



Universitätsverlag Potsdam

Artikel erschienen in:

MenschenRechtsZentrum

MenschenRechtsMagazin ; 27 (2022) 1

2022 – 61 S.

ISSN 1434-2820

DOI <https://doi.org/10.25932/publishup-54092>



Empfohlene Zitation:

Marie Nadjafi-Bösch: 30 Jahre Ratifizierung der UN-Kinderrechte. Wie steht es um das Prinzip des Kindeswohlvorranges? Zum Umsetzungsstand in Deutschland am Beispiel kindgerechter Justiz, In: MenschenRechtsMagazin 27 (2022) 1, Potsdam, Universitätsverlag Potsdam, 2022, S. 16–26.

DOI <https://doi.org/10.25932/publishup-57137>

Dieses Objekt ist durch das Urheberrecht und/oder verwandte Schutzrechte geschützt. Sie sind berechtigt, das Objekt in jeder Form zu nutzen, die das Urheberrechtsgesetz und/oder einschlägige verwandte Schutzrechte gestatten. Für weitere Nutzungsarten benötigen Sie die Zustimmung der/der Rechtenhaber/s:

<https://rightsstatements.org/page/InC/1.0/>

30 Jahre Ratifizierung der UN-Kinderrechte. Wie steht es um das Prinzip des Kindeswohlvorranges? Zum Umsetzungsstand in Deutschland am Beispiel kindgerechter Justiz

Marie Nadjafi-Bösch

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Kinder und Jugendliche in straf- und familiengerichtlichen Verfahren – Ausgangslage in Deutschland
- III. Anwendung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland: Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 UN-KRK und die Leitlinien des Europarats zur Ausgestaltung und Durchführung kindgerechter Justiz
- IV. Fazit

I. Einleitung

Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 ist seit dem 5. April 1992, nunmehr 30 Jahre, geltendes Recht in der Bundesrepublik.¹ Dieses Jubiläum soll zum Anlass genommen werden, um der Frage nachzugehen, ob Deutschland seiner völkerrechtlichen Pflicht nachgekommen ist, die Rechte von Kindern im Sinne der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) umzusetzen.

Während der letzten Legislaturperiode geriet die Konvention in den Fokus öffentlicher Diskussion, als die Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz zum Gegenstand politischer Auseinandersetzungen wurde.² Lange Zeit war die UN-KRK auch

in der deutschen Gerichtspraxis kaum zur Kenntnis genommen worden. Das lag u. a. daran, dass die Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der Ratifikation der Konvention zu fünf Verpflichtungen der UN-KRK erklärte, diese nur bedingt umsetzen zu wollen. Hintergrund war, dass sie die Auffassung vertrat, das deutsche Recht entspräche bereits weitgehend den völkerrechtlichen Vorgaben der UN-KRK.³

Im Mai 2010 erklärte die Bundesregierung sich uneingeschränkt zur Beachtung der UN-KRK bekennen und das Wohl künftiger Generationen zum vorrangigen Maßstab ihres Handelns machen zu wollen.⁴ Kinderrechte und insbesondere die Partizipation von Kindern sollten stärker im Bewusstsein

fahren Anfang Juni 2021 scheiterte, wurde das Vorhaben nun im Koalitionsvertrag von SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP ausdrücklich festgehalten. Zum Sachstand vgl.: <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/kinder-und-jugend/kinderrechte/kinderrechte-ins-grundgesetz> (zuletzt besucht am 15. Februar 2022); Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis90/Die Grünen und FDP, abrufbar unter: https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (zuletzt besucht am 15. Februar 2022), siehe S. 98; siehe auch: <https://www.kinderrechte.de/kinderrechte/kinderrechte-ins-grundgesetz/> (zuletzt besucht am 15. Februar 2022).

1 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, UNTS Bd. 1577, S. 3; BGBl. 1992 II S. 121 ff. Der Begriff des Kindes wird im Folgenden entsprechend Art. 1 der UN-Kinderrechtskonvention definiert als jeder Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

2 Sachstand Kinderrechte ins Grundgesetz (KIG): Nachdem die Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz im parlamentarischen Ver-

3 Alexander Lorz/Heiko Sauer, Kinderrechte ohne Vorbehalt. Die Folgen der unmittelbaren Anwendbarkeit des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung, in: MRM 2011, S. 5–16 (6); Stefanie Schmahl, Auswirkungen der UN-Kinderrechtskonvention auf die deutsche Rechtsordnung, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 1/2014, S. 125–142 (125).

4 Vgl. Lorz/Sauer (Fn. 3), S. 6.

von Erwachsenen verankert werden.⁵ Die Bestimmungen der Konvention sind entsprechend uneingeschränkt geltendes Recht für Bund, Länder und Gemeinden und auch von Gerichten zu beachten.

Dennoch gestaltet sich der Zugang zum Recht für Kinder und Jugendliche in Deutschland weiterhin heterogen.⁶ Die Rechtspraxen der Bundesländer im Kontext einer kindgerechten Justiz unterscheiden sich stark voneinander.⁷ Die Vorgaben der UN-KRK sind nicht nur bei der Rechtsfindung, sondern auch in der Durchführung und Ausgestaltung von gerichtlichen Verfahren teilweise unbeachtet geblieben.⁸ Dies gilt insbesondere für das Prinzip des Kindeswohlvorranges gemäß Art. 3 Abs. 1 UN-KRK und dem damit eng verknüpften Recht auf Beteiligung gemäß Art. 12 UN-KRK. Art. 12 UN-KRK sichert als Schlüsselnorm der UN-KRK zum einen das Mitspracherecht des Kindes als auch das Recht auf rechtliches Gehör i. S. d. Art. 12 Abs. 2 UN-KRK (*“the right to be heard”*). Das Kind ist

demnach, entsprechend seinem Alter und seiner Entwicklung, in jedem Stadium eines Prozesses anzuhören; das gilt z. B. auch in Familienverfahren, sogar bei Vorliegen elterlichen Einvernehmens.⁹ Dieses Recht beinhaltet ebenso die umfassende kindgerechte Information aller wesentlichen Aspekte zu materiell-rechtlichen Inhalten, Ablauf und Abschluss von gerichtlichen Verfahren.¹⁰ Dennoch scheint sich das Verständnis von Kindern als eigene Akteur:innen in gerichtlichen Verfahren noch immer schwer durchzusetzen, sodass gute Praxisbeispiele in kindgerechter Justiz häufig vom Engagement einzelner Akteur:innen abhängen.¹¹ Dabei stellt die kindgerechte Ausgestaltung und Durchführung von Ermittlungs-, Gerichts- und Verwaltungsverfahren, die Kinder betreffen, eine grundlegende Voraussetzung für die Umsetzung aller anderen Kinderrechte dar.¹² Dem in Art. 3 Abs. 1 UN-KRK normierten Kindeswohlvorrang (*“best interests of the child”*)¹³ kommt dabei grundlegende Bedeutung zu. Art. 3 UN-KRK bildet zusammen mit dem Diskriminierungsverbot gemäß Art. 2 UN-KRK, dem Recht auf Leben nach Art. 6 UN-KRK und dem Recht auf Beteiligung des Art. 12 UN-KRK die *“General principles”* und normiert die zentralen Gedanken der UN-KRK, die gleichsam ihren *Raison d’être* begründen.¹⁴

Der vorliegende Beitrag fragt, inwiefern der in Deutschland in der Justizpraxis angewandte Kindeswohlbegriff dem entspricht, was die UN-KRK verbürgt – insbesondere in Bezug auf die Umsetzung des

5 Vgl. die Koalitionsvereinbarung zwischen CDU, CSU und FDP vom 26. Oktober 2009, S. 70, abrufbar unter: https://archiv.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp_0.pdf?file=1&type=field_collection_item&id=461 (zuletzt besucht am 15. Februar 2022); Lorz/Sauer (Fn. 3), S. 6.

6 Annemarie Graf-van Kesteren, Auf dem Weg zur kindgerechten Justiz – ein erster Blick in die gute Praxis der Bundesländer, 2021, S. 4; Gabriele Bindel-Kögel/Barbara Seidenstücker, Quantitative Aspekte des Kindeswohls zwischen Jugendhilfe und Justiz – Ergebnisse der Fallhebung in den beteiligten Jugendämtern, in: Johannes Münder (Hrsg.), Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz. Zur Entwicklung von Entscheidungsgrundlagen und Verfahren zur Sicherung des Kindeswohls zwischen Jugendämtern und Familiengerichten, 2017, S. 123–188 (168f.).

7 Graf-van Kesteren (Fn. 6), S. 41.

8 Friederike Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland – Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, 2017, S. 65; Günter Benassi, Deutsche Rechtsprechung vs. UN-Kinderrechtskonvention? – Zur Bedeutung des Art. 3 I KRK für die Verwirklichung der Kinderrechte, in: DVBl 10/2016, S. 617–621 (617). Anders in Bezug auf die höchstrichterliche Rechtsprechung Schmahl (Fn. 3), S. 127.

9 Vgl. BGH, 10. Juli 2019, XII ZB 507/28.

10 Kinderrechtsausschuss (KRA), General Comment No. 12 on the right of the child to be heard, 2009, CRC/C/GC/12, Nr. 1, 58, 60; Stefanie Schmahl, Kinderrechtskonvention – Handkommentar, 2. Auflage 2017, Art. 12, Rn. 11 ff., 13.

11 Graf-van Kesteren (Fn. 6), S. 41.

12 Graf-van Kesteren (Fn. 6), S. 3.

13 In der englischen Originalfassung wird von *“best interests of the child”* gesprochen. Dies wird in der deutschen Fassung mit „Kindeswohl“ übersetzt. Dieser Übersetzungsunterschied ist von besonderer Bedeutung, wie der Artikel darstellen wird. Auf das Zitat der englischen Originalversion wird im Folgenden jedoch verzichtet.

14 Schmahl (Fn. 10), Art. 3 Rn. 1.

Kindeswohlvorranges nach Art. 3 Abs. 1 UN-KRK und dem damit eng verknüpften Recht auf Beteiligung (Art. 12 UN-KRK). Zudem wird aufgezeigt, inwiefern sich der durch das Übereinkommen eingeleitete Paradigmenwechsel hin zur Anerkennung einer subjektiven Rechtsstellung von Kindern und Jugendlichen in der deutschen Rechtspraxis aufgrund der Verwendung des historisch gewachsenen nationalen Kindeswohlbegriffs als schwierig gestaltet.

Im Weiteren wird zunächst die Ausgangslage der familien- und strafgerichtlichen Praxis in Deutschland betrachtet (Abschnitt II) und es werden die Vorgaben der UN-KRK und der Leitlinien des Europarats zur kindgerechten Justiz dargestellt (Abschnitt III.1). Im Anschluss daran werden die Anwendung und der Geltungsbereich der UN-Kinderrechte in Deutschland aufgezeigt (Abschnitt III.1), um im Rahmen dessen den Regelungsbereich des Kindeswohlvorranges i. S. d. Art. 3 Abs. 1 UN-KRK und die Diskussion zur Bestimmung des Kindeswohls zu erörtern (Abschnitt III.2 bis III.4).

II. Kinder und Jugendliche in straf- und familiengerichtlichen Verfahren – Ausgangslage in Deutschland

Jedes Jahr stehen in Deutschland tausende Kinder und Jugendliche vor Gericht, als Beteiligte in familiengerichtlichen oder als (Opfer-)Zeug:innen in strafgerichtlichen Verfahren.¹⁵ Dabei handelt es sich häufig um familiengerichtliche Verfahren, die Trennung, Scheidung und Kindeswohlgefährdungen zum Gegenstand haben, oder um strafgerichtliche Verfahren wegen sexualisierter Gewalt. Kinder und Jugend-

liche sind hinsichtlich ihres Zugangs zum Recht durch ihre rechtliche und soziale Abhängigkeit in einer schwächeren Position als Erwachsene.¹⁶ So bedürfen Kinder zur Durchsetzung ihrer Rechte der Vertretung eines:er Erziehungsberechtigten, was gerade bei einem Rechtsstreit mit der:demselbigen problematisch sein kann.¹⁷ Der Zugang zum Recht (*“access to justice”*) spielt, als Voraussetzung für die Durchsetzung aller anderen Menschenrechte, eine zentrale Rolle für die Betroffenen. Um Kindern diesen Zugang zu ermöglichen, müssen Gerichts- oder Verwaltungsverfahren kindgerecht ausgestaltet sein.¹⁸

Der Forschungsstand in Deutschland zeigt große regionale Unterschiede hinsichtlich des gleichwertigen Zugangs von Kindern und Jugendlichen zum Recht und der vorhandenen Rechtspraxen der Fachgerichte in Familien- und Strafverfahren. Eine Länderabfrage zu den vom Europarat definierten Bereichen einer kindgerechten Justiz ergab große Divergenzen in der Verfahrensorganisation und -ausgestaltung in Verfahren, in denen Kinder und Jugendliche beteiligt sind.¹⁹ Noch immer hat sich die Beteiligung von Kindern, insbesondere in Form des Rechts auf rechtliches Gehör nach Art. 12 Abs. 2 UN-KRK (*“right to be heard”*), nicht ausreichend etabliert, obwohl die Entscheidungen häufig weitreichende Folgen für die Lebenssituation von Kindern und Jugendlichen mit sich bringen. Eine Unter-

15 Annemarie Graf-van Kesteren, Kindgerechte Justiz. Wie der Zugang zum Recht für Kinder und Jugendliche verbessert werden kann, 2015, S. 5. Und Europaweit: Rund 2,5 Millionen Kinder sind EU-weit jedes Jahr als Betroffene, Zeug:innen oder Parteien an Gerichtsverfahren beteiligt, vgl. Pressemitteilung Fundamental Rights Association (FRA) vom 22. Februar 2017, abrufbar unter: <https://fra.europa.eu/de/news/2017/kindgerechte-justiz-die-perspektive-des-kindes> (zuletzt besucht am 15. Februar 2022).

16 Graf-van Kesteren (Fn. 15), S. 5; Wapler (Fn. 8), S. 67; Schmahl (Fn. 10), Art. 4, Rn. 9.

17 Schmahl (Fn. 10), Art. 4, Rn. 9.

18 In den letzten Jahren hat es eine Vielzahl von gesetzlichen Änderungen zur Verbesserung der Situation von Kindern und Jugendlichen gegeben, vgl. u. a. das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder. So wird nunmehr in der Strafprozessordnung ein ausdrückliches Beschleunigungsgebot für Verfahren mit minderjährigen Opferzeug:innen verankert. In Kindersachen erfolgt die persönliche Anhörung des betroffenen Kindes künftig altersunabhängig und das Familiengericht hat sich einen unmittelbaren Eindruck vom Kind zu verschaffen. Außerdem wird erstmals näher geregelt, welche Qualifikationen für eine Bestellung zum Verfahrensbeistand erforderlich sind.

19 Graf-van Kesteren (Fn. 6), S. 3 ff., 12, 41.

suchung von 318 Fällen ergab, dass im Kontext von Kindeswohlverfahren 60,4 Prozent der Kinder und Jugendlichen gar nicht angehört wurden.²⁰ Die Beteiligung von Kindern im familiengerichtlichen Verfahren ist stark von regionalen und lokalen Unterschieden in der Ausstattung der Gerichte und dem individuellen Verhalten einzelner Familienrichter:innen geprägt.²¹ In der Praxis werden die gesetzlichen Möglichkeiten häufig aufgrund von Handlungsunsicherheiten der beteiligten Akteur:innen nicht ausgeschöpft.²² *De lege lata* ist die richterliche Videovernehmung von Minderjährigen, die Opfer schwerwiegender Gewalt- und Sexualstraftaten geworden sind, nach §§ 58 a Abs. 1, 255 a StPO grundsätzlich verpflichtend vorgesehen.²³ Dennoch wird diese Methode bei vielen Gerichten immer noch nicht eingesetzt oder nur unzureichend ausgeführt, wodurch eine Gleichbehandlung von Kindern bezüglich des Zugangs zu Videovernehmung noch nicht sichergestellt ist.²⁴

Ebenso essenziell ist die Stellung von Verfahrensbeiständen als Interessensvertretung des Kindes.²⁵ Die Länder unterscheiden sich in ihrer Quote bezüglich der Bestellung von

Verfahrensbeiständen in Kindschafts-, Abstammungs- und Adoptionsachen nach § 158 FamFG. Die Quote überstieg in den Jahren 2017 bis 2019 in nur wenigen Bundesländern die 50 %, eine Erhöhung dieser Quote und bundesweite Angleichung ist aus kinderrechtlicher Sicht erstrebenswert.²⁶

Auch der Zugang zu Information ist defizitär. So fühlen sich Kinder einer Studie zufolge schlecht über den Fortgang und nach Abschluss des Verfahrens informiert.²⁷ Mehrsprachige und niedrigschwellige Angebote, die der Inklusion von spezifischen Gruppen von Kindern in Bezug auf Information zu Justiz- und Gerichtsverfahren dienen, bilden nicht den Standard, so sind der Zugang zu Beratung und Information häufig von elterlichen Wissensständen abhängig.²⁸

In Bezug auf Qualifikation und Schulung von Fachkräften gestaltet sich die bundesweite Situation ebenso unterschiedlich. Einige Länder haben die Fortbildungspflicht gesetzlich ausgestaltet. Allerdings haben sie keine konkreten, messbaren Qualitätsstandards in Bezug auf interdisziplinäres Wissen und vor allem nicht zu Kinderrechten und kindgerechter Justiz festgelegt.²⁹ Letzt-

20 Gabriele Bindel-Kögel/Helena Hoffmann/Reinhold Schone, Verfahrensgestaltung des Familiengerichts im Kontext des § 1666 BGB, in: Johannes Münder (Hrsg.), Kindeswohl zwischen Jugendhilfe und Justiz, 2017, S. 232–274 (232).

21 Graf-van Kesteren (Fn. 6), S. 3 ff., 12, 41.

22 Nationaler Rat gegen sexuelle Gewalt an Kindern und Jugendlichen, Gemeinsame Verständigung – Arbeitsphase Dezember 2019 bis Juni 2021, S. 58, abrufbar unter: https://www.nationaler-rat.de/downloads/Gemeinsame_Verstaendigung_Nationaler_Rat.pdf (zuletzt besucht am 15. Februar 2022).

23 Bundestag-Drucksache 19/14747; Anke Marlie, Die richterliche Videovernehmung von Kindern und Jugendlichen nach § 58a StPO, in: Deutsches Kinderhilfswerk (DKHW), Praxishilfe für Richter*innen Handreichung zur Ausgestaltung einer kindgerechten Justiz im Familiengerichts- und Strafverfahren, 2021, S. 63.

24 Graf-van Kesteren (Fn. 6), S. 12.

25 Graf-van Kesteren (Fn. 6), S. 21; Katrin Lack/Ludwig Salgo, Entwicklung der Verfahrensbeistandschaft seit Inkrafttreten des FamFG. Empirische Grundlagen, Rechte und Pflichten des Verfah-

rensbeistandes, in: Familie, Partnerschaft, Recht. Zeitschrift für die Anwaltspraxis 18 (2012), S. 353–362; Ludwig Salgo/Gisela Zenz/Jörg M. Fegert/Axel Bauer/Corina Weber/Maud Zitelmann (Hrsg.), Verfahrensbeistandschaft. Ein Handbuch für die Praxis, 3. Auflage 2014; eindrücklich zur unterbliebenen Bestellung eines Verfahrensbeistandes und der persönlichen Anhörung des Kindes im sogenannten *Staufener Fall*: Ludwig Salgo, Der qualifizierte Familienrichter als tragende Säule im Kinderschutz, in: Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ) 5 (2018), S. 168–173 (168 f.).

26 Graf-van Kesteren (Fn. 6), S. 21; siehe auch: <https://www.dkhw.de/schwerpunkte/kinderrechte/kindgerechte-justiz/verfahrensbeistaende/> (zuletzt besucht am 15. Februar 2022).

27 Susanna Niehaus/Renate Volbert/Jörg M. Fegert, Entwicklungsgerechte Verfahren von Kindern in Strafverfahren, 2017, S. 22.

28 Graf-van Kesteren (Fn. 6), S. 30, 33.

29 Baden-Württemberg (§ 8a LRiStaG), Bayern (Art. 6 BayRiStAG), Hamburg (§ 3b HmbRiG), Nordrhein-Westfalen (§ 13 LRiStaG), Sachsen-

lich fehlt es im rechtlich-justiziellen Bereich an einer konsequenteren Erhebung von kinderrechtlich relevanten Daten, um Defizite bei der Aus- und Durchführung von familien- und strafgerichtlichen Verfahren mit Kindern und Jugendlichen sichtbar machen zu können.³⁰

Trotz zahlreicher Stärkungen der Rechte des Kindes in den letzten Jahren sind zentrale Vorgaben der UN-KRK weitestgehend unbeachtet geblieben. Dabei stellt die UN-KRK spezifische Vorgaben zum Zugang zu und der Durchführung von kindgerechten Verfahren auf. Zentral sind dabei, wie eingangs dargestellt, der Kindeswohlvorrang i. S. d. Art. 3 Abs. 1 UN-KRK und das damit eng verknüpfte Recht auf Beteiligung, insbesondere das Recht auf rechtliches Gehör (Art. 12 Abs. 2 UN-KRK).

III. Anwendung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland: Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 UN-KRK und die Leitlinien des Europarats zur Ausgestaltung und Durchführung kindgerechter Justiz

Verschiedene Verträge zu Beginn des 20. Jahrhunderts thematisierten bereits in der einen oder der anderen Form den Schutz von Kindern. Aber erst mit dem Übereinkommen der Rechte des Kindes von 1989³¹

wurden diese verbindlich festgeschrieben. In der Konvention lässt sich zudem ein Richtungswandel erkennen, denn die zahlreichen darin festgeschriebenen Beteiligungsrechte machen die Rolle des Kindes als Subjekt eigener Rechte in Abkehr vom Gedanken an ein passives Schutzobjekt deutlich. Kindern wurde erstmals ein subjektives Recht auf Partizipation garantiert.³² Demnach ist das Kind an Entscheidungen über seine eigenen Angelegenheiten entsprechend seinem Alter und seiner Reife angemessen zu beteiligen.³³

1. Geltung der UN-KRK im deutschen Recht, unmittelbare Anwendbarkeit und Reichweite der völkerrechtlichen Umsetzungspflicht

Wie alle völkerrechtlichen Verträge hat die UN-KRK über Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG in Deutschland den Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Dementsprechend genießt die UN-KRK Geltungsvorrang vor dem Landesrecht (vgl. Art. 31 GG). Darüber hinaus müssen die Bestimmungen des Vertrages im Falle einer Kollision mit deutschen Bundesgesetzen methodisch vertretbar ausgelegt werden.³⁴ Mithin ist die Konvention als Menschenrechtsvertrag nach dem Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zu berücksichtigen.³⁵ Für das Kindeswohlprinzip nach Art. 3 Abs. 1 UN-KRK gilt inzwischen nach nahezu einheitlicher Meinung im Schrifttum und in der Rechtsprechung, dass dieses im deutschen Recht unmittelbar anwendbar ist.³⁶

Anhalt (§7 LRiG) sowie Thüringen (§9 ThürRiStAG) haben eine gesetzliche Fortbildungsverpflichtung in ihr Landesrichtergesetz aufgenommen. Einen Weg bei der Entwicklung kindgerechter Justiz stellt der Nordrhein-westfälische Gesetzesentwurf zur Fortbildungspflicht von Richter:innen dar, vgl. dazu: <https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MD17-13063.pdf;jsessionid=FD3CBC14C4A62EAA802A34B6291BC48B> (zuletzt besucht am 15. Februar 2022); siehe auch die Stellungnahme des DKHW hierzu: <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-4201.pdf> (zuletzt besucht am 15. Februar 2022).

30 Graf-van Kesteren (Fn. 6), S. 41.

31 Erfolgreichster Menschenrechtsvertrag mit 196 Vertragsstaaten, Stand: 16. Dezember 2021, ab-

rufbar unter: <https://indicators.ohchr.org/> (zuletzt besucht am 15. Februar 2022); bzgl. Ratifikationsgesetz in Deutschland vgl. Fn. 1.

32 Schmahl (Fn. 10), Einl. Rn. 2, 19.

33 Wapler (Fn. 8), S. 1.

34 Schmahl (Fn. 3), S. 126; vgl. BverfGE 74, 358 (379).

35 Wapler (Fn. 8), S. 2.

36 KRA, General Comment No. 14 on the right of the child to have their best interests taken as a primary consideration, 2013, CRC/C/GC/14, Nr. 36; Wapler (Fn. 8), S. 17; Schmahl (Fn. 10), Art. 3, Rn. 5; Benassi (Fn. 8), S. 619.

Der Gegenstand und die Reichweite der völkerrechtlichen Umsetzungspflicht bemessen sich nach Art. 4 UN-KRK. Dieser enthält eine unmittelbare Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Verwirklichung aller in der Konvention enthaltenen Rechte.³⁷ Hierzu müssen alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstige Maßnahmen getroffen werden.³⁸

Neben dem Vertragstext sind die Allgemeinen Bemerkungen des Ausschusses für die Rechte des Kindes (*“General Comments”*) regelmäßig als Leitlinien bzw. Auslegungshilfen für die Umsetzung der Kinderrechtskonvention heranzuziehen.³⁹

Nach Ansicht des Kinderrechtsausschuss (KRA) erfordert Art. 4 UN-KRK nationale Strategien und Aktionspläne⁴⁰ unter differenzierter Betrachtung von Kindern in Bezug auf Status, Alter und Geschlecht zur praxisnahen Durchsetzung der Konventionsrechte.⁴¹ Implizit ergibt sich aus Art. 4 UN-KRK ferner, dass die Vertragsstaaten Rechtsbehelfe einführen oder aufrechterhalten müssen, um Konventionsverletzungen

ahnden zu können. Differenziertere Vorgaben für eine kindgerechte Justiz stammen aus dem internationalen Rechtsinstrument der *Leitlinien des Ministerkomitees des Europarats für eine kindgerechte Justiz* (2010), die auf den Vorgaben der UN-KRK aufbauen und betonen, dass Kinder nach den UN-KRK rechtliche Akteur:innen sind.⁴² Die Leitlinien des Europarats gehen insbesondere bei der Betrachtung von Kindern als rechtliche Akteur:innen über die UN-KRK⁴³ noch einmal deutlich hinaus. So werden Kinder in den Leitlinien als Verfahrensbeteiligte gesehen und können selbst Gerichtsverfahren initiieren (Leitlinien 34 und 35). Auch das Recht auf eine eigene rechtliche Vertretung fassen die Leitlinien weiter als die UN-KRK, sodass eine Vertretung nicht nur in jugendstrafrechtlichen, sondern in allen Verfahren erforderlich ist.⁴⁴ Die EU-Kommission hat nun gegenüber dem Europarat nachgezogen und legte im März 2021 die EU-Kinderrechtstrategie vor.⁴⁵

2. Der Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 1 UN-KRK

Art. 3 Abs. 1 UN-KRK kommt im Rahmen der Gewährleistung und Auslegung der garantierten Rechte und bei der Abwägung kollidierender Rechtsgüter zentrale Bedeutung zu. Die Norm enthält die staatliche Verpflichtung, das Kindeswohl bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, als

37 Schmahl (Fn. 10), Art. 4, Rn. 1; KRA, General Comment No. 19 on public budgeting for the realization of children’s rights (art. 4), 2016, CRC/C/GC/19, Nr. 18f.; Wapler (Fn. 8), S. 3.

38 Generell dazu: Norman Weiß, Die Verantwortung des Staates für den Schutz der Menschenrechte, in: Eckart Klein/Christoph Menke (Hrsg.), Universalität – Schutzmechanismen – Diskriminierungsverbote. 15 Jahre nach der Weltmenschrechtskonferenz 1993 in Wien, 2008, S. 517–540.

39 Vgl. KRA, CRC/C/4, 1991, Nr. 73; KRA, CRC/C/4/Rev. 5, 2019, Nr. 77; Wapler (Fn. 8), S. 4; vgl. Schmahl (Fn. 10), Art. 44/45, Rn. 24.

40 Siehe dazu Louise Lehmann, Nationale Aktionspläne im Bereich der Menschenrechte – ein sinnvolles Instrument?, in: MRM 2020, S. 106–115.

41 KRA, General Comment No. 5 on General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6), 2003, CRC/GC/2003/5, Nr. 32; Schmahl (Fn. 10), Art. 4, Rn. 3; vgl. KRA, General Comment No. 2 on the role of independent national human rights institutions in the promotion and protection of the rights of the child, 2002, CRC/GC/2002/2, Nr. 1, 6; KRA, General Comment No. 20 on the implementation of the rights of the child during adolescence, 2016, CRC/C/GC/20, Nr. 37, 3.

42 Graf-van Kesteren (Fn. 6), S. 3.

43 Anfänge dieser Entwicklung lassen sich sehr wohl in den Dokumenten zur UN-KRK erkennen: Zum Beispiel im General Comment No. 5 (Fn. 41), Nr. 24: *“So States need to give particular attention to ensuring that there are effective, child-sensitive procedures available to children and their representatives. These should include the provision of child-friendly information, advice, advocacy, including support for self-advocacy”*.

44 Graf-van Kesteren (Fn. 6), S. 3.

45 Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. EU-Kinderrechtsstrategie vom 24. März 2020, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/1_de_act_part1_v2_1.pdf (zuletzt besucht am 15. Februar 2022).

einen vorrangigen Gesichtspunkt zu berücksichtigen.⁴⁶ Damit ist der Vorrang des Kindeswohls als solches erstmals in einer Menschenrechtskonvention umfassend verankert worden.⁴⁷ Art. 3 Abs. 1 UN-KRK trägt dem Umstand Rechnung, dass Kinder über weniger Möglichkeiten verfügen ihre Interessen selbst zur Geltung zu bringen und ihre Lebensbedingungen nach ihren Vorstellungen zu beeinflussen und mitzugestalten.⁴⁸

Die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls umfasst die Aufgabe von Behörden und Gerichten, ihre Entscheidungspraxis an den Abwägungs- und Begründungserfordernissen des Art. 3 Abs. 1 UN-KRK auszurichten. Die Verpflichtung trifft sowohl die Gesetzgebung als auch die Rechtsanwendung.⁴⁹

Dem Kindeswohl i.S.d. Art. 3 Abs. 1 UN-KRK kommt kein absoluter Vorrang gegenüber anderen privaten oder öffentlichen Belangen zu; im Einzelfall kann es durchaus hinter anderen rechtlich geschützten Interessen zurücktreten. Allerdings trifft die Behörden und Gerichte in einem solchen Fall eine Darlegungs-, Begründungs- und Beweislast.⁵⁰ Nach den Äußerungen des KRA gewährt Art. 3 Abs. 1 UN-KRK ein Recht, zugleich stellt es ein Auslegungsprinzip dar und statuiert verfahrensrechtliche Pflich-

ten.⁵¹ Weiterhin begründet Art. 3 Abs. 1 UN-KRK einen subjektiven Anspruch auf konventionsfehlerfreie Abwägung, ähnlich wie der im nationalen Recht einklagbare Anspruch auf fehlerfreies Ermessen.⁵² Ob darüber hinaus ein subjektives Recht im Sinne eines Rechtsanspruches der:des Einzelnen ableitbar ist, ist offen.⁵³ Ein konkretes Recht des Kindes kann aber verletzt sein, wenn bei einer staatlichen Maßnahme z. B. das Kindeswohl nicht vorrangig in der Abwägung mit anderen Belangen berücksichtigt wurde.

Die Bestimmung des Art. 3 Abs. 1 UN-KRK verpflichtet alle staatlichen Akteur:innen in Deutschland, also Behörden des Bundes, der Länder und Kommunen, Gerichte, öffentlich-rechtliche Anstalten, Körperschaften und Stiftungen.⁵⁴ Seit langem wird diskutiert, wie das Prinzip des Kindeswohlvorranges als Kriterium durch die Vertragsstaaten festzulegen ist: Die UN-KRK enthält dazu keine Definition.⁵⁵

3. Bestimmung des Begriffs des Kindeswohls (*best interests of the child*)

Die überragende Rolle, die das Vorrangsprinzip nach Art. 3 Abs. 1 UN-KRK einnehmen soll, wird von der Unbestimmtheit dieses Kriteriums teilweise in Frage gestellt.⁵⁶ Der Begriff des Kindeswohls ist werteabhängig und steht in einem gewissen Umfang kulturellen, politischen und religiösen Vorstellungen offen.⁵⁷ Dementspre-

46 In der englischen Fassung ist der Artikel wie folgt formuliert: *“In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration.”*; ein vergleichbarer Grundsatz findet sich mittlerweile auch in der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) in Art. 7 Abs. 2, in der EU-Grundrechtecharta (GRCh) in Art. 24 sowie in Art. 6 der Dublin-III-Verordnung der EU, vgl. Wapler (Fn. 8), S. 7.

47 Hendrik Cremer, Kinderrechte und der Vorrang des Kindeswohls, in: Anwaltsblatt 4/2012, S. 327–329 (328); Lorz/Sauer (Fn. 3), S. 10ff.

48 Wapler (Fn. 8), S. 7; KRA (Fn. 36), Nr. 37.

49 Schmahl (Fn. 10), Art. 3, Rn. 6; KRA (Fn. 36), Nr. 25ff.

50 Schmahl (Fn. 10), Art. 3, Rn. 8.

51 KRA (Fn. 36), Nr. 6.

52 Ralph Alexander Lorz, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 UN-KRK in der deutschen Rechtsordnung, 2003, S. 74; Wapler (Fn. 8), S. 9.

53 Vgl. Wapler (Fn. 8), S. 9; OVG Lüneburg vom 2. Oktober 2012, Az. 8 LA 209/11, juris Ziff. 32; Schmahl (Fn. 10), Art. 3, Rn. 1 und 5.

54 Wapler (Fn. 8), S. 10.

55 Cremer (Fn. 47), S. 328.

56 Schmahl (Fn. 10), Art. 3, Rn. 9.

57 Michael Freeman, in: André Alen et al. (Hrsg.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, 2007, Art. 3, S. 1; Cremer (Fn. 47), S. 328.

chend unterliegt das Begriffsverständnis auch dynamischen gesellschaftlichen Wertvorstellungen und Entwicklungen.⁵⁸ Dies hat allerdings nicht zur Folge, dass es den Rechtsanwendern bei der Anwendung der UN-KRK freisteht, das Kindeswohl nach eigenem Ermessen zu bestimmen. Der Begriff des Kindeswohls ist so auszulegen, dass er mit den andern Konventionsrechten in Einklang steht.⁵⁹

Vor diesem Hintergrund ist entscheidend bei der Definition des Kindeswohls, die Sicht des betroffenen Kindes angemessen zu berücksichtigen und dieses je nach Entwicklungsstand direkt zu beteiligen. Das Vorrangsprinzip des Art. 3 Abs. 1 UN-KRK und das Recht zur Beteiligung nach Art. 12 UN-KRK sind insoweit untrennbar miteinander verknüpft. Art. 12 UN-KRK liefert die Methode zur Feststellung des Kindeswohls und hebt die Bedeutung von Kindern in allen sie betreffenden Angelegenheiten hervor.⁶⁰ Die qualitativen Mindeststandards des KRA zum Beteiligungsverfahren umfassen u. a. die Transparenz für Kinder und Jugendliche, Freiwilligkeit ihrer Beteiligung und Inklusivität im Sinne von Diskriminierungsfreiheit. Die Umsetzung dieses Rechtes muss von den Vertragsstaaten dergestalt sichergestellt werden, dass auch die Kinder erfasst werden, die Schwierigkeiten haben, ihrer Meinung Gehör zu verschaffen.⁶¹

Für die konsequente Beachtung der überragenden Rolle des Kindeswillens bei der Bestimmung des Kindeswohls durch die Vertragsstaaten wird es teilweise als hinder-

lich angesehen, dass dies aus dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 UN-KRK nicht klar hervorgeht und dadurch dem Fokus auf die Bestimmung des Kindeswohls durch Erwachsene Vorschub geleistet werden könnte.⁶² Diese Interpretation wird durch die deutsche Übersetzung des Vertragstextes begünstigt. Dort wo der deutsche Vertragstext den Begriff Kindeswohl verwendet, steht in der englischen Fassung *“best interests of the child”*. Dies wird von Expert:innen nicht als gleichbedeutend mit der nationalen Übersetzung „Kindeswohl“ angesehen und auch vom KRA wird der deutsche Begriff „Kindeswohl“ in seinen Staatenberichten mit *“wellbeing”* oder *“wellfare of the child”* übersetzt. In der französischen und spanischen Fassung hingegen finden sich beispielsweise dem Englischen entsprechende Formulierungen.⁶³ Erst durch den Begriff „Bestes Interesse des Kindes“ werden der emanzipatorische Gehalt und der Grundgedanke der Konvention deutlich. Ein Interesse hat nur ein Subjekt. In der Formulierung steckt die Aufforderung, das, was zum Wohl des Kindes ist, aus der Sicht des Kindes und unter Einbeziehung des Kindes zu klären.⁶⁴ Wohingegen der deutsche Begriff des Kindeswohls dazu kein klares Zeichen setzt.⁶⁵

Dies könnte damit in Zusammenhang stehen, dass der nationale Begriff des Kindeswohls vorbelastet ist und aufgrund seiner historischen Entwicklung schwer mit dem emanzipatorischen Gehalt der UN-KRK, ihrer kindbasierten Bestimmung des Kindeswohls und der daraus ableitbaren engen Verknüpfung des Rechts auf Beteiligung nach Art. 12 UN-KRK in Verbindung gebracht werden kann.

58 KRA (Fn. 36), Nr. 1; Lothar Krappmann, Kindeswohl im Spiegel der UN-Kinderrechtskonvention, in: EthikJournal 2/2013, S. 7.

59 Cremer (Fn. 47), S. 328; Krappmann (Fn. 58), S. 7.

60 KRA (Fn. 36), Rn. 43; Schmahl (Fn. 10), Art. 3, Rn. 9.

61 Judith Feige/Stephan Gerbig, Das Kindeswohl neu denken: Kinderrechtsbasierte Ermittlung und Bestimmung des Kindeswohls, 2019, S. 3; Deutsche amtliche Übersetzung der Allgemeinen Bemerkung Nr. 12 zum Recht des Kindes auf Gehör (2009), S. 8ff., abrufbar unter: https://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/130813_CRC_General_Comment_12_d.pdf (zuletzt besucht am 15. Februar 2022).

62 Krappmann (Fn. 58), S. 7ff.

63 Ibidem. Vgl. französische Fassung: *« l'intérêt supérieur de l'enfant »* und spanische Fassung: *“el interés superior del niño”*.

64 Krappmann (Fn. 58), S. 8.

65 Ibidem.

4. Rechtshistorische Betrachtung des nationalen Kindeswohlbegriffs

Der Begriff des Kindeswohls, der zuerst am Ende des 19. Jahrhunderts im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) eingeführt wurde, ist ein zentraler Begriff der Sozialgesetzgebung, z. B. im Kinder- und Jugendhilferecht sowie im Familien- und Kindschaftsrecht.⁶⁶ Der Kindeswohlbegriff ist kein deskriptives Tatbestandsmerkmal, sondern Herzstück der Generalklausel des § 1666 BGB.⁶⁷ Der Begriff ist Schutzgut des § 1666 BGB und Richtpunkt für die Ausübung des staatlichen Wächteramts.⁶⁸ Dabei ist das Kindeswohl zentraler Anknüpfungspunkt für die Definition der staatlichen Eingriffsschwelle in den elterlichen Sorgeprimat und fungiert insofern als Eingriffslegitimation. Daneben ist das Kindeswohl aber auch entscheidungsleitender Gesichtspunkt für die Auswahl der notwendigen Kinderschutzmaßnahmen – und stellt den Entscheidungsmaßstab für Familienrichter:innen dar.⁶⁹

Der Begriff des Kindeswohls ist heftig umstritten und hat dazu beigetragen, dass die Kinder und Jugendlichen selbst zu der Frage, was in ihrem besten Interesse liegt, oft nicht gehört werden.⁷⁰ Auch wenn die Anerkennung von Kindern als Rechtspersonlichkeiten und Grundrechtsträger:innen unbestritten ist, scheint die Einordnung der Generalklausel des § 1666 BGB in die Kategorie „staatliche Fürsorge für Unmündige“ nicht vollends abgelegt werden zu können.⁷¹ Obwohl dem Kindeswillen auch bei der Bestimmung des Kindeswohls Bedeutung beigemessen wird, lässt der paternalis-

tisch-protektionistische Gedanke des Kindeswohlbegriffs, den durch die UN-KRK angestregten Perspektivwechsel in der deutschen Justizpraxis oftmals in den Hintergrund treten.

Die Bedeutung des Kindeswohls in älteren Rechtsordnungen lässt Rückschlüsse auf die starke Prägung des Begriffs zu. Im römischen Recht war das Kind eingebunden in den Familienverband und unterstand der Kontrolle des Hausvaters (*pater familias*). Die väterliche Gewalt (*patria potestas*) stand dabei nicht im Interesse des Kindes, sondern ausschließlich im eigenen Interesse.⁷² Bis ins 16. Jahrhundert hatte sich der Staat insgesamt wenig für Familienfragen interessiert und diese als Angelegenheit der Kirche betrachtet. Erst mit der Reformation übernahm der Obrigkeitsstaat den Ordnungsanspruch. Die Rechtslage des Kindes wurde nach den politischen Zielen des Staates gestaltet und setzte die patriarchalische Struktur in der Familie fort. Das Zeitalter der Aufklärung führte zu einer vollkommen neuen Deutung der elterlichen Gewalt. Kinder wurden als solche wahrgenommen und nach ihren Interessen befragt. Ausgangspunkt war die in der Zeit der französischen Revolution gewachsene Idee von der Gleichheit der Menschen und ihre Hervorhebung der:des Einzelnen als Subjekt. Insbesondere *Rousseau* sprach der Erwachsenenwelt ab, nahezu herrschaftlich verfügend zu bestimmen und gestand dem Kind Eigenkräfte zu, die es zu schützen und zu fördern galt.⁷³

Im Bürgerlichen Gesetzbuch von 1900 markierte die Gefährdung des Kindeswohls grundsätzlich kaum anders als heute eine der wesentlichen Voraussetzungen für staatliche Eingriffe in das elterliche Erziehungsrecht.⁷⁴ Der Begriff bleibt neben der

66 *Manfred Liebel*, Kindesinteressen. Zwischen Paternalismus und Partizipation, 2015, S. 108.

67 Hier soll nur auf § 1666 BGB eingegangen werden; *Michael Coester*, in: J. von Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 4, 16. Auflage 2020, § 1666 Rn. 66.

68 *Coester* (Fn. 67), § 1666 Rn. 65; vgl. *Wapler* (Fn. 8), S. 29 ff. zu den rechtsgeschichtlichen Wurzeln.

69 *Coester* (Fn. 67), § 1666 Rn. 65.

70 *Jörg Maywald*, Kinder haben Rechte! Kinderrechte kennen – umsetzen – wahren, 2012, S. 92; *Liebel* (Fn. 66), S. 108.

71 *Coester* (Fn. 67), § 1666 Rn. 65.

72 *Katharina Parr*, Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB, 2005, S. 11; *Gottlieb Planck*, Vorentwürfe der Redaktoren zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Familienrecht, Teil 2: Beendigung der Ehe, Recht der Abkömmlinge, Vormundschaftsrecht, 1875–1888, S. 1358.

73 *Parr* (Fn. 72), S. 16.

74 *Friederike Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 29.

Auslegung des elterlichen Fehlverhaltens vage und unbestimmt. Dies kann darauf zurückgeführt werden, dass das Familienrecht in dieser Zeit von dem Leitgedanken der Rechtsfreiheit der familiären Sphäre geprägt war. Es blieb insoweit bei der tradierten Vorstellung, dass dem Vater umfassende Verantwortung oblag. Der Wohlbegriff orientierte sich zwar an den Interessen des Kindes, diese bemaßen sich aber daran, wie sich die Gesellschaft gute Erziehung vorstellte.⁷⁵ So war das einzelne Kind selbst nicht Gegenstand der Betrachtung.

Der Kindeswohlbegriff wurde im weiteren geschichtlichen Verlauf als Vehikel verwendet, um in die politische oder religiöse Erziehung der Familien einzugreifen.⁷⁶ Der Begriff des Kindeswohls⁷⁷ gehört zu den unbestimmten Rechtsbegriffen, die von der nationalsozialistischen Justiz und Rechtslehre dazu genutzt wurden, das geltende Recht im Sinne der nationalsozialistischen Ideologien auszulegen. Die Volksgemeinschaft stand über dem Individuum.⁷⁸ Die Familie hatte einzig den Zweck, den Bestand des Volkes zu sichern. Als wichtigste Pflicht der Familie galt, die Kinder nach nationalen Ideologien zu erziehen. Der Kindeswohlbegriff stellte sich als Einfallstor für unbegrenzte staatliche Kontrolle und Regelung des Familienlebens dar.

„Während sich am Ende des 18. Jahrhunderts bzw. zu Beginn des 19. Jahrhunderts „der aufgeklärte Obrigkeitsstaat den Individualschutz auch gegenüber der Familie zur Aufgabe [macht], [...]“ wird allmählich im Verlaufe des 19. Jahrhunderts „der einzelne wiederum in die Familie eingeschmolzen“.⁷⁹ Die Familie gilt zunehmend als ein vorrechtlicher Bereich, weshalb „zwischen den Gliedern eines solchen Gebildes, das wesensmäßig außerhalb des äußeren

Rechts liegt, [...] auch nicht rechtlich gestritten werden [kann]“.⁸⁰ Dies führt zur „Ausweisung des Rechts aus dem Familieninneren“ und zu einer „Versagung des Individualschutzes“ [...].⁸¹ Diese Entwicklung einer Rücknahme des Individualschutzes von Kindern findet nach und nach auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung ihren Niederschlag: [...] Das Reichsgericht (RG) vertrat die Ansicht, dass in einem Verfahren nach § 1666 BGB „der Vater und das Kind sich nicht als Parteien“ gegenüberstehen, deren Interessen einander widerstreiten. Das Kind ist vielmehr Gegenstand amtlicher Fürsorge, und dementsprechend ist auch das Verfahren geordnet.^{82/83}

In der Bundesrepublik gelten die Vorschriften des BGB zunächst unverändert fort, darunter auch § 1666 BGB in der Fassung vom 1. Januar 1900. Die Interpretation des Kindeswohlbegriffs knüpfte weitestgehend an die Tradition des späten Kaiserreichs und der Weimarer Republik an, doch wurden auch Gerichtsentscheidungen aus der Zeit des Nationalsozialismus unkritisch weiter in Kommentaren zitiert. Der Fokus für die Bestimmung der Kindeswohlgefährdung verschob sich aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, durch die ab 1968 das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Grundrecht des Kindes ausdrücklich anerkannt wurde, weg vom Nachweis elterlichen Fehlverhaltens hin zur Prüfung der individuellen Interessen des Kindes.⁸⁴ In der Folgezeit wurden sukzessive positive Kindeswohlstandards definiert und ausgeweitet und es war zunehmend eine Individualisierung des Kindeswohlbegriffs zu beobachten.

Die Genese des Kindeswohlbegriffs in Deutschland macht deutlich, dass das Wohl des Kindes ungebrochen eine Angelegenheit ist, die zwischen Staat und Eltern geregelt werden muss. Insoweit stellt sich die

75 Ibidem, S. 41.

76 Ibidem, S. 43.

77 Ibidem, S. 60.

78 Ibidem, S. 52.

79 Schwab, AcP 272 (1972), S. 266/286, zitiert in: Ludwig Salgo, Der Anwalt des Kindes. Die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Kinderschutzverfahren. Eine vergleichende Studie, 1996, S. 401.

80 Ibidem, S. 287, zitiert in: Salgo (Fn. 79).

81 Ibidem.

82 RGZ 60, 134/137, zitiert in: Salgo (Fn. 79).

83 Salgo (Fn. 79).

84 Wapler (Fn. 74), S. 60 ff.; vgl. BVerfGE 24, 119 (144).

Verwendung des Begriffs „Kindeswohls“ als regierungsamtliche Übersetzung der in der englischsprachigen Originalfassung der UN-KRK gewählten Formulierung *“best interests of the child”* als problematisch dar. Diese lässt die Rechtsgeschichte des Begriffs außer Acht, die bislang kaum dem Entstehungsgedanken und dem emanzipatorischen Gehalt der Kinderrechte entspricht und das Zusammenspiel von Kindeswohl und Beteiligung aus Art. 3 Abs. 1 UN-KRK und Art. 12 UN-KRK verkennt. Um Entscheidungen zum Besten des Kindes herbeizuführen, ist eine aktivere Berücksichtigung des Willens und der Wünsche des Kindes zwingend erforderlich.⁸⁵

Selbst wenn in der Formulierung des besten Interesses des Kindes keine Garantie für eine kindbasierte Bestimmung des Kindeswohlbegriffs besteht, hat die Formulierung im Unterschied zum historisch belasteten Begriff des Kindeswohls einen erkennbaren Bezug zu dem handelnden Subjekt und macht bereits durch einen anderen Wortlaut Differenzen zum vorherrschenden „Kindeswohl“ deutlich.⁸⁶

IV. Fazit

Der Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 UN-KRK (*“best interests of the child”*) und das damit eng verknüpfte Recht auf Beteiligung nach Art. 12 UN-KRK finden wenig Beachtung bei der Durchführung und Ausgestaltung gerichtlicher Verfahren, in denen Kinder und Jugendliche involviert sind. Gleichzeitig ist nicht für alle Kinder in Deutschland ein gleichwertiger Zugang zum Recht gesichert. Dies betrifft insbesondere Kinder, die aufgrund der Verflechtung von mehreren Diskriminierungsmerkmalen einen besonders erschwerten Zugang zum Recht haben.⁸⁷ Um allen Kindern gleichwertigen Zugang zum Recht garantieren zu können, muss in Deutschland

noch mehr dafür getan werden, dass sich die Rechtspraxen regional weniger stark unterscheiden und im Sinne einer kindgerechten Justiz die Ungleichheiten unter Kindern erkannt und bei der Konzeption von Maßnahmen auf ihre unterschiedlichen Bedarfe eingegangen wird.⁸⁸ Die kindgerechte Durchführung von Ermittlungs-, Gerichts- und Verwaltungsverfahren, welche Kinder betreffen, ist eine grundlegende Voraussetzung für den Schutz und die Umsetzung aller anderen Kinderrechte. Das kinderrechtliche Verständnis des Kindeswohlvorranges i.S.d. Art. 3 Abs. 1 UN-KRK (*“best interests of the child”*) und damit untrennbar verknüpft das Recht auf Gehör und Berücksichtigung der Meinung des Kindes aus Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 UN-KRK muss so zur Umsetzung gebracht werden, dass allen Kindern ein diskriminierungsfreier Zugang zu ihren Rechten insbesondere auf Gehör verschafft wird.⁸⁹

Entsprechend den Ausführungen des KRA muss für die Ausgestaltung der Beteiligungsrechte neben den gesetzlichen Regelungen eine Implementationspraxis, etwa durch Information und Fortbildung der Entscheidungsträger:innen, geschaffen werden.⁹⁰ Justiz kann vor allem dann kindgerechter werden, wenn die Richterschaft und andere Fachkräfte über Wissen zu Kinderrechten verfügen und Respekt vor Kindern und Sicherheit im Umgang mit ihnen ausstrahlen.⁹¹ So kann einem modernen, kinderrechtlichen Verständnis des Kindeswohlbegriffs Vorschub geleistet werden.

Dass die UN-KRK nach über 30 Jahren Geltungsdauer nicht vollständig umgesetzt wurde, sollte einen Denkanstoß geben und als Anknüpfungspunkt dienen, um den Kindeswohlbegriff neu zu denken. Dies hätte zur Folge, dass Kindern ihre bereits lange Zeit durch die UN-KRK verbürgten Rechte besser garantiert würden.

85 Feige/Gerbig (Fn. 61), S. 3.

86 Liebel (Fn. 66), S. 113.

87 Graf-van Kesteren (Fn. 6), S. 41.

88 Ibidem.

89 Feige/Gerbig (Fn. 61), S. 3ff.

90 Wapler (Fn. 8), S. 57; KRA (Fn. 10), Nr. 49.

91 Graf-van Kesteren (Fn. 6), S. 15.