

HINWEISE

von Dr. *Thomas Meysen*, Heidelberg
vom 6. November 2014

auf die Fragen der Kinderkommission des Deutschen Bundestages zu einem öffentlichen Expertengespräch anlässlich „25 Jahre Kinderrechtskommission“ am 12. November 2014

1. Wie sieht es mit der Verankerung der Kinderrechte auf der kommunalen Ebene (in den kommunalen Satzungen) aus?

Ob und wenn ja, in wie vielen Satzungen der Kommunen auf welche Weise Kinderrechte verankert sind, liegen gesicherte Erkenntnisse aus **strukturierten Erhebungen** noch nicht vor. Nach einer noch nicht abgeschlossenen Studie der Bundesarbeitsgemeinschaft Kommunale Kinderinteressenvertretungen haben wohl lediglich fünf Kommunen in Deutschland Kinderrechte in ihrer Hauptsatzung explizit verankert.

In seinen „**Concluding Observations**“ vom 31. Januar 2014 hat UN-Ausschuss kritisiert, dass Kinderrechte in den Länderverfassungen von Hamburg, Hessen und im Grundgesetz noch nicht verankert seien (CRC/C/DEU/CO/3-4, Nr. 9).

2. Wie kann das Recht auf Partizipation von Kindern und Jugendlichen weiter gestärkt werden?

Die Partizipation, insbesondere die Einbeziehung des Willens und der Wünsche von Kindern und Jugendlichen bei der Entscheidungsfindung „von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen“ ließe sich in verschiedener Weise weiter stärken. Als **Beispiele** seien an dieser Stelle nur zwei genannt:

2.1 Beteiligung und Interessenvertretung im (Sozial-)Verwaltungsverfahren und Sozial-/Verwaltungsgerichtsverfahren

Weder das (Sozial-)Verwaltungsverfahren von Bund und Ländern noch die Verwaltungsgerichts- oder Sozialgerichtsordnung sehen – anders als bspw die Verfahrensordnung für das familiengerichtliche Verfahren – vor, dass Kindern und Jugendlichen von Amts wegen eine **eigenständige Beteiligungsstellung** einzuräumen ist, wenn ihre Rechte durch das Verfahren betroffen werden (vgl § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG).

Wenn die Interessen der Kinder und Jugendlichen in den (Sozial-)Verwaltungs- und Gerichtsverfahren in erheblichem Interessengegensatz zu denjenigen der Personensorgeberechtigten stehen, wäre ein **unabhängiger Interessenvertreter** zu bestellen (vgl § 158 Abs. 1 FamFG), damit die Kinder und Jugendlichen als Beteiligte ihre Rechte im Verfahren ausreichend wahren können.

Pflichten zur **persönlichen Anhörung** (vgl § 159 FamFG) sind weder im (Sozial-)Verwaltungsverfahren noch im Sozial- bzw Verwaltungsgerichtsverfahren vorgesehen, nicht einmal wenn eigene Rechte und Rechtsansprüche von Kindern und Jugendlichen Gegenstand des Verfahrens sind. Besondere Relevanz erhält dies bei ausländischen Kindern und Jugendlichen **im aufenthalts- oder asylrechtlichen Verfahren** (siehe hierzu ausführlicher unten Frage 18.6).

2.2 Beteiligung von Kindern und Jugendlichen ohne Vormund in Heimen und Pflegefamilien

Sind die **Eltern noch vollständig sorgeberechtigt** und ist ihr Kind in einem Heim untergebracht, so heißt dies zunächst nur, dass diese mit der Unterbringung einverstanden sind. Inwieweit sie ihr Kind an den Entscheidungen beteiligen und seine Interessen vertreten, kann von Einzelfall zu Einzelfall sehr unterschiedlich sein. Kinder und Jugendliche, die in einem Heim oder einer Pflegefamilie leben und deren Eltern das Sorgerecht (teilweise) entzogen wurde, haben einen **Vormund oder Ergänzungspfleger**, der sie verlässlich beteiligt und ihre Rechte wahrt.

Die Beteiligung von Kindern und Jugendlichen und Heimen ist somit bislang nur gesichert, wenn sie eine Vormundin bzw Ergänzungspflegerin haben. Bei aller Zustimmung zur Stärkung der Vormundschaft fehlt bislang eine Auseinandersetzung mit dieser **Diskrepanz** zwischen der Beteiligung von Kindern und Jugendlichen mit und solchen ohne Vormund bzw Ergänzungspfleger. Die Beteiligung und Kontrolle der Förderung hat derzeit eine Schiefelage, die der Korrektur bedarf.

Um auch Kinder und Jugendliche in Heimen und Pflegefamilien ohne Vormundin bzw. Ergänzungspfleger bspw. zu sichern, verlässlich Gehör zu finden, wäre an **unabhängige Stellen auf lokaler Ebene** zu denken, die regelmäßig Kontakt zu diesen Kindern und Jugendlichen halten, Beschwerden entgegen nehmen und bei der Wahrnehmung der Interessen unterstützen.

3. Sollte das Wahlalter für Jugendliche auf 16 Jahre abgesenkt werden?

Jugendliche werden in der Rechtsordnung zunehmend in ihrer Eigenständigkeit wahrgenommen und gesetzlich gefördert (vgl. § 36 SGB I). Beim Fördern und Fordern im Recht der Grundsicherung für Arbeitssuchende werden sie sogar besonders in die Pflicht genommen (§ 31a Abs. 2 SGB II). Eine Absenkung des Wahlalters auf 16 Jahre erschiene daher **nur konsequent**.

5. Wie kann die erfolgreiche Umsetzung des „Jugend-Checks“, der bei allen Maßnahmen, die Kinder und Jugendliche betreffen, durchgeführt werden soll, gewährleistet werden?

5.1 Mehr Assoziationen als operationalisierbarer Gehalt

Die Idee zur Einführung eines „Jugend-Checks“ versprüht auf den **ersten Blick** erheblichen Charme. Bei **näherer Betrachtung** verbirgt sich hinter dem schmissigen Schlagwort jedoch eine Fülle an Fragen, deren sorgfältige Diskussion und Beantwortung lohnen dürfte, wenn dem Vorhaben auch Veränderungen im Interesse von Jugendlichen folgen sollen.

Die **schillernde Begrifflichkeit** provoziert Assoziationen:

- Die Einführung und Begriffsschöpfung des „**Gender Mainstreaming**“ hat durch ihre Idee bestochen. In der politischen Wirklichkeit ist das Gedankengut jedoch nie mit durchschlagendem Erfolg angekommen. Selbst ausführliche Richtlinien zur Durchführung der Folgenabschätzung blieben im politischen Alltagsgeschäft der Gesetzgebung und Entscheidungsfindung weitgehend ohne Rezeption und zB im Missverständnis einer Umsetzung geschlechtsneutraler Sprache stecken.
- Unter der Überschrift „**Alternativen**“ in Gesetzesvorhaben soll Politik – vermeintlich – aufgezeigt werden, welche Entscheidungsspielräume sie hat. Die entsprechenden Abschnitte gehören meist zu den uninspiriertesten Ausführungen der Gesetzesbegründung. Die Auseinandersetzung über das Was und Wie findet aber vorher statt. Eine Offenheit in alternative Richtungen ist nur noch wenig bis gar nicht vorhanden, wenn ein Gesetzentwurf erst einmal formuliert und außerparlamentarisch abgestimmt ist.

Bei Aufnahme eines „Jugend-Checks“ als weiterer, standardisierter Prüfungspunkt zur „wirkungsorientierten Folgenabschätzung“ für sämtliche Gesetzesvorhaben droht dieser ebenfalls zum **Formalismus** zu verkommen. Eine ernsthafte Auseinandersetzung der für die Gesetzesinitiative zuständigen Stelle dürfte in der Regel nur dann zu aktivieren sein, wenn vorab geklärt ist,

- für **welche Gesetzesvorhaben** die Durchführung einer Abschätzung der Folgen für Jugendliche vorgegeben werden soll;
- **welche Kriterien** für die Folgenabschätzung maßgeblich sein sollen und wer im Einzelfall entscheidet, im Hinblick auf **welche Folgen** ein Gesetzesvorhaben prospektiv betrachtet werden soll;
- **welche Konsequenzen** aus einer Gesetzesfolgenabschätzung abgeleitet werden sollen.

Es scheint überlegenswert, eine **alternative Begrifflichkeit** zu „Jugend-Check“ zu finden, die weniger Raum für bunte Assoziationen lässt, was damit verbunden sein soll.

6. Welche Handlungsbedarfe sehen die Experten in Deutschland?

Eine der gravierendsten Benachteiligungen und Diskriminierungen erfahren derzeit Kinder und Jugendliche mit Behinderung. In der Betrachtung des deutschen Sozialrechts sind **Kinder nicht in erster Linie Kinder**. Es zieht vielmehr seine Trennlinien und segregiert je nachdem, ob die Kinder behindert sind und danach welche Art von Behinderung sie haben.

So ist die **Kinder- und Jugendhilfe** in Deutschland nicht für alle Kinder und ihre Familien zuständig. Das SGB VIII sieht insbesondere keine Leistungen der Eingliederungshilfe für Kinder, Jugendliche oder junge Volljährige mit geistiger und/oder körperlicher Behinderung vor. Für diese jungen Menschen sind Leistungen der **Sozialhilfe** nach SGB XII vorrangig (§ 10 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII). Haben die jungen Menschen jedoch eine (drohende) seelische Behinderung, sind Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe nach SGB VIII vorrangig (§ 10 Abs. 4 Satz 1 SGB VIII). Für junge Menschen ohne Behinderung bleibt es mangels entsprechender Leistungen der Sozialhilfe bei der Zuständigkeit des SGB VIII.

Diese künstliche Segregation bereitet der Praxis **enorme Abgrenzungsschwierigkeiten**. In einer Vielzahl der Hilfefälle stehen daher für das Jugend- oder Sozialamt nicht die Bedürfnisse der Kinder, Jugendlichen im Vordergrund, sondern die Skepsis hinsichtlich der eigenen behördlichen Zuständigkeit. Zweifel an der eigenen Zuständigkeit begegnen – viel zu – vielen Kindern und Jugendlichen durchgängig während des gesamten Hilfeprozesses (eingehend Meysen RdJB 2010, S. 302, 308 ff). Die Auseinandersetzungen zwischen Leistungsberechtigten und Behörden sowie unter den Behörden prägen den Alltag der Eingliederungshilfe für junge Menschen mit Behinderung. Die Gerichtsentscheidungen zur Leistungszuständigkeit sind Legion (siehe etwa die Nachweise bei Wiesner, in: ders., SGB VIII, 4. Aufl. 2011, § 10 Rn 34 ff; Von-dung, in: Kunkel, SGB VIII, 5. Aufl. 2014, § 10 Rn 63 ff; Meysen, in: Münder ua, FK-SGB VIII, 7. Aufl. 2013, § 10 Rn 44 ff). **Leistungsverweigerung oder halbherzige Leistungsgewährung** sind in der Folge Realität für überaus zahlreiche junge Menschen mit Behinderung und ihre Familien.

In diesen „negativen Kompetenzkonflikten“ geht es vor allem um Fragen, die für die eigentliche Klärung, welche Hilfe geeignet und erforderlich ist, nur wenig Relevanz haben. Nicht die Förderung des jungen Menschen, das Erkennen seiner Erziehungsbedarfe sowie seiner Unterstützungsbedarfe bei der Teilhabe und Entwicklung stehen

im Vordergrund, sondern Persönlichkeitsmerkmale entlang **rechtlich-exkludierenden Demarkationslinien**. So ist Abgrenzungskriterium zur Feststellung einer geistigen Behinderung der **Intelligenzquotient (IQ)**. Liegt dieser bei 69 oder darunter, ist die Sozialhilfe zuständig, bei einem IQ von 70 oder darüber die Kinder- und Jugendhilfe – vorausgesetzt der junge Mensch ist nicht gleichzeitig körperlich behindert und in der Hilfe müsste auch darauf eingegangen werden, dann wäre doch die Sozialhilfe zuständig. Fortwährende IQ-Testungen während des Verlaufs der Kindheit und Jugend sind die Folge – vor allem oder allein mit dem Ziel der Zuständigkeitsklärung.

Die **gesetzliche Umsetzung einer Gesamtzuständigkeit** der Kinder- und Jugendhilfe für alle Kinder, Jugendlichen und ihre Familien ist seit der Ergänzung der UN-KRK durch die UN-Behindertenrechtskonvention überfällig (ausführlich Meysen np 2014, 220).

9. Welche Verbesserungen sehen Sie für Kinder und Jugendliche, wenn Kinderrechte im Grundgesetz verankert werden?

„Das kommt darauf an.“ Dieser klassische Jurist/inn/ensatz passt auch hier. Zunächst ist zu klären, wie Kinderrechte im Grundgesetz verankert werden sollen. Die Vorstellungen gehen weit auseinander. Die Potenziale, die sich hieraus für Kinder ergeben, fallen dementsprechend divergent aus.

Zu beobachten ist derzeit zudem eine Instrumentalisierung der Diskussion um die Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz für partikulare Anliegen. Zuletzt wurde die verklausulierte Forderung nach einer **Senkung der Schwelle für Eingriffe in das Elternrecht** laut. Die Kritik an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, mit denen Sorgerechtsentzüge als verfassungswidrig erklärt wurden, kulminierte sinngemäß in der Schlussfolgerung, nur ein Kindergrundrecht im Grundgesetz könne das Bundesverfassungsgericht auf den „richtigen“ Pfad lenken (Heilmann NJW 2014, 2909).

Meine persönlichen Vorstellungen sind andere. Das Kindeswohl steht im Familienrecht unbestritten im Vordergrund (vgl. § 1697a BGB: Kindeswohlprinzip). Die Auseinandersetzung darüber, wie das Recht auszulegen oder gesetzgeberisch zu gestalten ist, sollte daher meines Erachtens im **Fachrecht** ausgetragen werden.

Ich verbinde mit der Aufnahme von Kinderrechten in das **Grundgesetz** einen umfassenderen Ansatz und plädiere für eine Beförderung der stärkeren sowie verbindlicheren Berücksichtigung der Belange von Kindern und Jugendlichen bei Entscheidungen von Gesetzgebungsorganen, Behörden, Gerichten sowie öffentlichen und privaten Einrichtungen der öffentlichen Fürsorge. Von der Aufnahme einer Regelung in Anlehnung an Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 UN-KRK verspreche ich mir für die Rechte von Kindern eine **erhöhte Wahrnehmung** und **gesteigerte Berücksichtigung** in den Entscheidungen der Erwachsenen.

Der Vorschlag des Aktionsbündnisses Kinderrechte ins Grundgesetz verdient Beachtung (www.kinderrechte-ins-grundgesetz.de). Problematisch sehe ich bei diesem Entwurf allerdings die Kreation einer Konkurrenz zwischen staatlichen Stellen und Eltern, wessen Erziehungsvorstellungen den Superlativ der „bestmöglichen Entwicklung“ gewährleisten sowie in der missverständlichen Übernahme des Begriffs „vorrangig“ aus Art. 3 Abs. 1 UN-KRK (ausführlich zu letzterem Aspekt siehe Frage 19.3). Entsprechend modifizierend könnte formuliert werden:

„(1) Jedes Kind hat das Recht auf Förderung seiner körperlichen und geistigen Fähigkeiten und zur ~~bestmöglichen~~ Entfaltung seiner Persönlichkeit.

(2) Die staatliche Gemeinschaft achtet, schützt und fördert die Rechte des Kindes. Sie unterstützt die Eltern bei ihrem Erziehungsauftrag.

(3) Jedes Kind hat das Recht auf Beteiligung in Angelegenheiten, die es betreffen. Seine Meinung ist entsprechend seinem Alter und seiner Entwicklung in angemessener Weise zu berücksichtigen.

(4) Dem Kindeswohl kommt bei allem staatlichen Handeln, das die Rechte und Interessen von Kindern berührt, ~~vorrangige~~ besondere Bedeutung zu.“

12. Der Anteil der Aufwendungen für die Kinder- und Jugendarbeit an den Gesamtausgaben der Kinder- und Jugendhilfe in der Bundesrepublik sinkt seit Jahren. Damit verharren die Ausgaben für das Erwerben von Demokratie- und Umweltbewusstsein, die Schaffung sinnvoller Freizeitangebote und Möglichkeiten zur Entwicklung einer kulturellen Identität und Medienkompetenz mit ca. 5 Prozent auf einem niedrigen Niveau – auch verglichen mit anderen Jugendhilfeleistungen. Welche Auswirkungen hat dies Ihrer Ansicht nach auf die Bandbreite und die Vielfalt in der Landschaft der Kinder- und Jugendangebote?

Die Diskussion um die Ausweisung fester und Reflexion der tatsächlichen Prozentanteile an den Gesamtausgaben der Kinder- und Jugendhilfe für die Kinder- und Jugendarbeit sowie Jugendverbandsarbeit ist Ausdruck der wenig gesicherten Finanzierung. Zwar lässt sich aus dem Gesetz ein **Rechtsanspruch** konstatieren (Wiesner/Bernzen/Köbler, Jugendverbände sind zu fördern!, 2013). Die Verwirklichung obliegt aber mangels konkret ableitbarer, durchsetzbarer Ansprüche auf konkrete Angebote und Leistungen der **kommunalpolitischen Gestaltung**.

Leider ist der **politische Wille** in den einzelnen Kommunen insoweit sehr unterschiedlich ausgeprägt. Die Diffamierung der gesetzlichen Pflichtaufgaben aus §§ 11, 12 SGB VIII als vermeintlich „freiwillige Aufgaben“ führt mitunter zu einer Beliebigkeit bei der Wahrnehmung der Gesamt- und Planungsverantwortung vor Ort. Die Pflicht zur Schaffung bedarfsgerechter Angebote zum Erwerb von Demokratie- und Umweltbewusstsein sowie der Schaffung sinnvoller Freizeitangebote und Möglichkeiten zur Entwicklung einer kulturellen Identität und Medienkompetenz (§§ 79, 80 SGB VIII) gerät leicht aus dem Blick und fällt den Finanznöten der Kommunen (teilweise) zum Opfer.

In den aktuell unter der Überschrift „Weiterentwicklung und Steuerung der Hilfen zur Erziehung“ geführten Diskussionen wird eine **Stärkung infrastruktureller Angebote** gefordert (etwa JFMK, Beschluss zu TOP 5.3 vom 22./23.05.2014). Angebote der Kinder- und Jugendarbeit sowie Jugendverbandsarbeit zählen zur direkt zugänglichen Infrastruktur. Bei einer Verzahnung mit sozialpädagogisch-familienorientierten Angeboten dürften hier Potenziale für einen Ausbau der derzeit defizitär finanzierten Strukturen in der Kinder- und Jugendarbeit sowie Jugendverbandsarbeit liegen.

15. Wie bewerten Sie die Situation in der Frage des Zugangs zu Bildung? Und welche Wirkung haben die Maßnahmen der letzten Jahre, Teilhabe an Bildung zu ermöglichen (BuT) aus Ihrer Sicht?

Die Fokussierung des Bildungs- und Teilhabepakets (BuT) auf den **minimalistischen Maßstab der bloßen „Existenzsicherung“** greift in vielerlei Hinsicht zu kurz und führt zu negativen Nebeneffekten. Chancengleichheit und eine Bildungspolitik, die Kindern und Jugendlichen Erfolg sichert, ist mit einem Bildungs-Existenzminimum nicht zu erreichen. Der Verwaltungsaufwand für das BuT steht in einem deutlichen Missverhältnis zu der Bildungs- und Teilhabeförderung, die für Kinder und Jugendliche mit den Leistungen erreicht wird (ausführlich Ständige Fachkonferenz 1 des DIJuF JAmt 2013, 74).

Teilhabe wurde nur dort ermöglicht, wo bereits Angebote existieren. Bietet die Schule kein Mittagessen, besteht auch kein Anspruch auf Zuschuss. Der Förderanspruch entfällt, wenn es etwa im ländlichen Raum keine sportlichen und kulturellen Angebote gibt oder wenn diese nicht ohne Zusatzkosten zur Verfügung stehen. Musikalische Kinder erhalten eine unzureichende Pauschale iHv 10 EUR zum Erlernen eines Instruments.

Der bürokratische Existenzminimum-Ansatz hat zu einem **Abbau von Leistungen in anderen Systemen** geführt, die über dieses Minimum hinausgingen. Bspw wurden Landesprogramme eingestellt, die den gesamten Beitrag für das Schulmittagessen unbürokratisch übernommen haben. Bekamen Schüler/innen mit langen Schulwegen in einigen Ländern früher ein Monatsticket für den gesamten Tarifbezirk, so wird ihnen nun mancherorts nur noch der existenziell notwendige Betrag für den Weg zur Schule und zurück erstattet.

Der Lebenswelt von Kindern und Jugendlichen käme eine **direkte Förderung bestehender Infrastrukturen** (zB Schulen, Schulsozialarbeit, Jugendtreffs etc) näher. Bürokratische Reibungsverluste und Doppelstrukturen würden vermieden.

18. Der UN-Ausschuss hat die Bundesregierung in seinen Concluding Observations erneut (wie schon in den Abschließenden Beobachtungen aus dem Jahr 2004) aufgefordert, die gleichen Bedingungen für alle unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden unter 18 Jahren zu schaffen. Welcher Handlungsbedarf besteht hier? Ist es inzwischen gewährleistet, dass alle unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden die ihnen zustehenden Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe bekommen?

18.1 Anhaltende Missachtung der Rechte unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge

Der UN-Kinderrechtsausschuss hat Deutschland am 31. Januar 2014 erneut, speziell und ausdrücklich aufgefordert, Maßnahmen zur Wahrung der Kinderrechte von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen zu ergreifen (CRC/C/DEU/CO/3-4, Nr. 8). Er bezieht sich dabei auch auf die nicht oder nur unzureichend umgesetzte Kritik aus seinen „**Concluding Observations**“ zum ersten und zweiten Staatenbericht aus 1995 bzw 2004. Die fortdauernde Missachtung der Rechte von Kindern und Jugendlichen

mit einer besonders schwierigen Lebensgeschichte wirft Fragen auf, wie ernst Deutschland es mit der Umsetzung der UN-KRK nimmt (B-UMF, Positionspapier: Konsequenzen aus den Abschließenden Beobachtungen des UN-Ausschusses, 2014, S. 2). Die Frage stellt sich umso mehr, seitdem sich die Bundesrepublik im Jahr 2010 gegenüber der Staatengemeinschaft und der in Deutschland lebenden Kindern durch **Rücknahme der Vorbehalte** formell zur umfassenden Beachtung und Umsetzung verpflichtet hat.

Art. 22 Abs. 2 Satz 2 UN-KRK fordert, dass Kindern und Jugendlichen, bei denen „Eltern oder andere Familienangehörige nicht ausfindig gemacht werden [können], [...] derselbe Schutz zu gewähren [ist] wie jedem anderen Kind, das aus irgendeinem Grund dauernd oder vorübergehend aus seiner familiären Umgebung herausgelöst ist.“ Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes kritisiert Deutschland wegen der defizitären Umsetzung der aufgegebenen gesetzgeberischen Maßnahmen. Dies betrifft insb. folgende Bereiche:

- Gleicher Zugang zu Bildung, Entwicklung, Gesundheit (hierzu gehört auch der gleiche Zugang zu Sozialleistungen nach SGB XII bzw SGB II);
- Familienzusammenführung, wenn der Minderjährige als Drittstaatsangehöriger zu seinen Eltern ziehen möchte;
- Verfahrensfähigkeit mit 16 Jahren (hierzu zählt auch das Erfordernis einer Festschreibung kindspezifischer Standards im Aufenthaltsverfahren);
- Defizite beim umfänglichen Einbezug von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen durch das Kinder- und Jugendhilferecht (hierzu zählen Bedenken bei der fiktiven Altersfestsetzung sowie die fehlende positivrechtliche Verankerung der primären Verantwortung der Kinder- und Jugendhilfe für unbegleitete Minderjährige).

18.2 Ungleichbehandlung bei der gesundheitlichen Versorgung (CRC/C/DEU/CO/3-4, Nr. 56)

Die Besorgnis des UN-Ausschusses bezieht sich explizit auf die gesundheitliche Versorgung bei akuten Erkrankungen, aber auch auf die Gewährleistung gesundheitlich präventiver Maßnahmen und bei Bedarf psychosozialer therapeutischer Unterstützung.

18.2.1 Asylbewerberleistungsgesetz

Auch für Minderjährige sind die Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) vorrangig vor allen anderen Sozialleistungen. Dies führt zu einer **deutlich schlechteren gesundheitlichen Versorgung**. Im Wesentlichen wird nur die Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzen einschließlich der Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln gewährleistet. Eine Versorgung mit Zahnersatz erfolgt nur, soweit dies im Einzelfall aus medizinischen Gründen unaufschiebbar ist (§ 4 AsylbLG). Die Behandlung chronischer Erkrankungen oder die Durchführung von Vorsorgemaßnahmen oder psychologische Unterstützung sind vom Leistungsspektrum des AsylbLG überhaupt nicht erfasst.

Diese medizinische Mangelversorgung betraf zum Stand 31. Dezember 2012 insgesamt 51.023 Kinder (B-UMF 2014). Bei asylsuchenden Kindern und Jugendlichen wer-

den damit erhebliche Langzeitschäden in Kauf genommen. Insbesondere die medizinische Versorgung für Kinder in Gemeinschaftsunterkünften ist unzulänglich.

Eine **Herausnahme von Kindern und Jugendlichen aus dem Anwendungsbereich des AsylbLG** erscheint dringend geboten. Ein Recht auf gesundheitliche Versorgung ist in gleichem Maße zu garantieren, wie es für andere Kinder und Jugendliche in Deutschland gewahrt wird.

18.2.2 Keine gesundheitliche Versorgung wegen Mitteilungspflicht

Öffentliche Stellen, wie bspw Krankenhäuser, haben eine gesetzliche Pflicht, die Ausländerbehörde unverzüglich zu informieren, wenn sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben Kenntnis von einem rechtswidrigen, nicht geduldeten Aufenthalt eines/-r Ausländers/-in erhalten (§ 87 Abs. 2 AufenthG). Diese Mitteilungspflicht verhindert in der Praxis, dass Kinder oder Jugendliche bzw Eltern mit ihren Kindern, die sich ohne Aufenthaltstitel in Deutschland aufhalten, ins Krankenhaus gehen, obwohl dringend eine medizinische (Not-)Versorgung erforderlich wäre. Der UN-Ausschuss mahnt daher, die Mitteilungspflicht in Bezug auf Kinder und Jugendliche ohne regulären Aufenthaltsstatus aufzuheben (CRC/C/DEU/CO/3-4, Nr. 71).

18.3 Ungleichbehandlung beim Zugang zu Sozialhilfe/Grundsicherung (CRC/C/DEU/CO/3-4, Nr. 25)

Asylbewerber/innen sind aus der Sozialhilfe (SGB XII) sowie Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) ausgegliedert und dem AsylbLG als eigenständigem Leistungssystem zugeordnet (§ 9 AsylbLG, § 23 Abs. 2 SGB XII, § 7 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB II). Das betrifft insbesondere Geduldete, Inhaber/innen einer Aufenthaltsgestattung (also Personen, die sich gerade im Asylverfahren befinden), Personen, die in rechtswidriger Weise über einen Flughafen eingereist sind oder Inhaber/innen bestimmter humanitärer Aufenthaltserlaubnisse.

Das **Leistungsniveau des AsylbLG** ist gegenüber der Hilfe zum notwendigen Unterhalt und der Grundsicherung für Arbeitssuchende deutlich abgesenkt. Erst nach 48 Monaten Leistungsbezug nach AsylbLG ist vorgesehen, dass die Leistungsberechtigten Leistungen auf dem Niveau des SGB XII erhalten sollen. Minderjährige erhalten diese höheren Leistungen nur, wenn zumindest ein Elternteil die höheren Leistungen erhält (§ 2 Abs. 3 AsylbLG) und sie zusätzlich die Voraussetzungen des erhöhten Leistungsbezugs in eigener Person erfüllen. Durch diese Vorgabe sind bspw Kinder unter vier Jahren von einem Leistungsbezug nach dem Maßstab des SGB XII generell ausgeschlossen. Eine allgemeine **Angleichung der Hilfe zum notwendigen Unterhalt für Kinder und Jugendliche mit ungesichertem Aufenthaltsstatus** erscheint im Sinne der Gleichbehandlung nach Art. 22 Abs. 2 Satz 2 UN-KRK geboten.

18.4 Ungleichbehandlung beim effektiven Zugang zu Bildung (CRC/C/DEU/CO/3-4, Nr. 66)

Der UN Ausschuss bedauert, dass Kinder und Jugendliche mit sog. Migrationshintergrund bzw aus ethnischen Minderheiten stammend nur halb so häufig wie Kinder oh-

ne entsprechendem Hintergrund einen Schulabschluss erlangen und trägt Deutschland an, Schulen und Bildungseinrichtungen mit ausreichenden Mitteln auszustatten, um diese Kinder zu unterstützen und eine umfängliche Teilhabe an Bildung zu gewährleisten.

Zwar unterscheidet die allgemeine Schulpflicht in Deutschland nicht nach der Staatsangehörigkeit (Art. 7 GG, Landesschulgesetze). Von Gesetzes wegen ist der Zugang zu Bildung mithin gegeben. Der UN-Ausschuss kritisiert allerdings die unzulängliche Infrastruktur, insbesondere die **mangelnde (zweckgebundene) Mittelausstattung der Schulen** zur Ausbildung von Fachkräften und zum Vorhalten entsprechender Deutschkurse für ausländische Kinder und Jugendliche.

Zur Kritik im Hinblick auf die fehlenden Rahmenbedingungen gehört auch die vom Aufenthaltsstatus abhängende Vergabe von **BAföG** für Schüler/innen und angehende Student/inn/en. So erhalten geduldete Schüler/innen oder Student/inn/en nur BAföG, wenn sie ihren ständigen Wohnsitz im Inland haben und sich seit mindestens vier Jahren ununterbrochen rechtmäßig, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhalten (§ 8 BAföG). Zwar hat das Bundeskabinett einen Entwurf zur 25. BAföG-Novelle beschlossen, nach dem künftig nach 15 Monaten rechtmäßigem Aufenthalt in Deutschland BAföG soll beantragt werden können. Die Änderungen sollen allerdings erst zum Wintersemester 2016/2017 in Kraft treten und schließen außerdem weiterhin Asylsuchende mit einer Aufenthaltsgestattung von den geplanten Neuerungen aus.

18.5 Zu enge Vorgaben bei der Familienzusammenführung (CRC/C/DEU/CO/3-4, Nr. 44)

Der UN-Ausschuss des Kindes ist besorgt über die engen gesetzlichen Vorgaben zum **Nachzug von Jugendlichen ab dem Alter von 16 Jahren** (§ 32 Abs. 2 AufenthG). Dieser ist nur uneingeschränkt gestattet, wenn der/die 16- oder 17-jährige Jugendliche zu den Eltern direkt zieht. Andernfalls muss er/sie die deutsche Sprache beherrschen und es muss gewährleistet sein, dass er sich auf Grund seiner bisherigen Ausbildung in die Lebensverhältnisse in Deutschland einfügt. Diese Einschränkung gilt, soweit die Eltern nicht Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis (§ 25 Abs. 1 AufenthG: Asylberechtigung; § 25 Abs. 2 AufenthG: Flüchtlingsanerkennung), nach einem Voraufenthalt in Deutschland von mehr als drei Jahren oder als Hochqualifizierte Inhaber einer Niederlassungserlaubnis (§ 26 Abs. 3, § 19 AufenthG) oder Inhaber einer Blauen Karte EU. Der UN-Ausschuss fordert die Aufhebung der Beschränkungen.

Der **Nachzugsanspruch der Eltern** zu ihrem in Deutschland unbegleitet lebenden Kind wurde im Zuge der Umsetzung der Familienzusammenführungsrichtlinie neu geregelt (§ 36 AufenthG; BGBl I 2011, S. 2258). Eine Verbesserung ist zwar dahingehend zu verzeichnen, dass auf die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen verzichtet wird (Sicherung des Lebensunterhalts, genügend Wohnraum, Passpflicht etc). Dennoch knüpft auch diese Vorschrift an den Aufenthaltsstatus des unbegleiteten Minderjährigen an (§ 36 AufenthG). Die Rechtsprechung des BVerwG (18.04.2013, 10 C 9.12) schränkt diesen Anspruch der Eltern weiter ein, indem eine gleichzeitige Antragstellung beider Elternteile vorausgesetzt wird und eine Beschränkung bis zu dem Zeitpunkt stattfindet, zu dem das Kind volljährig wird.

Die Rechtslage mit ihren rein ordnungspolitisch und nicht am Kindeswohl orientierten Einschränkungen stellt einen **Verstoß gegen Art. 9, 10 (iVm Art. 22) UN-KRK** dar. Danach hat ein von seinen Eltern getrennt lebendes Kind das Recht, regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, soweit dies nicht dem Wohl des Kindes widerspricht (Art. 9 Abs. 3 UN-KRK). Anträge auf Einreise in einen Vertragsstaat oder Ausreise aus einem Vertragsstaat zwecks Familienzusammenführung sollen von den Vertragsstaaten wohlwollend, human und beschleunigt bearbeitet werden. Dabei haben die Vertragsstaaten das Recht des Kindes und seiner Eltern zu achten, aus jedem Land einschließlich ihres eigenen auszureisen und in ihr eigenes Land einzureisen (Art. 10 UN-KRK).

Für den Gesetzgeber ergibt sich daher folgender Handlungsbedarf:

- **Sicherstellung einer erleichterten Familienzusammenführung** auch dann, wenn es sich um unbegleitete Minderjährige handelt;
- **Abschaffung von aufenthaltsstatusabhängigen Einschränkungen.**

18.6 Kinderrechte im ausländerrechtlichen Verfahren (CRC/C/DEU/CO/3-4, Nr. 68, 69)

Der UN-Ausschuss ist besorgt darüber, dass die Schwelle zur Verfahrensfähigkeit im Ausländerrecht noch immer bei 16 Jahren liegt. Als Folge hiervon erfahren über 16-jährige asylsuchende Jugendliche nicht den umfänglichen Schutz des Jugendhilferechts und werden in Erstaufnahmeeinrichtungen untergebracht. Deutschland solle allen Minderjährigen, also allen bis zum Alter von 18 Jahren, eine gleiche und „kinderfreundliche“ Behandlung zukommen lassen.

Im Aufenthalts- und Asylverfahrensgesetz wird Jugendlichen ab Vollendung des 16. Lebensjahres die Verfahrensfähigkeit auferlegt (§ 80 AufenthG, § 12 AsylVfG). Dies bedeutet nicht nur, dass sie für sie günstige Verfahrensanträge stellen können (zB Asylantrag), sondern auch nachteilige Verfahrenshandlungen ihnen gegenüber vollständige Wirkung entfalten (Zustellung). Diese Regelung ist im deutschen Recht einzig und **konterkariert den im Zivil- und Sozialrecht geltenden Minderjährigenschutz**, insb. die Wertung, dass nur rechtlich vorteilhafte Geschäfte für einen Minderjährigen Wirksamkeit entfalten, nicht aber nachteilig wirkende (vgl §§ 107 f BGB; § 62 Abs. 1 Nr. 2 VwGO; § 11 Abs. 1 Nr. 2 SGB X, § 36 SGB I).

Weitere Folge dieser Regelung ist bspw, dass über 16-Jährige nicht den umfänglichen Schutz des Kinder- und Jugendhilferechts genießen. So sind nur unter 16-jährige Unbegleitete explizit davon ausgenommen, in einer asylrechtlichen Erstaufnahmestelle unterzukommen (siehe § 14 Abs. 2 Nr. 3 AsylVfG). Zwar sind auch solche Minderjährige, die bereits bei Asylantragstellung in einer Jugendhilfeeinrichtung leben, davon ausgenommen **in Erstaufnahmeeinrichtungen unterkommen** zu müssen (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 AsylVfG). Diese Regelung schützt aber nicht explizit die über 16-Jährigen, sodass die über 16-jährigen Unbegleiteten, die bei Asylantragstellung nicht in einer Jugendhilfeeinrichtung leben, nach aktueller Gesetzeslage im AsylVfG verpflichtet sind, in Erstaufnahmeeinrichtungen zu leben. Erstaufnahmeeinrichtungen unterliegen keinen besonderen und schon gar keinen jugendhilferechtlichen und somit kindgerechten Standards (§ 44 Abs. 3 AsylVfG).

Zu den Schutzdefiziten zählt ferner, dass Minderjährige noch immer unter das sog. **Flughafenverfahren** fallen (§ 18a AsylVfG, BT-Drucks.18/1394, 2). Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen, sind die Minderjährigen gehalten im Flughafen ihren Asylantrag zu stellen, zu begründen und hier zu verweilen, bis über den Antrag entschieden ist. Das ist weder mit dem Zuständigkeitsprimat des SGB VIII und der Inobhutnahmepflicht (§ 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB VIII) noch mit dem Vorrang des Kindeswohls vereinbar.

Auch die nach wie vor für Minderjährige geltende **Abschiebehaft** im Aufenthaltsgesetz ist mit dem der Bundesrepublik obliegenden Schutzauftrag (Art. 3, Art. 20 iVm Art. 22 UN-KRK) nicht zu vereinbaren (§§ 62, 62a AufenthG). Zwar sind Minderjährige und Familien mit Minderjährigen nur in besonderen Ausnahmefällen und nur so lange in Abschiebungshaft zu nehmen, wie es unter Berücksichtigung des Kindeswohls angemessen ist (§ 62 Abs. 1 Satz 2 AufenthG). Die Annahme, es gebe Fälle, in denen diese Form der Unterbringung dem Kindeswohl entsprechen könnte, entbehrt allerdings schon jeglicher Grundlage. Die Bundesrepublik ist gehalten, Kindern und Jugendlichen, die vorübergehend oder dauernd aus ihrem familiären Umfeld herausgelöst sind, nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts Formen der Betreuung zu sichern (Art. 20 iVm Art. 22 UN-KRK). Dieser Vorgabe werden die deutschen Bestimmungen insbesondere im Ausländerrecht nicht gerecht.

Die modifizierte Verfahrensfähigkeit im Ausländerrecht ist nicht mit Art. 2 UN-KRK vereinbar, der ein Diskriminierungsverbot und die **uneingeschränkte Achtung der Kinderrechte** normiert. Sie ist gänzlich abzuschaffen.

Sowohl im Aufenthaltsgesetz als auch im Asylverfahrensgesetz fehlt eine explizite Verankerung des **Kindeswohlvorrangs**. Zwar wird dieser an manchen Stellen genannt, vermittelt aber eher den Eindruck eines Ausnahmecharakters im ansonsten ordnungspolitisch ausgerichteten Ausländerrecht (Art. 3 Abs. 1 UN KRK).

Auch eine **Pflicht zur persönlichen Anhörung** iSd § 159 FamFG fehlt im ausländerrechtlichen Verfahrensrecht gänzlich. Das Recht auf Partizipation (Art. 12 Abs. 2 UN-KRK) erfordert auch die Gewährleistung einer ordnungsgemäßen sachkundigen Vertretung. Wenn das Jugendamt als Amtsvormund nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, ist nach wie vor die Frage ungeklärt, wie eine **fachkundige Vertretung im ausländerrechtlichen Verfahren** sichergestellt wird.

Zusammenfassend ergibt sich folgender **gesetzlicher Handlungsbedarf**:

- Durchgängige **Erhöhung der Schwelle zur Verfahrensfähigkeit** auf 18;
- **Herausnahme aus dem sog. Flughafenverfahren** nach § 18a AsylVfG;
- **Abschaffung der Abschiebehaft für unbegleitete Minderjährige** (§ 62 AufenthG);
- Vollständige Herausnahme unbegleiteter Kinder und Jugendlicher aus der **Wohn- und Meldepflicht, Verteilung** und **Residenzpflicht** nach dem Ausländerrecht;
- Festschreibung des **Kindeswohlvorrangs** im Ausländerrecht;
- **Einführung von Anhörungspflichten** in Verfahren, die Kinder und Jugendliche betreffen, in den ausländerrechtlichen Verfahrensordnungen;
- Gewährleistung einer **sachkundigen rechtlichen Vertretung im asyl- und aufenthaltsrechtlichen Verfahren** durch positivrechtliche Verankerung im Gesetz, dass für den unbegleiteten Minderjährigen eine in asyl- und aufenthaltsrechtlichen Fragen versierte Person zu bestellen ist.

18.7 Unangemessene und uneinheitliche Altersfestsetzung (CRC/C/DEU/CO/3-4, Nr. 68b)

Der Ausschuss für die Rechte des Kindes äußert sich besorgt, dass das Verfahren zur sog. Altersfestsetzung in Deutschland erniedrigende Praktiken mit einschließt und **keine verlässlichen Ergebnisse** hervorbringt, sodass Minderjährige als Erwachsene eingestuft werden, wodurch ihnen der jugendhilferechtliche Schutz vorenthalten wird. Tatsächlich scheitert die Gewährung von Jugendhilfeleistungen an minderjährige Flüchtlinge immer wieder auch an falschen fiktiven Altersfestsetzungen, wenn die Kinder und Jugendlichen nicht über Identifikationsdokumente verfügen. Wurzel des Problems bei der fiktiven Altersfestsetzung ist das **Fehlen bundeseinheitlicher Standards und Verfahren**.

Insbesondere besteht keine ausreichend verbindliche Klarheit

- zu den **Voraussetzungen der fiktiven Altersfestsetzung** (Fehlen von Identitätspapieren, begründete Zweifel an den Angaben der betroffenen Person);
- zur **Zuständigkeit der festsetzenden Behörde** (Jugendamt);
- zur **Form der Festsetzung** (rechtsmittelfähiger Rechtsakt);
- zu **konkreten Methoden zur Altersfestsetzung** (vgl bspw Art. 25 RöV, ärztliche Vorgaben der Beschlussprotokolle 110, 113 des Deutschen Ärztetages);
- zum **Umgang mit verbleibenden Zweifeln** (vgl bspw Art. 25 Abs. 5 EU-Verfahrensrichtlinie 2013/32/EU: „[...] Bestehen diese Zweifel bezüglich des Alters des Antragstellers danach fort, so gehen die Mitgliedstaaten davon aus, dass der Antragsteller minderjährig ist.“).

19. Wie würden die eingeladenen ExpertInnen den Art. 3 Abs. 1 UN-KRK ins Deutsche übersetzen, sodass er am ehesten dem Geist der UN-Kinderrechtskonvention entspricht?

19.1 Offizielle Übersetzung

Die offizielle Übersetzung von Art. 3 Abs. 1 UN-KRK lautet bekanntlich:

„Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der **vorrangig zu berücksichtigen** ist.“

(Eingehende Auseinandersetzung bei *Meysen/González Méndez de Vigo* FORUM Jugendhilfe 4/2013, 24).

19.2 Begriff Kindeswohl

Der „Vorrang“ knüpft also an den Rechtsbegriff „Kindeswohl“ an, der mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch zum 1. Januar 1900 in das deutsche Recht eingeführt worden ist (*Parr*, Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB, 2005, S. 21 ff). In einem internationalen Rechtsinstrument findet er sich erstmals in Art. 2 der Erklärung der Rechte des Kindes 20. November 1959.

Eine **gesetzliche Definition des Begriffs Kindeswohl fehlt**. Dies hat allerdings seine innere Logik und Berechtigung. Wie das Wohl eines Kindes gefördert wird, entscheiden die Eltern bzw. anderen Personensorgeberechtigten. In Ländern mit freiheitlich-demokratischer Rechtsordnung hat sich der Staat herauszuhalten, sofern das Wohl des Kindes nicht gefährdet ist und solange keine behördliche oder gerichtliche Entscheidung zu treffen ist, die die Person des Kindes betrifft (Art. 5 UN-KRK). Ausnahmen vom Erziehungsprimat der Eltern sind regelmäßig nur in sehr begrenztem Umfang zugelassen, etwa in Bezug auf die Schulpflicht. Das Recht kann folglich nicht allgemeingültig definieren, was erst in der Individualität kindlicher Entwicklung, familiärer Beziehung und elterliche Fürsorge seine Konkretisierung erfährt. Hinzu unterliegt die Vorstellung davon, was dem Wohl des Kindes entspricht, ständigem gesellschaftlichem Wandel und variiert je nach regionalem, sozialem und kulturellem Hintergrund.

Wenn das Kindeswohl in dieser Weise ein – rechtlich – kaum zu greifender Begriff bleibt, entfaltet auch dessen Vorrang aus Art. 3 Abs. 1 KRK nur geringe Wirkkraft. Es verbleibt weitgehend bei einem **normativen Appell ohne Konsequenzen**. Daher hilft wenig, von diesem einen subjektiv-rechtlichen Gehalt „zur Erzielung der größtmöglichen Effektivität von Art. 3 Abs. 1 KRK“ zu reklamieren (Lorz, Vorrang des Kindeswohls, 2003, S. 69). Die überragende Bedeutung des Kindeswohlvorrangs (Freeman, in: Alen et al., Commentary on the UN-CRC, 2007, S. 2) bleibt wirkungslos, wenn sich für die Rechtsanwendung keine operationalisierbaren Wertungen ableiten lassen.

Nicht hilfreich erscheint auch eine **Verklärung des Kindeswohls**, wenn es mit einer „längerfristigen Periode des Wohlergehens, in der eine volle und harmonische Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes und der Vorbereitung auf ein individuelles Leben in der Gesellschaft im Geiste des Friedens, der Würde, der Toleranz, der Freiheit, der Gleichheit und Solidarität gewährleistet ist“ umschrieben wird (Jarass, in: ders., Charta der Grundrechte der EU, 2. Aufl. 2013, Einl. Rn 9).

Um „Kindeswohl“ für die Rechtsanwendung umfassend nutzbar machen zu können, empfiehlt sich daher das auch vom UN-Kinderrechtsausschuss bevorzugte (Freeman S. 32) Verständnis, dass das Kindeswohl mit „**sämtlichen sich aus der Konvention ergebenden Rechten und Verpflichtungen** in Einklang steht und ihre Realisierung fördert“ (Alston, in: ders., The Best Interests of the Child, 1994, S. 15 f; Cremer, in: BT-Drucks. 17/9187, S. 7). Das Prinzip ist somit mit Hilfe der in der KRK konkret aufgelisteten Rechte und Pflichten zu konkretisieren. So ergibt sich bspw. aus dem Zusammenspiel von Art. 12 UN-KRK, dem Recht gehört zu werden, und Art. 3 Abs. 1 UN-KRK, dass nicht nur bei der Ermittlung des Kindeswohls der Sicht des Kindes eine große Bedeutung zukommt (Cremer, UN-Kinderrechtskonvention, 2011, S. 14), sondern wird die Beteiligungspflicht auch integraler Bestandteil des Kindeswohlvorrangs.

19.3 „Vorrang“ des Kindeswohls

Neben der inhaltlichen Aufladung des Begriffs Kindeswohls, insbesondere anhand der konkreten Kinderrechte der KRK, stellt sich die Frage nach der Bedeutung bzw. Reichweite des Vorrangs. Nach der **ersten Entwurfsfassung der KRK** sollte das Kindeswohlprinzip die höchstmögliche Berücksichtigung („the paramount consideration“) finden (Detrick, The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the Travaux Préparatoires, 1992, S. 131). Der Wortlaut war Art. 2 der Erklärung der

Rechte des Kindes aus dem Jahr 1959 entnommen (*Freeman* S. 60). Einige Delegationen lehnten die Formulierung ab und so wurde ein Entwurf eingereicht, in dem der bestimmte durch den unbestimmten Artikel und das Wort „paramount“ durch „primary“ ersetzt wurde. Das Kindeswohl wurde somit von ursprünglich „dem höchsten“ zu „einem vorrangigen“ Belang in Art. 3 Abs. 1 UN-KRK.

Dem Kindeswohl kommt somit **kein absoluter Vorrang** gegenüber anderen öffentlichen oder privaten Belangen zu (*Schmahl*, KRK, 2013, Art. 3 Rn 7; *Cremer AnwBl* 2012, 328; *Freeman* S. 6). Vielmehr sind **andere Belange und Interessen am Vorrang des Kindeswohls zu messen und abzuwägen** (*Cremer AnwBl* 2012, 327, 328), ohne dass sich die Interessen des Kindes stets (vollständig) durchsetzen. Die Gründe für eine Nicht- oder nur teilweise Berücksichtigung müssen besonders gewichtig sein und deutlich überwiegen. So kann bspw. das Recht der Mutter auf Leben vorgehen, wenn bei einem Geburtsvorgang ein das Leben gefährdender Notfall entsteht, kann der Schutz Dritter vor kriminellen Jugendlichen zu Einschränkungen der Freiheit führen, können Einwanderungsbeschränkungen Maßnahmen zur Folge haben, welche dem Interesse des Kindes nicht (vollständig) Rechnung tragen (insg. *Meysen/González Méndez de Vigo FORUM Jugendhilfe* 4/2013, 24 mwN). Werden Interessen Dritter über das Kindeswohl gestellt, so gibt die Sonderposition des Kindeswohlvorrangs in Art. 3 Abs. 1 KRK Behörden, Gerichten und auch dem Gesetzgeber eine qualifizierte und bei behördlichen Entscheidungen gerichtlich überprüfbare Begründungspflicht auf (*Lorz* S. 26).

19.4 Formulierungsvorschlag

In Kombination der aktuellen Version mit dem zweiten Grundsatz der Rechte des Kindes von 1959 unter Einbezug von Auslegungserleichterungen hinsichtlich der Begriffe Kindeswohl und Vorrang könnte folgende Formulierung Eingang in die deutsche Rechtsordnung finden:

„Das Kind genießt den besonderen Schutz der Rechte aus der UN-Kinderrechtskonvention. Diese sind bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, in einer Weise vorrangig zu berücksichtigen, die dem Kind ermöglichen, sich körperlich, seelisch, moralisch, geistig und sozial in einer gesunden Weise, in Freiheit und Würde zu entwickeln.“

20. Welche Vorteile hätte es, Kinder und Jugendliche zu eigenständigen Leistungsberechtigten im SGB VIII (beispielsweise bei einige Hilfen zur Erziehung, dem Recht auf Beratung) zu machen?

20.1 Rechtsanspruch von Kindern und Jugendlichen auf Hilfe zur Erziehung

Schon heute sind **Kinder und Jugendliche Inhaber/innen von zahlreichen Rechtsansprüchen auf Leistungen nach SGB VIII**, zB Ansprüche auf Beratung in Not- und Konfliktfällen (§ 8 Abs. 3 SGB VIII), auf Beratung und Unterstützung bei der Ausübung des Umgangsrechts (§ 18 Abs. 3 Satz 1 SGB VIII), auf Förderung in Tageseinrichtungen und in Kindertagespflege (§ 24 SGB VIII) und auf Eingliederungshilfe bei (drohender) seelischer Behinderung (§ 35a SGB VIII).

Wenn sie das Alter von 15 Jahren erreicht haben, können Jugendliche als Leistungsberechtigte die ihnen zustehenden Ansprüche auf Sozialleistungen selbst geltend machen (§ 36 Abs. 1 SGB I). Diese, wie das Gesetz sich ausdrückt, „**Handlungsfähigkeit**“ verschafft Jugendlichen jedoch nur bedingt eine Stellung, die unabhängig von ihren Personensorgeberechtigten ist. Letztere sind vom Leistungsträger über die erbrachten Leistungen zu unterrichten, können widersprechen oder die eigenständige Inanspruchnahme von Leistungen einschränken (§ 36 Abs. 2 SGB I).

Kinder bleiben somit darauf angewiesen, dass Eltern ihre Ansprüche auf Sozialleistungen geltend machen. Viel mehr Autonomie räumt das Sozialgesetzbuch den Jugendlichen nicht ein. In vielerlei Hinsicht hat dies auch seine Berechtigung. Die **Auseinandersetzungen um die Konstruktion der Inhaberschaft der Rechtsansprüche** im Kinder- und Jugendhilferecht kulminieren allerdings seit jeher in der Frage, ob bei den Hilfen zur Erziehung die Personensorgeberechtigten oder die Kinder und Jugendlichen selbst Leistungsberechtigte sein sollen. Bislang stehen die Ansprüche nach § 27 Abs. 1 SGB VIII ausschließlich den Personensorgeberechtigten zu. Damit greift bei Hilfen zur Erziehung selbst der Grundsatz der Handlungsfähigkeit von Jugendlichen (§ 36 SGB I) nicht. Die Kontroversen hierüber reißen nicht ab und es hat sich geradezu ein „Glaubenskampf“ hierzu entwickelt (anschaulich dargestellt bei Münder JAmt/ZKJ-Sonderheft 6/2010, 31).

Diese **unnötige Schwarz-Weiß-Malerei** verdient, überwunden zu werden (ausführlich Meysen Frühe Kindheit 2012, 29). Bei einer Orientierung an der UN-KRK liegt bei den Hilfen zur Erziehung die Schaffung einer Zweigleisigkeit bei der Anspruchsinhaberschaft nahe. Kinder mit und ohne Behinderung haben ein Recht auf Förderung (Art. 23 UN-KRK; siehe auch Art. 7 Abs. 3 UN-Behindertenrechtskonvention). Eltern sollen vom Staat bei der Erfüllung ihrer Aufgabe unterstützt werden, das Kind zu erziehen (Art. 18 Abs. 2 UN-Kinderrechtskonvention).

Als **logischer Schluss aus UN-Kinderrechtskonvention** und UN-Behindertenrechtskonvention müsste eine Anspruchsberechtigung somit sowohl den Kinder und Jugendlichen als auch deren Personensorge- und/oder Erziehungsberechtigten eingeräumt werden. Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf Förderung ihrer Erziehung, Entwicklung und Teilhabe. Eltern haben Anspruch auf Hilfe bei der Förderung der Erziehung, Entwicklung und Teilhabe ihres Kindes.

Konsequenzen ergäben sich hieraus bis zum Alter von 15 Jahren kaum, denn Geltendmachen könnten den Anspruch nur die selbst anspruch- oder vertretungsberechtigten Personensorge- und/oder Erziehungsberechtigten. Ab dem Altern von 15 Jahren könnten Jugendlichen die ihnen zustehenden Leistungen selbst einfordern. Doppelstrukturen und -leistungen sind nicht zu befürchten, denn die notwendig familiensystemisch angelegten Leistungen der Hilfen zur Erziehung sind mit Blick auf die relevanten Beteiligten aus dem Familiensystem gesamtheitlich und nur einmal zu gewähren. **§ 27 Abs. 1 und 2 SGB VIII** könnten neu wie folgt formuliert werden:

„(1) Ein Kind oder ein Jugendlicher hat Anspruch auf Hilfe zur Erziehung, Entwicklung und Teilhabe, wenn die Hilfe für seine Entwicklung geeignet und notwendig ist und eine dem Wohl des Kindes oder Jugendlichen entsprechende Erziehung oder Teilhabe nicht gewährleistet ist. § 36 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch bleibt unberührt.

(2) Ein Personensorgeberechtigter hat unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 Anspruch auf Hilfe zur Erziehung und auf Hilfe bei der Förderung der Entwicklung und Teilhabe des Kindes oder Jugendlichen. Die Hilfe ist einheitlich zu gewähren und bezieht die Erziehungsberechtigten sowie die Kinder und Jugendlichen in der Familie in angemessener Weise ein.“

20.2 Rechtsanspruch auf Beratung

„Kinder und Jugendliche brauchen einen eigenständigen Rechtsanspruch auf Beratung,“ so die **Forderung des Unabhängigen Beauftragten für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs** (UBSKM, Forderungskatalog. Fachberatung sichern, 2012, S. 3). Die Forderung mag überraschen, ist mit dem Bundeskinderschutzgesetz 2012 gerade als Rechtsanspruch auf Beratung nach § 8 Abs. 3 SGB VIII eingeführt worden. Hieß es zuvor noch, „Kinder und Jugendliche können ohne Kenntnis des Personenberechtigten beraten werden, (...)“ formuliert die Vorschrift nunmehr „Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf Beratung ohne Kenntnis des Personensorgeberechtigten, (...)“

Kinderrechte stärkt die **Gesetzesänderung** so gut wie nicht. Juristisch bedeutet sie, dass Kinder und Jugendliche dann, wenn sie keine Beratung finden, ihren Rechtsanspruch beim Jugendamt einfordern und, falls ihnen die Beratung verwehrt wird, vor dem Verwaltungsgericht einklagen könnten. Ein wenig erwartbares Szenario. Vor Verabschiedung des **Bundeskinderschutzgesetzes** war weder bekannt geworden, dass Kinder oder Jugendliche, die Beratung nachgesucht haben, je mit der Begründung abgewiesen wurden, sie hätten keinen Rechtsanspruch, noch zeichnet sich ab, dass die Beratungsangebote deshalb ausgebaut worden wären, weil das Recht zu beraten nunmehr mit einem Rechtsanspruch des Kindes bzw des/der Jugendlichen hinterlegt ist.

Bei der Stärkung der Beratung von Kindern und Jugendlichen geht es daher in erster Linie darum, ihnen Zugänge zu ermöglichen, ihnen ausreichende und ihren spezifischen Zugangswegen entsprechend erreichbare Beratungsangebote zu machen. Das **Problematische an der Regelung** spielt sich denn auch im zweiten Satzteil des § 8 Abs 3 Satz 1 SGB VIII ab. Der Rechtsanspruch auf Beratung besteht danach nur, „wenn die Beratung auf Grund einer Not- und Konfliktlage erforderlich ist und solan-

ge durch die Mitteilung an den Personensorgeberechtigten der Beratungszweck vereitelt würde.“

Ein **Anachronismus**, das Festhalten des Gesetzgebers an einer Sichtweise auf die Eltern-Kind-Beziehung, wie sie in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1982 noch prägend war (BVerfGE 59, 360, 387; hierzu Meysen, in: MÜnder ua, FK-SGB VIII, 6. Aufl. 2009, § 8 Rn 9 ff). Spätestens seit Ratifizierung der UN-KRK mit ihrem uneingeschränkten Kinderrecht, beteiligt und angehört zu werden (Art. 12 UN-KRK), seit der Etablierung von telefonischer und Online-Beratung für Kinder und Jugendliche erscheint der seinerzeitige enge Blick auf eigenständige Rechte von Kindern und die daran anknüpfende Beschränkung des § 8 Abs. 3 SGB VIII nicht mehr zeitgemäß.

Die Forderung des Unabhängigen Beauftragten ist und bleibt also mehr als berechtigt. Das Gesetz sollte sicher- und klarstellen, dass altersgerechte Formen der **eigenständigen Beratung** angeboten werden (dürfen). Kinder und Jugendliche sollen sich den Beratenden annähern dürfen, ohne dass unmittelbar die Frage im Raum steht, ob sich die Kinder oder Jugendlichen in der Beziehung zu ihren Personensorgeberechtigten in einer Not- und Konfliktlage befinden. Die Berater/innen dürfen ihnen anbieten, erst einmal Vertrauen aufzubauen, um sich öffnen zu können, wenn sie in Not sind.

Die **geeignete Einbeziehung der Personensorge- und Erziehungsberechtigten** stellt allerdings auch zukünftig regelmäßig eine fachliche Anforderung an die Beratung von Kindern und Jugendlichen dar. Sie sollte nur dann verpflichtend erfolgen, wenn und solange der Beratungszweck durch die Einbeziehung nicht vereitelt würde.

Der Vorschlag des Unabhängigen Beauftragten zur Neuformulierung des § 8 Abs. 3 SGB VIII verdient daher Unterstützung (UBSKM S. 3):

„(3) Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf kindgerechte und leicht zugängliche Beratung. Die Beratung ist ohne Kenntnis des Personensorgeberechtigten durchzuführen, solange durch die Mitteilung an den Personensorgeberechtigten der Beratungszweck vereitelt würde. § 36 des Ersten Buches bleibt unberührt.“