

FRIEDERIKE WAPLER

# Kinderrechte und Kindeswohl

*Jus Publicum*

240

---

**Mohr Siebeck**

JUS PUBLICUM  
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 240





Friederike Wapler

# Kinderrechte und Kindeswohl

Eine Untersuchung zum Status des Kindes  
im Öffentlichen Recht

Mohr Siebeck

*Friederike Wapler*, geboren 1971; Studium der Rechtswissenschaften in Göttingen und Granada/Spanien; Referendariat beim Oberlandesgericht Braunschweig; Geschäftsführerin der Deutschen Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen (DVJJ e.V.), Hannover; 2003–2013 Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Rechts- und Sozialphilosophie der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen; 2007 Promotion; 2013 Habilitation; WiSe 2013/14 Vertretungsprofessur für Öffentliches Recht an der Universität Bayreuth; seit SoSe 2014 Entlastungsprofessur für Öffentliches Recht an der Universität Frankfurt/Main.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort.

e-ISBN PDF 978-3-16-153376-1

ISBN 978-3-16-153375-4

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2015 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

“There is no substitute for a genuine, free, serene, healthy,  
bread-and-butter childhood.”

*Kate Douglas Wiggin, 1892*



## Vorwort

Die schönsten Formulierungen ethischer Kinderrechte habe ich während der Recherchen für dieses Buch bei der amerikanischen Autorin und Erzieherin *Kate Douglas Wiggin* (1856–1923) gefunden, darunter das *Recht des Kindes, einen großen Teil seiner Zeit gloriös dreckig zu sein*. Bedauerlicherweise war es mir im Rahmen der vorliegenden juristischen Untersuchung nicht möglich, diese Spielart des Kinderrechtsdiskurses näher zu beleuchten. Doch wird sich auch im Folgenden zeigen, dass der Begriff des Rechts in ethischer Hinsicht über den juristischen Rechtsbegriff weit hinausgehen kann. Was die ethische Diskussion für die Rechtswissenschaften nicht unbrauchbar macht. Viele der Rechte, die aus ethischer oder auch aus pädagogischer Sicht formuliert wurden, können in juristische Rechte übersetzt werden. Das *Recht des Kindes auf den heutigen Tag* und das *Recht des Kindes auf seinen eigenen Tod*, wie *Janusz Korczak* (1878–1942) sie umschrieben hat, geben einem grundlegenden Anspruch des Kindes auf Achtung seiner Würde und seiner Persönlichkeit Ausdruck, den wir im Verfassungsrecht in der Menschenwürdegarantie und im allgemeinen Persönlichkeitsrecht wiederfinden. Das *Recht des Kindes auf eine offene Zukunft*, das auf *Joel Feinberg* (1926–2004) zurückgeht, macht deutlich, dass Kinder aus einer fundamentalen Abhängigkeit in ihr eigenes, selbstbestimmtes Leben hineinwachsen. Um diese Facetten der Lebensphase Kindheit geht es in diesem Buch, und nicht ohne Grund nehmen rechtsethische Überlegungen darin erheblichen Raum ein.

Die vorliegende Untersuchung ist im wissenschaftlichen Austausch mit vielen Menschen entstanden. Allen voran danke ich meinem akademischen Lehrer *Prof. Dr. Dr. Dietmar von der Pfordten* und meinen beiden Gutachterinnen *Prof. Dr. Christine Langenfeld* und *Prof. Dr. Eva Schumann*, von deren Förderung und fachlichem Rat ich ungemein profitiert habe. Von unschätzbarem Wert waren für mich in diesen Jahren in fachlicher wie persönlicher Hinsicht auch meine Kolleginnen und Kollegen an der Universität Göttingen, allen voran *Ruth Sandforth*, *Astrid Strack*, *Holger Gutschmidt* und *Philipp Gisbertz* sowie *Hasina Farouq*, *Mina Aryobsei* und *Reza Zanganeh*. Für Korrekturen an der Endfassung danke ich *Roman Hensel* und *Eva Hoeren* aus Bayreuth sowie aus Frankfurt am Main *Vannareth Hean*, *Jane Hentz*, *Sanela Starcevic* und *Christoph Weigel* sowie für Arbeiten am Sachregister *Athusa Ebrahimi* und *Stefanie Lechler*.



Dieses Buch wäre vermutlich niemals fertig geworden, hätte ich nicht zur rechten Zeit ein Stipendium des *Dorothea-Schlözer-Programms* der Universität Göttingen erhalten. Dem Lektorat des *Mohr Siebeck Verlages* danke ich für die Veröffentlichung der Arbeit und die reibungslose Zusammenarbeit. Der *Förder- und Beihilfefonds der Verwertungsgesellschaft Wort* hat die Herstellung dieses Bandes mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss finanziert.

Man muss nicht selbst zum Mond geflogen sein, um über die Raumfahrt zu schreiben, und man muss nicht selbst Kinder haben, um über Kinderrechte zu forschen. Dennoch bin ich meinen beiden Töchtern *Hannah* und *Jule* dankbar, dass sie mir während der Arbeit an diesem Buch immer wieder vor Augen geführt haben, was es heutzutage bedeutet, Kind zu sein, in einer Familie zu leben, zur Schule zu gehen und allgemein sich in der Welt zurechtzufinden. Ihre Lebendigkeit, ihre Neugier und ihr Wachstum, aber auch ihre Sorgen, Konflikte und Reflexionen sind sicherlich häufiger zwischen den Zeilen der folgenden Kapiteln zu finden als mir selbst bewusst ist. Nicht nur ihnen bin ich dankbar, sondern meiner gesamten Familie, meinen Freundinnen und Freunden dafür, dass sie in den vergangenen Jahren an meiner Seite waren, mir den Rücken freigehalten und gestärkt und die nicht immer einfache Entstehung dieses Buches mit Geduld und Interesse begleitet haben.

Hannover, im September 2014

Friederike Wapler

# Inhalt

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XXI
Kapitel 1: Einleitung . . . . .	1
I. Die Kinderrechte und das Kindeswohl als Gegenstände des öffentlichen Rechts . . . . .	2
II. Die Kinderrechte und das Kindeswohl als rechtsphilosophische Themen . . . . .	5
III. Dimensionen des Begriffs der Kindheit . . . . .	8
1. Kindheit als Lebensphase nach der Geburt: der generationelle Begriff der Kindheit. . . . .	9
2. Das arbeitende und das schulpflichtige Kind: Kindheit als Zeit der Entwicklung von Fähigkeiten und Fertigkeiten . . . . .	12
3. Das sündige und das unschuldige Kind: Kindheit als Zeit der moralischen und sozialen Entwicklung . . . . .	15
4. Das unmündige, das autonome und das kompetente Kind. . . . .	16
5. Kindheit heute . . . . .	18
IV. Der Begriff des Kindes im Recht . . . . .	21

## Teil 1

### Rechtsgeschichtliche Betrachtungen

Kapitel 2: Zur Entwicklung der Begriffe Kindeswohl und Kinderrechte . . . . .	27
I. Kindeswohl. . . . .	29
1. Der Kindeswohlbegriff nach dem BGB (1900–1933) . . . . .	29
a. Gefährdung des Kindeswohls, § 1666 BGB . . . . .	30
aa. Missbrauch des Sorgerechts und Vernachlässigung. . . . .	30
bb. Ehrloses und unsittliches Verhalten . . . . .	32
cc. Religiöse Kindererziehung . . . . .	33
dd. Politische Erziehung . . . . .	34
ee. Verschulden . . . . .	36
b. Die Sorgerechtsentscheidung nach der Ehescheidung, § 1635 BGB . . . . .	37

c.	Das Verkehrsrecht des nicht sorgeberechtigten Elternteils (§ 1636 BGB) . . . . .	39
d.	Zusammenfassung: Der Begriff des Kindeswohls im Familienrecht 1900–1933 . . . . .	41
2.	Das öffentliche Fürsorgerecht (1900–1933) . . . . .	43
a.	Das landesrechtliche Fürsorgerecht nach 1900 . . . . .	43
b.	Das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz von 1922 . . . . .	45
aa.	Der Kindeswohlbegriff im Reichsjugendwohlfahrtsgesetz . . . . .	46
bb.	Der Begriff der Verwahrlosung . . . . .	47
c.	Fazit: Kollektivistische Tendenzen in der öffentlichen Erziehung der Jahre 1900–1933 . . . . .	50
3.	Die Zeit des Nationalsozialismus (1933–1945) . . . . .	51
a.	Familienrecht . . . . .	51
aa.	Kindeswohlgefährdung gem. § 1666 BGB . . . . .	52
bb.	Die Kindeswohlprüfung nach der Ehescheidung . . . . .	55
b.	Jugendwohlfahrtsrecht . . . . .	57
c.	Fazit: Der unbestimmte Rechtsbegriff des Kindeswohls als Einfallstor für die nationalsozialistische Ideologie . . . . .	58
4.	Die Zeit nach 1945 . . . . .	59
a.	Die Entwicklung in der Bundesrepublik (Überblick) . . . . .	60
aa.	Verfassungsrecht . . . . .	60
bb.	Familienrecht . . . . .	60
cc.	Jugendhilferecht . . . . .	62
dd.	Weitere Rechtsbereiche . . . . .	63
b.	Die Entwicklung in der DDR (1949–1990) . . . . .	64
aa.	Kinder, Jugend und Familie im Recht der DDR . . . . .	65
bb.	Die Verwendung des Kindeswohlbegriffs bis 1966 . . . . .	67
cc.	Die Verwendung des Kindeswohlbegriffs nach 1966 . . . . .	69
dd.	Fazit: Kollektivistische Vereinnahmung der unbestimmten Rechtsbegriffe Kindeswohl und Erziehungsgefährdung . . . . .	72
II.	Kinderrechte . . . . .	73
1.	Die „Entdeckung des Kindes“ in der Philosophie und in der Pädagogik . . . . .	74
2.	Frühe Forderungen nach Kinderrechten: unterschiedliche Verständnisse . . . . .	75
3.	Frühe Kodifikationen von Kinderrechten . . . . .	78
a.	Das Recht des Kindes auf Erziehung gem. § 1 RJWG (1922) . . . . .	78
b.	Internationales Recht . . . . .	79
aa.	Die Genfer Erklärung (1924) . . . . .	79
bb.	Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948) . . . . .	80
cc.	Die UN-Erklärung der Rechte des Kindes (1959) . . . . .	80
dd.	Die Internationalen Menschenrechtspakte (1966) . . . . .	81
ee.	Die UN-Kinderrechtskonvention (1989) . . . . .	82
4.	Das „Recht des Kindes“ als Recht, zu einem guten Staatsbürger zu werden: Kinderrechte im Nationalsozialismus und in der DDR . . . . .	83

5. Kinderrechte zwischen Schutzverpflichtung und Autonomiegewährung. . . . .	84
--	----

## Teil 2

## Der Status des Kindes im geltenden Recht

Kapitel 3: Verfassungsrechtliche Grundlagen. . . . .	89
I. Das Kind und seine Grundrechte . . . . .	89
1. Das Kind als Grundrechtsträger . . . . .	90
2. Grundrechtsmündigkeit und Grundrechtswahrnehmung. . . . .	91
a. Wahrnehmungsfähigkeit . . . . .	92
b. Wahrnehmungsberechtigung. . . . .	93
c. Prozessuale Geltendmachung der Grundrechte: Die Prozessfähigkeit des Kindes im Rahmen der Verfassungsbeschwerde . . . . .	95
d. Zur Notwendigkeit einer „Grundrechtsreife“ . . . . .	97
e. Vorschlag zur begrifflichen Differenzierung . . . . .	98
3. Grundrechtswahrnehmung und Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 Abs. 1 i. V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). . . . .	99
a. Altersspezifische Einschränkungen der allgemeinen Handlungsfreiheit . . . . .	100
b. Schutz der Entwicklung des Kindes zu einer selbstbestimmten Person . . . . .	100
c. Anerkennung der wachsenden Fähigkeit zur Selbstbestimmung. . . . .	101
d. Wachsende Berücksichtigung des Kindeswillens bei Entscheidungen über seine Belange . . . . .	102
II. Das Eltern-Kind-Verhältnis (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) . . . . .	105
1. Zur Entstehungsgeschichte des Art. 6 GG. . . . .	106
2. Das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG). . . . .	108
a. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG als Institutsgarantie („natürliches Recht“) . . . . .	109
b. Der Begriff der Pflege und Erziehung. . . . .	110
c. Das Elternrecht als Abwehrrecht. . . . .	111
d. Die Pflichtbindung des Elternrechts. . . . .	112
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Eingriffen in das Elternrecht . . . . .	120
a. Keine Schrankenübertragung aus Art. 2 Abs. 1 GG . . . . .	121
b. Das allgemeine staatliche Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) . . . . .	122
aa. Das Wächteramt als spezielle Eingriffsermächtigung . . . . .	123
bb. Das Kindeswohl als Schutzgut des Wächteramts – Chiffre für die Interessen des Kindes . . . . .	126
cc. Rechtsstaatliche Anforderungen an die Ausübung des Wächteramts . . . . .	127
dd. Zwischenfazit: Die formale Stellung des Wächteramts im System des Grundgesetzes. . . . .	128

ee.	Die Grundrechte des Kindes als Geltungsgrundlage des Wächteramts . . . . .	128
ff.	Der Anspruch des Kindes auf Schutz und Hilfe durch den Staat . . . . .	132
gg.	Die Kindeswohlgefährdung als Voraussetzung wächteramtlichen Handelns. . . . .	133
hh.	Probleme bei der Bestimmung der Kindeswohlgefährdung . . . . .	135
	(1) Schadensvermeidung, nicht Erziehungsoptimierung . . . . .	136
	(2) Exkurs: Eltern als die besten Sachwalter der Belange ihrer Kinder – und neuere Zweifel . . . . .	137
	(3) Unklare Bestimmung des Schutzgutes. . . . .	141
	(4) Überwachungs- und Kontrollbefugnisse im Rahmen des Wächteramts . . . . .	143
	ii. Die „staatliche Gemeinschaft“ als Wächter . . . . .	144
c.	Die besonderen Eingriffsvoraussetzungen für die Trennung des Kindes von seinen Eltern (Art. 6 Abs. 3 GG) . . . . .	145
d.	Einschränkungen des Elternrechts durch Sorge- und Umgangs- rechtsregelungen: Der Staat als Wächter oder Schlichter? . . . . .	150
	aa. Die Schlichtertheorie. . . . .	150
	bb. Die Anbindung präventiver Regelungen zum Schutz des Kindes an das staatliche Wächteramt . . . . .	153
e.	Der Maßstab für gerichtliche Entscheidungen zugunsten des Kindes. . . . .	154
	aa. Das verfassungsrechtliche Erziehungsziel der eigenverant- wortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft	156
	bb. Kindeswohlkriterien . . . . .	160
f.	Einschränkungen des Elternrechts aus öffentlichem Interesse . . . . .	162
	aa. Das Urteil zur Anwesenheit der Eltern in der Hauptver- handlung im Jugendstrafverfahren . . . . .	162
	bb. Die Entscheidung zu Familiendoppelnamen für Kinder . . . . .	164
4.	Vorschlag für die dogmatische Strukturierung des Art. 6 Abs. 2 GG . . . . .	167
5.	Die Geltung der Grundrechte im Eltern-Kind-Verhältnis . . . . .	169
	a. Ein Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung gegen seine Eltern? . . . . .	169
	b. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte . . . . .	173
	c. Staatliche Schutzpflichten gegenüber dem Kind . . . . .	175
	d. Schutz der Grundrechte oder Schutz des Kindeswohls? . . . . .	177
6.	Träger des Elternrechts . . . . .	179
	a. Leibliche Elternschaft . . . . .	180
	b. Soziale und rechtlich-soziale Elternschaft. . . . .	181
	c. Der verfassungsrechtliche Begriff der Elternschaft . . . . .	183
	aa. Das Verhältnis von leiblicher und sozialer Elternschaft . . . . .	184
	bb. Wie viele Eltern kann ein Kind haben? . . . . .	186
	cc. Reduzierter Gehalt des Elternrechts bei rein leiblicher Verwandtschaftsbeziehung: Das Recht auf Zugang zur Elternschaft. . . . .	187
	dd. Gleichgeschlechtliche Elternschaft . . . . .	190
	ee. Die Stellung von Vormündern und Pflegern. . . . .	193

7. Das Kind als Teil einer Familie: Die Reichweite des Familienschutzes aus Art. 6 Abs. 1 GG. . . . .	194
III. Schule und Bildung (Art. 7 GG). . . . .	199
1. Zur Entstehungsgeschichte des Art. 7 GG. . . . .	199
2. Die staatliche Aufsicht über das Schulwesen (Art. 7 Abs. 1 GG)	201
3. Der staatliche Erziehungsauftrag in der Schule (Art. 7 Abs. 1 GG) . . . . .	203
4. Das Verhältnis von Elternrecht und staatlichem Erziehungsrecht	204
a. Die Schulpflicht und ihre Ausgestaltung . . . . .	205
aa. Zwecke der Schulpflicht . . . . .	208
(1) Interessen des Staates . . . . .	208
(2) Interessen des Kindes . . . . .	210
bb. Abwägung der schulischen Erziehungszwecke mit dem Elternrecht. . . . .	213
cc. Vereinbarkeit der Schulpflicht mit internationalem Recht und dem Recht der Europäischen Union. . . . .	215
dd. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung des Schulalltags . . . . .	217
(1) Informations- und Beteiligungsrechte. . . . .	217
(2) Weltanschauliche Neutralität und Toleranz. Insbesondere: die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zum „Burkini“ und zu „Krabat“ (2013). . . . .	217
(3) Schulische Erziehung und die Grundwerte der Verfassung	222
b. Wahl der Schule und Privatschulfreiheit . . . . .	223
c. Heimunterricht als Ausnahme zur allgemeinen Schulpflicht? . . . .	224
5. Bildungsrechte des Kindes. . . . .	225
a. Kein Recht auf Bildung aus Art. 7 GG. . . . .	227
b. Bildungsansprüche als Teil des Grundrechts des Kindes auf Entwicklung zu einer selbstbestimmten Person (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG) . . . . .	227
6. Die Grundrechte des Kindes in der Schule . . . . .	229
7. Schulbesuch und Kindeswohl. . . . .	231
IV. Die staatliche Kompetenz zur allgemeinen Kinder- und Jugendförderung. . . . .	231
Kapitel 4: Internationales Recht . . . . .	234
I. Die UN-Kinderrechtskonvention. . . . .	234
1. Der Kindeswohlbegriff der Kinderrechtskonvention . . . . .	235
2. Die Kinderrechte nach der Kinderrechtskonvention . . . . .	238
II. Europäisches Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten (1996) . . . . .	239
III. Art. 24 EU-Grundrechtecharta . . . . .	240
IV. Das Kindeswohlprinzip und seine Bedeutung im deutschen Recht	242

1. Unmittelbare Geltung des Kindeswohlprinzips im deutschen Recht? . . . . .	242
a. Art. 3 Abs. 1 UN-KRK, Art. 7 UN-BRK . . . . .	242
b. Art. 24 GrCh . . . . .	243
c. Unmittelbare Drittwirkung gegenüber privaten Einrichtungsträgern? . . . . .	243
2. Inhalt des Kindeswohlprinzips: Die Reichweite des Vorrangs . .	244
V. Die Beteiligung des Kindes an eigenen Angelegenheiten . . . . .	248
 Kapitel 5: Einfachrechtliche Ausgestaltungen . . . . .	249
I. Familienrechtliche Begriffsprägungen . . . . .	249
1. Der verfassungsrechtliche Vorrang des Elternrechts im Familienrecht . . . . .	250
2. Gesetzlicher Vorrang der Kindesinteressen nur bei staatlichen Entscheidungen über Kindesbelange . . . . .	250
3. „Positiver“ und „negativer“ Standard: unterschiedliche Aufgaben des Kindeswohlbegriffs in der familienrechtlichen Entscheidungspraxis . . . . .	251
4. Konkretisierung des Kindeswohls als Entscheidungsmaßstab: das Beste für das Kind . . . . .	252
a. Anbindung des Kindeswohls an die Interessen des Kindes . . . . .	252
b. Objektive und subjektive Interessen des Kindes . . . . .	253
c. Gesetzliche Erziehungsleitbilder und ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung . . . . .	254
aa. Vereinbarkeit der Erziehungsleitbilder mit dem Elternvorrang aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 GG . . . . .	256
bb. Folgerungen für den familienrechtlichen Kindeswohlbegriff . .	261
d. Kindeswohlkriterien. . . . .	261
aa. Präferenzen des Kindes: innere Bindungen, soziale Kontinuität, Kindeswille . . . . .	261
(1) Innere Bindungen . . . . .	261
(2) Kontinuität . . . . .	262
(3) Die Perspektive des Kindes („Kindeswille“) . . . . .	263
bb. Eigenschaften der Eltern: Erziehungseignung und Bindungstoleranz . . . . .	268
(1) Erziehungseignung. . . . .	268
(2) Desinteresse. . . . .	271
(3) Kooperationsbereitschaft („Bindungstoleranz“) . . . . .	271
e. Folgerungen für den familienrechtlichen Kindeswohlbegriff. . . .	274
5. Konkretisierung des Mindeststandards: die Kindeswohlgefährdung. . . . .	274
a. Merkmale der Kindeswohlgefährdung . . . . .	275
b. Die Bedeutung des Kindeswillens bei Entscheidungen nach §§ 1666, 1666a BGB . . . . .	278

6. Unterschiedliche gesetzliche Kindeswohlmaßstäbe . . . . .	279
7. Die rechtliche Ausgestaltung der Elternschaft: Das Sorgerecht. .	284
a. Verfassungsrechtliche Anforderungen an einfachrechtliche Sorgerechtsregeln . . . . .	284
b. Das Sorgerecht des leiblichen, aber nicht rechtlichen Vaters . . . . .	285
c. Stieffamilien und Patchworkkonstellationen . . . . .	289
8. Zusammenfassung . . . . .	291
II. Kinder- und Jugendhilferecht . . . . .	291
1. Das Recht des Kindes auf Förderung seiner Entwicklung . . . . .	292
2. Die allgemeine Förderpflicht des Staates . . . . .	293
3. Subjektive Rechtsansprüche auf Hilfe bei Nichtgewährleistung des Kindeswohls (§§ 27 ff. SGB VIII) . . . . .	293
a. Der Begriff der Nichtgewährleistung des Kindeswohls . . . . .	294
b. Anspruchsinhaber . . . . .	296
4. Schutzauftrag der Jugendhilfe bei Gefährdung des Kindeswohls: Interventionsrechte und Vorfeldbefugnisse . . . . .	298
a. Inobhutnahme: Interventionsrecht der Jugendhilfe in Eilfällen . . .	298
b. Rücknahme der Betriebserlaubnis: Schutz des Kindeswohls in Einrichtungen . . . . .	298
c. Handlungspflicht bei Anhaltspunkten für eine Kindeswohl- gefährdung: Vorfeldbefugnisse des Jugendamts . . . . .	299
5. Beteiligungsrechte des Kindes . . . . .	300
6. Achtung der Grundrechte des Kindes in öffentlicher Betreuung . . . . .	301
7. Wirkung des Kindeswohlprinzips (Art. 3 I UN-KRK) in das Jugendhilferecht . . . . .	301
8. Die Diskussion um das Verhältnis von Kindeswohl und Kinderrechten im Jugendhilferecht . . . . .	302
III. Zum weiteren Gang der Untersuchung . . . . .	305

Teil 3

Rechtsphilosophische Überlegungen

Kapitel 6: Der Begriff des Wohls . . . . .	309
I. Wohl, Glück und gutes Leben . . . . .	309
II. Die Basis des Wohlbegriffs: Interessen. . . . .	313
1. Interessen . . . . .	315
2. Unterschiedliche Kategorien von Interessen. . . . .	317
3. Rechte und Freiheiten. . . . .	319
4. Die Bedeutung der Freiheit für den Wohlbegriff. . . . .	319
5. Die Bedeutung von Rechten für den Wohlbegriff . . . . .	320
III. Aussichtsreiche Verwirklichung von Interessen als Voraussetzung des individuellen Wohls . . . . .	322



1. Vergangene, gegenwärtige und zukünftige Interessen: aktuelles Wohlbefinden und übergreifendes Wohl. . . . .	322
2. Erfüllung, Streben nach Erfüllung und der Moment des Glücks	323
IV. Die Bestimmung des Wohls: subjektive und objektive Theorien . . .	327
V. Der Vorrang der Selbstbestimmung . . . . .	329
1. Einwände gegen den individualistischen Ausgangspunkt . . . . .	331
2. Einwände gegen den Vorrang des Subjektiven . . . . .	336
3. Einwände gegen die isolierte Betrachtung von Belangen . . . . .	337
4. Einwände gegen den Ausschluss eingeschränkt autonomer Individuen. . . . .	340
5. Die Grundlage der ethischen Gleichheit . . . . .	342
6. Der Begriff der Person . . . . .	344
7. Zusammenfassung . . . . .	345
VI. Autonomie als Basis des Vorrangs der Selbstbestimmung. . . . .	346
1. Personale, moralische und politische Autonomie. . . . .	346
2. Innere Voraussetzungen der Autonomie (Fähigkeit zur Autonomie) . . . . .	348
3. Relativität des Autonomiebegriffs . . . . .	352
4. Autonomiefähigkeit als Minimalbedingung für ein selbstbestimmtes Leben . . . . .	353
5. Autonomie als Möglichkeit (äußere Bedingungen für ein autonomes Lebens) . . . . .	354
VII. Einschränkungen des Vorrangs der Selbstbestimmung: Rechtfertigung paternalistischen Handelns. . . . .	359
1. Begriff des Paternalismus . . . . .	361
2. Paternalismus, Fürsorge und Care. . . . .	362
3. Abgrenzung gegen nicht-paternalistische Einschränkungen . . .	364
a. Fremdschädigendes Verhalten ( <i>harm principle</i> ). . . . .	364
b. Gemeinwohlgründe . . . . .	365
4. Paternalistische Einschränkungen autonomer Entscheidungen. .	366
a. Uninformierte Entscheidungen. . . . .	367
b. Drohende schwere Schäden . . . . .	369
c. Ethisch verwerfliches Verhalten . . . . .	371
d. Preisgabe der Möglichkeit zur Autonomie . . . . .	373
e. Inkonsequentes Verhalten: Bindung an den eigenen früheren Willen	378
f. Zusammenfassung . . . . .	380
5. Paternalistische Einschränkungen der Entscheidungen eingeschränkt autonomiefähiger Personen. . . . .	381
a. Handeln ohne den Willen der betroffenen Person . . . . .	381
b. Handeln gegen den Willen der betroffenen Person. . . . .	381
VIII. Handeln im Interesse anderer: Anforderungen an paternalistische Handlungen . . . . .	382
1. Die Ermittlung der Belange eingeschränkt autonomer Personen	383

2. Grundversorgung: Sicherstellung der Mindestbedingungen für ein gutes Leben . . . . .	385
a. Erhaltung des Selbst . . . . .	387
b. Entfaltung des Selbst. . . . .	388
IX. Grundzüge eines ethischen Begriffs des individuellen Wohles. . . . .	388
X. Zum weiteren Vorgehen . . . . .	389
Kapitel 7: Ein ethischer Begriff des Kindeswohls . . . . .	391
I. Die paternalistische Grundsituation des Kindes. . . . .	394
1. Das Gleichheitspostulat der radikalen Freiheitslehren . . . . .	394
2. Ethisch relevante Unterschiede zwischen Kindern und Erwachsenen . . . . .	396
a. Einsichts- und Steuerungsfähigkeit . . . . .	396
b. Innere Unabhängigkeit . . . . .	398
c. Informationsdefizite und Erfahrungsrückstand . . . . .	399
3. Die Unhaltbarkeit des Gleichheitspostulats . . . . .	401
4. Die Kontinuität zwischen Kindern und Erwachsenen . . . . .	402
5. Rechtfertigung des Paternalismus gegenüber Kindern . . . . .	403
6. Machtungleichgewichte zwischen Kindern und Erwachsenen . . . . .	405
II. Das Kindeswohl als aussichtsreiche Verwirklichung der individuellen Interessen des Kindes. . . . .	406
1. Individuelle Interessen des Kindes. . . . .	406
2. Erfüllung und Streben nach Erfüllung . . . . .	408
3. Gegenwärtige und zukünftige Belange des Kindes: Das „Recht auf eine offene Zukunft“ vs. das „Recht auf den heutigen Tag“ . . . . .	408
a. Kindheit als Durchgangsstadium: Primat der Zukunft . . . . .	409
b. Das „Recht auf den heutigen Tag“: Primat der Gegenwart . . . . .	410
c. Das „Recht auf eine offene Zukunft“ . . . . .	411
aa. Der Einwand der Beliebigkeit. . . . .	412
bb. Der Einwand der erzwungenen Neutralität . . . . .	413
cc. Der Einwand der Ungewissheit. . . . .	413
dd. Eine Reformulierung. . . . .	415
d. Unterschiedliche Akteure. . . . .	416
III. Die Dynamik aus Autonomie und Abhängigkeit: paternalistisches Handeln gegenüber Kindern und seine Grenzen . . . . .	416
1. Die Dynamik der Autonomieentwicklung . . . . .	417
a. Die Eroberung von Handlungsspielräumen. . . . .	418
b. Als-Ob-Autonomie, Autonomie unter Vorbehalt und Teilmündigkeit . . . . .	419
c. Die Gesamtverantwortung der Erwachsenen für das Wohl des Kindes. . . . .	421
2. Das Spannungsfeld aus Freiheit und Disziplin . . . . .	424
a. <i>Kant</i> : „Wie cultivire ich die Freiheit bei dem Zwange?“ . . . . .	426
b. <i>Locke</i> : „Reasoning with Children“ . . . . .	430

c. Heutige Erziehungsvorstellungen: unterschiedliche Schwerpunkte	432
IV. Partizipation und Selbstbestimmung: ein dynamisches Modell der Bestimmung des Kindeswohls	435
1. Der hypothetische oder zukünftige Wille des Kindes.	436
2. Der konsultative Wille des eingeschränkt autonomiefähigen Kindes	437
3. Der Vorrang der Selbstbestimmung bei Kindern: Abgrenzung der Teilmündigkeit und der Autonomie unter Vorbehalt.	440
4. Sonderfall: Der manipulierte Wille	446
5. Zusammenfassung: Grundsätze für paternalistisches Handeln gegenüber Kindern	447
V. Notwendige Bedingungen für das Kindeswohl	448
1. Erhaltung des Selbst.	450
2. Entfaltung des Selbst	451
 Kapitel 8: Ein ethischer Begriff der Kinderrechte	453
I. Der Begriff des subjektiven Rechts	454
II. Die Möglichkeit ethischer subjektiver Kinderrechte	457
III. Sind Rechte die richtige Kategorie für die Belange von Kindern?	460
IV. Kinderrechte als notwendige Bedingungen des Kindeswohls (Kindergrundrechte)	463
V. Schutz-, Förder- und Autonomierechte	464
 Kapitel 9: Die Verantwortung für das Kindeswohl und die Kinderrechte.	466
I. Die Familie als sozialer Nahraum des Kindes	466
1. Elternschaft und Familie	466
2. Die primäre Zuständigkeit der Eltern: natürlich oder sozial?	467
3. Kindesinteresse, Elterninteresse, Familieninteresse	470
4. Familie als Ort der Entfaltung von Eltern und Kindern	472
5. Die Regulierung familiärer Konflikte: Recht oder Liebe?	473
II. Die Rolle des Staates	477
1. Eigene Interessen des Staates am Kind	477
2. Der Staat als Garant für die Mindestbedingungen des Kindeswohls (Kindergrundrechte)	478
3. Weitere Aufgaben des Staates	480
III. Pluralismus und Toleranz	481
1. Grenzen der Toleranz in pluralistischen Gesellschaften: „Übergreifender Konsens“ und unverzichtbare Bedingungen des Wohls	481
2. Das „schlechte“ Weltbild.	485

3. Die Verneinung autonomer Lebensentfaltung . . . . .	485
4. Die Bedeutung des Kindeswillens . . . . .	487
5. Bestandsschutz für antiliberalen Gemeinschaften? . . . . .	488

## Teil 4

## Ausblick

Kapitel 10: Folgerungen für das geltende Recht . . . . .	493
I. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die rechtlichen Begriffe des Kindeswohls und der Kinderrechte . . . . .	495
1. Der rechtliche Begriff des Kindeswohls . . . . .	495
2. Der Begriff der Kinderrechte und sein Verhältnis zum Kindeswohl . . . . .	496
II. Das Kindeswohlprinzip: Reformbedarf im Verfassungsrecht? . . . . .	497
III. Die Kodifizierung der Kinderrechte . . . . .	498
1. Das Recht des Kindes auf Achtung . . . . .	502
a. Würde . . . . .	502
b. Berücksichtigung der individuellen Belange . . . . .	503
c. Identität . . . . .	503
2. Erhaltung des Kindes . . . . .	504
a. Recht auf Leben . . . . .	504
b. Körperliche Unversehrtheit . . . . .	505
c. Gesundheit . . . . .	506
d. Aufenthaltsrechte und Asyl . . . . .	507
e. Recht auf Schutz . . . . .	507
f. Recht auf Versorgung . . . . .	507
3. Entfaltung des Kindes . . . . .	508
a. Bewegungsfreiheit . . . . .	509
b. Schutz der familiären Beziehungen . . . . .	509
c. Recht auf Bildung . . . . .	510
d. Recht auf Entwicklung und spezielle Freiheitsrechte . . . . .	512
e. Chancengleichheit und Freiheit von Diskriminierung . . . . .	513
4. Zusammenfassung . . . . .	513
IV. Das verfassungsrechtliche Eltern-Kind-Verhältnis . . . . .	514
V. Der Schutz des Kindes durch das staatliche Wächteramt . . . . .	515
1. Die Interventionsschwelle der Kindeswohlgefährdung: Grundsätze . . . . .	515
2. Gefahrerforschung im Kinderschutz und Vorfeldbefugnisse . . . . .	517
a. „Gewichtige Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls“ (§ 8a SGB VIII, § 4 KKG) . . . . .	520
b. „Mögliche Kindeswohlgefährdung“ (§ 157 FamFG) . . . . .	520
c. Screeningverfahren . . . . .	524

VI. Die Beteiligung des Kindes . . . . .	530
1. Die Beteiligung an eigenen Angelegenheiten: allgemeine Grundsätze . . . . .	531
a. Die Einwilligung des Kindes in medizinische Behandlungen. . . . .	534
b. Nicht medizinisch indizierte körperliche Eingriffe bei Säuglingen und Kleinkindern: Der Fall der Knabenbeschneidung aus religiösen Gründen . . . . .	539
c. Willensvertretung durch Dritte: Die Verfahrensbeistandschaft (§ 158 FamFG) . . . . .	545
2. Politische Partizipation von Kindern: Wahlrecht und Beteiligungsverfahren. . . . .	548
a. Absenkung des Wahlalters . . . . .	550
b. Familienwahlrecht . . . . .	550
c. Weitere Partizipationsmöglichkeiten für Kinder und Jugendliche . . . . .	551
VII. Die Förderung des Kindes: Jugendhilfeanspruch und Schulpflicht . . . . .	552
1. Der Anspruch auf Jugendhilfe bei Nichtgewährleistung des Kindeswohls . . . . .	553
2. Das Recht auf Emanzipation von den eigenen Herkunftsbedingungen: Bildungsrecht und Kindeswohl . . . . .	555
a. Das Recht des Kindes auf eine offene Zukunft . . . . .	555
aa. Der Fall der „Schulverweigerung“ . . . . .	555
bb. Unterrichtsbefreiungen . . . . .	559
b. Chancengleichheit . . . . .	560
VIII. Prüfstein für die voranstehenden Überlegungen: Das Kind ohne deutsche Staatsangehörigkeit . . . . .	561
1. Versorgung des Kindes: Existenzminimum und Gesundheitsleistungen . . . . .	562
2. Schutz des Kindes . . . . .	565
3. Die Verfahrensfähigkeit Minderjähriger in ausländer- und asylrechtlichen Angelegenheiten . . . . .	566
4. Förderung des Kindes: Schulbesuch ohne gesichertes Aufenthaltsrecht . . . . .	569
 Kapitel 11: Statt einer Zusammenfassung: Fünf wesentliche Erkenntnisse über das Kind im Recht. . . . .	 571
 Literaturverzeichnis . . . . .	 575
Sachverzeichnis . . . . .	605

## Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Orte
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AG	Amtsgericht
Art.	Artikel
AsylbLG	Asylbewerberleistungsgesetz
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
Az.	Aktenzeichen
BayOblG	Bayerisches Oberlandesgericht
BayOblGE	Entscheidungen des Bayerischen Oberlandesgerichts
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Bd.	Band
BeschwF	Beschwerdeführer
BG	Bezirksgericht (DDR)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-E	Entwurf zum BGB
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Frauen, Senioren und Jugend
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BRK	UN-Behindertenrechtskonvention
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Baden-Württemberg
BWG	Bundeswahlgesetz
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich-demokratische Union
CEDAW	UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau
Das Recht	Das Recht: Übersicht über Schrifttum und Rechtsprechung
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
d.h.	das heißt

DJ	Deutsche Justiz
DJH	Deutsche Jugendhilfe
DJurZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DP	Deutsche Partei
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EheG	Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet
EMRK	Europäische Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ESchG	Embryonenschutzgesetz
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f./ff.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FDP	Freie Demokratische Partei
FGB	Familiengesetzbuch (DDR)
FGB-E	Entwurf zum Familiengesetzbuch (DDR)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FPR	Familie – Partnerschaft – Recht
FrüherkUG	Niedersächsisches Gesetz über das Einladungs- und Meldewesen für Früherkennungsuntersuchungen
FW	Friederike Wapler
GBL	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz
GleichberG	Gleichberechtigungsgesetz
GrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts
HessSchulG	Hessisches Schulgesetz
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung, hrsg. v. Eugen Friedrichs, Albert Feisenberger & Kurt Friedrich, Berlin: De Gruyter (1928–1942).
insb.	insbesondere
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht
IPbpR	Internationaler Pakt für bürgerliche und politische Rechte
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
i. V. m.	in Verbindung mit
JAmt	Das Jugendamt
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts.
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JHVO	Verordnung über die Aufgaben und Arbeitsweise der Organe der Jugendhilfe

JW	Juristische Wochenschrift
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit
KiWoMaG	Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Kindeswohlgefährdung
KJB	Kinder- und Jugendbericht
KJHG	Kinder- und Jugendhilfegesetz
KKG	Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
KRG	Kontrollratsgesetz
KrG	Kreisgericht (DDR)
KZ	Konzentrationslager
LG	Landgericht
LKiSchG	Landeskinderschutzgesetz
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
LT-Drs.	Landtagsdrucksache
LV	Landesverfassung
m.Nw.	mit Nachweis(en)
Mt	Matthäus
MV	Mecklenburg-Vorpommern
Nds	Niedersachsen
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NSchulG	Niedersächsisches Schulgesetz
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NSOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
NV	Niedersächsische Verfassung
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport
Nw.	Nachweis(e)
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OG	Oberstes Gericht der DDR
OLG	Oberlandesgericht
öst.	österreichisch
OVG	Oberverwaltungsgericht
Parl.	Parlamentarisch
PreußALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
PreußFEG	Preußisches Fürsorgerechtsgesetz
RBEG	Regelbedarfsermittlungsgesetz
RdJ	Recht der Jugend
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RJGG	Reichsjugendgerichtsgesetz



RJWG	Reichsjugendwohlfahrtsgesetz
RKEG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
ROLG	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RT-Drs.	Reichstagsdrucksache
S.	Seite
SchulG	Schulgesetz
SchulpflichtG	Bundesgesetz über die Schulpflicht (Österreich)
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
SGB II	Sozialgesetzbuch Zweites Buch – Grundsicherung für Erwerbssuchende
SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung
SGB VIII	Sozialgesetzbuch Achtes Buch – Kinder- und Jugendhilfe
SGB XI	Sozialgesetzbuch Elftes Buch – Gesetzliche Pflegeversicherung
SGB XII	Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch – Sozialhilfe
s. o.	siehe oben
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StGB	Strafgesetzbuch
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TPG	Transplantationsgesetz
UN	United Nations
UN-KRK	Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes
v. a.	vor allem
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VormGer	Vormundschaftsgericht
vs.	versus
VuM	Verfügungen und Mitteilungen des Ministeriums für Volksbildung (DDR)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZblJugR	Zentralblatt für Jugendrecht
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.n.	zitiert nach
ZFE	Zeitschrift für Erziehungswissenschaft
ZKJ	Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe
ZP	Zusatzprotokoll
z. T.	zum Teil

## Kapitel 1

### Einleitung

Dass Kinder Träger von Rechten sind, ist heute unumstritten. Unklar ist jedoch, was dieser Umstand für das Kind bedeutet: Kann es seine Rechte selbst wahrnehmen oder müssen Dritte dies zu seinen Gunsten tun? Erlangt es aus einem Recht eine autonome Entscheidungsmacht oder ist „ein Recht zu haben“ für das Kind gleichbedeutend mit einem Anspruch auf Schutz und Hilfe durch andere? Geht es, kurz gesagt, um Fürsorge oder um Selbstbestimmung?

Nicht hinreichend geklärt ist auch der Begriff des Kindeswohls: Was macht das Wohl eines Kindes inhaltlich aus? Ist das aktuelle Wohlbefinden der Maßstab oder eine abstrakte Vorstellung von einer guten Kindheit? Geht es um gegenwärtige Interessen des Kindes oder (auch) um zukünftige Lebenschancen? Wer ermittelt das Kindeswohl – die Eltern, außerfamiliäre Institutionen oder das Kind selbst? Weitgehend im Dunkeln liegt schließlich das Verhältnis des Kindeswohls zu den Rechten des Kindes: Ist das Wohl des Kindes gefährdet, wenn sein Recht verletzt ist, oder offenbart sich in der unterschiedlichen Wortwahl eine Doppelgleisigkeit des Diskurses, in der das Recht dem Wohl in nicht näher geklärter Weise gegenüber- oder gar entgegen steht?

Die begrifflichen Unklarheiten verwundern, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Publikationen zu Fragen des Kinderschutzes, der Kinderförderung und der Kinderrechte in den letzten Jahren kaum mehr zu überblicken sind. Viele dieser Veröffentlichungen aber beschäftigen sich mit Detailfragen, ohne sich über die grundlegenden Begriffe zu verständigen. Dies ist umso problematischer, als die Begriffe des Kindeswohls und der Kinderrechte sensible Bereiche der Gesellschaft berühren: die Rechte und Freiheiten der Kinder und ihr Schutzbedürfnis, die Autonomie der Eltern, die Rolle der Familie in der politischen Gemeinschaft, aber auch staatliche Interessen an der Entwicklung von Kindern zu mündigen Staatsbürgern. Über die Kinderrechte, das Kindeswohl und den Kinderschutz wird derzeit viel gesprochen und geschrieben, Gesetze werden reformiert und Verfahrensabläufe optimiert. Darüber, *was* genau mit diesen Aktivitäten geschützt, gefördert oder auch befreit werden soll, wird hingegen erstaunlich wenig nachgedacht.

Ihre gesellschaftlichen Wurzeln haben diese begrifflichen Unsicherheiten unter anderem in der verbreiteten Desorientierung darüber, was „gut“ ist für Kinder, was ihnen schadet und welcher Erziehungsstil Eltern als Leitbild dienen

kann.<sup>1</sup> Hinzu kommt die lange Tradition, Kinder als Objekte paternalistischer Fürsorge zu verstehen, die in Deutschland erst in den 1960er Jahren aufgebrochen wurde. Der Status des Kindes als Träger von Grund- und Menschenrechten und damit als eigenständiges Subjekt des Rechts wird heute jedoch nicht mehr in Frage gestellt und ist seit der Verabschiedung der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) im Jahr 1989 auch im internationalen Recht unmissverständlich verankert.<sup>2</sup> Im nationalstaatlichen Kontext besteht die Herausforderung seither darin, diese Vorstellung vom Kind als Rechtssubjekt mit dem traditionell paternalistischen Begriff des Kindeswohls zu vereinbaren. Dieses Problem führt unmittelbar zu der allgemeinen Frage nach dem Status des Kindes im Recht und in der politischen Gemeinschaft. Das Kindeswohl und die Kinderrechte sind die beiden zentralen Begriffe, mit denen die politische, ethische und rechtliche Situation des Kindes beschrieben und bewertet wird. Sie stehen darum im Zentrum der vorliegenden Untersuchung.

## I. Die Kinderrechte und das Kindeswohl als Gegenstände des öffentlichen Rechts

Für die Kinderrechte dürfte außer Frage stehen, dass sie – über die Grundrechte der deutschen Verfassung und über die internationalen Normen insbesondere der UN-Kinderrechtskonvention – ein öffentlich-rechtlicher Gegenstand sind. Zwar erscheint der Begriff unspezifisch und wird mit durchaus unterschiedlichen Bedeutungen belegt: Kinderrechte werden angeführt, um den Subjektstatus des Kindes herauszustreichen, aber auch, um seine besondere Schutzbedürftigkeit zu betonen. Fast immer aber bezeichnet der Begriff die grund- und menschenrechtliche Dimension der Lebensphase Kindheit. Mit „Kinderrechten“ werden also nicht alle subjektiven Rechte des Kindes beschrieben, etwa nicht auch das einfachrechtliche Umgangsrecht (§ 1684 Abs. 1 BGB) oder zivilrechtliche Rechtsansprüche, die sich aus den allgemeinen Vorschriften des Privatrechts ergeben. Statt dessen verengt sich der Begriff der Kinderrechte überwiegend auf die engere Bedeutung der *Grund- und Menschenrechte des Kindes*. Auf diese öffentlich-rechtliche und rechtsethische Bedeutung des Kinderrechtebegriffs konzentriert sich auch die vorliegende Untersuchung.

Dass eine öffentlich-rechtliche Arbeit sich auch mit dem Begriff des Kindeswohls befasst, mag verwundern, gilt das Kindeswohl doch traditionell als familien- und damit privatrechtliche Angelegenheit. In der Tat hat der Begriff des

<sup>1</sup> Vgl. nur die neuere populärwissenschaftliche Diskussion um den Stellenwert von Disziplin in der Erziehung: Juul 2003, Bueb 2006; Brumlik 2007; Bergmann 2007; Winterhoff 2009; Chua 2011.

<sup>2</sup> Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, A/RES/44/25, in Kraft seit 02.09.1990, für Deutschland seit 05.04.1992 (BGBl. 1992 II, S. 121).

Kindeswohls seine Wurzeln im Familienrecht, und bis heute findet er seinen größten Anwendungsbereich in den Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die elterliche Sorge, das Umgangsrecht sowie den Schutz des Kindes vor Gefährdungen seines Wohls. Im Recht der Bundesrepublik sind der Regelung kinderspezifischer Belange jedoch durch das Grundgesetz klare Grenzen gesetzt, insbesondere durch Art. 6 Abs. 2 und 3 GG und die Grundrechte des Kindes. Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes, das die Grundrechte erstmals in der deutschen Geschichte als verbindliche subjektive Rechtsansprüche der Bürger gegen den Staat ausgestaltet, hat das Familienrecht einen Prozess der Konstitutionalisierung erlebt.<sup>3</sup> Diese Entwicklung wurde nicht zuletzt durch das Bundesverfassungsgericht vorangetrieben, das Art. 6 GG immer wieder zum Anlass für weitreichende Vorgaben an das einfachgesetzliche Familienrecht genommen hat: Die Gleichstellung von Mann und Frau in Ehe und elterlicher Sorge, die Anerkennung gleicher Rechte nichtehelicher Kinder, die Klarstellung der Grundrechtsträgerschaft des Kindes sowie in neuerer Zeit die Aufwertung der nichtehelichen Vaterschaft gehen wesentlich auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zurück.

Der Begriff des Kindeswohls hat folglich einen öffentlich-rechtlichen Rahmen, der tief in das einfache Recht hineinwirkt und über die Drittwirkungslehren und die neueren Theorien von den staatlichen Schutzpflichten auch in die privaten Lebensverhältnisse ausstrahlt. Hinzu kommt, dass das Bundesverfassungsgericht in einer Leitentscheidung aus dem Jahr 1968 eine Verbindung zwischen dem Kindeswohl und den Grundrechten des Kindes hergestellt hat: Das Wohl des Kindes ist seit dieser Entscheidung in ständiger Rechtsprechung der Richtpunkt für das staatliche Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG, weil das Kind als Träger der *Grundrechte* einen Anspruch auf staatlichen Schutz genießt.<sup>4</sup>

Diese öffentlich-rechtliche Dimension der Begriffe Kindeswohl und Kinderrechte wird in den folgenden Kapiteln ausgelotet. Grundlegende verfassungsrechtliche Untersuchungen neueren Datums zu diesen Fragen liegen nicht vor. In den 1970er und 1980er Jahren wurde das Verhältnis von Eltern, Kindern und Staat in Art. 6 GG in einigen Monographien untersucht (*Böckenförde* 1980, *Erichsen* 1985). Aus dieser Zeit stammt auch die familienrechtliche Studie von *Coester* (1983) zum Kindeswohl als Rechtsbegriff, die bis heute zu Recht als Standardwerk gilt. Diese Schriften wurden jedoch vor der Verabschiedung der UN-Kinderrechtskonvention im Jahr 1989 und auch vor den großen Reformen im Kinder- und Jugendhilferecht (1991),<sup>5</sup> im Kindschafts-

<sup>3</sup> Vgl. *Scheiwe* 2009, S. 8. Siehe auch den Entwurf eines „öffentlichen Familienrechts“ bei *Seiler* 2008.

<sup>4</sup> BVerfGE 24, 119 (144).

<sup>5</sup> Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) vom 26.06.1990, BGBl. I 1990, S. 1163, in Kraft seit 01.01.1991.

recht (1998)<sup>6</sup> und im Familienverfahrensrecht (2009)<sup>7</sup> verfasst. Alle diese Regelwerke machen es erforderlich, das Verhältnis von Kindeswohl und Kinderrechten neu zu vermessen.

Die Familie als soziale Gemeinschaft mit Verfassungsrang ist Gegenstand zweier neuerer verfassungsrechtlicher Studien, die den demographischen Wandel zum Anlass nehmen, über Möglichkeiten und Grenzen einer staatlichen Familienförderung nachzudenken (Seiler 2008; Brosius-Gersdorf 2011a). Der Status des Kindes innerhalb der Familie und innerhalb der politischen Gemeinschaft wird in ihnen jedoch nicht vertieft behandelt. Explizit mit den Grundrechten des Kindes befasst sich eine Studie aus dem Jahr 2003 (Roth 2003), in der die Thematik aus verfassungsrechtlicher Perspektive fundiert erörtert wird. Sie enthält jedoch nur wenige Bezüge in das einfache Recht und setzt sich mit den völkerrechtlichen Regelungen nicht auseinander.

Diesem auffälligen Forschungsdesiderat steht der Befund gegenüber, dass beide Begriffe – Kinderrechte und Kindeswohl – heute in deutlich mehr Rechtsgebieten eine Rolle spielen als noch vor zehn oder zwanzig Jahren. Aus dem internationalen Bereich ist hier das *Kindeswohlprinzip* zu nennen, das einen Vorrang des Kindeswohls bei allen staatlichen Maßnahmen, die Kinder betreffen, verlangt (Art. 3 Abs. 1 UN-KRK, vgl. auch Art. 7 Abs. 2 der UN-Behindertenrechtskonvention und Art. 24 der EU-Grundrechtecharta<sup>8</sup>). Das Kindeswohl wird auf diese Weise zu einer Querschnittsmaterie, die in alle Bereiche des staatlichen Handelns hineinwirken soll. Darüber hinaus etabliert sich der Kindeswohlbegriff im nationalen Recht Deutschlands seit einigen Jahren über das Familienrecht hinaus im Kinder- und Jugendhilferecht (vgl. v. a. § 8a SGB VIII). Allgemein zeigt sich die Tendenz, eine weitgehende und viele Lebensbereiche umfassende Verantwortung des Staates und der Gesellschaft für das Wohl der Kinder anzunehmen und zu verrechtlichen. Ein plastisches Beispiel dafür ist das am 01.01.2012 in Kraft getretene Kinderschutz-Kooperationsgesetz (KKG), das – jedenfalls implizit – den Schutz des Kindes vor Gefahren für sein Wohl zur Aufgabe für alle Menschen macht, die beruflich mit Kindern zu tun haben (vgl. §§ 3 und 4 KKG).<sup>9</sup> Alle diese Gesetzesvorhaben und -änderungen verfolgen zugleich den Zweck, den Rechten des Kindes stärker Geltung zu verschaf-

<sup>6</sup> Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997, BGBl. I 1997, S. 2942, in Kraft seit 01.07.1998.

<sup>7</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Familienverfahrensgesetz – FamFG) vom 17.12.2008, BGBl. I 2008, S. 2586, in Kraft seit 01.09.2009.

<sup>8</sup> Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen v. 13.12.2006, in Kraft seit 03.05.2008, für Deutschland seit 26.03.2009 (BGBl. II 2008, S. 1419); Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 07.12.2000, ABl. EU v. 18.12.2000, C 364/1, in Kraft seit 01.12.2009.

<sup>9</sup> Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz vom 22.12.2011, BGBl. I 2011, S. 2975, in Kraft seit 01.01.2012.

fen. Daneben wird seit Jahren diskutiert, ob spezielle Kinderrechte in das Grundgesetz aufgenommen werden sollten. Nachdem sich die Kinderkommission des Bundestages im Jahr 2012 mit dieser Frage befasst hatte, waren im Juni 2013 drei entsprechende Gesetzentwürfe Gegenstand einer öffentlichen Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestages.<sup>10</sup> Bislang werden entsprechende Vorschläge in der Verfassungsrechtswissenschaft zu Recht mit Skepsis betrachtet (siehe dazu unten Kapitel 10.3).

Angesichts dieser Entwicklungen und begrifflichen Unklarheiten scheint es notwendig, den Status des Kindes im Recht umfassender zu betrachten als dies derzeit geschieht. Dabei hat sich gezeigt, dass die Begriffe des Kindeswohls und der Kinderrechte in den letzten Jahrzehnten einen enormen Bedeutungswandel erlebt haben – diese Entwicklung ist Gegenstand des Kapitels 2. Hinsichtlich des geltenden Rechts liegt ein Schwerpunkt auf den verfassungsrechtlichen Grundlagen (Kapitel 3). Wie der Status des Kindes im Recht einfachrechtlich ausgestaltet ist, wird in Kapitel 5 anhand der beiden Rechtsgebiete untersucht, die für die Belange von Kindern nach wie vor zentrale Bedeutung haben: dem Familienrecht und dem Kinder- und Jugendhilferecht. Zuvor aber werden die europa- und völkerrechtlichen Rahmenbedingungen thematisiert (Kapitel 4). Einige aktuelle Probleme aus weiteren Rechtsgebieten, etwa dem Medizin- und Ausländerrecht, werden in den rechtspolitischen Folgerungen (Kapitel 10) ausführlicher dargestellt, um die Betrachtungen abzurunden. Im Übrigen wird auf weitergehende Forschungsfragen und Themengebiete verwiesen, wo sie nicht vertieft werden konnten. Es ist die Hoffnung der Verfasserin, dass der hier erarbeitete theoretische Rahmen eine tragfähige Grundlage auch für weitere Forschungsvorhaben zum Recht der Kindheit und Jugend liefern kann.

## II. Die Kinderrechte und das Kindeswohl als rechtsphilosophische Themen

Viele der ungelösten Fragen hinsichtlich der Begriffe Kindeswohl und Kinderrechte sind darauf zurückzuführen, dass der rechtliche und ethische Status von Kindern in der Gesellschaft, das Verständnis von Familie sowie das Verhältnis von Familie und Staat in den letzten Jahrzehnten außerordentlich unklar geworden sind. Wohl kaum ein Lebensbereich hat seit der Gründung der Bundesrepublik so tiefgreifende Veränderungen erfahren wie die Familie und die Kin-

---

<sup>10</sup> Vgl. die Stellungnahmen der Sachverständigen bei der Anhörung vor der *Kinderkommission* am 20.02.2013, [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a13/kiko/Oeffentliche\\_Veranstaltungen/Oeffentl\\_\\_Expertengespr\\_\\_Kinderrechte\\_ins\\_GG/index.html](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a13/kiko/Oeffentliche_Veranstaltungen/Oeffentl__Expertengespr__Kinderrechte_ins_GG/index.html) sowie bei der Anhörung vor dem *Rechtsausschuss* am 26.06.2013, [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/archiv/56\\_Kinderrechte/index.html](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/archiv/56_Kinderrechte/index.html).