

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil

Herausgegeben von

**Anne Röthel und
Bettina Heiderhoff**

Band 25



Wolfgang Metzner Verlag

Band 25

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Anatol Dutta
Professor Dr. Tobias Helms
Professor Dr. Martin Löhnig
Professor Dr. Anne Röhel

Fortführung der
Schriften zum deutschen und ausländischen Familienrecht
und Staatsangehörigkeitsrecht.
Verlag für Standesamtswesen, 1998–2010.

Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil

Herausgegeben von

Professorin Dr. Anne Röthel

Hamburg

Professorin Dr. Bettina Heiderhoff

Münster



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2018

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-96117-035-7

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

■ Vorwort

Am 23. Februar 2018 fand das vierte Fachgespräch Familienrecht an der Universität Münster statt. Wie schon bei unseren früheren Fachgesprächen im Jahr 2012 zur »Regelungsaufgabe Paarbeziehung«, im Jahr 2014 zur »Regelungsaufgabe Vaterstellung« und zuletzt im Jahr 2016 zur »Regelungsaufgabe Mutterstellung« diskutierten wir auch diesmal im kleinen interdisziplinären Kreis von Juristen, Medizinerinnen und Psychologinnen aus Wissenschaft, Praxis und Politik.

Mit dem Tagungsband können wir nun einen Teil des ertragreichen Gesprächs der Öffentlichkeit zugänglich machen. Wir sind den Beitragenden dafür dankbar, dass sie sich der besonderen Schwierigkeit ausgesetzt haben, uns zu diesem politisch, ethisch und rechtlich gleichermaßen kontroversen und komplizierten Fragenkreis eine schriftliche Fassung zu übermitteln.

Die Durchführung des Fachgesprächs und die Publikation der Referate wurde ermöglicht vom Institut für Deutsches und Internationales Familienrecht der Universität Münster und von der Bucerius Law School. Das Erscheinen des Tagungsbandes ist abermals willkommene Gelegenheit, dem Wolfgang Metzner Verlag für die wie immer umsichtige Unterstützung zu danken. Dankbar sind wir schließlich auch Frau Dr. Johanna Croon-Gestefeld, die die Entstehung der Publikation vorbereitete.

Hamburg und Münster, im September 2018

Anne Röthel

Bettina Heiderhoff

■ Inhalt

Vorwort 5

Professorin Dr. *Bettina Heiderhoff*

Kinderrechte – ein Überblick 9

Professor em. Dr. *Michael Coester*

Kinderrechte in der Rechtspraxis 29

Professorin Dr. *Friederike Wapler*

Kinderrechte in der Rechtsordnung – eine Aufgabe
für den Gesetzgeber? 45

Professor Dr. Dr. h. c. *Gerd Brudermüller*

Zu den ideengeschichtlichen Grundlagen der ethischen Begründung
von Kinderrechten 75

Professorin Dr. *Anne Röthel*

Das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit 89

■ Kinderrechte – ein Überblick

Von Professorin Dr. *Bettina Heiderhoff*, Münster

I. Perspektive

Bisher hatten die Fachgespräche im Familienrecht immer explizit gefragt: Was kann, was darf, was will der Staat? Anders als sonst waren diesmal jedoch die konkreten Pläne des Gesetzgebers, die auch im Koalitionsvertrag sichtbar gemacht wurden, Anlass für das Gespräch.¹ Wenn Kinderrechte formuliert und insbesondere in das Grundgesetz eingefügt werden sollen, gibt es Vieles zu bedenken.

Die geänderte Fragestellung – nämlich: »Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil« präzisiert daher den Fokus und richtet ihn genauer auf das aus, was bei den Kinderrechten die größten Schwierigkeiten macht: Eine Erhöhung der Quantität bedeutet keinesfalls ohne weiteres eine Erhöhung der Qualität. Mehr Rechte allein führen bei Kindern nicht unbedingt zu einer verbesserten Rechtsstellung. Vielmehr haben Kinder schon heute sehr viele Rechte. Die dennoch bestehenden Defizite haben ihre Ursache weitgehend im Bereich der Rechtsdurchsetzung. Das Kind selbst, zumindest das jüngere Kind, kann seine Rechte typischerweise noch nicht selbst durchsetzen. Die Eltern, denen daher die Durchsetzung vorrangig obliegt, sind jedoch nicht in jedem Fall dazu bereit oder in der Lage, für das Kind zu handeln. Zudem können Rechte des Kindes auch im Konflikt gerade mit den Elternrechten stehen. Hinzu kommen weitere Schwierigkeiten. Zum einen entwickeln Kinder sich individuell, also in sehr unterschiedlicher Art und Weise und Geschwindigkeit. Pauschale, alle Kinder gleichmachende Normen können daher leicht mehr Nachteile als Vorteile bringen. Zum anderen sind die bestehenden Rechte des Kindes teilweise auch im Gesetz kaum sichtbar oder zumindest nicht deutlich formuliert.

¹ Abgedruckt in diesem Band im Beitrag von *Wapler*, Kinderrechte in der Rechtsordnung – eine Aufgabe für den Gesetzgeber?, S. 45; siehe auch https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=B2A9266003767AB3A8B0052AE22B213C.s7t1?__blob=publicationFile&v=5, S. 20; für die Entwürfe der letzten Jahre siehe die Dokumentation des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags »Aufnahme von Kinderrechten ins Grundgesetz« <https://www.bundestag.de/blob/538918/06efdd794f4f562eac0cce74f8e8ba1f/wd-3-226-17-pdf-data.pdf>; ausführlich auch schon der Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission von 1993, BT-Drs. 12/6000, S. 59 f.

Die Frage könnte, wenn man die Steuerungsperspektive wiederum mit aufnehmen möchte, also auch lauten: Wie muss der Staat vorgehen, um eine wirksame Verbesserung der Rechtsstellung des einzelnen Kindes zu erreichen?

II. Überblick über die zentralen Aspekte des Gesprächs

»Kinderrechte« können auf sehr unterschiedliche Art betrachtet und verstanden werden. Man kann sich damit beschäftigen, Felder zu suchen, auf denen Kinderrechte wichtig sind, und dabei von der Bildung über den Straßenverkehr und die Umwelt bis zur Ernährung und Gesundheit gelangen. Das ist jedoch nicht unser Anliegen. Vielmehr wollen wir herausarbeiten, wie – ungeachtet des konkret betroffenen Bereichs – Kindern effektiv Rechte zuerkannt werden können. Wie sich der heute selbstverständliche Gedanke, dass Kinder überhaupt Rechte haben, ethisch entwickelt hat, welche Bedeutung dabei die Eltern und die Elternrechte haben, wie das Wohl des Kindes als allgemeines Ziel der Rechtsordnung mit den Kinderrechten in Einklang zu bringen ist und insbesondere, wie die Entwicklung des Kindes sich auf seine rechtliche Autonomie auswirkt, sind dabei ganz wesentliche Fragestellungen.

Diese Einführung hat das Ziel, im Rahmen einiger punktueller Vorüberlegungen die zentralen Aspekte etwas zu schärfen und greift dazu vorab die eher grundlegenden Fragen, wie das Verhältnis von den Kinderrechten zu den Elternrechten und die Selbstbestimmung des Kindes auf. Besonderes Augenmerk wird dabei auf das Problem der fehlenden Sichtbarkeit von Kinderrechten sowie auf die Schwierigkeiten einer Sichtbarmachung gelegt, da dies den zentralen Aspekt der gegenwärtigen politischen Debatte ausmacht.

III. Kinderrechte und Elternrechte

1. Zur Konstruktion des Art. 6 Abs. 2 GG

Ausgangspunkt auch dieser Vorüberlegungen soll Art. 6 Abs. 2 GG sein. Dieser folgt einer Konstruktion, die nicht einfach zu durchschauen ist, aber dennoch bei jeder Ableitung berücksichtigt werden muss. Mit Art. 6 Abs. 2 GG wird ein Schutzraum für die Kinder konstruiert, indem die Eltern als Grundrechtsträger benannt werden. Anders gesagt bekommen die Eltern das starke Schutz- und Abwehrrecht letztlich, weil ihre Kinder geschützt werden sollen. *Wapler* spricht dabei überzeugend von einem relationalen

Recht, um zu betonen, dass es wirklich die Eltern sind, die hier Rechte erhalten.² Doch dienen diese Elternrechte letztlich eben in erster Linie dem Schutz des Kindes³ – oder, bildlich gesprochen, der Errichtung eines Schutzraums, nämlich der Familie.

Wenn man über Kinderrechte spricht, hat das Wechselspiel zwischen Elternrechten und Kinderrechten große Bedeutung. In der Tat findet sich hier ein Spannungsfeld, das teils auch nach diffizilen »Entweder-Oder-Entscheidungen« verlangt. Behält man stets fest im Blick, dass die Elternrechte als Schutzraum gedacht sind, und letztlich eben doch ein dem Kind dienendes Pflichtrecht darstellen, ergeben sich die Lösungen aber oft deutlicher als es zunächst scheint.

Im Normalfall geht insbesondere die Befürchtung fehl, eine Vergrößerung der Kinderrechte würde zugleich die Elternrechte verkürzen. Das Elternrecht in Art. 6 Abs. 2 GG existiert ja eben gar nicht, um originär die Eltern mit einer eigenständigen Menge an Rechten auszustatten. Sondern Art. 6 Abs. 2 GG existiert, weil durch den Schutz der Eltern die Kinder – aus der Perspektive des Grundgesetzes – auf ideale Art und Weise geschützt sind.⁴ Dies gilt unabhängig davon, ob man dabei den Schwerpunkt der Argumentation mit dem BVerfG darauf legt, dass die Eltern am besten geeignet sind, dem Kind den angemessenen Schutz und die ideale Fürsorge zu bieten, weil diesen das Wohl der Kinder »mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person«⁵, oder ob man eher betont, dass der freiheitliche demokratische Staat es für falsch hält, Kinder kollektiv und nach bestimmten, vom Staat gewählten Richtlinien zu erziehen – und seien diese auch noch so gut.⁶ Sehr bereichernd ist insofern die Auseinandersetzung *Waplers* mit den Vorschlägen *Claytons*. Würden die Eltern das Kind neutral und nach objektivierten Grundsätzen erziehen müssen, so wäre kein Schutzraum mehr da.⁷ Die Eltern würden staatlichen Vorgaben folgen, und neutral ließe sich dann leicht gegen andere Ziele austauschen, seien es christliche, sozialistische oder nationalistische.

2 *Wapler* (in diesem Band), S. 45 (53 ff.).

3 BVerfGE 133, 59 Rn. 49.

4 Besonders deutlich BVerfGE 61, 358 (371); BVerfG FamRZ 2013, 361 (362); BVerfGE 133, 59 Rn. 49.

5 Zuletzt BVerfGE 133, 59 Rn. 49; auch schon BVerfGE 59, 360 (376).

6 Zu Begründungsansätzen immer wieder insbesondere *Wapler*, *Kinderrechte und Kindeswohl*, 2015, etwa S. 72 f., 475, 477 ff.

7 *Wapler* (in diesem Band), S. 45 (50 ff., 55).

2. Ableitungen für die Rechtsstellung des Kindes

Einige Fragen beantworten sich vor diesem Hintergrund ohne Weiteres. So ergibt sich etwa, dass die elterliche Verantwortung automatisch endet, wenn das Kind in Bezug auf ein Recht oder eine Entscheidung »mündig« oder »reif« ist.⁸ Das gilt nicht nur für die Religion, wo es mit § 5 RelKErzG ausnahmsweise eine geschriebene Regel gibt, sondern auch für die eigene Gesundheit oder die Ausbildung des Kindes. Ist es mündig, muss es darüber selbst entscheiden dürfen. Auch für die letzteren Bereiche ist unstreitig, dass das Elternrecht zurücktritt.⁹ Schon hier fällt auf, dass diese höchst relevanten Abgrenzungen dem Gesetz jedoch keineswegs deutlich zu entnehmen sind.¹⁰

Ganz aus der Welt geschafft werden kann das Konkurrenzverhältnis allein mit der Mündigkeitsformel aber noch nicht. So bleiben bei der Frage der Eigenzuständigkeit des jüngeren Kindes schon deshalb viele Spielräume, weil die Einschätzung der Mündigkeit sehr unterschiedlich ausfallen kann, und entschieden werden muss, inwiefern typisierende Altersgrenzen erforderlich, aber auch überhaupt zulässig sind (dazu noch unten VI.). Bei der Frage der Durchsetzung der Rechte des Kindes gegen seine Eltern besteht weitgehende Unklarheit darüber, ob eigene Instrumente geschaffen werden müssen (dazu gleich unter III. 3.).

Ähnlich schwierig ist die Feinabgrenzung in den Fällen, in denen die Eltern den notwendigen Schutz für die Kinder nicht gewähren können. Dann bleibt kein anderer Weg, als der, den Staat an die Stelle der Eltern zu setzen. Schon heute steht das Jugendamt den Kindern und Jugendlichen in solchen Situationen bei. Es kann dann nicht nur Hilfen anbieten, sondern auch das Verfahren nach § 1666 BGB einleiten.¹¹ Der Grundsatz ist problemlos und ergibt sich fast schon explizit aus dem in Art. 6 Abs. 2 GG benannten Wächteramt des Staates. An dem Punkt, an dem die Eltern nicht mehr den notwendigen Schutz gewährleisten, tritt das staatliche Wächteramt ein. Das Problem besteht jedoch auch hier wieder darin, dass die Grenze sehr fein ausgelotet werden muss. Der Staat darf also nicht zu früh und nicht zu spät eingreifen. Wo man diese Grenze zieht, hat viel damit zu tun, für

8 Coester-Waltjen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2012, Art. 6, Rn. 78, 81; näher Röthel, Das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit (in diesem Band), S. 89 (92).

9 BVerfGE 59, 360 (382); besonders deutlich (für den medizinischen Bereich) Coester-Waltjen, MedR 2012, 553, 554, 557 zur unklaren Situation, und S. 559 zum Abnehmen der Elternrechte bei Zunahme der Selbstbestimmungsfähigkeiten des Kindes.

10 Dazu sogleich unter IV. und näher bei Röthel (in diesem Band), S. 89 (93).

11 Mit einer bezeichnenden Fallgeschichte OLG Hamm, FamRZ 2015, 1909 und FamRZ 2016, 1940.

wie wichtig man den Freiheitsaspekt des elterlichen Schutzraums hält und welche Gefährdungen des Kindes man in Kauf zu nehmen bereit ist. Das fragt sich weniger, wenn es um die Gesundheit geht. Wenn jedoch diffuse Bereiche betroffen sind, wie etwa bestimmte Bildungs- oder Teilhabechancen, gerät man schnell in hochpolitische Abgrenzungsüberlegungen.

3. Rechte des Kindes gegen die Eltern

Vor diesem an sich auf das Kind ausgerichteten, sowohl dessen steigende Autonomie als auch dessen Schutzbedürfnis beachtenden grundgesetzlichen Hintergrund fällt dennoch insgesamt auf, dass die Rechtsordnung dort sehr zurückhaltend ist, wo es um die Durchsetzung der Rechte der Kinder gegen die Eltern geht.¹²

Diese Zurückhaltung mag im Ansatz verständlich sein, denn der Vertrauensvorschuss für die Eltern¹³ und der Respekt vor ihrer Verantwortung sind letztlich gerade für das Kind von unermesslichem Wert. Jedes Kontrollrecht des Staats, aber auch jedes Recht des Kindes – das sich letztlich staatlicher Hilfe wird bedienen müssen – gegen die Eltern muss damit sorgfältig abgewogen werden.

Dennoch entspricht es unserem heutigen Bild des Kindes nicht mehr, diesem nicht auch die Möglichkeit zu geben, seine eigenen Rechte – sogar gegenüber seinen Eltern – zumindest ab einem bestimmten Alter autonom durchzusetzen.¹⁴ Wie man hier nachbessern kann, ohne schädliche Verunsicherungen herbeizuführen, muss dabei eine zentrale Frage sein, die unten noch einmal aufgegriffen werden soll (VI).

IV. Fehlende Sichtbarkeit von Kinderrechten

1. Vorüberlegungen

Auch über den Schutzraum des Art. 6 Abs. 2 GG hinaus enthalten die geltenden Gesetze Kinderrechte, und zwar im Großen, aber auch für alle mög-

¹² Dazu näher *Coester*, Kinderrechte in der Rechtspraxis (in diesem Band), S. 29 (32 ff.) (II.1.); dass die Kinderrechte bestehen und auch vorgehen, ist dagegen unproblematisch, siehe nur BVerfGE 68, 176, 188; 75, 201, 218 sowie gleich IV. 1., insbesondere Fn. 22.

¹³ *Wapler*, JAmt 2017, 162, 163.

¹⁴ *Schumann*, Gutachten zum 72. DJT, B 89 sowie Kurzgutachten, Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung, NJW Beilage 2/2018, S. 41, 44 für den Bereich Sorge/Umgang.

lichen Einzelfragen.¹⁵ Sie sind jedoch nur teilweise erkennbar. Dieses zentrale Problem der Sichtbarkeit hat ebenfalls eine erhebliche politische Dimension. Wie der Koalitionsvertrag zeigt, möchten sich die politischen Parteien zum einen gern mit Kinderrechten schmücken. Zum anderen kann es in einer Zeit verwirrender Informationsfülle tatsächlich hilfreich sein, wenn die zentralen Inhalte im Gesetz selbst klar und verständlich niedergelegt sind. Überlegt man, wie sich die Sichtbarkeit verbessern ließe, stößt man jedoch auf zahlreiche Hindernisse.

Zunächst sei hier nochmals das Grundgesetz in den Blick genommen. Nicht nur Art. 6 Abs. 2 GG sorgt für Unklarheit, sondern oft wird auch bemängelt, dass nicht ausdrücklich bestimmt wird, welche Grundrechte den Kindern zustehen.¹⁶ Allerdings ist es völlig gesichert, dass Kinder Grundrechtsträger sind. Sie haben nicht nur die überlebenswichtigen Rechte, wie das Recht auf Leben und Freiheit aus Art. 2 Abs. 2 GG, sondern insbesondere auch die allgemeinen Persönlichkeitsrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG und auch schon ein Recht auf Meinungsfreiheit sowie – im Gerichtsverfahren – auf rechtliches Gehör. Ihnen steht auch die Verfassungsbeschwerde zu. Berücksichtigt man diese umfassende Grundrechtsträgerschaft des Kindes, so drängt sich die Gefahr bei der Formulierung eines Kindergrundrechts unmittelbar auf: Die Benennung eines oder mehrerer spezifischer Grundrechte für das Kind könnte leicht den Eindruck erwecken, als wären diese exklusiv. Das aber könnte im schlimmsten Fall dazu führen, dass das Kind am Ende weniger Rechte hat als zuvor. *Wapler* mahnt deshalb zu Recht, dass neue Regelungen klarstellenden Charakter haben müssten und nicht hinter dem jetzigen umfassenden Schutz des Grundgesetzes zurückbleiben dürften.¹⁷

Im Folgenden soll anhand einiger privatrechtlicher, mit dem Grundgesetz aber meist eng verwobener Beispiele aufgezeigt werden, dass die fehlende Sichtbarkeit der Kinderrechte faktisch durchaus nachteilige Auswirkungen haben kann, denen sich durch eine Verschriftlichung möglicherweise entgegenwirken ließe. Dort wird aber auch besonders deutlich, dass die Freiräume im Gesetz einen großen Vorteil haben, weil sie Flexibilität mit sich bringen. Die Gefahr, dass es bei einer Kodifizierung von Kinderrechten letztlich zu einer Absenkung des status quo kommt, ist daher auch außerhalb des Grundgesetzes, und insbesondere im Familienrecht, real.

15 Näher und kritischer *Röthel* (in diesem Band), S. 89 (93) (Fn. 2).

16 Dazu näher vorerst nur *Coester*, Die Rechtsposition des Kindes im Verfassungsrecht, FS Salgo, 2016, S. 13 ff., 20, der den »Sichtbarkeits-effekt« als solchen hervorhebt.

17 *Wapler* (in diesem Band), S. 45 (72 f.).

2. Defizite durch fehlende Sichtbarkeit

a) Kindeswohlgefährdung

In häufig besonders erschütternder Weise lassen sich Defizite bei den Eingriffen in die elterliche Sorge wegen einer Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB beobachten. Es geschieht immer wieder, dass Kindern nicht oder erst sehr spät geholfen wird und sie deswegen schwere Schäden erleiden oder sogar in ihrer Familie sterben. Nun ist die Gesetzeslage mit Mehraugenprinzip in § 8a SGB VIII, frühen Hilfen und Zusammenwirken von Jugendamt und Gerichten hier an sich gut ausgebildet.¹⁸ Die Hauptursache solcher Fälle dürfte menschliches Versagen bei Jugendämtern oder Familiengerichten im Einzelfall bilden. Insofern wird man weniger durch immer neue Gesetze als vielmehr durch hinreichende Ausbildung der zuständigen Personen und gute Finanzierung der zuständigen Behörden reagieren müssen. Vor einigen Jahren war aber eine Verunsicherung der Gerichte eingetreten, die eine andere Ursache hatte und den Gegenstand unseres Fachgesprächs im Kern trifft.¹⁹ Durch die Rechtsprechung des BVerfG zu § 1666 BGB war offenbar der Eindruck entstanden, die Elternrechte seien auch dann kaum einschränkbar, wenn das Kind klar gefährdet sei, und teils schien es, es sollten Verletzungen erst abgewartet werden, bevor die Herausnahme des Kindes aus der Familie erfolgen könne. Das ist aufschlussreich. Denn die betreffenden – und missverstandenen – Entscheidungen des BVerfG waren an sich recht klar darauf ausgerichtet, Verfahrensfehler der Familiengerichte in den jeweiligen Einzelfällen zu korrigieren. Sie wollten nicht die Waage zwischen Eltern- und Kinderrechten verschieben.²⁰

Dafür, dass an den Familiengerichten dennoch Unsicherheit eintrat, dürfen die Gesetze zumindest mitursächlich sein. Der Ansatz des Art. 6 Abs. 2 GG mit seiner prominenten Nennung der Eltern und die hohen Schwellen in § 1666 BGB – kombiniert mit den Entscheidungen des BVerfG – mögen zwar alle eigentlich auf die Sicherung der Rechte des Kindes ausgerichtet sein. Genau diese Ausrichtung aber ist so wenig sichtbar, dass es selbst bei den fachkundigen Familiengerichten zu erheblichen Missverständnissen kam. Das BVerfG hat inzwischen nun sehr sichtbar erläutert, dass ein Vor-

¹⁸ Mit einem Überblick *Meysen*, FamRZ 2012, 405; *Wiesner*, SGB VIII, § 8a SGB VIII, Rn. 6, 9 sowie (zur faktischen Entwicklung) 12 f.

¹⁹ BVerfG FamRZ 2016, 439; BVerfG FamRZ 2015, 112; mit einem Überblick *Döll/Wannitzek*, FamRZ 2016, 1317, 1323 f.

²⁰ *Britz*, Das Grundrecht des Kindes auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung – jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2014, 1069; *dies.*, Kinderschutz – aktuelle verfassungsrechtliche Leitlinien, NZFam 2016, 1113.

rang der Elternrechte nicht besteht und dass Gefahren für das Kind vermieden werden müssen.²¹ Zugleich hat es klargestellt, dass der Verfahrensbestand Verfassungsbeschwerde für das Kind einlegen kann. Es wurde wieder die in Gefährdungsfällen notwendige Aussage hervorgehoben, dass sich aus dem Grundgesetz ein Anspruch des Kindes »auf den Schutz des Staates« ergibt.²²

Es handelt sich hier somit um einen typischen Bereich, in dem sich trotz des für das Kind gut ausgebauten Rechtsschutzes doch fragen lässt, ob eine klarere Formulierung des kindlichen Schutzanspruchs hilfreich sein könnte.

b) Abstammung

Nicht von ungefähr greift *Coester* in seinem Beitrag insbesondere das Abstammungsrecht auf. Denn hier wird das Kindeswohl anders als im Kindschaftsrecht im Gesetz nicht benannt, obwohl selbstverständlich die Abstammung für die Rechtsposition des Kindes von überragender Bedeutung ist.

Über zentrale Fragen des deutschen Abstammungsrechts wird derzeit intensiv diskutiert. Das Bundesjustizministerium hat den Arbeitskreis Abstammung beauftragt, Reformvorschläge vorzulegen, die sich auch mit der Ausbalancierung der Rechte des rechtlichen und des biologischen Vaters beschäftigen. Der Arbeitskreis Abstammung hat letztendlich ausgeglichene Vorschläge vorgelegt; aufschlussreich ist jedoch die Argumentation. Denn auch hier wird die Kindeswohlorientierung des Art. 6 Abs. 2 GG vollständig übergangen. Wenn isoliert festgestellt wird, sowohl der biologische als auch der rechtliche Vater hätten Elternrechte aus Art. 6 Abs. 2 GG, und diese dann ohne jeden Bezug zum Kind abgewogen werden, wird die oben beschriebene Ratio des Art. 6 Abs. 2 GG ignoriert. Es muss dabei eingeräumt werden, dass die Anwendung des Art. 6 Abs. 2 GG im Abstammungsrecht besondere Schwierigkeiten verursacht. Denn dieser berücksichtigt nicht, dass unklar sein könnte, wer die schützenswerten Eltern eines Kindes sind. Dennoch kann man Art. 6 Abs. 2 GG auch dazu Vieles entnehmen. Zunächst verhindert Art. 6 Abs. 2 GG, dass der Staat inhaltliche Kriterien aufstellt, nach denen Eltern ausgewählt werden. Der Familienschutz ist vielmehr auf eine Art »natürliche Familie« gerichtet, und er wäre vollkommen ausgehöhlt, wenn Eltern nach bestimmten, von der biologischen

²¹ BVerfG FamRZ 2017, 206.

²² BVerfG FamRZ 2017, 524 Rn. 41; zuvor schon grundlegend BVerfGE 24, 119, 144; sowie 60, 79, 88; 72, 122, 134; 107, 104, 117; mit Hinweis auf die entsprechende Sicht des BGH (BGH FamRZ 2008, 845 Rn. 72); eindringlich auch *Coester* (in diesem Band), S. 29 (32).

und sozial-familiären Bindung losgelösten Kriterien, wie Erziehungsfähigkeit oder Staatstreue, ausgewählt würden.

Andererseits ist es aber so, dass die hier hilfswise als »natürliche Familie« beschriebene Einheit in einer solchen, sich von selbst ergebenden Weise nicht immer besteht. Dann muss der Staat doch Regeln dazu schaffen, welche Personen als Eltern anzusehen sind. Hier nun ist zu bedenken, dass Art. 6 Abs. 2 GG das ideale Aufwachsen von Kindern im Staat in einer geschützten Familiensphäre sichern soll. Ebenso wie der Staat den Eltern hier weitgehende inhaltliche Freiräume lässt, muss er sich auch bei der Bestimmung der Eltern zurückhalten. Bedenkt man das, so ergibt sich zunächst, dass selbstverständlich keine Qualitätsauswahl getroffen werden darf. Darüber hinaus müssen die natürlich bestehenden Verhältnisse als solche als schutzwürdig respektiert werden. Die Regeln zur Bestimmung der Abstammung müssen daher darauf ausgerichtet sein, dass die Personen die Elternstellung erhalten, bei denen – abstrakt betrachtet – die höchste Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie die Elternverantwortung auch wahrnehmen werden.²³ Es ist überraschend, dass selbst das BVerfG diesen Kontext nicht hergestellt hat, als es über die Abwägung der Rechte des biologischen und des rechtlichen und sozialen Vaters entschieden hat.²⁴

Nun ist einzuräumen, dass diese Ableitungen aus Art. 6 Abs. 2 GG am Ende sehr wenig konkret sind. Wo genau die Grenzziehung zwischen der Stabilität einer bestehenden rechtlich-sozialen Vaterschaft und der ebenfalls bedeutsamen biologischen Verwandtschaft erfolgen muss, lässt sich ihnen nicht entnehmen, sondern es sind hier einmal mehr im Detail auch politische Wertungen möglich. Doch sollte der Schutzraum Familie vor allem dann im Blickfeld bleiben, wenn komplizierte Fälle betroffen sind.²⁵

Coester widmet sich besonders der Behandlung ausländischer Leihmuttertschaft, bei der sich ebenfalls ablesen lässt, wie schwer die Kindorientierung im Abstammungsrecht fällt.²⁶ Hier gelingt es den Gerichten nur mit

23 Zur Übernahme von Elternverantwortung bei der Mutterschaft *Dethloff*, in: Röthel/Heiderhoff (Hrsg.), *Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?* 2016, S. 19 ff.

24 Nur *Meysen*, *Bundeskinderschutzgesetz: gesetzliche Programmatik im Baukastensystem*, FamRZ 2012, 405 ff.

25 So etwa bei der Vaterstellung desjenigen, der in eine heterologe Samenspende eingewilligt, sich von der Mutter aber bereits vor der Geburt getrennt hat. Hier läuft der Staat nicht Gefahr, die »natürliche Verbindung«, wie Art. 6 Abs. 2 GG sie schützt, zu verletzen, wenn er zulässt, dass – entsprechend dem System des § 1592 BGB – später ein anderer Mann nicht nur faktisch die Vaterrolle übernimmt; dazu überzeugend Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht, S. 60.

26 Näher *Coester* (in diesem Band), S. 29 (39 ff.).

Band 25

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Anatol Dutta
Professor Dr. Tobias Helms
Professor Dr. Martin Löhnig
Professor Dr. Anne Röhel

Fortführung der
Schriften zum deutschen und ausländischen Familienrecht
und Staatsangehörigkeitsrecht.
Verlag für Standesamtswesen, 1998–2010.

Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil

Herausgegeben von

Professorin Dr. Anne Röthel

Hamburg

Professorin Dr. Bettina Heiderhoff

Münster



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2018

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-96117-034-0 (Print)

ISBN 978-3-96117-035-7 (Online)

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

■ Vorwort

Am 23. Februar 2018 fand das vierte Fachgespräch Familienrecht an der Universität Münster statt. Wie schon bei unseren früheren Fachgesprächen im Jahr 2012 zur »Regelungsaufgabe Paarbeziehung«, im Jahr 2014 zur »Regelungsaufgabe Vaterstellung« und zuletzt im Jahr 2016 zur »Regelungsaufgabe Mutterstellung« diskutierten wir auch diesmal im kleinen interdisziplinären Kreis von Juristen, Medizinerinnen und Psychologinnen aus Wissenschaft, Praxis und Politik.

Mit dem Tagungsband können wir nun einen Teil des ertragreichen Gesprächs der Öffentlichkeit zugänglich machen. Wir sind den Beitragenden dafür dankbar, dass sie sich der besonderen Schwierigkeit ausgesetzt haben, uns zu diesem politisch, ethisch und rechtlich gleichermaßen kontroversen und komplizierten Fragenkreis eine schriftliche Fassung zu übermitteln.

Die Durchführung des Fachgesprächs und die Publikation der Referate wurde ermöglicht vom Institut für Deutsches und Internationales Familienrecht der Universität Münster und von der Bucerius Law School. Das Erscheinen des Tagungsbandes ist abermals willkommene Gelegenheit, dem Wolfgang Metzner Verlag für die wie immer umsichtige Unterstützung zu danken. Dankbar sind wir schließlich auch Frau Dr. Johanna Croon-Gestefeld, die die Entstehung der Publikation vorbereitete.

Hamburg und Münster, im September 2018

Anne Röthel

Bettina Heiderhoff

■ Inhalt

Vorwort 5

Professorin Dr. *Bettina Heiderhoff*

Kinderrechte – ein Überblick 9

Professor em. Dr. *Michael Coester*

Kinderrechte in der Rechtspraxis 29

Professorin Dr. *Friederike Wapler*

Kinderrechte in der Rechtsordnung – eine Aufgabe
für den Gesetzgeber? 45

Professor Dr. Dr. h. c. *Gerd Brudermüller*

Zu den ideengeschichtlichen Grundlagen der ethischen Begründung
von Kinderrechten 75

Professorin Dr. *Anne Röthel*

Das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit 89

■ Kinderrechte – ein Überblick

Von Professorin Dr. *Bettina Heiderhoff*, Münster

I. Perspektive

Bisher hatten die Fachgespräche im Familienrecht immer explizit gefragt: Was kann, was darf, was will der Staat? Anders als sonst waren diesmal jedoch die konkreten Pläne des Gesetzgebers, die auch im Koalitionsvertrag sichtbar gemacht wurden, Anlass für das Gespräch.¹ Wenn Kinderrechte formuliert und insbesondere in das Grundgesetz eingefügt werden sollen, gibt es Vieles zu bedenken.

Die geänderte Fragestellung – nämlich: »Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil« präzisiert daher den Fokus und richtet ihn genauer auf das aus, was bei den Kinderrechten die größten Schwierigkeiten macht: Eine Erhöhung der Quantität bedeutet keinesfalls ohne weiteres eine Erhöhung der Qualität. Mehr Rechte allein führen bei Kindern nicht unbedingt zu einer verbesserten Rechtsstellung. Vielmehr haben Kinder schon heute sehr viele Rechte. Die dennoch bestehenden Defizite haben ihre Ursache weitgehend im Bereich der Rechtsdurchsetzung. Das Kind selbst, zumindest das jüngere Kind, kann seine Rechte typischerweise noch nicht selbst durchsetzen. Die Eltern, denen daher die Durchsetzung vorrangig obliegt, sind jedoch nicht in jedem Fall dazu bereit oder in der Lage, für das Kind zu handeln. Zudem können Rechte des Kindes auch im Konflikt gerade mit den Elternrechten stehen. Hinzu kommen weitere Schwierigkeiten. Zum einen entwickeln Kinder sich individuell, also in sehr unterschiedlicher Art und Weise und Geschwindigkeit. Pauschale, alle Kinder gleichmachende Normen können daher leicht mehr Nachteile als Vorteile bringen. Zum anderen sind die bestehenden Rechte des Kindes teilweise auch im Gesetz kaum sichtbar oder zumindest nicht deutlich formuliert.

¹ Abgedruckt in diesem Band im Beitrag von *Wapler*, Kinderrechte in der Rechtsordnung – eine Aufgabe für den Gesetzgeber?, S. 45; siehe auch https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2018/03/2018-03-14-koalitionsvertrag.pdf;jsessionid=B2A9266003767AB3A8B0052AE22B213C.s7t1?__blob=publicationFile&v=5, S. 20; für die Entwürfe der letzten Jahre siehe die Dokumentation des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags »Aufnahme von Kinderrechten ins Grundgesetz« <https://www.bundestag.de/blob/538918/06efdd794f4f562eac0cce74f8e8ba1f/wd-3-226-17-pdf-data.pdf>; ausführlich auch schon der Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission von 1993, BT-Drs. 12/6000, S. 59 f.

Die Frage könnte, wenn man die Steuerungsperspektive wiederum mit aufnehmen möchte, also auch lauten: Wie muss der Staat vorgehen, um eine wirksame Verbesserung der Rechtsstellung des einzelnen Kindes zu erreichen?

II. Überblick über die zentralen Aspekte des Gesprächs

»Kinderrechte« können auf sehr unterschiedliche Art betrachtet und verstanden werden. Man kann sich damit beschäftigen, Felder zu suchen, auf denen Kinderrechte wichtig sind, und dabei von der Bildung über den Straßenverkehr und die Umwelt bis zur Ernährung und Gesundheit gelangen. Das ist jedoch nicht unser Anliegen. Vielmehr wollen wir herausarbeiten, wie – ungeachtet des konkret betroffenen Bereichs – Kindern effektiv Rechte zuerkannt werden können. Wie sich der heute selbstverständliche Gedanke, dass Kinder überhaupt Rechte haben, ethisch entwickelt hat, welche Bedeutung dabei die Eltern und die Elternrechte haben, wie das Wohl des Kindes als allgemeines Ziel der Rechtsordnung mit den Kinderrechten in Einklang zu bringen ist und insbesondere, wie die Entwicklung des Kindes sich auf seine rechtliche Autonomie auswirkt, sind dabei ganz wesentliche Fragestellungen.

Diese Einführung hat das Ziel, im Rahmen einiger punktueller Vorüberlegungen die zentralen Aspekte etwas zu schärfen und greift dazu vorab die eher grundlegenden Fragen, wie das Verhältnis von den Kinderrechten zu den Elternrechten und die Selbstbestimmung des Kindes auf. Besonderes Augenmerk wird dabei auf das Problem der fehlenden Sichtbarkeit von Kinderrechten sowie auf die Schwierigkeiten einer Sichtbarmachung gelegt, da dies den zentralen Aspekt der gegenwärtigen politischen Debatte ausmacht.

III. Kinderrechte und Elternrechte

1. Zur Konstruktion des Art. 6 Abs. 2 GG

Ausgangspunkt auch dieser Vorüberlegungen soll Art. 6 Abs. 2 GG sein. Dieser folgt einer Konstruktion, die nicht einfach zu durchschauen ist, aber dennoch bei jeder Ableitung berücksichtigt werden muss. Mit Art. 6 Abs. 2 GG wird ein Schutzraum für die Kinder konstruiert, indem die Eltern als Grundrechtsträger benannt werden. Anders gesagt bekommen die Eltern das starke Schutz- und Abwehrrecht letztlich, weil ihre Kinder geschützt werden sollen. *Wapler* spricht dabei überzeugend von einem relationalen

■ Kinderrechte in der Rechtspraxis

Von Professor em. Dr. *Michael Coester*, München

I. Zur Thematik

In ihrem Einladungsschreiben zu diesem Fachgespräch haben die beiden Veranstalterinnen den Inhalt der einzelnen Vorträge bereits skizziert – nicht nur in deren Titel, sondern auch schon in den beigefügten, konkretisierenden Vorüberlegungen. Dies geschah gewissermaßen in Form eines »prognostischen Imperativs«, dem ich natürlich zu folgen versuchen werde.

Ich werde mich deshalb unvermittelt im Teil II meines Vortrags (*Praktiken und Erfahrungen*) auf eine exemplarische Analyse des Kinderrechte-Arguments in der Rechtspraxis konzentrieren und anschließend – im Rahmen der »Herausforderungen« (Teil III) – nicht nur auf unausgeschöpfte Wirkungsmöglichkeiten des Kinderrechte-Arguments, sondern auch auf Grenzen und Gefahren dieses Begründungsansatzes zu sprechen kommen.¹

II. Praktiken und Erfahrungen

1. Das Grundrecht des Kindes auf elterliche Sorge

Die Diskussion um eigenständige, spezifische Rechte von Kindern hatte 2008 durch eine Entscheidung des BGH auch auf die juristische Praxis übergegriffen.² In jener Entscheidung hatte der BGH aus dem in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG statuierten Eltern-Pflichtrecht auf Pflege und Erziehung ih-

¹ *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl (2015), insbesondere Teil 1 (S. 27 ff.) und Teil 2 (S. 89 ff.). Zu dieser Thematik auch *Coester*, DEuFamR 1999, 3 ff.; *ders.*, Die Rechtsposition des Kindes im Verfassungsrecht, in: Festschrift Salgo 2016, S. 13 ff.; *Maywald*, Die UN-Kinderkonvention – eine Zwischenbilanz, in: Festschrift Salgo 2016, S. 23 ff.; *Coester-Waltjen*, Die rechtliche Stellung des Kindes im Jahr 1900 und im Jahr 2000, in: Staudinger-Kommentar, 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger (1999) S. 143 ff.; *Hartwig/Mennen/Schrappner* (Hrsg.), Kinderrechte als Fixstern moderner Pädagogik (2016). Zur »*Children's lib*«-Bewegung in den USA in den 70-er Jahren des vorigen Jahrhunderts s. *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff (1983) S. 91 ff.

² BGH FamRZ 2008, 845.

rer Kinder einen korrespondierenden, verfassungsrechtlichen »Anspruch« *des Kindes* formuliert, »dass seine Eltern der mit ihrem Elternrecht untrennbar verbundenen Pflicht auch nachkommen.«³ Diese Entscheidung hat in der juristischen Diskussion viel Wirbel ausgelöst,⁴ verwandelte sie doch tendenziell das Kind vom Empfänger und gewissermaßen Objekt elterlicher Fürsorge zum diesbezüglichen Gläubiger und beschwor zumindest ein Missverständnis herauf, wonach die komplexe, ganzheitliche Beziehung von Eltern und Kind auf ein schuldrechtliches Gläubiger-Schuldner-Verhältnis heruntergefahren werden könne. Die Reaktion der Literatur auf das Urteil von 2008 braucht nicht im Einzelnen nachgezeichnet zu werden, denn das BVerfG hat mit Entscheidung vom 19. 2. 2013 seine diesbezügliche Position näher ausgeführt und verdeutlicht.⁵ Ausgangspunkt ist demnach das dem Kind – wie jedem Menschen – zustehende Grundrecht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Die Verantwortung für die Verwirklichung dieses Grundrechts – mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts die aus Art. 2 Abs. 1 GG folgende »Schutzverantwortung für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes« – diese Verantwortung also teilt für den Einzelfall das Grundgesetz selbst zwischen Staat und Eltern auf:⁶

Gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind demnach primär *die Eltern* berufen, aber auch verpflichtet, die grundgesetzlich garantierte Persönlichkeitsentwicklung für ihr Kind zu fördern und zu sichern. Jedoch steht auch *der Staat* in der Pflicht, wenngleich nur in zweiter Linie: *Zum einen* als gewissermaßen komplettierende Instanz, d. h. durch Unterstützung und Ergänzung der elterlichen Sorge schon auf genereller Ebene (wie etwa durch die allgemeine Schulpflicht), aber auch bei Bedarf in Einzelfällen (Beratungs- und Entlastungsangebote). *Daneben* steht aber auch die in Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG verankerte *Schutzfunktion* für die Grundrechte des Kindes – das bekannte staatliche »Wächteramt«.

Es ist unverkennbar, dass sich das BVerfG mit dieser klarstellenden Strukturierung von Elternrecht und Staatsverantwortung von dem 2008 prokla-

3 BGH FamRZ 2008, 845 Rn. 72.

4 Kritisch vor allem *Jestaedt*, JAmt/ZKJ- Sonderheft 2010, 32 ff.; *Reimer/Jestaedt*, JZ 2013, 468, 471: »grundrechtsdogmatischer Solitär«; zur Diskussion vgl. *Coester*, Aufgabe des Staates: Funktionen und Grenzen des Familienrechts in Bezug auf das Kindeswohl, in: *Interventionen zum Kindeswohl (2009)* S. 11 ff.

5 BVerfG 19. 2. 2013 – 1 BvL 1/11 und 1 BvR 3247/09-, JZ 2013, 460 (die Entscheidung betraf schwerpunktmäßig die gleichgeschlechtliche Elternschaft); zu diesem Aspekt des Urteils *Britz*, Familienrechtsreform und Verfassungsrecht, in: *Götz/Schnitzler* (Hrsg.), 40 Jahre Familienrechtsreform (2017) 19 ff., 23.

6 BVerfG a. a. O. Rn. 42.

■ Kinderrechte in der Rechtsordnung – eine Aufgabe für den Gesetzgeber?

Von Professorin Dr. *Friederike Wapler*, Mainz¹

Sind »Kinderrechte« eine Aufgabe für den Gesetzgeber? Die amtierende Regierung sieht es so. Im Koalitionsvertrag des Jahres 2018 finden sich die folgenden Sätze:²

»Wir werden Kinderrechte im Grundgesetz ausdrücklich verankern. Kinder sind Grundrechtsträger, ihre Rechte haben für uns Verfassungsrang. Wir werden ein Kindergrundrecht schaffen. Über die genaue Ausgestaltung sollen Bund und Länder in einer neuen gemeinsamen Arbeitsgruppe beraten und bis spätestens Ende 2019 einen Vorschlag vorlegen. Die Kinderkommission des Deutschen Bundestages werden wir in ihrer Arbeit stärken.«

Besser kann man die anhaltende Misere der Diskussion um Kinderrechte in Deutschland kaum auf den Punkt bringen: Das Grundgesetz soll geändert werden – aber warum, wird nicht verraten. Der Verfassungsrang von Kinderrechten wird im Stile eines Bekenntnisses (»für uns«) vorgetragen, obwohl niemand den Status von Kindern und Jugendlichen als Träger von Grundrechten – und Grundrechte sind bekanntlich Rechte mit Verfassungsrang – in Frage stellt.³ Damit wird ein Regelungsbedarf konstruiert, der nicht besteht.⁴ Der Ausdruck »ein Kindergrundrecht« suggeriert, man könne den rechtlichen Status des Kindes in einem einzigen Grundrecht zu-

¹ Die Verf. ist Inhaberin des Lehrstuhls für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht an der Universität Mainz. Der Beitrag ist eine überarbeitete Fassung meines Vortrags am 23. Februar 2018 in Münster. Ich danke den Teilnehmerinnen und Teilnehmern des Fachgesprächs für ihre wertvollen Anregungen und Hinweise, die ich gern aufgegriffen habe.

² Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD v. 7. Februar 2018, S. 21.

³ Der Verfassungsrang der Rechte von Kindern und Jugendlichen ist nicht einmal etwas Neues: Schon aus dem Jahr 1968 stammt die vielzitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in der das Gericht die Grundrechtsträgerschaft von Kindern klarstellt, vgl. BVerfGE 24, 119 (144).

⁴ Vgl. *Hofmann/Donath*, Gutachten bezüglich der ausdrücklichen Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz nach Maßgabe der Grundprinzipien der UN-Kinderrechtskonvention, 2017, S. 21f., 41 sowie die Nachweise bei *Wapler*, Kinderrechte ins Grundgesetz? in: Sachverständigenkommission 15. Kinder- und Jugendbericht (Hrsg.), Materialien zum 15. Kinder- und Jugendbericht, 2017, S. 22f.

sammenfassen. Damit wird nicht nur verkannt, wie komplex die Lebenslagen von Kindern sind. Wie bei jedem Menschen bedarf es mehr als eines Grundrechts, um ihre fundamentalen Belange zu gewährleisten. Implizit stützt die Formulierung auch die verbreitete Vorstellung, »das Kinderrecht« und »das Elternrecht« stünden einander gegenüber wie zwei Gegner im Boxring, von denen nur einer gewinnen kann.⁵ Welche Güter, Bedürfnisse, Wünsche oder Ziele von Kindern und Jugendlichen ein solches »Generalgrundrecht« schützen soll, bleibt sodann vollkommen offen. Die Debatte wird auf die verfassungsgesetzliche Ebene verengt, als sei mit ihrer Ausformulierung auch die Implementierung schon geleistet. Am Ende wird die Angelegenheit einem (weiteren) Arbeitskreis überantwortet, als könne der jahrelangen Diskussion noch etwas Neues hinzugefügt werden.⁶

»Für Kinder« zu sein, Kinder »stärken« zu wollen und sich für ihre Rechte einzusetzen, ist positiv besetzt und lädt zu allgemeiner Zustimmung ein. »Kinderrechte« sind nicht zuletzt deswegen zu einem häufig verwendeten, aber selten konkretisierten Schlagwort geworden. Die Grund- und Menschenrechte von Kindern und Jugendlichen verdienen indes eine differenziertere Betrachtung. Sie können und sollen ein kritischer Maßstab für das Recht der Kindheit und Jugend und auch für den praktischen Umgang mit Kindern und Jugendlichen sein. Solche kritischen Maßstäbe zu entwickeln, ist Ziel des folgenden Beitrags. Er gibt zu diesem Zweck zunächst einen Überblick über die Rechte von Kindern und Jugendlichen nach der UN-Kinderrechtskonvention (KRK) (I). Anschließend geht es um die Rechte der Eltern: Wie können wir das elterliche Erziehungsrecht verstehen, wenn wir es nicht (mehr) als ein paternalistisches Herrschaftsrecht über das Kind begreifen dürfen? In diesem Zusammenhang kritisiere ich die verbreitete Vorstellung, das Elternrecht sei ein fremdnütziges Recht, und schlage ein anderes Verständnis vor, das ich »relational« nenne (II). Auch nach einem relationalen Verständnis der Kinderrechte und des Elternrechts müssen Eingriffe in die private Erziehung grundsätzlich gerechtfertigt werden. Im Weiteren werden darum die wichtigsten Gründe für eine solche Rechtfertigung untersucht (III). Dies sind der Schutz des Kindes vor Gefährdungen (III.1), die Selbstbestimmung des Kindes (III.2) und die Rechte des Kindes auf Bildung und Chancengleichheit (III.3). Hierzu werden einige Beispiele erörtert, um anschließend noch einmal auf die eingangs aufgeworfene Frage nach einer Verfassungsänderung zurückzukommen (IV).

5 Siehe hierzu *Wapler*, Dreiecksverhältnisse. Über die Rechte von Kindern, Jugendlichen und ihrer Eltern im SGB VIII, ZKJ 2015, S. 336–340.

6 Siehe den Überblick über die Reformvorschläge und die ihnen zugrundeliegenden Regelungsabsichten seit 1992 bei *Wapler* (Fn. 4), S. 13 ff., sowie die Ausführungen bei *Hofmann/Donath* (Fn. 4), S. 21 f.

■ Zu den ideengeschichtlichen Grundlagen der ethischen Begründung von Kinderrechten

Von Professor Dr. Dr. h. c. *Gerd Brudermüller*, Vorsitzender Richter am OLG Karlsruhe a. D.

I. Einführung

»Kinder sind Eigentum der Eltern« – war die Ansicht englischer Staatstheoretiker im 17. Jahrhundert. So meinte etwa Hobbes, aus dem Erwerbsrecht ableiten zu können, dass Kinder das Eigentum der *Mutter* seien. Sein Zeitgenosse Filmer war grundsätzlich auch dieser Meinung, sprach das Eigentumsrecht an Kindern hingegen dem *Vater* zu. Leibniz, der in seinen »Gedanken über den Begriff der Gerechtigkeit« hierauf Bezug nimmt,¹ hat die Vorstellung, dass Eigentumsrechte an Kindern erworben werden könnten, verworfen. Leibniz hat zwar nicht bestritten, dass Eltern »durch Zeugung und Erziehung« Macht über ihre Kinder erlangen können, er hat es aber abgelehnt, dass Kinder Eigentum ihrer Erzeuger seien »wie Pferde oder Hunde, die bei uns geboren wurden, oder wie Werke, die wir selbst erschaffen haben.« Kinder – so Leibniz – hätten vielmehr das Recht »der vernunftbegabten Seelen, die natürlich und unveräußerlich frei sind.«²

Für uns ist heute selbstverständlich, dass Kinder kein »Eigentum« ihrer Erzeuger sind. Haben sie aber auch eigene Rechte? Und wenn ja, wie lassen sie sich aus ideengeschichtlicher Sicht ethisch begründen und wie weit gehen sie?

Im Folgenden soll die ideengeschichtliche *Herleitung* der Kinderrechte, freilich nur in groben Strichen, skizziert werden, vornehmlich mit Bezug auf den deutschen Idealismus, namentlich Kant und Hegel. Nach diesem aus dem Aufklärungszeitalter hervorgegangenen Denken, das für unser Rechtsverständnis die Grundlage ist, wird Recht verstanden als ein wechselsei-

¹ Zitiert nach *Leibniz*, Gedanken über den Begriff der Gerechtigkeit, herausgegeben und mit einer Einführung versehen von *Wenchao Li*, Hannover 2014, S. 47. Dass der damalige Eigentumsbegriff allerdings nicht deckungsgleich ist mit dem heutigen, kann hier nicht ausgeführt werden. – Herrn Prof. Dr. *Meder*, Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover, danke ich für die Überlassung der Kopien des vergriffenen Werkes.

² Ebd., S. 48.

tiges Anerkennen der Freiheit des Anderen, unter der Voraussetzung, der Andere sei ein vernünftiges Wesen. Mit »Kindern und Schwachsinnigen«, wie es in der Konnotation oft hieß, hatte man deshalb aus ethischer Sicht immer eine gewisse Mühe bei der Zuerkennung von Rechten.

Weitgehend ausgeblendet wird in diesem Kontext die Kontroverse über die sog. »Wahltheorie« und die sog. »Interesstheorie«.³ Es handelt sich nämlich hierbei nicht im eigentlichen Sinn um die Begründung von Kinderrechten, sondern um die sehr viel allgemeinere Frage, ob Wesen, die keine »*moral agents*« sind, gleichwohl Rechte haben können (wie etwa auch Tiere). Das lässt sich auf der Basis der »Interesstheorie«, fasst man den Interessenbegriff objektiv genug, begründen. Was man gewöhnlich unter Kinderrechten versteht, geht aber inhaltlich und in den Anforderungen weit über Tierrechte hinaus und hat in der einen oder anderen Weise mit dem Weg zum Erwachsenwerden zu tun. Es geht also bei Kinderrechten um eine Debatte innerhalb der »Wahltheorie«, genauer um die Frage, welche potentiellen oder einseitig zugeschriebenen Akte der Wahlfreiheit bereits Rechte generieren können, die den Erwachsenenrechten nahe kommen.

II. Der Status des Kindes – Versuche von Potentialitäts- und Anlageargumenten

Wie lassen sich Kinderrechte begründen? Locke versuchte es mit der Begründung, Kinder seien zwar noch keine solchen vernünftigen Wesen, sie würden aber dazu geboren kraft ihrer Vernunftbegabung und Schöpfung durch Gott, seien im moralischen Status also gleich.⁴ Von diesem aus dem

3 Vgl. etwa *Hart*, Are there any Natural Rights. In: Waldron (ed.), *Theories of Rights* (1955), Nachdruck Oxford 2009, S. 77 ff.; *MacCormick*, Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right, ARSP 1976, 305 ff. – Zu der (hier ebenfalls ausgeklammerten) weiteren Frage, ob Zukünftigen überhaupt Rechte zugesprochen werden können, vgl. *Birnbacher*, Verantwortung für zukünftige Generationen, Stuttgart 1988, S. 98 ff., speziell mit Blick auf Zukunftsverantwortung und Generationensolidarität.

4 Vgl. *Locke*, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Frankfurt am Main (1977; hier zitiert nach der 15. Aufl. 2017), § 6, S. 203.

■ Das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit

Zum dogmatischen Potential der Verdeutlichung von
Kinderrechten

Von Professorin Dr. *Anne Röthel*, Hamburg*

I. Gegenstand der Überlegungen

Über Kinderrechte wird derzeit in verschiedenen Zusammenhängen diskutiert. Manchen geht es um die Leistungsberechtigung von Kindern im Hinblick auf Sozial- und Bildungsansprüche, anderen um den Aufenthaltsstatus oder die Wahlberechtigung; aus verfassungsrechtlicher Perspektive steht der Grundrechtsstatus im Vordergrund, aus der Sicht des Privatrechts interessiert die Rechtsstellung des Kindes im Individualrechtsverkehr und vor allem im Verhältnis zu seinen Eltern. Mit Kinderrechten wird hier einerseits die Frage nach einem Recht *auf* Eltern thematisiert, andererseits die Frage danach, ob das Kind Rechte *gegen* elterliches Handeln hat. Nur diese letzte Facette von Kinderrechten ist Gegenstand der folgenden Überlegungen: die Rechtsstellung des Kindes im Verhältnis zu elterlichem Erziehungshandeln.

Dazu werde ich zunächst aufzeigen, dass wir uns hier in einer Situation befinden, in der sich die Frage nach einem »ob« von Kinderrechten eigentlich nicht mehr stellt. Verfassungsrechtlich kann als geklärt gelten, dass Kinder auch im Verhältnis zu elterlichem Erziehungshandeln über Rechte verfügen, die ihnen Eigenzuständigkeit und die prinzipielle Beachtlichkeit ihres Willens als Bestandteil ihres Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit

* Verf. ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht der Bucerius Law School, Hamburg. – Der Beitrag beruht auf dem Vortrag, den ich am 23. Februar 2018 in Münster gehalten habe. Ich bin dankbar für die vielen wertvollen Anregungen im Verlauf der Diskussionen, die das Zusammenkommen so fruchtbar gemacht haben. Insbesondere den Überlegungen und kritischen Nachfragen von Friederike Wapler, Dagmar Coester-Waltjen und Eva Schumann und vor allem dem fortwährenden Gespräch mit Bettina Heiderhoff verdanke ich es, wenn es mir in der schriftlichen Fassung gelungen sein sollte, meine Analysen und Ableitungen (insbesondere unter III.) weiter zu präzisieren. Es bleibt gleichwohl das Gefühl, dass in diesem schwierigen Fragenkreis die eigentlichen Herkulesaufgaben noch nicht bewältigt sind.

sichern (unten II.1.). Betrachten wir dann das einfache Recht, müssen wir allerdings zur Kenntnis nehmen, dass die Wahrung dieses grundrechtlich angelegten Rechts auf Eigenzuständigkeit nach wie vor in vielen für die Persönlichkeitsentfaltung wesentlichen Fragen nicht gesetzlich expliziert ist, sondern sich wesentlich einem richterlichen Interpretationsklima verdankt, in dem das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit weithin ohne nähere Anleitung oder Spezifizierung in »freihändigem« Rückgriff auf verfassungsgerichtliche Wendungen gewahrt und entfaltet wird (unten II.2.).

Man könnte diesen Befund rechtspolitisch bewerten und sich fragen, ob der gerichtlich entfaltete Raum eines Rechts des Kindes auf Eigenzuständigkeit nicht noch größer sein, das Kind also mehr oder früher in seiner Eigenzuständigkeit anerkannt sein sollte. Diesen Weg möchte ich im Weiteren aber nicht gehen. Vielmehr möchte ich darlegen, aus welchen Gründen es sich empfiehlt, die bislang von den Gerichten weitgehend interpretatorisch entwickelte Sphäre einer Eigenzuständigkeit des Kindes gesetzlich zu verdeutlichen. Und ich spreche insoweit bewusst von »verdeutlichen«. Denn es geht nicht darum, Kinderrechte überhaupt erst anzuerkennen. Zu überlegen ist indes, wie den Kinderrechten, die in der Rechtsordnung angelegt und gerichtlich in Einzelentscheidungen zur Geltung gebracht worden sind, zu konstruktiver Verfestigung und Strukturierung verholfen werden kann. Im letzten Teil wird daher erläutert, aus welchen Gründen sich eine Verdeutlichung des Rechts auf Eigenzuständigkeit des Kindes empfiehlt (unten III.). Dabei geht es insbesondere darum, den dogmatischen Nutzen einer Verdeutlichung des Rechts auf Eigenzuständigkeit des Kindes zu erläutern, also die Vorteile aufzuzeigen, die eine solche Verdeutlichung als Ordnungs- und Systematisierungsleistung für die Rechtsanwendung und die weitere Rechtsbildung haben kann.

II. Das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit

Die Diskussion um Kinderrechte ist nicht frei von Rhetoriken.¹ Wer heute für Kinderrechte eintritt, kann damit leicht den Eindruck erwecken – und dies wird mitunter auch bezweckt sein –, Kinder wären noch nicht Träger von Rechten. Aber die umgekehrte Argumentation ist genauso verbreitet: Kinder hätten ohnehin schon Rechte; jede Explizierung von Kinderrechten, ob im Grundgesetz oder im einfachen Recht, sei daher überflüssige Ly-

1 Scheiwe, Vom Objekt zum Subjekt? Kinderrechte zwischen Rechtsrhetorik und Realisierbarkeit, Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2009, 7ff.