

TEIL II RECHTLICHE REGELUNGEN

(TRENCZEK, ACHTERFELD, BECKMANN)

3. Rechtliche Grundlagen der Krisenintervention in der Kinder- und Jugendhilfe

Die konkreten gesetzlichen Regelungen der IOHN können nicht richtig angewandt werden, wenn die hierfür grundlegenden verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie die sich hieraus ergebenden einfachgesetzlichen Grundsätze des Familien- sowie des KJH-Rechts nicht verstanden worden sind. Im Folgenden werden deshalb einige wesentliche sich aus dem Grundgesetz ergebende verfassungsrechtliche Ankerpunkte für das Verhältnis Eltern-Kind-Staat (Kap. 3.1) sowie die diese Vorgaben konkretisierenden Grundsätze des Familien- (Kap. 3.2) und Sozialrechts (Kap. 3.3) erläutert. Weitere verfassungsrechtliche Aspekte werden im Zusammenhang mit den freiheitsentziehenden Maßnahmen behandelt (s.Kap. 4.2.7). Im Kap. 3.4 soll ein kurzer Blick auf die strafrechtlichen Aspekte geworfen werden, bevor in Kap. 3.5 die im Hinblick auf die IOHN unbegleiteter, mj Flüchtlinge die für die KJH besonders wichtigen migrations- und aufenthaltsrechtlichen Regelungen zusammengefasst werden.

3.1 Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die bedeutendste verfassungsrechtliche Vorgabe im Hinblick auf das Kindeswohl und die Rechtsstellung von Eltern und ihren Kindern findet sich in Art. 6 GG, in dem der Schutz von Ehe und Familie geregelt ist.³³⁸ **Art. 6 Abs. 1 GG** stellt zunächst Ehe und Familie unter den besonderen Schutz des Staates³³⁹, wobei er diese als einen „geschlossenen, gegen den Staat abgeschirmten und die Vielfalt rechtsstaatlicher Freiheit stützenden Autono-

338 Weitere verfassungsrechtliche Regelungen wie das schulische Erziehungsmandat des Staates nach Art. 7 GG spielen für die KJH in dem hier zu bearbeitenden Zusammenhang keine Rolle. Entsprechendes gilt für das in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegte Sozialstaatsprinzip aufgrund dessen doppelter Wirkungsschwäche. Zum einen enthält die Staatszielbestimmung keine unmittelbaren Handlungsanweisungen, die ohne zusätzliche gesetzliche Grundlage umgesetzt werden können. Zum anderen fungiert das Sozialstaatsprinzip nicht als Grundrechtsschranke und vermag deshalb gegenläufige aus Art. 6 GG begründete Grundrechtspositionen der Eltern und ihrer Kinder nicht zu beschneiden (hierzu Jestaedt 2011, 101 ff.; Trenckczek et al. 2018, 93 ff.).

339 Der Begriff Staat ist hier im weiten Sinne als Gesamtheit der öffentlichen, mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Träger zu verstehen und schließt insoweit die kommunalen Träger und ihre Dienste und Einrichtungen mit ein.

mie- und Lebensbereich“ ansieht.³⁴⁰ Das Grundgesetz betont die private Autonomie von Ehe und Familie so ausdrücklich vor allem vor dem Hintergrund der Erfahrungen des Nationalsozialismus. Über diese Abwehrfunktion gegen staatliche Eingriffe hinaus besteht jedoch auch eine Verpflichtung des Staates zur positiven Förderung von Ehe und Familie, z.B. durch Sozialleistungen.³⁴¹

Art. 6 Abs. 2 GG regelt die zentralen Leitlinien für das Verhältnis zwischen Kindern und Eltern sowie dem Staat in Bezug auf die Pflege und Erziehung von Kindern.³⁴² Danach sind „Pflege und Erziehung das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“. „Pflege und Gesundheit“ bezieht sich auf die gesamte Entwicklung des Kindes.³⁴³ Während sich „Pflege“ im Wesentlichen auf das körperliche und seelische Wohl bezieht (insb. Gesundheitssorge, Ernährung, Hygiene, Kleidung), bezieht sich „Erziehung“ auf das geistige und seelische Wohl (insb. Bildung, Schul- und Berufsbildung, Vermittlung von Werten und Grundhaltungen, Bestimmung des Freizeit und Konsumverhaltens, sexuelle Aufklärung, politische und religiöse Fragen) und umfasst auch das Recht, die Erziehungsziele wie -mittel zu bestimmen.³⁴⁴ Die Anerkennung der **elterlichen Verantwortung und Entscheidungszuständigkeit**³⁴⁵ beruht auf der Überzeugung, dass in der Regel den Eltern das Wohl ihres Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution.³⁴⁶ Der Verfassungsgeber geht davon aus, dass „*die Interessen des Kindes in aller Regel am besten von den Eltern wahrgenommen werden*“.³⁴⁷

Kinder und Jugendliche sind freilich selbst autonome Rechtssubjekte, Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG), d.h. sie sind

340 BVerwGE 91, 130 (134); vgl. auch BVerfGE 6, 76 u. 388.

341 BVerfGE 82, 60 ff.

342 Hierzu Böckenförde 1980, 54 ff.; Dreier/Brosius-Gersdorf Art. 6 Rn 154 ff.; Bonner Kommentar/Jestaedt/Reimer Art. 6 Rn 141 f.; Jarass/Pieroth/Jarass Art. 6 Rn 40 ff.; Jestaedt 2011, 103 ff.; Salgo 1990; Trenczek et al. 2018, 124 ff.

343 Dreier/Brosius-Gersdorf Art. 6 Rn 158; Jarass/Pieroth Art. 6 Rn 42; Bonner Kommentar/Jestaedt/Reimer Art. 6 Rn 264 f.

344 Dreier/Brosius-Gersdorf Art. 6 Rn 159 f.

345 BVerfG 1 BvR 3190/13 – 22.05.2014 – JAMT 2014, 415.

346 BVerfGE 59, 363 (376); BVerfGE 24, 119 (150): „Der Verfassungsgeber geht davon aus, dass diejenigen, die einem Kind das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen.“

347 Ständige Rspr., BVerfG 19.11.2014 – 1 BvR 1178 – FamRZ 2015, 112; BVerfGE 60, 70 (94) – FamRZ 1982, 567:

selbst **Grundrechtsträger**³⁴⁸ und verfügen deshalb grundsätzlich nicht anders als Erwachsene über alle Rechte, die sich aus den Freiheits-,³⁴⁹ Gleichheits- oder Verfahrensrechten des Grundgesetzes ableiten lassen. Sie haben im Hinblick auf das Menschenbild des Grundgesetzes insbesondere ein *eigenes* Recht auf Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit (vgl. § 1 Abs. 1 SGB VIII).³⁵⁰ Deshalb handelt es sich bei Art. 6 Abs. 2 GG nicht um ein eigen-, sondern um ein sog. „fremdnützige“ wahrzunehmendes Grundrecht.³⁵¹ Zwar ist Art. 6 Abs. 2 GG auch ein gegen staatliche Intervention gerichtetes **Freiheitsrecht**, aber es geht insoweit nicht nur oder vorrangig um die Selbstbestimmung der Eltern. Ihnen ist das Recht nicht zu ihrem eigenen Nutzen eingeräumt worden, sondern sie haben es zum Nutzen, im Interesse und zum Wohle ihrer Kinder („fremdnützig“) auszuüben.³⁵² Maßgebliche Richtschnur des Elternrechts ist stets das Kindeswohl.³⁵³ Art. 6 Abs. 2 GG verknüpft also das (Freiheits)Recht mit der Verantwortung der Eltern (und nicht mit einem „Machtanspruch“) für die Pflege und Erziehung ihrer Kinder.³⁵⁴ Und diese **Verantwortung** ist es, die geschützt wird.³⁵⁵ Das bedeutet: die Eltern haben die Freiheit, Erziehungsziele und -methoden selbst zu bestimmen, sie sind aber verpflichtet, diese Freiheit im Interesse des Kindes auszuüben.³⁵⁶ Freiheit bedeutet zwar auch stets, verantwortlich zu handeln, hier aber eben nicht

348 BVerfGE 24, 119 (144); 57, 361 (382); Jarass/Pieroth 2007 Art. 19 Rn 10. Umstritten ist allerdings, ob und inwieweit hieraus subjektiv-öffentliche Rechte, insbesondere Leistungsansprüche von MJ resultieren.

349 Wichtig ist dies insbesondere im Hinblick auf ihre freiheitsentziehenden Maßnahmen; diese sind nach Art. 104 GG nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen zulässig (hierzu Kap. 4.2.7).

350 So bereits Böckenförde 1980, 63.

351 Dreier/Brosius-Gersdorf Art. 6 Rn 161.

352 „Eine Verfassung, welche die Würde des Menschen in den Mittelpunkt ihres Wertsystems rückt, kann bei der Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen grundsätzlich niemandem Rechte an der Person eines anderen einräumen, die nicht zugleich pflichtgebunden sind und die Menschenwürde des anderen respektieren. Die Anerkennung der Elternverantwortung und der damit verbundenen Rechte findet daher ihre Rechtfertigung darin, dass das Kind des Schutzes und der Hilfe bedarf, um sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft zu entwickeln, wie es dem Menschenbild des Grundgesetzes entspricht.“ BVerfGE 24, 119 (144); vgl. auch BVerfGE 59, 360 (376).

353 Zuletzt BVerfG 18.08.2022 – 1 BvR 1549/20 et al. zur Rechtmäßigkeit der Masernimpfpflicht und der damit einhergehenden Einschränkung der elterlichen Gesundheitssorge zum Schutz ihrer noch nicht entscheidungsfähiger Kinder: „Bei der Ausübung der am Kindeswohl zu orientierenden Gesundheitssorge für ihr Kind sind die Eltern jedoch weniger frei, sich gegen Standards medizinischer Vernünftigkeit zu wenden, als sie es kraft ihres Selbstbestimmungsrechts über ihre eigene körperliche Integrität wären.“

354 BVerfG 13.06.1986 – 1 BvR 1542/84 – E 72, 155 (172).

355 Hierzu Behlert 2011; Jarass/Pieroth Art. 6 GG Rn 45 m.w.N.; Jestaedt 2011, 106 ff.

356 BVerfGE 121, 68/92, 72, 122/137.

(nur) für sich, sondern primär für ihr Kind. Das Elternrecht ist mithin nicht nur Freiheitsrecht, sondern primär eine Pflichtenposition,³⁵⁷ Art 6 Abs. 2 GG beschreibt vordringlich die **Verpflichtung und Verantwortung** der Eltern, für die Erziehung und den Schutz ihrer Kinder zu sorgen.

Eltern üben ihr Elternrecht nur treuhänderisch im Interesse der MJ aus. Das Elternrecht darf deshalb niemals gegen das **Kindeswohl**³⁵⁸ ausgeübt werden. Das Kindeswohl ist die „innere Grenze“ und „immanente Schranke“ des Elternrechts.³⁵⁹ Das Kindeswohl ist zwar in der Verfassung weder ausdrücklich erwähnt noch definiert, es stellt aber die „spezifische, nämlich auf die Sondersituation des (noch) nicht selbstbestimmungsfähigen Kindes ausgerichtete Ausprägung der Menschenwürde gemäß Art. 1 Satz 1 GG“ dar.³⁶⁰ Am Wohl des Kindes müssen sich deshalb alle Vorgaben des Grundgesetzes zur Regelung des Verhältnisses Kind-Eltern-Staat orientieren. Das Kindeswohl und die Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit ist zudem verbindlicher Orientierungspunkt für jedes staatliche Handeln,³⁶¹ die darin liegende Ausrichtung am Menschenbild des Grundgesetzes ist auch das verbindliche Ziel jeder Erziehung, gleich ob sie von privater oder staatlicher Seite ausgeht.³⁶²

Aus Art. 6 Abs. 2 GG ergibt sich zunächst der Vorrang der Elternverantwortung (elterliches Erziehungsprinzip) gegenüber allen anderen auf die Entwicklung von jungen Menschen Einfluss nehmenden Personen und (öffentlichen, kirchlichen, privaten) Institutionen.³⁶³ Eltern können daher grundsätzlich, d.h. solange sie nicht mit den Wertungsvorgaben des Grundgesetzes in Kollision geraten, in eigener Verantwortung die Ziele und Inhalte der

357 Böckenförde 1980, 67 f.

358 Zu Inhalt und Reichweite des Begriffs Balloff 2022, 89 ff.; Coester 1986; Dettenborn 2017, 47 ff.; Fthenakis 1984; FK-SGB VII/Trenczek Vor § 50 Rn 3 ff.; Jeand'Heur 1993, 17 ff.; Jestaedt 2011, 103 ff.; Simitis 1991 u. 1982; Wapler 2015, 29 ff. u. 252 ff.; Zitelmann 2001, 113 ff. Zu den Schwierigkeiten, das Kindeswohl positiv zu bestimmen s.u. Kap. 3.2.1.

359 Böckenförde 1980, 64 ff.; Jestaedt 2011, 107 f.

360 Jestaedt (2011, 109) spricht hier weiter davon, dass alle Regelungen im Kindeswohl ihre „verfassungsrechtliche Mitte“ finden.

361 Das „Kindeswohl“ ist Maßstab und Richtschnur jedes richterlichen (§ 1697a BGB) ebenso wie jugendamtlichen (z.B. §§ 1 Abs. 3, 4 Abs. 1, 8a Abs. 1, 17 Abs. 1 Nr. 3, 20 Abs. 1 Nr. 2, 22a Abs. 2 Nr. 1, 24 Abs. 3 Nr. 2, 27 Abs. 1, 42 Abs. 1 Nr. 2 SGB VIII), gutachtlchen und verfahrenspflegerischen Handelns.

362 Jestaedt 2011, 103 f. Die Orientierung am Menschenbild des Grundgesetzes ist aber nicht gleichbedeutend mit darüber hinausgehenden inhaltlichen Vorgaben und Einmischungen, die aus gutem Grund nach den historischen Erfahrungen mit dem NS-Unrechtsregime durch das Grundgesetz gerade ausgeschlossen sind.

363 BVerfGE 24, 119 (143), 31, 194 (204); 47, 46 (69 f.); BVerfG 1 BvR 3190/13 – 22.05.2014 – JAmT 2014, 415; Böckenförde 1980, 76. Jestaedt 2011, 105 ff. Eine Ausnahme bildet hier der staatliche Erziehungsauftrag im Rahmen des Schul- und Gesundheitswesens.

Erziehung bestimmen (primäre Entscheidungszuständigkeit). Sie dürfen „grundsätzlich frei von staatlichen Einflüssen und Eingriffen nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie Pflege und Erziehung ihrer Kinder gestalten und damit ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen“.³⁶⁴ Bei nüchterner Betrachtung muss man anerkennen, dass Art. 6 Abs. 2 GG den Eltern im gewissen (begrenzten) Maße damit ein **Fremdbe-stimmungsrecht** im Hinblick auf ihre Kinder einräumt, d.h. eine einseitige Bestimmungsmacht hinsichtlich sämtlicher Lebens- und Entwicklungsbedingungen.³⁶⁵ Freilich ist das Elternrecht nicht grenzenlos, Normzweck und Normbegrenzung dürfen weder verwechselt noch ausgeblendet werden (s.o. „fremdnütziges Grundrecht“). Das der Elternverantwortung innewohnende Erziehungsrecht begründet kein Gewalt-, sondern ein Sorgeverhältnis, welches eben keine Freiheit zur Willkür beinhaltet (zu den Grenzen des Elternrechts nachfolgend und 3.2.2).

Im Hinblick auf die **Definition des Kindeswohls** muss beachtet werden, dass dieser Begriff verfassungsrechtlich nicht genau bestimmt ist, sondern sich lediglich am Menschenbild des Grundgesetzes ausrichtet. Sein Inhalt bedarf ebenso wie der entsprechende Begriff des Kindesinteresses der Auslegung und ist damit offen für unterschiedliche Wertvorstellungen. Das GG bestimmt lediglich die äußeren Grenzen der Erziehungsverantwortung.³⁶⁶ Innerhalb dieses Rahmens bestimmen nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG die Eltern, was dem Kindeswohl dient – auch insoweit gilt der Elternvorrang (Interpretationsprinzip) – soweit deren Vorstellungen nicht mit dem Menschenbild des Grundgesetzes kollidieren (also die äußeren Grenzen überschreiten). Daraus folgt, dass der Staat grundsätzlich kein Recht hat, verbindliche Maßstäbe an den Inhalt der Kindererziehung vorzugeben. Der Staat hat auch nicht die – wie auch immer definierte – beste und optimale Erziehung für das Kind zu gewährleisten.³⁶⁷ Er darf also nicht in das Elternrecht eingreifen, weil das Kind in einem anderen (institutionellen oder familiären) System besser erzogen werden könnte. Das Kindeswohl konkretisiert sich verfassungsrechtlich erst durch seine Gefährdung, insbesondere

³⁶⁴ BVerfGE 59, 360 (376); 60, 79 (88); BVerfG 1 BvR 476/04 v. 23.08.2006 – JAmt 2006, 516 (517).

³⁶⁵ Jestaedt (2011, 105 ff.) mit Blick auf die als „Herrschaftsrecht“ zu charakterisierenden Stellung der Eltern. In diesem Sinne spricht auch Böckenförde (1980, 63) von der „Erziehungs-herrschaft“ der Eltern. Diese Stellung wird in Inhalt und Reichweite oft missverstanden und führt in der Praxis teilweise zu einer „(maßlosen) Überhöhung des Elternrechts“ (so die Kritik von GK-Fieseler § 8a Rn 3).

³⁶⁶ Dreier/Brosius-Gersdorf Art. 6 Rn 161.

³⁶⁷ BVerfG FamRZ 1982, 567; Böckenförde 1980, 76; Dreier/Brosius-Gersdorf Art. 6 Rn 161; Coester 2008, 2; Münchener-Kommentar/Lugani § 1666 Rn 52; Staudinger/Coester § 1666 Rn 84 f.

aufgrund eines elterlichen Scheiterns oder „Versagens“, da Eingriffe des Staates erst im Fall einer nicht anders abwendbaren Gefährdung des Kindeswohls legitim sind (zu § 1666 BGB s.Kap. 3.2.2).³⁶⁸ Aus Art. 6 Abs. 2 GG ergibt sich aber nicht nur eine klare Vorrangstellung elterlicher Rechte und Verantwortungen bei der Erziehung ihrer Kinder gegenüber staatlichen Interventionen. Vielmehr müssen der Staat und damit auch die öffentliche KJH alle sich in die elterliche Erziehung einmischenden Interventionen nicht nur am Kindeswohl, sondern gleichzeitig an der Vorrangstellung der Eltern ausrichten.³⁶⁹

Im Hinblick auf die Definition des Kindeswohls ist zudem zu beachten, dass es nicht identisch ist mit dem Kindeswillen³⁷⁰, sondern dem im Angelsächsischen als „*best interest of the child*“ definierten wohlverstandenen **Kindesinteresse** entspricht.³⁷¹ Die Eltern haben allerdings die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen, worauf das Schutzschaftsrecht ausdrücklich hinweist (§ 1626 Abs. 2 BGB). Denn es liegt in der Natur des Elternrechts, welches gerade auf der wachsenden, aber noch nicht voll ausgebildeten Selbstbestimmungsfähigkeit gründet, dass es mit zunehmender Selbstbestimmung des Kindes seine Geltungsgrundlage verliert und daher abnimmt.³⁷² In Teilbereichen sind entsprechend Teilmündigkeitsrechte ausdrücklich gesetzlich geregelt.³⁷³ In den meisten anderen Entscheidungsbereichen ändert das grundsätzliche Zurücktreten des Elternrechts jedoch nichts Wesentliches am Vorrang der Definitionsmacht der Eltern, solange ihre Kinder noch nicht volljährig sind. Selbst dort, wo MJ

368 Vgl. Art. 6 Abs. 3 GG sowie die hieran anknüpfende restriktive Interpretation der Eingriffs-voraussetzungen des § 1666 BGB s.u. Kap. 3.2.2.

369 Hieran knüpfen nicht nur die Regelungen des BGB an (hierzu Kap. 3.2), sondern auch die Leistungsvoraussetzungen nach dem SGB VIII (hierzu Kap. 3.3.1).

370 Hierzu Balloff 2022, 247 ff.; Peschel-Gutzeit 2014, 433 ff.; Trenczek et al. 2018, 348; Zitelmann 2001.

371 Hierzu Dettenborn 2017, 47 ff.; Bonner Kommentar/Jestaedt/Reimer Art. 6 Rn 94 f.; Jestaedt 2011, 104 f.

372 Böckendorf 1980, 67; hierauf Bezug nehmend auch BVerfGE 59, 360 (387). Für dieses Wechselbeziehbarkeitsverhältnis wird des Öfteren das Bild von den kommunizierenden Röhren genutzt, das freilich in die Irre führt, wenn man den jeweiligen Stand der wachsenden Selbstbestimmungsfähigkeit schon als solche als rechtlich gesicherte Position im Sinne einer Teilmündigkeit ansieht. Diese besteht nur soweit sie gesetzlich normiert ist (z.B. §§ 112, 113 BGB); zu den Mündigkeitsregelungen vgl. Kahl et al./Jestaedt Art. 6 Rn 150 ff.; dagegen wird in Bereichen von besonderer Persönlichkeitsrechtlicher Relevanz – wie etwa bei medizinischen Eingriffen – bei MJ, die in Bezug auf die anstehende Entscheidung bereits selbstbestimmungsfähig sind, ihr eigener Wille zusehends als ausschlaggebend angesehen, siehe dazu Lohse et al 2018, 30 f.; Trenczek/Behlert/Boetticher 2018, 755 ff.

373 Jestaedt 2011, 108; zu den „Altersstufen im Recht“ vgl. die Übersicht bei Trenczek et al. 2018, Anh. 2.

eigenständige Rechte eingeräumt sind,³⁷⁴ werden sie regelmäßig durch die Sorgeberechtigten vertreten. Der (dem Elternwillen ggf. entgegenstehende) Kindeswille ist (rein rechtlich gesehen) auch bei einem Jugendlichen zwar nicht irrelevant, aber mit wenigen z.T. ausdrücklich geregelten Ausnahmen³⁷⁵ – letztlich nicht verbindlich (vgl. z.B. § 36 Abs. 2 Satz 1 SGB I) so weit sich der Elternwille an das Kindeswohl hält. Davon abgesehen ist der Wille des Kindes – der nicht zuletzt in der persönlichen Anhörung durch das Gericht vernommen werden kann (§ 159 FamFG) – (lediglich) ein wichtiges Indiz und bei der Klärung des Kindeswohls zu berücksichtigen.³⁷⁶ In Konflikten zwischen Eltern und ihren Kindern muss deshalb geprüft werden, ob die Interessen der MJ tatsächlich gewahrt werden oder ob sich deren Erziehung im konkreten Fall zu seinem Schaden auswirkt. Es geht also verfassungsrechtlich immer um die Bestimmung der Grenzen des Elternvorrangs. Dass der Kindeswille bei (möglichen) Interessenkonflikten nicht per se zugunsten des Elternechts auf der Strecke bleiben muss, zeigt die Rechtsprechung des BVerfG³⁷⁷ sowie die Einführung des Verfahrensbeistandes (§ 158 FamFG) als sog. „Anwalt des Kindes“.³⁷⁸

Das eigenständige Persönlichkeitsrecht des Kindes aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG ist nicht nur im Verhältnis zu seinen Eltern (mittelbar) relevant, sondern verpflichtet in erster Linie wie alle anderen Grundrechte auch den Staat (insb. in Gestalt des FamG sowie der KJH) dazu, geeignete Instrumente vorzuhalten, damit sich dieses Recht auch verwirklichen lässt (**staatliche Kindeswohl- und Schutzverantwortung**).³⁷⁹ Ein mit der Elternverantwortung konkurrierendes Erziehungsrecht kommt dem Staat nicht zu.³⁸⁰ Er hat nur eine im Verhältnis zum Elternrecht nachrangige Erzie-

374 Zu den Altersstufen im Recht Trenczek et al. 2018, 816 ff.

375 Hierbei handelt es sich vor allem um prozessuale Mitbestimmungs- und Weigerungsrechte. Nach § 1746 Abs. 3 S. 2 BGB kann ein Kind ab 14 Jahren seine (zuvor vom gesetzlichen Vertreter erteilte) Einwilligung in eine Adoption bis zum Wirksamwerden des Ausspruchs der Annahme gegenüber dem FamG widerrufen. Nach § 5 Gesetz über die religiöse Kindererziehung kann ein Kind ab 12 Jahren den Wechsel zu einem anderen religiösen Bekenntnis ablehnen und ab 14 Jahren allein über die Wahl des Bekenntnisses entscheiden. Weitere Beispiele z.B. bzgl. Ausbildung und Berufswahl vgl. Peschel-Gutzeit 2014, 435 f.

376 Vgl. BVerfG 1 BvR 692/92 v. 18.02.1993, EuGHZ 1993, 21 f.; Jestaedt 2011, 105. Vgl. OLG Hamm FamRZ 2006, 1476 (1477): Bei einem 13 Jahre alten Kind spricht für die Ernsthaftigkeit und Beachtlichkeit seiner Willensbildung, dass es den von ihm geäußerten Willen nachvollziehbar begründen kann.

377 Vgl. BVerfGE 55, 171 ff.; 72, 122 ff., 75, 201 ff.; 99, 145 ff.; BVerfG NJW 1989, 519 ff.

378 Röhling 2019; Salgo 1996; Salgo et al. 2020

379 Jestaedt 2011, 109 ff.;

380 BT-Drs. 11/5948, 68; BVerfG 24, 119 (145); 56, 363 (382); Jestaedt (2011, 104; vgl. auch Bonner Kommentar/Jestaedt/Reimer GG Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn 370 ff.) spricht immerhin von einem allgemein-subsidiären Erziehungsmandat des Staates.

hungsvorantwortung, die er grds. nur mit dem Einverständnis der Eltern, beispielsweise durch unterstützende Leistungen einlösen kann.³⁸¹ Im Rahmen des sog. „**staatlichen Wächteramtes**“ wacht der Staat zudem darüber, dass Eltern ihrer Verantwortung nachkommen. Das Wächteramt basiert weniger auf dem Elternrecht als darauf, dass das Erziehungsrecht der Eltern nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, das seinerseits dem Schutz der noch nicht vollständig einsichts-, selbstbestimmungs- und handlungsfähigen Kinder und Jugendlichen dient, ein Bestimmungsrecht über die Kinder umfasst. Ein solches grundrechtlich gewährtes Bestimmungsrecht über Dritte darf der Staat aber nicht schrankenlos gewähren. Vielmehr bedarf es zum Schutz vor Missbrauch einer Schranke, für die der Staat verantwortlich ist.³⁸² Deshalb üben nicht nur die Eltern ihre Erziehungsrechte, sondern auch der Staat übt das Wächteramt für das Kind bis zum Erreichen der als Volljährigkeit („willkürlich“) definierten (und Selbstverantwortung unterstellenden) Altersgrenze treuhänderisch aus. Schon deshalb ist das Wächteramt nicht passiv zu verstehen. Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG verpflichtet die staatliche Gemeinschaft zu effektiven Schutzmaßnahmen und zum aktiven Tätigwerden im Interesse und zum Schutz des Kindes. Unter Berücksichtigung der autonomen Subjektstellung des Kindes und seiner Menschenwürde (Art. 1 und 2 GG) beinhaltet die Schutzwicht des Staates aus Gründen des Kindeswohls ein subjektiv-öffentliches Recht der MJ und damit einen **Rechtsanspruch auf Schutzgewährung**.³⁸³

Das gegen den Staat Grenzen setzende Elternrecht steht der Zuweisung von Rechtspositionen an MJ allerdings nicht entgegen, solange die vorrangige Elternverantwortung gewahrt bleibt.³⁸⁴ Auch die Einräumung von (Schutz) Rechten für MJ schafft kein irgendwie geartetes vor- oder gleichrangiges staatliches Erziehungsrecht. Deshalb muss auch dann, wenn das Wächteramt zu Eingriffen in das Elternrecht legitimiert, alles Notwendige zur Wiederherstellung der Elternverantwortung getan werden: Der Staat ist gehalten, „*durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der natürlichen Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen*“.³⁸⁵

381 BVerfG 29.07.1968 – 1 BvL 31, 66, Rn 40.

382 BVerfG 29.07.1968 – 1 BvL 31, 66, Rn 64.

383 Coester 1991, 255 f.; Jeand'Heur 1993, 99 ff. (spricht von einer leistungsrechtlichen „Dimensionserweiterung“); zum Rechtsanspruch nach § 42 SGB VIII, s.Kap. 4.2.1.

384 FK-SGB VIII/Münder § 1 Rn 5 ff.; vgl. Jestaedt 2011, 117; Wiesner/Wapler/Wapler § 1 Rn 17.

385 BVerfGE 29.07.1968 – 1 BvL 20/63, 1 BvL 31/66 – E 24, 119 (145); BVerfG 27.08.2014 – 1 BvR 1822 – 14 Rn 26.

Die **staatliche Kindeswohl- und Schutzverantwortung** entspricht normativ der aus Art. 3 Abs. 1 **UN-KRK** folgenden Verpflichtung³⁸⁶ dafür Sorge zu tragen, dass „*bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ... das Wohl des Kindes ... vorrangig zu berücksichtigen*“ ist. In diesem Art. 3 UN-KRK schlummert ein gewaltiges und bislang noch weitgehend unberücksichtigtes Potenzial für die innerstaatliche Rechtsanwendung, sowohl in materiell- wie prozessrechtlicher Hinsicht. Es ist Pflicht und Aufgabe aller deutschen Behörden und Gerichte, dem **Kindeswohlvorrang** Geltung zu verschaffen, indem sie ihre Entscheidungspraxis an den Abwägungs- und Begründungserfordernissen der UN-KRK ausrichten. Darüber hinaus muss der Staat auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht Vorkehrungen treffen, um den Grundrechten der Kinder Geltung zu verschaffen und eine am Kindeswohl orientierte Entscheidung zu ermöglichen.³⁸⁷

Zusätzlich folgt aus der Beachtung des **Verhältnismäßigkeitsgebots**³⁸⁸, dass das Wächteramt nicht nur auf Eingriffsmaßnahmen reduziert werden darf, sondern zur Gefahrenvorsorge verpflichtet und damit bereits im Vorfeld geeignete Angebote ohne Eingriffscharakter zur Verfügung zu stellen sind. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet. Es ist eines der wichtigsten verfassungsrechtlichen Prinzipien und muss bei jeder öffentlich-rechtlichen Handlung/hoheitlichen Maßnahme eingehalten werden. Auch (scheinbar) vom Wortlaut eines Gesetzes gedeckte Maßnahmen und Ermessensentscheidungen sind rechtswidrig, wenn sie gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößen. Bei jeder „hoheitlichen“ Entscheidung ist zu prüfen, ob diese geeignet, erforderlich und angemessen ist.

- **Geeignetheit:** Maßnahmen und Leistungen sind nur zulässig, wenn sie geeignet sind, den vom Gesetz angestrebten Zweck zu erreichen. Freilich werden über die Frage, welche die richtige Entscheidung oder die geeignete Maßnahme ist, ggf. unterschiedliche Auffassungen bestehen, die

386 Mit der rechtsverbindlichen Rücknahme der früheren Vorbehaltserklärung durch die Bundesregierung am 15.07.2010 hat sich Deutschland vorbehaltlos dazu verpflichtet, den im UN-Übereinkommen über die „Rechte der Kinder“ (UN-KRK vom 20.11.1989) niedergelegten Regelungen in Deutschland Geltung zu verschaffen (hierzu Cremer 2011; Lorz 2003 u. 2010). Die UN-KRK gilt in Deutschland zumindest im Rang eines „einfachen“ Parlamentsgesetzes. Am 28.02.2013 hat Deutschland auch das Zusatzprotokoll zur UN-KRK vom 29.12.2011 ratifiziert, welches ein Individualbeschwerdeverfahren für Kinder und Jugendliche regelt, damit sie selbst die Verletzung von Kinderrechten nach der UN-KRK geltend machen können. Vorrangig ist aber der innerstaatliche Rechtsschutz.

387 BVerfGE 18.06.1986 – 1 BvR 857/85 – 72, 122 [124], 81, 124 [126].

388 Hierzu vgl. BVerfGE 19, 348; 65, 54; 70, 286; 76, 50; 77, 334; 104, 347; zusammenfassend Trenczek et al. 2018, 100 ff.

vom fachlichen und politischen Vorverständnis der Beteiligten abhängen. Gleichwohl darf die Entscheidung nicht nur auf Meinungen basieren, rechtliche Entscheidungen dürfen nicht „am grünen Tisch“ losgelöst von empirisch nachweisbaren Zusammenhängen der Lebenswelt getroffen werden, sondern im Rahmen der Entscheidungsfindung müssen die „außerrechtlichen“ Wirklichkeiten anerkannt werden.

- **Erforderlichkeit:** Kann ein bestimmtes Ziel durch verschiedene, allesamt geeignete Vorgehensweisen erreicht werden, so darf nur diejenige ausgewählt werden, die die Betroffenen und die Allgemeinheit am wenigsten beeinträchtigt und zur Erreichung des Ziels unerlässlich ist. Bei der Auswahl der ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten müssen die Vor- und Nachteile der verschiedenen geeigneten Möglichkeiten abgewogen und daraufhin das am wenigsten einschneidende Mittel ergriffen werden.
- **Angemessenheit:** Der Nachteil, der durch eine geeignete und an sich erforderliche Intervention entstünde, darf nicht erkennbar im Missverhältnis zu dem angestrebten und erreichbaren Erfolg stehen (sog. Übermaßverbot). Die Grenzen staatlicher Handlungen sind durch Abwägung der in Betracht kommenden Rechtsgüter und Interessen der Betroffenen und denen des Gemeinwesens bzw. der öffentlichen Verwaltung zu ermitteln.

Art. 6 Abs. 3 GG weist in spezifischer Weise auf die besondere Schwere eines die Eltern und Kinder voneinander trennenden Eingriffs hin und spezifiziert daher die Anforderungen an dessen Legitimation: Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur aufgrund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen (hierzu s.Kap. 3.2.3). Für eine Trennung des Kindes gegen den Willen der Eltern bedarf es nach dem BVerfG einer nachhaltigen Kindeswohlgefährdung und einer besonders strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung. Von einer solchen nachhaltigen Kindeswohlgefährdung ist auszugehen, wenn gegenwärtig eine erhebliche Schädigung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit droht.³⁸⁹ Im Rahmen der Gesetzgebung zur Ausgestaltung des Wächteramts hat der Gesetzgeber einen weiten (politischen) Bewertungs- und Entscheidungsspielraum. Freilich müssen die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Eingriffsenschwelle und Verhältnismäßigkeit beachtet werden und auch hier im Hinblick auf die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit, mithin die Auswirkungen neuer Regelungen, stets die zu dieser Zeit verfügbaren empirischen Fakten und fachlichen Beurteilungen berücksichtigt werden.

389 Ständige Rechtsprechung des BVerfG, z.B.: BVerfG 27.08.2014 – 1 BvR 1822/14, Rn 25.