

National Coalition

für die Umsetzung der

UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland (NC)

Geschäftsstelle: Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe - AGJ • Mühlendamm 3 • 10178 Berlin

Tel. 030/400 40 -216/-218, Fax 030/400 40 232, E-Mail: info@national-coalition.de

Rechtsträger der National Coalition: Vorstand der AGJ. e.V. • V.i.S.d.P.: Peter Klausch

EXPERTISE

„Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung:

***Was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung
des Kindeswohlvorrangs nach der UN-
Kinderrechtskonvention im deutschen Recht?“***

von

Prof. Dr. Ralph Alexander Lorz

Wissenschaftliche Stellungnahme

zum Thema

Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung: Was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention im deutschen Recht?

I. Einleitung

1. Die Rücknahme der Vorbehaltserklärung zur KRK

Die UN-Kinderrechtskonvention (KRK), die am 20. November 2009 ihren 20. Geburtstag feierte, ist zumindest in einer Hinsicht – bezogen auf die Zahl der Staaten, die sie ratifiziert haben – der erfolgreichste existierende Menschenrechtsvertrag¹. Freilich führt die Ratifikation eines Menschenrechtsvertrages für sich genommen noch zu keiner tatsächlichen Verbesserung der Menschenrechtslage. Entscheidend ist, dass die Staaten ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen auch erfüllen, d.h. insbesondere die hierfür erforderlichen Änderungen ihres innerstaatlichen Rechts vornehmen. Die Bundesregierung war dazu im Vorfeld der Ratifikation der KRK im Jahr 1992 der Auffassung, dass das deutsche Recht den völkerrechtlichen Vorgaben schon weitge-

¹ Die KRK hat mit Stand Juli 2010 insgesamt 193 Vertragsstaaten, es fehlen nur die USA und Somalia (s. dazu http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en).

hend entspreche². Um aber gewisse dennoch bestehende Anpassungsnotwendigkeiten auszu-schließen, gab sie auf Betreiben der Länder³ bei der Ratifikation der KRK⁴ eine Erklärung zu ihren innerstaatlichen Wirkungen ab⁵. Neben Erklärungen zum Jugendstrafrecht, zum Ausländerrecht und zu Fragen der elterlichen Sorge wurde darin vor allem festgehalten, dass die KRK keine unmittelbare Anwendung finde. Versuche, diese Erklärungen wieder zu beseitigen⁶, scheiterten stets am Widerstand der Länder⁷. Erst nach der Bundestagswahl 2009 faßte die neue Regierungskoalition den Entschluss, die Erklärungen zurückzunehmen⁸, und fand dafür am 26. März 2010 die Billigung des Bundesrats. Daraufhin verfügte das Bundeskabinett die Rücknahme am 3. Mai 2010, und am 15. Juli 2010 wurde den Vereinten Nationen eine förmliche Rücknahmeerklärung übergeben⁹. Seitdem gilt die KRK auch in Deutschland ohne jede 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 KRK innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung finden sollte, von grundlegend klarstelter 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 sogar muss, wenn die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit gegeben sind¹⁰. Denn Völkervertragsrecht

² S. die Denkschrift der Bundesregierung zur Ratifikation der KRK (BT-Drs. 12/42, S. 32); kritisch dazu *Meng*, Anwendung völkerrechtlicher Konventionen über Kinderrechte im deutschen Recht, in: Koeppel (Hrsg.), Kindschaftsrecht und Völkerrecht, 1996, S. 5 (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 s. etwa *Streinz*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 32 Rn. 31 ff.

⁴ Ratifikationsgesetz vom 17.2.1992 (BGBl. II, S. 121).

⁵ S. die Bekanntmachung vom 10.7.1992 (BGBl. II, S. 990).

⁶ S. die Aufzählung in der Großen Anfrage der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN vom 31.1.2007 (BT-Drs. 16/4205).

⁷ S. nur die Darstellung in der Antwort der Bundesregierung vom 13.7.2007 auf die vorgenannte Große Anfrage (BT-Drs. 16/6076, S. 3).

⁸ S. die Koalitionsvereinbarung zwischen CDU, CSU und FDP vom 26.10.2009, S. 70 (<http://www.cdu.de/doc/pdfc/091026-koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf>).

⁹ S. die Pressemitteilungen des BMJ vom 3.5.2010 und vom 15.7.2010 (www.bmj.bund.de).

¹⁰ Das war für Art. 3 KRK sogar schon immer der Fall; die diesbezügliche Erklärung war völkerrechtlich irrelevant, vgl. dazu *Lorz*, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung, 2003, S. 25 ff.; sowie zu den Voraussetzungen und zum Problem der begrifflichen Vielfalt im Einzelnen ebda. S. 10 ff.; ferner *Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, S. 213 f.; *Krajewski*, Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation, 2001, S. 53 ff.; eingehend *Kaiser*, Treaties, Direct

erhält durch den im (gesetzgeberischen) Zustimmungsakt liegenden Rechtsanwendungsbefehl innerstaatliche Geltung, gehört damit also zu Gesetz und Recht, an das der Rechtsanwender nach Art. 20 Abs. 3 GG gebunden ist¹¹. 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 auszuschließen¹².

Nach der Rücknahme dieser Erklärung richtet sich die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der KRK im deutschen Recht jetzt aber unstreitig 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*)¹³. Jede innerstaatlich geltende Völkerrechtsnorm, für die Anwendungsbefugnis und Anwendungsfähigkeit gegeben sind, ist unmittelbar anwendbar.

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 einzelnen Rechtsanwender richten wollten¹⁴. 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 unmittelba-

Applicability, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck EPIL, Stand: September 2006 (<http://www.mpepil.com>).

¹¹ S. bereits Lorz (Fn. 10), S. 55.

¹² Näher Lorz (Fn. 10), S. 26 ff. mit Argumenten zur Unbeachtlichkeit dieser Erklärung; Auseinandersetzung mit diesem Ansatz bei Peters, AVR 34 (2005), S. 257 (260 ff.); für eine Einordnung als Vorbehalt etwa Ullmann, FamRZ 1991, S. 898 (899); Zimmermann, IPrax 1996, S. 167 (173); kritisch auch Wolf, ZRP 1991, S. 374 ff.

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

¹⁴ S. Dorsch, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, 1994, S. 313; Bossuyt, RUDH 1990, S. 141 (144); Meng (Fn. 2), S. 23; und Lorz (Fn. 10), S. 16 f.

re Anwendung erforderlichen normativen Dichte¹⁵: 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.

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

Eine Sonderstellung innerhalb der Konvention nimmt jedoch Art. 3 Abs. 1 KRK ein, wonach 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 ohne Weiteres fähig ist. Vielmehr haben wir es hier mit dem Kernanliegen der gesamten Konvention zu tun, mit einem Leitprinzip, das durch die vielen Einzelgarantien nur variiert bzw. ausgestaltet wird¹⁶. Die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls ist normativer Dreh- und Angelpunkt der KRK, 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 dieser Unterschied bewusst gemacht worden ist¹⁷: So werden durch Art. 4 KRK 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 vom Rechtsanwender beachtet werden muss.

3. Folgefragen

Da Art. 3 Abs. 1 KRK mit seiner Bezugnahme auf „alle Maßnahmen, die Kinder betreffen,

¹⁵ S. dazu im Einzelnen Lorz (Fn. 10), S. 17 m.w.N.

¹⁶ S. etwa 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, *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 (Hrsg.), *Vom Kindeswohl zu den Kinderrechten*, 1994, S. 21 (34); und Price Cohen, *Introductory Note*, *ILM* 28 (1989), S. 1448 (1450).

¹⁷ S. bereits Lorz (Fn. 10), S. 18 f.

gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden“, einen äußerst weitreichenden Anwendungsbereich hat, erhält die Frage nach den Konsequenzen dieser Verpflichtung des Rechtsanwenders zur unmittelbaren Anwendung des Vorrangprinzips ganz erhebliche Bedeutung. Diesen Konsequenzen geht die vorliegende Stellungnahme 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 verdeutlicht die Stellungnahme in einem zweiten Schritt die zentrale Wirkweise des Vorrangprinzips im deutschen Recht (III.), indem sie Elemente der Dogmatik einer vorrangigen Berücksichtigungspflicht aufzeigt, 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.

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 Vertragsrechtsübereinkommens¹⁸ – in die herkömmliche Terminologie übersetzt – nach dem Wortlaut, der Systematik und vor allem dem Regelungsziel auszulegen¹⁹; 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 nun ein Blick auf den Entstehungsprozess der KRK als aufschluß-

¹⁸ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (BGBl. 1985 II, S. 926).

¹⁹ Zur Vertragsauslegung s. etwa *Herdegen*, Völkerrecht, 9. Aufl. 2010, § 15 Rn. 28 ff.

reich²⁰: 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”²¹. Nach intensiven Diskussionen einigte sich die Arbeitsgruppe in den darauffolgenden Jahren darauf, “the paramount consideration” durch “a primary consideration” zu ersetzen²². Denn von einigen Delegationen wurde die ursprüngliche Formulierung für zu weitgehend gehalten. Dabei ging es allerdings nicht darum, den Kindeswohlvorrang grundsätzlich abzuschwächen²³. 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 eine gewisse Flexibilität angedeutet werden sollte²⁴. 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 komme²⁵.

Diese Unterscheidung erweist sich jedoch schon aus linguistischer Perspektive als inhaltslos. Denn wenn in einem bestimmten Text überhaupt nur *eine* Erwägung genannt und diese dann als vorrangig bezeichnet wird, kann es aus der Sicht dieses Textes auch nur *ein* Primat geben. Der Gebrauch des indefiniten Artikels ändert daran nichts, sondern ist – wie die Auseinandersetzung in der Arbeitsgruppe zeigt – lediglich als Hinweis darauf zu verstehen, dass das Kindeswohl keinen unter allen denkbaren Umständen geltenden *absoluten* Vorrang genießen soll. Insbesondere kann der indefinite Artikel des Englischen nicht ohne weiteres mit dem indefiniten Artikel im Deutschen gleichgesetzt werden, da es für ein Textverständnis immer auf den voll kontextualisierten Konstruktionsprozess ankommt²⁶.

Die Analyse dieses Prozesses ergibt jedoch im vorliegenden Fall, dass der indefinite Artikel „a“ keine kontrastive Funktion haben kann. Das erkennt man schon daran, dass die gesamte No-

²⁰ Umfassend Detrick (Hrsg.), The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the Travaux Préparatoires, 1992.

²¹ S. Detrick (Fn. 20), S. 131.

²² S. Detrick (Fn. 20), S. 135.

²³ Ebenso Detrick (Fn. 16), S. 91 m.w.N.

²⁴ S. Detrick (Fn. 20), S. 133 f.

²⁵ S. Detrick (Fn. 20), S. 137.

²⁶ Vgl. Stein, Vom Bedeuten in der Sprach- und Rechtswissenschaft, in: Krüper/Merten/Morlok (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, Tübingen 2010, S. 139 ff., der sich in diesem Zusammenhang gegen eine „semantische Backsteintheorie“ wendet.

minalphrase „a primary consideration“ nur zwei Betonungsgipfel aufweist und das „a“ in jedem Fall ohne Betonung bleibt. Hätte man an dieser Stelle, an der die „considerations“ zum ersten Mal in den Diskurs eingeführt werden, einen Kontrast dergestalt zum Ausdruck bringen wollen, dass nur „eine“ unter anderen „primary considerations“ gemeint sein sollte, so hätte man im Englischen eine andere Formulierung wählen müssen, etwa „one of the primary considerations“ – wobei eine Etablierung mehrerer Primate nebeneinander an sich bereits problematisch wäre. In semantischer Hinsicht bräuchte in Art. 3 Abs. 1 KRK ohnedies nur ein Adjektiv zu stehen: „primary“. Doch weist speziell das Englische eine allgemeine strukturelle Tendenz auf, nackte Adjektive nach einer prädikativen Form des Verbs „be“ zu vermeiden und außerdem aus satz-funktionalen Gründen ein schwerer wiegendes Nomen an das Satzende zu stellen.

Dass es auf die Entscheidung für den indefiniten oder definiten Artikel in diesem Kontext nicht weiter ankommt, zeigt schließlich die Sprachfassung der Afrikanischen Kinderrechtecharta (ACRWC) aus dem Jahr 1990²⁷. Dort wurde in Art. 4 Abs. 1 ACRWC tatsächlich die bei den Beratungen zur KRK noch verworfene Variante gewählt, das Kindeswohl müsse bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen „the primary consideration“ sein. Es gibt jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass mit dieser Veränderung des Artikels irgendeine inhaltliche Unterscheidung zur KRK beabsichtigt gewesen sei. Vielmehr erklärt sie sich aus der unterschiedlichen Artikelhandhabung im afrikanischen Englisch²⁸, das gegenüber den britischen und amerikanischen Standardvarietäten zum Teil expliziter formuliert und daher die stärkere Ausdrucksform wählt, ohne dass damit eine Veränderung der Aussage beabsichtigt wäre.

Einen anderen Weg mit Blick auf die Fassung des Kindeswohlvorrangs wählt die Verfassung von Südafrika (CRSA)²⁹. Hier heißt es in Art. 28 Abs. 2 CRSA: „A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child.“ Ob damit ein im Vergleich zur KRK stärkerer Vorrang des Kindeswohls bezweckt oder erreicht wird, ist jedoch fraglich. Dafür spricht zwar die Verwendung von „paramount“ an Stelle von „primary“, doch die gleichzeitig vorgenommene Ersetzung von „consideration“ durch „importance“ sorgt dafür, dass auf diese Weise ebenfalls kein absoluter Vorrang begründet und somit in der Sache der Aussagegehalt der KRK aufgegriffen wird.

Als Ergebnis der Auslegung lässt sich damit festhalten, dass mit Art. 3 Abs. 1 KRK dem Kin-

²⁷ African Charter on the Rights and Welfare of the Child vom 11. Juli 1990 (im Internet verfügbar unter <http://actrav.itsilo.org/actrav-english/telearn/global/ilo/law/afchild.htm>).

²⁸ Vgl. dazu *van der Walt/van Rooy*, Towards a Norm in South African Englishes, in: *World Englishes* 21 (2002), S. 113 ff.; *Meierkord*, Syntactic Variation in Interactions across International Englishes, in: *English World-Wide* 25 (2004), S. 109 ff.

²⁹ Verfassung der Republik Südafrika vom 8. Mai 1996 (im Internet verfügbar unter http://www.servat.unibe.ch/icl/sf00000_.html).

deswohl eine herausragende Bedeutung für alle Entscheidungen über Kinder betreffende Maßnahmen zugesprochen werden sollte. 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. 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 – entgegenstehenden 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 Menschenrechtskonvention³⁰, der Internationale Pakt für bürgerliche und politische Rechte³¹ oder der Internationale Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte³² keinen 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 Behinderungen oder von Frauen bezogen wären. Vielmehr beziehen sich auch die in diesen Konventionen enthaltenen Vorrangbestimmungen auf das Kindeswohl: So ist nach Art. 7 Abs. 2 CRPD 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 behinderte Kinder handelt. Und nach Art. 5 lit. b)

³⁰ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4.11.1950 (BGBl. 1954 II, S. 14).

³¹ ICCPR vom 19. Dezember 1966 (BGBl. 1973 II, S. 1534).

³² ICESCR vom 19. Dezember 1966 (BGBl. 1973 II, S. 1570).

³³ Convention on the Rights of Persons with Disabilities vom 13. Dezember 2006 (BGBl. 2008 II, S. 1419).

³⁴ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women vom 18. September 1979 (BGBl. 1985 II, S. 647).

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 muss³⁵.

Durch den Vergleich des Kindeswohlvorrangs nach der KRK 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 herauszubilden³⁶. Ein Blick auf Art. 24 der Europäischen Grundrechtecharta³⁷, die durch den Vertrag von Lissabon nun endgültig volle rechtliche Verbindlichkeit erlangt hat³⁸, stützt dieses Ergebnis.

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, d.h. welche Wirkungen der Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 KRK im deutschen Recht entfaltet.

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. 17 ff.

³⁷ Charta der Grundrechte der Europäischen Union (in der am 12.12.2007 in Straßburg unterzeichneten und am 01.12.2009 in Kraft getretenen Fassung), ABl. 2007 C 303/1.

³⁸ S. Art. 6 Abs. 1 des neuen Vertrages über die Europäische Union, ABl. 2008 C 115/65 (konsolidierte Fassung, zuletzt modifiziert durch das Protokoll über die Berichtigung des Vertrages von Lissabon vom 30.11.2009, ABl. 2009 C 290/1).

III. Wirkweisen des Kindeswohlvorrangs im deutschen Recht:

Dogmatische Elemente einer vorrangigen Berücksichtigungspflicht

1. Verpflichtungsinhalt für den Gesetzgeber

Die KRK begründet, wie dargelegt, in weitem Umfang Staatenverpflichtungen und ist nicht unmittelbar anwendbar³⁹. Das bedeutet, dass es dem Rechtsanwender nicht möglich ist, direkt auf diese Teile der KRK zurückzugreifen. Hier muss der Gesetzgeber erst neue Rechtsgrundlagen schaffen, soweit das Maß des völkerrechtlich Geschuldeten durch das innerstaatliche Recht nicht 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 Deutschland⁴⁰. 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 Auslegungswege 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 eines Rechtsanwendungsbefehls in Gesetzesform bedarf, den Rang des Zustimmungsgesetzes, gilt also im Rang einfachen Gesetzesrechts⁴¹. Damit ergibt sich im Kollisionsfalle kein automatischer Vorrang des Völkervertragsrechts. Auf der Grundlage des Verfassungsprinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit ist jedoch alles zu vermeiden, was im Außenverhältnis einen Völkerrechtsverstoß begründen würde⁴², da nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich nicht davon auszugehen ist, dass der Bundesgesetzgeber im Widerspruch zu völkerrechtlichen Bindungen der Bundesrepublik handeln wollte⁴³. Die Völkerrechtsfreundlichkeit führt insofern dazu, dass Kollisionslagen in der Regel zu Gunsten des Völkerrechts aufzulösen sind, es sei denn, es ist ein ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers

³⁹ S. oben I.2.b).

⁴⁰ S. bereits *Lorz* (Fn. 10), S. 52.

⁴¹ S. nur *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 4. Aufl. 2009, S. 161; BVerfGE 111, 307 (317).

⁴² S. nur BVerfGE 11, 307 (316 ff.); 112, 1 (24 ff.).

⁴³ S. nur BVerfGE 74, 354 (370).

feststellbar, sich über diese völkerrechtlichen Bindungen hinwegzusetzen⁴⁴.

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 gar nicht mehr; die Schaffung einer gesetzlichen Bestimmung, die den Kindeswohlvorrang noch einmal explizit feststellte, hätte letztlich nur deklaratorische Wirkung⁴⁵. 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 KRK 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 hingegen nicht⁴⁶.

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 ist⁴⁷. Diese Verpflichtung zur völkerrechtskonformen Auslegung hat potenziell weitreichende Folgen; so geht das Bundesverfassungsgericht etwa davon aus, dass die Grundrechte des Grundgesetzes im Lichte der Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention auszulegen sind⁴⁸. 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

⁴⁴ Zum Ganzen *Sauer* (Fn. 10), S. 381 ff.

⁴⁵ S. bereits *Lorz* (Fn. 10), S. 52 f.

⁴⁶ Sehr illustrativ ist in dieser Hinsicht ein kürzlich ergangener Beschluß des AG Gießen vom 16.07.2010 (Az.: 244 F 1159/09 VM), der im Vorgriff auf nach der KRK zwingend zu erwartende Anpassungen des AufenthaltsgG und des AsylVerfG die nach der bisherigen Gesetzeslage nicht vorgesehene Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Vertretung eines Minderjährigen in ausländer- und asylrechtlichen Fragen anordnet.

⁴⁷ S. nochmals BVerfGE 74, 358 (370); eingehend *Lorz* (Fn. 10), S. 55 ff.

⁴⁸ S. BVerfGE 74, 354 (370); BVerfGE 120, 180 (200 ff.).

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 KRK selbst⁴⁹. Die Konformauslegung ist aber in erster Linie von Bedeutung, wo es dem Völkerrecht an unmittelbarer Anwendbarkeit fehlt; denn dort 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 lässt⁵⁰. Vorstellbar ist eine Bedeutung des Kindeswohlvorrangs bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts daher nur dort, wo es nicht direkt um Maßnahmen geht, die Kinder betreffen. Hier kommt der Kindeswohlvorrang als grundlegende Wertentscheidungsnorm zugunsten der nachfolgenden Generation ins Spiel und kann etwa die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe in der Zukunft beeinflussen.

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

Dabei ist hervorzuheben, dass alle diese Aspekte einschließlich der dahinterstehenden 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 komplet-

⁴⁹ Vgl. dazu nochmals den kürzlichen Beschluß des AG Gießen (Fn. 46).

⁵⁰ Lorz (Fn. 1), S. 57 f.

ten 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 hat⁵¹.

c) Der Kindeswohlvorrang in der Abwägung

Eine strukturell recht ähnliche Rolle übernimmt der Kindeswohlvorrang im Rahmen von Abwägungsprozessen. Wo bei Maßnahmen, die Kinder betreffen, widerstreitende 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 von vergleichsweise offenen, final programmierten Normen die widerstreitenden Interessen eingehend zu ermitteln und umfassend gegeneinander und untereinander abzuwägen⁵². Konkrete normative Vorgaben für die Ermittlung der im Einzelfall relevanten Belange und für den komplexen Abwägungsprozess machen die Fachgesetze dabei oft nicht⁵³, 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*) bzw. in seinem Gewicht falsch eingeschätzt (*Abwägungsfehlein-schätzung*) wird oder wenn bei der eigentlichen Abwägung kein angemessener Ausgleich zwischen den widerstreitenden 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 in seiner

⁵¹ Dazu sogleich noch unter d.).

⁵² S. z.B. § 1 Abs. 6 BauGB; § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG; § 17 Abs. 1 Satz 2 BFStrG; § 8 Abs. 1 Satz 1 LuftVG.

⁵³ S. aber den – nicht abschließenden – Katalog von Abwägungsbelangen in § 1 Abs. 6 BauGB.

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, wo das Kindeswohl in der planungsrechtlichen Bestimmung überhaupt nicht erwähnt wird⁵⁴. 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.

Das Kindeswohl als vorrangiger Abwägungsbelang richtet sich allerdings nicht nur an Behörden. Soweit im 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 KRK die zentrale Richtschnur vieler Entscheidungen darstellt⁵⁵. Wenn der Kindeswohlvorrang im gerichtlichen Verfahren nicht hinreichend beachtet wird, so liegt darin ein Fehler bei der Anwendung materiellen Rechts, der die Entscheidung revisibel macht⁵⁶.

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

⁵⁴ S. bereits *Lorz* (Fn. 10), S. 63.

⁵⁵ S. in dieser Hinsicht etwa §§ 1626 Abs. 3 Satz 1, 1627, 1629 Abs. 1 Satz 4, 1666, 1671 Abs. 2 Nr. 2, 1697a BGB.

⁵⁶ S. aus den Verfahrensordnungen etwa § 137 Abs. 1 VwGO; § 545 Abs. 1 ZPO.

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 hat⁵⁷: Die *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 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. 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.

⁵⁷ Zur Argumentationslastverteilung mit ähnlicher Stoßrichtung im Kontext von Präjudizien Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, 334 ff.; Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, 243 ff.

Beides zusammengekommen stellt auf der einen Seite erhebliche Begründungsanforderungen an den Rechtsanwender und gibt ihm auf der anderen Seite weitreichende Möglichkeiten zur Herbeiführung des entsprechenden Ergebnisses an die Hand. Die langwierige Auseinandersetzung über die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 KRK hat den Blick auf diese Anforderungen und Möglichkeiten in den 18 Jahren seit der deutschen Ratifikation der KRK verschleiert. Mit der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung kommen sie jetzt aber voll zum Tragen.

Die grundlegende Bedeutung von Art. 3 Abs. 1 KRK wird sich unter diesen Umständen nicht länger in Zweifel ziehen lassen. Vielmehr wird es nun unstreitig zur Aufgabe der Behörden und Gerichte, dem Kindeswohlvorrang zur Durchsetzung zu verhelfen, indem sie ihre Entscheidungspraxis an den Abwägungs- und Begründungserfordernissen ausrichten, die Art. 3 Abs. 1 KRK ihnen unmittelbar auferlegt. Politik und Gesellschaft werden sich ebenfalls darauf einstellen 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.