

**GUTACHTEN**

**Gutachten bezüglich der  
ausdrücklichen Aufnahme von  
Kinderrechten in das Grundgesetz  
nach Maßgabe der Grundprinzipien  
der UN-Kinderrechtskonvention**

Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann  
Dr. jur. Philipp B. Donath

Das Deutsche Kinderhilfswerk e.V. setzt sich seit mehr als 45 Jahren als Interessenvertreter für ein kinderfreundliches Deutschland bundesweit für die Rechte der Kinder und die Überwindung von Kinderarmut in Deutschland ein. Der gemeinnützige Verein initiiert und unterstützt Maßnahmen und Projekte, die die Teilhabe von Kindern und Jugendlichen, unabhängig von deren Herkunft oder Aufenthaltsstatus, fördern. Die politische Lobbyarbeit wirkt auf die vollständige Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland hin, insbesondere im Bereich der Mitbestimmung von Kindern, den Interessen des Kindes bei Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen sowie der gleichberechtigten gesellschaftlichen Teilhabe aller Kinder.

Das vorliegende Gutachten wurde erstellt durch:

Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann  
Professur für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht  
Goethe-Universität Frankfurt am Main  
Institut für Öffentliches Recht

Dr. jur. Philipp B. Donath  
Goethe-Universität Frankfurt am Main  
Institut für Öffentliches Recht

Die Erstellung des Gutachtens erfolgte im Rahmen eines Projekts der Koordinierungsstelle Kinderrechte des Deutschen Kinderhilfswerkes. Die Koordinierungsstelle Kinderrechte begleitet die Umsetzung der aktuellen Strategie des Europarates für die Rechte des Kindes (Sofia-Strategie 2016-2021) und wird gefördert durch das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend.

## IMPRESSUM

Schriftenreihe des Deutschen Kinderhilfswerkes e.V. – Heft 1

Deutsches Kinderhilfswerk e.V.  
Leipziger Straße 116-118  
10117 Berlin  
Fon: +49 30 308693-0  
Fax: +49 30 308693-93  
E-Mail: [dkhw@dkhw.de](mailto:dkhw@dkhw.de)  
[www.dkhw.de](http://www.dkhw.de)

Autoren:

Prof. Dr. Dr. Rainer Hofmann  
Dr. jur. Philipp B. Donath

Redaktion:

Linda Zaiane

Layout:

Gabi Lattke, Journalisten&GrafikBüro

Druck: WIRmachenDRUCK GmbH, Backnang

Diese Broschüre wurde auf 100 % Recyclingpapier mit dem Blauen Engel gedruckt.

© 2017 Deutsches Kinderhilfswerk e.V.

# Inhalt

<b>I. Einleitung</b>	4
<b>II. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes und seine Geltung in Deutschland</b>	5
<b>III. Die vier Grundprinzipien der Kinderrechtskonvention und ihre Umsetzung in Deutschland</b>	7
1. Kindeswohl (Art. 3 Abs. 1 KRK)	7
2. Beteiligung (Art. 12 KRK)	15
3. Nicht-Diskriminierung (Art. 2 KRK)	18
4. Leben und Entwicklung (Art. 6 KRK)	19
5. Fazit	21
<b>IV. Verfassungsaufträge und Wertentscheidungen durch Grundrechte</b>	24
1. Der Vergleich zur Aufnahme von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG – Gemeinsamkeiten bezüglich einer spezifischen Änderung im Grundrechtsteil des Grundgesetzes	24
2. Der Vergleich zu Art. 6 Abs. 5 GG – Diskriminierungsschutzrechte für nichteheliche Kinder	25
3. Zusammenfassung: Die objektive Werteordnung des Grundgesetzes und die implizite Beauftragung des Staates – Lenkende Gehalte eines expliziten Kindergrundrechts	26
<b>V. Auswirkungen einer expliziten Verankerung der Kinderrechte im Grundgesetz als Wertentscheidung und Verfassungsauftrag an die Staatsgewalten</b>	28
1. Anforderungen an den Gesetzgeber	28
2. Leitlinie für die Exekutive	30
3. Auswirkungen auf die Judikative	31
<b>VI. Zusammenfassung</b>	41

# I. Einleitung

Seit der Ratifikation der UN-Kinderrechtskonvention durch die Bundesrepublik Deutschland im Jahr 1992, die zunächst mit einem Vorbehalt versehen war, der die Wirksamkeit der Konvention in Deutschland begrenzen sollte, wird eine lebhafte Diskussion um die mögliche Aufnahme spezifischer Kindergrundrechte in das Grundgesetz geführt.

Die im Jahr 2010 erfolgte völkerrechtliche Rücknahme des Vorbehalts durch die deutsche Bundesregierung hat die inhaltliche Problematik um die notwendigen Maßnahmen zur Verwirklichung der Vorgaben der Kinderrechtskonvention noch einmal verschärft. Während nunmehr in fast alle Verfassungen der deutschen Bundesländer ausdrückliche Vorschriften zu spezifischen Kinderrechten aufgenommen worden sind, ist dies im Grundgesetz bisher nicht geschehen.

Vor diesem Hintergrund hat das Deutsche Kinderhilfswerk die Verfasser des vorliegenden Gutachtens beauftragt, eine Untersuchung vorzunehmen, welche völkerrechtlichen Verpflichtungen aus den Kernprinzipien der Kinderrechtskonvention folgen und ob die deutsche Rechtsordnung sowie die Rechtspraxis diesen Verpflichtungen gerecht werden. In diesem Zusammenhang sollte schließlich überprüft werden, ob die Aufnahme eines spezifischen Kindergrundrechts in das Grundgesetz zur Umsetzung der Verpflichtungen aus den Kernprinzipien der Kinderrechtskonvention beitragen kann und ob ein solches ausdrückliches Kindergrundrecht in unterschiedlichen Rechtsgebieten Auswirkungen auf bestehende Normen und deren Anwendung sowie die Schaffung neuer Normen hätte.

## II. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes und seine Geltung in Deutschland

Am 20. November 1989 wurde das „Übereinkommen über die Rechte des Kindes“ (UN-Kinderrechtskonvention, KRK)<sup>1</sup> von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommen.<sup>2</sup> Es trat am 2. September 1990 in Kraft.<sup>3</sup> Heute gehören dieser Konvention 196 Vertragsparteien an,<sup>4</sup> womit mehr Staaten die Kinderrechtskonvention ratifiziert oder auf andere Weise angenommen haben als jedes andere UN-Übereinkommen.

Der Deutsche Bundestag stimmte der KRK am 17. Februar 1992 zu<sup>5</sup> und die Ratifikationsurkunde wurde am 6. März 1992 beim Generalsekretär der Vereinten Nationen hinterlegt. Die Konvention trat damit für Deutschland am 5. April 1992 in Kraft.<sup>6</sup>

Gemäß Art. 4 KRK ist Deutschland verpflichtet, die KRK in nationales Recht umzusetzen. Mit dem Ausschuss für die Rechte des Kindes (Kinderrechtsausschuss, KRA) sieht die KRK ein Organ vor, das in regelmäßigen Abständen Berichte der Vertragsparteien über die Umsetzung der KRK annimmt und überprüft. Der KRA kann Empfehlungen und Stellungnahmen abgeben. Deutschland hat bisher, teils in zusammengelegter Form, insgesamt vier Staatenberichte vorgelegt.

Bei der Ratifizierung 1992 hatte Deutschland jedoch zunächst einen besonderen Vorbehalt abgegeben, der für die volle rechtliche Wirksamkeit der KRK in Deutschland nicht unerhebliche Hindernisse bereitete. So sollte die Konvention keine unmittelbare Anwendung finden und insbesondere keine individuellen Rechtsansprüche vermitteln.<sup>7</sup> Mit der völkerrechtlichen Rücknahme aller Vorbehalte durch Hinterlegung einer Rücknahmeerklärung vom 15. Juli 2010<sup>8</sup> gilt die KRK ohne Einschränkungen nunmehr auch in Deutschland. Durch Unterzeichnung und Ratifikation und damit die Umsetzung der KRK in nationales deutsches Recht in Form eines Zustimmungsgesetzes des Bundestages erlangte die KRK gemäß Art. 59 Abs. 2 GG grundsätzlich den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.<sup>9</sup> Normenhiarchisch steht die KRK damit in Deutschland unter der Bundesverfassung, dem

1 United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3; engl.: Convention on the Rights of the Child, CRC.

2 Angenommen durch Resolution 44/252 vom 20. November 1989 auf der 44. Sitzung der Generalversammlung. Der arabische, chinesische, englische, französische, russische und spanische Wortlaut sind verbindlich.

3 Gemäß Art. 49 Abs. 1 KRK dreißig Tage nach der zwanzigsten Ratifizierung.

4 Unterzeichner: 140. Vertragsparteien: 196, siehe [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en).

5 BGBl. II S. 121.

6 BGBl. II S. 990. Flankiert wird die KRK inzwischen von nunmehr drei Fakultativprotokollen: zu Kindersoldaten, zu Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornografie sowie zur Einlegung einer Individualbeschwerde beim UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes (KRA). Deutschland hat alle drei Protokolle ratifiziert.

7 Bundestagsdrucksache 12/42, S. 54. S. die Bekanntmachung vom 10.7.1992 (BGBl. II, S. 990). Damit sollte unter anderem das deutsche Ausländerrecht den Bestimmungen der KRK vorgehen.

8 BGBl. 2011 II S. 600.

9 Soweit ersichtlich wurde von keiner Seite bislang vertreten, dass die KRK selbst in Deutschland eine Art Verfassungsrang innehat oder dass sie insgesamt in diesen Rang zu erheben sei, wie dies insbesondere für die EMRK vielfach postuliert wurde, vgl. Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., 2007, § 2, Rz. 30; A. Bleckmann, EuGRZ 1994, EUGRZ Jahr 1994 Seite 149 f.; ders., und Völkerrecht (2001), Rz. 938, 932; Uerpman, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993, 243; Ziegenhahn, Der Schutz der Menschenrechte bei der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Strafsachen, 2002, 492, 526; Ambos, ZStW 2003, S. 583; Langenfeld in: Bröhmer (Hg.), Der Grundrechtsschutz in Europa, 2002, 95 (102, 107); skeptisch äußert sich demgegenüber Sauer, ZaöRV 2005, S. 35, 38 f. unter Hinweis auf den "faktischen Verfassungsrang" der EMRK.

Grundgesetz.<sup>10</sup> Allerdings ist das Grundgesetz völkerrechtsfreundlich auszulegen, wie sich aus einer Gesamtschau der Normen mit völkerrechtlichen Bezügen – hinsichtlich menschenrechtlicher Bestimmungen wie der KRK insbesondere aus Art. 1 Abs. 2 GG – ableiten lässt.<sup>11</sup> Eine völkerrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts einschließlich des Grundgesetzes, die eine Kollision mit völkerrechtlichen Verpflichtungen weitestmöglich vermeidet, ist daher geboten.<sup>12</sup> So können gerade auch die nationalen Grundrechte anhand der Vorgaben menschenrechtlicher Verträge ausgelegt werden.<sup>13</sup>

Inzwischen wurde dies auch vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich anerkannt:

„Der Kinderrechtskonvention kommt aufgrund der Entscheidung des Bundesgesetzgebers vom 17. Februar 1992[...] Gesetzesrang zu. Sie kann als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes herangezogen werden [...]. Dies verlangt allerdings keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Kinderrechtskonvention, sondern ein Aufnehmen ihrer Wertungen, soweit dies methodisch vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist [...]“.<sup>14</sup>

Dennoch sind Normkollisionen auf der Ebene des einfachen Rechts nicht ausgeschlossen und es ist nicht sichergestellt, dass Normanwender die Kernbestimmungen der KRK kennen oder für den jeweiligen Fall für einschlägig halten und berücksichtigen.

---

10 Es könnte allerdings angenommen werden, dass das Kindeswohlprinzip inzwischen ein grundlegendes völkergewohnheitsrechtliches Prinzip oder einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellt, der allgemeingültig ist und Rechtswirkungen entfaltet, und damit als allgemeine Regel des Völkerrechts gemäß Art. 25 S. 2 GG dem einfachen Bundesrecht vorgeht.

11 Vgl. u. a. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 24 GG; BVerfGE 63, 343 (370), BVerfGE 112, 1 (25 f., Rn. 94 f.); BVerfGE 111, 307, (317 f.).

12 BVerfG 2004: Beschluss vom 14.10.2004, Aktenzeichen 2 BvR 1481/04, Ziffer 48; BVerfGE 74, S. 358, S. 370; BVerfGE 58, S. 1, S. 34; BVerfGE 59, S. 63, S. 89; Zu den Grenzen dieser Auslegung: BVerfG Beschluss vom 14.10.2004, Aktenzeichen 2 BvR 1481/04, Ziffer 31 ff.; BVerfG 2011: Urteil vom 04.05.2011, Aktenzeichen 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10, Ziffer. 88, 93 f.

13 BVerfG 2004: Beschluss vom 14.10.2004, Aktenzeichen 2 BvR 1481/04, Ziffer 32; BVerfGE 74, S. 358, S. 370. Das Bundesverwaltungsrecht hat bereits 2011 das Kindeswohlprinzip des Art. 3 Abs. 1 KRK zur Auslegung von Art. 6 GG – und Art. 8 EMRK – herangezogen, BVerwG, Beschluss vom 10.02.2011, Az. 1 B 22.10; vgl. auch KG Berlin, Beschl. V. 23.09.2010, Az.: 1 W 70/08, mit Bezug auf Art. 7 KRK und Art 8 KRK.

14 BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 05. Juli 2013 – 2 BvR 708/12 –, Rn. 21, juris. Das Bundesverfassungsgericht berücksichtigt sogar die Konkretisierungen des Kinderrechtsausschusses: „Die zwingende Überprüfung einer Aussetzung oder Erledigung der Maßregel im Jahresabstand gemäß § 67d Abs. 2 StGB genügt dabei den Anforderungen, die der General Comment No. 10 (2007) an die Verurteilung von Kindern zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe stellt (UN-Dok. CRC/C/GC/10 Rn. 77).“, BVerfG, ebd. Rn. 24.

### III. Die vier Grundprinzipien der Kinderrechtskonvention und ihre Umsetzung in Deutschland

Die KRK besteht aus insgesamt 54 Artikeln, die wesentliche Rechte sowie Standards zum Schutz, zur Förderung und zur Beteiligung von Kindern normieren. Vier dieser Artikel wurden dabei vom KRA als grundlegend eingestuft.<sup>15</sup> Das bedeutet, dass sie neben ihrer jeweils selbstständigen Rolle die gesamte Konvention als Leitlinien durchziehen und bei der Interpretation und Umsetzung aller anderen Konventionsrechte berücksichtigt werden sollen. Diese vier Rechte bilden die Basis für die folgende Untersuchung: Kindeswohlprinzip (Art. 3 KRK), Beteiligung von Kindern (Art. 12 KRK), Nichtdiskriminierung (Art. 2 KRK) sowie Leben und Entwicklung (Art. 6 KRK).

#### 1. Kindeswohl (Art. 3 Abs. 1 KRK)

##### Die Vorgaben der KRK

Artikel 3 KRK lautet:

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

(2) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.

(3) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass die für die Fürsorge für das Kind oder dessen Schutz verantwortlichen Institutionen, Dienste und Einrichtungen den von den zuständigen Behörden festgelegten Normen entsprechen, insbesondere im Bereich der Sicherheit und der Gesundheit sowie hinsichtlich der Zahl und der fachlichen Eignung des Personals und des Bestehens einer ausreichenden Aufsicht.

In Art. 3 Abs. 1 KRK wird damit ein Vorrang des Kindeswohls verbindlich normiert. Dieser stellt den zentralen Aspekt der KRK dar.<sup>16</sup> Der Kindeswohlvorrang liegt dem gesamten Übereinkommen zugrunde und ist in die Interpretation aller weiteren Artikel einzubeziehen.<sup>17</sup>

Entscheidend, um den Gehalt einer völkerrechtlichen Norm zu ermitteln, ist zunächst der Wortlaut, aber auch die systematische Einordnung und das Ziel der Vorschrift.<sup>18</sup> Der Begriff des Kindeswohls ist aber als Rechtsbegriff sehr offen und unbestimmt und in der pädagogischen und psychologischen Fachliteratur Gegenstand umfangreicher Abhandlungen.

15 S. die Allgemeine Bemerkung Nr. 5 des UN-Kinderrechtsausschusses, UN Dok. CRC/GC/2003/5 vom 3.10.2003 (GC/05), Rn. 12, sowie CRC, General Guidelines, CRC/C/5 [1991]; CRC/C/58 [1996].

16 Schmahl, KRK, 2. Aufl. 2013, Rn. 1; Freeman, in: Alen u. a. (Hg.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Art. 3, S. 25; Lorz/Sauer, Kinderrechte ohne Vorbehalt, MenschenrechtsMagazin 2011, S. 8.

17 KRA, Allgemeine Anmerkung Nr. 14 vom 29. Mai 2013, "The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)" (GC/14), Rn. 1; Cremer, Die UN-Kinderrechtskonvention: Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2011, S. 13; Alston, The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights, in: Alston (Hrsg.), The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights, 1994, S. 15 f.

18 Art. 31 f. WVK.

gen und Auseinandersetzungen.<sup>19</sup> Umso schwerer ist es, diesen Begriff juristisch fassbar zu machen, auch weil er dem jeweiligen Zeitgeist unterworfen ist.<sup>20</sup> Man kann sich ihm jedoch aus der englischen Fassung des Übereinkommens annähern. Dort wird auf die „best interests of the child“ abgestellt, also darauf, wie den Interessen des jeweiligen Kindes am besten entsprochen werden kann.<sup>21</sup>

Es wird sodann von einer „vorrangigen“ Berücksichtigung des Kindeswohls gesprochen. Diese Formulierung kann durchaus verwirrend sein, denn damit ist kein jederzeitiges Vorgehen des Kindeswohls gegenüber anderen Berücksichtigungsaspekten gemeint. Denn wenn ein überragender und sich stets durchsetzender Vorzug des Kindeswohls normiert ist, stellt die KRK dies in ihren Formulierungen entsprechend klar.<sup>22</sup> Wichtig ist daher die Beachtung der auch im deutschen Wortlaut klar erkennbaren Formulierung, dass das Kindeswohl nur „ein“ vorrangiger Gesichtspunkt sei.<sup>23</sup> Das Kindeswohl wirkt daher nicht absolut, sondern kann im Einzelfall auch hinter andere Gesichtspunkte zurücktreten.<sup>24</sup> Es soll also bei der Berücksichtigung des Kindeswohls nach Art. 3 Abs. 1 KRK darum gehen, dass sich die Entscheidungsträger über die Auswirkungen der jeweiligen Entscheidung auf ein individuelles Kind, eine Gruppe von Kindern oder Kinder allgemein bewusst werden. Das Kindeswohl soll damit nicht eine Entscheidung vorgeben, sondern als eine wesentliche Leitlinie fungieren.<sup>25</sup>

Beschränkungen auf bestimmte inhaltliche Bereiche oder Rechtsgebiete gibt es aber dabei nicht. So ist nicht nur das Familienrecht oder das Kinder- und Jugendhilferecht erfasst, sondern staatliche oder private Akteure müssen das Kindeswohl stets berücksichtigen, wenn es berührt werden kann. Dies kann zum Beispiel auch im Baurecht<sup>26</sup> oder im Asyl- und Aufenthaltsrecht<sup>27</sup> der Fall sein.

In jedem Rechtsbereich sind dabei ebenso wie bei jedem Kind verschiedene und spezifische Aspekte zu gewichten, die sich zwischen den Rechtsgebieten erheblich unterscheiden können.

Der KRA hat sich in seinem General Comment Nr. 14 vom Mai 2013 tiefergehend mit den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 KRK auseinandergesetzt. Das Kindeswohl sei demnach ein grundlegender Wert der KRK und ein dynamisches Konzept, das eine konkretisierte Anwendung erfordere, die den Anforderungen des jeweiligen Sachzusammenhangs genüge.<sup>28</sup> Insbesondere verlange die Gewährleistung des Kindeswohls, dass eine ganz-

19 Für viele Finger-Trescher (Hrsg.), Kindeswohl und Kindeswohlgefährdung, Gießen 2014; Albert, Kindeswohl und Kindeswille, in: PÄD-Forum: unterrichten erziehen 37/28 (2009) 4, S. 179 ff.; Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille. Psychologische und rechtliche Aspekte. München 2001.

20 So war denn auch das Züchtigungsrecht der Eltern über viele Jahrzehnte als adäquate und der kindlichen Entwicklung gerecht werdende pädagogische Maßnahme angesehen worden, was heute nach allgemeiner Auffassung zu Recht abgelehnt wird.

21 Zur Interpretation des KRA, siehe GC/14, Rn 32 ff.

22 Wie z. B. in Art. 21 KRK, in dem es um Adoptionsrechte geht: „höchste Bedeutung“.

23 Eine vergleichbare Formulierung hat auch der die KRK umsetzende Art. 24 GrCh der EU, welcher lautet: „(1) Kinder haben Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. Sie können ihre Meinung frei äußern. Ihre Meinung wird in den Angelegenheiten, die sie betreffen, in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt. (2) Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein. (3) Jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen.“

24 Freeman, in: Alen u.a., Art. 3, S. 5, 60 f; Todres, ColHRLRev. 30 [1998], S. 196; Krappmann/Lüscher, RdJB 2009, 328, Schmahl, Art. 3 Rn. 7.

25 Lorz, Vorrang, S. 20; ders./Sauer, MRM 2011, 8 ff.

26 Z. B. als ein Aspekt der Bauleitplanung nach § 1 Abs. 6 und 7 BauGB.

27 Z. B. im Rahmen einer Ausweisung nach § 53 AufenthG; vgl. AG Gießen, 16.7.2010 – 244 F 1159/09 VN, Rn 10 ff; OVG Lüneburg, 18.1.2011, DVBl 2011, 289; BayVGh, 8.7.2011, BayVBl. 2012, 247 [248]; aA OLG Karlsruhe, 2.12.2010 – 2 UF 172/10, Rn 27.

28 GC/14, Rn. 1.

heitliche Entwicklung des Kindes sichergestellt werde. Der Begriff der Entwicklung sei hierbei in einem weiten Sinne physisch, psychisch, moralisch, psychologisch und sozial zu verstehen.<sup>29</sup> Zusätzlich hat der Ausschuss herausgestellt, dass das Kindeswohl nicht nur ein Recht betrifft, sondern auch ein Prinzip sowie eine Verfahrensvorgabe („a right, a principle and a rule of procedure“), die sich in vielen weiteren Artikeln der KRK sowie den Fakultativprotokollen wiederfinden.<sup>30</sup>

Als materielles „Recht“ erfordere Art. 3 Abs. 1 KRK, dass sichergestellt sei, dass das Wohl des jeweiligen Kindes als ein vorrangiger Aspekt berücksichtigt werde, wenn verschiedene Interessen miteinander zum Ausgleich gebracht werden müssen, bei denen ein Kind, eine Gruppe von Kindern oder Kinder im Allgemeinen betroffen werden. Daher sei Art. 3 Abs. 1 KRK eine wesentliche Verpflichtung der Staaten und unmittelbar anwendbar („self-executing“) sowie gerichtlich durchsetzbar.<sup>31</sup> Eine bis heute in der Literatur<sup>32</sup> und bei Gerichten<sup>33</sup> verbreitete Ansicht, wonach das Kindeswohl nach Art. 3 Abs. 1 KRK kein eigenständiges Recht beinhalte, erscheint vor diesem Hintergrund nur schwer vertretbar.

Weiterhin sei das Kindeswohl nach Auffassung des KRA ein grundlegendes rechtliches Auslegungsprinzip, das verlange, bei mehreren denkbaren Interpretationsmöglichkeiten einer Norm diejenige zu wählen, die dem Kindeswohl am ehesten zu dienen geeignet ist, wobei die Rechte aus der KRK und der Fakultativprotokolle zur Konkretisierung heranzuziehen seien.<sup>34</sup>

Um die gesamte Vielfalt des Art. 3 Abs. 1 KRK zu erfassen und in das nationale Recht zu überführen, sieht der KRA eine Vielzahl von Maßnahmen vor, durch welche die Unterzeichnerstaaten der KRK den Anforderungen an Art. 3 Abs. 1 KRK gerecht werden können. Hierzu zählt der KRA eine Überprüfung und etwaige Überarbeitung der nationalen Rechtslage, aber auch Datensammlungen und das Bereitstellen von Informations- und Ausbildungsangeboten.<sup>35</sup> Er stellt dabei klar, dass das Konzept des Kindeswohls komplex und dynamisch sei und dass sein Inhalt nach der jeweiligen Lage im Einzelfall ermittelt werden müsse.<sup>36</sup> Bereits in seiner Allgemeinen Anmerkung („General Comment“) Nr. 05 vom 27. November 2003 führte der KRA aus, dass ein stetiges „child impact assessment“ und eine entsprechende Evaluation zu erfolgen hätten, bei denen die Auswirkungen einer jeglichen staatlichen Maßnahme auf Kinder im Vorfeld ausführlich abgeschätzt und im Nachhinein untersucht werden müssten.<sup>37</sup>

Zudem hat der KRA die Kriterien für ein „best interests assessment“ („Kindeswohlbegutachtung“) erarbeitet. Danach sollten zunächst die Umstände ermittelt werden, die für die Situation des jeweiligen Kindes oder Gruppen von Kindern maßgeblich sind. Dies seien unter anderem Alter, Geschlecht, Reifegrad, Erfahrung, Zugehörigkeit zu einer Minderheit, eine Behinderung, das soziale und kulturelle Umfeld des Kindes, die Eltern oder deren Fehlen, die Qualität zwischenmenschlicher Beziehungen zwischen dem Kind und seiner Familienmitglieder oder den Betreuungspersonen, das Umfeld hinsichtlich der Sicherheit, Größe und Möglichkeiten der Familie oder der Betreuungspersonen, etc.<sup>38</sup> Die Faktoren

---

29 GC/14 Rn. 4 mit Verweis auf GC/05, Rn. 12.

30 GC/14, Rn. 2.

31 GC/14, Rn. 6 a).

32 Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, 1995S. 45 f; Mower jr., *The Convention on the Rights of the Child*, 1997, S. 23; vgl auch Schmahl, KRK, Art. 3 Rn. 1, 5, 14

33 OVG Lüneburg, 2.10.2012 – 8 LA 209/11.

34 GC/14, Rn 6 b).

35 GC/14, Rn 15. Zudem sollen angemessene Informationen auch für Kinder in einer Sprache zur Verfügung gestellt werden, die diese verstehen.

36 GC/14, Rn. 32.

37 KRA, Allgemeine Anmerkung Nr. 5, „General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)“ (GC/05), Rn 45; GC/14, Rn. 89 ff.

38 GC/14, Rn. 48.

sollten sodann in eine nicht abschließende hierarchische Liste mit zu berücksichtigenden Umständen aufgenommen werden, wobei schließlich eine Abwägung der verschiedenen Aspekte erfolgen solle, bei der die Liste als konkrete Richtlinie bei weiter bestehender Flexibilität gelten solle.<sup>39</sup> Dabei betrachtet der KRA folgende Elemente als wesentlich: die Ansichten des Kindes, die Identität des spezifischen Kindes, die Bewahrung der familiären Umgebung und das Aufrechterhalten von Beziehungen, Fürsorge, Schutz und Sicherheit des Kindes, eine besonders verletzbare Lage (Behinderung, Flüchtling, Missbrauchsopfer, Straßenkind o.ä.), das Recht des Kindes auf Gesundheit und sein Recht auf Bildung.<sup>40</sup>

Auf verfahrensrechtlicher Ebene müsse sichergestellt sein, dass das Kind die Möglichkeit habe, seine Ansichten zu artikulieren, dass notwendige Fakten und Informationen über den konkreten Fall ermittelt würden, dass Verfahrensmaßnahmen getroffen würden, damit Kinder prioritär behandelt würden, dass eine freundliche und sichere Atmosphäre herrsche, wenn Kinder beteiligt seien und dass professionelle Kräfte beteiligt seien, sodass dem Kind eine angemessene rechtliche Unterstützung zuteilwerde uvm.<sup>41</sup> Zudem solle jegliche Entscheidung, die ein Kind oder Kinder betrifft, unter Zugrundelegung aller im „best interests assessment“ („Kindeswohlbegutachtung“) ermittelten Fakten und aller rechtlichen Erwägungen zur Erreichung des Kindeswohls und der jeweiligen Gewichtungen im Einzelfall ausführlich begründet werden. Hinzukommen müssten Überprüfungs- oder Berufungsmöglichkeiten.

Die durch den KRA konkretisierten Aspekte des Kindeswohls machen deutlich, was sich auch aus den Verhandlungen schließen lässt, die zur Verabschiedung der KRK führten: Die Vertragsparteien wollten mit der Formulierung „ein“ Vorrang nur sicherstellen, dass im Einzelfall auch ein anderer Belang von ähnlichem Gewicht in Betracht gezogen werden kann, der dazu führt, dass sich das Kindeswohl nicht in absolut jedem Fall durchsetzt und auch hinter einen anderen Belang zurücktreten kann,<sup>42</sup> aber dass das Kindeswohl der Vorrang zu berücksichtigende Belang und mithin kein beliebiger Aspekt unter vielen ist.<sup>43</sup>

Hieraus ergibt sich aber zwingend, dass jedenfalls dessen Zurücktreten einen erheblichen Begründungsaufwand für den Normanwender bedeutet und dass diese Begründung nachvollziehbar darzulegen ist. Ein diesbezügliches Versäumnis führt mithin zu einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 KRK und damit zur Rechtswidrigkeit der betreffenden Maßnahme.

### **Umsetzung im einfachen deutschen Recht und im Bundesverfassungsrecht**

Zwar finden sich Kindeswohlaspekte in den Verfassungen nahezu aller deutschen Bundesländer<sup>44</sup> sowie in mehreren Gebieten des Bundesrechts einfachgesetzlich wieder, so

39 GC/14, Rn. 50.

40 GC/14, Rn. 53-79.

41 GC/14, Rn. 94. Insofern gibt es klare Wechselwirkungen zwischen den Prinzipien aus Art. 3 Abs. 1 KRK und Art. 12 KRK.

42 Zu der Entstehungsgeschichte des Wortlauts, Lorz, Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung: Was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention im deutschen Recht?, S. 18 ff.; „Insbesondere wurde in den Beratungen zur KRK soweit ersichtlich nie erwogen, dem Kindeswohl nur die Bedeutung eines Belanges unter vielen zuzumessen (was etwa durch die Formulierung „shall be considered“ hätte geschehen können). Vielmehr bestand immer Einigkeit darüber, dass das Kindeswohl in allen kinderrelevanten Entscheidungsprozessen eine herausgehobene Rolle spielen sollte.“

43 Dies ergibt sich auch aus einer Zusammenschau mit anderen völkerrechtlichen Instrumenten wie Art. 5 lit. b) CEDAW, Art. 7 Abs. 2 CRPD, Art. 4 Abs. 1 ACRWC, Art. 24 Abs. 2 GRCh EU.

44 Bis auf Hessen und Hamburg haben inzwischen alle deutschen Bundesländer spezifische Kinderrechte in ihre Verfassungen aufgenommen.

im Kinder- und Jugendhilferecht<sup>45</sup> und im Familienrecht.<sup>46</sup> Jedoch ist das Kindeswohl bundesrechtlich als übergreifender Maßstab für alle Rechtsgebiete außerhalb der KRK weder im einfachen Recht, noch im Verfassungsrecht ausdrücklich niedergelegt worden.<sup>47</sup>

Allerdings könnte das Kindeswohl bereits implizit im Grundgesetz zu finden sein. So gibt es Grundrechte, die für alle Menschen gelten, insbesondere Art. 1 und Art. 2 GG, wobei das aus einer Kombination der letzteren Grundrechte entwickelte Allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR) entsprechend spezifische Rechte für Kinder gewährt, wenn es sie als solche betrifft.

Das Recht des Kindes auf Entfaltung und Entwicklung seiner Persönlichkeit hat das Bundesverfassungsgericht bereits im Jahr 1968 ausdrücklich aus den genannten Grundrechten hergeleitet und auch die Autarkie dieses Kinderrechts hinsichtlich des Rechts der Eltern auf Pflege und Erziehung aus Art. 6 Abs. 2 GG festgestellt.<sup>48</sup> Letzteres finde seine Rechtfertigung nämlich erst im Recht auf Entwicklung des Kindes.<sup>49</sup> Auch dem Elterngrundrecht des Art. 6 Abs. 2 GG liegt somit das Wohl des betroffenen Kindes zugrunde.<sup>50</sup> So dient das Kindeswohl zum einen als Beschränkung des Elternrechts, zum anderen begründet es dieses erst.<sup>51</sup>

Der Staat übt hingegen gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG lediglich ein sogenanntes Wächteramt aus, wie es auch von der KRK<sup>52</sup> vorgesehen ist, und muss sich darauf beschränken, erst dann einzuschreiten, wenn die elterliche Fürsorge signifikant versagt. Den Eltern kommt somit insbesondere gegenüber staatlicher Beeinflussung der Erziehung der Kinder eine starke Position zu.<sup>53</sup> Gegenüber dem Kind und seinem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG besteht dieses Recht der Eltern jedoch nur eingeschränkt, da das Elternrecht seine Begründung gerade im Recht des Kindes auf Entwicklung findet.<sup>54</sup> Beide dürfen gegeneinander nicht ausgespielt werden, sondern sollen sich harmonisch ergänzen.

Das Bundesverfassungsgericht stellte diese besondere Verpflichtung der Eltern im Jahr 2008 heraus und erklärte, dass das Kind nicht Gegenstand elterlicher Rechtserhaltung, sondern eigenständiges Rechtssubjekt sei, an dessen Wohl sich die Eltern zu orientieren hätten.<sup>55</sup> Allein, dass dieser Aspekt vom Bundesverfassungsgericht in einer grundsätzlichen und weithin beachteten Entscheidung 40 Jahre nach der oben dargelegten Grund-

---

45 § 8a SGB VIII – Schutzauftrag bei Kindeswohlgefährdung.

46 Bestimmungen zum Kindeswohl finden sich unter anderem in § 1626 BGB (Grundsätze elterlicher Sorge), § 1666 f. BGB (Kindeswohlgefährdung) und § 1697a BGB (Entscheidungsmaxime des Gerichtes). Außerdem im Strafrecht § 171 StGB (Verletzung der Erziehungs- und Fürsorgepflicht).

47 Das Kindeswohlprinzip aus Art. 24 GrCh der EU ist lediglich im Anwendungsbereich der Charta gemäß Art. 51 GrCh wirksam.

48 BVerfGE 24, 119 (144).

49 BVerfG ebd.

50 Dahinter steht der Gedanke, dass grundsätzlich niemandem und keiner Institution das Wohl eines speziellen Kindes wichtiger ist als dessen Eltern, BVerfGE 59, 360 (376); 61, 358 (371).

51 Die Eltern sind hiermit aus Art. 6 Abs. 2 GG auch unmittelbar gegenüber dem Kind verpflichtet, siehe BVerfGE 121, 69-108.

52 Vgl. Art. 5, 9, 18 KRK.

53 Diese besonders starke Stellung des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG liegt in einer deutlichen Abkehr vom Nationalsozialismus und seinen Eingriffen in die engsten familiären Kreise begründet. Das Elternrecht wurde 1949 daher als ein grundlegendes Freiheitsrecht konzipiert, das vor staatlichen Eingriffen schützen soll, aber ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis von Kindern gegenüber ihren Eltern nach sich zieht. Dies kann in bestimmten Fällen zu einer Gefahr hinsichtlich einer Vernachlässigung von Kindern führen, vgl. Langenfeld/Wiesner in: Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) (Hrsg.), Verantwortlich handeln – Schutz und Hilfe bei Kindeswohlgefährdung, Köln 2004, S. 45 (49 ff.).

54 Vgl. zum Leitprinzip Kindeswohl bei Streitigkeiten der Eltern und Pflegeeltern BVerfGE 68, 176, 188; zur Abwägung von Elternrecht und Persönlichkeitsrecht des Kindes BVerfGE 75, 201, 218; BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 22. Mai 2014 – 1 BvR 2882/13 –, juris.

55 BVerfGE 121, 69, 93.

satzentscheidung klargestellt werden musste, zeigt jedoch auf, dass der Normtext des Grundgesetzes bezüglich spezifischer Kinderrechte und der Subjektstellung von Kindern bisher Unklarheiten aufweist. Ein etwaiges Kindergrundrecht kann eben erst in einer Zusammenschau aus den Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG und den in Art. 6 GG enthaltenen Rechten der Eltern und des staatlichen Wächteramts durch eine nicht unkomplizierte Verbindung von Normen erkannt werden.

Die so entwickelte nicht einfache deutsche Grundrechtsdogmatik vermag es durchaus, eine Vielzahl denkbarer Fälle abzudecken. Dies gilt auch für Fälle, die sich nicht im Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind bewegen. Es wird wegen der Offenheit der Normen ermöglicht, in ein so konstruiertes Recht des Kindes die Wertungen der KRK einfließen zu lassen und im Kollisionsfall nicht nur gegenüber den Eltern geltend zu machen, sondern auch in anderen Rechtsbereichen in Stellung zu bringen. Ein solcher Weg verlangt jedoch vom jeweiligen Rechtsanwender mehrere zwischengelagerte Auslegungs- sowie Übertragungsschritte und damit das Einnehmen einer hohen Abstraktionsebene, was dem Ziel der KRK schwerlich genügen kann.

Diese Lösung und die damit einhergehende verfassungsrechtliche Verschränkung der Grundrechtspositionen erscheinen zwar geeignet, auch durch das deutsche Verfassungsrecht viele Sachlagen rechtlich der KRK entsprechend abzudecken, sie ist jedoch kompliziert und eine weit verbreitete Unzufriedenheit wegen des Fehlens expliziter Normierungen verbleibt vielfach dennoch.<sup>56</sup>

Eine Aufnahme von expliziten Grundrechten für Kinder in das Grundgesetz, die das in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts austarierte Verhältnis zwischen den Rechten der Eltern und der Kinder nicht berührt,<sup>57</sup> kann es gewährleisten, Rechtssicherheit zu schaffen.

Sie kann aber auch als bessere Grundlage für eine Normauslegung dienen, in welche die Wertungen der KRK eher einfließen können als in ein etwaiges Kindergrundrecht, das wie bisher selbst erst durch eine Auslegung von Verfassungsnormen gewonnen wird. Denn jegliche Auslegung muss sich zunächst an einem Normwortlaut orientieren. Wenn ein solcher ausdrücklicher Wortlaut für ein Kindergrundrecht im Grundgesetz allerdings nicht besteht, ist eine Auslegung, welche die Grundsätze der KRK berücksichtigt, erheblich erschwert.

Bereits in seinen abschließenden Bemerkungen zum ersten und zweiten Staatenbericht, den Deutschland bezüglich der Umsetzung der KRK vorlegte, verlangte der KRA im Jahr 2004, die Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz zu überdenken,<sup>58</sup> was nicht nur für das Kindeswohl, sondern für alle Verbürgungen der KRK gilt. In seiner Stellungnahme zum dritten und vierten Staatenbericht hatte der KRA im Jahr 2014 dann explizit verlangt, dass der KRK in Deutschland ein höherer Rang als der eines einfachen Bundes-

---

56 So herrscht ein konstanter Druck von Verbänden sowie von Institutionen und internationalen Instanzen, Kinderrechte und mit ihnen das Kindeswohlprinzip ausdrücklich in das Grundgesetz aufzunehmen. Vgl. „Aktionsbündnis Kinderrechte“ (2012): Kinderrechte ins Grundgesetz, Formulierungsvorschlag des Aktionsbündnis Kinderrechte für die Aufnahme der Kinderrechte in das Grundgesetz. Verfügbar unter: [www.kinderrechte-ins-grundgesetz.de](http://www.kinderrechte-ins-grundgesetz.de); BMFSFJ (2014): Bundestag gratuliert zu 25 Jahren UN-Kinderrechtskonvention. Verfügbar unter: <http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/kinder-und-jugend,did=211614.html>; siehe inzwischen auch die eindeutige Stellungnahme der 87. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister 2016, die der Ansicht sind, dass „der Ansicht, dass Kinderrechte in das Grundgesetz aufgenommen werden sollten, gefolgt werden sollte, um die Rechtsstellung und das besondere Schutzbedürfnis von Kindern deutlich zum Ausdruck zu bringen“, abrufbar unter: [https://mdjev.brandenburg.de/media\\_fast/6228/top\\_i.1\\_-\\_aufnahme\\_von\\_kinderrechten\\_in\\_das\\_grundgesetz\\_herbstkonferenz.pdf](https://mdjev.brandenburg.de/media_fast/6228/top_i.1_-_aufnahme_von_kinderrechten_in_das_grundgesetz_herbstkonferenz.pdf).

57 Auch die Kinderrechtskonvention anerkennt ausdrücklich das Elternrecht, vgl. Art. 5, Art. 14 und Art. 18 KRK.

58 CRC/C/15/Add. 226 (2004), §§ 9 und 10: „Reconsider the incorporation of the Convention into the Basic Law; [...]“.

gesetzes eingeräumt werden solle, wobei er anheimstellte, ob dies durch eine Änderung des Grundgesetzes oder durch ein anderes Verfahren erreicht werde.<sup>59</sup>

Art. 3 Abs. 1 KRK geht auch deutlich über das Verhältnis zwischen den Rechten der Eltern aus Art. 6 Abs. 2 GG und einem Recht des Kindes aus Art. 1 iVm. Art. 2 GG auf Entwicklung der Persönlichkeit hinaus. Vielmehr gilt z. B. das Kindeswohlprinzip wie oben gezeigt in jeglichem Rechtsgebiet und nicht nur im Familienrecht oder im Kinder- und Jugendhilferecht, den Fällen mithin, in denen sich Gerichte hinsichtlich des Kindeswohls am meisten beschäftigen müssen. Vielmehr sind auch andere Rechtsgebiete wie das Schulrecht oder auch das Baurecht regelmäßig für Kindeswohlfragen relevant. Für diese Bereiche ist fraglich, ob die fein austarierte deutsche Grundrechtsdogmatik im Dreieck von Eltern, Kind und staatlichem Wächteramt bei der komplizierten notwendigen Abstraktion und Übertragung auf andere Rechtsgebiete durch die jeweiligen Entscheidungsträger ausreichende Antworten geben kann.

Anders stellte es sich dar, wenn es Kinderrechte mit einem Bezug zum Kindeswohlprinzip ausdrücklich im Grundgesetz gäbe. Denn hierbei würde für alle Gerichte und Normanwender bereits aus dem Verfassungstext deutlich, dass es eine Pflicht zur Ermittlung kinderspezifischer Belange bei jeglicher Entscheidung gibt und dass, wenn solche ermittelt worden sind, diese nachvollziehbar mit anderen betroffenen Interessen zum Ausgleich gebracht werden müssen. Der KRA führt leider zu Recht aus, dass Normanwender dazu tendieren, das Kindeswohl zu übersehen, wenn dieses nicht besonders unterstrichen wird.<sup>60</sup> Die allgemein und für alle Menschen formulierten Grundrechte des Grundgesetzes genügen nicht, dies zeigt – trotz der Existenz der KRK – die Praxis der letzten Jahrzehnte<sup>61</sup>, um einen spezifisch kinderrechtsrelevanten Fokus bei den verantwortlichen Normanwendern zu entwickeln.

Art. 3 Abs. 1 KRK gilt zwar über das deutsche Zustimmungsgesetz unmittelbar, autonom und allgemein als Bundesgesetz auch im nationalen deutschen Recht.<sup>62</sup> Aber das Kindeswohl im Rang des einfachen Rechts kann sich bei der Rechtsanwendung gegenüber gleichrangigen Normen schwerer durchsetzen, als wenn es ausdrücklich in Form einer spezifischen Bestimmung zu materiellen Kinderrechten in das deutsche Verfassungsrecht gehoben würde.

Eine Besonderheit dieses Aspekts ist es, dass die Begründung jeder Entscheidung zeigen muss, dass das Kindeswohl ausdrücklich Berücksichtigung fand – was stets erforderlich ist, wenn die Interessen von Kindern berührt werden. Dabei soll dargelegt werden, was im Einzelfall als dasjenige angesehen wurde, was dem Kindeswohl am ehesten diene, auf welchen Kriterien dies beruhte und wie das Kindeswohl gegen andere Aspekte abgewogen wurde.<sup>63</sup> Ein Einstellen von Kindeswohlerwägungen in eine gerichtliche, legislative oder exekutive Entscheidung ist daher mangelhaft, wenn keine explizite Darlegung der genauen Entscheidungserwägungen erfolgt.

59 Committee on the Rights of Child (2014): Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of Germany. CRC/C/DEU/CO/3–4 (2014), §§ 9 f., § 9: „The Committee notes with satisfaction that most Länder have explicitly recognized children’s rights in their constitutions. However, the Committee remains concerned that children’s rights have not yet been explicitly recognized in the constitutions of Hamburg and Hessen, or in the Federal Constitution (Basic Law).”

60 KRA, GC/14, Rn. 37: „If the interests of children are not highlighted, they tend to be overlooked.“ Der hohe Status des Kindeswohls (vorrangige Berücksichtigung) ergebe sich aus der besonderen Situation, in der sich Kinder befinden, und die durch Abhängigkeit, Reife, Rechtsstatus und das Fehlen einer wirkungsvollen Stimme gekennzeichnet sind.

61 Hierzu Näheres weiter unten, sowie Benassi, Deutsche Rechtsprechung vs. UN-Kinderrechtskonvention? – Zur Bedeutung des Art. 3 Abs. 1 KRK für die Verwirklichung der Kinderrechte, DVBl. 2016, S. 617 (618 f.).

62 Schmahl, Art. 3 Rn. 5. Dies ergibt sich daraus, dass es sich bei Art. 3 KRK um eine sogenannte „self-executing“-Norm handelt. Sie ist also so konkret, dass sie aus sich selbst heraus anwendbar ist. BVerwG, 10.02.2011, Az. 1 B 22/10; BVerwG InfAuslR 2013, 364; BVerwG InfAuslR

63 GC/14, Rn. 6.

## Ergebnis

Zwar wird das Kindeswohl als ein grundlegender Aspekt hinter dem Elterngrundrecht des Art. 6 Abs. 1 GG angesehen, aber ansonsten wird es im Wesentlichen aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG entnommen, welches allerdings für alle Menschen gilt. Eine „vorrangige Berücksichtigung“ des Kindeswohls, zu der sich Deutschland durch die Ratifikation der KRK verpflichtet hat, ist darin nicht unmittelbar zu erkennen. Wenn einfachgesetzlich nichts Entsprechendes normiert ist, wie beispielsweise im Kinder- und Jugendhilferecht, ergibt sich ein Vorrang des Kindeswohls lediglich aus der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 KRK grundsätzlich im Range eines einfachen Bundesgesetzes.

Die Anwendung des komplexen best interests assessment (Kindeswohlbegutachtung) wird zwar durch die deutschen Normen bereits ermöglicht – einerseits im Zusammenspiel der oben aufgezeigten Grundrechtsartikel und zum anderen durch die Offenheit und Unbestimmtheit der einfachgesetzlichen Normen wie § 1 Abs. 5-7 BauGB oder § 1664 BGB, die durch ihre Weite eine Auslegung der Rechtsnormen nach Maßgabe der Empfehlungen des KRA ermöglichen. Dennoch würde die Verankerung der Kindeswohlbelange in konkreten Rechten auf der Ebene des Grundgesetzes dazu führen, dass eine klare Vorgabe für die Rechtsanwender geschaffen wird, die Kinderrechte und damit auch die Berücksichtigung des Kindeswohls in wirklich jedem einfachgesetzlich normierten Rechtsbereich zu prüfen, da eine verfassungsrechtliche Normierung Ausstrahlungswirkung auf das gesamte nationale Recht hat.<sup>64</sup>

Die explizite verfassungsrechtliche Verankerung des Kindeswohls würde somit zur Rechtssicherheit hinsichtlich der Kindeswohlproblematik beitragen. Denn dann müsste nicht mehr das schwierige dogmatische Problem des Zusammenspiels eines über ein einfaches Bundesgesetz umgesetzten völkerrechtlichen Vertrages mit der gleichzeitig erforderlichen Auslegung der sehr abstrakt für alle Menschen geltenden Grundrechte unter Berücksichtigung ebendieses Vertrags vom jeweiligen Rechtsanwender behandelt werden. Zudem würde eine für alle Rechtsgebiete geltende Vorgabe geschaffen, die unzweifelhaft normhierarchisch über den einfachen Bundesgesetzen stünde, womit das Kindeswohl in jedem Rechtsgebiet mit Verfassungsrang berücksichtigt werden müsste. Das Kindeswohl beziehungsweise Wohl des Kindes sollte sich daher im Wortlaut des Grundgesetzes wiederfinden.

Art. 3 Abs. 1 KRK verlangt neben den genannten Aspekten auch proaktive staatliche Maßnahmen („proactive measures“), um das Kindeswohl zu fördern.<sup>65</sup> Diese Gesamtheit ließe sich im deutschen Recht am einfachsten und wirkungsmächtigsten durch eine entsprechende Formulierung im Grundgesetz hinsichtlich des Kindeswohls erreichen. So könnte in einem Kindergrundrecht auf die im internationalen Menschenrechtsregime verbreitete Formulierung des „Achtens, Schützens und Förderns“ („to respect, to protect and to fulfil“)<sup>66</sup> zurückgegriffen werden. „Achten“ stellt auf das Verbot an den Staat ab, Maßnahmen zu treffen, die gewährte Rechte einschränken, „schützen“ bezieht sich auf die Verpflichtung, sich verteidigend vor Einzelpersonen oder Gruppen zu stellen, deren Rechte bedroht werden, und „fördern“ zeigt auf, dass der Staat positive Maßnahmen ergreifen muss, um die Inanspruchnahme der eingeräumten Rechte zu erleichtern.<sup>67</sup>

Ein grundrechtliches Schutz- und bloßes Abwehrrecht reicht bei einem Kinder-

64 Hierzu Näheres weiter unten bei der Untersuchung von Gerichtsentscheidungen.

65 GC/14, Rn. 41.

66 Allgemein bezüglich des Internationalen Pakts über Wirtschaftliche, Soziale und kulturelle Rechte, Human Rights Comm., General Comment No. 31: “The Nature of the General Legal Obligations Imposed on States Parties to the Covenant”, Rn. 6, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (May 26, 2004).

67 Vgl. United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights, International Human Rights Law, abrufbar unter <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>.

grundrecht nicht aus, denn die „umfassende Verantwortung für die Lebens- und Entwicklungsbedingungen“<sup>68</sup> eines Kindes geht über den anerkannten Schutzanspruch eines Kindes deutlich hinaus, wenn man die Reichweite des Kindeswohls nach Art. 3 KRK berücksichtigt. Ein solches „Kinderbewusstsein“ ist bisher nicht im Grundgesetz erkennbar, aber als Leitlinie für die Wertentscheidung und Lenkung aller Staatsgewalten geboten.

Zudem würde eine explizite Verankerung des Kindeswohls im Grundgesetz eine Auslegung der betreffenden Norm anhand der KRK ermöglichen, die sich an einem greifbaren Grundgesetzwortlaut festmachen lassen kann. Eine solche völkerrechtskonforme Auslegung ist insofern für den Rechtsanwender einfacher, als sie sich nicht an etwas anlehnen muss, was – wie das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Kindergrundrecht – selbst erst durch Auslegung anderer Verfassungsnormen ermittelt werden muss.

## 2. Beteiligung (Art. 12 KRK)

### Die Vorgaben der KRK

Art. 12 KRK lautet:

(1) Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife.

(2) Zu diesem Zweck wird dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.

Auch wenn der Begriff im Wortlaut des Art. 12 KRK nicht vorkommt, betrifft Partizipation, die von einem respektvollen Informationsaustausch und Dialog zwischen Kindern und Erwachsenen geprägt ist, den Wesensgehalt der Norm.<sup>69</sup> Dies betrifft sowohl einzelne Kinder als auch Gruppen von Kindern – wie Schulkinder, Kinder in einem Wohnbezirk, Kinder mit Einschränkungen oder auch Mädchen.<sup>70</sup>

In allen Lebensbereichen, die Kinder betreffen, soll gewährleistet sein, Erfahrungen und Wahrnehmungen von Kindern einzubringen, die einen eigenen Wert haben und die bei Entscheidungen von Erwachsenen berücksichtigt werden sollen.<sup>71</sup>

Der Kinderrechtsausschuss bevorzugt daher eine weite Interpretation des Begriffs „das Kind (bzw. Kinder) berührende Angelegenheiten“, weil dies dazu beitrage, Kinder in die sozialen Prozesse ihrer Gemeinde und Gesellschaft einzubeziehen.<sup>72</sup>

Das Kind beziehungsweise die Kinder sind über ihr Recht auf Beteiligung und dessen Auswirkungen zu informieren, wobei dies besonders für Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen gelte.<sup>73</sup> Die notwendigen Informationen zur Meinungsbildung sind für die Kinder altersgerecht aufzubereiten. Im ergänzenden Zusammenspiel mit Art. 3 Abs. 1 KRK ermöglicht Art. 12 KRK somit eine bessere Herausarbeitung der Kindeswohlaspekte im jeweili-

68 Zacher, HdbStR VI, 1989, § 134, Rdnr. 65

69 KRA, Allgemeine Anmerkung Nr. 12, „The right of the child to be heard“ vom 1. Juli 2009, (GC/12), Rn 3.

70 GC/12, Rn. 9.

71 GC/12, Rn. 12 f.

72 GC/12, Rn. 27.

73 GC/12, Rn. 41.

gen Fall.<sup>74</sup> Jedes Kind soll demnach ermutigt werden, sich eine freie Meinung zu bilden und es soll durch ein entsprechendes Umfeld in die Lage versetzt werden, sein Recht auf Gehör ausüben zu können.<sup>75</sup> „Frei“ bedeutet hierbei, dass keine Manipulationen des Kindes erfolgen dürfen.<sup>76</sup> Vor negativen Auswirkungen der Meinungsäußerung sind Kinder möglichst umfassend zu schützen.<sup>77</sup> Und es besteht keine Verpflichtung des Kindes, eine Meinung zu bilden oder zu äußern.<sup>78</sup>

Mit der für die Normanwender geltenden Verpflichtung des Zuhörens korreliert, dass der Meinung des Kindes in der jeweiligen Entscheidung ein angemessenes Gewicht in Abhängigkeit von der Reife des jeweiligen beigemessen wird, sodass ein bloßes Zuhören nicht genügt, um den Anforderungen des Art. 12 KRK gerecht zu werden.<sup>79</sup> Es ist den Kindern auch eine Rückmeldung zu geben, wie ihre Meinung verstanden und genutzt wurde.<sup>80</sup>

In Einrichtungen wie Schulen oder Kindertagesstätten sollten spezielle Ansprechpartner (Ombudsleute o.ä.) für die Kinder zur Verfügung stehen, die Beschwerden von Kindern annehmen können.<sup>81</sup> Lehren und Lernen sind grundsätzlich partizipativ auszugestalten.<sup>82</sup>

### **Umsetzung im einfachen deutschen Recht und im Bundesverfassungsrecht**

Die Berücksichtigung des Willens eines Kindes wird vom Bundesverfassungsgericht gegenüber den Eltern im Bereich des Art. 6 GG anerkannt.<sup>83</sup> Ob dies nach dem Grundgesetz auch für andere Rechtsgebiete gelten kann, erscheint denkbar, wurde jedoch soweit ersichtlich noch nicht entschieden. Das Grundgesetz ist jedenfalls in der Lage, auf die Anforderungen des Art. 12 KRK über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG zu reagieren und eine Berücksichtigungspflicht der Meinung von Kindern anzuerkennen.

Eher schwierig erscheint es aber, aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes ein ganz neues, eigenständiges „Grundrecht des Kindes auf Beteiligung und Berücksichtigung“<sup>84</sup> abzuleiten. Jedenfalls wäre ein solches eher auf die Eltern-Kind-Beziehung (Art. 6 Abs. 2 GG) und auf eine Begrenzung des Elterngrundrechts zu beziehen.<sup>85</sup> Ob sich daraus positive Ansprüche auf Berücksichtigung auch in anderen Rechtsgebieten herleiten lassen, ist zumindest zweifelhaft. Hier wäre daher eine ausdrückliche Normierung auf verfassungsrechtlicher Ebene zu empfehlen, auch wenn kein eindeutiges verfassungsrechtliches Defizit ausgemacht werden kann.

Auf einfachgesetzlicher Ebene sind im deutschen Bundesrecht hinsichtlich der Beteiligung von Kindern in bestimmten Bereichen konkrete Normierungen, teilweise mit festen Altersgrenzen auffindbar, dies gilt besonders für den Bereich der Religion, im Kinder- und

---

74 GC/12, Rn. 74. Art. 3 Abs. 1 KRK gibt das Ziel vor, Art. 12 KRK betrifft einen Teil des Verfahrens zur Zielerreichung.

75 GC/12, Rn. 11.

76 GC/12, Rn. 22.

77 GC/12, Rn. 134.

78 GC/12, Rn. 16.

79 Vgl. GC/12, Rn. 134.

80 Vgl. GC/12, Rn. 134.

81 GC/12, Rn. 46.

82 GC/12, Rn. 107: „aktive Rolle der Kinder in einem partizipativen Lernumfeld“; Zudem kollektive Beteiligung an Entscheidungsprozessen insbesondere durch Klassenräte, Schülerräte und Schülervertretungen in Schulgremien und -ausschüssen, GC/12, Rn. 110.

83 BVerfG, 18.5.2009 – 1 BvR 142/09, Rn. 19.

84 Wapler, Kinderrechte ins Grundgesetz?, 2017, S. 32, 40.

85 Vgl. von Coelln in: Sachs, Grundgesetz, 7. Auflage 2014, Art. 6 Rn. 52 ff.

Jugendhilferecht sowie im Familienrecht.<sup>86</sup> Übergreifende Normen sind aber bis auf den grundsätzlich einfachgesetzlich geltenden Art. 12 KRK nicht gegeben.

Im Landesrecht finden sich in den Bundesländern ebenfalls höchst unterschiedliche Regelungen, welche die verschiedensten Rechtsbereiche betreffen.<sup>87</sup>

Der Kinderrechtsausschuss hat entsprechend bemängelt, dass in Deutschland Beteiligungsrechte nicht in allen Lebensbereichen hinreichend zur Verfügung gestellt werden. Er benannte dabei beispielhaft Familie, Schule sowie sonstige gesellschaftliche Institutionen.<sup>88</sup>

## Ergebnis

Durch klare Altersvorgaben im einfachen Recht wird den Rechtsanwendern vor Augen geführt, dass Kinder in bestimmten Fällen zu beteiligen sind, wenn sie ein gewisses Alter erreicht haben. Dies trägt zur Rechtssicherheit bei. Problematisch ist allerdings, dass diese einfachgesetzlichen Beteiligungsnormen nur in bestimmten Rechtsgebieten aufzufinden sind. Daraus könnte geschlossen werden, dass in den Rechtsbereichen, in denen sich keine einfachgesetzliche Normierung findet, auch keine Beteiligung von Kindern stattfinden muss. Dies widerspräche jedoch Art. 12 KRK und wohl auch einem verfassungsrechtlichen Beteiligungsrecht für Kinder aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG.

Eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Verankerung der reifegemäßen Beteiligung eines Kindes würde aber dazu beitragen, bisher recht offene Formulierungen im einfachen Recht<sup>89</sup> einheitlich kindgerecht und entsprechend den Vorgaben des Art. 12 KRK auszulegen. Dies gilt besonders insofern, als der Kinderrechtsausschuss ausdrücklich betont hat, dass Art. 12 KRK gerade keine Altersgrenze für das Recht des Kindes auf Meinungsäußerung setzt.<sup>90</sup> Er hat Vertragsstaaten davon abgeraten, in Gesetzen oder in der Praxis Altersgrenzen einzuführen, die das Recht des Kindes auf Gehör in das Kind berührenden Angelegenheiten einschränken.<sup>91</sup> Mit einer ausdrücklichen Grundgesetznorm zu Beteiligungsrechten von Kindern würde somit die kindgerechte Auslegung von einfachgesetzlichen Normen nicht nur erleichtert, sondern verfassungsrechtlich verpflichtend, da dann den Normanwendern eine über dem einfachen Recht stehende Norm die für alle Rechtsgebiete geltende Beteiligungsverpflichtung aufgezeigt würde.

Jegliche einfachgesetzliche Norm ist verfassungskonform auszulegen, was die Normanwender zwingt, sich mit der ausdrücklichen Formulierung im Grundgesetz auseinanderzusetzen. Dies wird andererseits bisher erschwert, wenn eine verfassungsrechtlich gebotene Beteiligung von Kindern erst durch Interpretation des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts herausgearbeitet werden muss. Es geht bei der Beteiligung von Kindern darum, gerade

86 Religionsmündigkeit mit 14 Jahren (§ 5 RKEG), Verfahrensfähigkeit vor dem Familiengericht mit 14 Jahren (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG), Pflicht des Verfahrensbeistands im familiengerichtlichen Verfahren, den Willen des Kindes zu ermitteln (§ 153 FamFG), Anhörung im Sorgerechtsverfahren, wenn das Kind 14 Jahre alt ist (§ 159 FamFG) und weitere Normierungen im Familienrecht (vgl. §§ 60, 158 FamFG), bei der sozialrechtlichen Antragsfähigkeit nach § 36 SGB I mit 15 Jahren (mit Widerspruchsrecht der Sorgeberechtigten), der Verpflichtung der Träger der Jugendhilfe, Kinder und Jugendliche an Entscheidungen über Leistungen (§ 8 SGB VIII) und am Hilfeplanverfahren (§ 36 SGB VIII) zu beteiligen, zudem bei Angeboten der Jugendarbeit, die zur Förderung der Kindesentwicklung erforderlich sind (§ 11 Abs. 1 SGB VIII).

87 Dies gilt besonders für das Wahlrecht, für Beteiligungsrechte in den Kommunen, in Kindertageseinrichtungen und in den Schulen. Ausführlich hierzu Kamp, Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen in Deutschland. Ein Vergleich der gesetzlichen Bestimmungen in den Bundesländern, 2. Aufl. 2010. Teilweise sind Beteiligungsrechte für Kinder allerdings auch im Landesverfassungsrecht normiert.

88 Siehe CRC, Concluding Observations: Germany, CRC/C/15/Add.226, Rn 28 f.

89 Z. B. § 1 Abs. 5 BauGB oder § 3 Abs. 1 BauGB.

90 GC/12, Rn. 21.

91 Ebd.

die besonderen Ansichten von Kindern bei der Normanwendung zu berücksichtigen, die sich von denen der Erwachsenen unterscheiden. Daher ist eine ausdrückliche Norm zur Beteiligung von Kindern im Grundgesetz zu empfehlen, da sie eine spezifischere Ausrichtung enthalten würde als das für alle Menschen geltende Allgemeine Persönlichkeitsrecht. Eine ausdrückliche Normierung im Grundgesetz kann daher die kinderspezifische Auslegung des einfachen Rechts besser voranbringen. Zudem könnte sich der Gesetzgeber veranlasst sehen, wegen der entsprechenden grundgesetzlichen Bestimmung in verschiedenen Gebieten konkrete Beteiligungsrechte im einfachen Recht zu erlassen. Aber auch ohne explizite Normen des einfachen Rechts kann sich aus einer solchen Grundgesetznorm bei entsprechender Formulierung ein unmittelbar aus der Verfassung fließendes Beteiligungsrecht für Kinder ergeben. Ein Rückgriff auf Art. 12 KRK wäre dann nicht mehr notwendig.<sup>92</sup>

### 3. Nicht-Diskriminierung (Art. 2 KRK)

Die Vorgaben der KRK

Art. 2 KRK lautet:

(1) Die Vertragsstaaten achten die in diesem Übereinkommen festgelegten Rechte und gewährleisten sie jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind ohne jede Diskriminierung unabhängig von der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, einer Behinderung, der Geburt oder des sonstigen Status des Kindes, seiner Eltern oder seines Vormunds.

(2) Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen, um sicherzustellen, dass das Kind vor allen Formen der Diskriminierung oder Bestrafung wegen des Status, der Tätigkeiten, der Meinungsäußerungen oder der Weltanschauung seiner Eltern, seines Vormunds oder seiner Familienangehörigen geschützt wird.

Art. 2 KRK stellt klar, dass ein Staat jedem Kind, das unter seine Hoheitsgewalt fällt, ein Diskriminierungsverbot gewähren muss und dass er dieses nicht auf eigene Staatsangehörige beschränken darf. Der Artikel entfaltet zudem eine mittelbare Drittwirkung und erlegt somit mittelbare Verpflichtungen auch Privaten auf.<sup>93</sup>

Die in Art. 2 KRK genannten Merkmale sind nicht abschließend.<sup>94</sup> Unter „sonstiger Status“ fallen nach dem KRK zum Beispiel unter anderem sexuelle Orientierung, Nichtehelichkeit oder auch eine HIV-Infektion.<sup>95</sup> Besonders an Art. 2 Abs. 1 KRK ist zudem, dass er ein Kind auch vor Diskriminierungen schützt, die an eng mit dem Kind verbundene Personen anknüpfen, die sogenannte „vermittelte Diskriminierung“.<sup>96</sup>

Allerdings stellt Art. 2 Abs. 1 KRK lediglich ein akzessorisches Diskriminierungsverbot dar,<sup>97</sup> das heißt, er bezieht sich immer nur auf ein sonstiges Konventionsrecht, das einschlägig sein muss, bevor Art. 2 Abs. 1 KRK hinsichtlich einer Diskriminierung geprüft werden kann.<sup>98</sup>

92 Art. 12 KRK und die diesbezüglichen Kommentierungen des KRA können jedoch auch weiterhin zur Auslegung einer solchen Verfassungsnorm herangezogen werden.

93 GC/05, Rn 43; General Comment No. 11, CRC/C/GC/11, (GC/11), Rn 23.

94 Detrick, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 1999, S. 75.

95 CRC, General Comment No. 3, CRC/GC/2003/3, (GC/03), Rn 7-9.

96 Schmahl, Art. 2 KRK, Rn. 15.

97 Anders als etwa Art. 26 IPbürgR.

98 Van Bueren, The International Law on the Rights of the Child, 1995, S. 40; Schmahl, Art. 2 Rn. 9.

## Umsetzung im einfachen deutschen Recht und im Bundesverfassungsrecht

Der Nichtdiskriminierungsgrundsatz findet sich im deutschen Recht grundlegend in Art. 3 Abs. 1 GG wieder. Spezielle Diskriminierungsverbote folgen sodann in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, wobei das kindliche oder jugendliche Alter oder die Reife hierzu nicht zählen.

Dennoch bildet Art. 3 GG eine starke Grundlage zur rechtlichen Abwehr von Diskriminierungen. Er erlaubt auch dem Staat, gegen bestehende Diskriminierungen aktiv ausgleichend vorzugehen, wodurch die Vorgaben des Art. 2 KRK bereits verfassungsrechtlich gut abgedeckt sind.<sup>99</sup>

### Ergebnis

Art. 3 GG ist grundsätzlich ausreichend, um den Gleichberechtigungsansprüchen des Art. 2 KRK zu genügen. Dies ergibt sich insbesondere aus den folgenden Erwägungen.

Für eine Diskriminierung von Kindern untereinander bleibt bereits nach dem geltenden ausdrücklichen Verfassungsrecht kein Raum.<sup>100</sup>

Eine explizite Aufnahme einer eigenständigen Norm zur Gleichberechtigung von Kindern und Erwachsenen erscheint ebenfalls nicht geboten, da Kinder sich gerade wesentlich von Erwachsenen unterscheiden und ihre positiven Ansprüche und besonderen Bedürfnisse eher über andere Rechte vermittelt werden können. Sollte es zu ungerechtfertigten Benachteiligungen von Kindern gegenüber Erwachsenen kommen, für die kein ausreichender sachlicher Grund besteht, genügt Art. 3 GG, um dem rechtlich angemessen im Sinne der KRK zu begegnen.

Bezüglich Art. 2 KRK besteht also kein verfassungsrechtliches Defizit.

## 4. Leben und Entwicklung (Art. 6 KRK)

Die Vorgaben der KRK

Art. 6 KRK lautet:

- (1) Die Vertragsstaaten erkennen an, dass jedes Kind ein angeborenes Recht auf Leben hat.
- (2) Die Vertragsstaaten gewährleisten in größtmöglichem Umfang das Überleben und die Entwicklung des Kindes.

Das Grundrecht auf Leben bildet die Grundlage aller weiteren Rechte von Kindern. Es legt den Staaten auch besondere Schutzpflichten gegenüber den Eingriffen Dritter auf<sup>101</sup>. Darüber hinaus ist in Art. 6 Abs. 2 KRK ein von den Vertragsstaaten zu achtendes besonderes, kinderspezifisches Recht auf Entwicklung enthalten. Dieses Entwicklungsrecht des

---

<sup>99</sup> Auf der faktischen Ebene hat der KRA allerdings häufig die tatsächliche Diskriminierung von Kindern mit Migrationshintergrund in Deutschland kritisiert. Diese werde besonders im Bildungsbereich und in der Sozialversorgung von Kindern deutlich, die keinen gesicherten Aufenthaltsstatus innehaben, Committee on the Rights of the Child (2004): Concluding Observations: Germany, CRC/C/15/Add. 266 (2004), §§ 23 f.; dass. 2014, §§ 24 f. Obwohl Behinderungen sogar als ein spezielles Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG enthalten sind, seien zudem behinderte Kinder im Gesundheits- und Bildungssystem benachteiligt. CRC/C/DEU/CO/3-4 (2014), §§ 24 f., sogenannte „Mehrfachdiskriminierung“.

<sup>100</sup> Auch wenn noch immer faktische Ungleichbehandlungen stattfinden.

<sup>101</sup> Vgl. zu Art. 6 Abs. 2 IPbPR: HRC, General Comment No. 6, HRI/GEN/1/Rev.7, S. 128, Rn 5.

Kindes umfasst die physische, mentale, spirituelle, moralische, psychische und soziale Entwicklung des Kindes.<sup>102</sup>

### **Umsetzung im einfachen deutschen Recht und im Bundesverfassungsrecht**

Das Recht auf Leben aus Art. 6 Abs. 1 und 2 KKR ist in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ebenfalls niedergelegt. Es stellt einen Höchstwert innerhalb der Ordnung der Grundrechte dar.<sup>103</sup> Kinder sind hierbei rechtlich ebenso geschützt wie Erwachsene. Ein grundsätzlicher Unterschied ist zumindest rechtlich nicht gegeben.<sup>104</sup> Auf besondere Bedrohungslagen für das Leben kann daher mit dem geltenden Verfassungsrecht auch spezifisch für Kinder geantwortet werden.<sup>105</sup>

Der Schutz vor Gewalt ist ebenfalls in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG enthalten. Kinder sind als äußerst schwache Glieder der Gesellschaft jedoch der Gewalt anderer Menschen im Alltag besonders ausgeliefert und lange Zeit war in Deutschland ein Züchtigungsrecht von Eltern und Lehrkräften anerkannt. Eine besondere Klarstellung im Verfassungsrecht ist somit zwar juristisch nicht zwingend geboten, da alle Menschen eines entsprechenden Schutzes bedürfen, jedoch erscheint sie sinnvoll, da zum Beispiel ein Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung erst nach der Jahrtausendwende Eingang in das BGB gefunden hat<sup>106</sup> und somit eine klarstellende Wirkung auch für andere Rechtsgebiete erfolgen kann.

Ein Recht des Kindes auf Entwicklung nach Art. 6 Abs. 2 KKR ist zwar im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht eines jeden Menschen und mithin auch eines Kindes aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG enthalten, sollte aber, wie oben bezüglich der Beteiligung von Kindern aufgezeigt, kinderspezifisch im Grundgesetz ausgeformt werden. Denn hierbei unterscheiden sich Kinder grundlegend von Erwachsenen. Die Entwicklung und Entfaltung von Kindern und Jugendlichen ist Gegenstand ganzer Wissenschaftsdisziplinen und Berufsgruppen. Sie unterscheidet sich fundamental von der freien, willensgetragenen Entfaltung erwachsener Menschen, die von Art. 2 Abs. 1 GG iVm. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt ist. Insbesondere ist die Entwicklung von Kindern und Jugendlichen zu fördern, was bei Erwachsenen nicht mehr nötig ist, da es ihnen im Rahmen der freien Entfaltung als bereits entwickelte Persönlichkeiten offen steht, sich weiter zu entwickeln oder nicht.

Einfachgesetzlich finden sich Unterstützungsmöglichkeiten für Kinder entsprechend Art. 6 Abs. 2 KKR insbesondere im SGB VIII. Hier ist auf unterverfassungsrechtlicher Ebene in § 1 Abs. 1 SGB VIII auch ein Recht auf Förderung der Entwicklung niedergelegt. Konkretisierend soll die Jugendhilfe gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 4 SGB VIII junge Menschen in ihrer individuellen und sozialen Entwicklung fördern und dazu beitragen, Benachteiligungen zu vermeiden oder abzubauen, und helfen, positive Lebensbedingungen für junge Menschen und ihre Familien sowie eine kinder- und familienfreundliche Umwelt zu erhalten oder zu schaffen.

### **Ergebnis**

Es ist bezüglich der kindlichen Entwicklung eine verfassungsrechtliche Vorgabe nach Maßgabe des oben Gesagten zu empfehlen. Zwar ist es bereits über die KKR und ihre

---

102 GC/05, Rn 12.

103 BVerfGE 49, 24 (53); 115, 118 (139); näher Sodan, in: ders., GG, Art. 2 Rn. 19 ff.

104 Insbesondere ist die Todesstrafe nach Art. 102 GG ausdrücklich gegenüber allen Menschen, die deutscher Hoheitsgewalt unterliegen, verboten.

105 Auf der praktischen Seite hat der KRA allerdings die hohe Selbstmordrate von Kindern und Jugendlichen in Deutschland bemängelt und dazu aufgefordert, mit verschiedenen Maßnahmen gegenzusteuern, CRC, Concluding Observations: Germany, CRC/C/15/Add. 226, Rn 44 f.

106 § 1631 Abs. 2 BGB.

Vorgaben für die Auslegung der Grundrechte möglich, entsprechende Ansprüche in die Grundrechte hineinzulesen, jedoch erscheint eine deutliche Klarstellung geboten, da sich Kinder spezifisch anders entwickeln als Erwachsene. Eine solche Bestimmung würde auf verfassungsrechtlicher Ebene normhierarchisch die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts in sämtlichen Rechtsgebieten prägen.

Die kindliche Entwicklung oder auch Entfaltung ist verschiedenen inneren, aber auch äußeren Faktoren unterworfen, die mit dem Begriff der „kindgerechten Lebensbedingungen“<sup>107</sup> umschrieben werden können, welche die wesentlichen Entwicklungsaspekte abdeckt, auf die staatliches Handeln Einfluss nehmen kann.<sup>108</sup>

## 5. Fazit

Deutschland ist gemäß Art. 4 KRK verpflichtet, die Bestimmungen der KRK in nationales Recht umzusetzen. Wie und auf welcher normhierarchischen Ebene dies geschieht, wird in dem Übereinkommen nicht bestimmt. Es besteht zudem grundsätzlich kein individueller einklagbarer Anspruch für Einzelpersonen gegen den Staat auf Umsetzung der Konvention. Die inhaltlichen Empfehlungen des Kinderrechtsausschusses haben ebenfalls keine rechtsetzende oder bindende Wirkung. Daher steht es Deutschland frei, wie die KRK umgesetzt wird, solange den Bestimmungen der KRK eine effektive Wirkung zukommt.

Dies kann grundsätzlich auch über das einfache Recht geschehen. Die Einfügung einer allgemeingültigen Vorschrift in das einfache Bundesrecht, die Kinderrechte umfassend betrifft, sobald sie berührt sind, ist mit dem Zustimmungsgesetz zur KRK im deutschen Recht bereits erfolgt. Die Bestimmungen der Konvention, die self-executing sind, wie z. B. Art. 3 Abs. 1 KRK, sind damit auch für alle Rechtsanwender in Deutschland als Normen im Range eines einfachen Bundesgesetzes verbindlich, Art. 59 Abs. 3 GG.

Allerdings können sich bei Konflikten zwischen einfach-gesetzlichen Normen leichter andere Aspekte durchsetzen. Wenn zwei Normen sich auf gleicher Normebene befinden, gilt kein Durchsetzungsprimat einer der beiden Normen. Daher könnte in einem baurechtlichen Streit das Kindeswohl auch hinter einen anderen Belang zurücktreten, wenn beide Belange sich auf einfachgesetzlicher Ebene gegenüberstehen und kollidieren.

Art. 3 Abs. 1 KRK und alle individuellen Anspruchsrechte der KRK als menschenrechtliche Völkerrechtsnormen könnten jedoch zur Interpretation nicht nur des einfachen Rechts, sondern auch der Grundrechte herangezogen werden. Denn eine solche Vorgehensweise ist für internationale Menschenrechtsabkommen wie die EMRK weitgehend anerkannt.<sup>109</sup> Folglich müsste das Kindeswohl auf die Interpretation der Grundrechte des betroffenen Kindes, z. B. aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Einfluss nehmen. Im konkreten Normkollisionsfall stünde somit nicht mehr allein der Art. 3 Abs. 1 KRK dem anderen Belang gegenüber. Vielmehr stünden mit Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG in ihrer Prägung durch Art. 3 Abs. 1 KRK Normen mit Verfassungsrang etwaigen einfachgesetzlichen Normen gegenüber und würden sich gegenüber diesen durchsetzen.

---

107 Vgl. die Formulierung in den folgenden Landesverfassungen: Art. 13 Abs. 1 S. 2 VerfBerlin, Art. 25 Abs. 1 S. 2 VerfBremen, sowie „altersgerechte Lebensbedingungen“ in Art. 6 Abs. 2 S. 1, S. 3 VerfNRW, Art. 4a Abs. 2 S. 2 VerfNds und Art. 25 Abs. 1 S. 1 VerfSaarland.

108 Dies betrifft zum Beispiel die städtebauliche Planung oder das Schulwesen.

109 Wapler, S. 20; Jedenfalls sind die Grundrechte des Grundgesetzes sowie das einfache Recht möglichst in Übereinstimmung mit den Gewährleistungen der EMRK und ihrer Auslegung durch den EGMR zu interpretieren, vgl. BVerfGE 111, 307. Zu den vielfältigen Versuchen in der Vergangenheit einen Übergesetzesrang der EMRK zu begründen Bleckmann, EuGRZ 1994, 149; Sternberg, Der Rang von Menschenrechtsverträgen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 2 GG, 1999; Walter, ZaöRV 59 (1999), 961; Hoffmeister, Der Staat 40 (2001), 349; Czerner, EuR 42 (2007), 537.

Es wird erkennbar, dass diese Dogmatik zwar die Grundlage für die Lösung vieler aufkommender Rechtsfragen bieten kann und auch sicherstellt, dass Deutschland seiner Verpflichtung aus Art. 4 KRK nachkommt, indem den Bestimmungen der KRK volle Wirksamkeit verschafft würde. Jedoch ist die nötige Vorgehensweise komplex und schwer verständlich. Damit ist unsicher, ob die Normanwender, z. B. in der Bauleitplanung, in der Schule oder in den Gerichten, wirklich in jedem Fall den verfassungsrechtlich wirksamen Gehalt der KRK für die jeweilige Entscheidung berücksichtigen, wenn ein spezielles Kind oder Kinder im Allgemeinen betroffen sind. Normanwender müssten zunächst ein spezifisches Kinderrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG erkennen, dieses für den Einzelfall für anwendbar erachten und dann auch noch dieses im Lichte der KRK auslegen. Dabei ist deutlich, dass es schwer ist, eine Verfassungsnorm im Lichte des Völkerrechts auszulegen, wenn noch nicht einmal ein klarer Wortlaut im Grundgesetz zu finden ist, an dem man die KRK-konforme Auslegung festmachen kann, weil das jeweilige Grundrecht sich erst aus einer Kombination von anderen Grundrechten ergibt.

Daher wird eine eindeutige Normierung der Kernbestimmungen der KRK unmittelbar im Verfassungsrecht empfohlen. Durch eine damit geschaffene deutlich über dem einfachen Recht stehende Normebene der Kinderrechte würde die Anwendbarkeit für Gerichte und Entscheidungsträger maßgeblich erleichtert. Zudem würden entsprechende Grundgesetz-Kommentierungen erfolgen und die Sichtbarkeit der Kinderrechte würde zusätzlich erhöht.

Es geht bei den Kinderrechten somit nicht nur um die symbolische Funktion einer Verfassungsänderung, sondern um eine solche mit prozessualen und materiell-rechtlichen Auswirkungen. Vor allem geht es um normative Klarheit. Zwar wird in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung und in der Literatur nicht selten vertreten, dass sich die Rechte aus der KRK bereits in den Grundrechten des Grundgesetzes befinden. Allerdings wird dies für einen unbefangenen Leser der Normen nicht deutlich. Das Grundgesetz gelangt an Grenzen, wenn es die gesamtgesellschaftlichen und pädagogischen Entwicklungen und teilweise grundlegenden Veränderungen in der gesellschaftlichen Stellung von Kindern seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1949 ausschließlich anhand seiner offenen und allgemeinen Bestimmungen angemessen reflektieren soll.<sup>110</sup>

Bei einer Lektüre des Grundgesetzes, die nicht durch das Studium von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und Kommentaren flankiert wird, nimmt man wahr, dass selbst das staatliche Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG lediglich reflexiv auf Elternverhalten ausgerichtet ist. Der Subjektstellung der Eltern, die das primäre Erziehungsrecht innehaben, steht das Kind als Erziehungsobjekt gegenüber, selbst wenn das Erziehungsrecht der Eltern auf einem impliziten Recht des Kindes beruht.

Gerichte und sonstige Normanwender müssen zwar die Grundrechtsdogmatik des Bundesverfassungsgerichts beachten, das besondere Kinderrechte in vielen Fällen bereits aus den allgemein geltenden Grundrechten abgeleitet hat.<sup>111</sup> Diese Dogmatik ist aber kompliziert und nicht für jeden nachvollziehbar. Klarstellungen und eindeutige Formulierungen im Grundgesetz können hier zu Verständnis beitragen und helfen, dass bereits frühzeitig eine angemessene Berücksichtigung von Kinderrechten im Normanwendungsprozess erfolgt, der nicht nur Gerichte, sondern auch die Verwaltung und den Gesetzgeber betrifft.

---

110 Es ist auch bei einer solchen Verfassung, die zwar viel Raum für Auslegung der Grundrechte lässt, nicht überraschend, dass dem Normtext ein älteres Verständnis von Kinderrechten zugrunde liegt, nämlich ein ähnliches wie der Konvention des Völkerbundes von 1924. So hatte die Genfer Erklärung der Vollversammlung des Völkerbundes vom 26.5.1924 das Kind eher als passives Schutzobjekt behandelt und Verpflichtungen der Erwachsenen gegenüber den Kindern festgelegt, Van Bueren, S. 7 f., Schmahl, Einl. Rn. 7.

111 Teilweise als „Auslegungskunststück“ bezeichnet, vgl. Peschel-Gutzeit, Kinderrechte ins Deutsche Grundgesetz? Chancen und Herausforderungen – Bestandsaufnahme und offene Fragen, 2008, S. 20.

Individuelle Rechte für Kinder und tragende Prinzipien der Verfassung sollten unter Berücksichtigung der KRK nicht nur durch Zusammenschau und eine ganz spezifische Auslegung von Normen wirksam werden, die für alle Menschen und somit auch Erwachsene gelten. Denn nach dem KRA soll die Umsetzung der KRK so ausgestaltet sein, dass alle staatlichen Gewalten die Kinderrechte durch geeignete Maßnahmen beachten und sie fördern.<sup>112</sup> Hierdurch soll auch ein Umdenken hin zu einer Beachtung der Kinder und ihrer Rolle in der Gesellschaft erfolgen.<sup>113</sup> Der KRA stellt die Ansicht einiger Staaten in Frage, dass die Gewährung von Rechten, die für alle Menschen gelten – wie in Deutschland das Allgemeine Persönlichkeitsrecht – genügt, um die Beachtung von Kinderrechten sicherzustellen, und befürwortet die ausdrückliche Aufnahme der Kernprinzipien der Art. 2, 3, 6 und 12 KRK in die jeweilige nationale Verfassung.<sup>114</sup>

Nach dem oben Gesagten ist eine Aufnahme von Verfassungsbestimmungen ist hinsichtlich folgender Aspekte zu empfehlen: Kindeswohlprinzip, Beteiligungsrecht, Entwicklung beziehungsweise Entfaltung der kindlichen Persönlichkeit/kindgerechte Lebensbedingungen. Es könnte zudem klarstellend ein Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung aufgenommen werden, wobei dieses aber bereits im zuletzt genannten Aspekt enthalten ist. Hinzukommen sollte schließlich die Ausformulierung eines klaren Schutz- und Förderauftrags hinsichtlich dieser Rechte, welcher auf verfassungsrechtlicher Grundlage übergreifend in allen Rechtsgebieten und für alle Staatsgewalten wirken kann.

Die Aufnahme einer besonderen Diskriminierungsschutzvorschrift in das Grundgesetz ist hingegen wie oben ausgeführt nicht erforderlich.

---

112 GC/05, Rn. 9. In der praktischen Umsetzung seien hierfür auch Schulungen und Evaluationen notwendig.

113 GC/05, Rn. 10.

114 GC/05, Rn. 21 f.

## IV. Verfassungsaufträge und Wertentscheidungen durch Grundrechte

Indem das Grundgesetz Grundrechte normiert, legt es auch grundlegende Wertentscheidungen fest.<sup>115</sup> So sind in der freien Persönlichkeitsentfaltung, der Berufsfreiheit und dem Schutz von Privateigentum, obwohl sie primär Abwehrrechte gegen den Staat darstellen, gleichsam Entscheidungen des Verfassungsgebers zugunsten der möglichst freien Entfaltung individueller Personen enthalten.

Auf diese Weise kann durch spezifische Kindergrundrechte eine Entscheidung zugunsten von Kindern und ihren Bedürfnissen objektiv manifestiert werden. Dies gilt insbesondere für das Kindeswohlprinzip des Art. 3 Abs. 1 KRK.<sup>116</sup>

Bestimmungen, in denen Grundrechte Förderansprüche normieren, können insofern Vorbildwirkung entfalten. Dies wird an Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG sowie an Art. 6 Abs. 5 GG deutlich.

### 1. Der Vergleich zur Aufnahme von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG – Gemeinsamkeiten bezüglich einer spezifischen Änderung im Grundrechtsteil des Grundgesetzes

Art. 3 Abs. 2 GG lautet:

1 Männer und Frauen sind gleichberechtigt.

2 Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.

Satz 2 des Art. 3 Abs. 2 GG wurde erst im Jahr 1994 angefügt. Vergleichbar zur Entwicklung der Aufnahme eines Kindergrundrechts waren es neben einer UN-Konvention im Vorfeld der Grundgesetzänderung erhebliche Debatten und Proteste in der fachlichen Öffentlichkeit und insbesondere von Frauenverbänden, die zu einer Änderung und der Aufnahme des neuen Satzes führten.<sup>117</sup>

Mit der UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau<sup>118</sup> von 1979 bestand bereits vor der Grundgesetzänderung eine völkerrechtliche Norm, die besondere Rechte und Diskriminierungsvorschriften zugunsten von Frauen vorsah. Diese Konvention verlangte in ihrem Art. 2 lit. a), dass Staaten sowohl den Gleichberechtigungsgrundsatz in die „Staatsverfassung oder in andere geeignete Rechtsvorschriften“ aufnehmen sollten und zusätzlich „durch gesetzgeberische oder sonstige Maßnahmen für die tatsächliche

115 BVerfGE 7, 198 (Lüth): „Werteordnung der Grundrechte“; heute eher „objektive Prinzipien“ oder „verfassungsrechtliche Grundentscheidungen“.

116 Dieses bildet bereits in der KRK selbst nicht nur ein unmittelbar anwendbares Recht, sondern stellt bekanntlich die Leitlinie der gesamten Konvention dar. Vgl. Mower, *The Convention on the Rights of the Child*, 1997, S. 23; Detrick, *A Commentary on the UN Convention on the Rights of the Child*, 1999, S. 92; Baer, *Verabschiedung des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes*, FuR 1990, S. 192 (193); Stempel, ZRP 1996, S. 81 (82); Coester/Hansen, *Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes und das KJHG: Impulse zur Kindeswohlverwirklichung*, in: Steindorff (Hg.), *Vom Kindeswohl zu den Kinderrechten*, 1994, S. 21 (34); Price Cohen, *Introductory Note*, ILM 28 (1989), S. 1448 (1450).

117 Empfehlungen der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drs. 12/6000 und BR-Drs. 800/93; Scholz, ZG 1994, 23; Isensee, NJW 1993, 2583 (2585); Jahn, DVBl. 1994, 183; Vogel, FS Benda, 1995, 395 (409f.); Bumke, *Der Staat* 32, 117; Döring, *Frauenquoten und Verfassungsrecht*, 1996; Kokott, NJW 1995, 1049 (1049f.); Pfarr, NZA 1995, 809; Sannwald, NJW 1994, 3331; Hofmann, FamRZ 1995, 257; Zapfe, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 52–53/93, 11 (12); König, DÖV 1995, 837.

118 *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)*, G.A. Res. 34/180, 34 U.N. GAOR Supp. (No. 46) at 193, U.N. Doc. A/34/46, entered into force Sept. 3, 1981.

Verwirklichung dieses Grundsatzes zu sorgen“. Somit erstrebte auch diese Konvention keine zwingende Aufnahme eines Förderungsgebots gerade auf die normhierarchische Ebene der jeweiligen Verfassung.

Zudem war es auch hier so, dass das Bundesverfassungsgericht bereits aus dem vorherigen Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG<sup>119</sup> einen entsprechenden Auftrag hergeleitet hatte.<sup>120</sup> Dies ist vergleichbar mit der derzeitigen Situation, in der argumentiert wird, dass das Bundesverfassungsgericht aus einer Zusammenschau von Grundrechten bereits ein Grundrecht für Kinder abgeleitet habe, das den Ansprüchen der KRK gerecht wird.<sup>121</sup>

Es stand bei Art. 3 Abs. 2 GG aber einer Verfassungsänderung gerade nicht im Weg, dass das Bundesverfassungsgericht bereits ähnliche Funktionen aus bisherigen Grundrechtsverbürgungen entwickelt hatte, die im neuen Artikel verfassungsrechtlichen Widerhall finden sollten. An diese Rechtsprechung wurde bei der Verfassungsänderung bezüglich Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG hingegen angeknüpft,<sup>122</sup> wobei der neu angefügte Satz 2 insbesondere klarstellend wirken sollte.<sup>123</sup>

## 2. Der Vergleich zu Art. 6 Abs. 5 GG – Diskriminierungsschutzrechte für nichteheliche Kinder

Art. 6 Abs. 5 GG lautet:

„Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.“

Art. 6 Abs. 5 GG stellt ebenfalls eine Wertentscheidung des Grundgesetzes dar, die im Sinne des Diskriminierungsschutzes ein implizites Fördergebot enthält.<sup>124</sup> Zuvörderst ist hier der Gesetzgeber aufgefordert, entsprechende Gleichstellungsmaßnahmen zu treffen.<sup>125</sup>

Nach der Betrachtung des Förderungsgebots für Frauen, welches das Bundesverfassungsgericht bereits aus dem alten Art. 3 Abs. 2 GG abgeleitet hatte, bevor Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG eingefügt worden war, einerseits und des subjektiven Rechts des Kindes, das das Bundesverfassungsgericht aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG sowie aus Art. 6 Abs. 2 GG gewinnt, andererseits kann davon ausgegangen werden, dass das Bundesverfassungsgericht das Diskriminierungsverbot und das Fördergebot für nichteheliche Kinder bereits aus Art. 3 Abs. 1 und 3 und aus Art. 6 Abs. 2 GG iVm. mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet hätte, wenn nicht bereits eine explizite Normierung im Grundgesetz seit dessen Inkrafttreten enthalten gewesen wäre.

119 Heute Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG.

120 BVerfGE 89, 276 (285); 85, 191 (206 f.). „Nachtarbeitsverbot“: „Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausgehende Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG besteht darin, dass er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt.“; 84, 9 (16).

121 Siehe oben.

122 Badura in Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 2, 79. EL Dezember 2016, Rn. 2.

123 BVerfGE 92, 91 (109); 104, 373 (393); 109, 64 (89); 113, 1 (15); für eine Verortung in Art. 3 Abs. 2 GG BVerfGE 113, 1 (15); 126, 29 (53). Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG enthält kein Grundrecht auf reale Gleichstellung, (Badura in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 2, Rn. 55), jedoch einen Verfassungsauftrag zur Durchsetzung der Gleichstellung in der gesellschaftlichen Wirklichkeit (zur Einordnung als Verfassungsauftrag Heun in Dreier Art. 3 Rn. 105; Boysen in v. Münch/Kunig Art. 3 Rn. 167) und einen Gleichstellungsauftrag als Legitimationsgrundlage für Grundrechtseingriffe (Badura in: Maunz/Dürig, Art. 3 Abs. 2, Rn. 63).

124 BVerfGE 8, 210/216 f.; 17, 148/154.; 22, 163/172; 25, 167/173, 179; 26, 44/63; 44, 1/18

125 Badura in: Maunz/Dürig, Art. 6, Rn. 176.

Dies zeigt, dass es nicht hinderlich ist, eine solche explizite Norm aufzunehmen, selbst wenn das Bundesverfassungsgericht vergleichbare Rechte auch aus anderen Verfassungsnormen herleiten kann. Es ist das Besondere an Normen wie Art. 6 Abs. 5 GG, dass aus ihnen eine ausgesprochen deutliche Grundentscheidung des Verfassungsgebers hervorgeht, die es wert ist, besonders artikuliert zu werden.

Sie kann auch ermessenslenkend für die Verwaltung und die Rechtsprechung wirken, selbst wenn es dem einfachen Gesetzgeber nicht gelingt, notwendige Vorschriften zu erlassen.<sup>126</sup> Dies sollte auch bei einem ausdrücklichen Kindergrundrecht in der Verfassung möglich sein.

### **3. Zusammenfassung: Die objektive Werteordnung des Grundgesetzes und die implizite Beauftragung des Staates – Lenkende Gehalte eines expliziten Kindergrundrechts**

Das Bundesverfassungsgericht folgte früh der bereits in der Weimarer Republik zunehmend verbreiteten Auffassung<sup>127</sup>, dass die Verfassung eine Werteordnung repräsentiert. Dies gilt besonders für die Grundrechte. Sie bilden eine Wertordnung, die für alle Rechtsbereiche Ausstrahlungswirkung entfaltet.<sup>128</sup> Sie stellen damit maßgebliche Leitlinien dar.<sup>129</sup>

So würden lenkende Gehalte für alle drei Staatsgewalten ähnlich wie bei Art. 6 Abs. 5 GG und bei Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG unmittelbar aus einem expliziten Kindergrundrecht entnommen werden können. Ein solches ausdrücklich normiertes Kindergrundrecht würde als Bestandteil der objektiven Werteordnung des Grundgesetzes eine implizite Beauftragung für die Legislative, die Exekutive und die Judikative enthalten.

Ein derartiges Kindergrundrecht müsste aber auch deutlich erkennbar sein. Das heißt, dass auch für einen unbefangenen Leser das Grundrecht in seinen Wesenszügen ersichtlich wird. Dies ergibt sich aus dem Bestimmtheitsgebot, das wiederum Teil des Rechtsstaatsprinzips ist. Es verlangt, dass Normen so klar und bestimmt sind, dass der Rechtsanwender ihren Gehalt möglichst unmittelbar erfassen kann.

Die durchaus komplizierte Herleitung eines Kindergrundrechts durch das Bundesverfassungsgericht genügt diesem Anspruch bisher nicht. Ein spezifisches Kindergrundrecht ist aus der bisherigen Fassung des Grundgesetzes zwar herleitbar, aber nicht unmittelbar erkennbar.

Um als wirksamer Bestandteil der Werteordnung fungieren zu können, wäre Erkennbarkeit jedoch ein maßgebliches Erfordernis. Auch aus diesem Grund erscheint die Aufnahme eines expliziten Kindergrundrechts in das Grundgesetz geboten.

Ein explizites Kindergrundrecht mit den dargelegten Elementen Kindeswohl, kindliche Entwicklung und angemessene Beteiligung würde die Rechts- und Subjektstellung des Kindes verdeutlichen und klarstellen, dass die in ihm enthaltenen Verbürgungen bei Kol-

---

126 „Die praktische Bedeutung der Bindung der Gerichte an Art. 6 Abs. 5 besteht darin, dass die in der Verfassungsnorm ausgeprägte Wertauffassung bei der den Gerichten anvertrauten Interessenabwägung und vor allem bei der Interpretation der Gesetze zugrunde zu legen ist.“, ebd., Rn. 177.

127 Hierzu Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 16 ff.; P. Badura, Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre, Staat 16, 1977, S. 305; ders., Arten der Verfassungsrechtssätze, HStR, Bd. VII, 1992, § 159, Rn. 6 ff., 23 ff.

128 BVerfGE 7, 198/204 ff.; 50, 290/336 ff.

129 BVerfGE 24, 119 (149 f.); 37 (217 (240)). Das Bundesverfassungsgericht hatte in vergleichbarer Form bereits Art. 6 Abs. 1 GG als wertentscheidende Grundsatznorm angesehen, die alle drei Staatsgewalten prägt, BVerfGE 24, 119 (135, 149 f.); 55, 114 (126); 76, 1 (49 f.).

lisionen mit anderen Rechtsgütern angemessen zu berücksichtigen sind. Durch die zur Verfassungsänderung erforderliche doppelte Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat erhielt ein solches nachträglich normiertes Kindergrundrecht eine hohe demokratische Legitimität.

# V. Auswirkungen einer expliziten Verankerung der Kinderrechte im Grundgesetz als Wertentscheidung und Verfassungsauftrag an die Staatsgewalten

## 1. Anforderungen an den Gesetzgeber

Wenn ein ausdrückliches spezifisches Kindergrundrecht Bestandteil der Werteordnung des Grundgesetzes ist, ist es dem Gesetzgeber gemäß Art. 1 Abs. 3 GG sowie Art. 20 Abs. 3 GG verboten, Gesetze zu verabschieden, die gegen dieses Grundrecht oder die in ihm enthaltenen grundlegenden Werte verstoßen. Gleichwohl erlassene Gesetze sind verfassungswidrig. Dies kann aber nur diejenigen Gesetze betreffen, deren Wortlaut so genau bestimmt ist, dass eine verfassungskonforme Auslegung nicht möglich ist.

Nur diejenigen Gesetze können also verfassungswidrig sein, die nicht gemäß der Verfassung interpretiert werden können. Dies kann im konkreten Fall der Aufnahme eines Kindergrundrechts mit den oben genannten Elementen im Wesentlichen nur Gesetze betreffen, die bereits aus sich heraus keinen Raum für die angemessene Berücksichtigung des Kindeswohls lassen oder Menschen unter 18 Jahren ihrer Reife entsprechende Beteiligungsrechte vollständig verweigern oder ihre Entwicklung behindern. Dies müssten Gesetze sein, die der Verwaltung keinen Spielraum zur Auslegung gewähren.

Eine solche Norm wäre zum Beispiel § 80 Abs. 1 AufenthG in seiner bis zum 31.10.2015 gültigen Fassung gewesen. Er bestimmte, dass abgesehen von genau bezeichneten Sonderfällen ein Ausländer fähig zur Vornahme von Verfahrenshandlungen nach diesem Gesetz ist, der das 16. Lebensjahr vollendet hat. Der darin enthaltene Widerspruch zur Geschäftsfähigkeit nach dem bürgerlichen Recht und die fehlende Möglichkeit der Berücksichtigung kindesrechtlicher Aspekte wäre ein Verstoß gegen ein verfassungsrechtliches Kindergrundrecht gewesen, das alle Personen unter 18 Jahren erfasst. Die Norm wurde aber inzwischen mit Wirkung zum 01.11.2015 geändert und betrifft nunmehr lediglich volljährige Ausländer.

Entsprechendes gilt für § 12 AsylG in der Fassung bis zum 23.10.2015 mit einer gleichgelagerten Problematik, die inzwischen ebenfalls entsprechend § 80 AufenthG aufgelöst worden ist.

Die meisten Gesetze sind aber offen genug, ob den genannten Ansprüchen zu genügen.

Im Kinder- und Jugendhilferecht könnte zwar ein Anspruch auf Jugendhilfe weitgehend aus Sicht der Eltern bestehen.<sup>130</sup> Aber gemäß § 8 SGB VIII sind Kinder und Jugendliche entsprechend ihrem Entwicklungsstand an allen sie betreffenden Entscheidungen der öffentlichen Jugendhilfe zu beteiligen und sie sind in geeigneter Weise auf ihre Rechte im Verwaltungsverfahren sowie im Verfahren vor dem Familiengericht und dem Verwaltungsgericht hinzuweisen. Und nach § 36 SGB VIII ist neben dem Personensorgeberechtigten das Kind oder der Jugendliche vor der Entscheidung über die Inanspruchnahme einer Hilfe und vor einer notwendigen Änderung von Art und Umfang der Hilfe zu beraten und auf die möglichen Folgen für die Entwicklung des Kindes oder des Jugendlichen hinzuweisen. Nach § 11 SGB VIII soll darüber hinaus die Jugendarbeit an den Interessen junger Menschen anknüpfen und von ihnen mitbestimmt und mitgestaltet werden, sie zur Selbstbestimmung befähigen.

<sup>130</sup> Vgl. § 18 Abs. 1 SGB VIII: „Mütter und Väter, die allein für ein Kind oder einen Jugendlichen zu sorgen haben oder tatsächlich sorgen, haben Anspruch auf Beratung und Unterstützung. [...]“, s. auch § 27 SGB VIII.

higen und zu gesellschaftlicher Mitverantwortung und zu sozialem Engagement anregen und hinführen.<sup>131</sup> Eine konsequente Umsetzung dieser Vorgaben erlaubt es, den Partizipationsansprüchen des Art. 12 KRK gerecht zu werden und auch Entwicklungsaspekte aus Art. 6 KRK zu berücksichtigen. Eine Kindeswohlbegutachtung (best interests assessment) im Sinne des Art. 3 Abs. 1 KRK wird in jedem Einzelfall ermöglicht. Die verfassungskonforme kindgerechte Auslegung und Anwendung der Gesetze wird daher erlaubt.

Ähnliches gilt für das Schulrecht, das in Deutschland weitgehend in der Verantwortung der Bundesländer liegt. Die Schulgesetze der Länder ermöglichen ebenfalls zunehmend eine individuelle oder gruppenbezogene Partizipation der Schülerinnen und Schüler. So sieht Art. 56 Abs. 1 S. 2 des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) vor:

„Alle Schülerinnen und Schüler haben gemäß Art. 128 der Verfassung [Recht auf Ausbildung, Anm. d. Verf.] ein Recht darauf, eine ihren erkennbaren Fähigkeiten und ihrer inneren Berufung entsprechende schulische Bildung und Förderung zu erhalten.“

Bei konsequenter Anwendung dieser Vorgaben wird es sowohl gestattet, ein best interest assessment im Sinne der obigen Ausführungen durchzuführen, als auch den Entwicklungsaspekten gerecht zu werden, die in Art. 6 KRK angelegt sind.

Partizipationsmöglichkeiten sind sodann in Art. 56 Abs. 2 und 3 BayEUG<sup>132</sup> niedergelegt:

(2) Die Schülerinnen und Schüler haben das Recht, entsprechend ihrem Alter und ihrer Stellung innerhalb des Schulverhältnisses

1. sich am Schulleben zu beteiligen,
2. im Rahmen der Schulordnung und der Lehrpläne an der Gestaltung des Unterrichts mitzuwirken,
3. über wesentliche Angelegenheiten des Schulbetriebs hinreichend unterrichtet zu werden,
4. Auskunft über ihren Leistungsstand und Hinweise auf eine Förderung zu erhalten,
5. bei als ungerecht empfundener Behandlung oder Beurteilung sich nacheinander an Lehrkräfte, an die Schulleiterin bzw. den Schulleiter und an das Schulforum zu wenden.

(3) 1 Alle Schülerinnen und Schüler haben das Recht, ihre Meinung frei zu äußern; im Unterricht ist der sachliche Zusammenhang zu wahren.

2 Die Bestimmungen über Schülerzeitung (Art. 63) und politische Werbung (Art. 84) bleiben unberührt.

Hinzu kommen Mitwirkungs- und Entscheidungsmöglichkeiten in Schulkonferenzen u.ä., sodass Kollektivrechte so mit Individualrechten verschränkt werden, dass den Anforderungen des Art. 12 KRK entsprochen werden kann.

Auf diese Weise werden die Schülerinnen und Schüler in den letzten Jahrzehnten nach den Schulgesetzen der Länder zunehmend von Objekten zu Subjekten. Es ist jedoch in jedem Einzelfall eine kindgerechte Auslegung und Anwendung der Gesetze erforderlich.

Es obliegt damit in der Regel den exekutiven Entscheidungsträgerinnen und -trägern, die durchaus im Wortlaut offenen Gesetze kindgerecht auszulegen.

Eine klare verfassungsrechtliche Festlegung auch im Wortlaut des Grundgesetzes sollte jedoch gegeben sein, um auch um bei Konflikten mit dem staatlichen Bildungsauftrag aus

131 Zur Beteiligung in der Jugendhilfe empirisch vertiefend Pluto/Mamier/van Santen/Seckinger/Zink, Partizipation im Kontext erzieherischer Hilfen – Anspruch und Wirklichkeit, 2003.

132 Fassung vom 31.05.2000.

Art. 7 GG präzise Aussagen treffen zu können. So können sowohl die zunehmend genaueren Schulgesetze der Länder als auch andere Verfassungsartikel wie Art. 7 GG<sup>133</sup> entsprechend eines spezifischen Kindergrundrechts ausgelegt werden.

Gerade die einfachgesetzlichen Normen bergen wegen ihrer Offenheit eine nicht unerhebliche Gefahr für eine nicht den Vorgaben der KRK entsprechende Auslegung und damit eine fehlerhafte Interpretation, welche mit der Einführung eines Kindergrundrechts mit den Kernelementen der KRK eingeschränkt werden kann.

Der Gesetzgeber würde durch ein solches Grundrecht nicht zwingend verpflichtet, neue Regelungen unterhalb des Verfassungsrechts zu erlassen. Ein individueller Anspruch von Kindern auf Erlass von Normen besteht auch bei Aufnahme eines expliziten Kindergrundrechts in der Regel nicht. Er kann nur dann in Betracht kommen, wenn die Herstellung eines verfassungsmäßigen Zustands nur durch Erlass einer neuen Norm gewährleistet werden kann. Ein solcher Fall erscheint kaum denkbar. Beim Fehlen entsprechender Verbürgungen im einfachen Recht können sich Kinder gegebenenfalls unmittelbar auf das Kindergrundrecht im Grundgesetz berufen.

## 2. Leitlinie für die Exekutive

Bei Gesetzen mit offenen und damit auslegungsbedürftigen Formulierungen ist es bisher problematisch, dass sie mangels der Erkennbarkeit eines verfassungsrechtlichen Kindergrundrechts möglicherweise nicht kindgerecht ausgelegt werden, das heißt, dass die Wertungen der KRK nicht angemessen berücksichtigt werden.

Dies kann zum Beispiel im Baurecht der Fall sein, wenn in einem Bauplanungsverfahren für eine Wohnbebauung nach § 1 BauGB die abzuwägenden Aspekte ermittelt werden müssen, aber nicht genug Berücksichtigung findet, dass Jugendliche Möglichkeiten zur Entfaltung durch angemessene Anlagen und Einrichtungen erhalten müssen (Kindeswohl, Entwicklung der Persönlichkeit) und sie im Verfahren keine ausreichenden Möglichkeiten erhalten, ihre Ansichten und Vorstellungen zu äußern (Beteiligungsrechte).

So sieht der am 20.11.2013 in Kraft getretene § 3 Abs. 1 S. 2 BauGB zwar durchaus eine Partizipationsmöglichkeit vor<sup>134</sup>: „Auch Kinder und Jugendliche sind Teil der Öffentlichkeit im Sinne des Satzes 1.“. Dieser Satz allein sagt jedoch wenig aus, wenn er nicht im rechtlichen Kontext beleuchtet wird. Erst in Zusammenschau mit Kinderrechten wird deutlich, dass eine besondere Berücksichtigung der Belange jüngerer Menschen zu erfolgen hat und sie nicht nur Teil der Masse „Öffentlichkeit im Sinne des Satzes 1“ sind. Dass nämlich Kinder und Jugendliche Teil der Öffentlichkeit sind, ist selbstverständlich. Das Besondere ist aber ihre spezifische Perspektive auf baurechtliche Aspekte und ihre ganz eigenen Belange, die Eingang in jedes Verfahren finden sollten.

Hier kann ein ausdrückliches verfassungsrechtliches Kindergrundrecht mit den oben genannten Elementen deutlich hilfreich sein und der Verwaltung Leitlinien vorgeben. Denn ein Kindergrundrecht, das teilnimmt an der grundgesetzlichen Werteordnung, wirkt ermessenslenkend. Dagegen erfolgende Entscheidungen sind ermessensfehlerhaft.

Auf diese Weise kann auch die Wahrnehmung der besonderen und wichtigen Stellung von Kindern und Jugendlichen in der Gesellschaft gefördert und eine gewisse Sensibilität im Regierungs- und Verwaltungshandeln gegenüber dieser schützenswerten Gruppe geschaffen werden.<sup>135</sup> Damit würden auch die Auswirkungen auf die jeweiligen Individuen hinsichtlich des Einflusses von exekutiven Entscheidungen auf die individuelle menschenrechtliche Situation beachtet werden.

---

133 Nach dem Auslegungsgrundsatz der Einheit der Verfassung.

134 S. auch BT Drcks. 17/13272, S. 3, 13, 16.

135 GC/05, Rn. 10

Wenn zum Beispiel eine Aussetzung des Familiennachzugs auch für minderjährige unbegleitete Flüchtlinge erfolgen soll, muss sich aus einem solchen Grundrecht keinesfalls ein unmittelbarer Anspruch auf Familiennachzug ergeben. Es ergibt sich aber die verfassungsrechtliche Pflicht für die Behörden, bei ihren Entscheidungen die Auswirkungen auf die kinderrechtliche Situation genau zu prüfen.<sup>136</sup>

Die Überprüfung von exekutiven Entscheidungen ist in allen Rechtsgebieten denkbar und der KRA empfiehlt bereits zur Umsetzung der KRK eine erkennbare sektorübergreifende Koordinierung, nicht nur innerhalb und zwischen den staatlichen Institutionen, sondern auch mit der Zivilgesellschaft und mit betroffenen Kindern und Jugendlichen.<sup>137</sup> Ein ausdrückliches Kindergrundrecht in der Verfassung kann dabei als Koordinierungsleitlinie dienen, wie es auch bereits die KRK tun sollte.

### **3. Auswirkungen auf die Judikative**

Die Gerichte sind gemäß Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 1 Abs. 3 GG ebenfalls an die Grundrechte gebunden und wären damit verpflichtet, ein Kindergrundrecht mit den genannten Elementen zu berücksichtigen.

Die bisherige mangelnde Erkennbarkeit eines etwaigen Kindergrundrechts aus der deutschen Verfassung und die verbreitete Nichtbeachtung der Kernprinzipien der KRK lassen sich in der Rechtsanwendung in Deutschland aber besonders deutlich an Gerichtsentscheidungen erkennen. Obwohl aufgezeigt werden konnte, dass das Bundesverfassungsgericht Kindergrundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG sowie aus Art. 6 GG herleitet und obwohl das Kindeswohl über Art. 3 Abs. 1 KRK in Verbindung mit dem deutschen Zustimmungsgesetz zur KRK Bestandteil des deutschen Rechts ist, gibt es noch immer mehrere Entscheidungen deutscher Gerichte, die dies nicht in ausreichendem Maße berücksichtigen.

Daher werden im Folgenden beispielhaft Gerichtsentscheidungen aus verschiedenen Rechtsbereichen und unterschiedlichen Instanzen beleuchtet, bei denen deutlich wird, dass bisher die Vorgaben der KRK nicht genug gewürdigt werden. Es soll dabei im Folgenden auch aufgezeigt werden, dass bestimmte Entscheidungen bei Aufnahme eines expliziten Kindergrundrechts in das Grundgesetz möglicherweise anders ausgefallen wären.

#### **Bisher weitgehend fehlende Heranziehung der Kinderrechtskonvention sowie der in ihr enthaltenen Kernbestimmungen**

So gibt es viele Entscheidungen deutscher Gerichte, bei denen die KRK und ihre wesentlichen Vorgaben und Kernbestimmungen wie zum Beispiel hinsichtlich des Kindeswohlvorhangs nicht oder nicht hinreichend berücksichtigt werden, obwohl ein Kind oder mehrere Kinder betroffen sind.

Eine Zitierung der oftmals einschlägigen und grundsätzlich einfachgesetzlich geltenden KRK erfolgt in der Regel überhaupt nicht. Hier könnte eine verfassungsrechtliche Verankerung von Kinderrechten eine bessere Umsetzung der Kernvorschriften der KRK bedingen. Dies wird zum Beispiel an einer Entscheidung des Sozialgerichts Berlin aus dem Jahr 2016 (Urteil vom 27. Januar 2016 – S 82 AS 17604/14) deutlich.

---

<sup>136</sup> Diese Verpflichtung ergibt sich freilich bereits heute aus der KRK. Zu § 104 Abs. 13 AufenthG, der eine generelle Aussetzung des Familiennachzugs bestimmt, siehe wissenschaftliche Dienste des Bundestags, Vereinbarkeit der Regelungen des Asylpakets II betreffend die Aussetzung des Familiennachzugs für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge mit der VN-Kinderrechtskonvention (KRK).

<sup>137</sup> GC/05, Rn. 27.

In diesem Fall ging es um die Höhe von Kostenerstattungen für die Bedarfsgemeinschaft eines gleichgeschlechtlichen Paares in Berlin. Die Partnerinnen lebten mit einem Kind gemeinsam in einer etwa 100 m<sup>2</sup> großen Wohnung, wobei ein weiteres Kind sich an jedem zweiten Wochenende sowie für drei Tage pro Woche von Montag bis Mittwoch in ihrem Haushalt aufhielt.

Das Berliner Sozialgericht prüfte, ob bezüglich des weiteren Kindes eine sogenannte temporäre Bedarfsgemeinschaft vorlag, die es erforderlich mache, eine größere Wohnung zu nutzen. Eine solche lehnte das Gericht ab und orientierte sich maßgeblich an der verfassungsrechtlichen Elternschaft. Es führte aus:

„Der getrennt lebende Elternteil ist und bleibt Grundrechtsträger des aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG folgenden Elternrechts, während ein solches Grundrecht gerade einem „sozialen Elternteil“ nicht zugeordnet ist.“

Und: „Sofern besonders häufige und lange Besuchskontakte aus Gründen des Kindeswohls geboten sein sollten, würde in diesen Fällen zudem eine etwaige atypische Sachlage des Kindes kausal werden und nicht eine Sondersituation der „sozialen Mutter“. Entsprechend wären etwaig dabei anfallende Sonderkosten auch der jeweils für die Entstehung kausalen Person zuzuordnen. Hieraus könnten bei dort fehlenden finanziellen Mitteln allenfalls Ansprüche des jeweiligen Kindes auf Übernahme der etwaig erforderlichen Kosten zur Besuchermöglichkeit resultieren, zum Beispiel im Rahmen der Jugendhilfe nach § 18 Abs. 3 Achten Sozialgesetzbuch (SGB VIII) oder im Rahmen des SGB II als jeweilige individuelle Mehrbedarfsansprüche, nicht aber Individualansprüche der Klägerinnen. Von der „sozialen Tochter“ geltend gemachte Kosten oder eine von ihr erhobene Klage sind aber weder vorgetragen noch aus den Umständen ersichtlich. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob die Klägerinnen eine konkrete Notwendigkeit besonders häufiger und langer Besuche, zum Beispiel zur Vermeidung oder Linderung von Entwicklungsstörungen, konkret vorgetragen und erläutert sowie belegt haben, etwa durch entsprechende Bescheinigungen von Jugendhilfeeinrichtungen, Kinderpsychologen oder ähnlichem. Die von den Klägerinnen eingereichte Stellungnahme des Bezirksamtes Mitte von Berlin, Jugendamt, stellt den Umgang des Kindes F. S. P. mit der Klägerin zu 2) zwar als pädagogisch sinnvoll dar. An dieser Einschätzung hat auch die Kammer keinen Zweifel. Entwicklungspsychologische Notwendigkeiten, die eine atypische Bedarfslage begründen könnten, dürften sich der Stellungnahme des Jugendamtes aber nicht hinreichend sicher entnehmen lassen.“ (SG Berlin, Urteil vom 27. Januar 2016 – S 82 AS 17604/14, Rn. 33 f., juris)

Der KRK wäre entsprechend der Stellungnahmen des KRA eher entgegengekommen, wenn eine genaue Analyse vorgenommen worden wäre, welche kinderrechtlichen Faktoren für den Fall relevant sind und wie diese im Einzelfall gewichtet worden sind (Kindeswohlbegutachtung). Hierzu könnte unter anderem zählen, welche Folgen aus der fehlenden Übernahme von höheren Kosten der Klägerin für das Kind entstehen können. Dies ist besonders relevant, wenn eine Verkleinerung der Wohnverhältnisse für die Antragstellerin erforderlich würde und das Kind sich dann in kleineren Räumen mit drei weiteren Personen aufhalten müsste.

Der Verweis darauf, dass das Kind möglicherweise selbst Ansprüche geltend machen könnte, genügt dabei nicht, da dies mit einem möglichen erheblichen Mehraufwand für das Kind und nachträglichen Rückerstattungen oder Umzügen verbunden sein könnte. Vielmehr hätte das Gericht entsprechend den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 KRK nach einer best interests assessment-Methode alle sich auf das Kind auswirkende Faktoren seiner Entscheidung ermitteln und diese gewichten müssen. Auch eine Berücksichtigung der Entwicklung des Kindes nach Art. 6 Abs. 2 KRK ist relevant.

Es kann nur vermutet werden, warum die KRK nicht zitiert wurde. Dies könnte zum Beispiel daran liegen, dass das sonstige einfache deutsche Recht als genügend angesehen wurde, um den Einzelfall zu entscheiden. Damit würde jedoch übersehen, dass der Kindeswohl-

vorrang der KRK und deren sonstige Rechte über das Zustimmungsgesetz ebenfalls im einfachen Recht verankert ist und stets und in jedem Rechtsgebiet zu beachten ist.

Es könnte somit eine Neigung zur Nichtbeachtung völkerrechtlicher Konventionen bestehen, da ihre Rechtswirkung – anders als beim Verfassungsrecht – weniger klar ist. Sie ist auch kein Pflichtbestandteil der juristischen Ausbildung. Somit könnte eine verfassungsrechtliche Normierung helfen, dem Gericht aufzuzeigen, dass bestimmte Kindeswohlvorgaben stets zu beachten sind. Dass möglicherweise in der Verfassung bereits ein Kindergrundrecht enthalten ist, wird aus dem Grundgesetz nicht unmittelbar deutlich, da die Normen, aus denen es gewonnen wird, für alle Menschen – und mithin auch für Erwachsene – gelten und weil das Kindergrundrecht möglicherweise nur im Verhältnis zwischen Eltern und Kind als relevant eingestuft wird.

Bei einer expliziten Normierung des Kindeswohls in der deutschen Verfassung, die den Anforderungen der KRK entspricht, hätte das Gericht berücksichtigen müssen, dass sich die Verfassung über jegliches einfaches Gesetzesrecht hinwegsetzt und daher ihre unmittelbar geltenden Vorschriften einen Anspruch auf Anwendung erheben. Das Gericht hätte mithin in seiner Entscheidung eine Darlegung vornehmen müssen, welche Aspekte für das einzelne Kind relevant sind und wie sie zu gewichten sind.

Dies hätte das Gericht zwar bereits aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 KRK tun müssen. Bei einer Normierung im Grundgesetz erfolgt der Normanwendungsbefehl allerdings nicht erst über das Zustimmungsgesetz, sondern unmittelbar aus der Verfassung, Art. 1 Abs. 3 GG, was eine besondere Form der Aufforderung an den staatlichen Normanwender darstellt.

Auch in einem vom Brandenburgischen Oberlandesgericht im Jahr 2014 entschiedenen Fall (Beschluss vom 08. Dezember 2014 – 10 UF 194/13) sind die Vorgaben der KRK nicht hinreichend berücksichtigt worden. Darin wehrte sich eine Mutter gegen die Aufhebung des gemeinsamen Sorgerechts für das gemeinsame vierjährige Kind und die Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf den Kindsvater, der rund 800 km entfernt im ländlichen Raum in Polen lebte.

Zu Recht stellte das Gericht in diesem Fall auf das Kindeswohl als maßgeblichen Gesichtspunkt ab, wie es in § 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB normiert ist, ab. Die Ausführungen des Gerichts fokussierten jedoch deutlich einschränkend, welchem Elternteil eine bessere Erziehung möglich sein sollte. Das Kind als eigenständiges Subjekt trat insofern hinter das Konfliktverhältnis zwischen den Eltern zurück.

Ein Beteiligungsrecht des Kindes nach Art. 12 KRK wurde ebenso wenig eingeräumt, wie eine umfassende Berücksichtigung von dessen Entwicklungs- und Entfaltungsmöglichkeiten gemäß Art. 6 Abs. 2 KRK.

So wurden seine in Deutschland durchgeführten Tätigkeiten und Bindungen sowie Entwicklungsaspekte, wie dass es in Deutschland täglich die Kita von 7.30 Uhr bis 15.00 Uhr besucht und an Ballett-, Gesangs- und Englischkursen teilnimmt, in den Entscheidungsgründen nicht berücksichtigt. Vielmehr wurde vom Gericht in den Vordergrund gerückt, dass vom Hof des Vaters in Polen ebenfalls die Schule erreicht werden kann, das Kind ein Zimmer in einer gepflegten Wohnung hätte und Sprachprobleme nicht auftreten sollten, da in Polen die Vorschule obligatorisch sei und im Haushalt der Eltern der Mutter in Deutschland ebenfalls polnisch gesprochen werde.

Das Gericht gab sich Mühe, das Kindeswohl herauszustreichen, beleuchtete jedoch maßgeblich die Eltern ohne die Gesamteinbindung des Kindes in sein Umfeld entsprechend den Vorgaben der KRK im best interests assessment des Art. 3 Abs. 1 KRK abzubilden. Dies hätte trotz der bereits in § 1671 BGB enthaltenen Kindeswohlprüfung erfolgen müs-

sen und wäre wohl bei einem expliziten Kindergrundrecht im Grundgesetz noch klarer vorgenommen worden.

Es hätte somit auch die Bindungen des Kindes in der Kita und im städtischen Umfeld sowie seine Interessen und persönlichen Begabungen sowie deren Förderungsmöglichkeiten berücksichtigen müssen.

Vergleichbares würde bei der angemessenen Berücksichtigung des Kindeswillens nach Art. 12 KRK gelten, der bei der Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf einen Elternteil entsprechend Art. 12 KRK zu berücksichtigen ist.

„Der Äußerung des Kindeswillens kommt für die Entscheidung keine vorrangige Bedeutung zu. Der Kindeswille ist der verbale Ausdruck für die relativ stärkste Personenbindung, zum anderen von einem gewissen Alter an ein Akt der Selbstbestimmung des Kindes als zur Selbständigkeit erzogener und strebender Person [...]. Dabei tritt der Gesichtspunkt der Selbstbestimmung hier auf Grund des Alters von M... von vornherein in den Hintergrund, da davon auszugehen ist, dass dem erst fünf Jahre alten Kind die verstandesmäßige und seelische Reife für eine selbstbestimmte und vernunftgeleitete Entscheidung über seinen Aufenthalt fehlt. Denn regelmäßig bildet der Kindeswille jedenfalls vor Vollendung des zwölften Lebensjahres eines Kindes keine maßgeblich zuverlässige Entscheidungsgrundlage [...]. Aber auch als Ausdruck der stärksten Personenbindung ist der Kindeswille hier keine tragfähige Grundlage der Entscheidung, da M... ihre persönlichen Bindungen zu den Eltern wegen einer Beeinflussung durch die Großmutter und die Mutter auch nicht unbelastet äußern kann [...]. Negative Äußerungen über den Vater wurden zwar im Anhörungstermin von der Mutter und der Großmutter in Abrede gestellt. Die vollständig gegensätzlichen Äußerungen von M... über ihren Vater gegenüber der Mitarbeiterin des Jugendamtes, geschildert im Bericht vom 22.9.2014 und gegenüber der Verfahrensbeiständin, wiedergegeben in der Stellungnahme von 20.10.2014, sowie die von der Sachverständigen geschilderten negativen Äußerungen in Anwesenheit des Kindes zeigen aber, dass neben die fehlende Förderung der Vaterbeziehung auch eine aktive Beeinflussung des Kindeswillens im Haushalt der Mutter tritt. Nach alledem ist die Beschwerde zurückzuweisen.“ (Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 08. Dezember 2014 – 10 UF 194/13, Rn. 50, juris)

Hier wird deutlich, dass zunächst eine pauschalierende Aussage bezüglich des Kindeswillens erfolgte. Wie sich das Kind geäußert und welchen individuellen Entwicklungsstand es hat, wurde überhaupt nicht in der Begründung des Gerichts ausgeführt. Stattdessen wurden lediglich externe Faktoren wie die Großeltern berücksichtigt, das Kind wurde nicht als Subjekt seiner Willensbildung wahrgenommen.

In vielen Fällen zum Sorgerecht und Aufenthaltsbestimmungsrecht geht es um kleinere Kinder. Auch wenn ihrem Willen ein regelmäßig geringeres Gewicht zukommt als bei älteren Kindern oder Jugendlichen, ist es nach Art. 12 Abs. 1 und 2 KRK verfahrenswidrig, diesen Willen gar nicht erst zu ermitteln oder das Kind gar nicht erst anzuhören, selbst wenn es noch sehr jung ist.

Die Entscheidung des OLG genügt somit nicht den Anforderungen der KRK. Es ist fraglich, ob die KRK überhaupt berücksichtigt wurde. In der Urteilsbegründung taucht sie jedenfalls nicht auf. Eine so deutliche Nichtberücksichtigung in der Urteilsbegründung wäre bei einem ausdrücklichen Kindergrundrecht im Grundgesetz wegen des deutlichen Normanwendungsbefehls bezüglich der Grundrechte in Art. 1 Abs. 3 GG wohl eher unwahrscheinlich.

Es ist davon auszugehen, dass das Gericht die Subjektstellung des Kindes klarer hervorgehoben hätte und dadurch in seiner Entscheidungsbegründung noch mehr auf das Kind und weniger auf die Leistungen und Fähigkeiten der Eltern und etwaige Beeinflussungen

durch die Großeltern abgestellt hätte, wenn ein Kindergrundrecht im Grundgesetz enthalten gewesen wäre.

Die KRK wird ebensowenig in der Begründung einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts Hamburg aus dem Jahr 2014 (Urteil vom 19. Juni 2014 – 15 K 596/10) zitiert und ihre Vorgaben werden nicht hinreichend berücksichtigt. In dem entschiedenen Fall ging es um die Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis für einen aus Serbien stammenden Mann, welcher der Volksgruppe der Roma angehört. Dieser hat mit seiner inzwischen getrennt von ihm lebenden Frau mehrere Kinder. Die Beziehungen der betroffenen Kinder zu ihrem Vater und die Auswirkungen der Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis des Vaters auf jedes einzelne Kind hätten auf Grundlage der Vorgaben der KRK detailliert geprüft werden müssen.

Das Gericht führte diesbezüglich aber lediglich aus:

„Nicht ersichtlich ist, dass seine Ehefrau oder seine Töchter aktuell seiner fortwährenden Anwesenheit als Ehemann oder Vater bedürften. Von seiner Ehefrau hat er sich vor gut zwei Jahren getrennt, weil er eine andere Frau kennengelernt hat. Dies führte zugleich dazu, dass er auch mit den Töchtern keinen oder wenig Kontakt hatte. Insbesondere die behinderte Klägerin zu 6) wurde von ihm nicht gepflegt oder versorgt. Sie freute sich zwar in der mündlichen Verhandlung offensichtlich über seine Anwesenheit, scheint zugleich aber auch nicht sichtbar darunter gelitten zu haben, dass sie ihren Vater längere Zeit nicht gesehen hatte. Dies spricht dafür, dass auch ein unregelmäßiger Kontakt, wie er aufgrund von Besuchsreisen aus Serbien möglich ist, noch genügt, um dem Kindeswohl zu entsprechen. Auch die Klägerin zu 5), die im Herbst dieses Jahres bereits 17 Jahre alt wird, ist nicht auf seine dauerhafte Anwesenheit angewiesen, sondern kann ausreichenden Kontakt durch Besuchsreisen, Telefonate und E-Mails halten.“

(VG Hamburg, Urteil vom 19. Juni 2014 – 15 K 596/10, Rn. 99, juris)

Demnach erfülle der Kläger die besonderen Regelerteilungsvoraussetzungen für eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG nicht. Ein rechtliches Ausreisehindernis folge für ihn weder aus dem Schutz der Familie noch aus dem Schutz des Privatlebens nach Art. 8 EMRK.

Das Beziehungsgefüge wurde vom Gericht nicht ausreichend aufgeschlüsselt, wodurch die Auswirkungen der Entscheidung auf jedes einzelne Kind nicht deutlich genug werden. Die KRK, deren Leitprinzip Kindeswohl (Art. 3 Abs. 1 KRK) und deren weitere Kernprinzipien der kindlichen Entwicklung (Art. 6 Abs. 2 KRK) und vor allem auch Beteiligung der Kinder im Prozess und Berücksichtigung ihrer individuellen Meinungen (Art. 12 KRK) eine Rolle gespielt hätten, wurde nicht erwähnt.

Ein ausdrückliches Kindergrundrecht im Grundrechtsteil des Grundgesetzes hätte wegen der entsprechenden normhierarchischen Ebene sowie des Anwendungsbefehls aus der Verfassung selbst wohl eher dazu geführt, dass das Beziehungsgefüge des Vaters zu jedem einzelnen Kind vom Gericht genauer geprüft worden und unter vorrangiger Berücksichtigung des Kindeswohls und des Kindeswillens in die Entscheidung eingeflossen wäre, wobei dies nicht heißt, dass die endgültige Entscheidung des Gerichts im Ergebnis anders ausgefallen wäre.

Auch in einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 2015 (Urteil vom 05. Februar 2015 – III R 19/14) wurde das Kindeswohlprinzip, wie es sich aus der KRK ergibt, nicht ausdrücklich berücksichtigt.

Das Gericht führte aus:

„Erteilt die Ausländerbehörde rückwirkend einen Aufenthaltstitel, der nach § 62 Abs. 2 EStG zur Inanspruchnahme von Kindergeld berechtigt, so hat dies kindergeldrechtlich keine Rückwirkung. Für den Anspruch auf Kindergeld ist vielmehr der "Besitz" eines solchen

Aufenthaltstitels erforderlich. Dies setzt voraus, dass der Kindergeldberechtigte den Titel im maßgeblichen Anspruchszeitraum tatsächlich in den Händen hält.“  
(BFH, Urteil vom 05. Februar 2015 – III R 19/14 –, BFHE 249, 441, BStBl II 2015, 840)

Der BFH hätte hier tiefgehend die Auswirkungen der Versagung des Kindergeldes auf das Wohl der betroffenen Kinder prüfen müssen und eine Ablehnung nicht allein am Wortlaut der Norm des § 62 Abs. 2 EStG sowie des Grundgesetzes festmachen dürfen. Die KRK wurde nicht berücksichtigt und auch ein etwaiges Kindergrundrecht, das sich nach den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bereits im bisherigen Grundgesetz implizit wiederfindet, wurde in die Entscheidungsgründe nicht einbezogen, obwohl gerade das Kindergeld für Kinder deutlich relevant ist. Hier hätte das Gericht die verfassungsrechtliche Prüfung ausführlicher durchführen und erkennen müssen, dass die KRK über ein etwaiges implizites Kindergrundrecht Einfluss auf die Auslegung der betreffenden einfachgesetzlichen Norm im EStG nehmen kann.

Die Aufnahme als explizites Kindergrundrecht könnte dazu führen, dass die Finanzgerichte eher erkennen, dass das Kindeswohl in allen Rechtsbereichen zu prüfen ist, die sich über das Familienrecht hinaus bewegen. Eine solche klare Normierung kann dazu beitragen, dass bei kinderbezogenen Fällen keine pauschalierenden Stellungnahmen zur verfassungsrechtlichen Situation des betroffenen Kindes oder von Kindern abgegeben werden können, wie dies der BFH an folgender Stelle vornahm:

„Die Kindergeldberechtigung eines nicht freizügigkeitsberechtigten Ausländers von der tatsächlichen Erteilung eines entsprechenden Aufenthaltstitels zu Beginn des Leistungszeitraums abhängig zu machen, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.“  
(BFH, Urteil vom 05. Februar 2015 – III R 19/14 –, BFHE 249, 441, BStBl II 2015, 840, Rn. 23)

Vielmehr hätte ein ausdrückliches Kindergrundrecht dazu geführt, dass aufgrund der Verfassung ein erhöhter Begründungsauswand hätte betrieben werden müssen, da eine kurze Angabe zur verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit der Versagung von Kindergeldzahlungen nicht genügt, wenn sich die Berücksichtigung einer Grundgesetznorm förmlich aufdrängt.

Insofern hätte ein ausdrückliches Kindergrundrecht nicht unbedingt eine geänderte Rechtsprechung des BFH nach sich gezogen, jedoch hätte dieser seine Rechtsauffassung stärker begründen müssen. Gegebenenfalls wären Entscheidungen aber auch im Ergebnis anders ausgefallen, wenn die Pflicht des BFH, die Auswirkungen seiner Rechtsprechung auf individuelle Kinder in die Bewertung stets einzustellen, deutlicher im Normtext des Grundgesetzes zu finden wäre.

Auch in anderen Entscheidungen, die gänzlich anders gelagerte Rechtsgebiete betreffen, wird von vielen Gerichten weder die KRK noch ein etwaiges verfassungsrechtlich bereits bestehendes Kindergrundrecht herangezogen, obwohl Kinder wesentlich betroffen sind. So hat das Verwaltungsgericht Köln in einer Entscheidung aus dem Jahr 2013 (Urteil vom 27. Juni 2013 – 26 K 34/12), in der es um die Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe nach § 75 SGB VIII und die Auslegung dieser Norm ging, die KRK nicht erwähnt und Einfluss seiner Kernbestimmungen auf die Normanwendung und das Verfassungsrecht nicht hinreichend berücksichtigt. So führte es aus:

„Die Kammer geht nicht von einer Verfassungswidrigkeit der Vorschrift aus, vielmehr zeigt der streitige Fall die dringliche Notwendigkeit dieses Tatbestandsmerkmals zum Schutz und Wohl der Kinder und der Ziele des Kinder- und Jugendhilferechts. Die Bedeutung der Aufgaben des Gesetzes – zumal im Fall der (Kleinst-)Kindertagesbetreuung – streitet gegen die Anerkennung von allein auf private Gewinnmaximierung gerichteten Trägern, wie die langjährige Problematik der Kita N2. -N3. zeigt.  
(VG Köln, Urteil vom 27. Juni 2013 – 26 K 34/12 –, Rn. 143, juris)

In seiner Begründung hätte das Gericht dem von der Klägerseite geltend gemachten Art. 12 GG ein etwaiges Grundrecht der zu betreuenden Kinder entgegen stellen können. Das Gericht hat dies möglicherweise gerade deshalb nicht getan, weil ein solches nicht explizit im Grundgesetz normiert ist.

Entsprechendes gilt für eine Entscheidung des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2015 (Urteil vom 08. Mai 2015 – 1 A 238/13), in der es um den Widerruf einer Erlaubnis für den Betrieb einer Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe gemäß § 45 SGB VIII für geistig behinderte Kinder und Jugendliche ging, die unter anderem möglicherweise über mehrere Stunden in einem von innen nicht zu öffnenden Raum ohne Fenster eingesperrt worden waren, und in dem die Befähigung der in der Betreuung tätigen Personen hinsichtlich einer kindgemäßen Entwicklung der Betreuten zweifelhaft war.

Das Gericht legte den entscheidenden § 45 SGB VIII gerade nicht anhand der KRK oder anhand eines verfassungsrechtlichen Kindergrundrechts aus.<sup>138</sup> Es wurde weder eine Analyse vergleichbar eines best interests assessments vorgenommen, noch wurden die Auswirkungen der Entscheidung auf die konkret betroffenen Kinder präzise erörtert. Die Auffassungen der Kinder wurden nicht ersichtlich in die Entscheidung eingestellt, wodurch ein Verstoß gegen Art. 3, Art. 6 und Art. 12 KRK in Betracht kommt.

Dem Gericht genügte im Wesentlichen bereits eine „Bereitschaft zur Abwendung einer Kindeswohlgefährdung“ (Rn. 38, 42) des betreffenden Trägers um unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit bereits Auflagen als angemessene Maßnahmen genügen zu lassen, ohne die Auswirkungen etwaiger Auflagen und Änderungen auf die Psyche und die Entwicklung betroffener Kinder und Jugendlicher zu prüfen. Die KRK oder das Grundgesetz werden in der Entscheidungsbegründung nicht erwähnt. Ein ausdrückliches Kindergrundrecht in der Verfassung hätte dem Gericht dieses Versäumnis deutlich vor Augen geführt und möglicherweise eine andere Entscheidung bedingt.

Eine ähnliche Situation findet sich auch in anderen Rechtsgebieten wie zum Beispiel im Baurecht. Deutlich wird dies unter anderem in einem Fall des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs aus dem Jahr 2015. In diesem Fall wendeten sich die Antragsteller in einem Normenkontrolleilantrag gegen einen Bebauungsplan für Büro- und Wohngebäude samt Ferienwohnungen.

Hierbei legen § 1 Abs. 6 und Abs. 7 BauGB das maßgebliche Abwägungsgebot für die Bauleitplanung nieder. Sie geben allerdings einen großen Raum für die Berücksichtigung einer Vielzahl von betroffenen Aspekten und somit auch für die Anforderungen der KRK. So lautet § 1 Abs. 6 BauGB:

„Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. die allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse und die Sicherheit der Wohn- und Arbeitsbevölkerung,
2. die Wohnbedürfnisse der Bevölkerung, insbesondere auch von Familien mit mehreren Kindern, die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen, die Eigentumsbildung weiter Kreise der Bevölkerung und die Anforderungen Kosten sparenden Bauens sowie die Bevölkerungsentwicklung,
3. die sozialen und kulturellen Bedürfnisse der Bevölkerung, insbesondere die Bedürfnisse der Familien, der jungen, alten und behinderten Menschen, unterschiedliche Auswirkungen auf Frauen und Männer sowie die Belange des Bildungswesens und von Sport, Freizeit und Erholung,“ [...]

und § 1 Abs. 7 BauGB:

„Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen.“

---

138 Sächsisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 08. Mai 2015 – 1 A 238/13, Rn 35 juris.

Diese Normen sind so offen formuliert, dass sie auch die umfassende Berücksichtigung von Kinderrechten ermöglichen. Sie sind damit auch offen für eine Normauslegung, die der KRK und einem verfassungsrechtlichen Kindergrundrecht angemessen ist.

Die Antragsteller, die Bewohner eines angrenzenden reinen Wohngebiets waren, führten aus, dass das betroffene Gebiet durch eine Maßnahme der Bauleitplanung nicht mehr wie bis dahin üblich als gefahrloser Weg für Kinder zum angrenzenden Spielplatz oder überhaupt als gefahrloser Aufenthaltsort und Spielfläche für die im Wohngebiet wohnenden Kinder genutzt werden könne. Der VGH versäumte es in seiner Entscheidungsbegründung aber nahezu vollständig, auf kinderbezogene Belange einzugehen. Er führte hierzu lediglich aus:

„Weiter mag dahinstehen, ob und unter welchen Bedingungen die Straße von den Kindern der Antragstellerin zu 3. künftig zum Spielen genutzt werden kann, denn dies begründet keinen abwägungserheblichen Belang von städtebaulichem Gewicht, auf den die Antragsteller sich hier berufen könnten.“

(Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 05. Februar 2015 – 4 B 1756/14.N, Rn. 16, juris)

Weder wurden die Kinder angehört (Art. 12 KRK), noch wurden Untersuchungen darüber angestellt, wie die Bauleitplanung die Entwicklung der Kinder beeinflussen kann (Art. 6 KRK). Eine Kindeswohlbegutachtung nach Art. 3 Abs. 1 KRK (best interests assessment) erfolgte nicht.

Man kann vermuten, dass ein ausdrückliches Kindergrundrecht im Grundgesetz mit seinem verfassungsrechtlichen Normanwendungsbefehl nach Art. 1 Abs. 3 GG unabhängig von der drittschützenden Wirkung etwaiger Normen des Baugesetzbuchs zu einer ausführlicheren Begründung oder sogar einer anderen Entscheidung des VGH geführt hätte.

In einem Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 18.10.2012 (29 K 157.11 V) ging es um einen türkischen Jungen im Alter von 12 Jahren, der ein Visum zum Familiennachzug zu seinen in Deutschland lebenden Eltern und seiner jüngeren Schwester begehrte. Das Gericht stellte zunächst fest:

„Da der Vater des Klägers jedoch eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG besitzt und ein Fall des § 60 Abs. 4 AufenthG ebenso wenig wie die Wiederherstellung der familiären Lebensgemeinschaft in einem Drittstaat in Rede steht, ist die Herstellung der Familieneinheit hier nur in Deutschland möglich, was den Tatbestand von § 29 Abs. 3 Satz 1 AufenthG erfüllt.“

(VG Berlin, Urteil vom 18. Oktober 2012 – 29 K 157.11 V –, Rn. 20, juris)

Obwohl die Herstellung der familiären Einheit somit nur in Deutschland möglich sei, lehnte das Gericht sodann den Visumsantrag ab mit der Begründung: „Der Anspruch des Klägers scheitert jedoch an den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen.“<sup>139</sup> Eine gesunde Entwicklung von sieben Personen in nur drei Wohnräumen erscheine kaum möglich, wobei dies letztlich dahin stehen könne, „weil jedenfalls der Lebensunterhalt nicht gesichert sei und kein Ausnahmefall“ vorliege.<sup>140</sup>

Das Gericht prüfte die Einkommensverhältnisse des Vaters und den Bedarf der Familie und nahm an, dass voraussichtlich öffentliche Hilfen beansprucht werden müssten (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG). Ein Ausnahmefall sei nicht einschlägig gewesen. Das Gericht prüfte sodann knapp die möglicherweise bestehenden familiären Bindungen und lehnte diese im

139 VG Berlin, Urteil vom 18. Oktober 2012 – 29 K 157.11 V –, Rn. 21, juris.

140 VG Berlin, ebd.

Wesentlichen ab.<sup>141</sup> Es verkannte hierbei, dass es nicht nur auf die familiäre Beziehung ankommt, sondern dass die Lebenssituation des Kindes umfassend zu prüfen ist. Dass auch die KRK einschlägig ist oder dass ein spezifisches Verfassungsgrundrecht des Kindes betroffen sein kann, nahm das Gericht nicht offensichtlich wahr.

Eine eigenständige Anhörung des 12-jährigen Klägers erfolgte nicht. Die Entscheidung erging ohne mündliche Verhandlung. Möglicherweise hätte ein ausführliches best interests assessment noch weitere Gesichtspunkte hervorgerufen, die zumindest die Begründung der Entscheidung beeinflusst hätten. Ein ausdrückliches Kindergrundrecht im Grundgesetz hätte sicher dazu geführt, dass das Gericht dieses berücksichtigt hätte, da das Gericht – wenn auch nur knapp – auf Art. 6 GG in seiner bisherigen Fassung geachtet hatte.

Daher hätte ein explizites Kindergrundrecht die Entscheidung sowohl verfahrensrechtlich als auch materiellrechtlich deutlich lenken können. Die Normen des einfachen Rechts sind jedenfalls offen genug, um solche Einflüsse des Verfassungsrechts hinreichend berücksichtigen zu können, ohne diesen entgegen zu stehen.

So lauten § 5 Abs. 1 AufenthG: „Die Erteilung eines Aufenthaltstitels setzt in der Regel voraus, dass...“ und § 29 Abs. 3 S. 1 AufenthG: „Die Aufenthaltserlaubnis darf dem Ehegatten und dem minderjährigen Kind eines Ausländers, der eine Aufenthaltserlaubnis nach den §§ 22, 23 Absatz 1 oder Absatz 2 oder § 25 Absatz 3 oder Absatz 4a Satz 1, § 25a Absatz 1 oder § 25b Absatz 1 besitzt, nur aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland erteilt werden.“

Hier ist viel Raum für die Berücksichtigung der Elemente eines Kindergrundrechts, das möglicherweise mehr erreichen könnte als die einfachgesetzliche Umsetzung der KRK und das Grundgesetz in seiner bisherigen Fassung.

In sorgerechtlichen Verfahren wird das Kindeswohl hingegen sehr umfassend berücksichtigt, wie zum Beispiel anhand einer Entscheidung des Kammergerichts Berlin aus dem Jahr 2012 (Beschluss vom 05. April 2012 – 17 UF 50/12) deutlich wird, in dem es um einen Sorgerechtsstreit zwischen den Eltern ging. In dieser Entscheidung setzte sich das Gericht ausführlich mit den Auswirkungen der Zuweisung des Sorgerechts auf die Kinder auseinander.

Dies hängt sicher auch damit zusammen, dass die einschlägigen Normen des einfachen Rechts ausdrücklich das Kindeswohl erwähnen, insbesondere §§ 1671, 1696 BGB, §§ 155, 156 FamFG. Normen der KRK wurden hingegen wiederum nicht geprüft.

Hieran zeigt sich, dass eine explizite Normierung von Kinderrechten im jeweiligen deutschen Rechtsgebiet dazu führt, dass Gerichte sie beachten. Wo dies aber nicht explizit geschieht, findet allenfalls eine begrenzte Berücksichtigung statt. Die für alle Rechtsgebiete geltende KRK genügt den Gerichten hierfür offensichtlich nicht.

Dies spricht dafür, dass eine Normierung von Kinderrechten in der Verfassung, die über dem einfachen Recht steht und damit in allen Rechtsgebieten deutlichen Vorrang beansprucht, dazu führen sollte, dass Gerichte Kinderrechte beachten.

Die regelmäßige Beachtung des Kindeswohls in Familienrechtsstreitigkeiten, in denen das Kindeswohl einfachgesetzlich normiert ist, zeigt, dass die Gerichte zur Normanwendung bereit sind, wenn dies deutlich im deutschen Recht für sie niedergelegt wird.

---

141 „Somit liegt nur eine gelockerte Familienbindung vor, der Nachzug des Klägers würde quasi zu einer Neubegründung der familiären Gemeinschaft führen.“, VG Berlin, Urteil vom 18. Oktober 2012 – 29 K 157.11 V –, Rn. 25, juris.

## **Bei Heranziehung der Kinderrechtskonvention mitunter Verkennung des Gehalts ihrer Vorgaben**

Nur wenige Entscheidungen deutscher Gerichte berücksichtigen die KRK überhaupt explizit. Zu diesen zählt eine Entscheidung des Niedersächsischen Finanzgerichts (Vorlagebeschluss vom 21. August 2013 – 7 K 116/13), das unter anderem wegen der KRK ein Verfahren ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt hat.<sup>142</sup> Das Finanzgericht hielt in diesem Verfahren unter anderem § 62 Abs. 2 EStG, nach dem ein Ausländer nur unter bestimmten Bedingungen Kindergeld erhält, für einen Verstoß gegen das Kindeswohlprinzip des Art. 3 Abs. 1 KRK.

Aber selbst bei der Erkenntnis der Einschlägigkeit der KRK werden ihre Geltung und die mit ihr verbundene Gewährung subjektiver Rechte für Kinder bisweilen noch immer verkannt. So führte das Niedersächsische Obergericht in Lüneburg noch 2012 aus:

„Es bestehen indes keine Anhaltspunkte dafür, dass Art. 3 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention den Rechtsunterworfenen subjektive Rechte einräumen würde [...].“

Aus völkerrechtlichen Verträgen können derart subjektive Rechte nur abgeleitet werden, wenn und soweit dies der Vertragstext unzweideutig zum Ausdruck bringt [...]. Daran fehlt es hier für Art. 3 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention. Dieser beschreibt zwar das individuell geschützte private Interesse und auch den Kreis der unmittelbar geschützten Personen noch hinreichend genau. Die konkrete Art abzuwehrender Verletzungen bleibt aber offen. Zudem berechtigt die Bestimmung nicht die rechtsunterworfenen Kinder. Es wird vielmehr nur eine an die rechtsanwendenden öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichte und Verwaltungsbehörden oder rechtsetzenden Gesetzgebungsorganen gerichtete Verpflichtung begründet. Dass diese zugleich subjektive und damit einklagbare Rechte der Kinder auf ein Tätigwerden in einem konkreten, also auch in einem gerichtlichen Verfahren durchsetzbaren Sinn begründen soll, vermag der Senat nicht zu erkennen. [...].“

(OVG Lüneburg, Beschluss vom 02. Oktober 2012 – 8 LA 209/11 –, Rn. 31 f., juris., InfAus-IR 2013, 19)

Damit wurde die subjektiv-öffentliche Wirkung von Art. 3 Abs. 1 KRK sogar noch nach der Rücknahme aller Vorbehalte durch Deutschland im Jahr 2010 klar verkannt. Dieses wäre bei einem Kindergrundrecht, das im Grundrechtsteil des Grundgesetzes normiert ist und damit eindeutig subjektive Rechte gewährt, nicht denkbar gewesen.

## **Zwischenergebnis**

Viele Entscheidungen deutscher Gerichte versäumen es, die in der KRK niedergelegten Kernprinzipien und die dort normierten individuellen Kinderrechte zu berücksichtigen. Die Gründe hierfür mögen vielschichtig sein.

Es wird jedoch deutlich, dass die Gerichte klar formulierte deutsche Normen im Regelfall anwenden. Um den Kernprinzipien der KRK effektive Wirkung zu verleihen, erscheint es daher nach einer beispielhaften Analyse der Rechtsprechung im Wesentlichen aus drei Gründen hilfreich, ein Kindergrundrecht mit den oben genannten Elementen aufzunehmen: erstens würde es sich damit um eine präzise Norm im deutschen Recht handeln, was die Erkennbarkeit für deutsche Gerichte erhöht, zweitens würde diese Norm als Verfassungsbestimmung sehr deutlich für ausnahmslos alle unter ihr stehenden Rechtsgebiete gelten und drittens würde sie durch die Verortung im Grundrechtsteil unverkennbar ein subjektives Recht für Kinder vermitteln, das auch als Abwägungsmaßstab fungieren kann und das vor allem einen starken Normanwendungsbefehl für die Gerichte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG unmittelbar aus der Verfassung auslöst.

<sup>142</sup> Niedersächsisches Finanzgericht, Vorlagebeschluss vom 21. August 2013 – 7 K 116/13 –, Rn. 978, juris. Die Sache ist 2017 beim Bundesverfassungsgericht noch anhängig als 2 BvL 9/14.

## VI. Zusammenfassung

Damit können zusammenfassend folgende Feststellungen getroffen werden:

1. Die Kinderrechtskonvention (KRK) und mit ihr die in ihr enthaltenen Kernprinzipien gelten seit der Rücknahme der Vorbehaltserklärung 2010 vollumfänglich in Deutschland. Sie sind durch das Zustimmungsgesetz zur Kinderrechtskonvention auf der Ebene des einfachen deutschen Bundesrechts normiert, erlangen aber über völkerrechtsfreundliche Normen des Grundgesetzes auch einen Einfluss auf die Auslegung der Grundrechte.

Wesentliche Normen und Prinzipien wie das Kindeswohl aus Art. 3 Abs. 1 KRK sind nach dem Wortlaut der Konvention unmittelbar und in allen Gebieten des deutschen Rechts wirksam.

Die Auslegung der Kernprinzipien durch den Kinderrechtsausschuss kann für Normanwender in Deutschland eine Leitlinie für die Auslegung bilden.

2. Zwar reichen die deutschen Normen des Grundgesetzes, insbesondere das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 2 GG, sowie des einfachen Rechts aufgrund ihrer Offenheit weitgehend aus, den Anforderungen der Kinderrechtskonvention und ihrer Kernprinzipien gerecht zu werden, aber in Deutschland werden sie in der Praxis nicht in vollem Umfang umgesetzt.

Dies liegt unter anderem an der Kompliziertheit der notwendigen Herangehensweise und der damit verbundenen Abstraktions- und Übertragungsfähigkeit, die von Rechtsanwendern gefordert werden müssen, um auch für Erwachsene geltende Grundrechtsnormen so auszulegen, dass diese für Kinder einen spezifischen Gehalt ausweisen.

Der Umsetzungsmangel hinsichtlich der Kernbestimmungen der Kinderrechtskonvention zeigt sich unter anderem an der Auslegung des einfachen Rechts in verschiedenen Rechtsgebieten.

Daher wird Deutschland seinen völkerrechtlichen Pflichten aus Art. 4 KRK nicht vollumfänglich gerecht.

3. Die Bundesrepublik kann ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 4 KRK am besten gerecht werden, wenn eine Aufnahme eines expliziten Kindergrundrechts in das Grundgesetz erfolgt, denn durch die normenhierarchische Ebene der Bundesverfassung sind die Grundrechte ohne Vermittlung über ein einfachgesetzliches Zustimmungsgesetz unmittelbar geltendes Recht, das alle drei Staatsgewalten unmittelbar kraft Verfassung bindet, Art. 1 Abs. 3 GG.

Ein ausdrückliches verfassungsrechtliches Kindergrundrecht wäre zudem ein deutlicher und rechtsstaatlich hinreichend bestimmter Bestandteil der Werteordnung des Grundgesetzes, die sich insbesondere in den Grundrechten manifestiert, und kann damit die Anwendung sämtlichen Rechts prägen.

Es kann in das Grundgesetz harmonisch in den Abschnitt zu den Grundrechten eingefügt werden, ohne das grundsätzliche Verhältnis von Kindern, Eltern und Staat anzutasten.

Dieses Kindergrundrecht sollte zumindest folgende Elemente enthalten: Kindeswohlprinzip, Beteiligungsrecht für Kinder und Jugendliche, Entwicklungs- beziehungsweise Entfaltungsrecht der kindlichen Persönlichkeit/kindgerechte Lebensbedingungen.

Die Normierung eines Schutz- und Förderauftrags hinsichtlich dieser Rechte ist zweckmäßig, um die Normanwender aller Staatsgewalten auf den Verfassungsauftrag zu proaktivem Handeln hinzuweisen, der sich aus dem Kindergrundrecht ergibt.

Die Aufnahme einer besonderen kinderschützenden Diskriminierungsschutzvorschrift in das Grundgesetz ist nicht geboten.

Die Erstellung des Gutachtens erfolgte im Rahmen eines Projekts der Koordinierungsstelle Kinderrechte des Deutschen Kinderhilfswerkes. Die Koordinierungsstelle Kinderrechte begleitet die Umsetzung der aktuellen Strategie des Europarates für die Rechte des Kindes (Sofia-Strategie 2016-2021) und wird gefördert durch das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend.





Deutsches Kinderhilfswerk e. V.

Leipziger Straße 116-118  
10117 Berlin  
Fon: +49 30 308693-0  
Fax: +49 30 308693-93  
E-Mail: [dkhw@dkhw.de](mailto:dkhw@dkhw.de)  
[www.dkhw.de](http://www.dkhw.de)

Mitglied im

---



ISBN 978-3-922427-23-0