Rudolf von Bracken

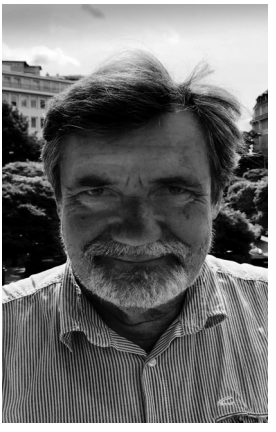
Kinderrechte

Ein Handbuch für die Praxis der Sozialen Arbeit

Kohlhammer

Kohlhammer

Der Autor



Rudolf von Bracken ist Rechtsanwalt in eigener Praxis und Fachanwalt für Familienrecht. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen in der Umsetzung der Rechte von Kindern im Familienrecht, im Jugendhilferecht und Strafrecht sowie im Recht der sozialen Entschädigung für erlittene Straftaten. Er ist Gremiumsmitglied beim Fonds Sexueller Missbrauch, Anhörungsbeauftragter der Unabhängigen Aufarbeitungskommission und als Experte beim Forschungsprojekt »Mitreden, Mitgestalten« für die Novellierung des Jugendhilferechts im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) tätig. Er ist Autor mehrerer Buch- und Zeitschriftenbeiträge.

Rudolf von Bracken

Kinderrechte

Ein Handbuch für die Praxis der Sozialen Arbeit

Verlag W. Kohlhammer

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

Die Wiedergabe von Warenbezeichnungen, Handelsnamen und sonstigen Kennzeichen in diesem Buch berechtigt nicht zu der Annahme, dass diese von jedermann frei benutzt werden dürfen. Vielmehr kann es sich auch dann um eingetragene Warenzeichen oder sonstige geschützte Kennzeichen handeln, wenn sie nicht eigens als solche gekennzeichnet sind.

Es konnten nicht alle Rechtsinhaber von Abbildungen ermittelt werden. Sollte dem Verlag gegenüber der Nachweis der Rechtsinhaberschaft geführt werden, wird das branchenübliche Honorar nachträglich gezahlt.

Dieses Werk enthält Hinweise/Links zu externen Websites Dritter, auf deren Inhalt der Verlag keinen Einfluss hat und die der Haftung der jeweiligen Seitenanbieter oder -betreiber unterliegen. Zum Zeitpunkt der Verlinkung wurden die externen Websites auf mögliche Rechtsverstöße überprüft und dabei keine Rechtsverletzung festgestellt. Ohne konkrete Hinweise auf eine solche Rechtsverletzung ist eine permanente inhaltliche Kontrolle der verlinkten Seiten nicht zumutbar. Sollten jedoch Rechtsverletzungen bekannt werden, werden die betroffenen externen Links soweit möglich unverzüglich entfernt.

1. Auflage 2021

Alle Rechte vorbehalten
© W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart
Gesamtherstellung: W. Kohlhammer GmbH, Stuttgart

Print:
ISBN 978-3-17-037950-3

E-Book-Formate:
pdf: ISBN 978-3-17-037951-0
epub: ISBN 978-3-17-037952-7
mobi: ISBN 978-3-17-037953-4

Vorwort

Dieses Buch ist entstanden aus einem Vorlesungsskript für die Ausbildung von Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeitern bei der Hochschule für Angewandte Wissenschaften in Hamburg. Zu vertreten war der Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Knut Hinrichs für ein Forschungssemester. Das Skript entstand nach dem vorgegebenen Prüfungsstoff jeweils im Nachhinein aus den Erarbeitungen mit den Studentinnen und Studenten in der Vorlesung. Es ist also ein nachträgliches Vorlesungsskript.

Aus meiner langen Fachanwaltspraxis mit dem Schwerpunkt Kinderrechte konnte ich viele in der Praxis erlebte Konstellationen einbringen und denke, dass der Praxisbezug sehr viel zur regen Teilnahme und lebhaften Diskussion beitrug.

Die Darstellung erfolgt jeweils aus der Perspektive der betroffenen Menschen gegenüber den Rechten und Pflichten, den rechtlichen Rahmungen der Verhältnisse, Situationen um die Kinder, um deren Wohl und deren Rechte es immer und entscheidend geht.

Ich möchte mit diesem Buch unter diesem Titel nicht nur die (zukünftigen) Jugendämter, sondern alle lernenden und suchenden Fachkräfte ansprechen, die in ihrem beruflichen und privaten Umfeld mit Kinderschicksalen konfrontiert sind und nach den Kinderrechten fragen und suchen. Dabei denke ich an Kindertagesstätten mit ihrer oftmals engen und bedrückenden Wahrnehmung der familiären Wirklichkeit, an Schulen, Pflegestellen und die vielen Fachkräfte und engagierten Menschen in professionellen Beratungsstellen und im weiteren persönlichen und auch politischen Umfeld.

Denn: Kinderrechte sollte man nicht zu lange suchen!

Hamburg, August 2020
Rudolf von Bracken

Inhaltsverzeichnis

Vorwort		**5**
I	**Recht, die regulierte Staatsgewalt für alle**	**11**
1	Rechtsprinzipien	11
2	Rechtssubjekte	12
3	Macht und Gewalt	13
4	Staatsgewalten	14
5	Grenzen staatlicher Gewalt	16
6	Lernziele	17
II	**Rechtsgarantien und ihr Schutz**	**18**
1	Wie sich wehren?	18
2	Notwehr und Nothilfe	20
3	Handlungs- und Bewegungsfreiheit und Privatsphäre	21
4	Grundregel des Gesetzesaufbaus (Vorschau)	22
5	Recht – Regelungs- und Veränderungsbedarf Vorschau auf bestehende Regelungen und gültiges Recht	24
6	Lernziele	28
III	**Gesetze finden und anwenden**	**29**
1	Rechtsquellen	29
2	Aufbau der Norm	31
3	Beispiele Unterhalt, Verwandtschaft	32
4	Lernziele	36
IV	**Gesetze im Familienrecht**	**37**
1	Normanwendung, Beispiel Kindesunterhalt (Nachtrag)	37
2	System des Familienrechts	40

3	Familienrechtliche Beziehungen	41
4	Haftung grundsätzlich	44
5	Kinder, Kindschaftsrecht	45
6	Lernziele	53

V	**Kindschaftsrecht und Jugendhilfe**	**54**
1	Umgangsrecht	54
2	Kindschaftsrecht und Gewalt	60
3	Öffentliche und private Jugendhilfe im Achten Sozialgesetzbuch	63
4	Lernziele	70

VI	**Exkurs: Sorge und Intervention**	**72**
1	Fallbeispiel Kindeswohlgefährdung	72
2	Elterliche Sorge	76
3	Lernziele insbesondere für Fallbearbeitung	85

VII	**Gerichtliche Rechtsfindung**	**86**
1	Verfahren des Familiengerichts	86
2	Beteiligte am Verfahren	87
3	Verfahrensbeginn, Verfahrensverlauf, Verfahrensende	92
4	Besondere Beteiligte	97
5	Verfahrensgrundsätze	100
6	Lernziele	106

VIII	**Familienhoheit und Staatsaufgabe**	**107**
1	Kindeswohlgefährdung	107
2	Exkurs und Beispiel Gewalt	109
3	Das Bundesverfassungsgericht	111
4	Hilfe vor Trennung	116
5	Lernziele	123

IX	**Kindeswohlgefährdung und staatlicher Eingriff**	**124**
1	Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung §§ 8a und b SGB VIII	124
2	Anrufung des Gerichts (§ 8a Abs. 2 SGB VIII)	130
3	Berufliche Schweigepflichten in und außerhalb der Jugendhilfe	135
4	Lernziele	137
X	**Umgang und Jugendhilfe**	**139**
1	Umgang SPEZIAL	139
2	Der Leistungskatalog des SGB VIII	145
3	Konflikte mit dem Jugendamt	154
4	Lernziele	157
XI	**Verantwortungsgemeinschaft und staatlicher Elternersatz**	**158**
1	Verantwortungsgemeinschaft: Aufgabenzuweisung und Verantwortungsteilung	158
2	Bessere Eltern? Pflegeeltern und leibliche Eltern, Jugendamt	161
3	Lernziele	169
Stichwortverzeichnis		**171**

I

Recht, die regulierte Staatsgewalt für alle

1 Rechtsprinzipien

1. Was ist Recht? Recht entsteht zunächst aus dem Rechtsetzungsakt eines befugten Gesetzgebers. Es ist eine Ableitung von Herrschaft. Herrschaft kann gewonnen sein durch Gewalt und ihre Absicherung oder im Rahmen eines verfassten Gesellschaftssystems durch Übereinstimmung hinreichend mächtiger Teile dieser Gesellschaft. In der Demokratie geht »alles Recht vom Volke aus«, Gesetze werden erlassen durch den demokratisch gewählten Gesetzgeber, hier sind es – je nach verfassungsrechtlicher Zuständigkeit – Bundestag, Bundesrat und die formale Ausfertigung durch den Bundespräsidenten.

2. Die staatliche Rechtsquelle wird ergänzt durch das Bürgerliche Gesetzbuch, welches der bürgerlichen Freiheit und den privatautonomen Entscheidungen, Verpflichtungen einzugehen, den alten lateinischen Rechtssatz »pacta sunt servanda« beigibt, also dass eingegangene Verträge einzuhalten

sind. Das am 1. Januar 1900 in Kraft getretene Bürgerliche Gesetzbuch verleiht also privatautonomer Willensentscheidung, sich zu binden, die Kraft der Verbindlichkeit und bietet staatlichen Rechtsschutz für die Durchsetzung und die Entscheidung von Konflikten hierüber.

3. Das Wesen des gesetzten (normativ-staatlichen) Rechts ist also bestimmt durch die Rechtsquellen *Gesetz* und *Vereinbarung* und äußert sich in Verbindlichkeit (Gültigkeit der Regeln), Sanktionierbarkeit (Strafen, Ersatzverpflichtung) und Durchsetzbarkeit mit den Machtmitteln des Staates.

2 Rechtssubjekte

1. Das BGB regelt, wer Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Es unterscheidet zwischen den »natürlichen Personen«, also jedem individuellen Menschen, und »juristischen Personen«, also Zusammenschlüssen von Menschen in bestimmter gemeinsamer Zweckrichtung, die sich eine Verfassung darüber geben. Die Rechtsform der juristischen Person wird vom Recht nur anerkannt, wenn diese eine selbst gegebene Verfassung, genannt Satzung, hat, nach der sich der Zweck dieser Vereinigung bestimmt und die Entscheidungswege sowie die Vertretung bei Rechtshandlungen und rechtlichen Vorgängen wie der Haftung geregelt ist. Das Gesetz bietet hierzu Rechtsformen an, wie den eingetragenen Verein (e. V.), als sogenannte ideale Vereinigung, die auf eine nicht gewerbliche Zwecksetzung bezogen und nach Möglichkeit auch gemeinnützig ist, was vom Staat mit Steuervergünstigungen für diese Einrichtung und Steueranreizen für Spenden an diese Einrichtung belohnt wird. Weiter die GmbH, Kommanditgesellschaft, offene Handelsgesellschaft, Aktiengesellschaft als auf Erwerb/Gewinn gerichtete Zusammenschlüsse.

2. Dazu gibt es noch die sogenannte BGB-Gesellschaft (oder Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GbR), die das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) regelt, und zwar in den §§ 705 ff. BGB. In den letzten 20 Jahren hat sich eine Verfestigung des Gesellschaftsrahmens dahingehend ergeben, dass die BGB-Gesellschaft nicht unter Nennung von allen einzelnen persönlichen Mitgliedern nur handlungsfähig ist, sondern auch unter ihrem selbst gegebenen Namen. Mit handlungsfähig ist die Rechtsgeschäftsfähigkeit gemeint in dem Sinn, eigenständig Verträge und Verpflichtungen eingehen zu können

und Rechte zu haben und auszuführen, sowie diese auch rechtlich geltend zu machen oder daraus in die Pflicht (Haftung) genommen zu werden.

3 Macht und Gewalt

1. Bei den in den Sinn gekommenen Begriffen zur Definition von Recht waren auch die Begriffe Macht und Gewalt. Macht und Gewalt ist das, was zählt, um Interessen durchsetzen zu können. Gegenläufige Begriffe waren Schutz und Sicherheit.

Der freiheitliche und soziale Rechtsstaat erhebt den Anspruch auf das sogenannte Gewaltmonopol. Er verbietet den Menschen in seinem Geltungsbereich (Territorialprinzip: Bundesrepublik Deutschland) die »eigenmächtige« Ausübung von Gewalt. Ob Gewalt zur Durchsetzung eigener Interessen oder anderen Zwecken dient, ist gleich, denn natürlich ist auch Gewalt als Selbstzweck verboten. Dafür muss der Staat im Rahmen einer Art Gesellschaftsvertrag den Menschen auch gewährleisten, dass sie vom Staat geschützt werden und durch staatliche Einrichtungen zu ihrem Recht kommen und Konflikte gelöst werden.

Der Rechtsstaat beansprucht Geltung seiner Gesetze und Anspruch auf Gerechtigkeit für jeden. In diesem Rahmen hat er staatliche Einrichtungen/Behörden (Institutionen) gegründet, die diese Prinzipien als verfassungsmäßige Verpflichtungen übernommen haben. Das sind die staatlichen Organe, die Verwaltung und die Behörden.

Konflikte über Rechtsansprüche und Interessen sind nach diesem Gesellschaftsvertrag durch die verfassungsmäßig dazu berufenen Institutionen zu regeln. Jeder Mensch wird darauf verwiesen, sich an diese Regeln zu halten, bei dem Verbot der Eigenmächtigkeit und der Gewaltanwendung. Somit bietet der Staat im Rahmen seiner Gewährleistung auch die Möglichkeit der Durchsetzung rechtlicher individueller Interessen durch die staatliche Gewalt an. Das wären direkte Zwangs- und Gewaltmaßnahmen gegen Rechtsverpflichtete. Der geht regelmäßig eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Anspruchs oder der Rechtsposition voraus, die dafür also herbeizuführen ist.

2. Es gibt zwei staatliche Institutionen, die in die Grundrechte und andere private Rechte des Menschen maximal eingreifen und dazu befugt sind.

Die *Polizei* als unmittelbar zuständige Behörde für die Ausübung staatlicher Gewalt (das Militär hat nach deutschem Verfassungsrecht keine Befugnisse in diesem Sinn nach innen) hat zwei Aufgaben, die in den Länder-Polizeigesetzen geregelt sind: Gefahrenabwehr und Sicherheit für Menschen und Verfolgung von Straftaten.

Mit dieser Ermächtigung kann die Polizei Personen festnehmen, in ihrer Freiheit beschränken oder ihr auch jegliche Bewegungsfreiheit nehmen, genannt Verhaftung. Jedoch regelt Art. 104 GG, dass die Befugnis der Polizei zur Freiheitsentziehung nur bis zum Folgetag nach der Verhaftung zulässig ist. Sodann tritt der Richtervorbehalt ein (Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG). Ein Mensch kann nur mit richterlicher Entscheidung weiter in seiner Freiheit beschränkt und festgehalten werden.

3. Die andere verfassungsrechtlich befugte Behörde für Grundrechtseingriffe ist das *Jugendamt*. Nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder »zuvörderst das Recht und die den Eltern obliegende Pflicht«. Satz 2 regelt das staatliche Wächteramt: Die staatliche Gemeinschaft überwacht die Eltern bei ihrer Verantwortungsausübung für ihre Kinder. Für diesen Aufgabenbereich sind die staatlichen Organe Jugendamt und Familiengericht berufen.

Das Jugendamt hat gesetzliche Befugnisse, die bis zur Herausnahme eines Kindes aus seiner Familie und der Trennung (Herbeiführung und Aufrechterhaltung) von seinen Eltern reichen. Diese sind für persönliche Lebensläufe von diesen Kindern regelmäßig weit mehr bedeutsam als die polizeiliche Befugnis zur vorübergehenden Festnahme und zum Festhalten bis zum nächsten Tag. Auch hier greift der Richtervorbehalt ein. Das Jugendamt kann durch das Familiengericht korrigiert werden, denn Grundrechtseingriffe sind dem Gericht vorbehalten zu überprüfen (Art. 6, 19 Abs. 4 GG).

4 Staatsgewalten

Alle staatlichen Stellen sind in der Bundesrepublik aufgeteilt auf die sogenannten drei Gewalten. Damit ist auch das Prinzip der Gewaltenteilung angesprochen, weil diese Bereiche staatlicher Tätigkeit sich auch gegenseitig aufeinander beziehen und kontrollieren.

1. Die gesetzgebende Gewalt (Legislative) ist das oberste Organ, über die Gesetze werden die Regeln der staatlichen Gemeinschaft verbindlich festgelegt. An die Gesetze sind die vollziehende Gewalt (Exekutive) und die Rechtsprechung (Judikative) gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG).

Die vollziehende Gewalt hat die Aufgabe der Ausführung der Gesetze und ist deswegen ihnen verpflichtet. Die Rechtsprechung ist in ihrer Kontroll- und Ausgleichsfunktion an die Gesetze gebunden, die sie nicht *ausführt,* sondern in Konfliktfällen *anwendet.*

2. Das Prinzip des gesetzlichen Richters kommt also zum Tragen bei der Kontrolle der ausführenden Gewalt im Konflikt mit besonders hochrangigen Grundrechten, hier sind es das Freiheitsrecht (polizeilicher Eingriff) und das Grundrecht auf Familie (Jugendamt).

Während die Polizei von sich aus eine festgehaltene Person dem Haftrichter vorführen, also die kontrollierende dritte Gewalt einschalten muss, weil sie die Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung (Verhaftung) für nötig hält, hat das Jugendamt – scheinbar – die Möglichkeit, ohne gerichtliche Überprüfung in das Familiengrundrecht einzugreifen, etwa ein Kind aus der Familie herauszunehmen und die Trennung aufrechtzuerhalten. Denn nach § 42 SGB VIII muss das Jugendamt nur dann, wenn die Eltern widersprechen, das Familiengericht anrufen und eine Entscheidung herbeiführen (Abs. 2, Ziff. 2).

Jedoch handelt es sich bei der Entscheidung von Eltern, nicht zu widersprechen, um einen Akt der Ausübung ihres Elternrechts. Eltern können und sollen ja auch selbst einschätzen, ob ihr Verhalten, ihr Leben, ihre Verantwortungsausübung für ihr Kind und seine Entwicklungs- und Schutzbedürfnisse gut oder schädlich sind, und können und sollen dann die gesetzlich vom Jugendamt bereitzustellenden Hilfeangebote auch annehmen.

Die Aufgabenstellung des Jugendamtes ist eine gesetzlich ausschließlich auf Hilfe ausgerichtete. Und alle Jugendhilfemaßnahmen sind, wie das Wort schon sagt, Hilfen, die Erziehungsberechtigte beantragen können.

Nur in dem Konfliktfall des notwendigen Kinderschutzes hat das Jugendamt die Aufgabe zu intervenieren und dann, wenn Eltern widersprechen, zur Klärung das für die elterlichen Zuständigkeiten des Sorgerechts ausschließlich zuständige und dafür entscheidungsmächtige Familiengericht anzurufen.

Also: Die Kontrollausübung des Familiengerichts gegenüber dem Jugendamt für und bei Grundrechtseinschränkungen (Eingriff in das Elternrecht) gilt und ist auch jederzeit und unbefristet aktivierbar, wenn Eltern sich

nicht einverstanden erklären, Widerspruch erheben oder eine vollzogene Einverständniserklärung (Antrag auf Hilfe zu Erziehung) zurücknehmen.

5 Grenzen staatlicher Gewalt

1. Nachdem sich die ausführende Gewalt an die Gesetze zu halten hat, deren Ausführung ihr obliegt, und die Gerichte an das Gesetz gebunden sind, muss jede grundrechtseinschränkende gerichtliche Entscheidung gesetzlich begründet sein. Für jeden Grundrechtseingriff gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit, wird geprüft, ob der Eingriff geeignet, geboten und im richtigen Verhältnis zum Rechtsgut, um dessen Willen er geschieht, steht. So kann ein Rotlichtverstoß für sich niemals eine Freiheitseinschränkung rechtfertigen, weil dies außer Verhältnis stehen würde.

2. Gerichtliche Entscheidungen über Freiheitseinschränkungen, wie Eingriffe in die Familie, haben das Verhältnismäßigkeitsprinzip ganz strikt zu beachten. Die Frage von Macht und unmittelbarer Gewalt stellt sich dem Gericht, welches ausdrücklich bei der Durchsetzung von gerichtlichen Entscheidungen Vollzugsorgane ermächtigen muss, Gewalt auszuüben, sonst darf dies nicht geschehen (§ 90 FamFG). Das führt bei Herausgaben zu albtraumhaften Situationen gegenüber Kindern, wenn sie etwa aus einer Pflegefamilie herausgenommen und den leiblichen Eltern zurückzugeben sind. Insbesondere Herausgabeentscheidungen können mit gerichtlicher Gewaltermächtigung vollstreckt werden.

3. Zur Durchsetzung von Besuchsregelungen (Umgang des Kindes mit einem Elternteil, von dem es getrennt lebt) sieht das Gesetz jedoch ein absolutes Gewaltverbot vor, zur Durchsetzung von Umgang darf auch kein Gericht Gewalt gegen ein Kind erlauben/anordnen (§ 90 Abs. 2 Satz 1 FamFG). Ansonsten kann und darf gerichtliche Gewaltermächtigung nur unter strenger Prüfung der Verhältnismäßigkeit und der unbedingten Erforderlichkeit zur Sicherung des Kindeswohls erfolgen (Satz 2).

6 Lernziele

- Zwei Rechtsgründe, etwas tun oder lassen zu müssen
- Personen im Sinne des Rechts, Rechtssubjekte
- Gewaltverbot, Gewaltmonopol
- Mächtige Staatsorgane
- Gerichtliche Kontrolle, Richtervorbehalt
- Gewaltenteilung, kontrollierte Staatsgewalt horizontal
- Gewaltenbeschränkung, kontrollierte Staatsgewalt vertikal