

Ingo Richter | Lothar Krappmann | Friederike Wapler [Hrsg.]

# Kinderrechte

Handbuch des deutschen und internationalen  
Kinder- und Jugendrechts



**Nomos**

Ingo Richter | Lothar Krappmann |  
Friederike Wapler [Hrsg.]

# Kinderrechte

Handbuch des deutschen und internationalen  
Kinder- und Jugendrechts



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

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

ISBN 978-3-8487-5431-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-9600-5 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Für Christian Petry*

*2. Dezember 1941 – 12. November 2018*



## Vorwort

Dieses Handbuch stellt das deutsche Kinder- und Jugendrecht dar, und zwar in der Absicht zu prüfen, ob die von der Bundesrepublik im Jahre 1992 ratifizierte *UN-Kinderrechtskonvention* vom 20. November 1989 in Deutschland gesetzlich umgesetzt wurde und dadurch die rechtlichen Voraussetzungen für die Verwirklichung der Bestimmungen der Konvention geschaffen wurden. Kinderrechte verkörpern einerseits jahrhundertalte philosophisch-pädagogische Ideen und andererseits aktuelle politisch-menschenrechtliche Forderungen, die in einem internationalen Vertrag Ausdruck gefunden haben. Das vorliegende Handbuch wendet sich deshalb sowohl an die Politik und an die Wissenschaft sowie an die Praxis, die für die Umsetzung und Verwirklichung der Kinderrechte Verantwortung tragen.

Dieses Handbuch ist ein juristisches Buch, das auf rechtswissenschaftlicher Grundlage der Kinderrechtspraxis dienen soll. Nach einer Einführung in die Geschichte und Gegenwart des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts sowie der *Kinderrechtskonvention* stellen die Autorinnen und Autoren in fünfzehn Kapiteln die Regelungen des deutschen Rechts für maßgebliche Lebensbereiche der Kinder und Jugendlichen dar. Diese Zusammenfassung des deutschen Kinder- und Jugendrechts bietet die Grundlage für eine Untersuchung, ob das Recht derzeit zu sichern vermag, dass Kinder nicht nur versorgt werden, sondern sich als respektierte Mitglieder der menschlichen Gemeinschaft erleben und ob ihre Meinungen und Interessen geachtet und berücksichtigt werden. Rechtstatistische Erkenntnisse hierzu fehlen in vielen Lebensbereichen. Dieses Buch soll darum auch als Anstoß verstanden werden, die Durchsetzung der Kinderrechte in der Lebenswirklichkeit von Kindern und Jugendlichen gründlicher zu untersuchen.

Bei der Auswahl der Rechtsbereiche haben wir uns vor allem von einem Blick auf die Lebenslagen der Kinder und Jugendlichen leiten lassen und nicht von der rechtlichen Systematik. So gibt es einerseits Kapitel zu den Institutionen des Kinderlebens wie Familie, Kindergarten, Schule, Kinder- und Jugendhilfe, Ausbildung und Arbeit sowie andererseits Beiträge zu Lebens- und Entwicklungsfragen wie Gesundheit und Behinderung, Migration oder Mediennutzung und schließlich auch zu wichtigen Verfahrens- und Durchsetzungsmechanismen wie Beteiligung, Daten- und Vertrauensschutz sowie Strafe und Strafvollzug.

Wir widmen dieses Buch Christian Petry, der vor Jahren die Idee zu diesem Buch hatte und der diese Idee unermüdlich vorgetragen und diskutiert hat. Christian Petry ist am 12. November 2018 gestorben und hat deshalb das Erscheinen dieses Buches nicht mehr miterlebt. Er hätte sich gefreut, wenn nicht nur Juristen, sondern möglichst viele Pädagogen, Sozialwissenschaftler und Politiker es lesen und aus ihm Anregungen für ihre Praxis erhalten. Wir danken ihm für seine vielfältigen Anregungen sowie der von ihm geleiteten Forschungsgruppe Modellprojekte e.V. für die finanzielle Unterstützung dieses Vorhabens.

Wir danken auch den Autorinnen und Autoren, die sich einem Thema gewidmet haben, das zwar große öffentliche Aufmerksamkeit erregt, aber in Deutschland nur wenige juristische Bearbeiterinnen und Bearbeiter findet. Unser Dank gilt ebenfalls Vannareth Hean, der die Texte mit großer Sorgfalt redigiert hat. Die Forschungsgruppe Modellprojekte hatte zu einer Autorinnen- und Autorentagung eingeladen, an der auch Frau Dr. Christiane Schmaltz und Herr Jörg Maywald teilgenommen und kritische Kommentare abgeliefert haben, für die wir dankbar sind. Unser Dank gilt auch dem Nomos Verlag für die Aufnahme in sein Verlagsprogramm und den Mitarbeiterinnen des Verlages, die das Vorhaben vielfältig unterstützt haben.

Ingo Richter, Lothar Krappmann, Friederike Wapler



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	7
Abkürzungsverzeichnis .....	11
Einleitung 1: Die Rechte der Kinder und Jugendlichen in der deutschen Rechtsgeschichte .....	15
<i>Ingo Richter</i>	
Einleitung 2: Entstehung der Kinderrechte als Menschenrechte der Kinder .....	37
<i>Lothar Krappmann</i>	
Einleitung 3: Kinderrechte im internationalen Recht in Geschichte und Gegenwart .....	55
<i>Stefanie Schmahl</i>	
Kapitel 1: Verfassungsrecht .....	69
<i>Friederike Wapler</i>	
Kapitel 2: Rechtliche Handlungsfähigkeit und Verantwortlichkeit .....	101
<i>Friederike Wapler</i>	
Kapitel 3: Familienrecht .....	119
<i>Kirsten Scheiwe</i>	
Kapitel 4: Recht der Kinder- und Jugendhilfe .....	153
<i>Reinhard Wiesner</i>	
Kapitel 5: Recht der Kindertagesbetreuung .....	199
<i>Reinhard Wiesner</i>	
Kapitel 6: Recht auf Bildung .....	223
<i>Hans-Peter Füssel</i>	
Kapitel 7: Recht auf Ausbildung und Arbeit .....	247
<i>Ingo Richter</i>	
Kapitel 8: Soziale Sicherung .....	273
<i>Daniela Schweigler</i>	
Kapitel 9: Kinder mit Behinderung .....	305
<i>Gabriele Kuhn-Zuber</i>	
Kapitel 10: Gesundheitsrecht .....	331
<i>Stephan Rixen</i>	
Kapitel 11: Migrationsrecht .....	345
<i>Roman Lehner</i>	
Kapitel 12: Kinderrechte und Medien .....	375
<i>Stefanie Schmahl</i>	

Kapitel 13: Kindheit und Strafrecht .....	405
<i>Hans-Jörg Albrecht</i>	
Kapitel 14: Daten- und Vertrauensschutz .....	443
<i>Thomas Mörsberger</i>	
Kapitel 15: Beteiligung in Gerichts- und Verwaltungsverfahren .....	473
<i>Linda Zaiane und Sebastian Schiller</i>	
Fazit und Nachgedanken .....	513
<i>Ingo Richter, Lothar Krappmann, Friederike Wapler</i>	
Autorinnen und Autoren .....	525
<b>Anhang</b>	
Das Berichtsverfahren der UN-Menschenrechtsverträge .....	531
<i>Lothar Krappmann</i>	
Übereinkommen über die Rechte des Kindes .....	537
Drittes Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren .....	555
Stichwortverzeichnis .....	565

# Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt (EU)
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AFK	Antifolterkonvention (Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe)
AGJF	Arbeitsgemeinschaft der Obersten Landesjugend- und Familienbehörden
AMRK	Amerikanische Menschenrechtskonvention
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte (Zeitschrift)
ARDK	Antirassendiskriminierungskonvention (Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung)
AusJFL	Australian Journal of Family Law
BAMF	Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge
BauR	Baurecht (Zeitschrift)
BayGVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt für Bayern
BHR	Bulletin of Human Rights
BKGG	Bundeskindergeldgesetz
BRK	Behindertenrechtskonvention (Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen)
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend:
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BMVBS	Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
CAT	Committee Against Torture
CCPR	Covenant on Civil and Political Rights
CERD	Committee on the Elimination of Racial Discrimination
CESCR	Council of Economic, Social and Cultural Rights
CETS	Council of Europe Treaties Series (ab 2004, davor ETS)
CHR	Commission on Human Rights
CRC	Committee on the Rights of the Child
DIMR	Deutsches Institut für Menschenrechte
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Dok.	Dokument
DV	Deutsche Verwaltung (jetzt DVBl)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ECOSOC	Economic and Social Council
Einl.	Einleitung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESC	Europäische Sozialcharta
ESC(rev)	Revidierte Europäische Sozialcharta

ESÜ	Europäisches Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses
ETS	European Treaty Series (bis 2004, danach CETS)
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FamFR	Zeitschrift für Familienrecht und Familienverfahrensrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FP	Fakultativprotokoll
FP-KRK	Fakultativprotokoll zur Konvention über die Rechte des Kindes
FRA	Fundamental Rights Agency (EU Agency for Fundamental Rights)
FRK	Frauenrechtskonvention (Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau)
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht (Zeitschrift)
FuR	Familie und Recht (Zeitschrift)
gem.	gemäß
GeschO	Geschäftsordnung
GC	General Comment(s.)
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GK	Genfer Konvention
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GYIL	German Yearbook of International Law
HRC	Human Rights Committee
HRLR	Human Rights Law Review
HKÜ	Haager Konvention über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung
IAGMR	Inter-Amerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte
ICC	International Criminal Court
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
idR	in der Regel
IGH	Internationaler Gerichtshof
IJCR	International Journal of Children's Rights
IKRK	Internationales Komitee vom Roten Kreuz
ILO	International Labour Organisation
InfAusLR	Informationsbrief Ausländerrecht (Zeitschrift)
insbes.	insbesondere
IJLF	International Journal of Law and the Family
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Zeitschrift)
IPwskR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
iR	im Rahmen
iSd	im Sinne des
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof

iÜ	im Übrigen
JAmT	Das Jugendamt – Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
JFMK	Konferenz der Ministerinnen und Minister, Senatorinnen und Senatoren für Jugend: und Familie der Länder
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
KMK	Kultusministerkonferenz
KRA	Kinderrechtsausschuss
KRK	Kinderrechtskonvention (Konvention über die Rechte des Kindes)
KSÜ	Haager Kinderschutzübereinkommen
LJIL	Leiden Journal of International Law
MDG-Report	The Millenium Development Goals Report
MRA	Menschenrechtsausschuss
MRM	MenschenRechtsMagazin
MSA	Minderjährigenschutzabkommen
NGO	Non-governmental organisation
NJW	Neue Juristische Woche (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OAU-Flüchtlingskonvention	Konvention der Organisation für Afrikanische Einheit zur Regelung der Probleme von Flüchtlingen in Afrika
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
PStG	Personenstandsgesetz
RdJB	Recht der Jugend: und des Bildungswesens (Zeitschrift)
Res.	Resolution
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
ÜGRG	Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren
UN	United Nations
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
UNGA	United Nations General Assembly
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund
UNRIC	United Nations Regional Information Centre
UNTS	United Nations Treaty Series
VerfO	Verfahrensordnung
vgl.	vergleiche
VN	Vereinte Nationen (Zeitschrift)
VO	Verordnung
Vol.	Volume
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht

zit.	zitiert (als)
ZKJ	Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe
ZP	Zusatzprotokoll
ZP-EMRK	Zusatzprotokoll zur EMRK
ZP-GK	Zusatzprotokoll zu den Genfer Konventionen

# Einleitung 1: Die Rechte der Kinder und Jugendlichen in der deutschen Rechtsgeschichte

*Ingo Richter*

## 1. Kindheit und Jugend:

Im Jahre 1975 erschien ein 15 Jahre altes Buch des französischen Historikers Philippe Aries auf Deutsch unter dem Titel „Geschichte der Kindheit“, in dem bereits durch den Titel die These deutlich ausgedrückt wurde: Kindheit ist kein natürliches, sondern ein geschichtliches Phänomen, oder wie es im Vorwort hieß: „Kindheit hat es nicht immer gegeben – nämlich jener von uns wahrgenommene und wahrgemachte prinzipielle Abstand zwischen Erwachsenen und Kindern“<sup>1</sup>. 25 Jahre später verschärfte Michael-Sebastian Honig diese Kennzeichnung, indem er „Kindheit“ als Konstrukt bezeichnete: „Kindheit ist daher kein deskriptiver, sondern ein normativer Begriff“<sup>2</sup>. In pluralistischen Gesellschaften gibt es jedoch keine einheitlichen, sondern unterschiedliche, ja sogar sehr widersprüchliche normative Vorstellungen davon, was Kindheit ist, sein könnte und sein sollte:

„Kinder und Kindheit sind in der Gesellschaft der Bundesrepublik keineswegs ein selbstverständliches Element des Lebens, über das es eine gemeinsame Vorstellung gäbe. Kinder sind nicht ‚einfach da‘, sondern das, was Kinder bedeuten, was man ihnen geben muss und was man von ihnen erwarten darf, ist Gegenstand persönlicher Erwartungen und gesellschaftlicher Interpretationen. Diese Erwartungen und Interpretationen sind vielfältig, heben verschiedene Seiten des Kindseins und des Aufwachsens hervor und sind keineswegs frei von Widersprüchen.“<sup>3</sup>

In diese Erwartungen und Interpretationen fließen Sehnsüchte und Hoffnungen ein, Erinnerungen an die Vergangenheit und Anforderungen an die Zukunft:

„Sie sind, was wir waren; sie sind, was wir wieder werden sollen. Wir waren Natur wie sie, und unsere Kultur soll uns auf dem Wege der Vernunft und der Freiheit zur Natur zurück führen.“<sup>4</sup>

„Kindheit heute ist Zukunftschildheit. Sie wird nie ganz in der Gegenwart gelebt, ist immer auf morgen, auf die (von anderen) geplante Welt bezogen, (...) auf alle Anforderungen, Vorstellungen, Maßstäbe, die dann gelten werden, aber jetzt noch nichts bedeuten.“<sup>5</sup>

Kindheit ist also kein Zustand, sondern ein Entwicklungsvorgang, und Entwicklung heißt Veränderung, heißt Vervollkommnung, und zwar Vervollkommnung nicht nur des Individuums, sondern der ganzen Gesellschaft:

„Kinder sollen nicht dem gegenwärtigen, sondern dem zukünftigen möglichst besseren Zustande des menschlichen Geschlechts, das ist: der Idee der Menschheit, und deren ganzer Bestimmung angemessen, erzogen werden. Eltern erziehen gemeinlich ihre Kinder nur so, dass sie in die gegenwärtige Welt, sei sie auch verderbt, passen. Sie sollen sie aber besser erziehen, damit ein zukünftiger besserer Zustand dadurch hervorgebracht werde.“<sup>6</sup>

Was aber ist „Kindheit“? – Unbestreitbar eine Altersphase, die heute in der Regel von der Geburt bis in die Mitte des zweiten Lebensjahrzehnts reicht, die rechtlich mit der Vollendung des 14. Lebensjahres endet, wie es z.B. § 7 SGB VIII bestimmt. Es ist die Aufgabe der Wissenschaften, diese Altersphase zu erforschen, insbesondere die Aufgabe der Medizin, vor allem der Pädiatrie, der Entwicklungspsychologie, der soziologischen Sozialisationsforschung und der Erziehungswissenschaft, aber auch der Anthropologie und der Ethnologie sowie der Sprachwissenschaften. Diese Wissenschaften und

ihre Theorien besitzen ihre je eigenen paradigmatischen Sichtweisen, und ihre Integration in eine „Kindheitsforschung“ steht noch am Anfang.<sup>7</sup> Forschungsergebnisse zeigen jedoch, dass wir nicht von „Kindheit“ im Sinne einheitlicher anthropologischer universeller Entwicklungsprozesse sprechen können, sondern dass es „Kindheiten“ gibt, die sich insbesondere nach ethnischen und religiösen Herkunft, autochthonen oder migratorischen Gegebenheiten, schicht- und geschlechtsspezifischen Eigenheiten und individuellen und sozialen Aspirationen unterscheiden.<sup>8</sup>

Die meisten Kinder wachsen in Familien auf, d.h. in einer engen persönlichen Beziehung zu ihren Eltern und gegebenenfalls auch Geschwistern und weiteren Verwandten. Während es sich bei den Eltern früher überwiegend um die leiblichen Mütter und Väter handelte, sind die familialen Lebensverhältnisse heute „bunter“ geworden. Immer mehr Kinder wachsen mit nur einem Elternteil auf oder haben gleichgeschlechtliche Eltern. Die Zunahme von Scheidungen führt zur Vermehrung der Stiefelternschaften, und auch die Adoptiv- und Pflegeelternschaften treten vermehrt auf. Doch wie auch immer die Elternschaft bedingt sein mag, die enge familiale Beziehung bedeutet, dass aufgrund dieser engen Beziehung Erwachsene die Verantwortung für die Pflege, Erziehung und Bildung der Kinder übernehmen.<sup>9</sup>

Doch auch Staat und Gesellschaft machen Ansprüche auf die Erziehung und Bildung der Kinder geltend. Die staatliche Schulpolitik formulierte ihre Erziehungs- und Bildungsziele traditionellerweise in den Zielkatalogen der Schulgesetze und der Lehrpläne, neuerdings aber im Zuge einer sog. Output-Steuerung des Schulwesens in Bildungsstandards.<sup>10</sup> Aber auch aus Kindersicht werden nun Forderungen an die staatliche Schulpolitik aus der Mitte der Gesellschaft gestellt.<sup>11</sup> Die Kinder- und Jugendhilfe, die einmal aus der staatlichen und kommunalen Armenpolitik hervorgegangen und die in den gesellschaftlichen Organisationen wie z.B. den Kirchen oder den Gewerkschaften verankert war, entwickelte sich zu einer Organisation sozialer Arbeit, die im Dienste der Menschen, vor allem der Kinder, und zwar aller Kinder und ihrer Familien stehen sollte.<sup>12</sup> In einer „Politik für Kinder“ sollten die verschiedenen Ansätze aus den verschiedenen familien-, bildungs- und sozialpolitischen Handlungsfeldern integriert werden, so wie es in § 1 Abs. 3 Nr. 4 SGB VIII durchaus anspruchsvoll formuliert wurde, wonach die Kinder- und Jugendhilfe dazu beitragen soll, das Recht jedes jungen Menschen auf die Förderung seiner Entwicklung und auf Erziehung durch die Erhaltung und Schaffung positiver Lebensbedingungen für junge Menschen und ihre Familien in einer kinder- und familienfreundlichen Umwelt zu verwirklichen.<sup>13</sup>

Kinder sind jedoch nicht nur Objekte der Vorstellungen und Wünsche der Erwachsenen und der Zuschreibungen der Forschung, sondern sie besitzen ein Eigenleben, eine eigene Welt. In dieser ihrer eigenen Welt betreiben sie ihre Entwicklung auch selbständig, sind auch selbst aktive Subjekte ihres eigenen Entwicklungsprozesses, und zwar als Einzelne sowie in Gruppen. Kinderrechte haben deshalb nicht nur die Aufgabe, die Kinder in ihren familialen, schulischen und gesellschaftlichen Beziehungen zu schützen und zu fördern, sondern sie sollen diese teilweise selbstgesteuerten Entwicklungsprozesse auch rechtlich sichern. Hierin liegt die wichtigste und vornehmste Funktion der Kinderrechte. Ekkehart Stein hat diese Funktion bereits im Jahre 1967 seiner Auslegung von Art. 2 Abs. 1 GG zugrunde gelegt, indem er in Art. 2 Abs. 1 ein „Doppelgrundrecht“ sah, nämlich erstens ein Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes (Entfaltungsrecht) und zweitens ein Recht auf die selbstständige Entfaltung der eigenen Persönlichkeit durch das Kind selber (Autonomierecht).<sup>14</sup> Die Grundrechte des Grundgesetzes stehen deshalb nicht nur den Kindern zu, sondern sie sichern den Kindern auch ein Recht auf die selbstständige Entwicklung ihrer eigenen Persönlichkeit.

Der Begriff „Jugend:“ ist jung. In traditionellen Gesellschaften gab und gibt es keine „Jugend:“; mit der Geschlechtsreife wurde und wird aus dem Kind ein (junger) Mann oder eine (junge) Frau. In Eu-

ropa spricht man seit etwa 1800 von „Jugend:“, aber erst um 1900 trat der Begriff „Jugend:“ mit der sog. Jugendbewegung ins volle Licht der Öffentlichkeit:

„Die freideutsche Jugend will nach eigener Bestimmung, vor eigener Verantwortung, in eigener Wahrhaftigkeit ihr Leben gestalten. Für diese innere Freiheit tritt sie unter allen Umständen geschlossen ein.“

Das ist die berühmte „Meißner-Formel“, beschworen auf dem „Ersten freideutschen Jugendtag“ von verschiedenen Jugendverbänden, u.a. dem „Wandervogel“ auf dem „Hohen Meißner“ bei Kassel am 11. und 12. Oktober 1913.<sup>15</sup>

Auch „Jugend:“ war und ist – ebenso wie „Kindheit“ – ein normativer Begriff, und auch für die Jugend: gilt und galt in offenen Gesellschaften das Prinzip der Vielfalt. Neben der „Bündischen Jugend:“, zu der sich zu Beginn des 20. Jahrhunderts in Berlin die „freideutsche Jugend:“ des Hohen Meißner rechnete, entstanden schon sehr bald die kirchlichen, die politischen und die gewerkschaftlichen Jugendverbände sowie die zahlreichen Sport-, Musik- und Hobbyverbände. Und auch für diese vielfältige Jugend: galt – wie schon für die Kindheit – die Erinnerungskultur und die Zukunftssehnsucht. Zahlreiche Autobiographien und Biographien beschwören – verklärend, kritisch oder realistisch – die Erinnerung an die Jugend:. So beschrieb der 1923 in geborene Nicolaus Sombart seine Jugend: im Stadtteil Grunewald in seinem großbürgerlich – liberalen Elternhaus des berühmten Nationalökonomen Werner Sombart.<sup>16</sup> Günter de Bruyn, drei Jahre später geboren, schildert in seinen Erinnerungen sein katholisch-kleinbürgerliches Elternhaus in Berlin-Britz.<sup>17</sup> Ruth Klüger, geboren 1931, verbrachte ihre frühe Jugend: im KZ, und zwar in Theresienstadt, Auschwitz und Groß Rosen, sodann auf der Flucht und im Lager in Straubing und schrieb darüber unter dem Motto „weiter leben“.<sup>18</sup> Günter Yasemin Balci hat zwar in ihrem Bericht „Arabboy“ vor allem ihre Sozialarbeit mit türkischen und arabischen Jugendlichen in den Gangs des Berliner Rollberg-Viertels in der jüngsten Vergangenheit beschrieben, aber sie schildert auch ihre eigene Jugend:, die sie (geb. 1975) in den 90er-Jahren in diesem Viertel als Kind türkischer Gastarbeiter verlebte.<sup>19</sup> So unterschiedlich diese Bücher, die für viele stehen, und diese Lebensläufe auch sind bzw. waren, so sehr gleichen sie sich doch, wenn sie die prägende biographische Kraft der Jugend: schildern.

Zukunftshoffnungen – Ausbildung und Arbeit, Heirat und Familie – und Zukunftsängste – Einsamkeit und Not, Krankheit und Krieg – prägen die individuellen biographischen Erwartungen. Im 20. Jahrhundert formulierten die politischen Bewegungen jedoch gesellschaftliche Utopien, die sie durch eine Beherrschung der Jugend: verwirklichen wollten. Die *Weimarer Verfassung* (WV) beschränkte sich auf den Schutz der Jugend: vor „Ausbeutung sowie sittlicher, geistiger und körperlicher Verwahrlosung“ (Art. 122), und die Republik ließ aufgrund der Vereins- und Parteifreiheit die Vielfalt der Jugendverbände zu, ließ auch die kommunistischen und nationalsozialistischen Jugendverbände gewähren. Kaum waren jedoch die Nationalsozialisten an der Macht, beseitigten sie diese Vielfalt, verfolgten die Mitglieder der gegnerischen Jugendverbände und meinten, durch die Beherrschung der Jugend: die Zukunft des Nationalsozialismus in einem „tausendjährigen deutschen Reich“ zu sichern.<sup>20</sup> Auch die Staatsführung der DDR und die SED setzten auf die Jugend:, insbesondere auf die *Freie Deutsche Jugend:* (FDJ), von der sie erwarteten, dass sie die gesamte Jugend: – im Einklang mit der Schule – zu „sozialistischen Persönlichkeiten“ formen würden, die dann den Sozialismus in der DDR dauerhaft sichern und darüber hinaus in ganz Deutschland durchsetzen würden.<sup>21</sup> Die Bundesrepublik knüpfte dagegen wieder an die pluralistischen jugendpolitischen Ansätze der *Weimarer Republik* an, sodass schon in den 50er-Jahren eine große Vielfalt von Jugendverbänden entstand, wobei jedoch – im Unterschied zur *Weimarer Republik* – die kommunistischen und nationalsozialistischen Jugendverbände nach Art. 9 Abs. 2 und 21 Abs. 2 GG verboten wurden. Das *Reichsjugendwohlfahrtsgesetz* aus

dem Jahre 1922 galt in der Bundesrepublik weiter, wurde jedoch in den 50er-Jahren grundlegend renoviert, indem seine beiden Säulen, die Jugendfürsorge und die Jugendpflege, in der Konzeption einer Jugendhilfe zusammengefasst wurden. Nach vielen politischen Kämpfen und aufgrund der Arbeit des *Deutschen Jugendinstituts*<sup>22</sup> und einer intensiven Jugendberichterstattung in den Jugendberichten der Bundesregierung<sup>23</sup> gelang es schließlich im Jahre 1990 diese Konzeption im Kinder- und Jugendhilfegesetz festzuschreiben und als SGB VIII in das Sozialgesetzbuch des Bundes einzugliedern.

Was aber ist „Jugend:“? Die Zeit zwischen Kindheit und Erwachsensein, ja, aber wann beginnt sie, und wann endet sie, und was zeichnet sie aus? Der Gesetzgeber bestimmt das Jugendalter nach dem Alter der jungen Menschen. Nach § 7 SGB VIII ist der Mensch zwischen dem 14. Lebensjahr und der Vollendung des 18. Lebensjahres „Jugendlicher“, und dasselbe gilt nach § 1 JGG auch im Strafrecht. Das Bürgerliche Recht vermeidet den Begriff „Jugendlicher“, sondern spricht lieber von der Minderjährigkeit, die allerdings ebenfalls mit der Vollendung des 18. Lebensjahres endet.

Aber was ist „Jugend:“, jenseits solcher Altersgrenzen? Biologisch beginnt die „Jugend:“ mit der Geschlechtsreife, auch wenn diese nicht einheitlich zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. in einem bestimmten Alter bei allen jungen Menschen gleichzeitig eintritt. Psychologisch ist es die Zeit der Pubertät (und der Adoleszenz), psychoanalytisch die Zeit zwischen der körperlichen und der geistigen Reife.<sup>24</sup> Sozialpsychologen und Pädagogen haben versucht, das Phänomen „Jugend:“ mit dem Begriff der „Gestalt“ zu erfassen, indem sie von „Jugendgestalt“ oder „Generationsgestalt“ sprachen.<sup>25</sup> „Die junge Generation“ ist nicht nur ein journalistischer Topos, sondern der Versuch, Altersgruppen sozialstrukturell zu fassen.<sup>26</sup> Die Soziologie hat sich mit der Frage auseinandergesetzt, ob es überhaupt sinnvoll ist, „Jugend:“ als soziale Gruppe zu definieren.<sup>27</sup> Angesichts fehlender überzeugender inhaltlicher Bestimmungen durch die Wissenschaften lag es nahe, „Jugend:“ durch Verhalten und Wirkung zu bestimmen, also durch die sog. Jugendkultur. „Jugend:“ ist danach eine Form der individuellen und kollektiven Selbstdarstellung; es geht also um die Frage ob und inwieweit sich „Einstellungen, Verhaltensweisen, Lebensentwürfe, Kommunikationsformen, Symbolbildungen, Selbstdarstellungen und Konfliktpotentiale Jugendlicher als eigenständige kulturelle Praxis auffassen lassen.“<sup>28</sup>

Die Jugend: endet nicht notwendigerweise mit dem Auszug aus dem Elternhaus; auch Kinder, die aus dem Elternhaus ausziehen und bei Verwandten, in Heimen bzw. Wohngruppen oder alleine leben, bleiben Jugendliche, solange sie zu der entsprechenden Altersgruppe gehören und sich entsprechend verhalten. Umgekehrt lässt sich aber vielleicht sagen, dass sich die Jugend: verlängern kann, wenn sich der Aufenthalt im Elternhaus verlängert, wenn die Jugendlichen bzw. jungen Erwachsenen länger von ihren Eltern abhängig bleiben.<sup>29</sup>

Offensichtlich war das möglich, d.h., die für die Jugendphase typische Lösung von den Eltern und die Entwicklung eines selbstständigen Lebens wurde in den 1960er- und 70er-Jahren möglich, und zwar unabhängig davon, ob die Jugendlichen noch im Elternhaus lebten oder nicht. Hierfür waren verschiedene Voraussetzungen erforderlich, die für viele Jugendliche in Westdeutschland in den 1960er- und 70er-Jahren erfüllt wurden:<sup>30</sup> 1. die Verbesserung der Wohnverhältnisse, die dazu führte, dass viele Jugendliche ein eigenes Zimmer hatten oder es mit Geschwistern teilten, jedenfalls räumlich nicht mit den Eltern zusammen lebten, 2. eine gewisse Ausstattung mit Geld, das die Eltern durch Taschengeld zur Verfügung stellten oder das die Jugendlichen durch Jobben selber verdienten, 3. Mobilität, und zwar durch die Verbesserung der öffentlichen Verkehrsverhältnisse, durch Fahrräder oder sogar eigene Autos, 4. Kommunikation, und zwar durch den Zugang zum Familientelefon oder sogar durch ein eigenes Telefon, 5. eine selbständige Freizeitgestaltung durch Sport und Hobbys sowie durch den freien Zugang zu Medien für Unterhaltung und Bildung, und zwar durch ein eigenes Radio, manch-

mal auch schon durch einen eigenen Fernseher, 6. Ferienreisen, und zwar unabhängig von den Eltern, häufig mit Freundinnen und Freunden oder in Gruppen, 7. eine Lockerung der Ausgangssperre, d.h. Durchbrechung der früher üblichen Beschränkung bis 22.00 Uhr, 8. eine Lockerung des Tabak- und Alkoholverbotes und die Verbreitung von Drogen, 9. die Ermöglichung angstfreier sexueller Beziehungen durch Empfängnisverhütung durch Pille und Kondome und schließlich 10. durch die Entstehung der sog. Aushandlungsfamilie und den weitgehenden Verzicht der Eltern auf eine autoritäre Erziehung, z.B. durch die Vermeidung der körperlichen Züchtigung sowie durch die Ersetzung repressiver Strafmaßnahmen durch die Maßregeln der Besserung und Sicherung bzw. durch das „Erziehungsstrafrecht“.

Die Lösung aus dem Elternhaus und die Begründung von Selbständigkeit waren jedoch nur die eine Seite der Jugendphase. Viel wichtiger wurde die Entwicklung der individuellen und gesellschaftlichen Beziehungen. Die Wahl von Freund oder Freundin, die Pflege der persönlichen Beziehungen, die Gruppenzugehörigkeit, die Identifikation mit Vorbildern im Sport oder in den Medien, alles dies bestimmte den Alltag der Jugendlichen, diente der Identitätsbildung und wurde angesichts der skizzierten größeren Selbständigkeit zugleich leichter und schwieriger.<sup>31</sup> Mit der Zunahme der Möglichkeiten stiegen die Schwierigkeiten der Entscheidungsfindung. Elternhaus und Schule verloren an Einfluss, und dasselbe galt auch von Kirche und Politik und ihren Jugendorganisationen. Die offene Jugendarbeit wurde zwar gestärkt, vermochte aber die traditionellen Instanzen in ihrer Bindungskraft nicht zu ersetzen, – ganz zu schweigen vom Militär. Hinzu kam ein Wertewandel, den insbesondere Ronald Inglehart bei den Jugendlichen in den 1960er- und 70er-Jahren meinte feststellen zu können, und zwar von den traditionellen Werten der Sicherheit und Leistung hin zu den sog. postmaterialistischen Werten der individuellen Freiheit und Selbstverwirklichung.<sup>32</sup> Gesellschaftlich und politisch fand dieser Wertewandel in einer „zweiten Jugendbewegung“ der 1960er- und 70er-Jahre Ausdruck, für die die Jahreszahl 1968 steht. Selbstverwirklichung und Handlungsfreiheit sind aber nur lebbar, wenn sie auch rechtlich, und zwar durch die Kinderrechte der Kinder und Jugendlichen gesichert sind.

## 2. Schutz

Der Ursprung der Rechte der Kinder und Jugendlichen im deutschen Recht liegt in ihrer Schutzbedürftigkeit. Wie immer in den vergangenen Jahrhunderten ihre gesellschaftliche Stellung gewesen sein mag und wie immer ihr Bild und ihr Selbstbild formuliert worden sind, Einigkeit bestand seit alters her über ihre Schutzbedürftigkeit.

### 2.1 Der Schutz in der Familie

Im Römischen Recht besaß der Vater innerhalb des Familienverbandes ein Herrschaftsrecht, aber auch eine Schutzverpflichtung; im Germanischen Recht verlieh die Munt des Familienvaters ebenfalls ein Herrschaftsrecht über die „Muntlinge“, gab diesen aber ebenfalls ein Schutzrecht. Schutz hieß Schutz vor Schaden durch Dritte und Schutz vor Gefahren aller Art. Die Kinder hatten ein Recht darauf, dass der Vater sie vor Schaden bewahrt und vor Gefahren schützt.

Schutz hieß aber auch Schutz vor dem Vater selbst sowie vor den anderen Mitgliedern des Familienverbandes. Wie schützte das Recht die Kinder vor ihren eigenen Eltern? Nach dem *Preußischen Allgemeinen Landrecht* von 1794 (ALR) standen die Kinder unter väterlicher Gewalt, die der Herrschaftsgewalt des „Landesvaters“ nachgebildet war,<sup>33</sup> und den Eltern standen alle der Gesundheit der

Kinder unschädlichen Zwangsmittel, insbesondere das Züchtigungsrecht zur Verfügung.<sup>34</sup> Das ALR schützte aber die Kinder auch vor ihren Eltern, indem es das Vormundschaftsgericht ermächtigte, dem Vater die elterliche Gewalt zu entziehen und einem Vormund zu übertragen, wenn die Eltern den Kindern den Schutz versagten oder sie misshandelten.<sup>35</sup> Die Verletzung der elterlichen Fürsorge- und Erziehungspflicht war bei einer Gefährdung des Schutzbefohlenen strafbar (heute § 170 d StGB), und eine rechtswidrige Ausübung des elterlichen Züchtigungsrechts konnte als Misshandlung qualifiziert und als Körperverletzung bestraft werden.<sup>36</sup> Um welche Formen der Misshandlung von Kindern durch ihre Eltern ging es damals? – Die Liste ist lang:<sup>37</sup> Kindstötung, Verkauf in die Sklaverei, Kinderopfer aus religiösen oder magischen Gründen, Aussetzung, insbesondere von nichtehelichen Kindern, Kastration, sexueller Missbrauch, kosmetische Eingriffe, Verstümmelung, Züchtigung, insbesondere durch Stockschläge oder Peitschenhiebe. Schon im Römischen Recht hieß es jedoch: „Patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere.“ Doch die Einrichtungen der Kirchen und der Gemeinden nahmen sich der verwaisten und misshandelten Kinder an, und die Philosophen der Aufklärung geißelten die Kindesmisshandlung durch die Eltern. Dennoch: Erst der Kinderschutzbewegung am Ende des 19. Jahrhunderts gelang es, in Europa wirksame Kinderschutzmaßnahmen durchzusetzen.<sup>38</sup>

Zentrale Norm des familienrechtlichen Kinderschutzes war zu Beginn des 20. Jahrhunderts § 1666 a.F. BGB, durch den nach sächsischem Vorbild der Begriff des Kindeswohls in das Familienrecht eingeführt wurde. Die Auslegung und Anwendung von § 1666 lief auf einen Kompromiss zwischen Verschuldens- und Gefährdungsprinzip hinaus, bei dem sich allerdings im Laufe der Zeit das Gefährdungsprinzip mehr und mehr durchsetzte, so dass es nicht mehr auf das Verschulden der Eltern, sondern auf das Wohl des Kindes ankam, das jedoch nicht auf die Individualität des Kindes bezogen wurde, sondern im Sinne der von der Gesellschaft geforderten „guten Erziehung“ zu verstehen war.<sup>39</sup> Der Vormundschaftsrichter konnte nun unabhängig vom elterlichen Verschulden alle erforderlichen Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren für das Kindeswohl treffen, wenn die Eltern nicht willens oder in der Lage waren, die Gefahr abzuwehren – insbesondere natürlich im Falle der eigenen Pflichtwidrigkeit. Es handelte sich dabei allerdings um ein Verfahren von Amts wegen, d.h., die misshandelten oder gefährdeten Kinder hatten kein Recht auf die Einleitung eines solchen Verfahrens, konnten den Entzug oder die Einschränkung der elterlichen Gewalt des Vaters nicht beantragen, und schon gar nicht bestimmte Maßnahmen, z.B. die Fremdunterbringung, verlangen. Über die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen entschied allein der Vormundschaftsrichter. Der Vormundschaftsrichter war allerdings nur für die familienrechtliche Seite zuständig, nicht aber für die jugendrechtliche Seite, denn es herrschte das Prinzip der Zweigleisigkeit familienrechtlicher und jugendrechtlicher Maßnahmen.<sup>40</sup> Dennoch: Es ging bei den vormundschaftsgerichtlichen Maßnahmen um Kinderrechte, um den Schutz der Kinder vor Misshandlung oder Vernachlässigung durch ihre Eltern. Die Sinnhaftigkeit und Wirksamkeit von strafrechtlichen Maßnahmen zum Kinderschutz neben den familienrechtlichen Maßnahmen waren allerdings umstritten, zumal für sie das Legalitätsprinzip galt und die Kinder deshalb sowieso keine Schutzrechte reklamieren konnten.<sup>41</sup>

## 2.2 Der Schutz in der Öffentlichkeit

Schutzbedürftig waren die Kinder auch in der Schule, und zwar sowohl in den Schulen des Adels und des Bürgertums, wie in den ländlichen und städtischen Schulen, für die seit dem 17. Jahrhundert Schulpflicht galt, denn die (ausnahmslos) männlichen Lehrer hatten ein fast unbegrenztes Züchti-

gungsrecht über die männlichen Schüler. Vor der Schulpflicht und den mit ihr verbundenen psychischen und sozialen Zwängen schützte die Kinder freilich niemand (zur Schulpflicht und zum Recht auf Bildung s. Kap. 6). Die Züchtigung der Knaben durch die Lehrer war zwar im strafrechtlichen Sinne eine Körperverletzung, doch sie galt bis in die 1950er-Jahre als durch Gewohnheitsrecht (in loco parentis) oder die sog. Sozialadäquanz gerechtfertigt, bis der Bundesgerichtshof dem ein entschlossenes Ende bereitere und die Grundrechte der Kinder auf körperliche Unversehrtheit und die freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 und 2 GG gegenüber pädagogischen und gesellschaftlichen Strafinteressen durchsetzte und die Länder die körperliche Züchtigung in der Schule durch Verwaltungsverordnungen verboten.<sup>42</sup> Dieselbe Entwicklung lässt sich auch im Berufsausbildungsrecht verfolgen, denn 1960 wurde das bereits in der Handwerksordnung und in der Gewerbeordnung bestehende Züchtigungsrecht des Lehrherrn gegenüber den Lehrlingen grundsätzlich aufgehoben (§ 43 JArbSchG).<sup>43</sup>

Schutzbedürftig waren die Kinder und Jugendlichen auch in den Arbeitsprozessen, in die sie schon in sehr jungen Jahren einbezogen wurden. In den traditionellen Gesellschaften mussten die Kinder im Haushalt und in der Landwirtschaft, aber auch in Handwerk, Handel und Gewerbe arbeiten und sich zu Hause um die Pflege der Geschwister und der Alten kümmern, denn sie waren ein Teil des Haushalts als Sozial- und Wirtschaftseinheit,<sup>44</sup> und die Jugendlichen traten schon sehr früh, d.h. unmittelbar nach der Erfüllung der Schulpflicht, in Arbeitsverhältnisse ein. Erst in der Frühzeit der Industrialisierung wurde offenbar, dass die Kinder und die Jugendlichen schutzbedürftig waren und dass die frühe Einbeziehung in die Arbeitsprozesse ihre Entwicklung gefährdete. Deshalb wurde – nicht zuletzt aus Gründen der Rekrutierung gesunder Soldaten – die Gewerbeordnung durch den Jugendarbeiterschutz eingeschränkt, und die Erfüllung der – häufig nur auf dem Papier bestehenden – Schulpflicht wurde durchgesetzt.<sup>45</sup> Aus der gesellschaftlich und ökonomisch bedingten Arbeitspflicht der Kinder und Jugendlichen entwickelte sich im Laufe des 19. Jahrhunderts das Jugendarbeiterschutzrecht (s. Kap. 7).

Dass Kinder und Jugendliche auch darüber hinaus in der Öffentlichkeit schutzbedürftig waren, dass Tabak und Alkohol, Vergnügungs- und Tanzveranstaltungen, Bücher und Fotos bzw. Filme sowie die Prostitution vielfältige Gefährdungen für Kinder und Jugendliche mit sich bringen könnten, dafür entwickelte sich erst zum Ende des 19. Jahrhunderts ein gewisses Verständnis. So wie die Kinder und Jugendlichen vorher in die Arbeitsprozesse einbezogen waren, so nahmen sie auch am gesellschaftlichen Leben teil und waren in diesen Zusammenhängen vielfältigen Gefahren ausgesetzt. Die Entstehung des Industrieproletariats und das Wachsen der Großstädte führten im Kaiserreich bei den herrschenden Klassen jedoch nicht nur zur Angst vor dem Sozialismus, sondern auch zu Warnungen vor einer Verwahrlosung der Jugend:, deren Bekämpfung zunächst der Polizei und der Strafjustiz überlassen blieb.<sup>46</sup> Erst in der *Weimarer Republik* kam es zur Verabschiedung von besonderen Gesetzen zum Schutz der Jugend: und zur Schaffung der entsprechenden Behörden. Grundlage hierfür war Art. 122 WV.:

„Die Jugend ist gegen Ausbeutung sowie gegen sittliche, geistige oder körperliche Verwahrlosung zu schützen. Staat und Gemeinde haben die erforderlichen Einrichtungen zu treffen“

Auf dieser Grundlage wurde im Reichsjugendwohlfahrtsgesetz von 1922 einerseits eine allgemeine Grundlage für den Schutz der Kinder und Jugendlichen geschaffen;<sup>47</sup> andererseits entstanden aber auch spezielle gesetzliche Regelungen für den Schutz der Kinder und Jugendlichen in der Öffentlichkeit, und zwar Regelungen über den Tabak- und Alkoholkonsum, Bestimmungen über den Aufenthalt in Gaststätten, bei Festen und Tanzveranstaltungen sowie zum Schutz vor der Prostitution wie den Prostituierten. Vor allem aber wurde 1926 durch das „Gesetz zur Bewahrung der Jugend: vor Schund-

und Schmutzschriften“ die Grundlage für das heutige Jugendmedienschutzsystem geschaffen. Diese Ansätze des Jugendschutzes aus der Weimarer Zeit wurden in der Bundesrepublik und in der DDR weiter ausgebaut und schließlich im Jahre 2002 im Jugendschutzgesetz und im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag zusammengefasst.

Wenn auch die Gesetze den Schutz der Kinder und Jugendlichen als Zweck der Regelungen benennen, so ging und geht es doch auch um den Schutz der Öffentlichkeit vor einer Jugend:, die häufig als wild und zügellos, ungebärdig und gefährlich galt und die insbesondere unter Alkoholeinfluss und unter dem Schutz der medialen Anonymität dazu neigt, aufzubegehren und „über die Stränge zu schlagen“. Trotz eines gewissen Verständnisses für Übertreibungen und Auswüchse galten jedoch stets die rechtstaatlichen Regeln auch für Jugendliche; ein „Jugendpolizeirecht“, das die Beamten ausdrücklich ermächtigte, zugunsten von Jugendlichen „ein Auge zuzudrücken“ entwickelte sich nicht.

### 2.3 Der Schutz vor Strafe

Vor der „Entdeckung“ der Kindheit (s.o. 1 am Anfang) gab es keinen Unterschied zwischen Kindern und Erwachsenen, und zwar auch nicht im Strafrecht. Die sog. *Carolina*, die „Constitutio Criminalis Carolina“ von 1532 mit ihrem Inquisitionsprozess, dem Indizienverfahren, der Folter und den grausamen Strafen galt also grundsätzlich auch für Kinder und Jugendliche.<sup>48</sup> Erst in der französischen Revolution setzte sich der Gedanke durch, dass Kinder im Strafrecht eines Schutzes bedurften, indem das Strafgesetz von 1791 die Bestrafung von Kindern von ihrer Schuldfähigkeit, d.h. von ihrer Einsichtsfähigkeit abhängig machte, eine Regelung, die in der Mitte des 19. Jahrhunderts auch von den deutschen Territorialstaaten übernommen wurde und die im Prinzip bis heute gilt, wobei jedoch die Schuldnunfähigkeit von Kindern heute unterstellt wird (§ 19 StGB). Mag auch die Altersgrenze im Laufe der vergangenen 200 Jahre zwischen acht und 16 Jahren geschwankt haben,<sup>49</sup> Kinder sind seither vor Strafe geschützt. Dass sie stattdessen in „Bewahr- oder Besserungsanstalten“ gesteckt wurden und später der „Fürsorgeerziehung“ übergeben wurden, steht auf einem anderen Blatt (s.u. 3).

Nicht aber so für die Jugendlichen zwischen 14 und 18 Jahren. Für sie galt und gilt Strafrecht, auch wenn sich im Laufe der vergangenen 100 Jahre ein besonderes Jugendstrafrecht herausgebildet hat. Zweck des Strafrechts, und zwar auch des Jugendstrafrechts, ist nicht der Schutz der Jugendlichen, sondern die sog. Legalbewährung, d.h. die Verhinderung einer erneuten Straffälligkeit des Jugendlichen (§ 2 JGG). Als jedoch – in den 80er-Jahren des 19. Jahrhunderts angestoßen und maßgeblich geprägt durch den „frühen Reformier“ Franz von Liszt – das Schlagwort „Erziehung statt Strafe“ seinen Siegeszug begann und die Entwicklung einer besonderen Jugendgerichtsbarkeit begründete (JGG von 1923), schien es so, als ob in der Tat „Erziehung“ die Jugendlichen vor Strafe schützen sollte. Erst in jahrzehntelangen Debatten setzte sich die Einsicht durch, dass auch das „Erziehungsstrafrecht“ nichts anderes als die Legalbewährung, die Vermeidung weiterer Straftaten, anstrebte,<sup>50</sup> was zu einer bis heute andauernden Diskussion über die Ziele des Jugendstrafrechts, und zwar insbesondere über „Erziehung“ als Zweck des Jugendstrafrechts führte.<sup>51</sup> Den vielgelobten *Subsidiaritätsgrundsatz* des § 5 Abs. 2 JGG („Erziehung vor Strafe“) wird man unter dieser Voraussetzung kaum noch als einen „Schutz vor Strafe“ betrachten können.

Die in den 1950er-Jahren eingeführte Strafaussetzung zur Bewährung (§ 21 JGG), schützt zwar anscheinend die Jugendlichen vor der Strafe, genau gesagt vor der Vollstreckung der Jugendstrafe. Da sie jedoch die Jugendlichen zu einem „rechtschaffenen Lebenswandel“ führen soll und zu diesem Zweck mit Weisungen und Auflagen verbunden werden kann bzw. soll und mit der sog. Bewährungs-

hilfe verbunden wird, steht nicht eigentlich der Schutz der Jugendlichen, sondern doch wieder die Legalbewährung im Vordergrund der Maßnahme. Einen echten „Schutz vor Strafe“ bewirkt dagegen die Diversion, und zwar insbesondere die sog. *Diversion ohne Intervention* nach § 45 Abs. 1 JGG, d.h. eine Einstellung des Jugendstrafverfahrens durch die Staatsanwaltschaft, wenn die Schuld des jugendlichen Täters gering ist und erzieherische Maßnahmen mit der Einstellung nicht verbunden werden. Diese Verschonung der Jugendlichen von der Strafe, die bereits im *Jugendgerichtsgesetz* von 1923 (§ 32) vorgesehen war und die nach amerikanischen Vorbildern der 1970er-Jahre und deutschen Modellprojekten der 1980er-Jahre in Deutschland eingeführt wurde und die in der Tat eine Stigmatisierung der Jugendlichen verhindern soll, bestimmt inzwischen die Praxis des Jugendstrafverfahrens in über der Hälfte aller eingeleiteten Verfahren.

Neben der *Diversion* sieht das Jugendstrafverfahrensrecht eine Vielzahl von besonderen Verfahrensregelungen zum Schutz von Jugendlichen während des Strafverfahrens vor, z.B. die Beteiligung der Jugendgerichtshilfe der Jugendämter nach § 38 JGG, auch wenn diese in der Jugendhilfe eher ambivalent gesehen wird.<sup>52</sup> Wenn es im Jugendstrafverfahren überhaupt zu einer Verhängung einer Jugendstrafe nach § 17 f. JGG kommt, dann gelten im Jugendstrafvollzug besondere Gesichtspunkte, die dem Schutz der jugendlichen Strafgefangenen dienen sollen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil aus dem Jahre 2006, in dem es den Gesetzesvorbehalt auch für den Jugendstrafvollzug verlangte, ausdrücklich festgestellt, dass die Ausgangsbedingungen und Folgen strafrechtlicher Zurechnung bei Jugendlichen in wesentlichen Hinsichten anders als bei Erwachsenen sind und dass deshalb der Schutz des jugendlichen Gefangenen vor negativen Auswirkungen auf die Persönlichkeitsentwicklung stärker als bei Erwachsenen berücksichtigt werden muss, dass vielmehr die Förderung der Persönlichkeit des jugendlichen Strafgefangenen im Mittelpunkt stehen muss.<sup>53</sup> Die Jugendstrafvollzugsgesetze der Länder, die seither erlassen worden sind, folgen diesen Forderungen, indem sie „Erziehung“ zum Gestaltungsprinzip des Jugendstrafvollzugs erhoben haben (z.B. § 3 Abs. 1 JStVollzG NRW), was nun wiederum von sozialpädagogischer Seite durchaus kritisch gesehen wird.<sup>54</sup>

So unterschiedlich diese durch die Schutzbedürftigkeit der Kinder und Jugendlichen bedingten Regelungen in der Geschichte auch gewesen sind, als ihre gemeinsame Wurzel können wir heute das Persönlichkeitsrecht des Jugendlichen nach Art. 2 Abs. 1 GG bezeichnen. Aus diesem Grundrecht folgen der Schutz vor der Gewalt der Eltern (s.o. 2.1), der Schutz vor der Züchtigung in der Schule, der Jugendarbeitsschutz und der Schutz vor echten und vermeintlichen Gefahren in der Öffentlichkeit und in den Medien (s.o. 2.2) sowie schließlich auch der Schutz von schuldunfähigen Kindern vor der Strafe sowie bei Jugendlichen vor der Stigmatisierung durch Strafe (s.o. 2.3). Dass aus den Grundrechten Schutzrechte folgen können, ist seit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch anerkannt.<sup>55</sup> Insofern finden auch die Kinderrechte der UN-KRK hier eine Grundlage, zumal einige von ihnen ausdrücklich als Schutzrechte ausgestaltet sind (insbes. Art. 32–36).

### 3. Fürsorge

Die Kinderrechte sind seit Beginn des 20. Jahrhunderts zweigespalten.<sup>56</sup> Auf der einen Seite gab es die Rechte der Kinder, die in Familien aufwuchsen und die sich auf den familienrechtlichen Schutz der Eltern berufen konnten und denen – falls dieser Schutz ihnen nicht hinreichend gewährt wurde – das Vormundschaftsgericht zur Seite stand, das den Eltern das Recht der elterlichen Gewalt entziehen konnte (s.o. 2.1). Wir hatten auf der anderen Seite diejenigen Kinder, die nicht in (vollständigen) bürgerlichen Familien aufwuchsen, weil sie als Waisen oder uneheliche Kinder, als misshandelte oder vernachlässigte proletarische oder ländliche Kinder unter Vormundschaft standen und in unvollständigen

gen Familien, in kirchlichen oder kommunalen Heimen lebten oder in kommerzielle Pflege gegeben wurden.<sup>57</sup> Diesen Kindern gab § 1 des *Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes* von 1922/24 (RJWG) ein „Recht auf Erziehung“, d.h. auf „öffentliche Erziehung“, ein Recht das formal natürlich für alle Kinder galt. Mit „öffentlicher Erziehung“ war nun allerdings vor allem die Fürsorgeerziehung nach Maßgabe des RJWG gemeint.<sup>58</sup> Diese „Fürsorgeerziehung“ war nun – trotz ihres euphemistischen Namens – häufig ein Instrument der Disziplinierung und Repression, gegen die sich die sog. Heimkampagnen der 1970er-Jahre wandten und die erst im letzten Jahrzehnt autobiographisch beschrieben und in „Rundes Tischen“ aufgearbeitet wurden.<sup>59</sup> Dennoch: Während die Kinder, die in vollständigen Familien groß wurden, „nur“ das Recht auf den Schutz durch die Eltern auf ihrer Seite hatten, konnten sich die anderen Kinder auf ein „Recht auf öffentliche Erziehung“ berufen, das durch den Vormund ausgeübt und durch das Vormundschaftsgericht kontrolliert wurde.<sup>60</sup> Rein rechtlich gesehen waren diese Kinder also sogar besser gestellt, auch wenn diese rein rechtliche Besserstellung angesichts der sozialen Wirklichkeit wie ein Hohn wirken musste.<sup>61</sup>

Diese familienrechtliche und jugendwohlfahrtsrechtliche Zweigliedrigkeit der Kinderrechte bestand in der alten Bundesrepublik bis zur Wiedervereinigung im Prinzip fort. Die DDR löste sie dagegen durch eine Zurückdrängung des Elternrechts und eine Stärkung der öffentlichen Erziehung und der Jugendorganisationen zugunsten der jugendwohlfahrtsrechtlichen Seite auf.<sup>62</sup> Mit der Wiedervereinigung trat ein neues *Kinder- und Jugendhilfegesetz*, das KJHG bzw. SGB VIII, in Kraft, das – nach jahrzehntelangen Auseinandersetzungen in der BRD<sup>63</sup> – eine Neuorientierung der Kinder- und Jugendhilfe mit sich brachte. Neben dem *Familienlasten- und Leistungsausgleich* (FLLA), den das Bundesverfassungsgericht auf das Existenzminimum der Kinder ausgerichtet und um staatliche Familienleistungen zur Bedarfsdeckung für Kinder ergänzt hatte,<sup>64</sup> trat das SGB VIII als ein modernes, ebenfalls familienleistungsorientiertes Gesetz in Kraft, das das alte ordnungs- und polizeirechtlich orientierte JWG ablöste.<sup>65</sup> Dieses Gesetz betraf nun nicht mehr nur die Kinder und Jugendlichen aus gefährdeten Familien, sondern alle Kinder und Jugendlichen, denn alle Familien sollten sich an die Kinder- und Jugendhilfe wenden können, und alle Kinder sollten das „Recht auf Erziehung“ nach § 1 SGB VIII haben und Leistungen nach dem Gesetz verlangen können.<sup>66</sup> Auch wenn rein rechtlich die Leistungen nach dem FLLA, wie das Kindergeld oder das Erziehungsgeld bzw. die Steuervorteile den Eltern zustanden und wenn es die Eltern waren, die die Hilfen zur Erziehung nach dem SGB VIII verlangen und den Anspruch der Kinder auf einen Kindergartenplatz geltend machen konnten,<sup>67</sup> es ging von nun an der Sache nach um Kinderrechte (s. Kap. 3–5).

#### 4. Erziehung und Bildung

Die Geschichte der Kindererziehung und -bildung spricht dafür, dass die großen Erziehungs- und Bildungsmächte, nämlich der Staat, die Kirche und die Eltern, über Erziehung und Bildung bestimmt haben und nicht die Kinder aufgrund ihrer Rechte selber, auch wenn seit der Reformation Erziehung und Bildung auch stets als im Interesse der Kinder gedacht worden sind – von Luther und Rousseau, Humboldt und Schleiermacher, Pestalozzi und Fröbel, Makarenko und Montessori. Der Staat, auch und gerade der Staat der Aufklärung, wollte nützliche und treue Staatsbürger erziehen; die Kirchen suchten und fanden gläubige Eltern und Kinder, die für die Erhaltung kirchlicher Traditionen eintraten; die Eltern dachten an ihre eigene Reproduktion und an die Erhaltung der Klassenstrukturen durch Erziehung und Bildung. Friederike Wapler hat deshalb aufgrund des Ursprungs der Kinderrechte in der Philosophie- und Pädagogikgeschichte zu Recht neben dem Schutz der Kinder und der Fürsorge für die Kinder in dem Recht auf Erziehung und Bildung eine Quelle des Begriffs des Kindeswohls gesehen.<sup>68</sup> Rechte der Kinder auf Selbständigkeit und Selbstwirksamkeit oder gar auf die Schaffung

einer anderen zukünftigen Gesellschaft durch Erziehung spielten demgegenüber allenfalls in Erziehungsutopien eine Rolle (s.o. 1).

Im Jahre 1902 erschien die deutsche Ausgabe des 1900 in Schweden publizierten Buches von Ellen Key „Das Jahrhundert des Kindes“. Titel und Emphase dieses Buches wiesen – eingebettet in das Spektrum vielfältiger Ansätze von Sozial-, Kultur- und Lebensreformbewegungen – der Reformpädagogik die Richtung im Sinne der Forderung nach einer „natürlichen“ Erziehung des Kindes „vom Kinde aus“ statt seiner Unterwerfung unter die herkömmliche Autoritätspädagogik in Familie und Schule.<sup>69</sup> So traten am Ende des Ersten Weltkrieges nach dem Zusammenbruch der traditionellen staatlichen und gesellschaftlichen Strukturen Erziehungswissenschaftler mit der Forderung nach einer „Autonomie des Pädagogischen“ an die Öffentlichkeit, und diese Forderung beherrschte auch die Reichsschulkonferenz von 1920. Doch das reformpädagogische Denken konnte sich in der *Weimarer Republik* innerhalb der traditionellen Strukturen von Schule und Hochschule kaum durchsetzen, sondern vor allem außerhalb der öffentlichen Schulen an Einfluss gewinnen.<sup>70</sup>

So musste es wie ein Fanal wirken, dass das Gesetz über die religiöse Kindererziehung von 1921 den Kindern in § 5 das Recht gab, ab dem 14. Lebensjahr über ihre Religionszugehörigkeit selber zu entscheiden und ab dem zwölften Lebensjahr im Falle eines Bekenntniswechsels der Eltern einer Erziehung in einem anderen Bekenntnis als dem bisherigen widersprechen zu können. Den Jugendlichen wurde so das Recht eingeräumt, zu entscheiden in welche Kirche sie gehen, welche – der noch bestehenden – Konfessionsschulen sie besuchen, und welchen Religionsunterricht sie in Gemeinschaftsschulen erhalten wollten.<sup>71</sup> Dies war ein Durchbruch für die Kinderrechte und das Modell für die Theorie von der wachsenden Grundrechtsmündigkeit der Kinder (s.u. 5), das auch für andere Lebensbereiche Bedeutung erhielt.

Die *Weimarer Verfassung* hatte in Art. 146 Abs. 1 die gemeinsame Grundschule für alle Kinder eingeführt und im Grundschulgesetz von 1920 auch umgesetzt, d.h., die sog. privaten oder öffentlichen Vorschulen für die „besseren Stände“ waren abgeschafft und wurden nur noch für eine Übergangszeit geduldet.<sup>72</sup> Dadurch wurde für alle Kinder und Jugendlichen die achtjährige Schulpflicht (Art. 145 WV) eingeführt, die mit dem Recht der Kinder auf den Besuch einer kostenlosen, allgemeinen, simultanen Grundschule verbunden wurde.<sup>73</sup> Für die Aufnahme in eine bestimmte Sekundarschule sollte nicht die wirtschaftliche und gesellschaftliche Stellung oder das Religionsbekenntnis der Eltern entscheidend sein, sondern „Anlage und Neigung“ des Kindes, d.h., es kam auf das einzelne Kind an und seine Rechte, denn auch das auf der gemeinsamen Grundschule aufbauende „mittlere und höhere Schulwesen“ (Art. 146 Abs. 1 WV) sollte eine „Einheitsschule im sozialen Sinne“ sein, in der „der Grundsatz der sozialen Gleichberechtigung“ aller Kinder gelten sollte, die dadurch die gleichen Rechte – je nach „Anlage und Neigung“ – erhalten sollten.<sup>74</sup> Damit auch der Zugang der Kinder der „minderbemittelten“ Eltern zum mittleren und höheren Schulwesen gewährleistet werden konnte, erhielten diese Kinder nach Art. 146 Abs. 3 WV Erziehungsbeihilfen aus öffentlichen Mitteln. Die Durchsetzung der sozialen Gleichberechtigung aller Kinder blieb dennoch in den kurzen Jahren der *Weimarer Republik* aus, weil sich die sozialen Strukturen trotz Revolution und Republik als stabil erwiesen.<sup>75</sup>

Die *Weimarer Verfassung* führte die Gemeinschaftsschule als Regelschule ein, die nicht mehr durch eine bestimmte Konfession geprägt war, und die Schulaufsicht konnte nun nicht mehr den Geistlichen übertragen werden, sondern lag in den Händen von Staatsbeamten (Art. 144 WV). Auf diese Weise sollte nicht nur eine religiöse, sondern auch eine gewisse ideologische Neutralität der Schule angesichts der entstehenden pluralistischen demokratischen Gesellschaft gewährleistet werden. Die Eltern hatten zwar durch den sog. *Weimarer Schulkompromiss* nach Art. 146 Abs. 2 WV das Recht erhalten, auf Antrag Volksschulen ihres Bekenntnisses oder ihrer Weltanschauung in den Gemeinden einzurich-

ten, wenn hierdurch ein geordneter Schulbetrieb nicht beeinträchtigt wurde, und sie konnten sich dadurch theoretisch auf die Rechte ihrer Kinder auf eine bestimmte religiöse Erziehung und Bildung berufen; doch es handelt sich – in der Terminologie Carl Schmitts – um einen sog. dilatorischen Formelkompromiss, der zur Zeit der *Weimarer Republik* in einem Reichsschulgesetz nicht umgesetzt werden konnte. Die offene Gesellschaft konnte sich in der *Weimarer Republik* angesichts der Konfessionsspaltung und der vorherrschenden kämpferischen Ideologien nicht durchsetzen.<sup>76</sup> Die Ideologien trachteten nämlich im 20. Jahrhundert danach, Kindheit und Jugend: und damit Schule und Hochschule in Besitz zu nehmen, um nach dem Motto „Wer die Schule hat, hat die Zukunft“ die zukünftige Gesellschaft zu formen. Indem sie den Kindern und Jugendlichen – vor allem außerhalb von Familie und Schule – nach dem Motto „Jugend: führt Jugend:“ scheinbar Rechte gegen ihre Eltern und auf ein autonomes Leben einräumten, arbeiteten die nationalsozialistischen und die sozialistischen Regierungen in Wirklichkeit nicht für, sondern gegen Kinderrechte.<sup>77</sup>

Doch in der pluralistischen Gesellschaft, die sich in der Bundesrepublik in der Nachkriegszeit entwickelte, erwiesen sich die Kinder und ihre Eltern als stärker als die Indoktrinationsversuche der Kirchen und der politischen Parteien, und es wurde deshalb der Schule untersagt, die Kinder religiös oder ideologisch zu überwältigen. In offenen Gesellschaften sollen die Kinder das Recht haben, ihre eigene Identität auszubilden und in Familie und Schule zu leben. In der BRD setzte sich deshalb nach heftigen Kämpfen in den 1950er- und 60er-Jahren des 20. Jahrhunderts – bis auf Restbestände in Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen – in allen Bundesländern die Gemeinschaftsschule durch,<sup>78</sup> so dass sich religiös geprägte Schulen nur im Bereich des Privatschulwesens finden. Die Gesamtschulen oder ihre neuere Variante, die Gemeinschaftsschule neuen Typs, fanden dagegen nur begrenzt Verbreitung und wurden nirgendwo als alleinige Schulform eingeführt. Die Auslegung des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht und die Landesverfassungen gewähren allen Kindern und Jugendlichen vielmehr ein Recht auf Erziehung und Bildung und bekennen sich zum Grundsatz der Chancengleichheit.<sup>79</sup> Dies bedeutet, dass das Grundgesetz keine Entscheidung für ein bestimmtes Bildungssystem getroffen, sondern die Entscheidung offen gelassen hat, die aufgrund der föderalistischen Struktur der Bundesrepublik die Länderparlamente zu treffen haben.<sup>80</sup> Sie müssen dabei gewährleisten, dass die Rechte auf Erziehung und Bildung aller Kinder in chancengleicher Weise Berücksichtigung finden können, und zwar auch die Rechte der Kinder mit Migrationshintergrund und die Rechte der behinderten Kinder, ohne dass dadurch bereits eine bestimmte organisatorische Lösung vorgegeben wäre, z.B. die Integration oder die Inklusion. Die Schulen sollen dabei – nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – die Gesamtentscheidung der Eltern über die Erziehung und Bildung ihrer Kinder beachten, soweit dies angesichts der Vielfalt der Interessen möglich ist.<sup>81</sup>

Im demokratischen Verfassungsstaat entscheiden die Bürgerinnen und Bürger über die Grundprinzipien der gesellschaftlichen Gestaltung, d.h. auch über die Wirtschafts- und Arbeits-, die Sozial-, Bildungs- und Kulturverfassung, d.h., die Gesellschaftsverfassung ist grundsätzlich offen und damit veränderbar,<sup>82</sup> veränderbar insbesondere durch die jeweils junge Generation. Damit gehört die Mitwirkung an der Gestaltung der Gesellschaftsverfassung zu den wesentlichen Rechten der Kinder und Jugendlichen. Diese Mitwirkung darf den Kindern und Jugendlichen durch Erziehung und Bildung nicht genommen werden. Deshalb gilt für die Schule und ihre Lehrerinnen und Lehrer das beamtenrechtliche Gebot der politischen Zurückhaltung nach § 60 Abs. 2 BBG sowie das schulrechtliche Überwältigungsverbot, das es den Lehrerinnen und Lehrern untersagt, im Unterricht ihre Status- und Kompetenzüberlegenheit zugunsten eines bestimmten Gesellschaftssystems einzusetzen (sog. *Beutelsbacher Konsens*).<sup>83</sup> Die Lehrerinnen und Lehrer sind zur Wissenschaftlichkeit und zu einer positiv verstandenen pluralistischen Neutralität verpflichtet, ohne dass sie dadurch zum Schweigen verdammt wären.

Trotz der großen Übereinstimmung, die diese Grundsätze der Gestaltung des Bildungssystems in Deutschland angesichts der Kinderrechte gefunden haben, fragt es sich, ob und inwieweit die Kinderrechte in Deutschland gerade im Erziehungs- und Bildungssystem umgesetzt sind (s. Kap. 6).<sup>84</sup>

## 5. Mündigkeit

Die Verfassungen gewähren die Grundrechte allen Menschen, bei den „politischen Grundrechten“ wie z.B. der Vereins- und Versammlungsfreiheit allerdings nur den deutschen Staatsbürgern (Zur Grundrechtsträgerschaft und zur Handlungsfähigkeit heute s.u. Kap. 1 und 2). Es bestand aber nie ein Zweifel daran, dass die Kinder Träger der Grundrechte, dass sie grundrechtsfähig sind, denn die Verfassungen binden die Grundrechte nicht an ein bestimmtes Alter. Also haben auch Kinder die Grundrechte des Grundgesetzes, die nach Art. 1 Abs. 3 GG die staatliche Gewalt als unmittelbar geltendes Recht binden und deren Verletzung durch die öffentliche Gewalt die Kinder nach Art. 19 Abs. 4 GG auf dem Rechtsweg rügen können. Darüber hinaus bekennt sich das Deutsche Volk nach Art. 1 Abs. 2 GG zu den Menschenrechten, also auch zu den international gewährleisteten Kinderrechten, sei es, dass diese ebenfalls unmittelbar gelten oder der Transformation in nationales Recht bedürfen (s. Einl. 3). Ob die Kinder ihre Grund- und Menschenrechte aber auch selbständig ausüben können, darüber gingen die Meinungen auseinander. Die in den 1970er-Jahren vor allem in den skandinavischen Ländern entstandenen sog. Kinderrechtsbewegungen<sup>85</sup> setzten sich vehement dafür ein, dass alle Grundrechte als Menschenrechte allen Kindern von Geburt an nicht nur zustünden, sondern von ihnen auch selbständig ausgeübt werden könnten, und sie widersprachen damit einer herrschenden Meinung, die die Ausübung der Kinderrechte in die Hände der Eltern legte.

Nach Art. 6 Abs. 2 GG haben die Eltern das „natürliche Recht“ zur Pflege und Erziehung der Kinder. Dieses Recht umfasst nach den Regeln des BGB das Recht zur Personen- und zur Vermögenssorge (§ 1626 Abs. 1 BGB) und dazu gehört auch die Vertretung des Kindes (§ 1629 BGB). Zur Vertretung des Kindes gehört aber auch die Wahrnehmung der Rechte des Kindes, also auch die Ausübung seiner Grundrechte, und zwar bis zur Volljährigkeit des Kindes, es sei denn, dass es sich um höchstpersönliche Rechte handelt, wie z.B. im Falle der Meinungsfreiheit oder dass der Gesetzgeber ein früheres Alter für die Grundrechtsmündigkeit festgelegt hat, wie z.B. für die Religionsausübungsfreiheit (s.o.).<sup>86</sup> Mit der Volljährigkeit des Kindes endet das Recht der elterlichen Sorge. Das Volljährigkeitsalter ist im Laufe der Jahrhunderte immer weiter herabgesetzt worden. Bis zum Ende des 18. Jahrhunderts lag es bei 24 Jahren, sodann lange Zeit bei 21 Jahren und seit 1976 bei 18 Jahren.<sup>87</sup> Der Gesetzgeber hat darüber hinaus im Laufe der Zeit eine Vielzahl von Regelungen einer früheren Mündigkeit geschaffen, z.B. für die Geschäftsfähigkeit und die Deliktsfähigkeit, für die Sozial- und die Strafmündigkeit.<sup>88</sup>

Soweit aber hierdurch das Elternrecht nicht eingeschränkt ist, können die Eltern ihr Elternrecht nach ihren eigenen Vorstellungen ausüben, auch wenn sie dies in der Praxis häufig gar nicht tun wollen. Dieses so verstandene Recht aber wollten Vertreter der Kinderrechte häufig nicht akzeptieren. Doch das Elternrecht ist ein Grundrecht, und Grundrechte dienen in der freiheitlichen Gesellschaft grundsätzlich dazu, dass die Bürgerinnen und Bürger ihre eigenen Vorstellungen von ihrem eigenen Leben selbständig, d.h. ohne staatliche Bevormundung und staatliche Eingriffe verwirklichen können, denn das ist geradezu der Sinn der Freiheit.<sup>89</sup> Das Elternrecht ist den Eltern verliehen bzw. es ist – nach dem Wortlaut des Grundgesetzes – als ihr „natürliches Recht“ vom Staat anerkannt, damit sie ihre Vorstellungen über die Erziehung und Bildung der Kinder, die sie gezeugt bzw. geboren haben, nach ihren eigenen Ideen und ihrem eigenen Willen verwirklichen können.<sup>90</sup> Das Elternrecht ist insofern –

einer landläufigen juristischen Meinung entgegen – kein primär fremdnütziges, sondern zunächst einmal ein eigennütziges Recht.<sup>91</sup> Kinder werden nicht für den Staat geboren und aufgezogen, sondern für die eigene Familie. Man darf nicht vergessen, dass Kinder in früheren Zeiten für die Altersversorgung und die Pflege ihrer Eltern zuständig waren und dies häufig heute auch noch sind. Eltern sehen in ihren Kindern häufig die Fortsetzung ihres eigenen Lebens, den Zusammenhalt der Familie über Generationen hinweg.

Die Eltern haben nach dem Wortlaut des Grundgesetzes allerdings die Pflicht zur Pflege und Erziehung des Kindes, und sie sollen dabei das Wohl des Kindes berücksichtigen, weil sie angesichts ihrer ökonomischen, physischen, psychischen und geistigen Überlegenheit und ihrer Nähe zum Kind am besten beurteilen können, was dem Wohl des Kindes dient und was nicht, und das auch angesichts einer wachsenden Selbständigkeit des Kindes und seiner Emanzipationsbestrebungen. Wapler hat angesichts der Gesamtverantwortung der Erwachsenen für das Wohl des Kindes den von ihr rechtsethisches entwickelten Kindeswohlbegriff durch eine Dynamik von Abhängigkeit und Autonomie gekennzeichnet und dieser Dynamik ihre Definition des Kindeswohls als „aussichtsreiche Verwirklichung der Interessen des Kindes“ zugrunde gelegt.<sup>92</sup> Doch man kann von den Eltern nicht erwarten und auch nicht rechtlich durchsetzen, dass sie das Wohl ihrer Kinder gegen ihre eigenen Interessen definieren. Was das Wohl des Kindes ist, entscheiden deshalb letztlich die Eltern und nicht der Staat, solange das elterliche Sorgerecht nach § 1666 BGB durch richterliche Entscheidung nicht eingeschränkt ist. Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, das Wächteramt des Staates hinsichtlich der elterlichen Erziehungs- und Pflegeverpflichtungen zu konkretisieren.<sup>93</sup> Dies ist die konventionelle Sicht der Dinge, die dem geltenden Recht entspricht, und es handelt sich um *hard facts* oder sagen wir um institutionelle Regelungen, die sich juristisch nur schwerlich überwinden lassen. Die Kinder haben zwar alle Grundrechte und die Eltern sind gehalten, die Rechte ihrer Kinder zu berücksichtigen, aber ausüben können die Kinder ihre Grundrechte selbständig nicht.

Dieser Sicht der Dinge widersprachen die in den 70er-Jahren des vergangenen Jahrhunderts entstandenen Kinderrechtsbewegungen grundsätzlich, und zwar mit den folgenden Argumenten: Da das Grundgesetz den Kindern alle Grundrechte gibt und die Ausübung der Grundrechte durch die Kinder nicht regelt, sind die Kinder nicht nur grundrechtsfähig, sondern auch grundrechtsmündig, d.h., sie können alle Grundrechte selbstständig und unabhängig von ihren Eltern ausüben, es sei denn, dass der Gesetzgeber die Grundrechtsausübung eingeschränkt, z.B. an ein bestimmtes Alter gebunden hat. Eine solche Grundrechtseinschränkung ist dann aber an die Grundsätze des Art. 19 Abs. 1 und 2 GG und an die Regeln des Verhältnismäßigkeitsprinzips gebunden, unterliegt also einer Rationalitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht.<sup>94</sup>

Dem Vorwurf der offensichtlichen Unsinnigkeit einer allgemeinen Grundrechtsmündigkeit aller Kinder von Geburt an – man denke nur an das Stammtischgerede vom Wahlrecht der Säuglinge – begegnet die Kinderwahlrechtsbewegung mit einem Argument, das man nicht von der Hand weisen kann: Die Grundrechtsmündigkeit äußert sich in der Grundrechtsausübung, denn wer zur Wahl geht und wählt, zeigt doch, dass er grundrechtsmündig ist, und schließlich wird die Wahlrechtsmündigkeit bei Erwachsenen auch nicht geprüft. Gegen die Möglichkeit einer allgemeinen Grundrechtsmündigkeit aller Kinder von Geburt an, wie sie die Kinderwahlrechtsbewegung entwickelt hat und vertritt, spricht aber eher ein praktisch-politisches Argument: Da eine Grundrechtsausübungseinschränkung für Kinder durch den Gesetzgeber geschaffen werden muss – s. z.B. beim Wahlrecht – müsste jedes Gesetz eine Altersbestimmung erhalten, d.h., bei jedem Gesetz müsste das Parlament prüfen, warum Kinder dieses Grundrecht nicht selbstständig ausüben können, den Kindern also die Ausübung ihrer Rechte versagen, eine äußerst unpopuläre praktisch-politische Aufgabe!

Die Theorie von der sog. wachsenden Grundrechtsmündigkeit hat deshalb den umgekehrten Weg, den der positiven Zuerkennung der selbständigen Grundrechtsausübung durch die Kinder vorgeschlagen. Dieser Vorschlag geht auf den Habilitationsvortrag von Ekkehart Stein aus dem Jahre 1967 zurück, auch wenn dieser Vorschlag zunächst vielleicht als etwas zu abstrakt und polarisierend wirkte.<sup>95</sup> Stein sieht in Art. 2 Abs. 1 GG, dem Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, zwei Grundrechte, ein sog. Entfaltungsrecht und ein sog. Selbstentfaltungs- oder Autonomierecht. Während das „Entfaltungs-“ oder sagen wir Entwicklungsrecht bei Kindern auch durch Dritte ausgeübt werden kann, insbesondere durch die Eltern oder die Lehrer, wächst das Autonomierecht mit der wachsenden Selbständigkeit der Kinder und Jugendlichen. Die Meinungsäußerungsfreiheit z.B. steht den Kindern von Geburt an zu, das Wahlrecht nach den Entscheidungen des Gesetzgebers dagegen je nach der Art der Wahl erst von einem bestimmten Alter an. Bei der Religionsfreiheit hat sich der Gesetzgeber für 12 bzw. 14 Jahre entschieden, bei der Heirat dagegen kürzlich das Mindestalter heraufgesetzt. Über Neigungskurse in den Schulen sollen die Kinder allein entscheiden können, über die Berufswahl dagegen nur mit Lehrern und Eltern zusammen usw. Der Gesetzgeber hat lange Kataloge für die selbständige Ausübung der Grundrechte durch Kinder und Jugendliche geschaffen, in denen pauschalierte Altersstufen vorgesehen sind.<sup>96</sup> Wir verfügen also bereits über einen gesetzlich geregelten Katalog der Rechte von Kindern und Jugendlichen aufgrund der Annahme einer wachsenden Mündigkeit der Kinder und eines „schwindenden Elternrechts“.

Es ging jedoch nicht nur um die Grundrechtsmündigkeit und die „Geschäftsfähigkeit“ im weitesten Sinne, sondern es ging eigentlich darum, den Kindern und Jugendlichen überhaupt eine Stimme zu geben, sie anzuhören und ernst zu nehmen, und zwar in ihren eigenen Angelegenheiten. Erst die Kindschaftsrechtsreform des Jahres 1998 führte mit § 1626 Abs. 2 n.F. BGB die Verpflichtung der Eltern ein, Fragen der elterlichen Sorge mit dem Kind zu besprechen und Einvernehmen anzustreben – aber nur, wenn es nach dem Entwicklungsstand des Kindes angezeigt ist. Das Vormundschaftsgericht konnte zwar schon seit den 1950er-Jahren Kinder und Jugendliche anhören, wenn es um ihre Angelegenheiten ging; doch die Praxis blieb schwierig und umstritten, selbst als die Anhörung später verpflichtend wurde.<sup>97</sup> (Zur Handlungsfähigkeit heute im einzelnen s.u. Kap. 2)

## 6. Kollektive Selbstregulierung

„In eigener Verantwortung“ wollte die freideutsche Jugend: – nach ihrem Schwur auf dem Hohen Meißner 1913 – ihr Leben gestalten (s.o. 1), und die *Weimarer Republik* hatte dann in der Tat den Jugendverbänden eine weitgehende Autonomie gewährt. Das nationalsozialistische Regime beseitigte diese Autonomie dann wieder, und auch in der DDR beherrschte die Partei die FDJ, während die Jugendverbände in der Bundesrepublik von Anfang an alle Freiheiten genossen, solange sie die Grenzen des Grundgesetzes wahrten. Diese Grenzen zu testen und zu überschreiten, gehörte in der Geschichte der Bundesrepublik zum „Programm“ von zahlreichen Jugendprotestbewegungen, insbesondere zur Zeit der 68er-Bewegung, die die „Demokratisierung“ aller Gesellschaftsbereiche durch Formen kollektiver Selbstregulierung forderte, und zwar vornehmlich von Schule und Hochschule.

Der preußische Kultusminister Konrad Haenisch hatte zur Zeit der Novemberrevolution versucht, durch zwei Erlasse (vom 27. November und 14. Dezember 1918), die von Gustav Wyneken, seinem wissenschaftlichen Berater, formuliert worden waren, die innere Schulreform in Gang zu bringen. Die Lehrer sollten ihre Arbeit im neuen Geist der Freiheit und Demokratie versehen „und sich nicht als die Vorgesetzten, sondern wesentlich als die älteren, helfenden und führenden Kameraden ihrer Schüler betrachten“. Auch die Schüler und Schülerinnen der Höheren Lehranstalten sollten „teilhaben an

der neuen Freiheit und Selbstbestimmung unseres Volkes (...) Um einen Anfang zu machen mit der Befreiung schlummernder und gebundener Kräfte der Jugend:, um ihr eine erste Möglichkeit zu eröffnen, aus innerer Wahrhaftigkeit und unter eigener Verantwortung an der Gestaltung ihres Lebens mitzuwirken“, sollten an jeder Schule „Schulgemeinden“ eingerichtet werden zur Aussprache über die inneren Schulangelegenheiten (Disziplin, Ordnung usw.) zur Vertretung der Interessen der Schüler und zur Ausarbeitung von Vorschlägen an die Regierung zum weiteren Ausbau der Schuleinrichtungen; außerdem wurde die Einrichtung unpolitischer Schülervereine unterstützt.<sup>98</sup>

Gustav Wyneken, ein Lehrer an den von Hermann Lietz gegründeten Landerziehungsheimen Ilsenburg und Haubinda zog im Jahre 1906 mit einer Schar von *Wandervögeln* aus Berlin-Lichterfelde in den Thüringer Wald und gründete dort zusammen mit Paul Geheeb die *Freie Schulgemeinde Wickersdorf*, in der die gemeinsamen Beratungen von Lehrern und Schülern in einer sog. Schulgemeinde eine große Rolle spielten. Nach der Revolution von 1918 wurde er im November für kurze Zeit reformpädagogischer Berater des preußischen Kultusministeriums, das von Konrad Haenisch (SPD) und Adolph Hoffmann (USPD) geleitet wurde und konnte für seine Minister den genannten sog. Novembererlass zur Gründung von „Schulgemeinden“ an allen preußischen Höheren Lehranstalten formulieren, der deutlich von der sog. Meißner-Formel der Jugendbewegung, an der Wyneken mitgewirkt hatte, geprägt war (s.o. 1). Doch das, was in Wickersdorf möglich war, ließ sich auf die staatlichen Gymnasien nicht übertragen und scheiterte dort nach kurzer Zeit.

Die Idee und Praxis der sog. Schulgemeinden lebte aber in den Landerziehungsheimen weiter, z.B. in der als Abspaltung von Wickersdorf 1910 mit 15 Kindern gegründeten Odenwaldschule, zu der bald weitere Kinder stießen, wie der spätere Lehrer der Odenwaldschule, Otto Erdmann, später schrieb, der ebenfalls mit einer Handvoll seiner ehemaligen Schüler aus Darmstadt zur Odenwaldschule aufgebrochen war, um mit ihnen in sie einzutreten:

„Die Kirschbäume blühten in voller Pracht, als ich mit sechs Darmstädter Jungen das wunderschöne Hambachtal hinaufzog. Fiebernde Erwartung! Zwei von ihnen hatten es bei den Eltern durchgesetzt: sie durften in die neue Odenwaldschule eintreten, die anderen kamen aus Neugier, aus Freundschaft oder aus Wanderlust – vor allem aber, weil sie hofften, bald nachkommen zu dürfen. Viel hatte ich ihnen erzählt von der neuen Schule im Odenwald ... Aber jetzt war es ihnen doch wie ein Traum, als wir das Tal hinausstiegen. Eine Schule? Hier zwischen den blühenden Kirschbäumen? Unwahrscheinlich, ungläubwürdig.“<sup>99</sup>

Der kurze Text gibt recht glaubwürdig die Stimmungslage des „Wandervogels“ und der Reformpädagogik in der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg wieder: Aufbruch und Erwartung.

Doch schon bald sollten die Konflikte, die es in Wickersdorf gegeben hatte, auch die Odenwaldschule einholen, und zwar die Konflikte um die Stimmrechtsfrage in der „Schulgemeinde“ im Jahre 1912. In der „Schulgemeinde“ war diskutiert worden, ob alle – also Schülerinnen und Schüler, aber auch Lehrerinnen und Lehrer einschließlich des Direktors – das gleiche Stimmrecht haben sollten. Dabei ging es zunächst um „die Neuen“ und um „die Kleinen“, bald aber um das Stimmrecht des Direktors. Geheeb beantwortete die entsprechende an ihn gerichtete Frage folgendermaßen:

„Alle sollen hier in gewissem Sinne regieren. Die Leitung der Schule liegt in den Händen aller ... Wenn man dies klar eingesehen hat, so kann es sich doch nicht um Machtfragen handeln. Der Schulstaat unterscheidet sich ausdrücklich vom politischen Staat. Unser Erziehungsstaat ist eine Gemeinschaft, in der alle ein Ziel vor Augen haben ... Wenn wir diesen Zweck vor Augen haben, dann kann es sich nur darum handeln, dass alle auf das gleiche Ziel hinstreben. Hier gibt es keine Abstufungen. Hier sind alle gleich berechnigte Bürger des Erziehungsstaates. Von da aus ist

es mir selbstverständlich, dass alle gleiches Stimmrecht haben. Alle marschieren auf das gleiche Ziel hin (...)“<sup>100</sup>

Auf die nachbohrende Frage, was denn sei, wenn nicht alle auf das gleiche Ziel hinstreben und der Direktor in der Minderheit bleibe, antwortete Geheeb, dass er in „Verfassungsfragen“, also in Fragen, die die Grundsätze der Schule betreffen, allein entscheiden würde, ohne die Frage zu beantworten, was denn solche „Verfassungsfragen“ seien.<sup>101</sup> Es war die Frage, die die Auseinandersetzungen um die deliberative Demokratie und die Diskursgemeinschaft, um die „Schule als Polis“ und die „Demokratiepädagogik“ noch lange begleiten sollten, und zwar von Habermas bis zu von Hentig und Edelstein.

Dabei ist dieselbe Frage schon kurze Zeit nach dem Ersten Weltkrieg grundsätzlich in der Theorie und in der Praxis beantwortet worden, und zwar von Alexander Sutherland Neill in Summerhill und von Anton Semjonowitsch Makarenko in der Gorki-Kolonie, – wenn auch in ganz unterschiedlicher Weise:

„Summerhill ist eine Schule mit demokratischer Selbstregierung. Alles, was irgendwie mit dem Leben in der Gemeinschaft zusammen hängt – und dazu gehört auch die Bestrafung von Vergehen gegen die Gemeinschaft – wird von der Schulversammlung am Samstag durch Abstimmung geregelt. Jedes Mitglied des Lehrerkollegiums und jedes Kind, gleichgültig wie alt es ist, hat eine Stimme. Meine Stimme hat nicht mehr Gewicht als die Stimme eines Siebenjährigen. Sie werden vielleicht lächeln und sagen: ‚Ihre Stimme hat aber trotzdem mehr Bedeutung‘. Sehen wir uns einmal die Praxis an. Einmal habe ich mich in der Schulversammlung zu Wort gemeldet und vorgeschlagen, Schülern unter sechzehn sollte das Rauchen verboten werden. Meine Argumentation war: Nikotin ist Gift, und ein Kind hat eigentlich kein Bedürfnis danach; es raucht nur, um als erwachsen zu gelten. Von allen Seiten kamen Gegenargumente, und mein Vorschlag wurde mit großer Mehrheit niedergestimmt.“<sup>102</sup>

Neill berichtet sodann, wie die Sache weiterging. Auf Antrag eines 16-Jährigen wurde den Kindern unter zwölf das Rauchen verboten. Dann meldete sich ein Zwölfjähriger und sagte, dass sie alle auf dem Klo heimlich rauchen und dass dieses Verbot gegen die Grundsätze von Summerhill verstoße, worauf es mit großer Mehrheit aufgehoben wurde, – womit Neill zeigen will, dass er wirklich nur eine Stimme hatte. Tabak, Alkohol und Sex sind stets Grundsatz-, also „Verfassungsfragen“ der Reformpädagogik gewesen (s.o.). In Analysen der Lebenswege der ehemaligen Schülerinnen und Schüler von Summerhill wird berichtet, dass sie sich nicht wesentlich von den Lebenswegen der Schülerinnen und Schüler öffentlicher Schulen unterschieden. Summerhill aber wurde das Leitbild der sog. antiautoritären Erziehung, einer Bewegung der 1960er- und 70er-Jahre.<sup>103</sup>

„In meinem Vortrag über Disziplin hatte ich mir erlaubt, die damals allgemein geltenden Anschauungen anzuzweifeln, dass man durch Strafe lediglich Sklaven erziehe, dass man dem Schöpferischen im Kinde unbegrenzt freien Spielraum gewähren und sich vor allem auf die Eigenorganisation und Selbstdisziplin der Kinder verlassen müsse. Ich erlaubte mir, dem die für mich unzweifelhaft richtige Behauptung entgegen zu stellen: Solange noch kein Kollektiv und keine Organe des Kollektivs geschaffen sind, solange es weder Traditionen gibt noch die elementaren Arbeitsgepflogenheiten und Verhaltensweisen des täglichen Lebens anerzogen sind, hat der Erzieher das Recht, Zwang auszuüben, und darf nicht auf dieses Recht verzichten. Ich behaupte ferner, dass die gesamte Erziehung des Kindes nicht auf sein persönliches Interesse abgestellt sein darf und dass die Erziehung zum Pflichtbewusstsein oft im Widerspruch zu diesem Interesse steht, zumindest zu dem, wie das Kind dieses Interesse auffasst. Ich verlange die Erzie-