

Kinderrechte ohne Vorbehalt

Die Folgen der unmittelbaren Anwendbarkeit des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung

Ralph Alexander Lorz/Heiko Sauer*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Art. 3 Abs. 1 KRK: Was bedeutet vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls?
- III. Wirkweisen des Kindeswohlvorrangs im deutschen Recht: zur Dogmatik einer vorrangigen Berücksichtigungspflicht
- IV. Schlussbemerkung

I. Einleitung

1. Die Rücknahme des deutschen Vorbehalts zur UN-Kinderrechtskonvention

Die UN-Kinderrechtskonvention (KRK), die am 20. November 2010 ihren 21. Geburtstag feierte, ist zumindest in einer Hinsicht – nämlich bezogen auf die Zahl der Staaten, die sie ratifiziert haben –

der erfolgreichste Menschenrechtsvertrag.¹ Freilich führt die Ratifikation eines Menschenrechtsvertrags für sich genommen noch zu keiner tatsächlichen Verbesserung der Menschenrechtslage. Entscheidend ist, dass die Staaten ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen auch erfüllen, das heißt insbesondere die hierfür erforderlichen Änderungen ihres innerstaatlichen Rechts vornehmen. Die Bundesregierung war im Vorfeld der Ratifikation der KRK im Jahr 1992 der Auffassung, das deutsche Recht entspreche bereits weitgehend den völkerrechtlichen Vorgaben.² Um aber gewisse dennoch bestehende Anpassungsnotwendigkeiten auszuschließen, gab sie auf Betreiben der Länder³ bei der Ratifikation der KRK⁴ eine Erklärung zu den innerstaatlichen Wirkungen ab.⁵ Neben Erklärungen

* Der Beitrag geht auf eine wissenschaftliche Stellungnahme zurück, die für die National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland (<http://www.national-coalition.de>, Rechtsträger: Vorstand der Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe e.V., Berlin, <http://agj.de>) erarbeitet und von dieser unter dem Titel „Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung: Was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention im deutschen Recht?“ veröffentlicht wurde (© National Coalition 2010). In Teilen beruht der Beitrag zudem auf den Ergebnissen eines vormals ebenfalls für die National Coalition erstatteten Rechtsgutachtens (Alexander Lorz, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung, 2003, mit Besprechung von Erich Peter, in: AVR 2004, S. 257-269).

¹ Die KRK hat mit Stand Anfang 2011 insgesamt 193 Vertragsstaaten, es fehlen nur die USA und Somalia (siehe http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtldsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en).

² Siehe die Denkschrift der Bundesregierung zur Ratifikation der KRK (BT-Drs. 12/42, S. 32); kritisch dazu Werner Meng, Anwendung völkerrechtlicher Konventionen über Kinderrechte im deutschen Recht, in: Peter Koepfel (Hrsg.), Kindschaftsrecht und Völkerrecht, 1996, S. 5-30 (S. 24).

³ Zum Zusammenwirken von Bund und Ländern beim Abschluss von Verträgen, für die der Bund nicht die alleinige Vollzugskompetenz hat, nach Maßgabe des Lindauer Abkommens siehe etwa Rudolf Streinz, in: Michael Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 32 Rn. 31ff.

⁴ Ratifikationsgesetz vom 17. Februar 1992 (BGBl. II S. 121).

⁵ Siehe die Bekanntmachung vom 10. Juli 1992 (BGBl. II S. 990).

zum Jugendstrafrecht, zum Ausländerrecht und zu Fragen der elterlichen Sorge wurde darin vor allem festgehalten, dass die Kinderrechtskonvention keine unmittelbare Anwendung finde. Versuche, diese Erklärungen wieder zu beseitigen,⁶ scheiterten stets am Widerstand der Länder.⁷ Erst nach der Bundestagswahl 2009 fasste die neue Regierungskoalition den Entschluss, die Erklärungen zurückzunehmen,⁸ was der Bundesrat am 26. März 2010 billigte. Daraufhin verfügte das Bundeskabinett die Rücknahme am 3. Mai 2010, und am 15. Juli 2010 wurde den Vereinten Nationen eine förmliche Rücknahmeerklärung übergeben.⁹ Seitdem gilt die Kinderrechtskonvention auch in Deutschland ohne Einschränkung.

2. Folgen für die unmittelbare Anwendbarkeit der KRK in Deutschland

a) Die unmittelbare Anwendbarkeit völkervertraglicher Bestimmungen

Aus der Sicht des innerstaatlichen Rechts ist vor allem die Rücknahme der Erklärung, nach der die Kinderrechtskonvention innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung finden sollte, von grundlegend klarstellender Bedeutung für die rechtliche

Wirkung der Konvention. Die unmittelbare Anwendung einer völkerrechtlichen Vertragsbestimmung bedeutet nämlich insbesondere, dass sich der Rechtsanwender direkt auf diese Vertragsbestimmung stützen kann – und das auch muss, wenn die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit gegeben sind.¹⁰ Denn Völkervertragsrecht erhält durch den im gesetzgeberischen Zustimmungsakt liegenden Rechtsanwendungsbefehl¹¹ innerstaatliche Geltung, gehört damit also zu Gesetz und Recht, an das der Rechtsanwender nach Art. 20 Abs. 3 GG gebunden ist.¹² Das bedeutet grundsätzlich, dass der Rechtsanwender bei der Lösung konkreter Rechtsprobleme auf das Völkervertragsrecht ebenso wie auf das innerstaatliche Gesetzes- und Verordnungsrecht zurückzugreifen hat. Die ursprüngliche Erklärung hatte zweifellos die Zielrichtung, diese direkte Heranziehung von Bestimmungen der KRK in innerstaatlichen Verfahren auszuschließen.¹³

⁶ Siehe die Aufzählung in der Großen Anfrage der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN vom 31. Januar 2007 (BT-Drs. 16/4205); zu entsprechenden Forderungen des UN-Ausschusses über die Rechte des Kindes Reinhard Joachim Wabnitz, Der Kindeswohlvorrang der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung, in: ZKJ 12 (2010), S. 428-432 (S. 429) m.w.N.

⁷ Siehe die Darstellung in der Antwort der Bundesregierung vom 13. Juli 2007 auf die vorgenannte Große Anfrage (BT-Drs. 16/6076, S. 3) sowie Tillman Löhr, Gesetzliche Konsequenzen aus der Rücknahme des Vorbehalts zur Kinderrechtskonvention, in: ZAR 2010, S. 378-385 (S. 378f.).

⁸ Siehe die Koalitionsvereinbarung zwischen CDU, CSU und FDP vom 26. Oktober 2009, S. 70 (<http://www.cdu.de/doc/pdf/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf>).

⁹ Siehe die Pressemitteilungen des BMJ vom 3. Mai 2010 und vom 15. Juli 2010 (www.bmj.bund.de).

¹⁰ Das war für Art. 3 KRK sogar schon immer der Fall; die diesbezügliche Erklärung war völkerrechtlich irrelevant, siehe dazu Alexander Lorz, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung, 2003, S. 25ff.; sowie zu den Voraussetzungen und zum Problem der begrifflichen Vielfalt im Einzelnen ebenda S. 10ff.; ferner Heiko Sauer, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, S. 213f.; Markus Krajewski, Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation, 2001, S. 53ff.; eingehend Karen Kaiser, Treaties, Direct Applicability, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck EPIL, Stand: September 2006 (<http://www.mpepil.com>).

¹¹ Sofern nach Maßgabe von Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG ein Zustimmungsgesetz nicht erforderlich ist, ergeht der auf Grundlage des dualistischen Verständnisses der deutschen Rechtsordnung (siehe nur BVerfGE 111, 307 [318]; Rudolf Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 4. Aufl. 2009, S. 15f.) erforderliche Rechtsanwendungsbefehl in anderer Form (siehe etwa Stefanie Schmahl, in: Helge Sodan [Hrsg.], GG-Kommentar, 2009, Art. 59 Rn. 28).

¹² Siehe bereits Lorz (Fn. 10), S. 55.

¹³ Näher Lorz (Fn. 10), S. 26ff. mit Argumenten zur Unbeachtlichkeit dieser Erklärung; Auseinandersetzung mit diesem Ansatz bei Erich Peter, in: AVR 34 (2005), S. 257-269 (S. 260ff.); für eine

Nach der Rücknahme dieser Erklärung richtet sich die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der KRK im deutschen Recht nach den allgemeinen Grundsätzen. Nach diesen Grundsätzen hat die unmittelbare Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Vertragsbestimmung zwei Voraussetzungen: die Anwendungsfähigkeit und die Anwendungsbefugnis. Die Anwendungsbefugnis stellt auf den Willen der Vertragsparteien ab (*subjektives Kriterium*), während die Anwendungsfähigkeit danach fragt, ob die konkrete Bestimmung nach ihrer Normstruktur und insbesondere ihrer normativen Dichte hinreichend bestimmt und unbedingt (*self-executing*) und damit dazu geeignet ist, vom Rechtsanwender unmittelbar herangezogen zu werden (*objektives Kriterium*).¹⁴ Jede innerstaatlich geltende Völkerrechtsnorm, für die Anwendungsbefugnis und Anwendungsfähigkeit gegeben sind, ist unmittelbar anwendbar und deshalb vom Rechtsanwender bei der Lösung konkreter Rechtsprobleme heranzuziehen.

b) Die unmittelbare Anwendbarkeit der KRK im Allgemeinen

Eine ausdrückliche Willensbekundung der Vertragsstaaten hinsichtlich der unmittelbaren Anwendbarkeit der KRK liegt nicht vor. Eine nähere Betrachtung der einzelnen Bestimmungen zeigt aber recht deutlich, dass die Staaten primär Staatenverpflichtungen begründen, sich also nicht direkt an den innerstaatlichen Rechtsanwender rich-

ten wollten.¹⁵ Das ergibt sich insbesondere aus Art. 4 KRK, wonach die Vertragsparteien alle geeigneten Maßnahmen zur Verwirklichung der im Übereinkommen anerkannten Rechte treffen, was hinsichtlich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zudem unter Finanzierungsvorbehalt gestellt wird. Es soll damit im Grundsatz den Staaten überlassen bleiben, die geeigneten Maßnahmen zur Effektivierung der Kinderrechte zu treffen. Vielen Bestimmungen fehlt es auch deshalb an der für eine unmittelbare Anwendung erforderlichen normativen Dichte:¹⁶ Wenn es etwa in Art. 6 Abs. 2 KRK heißt, dass die Vertragsstaaten in größtmöglichem Umfang die Entwicklung des Kindes gewährleisten, so ist das keine hinreichend konkrete normative Vorgabe, die sich auf die Entscheidung einer konkreten rechtlichen Streitfrage auswirken könnte. Einzelne Vorschriften der Kinderrechtskonvention können freilich von ihrer Normstruktur und Bestimmtheit her durchaus einer behördlichen beziehungsweise gerichtlichen Anwendung zugänglich sein und daher als unmittelbar anwendbar angesehen werden. Die Kinderrechtskonvention erweist sich damit zwar nicht insgesamt als „self-executing treaty“; wohl aber kann sie einzelne „self-executing provisions“ enthalten.

c) Art. 3 Abs. 1 KRK als Sonderfall: unmittelbare Anwendbarkeit des Vorrangprinzips

Eine Sonderstellung innerhalb der Konvention nimmt Art. 3 Abs. 1 KRK¹⁷ ein, wonach

Einordnung als Vorbehalt etwa *Ingo Ullmann*, Verfassungs- und völkerrechtliche Widersprüche bei der Ratifikation der UNO-Kinderrechtskonvention, in: *FamRZ* 1991, S. 898-902 (S. 899); *Andreas Zimmermann*, Neuere Entwicklungen zum Verhältnis zwischen dem UN-Abkommen über die Rechte des Kindes und nationalem Familienrecht, in: *IPrax* 1996, S. 167-174 (S. 173); kritisch auch *Irmgard Wolf*, Ratifizierung unter Vorbehalten: Einstieg oder Ausstieg der Bundesrepublik Deutschland aus der UN-Konvention über die Rechte des Kindes?, in: *ZRP* 1991, S. 374-378.

¹⁴ Näher *Lorz* (Fn. 10), S. 13f.; *Alfred Verdross/Bruno Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, § 866.

¹⁵ Siehe *Gabriele Dorsch*, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, 1994, S. 313; *Marc Bossuyt*, La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, in: *RUDH* 1990, S. 141-144 (S. 144); *Meng* (Fn. 2), S. 23; und *Lorz* (Fn. 10), S. 16f.

¹⁶ Siehe dazu im Einzelnen *Lorz* (Fn. 10), S. 17 m.w.N.

¹⁷ Art. 3 Abs. 1 KRK lautet in deutscher Übersetzung: „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

bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt ist. Es handelt sich dabei nämlich nicht nur um eine Bestimmung, die nach ihrer Normstruktur hinreichend bestimmt und unbedingt und damit der unmittelbaren Anwendung fähig ist. Vielmehr haben wir es hier mit dem Kernanliegen der gesamten Konvention zu tun, mit einem Leitprinzip, das durch die vielen Einzelgarantien nur noch variiert beziehungsweise ausgestaltet wird.¹⁸ Die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls ist normativer Dreh- und Angelpunkt der Kinderrechtskonvention, und diese Verpflichtung muss sich, wenn sie etwas zu Gunsten des Kindes bewirken soll, zuvörderst an den Rechtsanwender richten; diese Adressierung ist dem Normwortlaut mit seiner ausdrücklichen Bezugnahme auf Maßnahmen von Gerichten und Verwaltungsbehörden auch klar zu entnehmen. Das spricht für einen mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien zur unmittelbaren Anwendung des Kindeswohlvorrangs und damit für die Anwendungsbefugnis in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 KRK. Der objektiv deutliche Unterschied zwischen dem Vorrangprinzip und den übrigen Bestimmungen kann den Vertragsstaaten auch kaum verborgen geblieben sein – im Gegenteil zeigt eine Betrachtung

der Regelungssystematik, dass man diesen Unterschied bewusst gemacht hat:¹⁹ So werden durch Art. 4 KRK erst die nachfolgenden Garantien zu Staatenverpflichtungen erklärt, und auch Art. 2 Abs. 2 KRK enthält für das Diskriminierungsverbot eine entsprechende Einschränkung. Nur in Art. 3 KRK findet sich nichts dergleichen. Es handelt sich bei dem Vorrang des Kindeswohls deshalb um unmittelbar anwendbares Völkerrecht, das bei der Auslegung und Anwendung innerstaatlichen Rechts beachtet werden muss.

3. Folgefragen

Da Art. 3 Abs. 1 KRK mit seiner Bezugnahme auf „alle Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden“, einen äußerst weit reichenden Anwendungsbereich hat, erhält die Frage nach den Konsequenzen der Verpflichtung des Rechtsanwenders zur unmittelbaren Anwendung des Vorrangprinzips erhebliche Bedeutung. Diesen Konsequenzen gehen die folgenden Ausführungen nach. In einem ersten Schritt wird der Inhalt der Verpflichtung näher analysiert (II.): Was bedeutet es – auch im Vergleich mit anderen internationalen Rechtstexten, die Vorrangrelationen im menschenrechtlichen Bereich begründen – genau, wenn es heißt, dass das Wohl des Kindes *vorrangig zu berücksichtigen* ist? Nach dieser inhaltlichen Klärung werden in einem zweiten Schritt die Wirkweisen des Vorrangprinzips im deutschen Recht aufgezeigt (III.), indem Elemente der Dogmatik einer vorrangigen Berücksichtigungspflicht entwickelt werden, die sich vor allem als Ermessens- und Abwägungsleitlinie auswirkt. Hieraus ergibt sich, dass die Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls erheblichen Einfluss auf Begründungsanforderungen hat und zudem Argumentationslasten neu verteilt.

des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.“

¹⁸ Siehe etwa *Alfred Glenn Mower*, *The Convention on the Rights of the Child*, 1997, S. 23; *Sharon Detrick*, *A Commentary on the UN Convention on the Rights of the Child*, 1999, S. 92; *Ingrid Baer*, Verabschiedung des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes im November 1989 in New York. Welche Änderungen des bundesrepublikanischen Rechts wären bei Ratifizierung der Konvention erforderlich?, in: *FuR* 1990, S. 192-199 (S. 193); *Rüdiger Stempel*, Fünf Jahre Geltung der Konvention über die Rechte des Kindes, in: *ZRP* 1996, S. 81-84 (S. 82); *Michael Coester/Kirsten-Pia Hansen*, Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes und das KJHG: Impulse zur Kindeswohlverwirklichung, in: *Caroline Steindorff* (Hrsg.), *Vom Kindeswohl zu den Kinderrechten*, 1994, S. 21-38 (S. 34) und *Cynthia Price Cohen*, *Introductory Note*, in: *ILM* 28 (1989), S. 1448-1454 (S. 1450).

¹⁹ Siehe bereits *Lorz* (Fn. 10), S. 18f.

II. Art. 3 Abs. 1 KRK: Was bedeutet vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls?

1. Auslegung des Vorrangprinzips

Der genaue Gehalt des Kindeswohlvorrangs ist nur im Wege einer Auslegung von Art. 3 Abs. 1 KRK zu ermitteln. Völkerrechtliche Verträge sind nach Artt. 31 und 32 des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens²⁰ – in die herkömmliche Terminologie übersetzt – nach dem Wortlaut, der Systematik und vor allem dem Regelungsziel auszulegen;²¹ dem Entstehungszusammenhang kommt dabei nur ergänzende Bedeutung zu, soweit die übrigen Auslegungsmittel die Normbedeutung nicht hinreichend aufklären können. Was aber mit der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls genau gemeint ist, lässt sich dem insoweit offenen Wortlaut nicht entnehmen, und eine Feinjustierung ergibt sich aus dem Regelungsziel ebenfalls nicht; denn dieses deutet zwar darauf hin, dass das Kindeswohl bei einer Vielzahl von Entscheidungen berücksichtigt werden soll, sagt aber nichts darüber aus, wie genau und gegebenenfalls in welchen Grenzen dies geschehen soll. Bei der Betrachtung des Regelungszusammenhangs fällt immerhin auf, dass Art. 21 KRK dem Kindeswohl bei Adoptionen eine noch größere Relevanz beimessen will, denn hier wird ihm die höchstmögliche Bedeutung zuerkannt (“shall be the paramount consideration”). Ein Unterschied ist also offenbar zwischen der Formulierung “a primary consideration” und “the paramount consideration” gesehen worden.

An dieser Stelle erweist sich ein Blick auf den Entstehungsprozess der KRK als aufschlussreich:²² Die erste Entwurfsfassung von Art. 3 Abs. 1 KRK aus dem Jahr 1980

enthielt nämlich noch die Formulierung “the best interest of the child shall be the paramount consideration”.²³ Nach intensiven Diskussionen einigte sich die Arbeitsgruppe in den darauffolgenden Jahren darauf, “the paramount consideration” durch “a primary consideration” zu ersetzen.²⁴ Denn von einigen Delegationen wurde die ursprüngliche Formulierung für zu weitgehend gehalten. Dabei ging es allerdings nicht darum, den Kindeswohlvorrang grundsätzlich abzuschwächen.²⁵ Vielmehr wurde darauf hingewiesen, dass es im Einzelfall kollidierende Interessen geben könne, die dem Kindeswohl gleichrangig oder auch einmal vorrangig sein könnten. Die Formulierung “the paramount consideration” impliziere aber, dass das Kindeswohl stets und ausnahmslos vorrangig sein müsse, also von kollidierenden Belangen nicht überwunden werden könne. Diesen Bedenken sollte mit dem Übergang zur Sprachfassung “a primary consideration” Rechnung getragen werden, mit der also eine gewisse Flexibilität angedeutet werden sollte.²⁶ Aus den gleichen Gründen konnten sich spätere Vorschläge, zur Formulierung “the primary consideration” überzugehen, nicht mehr durchsetzen; erneut wurde die Befürchtung geäußert, dass die Möglichkeit, im Einzelfall andere Belange über das Kindeswohl zu stellen, in der Bestimmung dann nicht mehr hinreichend zum Ausdruck komme.²⁷

Ein vergleichender Blick auf die Sprachfassung der Afrikanischen Kinderrechtecharta (ACRWC) aus dem der KRK folgenden Jahr²⁸ zeigt jedoch, dass diese Befürchtung grundlos war: Denn in Art. 4 Abs. 1 dieses Vertrages wurde tatsächlich die bei den Beratungen zur KRK noch verworfene Va-

²⁰ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (BGBl. 1985 II S. 926).

²¹ Zur Vertragsauslegung siehe etwa *Matthias Herdegen*, *Völkerrecht*, 9. Aufl. 2010, § 15 Rn. 28ff.

²² Umfassend *Sharon Detrick* (Hrsg.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the Travaux Préparatoires*, 1992.

²³ Siehe *Detrick* (Fn. 22), S. 131.

²⁴ Ebenda, S. 135.

²⁵ Ebenso *Detrick* (Fn. 18), S. 91 m.w.N.

²⁶ Siehe *Detrick* (Fn. 22), S. 133f.

²⁷ Ebenda, S. 137.

²⁸ *African Charter on the Rights and Welfare of the Child* vom 11. Juli 1990, abgedruckt in: *Dinah L. Shelton*, *Regional Protection of Human Rights. Documentary Supplements*, 2008, S. 396-411.

riante gewählt, das Kindeswohl müsse bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen „the primary consideration“ sein. Es gibt jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass mit dieser Modifikation irgendeine inhaltliche Unterscheidung zur KRK beabsichtigt gewesen sei. Selbst für die noch jüngere Verfassung von Südafrika,²⁹ die „primary“ durch „paramount“ ersetzt, dafür allerdings den Begriff der „consideration“ vermeidet (Art. 28 Abs. 2 formuliert: „A child’s best interests are of paramount importance in every matter concerning the child.“), lässt sich nicht nachweisen, dass damit ein im Vergleich zur KRK stärkerer Vorrang des Kindeswohls bezweckt oder erreicht würde. Überhaupt hätte man, wenn man eine potenzielle Gleichrangigkeit des Kindeswohls mit anderen Belangen explizit hätte festhalten wollen, eine andere Formulierung wählen müssen, zum Beispiel „one of the primary considerations“ – wenn man davon absieht, dass eine Etablierung mehrerer Primaten nebeneinander an sich bereits problematisch ist.

Als Ergebnis der Auslegung lässt sich damit festhalten, dass mit Art. 3 Abs. 1 KRK dem Kindeswohl eine herausragende Bedeutung für alle Entscheidungen über Kinder betreffende Maßnahmen zugesprochen werden sollte. Insbesondere wurde in den Beratungen zur Kinderrechtskonvention, 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. Klargestellt werden sollte freilich, dass das Kindeswohl nicht – wie etwa die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG – absolut zu setzen sei, sondern Raum für eine Abwägung mit im Einzelfall möglicherweise überwiegenden entgegengesetzten Belangen lassen sollte. Wie dies

im Detail geschehen kann, soll sogleich näher erörtert werden.

2. Die besondere Stellung des Vorrangprinzips im Vergleich mit anderen internationalen Menschenrechtstexten

Dass mit Art. 3 Abs. 1 KRK dem Kindeswohl eine besonders herausgehobene Bedeutung für die dort genannten Entscheidungen zugemessen werden sollte, zeigt nicht nur die Betrachtung von Wortbedeutung und Entstehungsgeschichte. Auch der vergleichende Blick auf andere Menschenrechtsverträge stützt dieses Ergebnis. Denn es ist bemerkenswert festzustellen, dass in anderen gruppenspezifischen Menschenrechtsverträgen ein derartiger Vorrang ebenfalls allein dort etabliert wird, wo es um das Kindeswohl geht. Während die allgemeinen Menschenrechtsverträge wie etwa die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK),³⁰ der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte³¹ oder der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte³² überhaupt keinen generellen Vorrang irgendwelcher Belange statuieren, kennen die Konvention über die Rechte von Personen mit Behinderungen (CRPD)³³ sowie die Konvention zur Beseitigung jeder Diskriminierung gegenüber Frauen (CEDAW)³⁴ zwar solche Vorrangrelationen. Interessanterweise finden sich aber keine mit Art. 3 Abs. 1 KRK vergleichbaren Bestimmungen, die hier auf die Belange von Personen mit

²⁹ Constitution of the Republic of South Africa vom 8. Mai 1996.

³⁰ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms vom 4. November 1950 in der zuletzt durch Protokoll Nr. 14 geänderten Fassung, BGBl. 2010 II 1198.

³¹ International Covenant on Civil and Political Rights vom 19. Dezember 1966, UNTS Bd. 999, S. 171; BGBl. 1973 II S. 1534.

³² International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights vom 19. Dezember 1966, UNTS Bd. 993, S. 3; BGBl. 1973 II S. 1570.

³³ Convention on the Rights of Persons with Disabilities vom 13. Dezember 2006, UN-Dok. A/61/611, S. 4; BGBl. 2008 II S. 1419.

³⁴ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women vom 18. September 1979, UNTS Bd. 1249, S. 13; BGBl. 1985 II S. 647.

Behinderungen oder von Frauen bezogen wären. Vielmehr beziehen sich auch die in diesen Konventionen enthaltenen Vorrangbestimmungen ausschließlich auf das Kindeswohl: So ist nach Art. 7 Abs. 2 CRPB bei allen Maßnahmen, die behinderte Kinder betreffen, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen, womit es sich um eine spezielle Ausprägung von Art. 3 Abs. 1 KRK für Kinder mit Behinderungen handelt. Und nach Art. 5 lit. b) CEDAW haben die Vertragsstaaten für eine hinreichende familiäre Aufklärung Sorge zu tragen, die die gemeinsame Verantwortung von Männern und Frauen für die Kindererziehung vermittelt, wobei das Kindeswohl als „ursprünglichste“ Erwägung („the primordial consideration“) zentrale Berücksichtigung finden muss.³⁵

Durch den Vergleich des Kindeswohlvorrangs nach der Kinderrechtskonvention mit anderen internationalen Rechtstexten wird die besondere Bedeutung, die dem Kindeswohl bei allen Kinder betreffenden Entscheidungen zukommen soll, noch einmal unterstrichen. Denn es ist nicht etwa so, dass jeder gruppenspezifische Menschenrechtsvertrag eine Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung der Belange seiner Zielgruppe statuiert. Vielmehr kommt vorrangige Bedeutung auch nach den anderen Menschenrechtsverträgen immer nur dem Kindeswohl zu. Der Vorrang des Kindeswohls gewinnt dadurch einen im internationalen Vergleich beispiellosen Schutzgehalt und scheint sich als allgemeine völkerrechtliche Zielbestimmung herauszubilden.³⁶ Ein Blick auf Art. 24 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh),³⁷ die durch den Ver-

trag von Lissabon³⁸ rechtliche Verbindlichkeit erlangt hat,³⁹ stützt dieses Ergebnis.⁴⁰

3. Fazit

Die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls bedeutet, dass das Kindeswohl bei allen Entscheidungen, die Kinder betreffen, nicht nur in die Entscheidung einbezogen werden muss; ihm muss vielmehr eine besonders herausgehobene Bedeutung zukommen. Diese soll zwar im Einzelfall durch kollidierende Belange von höherem Rang überwunden werden können, doch bedarf dieses Ergebnis stets besonderer und sorgfältiger Begründung; wir haben es also mit einer sehr konkreten völkerrechtlichen Vorgabe zu tun. Im Folgenden soll untersucht werden, wie diese Vorgabe im deutschen Recht umzusetzen ist, das heißt welche Wirkungen der Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 KRK im deutschen Recht entfaltet.

III. Wirkweisen des Kindeswohlvorrangs im deutschen Recht: zur Dogmatik einer vorrangigen Berücksichtigungspflicht

1. Verpflichtungsinhalt für den Gesetzgeber

Die Kinderrechtskonvention begründet wie dargelegt in weitem Umfang Staatenverpflichtungen und ist überwiegend nicht unmittelbar anwendbar.⁴¹ Das bedeutet, dass es dem Rechtsanwender nicht möglich ist, direkt auf diese Teile der Konvention

³⁵ In Art. 16 Abs. 1 lit. d) CEDAW wird für den Kindeswohlvorrang dagegen eine andere Sprachfassung verwendet („shall be paramount“).

³⁶ Näher Lorz (Fn. 10), S. 17ff.

³⁷ Charta der Grundrechte der Europäischen Union (in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg unterzeichneten und am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Fassung), ABl. EU 2007 C 303/1.

³⁸ Zum Kinderrechtsschutz nach dem Vertrag von Lissabon *Caroline Steindorff-Classen*, Europäischer Kinderrechtsschutz nach dem EU-Reformvertrag, in: EuR 2011, S. 19-38.

³⁹ Siehe Art. 6 Abs. 1 des neuen Vertrages über die Europäische Union, ABl. EU 2008 C 115/65 (konsolidierte Fassung, zuletzt modifiziert durch das Protokoll über die Berichtigung des Vertrages von Lissabon vom 30. November 2009, ABl. EU 2009 C 290/1).

⁴⁰ Art. 24 Abs. 2 GRCh lautet: „Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.“

⁴¹ Siehe oben I.2.b).

zurückzugreifen. Hier muss der Gesetzgeber erst neue Rechtsgrundlagen schaffen, es sei denn, dass das Maß des völkerrechtlich Geschuldeten durch das innerstaatliche Recht bereits erreicht wird. Soweit Garantien der Konvention im Einzelfall wirkungslos bleiben, weil es hierfür im innerstaatlichen Bereich an den erforderlichen Rechtsgrundlagen fehlt, begründet eine solche Untätigkeit des Gesetzgebers im Außenverhältnis einen Völkerrechtsverstoß der Bundesrepublik Deutschland.⁴² Eines gesetzgeberischen Tätigwerdens bedarf es aber nicht unbedingt, soweit völkerrechtliche Bestimmungen unmittelbar anwendbar sind. Denn dann kann sich der Rechtsanwender im konkreten Fall direkt auf diese stützen und dem Völkerrecht so Wirksamkeit im innerstaatlichen Recht verleihen.

Freilich ist ein direkter Rückgriff auf eine unmittelbar anwendbare Vertragsbestimmung, wie sie Art. 3 Abs. 1 KRK darstellt, nur dort unproblematisch, wo keine Widersprüche zwischen dem Völkerrecht und dem innerstaatlichen Recht bestehen. Wenn hingegen deutsche Gesetze einem völkerrechtlichen Vertrag widersprechen und dieser Widerspruch im Auslegungsweg nicht beseitigt werden kann, stellt sich für den Rechtsanwender die Frage, ob er die Kollision zugunsten des Völkerrechts auflösen darf. Völkervertragsrecht teilt, wo es nach Maßgabe von Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG einer gesetzlichen Umsetzung bedarf, den Rang des Zustimmungsgesetzes, gilt also im Rang einfachen Gesetzesrechts.⁴³ Damit ergibt sich für Kollisionen mit sonstigem Gesetzesrecht kein automatischer Vorrang des Völkervertragsrechts. Auf der Grundlage des Verfassungsprinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit ist es jedoch zu vermeiden, im Außenverhältnis einen Völkerrechtsverstoß zu begehen,⁴⁴ und nach

der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber im Widerspruch zu den völkerrechtlichen Bindungen der Bundesrepublik handeln will.⁴⁵ Die Völkerrechtsfreundlichkeit führt insofern dazu, dass Kollisionslagen unter Verdrängung des im Übrigen geltenden Lex posterior-Grundsatzes in der Regel zu Gunsten des Völkerrechts aufzulösen sind – es sei denn, es ist ein *ausdrücklicher* Wille des Gesetzgebers feststellbar, sich über die völkerrechtlichen Bindungen hinwegzusetzen.⁴⁶

Soweit sich danach das Völkervertragsrecht – und damit der hier interessierende unmittelbar anwendbare Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 KRK – regelmäßig auch gegen kollidierendes Gesetzesrecht durchsetzt, bedarf es eines Tätigwerdens des Gesetzgebers nicht mehr; die Schaffung einer gesetzlichen Bestimmung, die den Kindeswohlvorrang noch einmal explizit feststellte, hätte im Kern lediglich deklaratorische Wirkung.⁴⁷ Eine solche Gesetzgebung könnte freilich im Hinblick darauf sinnvoll sein, dass deutsche Rechtsanwender mit den Auswirkungen des Völkerrechts auf die Auslegung und Anwendung des deutschen Rechts im Allgemeinen und mit der Kinderrechtskonvention im Speziellen immer noch eher wenig vertraut sind und deutlich stärker geneigt sein dürften, dem Kindeswohlvorrang zur Durchsetzung zu verhelfen, wenn dies in einem deutschen Gesetz angeordnet wird. Aus rechtlicher Sicht bedarf es einer solchen Anordnung allerdings nicht.⁴⁸

nationalem Recht, in: JöR n.F. 57 (2009), S. 465-502.

⁴⁵ Siehe nur BVerfGE 74, 354 (370).

⁴⁶ Zum Ganzen *Sauer* (Fn. 10), S. 381ff.

⁴⁷ Siehe bereits *Lorz* (Fn. 10), S. 52f.

⁴⁸ Sehr illustrativ ist in dieser Hinsicht ein kürzlich ergangener Beschluss des Amtsgerichts Gießen vom 16. Juli 2010 (Az.: 244 F 1159/09 VM, juris), der im Vorgriff auf nach der Kinderrechtskonvention zwingend zu erwartende Anpassungen des AufenthaltsgG und des AsylVfG die nach der bisherigen Gesetzeslage nicht vorgesehene Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Vertretung eines

⁴² Siehe bereits *Lorz* (Fn. 10), S. 52.

⁴³ Siehe nur *Geiger* (Fn. 11), S. 161; BVerfGE 111, 307 (317).

⁴⁴ Siehe nur BVerfGE 111, 307 (316ff.); 112, 1 (24ff.); zur Völkerrechtsfreundlichkeit eingehend *Mehrdad Payandeh*, Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip – Ein Beitrag des Grundgesetzes zur Einheit von Völkerrecht und

2. *Verpflichtungsinhalt für den Rechtsanwender: die Umsetzung der vorrangigen Berücksichtigungspflicht im Einzelfall*

a) Der Kindeswohlvorrang bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts

Eine weitere für die Rechtspraxis relevante Ausprägung des Verfassungsprinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit besteht darin, dass innerstaatliches Recht so weit wie möglich im Einklang mit den völkerrechtlichen Bindungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen ist.⁴⁹ Diese Verpflichtung zur völkerrechtskonformen Auslegung hat potenziell weit reichende Folgen; so geht das Bundesverfassungsgericht etwa davon aus, dass die Grundrechte des Grundgesetzes im Lichte der Garantien der EMRK auszulegen sind.⁵⁰ Wo es um besonders konkretisierungsbedürftige Grundsätze und Prinzipien geht, ist das Völkerrecht somit in der Lage, auf die Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts erheblichen Einfluss zu nehmen.

Die Verpflichtung zur völkerrechtskonformen Auslegung tritt indes im Falle des Kindeswohlvorrangs nach Art. 3 Abs. 1 KRK in den Hintergrund. Das liegt daran, dass wir es hier mit einer unmittelbar anwendbaren Bestimmung zu tun haben: Sobald eine Entscheidung Kinder betrifft, ergibt sich die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls bei der Entscheidungsfindung bereits aus dem direkten Rückgriff auf die Kinderrechtskonvention selbst.⁵¹ Die Konformauslegung ist aber in erster Linie da von Bedeutung, wo es dem Völkerrecht an unmittelbarer Anwendbarkeit fehlt; denn insoweit kann ihm von

vornherein nur eine *mittelbare* Bedeutung zukommen, wenn man das innerstaatliche Recht in seinem Lichte auslegt, soweit es für eine solche Auslegung Raum lässt.⁵² Vorstellbar ist eine Bedeutung des Kindeswohlvorrangs bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts daher allenfalls dort, wo es nicht direkt um Maßnahmen geht, die Kinder betreffen.

b) Der Kindeswohlvorrang bei der Ermessensausübung

Die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 KRK verleiht dem Kindeswohlvorrang dagegen maßgebliche Bedeutung bei der Ausübung von Verwaltungsermessen. Immer dann, wenn eine behördliche Maßnahme Kinder betrifft – sei es eine Entscheidung über den Familiennachzug, über die Ausweisung eines Elternteils oder über die Erteilung einer Genehmigung für eine Betreuungseinrichtung – ist das Kindeswohl bei der Ermessensausübung nicht nur zu berücksichtigen, sondern – das ist gerade die Besonderheit von Art. 3 Abs. 1 KRK! – *vorrangig* zu berücksichtigen. Das bedeutet zunächst allgemein, dass die fehlende Berücksichtigung des Kindeswohls als Gesichtspunkt der Ermessensentscheidung einen Ermessensfehler darstellt, was freilich noch keine große Besonderheit ist. Entscheidend ist jedoch Folgendes: Berücksichtigt die Behörde das Kindeswohl bei der Ermessensausübung, übersieht sie dabei aber, dass das Kindeswohl *vorrangig* zu berücksichtigen und damit von Völkerrechts wegen mit einer Priorisierung ausgestattet ist, dann ist auch diese Entscheidung wegen des darin liegenden Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 KRK ermessensfehlerhaft. Ebenso erweist sich diejenige Ermessensentscheidung als fehlerhaft, die die Priorisierung des Kindeswohls zwar erkennt, es aber gegenüber

Minderjährigen in ausländer- und asylrechtlichen Fragen anordnet. Zur im Übrigen zurückhaltenden Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte siehe die Nachweise bei *Löhr* (Fn. 7), S. 379.

⁴⁹ Siehe nochmals BVerfGE 74, 358 (370); eingehend *Lorz* (Fn. 10), S. 55ff.

⁵⁰ Siehe BVerfGE 74, 354 (370); BVerfGE 120, 180 (200ff.).

⁵¹ Vgl. dazu nochmals den Beschluss des Amtsgerichts Gießen (Fn. 48).

⁵² *Lorz* (Fn. 10), S. 57f.; zum Verhältnis zwischen unmittelbarer Anwendbarkeit und Konformauslegung im europarechtlichen Kontext *Mattias Ruffert*, in: Christian Calliess/ders. (Hrsg.), EUV-/EGV-Kommentar, 3. Aufl. 2007, Art. 249 EGV Rn. 119ff.

anderen Belangen zurückstellt, die im Einzelfall nicht mit hinreichendem Gewicht ausgestattet sind, um den Kindeswohlvorrang wirklich überwinden zu können.

Dabei ist hervorzuheben, dass alle diese Aspekte einschließlich der dahinter stehenden Gewichtungen nach Maßgabe von § 114 VwGO der vollen verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung unterliegen. Der Kindeswohlvorrang hat also für die behördliche Ermessensausübung ganz wesentliche Bedeutung, wenn man bedenkt, wie vielgestaltig die Konstellationen sind, in denen behördliche Entscheidungen Kinder betreffen. Fehlerquellen gibt es hier viele: von der kompletten Nichtbeachtung von Art. 3 Abs. 1 KRK über die mangelnde Priorisierung des Kindeswohls bis hin zur Fehlgewichtung in Fällen, in denen andere Belange im Einzelfall für überwiegend gehalten werden. Beachten muss die Behörde aber nicht nur die völkerrechtliche Verpflichtung, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen; sie muss vor allem – auch im Hinblick auf die gerichtliche Überprüfbarkeit – sorgfältig und eingehend begründen, wenn und warum sich das Kindeswohl im Ergebnis einmal nicht durchsetzt. Hier zeigt sich bereits, dass der Kindeswohlvorrang wesentlichen Einfluss auf die Begründungsanforderungen für behördliche Entscheidungen hat.⁵³

c) Der Kindeswohlvorrang in der Abwägung

Eine strukturell recht ähnliche Rolle übernimmt der Kindeswohlvorrang im Rahmen von Abwägungsprozessen. Wo bei Maßnahmen, die Kinder betreffen, widerstrebende Belange gegeneinander abzuwägen sind, muss das Kindeswohl nicht nur als Abwägungsbelang erkannt werden und Eingang in den Abwägungsprozess finden. Vielmehr muss auch hier der Vorrang, mit dem das Kindeswohl auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 1 KRK ausgestattet ist, erkannt und umgesetzt werden. Das bedeutet, dass sich das Kindeswohl entweder

aufgrund der völkerrechtlichen Priorisierung im Ergebnis durchsetzen muss, oder aber dass sorgfältig und nachvollziehbar dargelegt werden muss, warum das Kindeswohl trotz seines prinzipiellen Vorrangs gegenüber anderen Belangen im Einzelfall zurückgestellt worden ist.

Wichtig sind die dargestellten Anforderungen insbesondere für Abwägungsentscheidungen im Planungsrecht. Hier haben die Planungsträger auf der Basis vergleichsweise offener, final programmierter Normen die widerstrebenden Interessen eingehend zu ermitteln und umfassend gegeneinander und untereinander abzuwägen.⁵⁴ Konkrete normative Vorgaben für die Ermittlung der im Einzelfall relevanten Belange und für den komplexen Abwägungsprozess machen die Fachgesetze dabei oft nicht,⁵⁵ was dem Planungsträger eine gewisse Freiheit und Flexibilität geben soll. Das Abwägungsergebnis kann aber im Gegenzug verwaltungsgerichtlich auf Abwägungsfehler hin kontrolliert werden; solche Fehler liegen etwa vor, wenn ein Belang übersehen (*Abwägungsdefizit*) beziehungsweise in seinem Gewicht falsch eingeschätzt (*Abwägungsfehleinschätzung*) wird oder wenn bei der eigentlichen Abwägung kein angemessener Ausgleich zwischen den widerstrebenden Belangen hergestellt wird (*Abwägungsdisproportionalität*). Sobald nun eine Planung Kinder betrifft – was etwa bei der Bauleitplanung sehr häufig der Fall sein wird –, ist die planerische Abwägung fehlerhaft, wenn das Kindeswohl nicht oder nicht in seiner Priorisierung berücksichtigt und entsprechend gewichtet wird. Denn auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 1 KRK ist der Kindeswohlvorrang ein öffentlicher Belang im Sinne von § 1 Abs. 7 BauGB oder von vergleichbaren Normen aus dem Fachplanungsrecht – und zwar angesichts der unmittelbaren Anwendbarkeit des völkerrechtlichen Kindeswohlvorrangs auch dort,

⁵³ Dazu sogleich noch unter d).

⁵⁴ Siehe zum Beispiel § 1 Abs. 6 BauGB; § 7 Abs. 2 S. 1 ROG; § 17 Abs. 1 S. 2 BFStrG; § 8 Abs. 1 S. 1 LuftVG.

⁵⁵ Siehe aber den – nicht abschließenden – Katalog von Abwägungsbelangen in § 1 Abs. 6 BauGB.

wo das Kindeswohl in der planungsrechtlichen Bestimmung nicht erwähnt wird.⁵⁶ Damit läuft die Behörde Gefahr, dass ihre Planungsentscheidung der gerichtlichen Aufhebung unterliegt, wenn die Abwägung nicht erkennen lässt, dass dem Kindeswohl Vorrang zugemessen worden ist. Es bedarf insoweit vor allem einer ausführlichen Auseinandersetzung mit der Bedeutung des Kindeswohls und seiner priorisierten Bedeutung im Abwägungsprozess; es muss, auch und gerade wenn das Kindeswohl im Ergebnis zurückgestellt wird, nachvollziehbar gemacht werden, dass der Rechtsanwender seine Verpflichtung aus Art. 3 Abs. 1 KRK erkannt hat und ihr nachgekommen ist.

Das Kindeswohl als vorrangiger Abwägungsbelang richtet sich allerdings nicht nur an Behörden. Soweit in gerichtlichen Verfahren ein Ausgleich zwischen widerstreitenden Interessen herzustellen ist und Kinder von der Entscheidung betroffen werden, muss der Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 KRK auch vom Richter beachtet und durchgesetzt werden. Diese Bindung greift weit über den bisher angesprochenen Bereich des Verwaltungsrechts hinaus und kann insbesondere im Familienrecht eine Rolle spielen, wobei das Kindeswohl im deutschen Familienrecht bereits unabhängig von der Kinderrechtskonvention die zentrale Richtschnur vieler Entscheidungen darstellt;⁵⁷ hier liegt, insbesondere im Umgangsrecht, die Schwierigkeit eher darin festzustellen, was dem Kindeswohl entspricht. Wenn der Kindeswohlvorrang im gerichtlichen Verfahren nicht hinreichend beachtet wird, so liegt darin ein Fehler bei der Anwendung materiellen Rechts, der die Entscheidung nach Maßgabe des einschlägigen Prozessrechts revisibel macht.⁵⁸

⁵⁶ Siehe bereits Lorz (Fn. 10), S. 63.

⁵⁷ Siehe in dieser Hinsicht etwa §§ 1626 Abs. 3 S. 1, 1627, 1629 Abs. 1 S. 4, 1666, 1671 Abs. 2 Nr. 2, 1697a BGB; zu den Auswirkungen der unmittelbaren Anwendbarkeit im Familienrecht sowie im Kinder- und Jugendhilferecht Wabnitz (Fn. 6), S. 430ff.

⁵⁸ Siehe aus den Verfahrensordnungen etwa § 137 Abs. 1 VwGO; § 545 Abs. 1 ZPO.

- d) Fazit: Steuerung von Begründungserfordernissen und Verteilung von Argumentationslasten durch den Kindeswohlvorrang

Die dargestellte Rolle des Kindeswohlvorrangs im innerstaatlichen Recht als Ermessens- und Abwägungsleitlinie bedeutet, dass sich der Kindeswohlvorrang vor allem auf Begründungserfordernisse und auf die Verteilung von Argumentationslasten auswirkt. Wie alle Berücksichtigungspflichten führt auch die Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls dazu, dass das Kindeswohl nicht nur in den Entscheidungsprozess einfließen muss, sondern – da die fragliche Entscheidung in der Regel der behördlichen oder gerichtlichen Kontrolle unterliegt – dass dieser Eingang in den Entscheidungsprozess auch dokumentiert werden, sich also in der Entscheidungsbegründung niederschlagen muss. Fehlt es daran, ist die Erfüllung der Pflicht zur Berücksichtigung des Kindeswohlvorrangs nicht erkennbar, und die Entscheidung unterliegt schon deshalb der Aufhebung. Mit einer bloßen „Abarbeitung“ des Kindeswohls als Belang ist es aber nicht getan, weil das Kindeswohl *vorrangig* zu berücksichtigen ist. Gerade diese vorrangige Berücksichtigung muss sich in der Entscheidungsbegründung niederschlagen, wodurch sich der Begründungsaufwand weiter erhöht. Relevant wird das vor allem dort, wo sich das Kindeswohl im Ergebnis einmal nicht durchsetzt: Denn hier müssen die Gründe, die zu einem Überwiegen anderer Belange über das völkerrechtlich priorisierte Kindeswohl geführt haben, sorgfältig und nachvollziehbar dargestellt werden. Fehlt es an einer entsprechend eingehenden Begründung, unterliegt die Entscheidung der Aufhebung, weil dem Kindeswohlvorrang dann kein hinreichendes Gewicht eingeräumt worden ist.

Hier zeigt sich zu guter Letzt, dass der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 Abs. 1 KRK maßgeblichen Einfluss auf die Verteilung von Argumentationslasten hat:⁵⁹ Die

⁵⁹ Zur Argumentationslastverteilung mit ähnlicher Stoßrichtung im Kontext von Präjudizien Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumen-*

vorrangige Berücksichtigung erleichtert nämlich den Begründungsaufwand für Maßnahmen, die sich vorwiegend am Kindeswohl orientieren und kollidierende Belange deswegen zurückstellen. Umgekehrt steht derjenige unter besonderem Begründungszwang, der kollidierenden Belangen im Einzelfall gegenüber dem Kindeswohl Vorrang einräumen will. Der Vorrang der Berücksichtigung des Kindeswohls durch den Rechtsanwender verschiebt damit gegenüber „normalen“ Berücksichtigungspflichten die Argumentationslast: Die Argumentationslast trägt stets derjenige, der Maßnahmen treffen will, die sich nicht vorrangig am Kindeswohl orientieren. Dem kommt aufgrund von Art. 3 Abs. 1 KRK nur eine Begründung nach, die nachvollziehbar darlegt, warum im Einzelfall widerstreitende Belange höher zu gewichten sind als das Kindeswohl.

IV. Schlussbemerkung

In Art. 3 Abs. 1 KRK schlummert ein gewaltiges und bislang noch weitgehend unberücksichtigtes Potential für die innerstaatliche Rechtsanwendung, das durch die Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung zur Kinderrechtskonvention mit Wirkung zum 15. Juli 2010 jetzt zur vollen Entfaltung kommt. Der Kindeswohlvorrang beinhaltet sowohl eine materielle als auch eine prozedurale Rechtsposition: In verfahrensrechtlicher Hinsicht gebietet er vor allem die substantielle Auseinandersetzung mit den Anliegen der von einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung betroffenen Kinder. Darüber hinaus gibt er dem Rechtsanwender aber auch eine bestimmte Richtung hinsichtlich des Ergebnisses vor: Die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls bedeutet, dass es sich entweder im Ergebnis durchsetzen muss oder jedenfalls nur aufgrund von besonders wichtigen Belangen im Einzelfall hintangestellt werden darf, was der gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Beides zusammen stellt auf der einen Seite erhebliche Begründungsanforderungen an den Rechtsanwender und gibt ihm auf der

anderen Seite weit reichende Möglichkeiten zur Herbeiführung des entsprechenden Ergebnisses an die Hand. Die langwierige Auseinandersetzung über die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 KRK mit Blick auf die erst kürzlich zurückgenommene deutsche Vorbehaltserklärung hat den Blick auf diese Anforderungen und Möglichkeiten in den fast 19 Jahren seit der deutschen Ratifikation der Kinderrechtskonvention verschleiert.

Die grundlegende Bedeutung von Art. 3 Abs. 1 KRK lässt sich unter diesen Umständen nicht länger in Zweifel ziehen. Vielmehr wird es nun unstreitig zur Aufgabe der Behörden und Gerichte gehören, dem Kindeswohlvorrang zur Durchsetzung zu verhelfen, indem sie ihre Entscheidungspraxis an den Abwägungs- und Begründungserfordernissen ausrichten, die Art. 3 Abs. 1 KRK ihnen auferlegt. Wenn damit eine allgemein höhere Sensibilität der Rechtsanwender für die vor allem am Beispiel der EMRK immer stärker aufscheinenden, weit reichenden innerstaatlichen Wirkungen des Völkerrechts einher gehen würde, wäre das sehr zu begrüßen. Politik und Gesellschaft werden sich ebenfalls auf die gestiegene Bedeutung des Kindeswohls einzustellen haben. Ihnen gibt Art. 3 Abs. 1 KRK außerdem über seine eigene unmittelbare Anwendung hinaus die fundamentale Wertentscheidung vor, das Wohl der künftigen Generation zu einem vorrangigen Maßstab ihres Handelns zu machen. Das ist allerdings keine Wertentscheidung, die von außen kommt – im Gegenteil hat die Bundesrepublik Deutschland diese Entscheidung mit ihrer Ratifikation der Kinderrechtskonvention aus freien Stücken selbst getroffen. Für die in der öffentlichen Debatte oft zu kurz kommenden Interessen der nachfolgenden Generation ist das eine wichtige Botschaft.

tation, 1978, S. 334ff.; und *Martin Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 243ff.