfalls berührt sein.

4.3 Die Trennung des Kindes von den Eltern, Art. 6 Abs. 3 GG

Besondere verfassungsrechtliche Anforderungen gelten gemäß Art. 6 Abs. 3 GG für die staatlich angeordnete Trennung des Kindes von seinen sorgeberechtigten Eltern. Art. 6 Abs. 3 GG enthält einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt für diesen bestimmten, auf Grund des staatlichen Wächteramts in Betracht kommenden Eingriff in das Elternrecht.⁸⁶ Seine Voraussetzungen gelten in der Sache aber auch für die Rechtfertigung des mit der Herausnahme des Kindes aus dem elterlichen Haushalt zugleich verbundenen Eingriffs in das Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung.⁸⁷ Darüber hinaus können die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 3 GG auch zur Bestimmung der Reichweite des kindlichen Schutzanspruches herangezogen werden. Denn, wenn der Staat verfassungsrechtlich gemäß Art. 6 Abs. 3 GG berechtigt ist, zur Wahrung des Kindeswohls die räumliche Trennung des Kindes von den Eltern zu veranlassen oder aufrechtzuerhalten, ist er hierzu gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG auch verpflichtet.⁸⁸ Das Kind hat insoweit einen grundrechtlichen Anspruch auf den Schutz des Staates.⁸⁹

Alle im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 3 GG getroffenen – positiven oder negativen – gerichtlichen Entscheidungen, d.h. sowohl die Anordnung eines zum Zwecke der Herausnahme eines Kindes aus dem elterlichen Haushalt angeordneten Sorgerechtsentzugs als auch die Aufrechterhaltung einer solchen Kindesschutzmaßnahme sowie die Nichtanordnung oder Aufhebung solcher Schutzmaßnahmen zum Zwecke des Verbleibs

85 Vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 43 ff.

86 Vgl. BVerfGE 24, 119, 138 f. (Adoption I); *Jestaedt*, in: Kahl/Waldhoff/Walter/Dolzer, Bonner Kommentar, 1995, Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 250.

87 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16, Rn. 43; *Britz*, Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, S. 1069, 1072.

88 Vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 41 und 44.

89 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 41.

des Kindes im elterlichen Haushalt oder der Rückführung dorthin, unterliegen wegen des besonderen Eingriffsgewichts und der existentiellen Bedeutung der Frage der Trennung von Kind und Eltern einer besonders intensiven verfassungsgerichtlichen Überprüfung.⁹⁰ Diese beschränkt sich nicht auf die Frage, ob eine angegriffene Entscheidung Fehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung des Grundrechts beruhen, sondern erstreckt sich auch auf einzelne Auslegungsfehler sowie auf deutliche Fehler bei der Feststellung und Würdigung des Sachverhalts.⁹¹

4.3.1 Materiell-rechtliche Anforderungen

4.3.1.1 Nachhaltige Kindeswohlgefährdung

Art. 6 Abs. 3 GG erlaubt einen auf die Trennung des Kindes von seinen sorgeberechtigten Eltern abzielenden staatlichen Eingriff nur auf Grund eines Gesetzes und nur, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen. Das Bundesverfassungsgericht legt dies in ständiger Rechtsprechung dahingehend aus, dass ein schwerwiegendes – auch unverschuldetes – Fehlverhalten und entsprechend eine erhebliche Gefährdung des Kindeswohls vorliegen müssen.⁹² Das heißt, nicht jedes Versagen oder jede Nachlässigkeit der Eltern berechtigen oder verpflichten den Staat auf der Grundlage seines ihm nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG zukommenden Wächteramts, die Eltern von der Pflege und Erziehung ihres Kindes auszuschalten oder gar selbst diese Aufgabe zu übernehmen.⁹³ Um eine Trennung des Kindes von den Eltern zu rechtfertigen und von einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Herausnahme des Kindes ausgehen zu können, muss das elterliche Fehlverhalten vielmehr ein solches Ausmaß erreicht haben, dass das Kind bei einem Verbleib in der Familie oder bei einer Rückkehr dorthin in seinem körperlichen, geistigen oder seelischen Wohl nachhaltig gefährdet ist.⁹⁴ Die nach-

90 BVerfGE 72, 122, 138 f. (Trennung Eltern/Kind); BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 52.

91 BVerfGE 136, 382, 391 (Vormundauswahl); BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 52.

92 BVerfGE 60, 79, 91 (Trennung Eltern/Kind).

93 BVerfGE 24, 119, 44 f. (Adoption I); 60, 79, 91 (Trennung Eltern/Kind).

94 BVerfGE 60, 79, 91 (Trennung Eltern/Kind); 72, 122, 140 (Sorgerechtsentzug); 136, 382, 391 (Vormundauswahl); stRspr.

haltige Gefährdung ist selbstverständlich dann zu bejahen, wenn ein Schaden des Kindes bereits eingetreten ist, im Übrigen dann, wenn eine gegenwärtige, in einem solchen Maß vorhandene Gefahr vorliegt, dass sich bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussetzen lässt.⁹⁵ Die familiengerichtliche Praxis legt in ständiger Rechtsprechung §§ 1666 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 6, 1666a BGB entsprechend dieser verfassungsrechtlichen Anforderungen aus, wenn es um die Frage des Sorgerechtszugs zum Zwecke der Trennung von Eltern und Kindern geht.⁹⁶

4.3.1.2 Verhältnismäßigkeit

Auch darf eine räumliche Trennung des Kindes von seinen Eltern gegen deren Willen nur unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen beziehungsweise aufrechterhalten werden.⁹⁷ Auf einfachrechtlicher Ebene sichert insbesondere § 1666a BGB die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ab.⁹⁸

Aus ihm folgt, dass die Auflage zur Inanspruchnahme ambulanter Hilfen zur Erziehung grundsätzlich gegenüber einer Herausnahme des Kindes aus dem elterlichen Haushalt vorrangig ist (vgl. oben 3.1.1). Darüber hinaus dürfen nicht nur die mit der Herausnahme des Kindes und dem Wegfall von Gefährdungsmomenten verbundenen Vorteile, sondern müssen im Wege einer Gesamtbetrachtung alle mit der Fremdunterbringung verbundenen Konsequenzen in den Blick genommen werden. Eine Herausnahme aus dem elterlichen Haushalt ist danach erst dann gerechtfertigt, wenn sich die Situation des Kindes in der Gesamtbetrachtung verbessert.⁹⁹

95 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 29. September 2015 - 1 BvR 1292/15 -, Rn. 17 m.w.N.; vgl. auch BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 13. Juli 2017 - 1 BvR 1202/17 -, Rn. 16; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 44; stRspr.

96 Vgl. BGHZ 213, 107, 110 = FamRZ 2017, S. 212, 213; BGH FamRZ 2016, S. 1752, 1753.

97 BVerfGE 60, 79, 89 (Trennung Eltern/Kind); zuletzt BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 23. April 2018 - 1 BvR 383/18 -, Rn. 16; stRspr.

98 Vgl. BVerfGE 60, 79, 88 ff. (Trennung Eltern/Kind); 72, 122, 138 (Sorgerechtszug).

99 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 24. März 2014 - 1 BvR 160/14 -, Rn. 38; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 22. Mai 2014 - 1 BvR 3190/13 -, Rn. 31; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 23. April

Bei gleicher Eignung ist eine Unterbringung bei nahen Verwandten und deren Bestellung als Vormund als milderer Mittel einer Fremdunterbringung vorzuziehen.¹⁰⁰

4.3.2 Verfahrensrechtliche Anforderungen

Die Familiengerichte haben das Verfahren so zu gestalten, dass es geeignet ist, eine möglichst zuverlässige Grundlage für eine am Kindeswohl orientierte und die Individualität des Kindes als Grundrechtsträger berücksichtigende Entscheidung zu erlangen.¹⁰¹ Als gerichtliche Ermittlungsmaßnahmen kommen unter anderem die persönliche Anhörung der Eltern und des Kindes, die Einholung von Stellungnahmen des Jugendamtes sowie des Verfahrensbeistands und die Einholung von Sachverständigengutachten in Betracht.

Die gerichtliche Beurteilung des erzieherischen Bedarfs eines Kindes, der Erziehungsfähigkeit der Eltern sowie der Art und Wahrscheinlichkeit eines möglichen Schadenseintritts wird in vielen, bei weitem aber nicht in allen Fällen die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich machen. Einzelne Mängel eines Gutachtens führen nicht ohne weiteres zur Verfassungswidrigkeit einer darauf beruhenden Entscheidung, soweit das Gericht in seiner Begründung die Mängel thematisiert, die fachliche Qualifikation des Sachverständigen näher klärt und nachvollziehbar darlegt, inwiefern Aussagen aus dem Gutachten gleichwohl verwertbar sind und zur Entscheidungsfindung beitragen können.¹⁰² Selbst bei völliger Unverwertbarkeit einer sachverständigen Begutachtung hält eine Entscheidung verfassungsgerichtlicher Kontrolle stand, wenn sich das Vorliegen einer die Trennung von Kind und Eltern rechtfertigenden Kindeswohlgefährdung aus den Entscheidungsgründen auch ohne Einbeziehung der sachverständigen Aussagen hinreichend nachvollziehbar ergibt.¹⁰³

2018 - 1 BvR 383/18 -, Rn. 16; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 10. Juni 2020 - 1 BvR 572/20 -, Rn. 25.

100 BVerfGE 136, 382, 390 (Vormundauswahl).

101 BVerfGE 55, 171, 182 (Kindesanhörung); BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 19. August 2015 - 1 BvR 1084/15 -, Rn. 19; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 23. April 2018 - 1 BvR 383/18 -, Rn. 18; stRspr.

102 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Senats vom 27. April 2017 - 1 BvR 563/17 -, Rn. 19.

103 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Senats vom 27. April 2017 - 1 BvR 563/17 -, Rn. 19; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 19. November 2014 - 1 BvR 1178/14 -, Rn. 35 f.

4.3.3 Spezifische Anforderungen im Eilverfahren

Im Hinblick auf die hohe Intensität des mit einem Sorgerechtsentzug verbundenen Grundrechtseingriffs gelten die strengen verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 GG auch für fachgerichtliche Eilentscheidungen. Das bedeutet hingegen nicht, dass die für eine Entscheidung im Hauptsacheverfahren geltenden Anforderungen an die Ausermittlung des Sachverhalts und die Sicherheit der gerichtlichen Tatsachenfeststellungen hier in demselben Maß gelten würden. Vielmehr besteht bei Entscheidungen im einstweiligen Anordnungsverfahren die auch aus anderen Bereichen des Gefahrenabwehrrechts bekannte Korrelation von Eingriffsschwere, Wert des Schutzguts, Schadensrisiko, Dringlichkeit und Prognosesicherheit, d.h. die Anforderungen an die Sachverhaltsermittlung sind umso höher, je geringer der möglicherweise eintretende Schaden des Kindes wiegt, in je größerer zeitlicher Ferne der zu erwartende Schadenseintritt liegt und je weniger wahrscheinlich dieser ist.¹⁰⁴ Verfassungsrechtlich entscheidend ist demnach, ob die zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung vorhandenen Erkenntnisse über Ausmaß und Wahrscheinlichkeit der Gefährdung bereits derart verdichtet waren, dass ein sofortiges Einschreiten auch ohne weitere gerichtliche Ermittlungen geboten war.¹⁰⁵ Keinesfalls dürfen Gerichte aber auf konkrete Feststellungen zu Art und Ausmaß der Kindeswohlgefährdung gänzlich verzichten.¹⁰⁶

5. Die Grundrechte des Kindes in der Verfassungsbeschwerde

5.1 Prüfung der Grundrechte des Kindes im Verfassungsbeschwerdeverfahren

Die Grundrechte des Kindes werden, sei es ausdrücklich, sei es als Bestandteil des verfassungsgerichtlichen Zentralbegriffs des Kindeswohls, in jedem Verfassungsbeschwerdeverfahren geprüft, das einen ein Kind betreffenden Hoheitsakt zum Gegenstand hat, insbesondere bei allen Verfassungsbeschwerden gegen familiengerichtliche Entscheidungen unter Beteiligung

104 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 7. April 2014 - 1 BvR 3121/13 -, Rn. 23; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 13. Juli 2017 - 1 BvR 1202/17 -, Rn. 19.

105 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 23. April 2018 - 1 BvR 383/18 -, Rn. 18.

106 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 10. Juni 2020 - 1 BvR 572/20 -, Rn. 25.

eines Kindes. Die Prüfungsstruktur und -reihenfolge hängt jedoch von der jeweiligen Fallkonstellation, insbesondere von der Person des Beschwerdeführers, ab. In der Mehrzahl der durch das Bundesverfassungsgericht zu entscheidenden Fälle handelt es sich um Verfassungsbeschwerden der Eltern, die sich gegen eine Fremdunterbringung ihres Kindes richten. Hier werden die Grundrechte des Kindes in der Regel auf der Ebene der Rechtfertigung eines Eingriffs in das Elternrecht geprüft.¹⁰⁷

5.2 Aktive Geltendmachung der Grundrechte des Kindes im Verfassungsbeschwerdeverfahren

Kinder können auch selbst Beschwerdeführer im Verfassungsbeschwerdeverfahren sein. Das wirft unweigerlich sowohl die Frage nach der Vertretung des Kindes im Verfahren als auch nach der selbstständigen Wahrnehmung der Grundrechte durch das Kind auf.

Die sorgeberechtigten Eltern können gemeinsam als gesetzliche Vertreter im Namen des Kindes Verfassungsbeschwerde einlegen. Sie sind nicht automatisch wegen eines – nicht auszuschließenden – Interessenwiderstreits von der Vertretung des Kindes im Verfassungsbeschwerdeverfahren ausgeschlossen.¹⁰⁸ Auch der Vormund ist als gesetzlicher Vertreter des Kindes zur Einlegung einer Verfassungsbeschwerde im Namen des Kindes berechtigt.

Allein die gesetzliche Vertretung des Kindes ist jedoch nicht ausreichend, um in jedem Fall die Möglichkeit einer aktiven Geltendmachung der Grundrechte Minderjähriger zu gewährleisten. Auf Grund der sich aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 und Art. 2 Abs. 1 GG ergebenden Schutzpflichten ist der Staat indes auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht verpflichtet, normative Regelungen zu schaffen, die eine hinreichende Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung des betroffenen Kindes garantieren.¹⁰⁹ Bei einem Interessenkonflikt zwischen dem Kind und dem sorgeberechtigten Elternteil ist die ordnungsgemäße Vertretung des Kindes durch Bestellung

107 Britz, Kindesgrundrechte und Elterngrundrecht: Fremdunterbringung von Kindern in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, FamRZ 2015, S. 793, 794.

108 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 23. Mai 2013 - 1 BvR 2059/12 -, Rn. 14; anders noch BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 2. April 2009 - 1 BvR 683/09 -, Rn. 8; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 17. Juni 2009 - 1 BvR 467/09 -, Rn. 15.

109 BVerfGE 55, 171, 179 (Kindesanhörung); 72, 122, 134 (Sorgerechtsentzug).

eines Ergänzungspflegers sicherzustellen.¹¹⁰ Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn das Familiengericht von der Anordnung eines Sorgerechtsentzugs absieht oder einen solchen aufhebt, so dass das Kind im elterlichen Haushalt verbleibt oder in diesen zurückkehren soll, denn die Eltern haben in dieser Konstellation naturgemäß kein Interesse an einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung der Entscheidung.¹¹¹ Ebenso kann die Bestellung eines Ergänzungspflegers bei widerstreitenden Interessen zwischen Pflegekind und Vormund¹¹² oder auch bei widerstreitenden Interessen der gemeinsam sorgeberechtigten Eltern¹¹³ in Betracht kommen.

Neben der Ergänzungspflegschaft stellt in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Verfahrensbeistandschaft das wichtigste Institut zur Sicherstellung der aktiven Geltendmachung der Grundrechte von Kindern dar. Der Verfahrensbeistand ist im Rahmen seiner Bestellung befugt, im eigenen Namen, aber im Interesse des Kindes Verfassungsbeschwerde einzulegen.¹¹⁴ Tatsächlich wird diese Möglichkeit in der verfassungsgerichtlichen Praxis auch in zunehmendem Umfang von Verfahrensbeiständen genutzt. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Nichtanordnung von kindeschutzrechtlichen Maßnahmen, die aus Sicht des Verfahrensbeistands zum Schutz des Kindes unerlässlich und daher durch den grundrechtlichen Schutzanspruch des Kindes geboten sind, erfolgt in diesen Fällen ausgehend von dem Schutzanspruch des Kindes.¹¹⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat darüber hinaus in eng begrenzten Ausnahmefällen auch die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde durch Pflegeeltern oder durch einen lediglich mit-sorgeberechtigten Elternteil im Namen des Kindes für zulässig erachtet, wenn dem Kind unmittelbar ein

110 BVerfGE 72, 122, 135 f. (Sorgerechtsentzug).

111 Vgl. BVerfGE 72, 122, 133 ff. (Sorgerechtsentzug); 75, 201, 214 f. (Herausgabe Kind).

112 BVerfGE 79, 51, 58 (Pflegeeltern); BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Oktober 1994 - 1 BvR 1799/94 -, Rn. 21.

113 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 18. Juli 2006 - 1 BvR1465/05 -, Rn. 26.

114 BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 35; Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 30. April 2018 - 1 BvR 393/18 -, Rn. 4.

115 Vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. Februar 2017 - 1 BvR 2569/16 -, Rn. 37 ff.

ganz erheblicher Schaden drohte und die Bestellung eines Ergänzungspflegers zwar beantragt, in der Kürze der Zeit aber nicht zu erlangen war.¹¹⁶

Ob das Kind selbst Verfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen, die seine Person betreffen, erheben kann, insbesondere ob die verfahrensrechtliche Altersgrenze des § 60 FamFG (früher § 59 FGG) von 14 Jahren hier entsprechend anzuwenden ist, brauchte durch das Bundesverfassungsgericht bislang nicht entschieden zu werden.¹¹⁷ In der Literatur wird eine Verfassungsprozessfähigkeit Minderjähriger jedenfalls dann bejaht, wenn etwa mit der gesetzlichen Vertretung ein effektiver Rechtsschutz nicht möglich sei, weil es gerade die gesetzlichen Vertreter waren, gegen die sie ihre Interessen im fachgerichtlichen Verfahren durchsetzen wollten.¹¹⁸

6. Fazit

Die Grundrechte von Kindern spielen in Verfassungsbeschwerdeverfahren, insbesondere solchen aus dem Bereich des Kindschaftsrechts, eine zentrale Rolle. Das Bundesverfassungsgericht hat zur Bestimmung des verfassungsrechtlichen Verhältnisses von Kindern, Eltern und Staat eine umfangreiche Dogmatik entwickelt, die nicht nur das Kindeswohl als zentralen Maßstab und wichtiges Entscheidungskriterium enthält, sondern ausdrücklich auch auf die eigenen verfassungsmäßigen Rechte von Kindern abstellt. Diese stets ausreichend im Blick zu behalten, bleibt Aufgabe und Anspruch der familiengerichtlichen Praxis.

Literaturverzeichnis

Barczak, BVerfGG: Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Berlin, Boston: De Gruyter 1. Aufl. 2018

Benassi, Günter (2015): Kinderrechte ins Grundgesetz – alternativlos! ZRP. S. 24

Benassi, Günter/Eichholz, Reinald (2017): Grundgesetz und Kinderrechte, DVBl (10). S. 614

116 BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 13. Oktober 1994 - 1 BvR 1799/94 -, Rn. 21; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 18. Juli 2006 - 1 BvR 1465/05 -, Rn. 26.

117 Offen gelassen in: BVerfGE 72, 122, 133 (Sorgerechtsentzug).

118 Hellmann, in: Barczak, BVerfGG, 1. Aufl. 2018, § 90 BVerfGG, Rn. 90 m.w.N.

- Britz, Gabriele* (2014): Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. JZ, S. 1069
- Britz, Gabriele* (2015): Kindesgrundrechte und Elterngrundrecht: Fremdunterbringung von Kindern in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. FamRZ, S. 793
- CDU, CSU und SPD* (2018): Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode. <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Coester, Michael* (1996): Elternautonomie und Staatsverantwortung bei der Pflege und Erziehung von Kindern FamRZ, S. 1181
- Dethloff, Nina/Maschwitz, Alexandra* (2012): Kinderrechte in Europa – wo stehen wir? FPR, S. 190
- Höfling, Wolfram* (2017): Zur Stärkung von Kinderrechten im Grundgesetz. ZKJ, S. 354
- Hohmann-Dennhardt, Christine* (2012): Kinderrechte ins Grundgesetz – warum? FPR, S. 185
- Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar. München: Beck 15. Auflage 2018
- Jestaedt, Matthias* (2010): Elternpflicht als Kindesrecht? ZKJ, S. 32
- Kahl/Waldhoff/Walter/Dolzer, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Vierter Ordner: Art. 6-10. Heidelberg: C.F. Müller [gegr. 1950]
- Luthe, Ernst-Wilhelm* (2014): Kinderrechte ins Grundgesetz? ZKJ, S. 94
- v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz: GG, Bd. 1: Präambel, Art. 1-19. München: Beck 7. Aufl. 2018
- Peschel-Gutzeit, Lora-Maria* (2009): Kinderrechte ins Deutsche Grundgesetz? Chancen und Herausforderungen – Bestandsaufnahme und offene Fragen, in: Müller-Magdeburg, Cornelia (Hrsg.), Verändertes Denken – zum Wohle der Kinder, Festschrift für Jürgen Rudolph. Baden-Baden: Nomos, S. 25
- Plettenberg, Ina/Löhnig, Martin* (2017): Kinderwürde, Kinderrechte, Kindeswohl – Eine Orientierung, in: Drerup, Johannes/Schickhardt, Christoph (Hrsg.), Kinderethik, Aktuelle Perspektiven – Klassische Problemvorgaben. Münster: mentis, S. 89
- Sachs, Grundgesetz: Kommentar. München: Beck 8. Aufl. 2018
- Schuler-Harms, Margarete* (2009): Kinder in den Mittelpunkt – und ins Grundgesetz. KJ (Beiheft 1), S. 133
- Wapler, Friederike* (2015): Kinderrechte und Kindeswohl, Jus Publicum – Beiträge zum Öffentlichen Recht 240. Tübingen: Mohr Siebeck

Die Stärkung eigener Rechte im Kinder- und Jugendhilferecht

Stärkung eigenständiger Rechtsansprüche von jungen Menschen – zur reflexiven Modernisierung des Kinder- und Jugendhilferechts

Wolfgang Schröer

Die Diskussion um die Stärkung eigenständiger Rechtsansprüche junger Menschen in der Kinder- und Jugendhilfe bezieht sich einerseits grundlegend auf die UN-Kinderrechtskonvention und die damit verbundenen kindheits- und jugendpolitischen Positionen.¹ Andererseits steht sie in Deutschland aber auch im Kontext einer kindheits- und jugendpolitischen Entwicklung, die als Prozess reflexiver Modernisierung der Verrechtlichung von Erziehung in der Kindheits- und Jugendpolitik angesehen werden kann. Diese geht mit einer Institutionalisierung von Kindheit und Jugend im sog. investiven Sozialstaat einher, die ebenfalls eine Individualisierung der sozialen Anspruchsrechte herausfordert. Entscheidend für den weiteren Prozess wird es sein, wie die rechtliche Stellung des jungen Menschen in der Kinder- und Jugendhilfe gestärkt und verwirklicht wird und wie diese mit sozialpolitischer und sozialpädagogischer Durchsetzungsmacht verknüpft werden kann. Hier sind neue organisationale Elemente – wie z.B. eigene Antrags- und Teilhaberechte von jungen Menschen, Formen kollektiver Partizipation, Ombudsverfahren und Schutzkonzepte etc. – in der Kinder- und Jugendhilfe notwendig, die mit sozialpolitischen Strategien zur Bekämpfung der sozialen Ungleichheit im Kindes- und Jugendalter zu verbinden sind.

1. Allgemeines Jugendrecht vs. „Recht auf Erziehung“ im RJWG

In seinen historischen Untersuchungen zur Kinder- und Jugendpolitik in Deutschland hat Walter Hornstein (2004) darauf hingewiesen, dass in der Geschichte nicht ein allgemeines Kindheits- und Jugendrecht durchgesetzt wurde. Es wurde in der Weimarer Republik kein „Rechtssystem für den

1 Himmelbach/Schröer, Die transnationale Kindheit, in: Baader/Eßer/Schröer (Hrsg.), Kindheiten in der Moderne. Eine Geschichte der Sorge, 2014, S. 492.

gesellschaftlichen Teilbereich Jugend“ verabschiedet, das „durchaus vergleichbar mit der Entwicklung des Arbeitsrechts zur Regelung der Rechtsposition des Arbeitnehmers gegenüber Betrieb und Staat“ gewesen wäre. Wirklichkeit wurde ein „Jugendhilferecht, das den Maßnahmen von Erziehungsinstitutionen eine gesetzliche Grundlage geben sollte“². Mit dem Reichs-Jugend-Wohlfahrts-Gesetz (RJWG) von 1922 galt in Deutschland zwar Kindheit und Jugend als ein per Gesetz der öffentlichen Förderung anvertrautes, nationales Gut. Zudem wurde in § 1 RJWG eine „Orientierung an Erziehung und Erwerbsfähigkeit“ festgeschrieben, „die jede sorgspflichtige Person oder Behörde dem Kind schuldig ist“, und in ihrem „bildungsemanzipatorischen Anspruch“ für die pädagogischen Institutionen der Zeit durchaus „einigen Sprengstoff in sich barg“³.

Dennoch: Es wurde mit dieser Entwicklung in den 1920er Jahren der Pfad für eine protektionistische Kindheits- und Jugendpolitik in Deutschland gelegt, der bis heute prägend ist. So resümierte 2004 Hornstein:

„Entstanden ist es in der Weimarer Republik in der Diskussion um das damalige Reichsjugend-Wohlfahrtsgesetz, wo es zwei [...] Positionen gab; eine Position, die gesagt hat, wir müssen jetzt eine Regelung für Jugend finden [...], die die Idee eines umfassenden Jugendgesetzes [...] vor Augen hatte und anstrebte. Gesiegt hat die Fraktion, die Jugendpolitik als Hilfefpolitik für die Jugend verstanden hat, die andere hat auch nachgegeben, weil man sich gesagt hat, es ist immer noch besser, wir kriegen wenigstens ein Jugendhilfegesetz als gar nichts, und ein umfassendes Jugendgesetz war politisch nicht durchsetzbar. Und seit der Zeit – das ist also wirklich ganz erstaunlich sich das klar zu machen – ist Jugendpolitik konzentriert auf diesen Aspekt der Hilfe, des Schutzes, und wenn man mal sieht, was in diesen 100 Jahren in Bezug auf Jugend in Deutschland gemacht worden ist, da wird man sehen, welch große Bedeutung der Schutzgedanke hat. Deutschland hat im Grunde eine protektionistische Jugendpolitik, andere Dinge haben in dieser Politik keinen Platz, sind da nicht gegenwärtig. [...] Im Reichsjugend-Wohlfahrtsgesetz hat Jugend keine Rolle gespielt, nicht als Jugendbewegung, höchstens ein bisschen Pädagogisierung.“⁴

2 Hering/Münchmeier, Geschichte der sozialen Arbeit, 2000, S. 132 f.

3 Niemeyer, Das Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) – eine Bilanz aus historischer Perspektive, neue praxis 2000, S. 437, 442.

4 Hornstein, Jugendpolitik – wider ihren Ruf verteidigt. Walter Hornstein im Gespräch mit Werner Schefold und Wolfgang Schröer, DISKURS 2004, S. 45, 47.

Christoph Sachße (2018) arbeitet in seiner Studie Verrechtlichung von Erziehung in Deutschland zwischen 1870 und 1990 ebenfalls heraus, dass im Mittelpunkt nicht eigenständige Rechte von Kindern und Jugendlichen standen, sondern die Vergesellschaftung von Erziehung im Kontext der Sicherung des Kindeswohls im Rahmen der wohlfahrtsstaatlichen Regulation des industriellen Kapitalismus. Entsprechend resümierte er bspw. die ‚Erfolge‘ der Sozialdemokratin Marie Juchacz in den Auseinandersetzungen z.B. mit den katholischen Positionen in der Zentrum-Partei um das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz folgendermaßen:

„Immerhin: Das Recht des Kindes auf Erziehung war im Gesetz verankert, die Amtsvormundschaft eingeführt, der Schutz der Pflegekinder rechtseinheitlich geregelt, die Jugendpflege als Aufgabe des JA (Jugendamt d. Verf.) anerkannt: allesamt Errungenschaften, die von katholischer Seite als ‚sozialistische Tendenz‘ gebrandmarkt wurden“⁵.

Zudem stand im politisch einflussreichen Kultur- und Sozialprotestantismus zu Beginn des 20. Jahrhunderts – Johannes Trüper, Wilhelm Rein, Christian Jasper Klumker, Gertrud Bäumer, Marie Baum, Günther Heitmann, Walter Classen, Günther Dehn, Siegmund Friedrich-Schultze, um nur einige Namen zu nennen – ebenfalls weniger ein allgemeines Kinder- und Jugendrecht, wie es in Anlehnung an die ‚fabian socialists‘ in England durchaus auch in Deutschland diskutiert wurde, als vielmehr die ‚Verrechtlichung von Erziehung‘ im Fokus der Diskussionen. Gerade die Veränderungen der familialen Erziehungsformen in der industriellen Gesellschaft wurden zum zentralen Gegenstand der hier geführten sozialpädagogischen Auseinandersetzungen. Es fanden sich nur wenige Positionen, die letztlich von einem eigenständigen Recht der jungen Menschen z.B. auf soziale Teilhabe ausgingen.

So schreibt die an der Entwicklung des RJWG maßgeblich beteiligte Gertrud Bäumer 1929 zusammenfassend für die Diskussionen zu Beginn des 20. Jahrhunderts, dass sich „die Grundlage des öffentlichen Erziehungssystems“ gewandelt habe und die tradierten Orte der Erziehung und Bildung nur durch eine „gesellschaftliche Mehrleistung“ bewahrt werden könnten.⁶ Sie stellt heraus, dass die Sozialpädagogik und ihre Theorie nur zu begreifen seien, soweit man die „Veränderungen der gesellschaftlichen

5 Sachße, Die Erziehung und ihr Recht. Vergesellschaftung und Verrechtlichung von Erziehung in Deutschland 1870–1990, 2018, S. 52.

6 Bäumer, Die historischen und sozialen Voraussetzungen der Sozialpädagogik und ihre Theorie, in: Nohl/Pallat (Hrsg.), Handbuch der Pädagogik. Fünfter Band, 1929.

Struktur soziale(r) Probleme“ betrachte, die „Grundlagen und Wesen der Hilfsbedürftigkeit durchaus verändert hätten“⁷.

In Bäumers Sicht fällt die Entwicklung der Kinder- und Jugendhilfe in eine Entwicklungsperiode, die man auf die Formel ‚Von der Caritas zur Sozialpolitik‘ bringen könne.⁸ In ihrem Buch ‚Grundlagen demokratischer Politik‘ macht Bäumer zudem deutlich, dass auch in demokratischen Gesellschaften der „Wesenszusammenhang“ im „Volkstum“ konstitutiv für die soziale Entwicklung seien, der Ring als Symbol „des Kreislaufes der Kräfte“⁹, in dem die sich selbst verwaltenden Organe gebunden und in ihrer sozialen Wirkung aufeinander bezogen werden. Letztlich begriff Bäumer das „Recht auf Erziehung“ als eine soziale „Mehrleistung“ für diejenigen Kinder und Jugendlichen, die ihre Persönlichkeitsbildung angesichts des gesellschaftlichen Strukturwandels nicht in der „Mitte“ und damit im ‚Wesenszusammenhang‘ der sozialen Kräfte, der Ordnungen von Familie, Schule und man muss für Bäumer hinzufügen, der Kirchengemeinde, finden.

Bäumers Position verdeutlicht, dass das RJWG nicht nur als Jugendamts-gesetz bezeichnet werden kann,¹⁰ sondern in ein korporatistisches Wohlfahrtsstaatsverständnis eingebettet ist, mit dem davon ausgegangen wird, dass die sozialen Lebens- und Organisationsformen – sowie die subsidiär eingebundenen sozialen Verbände – die entscheidenden Gestaltungsorgane auf den unterschiedlichen Ebenen der Kinder- und Jugendwohlfahrt sind. Deutlich wird auch hier, dass in der Entwicklung des Kinder- und Jugendhilferechts der Fokus nicht in der Formulierung eines Katalogs eigenständiger Kinder- und Jugendrechte lag, sondern in der Herausforderung, wie Erziehung aus einem „rechtsfreien, von Ungleichheit und Abhängigkeit geprägten Raum“¹¹ in einen wohlfahrtsstaatlichen sowie -verbandlichen Organisations- und Regulationskontext überführt werden kann. Nur langsam, so Sachße, sei die Geschichte der Verrechtlichung

7 Bäumers, Die historischen und sozialen Voraussetzungen der Sozialpädagogik und ihre Theorie, in: Nohl/Pallat (Hrsg.), Handbuch der Pädagogik. Fünfter Band, 1929, S. 25.

8 Maurer/Schröer, „Ich kreise um ...“ – Die Bildungstheorie der Mitte am Beispiel Gertrud Bäumers, in: Liegle/Treptow (Hrsg.), Welten der Bildung in der Pädagogik der frühen Kindheit und der Sozialpädagogik. Freiburg im Breisgau, 2002, S. 288.

9 Bäumers, Grundlagen demokratischer Politik, 1928, S. 6.

10 Peukert, Grenzen der Sozialdisziplinierung. Aufstieg und Krise der Jugendfürsorge, 1986.

11 Sachße, Die Erziehung und ihr Recht. Vergesellschaftung und Verrechtlichung von Erziehung in Deutschland 1870–1990, 2018, S. 313.

von Erziehung – wie insgesamt das Fürsorgerecht – im 20. Jahrhundert bestimmt von einer „sukzessiven Ankoppelung an die herrschenden gesellschaftlichen Prinzipien von individueller Rechtssubjektivität, Freiheit und Gleichheit“¹².

2. Reflexive Modernisierung des „Rechts auf Erziehung“ im Kinder- und Jugendhilfegesetz

Im Ergebnis, darauf hat Christian Niemeyer (2003) nach 10 Jahren Kinder- und Jugendhilfegesetz im Jahr 2000 hingewiesen, konnte z.B. Reinhard „Wiesner einräumen, dass die Formulierungen von § 1 RJWG und § 1 KJHG die Frage offen ließen, ‚inwieweit das Kind oder der Jugendliche (nur) Objekt einer von Erwachsenen bestimmten zielgerichteten Handlung oder (auch) Subjekt einer von ihm selbst (mit)bestimmten Sozialisation ist‘. Wiesners ‚in diesem Zusammenhang gegebener Hinweis auf die im Grundgesetz abgesicherte Elternverantwortung und das hierauf bezogene Wächteramt der ‚staatlichen Gemeinschaft‘ (Art 6, 2 GG) macht schon deutlich, dass in Sachen KJHG die Antwort eher in Richtung des Objektbegriffs zu suchen ist“¹³.

Gleichzeitig bricht sich diese Konstellation an dem sozialisationstheoretischen Mainstream in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, in dem der junge Mensch als „produktiv realitätsverarbeitendes Subjekt“¹⁴ gefasst wird. Insgesamt zeichnet sich die Sozialisationstheorie auch zu Beginn des 21. Jahrhunderts durch eine Fokussierung auf das Subjekt aus.¹⁵ Zudem seien „die Sozialisationsfelder Familie, Schule, Peers und Beruf“ spätestens seit den 1980er Jahren

„durch Pluralisierungen und Entstrukturierungen gekennzeichnet [...]. Damit verliert die Idee eines verbindlichen einheitlichen Sozialisationsmusters an Plausibilität, während unterschiedliche Pfade der Subjektentwicklung wahrscheinlicher werden.“¹⁶

12 *Sachße*, Die Erziehung und ihr Recht. Vergesellschaftung und Verrechtlichung von Erziehung in Deutschland 1870–1990, 2018, S. 313.

13 *Niemeyer*, Sozialpädagogik als Wissenschaft und Profession, 2003, S. 95.

14 *Hurrelmann/Ulich*, Neues Handbuch der Sozialisationsforschung, 1991.

15 *Geulen*, Subjektorientierte Sozialisationstheorie, 2005.

16 *Junge*, Sozialisationstheorien vor dem Hintergrund von Modernisierung, Individualisierung und Postmodernisierung, in: Hoffmann/Merkens (Hrsg.), Jugendsoziologische Sozialisationstheorie, 2004, S. 39 f.

In diesem Kontext versucht das Kinder- und Jugendhilfegesetz die Pluralisierung in den Sozialisationsmustern und die Nebenfolgen der Unbestimmtheit in der Subjektposition von jungen Menschen im § 1 SGB VIII u.a. durch eine Reihe von Beteiligungsrechten der jungen Menschen auszugleichen¹⁷ und dadurch einen stärkeren Subjektstatus der jungen Menschen einzuholen. Mit anderen Worten: In der Grundfigur steht die grundgesetzlich vorgegebene Familien- und Verbandsorientierung in der Erziehungsverantwortung im Mittelpunkt der rechtlichen Kodifizierung der Kinder- und Jugendhilfe. Damit diese aber nicht in ein Erziehungsverständnis ‚kippen‘ kann, durch das junge Menschen als Objekte im Erziehungsverhältnis gesehen werden, werden Beteiligungsrechte eingeführt, die ihnen einen Subjektstatus verleihen und pluralisierte „Pfade der Subjektentwicklung“ in Kindheit und Jugend ermöglichen sollen.

In gewisser Hinsicht sind diese Beteiligungsrechte als reflexive „Gegengifte“¹⁸ im Modernisierungsprozess der Verrechtlichung von Erziehung zu verstehen. Sie sollen die Kinder- und Jugendhilfe davor bewahren, nicht einem Erwachsenen-zentrierten und paternalistischen Erziehungs- und Sozialisationsverständnis zu folgen und anerkennen, dass der Subjektstatus des jungen Menschen soweit möglich Ausgangspunkt und emanzipatorische Zielperspektive der pädagogischen Interdependenzen in Kindheit und Jugend ist.

So sind die eigenständigen Beteiligungsrechte der jungen Menschen letztlich ein Versuch, die kindheits- und jugendpolitischen Folgen abzufedern, die der Fokus auf die Verrechtlichung von Erziehung und den sozialen Wandel im Verhältnis von privater und öffentlicher Erziehung haben. Sie bewahren die Akteure in der Kinder- und Jugendhilfe davor, nicht in ein Erziehungsverständnis zu verfallen, in dem die jungen Menschen auf einen Objektstatus degradiert werden, sie verleihen den jungen Menschen aber rechtlich nicht umfänglich einen eigenständigen Subjektstatus im Erziehungsverhältnis.

Letztlich ist die Formulierung unterschiedlicher Beteiligungsrechte im SGB VIII ein erneuter Versuch gewesen, zwischen den unterschiedlichen politischen Positionen zu vermitteln und einen weiteren Schritt zu gehen, auch die Kindheit und Jugend ‚an die herrschenden gesellschaftlichen Prinzipien von individueller Rechtssubjektivität, Freiheit und Gleichheit‘ (Sachße) anzukoppeln. Dennoch ergeben sich daraus auch Ambivalenzen,

17 *Scheiwe*, Vom Objekt zum Subjekt? Kinderrechte zwischen Rechtsrhetorik und Realisierbarkeit, Zeitschrift für Kindschafts- und Jugendrecht 1/2009, S. 7.

18 *Beck*, Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit, 1988.

die der Beteiligung in der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland zu Grunde liegen.¹⁹

Zudem wird in unterschiedlichen Kontexten darauf hingewiesen, dass das „Recht [...] ein Potenzial“ habe, die sozialen und kommunikativen Voraussetzungen von Erziehung und Bildung zu destruieren, in denen „Kinder einen Eigenwillen entwickeln können, der dafür notwendig ist, um überhaupt als rechtlich relevanter Akteur mit einer bestimmten Position auftreten zu können. Wenn Kinder und ihre familialen Bezugspersonen vor dem Recht nur noch als Träger individueller Rechte gesehen werden, wird dies [...] gerade Kindern nicht gerecht. Das Recht hat demnach dann paradoxe Folgen, wenn es dazu animiert, die kindliche Abhängigkeit von anderen, zu denen starke affektive Bindungen bestehen, und die kommunikative Herausbildung ihres Eigenwillens nicht als konstitutive Merkmale ihrer Entwicklung zu autonomen Subjekten zu begreifen“²⁰.

Diese Hinweise könnten nun wieder vorschnell argumentativ genutzt werden, eigenständige Rechtspositionen junger Menschen zu begrenzen. Doch die Zusammenhänge sind vielschichtiger und die Spannungsfelder nicht auflösbar. Sie erscheinen für pädagogisches und soziales Handeln mit jungen Menschen in unserem Rechtsstaat konstitutiv. So sind pädagogische Prozesse grundsätzlich zur Ermöglichung autonomer subjektiver Lebensführung in unserer Gesellschaft darauf angewiesen, dass sich junge Menschen in der Kindheit und Jugend eben auch als eigenständige rechtliche Akteure erfahren können. Zudem ist die Formulierung eines eigenständigen Rechtsstatus zentral, um einen Machtausgleich rechtlich zu ermöglichen, Machtmissbrauch entgegenzuwirken sowie einer umfänglichen Pädagogisierung von jungen Menschen in unserer Gesellschaft vorzubeugen, die z.B. wiederum Beteiligungs- oder soziale Teilhaberechte verdecken können.

3. Investive Sozialpolitik, Rechtsansprüche in der Bildungspolitik

Gleichzeitig wirken in das Kinder- und Jugendhilfegesetz auch bildungspolitische Entwicklungen hinein, die nicht mehr nur im Rahmen der ‚Verrechtlichung von Erziehung‘ reflektiert werden können. Nicht nur

19 Bspw. Peters, Der ambivalente Ruf nach Beteiligung, in: v. Wölfel/Redmann (Hrsg.), *Bildung am Rande. Warum nur gemeinsam mit Adressat_innen in der Jugendhilfe Bemächtigungsprozesse initiiert werden können*, 2020, S. 73.

20 Sutterlüty, Normative Paradoxien der rechtsstaatlichen Sorge um das Kindeswohl, in: Sutterlüty/Flick (Hrsg.), *Der Streit um Kindeswohl*, 2017, S. 78 f.

das Verhältnis von öffentlicher und privater Erziehung wird gegenwärtig neu reguliert, und damit die Frage, wie eine das Kindeswohl förderliche Erziehung im Einklang mit den Grundrechten der jungen Menschen abgesichert werden kann, sondern auch, welche sozialen Rechte junge Menschen in der Bildungsinfrastruktur haben.

So ist gegenwärtig ein Institutionalisierungsschub in der Bildungsinfrastruktur auszumachen, in dem es zu einer verstärkten Betonung der sozialen Anspruchsrechte von Kindern und Jugendlichen kommt. Bereits seit dem Ende des 19. Jahrhunderts wird die Bildungsungleichheit in Deutschland als eine Kernherausforderung der sozialen Frage und damit der sozialpolitischen Regulation in Deutschland angesehen. Während in der Kinder- und Jugendhilfe die Vergesellschaftung und Verrechtlichung von Erziehung im Zentrum der politischen Auseinandersetzungen stand, sind es hier die bildungspolitischen Konflikte um die „Sozialisierung von Bildung“²¹. Diese wurden und werden einerseits als soziale Zugangsfrage sowie andererseits über den Grad und die Form der Vergesellschaftung der Bildungsinfrastruktur ausgetragen.

Im Kern hat es dazu geführt, dass Kindheit und Jugend im 20. Jahrhundert institutionalisiert und weitgehend ‚scholarisiert‘ wurde.²² Karin Bock spricht in diesem Zusammenhang gar von einer ‚Verinstitutionalisierung‘²³ von Kindheit und Jugend.

„Schüler*innen‘ bzw. Auszubildende, ‚Inklusionskinder‘ oder ‚Adressat*innen der Kinder- und Jugendhilfe‘ werden thematisiert, als ob sie tatsächlich ausschließlich über die organisationale Einbindung identifizierbar seien.“²⁴

Im Mittelpunkt steht die sozialpolitische Position, dass die Herstellung von Bildungsgerechtigkeit über eine Institutionalisierung von Kindheit und Jugend in Bildungsinfrastrukturen verläuft. Im Ergebnis treten jun-

21 Schröer, Sozialpädagogik und die soziale Frage, 1999.

22 Bock/Schröer, Schwelende Themen zwischen erziehungswissenschaftlicher Jugendforschung und „gesellschaftlicher“ Jugendpolitik – Generationalität, Institutionalisierung & Jugendrechte, in: Bock/Grunert/Pfaff/Schröer (Hrsg.), Erziehungswissenschaftliche Jugendforschung, 2020, S. 245.

23 Bock, Biographisierung oder Institutionalisierung der Kindheit? Mögliche Forschungsperspektiven aus sozialpädagogischer Sicht, in: Wustmann/Karber/Giener (Hrsg.), Kindheit aus sozialwissenschaftlicher Perspektive, 2013, S. 23.

24 Bock/Schröer, Schwelende Themen zwischen erziehungswissenschaftlicher Jugendforschung und „gesellschaftlicher“ Jugendpolitik – Generationalität, Institutionalisierung & Jugendrechte, in: Bock/Grunert/Pfaff/Schröer (Hrsg.), Erziehungswissenschaftliche Jugendforschung, 2020, S. 245, 255.

ge Menschen im Jahr 2020 vielfach am Ende des ersten Lebensjahres in öffentliche Bildungs- und Erziehungsorganisationen ein und verbleiben in diesen nicht selten bis weit in das dritte Lebensjahrzehnt. Zudem verstärkt die umfassende Bedeutung der Institutionalisierung von Bildung in Kindheit und Jugend die grundlegende Forderung nach einer inklusiven Ordnung der regulären Bildungsinfrastruktur, da jeder junge Mensch ein individuelles Recht auf Bildungsteilhabe habe.

In diesem Beitrag sollen die damit einhergehenden sozialen Versprechen nicht an sich aus sozial- und bildungspolitischer Perspektive reflektiert werden, sondern es soll darauf hingewiesen werden, wie die aktuell vorherrschende investive Sozialpolitik in diesem Kontext zu einer Individualisierung der sozialen Ansprüche und – als Folge – zu einer verstärkten Forderung nach individualisierten Anspruchsrechten von jungen Menschen geführt hat.

Insgesamt wird angemerkt, dass Bildung in der Logik investiver Sozialpolitik zu stark mit einer impliziten Qualifizierungsstrategie der Aufforderung zur „Selbstoptimierung“²⁵ junger Menschen verknüpft ist sowie im Interesse der Aktivierung von Arbeitskräfte-Potenzialen, z.B. im Rahmen der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, vereinnahmt werde. Das Bildungsregime werde dadurch in seinem emanzipatorischen Auftrag begrenzt, indem es vor allem durch die Chance und den Zwang zur Selbstoptimierung charakterisiert werde.²⁶ Junge Menschen würden zudem zu wenig in ihren sozialisatorischen Bedarfen und im ‚Kind-sein‘ oder ‚Jugend-sein‘²⁷ wahrgenommen, sondern Kindheit und Jugend über organisationsbezogene Kompetenz- und Leistungsvermessungen investiv geordnet.

Inwieweit diese Problematisierungen weiterführend sind, mag hinterfragt werden, zu beobachten ist allerdings, dass die damit verbundenen sozialen Versprechen in ihren Verwirklichungsdimensionen eine subjektbezogene Überprüfung herausfordern. Gerechtigkeits-theoretische Positionen – wie der capability approach – operieren darum mit subjektivierenden Zugängen, mit denen die individuelle Verwirklichung²⁸ sozialer Leistungen reflektiert wird. Es entsteht dadurch die Frage, inwieweit die sozialen

25 Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) (Hrsg.), 15. Kinder- und Jugendbericht. Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland, 2017.

26 Böhnisch/Lenz/Schröer, Sozialisation und Bewältigung. Eine Einführung, 2007.

27 Böhnisch, Pädagogische Soziologie. Eine Einführung, 1996.

28 Otto/Ziegler, Capabilities – Handlungsbefähigung und Verwirklichungschancen in der Erziehungswissenschaft, 2008.

Versprechen durch individuelle Teilhabe- und Bildungsrechte von Kindern und Jugendlichen abgesichert werden können.

Diese Entwicklung intensiviert sich dadurch, dass die weitere Institutionalisierung nicht zu einem linearen Verlauf von Qualifizierungswegen führt, sondern eine größere individuelle Flexibilität zumindest rhetorisch eingefordert wird. Es kommt zu Entgrenzungsprozessen, die bereits seit den 1980er Jahren beschrieben werden: Die Status-Rollen-Konfiguration in der Bildungsinfrastruktur scheint

„intern immer unausgewogener zu werden, durch zunehmende Inkonsistenzen und Spannungen gekennzeichnet zu sein, sich zeitlich immer mehr in die Länge zu strecken, zum Ende zu zerfasern und an inhaltlicher Struktur und Gestalt zu verlieren“²⁹.

Insgesamt würden statusbezogene „Wenn-dann“-Konstellationen tendenziell von biographisierten „um zu“-Formen abgelöst.³⁰

Die investive Sozialpolitik bringe so eine Bildungspolitik hervor, die um Verlässlichkeit herzustellen, neben der Schulpflicht durch individuelle Teilhaberechte und -versprechen ergänzt wird. Dies lässt sich an der Kindertagesbetreuung und in der aktuellen Diskussion um einen Rechtsanspruch auf Ganztagsbetreuung³¹ oder auch in den Diskussionen um einen Rechtsanspruch auf berufliche Ausbildung beobachten. Grundlegend ist, dass anders als im Kontext der Verrechtlichung von Erziehung sich diese Ansprüche der jungen Menschen direkt an die öffentliche Bildungs- und Erziehungsinfrastruktur richten.

Wichtig für die Kinder- und Jugendhilfe ist nun, dass diese Entwicklungen um die Institutionalisierung von Kindheit und Jugend über die Seitentür der Kindertagesbetreuung und den Anspruch auf Ganztagsbetreuung in ihre Weiterentwicklung hinreichen. Was Sachße für die Kindertagesbetreuung herausstellt, kann als Entwicklungsperspektive für die Kinder- und Jugendhilfe in Bildungskontexten angesehen werden: „Entgegen dem

29 Lenz, Zur Biografisierung der Jugend. Befunde und Konsequenzen, in: Böhnisch/Rudolph/Wolf (Hrsg.), *Jugendarbeit als Lebensort*, 1998, S. 51, 58 f.

30 Schefold, *Hilfeprozesse und Hilfeverfahren*, in: Schröer/Struck/Wolff (Hrsg.), *Handbuch Kinder- und Jugendhilfe*, 2002, S. 1085.

31 *Bundesjugendkuratorium (BJK)*, *Zwischenruf: Rechtsanspruch auf Ganztagsbetreuung für Kinder im Grundschulalter*, 2019; *Wrase*, *Einheitliche Qualitätskriterien für den Ganzttag im Grundschulalter. Möglichkeiten der bundesrechtlichen Umsetzung*, 2019.

grundsätzlichen Trend des KJHG zur Familienorientierung wird hier also ein Element der Individualisierung eingeführt³².

Anknüpfend an diese Entwicklung hat das Bundesjugendkuratorium (2019) bereits darauf hingewiesen, dass es von grundlegender Bedeutung ist, den Rechtsanspruch auf eine Ganztagsbetreuung nicht nur aus der Perspektive der Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu bewerten und allein eine Betreuung sicherzustellen, sondern die Kinder von Beginn an der Ausgestaltung zu beteiligen und Konzepte mit ihnen zu entwickeln, die sie in ihren persönlichen und sozialen Rechten stärken, ihre sozialen Teilhabemöglichkeiten erweitern sowie den alltäglichen und pädagogischen Bedarfen der Kinder entsprechen. Es sei bedeutsam, hohe Qualität bereits heute zum Standard zu setzen und diese nicht als Zukunftsprojekt anzusehen. So heißt es in dem Zwischenruf des Bundesjugendkuratoriums:

„Ein rein quantitativer Ausbau ist nicht ausreichend; es müssen Standards verbindlich geregelt werden, damit eine gleichberechtigte Teilhabe, Entwicklung und Bildung von Kindern gewährleistet wird und nicht nur ‚Betreuung‘ stattfindet. Maßgeblich sind die Lebenslagen, Rechte, Interessen und pädagogischen Bedarfe der Kinder. Dies bedeutet aus Sicht des BJK eine kindgerechte Gestaltung des Ganztags.“³³

Dabei kann die Diskussion um die Beteiligung junger Menschen in der Gestaltung der Bildungsinfrastruktur wiederum in die Falle einer Überhöhung der jungen Subjekte ‚tappen‘.³⁴ Entsprechend sind die Beteiligungsrechte sozialisationstheoretisch zu reflektieren, damit sie die Qualifizierungsstrategie der Selbstoptimierung und die damit verbundenen Normierungspraktiken³⁵ in Kindheit und Jugend nicht mehr verstärken, als dass sie die Machtasymmetrien zwischen Erwachsenenwelt und jungen Menschen relativieren.

32 *Sachße*, Die Erziehung und ihr Recht. Vergesellschaftung und Verrechtlichung von Erziehung in Deutschland 1870–1990, 2018, S. 302.

33 BJK, Zwischenruf: Rechtsanspruch auf Ganztagsbetreuung für Kinder im Grundschulalter, 2019, S. 4.

34 *Bock/Schröer*, Schwelende Themen zwischen erziehungswissenschaftlicher Jugendforschung und „gesellschaftlicher“ Jugendpolitik – Generationalität, Institutionalisierung & Jugendrechte, in: Bock/Grunert/Pfaff/Schröer (Hrsg.), Erziehungswissenschaftliche Jugendforschung, 2020, S. 245.

35 *Kelle*, Kinder unter Beobachtung. Kulturanalytische Studien zur pädiatrischen Entwicklungsdiagnostik, 2010.

4. *Rights-based-approach – eine Konsequenz unzureichender reflexiver Modernisierung*

Die Verwirklichung der Rechte von jungen Menschen stellt sich in der Kinder- und Jugendhilfe gegenwärtig nicht nur als eine Umsetzungsherausforderung dar, sondern es sind ebenfalls grundsätzliche Fragen bei der Etablierung von weiteren eigenständigen Rechtsansprüchen zwischen rechtlichen, sozialpädagogischen und -politischen Zugängen zur rechtlichen Stellung der jungen Menschen zu klären. Vor allem die UN-Kinderrechtskonvention, die UN-Konvention für die Rechte von Menschen mit Behinderungen und die Positionierung von Kindern und Jugendlichen als Grundrechtsträger fordern diese Klärungen heraus. Die Infrastruktur und Grundorientierungen der Kinder- und Jugendhilfe und die sozialpädagogischen und sozialwissenschaftlichen Konstruktionen von Kindheit und Jugend³⁶ sind in diesem Kontext aus der Perspektive eines eigenständigen Rechtsstatus von Kindern und Jugendlichen zu reflektieren.

Die Rechte der Kinder und Jugendlichen sind dabei nicht mehr allein im Kontext der Verrechtlichung von Erziehung,³⁷ den sozialen und pädagogischen Konstruktionen von Kindheit und Jugend sowie der öffentlichen und sozialen Sicherung des Kindeswohls zu betrachten, sondern ihr eigener Geltungsanspruch ist in Verhältnis zu den entsprechenden Konstruktionen von Kindheit und Jugend etc. zu setzen. So halten zwar heute

„Gesetz und Rechtswissenschaft [...] am Kindeswohlbegriff fest, während sich parallel ein Diskurs über die Grund- und Menschenrechte des Kindes entwickelt hat, dessen Verhältnis zum Kindeswohlbegriff klärungsbedürftig ist. Mit der Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen wurde im Jahr 1989 ein eigener Menschenrechtskatalog speziell für Kinder geschaffen und auch für das deutsche Grundgesetz steht längst nicht mehr in Frage, dass Kinder von Geburt an Träger der in ihm gewährleisteten Grundrechte sind“³⁸.

36 Eßer et al. (Hrsg.), *Reconceptualising Agency and Childhood: New Perspectives in Childhood Studies*, 2016.

37 Sachße, *Die Erziehung und ihr Recht. Vergesellschaftung und Verrechtlichung von Erziehung in Deutschland 1870–1990*, 2018.

38 Wapler, *Das Kindeswohl: individuelle Rechtsverwirklichung im sozialen Kontext. Rechtliche und rechtsethische Betrachtungen zu einem schwierigen Verhältnis*, in: Sutterlüty/Flick (Hrsg.), *Der Streit um Kindeswohl*, 2017, S. 14, 15; siehe auch den Beitrag von *Schuler-Harms* in diesem Band.

Entsprechend stellt sich insgesamt die Frage, wie die Erziehungs- und Bildungsorganisationen die Forderungen der UN-Kinderrechtskonvention und den damit einhergehenden Dreiklang von ‚Protection‘, ‚Provision‘ und ‚Participation‘ umsetzen. Nicht erst seit der Diskussion um Übergriffe in pädagogischen Organisationen, sondern spätestens mit der UN-Kinderrechtskonvention sind damit Politiken gefordert, durch die im institutionellen Gefüge des Aufwachsens die persönlichen Rechte der jungen Menschen nicht nur geschützt und gestärkt, sondern die jungen Menschen auch befähigt werden, diese wahrzunehmen und dadurch die Möglichkeiten zur Mitbestimmung eröffnet werden.

Gegenwärtig ist die Kinder- und Jugendhilfe aber noch nicht von einem solchen *rights-based approach* in Bezug auf die Kodifizierung eigenständiger Rechte von jungen Menschen geprägt. Dies würde bedeuten, dass eigenständige Rechte junger Menschen sich in einer systematisierenden Struktur im Kodifizierungsmodus des SGB VIII abbilden. Es wäre ein Zugang, in dem die sozialen und persönlichen Rechte der jungen Menschen herausgestellt und deren Verwirklichung auch durch die jungen Menschen selbst ermöglicht würde. Davon kann aktuell nicht gesprochen werden. Die eigenständigen Rechte der jungen Menschen sind letztlich – systematisch gesprochen – ergänzende Maßnahmen zur Konstitutionslogik der Familienorientierung und des Neo-Korporatismus, dessen Milieubindung aber seit Jahren brüchig wird³⁹ und in dem dienstleistungsökonomische Orientierungen gleichzeitig eine Sicherung der sozialen und persönlichen Rechte sowie Teilhaberechte der Adressat*innen einfordern.

Das Kinder- und Jugendhilferecht geht dabei weiterhin von der Idee einer dienstleistungsorientierten sozialen Verantwortungsgemeinschaft im institutionalisierten Gefüge des Aufwachsens aus, in der im Zusammenspiel von Familien, öffentlichen und freien Trägern der Pflege, Betreuung, Erziehung und Bildung sowohl soziale Benachteiligungen ausgeglichen, sozial gerechte Bedingungen geschaffen als auch das Kindeswohl geschützt wird. Letztlich stehen die Institutionen der Familie und der Erziehung und Bildung sowie die sozialen Organisationsformen der Wohlfahrt mit ihrer Erziehungs- und Bildungsverantwortung weiter im Mittelpunkt als Garanten der Förderung und Konstitution eines guten Aufwachsens.

Nun wäre es ein Trugschluss, wenn angenommen würde, dass über einen *rights-based approach* mit der Perspektive eigenständiger Rechte von jungen Menschen diese Struktur aufgebrochen oder die Familien, freien

39 Bereits: Rauschenbach/Olk, Von der Wertgemeinschaft zum Dienstleistungsunternehmen – Jugend- und Wohlfahrtsverbände im Umbruch, 1995.

und öffentlichen Träger aus der Verantwortung entlassen würden. Die Stärkung der eigenständigen Rechte der jungen Menschen – z.B. durch ein eigenständiges Antragsrecht – kann als eine zwingende Konsequenz der reflexiven Modernisierung des Neokorporatismus der Kinder- und Jugendhilfe angesehen werden. Gerade im Kontext einer investiven Sozialpolitik – in den Worten Sachßes (2018) – gilt es die rechtlichen Kindheits- und Jugendkonstruktionen zu einer „weiteren Ankoppelung an die herrschenden gesellschaftlichen Prinzipien von individueller Rechtssubjektivität, Freiheit und Gleichheit“ zu führen.

Doch die Diskussion um die Anspruchsrechte der jungen Menschen wird so lange abstrakt bleiben, wie sie nicht fest in die kommunalen Sozialpolitiken verankert sowie strukturell mit Politiken zur Bekämpfung sozialer Ungleichheit im Kindes- und Jugendalter verknüpft werden. Die aktuellen Diskussionen um eine Kinder- und Jugendgrundsicherung sollten darum auch mit der Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe und den Herausforderungen der Inklusion verbunden werden.

Viele jungen Menschen sind heute kaum durch ihre sozialen Milieus in die Verantwortungsgemeinschaft der neokorporatistischen Kinder- und Jugendhilfe eingebunden. Zudem sind die Verfahren und Organisationsformen der Kinder- und Jugendhilfe in ihrer dienstleistungsökonomischen Eigenlogik so komplex, dass sie für die jungen Menschen kaum nachvollziehbar sind. Nicht zuletzt erfordert die weitreichende Institutionalisierung von Kindheit und Jugend in der Bildungs- und Erziehungsinfrastruktur eine differenzierte rechtliche Mitbestimmungsstruktur, um die jungen Menschen wiederum mit ihren Interessen und Anliegen und pluralisierten ‚Sozialisationspfaden‘ wahrnehmen und in den Organisationen zu stärken. Hinzu kommen Sozialisationsverläufe von jungen Menschen, die durch Migration und Flucht gekennzeichnet sind, deren persönlichen und sozialen Teilhaberechte in den Zugängen zum und im institutionellen Gefüge des Aufwachsens gesichert werden müssen.

Es geht darum, einen weiteren rechtlichen Konstitutionsmodus in die Kinder- und Jugendhilfe einzuführen und eigenständige Rechte von jungen Menschen klar herauszustellen. Zentrale aktuelle Diskussionen in der Kinder- und Jugendhilfe zeigen, dass die bisherigen ‚Gegengifte‘ oder die reflexive Modernisierung zu schwach war und die Rechte von jungen Menschen durch die gegenwärtige Struktur nur unzureichend verwirklicht werden. Ombudschaften, Partizipation in der Hilfeplanung, Rechtsanspruch Leaving Care, Schutzkonzepte, Aufarbeitung und Betroffenenrechte, kollektive Beteiligungsrechte etc.: Im Kern drehen sich diese Diskussionen um die Frage, wie die sozialen und persönlichen Rechte der jungen Menschen in der Kinder- und Jugendhilfe besser verwirklicht werden

können. Zudem erfordert die Perspektive der Inklusion eine Erweiterung des Konstitutionsmodus, denn der bisherige Konstitutionsmodus über die Verrechtlichung von Erziehung reicht für die Ermöglichung sozialer Teilhabe aller jungen Menschen an dem regulären institutionellen Gefüge des Aufwachsens nicht aus. Hier haben die jungen Menschen selbst einen Anspruch, der auch nicht zuvörderst an die Familien gebunden ist.

5. Ausblick: Ein Plädoyer für eine intensive Auseinandersetzung mit dem rights-based approach in der Kinder- und Jugendhilfe

Es ist darum an der Zeit, eigenständige Rechtsansprüche von jungen Menschen in der Kinder- und Jugendhilfe zu stärken und mit Verfahren und sozialen Infrastrukturen rechtlich zu verankern, durch die junge Menschen sie einfordern und sozial verwirklichen können. Dabei geht es nicht um ein „Entweder-oder“, sondern ein „und“.⁴⁰ Häufig wird in Bezug auf die Rechte der jungen Menschen der zweite ohne den ersten Schritt gemacht, wenn im Modus des Entweder-oder entschieden wird, ob und nicht wie junge Menschen an Verfahren und an Entscheidungsprozessen etc. beteiligt werden. Es wird von den bestehenden Verfahren und Organisationsformen der Kinder- und Jugendhilfe ausgegangen und reflektiert, wie die jungen Menschen mit ihren Rechten in diese Verfahren eingeholt werden können. Automatisch entsteht dann die Frage, ob die jungen Menschen dieses können und wollen. Junge Menschen kommen so schnell in eine Beweispflicht, ob sie zur Beteiligung in der Lage und einer Entscheidung ‚gewachsen‘ sind. Die Frage nach der jeweils individuellen Angemessenheit der Beteiligungsverfahren ist ohne Zweifel wichtig, doch gerade diese fordert einen anderen Blickwinkel.

Grundlegend ist es in einem ersten Schritt zu fragen, welche sozialen, persönlichen und politischen Rechte junge Menschen – auch über die Beteiligungsrechte und Anspruchsrechte hinaus – haben. Hier rücken Rechte, wie die körperliche Integrität, die Informationsrechte in unterschiedlichen Sprachen und Kommunikationsformen, Rechte auf Gleichbehandlung, das Recht auf soziale Teilhabe und Förderung etc. in den Vordergrund. Man könnte hier eine ganze Reihe aufzählen, die sich auch nicht nur unmittelbar auf Partizipation beziehen. Diese Rechte sind in Bezug auf die unterschiedlichen Lebensalter durchzubuchstabieren und jeweils diversitätssensibel auszuformulieren. Auf dieser Grundlage sind

40 Beck, Die Erfindung des Politischen, 1993.

dann in Auseinandersetzung mit diesen Rechten die Organisationsformen, Verfahren etc. der Kinder- und Jugendhilfe – nach Möglichkeit partizipativ mit jungen Menschen – zu entwickeln. Notwendig ist also zunächst eine Vergewisserung über die Rechte der jungen Menschen vor jeder Beratung, Entscheidung, Pädagogik etc. Grundlegend ist, welche Rechte junge Menschen mit in das institutionelle Gefüge des Aufwachsens bringen und erst im zweiten Schritt, welche Rechte durch und für dieses entworfen werden.

Junge Menschen sind in unserem Rechtsstaat individuell Grundrechtsträger mit persönlichen, sozialen und politischen Rechten und mit eigenen Rechten z.B. der Förderung, der Partizipation und des Schutzes – wenn dies durch Kinderrechte im Grundgesetz gestärkt wird, wäre schon einiges erreicht. In der Pointe gilt es, die Beweispflicht umzukehren. Nicht die jungen Menschen müssen belegen, dass mit ihnen Partizipation und Erziehung sowie Bildung in der Kinder- und Jugendhilfe möglich ist und sie auch darüber hinaus Rechte haben. Vielmehr muss die Kinder- und Jugendhilfe zeigen, wie sie die Rechte der jungen Menschen verwirklicht und wie sie Erziehung, Bildung, Pflege etc. mit diesen Rechten und in Auseinandersetzung mit diesen gestaltet. Die Akteure der Kinder- und Jugendhilfe sind in der Begründungspflicht, wenn sie die Rechte der jungen Menschen aus rechtlichen, pädagogischen, psychologischen oder insgesamt sozialisationsbezogenen Gründen begrenzen – nicht die jungen Menschen. Sie müssen zeigen, wie sie deren Rechte anerkennen, stärken und die jungen Menschen geradezu auffordern, sie subjektiv einzufordern.

Literaturverzeichnis

Bäumer, Gertrud (1928): Grundlagen demokratischer Politik. Karlsruhe: Braun

Bäumer, Gertrud (1929): Die historischen und sozialen Voraussetzungen der Sozialpädagogik und ihre Theorie, in: Nohl, Hermann/Pallat, Ludwig (Hrsg.), Handbuch der Pädagogik. Fünfter Band. Langensalza: Julius Beltz

Beck, Ulrich (1988): Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit. Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Beck, Ulrich (1993): Die Erfindung des Politischen. Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Bock, Karin (2013): Biographisierung oder Institutionalisierung der Kindheit? Mögliche Forschungsperspektiven aus sozialpädagogischer Sicht, in: Wustmann, Cornelia/Karber, Anke/Giener, Anita (Hrsg.), Kindheit aus sozialwissenschaftlicher Perspektive. Graz: Grazer Universitätsverlag, S. 23

- Bock, Karin/Schröer, Wolfgang (2020): Schwelende Themen zwischen erziehungswissenschaftlicher Jugendforschung und „gesellschaftlicher“ Jugendpolitik – Generationalität, Institutionalisierung & Jugendrechte, in: Bock, Karin/Grunert, Cathleen/Pfaff, Nicolle/Schröer, Wolfgang (Hrsg.), *Erziehungswissenschaftliche Jugendforschung. Ein Aufbruch*. Wiesbaden: Springer VS, S. 245
- Böhnisch, Lothar (1996): *Pädagogische Soziologie. Eine Einführung*. Weinheim, München: Juventa
- Böhnisch, Lothar/Lenz, Karl/Schröer, Wolfgang (2007): *Sozialisation und Bewältigung. Eine Einführung*. Weinheim, München: Juventa
- Bundesjugendkuratorium (2019): *Zwischenruf: Rechtsanspruch auf Ganztagsbetreuung für Kinder im Grundschulalter*. Berlin, München
- Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) (Hrsg.) (2017): 15. Kinder- und Jugendbericht. Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland. BT-Drs. 18/11050, Berlin
- Eßer, Florian/Baader, Meike S./Betz, Tanja/Hungerland, Beatrice (Hrsg.) (2016): *Reconceptualising Agency and Childhood: New Perspectives in Childhood Studies*. Oxfordshire: Routledge
- Geulen, Dieter (2005): *Subjektorientierte Sozialisationstheorie*. Weinheim, München: Juventa
- Hering, Sabine/Münchmeier, Richard (2000): *Geschichte der sozialen Arbeit. Eine Einführung*. Weinheim, München: Juventa
- Himmelbach, Nicole/Schröer, Wolfgang (2014): Die transnationale Kindheit. In: Baader, Meike S./Eßer, Florian/Schröer, Wolfgang (Hrsg.), *Kindheiten in der Moderne. Eine Geschichte der Sorge*. Frankfurt a.M.: Campus, S. 492
- Hornstein, Walter (2004): Jugendpolitik – wider ihren Ruf verteidigt. Walter Hornstein im Gespräch mit Werner Schefold und Wolfgang Schröer. *DISKURS* (2), S. 45
- Hurrelmann, Klaus/Ulich, Dieter (1991): *Neues Handbuch der Sozialisationsforschung*. Weinheim: Beltz
- Junge, Matthias (2004): Sozialisationstheorien vor dem Hintergrund von Modernisierung, Individualisierung und Postmodernisierung, in: Hoffmann, Dagmar/Merkens, Hans (Hrsg.), *Jugendsoziologische Sozialisationstheorie*. Weinheim, München: Juventa, S. 35
- Kelle, Helga (Hrsg.) (2010): *Kinder unter Beobachtung. Kulturanalytische Studien zur pädiatrischen Entwicklungsdiagnostik*. Opladen u.a.: Budrich
- Lenz, Karl (1998): Zur Biografisierung der Jugend. Befunde und Konsequenzen, in: Böhnisch, Lothar/Rudolph, Martin/Wolf, Barbara (Hrsg.), *Jugendarbeit als Lebensort*. Weinheim, München: Juventa, S. 51
- Maurer, Susanne/Schröer, Wolfgang (2002): “Ich kreise um ...” – Die Bildungstheorie der Mitte am Beispiel Gertrud Bäumer, in: Liegle, Ludwig/Treptow, Rainer (Hrsg.), *Welten der Bildung in der Pädagogik der frühen Kindheit und der Sozialpädagogik*. Freiburg i.Br.: Lambertus, S. 288

- Niemeyer, Christian (2000): Das Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) – eine Bilanz aus historischer Perspektive. *neue praxis* (30/5), S. 437
- Niemeyer, Christian (2003): Sozialpädagogik als Wissenschaft und Profession. Weinheim, München: Juventa
- Otto, Hans-Uwe/Ziegler, Holger (Hrsg.) (2008): Capabilities – Handlungsbefähigung und Verwirklichungschancen in der Erziehungswissenschaft. Wiesbaden: VS Verlag
- Peters, Friedhelm (2020): Der ambivalente Ruf nach Beteiligung, in: v. Wölfel, Ulrike/Redmann, Bernd (Hrsg.), *Bildung am Rande. Warum nur gemeinsam mit Adressat_innen in der Jugendhilfe Bemächtigungsprozesse initiiert werden können*. Weinheim, Basel: Beltz Juventa, S. 73
- Peukert, Detlev J. K. (1986): Grenzen der Sozialdisziplinierung. Aufstieg und Krise der Jugendfürsorge. Köln: Bund
- Rauschenbach, Thomas/Olk, Thomas/Sachße, Christoph (Hrsg.) (1995): Von der Wertgemeinschaft zum Dienstleistungsunternehmen – Jugend- und Wohlfahrtsverbände im Umbruch. Frankfurt a.M.: Suhrkamp
- Sachße, Christoph (2018): Die Erziehung und ihr Recht. Vergesellschaftung und Verrechtlichung von Erziehung in Deutschland 1870–1990. Weinheim, Basel: Beltz Juventa
- Schefold, Werner (2002): Hilfeprozesse und Hilfeverfahren, in: Schröer, Wolfgang/Struck, Norbert/Wolff, Mechthild (Hrsg.), *Handbuch Kinder- und Jugendhilfe*. Weinheim, München: Juventa, S. 1085
- Scheiwe, Kirsten (2009): Vom Objekt zum Subjekt? Kinderrechte zwischen Rechtsrhetorik und Realisierbarkeit. *Zeitschrift für Kindschafts- und Jugendrecht (ZKJ)* (H. 1), S. 7
- Schröer, Wolfgang (1999): Sozialpädagogik und die soziale Frage. Weinheim, München: Juventa
- Schröer, Wolfgang/Struck, Norbert (2020): Kinder- und Jugendpolitik, in: Bollweg, Petra/Buchna, Jennifer/Coelen, Thomas/Otto, Hans-Uwe (Hrsg.), *Handbuch Ganztagsbildung*. Wiesbaden: Springer VS, S. 1495
- Smart, Carol (2007): *Personal life*. Cambridge: Polity Press
- Sutterlüty, Ferdinand (2017): Normative Paradoxien der rechtsstaatlichen Sorge um das Kindeswohl, in: Sutterlüty, Ferdinand/Flick, Sabine (Hrsg.), *Der Streit um Kindeswohl*. Weinheim, Basel: Beltz Juventa, S. 52
- Wapler, Friederike (2017): Das Kindeswohl: individuelle Rechtsverwirklichung im sozialen Kontext. Rechtliche und rechtsethische Betrachtungen zu einem schwierigen Verhältnis, in: Sutterlüty, Ferdinand/Flick, Sabine (Hrsg.), *Der Streit um Kindeswohl*. Weinheim, Basel: Beltz Juventa, S. 14
- Wrase, Michael (2019): Einheitliche Qualitätskriterien für den Ganzttag im Grundschulalter. Möglichkeiten der bundesrechtlichen Umsetzung. Stiftung Mercator. www.stiftung-mercator.de/media/downloads/3_Publikationen/2019/2019_06/Gutachten_Ganzttag_CS6_V11_RZ_digital.pdf (letzter Zugriff: 1.11.2020)

Junge Menschen zur Teilhabe befähigen: Erwartungen an die zukünftige Ausgestaltung der Eigenrechte junger Menschen im SGB VIII

Sybille Nonninger

Das Panel, mit dem die Veranstaltung zum Rechtsstatus junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht abschloss, sollte den Zukunftsperspektiven und Gestaltungsspielräumen gewidmet sein. Mit Blick auf die einschlägige Fachdebatte und erst recht vor dem Hintergrund der Tagung war klar: Es wäre nicht mehr originell, die Zuständigkeit der Kinder- und Jugendhilfe für alle Kinder- und Jugendlichen zu fordern und damit dem Outsourcing einer bestimmten Gruppe junger Menschen aus der Kinder- und Jugendhilfe eine Absage zu erteilen. Deshalb entschied ich mich, für das Panel Aspekte auszuwählen, die aus meiner Sicht bisher zu wenig Aufmerksamkeit erfahren haben oder zumindest nicht konsequent verfolgt werden. Die zugrunde liegende Perspektive ist von dem Ziel bestimmt, junge Menschen zur Teilhabe an der Gesellschaft zu befähigen bzw. dazu, ein gutes, würdiges Leben führen zu können.¹

Rechtsansprüche der Eltern erhalten – Rechtsansprüche der jungen Menschen stärken ...

Das Grundgesetz schreibt den Eltern eine gegenüber dem Staat vorrangige Rolle für das Wohl der Kinder zu (Art. 6 Abs. 2 GG). Ihre rechtlich definierte Funktion korrespondiert mit den sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen, etwa zur Bedeutung früher Bindungen. Indem sie die Grundlage für die weitere Persönlichkeitsentwicklung legen, das Kind emotional „beheimaten“, es als Person wertschätzen und sich ungeteilt für es einsetzen sowie ggf. auch gesellschaftliche Zumutungen (Normalisierungsdruck) von ihm fernhalten, haben die Eltern sogar eine grundlegende Bedeutung für die Befähigung des Kindes zur Wahrnehmung seiner Rechte. Das grundgesetzlich verbrieft Elternrecht soll u.a. sicherstellen, dass die not-

1 Nussbaum, *Frontiers of Justice*, 2006, S. 75-78.

wendige partikulare² Perspektive in der Erziehung und Förderung des Kindes zum Tragen kommt. Vom Kinde aus und auf das Kind hin soll gedacht und gehandelt werden. Es soll verhindert werden, dass die Individualrechte des Kindes auf Entfaltung seiner Persönlichkeit wechselnden Konjunkturen staatlicher Programmatiken, wie sie etwa in der Schulpolitik der Länder beklagt werden (kleine Schule oder Mittelpunktsschule, analytische, synthetische oder integrierte Leselehrmethode, acht oder neun Gymnasialjahre...), anheimfallen.

Als das Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) 1990 in Kraft trat, gehörte ich gleichwohl zu den Kritikern, die es eltern- bzw. familienlastig nannten. Auch wenn ich, um mit Johannes Mürder zu sprechen, dabei eher im Blick hatte,

„dass die öffentliche Hand – hier die Jugendhilfe – sich ihrer Verantwortung entzieht, in diesem Bereich tätig zu sein. Man betont das Elternrecht, meint aber die Verpflichtung der Eltern [angesprochen hatte er zuvor die eigenständige Unterstützung Minderjähriger durch die Jugendhilfe und Minderjährige als zentrale Bezugspunkte von Jugendhilfe; erg. d. Verf.]...dies [bedeutet] in vielen Fällen nichts anderes... als Familien zu überfordern...“³

In der Folge lernte ich zu verstehen, dass ein Kinder- und Jugendhilferecht, welches sich in der Spur des vorrangigen Erziehungsrechts bzw. der -pflicht der Eltern bewegt, auch dem besonderen Blick auf das einzelne Kind, auf seine Persönlichkeit, sein Tempo, auf das unbedingte Interesse an ihm verpflichtet bleibt. Diese Perspektive sollte die Jugendhilfe verteidigen und weiter festigen. Sie gilt für die Jugendhilfe eben auch, wenn Eltern sie in der Realität nur bedingt durchhalten können, und selbst dann, wenn das Kind sich aus dem elterlichen Verantwortungsbereich entfernt und eigene Wege geht. Sie unterscheidet die Kinder- und Jugendhilfe wesentlich von der Schule, die aufgrund ihres institutionellen Auftrags nur begrenzt auf das einzelne Kind schaut (und gegenüber der die Eigenrechte des Kindes deshalb gelegentlich offensiv behauptet werden müssen).

2 „Partikular“ wird hier nach Talcott Parsons als Gegenbegriff zu „universal“ verwendet und spricht damit den Bezug auf eine bestimmte Person an. Auch weitere Merkmale der Parsons'schen „pattern variables“ könnten hier zur Kennzeichnung der typisch elterlichen Handlungsorientierung herangezogen werden, so etwa „diffus“, d.h. die ganze Person betreffend, oder auch die affektive Komponente. *Parsons, Pattern Variables Revisited: A Response to Robert Dubin, American Sociological Review* 1960 (4), S. 468.

3 Mürder, Das neue Jugendhilferecht, *Soziale Praxis* 1991 (10), S. 23.

Gesellschaftliche Integration oder aktuell „Inklusion“⁴ dürften demnach in der Kinder- und Jugendhilfe nicht umgesetzt werden als Anpassung des Kindes an die wechselnden Normalitätsvorstellungen der öffentlichen Mitezierer. Auch damit dies gelingt, sind die Eltern als Garanten der spezifisch partikularen Sicht auf das Kind weiterhin wesentliche und wichtige Partner der Kinder- und Jugendhilfe. An den Rechten der Eltern sollte es in der Kinder- und Jugendhilfe keine Abstriche geben. Ebenso wenig an den vorgeschriebenen offenen und diskursiven Verfahren der Bedarfsfeststellung mit ihnen. Eher sind diese noch weiter zu qualifizieren.

Andererseits ist es heute deutlicher als noch zu Zeiten des Inkrafttretens des SGB VIII, dass die Gestaltungsmacht der Eltern gesellschaftlich begrenzt ist.

„Um...sich ihren Fähigkeiten und Interessen gemäß entfalten zu können, ...sind Kinder und Jugendliche...auf die Schaffung von Gelingens- und Befähigungsbedingungen in öffentlicher und privater Verantwortung angewiesen. Dabei kommt den Eltern nach wie vor... ein wichtiger Stellenwert zu. Neben sie treten jedoch weitere gesellschaftliche Institutionen und Stützsysteme, insbesondere die Kinder- und Jugendhilfe mit ihrem Auftrag, positive Lebensbedingungen und Entwicklungschancen für Kinder und Jugendliche zu schaffen.“,

so der 14. Kinder- und Jugendbericht (2013).⁵

Der 15. Kinder- und Jugendbericht (2017) fordert eine Neuverhandlung der Jugend als Lebensphase und im Zusammenhang damit, „...auch Jugendliche und junge Erwachsene als 'Individuen aus eigenem Recht' zu begreifen...“.⁶

Die öffentliche Verantwortung für die Herstellung dieser Gelingens- und Befähigungsbedingungen erfordert m.E. zusätzlich zur Orientierung

4 Im fachpolitischen Diskurs wird seit einiger Zeit dem Begriff der „Inklusion“ der Vorzug gegeben vor dem der gesellschaftlichen Integration und zwar bezogen auf ganz unterschiedliche Zielgruppen und deren Zugang zur substanziellen Teilhabe an gesellschaftlichen Ressourcen. Das ist vor dem Hintergrund der Bedeutung des Inklusionsbegriffs in der Systemtheorie zwar befremdlich, weil dieser dort eher auf Systeme bezogen und formal beschreibend ist, während der Begriff der sozialen Integration auf tragfähige soziale Bezüge abhebt, die Status und Ressourcen verbürgen. Gleichwohl scheint dieser Integrationsbegriff nicht mehr „aktuell“, d.h. nicht mehr zeitgemäß zu sein. Siehe dazu beispielhaft *Kastl*, Inklusion und Integration – oder: Ist „Inklusion“ Menschenrecht oder eine pädagogische Ideologie? Soziologische Thesen. Vortrag 2012.

5 *BMFSFJ* (Hrsg.), 14. Kinder- und Jugendbericht, BT-Drs. 17/12200, 2013, S. 243.

6 *BMFSFJ* (Hrsg.), 15. Kinder- und Jugendbericht, BT-Drs. 18/11050, 2017, S. 463.

an der idealtypischen elterlichen Perspektive auf das Kindeswohl eine explizite Normierung der Rechte von Kindern und Jugendlichen, damit diese nicht aus dem Blick geraten. Um den substanziellen Bezug auf diese Rechte in allen Aufgabenbereichen der Kinder- und Jugendhilfe zu gewährleisten, sollten sie ausdrücklich im Kinder- und Jugendhilferecht verankert werden, und zwar über den Anspruch auf Förderung in Tagesstätten und durch Kindertagespflege (§ 24 SGB VIII) sowie über die Eingliederungshilfe nach § 35a SGB VIII hinaus. So müsste ein rechtlicher Rahmen entstehen, der als Bezug für die Darstellung unterschiedlicher Interessen und Sichtweisen von Eltern und Kindern ebenso geeignet wäre wie für die Vermittlung der verschiedenen Ansprüche.

Dabei könnte man Wapler⁷ folgend Elternrecht und Kinderrecht als spannungsreiche, aber nicht unversöhnliche Parameter einer relationalen Konzeption des Aufwachsens sehen.

Soweit die besondere Perspektive von Eltern auf ihr Kind fiktiv in die Jugendhilfe verlängert worden ist und sich dort als Ausrichtung auf die Förderungs- und Erziehungsrechte des Kindes wiederfindet, stünde es dem Recht der Eltern auch nicht entgegen, den § 1 Abs. 1 und 3 SGB VIII zu einem tragfähigen Rechtsanspruch weiterzuentwickeln und die jungen Menschen in allen entsprechenden Leistungs- und Aufgabenbereichen des Jugendhilferechts als anspruchsberechtigt zu definieren (und damit als Rechtssubjekte anzuerkennen).

Insbesondere scheint es mir wichtig, den Gehalt des § 1 Abs. 3 Nr. 1 SGB VIII mehr in die Ausgestaltung der Leistungen und Aufgaben einzubeziehen, damit Erziehung und Förderung des jungen Menschen um seiner selbst willen bzw. seine Befähigung zur Teilhabe vorrangige Leitlinien bleiben. So könnte etwa neben dem Anspruch der Eltern auf Hilfe zur Erziehung der Anspruch des Kindes auf Erziehung und Förderung stehen. Letzterer würde die Verfahren der Bedarfsfeststellung und die Leistungen selbst betreffen: sie müssten deutlicher als bisher ausweisen, dass sie junge Menschen als Person in ihrer aktuellen Lebenssituation und Lebenswelt ansprechen und die Förderung ihrer Persönlichkeitsentwicklung als Ziel in den Blick nehmen. Es sollte insoweit eine präzisere Basis dafür geschaffen werden, die Stimme der Adressaten zu hören, ihre Erfahrungen als „Rohstoff Wirklichkeit“ (Negt) in seiner biographischen Komplexität ernst

7 Wapler, Das Kindeswohl: individuelle Rechtsverwirklichung im sozialen Kontext. Rechtliche und rechtsethische Betrachtungen zu einem schwierigen Verhältnis, in: Sutterlüty/Flick (Hrsg.), Der Streit ums Kindeswohl, 2017, S. 45.

zu nehmen und ihren Eigensinn zu respektieren.⁸ Korrespondierend dazu wäre etwa dem jugendtypischen Hilfeanspruch im Bedarfsfall weiterhin auch jenseits der Volljährigkeitsgrenze Rechnung zu tragen.

Kinderrechte als Recht auf Entwicklungsförderung über die Grenzen des Elternhauses hinaus etablieren...

Wenn es auch heute in der Fachdebatte keine Frage mehr ist, dass das SGB VIII nicht nur den Eltern und der Familie gilt, so scheint mir die Kritik an der Elternlastigkeit des SGB VIII in einem zentralen Punkt aber weiterhin berechtigt: Die Kinder- und Jugendhilfe in ihrer derzeitigen Ausrichtung missversteht den Vorrang der Eltern über die positive Konnotation hinaus offenbar auch als unausgesprochene Rechtfertigung dafür, den Kindern nur bedingt Perspektiven zu eröffnen, welche die Möglichkeiten der Eltern überschreiten. Die materiellen, sozialen und kulturellen Ressourcen ohnehin benachteiligter Eltern bleiben letztlich bestimmend für die Rahmung der Leistungen und der Aufgabenwahrnehmung in der Kinder- und Jugendhilfe. Das ist jedenfalls ein Eindruck, der sich angesichts der Entscheidungspraxis von Jugendämtern aufdrängt. Einige Beispiele dafür:

Die Richtlinien des Wartburgkreises für Leistungen nach § 39 SGB VIII stützen die Bemessung der jährlichen Pauschale (140,- €) für Ferienmaßnahmen von Kindern, die Hilfe zur Erziehung in Heimen, sonstigen Wohnformen oder einer Pflegefamilie erhalten, auf die Sozialhilferichtlinien.⁹

Die Kostenübernahme für eine Internatsunterbringung nach § 34 SGB VIII wurde vom Jugendamt u.a. mit der Begründung abgelehnt, das Erreichen eines höheren Schulabschlusses sei nicht Aufgabe der öffentlichen Jugendhilfe.¹⁰

Das VG Minden schreibt in einer Urteilsbegründung,

8 Vgl. *Thiersch*, Die Stimme der AdressatInnen, in: Arbeitsgemeinschaft Jugendhilfe (Hrsg.), Reader Jugendhilfe, 2008, S. 87.

9 *Wartburgkreis*, 1. Änderung der Richtlinie des Wartburgkreises zur Gewährung von einmaligen Beihilfen oder Zuschüssen für in Pflegefamilien und Heimen lebende Kinder, Jugendliche und junge Volljährige gemäß § 39 SGB VIII (Annex-Richtlinie), 2020, S. 11.

10 Vgl. VG Schleswig, Urteil vom 2.10.2002 - 15 A 19/01, juris, Rn. 8.

„dass Hilfe für einen jungen Volljährigen in der Ausgestaltung nach § 35a SGB VIII ebenso wie originäre Eingliederungshilfe nach der letztgenannten Norm nur auf eine angemessene Förderung, nicht aber auf die optimale Hilfe gerichtet ist“¹¹.

Die bayerische Betriebserlaubnisbehörde glaubte, einem Träger die Betriebserlaubnis für eine Mutter-Kind-Einrichtung wegen zu kleiner Gruppen bzw. zu guter Personalausstattung verweigern zu können. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof sah das anders und verwies die öffentliche Jugendhilfe auf die Möglichkeit, ihre Sichtweise von einer möglichen „Unwirtschaftlichkeit“ des Angebots im Wege der Vereinbarungen nach §§ 78a ff. SGB VIII durchsetzen zu können.¹²

Dass hier offenbar bei der Rechtsanwendung in der Kinder- und Jugendhilfe verstärkt die „Minimalleistung“ an die Stelle einer bedarfsge-rechten zukunftsbezogenen Förderung der Adressaten tritt, mag mit der rechtlichen Einordnung der Kinder- und Jugendhilfe in das Sozialgesetzbuch und daraus resultierenden Interferenzen mit entsprechend definierten anderen Sozialleistungen zusammenhängen. Möglicherweise hat sich auch deshalb bei den Vereinbarungen nach §§ 78a ff. SGB VIII eine dominante Orientierung an der Kostenbegrenzung durchgesetzt, so dass Inhalte und vor allem Qualität der Leistungen in den Hintergrund getreten sind. Außerdem haben die Typisierungen, die für die Vereinbarungen erforderlich sind, einen standardisierenden Effekt, mit der möglichen Folge, dass der individuelle Bedarf der jungen Menschen nur noch in den Begriffen des vordefinierten Angebots zum Ausdruck gebracht wird. Die Entscheidung über die Angemessenheit einer Leistung im Einzelfall wird zudem vermutlich durch außerfachliche Gesichtspunkte beeinflusst, etwa durch die private Meinung dazu, was den Hilfeempfängern (im Vergleich zur eigenen sozialen Lage) zusteht oder eben auch nicht.

Alle Kinder- und Jugendberichte der letzten Jahre haben jedenfalls die divergenten sozioökonomischen Bedingungen des Aufwachsens und die daraus erwachsenden unterschiedlichen Entwicklungsmöglichkeiten als Herausforderung zum Thema gemacht. Dass die Jugendhilfe selbst an der Perpetuierung von Ungleichheit beteiligt ist, hat allerdings erst der 14. Kinder- und Jugendbericht klar herausgestellt. Er konstatiert: „Je nachdem, über welche Ressourcen Familien verfügen, sind die Voraussetzungen des Aufwachsens unterschiedlich.“¹³ Und sinngemäß heißt es weiter, dass der

11 VG Minden, Urteil vom 15.11.2013 - 6K 2198/13, openJur 2014, 15607, Rn. 27.

12 Beschluss des BayVGH vom 24.7.2017 - 12 CE 17, 704, Rn. 41-43.

13 *BMFSFJ* (Hrsg.), 14. Kinder- und Jugendbericht, BT-Drs. 17/12200, 2013, S. 243 f.

Anteil an institutionell, das heißt in den Institutionen der Bildung, Betreuung und Erziehung erzeugter Ungleichheit nicht zu unterschätzen sei. Der Abbau sozialer Ungleichheit wird deshalb als zentrale Aufgabe der Institutionen der Bildung, Betreuung und Erziehung gesehen.¹⁴

Die Jugendhilfe müsste zur Einlösung des kindeseitigen Anspruchs auf Erziehung und Förderung von der benachteiligten Lebenssituation abweichende außergewöhnliche Erfahrungs- und Bildungsräume gestalten. Stattdessen unterlegt sie bei der materiellen und personellen Ausgestaltung der Leistungen implizit Vorstellungen von einer dem Status der Familien angemessenen Ausstattung, als ob das Bundesverfassungsgericht mit seinen diversen Entscheidungen zum begrenzten Eingriffsrecht des Staates in die private Erziehung verboten hätte, Eltern und Kindern bestmögliche Jugendhilfeangebote zu machen.

Es gibt bisher noch keine wirkmächtige Programmatik, die dagegenhält. Die klare Konturierung von eigenständigen Ansprüchen der Minderjährigen im SGB VIII könnte in diesem Zusammenhang zumindest Unterstützung für eine gleichberechtigte Teilhabe ungeachtet des sozialen Status der Eltern sein. Basis für eine entsprechende Trendwende wäre die explizite Normierung von Kinderrechten im Grundgesetz, die jetzt in Reichweite zu sein scheint. Es bleibt zu hoffen, dass damit verbunden im Grundgesetz zudem ein klarer Auftrag an den Staat formuliert wird, auch die Voraussetzungen für die Verwirklichung der Kinderrechte sicherzustellen. Dies würde deutlich über den Rahmen des Art. 27 Abs. 3 der UN-Kinderrechtskonvention hinausweisen, der die Vertragsstaaten zu Maßnahmen verpflichtet, um den Eltern und anderen für das Kind verantwortlichen Personen bei der Verwirklichung des Rechts der Minderjährigen auf angemessene Lebensbedingungen zu helfen.

Im SGB VIII könnten dann unter den Vorzeichen der Entwicklungsförderung jene Bemühungen um die Öffnung der Zugänge zu außerschulischen Bildungsangeboten wieder aufgenommen werden, die sich im Rahmen des Bildungs- und Teilhabepakets im SGB II so kümmerlich ausnehmen, nicht zuletzt, weil sie unter dem Signum angeboten werden, das Niveau einer sozialen Mindestsicherung nicht übersteigen zu dürfen. Der Frankfurter Arbeitskreis Armutsforschung schrieb 2010 in einer Stellungnahme zum Entwurf eines Regelbedarfs-Ermittlungsgesetzes (RBEG):

„Wählt man daher den Weg der Bereitstellung von Sachleistungen, wäre ein Rechtsanspruch auf soziokulturelle Förderung am ehesten im

14 *BMFSFJ* (Hrsg.), 14. Kinder- und Jugendbericht, BT-Drs. 17/12200, 2013, S. 418.

SGB VIII und damit im Zuständigkeitsbereich der Kinder- und Jugendhilfe zu verankern. Nur durch den flächendeckenden Ausbau der Infrastruktur an Bildungs- und Förderleistungen kann künftig sichergestellt werden, dass alle Kinder und Jugendlichen die Unterstützung bekommen, die sie brauchen. Und nur im Bereich der Kinder- und Jugendhilfe kann erwartet werden, dass die entsprechenden Entscheidungen fachlich begründet sind.“¹⁵

Rechtsansprüche auf Jugendarbeit und Jugendsozialarbeit einführen...

Korrespondierend mit den Rechtsansprüchen der Eltern und komplementär dazu sollten deshalb im Kinder- und Jugendhilferecht konkrete, die bisherigen objektivrechtlichen Verpflichtungen ergänzende Rechtsansprüche für Kinder und Jugendliche (sowie junge Volljährige) im Bereich der Jugendarbeit und der Jugendsozialarbeit geschaffen werden, nicht zuletzt zur Umsetzung eines Rechts auf Entwicklungsförderung. Sie scheinen mir notwendig, weil die soziale Infrastruktur offenbar nur über den Umweg des subjektiven Rechtsanspruchs mit zureichender Verbindlichkeit geschaffen wird.

Insbesondere soweit deren Haushalte defizitär sind, wird den öffentlichen Jugendhilfeträgern von Seiten der Finanzaufsicht eine Rechtsauffassung aufgedrängt, nach der allenfalls ein harter, individuell einklagbarer Leistungsanspruch zu einer entsprechenden Leistung zwingt, und auch das nur in einem durch Sparaufgaben eng begrenzten Rahmen. Allein durch objektiv-rechtliche Verpflichtungen begründete Infrastrukturangebote werden in der Konkurrenz der Leistungsverpflichtungen als nachrangig bzw. gestaltbar und deshalb als nicht mehr finanzierungswürdig deklariert.

Das Argument, Rechtsansprüche auf Jugendarbeit oder Jugendsozialarbeit seien vor allem angesichts der Bandbreite der jeweiligen Zielgruppen politisch nicht opportun, verdient die Rückfrage, wie ernst man es mit der gesellschaftlichen Verantwortung für das Aufwachsen meint. Kinder brauchen heute zusätzlich Betreuung, Bildung und Erziehung jenseits der Familie, sie brauchen diese aber ebenso wie Jugendliche und junge

15 *Frankfurter Arbeitskreis Armutsforschung*, Menschenwürde, Teilhabe und die scheinbare Objektivität von Zahlen, 2010.

Erwachsene auch außerhalb der institutionell „verzweckten“¹⁶ Kontexte, um sich als Person entwickeln und sich der Gesellschaft zugehörig erfahren zu können. Nicht um die Erfahrung als passive Konsumenten geht es, sondern um die als kreative, innovative und selbstbestimmte Akteure, sei es im öffentlichen Raum oder im vertrauten Kreis der Gleichaltrigen. Junge Menschen brauchen spektakulär neue Erfahrungen, systematische Anregungen zur Auseinandersetzung mit der eigenen Person und zur Entwicklung von Perspektiven für ihr Leben. Sie brauchen die Erfahrung, geschätzt und ernst genommen zu werden. Sie brauchen aber auch Orientierung sowie Unterstützung und Schutz bei den altersnotwendigen Experimenten mit Grenzüberschreitungen. Die Kinder- und Jugendberichte haben das in wechselnden Begrifflichkeiten deutlich gemacht. Es ist längst überfällig, dass daraus politisch Konsequenzen gezogen werden, was die rechtlichen Voraussetzungen angeht und dann auch für den Mitteleinsatz über das volle Spektrum der öffentlichen Verantwortung und damit nicht zuletzt für Jugendarbeit und Jugendsozialarbeit.

Der Sache nach wird das kaum bestritten. Es wird aber auf rechtssystematische Probleme eines subjektiven Anspruchs z.B. auf Jugendarbeit für Minderjährige hingewiesen. Dabei mögen jene im Blick sein, die E.-W. Luthe¹⁷ in einem Beitrag zur Verankerung von Kinderrechten in der Verfassung dargestellt hat.

Luthe sieht zwar durchaus Vorteile eines Grundrechts des Kindes auf Entwicklungsförderung, zugleich aber Probleme, wenn die Wahrnehmung der Grundrechte überwiegend durch Dritte wie die Eltern erfolgen muss. (Er meint im Übrigen, dass in der öffentlichen Diskussion offenbar ohnehin niemand die Kinderrechte mit einem starken Leistungsrecht verbinden wolle. Die Frage ist, ob man Vergleichbares auch für die Jugendarbeit und Jugendsozialarbeit unterstellen muss.) Schwierig ist zweifellos, dass der Gegenstand des Anspruchs wie im Fall der Jugendarbeit nach Inhalt und Form unbestimmt genug sein soll, um Raum für Eigenaktivität und Selbstverantwortung zu eröffnen.

16 Viele der für junge Menschen relevanten gesellschaftlichen Institutionen zur Bildung, Ausbildung, Arbeitsvermittlung etc. sind vorrangig auf gesellschaftliche Zwecke, auf Nützlichkeit im Sinne der Gesellschaft ausgerichtet. Bei der Schule mag das die Ausrichtung auf tatsächlich oder vermeintlich für Wirtschaft und Gesellschaft verwertbares Wissen und entsprechende Kompetenzen sein, für die Arbeitsverwaltung der Zweck, Arbeitskräfte für Mangelberufe bereitzustellen, um zwei Beispiele zu nennen.

17 Luthe, Kinderrechte ins Grundgesetz?, ZKJ 2014, S. 94.

Was rechtlich unter dem Aspekt möglicherweise konfligierender Perspektiven von Eltern und Kindern sowie entsprechender Probleme bei der Wahrnehmung von Kinderrechten durch die Eltern diskutiert wird, ist als Differenz zwischen der Perspektive und vor allem auch der Macht von Erziehern und zu Erziehenden konstitutiv für Erziehung schlechthin und insofern der pädagogischen Kinder- und Jugendhilfepraxis durchaus vertraut. In der Erziehung und Bildung gilt es, diese Differenz fachlich reflektiert „aufzulösen“ zu Gunsten einer bestmöglichen Förderung der angestrebten Autonomie des Kindes. Daran könnte sich auch der Umgang mit dem Problem auf rechtlicher Ebene orientieren.

Natürlich sind Konflikte denkbar, soweit die Wahrnehmung des Rechtsanspruchs der Minderjährigen durch die Eltern erfolgen muss. Bei einem adressatengerecht aufbereiteten, fachlich konturierten Infrastrukturangebot etwa der Jugendarbeit oder Jugendsozialarbeit dürfte dieses nicht zu leugnende grundsätzliche Problem in der Praxis aber an Bedeutung verlieren, weil Eltern sich dem Angebot in der Regel nicht verschließen, wenn ihre Kinder teilnehmen wollen; es sei denn, der Aufwand ist von ihnen nicht zu stemmen. Insofern sollten mögliche Konflikte der beschriebenen Art kein Argument gegen die Einführung eines Rechtsanspruchs der jungen Menschen auf Jugendarbeit bzw. Jugendsozialarbeit sein. Der Anspruch des Kindes auf Förderung in einer Tagesstätte oder in Kindertagespflege ist schließlich auch nicht daran gescheitert. Das Beispiel zeigt vielmehr, dass ein starkes Leistungsrecht möglich ist, wenn es tatsächlich gewollt ist. Was die Bestimmtheit des Kreises der Anspruchsberechtigten angeht, dürfte es ohnehin keine Probleme geben, weil sie durch Altersangaben klar zu definieren sind. Bezüglich der Konkretheit der Rechtsfolgen könnte man zumindest zum Einstieg mit Regelungen operieren, die ergänzend zu den bisherigen objektiven Verpflichtungen dazukommen. So könnte man etwa einen Rechtsanspruch auf eine bis zu dreiwöchige Ferienmaßnahme im Rahmen der Jugendarbeit einführen sowie darüber hinaus ein Recht auf ein entsprechendes außerschulisches Bildungsangebot, etwa von monatlich bis zu sechzehn Stunden für jedes Kind. Zur Finanzierung sollte der Bund mit Blick auf die Schaffung gleichwertiger Bedingungen der Entwicklungsförderung im Land beitragen. Modell könnte hier die Finanzierung der Frühen Hilfen sein.

Diese Vorschläge sind als Impulse für kreative Lösungen gedacht. Im Interesse des Kindes und seiner Entwicklung ist jedenfalls auch über die Schule hinaus ein öffentliches Engagement im Bereich der Bildung, Betreuung und Erziehung erforderlich, das ähnlich unbedingt wie in der Schule erfolgen und damit auch rechtlich abgesichert werden sollte. Der Anspruch sollte in diesem Falle aber nicht der Verfolgung eines institutio-

nellen Zweckes dienen, sondern um des Kindes Willen und der in seinem Interesse erforderlichen „erweiterte[n] Möglichkeitsräume zur Einübung und Realisierung von Fähigkeiten und Kompetenzen“¹⁸ für ein „gutes Leben“ im Sinne von Nussbaum¹⁹ eingeführt werden.

Rechte junger Menschen durch Einmischungsrechte zu ihren Gunsten absichern...

Der Achte Jugendbericht (1990) sah die Jugendhilfaufgaben zu Beginn des 20. Jahrhunderts charakterisiert durch eine „lockere“ Vergesellschaftung. Vor diesem Hintergrund habe sich das in der Zeit der intensiven Erörterung von Kinder- und Jugendfragen zu Beginn des Jahrhunderts diskutierte Konzept einer allgemeinen Jugendpolitik, in der die verschiedenen für Kindheit und Jugend relevanten rechtlichen und gesellschaftlichen Regelungen zusammengefasst werden sollten, nicht durchsetzen können, mutmaßt der Bericht. Im Vergleich zur Zuständigkeit des Staates für das Bildungswesen werde Jugendhilfe als nachrangige Aufgabe wahrgenommen und im Jugendwohlfahrtsgesetz (JWG) deshalb nur im Rahmen einer spezifischen Ressortpolitik kodifiziert. Das JWG sei deshalb quasi ein Jugendamtsgesetz.²⁰ Dieses auf das JWG bezogene Verdikt gilt im Grunde auch für die Praxis nach dem SGB VIII. Die Frage ist aber, ob dies unter den Vorzeichen veränderter gesellschaftlicher Bedingungen und Anforderungen des Aufwachsens auch so bleiben sollte. Wohl nicht, denn schon zehn Jahre nach Inkrafttreten des KJHG bemängelte C. W. Müller, dass die Jugendpolitik zahnlos vor sich hin mümmele und H. U. Otto forderte, die Jugendhilfe habe nach dem KJHG nicht Verwalter der „gesellschaftlich Ausgestoßenen“ zu sein, sondern gesellschaftspolitischer Sachwalter der nachwachsenden Generation.²¹ Der 14. Kinder- und Jugendbericht stellt fest:

„Im Rahmen von weiterhin ressortisierten Teil-Jugendpolitiken ist eine kohärente Politik für Jugend nicht möglich, weil Ressortinteres-

18 Otto, Kinder- und Jugendhilfe neu denken, Neue Praxis 2017 (2), S. 188.

19 Nussbaum, *Frontiers of Justice*, 2006, S. 75-78.

20 Vgl. BMFJ (Hrsg.), 8. Jugendbericht, BT-Drs. 11/6576, 1990, S. 76.

21 Nonninger, Eigenprotokoll der Veranstaltung „10 Jahre KJHG“ aus der Reihe des BMFSFJ „mehr Chancen für Kinder und Jugendliche“ vom 4.-6.10.2000 in Dresden, 2000.

sen und ressortdefinierte Problem- und Lösungsansätze in Konkurrenz zueinander stehen.“²²

Mit Bezug auf die klassische Diskussion um eine ressortübergreifende Politikkonzeption schlägt er ein umfassendes Kinder- und Jugendgesetzbuch vor.²³ „Dieser Vorschlag werde „reflexartig als utopisch zurückgewiesen“, so der 15. Kinder- und Jugendbericht.

„Dennoch müssten wenigstens Spiegelungen in den Gesetzen verankert sein, damit Übergänge gelingen und auch Beteiligungsformen fortgesetzt werden können...“²⁴.

Dieser Impuls sollte für die Weiterentwicklung des SGB VIII fruchtbar gemacht werden. Die absolut kontraproduktiven Effekte der Sanktionspolitik nach dem SGB II gegenüber jungen Menschen sind dafür eigentlich schon Argument genug. Die zahlreichen Widersprüche dagegen und die Problemanzeigen aus der Kinder- und Jugendhilfe haben beim Gesetzgeber bis heute nicht verfangen.

Die Teilhabe von jungen Menschen ist aber auch begrenzt durch gegenläufige Maßnahmen in politischen Gestaltungsbereichen, die auf den ersten Blick nicht so relevant zu sein scheinen für junge Menschen.

Ein Beispiel sind die Folgen der Privatisierungspolitik im Energiebereich oder der Wohnungsbaupolitik, die u.a. die Verselbständigung der jungen Menschen besonders verteuern und damit erschweren.

Das Urheberrecht und die GEMA oder die Künstlersozialversicherung sind zwei weitere Beispiele. In der Praxis haben sie sich als bürokratische und teure Hürden für die Selbstorganisation in Form von Jugendarbeit entwickelt. Intendiert oder nicht, statt kommerzieller Nutznießer werden hier die selbst organisierten jungen Menschen zur Kasse gebeten. Für die jungen Menschen gedachte, ohnehin nur schmale öffentliche Budgets werden so umgeleitet auf Zwecke außerhalb der Kinder- und Jugendhilfe.

In der Kinder- und Jugendhilfe wird das registriert und skandalisiert. Für die Auseinandersetzung mit der Wohnungssituation junger Menschen exemplarisch ist die Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft „Hilfen zur Erziehung“ nach § 78 SGB VIII in Friedrichshain-Kreuzberg (Berlin) vom

22 *BMFSFJ* (Hrsg.), 14. Kinder- und Jugendbericht, BT-Drs. 17/12200, 2013, S. 416.

23 *BMFSFJ* (Hrsg.), 14. Kinder- und Jugendbericht, BT-Drs. 17/12200, 2013, S. 380.

24 *BMFSFJ* (Hrsg.), 15. Kinder- und Jugendbericht, BT-Drs. 18/11050, 2017, S. 458.

23.9.2015 zur Festschreibung verbindlicher Belegungsquoten für Jugendhilfeempfänger in den landeseigenen Wohnungsbaugesellschaften.²⁵

Die Stellungnahme „Viel Amt, viel Ehr? Ehrenamt in der Schieflage-BJR kritisiert Bürokratisierung ehrenamtlicher Tätigkeit in der Jugendarbeit“ des Bayerischen Jugendrings von 2012,²⁶ der als Körperschaft des Öffentlichen Rechts die Aufgaben des Überörtlichen Trägers der Jugendhilfe im Bereich Jugendarbeit in Bayern wahrnimmt, ist, wie der Titel schon ausweist, den bürokratischen Hürden für die selbstorganisierte Jugendarbeit gewidmet.

Die Kinder- und Jugendhilfe verfügt aber letztlich auf keiner Ebene über das Instrumentarium zur wirksamen Beeinflussung solcher Politikbereiche. Vor diesem Hintergrund sollte § 1 Abs. 3 Nr. 4 SGB VIII, nach dem die Jugendhilfe dazu beitragen soll, „positive Lebensbedingungen für junge Menschen und ihre Familien... zu erhalten oder zu schaffen“, mit einer wirksamen Einmischungskompetenz bzw. einem Vetorecht für gegenläufige Regelungen auf allen relevanten Politikebenen (etwa in §§ 79, 82 und 83 SGB VIII) unterlegt werden. Das Instrumentarium des Jugendchecks²⁷ würde dadurch von einem Prüfungs- und Sensibilisierungswerkzeug zu einem wirksamen Instrument für die Durchsetzung von Teilhaberechten junger Menschen.

25 *Arbeitsgemeinschaft „Hilfen zur Erziehung“ nach § 78 SGB VIII in Friedrichshain-Kreuzberg (Berlin)*, Stellungnahme zur Festschreibung verbindlicher Belegungsquoten für Jugendhilfeempfänger in den landeseigenen Wohnungsbaugesellschaften, 2015.

26 *Bayerischer Jugendring*, Stellungnahme „Viel Amt, viel Ehr? Ehrenamt in der Schieflage – BJR kritisiert Bürokratisierung ehrenamtlicher Tätigkeit in der Jugendarbeit“, 2012. Die 2017 eingetretene Verschlechterung der GEMA-Konditionen in der Vereinbarung mit der Bundesarbeitsgemeinschaft Offene Kinder- und Jugendeinrichtungen e.V. hat den Bayerischen Jugendring veranlasst, seine Mitglieder erneut dazu zu befragen. Vermutlich hat die Initiative des Bayerischen Jugendrings den Beschluss des Bayerischen Landtags vom 27.9.2018 „Entbürokratisierung für das Ehrenamt – GEMA-Verfahren auf Bundesebene vereinfachen“ mit beeinflusst, Bayrischer Landtag - Drs. 17/24061, 2018. Ob der Beschluss eine Veränderung zu Gunsten der Jugendarbeit bewirken kann, lässt sich nicht voraussagen.

27 Kompetenzzentrum Jugend-Check (KomJC), Berlin.

Literaturverzeichnis

- Arbeitsgemeinschaft „Hilfen zur Erziehung“ nach § 78 SGB VIII in Friedrichshain-Kreuzberg (Berlin)* (2015): Stellungnahme zur Festschreibung verbindlicher Belegungsquoten für Jugendhilfeempfänger in den landeseigenen Wohnungsbaugesellschaften
- Bayerischer Jugendring* (2012), Stellungnahme „Viel Amt, viel Ehr? Ehrenamt in der Schieflage – BJR kritisiert Bürokratisierung ehrenamtlicher Tätigkeit in der Jugendarbeit“. <https://www.bjr.de/nc/service/presse/details/viel-amt-viel-ehr-ehrenamt-in-der-schieflage-509.html> (letzter Zugriff: 01.11.2020)
- Bayerischer Landtag* (2018): Beschluss vom 27.9.2018: „Entbürokratisierung für das Ehrenamt – GEMA-Verfahren auf Bundesebene vereinfachen“. Landtag Drucks. 17/24061
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Kinder (BMFSFJ)* (Hrsg.) (2013): 14. Kinder- und Jugendbericht. Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland. BT-Drs. 17/12200, Berlin
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Kinder (BMFSFJ)* (Hrsg.) (2017): 15. Kinder- und Jugendbericht. Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in Deutschland. BT-Drs. 18/11050, Berlin
- Bundesministerium für Frauen und Jugend (BMFJ)* (Hrsg.) (1990): Jugendbericht der Bundesregierung: 8. Jugendbericht. Bericht über Bestrebungen und Leistungen der Jugendhilfe. BT-Drs. 11/6576, Bonn
- Frankfurter Arbeitskreis Armutsforschung* (2010): Stellungnahme zum Entwurf eines Regelbedarfs-Ermittlungsgesetzes-RBEG. https://www.nachdenkenseiten.de/upload/pdf/101213_Fachliche_Stellungnahme_SGB_II_und_SGB_XII.pdf (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Kastl, Jörg Michael* (2012): Inklusion und Integration – oder: Ist „Inklusion“ Menschenrecht oder eine pädagogische Ideologie? Soziologische Thesen. Vortrag 2012. https://www.imew.de/fileadmin/Dokumente/Volltexte/FriedrichshainerKolloquien/Kastl_Inklusion_und_Integration_IMEW_Okt2012_END.pdf (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Kompetenzzentrum Jugend-Check (KomJC)*, Berlin. <https://www.jugend-check.de/der-jugend-check/> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Luthe, Ernst-Wilhelm* (2014): Kinderrechte ins Grundgesetz? ZKJ, S. 94
- Münder, Johannes* (1991): Das neue Jugendhilferecht. Soziale Praxis (10), S. 23
- Nonninger, Sybille* (2000), Eigenprotokoll der Veranstaltung „10 Jahre KJHG“ aus der Reihe des BMFSFJ „mehr chancen für kinder und jugendliche“ vom 4.-6.10.2000 in Dresden, unveröffentlicht
- Nussbaum, Martha* (2006): *Frontiers of Justice*. Cambridge: Harvard University Press

- Otto, Hans-Uwe* (2017): Kinder- und Jugendhilfe neu denken. Neue Praxis (2), S. 188. http://kijup-sgbviii-reform.de/wp-content/uploads/2016/07/Otto-H.U.-Kinder-und-Jugendhilfe-neu-denken_Anmerkungen-zu-einer-notwendiger-geseelschaftspolitischen-Kl%C3%A4rung_NP-2_2017.pdf (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Parsons, Talcott* (1960): Pattern Variables Revisited: A Response to Robert Dubin. American Sociological Review 1960 (4), S. 468. <https://www.jstor.org/stable/2092932> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Thiersch, Hans* (2008): Die Stimme der AdressatInnen, in: Arbeitsgemeinschaft Jugendhilfe (Hrsg.), Reader Jugendhilfe. Berlin, S. 87
- Wapler, Friederike* (2017): Das Kindeswohl: individuelle Rechtsverwirklichung im sozialen Kontext. Rechtliche und rechtsethische Betrachtungen zu einem schwierigen Verhältnis, in: Sutterlüty, Ferdinand/Flick, Sabine (Hrsg.), Der Streit ums Kindeswohl. Weinheim, Basel: Beltz Juventa, S. 45
- Wartburgkreis* (2020): 1. Änderung der Richtlinie des Wartburgkreises zur Gewährung von einmaligen Beihilfen oder Zuschüssen für in Pflegefamilien und Heimen lebende Kinder, Jugendliche und junge Volljährige gemäß § 39 SGB VIII (Annex-Richtlinie), S. 11. https://bi.wartburgkreis.de/vo0050.php?__kvonr=3269 (letzter Zugriff: 1.11.2020)

Kinderrechte-basierter Ansatz in der Kinder- und Jugendhilfe: ein reflexives Plädoyer

Thomas Meysen

1. Einleitung: Kinderrechte als Menschenrechte

Kinderrechte nach der Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen (KRK) sind als jedem Kind zustehende Menschenrechte indisponible Grundlagen sowohl gesellschaftlichen Zusammenlebens als auch pädagogischen Handelns in der Kinder- und Jugendhilfe.¹ Kinderrechte verfolgen, wie alle Menschenrechte, den Anspruch, als Maßstab für Politikgestaltung und als Schablone für Gesetzgebung zu dienen² – auch im Recht der Kinder- und Jugendhilfe. So weit, so selbstverständlich. Die Assoziationen, die sich hieraus ergeben, sind indes vielfältig. Zu beobachten ist teilweise eine Tendenz zur Überhöhung der eigenen, weil auf Kinderrechten basierenden, Position bzw. politischen Agenda. Dem stehen gegenüber skeptische Reflexe mit dem Ruf, die Elternrechte nicht zu vernachlässigen.³ Das Bekenntnis zu einer kinderrechte-basierten Kinder- und Jugendhilfe im vorliegenden Beitrag beginnt daher mit einem (selbst-)kritischen Blick auf die Schlagseiten eines Menschenrechtsfokus (Abschnitt 2) und widmet sich von dort der paternalistischen, interdependenten Grundsituation im Verhältnis von Kindern zu ihren Eltern (3). Es folgen Reflexionen zunächst zu den Potenzialen und Limitierungen einer auf Kinderrechten gründenden

-
- 1 Maywald, Recht haben und Recht bekommen. Der Kinderrechtsansatz in der Kinder- und Jugendhilfe, in: Hartwig/Mennen/Schrappner (Hrsg.), *Kinderrechte als Fixstern moderner Pädagogik. Grundlagen, Praxis, Perspektiven*, 2016, S. 29; Maywald, *Der Kinderrechteansatz in Einrichtungen für Kinder – Auswirkungen auf die Qualität pädagogischer Beziehungen*, in: Prengel/Winklhofer (Hrsg.), *Kinderrechte in pädagogischen Beziehungen*. Band 1: Praxiszugänge, 2014, S. 91.
 - 2 Berrick/Dickens/Pösö/Skivenes, Children's involvement in care order decision-making: A cross-country analysis, *Child Abuse & Neglect* 49 (2015), S. 128, 129; Freeman, *The Human Rights of Children*, *Current Legal Problems* 2010 (63), S. 1; Theis, *Promoting Rights-Based Approaches. Experiences and Ideas from Asia and the Pacific*, 2004.
 - 3 Siehe zu Missverständnissen in der Auseinandersetzung mit Kinderrechten Archard, *Children. Rights and Childhood*, 3. Aufl. 2015, S. 93 ff.

Kinder- und Jugendhilfe am Beispiel des Kindeswohlvorrangs (4), sodann zu den ethischen Implikationen von sozialpädagogischen Entscheidungen im Interesse von Kinderrechten (5) sowie zum Recht von Kindern auf Partizipation (6). Der Ausblick bringt die ethischen Dimensionen von Menschenrechten diesseits und jenseits von Justiziabilität ins Gespräch (7).

2. Selbstkritische Adaption von Kinderrechten in der Kinder- und Jugendhilfe

Wer sich auf Menschenrechte beruft, wähnt sich auf der Seite des Richtigen und Guten. Wenn hierbei die Fallstricke, die auf dem Pfad einer Argumentation mit Menschenrechten liegen, keine ausreichende Reflexion finden, kann das Handeln in eine Schieflage geraten. Sichtweisen können zur Selbstgerechtigkeit neigen. Der universelle Geltungsanspruch von Menschenrechten kann dazu führen, dass eine Selbstwahrnehmung aufkommt, die rechtebasierte Argumentation sei dem Diskurs entzogen, weil ihre Legitimation indisponibel sei und die eigene Position vermeintlich über allem stünde. Beziehen sich Fachkräfte in ihrem eigenen Handeln darüber hinaus unmittelbar auf den normativen Rahmen menschenrechtlicher Grundsätze, können sie mit dem geltenden gesetzlichen Rahmen in Konflikt geraten. Sie segeln somit an der Grenze zur Selbstbezogenheit und zu antidemokratischer Selbstüberschätzung, indem sie sich in der Wechselwirkung von Recht und Gesellschaft über den demokratisch legitimierten Gesetzgeber stellen.⁴

Diskurse über Menschenrechte sind im Kern Rechtsdiskurse und als solche vielfältigen Interpretationen, Deutungen und Positionierungen zugänglich. Sie neigen zu einer Dominanz des Rechts und haben damit die Tendenz, einen stärkeren Fokus auf justiziable Rechte (z.B. Rechtsansprüche, effektiver Rechtsschutz) zu legen, was einhergehen kann mit einer Abwertung der ethischen, eher „weichen“ Menschenrechtsdimension (z.B. Würde, Respekt, Selbstbestimmung).⁵ Nehmen sich Politik oder Fachkräfte der Rechte von Kindern an, können Kinder zu Objekten fachlicher Bemühungen und Sorge werden mit der Folge, dass das paternalistische Durchsetzen von Kinderrechten einseitig auf Kosten der Beteiligungs- und

4 *Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe (AGJ)*, Recht wird Wirklichkeit – von den Wechselwirkungen zwischen Sozialer Arbeit und Recht. Positionspapier, 2018, S. 9.

5 *Choudhry/Herring*, European Human Rights and Family Law, 2010, Chapter 3.

Förderrechte geht.⁶ Hieraus kann zudem eine patriarchale Schlagseite erwachsen, weil eher die Verletzung von Menschenrechten im öffentlichen Raum (z.B. Kita, Schule, Beteiligungsrechte im behördlichen oder gerichtlichen Verfahren) ins Blickfeld gerät als in der Privatsphäre (z.B. Familie, Freundeskreis), wo überproportional Frauen von Menschenrechtsverletzungen betroffen sind und das Recht weniger effektiv hineinwirkt.⁷

Außerdem basieren Menschenrechte, auch Kinderrechte, mit ihrem universellen Anspruch auf einer spezifischen westlichen Weltansicht. Diese Prägung läuft Gefahr, kulturelle und örtlich-kontextualisierte Vielfalt zu kolonialisieren.⁸ Außerdem sind Kinderrechte statuiert sowohl in einem politischen Kompromiss als auch in einem Top-Down-Prozess. Sie sind in einer eigenen (Rechts-)Sprache Erwachsener formuliert. Damit entziehen Kinderrechte in gewissem Maß den Akteur*innen die Definitionsmacht über die eigenen Rechte. Dienen Kinderrechte zur Fremddefinition von Problemen, führen sie zu einer Entmachtung durch präskriptive Soziale Arbeit. Im direkten Kontakt mit den Kinderrechte-Inhaber*innen droht sich die Machtdisbalance zur Fachkraft zu vergrößern. Damit ist auch die Verständigung über die Verwirklichung der Rechte sowie über Perspektiven zur Veränderung erschwert.⁹ Wenn wir uns nicht auf die Formen der Äußerung von sowie die Klärung und Einigung mit Kindern und Jugendlichen einlassen und wenn wir ihnen unter der Überschrift „Kinderrechte“ nicht in ihren Räumen, sondern in Räumen der Erwachsenen begegnen (z.B. Kinderparlamente, Hilfeplangespräch am Besprechungstisch im Amt), werden Kinder in Erwachsenenrollen gedrängt. Beteiligung bleibt

6 Biesel, Chancen und Risiken von Kinderrechten im Kinderschutz, in: Hartwig/Mennen/Schrappner (Hrsg.), *Kinderrechte als Fixstern moderner Pädagogik? Grundlagen, Praxis, Perspektiven*, 2016, S. 241, 242 f.; Wolff/Flick/Ackermann/Biesel/Brandhorst/Heinitz/Patschke/Robin, *Children in Child Protection. On the Participation of Children and Adolescents in the Helping Process: An Exploratory Study*, 2016, S. 36 ff.

7 Ife/Tascón, *Human Rights and Critical Social Work: Competing Epistemologies for Practice*, *Social Alternatives* 35 (2016), S. 27 f.

8 Pereira, *Inhuman Rights: The Western System and Global Human Rights Abuse*, 1997.

9 Kelly/Meysen, *Transnationale Grundlagen für ethische Praxis bei Interventionen wegen Gewalt gegen Frauen und Kinder*, 2016, S. 6 ff.; Ife/Tascón, *Human Rights and Critical Social Work: Competing Epistemologies for Practice*, *Social Alternatives* 2016 (35), S. 28 f.

hier schnell in formalem Abarbeiten von Verfahrensvorgaben, in Rechten auf dem Papier oder in Symbolpolitik stecken.¹⁰

3. *Paternalistische Grundsituation: werdendes, kompetentes und schutzbedürftiges Kind*

Kindheit ist gekennzeichnet von einer paternalistischen Grundsituation.¹¹ Kinder sind immer auch werdende Kinder und als solche auf elterliche Fürsorge angewiesen, haben ein Recht darauf, dass Erwachsene für sie Entscheidungen treffen (Art. 5 KRK).¹² Kinder sind abhängig und erlangen erst fortschreitend Selbstständigkeit.¹³ Nach dem Grundverständnis der Kinderrechtskonvention dient die Abhängigkeit des Kindes beim Aufwachsen nicht etwa als Legitimation für die Nichtgewährung von Rechten, sondern stimuliert vielmehr die Anerkennung der spezifischen Fähigkeiten und ihrer Förderung.¹⁴ Dieses Anerkenntnis, dass Kinder auf paternalistisches Handeln angewiesen sind und dass dieses Bedürfnis in der UN-Kinderrechtskonvention kinderrechtlich hinterlegt ist, ist weder eine „Provinzialisierung der Kinderrechte“¹⁵ noch spricht sie Kindern die Selbstbestimmungsfähigkeit ab.

Denn Kinder jeden Alters sind nicht nur werdende, sondern immer auch gleichzeitig kompetente Kinder, sind mit spezifischen Interessen und Fähigkeiten ausgestattet¹⁶ und zu selbstbestimmtem Handeln fähig. Sie haben einen eigenen Willen und sind mit personaler Autonomie ausgestattet, Entscheidungen für sich zu treffen.¹⁷ Dagegen spricht auch nicht der Umstand, dass Erwachsene die kindlichen Willensäußerungen nicht

10 Freeman, *The Human Rights of Children, Current Legal Problems* 2010 (63), S. 1, 43 f.

11 Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl*, 2015, S. 394 ff.

12 Zu einer Sichtweise auf die UN-Kinderrechtskonvention als antipaternalistisches Übereinkommen siehe Clark, *Familiarismus und Anti-Paternalismus in der UN-Kinderrechtskonvention*, *Soziale Passagen* 2014, S. 237.

13 Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, 3. Aufl., 2009.

14 *Committee on the Rights of the Child*, *Implementing child rights in early childhood*, General Comment No. 7, 2005 (CRC/C/GC/7/Rev.1).

15 Liebel, *Paternalismus im Namen des Kindeswohls. Auf dem Weg zu einer Provinzialisierung der Kinderrechte?*, *SLR* 2018 (76), 22 ff.

16 *Committee on the Rights of the Child*, *Implementing child rights in early childhood*, General Comment No. 7, 2005 (CRC/C/GC/7/Rev.1).

17 Freeman, *The Human Rights of Children, Current Legal Problems* 2010 (63), S. 1, 9 ff.; Juul, *Das kompetente Kind: Auf dem Weg zu einer neuen Wertgrundlage für*

immer (ohne weiteres) verstehen. Wie stets in zwischenmenschlichen Nahbeziehungen bedeutet dies zwar nicht, dass sich der Wille des Kindes im Sinne eines libertären Verständnisses jederzeit so weit wie möglich durchsetzen müsste oder dass sich im familiären Alltagsgeschehen alles am Wohl des Kindes auszurichten habe.¹⁸ Aber das Kind als kompetentes Kind hat ein Recht, dass seine Interessen, Sichtweisen und sein Wille auch in pädagogischen Beziehungen vollwertige Geltung beanspruchen. Kindheit kann als besondere Lebensphase hierbei nicht mit dem Erwachsensein gleichgesetzt werden.¹⁹ Nichtsdestominder sind Kinder Menschen mit gleichen Rechten.²⁰

Eine Konsequenz der paternalistischen Grundsituation ist, dass das Ausmaß der Fremdbestimmung in den Händen derjenigen verbleibt, die mit definitorischer Macht für das Kind ausgestattet sind.²¹ Zum werdenden und kompetenten Kind tritt als dritte Dimension daher das schutzbedürftige Kind. Die Machtunterschiede und Abhängigkeitsverhältnisse während der Kindheit rücken den Staat in die Verantwortung zum Schutz von Kindern (Art. 19 KRK). Er ist ethisch und kinderrechtlich legitimiert, über die Wahrung eines Mindestmaßes an körperlicher und seelischer Integrität²² sowie einer Achtung von Würde und Selbstrespekt²³ zu wachen.²⁴ Die konkreten Schwellen für Eingriffe werden als Ergebnis eines Verständigungsprozesses gezogen, in welchem Recht zu gesellschaftlicher Wirklichkeit wird und umgekehrt gesellschaftliche Wirklichkeit die Gestaltung

die ganze Familie, 2003; *Schickhardt*, Kinderethik: Der moralische Status und die Rechte der Kinder, 2012.

18 So generalisiert anhand einer am Beispiel von medizinischen Eingriffen entwickelten Konstruktion *Schickhardt*, Kinderethik: Der moralische Status und die Rechte der Kinder, 2012.

19 *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 401 f.

20 *Krappmann*, Vorwort: Die Qualität pädagogischer Beziehungen, gegründet in den Rechten des Kindes, in: *Prenzel/Winklhofer* (Hrsg.), Kinderrechte in pädagogischen Beziehungen, Band 2: Forschungszugänge, 2014, S. 11, 13; *Winklhofer*, Partizipation und die Qualität pädagogischer Beziehungen, in: *Prenzel/Winklhofer* (Hrsg.), Kinderrechte in pädagogischen Beziehungen. Band 1: Praxiszugänge, 2014, S. 57, 67 f.

21 *Liebel*, Kinderinteressen. Zwischen Paternalismus und Partizipation, 2015.

22 *Brumlik*, Advokatorische Ethik: Zur Legitimation pädagogischer Eingriffe, 2004.

23 *Ziegler*, Unerbetene Hilfen. Versuch einer Begründung einiger Kriterien zur Legitimation paternalistischer Eingriffe in der Sozialen Arbeit, Soziale Passagen (6/2), 2014, S. 253, 270.

24 Zur grundrechtlichen Schutzpflicht siehe die Beiträge von *Schuler-Harms* und *Kriewald* in diesem Band.

und Auslegung des Rechts beeinflusst.²⁵ Bei dieser Verständigung bleibt das schutzbedürftige Kind stets Kind seiner Eltern, trägt die Interessenskonflikte zwischen seinem Recht auf Schutz vor einer Trennung von seiner Familie (Art. 9 KRK) und seinem Recht auf Schutz vor Gewalt (Art. 19 KRK) in sich.²⁶ Fachkräfte als Vertreter*innen der staatlichen Wacht sind folglich gefragt, die Vielfalt der Interessen verantwortungsbewusst, reflexiv und nicht-diskriminierend in Aushandlung zu bringen.²⁷

4. Kindeswohlvorrang: Potenziale und Limitierungen

„Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, [...] ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist“, so Art. 3 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention – allgemein als „Kindeswohlvorrang“ bezeichnet. Im Familienrecht wird diese kinderrechtliche Zentralnorm aufgegriffen im Kindeswohlprinzip, wonach das Familiengericht im Zweifel die Entscheidung zu treffen hat, die „dem Wohl des Kindes am besten entspricht“ (§ 1697a BGB). Eine Definition, was unter Kindeswohl, dem „best interest of the child“ oder „intérêt supérieur de l'enfant“, zu verstehen ist, findet sich indes weder im internationalen noch deutschen Recht. Zum einen liegt dies im Erziehungsprimat der Eltern begründet, einem Wesensmerkmal von Staaten mit freiheitlich-demokratischen Grundordnungen.²⁸ Die Offenheit des Begriffs trägt dem Umstand Rechnung, dass das Recht auf Grenzen stößt, die Individualität kindlicher Entwicklung, familiärer Beziehungen und elterlicher Fürsorge allgemeingültig zu rahmen.²⁹ Zum anderen ermöglicht sie, dass sich nahezu alle Länder der Welt dem Kindeswohlvorrang durch ihre Ratifikation der UN-Kinderrechtskonvention verschreiben konnten. Auf der Schattenseite limitiert allerdings die Unschärfe

25 *Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe – AGJ*, Recht wird Wirklichkeit – von den Wechselwirkungen zwischen Sozialer Arbeit und Recht. Positionspapier, 2018.

26 *Meysen/Lohse*, Zu früh oder zu spät im Kinderschutz. Aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Sorgerechtsentzügen. Frühe Kindheit, 2015 (3), S. 23 ff.

27 *Dallmann/Volz*, Ethik in der Sozialen Arbeit, 2013, S. 74 f.; *Akhtar*, Mastering Social Work Values and Ethics, 2013.

28 *Meysen/González Méndez de Vigo*, Kindeswohlvorrang nach Art. 3 KRK und unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, FORUM Jugendhilfe 2013 (4), S. 24.

29 *Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe – AGJ*, Recht wird Wirklichkeit – von den Wechselwirkungen zwischen Sozialer Arbeit und Recht. Positionspapier, 2018, S. 10.

des „Grenzobjekts“³⁰ Kindeswohl dessen Justiziabilität.³¹ Daran ändern auch Versuche nichts, der Unschärfe mit einer Forderung nach „größtmöglicher Effektivität“ des Kindeswohlvorrrangs³² zu begegnen. Solche Vorstöße verlieren sich leicht in einem folgenlosen normativen Appell.³³ Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes erhöht die Fassbarkeit daher mit einer Auslegung,³⁴ wonach der Begriff des Kindeswohls mit „sämtlichen sich aus der Konvention ergebenden Rechten und Verpflichtungen in Einklang steht und ihre Realisierung fördert“.³⁵ Die einzelnen Kinderrechte konkretisieren also im Zusammenspiel mit den Vorstellungen des Kindes den herausragend zu beachtenden Abwägungsbelang des Kindeswohls.

Stellen sich Gesetzgebung und Praxis bei ihren Entscheidungen dem Wohl des Kindes, stehen sie vor prognostischen Fragen. Die Auswirkungen von Gesetzen oder fachlichen Entscheidungen auf das Kindeswohl ist in vielen Fällen aber nicht oder nur begrenzt vorhersehbar. Dies gilt bspw. für die Fragen, ob nach einer Trennung die gemeinsame oder alleinige elterliche Sorge von Kindern dem Wohl des Kindes besser dient³⁶ oder ob, in welchem Umfang und bei welcher Qualität die Förderung eines 18 Monate alten Kindes in einer Tageseinrichtung oder Kindertagespflegestelle noch dem Wohl des Kindes entspricht.³⁷ Verbleibt aufgrund der

30 Scheiwe, Das Kindeswohl als Grenzobjekt – die wechselhafte Karriere eines unbestimmten Rechtsbegriffs, in: Hörster/Königeter/Müller (Hrsg.), Grenzobjekte. Soziale Welten und ihre Übergänge, 2013, S. 209 ff.

31 Choudhry/Herring, European Human Rights and Family Law, 2010, Chapter 3, S. 26.

32 Lorz, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung, 2003, S. 69.

33 Kläsener/Ziegler, Das Kindeswohl – eine ‚abscheuliche Phrase‘, in: Bestärken und Einsperren – Kindeswohl als Kindeswohlgefährdung?, Widersprüche 2018 (38, 149), S. 29, 32 ff.

34 Freeman, in: Alen et al., A Commentary on the United Nations Convention in the Rights of the Child – Art. 3 The best interest of the Child, 2007, S. 27, 32.

35 Alston (Hrsg.), The Best Interests of the Child: reconciling culture and human rights, 1994, S. 15 f.; Cremer, in: BT-Drucks. 17/9187, S. 7.

36 Salzgeber/Fichtner, Sachverständigengutachten zum Sorgerecht bei nicht miteinander verheirateten Eltern, FamRZ 2011, S. 945; Walper/Langmeyer/Schutter, Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern: Zusammenfassung und Fazit, in: Jurczyk/Walper (Hrsg.), Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern. Empirische Studien und juristische Expertisen, 2013, S. 345, 354 ff.

37 Kindler, Operationalisierungen von Kindeswohl und Kindeswohlgefährdung in den Sozial- und Humanwissenschaften, in: Katzenstein/Lohse/Schindler/Schönecker (Hrsg.), Das Recht als Partner der Fachlichkeit in der Kinder- und Jugendhil-

konkreten Thematik eine Prognoseunschärfe, ist in Gesetzgebung und Praxis immer wieder Überformung zu beobachten. Ein Phänomen ist, dass die Entscheider*innen mangels wissenschaftlich basierter Orientierung auf eigene Wertvorstellungen zurückgeworfen werden. Daneben ist zu beobachten, dass die Rechte und Interessen anderer Beteiligter nicht selbst zur Sprache gebracht, sondern mit dem Kindeswohl begründet werden. So kann das Kindeswohlprinzip dazu führen, dass in Umgangsstreitigkeiten die eigenen Interessen von Eltern nicht explizit, sondern nur „über Eck“ als Forderung zum Wohl des Kindes eingebracht werden. Auch Pflegeeltern dringen mit ihren Interessen häufig nur schwer durch und weichen zu einer Stellvertreterargumentation über das Kindeswohl aus.

Bei aller notwendigen Reflexivität im Umgang und bei der Annäherung von Praxis und Politik an das Wohl eines einzelnen Kindes, einer Gruppe von Kindern oder von Kindern insgesamt gilt es, das Bewusstsein für das Kindeswohl als Belang mit herausragender Bedeutung nicht zu verwässern oder zu verlieren. Konfligieren Rechte von Eltern und Kindern, ergibt sich jedenfalls ein grundsätzliches Prä für das Kindeswohl. Ihm ist erhebliches Gewicht zu geben und sowohl Gesetzgeber als auch Entscheider*innen sollen das Kindeswohl als bedeutenden Belang aufmerksam, wachsam und sensibel achten.³⁸ Im Übrigen gelingt die Konkretisierung am ehesten anhand einer Auseinandersetzung mit dem Willen des Kindes, einer differenzierten Wahrnehmung der Interessen und einer Sortierung von Interessen sowie Sichtweisen der verschiedenen Akteur*innen beim systemischen Geschehen von Erziehung, Förderung und dem Schutz von Kindern.

5. Sozialpädagogisches Entscheiden im Interesse von Kinderrechten

Fachkräfte in der Kinder- und Jugendhilfe sind alltäglich aufgefordert, Entscheidungen zum Wohl eines Kindes zu treffen. Sie sind konfrontiert mit Prognoseunsicherheiten und haben über das Geschehen in der Familie und im Leben des Kindes immer zu viel und gleichzeitig zu wenig Informationen.³⁹ Kinder- und Jugendhilfe findet statt in einem nicht-klinischen

fe, 2018, S. 181, 187 ff.; Zur Verknüpfung von entwicklungspsychologischer Forschung mit dem Kindeswohl *Meysen/Beckmann*, Rechtsanspruch U3: frühkindliche Förderung in Kita und Kindertagespflege, 2013, Rn. 196 ff.

38 *Freeman*, The Human Rights of Children, Current Legal Problems 2010 (63), S. 1, 32.

39 *Ackermann*, Über das Kindeswohl entscheiden. Eine ethnographische Studie zur Fallarbeit im Jugendamt, 2017, S. 173 ff.

Setting mit sich bewegenden Kooperationspartner*innen in den Familien („moving targets“).⁴⁰ Sie arbeitet in Respekt vor der Einzigartigkeit ihrer Adressat*innen, deren Selbstkonstruktionen und Lebenssituation (§ 9 SGB VIII). Professionalität in der Kinder- und Jugendhilfe manövriert bei Entscheidungsfindungen in der Beziehungsarbeit mit den Adressat*innen durch Wertekonflikte und Unsicherheiten. Fachliches Handeln entfaltet sich daher in intuitiver Prozesshaftigkeit und qualifiziert sich in reflexiver Praxis.⁴¹

Wenn die Kinder- und Jugendhilfe in das Leben von jungen Menschen und ihren Familien tritt, wirkt sie auf die Interessen von Kindern sowie Erziehungspersonen und auf Erziehung ein.⁴² Dies bedarf einer besonderen Legitimation. Die Adressat*innen der Kinder- und Jugendhilfe haben ein Recht darauf, dass die Fachkräfte der Kinder- und Jugendhilfe nicht eigene Sichtweisen und Wertevorstellungen zur Geltung bringen, sondern dass ihr Handeln fachlich fundiert ist. Im Professionalitätsdiskurs psychosozialer Berufe wird daher eine „disziplinierte Subjektivität“ gefordert.⁴³ Die Beziehungsarbeit in der Kinder- und Jugendhilfe macht das Geschehen notwendig zu einem subjektiven, in dem sich auch die Fachkräfte als Person einbringen. Entscheidungen und das methodische Handeln bedürfen jedoch einer Rückbindung an explizite, fachlich mit Erkenntnis der jeweiligen Disziplin hinterlegte Argumentation. Erst ein strukturierter Zugang zu „rational“ reflektierter Begründung im Umfeld des Subjektiven ermöglicht den Nachweis einer sorgfältigen und bewussten Würdigung der Menschenrechte der Adressat*innen.⁴⁴ Das Verfahren der Bedarfsklärung, insbesondere im Kinderschutz, trägt das Risiko, dass es sich von den Betroffenen entkoppelt und verstärkt der eigenen Absicherung zuwendet.⁴⁵ Hier wird Fachlichkeit in der Kinder- und Jugendhilfe aufgefordert sein,

40 Bode/Turba, Organisierter Kinderschutz in Deutschland. Strukturdynamiken und Modernisierungsparadoxien, 2014, S. 352 ff.

41 Schön, The Reflective Professional. How Professionals Think in Action, 1983, S. 50; Tobin, Justifying Children's Rights, 2013, S. 395, 411.

42 Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe – AGJ, Recht wird Wirklichkeit – von den Wechselwirkungen zwischen Sozialer Arbeit und Recht. Positionspapier, 2018.

43 Erikson, The Nature of Clinical Evidence, in: Lerner (Hrsg.), Evidence and Inference, 1959, S. 73, 77; Schön, The Reflective Professional. How Professionals Think in Action, 1983, S. 116 ff.

44 Duffy/Taylor/Mc Call, Human Rights and Decision-making in Child Protection through Explicit Argumentation, Child Care in Practice 2006 (2), S. 81 ff.

45 Berrick, The impossible imperative. Navigating the competing principles of child protection, 2017, S. 25 ff.

eine Balance zu finden zwischen einerseits ausreichend Raum für Selbstbestimmung, Verständigung und Arbeitsbündnisse mit ihren Adressat*innen und andererseits ausreichender Sicherung der Reflexivität durch Verfahren und der Beachtung fachlicher Erkenntnis durch orientierende Vorgaben.⁴⁶

6. Partizipation von Kindern – ein weites Feld

Ein kinderrechte-basierter Ansatz achtet nicht nur den Dreiklang des werdenden, kompetenten und schutzbedürftigen Kindes, sondern rückt Kinder in eine Rolle als Mitgestalter. Er fordert die Erwachsenen zur Einbeziehung der Meinung des kompetenten Kindes auf, verpflichtet in Gerichts- und Verwaltungsverfahren zur Anhörung des Kindes, belässt das Kind jedoch als werdendes in der Hand der Erwachsenen, die seine „Meinung angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife“ berücksichtigen sollen (Art. 12 KRK). Erwachsene sollen den Meinungen und Sichtweisen der Kinder im Sinne eines fortlaufenden Prozesses gebührendes Gewicht geben.⁴⁷ So die Konzeption der UN-Kinderrechtskonvention, die sich in der Praxis mit einer häufig zu beobachtenden Ambiguität der Fachkräfte gegenüber der Beteiligung von Kindern spiegelt.⁴⁸

Die Wirklichkeit der Kindesanhörung ist indes vielfältig. Das Zuhören Erwachsener knüpft auch bei respektvoller Aufmerksamkeit mitunter nur bedingt an kindlichen Ausdrucksformen und Kommunikationspotenzialen an oder geht an diesen sogar vorbei. Anschaulich dokumentiert ist dies bspw. in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in welcher die Pflicht zur Kindesanhörung im familiengerichtlichen Verfahren damit begründet wird, dass das Kind, wenn es vom Familiengericht angehört worden wäre, „nicht nur das tatsächliche Verhältnis zu seiner leiblichen Mutter beschrieben, sondern auch seinen Willen kundgetan und zu seinen Neigungen und Bindungen sowie zu seiner Integration in die Pflegefamilie vorgetragen hätte“⁴⁹. Mit einem verlässlichen Anhören ist eine Beteili-

46 Kelly/Meysen, Transnationale Grundlagen für eine ethische Praxis bei Interventionen wegen Gewalt gegen Frauen und Kinder. Cultural Encounters in Interventions Against Violence (CEINAV), 2016, S. 6; *Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe – AGJ*, Recht wird Wirklichkeit – von den Wechselwirkungen zwischen Sozialer Arbeit und Recht. Positionspapier, 2018, S. 13 ff.

47 *Committee on the Rights of the Child*, The right of the child to be heard. General Comment No. 12, 2009, Ziff. 132 f. (CRC/C/GC/12).

48 Kosher/Ben-Arieh/Hendelsman, Children's Rights and Social Work, 2016, S. 38 ff.

49 BVerfG, Beschluss v. 14.8.2001 - 1 BvR 310/98, Rn. 12.

gung von Kindern entgegen der zitierten Annahmen jedoch noch nicht gewährleistet. Ein Verstehen und Interpretieren der kindlichen Äußerungen ist für Erwachsene anspruchsvoll und voraussetzungsvoll, bedarf Kenntnisse über kindliche Entwicklung, Ambivalenzen und Verarbeitungsprozesse und regelmäßige Zeit, um die Anliegen hinter den geäußerten Worten, die Gefühle, Wünsche und Kontexte, verstehen zu können.⁵⁰

Die Erwartung der Erwachsenen an die Anhörung kann sich auf die Informationssammlung und Beweiserhebung beschränken und Beteiligung utilitaristisch für die eigene Entscheidungsfindung nutzbar machen.⁵¹ Kinder erwarten, dass sich aus dem Hören unmittelbare Konsequenzen und Handlungen ergeben.⁵² Erwachsene stehen vor der Frage, ob sie nach dem Anhören als Interessenvertreter*innen die Belange einbringen oder ob sie die Kinder und Jugendlichen beim Vertreten der eigenen Interessen pädagogisch begleiten. Soll Beteiligung und Anhörung nicht nur symbolisches Abarbeiten einer formalen Menschenrechtsvorgabe sein, bedarf es jedenfalls Räume für (Mit-)Gestaltung des eigenen Lebens durch die Kinder als Rechteinhaber*innen; ansonsten verkommt die Anhörung leicht zur reinen Legitimation für Fremdbestimmung.⁵³ Fachkräfte in der Kinder- und Jugendhilfe sind gefragt, auch bei „umzäunter Freiwilligkeit“ die Potenziale für selbstbestimmtes Handeln aufzuzeigen.⁵⁴

-
- 50 Skivenes/Sørsdal, The Child's Best Interest Principle across Child Protection Jurisdictions, in: Falch-Erikson/Backe-Hansen (Hrsg.), Human Rights in Child Protection. Implications for Professional Practice and Policy, 2018, S. 59, 68 u. 71.
- 51 Berrick/Dickens/Pösö/Skivenes, Children's involvement in care order decision-making: A cross-country analysis, Child Abuse & Neglect 2015 (49), S. 128, 130.
- 52 Kriener/Lenkenhoff, Gesagt getan? – Zur Partizipation von Kindern und Jugendlichen in der Hilfeplanungspraxis (§ 36 SGB VIII), in: Hartwig/Mennen/Schraper (Hrsg.), Kinderrechte als Fixstern moderner Pädagogik? Grundlagen, Praxis, Perspektiven, 2016, S. 96 ff.; Freeman, The Human Rights of Children, Current Legal Problems 2010 (63), S. 1.
- 53 Winklhofer, Partizipation und die Qualität pädagogischer Beziehungen, in: Prengel/Winklhofer (Hrsg.), Kinderrechte in pädagogischen Beziehungen. Band 1: Praxiszugänge, 2014, S. 57, 63 ff.
- 54 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.

7. *Menschen-/Kinderrechte als Basis und Linse: diesseits und jenseits von Justiziabilität*

Für die Praxis sind Menschen-/Kinderrechte eine Linse. Fachkräfte in der Kinder- und Jugendhilfe schauen durch sie auf die Lebenswelt von Kindern, Eltern und Familien. In einer rechesensiblen Praxis bringen Fachkräfte ihre Fachlichkeit ins Gespräch mit den Expert*innen für das eigene Leben, treten mit ihren Adressat*innen in Kontakt und Beziehung, interessieren sich für deren Erfahrungen, Sichtweisen, Wünsche und Sorgen.⁵⁵ Sie bringen sich ein, um selbstbestimmte Teilhabe zu ermöglichen und die Entwicklung von Kindern zu fördern. Organisationsverantwortliche in der Kinder- und Jugendhilfe, einem hoch menschen-/kinderrechtssensiblen Bereich, sind daher aufgefordert, bei ihren Gestaltungsaufgaben sowohl ausreichend Ressourcen bereitzustellen als auch Abläufe und Strukturen zu schaffen, in denen genügend Raum bleibt für die selbstbestimmte Verwirklichung der eigenen Interessen und Rechte. Es bedarf einer Organisationskultur, die nicht von Schuldzuweisungen bzw. deren Vermeidung geprägt ist, damit nicht allein die Normative der Organisation dominieren, sondern sich Neugier für die Eigensinnigkeit, die Wünsche und den Willen der Adressat*innen entfalten kann.⁵⁶ Menschen-/Kinderrechte sind die Basis, auf dem Gesetze, Politikgestaltung und Praxis aufbauen, und Maßstab, an dem sie zu messen sind.⁵⁷

Die Verwirklichung von Menschen-/Kinderrechten erfolgt auf allen drei Ebenen von Praxis, Organisation und Politik, sowohl diesseits als auch jenseits von Justiziabilität. Sie kommt in reflexiv-abwägendem und partizipativ-transparentem Entscheiden zum Ausdruck. Kinderrechte-basierte Kinder- und Jugendhilfe umfasst daher nicht nur ermöglichende, hilfreiche und gegebenenfalls schützende Handlung, sondern auch fürsorgliche und respektvolle Haltung.⁵⁸

55 Kelly/Meysen, *Transnationale Grundlagen für ethische Praxis bei Interventionen wegen Gewalt gegen Frauen und Kinder*, 2016, S. 11 f.

56 Munro/Turnell, *Re-designing Organizations to Facilitate Rights-Based Practice in Child Protection*, in: Falch-Erikson/Backe-Hansen (Hrsg.), *Human Rights in Child Protection. Implications for Professional Practice and Policy*, 2018, S. 89, 91 ff.

57 Theis, *Promoting Rights-Based Approaches. Experiences and Ideas from Asia and the Pacific*, 2004.

58 Kelly/Meysen, *Transnationale Grundlagen für ethische Praxis bei Interventionen wegen Gewalt gegen Frauen und Kinder*, 2016, S. 3.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Timo (2017): Über das Kindeswohl entscheiden. Eine ethnographische Studie zur Fallarbeit im Jugendamt. Bielefeld: transcript
- Akhtar, Farrukh (2013): *Mastering Social Work Values and Ethics*. London, Philadelphia: Jessica Kingsley
- Alston, Philip (Hrsg.) (1994): *The Best Interests of the Child: reconciling culture and human rights*. Oxford: Clarendon Press
- Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe (AGJ) (2018): *Recht wird Wirklichkeit – von den Wechselwirkungen zwischen Sozialer Arbeit und Recht*. Positionspapier
- Archard, David (2015), *Children. Rights and Childhood*, (3. Aufl.). Oxon, New York: Routledge
- Berrick, Jill Duerr (2017): *The impossible imperative. Navigating the competing principles of child protection*. Oxford: University Press
- Berrick, Jill Duerr/Dickens, Jonathan/Pösö, Tarja/Skivenes, Marit (2015): *Children's involvement in care order decision-making: A cross-country analysis*. *Child Abuse & Neglect* (49), S. 128
- Biesel, Kay (2016): Chancen und Risiken von Kinderrechten im Kinderschutz, in: Hartwig, Luise/Mennen, Gerald/Schrapper, Christian (Hrsg.), *Kinderrechte als Fixstern moderner Pädagogik? Grundlagen, Praxis, Perspektiven*, S. 241
- Bode, Ingo/Turba, Hannu (2014): *Organisierter Kinderschutz in Deutschland. Strukturdynamiken und Modernisierungsparadoxien*. Wiesbaden: Springer VS
- Brumlik, Micha (2004): *Advokatorische Ethik: Zur Legitimation pädagogischer Eingriffe*. Berlin: Philo Verlag
- Choudhry, Shazia/Herring, Jonathan (2010): *European Human Rights and Family Law*. Oxford: Hart Publishing
- Clark, Zoe (2014): Familiarismus und Anti-Paternalismus in der UN-Kinderrechtskonvention. *Soziale Passagen* (6/2), S. 237
- Committee on the Rights of the Child (2005): *Implementing child rights in early childhood*, General Comment No. 7 (CRC/C/GC/7/Rev.1)
- Committee on the Rights of the Child (2009): *The right of the child to be heard*, General Comment No. 12 (CRC/C/GC/12)
- Cremer, Hendrik (2013): *Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Abgeordneten Rüdiger Veit, Gabriele Fograscher, Wolfgang Gunkel, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Situation Minderjähriger im Aufenthalts- und Asylverfahrensrecht am 15.4.2013*. Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte
- Dallmann, Hans-Ulrich/Volz, Fritz Rüdiger (2013): *Ethik in der Sozialen Arbeit (Grundlagen Sozialer Arbeit)*. Frankfurt a. M.: Wochenschau Verlag

- Duffy, Joe/Taylor, Brian/Mc Call, Susannah (2006): Human Rights and Decision-Making in Child Protection through Explicit Argumentation. *Child Care in Practice* (2), S. 81
- Erikson, Erik H. (1959): The Nature of Clinical Evidence, in: Lerner, Daniel (Hrsg.), *Evidence and Inference*. Glencoe: Free Press, S. 73
- Fortin, Jane (2009): *Children's Rights and the Developing Law*. 3. Aufl. Cambridge: University Press
- Freeman, Michael (2010): The Human Rights of Children. *Current Legal Problems* 2010 (63/1), S. 1
- Freeman, Michael (2007): A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 3: The Best Interests of the Child, in: Alen, André/Vande Lanotte, Johan/Verhellen, Eugene/Ang, Fiona/Berghmans, Eva/Verheyde, Mieke (Hrsg.), *A Commentary on the United Nations Convention in the Rights of the Child*. London: Martinus Nijhoff Publishers
- Ife, Jim/Tascón, Sonia Magdalena (2016): Human Rights and Critical Social Work: Competing Epistemologies for Practice. *Social Alternatives* (35/4), S. 27
- Juul, Jesper (2003): *Das kompetente Kind: Auf dem Weg zu einer neuen Wertgrundlage für die ganze Familie*. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt
- Kelly, Liz/Meysen, Thomas (2016): *Transnationale Grundlagen für ethische Praxis bei Interventionen wegen Gewalt gegen Frauen und Kinder*. London/Heidelberg: Cultural Encounters in Interventions Against Violence (CEINAV)
- Kindler, Heinz (2018): Operationalisierungen von Kindeswohl und Kindeswohlgefährdung in den Sozial- und Humanwissenschaften, in: Henriette Katzenstein/Katharina Lohse/Gila Schindler/Lydia Schönecker (Hrsg.), *Das Recht als Partner der Fachlichkeit in der Kinder- und Jugendhilfe. Liber amicorum für Thomas Meysen*. Baden-Baden: Nomos, S. 181
- Kläsener, Nina/Ziegler Holger (2018): Das Kindeswohl – eine 'abscheuliche Phrase', in: *Bestärken und Einsperren – Kindeswohl als Kindeswohlgefährdung? Widersprüche* (38, 149), Münster: Westfälisches Dampfboot, S. 29
- Kosher, Haniter/Ben-Arieh, Asher/Hendelsman/Yael (2016): *Children's Rights and Social Work*. Wiesbaden: Springer VS
- Krappmann, Lothar (2014): Vorwort: Die Qualität pädagogischer Beziehungen, gegründet in den Rechten des Kindes, in: Prengel, Annedore/Winklhofer, Ursula (Hrsg.), *Kinderrechte in pädagogischen Beziehungen*, Band 2: *Forschungszugänge*. Opladen, Berlin: Verlag Barbara Budrich, S. 11
- Kriener, Martina/Lenkenhoff, Mike (2016): Gesagt getan? – Zur Partizipation von Kindern und Jugendlichen in der Hilfeplanungspraxis (§ 36 SGB VIII), in: Hartwig, Louise/Mennen, Gerald/Schraper, Christian (Hrsg.), *Kinderrechte als Fixstern moderner Pädagogik? Grundlagen, Praxis, Perspektiven*. Weinheim, Basel: Beltz Juventa, S. 96
- Liebel, Manfred (2015): *Kinderinteressen. Zwischen Paternalismus und Partizipation*. Weinheim, Basel: Beltz Juventa
- Liebel, Manfred (2018): Paternalismus im Namen des Kindeswohls. Auf dem Weg zu einer Provinzialisierung der Kinderrechte? *SLR* (76), S. 22

- Lorz, Ralph Alexander (2003): Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung. Berlin: AGJ
- Loschky, Anne (2011): Die Beratung mit angeordneter Teilnahme, in: Menne, Klaus/Weber, Matthias (Hrsg.), Professionelle Kooperation zum Wohle des Kindes. Hinwirken auf elterliches Einvernehmen im familiengerichtlichen Verfahren (FamFG). Weinheim, Basel: Beltz Juventa, S. 137
- Maywald, Jörg (2014): Der Kinderrechteansatz in Einrichtungen für Kinder – Auswirkungen auf die Qualität pädagogischer Beziehungen, in: Prengel, Annedore/Winklhofer, Ursula (Hrsg.), Kinderrechte in pädagogischen Beziehungen, Band 1: Praxiszugänge. Opladen, Berlin: Verlag Barbara Budrich, S. 91
- Maywald, Jörg (2016): Recht haben und Recht bekommen. Der Kinderrechtsansatz in der Kinder- und Jugendhilfe, in: Hartwig, Nicole/Neumann, Norbert/Schrapp, Christian (Hrsg.), Kinderrechte als Fixstern moderner Pädagogik. Grundlagen, Praxis, Perspektiven. Weinheim, Basel: Beltz Juventa, S. 29
- Meysen, Thomas/Beckmann, Janna (2013): Rechtsanspruch U3: frühkindliche Förderung in Kita und Kindertagespflege. Baden-Baden: Nomos
- Meysen, Thomas/González Méndez de Vigo, Nerea (2013): Kindeswohlvorrang nach Art. 3 KRK und unbegleitete minderjährige Flüchtlinge. Forum Jugendhilfe (4), S. 24
- Meysen, Thomas/Lohse, Katharina (2015): Zu früh oder zu spät im Kinderschutz. Aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Sorgerechtsentzügen. Frühe Kindheit (3), S. 23
- Munro, Eileen/Turnell, Andrew (2018): Re-designing Organizations to Facilitate Rights-Based Practice in Child Protection, in: Falch-Erikson, Asgeir/Backe-Hansen, Elisabeth (Hrsg.), Human Rights in Child Protection. Implications for Professional Practice and Policy. Cham: Springer International Publishing, S. 89
- Pereira, Winin (1997): Inhuman Rights: The Western System and Global Human Rights Abuse. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers
- Salzgeber, Joseph/Fichtner, Jörg (2011): Sachverständigengutachten zum Sorgerecht bei nicht miteinander verheirateten Eltern. FamRZ (12), S. 945
- Schickhardt, Christoph (2012): Kinderethik: Der moralische Status und die Rechte der Kinder. Paderborn: Mentis
- Schön, Donald (1983): The Reflective Professional. How Professionals Think in Action. New York: Basic book
- Skivenes, Marit/Sørsdal, Line Marie (2018): The Child's Best Interest Principle across Child Protection Jurisdictions, in: Falch-Erikson, Asgeir/Backe-Hansen, Elisabeth (Hrsg.), Human Rights in Child Protection. Implications for Professional Practice and Policy. Cham: Springer International Publishing, S. 59
- Theis, Joachim (2004): Promoting Rights-Based Approaches. Experiences and Ideas from Asia and the Pacific. Stockholm: Save the Children Sweden
- Tobin, John (2013): Justifying Children's Rights. The International Journal of Children's Rights (21/3), S. 395

- Wolff, Reinhart/Flick, Uwe/Ackermann, Timo/Biesel, Kay/Brandhorst, Felix/Heinitz, Stefan/Patschke, Mareike/ Robin, Pierrine (2016): Children in Child Protection. On the Participation of Children and Adolescents in the Helping Process: An Exploratory Study. Köln: NZFH
- Scheiwe, Kirsten (2013): Das Kindeswohl als Grenzobjekt – die wechselhafte Karriere eines unbestimmten Rechtsbegriffs, in: Hörster, Reinhard/Köngeter, Stefan/Müller, Burkhard (Hrsg.), Grenzobjekte. Soziale Welten und ihre Übergänge. Wiesbaden: Springer VS, S. 209
- Wapler, Friederike (2015): Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht. Tübingen: Mohr Siebeck
- Walper, Sabine/Langmeyer, Alexandra/Schutter, Sabina (2013): Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern: Zusammenfassung und Fazit, in: Jurczyk, Karin/Walper, Sabine (Hrsg.), Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern. Empirische Studien und juristische Expertisen. Wiesbaden: Springer VS, S. 345
- Winklhofer, Ursula (2014): Partizipation und die Qualität pädagogischer Beziehungen, in: Prengel, Annedore/Winklhofer, Ursula (Hrsg.), Kinderrechte in pädagogischen Beziehungen. Band 1: Praxiszugänge. Opladen, Berlin: Verlag Barbara Budrich, S. 57
- Ziegler, Holger (2014): Unerbetene Hilfen. Versuch einer Begründung einiger Kriterien zur Legitimation paternalistischer Eingriffe in der Sozialen Arbeit. Soziale Passagen (6/2), S. 253

Das Recht auf Inklusion im Kinder- und Jugendhilferecht

Inklusion und assistierte Autonomie: Zum Rechtsstatus von Kindern und Jugendlichen in der UN-Behindertenrechtskonvention

Julia Zinsmeister

Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-BRK) wurde von den Vereinten Nationen 2006 ausweislich lit. r) der Präambel in der Erkenntnis verabschiedet, „dass Kinder mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen Kindern alle Menschenrechte und Grundfreiheiten in vollem Umfang genießen sollen“.

Die Vertragsstaaten haben sich in Art. 7 UN-BRK verpflichtet, alle hierfür erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen und dabei vorrangig das Kindeswohl zu berücksichtigen.

Die UN-BRK zielt vorrangig darauf, den Menschenrechten behinderter Menschen bessere Geltung zu verschaffen. Sie liefert damit aber auch eine Vielzahl von Impulsen für gesamtgesellschaftliche Entwicklungen. Sie enthält nicht nur konkrete Vorgaben an die inklusive Weiterentwicklung des Bildungssystems (Art. 24 UN-BRK), sondern wichtige Maßgaben an die inklusive Gestaltung des gesamten Gemeinwesens.¹ Auch das der UN-BRK zu Grunde gelegte Verständnis von Gleichheit als einer „inklusiven Gleichheit“, ihr auf dem Konzept der assistierten Autonomie fußendes Freiheitsverständnis,² das in Art. 12 UN-BRK verankerte Recht auf Anerkennung der rechtlichen Handlungsfähigkeit, die in Art. 4 Abs. 1 lit. f) UN-BRK genannte Pflicht der Vertragsstaaten zur Förderung der Entwicklung universellen Designs und die in Art. 16 UN-BRK formulierten Mindeststandards (*due diligence standards*) für den staatlich zu gewährleistenden Gewaltschutz haben universellen Charakter. Bezogen auf junge Menschen

1 Bielefeldt, Inklusion als Menschenrechtsprinzip: Perspektiven der UN-Behindertenrechtskonvention, in: Moder/Horster (Hrsg.), Ethik der Behindertenpädagogik, 2012, S. 149 ff.

2 Bielefeldt, Inklusion als Menschenrechtsprinzip: Perspektiven der UN-Behindertenrechtskonvention, in: Moder/Horster (Hrsg.), Ethik der Behindertenpädagogik, 2012, S. 149, 154.

kommt die UN-BRK deswegen, wie Krappmann feststellt, „allen zu Hilfe, die sich für die volle Verwirklichung der Kinderrechte einsetzen“³.

Entsprechen die in der Reform des Rechts der Kinder- und Jugendhilfe aktuell diskutierten Ansätze dem Gleichheits- und Inklusionsverständnis der UN-BRK? Dies soll nachfolgend kritisch beleuchtet werden. Auch der durch die UN-BRK angestoßene Wechsel von einer Behindertenpolitik der Fürsorge hin zu einer Politik der Rechte⁴ soll in den Blick genommen werden. Wie lässt sich das in Art. 12 UN-BRK formulierte Recht auf Anerkennung mit Instrumenten der paternalistischen Rechtsfürsorge für Menschen vereinbaren, die als außerstande gelten, freiverantwortlich zu entscheiden? Dies wird in Deutschland in Bezug auf Erwachsene im Kontext des Betreuungsrechts und der psychiatrischen Unterbringung bereits äußerst kontrovers diskutiert. Im Beitrag soll dargelegt werden, warum es diese Diskussion auch in Bezug auf die Rechte von Kindern und Jugendlichen und ihren Rechtsstatus als Minderjährige zu führen gilt.

1. Zur Bedeutung und Reichweite der UN-BRK

Die UN-BRK hat seit ihrer Verabschiedung 2006 in New York und ihrer Inkraftsetzung in Deutschland 2009 eine enorme Resonanz erfahren. Obwohl das Übereinkommen radikal mit dem herkömmlichen medizinischen Modell von Behinderung und den hierauf aufgebauten fürsorgeorientierten Behindertenpolitiken bricht und den Vertragsstaaten eine Vielzahl von konkreten Achtungs-, Schutz- und Gewährleistungspflichten auferlegt, wurde es innerhalb kürzester Zeit von zahlreichen Staaten unterzeichnet.⁵ Ähnliches gilt für das Fakultativprotokoll. Die UN-BRK ist zugleich die erste UN-Konvention, die von der Europäischen Union ratifiziert wurde.⁶

Ein Grund für die schnelle und weitreichende Ratifikation⁷ könnte darin zu sehen sein, dass an der Entwicklung der UN-BRK weitaus mehr Ver-

3 Krappmann, Die rechtliche Handlungsfähigkeit des Kindes, in: Aichele (Hrsg.), Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht, 2013, S. 100, 101.

4 Aichele, Behinderung und Menschenrechte. Die UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Aus Politik und Zeitgeschichte 2010 (23).

5 Mittlerweile wurde die Konvention von 182 Staaten ratifiziert (Stand 10/2020).

6 Beschluss 2010/48/EG v. 26.11.2011 (ABl. L 23/35 v. 27.1.2010).

7 Deutschland hat das Übereinkommen und das Fakultativprotokoll vorbehaltlos ratifiziert, vgl. hierzu den Gesetzesentwurf v. 8.11.2008 (BT-Drs.16/10808) und das Ratifikationsgesetz BGBl. II 2008, S. 1419.

treter*innen der Zivilgesellschaft involviert waren als jemals zuvor bei einer internationalen Menschenrechtskonvention.⁸ Die UN-BRK wurde nicht nur maßgeblich von Menschen mit Behinderungen initiiert, sie haben sich als Vertreter der Regierungs- und Nichtregierungsorganisationen entsprechend dem Leitsatz *Nichts über uns ohne uns* auch nachhaltig in den Entwicklungsprozess eingebracht. Zudem waren sich – zumindest dem Anschein nach – einige Staaten bei der Unterzeichnung der politischen Tragweite der Konvention nicht bewusst. So brachte der Deutsche Bundestag noch in seiner Denkschrift zum Übereinkommen⁹ und dessen amtlicher deutscher Übersetzung¹⁰ zum Ausdruck, die Gesetzeslage und Verwaltungspraxis in Deutschland entsprächen bereits weitgehend den neuen völkerrechtlichen Vorgaben und erforderten daher kaum Veränderungen, geschweige denn finanzielle Investitionen. Das in der UN-BRK verankerte Recht auf inklusive Bildung wurde unter bewusster oder unbewusster Verkennung des normativen Gehalts des Art. 24 UN-BRK mit „integrativer Bildung“ übersetzt und festgestellt, dass diese in Deutschland bereits weitgehend gewährleistet sei.¹¹ In der Denkschrift heißt es weiter, die Situation und Bedürfnisse behinderter Kinder und Jugendlicher fänden im Gesetz zur Rehabilitation und Teilhabe (SGB IX) bereits mehrmals Erwähnung.¹² Damit war nach Meinung der Abgeordneten den Interessen behinderter Kinder und Jugendlicher Genüge getan.

Zwar misst die UN-BRK Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe eine wichtige Bedeutung bei.¹³ Bereits in Art. 1 wird aber deutlich, dass sich die Vertragsstaaten nicht länger darauf beschränken können, die gesellschaftliche Ausgrenzung behinderter Menschen durch rehabilitative Förderung und Nachteilsausgleiche abzumildern oder zu kompensieren. Sie sind vielmehr verpflichtet, auch die gesellschaftlichen Ursachen der Ausgrenzung in den Blick zu nehmen und zu beseitigen (vgl. nur Art. 9 UN-BRK). Darauf haben auch die Interessenvertretungen behinderter

8 Degener, Die UN-Behindertenrechtskonvention – ein neues Verständnis von Behinderung, in: dies./Diehl (Hrsg.), Handbuch Behindertenrechtskonvention, 2015, S. 55, 56.

9 BT-Drs. 16/10808, S. 45 ff.

10 BGBl. II 2008, S. 1419.

11 BT-Drs. 16/10807 S. 58, hierzu eingehend Degener, Die UN-Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, RdJB 2009, S. 200.

12 BT-Drs. 16/10807 S. 50.

13 Vgl. Art. 26 UN-BRK.

Menschen und die Autor*innen des 13. Kinder- und Jugendberichts deutlich hingewiesen.¹⁴

Die von der Arbeits- und Sozialministerkonferenz eingerichtete Arbeitsgruppe „Inklusion von jungen Menschen mit Behinderungen“ plädierte für eine weitreichende Reform des Kinder- und Jugendhilferechts.¹⁵ In der Folgezeit fokussierte sich die Diskussion einer „inkluisiven Kinder- und Jugendhilfe“ jedoch zunehmend auf die Neugestaltung der Eingliederungshilfe und der Hilfen zur Erziehung. Was genau ist also unter einer inklusiven Kinder- und Jugendhilfe zu verstehen?

2. Zum Begriff der inklusiven Kinder- und Jugendhilfe

Unter dem Vorzeichen der inklusiven Kinder- und Jugendhilfe werden, wie Schönecker zutreffend feststellt,¹⁶ gegenwärtig drei unterschiedliche Ansätze diskutiert: Die erste Position versteht unter Inklusion die Zusammenführung der Eingliederungshilfe für Kinder und Jugendliche mit Behinderungen unter dem Dach der Kinder- und Jugendhilfe. Oft ist dann von der „neuen Gesamtzuständigkeit der Jugendhilfe für Kinder und Jugendliche mit und ohne Behinderung“¹⁷ die Rede. Die zweite, von Schönecker als „teilinklusive“ Position bezeichnet, leitet aus der Gesamtzuständigkeit der Kinder- und Jugendhilfe die Forderung ab, Kinder und Jugendliche mit Behinderungen nicht nur im Bereich der Eingliederungshilfe, sondern in allen Leistungsbereichen des SGB VIII stärker einzubeziehen und Zugangsbarrieren abzubauen. Die dritte Position verfolgt mit einer „inkluisiven Kinder- und Jugendhilfe“ nicht nur den Abbau behinderungs-spezifischer Teilhabeeinschränkungen, sondern nimmt auch andere Formen der sozialen Ungleichheit zwischen Kindern und Jugendlichen, z.B. aufgrund ihrer sozialen oder regionalen Herkunft in den Blick.¹⁸ Welche Position deckt sich am ehesten mit dem Inklusionsverständnis der UN-

14 *Netzwerk Artikel 3 e.V.*, UN-Behindertenrechtskonvention. Schattenübersetzung 2009; *BMFSFJ* (Hrsg.), 13. Kinder- und Jugendbericht 2009, BT-Drs. 16/12860, S. 250.

15 *ASMK/JFMK* (Hrsg.), Bericht der von der ASMK und JFMK eingesetzten Arbeitsgruppe „Inklusion von jungen Menschen mit Behinderung“ 2013.

16 *Schönecker*, Inklusive Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe, JAmt 2017 (10), S. 470.

17 Vgl. nur die Stellungnahme der AGJ, Gesamtzuständigkeit der Kinder- und Jugendhilfe, 2013.

18 *Schönecker*, Inklusive Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe, JAmt 2017 (10), S. 470, 471; *Lütje-Klose*, Inklusion in der Kinder- und Jugendhilfe, 2013.

BRK? Die Antwort auf diese Frage findet sich in dem der UN-BRK zugrunde liegenden Verständnis von Behinderung und Gleichheit.

2.1 Abkehr vom medizinischen Modell von Behinderung

Der mit der UN-BRK vollzogene Perspektivwechsel weg vom medizinischen hin zu einem menschenrechtlichen Modell von Behinderung bildet eine zentrale Stellschraube für die Beseitigung der Diskriminierung und die beabsichtigte inklusive Gestaltung des Gemeinwesens.

Das medizinische Modell verstand unter Behinderung eine mit Hilfe der ICD-10 oder anderen medizinischen Klassifikationssystemen feststellbare, nicht nur vorübergehende Abweichung von der Norm und betrachtet die gesellschaftliche Ausgrenzung als Folge dieser Abweichung. Das menschenrechtliche Modell hingegen lenkt den Blick auf die Wechselwirkung zwischen der Beeinträchtigung der einzelnen Person und den sie behindernden einstellungs- und umweltbedingten Barrieren.

Individuumszentrierte Hilfen sind vielfach notwendig, aber in keinem Fall ausreichend, um die Diskriminierung zu überwinden.¹⁹ Erforderlich ist vielmehr ein Strukturwandel im gesamten Gemeinwesen, dazu zählen auch das Schulsystem und die Kinder- und Jugendhilfe. Der Versuch, die einst in Förderschulen ausgesonderten Kinder nun als sogenannte Inklusionskinder mit Hilfe von Schulbegleiter*innen in ein ansonsten gleichbleibendes Regelsystem einzubinden, trägt bestenfalls zu deren Integration bei. Die Kinder werden weiterhin auf besondere Förderbedarfe, d.h. auf Diagnosen und Defizite reduziert, ihre Ressourcen bleiben ebenso ausgeblendet wie andere soziale Problemlagen. Inklusive Bildung zielt jedoch darauf ab, die unterschiedlichen Bedürfnisse, Fähigkeiten und Lernerwartungen aller Lernenden zu berücksichtigen, d.h. Lernumfeld, Lernziele und Lernmethoden so zu gestalten, dass allen Lernenden unabhängig von besonderen Lernbedürfnissen, Geschlecht, sozialen und ökonomischen Voraussetzungen die gleichen Möglichkeiten offen stehen, an qualitativ hochwertiger Bildung teilzuhaben und ihre Potenziale zu entwi-

19 Rohrmann, Behinderung, in: Graßhoff et al. (Hrsg.), Soziale Arbeit, 2018, S. 55, 64; Zinsmeister, Diskriminierung von körperlich und kognitiv Beeinträchtigten, in: Scherr et al. (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, 2017, S. 593 ff; von Kardorff, Diskriminierung von seelischen Beeinträchtigten, in: Scherr et al. (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, 2017, S. 565 ff.

ckeln.²⁰ Dies erfordert grundlegende Veränderungen im Bildungssystem, z.B. den Abbau struktureller, architektonischer und Kommunikationsbarrieren, einen lernzieldifferenten Unterricht und eine verbesserte Grundausstattung der Bildungseinrichtungen mit Personal und Sachmitteln, die Bildung multiprofessioneller Teams und eine engere Kooperation des Bildungssystems mit dem System der Rehabilitation und Teilhabe.²¹

Auch in der Kinder- und Jugendhilfe muss eine „inklusive Lösung“ nicht nur die Eingliederungshilfe, sondern die gesamten Strukturen und Kulturen in den Blick nehmen und kritisch daraufhin überprüfen, inwieweit sie zur Entstehung und Verfestigung sozialer Ungleichheit beitragen.²² Die getrennte Zuständigkeit in der Eingliederungshilfe hatte zur Folge, dass sich die Träger der öffentlichen und freien Kinder- und Jugendhilfe insgesamt nicht mehr für Kinder und Jugendliche mit geistiger und körperlicher Behinderung zuständig fühlten bzw. diese Zielgruppe und ihre Familien schlicht ausblendeten. Die Folgen treten aktuell besonders drastisch in Kinderschutzfällen zu Tage. Kinder und Jugendliche mit Behinderungen wurden und werden in akuten Gefährdungssituationen vom Allgemeinen Sozialen Dienst und den Notdiensten weggeschickt mit der Begründung, man sei nicht auf sie eingestellt.²³ Einrichtungen der Behindertenhilfe, die bei Verdacht auf Kindeswohlgefährdungen der von ihnen betreuten Kinder und Jugendlichen das Jugendamt eingeschaltet hatten, bewerteten die Fall-übernahme durch das Jugendamt in 60% mittelmäßig bis schlecht oder sehr schlecht.²⁴ Für in Obhut genommene behinderte Kinder und Jugendliche finden sich kaum barrierefreie und bedarfsgerechte Anschlusshilfen und Pflegefamilien, die bereit und in der Lage wären,

20 *Deutsche UNESCO-Kommission e.V.*, Inklusion: Leitlinien für die Bildungspolitik, 2015; *Deutsche UNESCO-Kommission e.V.*, Empfehlungen inklusives Bildungssystem, 2017; *Mißling/Ückert*, Inklusive Bildung: Schulgesetze auf dem Prüfstand, 2014.

21 *Deutsche UNESCO-Kommission e.V.*, Inklusion: Leitlinien für die Bildungspolitik, 2015; *Deutsche UNESCO-Kommission e.V.*, Empfehlungen inklusives Bildungssystem, 2017; *Zinsmeister/Platte*, Das Recht auf inklusive Bildung, in: Lohrenz (Hrsg.), *Das große Handbuch Recht in der Kita* 2018, S. 145 ff.

22 *AFET/BVke/EREV/IGfH*, Fragen und Prüfsteine an die SGB VIII Reform und ein inklusives Kinder- und Jugendhilfegesetz 2018, S. 3.

23 Vgl. nur die Expert*innenberichte in: *Deutsches Institut für Urbanistik gGmbH* (Hrsg.), 1. Expertengespräch des Dialogforums – Bund trifft kommunale Praxis, Dokumentation, S. 39 u. 40.

24 *Ebner*, Kinderschutz in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe, 2018, S. 126.

sie aufzunehmen.²⁵ Die Suche nach geeigneten Hilfen wird durch die Zuständigkeitskonflikte zwischen den Erziehungshilfe- und Eingliederungshilfeträgern zusätzlich behindert.²⁶ Die Herkunfts- und Pflegefamilien behinderter Kinder haben enormen Unterstützungsbedarf, erhalten bislang faktisch aber kaum Unterstützung und bräuchten u.a. Lotsen durch das System der sozialen Hilfen.²⁷ Auch in anderen Handlungsfeldern wie z.B. in der Jugendsozialarbeit besteht erheblicher Handlungsbedarf.²⁸

Art. 4 Abs. 1 UN-BRK verlangt, das Recht und die Praxis der Kinder- und Jugendhilfe im Wege eines Disability Mainstreaming daraufhin zu überprüfen, ob sie die Belange behinderter Menschen angemessen berücksichtigen, und sie ggf. entsprechend anzupassen. Behinderte Menschen – Kinder und Jugendliche explizit eingeschlossen – sind gem. Art. 4 Abs. 3 und Art. 33 Abs. 3 UN-BRK über ihre Verbände aktiv in diesen Prozess einzubeziehen.

Die im Zuge dieses Prozesses identifizierten einstellungs- und umweltbedingten Barrieren müssen die Vertragsstaaten unter Einbindung der zivilgesellschaftlichen Akteur*innen sukzessive abbauen. Zu den zivilgesellschaftlichen Akteur*innen zählen neben den Organisationen der freien Wohlfahrtspflege auch Organisationen der Privatwirtschaft, die als Arbeitgeber*innen, Dienstleister*innen, Entwickler*innen und Produzent*innen erheblichen Einfluss auf die Gestaltung der öffentlichen Infrastruktur und die Teilhabechancen der Einzelnen nehmen.

25 *Deutsches Institut für Urbanistik gGmbH* (Hrsg.), 1. Expertengespräch des Dialogforums – Bund trifft kommunale Praxis, Dokumentation, S. 40. Erhebungen zur Barrierefreiheit von Schutzeinrichtungen in Deutschland existieren bislang nur in Bezug auf Anlaufstellen für gewaltbetroffene Mädchen und Frauen. Im Rahmen der EU-Daphne-Studie gaben 2% der befragten deutschen Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen für gewaltbetroffene Frauen an, für gehörlose/hörbeeinträchtigte Frauen barrierefrei zu sein: Mandl et al. (2014), Zugang von Frauen mit Behinderungen zu Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen, S. 26; vgl. auch Fries/Schrötte, Gewalt im Leben gehörloser Frauen, 2014, S. 64.

26 Zuletzt LSG NRW 30.7.2018 - L 20 SO 331/15; *Bundesverband behinderte Pflegekinder e.V.*, Stellungnahme zum Dialogprozess SGB VIII – Mitreden-Mitgestalten für die 3. Sitzung am 4.4.2019.

27 *Bundesverband behinderte Pflegekinder e.V.*, Stellungnahme zum Dialogprozess SGB VIII – Mitreden-Mitgestalten für die 3. Sitzung am 4.4.2019.

28 *Kooperationsverbund Jugendsozialarbeit* (Hrsg.), Inklusion in Handlungsfeldern der Jugendsozialarbeit, 2012.

2.2 Das Konzept der inklusiven Gleichheit

Inklusion wird in Art. 3 lit. c) UN-BRK beschrieben als „Einbeziehung in die Gesellschaft“. Wansing hat vier Dimensionen des Inklusionsverständnisses der UN-BRK herausgearbeitet: Inklusion beschreibt sowohl die Voraussetzungen und die Möglichkeit zur gesellschaftlichen Teilhabe. Inklusion beschreibt aber auch die damit verbundene Anforderung der Überwindung gesellschaftlicher Dominanzverhältnisse mit dem Ziel, dass alle Menschen gleichberechtigt am gesellschaftlichen Leben teilhaben und dieses mitgestalten können. Art. 26 UN-BRK zu guter Letzt erklärt die Inklusion zum Ziel und Zweck der (Re)habilitation.²⁹

Der Begriff der „Teilhabe“ im Sinne der UN-BRK ist umfassend zu verstehen; er reicht weit über das noch immer erwerbszentrierte Teilhabeverständnis des deutschen Rehabilitations- und Teilhaberechts hinaus. Es geht um die Teilhabe am materiellen und soziokulturellen Lebensstandard, um die Mitwirkung an politischen Entscheidungsprozessen ebenso wie um die Übernahme individueller sowie die Teilung gesellschaftlicher Verantwortung.³⁰

Wann aber kann von einer gleichberechtigten Teilhabe gesprochen werden? Der UN-BRK liegt kein formales, sondern ein materielles Gleichheitsverständnis zu Grunde. Danach sind Staaten nicht alleine verpflichtet, vergleichbaren Gruppen gleiche Rechte und Pflichten einzuräumen bzw. aufzuerlegen, sondern haben auch in tatsächlicher Hinsicht gleiche Bedingungen für ihre Freiheitsausübung zu gewährleisten. Der Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen bezeichnet das in der UN-BRK angelegte Gleichheitsverständnis in Anlehnung an Fredmans Konzept der transformativen Gleichheit als „inklusive Gleichheit“ und identifiziert vier Dimensionen:³¹ Erstens die gerechte Umverteilung zur Beseitigung sozioökonomischer Nachteile, zweitens eine Anerkennungsdimension, um Stigmatisierungen, Stereotypisierungen, Vorurteilen und Gewalt entgegenzuwirken und um die Würde der Einzelnen und ihre intersektionelle Vielfalt zu achten, drittens eine partizipative Dimension, um die soziale Natur der Unterteilung von Menschen in soziale Gruppen her-

29 Wansing, Was bedeutet Inklusion, in: Degener/Diehl (Hrsg.), Handbuch Behindertenrechtskonvention, 2015, S. 47.

30 Rohrmann, Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention für ein „inklusives SGB VIII“, Archiv 2018 (1), S. 10.

31 Fredman, Substantive Equality Revisited, in: International Journal of Constitutional Law 2016 (14/3), S. 712; Fredman et al., Achieving Transformative Equality for Persons with Disabilities, 2017.

vorzuheben und die uneingeschränkte Anerkennung der Humanität durch gesellschaftliche Inklusion zu bekräftigen und viertens eine Dimension der Anpassung, die Raum für menschliche Vielfalt als Ausdruck menschlicher Würde schafft.³² Diesen vier Dimensionen ist stets gleichzeitig Rechnung zu tragen.

Im geteilten und wiedervereinigten Nachkriegsdeutschland konzentrierten sich die staatlichen Aktivitäten bis zur Jahrtausendwende vor allem auf die erste Dimension, die Kompensation der gesellschaftlichen Benachteiligung durch staatliche Fürsorgeleistungen. Ihre Benachteiligungen wurden mithin nicht beseitigt, sondern bestenfalls durch Sozialleistungen kompensiert und die Menschen hierzu vielfach auf Sondereinrichtungen (Förderschulen, Heime und Werkstätten) verwiesen. Die staatliche Gemeinschaft, führte der erste Senat des BVerfG 1975 aus, müsse Behinderten „jedenfalls die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sichern, und sich darüber hinaus bemühen, sie soweit wie möglich in die Gesellschaft einzugliedern, ihre angemessene Betreuung (...) zu fördern sowie die notwendigen Pflegeeinrichtungen zu schaffen“³³. Mit dem SGB IX (2001) und dem BGG (2002) wollte der Gesetzgeber einen behindertenpolitischen Paradigmenwechsel vollziehen:

„Im Mittelpunkt der politischen Anstrengungen stehen nicht mehr die Fürsorge und Versorgung behinderter Menschen, sondern ihre selbstbestimmte Teilhabe am gesellschaftlichen Leben und die Beseitigung der Hindernisse, die ihrer Chancengleichheit entgegenstehen.“³⁴

Allerdings wurde und wird am Förderschulsystem festgehalten und es den Eingliederungshilfeträgern weiterhin ermöglicht, behinderten Menschen aus Kostengründen die Versorgung in der eigenen Wohnung zu verweigern und auf ein Heim zu verweisen, sofern ihnen ein Heimaufenthalt zumutbar ist (vgl. § 104 SGB IX idF ab 1.1.2020). Diese Zumutbarkeit beurteilte die Rechtsprechung bislang äußerst großzügig und unter Missachtung der Tatsache, dass behinderte Menschen in Heimen kaum eine nennenswerte Privatsphäre haben und vielfach massivem, fürsorglich begründetem Zwang ausgesetzt sind.³⁵ Derartige Ausgrenzungen und die da-

32 *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, General comment No. 6 on equality and non-discrimination, 2018 (CRPD/C/GC/6).

33 BVerfG v. 16.6.1975 - 1 BvL 4/74 = BVerfGE 40, 121, 133.

34 *Deutscher Bundestag*, Interfraktioneller Entschließungsantrag vom 19.5.2000, BT-Drs. 14/2913, S. 1, 3.

35 Beispielhaft SG Wiesbaden v. 10.11.2010 - 14 S. 29/08, das dem Wunsch des 34-jährigen pflegebedürftigen Klägers nach Assistenz in der eigenen Wohnung ent-

durch entstehenden negativen Stereotype von Menschen mit Behinderungen als Fürsorgeobjekte lassen sich Fredman et al. zufolge nur verhindern, wenn Sozialleistungsempfänger*innen als gleichberechtigte Bürger*innen und zivilgesellschaftliche Akteure wahrgenommen und nicht länger strukturell daran gehindert werden, sich in die Gestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse einzubringen.³⁶

Um für Menschen mit Behinderungen gleiche Bedingungen zu schaffen, hat sich jeder Vertragsstaat in Art. 4 Abs. 2 UN-BRK verpflichtet,

„unter Ausschöpfung seiner verfügbaren Mittel und erforderlichenfalls im Rahmen der internationalen Zusammenarbeit Maßnahmen zu treffen, um nach und nach die volle Verwirklichung dieser Rechte zu erreichen unbeschadet derjenigen Verpflichtungen aus diesem Übereinkommen, die nach dem Völkerrecht sofort anwendbar sind.“

Die Öffnung und inklusive Ausgestaltung von „Regelangeboten“ für Kinder und Jugendliche kann folglich nicht länger mit dem Argument blockiert werden, in den öffentlichen Haushalten seien dafür keine Mittel eingestellt.

Die Öffnung erfordert die konzeptionelle Weiterentwicklung der Angebote, die sukzessive Herstellung von Barrierefreiheit und die Vornahme der im Einzelfall erforderlichen angemessenen Vorkehrungen. Angemessene Vorkehrungen werden in Art. 2 UN-BRK definiert als notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige und unbillige Belastung darstellen und die erforderlich sind, um Menschen mit Behinderungen in die Lage zu versetzen, ihre Menschenrechte und Grundfreiheiten gleichberechtigt mit anderen genießen zu können. Die Vorenthaltung angemessener Vorkehrungen zur Förderung der Gleichberechtigung behinderter Menschen stellt gem. Art. 2 und Art. 5 UN-BRK sowie gem. Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention eine Diskriminierung dar.³⁷

Die Träger der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe und der im SGB IX Teil 2 geregelten Eingliederungshilfe sind zwar bereits seit 2001 gem. § 17 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2-3 SGB I verpflichtet, ihre Leistungen in barrierefreien Räumen und Anlagen durchzuführen und behinderten Adressat*innen eine barrierefreie Kommunikation zu ermöglichen. Ergänzend hierzu ha-

gegen hielt, die mit dem Heimaufenthalt verbundenen Einbußen seiner Selbstbestimmung und Privatheit würden durch „eine ganze Palette von Gemeinschaftsräumen (...), einen Park sowie ein Café“ hinlänglich kompensiert.

36 Fredman et al., *Achieving Transformative Equality*, 2017, S. 6.

37 EGMR, Urteil v. 23.2.2016 - Az.: 51500/08 - Çam/Türkei, NJW 2017, 2977.

ben die Träger der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe die Behindertengleichstellungsgesetze der Länder zu beachten. Von einer sukzessiven Umsetzung dieser Pflicht, wie in Art. 4 Abs. 2 UN-BRK vorgesehen, und von der Weiterentwicklung des Konzepts der Barrierefreiheit zum Universal Design kann allerdings noch nicht die Rede sein. Es fehlt fast allorts an einer Klärung der Verantwortlichkeiten, entsprechenden Ressourcen und einer Maßnahmenplanung unter Einbeziehung von Expert*innen in eigener Sache. Der Fachausschuss der Vereinten Nationen hat in seinen abschließenden Bemerkungen zum ersten Staatenbericht Deutschlands bemängelt, dass Deutschland die Umsetzung der Barrierefreiheit nicht systematisch durch gezielte Maßnahmen nachhält, sei es durch Zielvereinbarungen, zwingende Auflagen und die Androhung wirksamer Sanktionen. Er kritisierte weiterhin, dass Deutschland auch die Pflicht zur Vornahme angemessener Vorkehrungen, d.h. zur Vornahme der im Einzelfall zur Sicherung gleichberechtigter Teilhabe erforderlichen Maßnahmen („Adaptability“), bislang nicht in die nationale Gesetzgebung übernommen hatte.³⁸ Zwischenzeitlich haben die angemessenen Vorkehrungen zwar Eingang ins Bundesbehindertengleichstellungsgesetz und einzelne Landesbehindertengleichstellungsgesetze gefunden,³⁹ ihre systematische Berücksichtigung im Sozialrecht und ihre Aufnahme in das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz stehen aber noch aus.⁴⁰

2.3 Inklusion ist kein zielgruppenspezifisches Konzept

Auch wenn die UN-BRK zielgruppenspezifisch angelegt ist, ist das im Übereinkommen zum Ausdruck kommende Verständnis von Inklusion nicht auf die Überwindung der Diskriminierung wegen Behinderung beschränkt. Die gesellschaftliche Stellung von Menschen mit Behinderungen wird nicht alleine durch ableistische Strukturen⁴¹, sondern ebenso durch

38 *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, Concluding observations on the initial report of Germany, 2015 (CRPD/C/GC/1).

39 Z.B. § 4 BGG Sachsen-Anhalt (G v. 16.12.2010 - GVBl. LSA 2010, 584); § 3 BGG NRW (G. v. 14.6.2016 - GV.NRW, 442).

40 Vgl. *Eichenhofer*, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, 2018.

41 Als ableistisch werden hier Strukturen bezeichnet, die bestimmte menschliche Fähigkeiten (z.B. des Lesens und Schreibens in deutscher Schriftsprache, des Treppensteigens oder der zeitlichen und räumlichen Orientierung) als normal und gegeben voraussetzen und damit all diejenigen ausgrenzen, die anders befähigt sind. Zu den Konzepten des Ableismus eingehender *Karim/Waldschmidt*, Ungeahnte

die Geschlechter- und Generationenordnung, den Status als In- oder Ausländer*in und viele andere Faktoren bestimmt. Die UN-BRK versteht Behinderung darum als soziale und interdependente Kategorie. Viele der in der Konvention ausformulierten Schutz- und Gewährleistungspflichten sind unter Hinweis auf mehrdimensionale Gefährdungslagen, wie z.B. die der geschlechtsspezifischen Gewalt gegen behinderte Menschen, ausformuliert, (vgl. nur Art. 6, Art. 11 und Art. 16 UN-BRK). Die Konvention beschränkt sich auch nicht auf die Forderung nach Zugänglichkeit oder Barrierefreiheit (Art. 9 UN-BRK), sondern verpflichtet die Vertragsstaaten, sich in der Forschung und Entwicklung und in der Gesetzgebung für universelles Design einzusetzen, Design also, das auch altersbedingter, geschlechtlicher, kultureller oder religiöser Vielfalt Rechnung trägt (Art. 4 Abs. 1 f.).

Für ein solch umfassendes Inklusionsverständnis haben sich auch die Autor*innen des 13. Kinder- und Jugendberichts ausgesprochen und empfohlen

„alle Maßnahmen an einer Inklusionsperspektive auszurichten, die keine Aussonderung akzeptiert. Inklusionsnotwendigkeiten bestehen vor allem für Kinder, die in Armut aufwachsen, für Heranwachsende mit Migrationshintergrund und für Mädchen und Jungen mit behinderungsbedingten Handlungseinschränkungen. Sprach-, Status- und Segregationsbarrieren sind abzubauen und die Lebenslagen von Kindern und Jugendlichen mit Behinderung sind in allen Planungs- und Entscheidungsprozessen zu berücksichtigen (disability mainstreaming)“⁴².

Freilich riskiert die UN-BRK wie alle zielgruppenspezifischen Völkerrechtskonventionen und aufgrund der Tatsache, dass sie positive Maßnahmen zum Ausgleich von Diskriminierung weiterhin befürwortet, im gleichheitsrechtlichen Differenz-Dilemma, d.h. in der gleichzeitigen Festbeschreibung und Überwindung von Differenz verhaftet zu bleiben.⁴³ Ob das Konzept der transformativen bzw. inklusiven Gleichheit dieses Dilem-

Fähigkeiten? Behinderte Menschen zwischen Zuschreibung von Unfähigkeit und Doing Ability, ÖZS 2019 (44), S. 269.

42 BMFSFJ (Hrsg.), 13. Kinder- und Jugendbericht 2009, BT-Drs. 16/12860, S. 250.

43 Anderer Ansicht *UN-Fachausschuss Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, General comment No. 6 on equality and non-discrimination, 2018 (CRPD/C/GC/6).

ma zu überwinden vermag, wird kontrovers diskutiert.⁴⁴ Solange in der Rechtsordnung Differenzierungen anhand von Kategorien wie Dis-Ability, Gender oder Race vorgenommen werden, besteht immer die Gefahr, diese Unterschiede zu naturalisieren und gerade jene essentialisierenden Stereotype festzuschreiben, die es zu überwinden gilt. Ob Menschen nicht nur formalrechtlich, sondern auch – relativ betrachtet – tatsächlich gleichbehandelt werden, richtet sich folglich danach, ob die vielfältig miteinander verwobenen und vielfach schräg zur vertikalen Ungleichheitsstruktur (soziale Schicht) und zur Milieustruktur wirkenden Dominanzkulturen⁴⁵ des Ableismus, Sexismus, Rassismus und Adultismus überwunden und in Folge unterschiedliche Interessen- und Ausgangslagen gleichermaßen berücksichtigt werden.⁴⁶

Die UN-BRK wurde, so heißt es in lit. e) der Präambel, in der Erkenntnis formuliert, „dass das Verständnis von Behinderung sich ständig weiterentwickelt“. In den Disability Studies wird gegenwärtig diskutiert, wie sich Behinderung nicht nur als ein zu bewältigendes Problem, sondern als spezifische Form der Problematisierung körperlicher Differenz denken lässt.⁴⁷ Auch im Gleichheitsrecht wird auf der Suche nach Auswegen aus dem Differenz-Dilemma über sogenannte postkategoriale Lösungen nachgedacht. Ziel dieses Ansatzes ist es, den Diskriminierungsschutz nicht länger von bestimmten zugeschriebenen Persönlichkeitsmerkmalen oder der Zugehörigkeit zu einer konstruierten sozialen Gruppe abhängig zu machen, sondern die essentialisierende und homogenisierende Zuordnung zu einer

44 Kritisch *Baer*, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen: Grundprobleme des Antidiskriminierungsrechts, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), *Positive Maßnahmen*, 2010, S. 11 ff.; *McKinnon*, Substantive equality revisited: A reply to Sandra Fredman, in: *International Journal of Constitutional Law* 2016 (14/3); anderer Ansicht *Degener*, Disability in a Human Rights Context, *Laws* 2016 (5/3), 35.

45 *Rommelspacher*, Dominanzkultur, Texte zu Fremdheit und Macht, 2006; *Attia et al.* (Hrsg.), *Dominanzkultur reloaded. Neue Texte zu gesellschaftlichen Machtverhältnissen und ihren Wechselwirkungen* 2015.

46 *Zinsmeister*, Mehrdimensionale Diskriminierung, 2007, S. 94. Eine Differenzierung zwischen verschiedenen Normadressat*innen ist immer nur dann geboten, wenn deren Interessen- und Ausgangslagen so unterschiedlich sind, dass keine Regelung gefunden werden kann, die sich mit dem Prinzip der folgenbezogenen Gleichheit vereinbaren ließe.

47 *Waldschmidt*, Disability Studies: individuelles, soziales und/oder kulturelles Modell von Behinderung?, in: *Psychologie und Gesellschaftskritik* 2005 (29/1), S. 9, 24.

Gruppe als eigentliches Problem zu adressieren und damit die exkludierenden Normalitätskonstruktionen als rechtlichen Ansatzpunkt zu wählen.⁴⁸

Kann unsere Rechtsordnung auf die binäre Unterteilung von Menschen in ‚behindert‘ oder ‚nicht behindert‘ verzichten, ohne ableistische Diskriminierung auszublenden? Ist eine Lösung von der Kategorie möglich unter gleichzeitiger Anerkennung und Berücksichtigung der Tatsache, dass alle Menschen unterschiedliche physische, kognitive und psychische Ausdrucks- und Handlungsmöglichkeiten mitbringen und darum auch in unterschiedlichem Maß auf Anpassungen ihrer Umgebung und auf individuelle Unterstützung im Alltag angewiesen sind? Ließen sich z.B. auch in der Eingliederungshilfe personenzentrierte Leistungen stärker final, d.h. losgelöst von der Behinderung als Ursache des Bedarfs ausrichten? Die Diskussion dieser Fragen würde zwar den Rahmen dieses Beitrags sprengen, sollte aber in der Gestaltung einer Gesamtlösung für die Eingliederungshilfe weitergeführt werden.

2.4 Die Reform des SGB VIII: Ein Schritt vor und zwei zurück?

2018 hat sich die neue Regierungskoalition darauf verständigt, das Kinder- und Jugendhilferecht auf Basis des letzten Regierungsentwurfs für ein Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG) vom 28.6.2017⁴⁹ weiterzuentwickeln.⁵⁰ Erklärtes Ziel dieses Entwurfs war es, den Leitgedanken der Inklusion auf Grundlage der UN-BRK programmatisch im SGB VIII zu verankern.⁵¹ Was an Inklusion in „nicht einmal mehr homöopathischen Dosen“⁵² übrig blieb, ließ eine an der UN-BRK orientierte Programmatik vermissen. Von der ursprünglich geplanten Erweiterung des § 1 SGB VIII um die Ziele der „Förderung der gleichberechtigten Teilhabe und der Entwicklung zu einer möglichst selbstbestimmten Persönlichkeit“⁵³ war die

48 Baer, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen, in: Heinrich-Böll-Stiftung: Positive Maßnahmen, 2010, S. 11 ff.; Lembke/Liebscher, Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?, in: Philipp et al. (Hrsg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung 2014, S. 261; kritisch hierzu Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, erscheint 2021.

49 BT-Drs. 18/12946, 18/12330.

50 CDU/CSU/SPD, Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode, 2018, S. 21.

51 BT-Drs. 18/12952, S. 4.

52 BT-Drs. 18/12952, S. 7.

53 Vgl. die Arbeitsfassung/Diskussionsgrundlage des BMFSEJ zur Vorbereitung eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen vom 23.8.2016 und den RegE vom 15.5.2017 - BT-Drs.18/12330.

Regierung wieder abgerückt und beabsichtigte stattdessen, die Umsetzung der gleichberechtigten Teilhabe von jungen Menschen mit Behinderungen und den Abbau vorhandener Barrieren in § 9 SGB VIII-E zu einer Grundrichtung der Erziehung zu erklären. Die geplante Zusammenführung der Eingliederungshilfe für Kinder und Jugendliche unter dem Dach des SGB VIII wurde aufgrund der mangelnden Akzeptanz einiger Bundesländer und den kontroversen Positionen in Wissenschaft und Praxis zunächst auf unbestimmte Zeit verschoben.⁵⁴

Im Rahmen des vom BMFSFJ Ende 2018 begonnenen Dialogprozesses „Mitreden-Mitgestalten: Die Zukunft der Kinder- und Jugendhilfe“ und im Dialogforum „Bund trifft kommunale Praxis – Inklusive Kinder- und Jugendhilfe aktiv gestalten“ kam es dann aber doch noch zu einer deutlichen Annäherung der Vertreter*innen der Kinder- und Jugendhilfe und der Behindertenhilfe und von Bund, Ländern und Kommunen. Es wurde deutlich, dass die Aufteilung der Eingliederungshilfe zwischen mehreren Trägern „der Entwicklungsdynamik und damit dem Spezifikum der Lebensphase ‚Kindheit und Jugend‘ von jungen Menschen mit Behinderungen nicht Rechnung“ trägt, „weil sie an eine Kategorisierung von Kindern und Jugendlichen mit Behinderung, ohne Behinderung und nach Form ihrer Beeinträchtigung anknüpft“.⁵⁵ So steht es in der Begründung des neuen Referentenentwurfs für ein Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (nachfolgend: RefE-KJSG 2020), den das BMFSFJ nun am 5. Oktober 2020 nach Abschluss des Dialogprozesses vorgelegt hat. „Die UN-BRK verlangt,“ heißt es im RefE-KJSG 2020 weiter, „alle staatlichen Maßnahmen an einer Inklusionsperspektive auszurichten, die keine Aussonderung akzeptiert. Dies impliziert eine Umgestaltung der sozialen Umwelt als Voraussetzung für die gemeinsame Nutzung und gesellschaftliche Teilhabe durch heterogene Gruppen von Kindern und Jugendlichen. Vor diesem Hintergrund müssen sich alle Leistungssysteme so verändern, dass sie eine individuelle Förderung aller Personen im jeweiligen System ermöglichen. Daraus folgt die Überwindung der Schnittstelle zwischen der Kinder- und Jugendhilfe und der Eingliederungshilfe.“⁵⁶

54 BT-Drs. 18/12952 v. 28.6.2017, S. 9; *Wiesner*, Rückblick und Ausblick – wo stehen wir nach der gescheiterten Reform?, in: Zeitschrift Recht der Jugend und des Bildungswesens Heft 2/2018, S. 129.

55 *BMFSFJ*, RefE Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen v. 5.10.2020, S. 3.

56 *BMFSFJ*, ebd.

Sind die im RefE-KJSG 2020 vorgeschlagenen Regelungen geeignet, die Maßgaben der UN-BRK umzusetzen und inklusive Gleichheit herzustellen?

Die Ziele der Förderung der Entwicklung und Erziehung von Kindern und Jugendlichen zu einer *selbstbestimmten* Persönlichkeit und die Ermöglichung und Erleichterung ihrer gleichberechtigten gesellschaftlichen Teilhabe hat wieder Einzug in § 1 Abs. 1 und 3 SGB VIII-E gehalten. Ergänzend hierzu sollen die Träger der Jugendhilfe in § 9 Nr. 4 SGB VIII-E unter der Überschrift „Grundrichtung der Erziehung“ verpflichtet werden, bei der Ausgestaltung der Leistungen und der Erfüllung ihrer Aufgaben die gleichberechtigte Teilhabe von jungen Menschen mit Behinderungen umzusetzen und vorhandener Barrieren abzubauen. So wichtig die Ziele der gleichberechtigten Teilhabe und des Abbaus von Barrieren sind, so sicher ist, dass pädagogische Fachkräfte weder den Kindern eine gleichberechtigte Teilhabe anerkennen, noch Barrieren überwinden können. Barrieren und sonstige Teilhabebeeinträchtigungen sind Ausdruck und Folge struktureller Diskriminierung, d.h. eines Diskriminierungsgeflechts, in dem individuelle Denk- und Verhaltensmuster eng mit gesellschaftlichen Strukturen, kulturellen Traditionen und ökonomischen Prozessen verwoben sind. Um die Leistungssysteme inklusiv auszugestalten, müssen darum – wie oben bereits ausgeführt – sozioökonomische Ressourcen gerecht (um-)verteilt, Stigmatisierungen, Stereotypisierungen, Vorurteile und Gewalt abgebaut, die Würde und Vielfalt der Individuen geachtet, Partizipation ermöglicht und Raum für menschliche Vielfalt geschaffen werden.⁵⁷ Erziehung wirkt zwar bewusstseinsbildend und pädagogische Fachkräfte können auf sozialpolitische Handlungsbedarfe aufmerksam machen, zur Veränderung der benachteiligenden Strukturen bedarf es aber ergänzend konkreter Maßnahmen der öffentlichen Verwaltung und der zivilgesellschaftlichen Organisationen. Die Bundesrepublik Deutschland hat sich in der UN-BRK zum systematischen Abbau der Benachteiligungen behinderter Menschen verpflichtet und hat hierzu gemäß Art. 4 Abs. 1 e) UN-BRK auch die Träger der freien Jugendhilfe mit in die Pflicht zu nehmen.

Folgerichtig sieht der RefE-KJSG 2020 vor, die „inklusive Ausrichtung“ der Angebote in § 77 Abs. 1, § 79a Nr. 4 und § 80 Abs. 2 Nr. 2 und 4 SGB VIII als Qualitätsmerkmal sowohl in die Jugendhilfeplanung als auch in die Vereinbarungen mit den Trägern der freien Jugendhilfe aufzunehmen. Doch lässt der Gesetzesentwurf offen, was unter einer solch inklusiven Ausrichtung zu verstehen ist. Dabei sind die Handlungserfordernisse

57 Vgl. oben Abschnitt 2.2.

in der UN-BRK klar definiert: In der Kinder- und Jugendhilfe braucht es ein Disability Mainstreaming, eine systematische Identifikation und den sukzessiven Abbau der noch bestehenden Barrieren („Zugänglichkeit“) und sie muss dem Recht der Kinder und Jugendlichen auf Vornahme angemessener Vorkehrungen entsprechen. Die geplanten Ergänzungen des § 11 SGB VIII-E, wonach die Zugänglichkeit und Nutzbarkeit der Angebote der Jugendarbeit auch für junge Menschen mit Behinderungen sichergestellt werden soll und die in § 8 Abs. 4, § 10a und § 36 Abs. 1 S. 2, § 42 Abs. 2 und 3 SGB VIII-E vorgesehene Verpflichtung der Träger, die Beratung und Aufklärung in einer für die Minderjährigen und ihre Personensorgeberechtigten „wahrnehmbaren Form“ zu leisten, weisen in die richtige Richtung, wenn auch noch nicht weit genug. Für die Herstellung der Barrierefreiheit, für angemessene Vorkehrungen und den personellen Mehraufwand, den eine inklusive Pädagogik vielfach erfordert, müssen Mehrkosten eingeplant und verbindliche Zielvorgaben festgelegt werden. Um die für die Unterstützung vieler Familien erforderlichen multiprofessionellen Teams aufzubauen, sollte die Kooperation mit dem Gesundheitssystem fester Bestandteil der örtlichen Jugendhilfeplanung sein und sollten die Träger der Kinder- und Jugendhilfe aktiv an den seit 1.1.2020 nach § 94 Abs. 4 SGB IX zu bildenden Arbeitsgemeinschaften mitwirken.

Auch die in der UN-BRK geforderten bewusstseinsändernden und partizipationsfördernden Maßnahmen müssen im SGB VIII festgeschrieben und konkretisiert werden. In § 80 Abs. 2 Nr. 4 SGB VIII-E ist bislang lediglich von dem Erfordernis der Berücksichtigung der „spezifischen Bedarfslagen“, in § 77 Abs. 1 S. 4 SGB VIII-E und § 22a SGB VIII-E sogar von den „spezifischen Bedürfnissen“ behinderter junger Menschen bzw. Kinder die Rede, ohne dass näher erläutert würde, worin diese bestehen sollen. Egal, ob man die Bedürfnispyramide von Maslow oder den Katalog der Grundbedürfnisse von Brazelton und Greenspan zugrunde legt⁵⁸ oder sie aus der UN-Kinderrechtskonvention ableitet⁵⁹ – immer wird man feststellen, dass sich die Grundbedürfnisse behinderter Kinder und Jugendlicher nicht von jenen nichtbehinderter Kinder und Jugendlicher unterscheiden. Es sind Bedürfnisse wie jene nach Nahrung, Sicherheit, beständigen Bindungen,

58 *Maslow*, Motivation und Persönlichkeit, 1981; *Brazelton/Greenspan*, Die sieben Grundbedürfnisse von Kindern, 2002.

59 *Fegert*, Die Frage des Kindeswohls und der Ausgestaltung des Umgangsrechts nach Trennung der Eltern in Fällen häuslicher Gewalt aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, in: *Kavemann/Kreyssig* (Hrsg.), *Handbuch Kinder und häusliche Gewalt*, 2013, S. 195.

entwicklungsgerechten Entfaltungsmöglichkeiten oder einer offenen Zukunft.

Dass ein Junge über eine Sonde ernährt wird, heißt hingegen nicht, dass dies auch seinem Bedürfnis entspricht. Und es ist auch nicht das besondere Bedürfnis einer rollstuhlfahrenden 17-Jährigen, zu Hause zu bleiben, während ihre Freund*innen durch Clubs ziehen, die nicht barrierefrei zugänglich sind. Sie hat vielmehr keine andere Wahl. Das Bedürfnis, nicht durch Barrieren oder Verbote an der Teilhabe gehindert und das Bedürfnis, nicht stigmatisiert oder in anderer Form diskriminiert zu werden, hat jeder Mensch. Auch dieses Bedürfnis ist also keine behinderungspezifische Besonderheit.

Mit der Konstruktion der „besonderen Bedürfnisse“ behinderter Kinder erhebt der Gesetzgeber letztlich das nichtbehinderte Kind und die damit verbundenen Vorstellungen, was ein solches Kind in einem bestimmten Alter typischerweise können und leisten soll, zur Norm, an der sich alle Kinder zu messen haben. In den „besonderen Bedürfnissen“ kommt genau die ableistische Dominanzkultur zum Ausdruck, die der Gesetzgeber mit den Regelungen eigentlich überwinden will.⁶⁰ Der Gesetzgeber trägt mit solchen Formulierungen nicht zur Inklusion, sondern zur Essentialisierung und Naturalisierung sozialer Ungleichheit bei. Er ignoriert, dass die sozialen Disparitäten zwischen den Lebenslagen von Kindern und Jugendlichen vor allem ein Ergebnis institutioneller Schließungen sind.⁶¹ Wo es zu Intersektionen sozialer Ungleichheit, d.h. zu Kumulationen und Überlagerungen der Risiken kommt, hat dies, so die Autor*innen des 15. Kinder- und Jugendberichts, für einzelne Gruppen junger Mensch lang anhaltende Exklusion zur Folge. Was zum individuellen Bedürfnis erklärt wird, ist mithin häufig eine Unrechtserfahrung und muss auch als solche wahrgenommen und adressiert werden.⁶²

60 Zinsmeister, Mehrdimensionale Diskriminierung, 2007, S. 140. Die Konsequenzen zeigen sich bereits in der aktuellen schulischen Praxis, wenn Schulbehörden Maßnahmen zum Barriereabbau und angemessene Vorkehrungen verweigern, um stattdessen zusammen mit den Jugendämtern junge Menschen mit Behinderungen mit Hinweis auf deren Schutzbedürfnisse in Förder- und Sondereinrichtungen abzudrängen, vgl. Igstadt, Inklusion als Kindeswohlgefährdung?: Der Beschluss - 1 BvR 1525/20 - des BVerfG als Rückschlag für den gleichberechtigten Zugang zur Regelschule, VerfBlog, 2020/9/07, und die Erfahrungsberichte von Pyrcz, Dohm und „LaGrande“ in Gemeinsam Leben 03/2019, S. 178-187.

61 BT-Drs.18/11050, S. 54.

62 BT-Drs.18/11050, S. 54.

2.5 Das 4-A-Schema: Prüfsteine für eine inklusive Entwicklung

Das der UN-BRK zugrundeliegende Inklusionsverständnis wurde erstmals im Jahr 1994 auf der Salamanca-Konferenz zum Recht auf Bildung formuliert. Zur Prüfung, ob Bildungs- und Förderangebote seinem oben skizzierten Verständnis von inklusiver Gleichheit entsprechend inklusiv sind, bedient sich der Fachausschuss der Vereinten Nationen in seinen Allgemeinen Bemerkungen Nr. 4⁶³ vor allem dem von Katarina Tomasevski, der ersten UN-Sonderberichterstatterin für das Recht auf Bildung, entwickelten 4-A-Schema.⁶⁴

Das 4-A-Schema lässt sich auf unterschiedliche gesellschaftliche Teilsysteme übertragen und ermöglicht es, den unterschiedlichen, einander wechselseitig bedingenden Dimensionen sozialer Ungleichheit zu begegnen.

Die Angebote der Kinder- und Jugendhilfe wären dem 4-A-Schema zufolge inklusiv, wenn sie für alle Menschen verfügbar (Availability), zugänglich (Accessibility), annehmbar (Acceptability) und flexibel, d.h. an unterschiedliche bzw. sich wandelnde Bedarfe und Kontexte anpassbar (Adaptability) sind. Oehme und Schröer stellen zutreffend fest, dass es aber nicht nur Aufgabe der Kinder- und Jugendhilfe ist, die Barrieren innerhalb der eigenen Binnenstruktur zu beseitigen. Sie muss stattdessen zugleich auch den sozialpolitischen Auftrag in den Kommunen nutzen, um sich für den Abbau von Benachteiligungen in der lokalen Infrastruktur und die Gestaltung gerechter Bedingungen für das Aufwachsen aller Kinder und Jugendlichen in der Kommune einzusetzen.⁶⁵ Auch die Ziele der Maßnahmen sollten also am 4-A-Schema ausgerichtet werden.

Allgemein verfügbar sind die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, wenn die benötigten Angebote in ausreichender Zahl und Ausstattung zur Verfügung stehen und für alle Familien erschwinglich sind. Allgemein zugänglich sind die Angebote der Kinder- und Jugendhilfe, wenn alle Kinder, Jugendlichen und ihre Familien diese möglichst selbstständig und barrierefrei auffinden und nutzen können.

63 *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, General comment No. 4 on the right of inclusive education, 2016 (CRPD/C/GC/4), S. 4.

64 ECOSOC – UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 13: The Right to Education (Art. 13 of the Covenant)*, 8.12.1999 (CESCR E/C.12/1999/10).

65 *Oehme/Schröer*, Beeinträchtigung und Inklusion, in: Böllert (Hrsg.), *Kompodium Kinder- und Jugendhilfe*, 2018, S. 273, 276.

Eine konkrete Pflicht, Kindern und Jugendlichen und ihren Eltern Zugang zum Hilfesystem zu gewähren, wurde in Art. 5 Abs. 3 und Art. 2 UN-BRK („Vornahme angemessener Vorkehrungen“) verankert. Die UN-BRK zielt auf den Diskriminierungsschutz von Menschen mit Behinderungen, Eichenhofer leitet aus dem sozialstaatlichen und in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten Gebot der Teilhabegerechtigkeit und den speziellen Diskriminierungsverboten jedoch ein generelles Erfordernis ab, asymmetrischen Sozialbeziehungen durch ein Recht auf angemessene Vorkehrungen zu begegnen.⁶⁶ Die von ihm genannten Beispiele – z.B. die Rücksichtnahme auf die Feiertage, Speise- und Bekleidungsregeln unterschiedlicher Religionen – dienen zugleich auch der „Acceptability“, der Annehmbarkeit der Leistungen. Leistungen des SGB VIII sind allgemein annehmbar, wenn sie in Inhalt, Form und Zielsetzung relevant, hochwertig und geeignet sind, alle Kinder und Jugendlichen in der Entfaltung ihrer selbständigen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu fördern. Zur Sicherung der allgemeinen Annehmbarkeit wird sich die Kinder- und Jugendhilfe zugleich sowohl auf legislativer Ebene (§ 9 Nr. 3 SGB VIII) als auch bei der Ausgestaltung der Leistungen von einem binären Verständnis von Geschlecht lösen und neue geschlechtssensible Konzepte entwickeln müssen.⁶⁷ Die Uni-Sex-Toilette bildet dabei noch die leichteste Übung.

2.6 Anforderungen an eine Gesamtlösung für die Eingliederungshilfe

Entwicklung eines gemeinsamen Grundverständnisses

§ 10 Abs. 4 SGB VIII-E des RefE-KJSG 2020 legt den Grundstein für die Zusammenführung der Eingliederungshilfe unter dem Dach des SGB VIII. Danach sollen Eingliederungshilfeleistungen nach § 35a SGB VIII künftig auch junge Menschen mit (drohender) körperlicher oder geistiger Behinderung vorrangig vom Träger der öffentlichen Jugendhilfe gewährt und hierzu auf der „Grundlage einer prospektiven Gesetzesevaluation“ eine gesetzliche Übergangsregelung geschaffen werden.

Der bislang im Sozialhilferecht und seit 2020 in Teil 2 des SGB IX geregelten Eingliederungshilfe und dem Kinder- und Jugendhilferecht liegen unterschiedliche Systemlogiken zu Grunde. Das geplante stufenweise Vor-

66 Vgl. Eichenhofer, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, 2018.

67 BVerfG, Beschluss v. 10.10.2017 - 1 BvR 2019/1.

gehen soll es den Akteuren der Kinder-, Jugend- und Behindertenhilfe nicht nur ermöglichen, die Zusammenführung der beiden Systeme organisatorisch zu bewältigen. Sie müssen auch ein gemeinsames Verständnis von „Teilhabe“ und „Bedarfen“ entwickeln und sich darauf verständigen, wie Letztere zu ermitteln und die Hilfen zu planen sind.⁶⁸ Verfahrenslotsen sollen die örtlichen Jugendhilfeträger bei der Zusammenführung der Zuständigkeiten (§ 10b Abs. 2 SGB VIII-E) und die eingliederungshilfeberechtigten jungen Menschen und ihre Angehörigen bei der Verwirklichung ihrer Leistungsansprüche unterstützen (§ 10b Abs. 1 SGB VIII-E).

Engere Verzahnung der Kinder- und Jugendhilfe mit den Gesundheitshilfen

Eine inklusive Kinder- und Jugendhilfe muss bestimmte Bereiche gesellschaftlicher Teilhabe, wie z.B. die der Mobilität, Gesundheit und Wohnraumversorgung sehr viel stärker als bisher in den Blick nehmen. Sie wird sich weitaus intensiver als bisher mit ihrer Stellung als Rehabilitationsträger im gegliederten System auseinandersetzen und ihr Schnittstellenmanagement auf viele Bereiche, auch jene des Gesundheitssystems, erweitern müssen. Dem trägt der RefE-KJSG 2020 bereits auf der Ebene der personenbezogenen Beratung, Bedarfsermittlung und Hilfeplanung Rechnung (§§ 10a-b, 36 Abs. 3 und § 36b SGB VIII-E). Ergänzend sollte die Möglichkeit geschaffen werden, das Hilfeplanverfahren nach § 36 SGB VIII und das Gesamtplanverfahren nach § 117 SGB IX zusammenzuführen. Dadurch würde nicht nur der Beratungs- und Klärungsaufwand für die Betroffenen gering gehalten und dem Ziel des SGB IX nach Hilfen „wie aus einer Hand“ entsprochen, sondern auch die Möglichkeit eröffnet, komplexen Hilfebedarfen – z.B. jener von Eltern mit intellektueller und psychischer Beeinträchtigung und ihren Kindern – mit (multiprofessionellen) Komplexleistungen wie der begleiteten Elternschaft zu entsprechen.

Vereinheitlichung der fachlichen Standards und Betreuungsschlüssel

Meysen und Wabnitz weisen zudem zutreffend darauf hin, dass die fachlichen Standards und Betreuungsschlüssel in der Behindertenhilfe für Kin-

68 Rohrmann, Behinderung, in: Graßhoff et al. (Hrsg.), Soziale Arbeit, 2018, S. 55, 63; Ziegler, „Ist auch drin, was drauf steht“, Manuskript des Vortrags vom 14.6.2016 auf der Fachtagung der Erziehungsverbände in Frankfurt/Main.

der und Jugendliche deutlich und in fachlich nicht zu rechtfertigender Weise unter denjenigen in der Kinder- und Jugendhilfe liegen.⁶⁹ Die UN-BRK lässt keinen Zweifel daran, in welche Richtung diese Niveaus anzupassen sind.

Ganzheitlicher und sozialräumlicher Zugang zu den Lebenswelten der Kinder und Jugendlichen

Die Zusammenführung der Eingliederungshilfe unter dem Dach des SGB VIII bietet enorme Chancen: Die Zuständigkeitskonflikte, die die Jugend- und Sozialhilfe seit Jahrzehnten auf dem Rücken mehrfachbehinderter Kinder und Jugendlicher und im Bereich der begleiteten Elternschaft und Elternassistenz auch auf dem Rücken behinderter Eltern austragen, könnten endlich beendet werden.⁷⁰ Die geplante Zusammenfassung der Eingliederungshilfe und der Hilfen zur Erziehung als Leistungen zur Teilhabe eröffnet den freien Trägern der Behindertenhilfe den ganzheitlichen und sozialräumlichen Zugang zu den Lebenswelten der Kinder, Jugendlichen und ihren Familien, den die UN-BRK verlangt, das SGB IX ihnen bislang jedoch nur ansatzweise bereitet. Eine in der Behindertenhilfe immer noch geläufige, alleine auf den ICD-10-Schlüssel gestützte rein medizinische Behinderungsdiagnostik unter Ausblendung der sozialen Kontextfaktoren entspricht schon lange nicht mehr den rehabilitationswissenschaftlichen Standards.⁷¹ Ob stattdessen die auf einem biopsychosozialen Modell von Behinderung aufbauende ICF die Klassifikation der Wahl ist und geeignete Indikatoren für die Feststellung einer Teilhabebeeinschränkung und des sich hieraus ergebenden Bedarfs liefert, ist umstritten.⁷² Das sozial-

69 Meysen, Gesamtzuständigkeit im SGB VIII, Neue Praxis 2014 (2), S. 1, 6; Wabnitz, Große Lösung und Inklusion, in: Küstermann/Eikötter (Hrsg.), Rechtliche Aspekte inklusiver Bildung, S. 134, 139.

70 Meysen et al., Ist-Analyse zu Hilfe und Versorgung in Familien mit Kindern psychisch kranker Eltern, 2019; Schönecker, Inklusive Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe, JAMt (10) 2017, S. 470 ff; Zinsmeister, Zum Anspruch behinderter Eltern auf staatliche Unterstützung bei der Versorgung und Betreuung ihrer Kinder, Anmerkung zu LSG NRW, Urteil v. 23.2.2012 - L 9 SO 26/11.

71 Diedrich et al., Implementationsstudie zur Einführung von Instrumenten zur Entwicklung des Rehabilitationsbedarfs nach § 13 SGB IX (Bundesteilhabegesetz), 2019, S. 100.

72 Vgl. Rohrmann, Behinderung, in: Grasshoff et al. (Hrsg.), Soziale Arbeit, 2018, S. 55, 63.

pädagogische Fallverstehen und den systemischen Blick auf Familien und Organisationen kann sie allenfalls ergänzen, nicht aber ersetzen.

Diversität und soziale Ungleichheit zwischen Kindern und Jugendlichen in den Blick nehmen

Umgekehrt wird die Kinder- und Jugendhilfe aufgefordert, sich verstärkt mit sozialer Ungleichheit zwischen Kindern und Jugendlichen und der Tatsache auseinanderzusetzen, dass sowohl diese als auch ihre Eltern unterschiedlichste physische und kognitive Voraussetzungen mitbringen, die die Träger künftig bei der Gestaltung ihrer Angebote, Kulturen und Strukturen besser zu berücksichtigen haben.

Partizipation als mitverantwortliche Selbstbestimmung

Dabei kommt ihr sowohl ihre Lebenswelt- und Sozialraumorientierung als auch ihr partizipatorischer Anspruch zu Gute.⁷³ Mit der eingliederungshilferechtlichen Gesamtlösung wird die Kinder- und Jugendhilfe von der Sozialhilfe (seit 2020: Eingliederungshilfe nach SGB IX Teil 2) nicht nur die noch immer vergleichsweise paternalistisch geprägten Hilfestrukturen der Behindertenhilfe „erben“, sondern auch die Kritiker*innen dieses Systems. Für die zu Beginn der 1980er Jahre in Westdeutschland formierte und bis heute politisch wirkmächtige Bürger*innenrechtsbewegung behinderter Menschen ist ein selbstbestimmtes Leben das erklärte politische Programm.⁷⁴ Ihr Leitsatz *Nichts ohne uns über uns* zielt auch darauf, der fürsorglichen Entmündigung behinderter Menschen durch Wohlfahrtsorganisationen entgegenzuwirken. Unter dem Einfluss der Selbstbestimmt-Leben-Bewegung wurde 2001 im SGB IX die Förderung der selbstbestimmten, gleichberechtigten gesellschaftlichen Teilhabe zum Leitziel aller Leistungen der Rehabilitation und Teilhabe und damit auch zum Leitziel der Eingliederungshilfe erklärt. Art. 4 Abs. 3 UN-BRK sichert Menschen mit Behinderungen und den Behindertenverbänden umfassende Beteiligungs-

73 Grundlegend Knauer/Sturzenbecker, Partizipation im Jugendalter, in: Hafener/Jansen/Niebling (Hrsg.), Kinder- und Jugendpartizipation im Spannungsfeld von Interessen und Akteuren, S. 63, 63.

74 Köbsell, Wegweiser Behindertenbewegung: Neues (Selbst)Verständnis von Behinderung, 2012.

rechte an allen sie betreffenden Entscheidungen zu. Selbstbestimmung und Teilhabe sind mithin sowohl der Weg als auch das Ziel. In der Kinder- und Jugendhilfe war in den letzten Jahren hingegen eher eine entgegengesetzte Entwicklung zu verzeichnen. Hier hat der verstärkt auf Fragen der Prävention und des Kinderschutzes gerichtete Fokus eher wieder zu einer Erstarkung des fürsorglichen Paternalismus geführt.⁷⁵ Die steigenden Zahlen der Inobhutnahmen und (fakultativ) geschlossenen Unterbringungen von Kindern und Jugendlichen legen nahe, dass Zwang in der Pädagogik wieder salonfähig wird.⁷⁶ Umso wichtiger erscheint die im RefE-KJSG 2020 geplante Einbeziehung von selbstorganisierten Zusammenschlüssen in die Arbeit der Jugendhilfeausschüsse und der Arbeitsgemeinschaften (vgl. §§ 4a, 71 Abs. 2, 78 SGB VIII-E).

Das behindertenpolitische Selbstbestimmungs-Paradigma gibt Anlass, nochmals eingehender über den Stellenwert der Freiheitsrechte in der Pädagogik und im Kinderschutz nachzudenken. Kinderschutz bedeutet nicht Sicherheit um jeden Preis („Hauptsache, ihnen passiert nichts“). Zum Wohl von Kindern bzw. Jugendlichen gehört auch der Respekt ihrer Wünsche, ihres Willens und ihrer Privatsphäre.

Wenn die Soziale Arbeit und ihre öffentlichen und freien Träger das Prinzip der Selbstbestimmung ernst nehmen, hat dies Auswirkungen sowohl auf die professionsethischen Abwägungen der Fachkräfte bei alltäglichen Entscheidungen als auch auf die gesamte Organisation der Hilfen. Inwieweit lässt sich z.B. das Persönliche Budget (§ 29 SGB IX) in der Kinder- und Jugendhilfe realisieren?⁷⁷ Welchen realen Einfluss haben Kinder und Jugendliche und ihre kollektiven Interessenvertretungen auf die Gestaltung der Einrichtungen und Dienste? Welche selbstorganisierten Zusammenschlüsse und sonstigen Organisationen werden künftig in der Kinder- und Jugendhilfepolitik die Interessen von Kindern und Jugendlichen mit Behinderungen vertreten und inwieweit haben Kinder und Jugendliche selbst Einfluss auf die verbandsinterne Meinungsbildung?

In den vergangenen Jahrzehnten haben sich vor allem einzelne Fachverbände und Elternorganisationen für die Interessen behinderter Kinder und Jugendlicher stark gemacht. Einige dieser Organisationen sind allerdings selbst Träger von Heimen und ambulanten Diensten für behinderte Men-

75 Smessaert/Münder, Von der Kinder- und Jugendhilfe zur Kinder-Fürsorge und Kinder-Betreuung?, Widersprüche 2008, S. 25, 34.

76 Deutscher Ethikrat, Hilfe durch Zwang? Professionelle Sorgebeziehungen im Spannungsfeld von Wohl und Selbstbestimmung, Stellungnahme 2018, S. 16, 24.

77 OVG Münster Beschl. v. 10.12.2018 – 12 A 3136/17 mit Anm. Wiesner, ZKJ 2019, S. 122; a. A. FK-SGB VIII/ von Bötticher/Meysen zu § 35a Rn. 78.

schen und ihre Interessen damit notwendig auch auf den Selbsterhalt der Organisation und ihrer Strukturen gerichtet. Weil dies z.B. in Bezug auf die Frage nach der Zukunft von Sondereinrichtungen zu Interessenkonflikten führen kann, erkennt der UN-Fachausschuss in seinen Allgemeinen Bemerkungen Nr. 7 nur solche Vereinigungen als politisch beteiligungsfähige Behindertenverbände an, die in der Selbsthilfe verwurzelt und von Menschen mit Behinderungen geführt, geleitet und verantwortet werden. Eine Mehrheit der Mitglieder sollte aus dem Kreis der behinderten Menschen rekrutiert sein.⁷⁸ Diese Voraussetzungen erfüllen zwar eine Vielzahl von Verbänden auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene, sie sind bislang aber überwiegend nicht kinder- und jugendpolitisch ausgerichtet und werden von behinderten Kindern und Jugendlichen auch noch nicht, jedenfalls nicht erkennbar als interessenpolitisches Forum genutzt.

3. Das Recht von Kindern und Jugendlichen auf Anerkennung vor dem Recht

In der Diskussion um die inklusive Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe wird dem vor allem in Art. 12 und Art. 19 zum Ausdruck kommenden Selbstbestimmung-Paradigma der UN-BRK bislang wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Doch liefert die damit verbundene Frage nach dem Rechtsstatus behinderter Menschen nach Meinung der ehemaligen Vorsitzenden des UN-Fachausschusses Degener mehr Zündstoff als die Verpflichtung der Staaten zur Gewährleistung inklusiver Bildung.⁷⁹

Art. 12 Abs. 1 UN-BRK und zuvor schon Art. 16 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr)⁸⁰ garantieren die Anerkennung aller Menschen als Rechtssubjekte. In Art. 12 Abs. 2 UN-BRK erkennen die Vertragsstaaten an, dass Menschen mit Behinderung in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen. Der Fachausschuss der Vereinten Nationen erachtet dieses Recht als eine zentrale Voraussetzung für die Verwirklichung der anderen Rechte der UN-BRK. Gleichheit vor dem Gesetz lasse sich nur ver-

78 *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, General comment No. 7 on the participation of persons with disabilities, including children with disabilities, through their representative organizations, in the implementation and monitoring of the Convention, 2018 (CRPD/C/GC/7).

79 *Degener*, Unterstützte gleiche Freiheit: Zum Innovationspotenzial der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen, in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht – Geschlechter theoretisch vermessen*, 2018, S. 61, 64.

80 BGBl. 1973 II 1553.

wirklichen, wenn Menschen mit Behinderungen die gleiche rechtliche Handlungsfähigkeit zugestanden wird wie nichtbehinderten Menschen.

Das „Recht auf Anerkennung vor dem Recht“ beruht auf der Prämisse, dass zugeschriebene oder tatsächliche Einschränkungen der Fähigkeit zur freien Willensbildung es nicht rechtfertigen, Menschen ihre Rechtsfähigkeit und rechtliche Handlungsfähigkeit (*legal capacity*) abzuspochen. Der Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen erläutert dies in seinen Allgemeinen Bemerkungen wie folgt:⁸¹

„Legal capacity has been prejudicially denied to many groups throughout history, including women (particularly upon marriage) and ethnic minorities. However, persons with disabilities remain the group whose legal capacity is most commonly denied in legal systems worldwide. The right to equal recognition before the law implies that legal capacity is a universal attribute inherent in all persons by virtue of their humanity and must be upheld for persons with disabilities on an equal basis with others. Legal capacity is indispensable for the exercise of civil, political, economic, social and cultural rights. It acquires a special significance for persons with disabilities when they have to make fundamental decisions regarding their health, education and work. The denial of legal capacity to persons with disabilities has, in many cases, led to their being deprived of many fundamental rights, including the right to vote, the right to marry and found a family, reproductive rights, parental rights, the right to give consent for intimate relationships and medical treatment, and the right to liberty.“⁸²

Freiheitsrechte gelten für alle, d.h. auch für jene, die aus welchen Gründen auch immer nicht für fähig gehalten werden, einen „freien“ Willen zu bilden. So versteht auch das BVerfG den natürlichen Willen als Ausdruck des durch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit geschützten

81 *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, Concluding observations on the initial report of Germany, 2015 (CRPD/C/GC/1), para. 9.

82 *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*, Concluding observations on the initial report of Germany, 2015 (CRPD/C/GC/1), para. 8; zur Lage der Menschenrechte behinderter Menschen in Deutschland: CRPD/C/DEU/CO/1, Abs. 37; *DIMR*, Parallelbericht an den UN-Fachausschuss anlässlich der Prüfung des ersten Staatenberichts Deutschlands gemäß Art. 35 UN-BRK 2015; *Osterfeld et al.*, Einhaltung der Menschenrechte in der Psychiatrie, Fortschritte der Neurologie Psychiatrie 2018 (86/08), S. 493; *Zinsmeister*, Zur Einflussnahme rechtlicher Betreuerinnen und Betreuer auf die Verhütung und Familienplanung der Betreuten, *BtPrax* 2012, S. 227.

Selbstbestimmungsrechts.⁸³ Damit ist die Missachtung jedes Willens als Eingriff in die Grund- und Menschenrechte zu werten, der einer entsprechenden Eingriffsbefugnis und Rechtfertigung bedarf.⁸⁴ Einschränkungen der rechtlichen Handlungsfähigkeit eines Menschen lassen sich daher nicht bereits mit der (behaupteten) mangelnden Fähigkeit eines Menschen zu freiverantwortlichem Handeln, sondern allenfalls mit der Schutzfunktion der Menschenrechte (Eide'sche Formel)⁸⁵ oder mit einer sich aus der objektiven bzw. materialen Dimension der Grundrechte ergebenden Pflicht des Staates zum Schutz von Rechtsgütern, z.B. vor Selbstgefährdung begründen.⁸⁶

3.1 Bedeutung des Art. 12 UN-BRK für den Rechtsstatus von Kindern und Jugendlichen

Die Bedeutung des Art. 12 UN-BRK für die deutsche Rechtsordnung wird gegenwärtig vor allem in Bezug auf Erwachsene, z.B. im Hinblick auf die Legitimation von Zwangsbehandlungen von Menschen mit psychischen Erkrankungen oder das Recht der rechtlichen Betreuer, sich über den Willen der Betreuten hinwegzusetzen (ersetzende Entscheidung), diskutiert. Kaum thematisiert wird hingegen bislang, wie sich der in Art. 5 UN-KRK und Art. 7 UN-BRK beschriebene Rechtsstatus der Minderjährigkeit und die damit einhergehende Abhängigkeit dieser Statusgruppe von den Entscheidungen der Sorgeberechtigten mit ihrem Recht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht vereinbaren lässt.

Der akzessorische Charakter des Art. 12 UN-BRK („gleichberechtigt mit anderen“) ließe zunächst den Rückschluss zu, dass sich Einschränkungen der rechtlichen Handlungsfähigkeit von Kindern und Jugendlichen weiterhin damit begründen lassen, dass sie eben minderjährig sind. Dass Minderjährige über keine oder nur eine eingeschränkte rechtliche Handlungsmöglichkeit verfügen, gilt schließlich unabhängig davon, ob sie behindert sind oder nicht. Begründet wird es mit ihrer alters- und entwicklungsbedingt eingeschränkten Fähigkeit zur freiverantwortlichen Entscheidungs-

83 BVerfG, Beschl. v. 26.7.2016 - 1 BvL 8/15, Rn. 76.

84 BVerfG, Beschluss vom 29.1.2019 - 2 BvC 62/14, Rn. 43.

85 *Trilsch*, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht, 2012.

86 BVerfG, Beschl. v. 26.7.2016 - 1 BvL 8/15, Rn. 70, zum mehrdimensionalen Grundrechtsverständnis des BVerfG und dem materialen Gehalt der Grundrechte eingehend *Wrase*, Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit, 2016.

findung und der sich hieraus ergebenden besonderen Schutzbedürftigkeit.⁸⁷ Wie aber lässt sich erklären, dass die Diagnose einer schweren geistigen Behinderung trotz der damit einhergehenden Diskriminierungsrisiken und besonderen Vulnerabilität nach Art. 12 UN-BRK keine Einschränkungen der rechtlichen Handlungsfähigkeit rechtfertigen soll, ein minderjähriges Alter von 17 hingegen schon? Aichele und Degener fanden in den Materialien zur UN-BRK keine Hinweise darauf, dass sich der Ad-Hoc-Ausschuss der Vereinten Nationen mit dem Rechtsstatus der Minderjährigen in der UN-BRK näher befasst hat.⁸⁸ Schmahl schließt aus dem Fehlen des Rechts auf Anerkennung vor dem Recht in der UN-KRK, dass dieses Recht als reines Erwachsenenrecht ausgestaltet werden sollte.⁸⁹ Gegen eine solche Deutung spricht allerdings der Grundsatz der Universalität der Menschenrechte und Art. 16 IPbPR, der allen Menschen ungeachtet ihres Alters eine Rechts- und Handlungsfähigkeit garantiert.⁹⁰ Einschränkungen der rechtlichen Handlungsfähigkeit sollen besonders vulnerable Menschen vor Überforderung, Übervorteilung und Selbstschädigung im Rechtsverkehr bewahren. Der Gesetzgeber bedient sich bei Minderjährigen dazu u.a. fester Altersgrenzen, wohlwissend, dass viele 17-Jährige weitaus informiertere und verständigere Entscheidungen treffen könnten als manche Erwachsenen. Die Typisierung bietet Handlungssicherheit im Rechtsverkehr, hindert zugleich aber Kinder und Jugendliche daran, ihre Rechte selbständig zu mobilisieren und entfaltet damit auch benachteiligende Wirkung.

Rechtsregime, die Personen als Sorgeberechtigte, Vormünder*innen oder Betreuer*innen ermächtigen, zum Wohle anderer Menschen ersetzende Entscheidungen zu treffen (*substitute decision making*), haben ein generelles Legitimationsproblem: Während den rechtlichen Vertreter*innen generell die Fähigkeit unterstellt wird, das objektive Wohl einer anderen Person ermitteln zu können, werden der Wille und persönliche Lebensentwurf derjenigen, um deren Wohl und Lebensplanung es geht, nur dann als beachtlich eingestuft, wenn sie darlegen können, dass sie alle Umstände des Einzelfalls und auch dessen zukünftige Entwicklung bedacht und die Konsequenzen sorgfältig gegen einander abgewogen haben. An ihre kognitiven und ethischen Kompetenzen und die Geltendmachung ihrer

87 Zur grundrechtlichen Schutzpflicht siehe die Beiträge von *Schuler-Harms* und *Kriewald* in diesem Band.

88 *Aichele/Degener*, Frei und gleich im rechtlichen Handeln, in: Aichele (Hrsg.), *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht*, 2013, S. 37, 55.

89 *Schmahl*, HK-KRK Einleitung, 2. Aufl. 2017, Rn. 16.

90 *Aichele/Degener*, Frei und gleich im rechtlichen Handeln, in: Aichele (Hrsg.), *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht*, 2013, S. 37, 42.

subjektiven Rechte werden damit höhere Maßstäbe angelegt als an die ihrer rechtlichen Vertreter*innen.⁹¹ Auch aus diesem Grunde lehnt der Fachausschuss der Vereinten Nationen für die Rechte von Menschen mit Behinderungen Rechtsinstrumente der ersetzenden Entscheidungsfindung prinzipiell ab.⁹²

3.2. Assistierte Autonomie von jungen Menschen (mit Behinderungen)

Doch wie kann und soll der Staat das Recht eines Kleinkindes auf Freiheit schützen, das seine Handlungen noch nicht kognitiv zu steuern vermag, sondern impulsiv agiert und zu seinem Überleben auf die Fürsorge anderer Menschen angewiesen ist? Wie hat er die Entscheidung des 16-Jährigen zu bewerten, der die Schule abbrechen will, weil er überzeugt ist, sich wie seine Instagram-Idole als Influencer im Internet etablieren und damit ganz schnell reich werden zu können?

Nach Auffassung des Fachausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen liegt die Lösung im Konzept der assistierten Autonomie. Die UN-BRK versteht Selbstbestimmung nicht als einen statischen Zustand, der besteht oder nicht,⁹³ sondern als eine Kapazität, über die Einzelnen in unterschiedlichem Maße verfügen und die jeder Mensch entwickeln, aufrechterhalten oder verlieren kann. In welchem Maße, hängt nicht alleine von seinen individuellen Fähigkeiten, sondern auch von seinen rechtlichen Freiheiten und sozialen Möglichkeiten, z.B. seinem (barrierefreien) Zugang zu Information, Bildung und sozialer Unterstützung ab. Eine selbstbestimmte Lebensführung, so die grundlegende Einsicht, kann ohne fördernde und unterstützende soziale Strukturen niemals gelingen.⁹⁴ Betrachtet man soziale Bindungen mithin als eine Grundvoraussetzung von Autonomie, steht die Fürsorge zu ihr nicht im Gegensatz, son-

91 Herderich, Stellvertretung und Zwang aus der Betroffenenperspektive, in: Degener et al. (Hrsg.), Menschenrecht Inklusion, 2016, S. 369 ff; vgl. auch Hünersdorf, Zur Ambivalenz von Kinderrechten im Kinder- und Jugendstärkungsgesetz, Soziale Passagen 2017, S. 317.

92 Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Concluding observations on the initial report of Germany, 2015 (CRPD/C/GC/1); Vgl. Degener, Unterstützte gleiche Freiheit: Zum Innovationspotenzial der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen, in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), Autonomie im Recht – Geschlechter theoretisch vermessen, 2018, S. 61.

93 Kritisch hierzu u.a. auch Feinberg, Autonomy, in: Christman (Hrsg.), The Inner Citadel. Essays on Individual Autonomy, 1989, S. 27.

94 Bielefeldt, Inklusion als Menschenrechtsprinzip, 2012, S. 149, 155.

dern bildet eine Gelingensbedingung, vorausgesetzt, sie ist nicht auf Entmündigung, sondern auf die Ermöglichung einer autonomen Entscheidungsfindung gerichtet.⁹⁵ Dieses Konzept der assistierten Autonomie findet in der UN-BRK sowohl in Art. 12 Abs. 3 und 4 UN-BRK („unterstützte Entscheidungsfindung“), in Art. 19 lit. b) UN-BRK („persönliche Assistenz“) als auch speziell in Bezug auf Kinder und Jugendliche seinen Niederschlag. In Art. 7 Abs. 3 UN-BRK heißt es:

„Die Vertragsstaaten gewährleisten, dass Kinder mit Behinderungen das Recht haben, ihre Meinung in allen sie berührenden Angelegenheiten gleichberechtigt mit anderen Kindern frei zu äußern, wobei ihre Meinung angemessen und entsprechend ihrem Alter und ihrer Reife berücksichtigt wird, und behinderungsgerechte sowie altersgemäße Hilfe zu erhalten, damit sie dieses Recht verwirklichen können.“

Sowohl die UN-KRK als auch die UN-BRK regeln also, wie die rechtliche Handlungsfähigkeit junger Menschen mit eingeschränkter tatsächlicher Autonomiefähigkeit zu gewährleisten ist. Während Art. 5 UN-KRK, basierend auf einem reinen Fürsorgeprinzip den Eltern das Recht zusichert, „das Kind bei der Ausübung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte in seiner Entwicklung entsprechenden Weise angemessen zu leiten und zu führen“, knüpft Art. 7 UN-BRK ergänzend an die Selbstbestimmungsrechte der jungen Menschen an und verpflichtet den Staat, Kinder und Jugendliche darin zu unterstützen, sich in alle sie berührenden Angelegenheiten – also sowohl in die Entscheidungen ihrer Eltern als auch in politische oder sonstige Maßnahmen – mit ihrer eigenen Meinung einzubringen. Der Staat hat ihr Recht auf Meinungsfreiheit zu achten und die Kinder und Jugendlichen gleichermaßen in ihrer Fähigkeit zur freien Meinungsbildung und -äußerung zu fördern. Allerdings sichert die UN-BRK Kindern und Jugendlichen keine volle Urteilshoheit zu. Ihr Wunsch und Wille sind lediglich „altersangemessen“, d.h. je nach Grad ihrer Einsichts- und Steuerungsfähigkeit konsultativ oder dezisiv zu berücksichtigen.⁹⁶

Gleichwohl mehren sich die Stimmen, die die assistierte Autonomie als geeignetes Konzept auch zum Abbau altersbedingter Diskriminierung von

95 *Graumann*, Assistierte Freiheit. Von einer Behindertenpolitik der Wohltätigkeit zu einer Politik der Menschenrechte, 2011; *Damm*, Assistierte Selbstbestimmung als normatives und empirisches Problem des Rechts – am Beispiel von Einwilligungs- und Entscheidungsfähigkeit, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2017, S. 337.

96 Hierzu grundlegend *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 440. Kritisch: *Hünersdorf*, Zur Ambivalenz von Kinderrechten im Kind- und Jugendstärkungsgesetz, *Soziale Passagen* 2017, S. 317.

Kindern und Jugendlichen verstehen: „supported decision-making should be the ideal for all children“⁹⁷. Eine besondere Bedeutung kann dabei der Unterstützung durch Peers, z. B. in gruppenbasierten Formen der unterstützten Entscheidungsfindung wie dem Conferencing zukommen, das in der Kinder- und Jugendhilfe bisher u.a. in Form des Familienrats, in der Arbeit mit Menschen mit Behinderungen in Form der Persönlichen Zukunftsplanung bekannt ist.⁹⁸ Ihnen gemeinsam ist, dass sich die Unterstützer*innen aus dem sozialen Umfeld der zu unterstützenden Person rekrutieren, diese sich mit professioneller Unterstützung ein soziales Netzwerk aufbaut und ein oder mehrere Unterstützertreffen organisiert, die von einer geschulten Fachkraft moderiert werden. Krappmann versteht die UN-BRK darüber hinaus als Aufforderung an die Vertragsstaaten, sowohl strikte Altersgrenzen, z.B. im Wahlrecht oder bei der Geschäftsfähigkeit als auch die pädagogischen Konzepte in Einrichtungen erneut auf den Prüfstand zu stellen:

„Ständige Hinführung zur eigenen Rechtsausübung ist die Aufgabe und nicht, Kindern ihre Rechte erst zu ‚überlassen‘, wenn eine festgelegte Altersgrenze überschritten wird. (...) Für Kenntnis dieser Rechte zu sorgen, den Sichtweisen der Kinder Gewicht zu geben und mit ihnen zu prüfen, was zu ihrem Wohl ist, sind wichtige Elemente einer positiven Agenda für die Verwirklichung der Kinderrechte, die ein bloßes Beschützen und Bewahren überwindet.“⁹⁹

4. Fazit

Zur Umsetzung des in der UN-BRK verankerten Konzepts der „inkluisiven Gleichheit“ bedarf es nicht nur einer Zusammenführung der Eingliederungshilfe, sondern einer grundlegenden Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe im Sinne des Disability Mainstreaming und einer Stärkung der Rechte junger Menschen. Der im Oktober 2020 vorgelegte Referentenentwurf eines Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes weist zwar in die richtige Richtung, bleibt aber an vielen Stellen zu unkonkret und insgesamt deutlich hinter den Anforderungen der UN-BRK zurück. Wichtige

97 Sandland, A Clash of Conventions?, *Social Inclusion* 2017 (5/3), S. 93, 103.

98 Engel, „Gemeinsam statt einsam?“ – Das soziale Netzwerk als Ressource bei der unterstützten Entscheidungsfindung, *BtPrax* 2016, S. 174.

99 Krappmann, Die rechtliche Handlungsfähigkeit des Kindes, in: Aichele (Hrsg.), *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht*, 2013, S. 100, 113.

Kernelemente einer Reform bilden die Stärkung der Rechtsposition der Kinder und Jugendlichen, der systematische Abbau der bestehenden sprachlichen, baulichen und strukturellen Barrieren, die Verpflichtung der Träger der öffentlichen und freien Kinder- und Jugendhilfe zur Vornahme angemessener Vorkehrungen und eine verbesserte Abstimmung der Zuständigkeiten zwischen der Kinder- und Jugendhilfe und den Trägern der Rehabilitation, Pflege und Gesundheitshilfen. Zugleich gilt es aber stets auch kritisch zu hinterfragen, wo sich gegebenenfalls auch die UN-BRK einseitig an den Lebenslagen und Diskriminierungserfahrungen erwachsener Menschen orientiert und den Lebenslagen und Perspektiven von Kindern und Jugendlichen bei der Umsetzung darum gesondert Rechnung zu tragen ist. So muss in der Diskussion über den Geltungsbereich des Art. 12 UN-BRK dessen Wechselwirkung mit Art. 7 UN-BRK genauer herausgearbeitet werden. Wie lassen sich das in der UN-KRK und UN-BRK verankerte Konzept der Minderjährigkeit und die damit verbundenen Einschränkungen der rechtlichen Handlungsfähigkeit mit der Deutung des Art. 12 UN-BRK als universelle Garantie rechtlicher Handlungsfreiheit und als strenges Paternalismusverbot vereinbaren? Welche Tragweite entwickeln Art. 12 und Art. 7 UN-BRK und das Konzept der assistierten Autonomie generell für Kinder und Jugendliche, d.h. auch jene ohne Behinderung? Welche Form der (persönlichen) Assistenz brauchen Kinder und Jugendliche mit Behinderungen zur Entscheidungsfindung (Art. 7 Abs. 3 UN-BRK) und zur unabhängigen Lebensführung (Art. 19 UN-BRK)? Lassen sich vor allem im Jugendalter hierfür Ansätze des Peer Support nutzen? Wo bietet unsere Rechtsordnung Ankerpunkte für eine entsprechende Assistenz? Welche zusätzlichen Ressourcen werden hierfür benötigt? Wie kann rechtlich gewährleistet werden, dass der Wille und die Wünsche von Minderjährigen bei stellvertretenden Entscheidungen angemessene Beachtung finden?

Fragen wie diese zeigen: Die UN-BRK zielt auf den dringend erforderlichen Abbau der Diskriminierung behinderter Kinder und Jugendlicher, sie liefert zugleich aber auch eine Vielzahl von Impulsen zur Stärkung der Rechte aller jungen Menschen.

Literatur

AFET/BVke/EREV/IGfH (2018): Fragen und Prüfsteine an die SGB VIII Reform und ein inklusives Kinder- und Jugendhilfegesetz, Oktober. https://afet-ev.de/assets/themenplattform/2018-10-17_Pruefsteine_Erziehungshilfeschwerbaende.pdf (letzter Zugriff: 1.11.2020)

- Aichele, Valentin (2010): Behinderung und Menschenrechte. Die UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Aus Politik und Zeitgeschichte (23). <http://www.bpb.de/apuz/32709/behinderung-und-menschenrechte-die-un-konvention-ueber-die-rechte-von-menschen-mit-behinderungen?p=all> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Aichele, Valentin/Degener, Theresia (2013): Frei und gleich im rechtlichen Handeln – Eine völkerrechtliche Einführung zu Artikel 12 UN-BRK, in: Aichele, Valentin (Hrsg.), Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht. Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention. Baden-Baden: Nomos, S. 37
- Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe (AGJ) (2013): Gesamtzuständigkeit der Kinder- und Jugendhilfe für alle Kinder und Jugendlichen, Stellungnahme vom 25.9.2013, Berlin. https://www.agj.de/fileadmin/files/positionen/2012/Gesamtzustandigkeit_KJH.pdf (letzter Zugriff: 1.1.2020)
- Arbeits- und Sozialministerkonferenz /Jugend- und Familienministerkonferenz (Hrsg.) (2013): Bericht der von der ASMK und JFMK eingesetzten Arbeitsgruppe „Inklusion von jungen Menschen mit Behinderung“ vom 5.3.2013, in: Jugend- und Familienministerkonferenz (Hrsg.), Beschlussprotokoll der JFMK am 6. und 7. Juni 2013 in Fulda, S. 58. https://jfmk.de/wp-content/uploads/2019/01/JFMK%202013%20Protokoll%20EXTERN_kompimiert.pdf (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Attia, Iman/Köbsell, Swantje/Prasad, Nivedita (Hrsg.) (2015): Dominanzkultur reloaded. Neue Texte zu gesellschaftlichen Machtverhältnissen und ihren Wechselwirkungen. Bielefeld: transcript
- Baer, Susanne (2010): Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen: Grundprobleme des Antidiskriminierungsrechts, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), Positive Maßnahmen. Berlin: Heinrich-Böll-Stiftung, S. 11. https://heimatkunde.boell.de/sites/default/files/dossier_positive_massnahmen.pdf (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Bielefeldt, Heiner (2012): Inklusion als Menschenrechtsprinzip: Perspektiven der UN-Behindertenrechtskonvention, in: Moser, Vera/Horster, Detlef (Hrsg.), Ethik der Behindertenpädagogik. Stuttgart: Kohlhammer, S. 149
- Brazelton, T. Berry/Greenspan, Stanley I. (2002): Die sieben Grundbedürfnisse von Kindern. Was jedes Kind braucht, um gesund aufzuwachsen, gut zu lernen und glücklich zu sein. Weinheim, Basel: Beltz
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Kinder (BMFSFJ) (Hrsg.) (2009): 13. Kinder- und Jugendbericht. Bericht über die Lebenssituation junger Menschen und die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe. BT-Drs. 16/12860
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Kinder (BMFSFJ) (Hrsg.) (2016): Arbeitsfassung/Diskussionsgrundlage zur Vorbereitung eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen vom 23.8.2016. <http://kijup-sgbviii-reform.de/wp-content/uploads/2016/07/Arbeitsfassung-Reform-SGB-VIII-Gesetzesformulierungen-23.8.2016.pdf> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Kinder (BMFSFJ) (Hrsg.) (2020): Referentenentwurf Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz) vom 5.10.2020

- Bundesverband behinderte Pflegekinder e.V. (2019): Stellungnahme zum Dialogprozess SGB VIII – Mitreden-Mitgestalten für die 3. Sitzung am 4.4.2019. <https://bbpflegekinder.de/stellungnahme-zum-dialogprozess-sgb-viii-mitreden-mitgestalten/> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- CDU, CSU und SPD (2018): Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode. https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf (letzter Zugriff: 11.11.2020)
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2015): Concluding observations on the initial report of Germany (CRPD/C/GC/1), sowie in deutscher Übersetzung: Abschließende Bemerkungen über den ersten Staatenbericht Deutschlands (CRPD/C/DEU/CO/1)
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2016): General comment No. 4 on the right of inclusive education (CRPD/C/GC/4)
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2018): General comment No. 6 on equality and non-discrimination (CRPD/C/GC/6)
- Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2018): General comment No. 7 on the participation of persons with disabilities, including children with disabilities, through their representative organizations, in the implementation and monitoring of the Convention (CRPD/C/GC/7)
- Damm, Reinhard (2017): Assistierte Selbstbestimmung als normatives und empirisches Problem des Rechts – am Beispiel von Einwilligungs- und Entscheidungsfähigkeit. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (37/2), S. 337
- Degener, Theresia (2009): Die UN-Behindertenrechtskonvention als Inklusionsmotor, *Recht der Jugend und des Bildungswesens* (57/2), S. 200
- Degener, Theresia (2015): Die UN-Behindertenrechtskonvention – ein neues Verständnis von Behinderung, in: dies./Diehl, Elke (Hrsg.): *Handbuch Behindertenrechtskonvention*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, S. 55
- Degener, Theresia (2016): Disability in a Human Rights Context, *Laws* (5/3). <https://www.mdpi.com/2075-471X/5/3/35> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Degener, Theresia (2018): Unterstützte gleiche Freiheit. Zum Innovationspotenzial der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen, in: Baer, Susanne/Sacksofsky, Ute (Hrsg.), *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen*. Baden-Baden: Nomos, S. 61
- Deutsches Institut für Menschenrechte (DIMR) – Monitoring-Stelle zur UN-Behindertenrechtskonvention (2015): Parallelbericht an den UN-Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen anlässlich der Prüfung des ersten Staatenberichts Deutschlands gemäß Artikel 35 der UN-Behindertenrechtskonvention. <https://www.ssoar.info/ssoar/handle/document/42741> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Deutsches Institut für Urbanistik gGmbH (Difu) (Hrsg.) (2018): Dialogforum „Bund trifft kommunale Praxis“ – Inklusive Kinder- und Jugendhilfe aktiv miteinander gestalten. 1. Expertengespräch, Dokumentation. Berlin: difu. https://jugendhilfe-inklusive.de/sites/default/files/EXP-Dokus/ergebnis_exp1.pdf (letzter Zugriff: 1.11.2020)

- Deutsche UNESCO-Kommission e.V.* (2015): Inklusion: Leitlinien für die Bildungspolitik. Bonn: UNESCO. https://www.unesco.de/sites/default/files/2018-05/2014_Leitlinien_inklusive_Bildung_0.pdf (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Deutsche UNESCO-Kommission e.V.* (2017): Empfehlungen inklusives Bildungssystem. Bonn: UNESCO. https://www.unesco.de/sites/default/files/2018-10/18_10_24_ExIB_EmpfehlungenInklusivesSchulsystemFINALWeb.pdf (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Deutscher Ethikrat* (2018): Hilfe durch Zwang? Professionelle Sorgebeziehungen im Spannungsfeld von Wohl und Selbstbestimmung, Stellungnahme. Berlin: Deutscher Ethikrat
- Diedrich, Vanessa/Fuchs, Harry/Morfeld, Matthias/ Risch, Lukas/Ruschmeier, René* (2019): Implementationsstudie zur Einführung von Instrumenten zur Entwicklung des Rehabilitationsbedarfs nach § 13 SGB IX (Bundesteilhabegesetz). Abschlussbericht, Berlin: Bundesministerium für Arbeit und Soziales.
- Dohm, Susanne* (2019): Erfahrungsbericht Familie Dohm „Sie tun wirklich alles, alles außer Inklusion!“. *Gemeinsam Leben* (03/2019), S. 182.
- Ebner, Sandra* (2018): Kinderschutz in stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe. München: Verlag Deutsches Jugendinstitut
- Engel, Alexander* (2016): „Gemeinsam statt einsam?“ – Das soziale Netzwerk als Ressource bei der unterstützten Entscheidungsfindung. *BtPrax*, S. 172.
- ECOSOC – Committee on Economic, Social and Cultural Rights* (1999): General Comment No. 13: The right to education Art. 13, CESCR E/C.12/1999/10. [https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/dGeneralCommentNo13TheRighttoEducation\(article13\)\(1999\).aspx](https://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/Training/Compilation/Pages/dGeneralCommentNo13TheRighttoEducation(article13)(1999).aspx) (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Eichenhofer, Eberhard* (2018): Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht. Menschenrechtliche Forderungen an das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Rechtsgutachten im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes. Baden-Baden: Nomos
- Feinberg, Joel* (1989): Autonomy, in: Christman, John (Hrsg.), *The Inner Citadel. Essays on Individual Autonomy*. Vermont: Echo Point Books & Media, S. 27
- Fegert, Jörg M.* (2013): Die Frage des Kindeswohls und der Ausgestaltung des Umgangsrechts nach Trennung der Eltern in Fällen häuslicher Gewalt aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, in: Kavemann, Barbara/Kreyssig, Ulrike (Hrsg.), *Handbuch Kinder und häusliche Gewalt*. Wiesbaden: Springer VS, S. 195
- Fredman, Sandra* (2016): Substantive Equality Revisited. *International Journal of Constitutional Law* (14/3), S. 712
- Fredman, Sandra/Campbell, Meghan/Atrey, Shreya/Brickhill, Jason/Ramalekana, Nomfundo/Samtani, Sanya* (2017): Achieving Transformative Equality for Persons with Disabilities: Submission to the CRPD Committee for General Comment No. 6 on Article 5 of the UN-Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Oxford. <https://ohrh.law.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2017/12/CPRD-Submission-1.pdf><https://ohrh.law.ox.ac.uk/wordpress/wp-content/uploads/2017/12/CPRD-Submission-1.pdf> (letzter Zugriff: 1.11.2020)

- Fries, Sabine/Schröttle, Monika (2014): Diskriminierungs- und Gewalterfahrungen im Leben gehörloser Frauen. Ursachen, Risiken und Prävention, Endbericht. Berlin: BMFSFJ. <https://www.bmfsfj.de/blob/93542/d74f3ab178a3009f7ba974a3985e0bd3/diskriminierungs-und-gewalterfahrungen-im-leben-gehoerloser-frauen-endbericht-data.pdf> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Graumann, Sigrid (2011): Assistierte Freiheit. Von einer Behindertenpolitik der Wohltätigkeit zu einer Politik der Menschenrechte. Frankfurt am Main, New York: campus
- Herderich, Harald (2016): Stellvertretung und Zwang aus der Betroffenenperspektive, in: Degener, Theresia/Eberl, Klaus/Graumann, Sigrid/Maas, Olaf/Schäfer, Gerhard K. (Hrsg.), Menschenrecht Inklusion. 10 Jahre UN-Behindertenrechtskonvention – Bestandsaufnahme und Perspektiven zur Umsetzung in sozialen Diensten und diakonischen Handlungsfeldern. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, S. 369
- Hünersdorf, Bettina (2017), Zur Ambivalenz von Kinderrechten im Kinder- und Jugendstärkungsgesetz. Soziale Passagen (9/2), S. 317
- Igstadt, Volker (2019): Inklusion als Kindeswohlgefährdung? Der Beschluss - 1 BvR 1525/20 - des BVerfG als Rückschlag für den gleichberechtigten Zugang zur Regelschule, VerfBlog, 2020/9/07, <https://verfassungsblog.de/inklusion-als-kinde-swohlgefaehrdung/> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- von Kardorff, Ernst (2017): Diskriminierung von seelischen Beeinträchtigten, in: Scherr, Albert/El Mafaalani, Aladin/Yüksel, Gökçen (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung. Wiesbaden: Springer VS, S. 565
- Karim, Sarah/Waldschmidt, Anne (2019): Ungeahnte Fähigkeiten? Behinderte Menschen zwischen Zuschreibung von Unfähigkeit und Doing Ability. ÖZS- Österreichische Zeitschrift für Soziologie (44), S. 269
- Knauer, Rainard/Sturzenbecker, Benedikt (2005): Partizipation im Jugendalter, in: Hafener, Benno/Jansen, Mechthild. M./Niebling, Torsten (Hrsg.), Kinder- und Jugendpartizipation im Spannungsfeld von Interessen und Akteuren. Opladen: Barbara Budrich, S. 63
- Köbsell, Swantje (2012): Wegweiser Behindertenbewegung: Neues (Selbst)Verständnis von Behinderung. Neu-Ulm: AG SPAK
- Kooperationsverbund Jugendsozialarbeit (Hrsg.) (2012): Inklusion in Handlungsfeldern der Jugendsozialarbeit, Beiträge zur Jugendsozialarbeit (2). Berlin
- Krappmann, Lothar (2013): Die rechtliche Handlungsfähigkeit des Kindes – Die UN-Kinderrechtskonvention aus der Sicht des Artikels 12 UN-BRK, in: Aichele, Valentin (Hrsg.), Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht. Baden-Baden: Nomos, S. 100
- „LaGrande“ Binias, Ninia (2019): Exklusion ist niemals Kindeswohlgefährdung. Gemeinsam Leben (3/2019), S. 186.
- Lembke, Ulrike/Liebscher, Doris (2014): Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?, in: Philipp, Simone/Meier, Isabella/Apostolovski, Veronika/Starl, Klaus/Schmidlechner, Karin Maria (Hrsg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung. Soziale Realitäten und Rechtspraxis. Baden-Baden: Nomos, S. 261

- Lütje-Klose, Birgit* (2013): Inklusion in der Kinder- und Jugendhilfe. Expertise zum 14. Kinder- und Jugendbericht, in: Sachverständigenkommission 14. Kinder- und Jugendbericht (Hrsg.), Kinder- und Jugendhilfe in neuer Verantwortung. Materialien zum 14. Kinder- und Jugendbericht. https://www.dji.de/fileadmin/user_upload/bibs/14-KJB-Expertise-Luetje-14-05.pdf (letzter Zugriff 1.11.2020)
- Mandl, Sabine/Planitzer, Julia/Schachner, Anna/Sprenger, Claudia* (2014): Zugang von Frauen mit Behinderungen zu Opferschutz- und Unterstützungseinrichtungen bei Gewalterfahrungen Abschließender Projektbericht des EU-Daphne-Projekts. http://women-disabilities-violence.humanrights.at/sites/default/files/reports/deutschland_abschliessender_projektbericht_0.pdf (letzter Zugriff 1.11.2020)
- Mangold, Anna Katharina* (2021): Demokratische Inklusion durch Recht. Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen. Tübingen: Mohr Siebeck (in Vorbereitung)
- Maslow, Abraham H.* (1981): Motivation und Persönlichkeit. Reinbek: Rowohlt
- McKinnon, Catherine A.* (2016): Substantive equality revisited: A reply to Sandra Fredman. *International Journal of Constitutional Law* (14/3), S. 739. <https://doi.org/10.1093/icon/mow047> (letzter Zugriff 1.11.2020)
- Meysen, Thomas* (2014): Gesamtzuständigkeit im SGB VIII. *Neue Praxis* (2), S. 1
- Meysen, Thomas/Rixen, Stephan/Schönecker, Lydia* (2019): Ist-Analyse zu Hilfe und Versorgung in Familien von Kindern psychisch kranker Eltern. Expertise im Auftrag des AFET Bundesverbandes für Erziehungshilfen e.V. <https://www.ag-kpke.de/wp-content/uploads/2019/03/Expertise-Recht.pdf> (letzter Zugriff 1.11.2020)
- Mißling, Sven/Ückert, Oliver* (2014): Inklusive Bildung: Schulgesetze auf dem Prüfstand. Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte. <https://docplayer.org/63522-Inklusive-bildung-schulgesetze-auf-dem-pruefstand-sven-missling-oliver-uecker-t.html> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Netzwerk Artikel 3 e.V.* (2009): UN-Behindertenrechtskonvention. Schattenübersetzung. <http://www.netzwerk-artikel-3.de/index.php/vereinte-nationen/93-international-schattenuebersetzung> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Oehme, Andreas/Schröer, Wolfgang* (2018): Beeinträchtigung und Inklusion, in: Böllert, Karin (Hrsg.), Kompendium Kinder- und Jugendhilfe. Wiesbaden: VS Springer, S. 273
- Osterfeld, Margit/Lababidi, Hadil/Langfeldt, Marina* (2018): Einhaltung der Menschenrechte in der Psychiatrie. *Fortschritte der Neurologie Psychiatrie* (86/08), S. 493
- Pyrca, Patricia* (2019): Inklusion und Kindeswohlgefährdungsmeldung. *Gemeinsam Leben* (03/2019), S. 178.
- Rohrmann, Albrecht* (2018): Behinderung, in: Grasshoff, Gunther/Renker, Anna/Schröer, Wolfgang (Hrsg.), Soziale Arbeit. Eine elementare Einführung. Wiesbaden: Springer VS, S. 55
- Rohrmann, Albrecht* (2018): Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention für ein „inklusives SGB VIII“. *Archiv* (1), S. 10

- Rommelspacher, Birgit (2006): Dominanzkultur, Texte zu Fremdheit und Macht. Berlin: Orlanda
- Sandland, Ralph (2017): A Clash of Conventions? Participation, Power and the Rights of Disabled Children. *Social Inclusion* (5/3), S. 93
- Schmahl, Stefanie: Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar. Baden-Baden: Nomos (2. Aufl.) 2017
- Schönecker, Lydia (2017): Inklusive Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe. Von der Konstruktion zweier Hilfesysteme unter einem Dach und den dafür zu betrachtenden Zwischenräumen. *JAmT* (10), S. 470
- Smessaert, Angelika/Münder, Johannes (2008): Von der Kinder- und Jugendhilfe zur Kinder-Fürsorge und Kinder-Betreuung?. *Widersprüche* (109), S. 25
- Trilsch, Mirja (2012): Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht. Aktualisierung der rechtswissenschaftlichen Debatte um die Vereinbarkeit sozialer Grundrechte mit dem Grundgesetz. Berlin, Heidelberg: Springer
- Münder/Meysen/Trenczek: Frankfurter Kommentar zum SGB VIII (FK-SGB VIII). Baden-Baden: Nomos, (8. Aufl.) 2019
- Wabnitz, Reinhard Joachim (2016): Große Lösung und Inklusion, in: Küstermann, Mirko/Eikötter, Burkhard (Hrsg.), *Rechtliche Aspekte inklusiver Bildung und Arbeit*. Weinheim, Basel: Beltz, S. 134
- Waldschmidt, Anne (2005): Disability Studies: individuelles, soziales und/oder kulturelles Modell von Behinderung?. *Psychologie und Gesellschaftskritik* (29/1), S. 9. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssaar-18770> (letzter Zugriff 1.11.2020)
- Wansing, Gudrun (2015): Was bedeutet Inklusion? Annäherungen an einen vielschichtigen Begriff. In: Degener, Theresia/Diehl, Elke: *Handbuch Behindertenrechtskonvention*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, S. 43
- Wapler, Friederike (2015): Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im öffentlichen Recht. Tübingen: Mohr Siebeck
- Wiesner, Reinhard (2018): Rückblick und Ausblick – wo stehen wir nach der gescheiterten Reform?. *Zeitschrift Recht der Jugend und des Bildungswesens* (66/2), S. 129.
- Wiesner, Reinhard (2019): Anmerkung zu OVG Münster, B. v. 10.12.2018 - 12 A 3136/17 – (Persönliches Budget bei Leistungen der Eingliederungshilfe für Kinder und Jugendliche mit seelischer Behinderung). *ZKJ*, S. 122
- Wrase, Michael (2016): *Zwischen Norm und sozialer Wirklichkeit*. Berlin: Duncker & Humblot
- Ziegler, Holger (2016): „Ist auch drin, was drauf steht?“ Droht die Pathologisierung der Pädagogik in der Erziehungshilfe? Einschätzungen zur inklusiven Lösung. Manuskript des Vortrags vom 14.6.2016 auf der Fachtagung der Erziehungsverbände in Frankfurt/Main. https://igfh.de/sites/default/files/Ziegler%20Skript_0.pdf (letzter Zugriff 1.11.2020)

- Zinsmeister, Julia* (2007): Mehrdimensionale Diskriminierung. Das Recht behinderter Frauen auf Gleichberechtigung und seine Gewährleistung durch Art. 3 GG und das einfache Recht. Baden-Baden: Nomos
- Zinsmeister, Julia* (2012): Zum Anspruch behinderter Eltern auf staatliche Unterstützung bei der Versorgung und Betreuung ihrer Kinder („Elternassistenz“) im eigenen Haushalt. Anmerkung zu LSG NRW, Urteil v. 23.2.2012 - L 9 SO 26/11, Diskussionsforum Rehabilitationsrecht. <https://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/diskussionsbeitrag-a29-2012/> (letzter Zugriff 1.11.2020)
- Zinsmeister, Julia* (2012): Zur Einflussnahme rechtlicher Betreuerinnen und Betreuer auf die Verhütung und Familienplanung der Betreuten. *BtPrax*, S. 227
- Zinsmeister, Julia* (2017): Diskriminierung von körperlich und geistig Beeinträchtigten, in: Scherr, Albert/El Mafaalani, Aladin/Yüksel, Gökçen (Hrsg.), *Handbuch Diskriminierung*. Wiesbaden: Springer VS, S. 593
- Zinsmeister, Julia/Platte, Andrea* (2018): Das Recht auf inklusive Bildung, oder: Wie Kindertageseinrichtungen Ausgrenzung und Diskriminierung verhindern können und müssen, in: Lohrentz, Ute (Hrsg.), *Das große Handbuch Recht in der Kita*. Köln: Carl Link, S. 145

Exklusive Kinder- und Jugendhilfe als Verstoß gegen völkerrechtliche Diskriminierungsverbote

Lydia Schönecker

1. Menschenrechtliche Diskriminierungsverbote

Mit der Ratifizierung der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) im Jahr 1992¹ sowie der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) mit Wirkung zum März 2009,² haben die in diesen Menschenrechtsübereinkommen niedergelegten völkerrechtlichen Vorgaben Eingang in die deutsche Rechtsordnung gefunden. Im gleichen Rang mit Bundesrecht gelten diese seitdem zum Teil als unmittelbar anwendbare Vorschriften (self-executing norms), wenn sie nach Wortlaut, Zweck und Inhalt geeignet und ausreichend bestimmt sind, im konkreten Einzelfall rechtliche Wirkungen zu erzeugen.³ Die Mehrzahl der Regelungen werden allerdings als non-self-executing norms eingeordnet, d.h. sie verpflichten zu legislativer Umsetzung sowie menschenrechtskonformer Auslegung bestehender nationaler Regelungen im Rahmen von Behörden- und Gerichtsentscheidungen.⁴

Beide Konventionen enthalten deutliche Diskriminierungsverbote. So verpflichtet Art. 2 Abs. 1 UN-KRK alle Vertragsstaaten darauf, die in dem Übereinkommen festgelegten Rechte,

„jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind ohne jede Diskriminierung unabhängig von der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, einer Behinderung, der Geburt oder des sonstigen Status des Kindes, seiner Eltern oder seines Vormunds“

1 BGBl. II 1992, 121; wenngleich zunächst mit – ausländerrechtlich bedingten – Vorbehalten, die erst 2010 zurückgenommen wurden.

2 BGBl. II 2008, 1419.

3 BVerfGE 29, 348, 360; *Trenk-Hinterberger*, in: Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, Einf. Rn. 27, 33.

4 *Kotzur/Richter*, Anmerkungen zur Geltung und Verbindlichkeit der Behindertenrechtskonvention im deutschen Recht, in: Welke (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, 2012, S. 81, 84.

zu gewährleisten. Zudem hat sich Deutschland über die UN-BRK zum einen allgemein verpflichtet,

„die volle Verwirklichung aller Menschenrechte für alle Menschen mit Behinderungen ohne jede Diskriminierung auf Grund von Behinderung zu gewährleisten und zu fördern“ (Art. 4 Abs. 1 S. 1 UN-BRK).

Im sog. selbstständigen Diskriminierungsverbot des Art. 5 Abs. 1 UN-BRK⁵ heißt es dementsprechend auch, dass die Vertragsstaaten anerkennen,

„dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, vom Gesetz gleich zu behandeln sind und ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz und gleiche Vorteile durch das Gesetz haben“.

Für Kinder mit Behinderungen enthält Art. 7 UN-BRK ein auf Art. 2 Abs. 1 UN-KRK fußendes, zusätzlich formuliertes Diskriminierungsverbot.⁶ Dessen Absatz 1 verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen,

„um zu gewährleisten, dass Kinder mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen Kindern alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen können“.

Dabei scheint insbesondere bei Diskriminierungsverboten inzwischen ihre unmittelbare Anwendbarkeit i.S.v. self-executing norms unbestritten.⁷

5 Zu den Diskriminierungsverboten der UN-BRK und ihren rechtlichen Bedeutungen ausführlich *Aichele/Althoff*, Nicht-Diskriminierung und angemessene Vorkehrungen in der UN-Behindertenrechtskonvention, in: Welke (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, 2012, S. 104.

6 *Kreutz*, in: *Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis, 2013, UN-BRK Art. 7 Rn. 1.

7 Vgl. *UN-Sozialpaktausschuss*, General Comment Nr. 3, 1990, E/1991/23, The nature of States parties' obligations, Nr. 5; m.w.N. *Aichele/Althoff*, Nicht-Diskriminierung und angemessene Vorkehrungen in der UN-Behindertenrechtskonvention, in: Welke (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, 2012, S. 104, 116 f.; *Welti*, Das Diskriminierungsverbot und die „angemessenen Vorkehrungen“ in der BRK – Stellenwert für die staatliche Verpflichtung zur Umsetzung der in der BRK geregelten Rechte, Diskussionsforum Rehabilitations- und Teilhaberecht, Forum D Nr. 9/2012; v. *Bernstorff*, Anmerkungen zur innerstaatlichen Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge: Welche Rechtswirkungen erzeugt das Menschenrecht auf inklusive Schulbildung aus der UN-Behindertenrechtskonvention im deutschen Sozial- und Bildungsrecht, RdJB 2011, S. 203, 214 f.; *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, 2017, Einl. Rn. 26.

D.h. sie erzeugen grundsätzlich auch ohne weitere nationale Umsetzungsschritte unmittelbare Rechte und Pflichten, auf die sich Betroffene direkt berufen können und die ggf. von Behörden und Gerichten als unmittelbare Entscheidungsgrundlagen mit heranzuziehen sind.⁸

2. Ausschluss junger Menschen mit körperlichen/geistigen Behinderungen aus der Kinder- und Jugendhilfe

Das SGB VIII enthält aktuell in § 10 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 SGB VIII für Leistungen der Eingliederungshilfe eine Zuständigkeitswegweisung junger Menschen mit körperlichen und/oder geistigen Behinderungen ins SGB IX Teil 2 (bis 2019: SGB XII). Deutschland zieht im Jahr 2021 somit zwischen jungen Menschen ohne Behinderung bzw. mit einer ausschließlich seelischen Behinderung auf der einen Seite (dann SGB VIII) und jungen Menschen mit (auch) körperlichen und/oder geistigen Behinderungen auf der anderen Seite (dann SGB IX Teil 2) immer noch eine Zuständigkeitstrennlinie.

Dabei wird die sich im § 10 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 SGB VIII bislang abbildende gesetzgeberische Entscheidung, die Kinder und Jugendlichen je nach vorliegender Behinderungsform entweder dem einen oder dem anderen Hilfesystem zuzuweisen, für sich genommen noch nicht als Verstoß gegen die menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote gewertet werden können. Doch gehen von dieser Regelung, die junge Menschen mit körperlichen und/oder geistigen Behinderungen in die Zuständigkeit des SGB IX Teil 2 verweist, erhebliche diskriminierende Wirkungen aus:

2.1 Faktischer Ausschluss aus Regel- und Infrastrukturleistungen

Die derzeitige Zuständigkeitswegweisung der jungen Menschen mit körperlichen und/oder geistigen Behinderungen aus dem SGB VIII betrifft eigentlich nur die Individualleistungen, d.h. die unmittelbar auf das einzel-

8 v. Bernstorff, Anmerkungen zur innerstaatlichen Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge: Welche Rechtswirkungen erzeugt das Menschenrecht auf inklusive Schulbildung aus der UN-Behindertenrechtskonvention im deutschen Sozial- und Bildungsrecht? RdJB 2011, S. 203, 214 f.; Aichele/Althoff, Nicht-Diskriminierung und angemessene Vorkehrungen in der UN-Behindertenrechtskonvention, in: Welke (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, 2012, S. 104, 117 f.

ne Kind zielenden Hilfen. Aus den im SGB VIII für alle Kinder und Jugendlichen geöffneten Regel- und Infrastrukturleistungen (z.B. Kindertagesbetreuung, §§ 22 ff. SGB VIII; Jugendarbeit/-sozialarbeit, §§ 11, 13 SGB VIII) sind sie in rechtlicher Hinsicht somit nicht ausgeschlossen.⁹ Die jugendamtliche Gesamt- und Planungsverantwortung (§§ 79, 80 SGB VIII) richtet sich daher grundsätzlich darauf, auch jungen Menschen mit körperlichen und/oder geistigen Behinderungen den gleichberechtigten Zugang zu diesen allgemein allen jungen Menschen eröffneten Regel- und Infrastrukturleistungen zu ermöglichen.

Die praktische Angebotsgestaltung zeigt jedoch bundesweit, dass Kinder und Jugendliche mit geistiger und/oder körperlicher Behinderung als Leistungsadressat*innen kaum bis gar nicht mitgedacht sind, sodass sie faktisch diese Leistungen doch nicht – oder nur mit einer supplementären, dann aber zusätzlich kostenpflichtigen Eingliederungshilfe (hierzu unten 2.3.) – in Anspruch nehmen können.¹⁰ Die unzureichend wahrgenommene Planungs- und Gewährleistungsverantwortung der Jugendämter in diesem Kontext dürfte als indirekte Wirkung („für diese Kinder/Jugendlichen sind wir nicht zuständig“) zu einem erheblichen Teil auch auf die Regelung des § 10 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 SGB VIII zurückzuführen sein.¹¹

2.2 Reduktion von Kindheit auf das Merkmal Behinderung

Die Zuweisung der individuellen Leistungszuständigkeit in die Eingliederungshilfe des SGB IX Teil 2 reduziert das Kind-/Jugendsein junger Menschen mit körperlichen und/oder geistigen Behinderungen weitgehend auf den Aspekt ihrer Behinderung. Dabei müsste diese Zuordnung in das Hilfesystem der „Eingliederungshilfen“ (§ 10 Abs. 4 S. 2 2. Alt. SGB VIII) zwar nicht zwangsläufig diese Reduktion mit sich bringen, da diese als sog. Teilhabeleistungen grundsätzlich die Aufgabe beinhalten, Menschen mit Behinderungen eine gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu ermöglichen (vgl. § 90 Abs. 1 SGB IX). Gleichberechtigte Teilhabe wür-

9 Wiesner, in: ders., SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 10 SGB VIII Rn. 35.

10 Smessaert, Auf zum zweiten Anlauf! Zur Weiterführung der Debatte um ein inklusives SGB VIII, Forum Jugendhilfe 2018, S. 52, 53.

11 Der Gesetzentwurf zum Kinder- und Jugendstärkungsgesetz (KJSG) sieht konsequenterweise auch hier wichtige, nach Verabschiedung unmittelbar in Kraft tretende Nachjustierungen vor (z.B. Gestaltung inklusiver Jugendarbeitsangebote, § 11 Abs. 1 SGB VIII-E; verpflichtende inklusive Jugendhilfeplanung, § 79 Abs. 2 SGB VIII-E), vgl. auch unten 3.

de daher eigentlich auch die Auseinandersetzung mit den und Hilfreaktionen auf die besonderen Förder- und Entwicklungsbedürfnisse(n) von Kindern und Jugendlichen – abseits von Behandlungen, Therapien, Hilfsmittel-Versorgung, etc. – beinhalten. Auch das mit dem BTHG neu gefasste und ebenfalls im Rahmen der SGB IX-Eingliederungshilfe zu beachtende Behinderungsverständnis (§ 2 SGB IX)¹² könnte hier Einiges positiv aufbrechen. Denn seit 2018 darf Behinderung – als leistungsanspruchsauslösendes Tatbestandsmerkmal – nicht mehr allein auf das Vorliegen einer individuellen Beeinträchtigung reduziert werden, sondern ist vor allem auch als das Ergebnis eines Zusammenspiels mit den konkreten, positiv wie negativ wirkenden, Lebensbedingungen des jeweiligen Menschen zu verstehen (sog. bio-psycho-soziales Modell), d.h.im Kontext junger Menschen bspw. auch die Berücksichtigung ihrer konkreten familiären Lebensumstände.¹³

Doch die Organisation, Strukturen und Logiken in der Eingliederungshilfe des SGB IX Teil 2 widersprechen weiterhin einer ganzheitlichen Hilfeperspektive. Denn wenngleich durch die Weitung des Behinderungsverständnisses eine systemischere Bedarfsorientierung angelegt sein mag, gilt im SGB IX-System gleichwohl weiterhin das – sogar höchstrichterlich geprägte – Verbot der Drittleistung,¹⁴ d.h. die Zulässigkeit ausschließlich auf den Menschen mit Behinderung konzentrierter Hilfen. Die für junge Menschen aufgrund ihrer stärkeren und multiplen Abhängigkeiten und Einbindungen in familiär-soziale Interaktionen und Beziehungen besonders wichtige ganzheitliche, (familien-)systemische Hilfeperspektive fehlt den Kindern und Jugendlichen, die dem Leistungssystem des SGB IX Teil 2 zugeordnet sind, demgegenüber nach wie vor.¹⁵ So werden hier bspw. weder Hilfebedarfe von Eltern (z.B. nach Entlastung) noch von anderen Familienmitgliedern (z.B. Geschwister, die aufgrund der stark von der Behinderung dominierten Familiensituation in ihren Bedürfnissen zu kurz kommen) berücksichtigt. Besonders anschaulich zeigt sich diese Problematik auch in der immer wieder stattfindenden Verweigerung der Übernahme

12 Entsprechend die Rüge der Vereinten Nationen: *UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen*, Concluding observations on the initial report of Germany, 2015, III. A. Nr. 8 (a).

13 *Schönecker*, Erzieherischer Bedarf als Prüfpunkt bei Teilhabeleistungen, *Dialog Erziehungshilfe* 2018, S. 26 ff.

14 Vgl. z.B. BSG 24.3.2009 – B 8 SO 29/07 R, JAmt 2009, S. 623.

15 *Coester/Müller-Fehling*, Ein neuer Anlauf für die Inklusive Lösung – Vorstellungen der Fachverbände für Menschen mit Behinderung zu einer Reform des SGB VIII, JAmt 2017, S. 476, 477.

von Gebärdensprachkursen für Eltern und ggf. Geschwister junger Menschen mit Hörbehinderungen.¹⁶ Die starke Fokussierung auf Leistungen ausschließlich gegenüber dem Menschen mit Behinderung verdrängt regelmäßig vollständig den Aspekt, dass die familiäre Kommunikation mit zu den zentralsten Teilhabeaspekten kindlicher Entwicklung gehört und damit der Kurs für die Eltern und Geschwister (auch) als Eingliederungshilfe für das hörbehinderte Kind selbst verstanden werden könnte.

Die durch das Recht derzeit künstlich gezogenen Trennlinien verhindern somit in ganz erheblicher Weise auch die von Kindern und Jugendlichen mit körperlichen und/oder geistigen Behinderungen benötigte ganzheitliche Unterstützung, im Rahmen derer sowohl die behinderungsbedingten als auch die kindheitsbezogenen bzw. erziehungsbedingten Bedarfe – die regelmäßig in einer untrennbaren Wechselbeziehung zueinander stehen – in den Blick genommen werden (können).¹⁷

2.3 Diskriminierung bei der Kostenbeteiligung

Mit dem Ziel, die Hürden für Eltern in Bezug auf die Inanspruchnahme pädagogischer Hilfen für sich und ihre Kinder möglichst gering zu gestalten, hat der Gesetzgeber des SGB VIII von der Erhebung von Kostenbeiträgen für ambulante Leistungen vollständig abgesehen.¹⁸ So dürfen Jugendämter z.B. für eine nach § 35a SGB VIII gewährte Integrationshilfe für ein Kind mit einer seelischen Behinderung – egal, ob diese während des Unterrichts, in der (außerschulischen) Nachmittagsbetreuung, auf der Klassenfahrt oder auch zur Inanspruchnahme der Jugendfreizeit beansprucht wird – keine Kostenbeteiligung von den jungen Menschen und ihren Eltern fordern.

Im Hilfesystem des SGB IX Teil 2 gilt indes der Grundsatz der einkommens- und vermögensabhängigen Leistungsgewährung.¹⁹ Zwar gibt es

16 Vgl. z.B. LSG BW 18.7.2013 – L 7 SO 4642/12 mit ausführlicher kritischer Auseinandersetzung in *DJJuF*, Rechtsgutachten, JAmt 2015, S. 87.

17 Ausführlich *Meysen/Schönecker*, Inklusion aller jungen Menschen in die Kinder- und Jugendhilfe: Zwischenräume zwischen zwei Hilfesystemen und ihre Überwindung, *systeme* 2018, S. 187, 188 ff.

18 *Loos*, in: *Wiesner* (Hrsg.), SGB VIII, 5. Aufl. 2015, § 91 SGB VIII Rn. 7.

19 Eingehend zu diesen beiden unterschiedlichen Regelungssystemen: *Schindler*, Kostenbeteiligung für Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe nach dem SGB VIII und für Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem SGB XII im Vergleich – Probleme und Ansatzpunkte einer Harmonisierung, 2011.

hiervon Ausnahmen (sog. kostenprivilegierte Leistungen), z.B. bei den Leistungen der Frühförderung oder auch im Kontext schulischer Hilfen. Die Inanspruchnahme sozialer Teilhabeleistungen beispielsweise unterliegt hingegen der Einkommens- und Vermögensanrechnung, sodass junge Menschen mit körperlichen und/oder geistigen Behinderungen und ihre Eltern z.B. die o.g. Integrationshilfen im Kontext der außerschulischen Nachmittagsbetreuung oder zur Inanspruchnahme der Jugendfreizeit nur in Abhängigkeit ihrer Finanzsituation gegenüber dem Träger der Eingliederungshilfe beanspruchen können.²⁰

Diese unterschiedliche Behandlung von Kindern und Jugendlichen mit Behinderungen sowie deren Eltern bei der Beteiligung an den Kosten für die Inanspruchnahme grundsätzlich gleicher Hilfen dürfte nicht nur ebenfalls als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu werten sein.²¹ Aufgrund der aktuell bestehenden infrastrukturellen Benachteiligung (s. oben 2.1), die häufig nur durch eine zusätzliche Individualhilfe aufgefangen werden kann, verschiebt die dann zudem eintretende Kostenbeitragspflichtigkeit die Bewältigung der behinderungsbedingten Benachteiligungen umso stärker auf die individuelle Ebene der Eltern und Familien.

2.4 Erschwerter Leistungszugang durch Abgrenzungsstreitigkeiten

Neben diesen inhaltlichen Benachteiligungen für junge Menschen mit körperlichen und/oder geistigen Behinderungen aufgrund der unterschiedlichen Logiken der Leistungsgesetze von SGB VIII und SGB IX Teil 2 führt die gezogene Grenzlinie je nach vorliegender Behinderungsform immer wieder zu Abgrenzungsstreitigkeiten zwischen den beiden Sozialleistungsträgern. Für die betroffenen Kinder und ihre Familien sind mit diesen nicht selten erhebliche Belastungen verbunden.

So bedingt bspw. die gezogene Grenzlinie entlang des IQ-Werts (unter/ bis 69: SGB IX; ab/über 70: SGB VIII) für junge Menschen im Bereich zwischen 60 und 80 IQ-Punkten nicht nur eine in sich diskriminierende Klassifizierung in Jugendhilfe- und Eingliederungshilfekinder, sondern führt im Laufe ihrer Kindheit und Jugend regelmäßig auch zu wiederholten Testungen, (allein) um die Zuständigkeitszuordnung zu überprüfen.

20 Anschaulich z.B. im Urteil des SG Bremen 24.5.2018 - S 15 SO 12/15, RdLH 2019, 29 (betr. Autismus-Therapie).

21 Neben Verstößen gegen die menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote dürfte im Übrigen insb. auch hierdurch ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG prüfrelevant werden.

Diskussionen über Hilfeanlässe (z.B. stationäre Unterbringung aufgrund der erzieherischen Überforderung der Eltern) und Hilfeswerpunkte (z.B. Schulbegleitung zielt auf seelische, aber nicht körperliche Beeinträchtigung des Kindes) sind zwar – so höchststrichterlich inzwischen geklärt – in der Abgrenzungsentscheidung unzulässig.²² In der Praxis werden sie dennoch vielfach geführt, sodass nicht selten benachteiligende, verspätete oder gar verweigerte Hilfestellungen die Folge sind.

3. Fazit

Die in Deutschland aktuell immer noch bestehende gesetzliche Aufteilung von Kindern und Jugendlichen zwischen solchen mit geistigen und/oder körperlichen Behinderungen einerseits und allen anderen andererseits dürfte per se noch nicht als Verstoß gegen die menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote aus UN-KRK und UN-BRK zu werten sein. Doch diese völkerrechtlich grundsätzlich zulässige Zuweisung in zwei unterschiedliche Hilfesysteme kippt in einen menschenrechtsrelevanten Verstoß, wenn diese – wie vorliegend dargestellt – mit erheblichen diskriminierenden Wirkungen zu Lasten junger Menschen mit körperlichen und/oder geistigen Behinderungen einhergeht.²³

Eine Rüge seitens der Vereinten Nationen hat Deutschland hierfür bislang zwar nicht erhalten. Doch vor dem dargelegten Hintergrund sollte auch klar sein, dass die Zusammenführung der Zuständigkeiten für alle jungen Menschen im SGB VIII kein freiwilliges *nice to have*, sondern Beachtung und Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen ist.²⁴

Nachdem in der 18. Legislaturperiode dieses gesetzgeberische Vorhaben gescheitert war, anschließend ein breiter Beteiligungs- und Dialogprozess stattfand,²⁵ hat das BMFSFJ im Oktober 2020 einen erneuten Referentenentwurf für ein Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kin-

22 Mit zahlreichen Nachweisen *Schönecker/Meysen*, in: *Münder/Meysen/Trenczek*, *Frankfurter Kommentar SGB VIII*, 8. Aufl. 2019, § 10 SGB VIII Rn. 47 ff.

23 Wenn auch mit vorsichtiger Wertung, so doch im Ergebnis wohl auch *Banafsche*, *Kinder und Jugendliche mit Behinderung zwischen SGB VIII und SGB XII – im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention*, ZKJ 2011, S. 116, 123.

24 So offenbar auch das politische Selbstverständnis der von der ASMK und JFMK eingesetzten Arbeitsgruppe in ihrem Bericht „Inklusion von jungen Menschen mit Behinderung“, 2013.

25 Dokumentiert auf der Webseite <https://www.mitreden-mitgestalten.de> (letzter Zugriff: 1.11.2020).

der- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG) vorgelegt.²⁶ Die Umsetzung der Gesamtzuständigkeit der Kinder- und Jugendhilfe für alle Kinder und Jugendlichen – egal ob und mit welcher Behinderung – ist darin ebenfalls mit anvisiert (§ 10 Abs. 4 SGB VIII-E). Sie soll ab 2028 greifen, wird allerdings daran geknüpft, dass bis zum 1.1.2027 ein dieses Vorhaben weiter ausbuchstabierendes Gesetz verabschiedet wird (Art. 10 Abs. 3 KJSG-E).

Bereits die im KJSG hinterlegte Festschreibung des „Ob“ ist ein wichtiger Meilenstein. Jedoch werden die (fach-)politischen Akteur*innen in den kommenden Jahren weiterhin angehalten sein, sich im Rahmen des fortgesetzten Gesetzgebungsprozesses mit den noch offenen Fragestellungen des „Wie“ zu beschäftigen und ggf. auch den Gesetzgeber an seine Selbstverpflichtung zu erinnern. Die Gestaltung einer Kinder- und Jugendhilfe, an der junge Menschen mit körperlichen und/oder geistigen Behinderungen wie alle anderen Kinder und Jugendliche gleichberechtigt teilhaben können, ist jedenfalls menschenrechtlich längst überfällig.

Literaturverzeichnis

- Aichele, Valentin/Althoff, Nina* (2012): Nicht-Diskriminierung und angemessene Vorkehrungen in der UN-Behindertenrechtskonvention, in: Welke, Antje (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, Kommentar K 2. Berlin: Eigenverlag Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge, S. 104
- Arbeits- und Sozialminister*innenkonferenz (ASMK) & Jugend- und Familienminister*innenkonferenz (JFMK)* (2013): Bericht der von der ASMK und JFMK eingesetzten Arbeitsgruppe „Inklusion von jungen Menschen mit Behinderung“ vom 5. März 2013. <https://www.bag-if.de/bericht-inklusion-von-jungen-menschen-mit-behinderung/> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Banafsche, Minou* (2011): Kinder und Jugendliche mit Behinderung zwischen SGB VIII und SGB XII – im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention. ZKJ, S. 116
- v. Bernstorff, Jochen* (2011): Anmerkungen zur innerstaatlichen Anwendbarkeit ratifizierter Menschenrechtsverträge: Welche Rechtswirkungen erzeugt das Menschenrecht auf inklusive Schulbildung aus der UN-Behindertenrechtskonvention im deutschen Sozial- und Bildungsrecht?. Recht der Jugend und des Bildungswesens (59), S. 203

26 Zum Zeitpunkt der Freigabe des Beitrags befindet sich das KJSG noch im parlamentarischen Verfahren.

- Coester, Ruth/Müller-Fehling, Norbert (2017): Ein neuer Anlauf für die Inklusive Lösung – Vorstellungen der Fachverbände für Menschen mit Behinderung zu einer Reform des SGB VIII. JAm, S. 476
- Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e. V. (DIJuF) (2015): Rechtsgutachten 19.2.2015 - S 2.510/J 9.140 LS, Rehabilitationsrecht Anspruch auf Übernahme der Kosten für einen Gebärdensprachkurs für Eltern eines hörbehinderten Kindes – zugleich Auseinandersetzung mit LSG BW 18.7.2013 - L 7 SO 4642/12. JAm, S. 87.
- Kotzur, Markus/Richter, Clemens (2012): Anmerkungen zur Geltung und Verbindlichkeit der Behindertenrechtskonvention im deutschen Recht, in: Welke, Antje (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, Kommentar K 2. Berlin: Eigenverlag Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge, S. 81
- Kreutz/Lachwitz/Trenk-Hinterberger: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis – Erläuterungen der Regelung und Anwendungsgebiete. Köln: Wolters Kluwer Luchterhand 2013
- Meysen, Thomas/Schönecker, Lydia (2018): Inklusion aller jungen Menschen in die Kinder- und Jugendhilfe: Zwischenräume zwischen zwei Hilfesystemen und ihre Überwindung. systeme, S. 187
- Münder/Meysen/Trenczek: Frankfurter Kommentar SGB VIII. Kinder- und Jugendhilfe, Baden-Baden: Nomos (8. Aufl.) 2019
- Schindler, Gila (2011): Kostenbeteiligung für Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe nach dem SGB VIII und für Leistungen der Eingliederungshilfe nach dem SGB XII im Vergleich – Probleme und Ansatzpunkte einer Harmonisierung. Expertise im Auftrag der Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe (AGJ), Berlin
- Schmahl: Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen. Handkommentar, Baden-Baden: Nomos (2. Aufl.) 2017
- Schönecker, Lydia (2018): Erzieherischer Bedarf als Prüfpunkt bei Teilhabeleistungen. Dialog Erziehungshilfe 4, S. 26
- Smessaert, Angela (2018): Auf zum zweiten Anlauf! Zur Weiterführung der Debatte um ein inklusives SGB VIII. Forum Jugendhilfe 1, S. 52
- UN-Sozialpakt Ausschuss (1990): General Comment Nr. 3: The nature of States parties' obligations, UN-Doc. E/1991/23 vom 14. Dezember 1990.
- UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen (2015): Concluding observations on the initial report of Germany (CRPD/C/DEU/CO/1).
- Welti, Felix (2012): Das Diskriminierungsverbot und die „angemessenen Vorkehrungen“ in der BRK – Stellenwert für die staatliche Verpflichtung zur Umsetzung der in der BRK geregelten Rechte, Diskussionsforum Rehabilitations- und Teilhabe-recht, Forum D Entwicklungen und Reformvorschläge – Diskussionsbeitrag Nr. 9/2012. https://www.reha-recht.de/fileadmin/download/foren/d/2012/D9-2012_UN_BRK_Angemessene_Vorkehrungen.pdf (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Wiesner: SGB VIII Kinder- und Jugendhilfe Kommentar. München: C.H.Beck (5. Aufl.) 2015

Die Reform des SGB VIII – Überlegungen aus rechtlicher Perspektive

Perspektiven der Reform des SGB VIII: Lehren aus dem Scheitern des Kinder- und Jugendstärkungsgesetzes (KJSG)*

Stephan Rixen

1. Einleitung

Die Tagungsregie hat einige Fragen formuliert und dies mit der Bitte verbunden, wenn möglich, eine Frage auszuwählen und zu Beginn der Podiumsdiskussion einige Überlegungen nur zu dieser Frage vorzutragen. Ich habe folgende Frage ausgewählt: „Wie schätzen Sie die Reformperspektiven unter den gegenwärtigen Bedingungen (Kräfteverhältnisse, Strukturen, Akteure etc.) ein?“

Ich will dieser – auf die Perspektiven der Reform des SGB VIII¹ bezogenen – Frage nachgehen, indem ich mir am Beispiel des 2017 gescheiterten Entwurfs eines Gesetzes zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG)² einschließlich seiner Vorgeschichte die Rolle von vier Akteuren bzw. Akteursgruppen näher ansehe: die Rolle des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) als dem für die Reform des SGB VIII zuständigen Ministerium, die Rolle der Bundesländer und der Verbände und schließlich die Rolle der Wissenschaft.

Ich präsentiere keine Politikfeldanalyse, meine Überlegungen erheben also keinen politikwissenschaftlichen Anspruchsanspruch. Mein Blick ist ein rechtswissenschaftlicher Blick, der Rechtswissenschaft allerdings nicht auf die Interpretation geltender Normtexte verengt, sondern die rechtspolitische Reformperspektive zum Proprium der Rechtswissenschaft zählt. Mit *Andreas Voßkuhle* ist daran zu erinnern, dass die Aufgabe von Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern

* Es handelt sich um die schriftliche Fassung meiner am 8.6.2018 zu Beginn des Panels „Zukunftsperspektiven und Gestaltungsspielräume bei der rechtlichen Stellung junger Menschen im Kinder- und Jugendhilferecht“ vorgetragenen Überlegungen; der Vortragsstil wurde beibehalten.

1 Aachtes Buch Sozialgesetzbuch (Kinder- und Jugendhilfe).

2 Materialien unter: Dokumentations- und Informationssystem des Deutschen Bundestags (DIP), Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG), 2017.

„immer häufiger darin [besteht], innerhalb eines veränderbaren und sich stetig verändernden rechtlichen Rahmens mögliche Handlungsalternativen aufzuzeigen, ihre Folgen abzuschätzen, Interessengegensätze offen zu legen und rational begründete, praktische Entscheidungsvorschläge zu erarbeiten, die je nach Brauchbarkeit dann ihrerseits wieder an den dogmatischen Diskurs rückgekoppelt werden können.“³

Ich möchte das erweitern auf die Rahmenbedingungen, unter denen rechtspolitische Entscheidungen vorbereitet und getroffen werden. Da ich schon verschiedentlich beratend, gutachtend⁴ bzw. interdisziplinär forschend⁵ in die Vorbereitung von Gesetzgebungsprojekten im Geschäftsbereich des BMFSFJ (nicht nur bezogen auf das Kinder- und Jugendhilferecht) eingebunden war, kann ich Einschätzungen aus eigener Erfahrung beisteuern.

In die Vorbereitungen des KJSG war ich nur in einer frühen Vorbereitungsphase zeitweilig eingebunden. Die Mitarbeit endete aus eigenem Entschluss, ohne dass es etwa zu Unstimmigkeiten oder Kontroversen gekommen wäre. Es war ein stiller Rückzug, der sich meinem Eindruck verdankte, dass die Beratungen weder inhaltlich vielversprechend wirkten noch auf realistischen Annahmen über die Durchsetzbarkeit des Gesetzgebungsprojekts beruhten (ich komme darauf zurück). Wichtig ist mir der Hinweis, dass die Überlegungen, die ich hier präsentiere, keine „Abrechnung“ oder Ähnliches im Sinn haben, dafür gibt es keinen Anlass. Aller-

-
- 3 *Voßkuhle*, Europa als Gegenstand wissenschaftlicher Reflexion – eine thematische Annäherung in 12 Thesen, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, 2010, S. 35, 44. – „Dogmatik“ bzw. „dogmatisch“ bezeichnen nach herkömmlichem juristischen Sprachgebrauch auf den Inhalt des geltenden Rechts bezogene Ausführungen, die durch Auslegung (Interpretation) von Normtexten gewonnen werden. Davon zu unterscheiden ist die umgangssprachliche Bedeutung von „dogmatisch“ im Sinne von engstirnig oder geistig unbeweglich. Das kann bei Juristinnen und Juristen auch vorkommen, ist hier aber nicht gemeint.
 - 4 Siehe etwa *Rixen*, Rechtsgutachten zu ausgewählten Aspekten der sog. Großen Lösung (Zusammenführung der Hilfen für Kinder und Jugendliche mit Behinderungen im SGB VIII) im Auftrag des BMFSFJ, 12.9.2012 (unveröffentlicht); *ders.*, Gesetzestechnische Umsetzung eines Sozialleistungsanspruchs auf Unterstützung für von Gewalt betroffene Personen, insbesondere für Frauen und ihre Kinder, Gutachten erstellt im Auftrag des BMFSFJ, 14.7.2017 (unveröffentlicht).
 - 5 *Greß/Rixen/Wasem*, Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche: Abgrenzungsprobleme und Reformszenarien, VSSR 2009, S. 43; *Rixen*, Teil II: Probleme des geltenden Rechts und verfassungsrechtlicher Gestaltungsrahmen, in: *Helfferrich/Kavemann/Rixen*, Bestandsaufnahme zur Situation der Frauenhäuser, der Fachberatungsstellen und anderer Unterstützungsangebote für gewaltbetroffene Frauen und deren Kinder, BT-Drs. 17/10500 vom 16.8.2012, S. 201 ff.

dings meine ich schon, dass es bei der Aufbereitung des Scheiterns des KJSG nicht allein mit wechselseitig ausgetauschten Höflichkeiten getan ist, die in der Retrospektive alles in den schönsten Farben malen, nur um nötiger (Selbst-)Kritik aus dem Weg zu gehen. Adressatin von (Selbst-)Kritik ist – das ist mir wichtig – auch die Wissenschaft. Sie hat am Scheitern des Gesetzgebungsprojekts durchaus einen Anteil, wenn auch nicht den Löwenanteil. Deshalb sogleich auch einige Überlegungen zu der Frage: Was hätten wir in der Wissenschaft besser machen können, damit das Projekt des KJSG ein Erfolg wird?

2. Die Rolle des BMFSFJ

2.1 Die Ausgangslage

Zu den Zielen des KJSG gehörte die Stärkung des Inklusionsgedankens.⁶ Im Gesetzentwurf, erst recht in der Fassung des Ausschusses,⁷ war davon nicht mehr viel übrig geblieben gemessen an den Überlegungen, die im Raume standen, bevor der Gesetzentwurf das Licht der Welt erblickte. Diskutiert wurde eine sog. große bzw. inklusive Lösung (die Begrifflichkeiten variierten über die Jahre). Sie sollte unter dem Dach des SGB VIII alle Leistungen für Kinder und Jugendliche – auch für solche mit Behinderungen – vereinen. Das war – und ist – eine Herkulesaufgabe, und zwar in dreifacher Hinsicht: materiell-rechtlich, verwaltungsorganisatorisch und finanziell.

In materiell-rechtlicher Hinsicht müssen Leistungstatbestände geschaffen werden, die in operabler Weise das Ziel und das Profil der Leistungen einer neuen, inklusiven Kinder- und Jugendhilfe definieren. Hierbei gibt es ein Spannungsverhältnis zwischen dem Anspruch der Inklusion und dem Bedürfnis nach Differenzierung: Wie differenziert *dürfen* Leistungstatbestände sein, ohne dem Inklusionsgedanken zu widersprechen? Wie differenziert *müssen* sie sein, soll der Inklusionsgedanke nicht zum bloßen symbolpolitischen Bekenntnis werden, das sich nicht bedarfsgerecht umsetzen lässt? Und genügt es, § 27 SGB VIII, die Grundnorm über die Hilfen zur Erziehung, zu variieren oder geht es nicht ohne einen ganz neuen Ansatz?

6 Vgl. die Begründung zum Entwurf des KJSG, BT-Drucks. 18/12330 vom 15.5.2017, S. 4.

7 Vgl. BT-Drucks. 18/12946 vom 27.6.2017 und BT-Drucks. 18/12952 vom 28.6.2017.

Das konzeptionelle Design der Leistungstatbestände hängt eng mit der verwaltungsorganisatorischen Implementierung zusammen. Die inklusive Lösung ist vor allem ein Mega-Verwaltungsreformprojekt. Die Aufgaben der Träger der öffentlichen Jugendhilfe müssen mit jenen der Sozial- bzw. Eingliederungshilfe zusammengelegt werden. Auf unterschiedlichen Verwaltungsebenen führt das zu aufwändigen Neuorganisationsprozessen. Stellvertretend für die damit einhergehenden Probleme stehen die sog. kleinen Jugendämter in Nordrhein-Westfalen⁸ und die Zuständigkeit der bayerischen Bezirke für die Eingliederungshilfe.⁹ Eine Verwaltungsreform hätte – das war zumindest die Befürchtung – dazu geführt, dass bestimmte Träger der Jugendhilfe oder der Eingliederungshilfe entweder die neuen Aufgaben nicht mehr hätten stemmen können oder ihre Aufgaben – und damit womöglich sogar ihre Existenzberechtigung – verloren hätten. Hierbei ging es nicht nur um Eigeninteressen von Behörden(personal), sondern diese verbanden sich mit der Sorge, dass die fachliche Expertise, die bei den bisher zuständigen Behörden zur Verfügung steht, durch eine Behördenfusion nicht mehr hinreichend gesichert sein könnte. Der Umbau der Behördenlandschaft wäre mit einem beachtlichen Aufwand an Personalschulungen einhergegangen, die auch unterschiedliche „Verwaltungskulturen“ hätten zueinander bringen müssen. Wie das ohne allzu große Reibungsverluste hätte gelingen sollen, war eine berechtigte Frage. Sie lag umso näher, als die in etwa zeitgleich auf den Weg gebrachte Reform der Eingliederungshilfe, die sodann in das Bundesteilhabegesetz (BTHG) mündete,¹⁰ die Behörden ohnehin mit einem aufwändigen, über Jahre andauernden Change-Management-Prozess belastete. Die Sorge, einen weiteren Reformprozess stemmen zu müssen, führte zu nachvollziehbaren Überlastungsängsten.

Die finanziellen Auswirkungen einer inklusiven Lösung werfen ebenfalls drängende Fragen auf. Verwaltungsreformen, durch die die Aufgaben erledigung komplexer wird, lassen sich nicht kostenneutral, also ohne Mehrkosten bewerkstelligen. Mehrkosten, die über Bagatellbeträge hinausgehen, lösen aber insbesondere bei den Ländern, die die Bundesgesetze ausführen müssen (vgl. Art. 83 GG), einen mehr oder weniger großen Alarmzustand aus. Erst recht gilt das für die Kommunen, die zwar staatsrechtlich betrachtet Teil der Länder sind, faktisch aber als unterste Verwal-

8 Vgl. § 2 AG-KJHG NRW.

9 Vgl. Art. 82 Nr. 1 Bayerisches Gesetz zur Ausführung der Sozialgesetze (AGSG).

10 Materialien unter: Dokumentations- und Informationssystem des Deutschen Bundestags (DIP), Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG), 2016.

tungsebene für die Umsetzung von Bundesgesetzen vor Ort sorgen müssen. Sie sind daran interessiert, dass die Finanzierung von Aufgaben, zumal wenn es neue Aufgaben sind, gesichert ist. Auf landesverfassungsrechtlicher Ebene führt dies jedenfalls in den Flächenländern einerseits zu Diskussionen mit Blick auf das sog. Konnexitätsprinzip,¹¹ wonach von den Ländern den Kommunen zur Pflicht gemachte Aufgaben vom Land gesondert zu finanzieren sind. Andererseits – sollte es sich im landesverfassungsrechtlichen Sinne nicht um „neue“ Aufgaben handeln – gibt es Diskussionen über einen Neuzuschnitt des Gemeindefinanzausgleichs. Hier wie dort geht es um mehr Geld für die Kommunen.

Vor diesem Hintergrund wird klar: Eine Reform des SGB VIII ist eine fachliche Debatte, aber sie ist *zugleich* immer auch eine Debatte darüber, wie fachlich Gebotenes in eine nicht beliebig veränderbare Verwaltungsstruktur eingepasst werden kann und wie sich aus fachlichen Gründen neu definierte Verwaltungsaufgaben adäquat finanzieren lassen. Die Interessen, die zu berücksichtigen sind, sind komplex und kontrovers. Zahlreiche Akteure müssen eingebunden werden. Kompromisse sind unvermeidlich, aber auch die werden nicht allen gefallen und deshalb vor allem bei jenen, die viel zu verlieren glauben, zu heftigem Widerstand führen. Die machtpolitischen Gelingensbedingungen des Gesetzgebungsprojekts, das sich eben nicht *nur* – es sei betont – auf spezifisch *fachliche* Interessen bezieht, stellt jene, die es erfolgreich auf den Weg bringen wollen, vor höchste Herausforderungen.

2.2 Was kann das BMFSFJ leisten – und was nicht?

2.2.1 Kein machtpolitisches Schwergewicht

Damit stellt sich die Frage: Was kann das BMFSFJ in einer solchen Lage leisten – und was nicht? Zunächst sollte klar sein, dass das BMFSFJ im politischen Berlin nicht als Schwergewicht gilt. Der Etat des BMFSFJ mag in den letzten Jahren ebenso wie das Personal merklich angewachsen sein. Nicht zugenommen haben die Zuständigkeiten für relevante Rechtsmate-

11 Siehe etwa Art. 78 Abs. 3 Verfassung NRW. Ob bzw. inwieweit bundesgesetzlich veranlasste Aufgabenerweiterungen konnexitätsrelevant sind und das Land in die Pflicht nehmen, ist umstritten; mangels einer landesrechtlich auferlegten Aufgabe wird dies regelmäßig verneint, vgl. für NRW den Verfassungsgerichtshof NRW, Urt. v. 9.12.2014 - 11/13 -, NWVBl 2015, 140 = NVwZ 2015, 368, juris, Rn. 75 ff.

rien. Vom SGB VIII abgesehen gibt es nicht viele Zuständigkeiten, die das BMFSFJ federführend pflegt. Und so wichtig alle möglichen, durchaus millionenschweren Förderprogramme sind, für die das BMFSFJ zuständig ist: In der Auseinandersetzung mit Bundesministerien, die für viele wichtige Rechtsmaterien verantwortlich sind, etwa das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS), agiert das BMFSFJ nur formal, aber nicht „gefühl“ auf Augenhöhe. Wer jemals Besprechungen erlebt hat, an denen Vertreter*innen des BMFSFJ, des BMAS, des Bundesfinanzministeriums oder des Bundeskanzleramtes teilgenommen haben, erkennt schnell, wer sich auf wessen Kosten durchsetzt.

Um keine Missverständnisse aufkommen zu lassen: Ich bedauere dieses unter obersten Bundesbehörden verbreitete (und natürlich öffentlich meist verschwiegene) Reputationsranking zutiefst. Hier schwingt immer noch etwas von jener abwertenden Äußerung des früheren Bundeskanzlers *Gerhard Schröder* mit, der das BMFSFJ als Ministerium für „Familie und Gedöns“ bezeichnet hat.¹² Über die Dummlichkeit dieses Spruchs ist kein Wort zu verlieren. Aber, und das ist das Erschreckende: Auch wenn ihn heute (hoffentlich) niemand mehr aussprechen würde, so beschreibt der Spruch durchaus ein reales Problem. Ein aussagekräftiges Indiz für das auch von politischen Insidern bestätigte¹³ Reputationsranking ist der Umstand, dass Minister*innen, die das BMFSFJ durchaus erfolgreich geführt haben, in aller Regel das BMFSFJ hinter sich lassen, wenn sich ihnen die Chance für höhere politische Weihen eröffnet bzw. für das, was sie offenbar als karriereförderlicher erachten als die politische Verantwortung für das BMFSFJ.¹⁴ Das mag subjektiv nachvollziehbar sein, hinterlässt aber den Eindruck, das Amt als Bundesminister*in für Familie, Senioren, Frauen und Jugend – und damit indirekt auch das BMFSFJ – sei allenfalls eine karriereoptimierende Durchgangsstation, vielleicht kein politischer Trostpreis, aber auch nicht unbedingt etwas, was länger als nötig gemacht werden sollte.

12 Der Ausspruch, der in verschiedenen Varianten überliefert ist, in denen verlässlich das Wort „Gedöns“ auftaucht, erfolgte 1998. Später hat *Gerhard Schröder* den Spruch bedauert, o.V., Die Welt vom 12.1.2013.

13 Vgl. – ohne auf das BMFSFJ einzugehen – die Ausführungen von *de Maizièrre*, *Regieren. Innenansichten der Politik*, 2019, S. 101 ff., unter der Überschrift (S. 101): „Im Prinzip gleich: Die verschiedenen Bundesministerien und ihr Gewicht“.

14 Erinnert sei an *Ursula von der Leyen*, *Manuela Schwesig* und *Katarina Barley*, aber auch an *Heiner Geißler* (Minister von 1982 bis 1985) und, vor allem, an *Angela Merkel* (Ministerin von 1991 bis 1994). Ob sich nach Verlassen des BMFSFJ alle Karrierewünsche erfüllen, ist eine andere Frage.

Warum weise ich darauf hin? Weil alle Akteure der politischen Arena, wenn sie ehrlich sind, um dieses nicht sonderlich starke Standing des BMFSFJ wissen, auch wenn dies aus Gründen der Pietät und um die Fiktion gleichberechtigter oberster Bundesbehörden zu wahren, gemeinhin nicht offen kommuniziert wird. So wichtig die Aufgaben des BMFSFJ sind, machtpolitisch betrachtet, ist das BMFSFJ ein „schwaches“ Ministerium.

2.2.2 Was sollte das BMFSFJ leisten?

In einer Situation der (relativen) Schwäche muss in erster Linie „weich“ gesteuert werden, wenn überhaupt etwas erreicht werden soll. „Weich“ steuern bedeutet, vereinfacht ausgedrückt, Kommunikation, Kommunikation, Kommunikation, also kleinteiliges Werben um Zustimmung, beschwerliches Schmieden von Allianzen, mühsame Suche nach stärkeren bzw. starken Verbündeten. Und vor allem: Noch mehr als in anderen Ressorts muss plausibel werden, wieso ein Reformprojekt dieses Ausmaßes den Interessen derer dient, deren Zustimmung und Unterstützung zu gewinnen ist. Plausibel heißt: Es darf z.B. nicht bei luftigen Kostenschätzungen ins Blaue hinein bleiben, sondern auf bestmöglichem Niveau sind Prognosen zur Kostenentwicklung zu präsentieren, die nicht so wirken, als komme – welch ein Zufall! – genau das heraus, was man sich ohnehin gewünscht hat.

Zur Plausibilität gehört ferner eine breite fachliche Vernetzung, die all jene im politischen Feld, die sich in Landesministerien, bei Trägern der öffentlichen Jugendhilfe, bei den Sozialhilfeträgern, den Fachverbänden und den Leistungserbringern mit den fachlichen Fragen auskennen, ernst nimmt. Eine inklusive Reform des SGB VIII bringt insbesondere sozialpädagogische, kinderpsychologische, kindermedizinische sowie rehabilitationspädagogische Fachlichkeit in Rechtsform. Das Recht ist in gewisser Weise nur die Verbindlichkeitsform, in die alle diese fachlichen Facetten in transparenter und operabler – und mit den Grundrechten der Kinder und der Eltern zu vereinbarender – Weise einfließen müssen. Es liegt auf der Hand, dass das BMFSFJ all diese Aspekte auf dem fachlichen bzw. wissenschaftlichen Niveau der Zeit nicht selbst in den Gesetzgebungsprozess einbringen kann, dafür fehlen ihm das Personal und die Expertise. Das muss das Ministerium auch nicht leisten, denn das BMFSFJ hat idealerweise eine andere Aufgabe: Clearing-Stelle zu sein, die alles relevante Wissen sammelt, sichtet und aufbereitet und gleichsam übersetzt in die Formsprache des Rechts. So sah auch – wenn die Erinnerung nicht trügt – der

Zugang des BMFSFJ bei der Entstehung des SGB VIII in der ursprünglichen Fassung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG) aus. Das BMFSFJ war Moderator und Lotse des Gesetzgebungsprozesses und hat sich als Übersetzer außerjuristischer Fachlichkeit in den regulatorischen Code des Rechts verstanden.

Das ist nicht wenig, im Gegenteil: Es ist viel, weil das kluge Zusammenführen und die sinnvolle Synthese von Wissen in der Absicht, operable Rechtssätze zu formulieren, die den Realitätscheck der Praxis überleben, die entscheidende gestalterische Aufgabe eines Gesetzgebungsprojektes ist. Dieser Verantwortung kann das BMFSFJ allerdings nur gerecht werden, wenn es nicht alles selbst machen will, sondern sich bewusst in einer dienenden Rolle sieht. Das gelingt, wenn es relevanten Akteuren der Praxis (einschließlich der Verbände und Leistungserbringer) und der Wissenschaft Foren bietet, damit dort gemeinsam das Wissen gewonnen werden kann, das problemadäquate Gesetzgebung im Bereich des SGB VIII erst ermöglicht.

2.3 Was nicht gelungen ist

Wie eingangs erwähnt, habe ich in der Frühzeit der Vorbereitung des Gesetzes, das später als KJSG in den Gesetzgebungsprozess eingebracht wurde, selbst an einigen größeren Gesprächsrunden und auch an kleiner dimensionierten Besprechungen teilgenommen und so einen – gewiss nur begrenzten – Einblick gewinnen können. Aus Gesprächen mit anderen Akteuren, die an diesen Runden und Besprechungen häufiger bzw. durchgängig teilgenommen haben, weiß ich, dass meine Eindrücke nicht grundsätzlich neben der Sache liegen. Ein Problem der größeren Runden waren die relativ strikt vorgegebenen Sitzungstermine, an denen selten alle teilnehmen konnten. Nachdem ich eine Reihe von derart vorgegebenen Terminen nicht wahrnehmen konnte, nutzte ich die Chance der Termin-Inkompatibilität für einen sanften Ausstieg aus einem ehrenamtlichen Engagement, das weiterzuführen mir nicht sinnvoll erschien.

Ich kann mich z.B. an ein Treffen einer mehr als 10-köpfigen sog. „Strategischen Kerngruppe“ erinnern (hinzu kam noch eine Handvoll Ministeriums-Mitarbeiter*innen).¹⁵ Das Ganze entpuppte sich – nicht nur zu meiner Überraschung – als Veranstaltung, in der nach dem Willen

15 Es fand zu Beginn des Jahres 2016 statt; vorbereitende Gespräche in kleinerer Runde gab es bereits Ende 2015.

der zuständigen Abteilungsleitung nicht die fachliche Tragfähigkeit der Reform, sondern die politischen Durchsetzungschancen der Reform nach dem Motto „Wer ist für uns, wer ist gegen uns“ diskutiert werden sollte. Der Einwand verschiedener Teilnehmender, die politischen Durchsetzungschancen der inklusiven Lösung hingen von der Tragfähigkeit des Regelungskonzepts ab, wurde zur Kenntnis genommen. Dieser Einwand war berechtigt, weil seinerzeit¹⁶ unter den Akteuren, die an der Reform interessiert waren, regelmäßig neue PowerPoint-Folien bzw. Vorentwürfe des BMFSFJ kursierten,¹⁷ in denen – z.T. in recht vorläufiger Weise – Bruchstücke einer künftigen gesetzlichen Regelung präsentiert wurden, die sich mehr oder weniger alle starker Kritik ausgesetzt sahen.¹⁸ Von diskussionsfähigen Gesetzestext-Entwürfen war das noch weit entfernt. Der Bezugspunkt der Reformdebatte war also gar nicht klar, weil es keinen zumindest vorläufig definitiven „offiziellen“ Text gab, anhand dessen das Reformprojekt hätte verlässlich debattiert werden können. Die Wahrheit ist bekanntlich konkret, die im Politikbetrieb so beliebten „Eckpunkte“ sind es nicht – und eine PowerPoint-Folie schafft es nicht ins Bundesgesetzblatt.

Im Fortgang des Treffens der „Strategischen Kerngruppe“ beschränkte sich das Strategische im Wesentlichen darauf, an einer Stehtafel Kärtchen anzubringen, auf denen die Namen von Akteuren (Verbänden etc.) genannt wurden, die „für uns“ oder „gegen uns“ sind. Möglicherweise lernt man so etwas in Parteizentralen bei Workshops zum Thema „Einführung in das Instrument der Stakeholder-Analyse für Anfänger*innen“. Es wurden nicht etwa Überlegungen dazu diskutiert, wie die fachliche Expertise aus den unterschiedlichen wissenschaftlichen bzw. Praxisfeldern akquiriert werden könne. Auch stellte sich nicht der Eindruck ein, dass die Arbeits-

16 Insb. in den Jahren 2015 und 2016.

17 Wer hier wie flexibel mit der Vertraulichkeit umgegangen ist, lässt sich im Rückblick nicht mehr feststellen. Nachdem immer wieder Unterlagen kursierten, hätte vielleicht nur noch maximale Transparenz geholfen, z.B. durch die an alle Interessierten gerichtete (und ggfs. passwortgeschützte) Veröffentlichung der Unterlagen auf der Homepage des Ministeriums.

18 Offenbar hatte das Ministerium den Eindruck, dass die interessierten Kreise zunehmend ungeduldig die Vorlage von Texten (idealerweise von ausformulierten Entwürfen möglicher Gesetzestexte) erwarteten. Deshalb erreichten auch Unterlagen das Licht der Öffentlichkeit, die eher *work in progress* dokumentierten. Dafür brachten weite Teile der interessierten Öffentlichkeit wenig Verständnis auf. Dass sich bei ihnen der Eindruck einstellte, die Vorarbeiten des Ministeriums seien – ungeachtet aller anspruchsvollen Ankündigungen – noch nicht sonderlich weit gediehen, ist wenig verwunderlich.

ebene des BMFSFJ diese fachliche Expertise zu Genüge bereits selbst eingebunden hatte. Generell wurde betont, dass der Zeitdruck recht hoch sei, weil das Projekt noch in der 18. Legislaturperiode¹⁹ erfolgreich abgeschlossen werden solle. Angesichts der vielfältigen Widerstände bei den Ländern und später, als konkrete Regelungsüberlegungen bekannt geworden waren, auch bei den Verbänden schien diese Zeitanzeige völlig unrealistisch. Auf meine skeptische Frage, ob denn wirklich mit der Unterstützung des BMAS als dem für die Eingliederungshilfe zuständigen Ministerium zu rechnen sei, wurde sehr ostentativ geantwortet, das BMAS gehöre zu den stärksten Unterstützern der inklusiven SGB VIII-Reform. Das mag für die damalige Bundesministerin für Arbeit und Soziales gegolten haben. Aber galt das auch für die Arbeitsebene des BMAS? Der Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zum KJSG (und auch zum BTHG) dürfte augenfällig belegen, dass der rhetorischen Unterstützung durch die Hausspitze des BMAS nicht durchweg eine vergleichbar emphatische Unterstützung durch die Arbeitsebene des BMAS entsprochen hat.

Auf meinen Vorschlag, dass es für die Formulierung eines übergreifenden Leistungstatbestands, der – dem heutigen § 27 SGB VIII entsprechend – gleichsam die Grundnorm eines inklusiv reformulierten SGB VIII sein sollte, auf die Erfahrungen insbesondere der Praxis, aber auch Einschätzungen der Wissenschaft ankomme, wurde recht zügig, nachdem ich die Namen einiger kundiger Menschen beige-steuert hatte, ein Workshop organisiert.²⁰ Aber auch dies geschah recht kurzfristig, was einigen in Aussicht genommenen Expert*innen die Teilnahme am Workshop von vornherein verunmöglichte. In sehr überschaubarer Runde fand der Workshop statt. Die Eindrücke waren lehrreich, aber disparat. Immerhin bestätigte sich: Es gibt Bedarf an fachlicher Vergewisserung im Austausch mit Wissenschaft und Praxis, ohne sie wird das Projekt einer inklusiven Lösung nicht gelingen. Aber hatte das Folgen?

Eine weitere Erinnerung bezieht sich auf eine größere Runde, in der u.a. auch eine vom BMFSFJ beauftragte Beratungsagentur Zahlen präsentierte, die offenbar belegen sollten, dass die Reform nur zu relativ moderaten Kostensteigerungen führen werde. Für alle, die wissen, wie solche Schätzungen (mit all ihren methodisch häufig unvermeidlichen Annahmen) zustande kommen, war klar, dass sich die eine oder andere Frage nach der Plausibilität aufdrängen würde. Ich erinnere mich, dass diese

19 Sie dauerte bis zum Zusammentritt des 19. Deutschen Bundestages (vgl. Art. 39 Abs. 1 Satz 2 GG) am 24.10.2017.

20 Der Workshop fand im Februar 2016 statt.

Fragen insbesondere durch Vertreter*innen des Bundeskanzleramtes und vor allem des Bundesfinanzministeriums mit derart gnadenloser Präzision gestellt wurden, dass es, sagen wir, für die Agentur eine Herausforderung war, die eigenen Berechnungen als tragfähig darzustellen (um das Mindeste zu sagen). War das nicht vorhersehbar gewesen? Oder durfte es womöglich nicht vorhergesehen werden, weil – nach dem Palmström-Prinzip –²¹ „nicht sein kann, was nicht sein darf“?

Ich möchte nicht missverstanden werden: Das ganze Geschehen hat mich nicht persönlich getroffen oder enttäuscht, dazu sind mir die Unwägbarkeiten, Kontingenzen und Eigentümlichkeiten politischer Beratungs- und Entscheidungsprozesse bekannt genug. Ich war aber schon sehr verwundert über die Abläufe. Ich habe nicht verstanden, wieso ein Gesetzgebungsprojekt dieses Zuschnitts in dieser Weise in Angriff genommen wird. Die Ankündigungen seitens des BMFSFJ, das ganze Projekt solle noch im Laufe der Legislaturperiode umgesetzt werden, klangen wie das Pfeifen im Walde. Niemand außerhalb des BMFSFJ wird an diesen Zeitplan geglaubt haben. Und wie das Ergebnis zeigt, ist das Projekt nicht realisiert worden, schon gar nicht mit seinen ursprünglich geplanten Dimensionen: Der ohnehin (im Vergleich zu den ursprünglichen Ideen einer inklusiven Lösung) mächtig abgespeckte Entwurf des KJSG wurde im zuständigen Ausschuss noch weiter abgespeckt und scheiterte dann bekanntlich an den Ländern: Der Bundesrat nahm die Entscheidung über das KJSG von der Tagesordnung.²²

2.4 Zwischenresümee

Das sind, wie gesagt, nur Impressionen, und ich kann und will nicht ausschließen, dass andere Personen überzeugendere Erfahrungen gemacht haben. Das möchte ich nachdrücklich betonen. Unter diesem Vorbehalt gleichwohl die Frage: Welche Lehren lassen sich aus diesen Beobachtungen ziehen? Eine grundlegende Reform des SGB VIII wird m.E. nur dann eine Chance haben,

- wenn das BMFSFJ sich zu striktem Realismus hinsichtlich seiner Möglichkeiten verpflichtet,

21 Nach der Figur des Palmström in *Christian Morgensterns* Gedicht „Die unmögliche Tatsache“.

22 Vgl. den Stenographischen Bericht der 960. Sitzung des Bundesrates am 22.9.2017, S. 389 (D) – zu Tagesordnungspunkt 6.

- wenn das BMFSFJ eine klare Vorstellung von seiner Rolle als Moderator und Lotse hat, der den fachlich-politischen Austausch organisiert,
- wenn das BMFSFJ auf jede Wagenburg-Mentalität verzichtet,²³ die wohl zu oft dazu beiträgt, sachliche Kritik als persönlichen Vorwurf misszuverstehen, und
- wenn das BMFSFJ vor allem längerfristiger denkt und über Jahre – über die Grenzen einer Legislaturperiode hinweg – Verbündete sucht, Allianzen schmiedet und Kompromisse vorbereitet. Politik ist nach *Max Webers* bekanntem Wort „ein starkes langsames Bohren von harten Brettern mit Leidenschaft und Augenmaß zugleich“²⁴. Wer sich dafür nicht genügend Zeit nimmt, muss scheitern.

3. Bundesländer und Verbände

Ungeachtet der Verantwortung des BMFSFJ für die Misere des gescheiterten KJSG darf die Mitverantwortung der Bundesländer und der Verbände nicht außer Acht gelassen werden. Die gewiss nicht optimalen Anstrengungen des BMFSFJ hatten letztlich auch deshalb keine Chance, weil dem Ministerium seitens der Länder, aber in Bezug auf konkrete Regelungsideen auch seitens der Verbände, eine Kritik begegnete, die jedenfalls teilweise schon fundamentalistischen Charakter hatte. Hierbei war die fachliche Frage, ob eine inklusive Lösung das Leben der betroffenen Kinder und Jugendlichen (und das ihrer Eltern) verbessert, irgendwann wohl nicht mehr die entscheidende Frage. Die Sorge um den Erhalt gewohnter Verwaltungsroutinen, aber auch die Sorge, dass es für das Personal zu belastenden Änderungen kommen würde, verstärkte insbesondere auf Länderebene die negative Sicht auf die fachliche Frage. Richtig an der Kritik ist, dass eine Gesetzesreform, die dem Personal erhebliche Verhaltensänderungen abverlangt, keine Aussicht auf Erfolg haben kann, wenn die berechtigten Sorgen des Verwaltungspersonals nicht ernst genommen werden. Andererseits müssen sich Verwaltungen bzw. das Verwaltungspersonal auch fragen, was wirklich berechnigte Sorgen sind und was eigentlich nur der Abwehr fachlich sinnvoller Änderungsprozesse dient, um von gewohnten Arbeitsabläufen und Routinen nicht Abschied nehmen zu müssen. Artikel

23 Rixen, Nachfragefragt (Zur Reform des Kinder- und Jugendhilferechts – SGB VIII), „Die Wohlfahrtsverbände sind als politische Agenda-Setter gefragt“, neue caritas 2017 (18), S. 16.

24 Weber, Politik als Beruf (1919), in: Mommsen/Schluchter (Hrsg.), Max Weber-Gesamtausgabe (MWG), Bd. I/17, 1992, S. 251 f.

1 des Grundgesetzes lautet nicht: „Die kleinen Jugendämter in NRW sind unantastbar.“ Oder: „Die bayerischen Bezirke bestehen mit ihrem bekannten Aufgabenzuschnitt auf ewig.“

Auch die Verbände in einer bislang eher nach Kinder- und Jugendhilfe einerseits und Eingliederungshilfe andererseits getrennten Landschaft werden sich fragen müssen, ob bzw. inwieweit sie mit dem Gedanken der Inklusion in ihrer Praxis ernst machen wollen. Es ist verständlich gewesen, dass aus Sicht der Verbände (und auch der Leistungserbringer) viele Regelungsvorschläge des BMFSFJ nicht überzeugen konnten. Aber waren die Verbände wirklich – trotz aller Kritik an den Vorschlägen des BMFSFJ – noch offen genug in einer Weise, dass gegenseitiges Verstehen überhaupt möglich war? Offen für Veränderungen, die mit dem Zusammenführen zweier Hilfesysteme notwendig verbunden sind? Offen für Diskussionen über das Profil einer inklusiv ansetzenden Fachlichkeit? Offen dafür, eine inklusiv ansetzende Fachlichkeit in eine neue Praxis zu übersetzen?

Sich auf solche Überlegungen einzulassen, war gewiss nicht (nur) eine „Bringschuld“ der Verbände. Solche Nachdenkprozesse hätten in geeigneten Formaten, ohne Zeitdruck und der fachlichen Vielfalt gerecht werdend, vom BMFSFJ initiiert werden können, und das BMFSFJ könnte solche Nachdenkprozesse immer noch initiieren. Aber sie sind natürlich nur sinnvoll, wenn die Teilnahme an solchen Debatten nicht mit einem abwehrenden Vorverständnis erfolgt, sondern mit einer Offenheit, die *nicht* immer schon weiß, dass „das alles nichts bringt“.

4. Wissenschaft

Wie erwähnt, hat – wenn auch nicht entscheidend – die Wissenschaft einen Anteil am Scheitern des KJSG. Unter Wissenschaft verstehe ich Akteure aus dem Bereich der Disziplinen, die sich einerseits mit Kinder- und Jugendhilfe, andererseits mit kinder- und jugendspezifischer Eingliederungshilfe befassen. Selbstverständlich geht es nicht nur – und nicht einmal in erster Linie – um *Rechtswissenschaft*, wenngleich auch sie zu den relevanten Disziplinen gehört. Immerhin muss ja außerjuristische Fachlichkeit in die Sprache des Rechts übersetzt werden.

Ein Versäumnis der Wissenschaft sehe ich darin, dass es, soweit ersichtlich, keine Forschung dazu gab (und gibt), wie eine inklusive Lösung theoretisch fundiert operabel gemacht werden kann. Damit sind vor allem therapeutische bzw. fachlich-methodische Ansätze gemeint, die den inklusiven Ansatz umsetzen. Nur wenn hierüber Klarheit besteht, sind Diskussionen über Leistungstatbestände oder eine übergreifende Grundnorm, die

alle erzieherischen Bedarfe einschließlich der inklusiven Aspekte erfasst, sinnvoll. Hier ist auf vielfältige Weise interdisziplinäre Forschung vonnöten.

Ein Aspekt interdisziplinärer Forschung ist auch die rechtswissenschaftliche Perspektive auf das Feld. Allerdings hat es das Kinder- und Jugendhilferecht an den Juristischen Fakultäten nicht leicht. Es wird dort, wenn überhaupt, nur punktuell (etwa als Annex zum Familienrecht oder zum Jugendstrafrecht) gelehrt. Auch das Recht der Eingliederungshilfe (insb. SGB IX, SGB XII) dürfte an den Juristischen Fakultäten kaum eine Rolle spielen. Erst recht kann von intensiver rechtswissenschaftlicher, zudem interdisziplinär ausgerichteter Forschung zum Kinder- und Jugendhilfe- bzw. zum Eingliederungshilferecht keine Rede sein. Ausnahmen sind die wenigen juristischen Professuren außerhalb Juristischer Fakultäten, die z.B. an human- bzw. erziehungswissenschaftlichen Fakultäten bestehen und die interdisziplinär forschen (können). Präserter sind das Kinder- und Jugendhilferecht und das Recht der Eingliederungshilfe an den (Fach-)Hochschulen. Aber hier ist aufwändige interdisziplinäre Forschung wegen der Rahmenbedingungen, die an (Fach-)Hochschulen typischerweise herrschen, in aller Regel kaum möglich.

Weiterhelfen kann nur eine gemeinsame interdisziplinäre Anstrengung, die idealerweise die Kompetenzen der (Fach-)Hochschulen, der Universitäten und auch von spezialisierten außeruniversitären Forschungseinrichtungen (DJI,²⁵ SOCLES²⁶ usw.) verbindet. Ein denkbare Format wäre die Erarbeitung eines sog. Alternativ-Entwurfs. Er war jahrzehntelang ein Format der Strafrechtswissenschaft.²⁷ Wissenschaftler*innen erarbeiteten Gesetzentwürfe, die – im Vorgriff auf anstehende parlamentarische Beratungsprozesse oder parallel zu ihnen – eine Diskussion angestoßen haben. Auch für die Reform des SGB VIII könnte ein solcher Alternativ-Entwurf, z.B. mit dem Namen „Inklusive Reform des SGB VIII“, ein Impulsgeber für die rechtspolitische Diskussion sein. Ein solcher Alternativ-Entwurf, den Wissenschaftler*innen und Praktiker*innen aller relevanten Bereiche erarbeiten würden, hätte nicht den Anspruch, alles besser zu wissen, aber er könnte in einem guten, konstruktiven Sinne Diskussionen provozieren.

25 Deutsches Jugendinstitut.

26 SOCLES International Centre for Socio-Legal Studies.

27 Siehe etwa *Baumann et al.*, Alternativentwurf Wiedergutmachung (AE-WGM): Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE), 1992; dazu z.B. *Rixen*, Wiedergutmachung im Strafvollzug? Eine kritische Analyse der Vorschläge des „Alternativ-Entwurfs Wiedergutmachung (AE-WGM)“, *ZfStrVo*, 1994, S. 215 (mit Ergänzung S. 267).

Mit einem Wort: Die „Wissenschaft muss aus ihrer bequemen Beobachterrolle raus und mehr tun, damit die SGB-VIII-Reform ein Erfolg wird.“²⁸

5. Schlussbemerkung

Ich bin damit am Ende meiner Überlegungen zu der Frage angelangt „Wie schätzen Sie die Reformperspektiven unter den gegenwärtigen Bedingungen (Kräfteverhältnisse, Strukturen, Akteure etc.) ein?“ Ich glaube die Perspektiven der Reform des SGB VIII sind gut, wenn alle Akteure ihre Rolle im Zuge der Beratungen des KJSG und seiner Vorbereitung selbstkritisch reflektieren und bereit sind daraus zu lernen.

Mir fällt auf, dass ich die Fachpolitiker*innen in Bund und Ländern bislang nicht erwähnt habe. Allerdings stellt sich die Frage, ob es – ungeachtet der formalen Zugehörigkeit zu Parlamentsausschüssen, die sich mit Kinder- und Jugendhilferecht oder Eingliederungshilferecht beschäftigen – im Bundestag und in den Landesparlamenten genügend Kenner*innen der Materie gibt oder ob es unvermeidbar ist, dass Reformen des SGB VIII durch das BMFSFJ und (vermittelt auch über den Bundesrat) durch die zuständigen Ministerien der Bundesländer (oder andere Stellen der Verwaltung) dominiert werden. Die Fachpolitiker*innen sind selbstverständlich bei allen künftigen Anstrengungen einzubinden. Ob sie eine machtpolitisch starke Rolle spielen können, ist zumindest fraglich.

Am Ende steht ein Appell: „Schluss mit Partikularinteressen“²⁹. Nur wenn alle Akteure sich fragen, *warum* eine Reform sinnvoll ist, und zwar unabhängig von den Folgen, die sie für den jeweils *eigenen* Verantwortungsbereich haben könnte, erst dann wird die inklusive Reform des SGB VIII eine Chance haben.

Literaturverzeichnis

Baumann, Jürgen et al. (Hrsg.) (1992): Alternativentwurf Wiedergutmachung (AE-WGM): Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE). München: C.H. Beck

28 Rixen, Nachgefragt (Zur Reform des Kinder- und Jugendhilferechts – SGB VIII), neue caritas 2017 (18), S. 16.

29 Rixen, Nachgefragt (Zur Reform des Kinder- und Jugendhilferechts – SGB VIII), neue caritas 2017 (18), S. 16.

- Bundesrat (2017): Stenographischer Bericht der 960. Sitzung des Bundesrates am 22.9.2017.
- Deutsches Jugendinstitut (DJI). <https://www.dji.de> (letzter Zugriff: 26.3.2019)
- Dokumentations- und Informationssystem des Deutschen Bundestags (DIP) (2017): Materialien zum Gesetz zur Stärkung von Kindern und Jugendlichen (Kinder- und Jugendstärkungsgesetz – KJSG). <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/810/81081.html> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Dokumentations- und Informationssystem des Deutschen Bundestags (DIP) (2016): Materialien zum Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz – BTHG). <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/762/76292.html> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Greif, Stefan/Rixen, Stephan/Wasem, Jürgen (2009): Eingliederungshilfe für seelisch behinderte Kinder und Jugendliche: Abgrenzungsprobleme und Reformszenarien. VSSR (01), S. 43
- de Maizière, Thomas (2019): Regieren. Innenansichten der Politik. Freiburg i. Br.: Herder
- o.V. (2013): Schröder bereut Formulierung vom „Gedöns“, Die Welt vom 12.1.2013. <https://www.welt.de/politik/deutschland/article112715917/Schroeder-bereut-Formulierung-vom-Gedoens.html> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Rixen, Stephan (2012): Teil II: Probleme des geltenden Rechts und verfassungsrechtlicher Gestaltungsrahmen, in: Helfferich, Cornelia/Kavemann, Barbara/Rixen, Stephan, Bestandsaufnahme zur Situation der Frauenhäuser, der Fachberatungsstellen und anderer Unterstützungsangebote für gewaltbetroffene Frauen und deren Kinder. BT-Drs. 17/10500 vom 16.8.2012, S. 201
- Rixen, Stephan (2012): Rechtsgutachten zu ausgewählten Aspekten der sog. Großen Lösung (Zusammenführung der Hilfen für Kinder und Jugendliche mit Behinderungen im SGB VIII) im Auftrag des BMFSFJ, 12.9.2012. (unveröffentlicht)
- Rixen, Stephan (2017): Gesetzestechnische Umsetzung eines Sozialleistungsanspruchs auf Unterstützung für von Gewalt betroffene Personen, insbesondere für Frauen und ihre Kinder, Gutachten erstellt im Auftrag des BMFSFJ, 14.7.2017 (unveröffentlicht)
- Rixen, Stephan (2017): Nachgefragt (Zur Reform des Kinder- und Jugendhilferechts – SGB VIII). neue caritas (18), S. 16
- Rixen, Stephan (1994): Wiedergutmachung im Strafvollzug? Eine kritische Analyse der Vorschläge des „Alternativ-Entwurfs Wiedergutmachung (AE-WGM)“. Zf-StrVo, S. 215 (mit Ergänzung S. 267)
- SOCLES International Centre for Socio-Legal Studies. <https://www.socles.org> (letzter Zugriff: 1.11.2020)
- Voßkuhle, Andreas (2010): Europa als Gegenstand wissenschaftlicher Reflexion – eine thematische Annäherung in 12 Thesen, in: Franzius, Claudio/Mayer, Franz C./Neyer, Jürgen (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union. Baden-Baden: Nomos, S. 35.
- Weber, Max (1992): Politik als Beruf (1919), in: Mommsen, Wolfgang J./Schluchter, Wolfgang (Hrsg.), Max Weber-Gesamtausgabe (MWG), Bd. I/17, S. 251 f.

Autorinnen und Autoren

Jessica Kriewald, Dr., Richterin am Amtsgericht Frankfurt am Main, ehem. wiss. Mitarbeiterin am Bundesverfassungsgericht bei BVR'in Prof. Dr. Britz (April 2017 bis Juli 2018) und bei BVR Prof. Dr. Radtke (Juli 2018 bis Februar 2020),
eMail: jessica.kriewald@gmx.de

Thomas Meysen, Dr., Leitung, SOCLES International Centre for Socio-Legal Studies, Heidelberg,
eMail: meysen@socles.de

Sybille Nonninger, ehem. stellv. Leiterin des Landesjugendamts Rheinland-Pfalz,
eMail: snonninger@t-online.de

Stephan Rixen, Prof. Dr., Lehrstuhl für Öffentliches Recht I, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bayreuth,
eMail: stephan.rixen@uni-bayreuth.de

Kirsten Scheiwe, Prof. Dr., Professur für das Recht sozialer Dienstleistungen, Institut für Sozial- und Organisationspädagogik der Stiftung Universität Hildesheim,
eMail: scheiwe@uni-hildesheim.de

Lydia Schönecker, Bereichsleitung Inklusion, Erziehung & Teilhabe, SOCLES International Centre for Socio-Legal Studies, Heidelberg,
eMail: schoenecker@socles.de

Wolfgang Schröer, Prof. Dr., Professur für Sozialpädagogik, Institut für Sozial- und Organisationspädagogik der Stiftung Universität Hildesheim,
eMail: schroeer@uni-hildesheim.de

Margarete Schuler-Harms, Prof. Dr., Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften der Helmut-Schmidt-Universität Hamburg,
eMail: schuler-harms@hsu-hh.de

Friederike Wapler, Prof. Dr., Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht, Juristische Fakultät der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz,
eMail: fwapler@uni-mainz.de

Michael Wrase, Prof. Dr., Öffentliches Recht mit den Schwerpunkten Sozial- und Bildungsrecht, Stiftung Universität Hildesheim und Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung,
eMail: michael.wrase@wzb.eu

Julia Zinsmeister, Prof. Dr., Professur für Öffentliches Recht, Institut für Soziales Recht an der Fakultät für Angewandte Sozialwissenschaften, Technische Hochschule Köln,
eMail: julia.zinsmeister@th-koeln.de