

Die völkerrechtliche Verpflichtung zur effektiven Rechtsdurchsetzung und die Partizipationsrechte von Kindern und Jugendlichen nach Art. 12 KRK

Stefanie Schmahl

1. Einführung

Fast punktgenau zum 30. Jahrestag des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention; KRK) findet das Zweite Forum zum Kinder- und Jugendhilferecht statt, für dessen freundliche Einladung ich herzlich danke.¹

Als Vertragstext am 20. November 1989 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen beschlossen,² wurde die Konvention im Januar 1990 zur Zeichnung aufgelegt und trat bereits knapp neun Monate später, am 2. September 1990, mit der Hinterlegung der 20. Ratifikationsurkunde in Kraft.³ Mit heute 196 Vertragsparteien ist die Kinderrechtskonvention – gemeinsam mit den Genfer Rotkreuz-Konventionen – das weltweit am meisten ratifizierte Übereinkommen. Sie sticht insoweit gegenüber allen anderen internationalen Menschenrechtsabkommen hervor, die jeweils nur eine geringere Mitgliederzahl aufweisen.

Für die Bundesrepublik Deutschland ist die Kinderrechtskonvention am 5. April 1992 in Kraft getreten.⁴ Im Zuge des Ratifikationsprozesses wurde die Konvention in Deutschland mit der Vorstellung präsentiert, sie betreffe vor allem die Entwicklungsländer. In der dem Deutschen Bundestag 1991 vorgelegten Denkschrift betonte die Bundesregierung, dass die Kinderrechtskonvention lediglich Standards setze, die in Deutschland bereits verwirklicht seien.⁵ In deutlichem Widerspruch zu dieser Aussage

1 Bei dem Beitrag handelt es sich um die geringfügig erweiterte Schriftfassung des Vortrags, den die Verf. am 21. November 2019 beim Zweiten Forum zum Kinder- und Jugendhilferecht in Mainz gehalten hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

2 A/RES/44/25 vom 20.11.1989.

3 Vgl. Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 3.

4 BGBI. 1992 II S. 121; Bekanntmachung vom 10.7.1992, in: BGBI. 1992 II, S. 990.

5 Vgl. BT-Drs. 12/42, S. 31 f.

stand allerdings der Umstand, dass die Bundesregierung bei der Ratifikation der Konvention im Jahr 1992 fünf verschiedene Erklärungen abgab, die – in Gesamtheit betrachtet – auf eine nicht unerhebliche Einschränkung der Verpflichtungen aus der Konvention zielten.⁶ Diese einseitigen Erklärungen wurden von der überwiegenden Mehrheit im Schrifttum zu Recht als klassische völkerrechtliche Vorbehalte im Sinne der Wiener Vertragsrechtskonvention qualifiziert.⁷ Auch in der Rechtspraxis führten diese Vorbehalte dazu, dass die Kinderrechtskonvention in Deutschland über lange Zeit keine Rolle spielte.

2. Bedeutung und Funktion der Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung

Erst auf Drängen verschiedener nichtstaatlicher Akteure und nach anhaltender Kritik des Kinderrechtsausschusses⁸ hat die Bundesregierung ihre Erklärungen im Jahr 2010 zurückgenommen.⁹ Seither gilt die Kinderrechtskonvention in Deutschland vorbehaltlos und ohne substantielle Begrenzungen etwa im Strafverfahren, im Kinderschaftsrecht und mit Blick auf Kinder ausländischer Herkunft.

2.1. Normhierarchischer Rang und Kollisionsregeln

Wie alle völkerrechtlichen Abkommen, bei denen die Bundesrepublik Deutschland Vertragspartei ist, steht die Kinderrechtskonvention nach Maßgabe des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG im normhierarchischen Rang eines

6 BGBI. 1992 II, S. 990 f.: Neben den Erklärungen in den Teilen II, III und V, die sich auf spezifische Rechte beschränkten (Art. 18 Abs. 1, Art. 40 Abs. 2 lit. b Ziff. ii und Ziff. v, Art. 38 Abs. 2 KRK), bezogen sich Teile I und IV ganz allgemein auf die Konvention. So hieß es in Teil I der Erklärung, dass die Konvention lediglich Staatenverpflichtungen begründe und innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung finde. Teil IV der Erklärung bezweckte die Nichtanwendbarkeit der Konventionsverpflichtungen gegenüber Kindern ausländischer Staatsangehörigkeit.

7 Dazu näher Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 46–54, Rn. 8, m.w.N.

8 Vgl. Kinderrechtsausschuss, Concluding Observations: Germany, CRC/C/15/Add.43, 1995, Rn. 13; CRC/C/15/Add.226, 2004, Rn. 8.

9 Vgl. Pressemitteilungen des Bundesministeriums der Justiz vom 3.5.2010 und vom 15.7.2010 sowie BGBI. 2011 II S. 600.

einfachen Bundesgesetzes.¹⁰ Diese Rangzuweisung völkerrechtlicher Verträge zum einfachen Bundesrecht führt zum einen dazu, dass sie Geltungsvorrang vor dem Landesrecht genießen (Art. 31 GG).¹¹ Zum anderen müssen deutsche Behörden und Gerichte im Falle einer Kollision von Normen des Vertrages mit Bundesgesetzen eine Lösung auf der Ebene der normhierarchischen Gleichordnung finden.¹² Die Verbürgungen der völkerrechtlichen Vereinbarung sind vom deutschen Rechtsanwender also wie jedes andere Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden.¹³ Besondere Bedeutung erlangt diese Interpretationsmethode in Bezug auf menschenrechtliche Übereinkommen, die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sogar bei Auslegung der insoweit höherrangigen Grundrechte des Grundgesetzes heranzuziehen sind.¹⁴ Der Text der Kinderrechtskonvention und, sofern vorhanden, die zu den menschenrechtlichen Einzelgarantien ergangenen Empfehlungen des Kinderrechtsausschusses dienen als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Umfang von Grundrechten, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt.¹⁵

Um darüber hinaus die rechtliche Verpflichtung aus der Kinderrechtskonvention im innerstaatlichen Rechtsraum nicht leerlaufen zu lassen, findet die gebotene völkerrechtskonforme Auslegung sogar bei Gesetzen Anwendung, die zeitlich später erlassen worden sind als die Konvention. Insoweit wird der *lex posterior*-Grundsatz überwunden. Das Vertragsgesetz gelangt über die *lex specialis*-Regel als spezielleres Gesetz zur Anwendung.¹⁶ Diese Regel gilt zwar seit der – rechtsstaatlich nicht unbedenklichen¹⁷ –

10 BVerfGE 74, 358, 379; 111, 307, 316 f.; 128, 282, 306. Speziell zur Kinderrechtskonvention: BVerfG, Beschluss vom 5.7.2013, 2 BvR 708/12, Rn. 21.

11 Dederer, Kinderrechte auf internationaler und supranationaler Ebene. Bestandsaufnahme und Ausblick, in: Uhle (Hrsg.), Kinder im Recht. Kinderrechte im Spiegel der Kindesentwicklung, 2019, S. 287, 308. Zweifelhaft daher: OVG Lüneburg 2.10.2012, 8 LA 209/11, Rn. 12.

12 Schmahl, Das Verhältnis der deutschen Rechtsordnung zu Regeln des Völkerrechts, JuS 2013, S. 961, 965.

13 BVerfGE 111, 307, 317, 319 f.; 128, 326, 371 f.

14 BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 329; 128, 282, 306; 128, 326, 370 f. Speziell zur Kinderrechtskonvention: BVerfG, Beschluss vom 5.7.2013, 2 BvR 708/12, Rn. 21.

15 Vgl. BVerfGE 111, 307, 329; 128, 326, 367 ff.; BVerfG, 5.7.2013, 2 BvR 708/12, Rn. 21; vgl. auch Schmahl, Auswirkungen der UN-Kinderrechtskonvention auf die deutsche Rechtsordnung – Eine Analyse jüngster gesetzgeberischer und judikativer Entwicklungen, RdJB 2014, S. 125, 126 f.

16 BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 324.

17 Vgl. das Sondervotum der Richterin König, BVerfGE 141, 1, 44 ff.

„Treaty Override“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr hinsichtlich aller völkerrechtlicher Übereinkommen, bei denen die Bundesrepublik Vertragspartei ist.¹⁸ Menschenrechtliche Konventionen nimmt das Bundesverfassungsgericht aber immerhin von der Überschreibungs möglichkeit durch spätere innerstaatliche Gesetze aus.¹⁹

2.2. Unmittelbare Anwendbarkeit und Implementierungspflichten

Trotz der Übernahme eines völkerrechtlichen Vertrags in das innerstaatliche Recht sind dessen Regelungen nicht zwingend unmittelbar anwendbar. Entscheidend für die unmittelbare Anwendbarkeit ist, dass die vertragliche Bestimmung als *self-executing* zu verstehen ist, also ohne weitere Zwischenschritte Rechte und Pflichten zu erzeugen vermag.²⁰ Dies ist der Fall, wenn und soweit eine vertragliche Norm nach Inhalt, Zweck und Wortlaut hinreichend genau und unbedingt formuliert ist.²¹ An der unmittelbaren Anwendbarkeit zahlreicher Vorschriften der Kinderrechtskonvention, die das Wohl oder die Partizipationsrechte des Kindes betreffen, besteht kein Zweifel. Verschiedene Vorschriften der Konvention, vor allem soweit sie bürgerliche Rechte betreffen, normieren sogar subjektive Rechte des Kindes und sind damit unmittelbar wirksam.²² Rechte der zweiten Menschenrechtsdimension, also wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte des Kindes, sind zwar regelmäßig nicht unmittelbar anwendbar, verpflichten die Vertragsstaaten des Übereinkommens aber zum Erlass von geeigneten gesetzgeberischen oder administrativen Maßnahmen.²³ Nur ganz wenige Bestimmungen der Kinderrechtskonvention betreffen die rein zwischenstaatliche Ebene oder sind bloß programmatischer Natur.²⁴

18 BVerfGE 141, 1, 33.

19 Vgl. BVerfGE 141, 1, 15 ff. Andere Deutung von *Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, § 3, Rn. 135.

20 *Schmahl*, in: *Sodan* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2018, Art. 59, Rn. 25.

21 *Sauer*, Staatsrecht III, 6. Aufl. 2020, § 6 Rn. 16.

22 Vgl. *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Einleitung, Rn. 26. Ohne nähere Begründung skeptisch: OVG Nds., Beschluss vom 2.10.2012, 8 LS 209/11, Rn. 20 ff.

23 *Dederer*, Kinderrechte auf internationaler und supranationaler Ebene. Bestandsaufnahme und Ausblick, in: *Uhle* (Hrsg.), Kinder im Recht. Kinderrechte im Spiegel der Kindesentwicklung, 2019, S. 287, 310 f.

24 Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 2 S. 2, Art. 23 Abs. 4, Art. 24 Abs. 4, Art. 28 Abs. 3 KRK.

Anders als dies die Bundesregierung anlässlich der Ratifizierung der Kinderrechtskonvention vertreten hat,²⁵ ist auch aus der Umsetzungsklausel des Art. 4 Satz 1 KRK nicht zu schließen, dass die Konvention lediglich Staatenverpflichtungen begründet. Die dort genannte Implementierungspflicht ist ebenfalls in anderen Menschenrechtsverträgen enthalten und stellt nur klar, dass die Vertragsstaaten den Gesamtzustand des nationalen Rechts auf das Übereinkommen einzustellen haben, und zwar auch dann, wenn eine Bestimmung keine unmittelbaren Rechte des Einzelnen garantiert.²⁶ Im Übrigen steht eine Implementierungspflicht der innerstaatlichen Pflicht zur Beachtung der Konventionsgarantien nicht entgegen. Denn selbst *non-self-executing* Bestimmungen, die den Staat lediglich dazu verpflichten, Gesetze oder sonstige Maßnahmen zur Verwirklichung von Kinderrechten zu erlassen, begründen für die Vertragsparteien die objektive Verpflichtung, ihren Inhalt zu beachten und im Wege weiterer Normsetzung oder Normanwendung zu konkretisieren.²⁷ Zu Recht macht der Kinderrechtsausschuss in diesem Zusammenhang immer wieder auf die Justizierbarkeit und Unteilbarkeit aller in der Kinderrechtskonvention niedergelegten Garantien aufmerksam.²⁸ Der Genuss der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte sei untrennbar mit den bürgerlichen und politischen Rechten verbunden, zumal das Überleben und die Entwicklung des Kindes im Wesentlichen von wirtschaftlichen und sozialen Rechten abhingen.²⁹

Vor diesem Hintergrund sind sämtliche Garantien der Kinderrechtskonvention justizierbar.³⁰ Zwar reflektiert Art. 4 Satz 2 KRK die realistische Sichtweise, dass der Mangel an finanziellen und sonstigen Ressourcen die

25 Vgl. die Nachweise in Fn. 5 und Fn. 6.

26 *Tomuschat*, Verwirrung über die Kinderrechte-Konvention der Vereinten Nationen, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats*, Festschrift für Hans F. Zacher, 1998, S. 1143, 1148.

27 *E. Klein*, Die völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands und ihre Bedeutung für die drei Staatsgewalten, in: Koeppel (Hrsg.), *Kindschaftsrecht und Völkerrecht*, 1996, S. 31, 47 f.; *Schmahl*, in: Sodan (Hrsg.), *Grundgesetz, Kommentar*, 4. Aufl. 2018, Art. 59, Rn. 25.

28 Vgl. Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, CRC/GC/2003/5, 2003, Rn. 6; General Comment No. 16, CRC/C/GC/16, 2013, Rn. 26 ff.; General Comment No. 21, CRC/C/GC/21, 2017, Rn. 13.

29 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, CRC/GC/2003/5, 2003, Rn. 6, 25; General Comment No. 13, CRC/C/GC/13, 2011, Rn. 65; General Comment No. 19, CRC/C/GC/19, 2016, Rn. 30.

30 Ebenso: *Rishmawi*, Article 4, in: Alen et al. (Hrsg.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Vol. 4, 2006, S. 16 ff.

volle Durchsetzung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte behindern kann.³¹ Insoweit führt die Konvention aber ein Konzept der „progressiven Realisierung“ ein. Nach Auffassung des Kinderrechtsausschusses müssen die Staaten nachweisen, dass sie ihre verfügbaren Mittel bestmöglich im Sinne der Kindeswohls ausschöpfen.³² Auf diese Weise werden sowohl der Beurteilungsspielraum als auch das Ermessen des Vertragsstaates sogar im Blick auf die wirtschaftlichen und sozialen Rechte der Konvention mehr als nur marginal eingeschränkt.

3. Zielsetzung der Kinderrechtskonvention

3.1. Kindeswohl als Leitmotiv

Diese Beschränkung der staatlichen Spielräume bei Auslegung, Umsetzung und Anwendung der Konventionsbestimmungen wird durch das eindeutige Telos der Kinderrechtskonvention unterstützt. Ausweislich seiner Präambel verfolgt das Übereinkommen das Ziel, Kindern den für ihre Entwicklung erforderlichen Schutz und Beistand zu gewähren, um sie auf ihre Rolle in der Gesellschaft vorzubereiten. Besondere Aufmerksamkeit soll dabei denjenigen Kindern geschenkt werden, die in schwierigen Verhältnissen oder mit anderen Barrieren oder gesellschaftlichen Benachteiligungen leben.³³ Als Leitmotiv der Konvention gilt das Kindeswohl, dem die Staaten nach Maßgabe von Art. 3 KRK in allen Belangen und bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, eine vorrangige Stellung einzuräumen haben. Dabei muss der deutsche Begriff des „Kindeswohls“ im Blick auf den in der Konvention verwandten authentischen englischen Wortlaut „best interests of the child“ im Sinne der „besten Interessen des Kindes“,

31 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, CRC/GC/2003/5, 2003, Rn. 7; General Comment No. 13, CRC/C/GC/13, 2011, Rn. 65.

32 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 13, CRC/C/GC/13, 2011, Rn. 65, 73; General Comment No. 19, CRC/C/GC/19, 2016, Rn. 29 ff. Zustimmend *Cremer*, Die UN-Kinderrechtskonvention: Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2011, S. 10; *Skelton*, International Children’s Rights Law: Complaints and Remedies, in: *Kilkelly/Liefaard* (Hrsg.), International Human Rights of Children, 2019, S. 65, 68 f.

33 Vgl. *Ksentini*, The Convention on the Rights of the Child: Norms for Protection and an Instrument of Co-operation for the Survival, Development and Well-being of the Child, *Bulletin of Human Rights* 91, 1992, S. 43, 45.

also als Garantie mit (jedenfalls auch) subjektivrechtlicher Aussagekraft verstanden werden.³⁴

3.2. Mitspracherecht des Kindes als Schlüsselnorm

Darüber hinaus zielt die Konvention auf die Anerkennung von Partizipationsrechten für Kinder, d.h. von Menschen, die geboren sind und das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.³⁵ Ethnische Herkunft, Religion, Geschlecht oder ein sonstiger Status spielen hierbei keine Rolle.³⁶ Die Konvention richtet sich in ihrem Anwendungsbereich *ratione personae* ausdrücklich an alle Kinder, was die grundlegende Vorschrift des Art. 2 KRK gesondert hervorhebt.³⁷

Insgesamt sollen Kinder nicht als Objekte ihrer Eltern oder anderer Sorgerechtigter, sondern als eigenständige Akteure und Rechtssubjekte wahrgenommen und entsprechend behandelt werden.³⁸ Diese Zielsetzung zeigt sich in zahlreichen Spezialvorschriften der Konvention. Insbesondere kommt sie in der generellen Schlüsselnorm des Art. 12 KRK zu den Mitspracherechten des Kindes zum Ausdruck, auf die ich noch detaillierter zurückkommen werde. Aber auch das Kindeswohl, dem gemäß Art. 3 KRK vorrangige Bedeutung in allen Angelegenheiten zukommt und das ebenfalls in verschiedenen Bestimmungen des Übereinkommens spezifiziert wird, ist wesentlich von der Mitwirkung und dem individuellen Willen

34 Vgl. Kinderrechtsausschuss, Concluding Observations: Switzerland, CRC/C/CHE/CO/2-4, 2015, Rn. 26. Zur Auslegung von Menschenrechtsverträgen bei Mehrsprachigkeit vgl. Schmahl, Die völkerrechtsdogmatische Einordnung internationaler Menschenrechtsverträge, JuS 2018, S. 737, 742.

35 Vgl. Art. 1 KRK. Vorgeburtliche Rechte etabliert die Kinderrechtskonvention nicht. Insoweit sind die *travaux préparatoires* eindeutig, vgl. Alston, The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child, Human Rights Quarterly 12, 1990, S. 156, 157 ff.

36 Kinderrechtsausschuss, Day of General Discussion on the Rights of all Children in the Context of International Migration, 2012, Rn. 56, 68; vgl. auch Wanderarbeitnehmerausschuss/Kinderrechtsausschuss, Joint General Comment No. 3/No. 22, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 2017, Rn. 6a.

37 Vgl. Alston, The Legal Framework of the Convention on the Rights of the Child, Bulletin of Human Rights 91, 1992, S. 1, 6; Abramson, Article 2, in: Alen et al. (Hrsg.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Vol. 2, 2008, S. 80.

38 Beigbeder, Children, in: Weiss/Daws (Hrsg.), The Oxford Handbook on the United Nations, 2017, S. 511, 513.

des Kindes geprägt.³⁹ Der Kinderrechtsausschuss geht in überzeugender Weise davon aus, dass dem Wohl des Kindes am besten entsprochen wird, wenn dessen Meinung zu den es betreffenden Angelegenheiten gehört und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt wird.⁴⁰ Mit anderen Worten ist das Mitspracherecht des Kindes wesentlicher Ausdruck des Kindeswohlprinzips. Während Art. 3 KRK darauf zielt, dass das Kindeswohl bei allen zu ergreifenden Maßnahmen hinreichend berücksichtigt wird, gibt Art. 12 KRK die Methode zur Feststellung des Kindeswohls vor.⁴¹ Das Wohl des Kindes kann deshalb nur dann zutreffend ermittelt und angewandt werden, wenn die Partizipationsrechte des Kindes gewahrt sind. Umgekehrt verstärkt Art. 3 KRK die Funktionalität von Art. 12 KRK, indem er die Bedeutung der partizipatorischen Rolle von Kindern in allen sie betreffenden Angelegenheiten hervorhebt.⁴²

3.3. *Emanzipatorischer Charakter der Konvention*

Mit diesem subjektivrechtlichen Ansatz weist die Kinderrechtskonvention einen im Vergleich zu früheren kinderrechtlichen Instrumenten deutlich emanzipatorischen Charakter auf.⁴³ Das Kind wird von der Konvention nicht nur als schutzbedürftiges Rechtsobjekt, sondern vor allem als eigenständiges Rechtssubjekt wahrgenommen, dem die Rechte genauso unveräußerlich zustehen wie Erwachsenen, wenngleich zum Teil in einer kinderspezifischen Ausgestaltung. Die Konvention garantiert Schutz und

39 Vgl. Wyttensbach, Übereinkommen über die Rechte des Kindes (CRC), in: Pollmann/Lohmann (Hrsg.), *Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch*, 2012, S. 317, 317; Eichholz, *Der Vorrang des Kindeswohls: Die Bedeutung von Art. 3 Absatz 1 der UN-Kinderrechtskonvention für die deutsche Rechtsprechung*, 2015, S. 16 f.

40 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 43.

41 Deutlich: Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 43 f. Vgl. auch Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 27.9.2018, *Y.B. and N.S. v. Belgium*, CRC/C/79/D/12/2017, Rn. 8.8.

42 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 74; General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 43. Vgl. auch Wanderarbeiterausschuss/Kinderrechtsausschuss, Joint General Comment No. 3/No. 22, CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, 2017, Rn. 37.

43 Zur Entwicklungsgeschichte der internationalen Kinderrechte vgl. Schmahl, Kinderrechte im internationalen Recht in Geschichte und Gegenwart, in: Richter/Krappmann/Wapler (Hrsg.), *Kinderrechte: Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts*, 2020, S. 57, 58 f.

Rechte dem Kind also um seiner selbst willen. Das Kind wird nicht bloß als Teil der Familie oder einer sozialen Gruppe, sondern als eigenständiges Individuum wahrgenommen.⁴⁴

Allerdings ist die emanzipatorische Rolle, die der Kinderrechtskonvention zukommt, im Verhältnis zu anderen Menschenrechtsabkommen abgeschwächt, die sonstige verletzliche Gruppen wie Frauen oder Menschen mit Behinderungen in den Blick nehmen. Denn im Regelfall wächst ein Mensch aus der Lebensphase „Kindheit“ durch Zeitablauf heraus und muss sich nicht grundsätzlich aus der defensiven Objektrolle befreien.⁴⁵ Außerdem ist ein Kind, zumal ein Säugling oder Kleinkind, auf Hilfe und Unterstützung durch Erwachsene notwendig angewiesen, weshalb die Partizipationsnorm des Art. 12 KRK auch nur von einem dem Alter und Reifegrad des Kindes entsprechenden Mitspracherecht ausgeht.

3.4. Keine umfassende Dominanz der Rechte des Kindes

Des Weiteren bedeutet die Anerkennung des Kindes als Rechtssubjekt nicht, dass Gemeinwohlbelange und Rechte anderer Personen gegenüber den Interessen des Kindes automatisch zurücktreten müssten. Mit Bedacht ist das Kindeswohl in der zentralen Norm des Art. 3 Abs. 1 KRK nicht als vorbehaltloses Recht gefasst, sondern wird dort nur als ein Gesichtspunkt genannt, der vorrangig zu berücksichtigen ist. Damit muss das Kindeswohl zwar stets eine herausragende Leitlinie bei der Abfassung, Auslegung und Anwendung nationaler Rechtsvorschriften darstellen.⁴⁶ Eine ähnlich weitreichende Vorrangklausel mit unmittelbarer Anwendbarkeit⁴⁷ kennt kein anderer Menschenrechtsvertrag. Dennoch kommt dem Kindeswohl kein absoluter Vorrang gegenüber Belangen Dritter oder den Gemeinwohlin-

44 Vgl. *Verschraegen*, Die Kinderrechtskonvention, 1996, S. 5; *Mower jr.*, The Convention on the Rights of the Child, 1997, S. 4.

45 Zutreffend *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 401.

46 Kinderrechtsausschuss: General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 37. Grundlegend *Lorz*, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung, 2003, S. 24 ff.

47 Dazu *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 3, Rn. 5 und Rn. 16. Auch die Fachjudikatur versteht Art. 3 Abs. 1 KRK inzwischen vermehrt als unmittelbar anwendbares Recht, vgl. VG Saarland, Urteil vom 4.11.2016, 3 K 921/15, Rn. 39; VG Berlin, FamRZ 2018, S. 399, 401.

teressen zu.⁴⁸ Ganz im Gegenteil trägt die Kinderrechtskonvention auch den Rechten und Pflichten der Eltern und sonstiger Sorgeberechtigten Rechnung. Das allgemeine Erziehungsrecht der Eltern kommt etwa in Art. 3 Abs. 2, Art. 5, Art. 14 Abs. 2 und in Art. 18 Abs. 1 KRK zum Ausdruck. In verschiedenen Bereichen gesteht damit die Konvention den Eltern ein Erziehungsprimat zu, das freilich seinerseits im Sinne einer diegenden Elternverantwortung auf die Berücksichtigung des Kindeswohls unter Einbeziehung des Kindeswillens verpflichtet ist.⁴⁹ Auch der Kinderrechtsausschuss stellt ausdrücklich klar, dass der Terminus „vorrangig“ in Art. 3 Abs. 1 KRK nicht mit „Vorrang der Interessen des Kindes vor allen anderen Belangen“ gleichzusetzen sei.⁵⁰

Auf eine unangefochtene Dominanz der Rechte des Kindes zielt der Wortlaut der Kinderrechtskonvention also nicht. Vielmehr greift das Übereinkommen das Spannungsfeld zwischen den Belangen des Kindes, den Rechten seiner Eltern und anderen (auch öffentlichen) Interessen auf, das in der Lebensphase Kindheit häufig vorfindlich ist. Die Meinung des Kindes ist in allen es betreffenden Angelegenheiten konsultativ zu berücksichtigen, ohne ihm zugleich die soziale Eingebundenheit in das Elternhaus und den notwendigen Schutz vor Gefahren zu verwehren. Aus Art. 3 i.V.m. Art. 12 KRK folgt, dass Kinder von Anfang an in die sie betreffenden Entscheidungsfindungen ernsthaft und respektvoll einzubeziehen sind, auch wenn die Entscheidung letztlich von den Sorgeberechtigten getroffen wird.⁵¹ Dabei kommen dem Alter, dem Reifegrad und den zunehmenden Fähigkeiten des Kindes zentrale Bedeutung zu.⁵² Dem Willen des Heranwachsenden ist bei der Bestimmung des Kindeswohls größeres Gewicht einzuräumen als dem Willen eines Kleinkindes. Wegen der wachsenden Selbstbestimmungsfähigkeit muss dem Kind freilich stets ein alters- und reifegerechter Mindestbestand an Wahlmöglichkeiten für die Zu-

48 Vgl. *Freeman*, Article 3, in: Alen et al. (Hrsg.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Vol. 3, 2007, S. 5, 60f.; *Eekelaar/Tobin*, Article 3, in: *Tobin* (Hrsg.), *The UN Convention on the Rights of the Child*, 2019, S. 73, 96.

49 Hierüber besteht Einigkeit, vgl. nur *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 5, Rn. 5; *Benassi/Eichholz*, Grundgesetz und Kinderrechte, DVBl. 2017, S. 614, 618; *Khazova*, *International Children's Rights Law: Child and the Family*, in: *Kilkelly/Liefaard* (Hrsg.), *International Human Rights of Children*, 2019, S. 161, 167, jeweils m.w.N.

50 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 39.

51 Zur Unterscheidung zwischen konsultativer und dezisiver Wirkung des Kindeswillens eingehend *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 435 ff.

52 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 44.

kunft eröffnet bleiben, damit es sich unter Umständen von seinen Herkunftsbedingungen lösen kann.⁵³

4. Partizipationsrechte des Kindes als Schlüssel zu einer kindgerechten Ausgestaltung der Rechtsordnung

Wie bereits angedeutet, handelt es sich bei der Anerkennung des Kindeswohls und der Garantie von Partizipationsrechten des Kindes um die zentralen Kernvorgaben der Konvention, die in einer Reihe von weiteren Vorschriften des Übereinkommens sachbezogen konkretisiert sind. Insbesondere der Gehalt des Mitspracherechts des Kindes nach der Generalnorm des Art. 12 KRK stellt jedoch viele nationale Rechtsordnungen vor Herausforderungen im Anwendungs- und Umsetzungsprozess. Deshalb möchte ich den Gehalt von Art. 12 KRK nachfolgend näher erläutern.

4.1. Mitspracherecht nach Art. 12 Abs. 1 KRK

Nach Art. 12 Abs. 1 KRK sind die Vertragsstaaten verpflichtet, dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zuzusichern, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen.

Das in Art. 12 Abs. 1 KRK verbrieftes Mitspracherecht des Kindes enthält eine eindeutige rechtliche Verpflichtung. Die Vertragsstaaten müssen das Mitspracherecht des Kindes entweder direkt garantieren oder Gesetze verabschieden, um den Kindern die Wahrnehmung dieses Rechts zu ermöglichen.⁵⁴ Die Norm gewährt den Staaten jedenfalls keinen Ermessensspielraum bei der Anwendung und Umsetzung des Mitspracherechts. Vielmehr etabliert sie eine strenge Verpflichtung der Vertragsstaaten, geeignete Maßnahmen zur vollständigen Umsetzung des Mitspracherechts zu treffen.⁵⁵

53 Vgl. Wapler, Religiöse Kindererziehung. Grenzen des Rechts, RdJB 2015, S. 420, 424 und 447.

54 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 15; General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 89 ff. Vgl. auch Kinderrechtsausschuss, Concluding Observations: Japan, CRC/C/JPN/CO/4-5, 2019, Rn. 21 f.

55 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 19, 21.

Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 KRK setzt mit der zwar umständlichen, aber doch hinreichend klaren Formulierung, dem Kind das Mitspracherecht „zuzusichern“ wohl sogar die Existenz einer unmittelbar wirksamen Rechtsposition des Kindes voraus und erwartet von den Staaten, diese zu respektieren und zu unterstützen.⁵⁶ Die Verpflichtung der Staaten ist dabei in zwei Elemente geteilt: Sie haben zum einen die Pflicht, die Meinungsbildung und -äußerung des Kindes zu fördern, zum anderen müssen sie den Ansichten des Kindes angemessenes Gewicht in Entscheidungsprozessen verleihen.

4.1.1. Meinungsbildung und Meinungsäußerung des Kindes

Was die Meinungsbildung und -äußerung des Kindes anbelangt, ist zunächst entscheidend, dass das Kind ausreichende Informationen erhält, um seine Meinung überhaupt bilden und ausdrücken zu können. Es muss dementsprechend über anstehende Entscheidungen und die möglichen Konsequenzen, die sich aus ihnen ergeben, informiert werden.⁵⁷ Ebenso muss das Kind darüber unterrichtet werden, unter welchen äußereren Bedingungen es seine Ansichten zum Ausdruck bringen kann. Das in Art. 12 Abs. 1 KRK implizit enthaltene Informationsrecht des Kindes ist unabdingbare Voraussetzung für eine aufgeklärte Entscheidung des Kindes.⁵⁸ Dabei muss das Kind nicht über jeden einzelnen Aspekt belehrt werden. Es genügt, wenn ihm diejenigen Informationen gegeben werden, die es alters- und reifebedingt benötigt, um ein hinreichendes Verständnis seiner Angelegenheiten entwickeln und so eine Meinung zu dem Thema bilden zu können.⁵⁹ Informationspflichtig ist primär derjenige, der das Kind anhört; subsidiär kann die Information auch durch die Eltern oder die Sorgeberechtigten erfolgen.⁶⁰

Art. 12 Abs. 1 KRK legt kein Mindestalter fest, ab dem das Recht zur Meinungsbildung und zur Meinungsäußerung wahrgenommen werden kann. Eine solche Altersgrenze darf nach Ansicht des Kinderrechtsaus-

⁵⁶ Vgl. Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 12, Rn. 4; Lundy/Tobin/Parkes, Article 12, in: Tobin (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of the Child, 2019, S. 397, 417.

⁵⁷ Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 23.

⁵⁸ Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 25.

⁵⁹ Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 21.

⁶⁰ Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 25.

schusses weder durch ein Gesetz noch in der Praxis eingeführt werden.⁶¹ Dies gilt vor allem deshalb, weil bereits Kinder in sehr jungen Jahren fähig sind, eigene Meinungen zu bilden, selbst wenn sie diese noch nicht verbalisieren können. Bei Kleinkindern ist das Mitspracherecht durch nonverbale Kommunikationsformen wie Spielen, Malen, Körpersprache oder Gestik und Mimik zu realisieren.⁶² Jede andere, restriktivere Auslegung der Fähigkeit zur Meinungsbildung und -äußerung würde die Gefahr bergen, einer großen Gruppe von Kindern das Mitspracherecht von vornherein zu verweigern.⁶³ Der Kinderrechtsausschuss betont deshalb nachdrücklich, dass Art. 12 Abs. 1 KRK teleologisch weit zu verstehen sei.⁶⁴ Die Vertragsstaaten sollen grundsätzlich davon ausgehen, dass jedes Kind – auch ein Kleinkind – die Fähigkeit zur Meinungsbildung und -äußerung hat. Die Beweislast für eine entsprechende Unfähigkeit des Kindes liege beim Staat.⁶⁵

Dessen ungeachtet gibt es natürlich Konstellationen, in denen einem Kind, zumal einem Säugling oder Kleinstkind, die erforderliche Einsichts- und Verständnisfähigkeit für die relevanten Zusammenhänge offenkundig fehlen, es also der Meinungsbildung schlicht nicht fähig ist.⁶⁶ Diese Erkenntnis ist auch dem Konventionstext zu entnehmen. Nicht von ungefähr weist die Formulierung von Art. 12 Abs. 1 KRK, die auf die „Fähigkeit“ des Kindes zur Meinungsbildung abstellt, darauf hin, dass das Mitspracherecht des Kindes Grenzen haben kann. In diesen Situationen fordert der Kinderrechtsausschuss die Vertragsstaaten allerdings dazu auf, wirksame Vertretungs- und Assistenzregelungen zugunsten des Kindes zu erlassen.⁶⁷

61 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 21, 44.

62 Kinderrechtsausschuss General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 21. Vgl. auch *Alderson/Hawthorne/Killen*, The Participation Rights of Premature Babies, *International Journal of Children's Rights* 13, 2005, S. 31–50.

63 Vgl. *Palm-Risse*, Hilfe für die Wehrlosen: Die Konvention über die Rechte des Kindes, VN 1990, S. 101, 103; *Cremer*, Kinderrechte und der Vorrang des Kindeswohls, AnwBl. 2012, S. 327, 329.

64 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 20.

65 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 20. Vgl. auch *Peleg*, International Children's Rights Law: General Principles, in: *Kilkelly/Liefaard* (Hrsg.), International Human Rights of Children, 2019, S. 135, 149.

66 *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 12, Rn. 8; *Khazova*, International Children's Rights Law: Child and the Family, in: *Kilkelly/Liefaard* (Hrsg.), International Human Rights of Children, 2019, S. 161, 169.

67 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 44.

4.1.2. Angemessene Berücksichtigung der Kindesmeinung

Gemäß Art. 12 Abs. 1 KRK müssen Kinder nicht nur gehört werden, sondern ihre Meinungen sind im Entscheidungsfindungsprozess auch angemessen zu berücksichtigen. Schlichtes Zuhören genügt nicht. Vielmehr ist auf die geäußerte Meinung des Kindes ernsthaft und sorgfältig Bedacht zu nehmen.⁶⁸ Die angemessene Berücksichtigung der Meinung des Kindes hat entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu erfolgen. Das Alter alleine kann keinen Aufschluss über die Fähigkeit zur Meinungsbildung des Kindes geben.⁶⁹ Diese Fähigkeit wird nämlich erheblich durch erlangte Informationen, Erfahrungen, die Umwelt, soziale und kulturelle Erwartungen und den Grad der Unterstützung beeinflusst, die das Kind erhält.⁷⁰ Die zusätzlich in Betracht zu ziehende Reife beschreibt die Fähigkeit des Kindes, die Auswirkungen einer bestimmten Angelegenheit verstehen und bemessen sowie seine Ansichten in einer unabhängigen und vernünftigen Weise ausdrücken zu können.⁷¹ Allgemein lässt sich als „Faustregel“ festhalten: Je größer die Auswirkungen der zu treffenden Entscheidung auf das Leben und die Zukunft des Kindes sind, desto stärker muss die Meinung des Kindes gewichtet werden.⁷²

4.2. Rechtliches Gehör nach Art. 12 Abs. 2 KRK

Art. 12 Abs. 2 KRK spezifiziert das in Abs. 1 enthaltene Mitspracherecht des Kindes, indem es diesem das Recht auf rechtliches Gehör vor der Verwaltung und den Gerichten zusichert. Im Einzelnen bestimmt die Vorschrift, dass dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben wird, in allen es berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.

68 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 28; General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 53, 97.

69 *Van Bueren*, The International Law on the Rights of the Child, 1995, S. 10.

70 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 29.

71 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 30.

72 *C. Kirchhof*, Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes, insbesondere deren Umsetzung im russischen Recht, 2001, S. 398; *Krappmann*, The Weight of the Child’s View, International Journal of Children’s Rights 18, 2010, S. 501, 505.

4.2.1. Kinderfreundliche Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs bei allen Formen des Entscheidungsprozesses

Dies bedeutet zunächst, dass sich das Kind vor Gericht und Verwaltung zu den Angelegenheiten äußern darf, die es selbst berühren. Das Recht auf rechtliches Gehör ist dabei eindeutig als Recht und nicht etwa als Pflicht des Kindes statuiert.⁷³ Es umfasst auch das (negative) Recht des Kindes, zur Anhörung nicht zu erscheinen oder zu schweigen und keine Stellungnahme abzugeben.⁷⁴

Das unmittelbar anwendbare Gebot des Art. 12 Abs. 2 KRK gilt in allen das Kind berührenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren. Erfasst werden insoweit sowohl Verfahren, die das Kind selbst anstrengt, wie etwa das Vorgehen gegen einen Schulausschluss oder der Antrag auf Erteilung der Fahrerlaubnis, als auch Verfahren, die von Dritten eingeleitet werden, wie zum Beispiel bei einer Adoption oder zur Regelung von Sorge- und Umgangsrechten.⁷⁵ Auch alternative Verfahren – wie Mediation oder Schlichtungen – unterfallen der Garantie des rechtlichen Gehörs.⁷⁶

Das Recht auf rechtliches Gehör ist zweifellos essentiell für ein fairen Verfahren. Deshalb muss es nach zutreffender Auffassung des Kinderrechtsausschusses in jedem Stadium eines Prozesses, der unmittelbare oder mittelbare Auswirkungen auf den Minderjährigen hat, respektiert und verwirklicht werden. So steht dem Kind bereits im Vorfeld eines Strafverfahrens das Recht zu, durch die Polizei, die Staatsanwaltschaft und den Untersuchungsrichter persönlich gehört zu werden.⁷⁷ Ebenso muss das Recht auf rechtliches Gehör im Gerichtsprozess, vor der Verurteilung und bei der Umsetzung der verhängten Strafen oder Erziehungsmaßnahmen beachtet werden.⁷⁸ Auch in Sorge- oder Umgangsrechtsverfahren ist dem Kind frühzeitig die Möglichkeit einzuräumen, dem Gericht seine persönlichen Beziehungen zu den übrigen Familienmitgliedern und seine Wünsche erkennbar zu machen.⁷⁹ Dies gilt sogar dann, wenn elterliches Einver-

73 Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 12, Rn. 11.

74 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 58.

75 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 32 ff.

76 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 32.

77 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 58; General Comment No. 10, CRC/C/GC/10, 2007, Rn. 44; General Comment No. 24, CRC/C/GC/24, 2019, Rn. 10–11.

78 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 10, CRC/C/GC/10, 2007, Rn. 47 ff.; General Comment No. 24, CRC/C/GC/24, 2019, Rn. 47 ff.

79 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 93.

nehmen vorliegt. Studienergebnisse belegen, dass bei einer persönlichen Beteiligung des Kindes über das Ausmaß des Umgangsrechts oft andere Regelungen getroffen werden, als wenn Eltern allein verhandeln. Meist wirkt der getroffene Kompromiss aber nachhaltiger und ist dem Kindeswohl dienlich. Demgegenüber schaden Regelungen zum Umgangsrecht der kindlichen Entwicklung, wenn sie gegen den ernsthaften Widerstand des Kindes und damit unter Missachtung seiner Persönlichkeit beschlossen und durchgeführt werden.⁸⁰

Um dem betroffenen Kind die Möglichkeit zu geben, sich am Verfahren sinnvoll zu beteiligen, müssen ihm nicht nur unverzüglich die wesentlichen materiell-rechtlichen Aspekte, sondern auch der Ablauf des Verfahrens mitgeteilt werden. Dies schließt eine Information über mögliche Entscheidungen, Maßnahmen und Sanktionen ein, die Verwaltungsbehörden oder Gerichte im Ergebnis ergreifen oder treffen können.⁸¹ Zwar bleiben Entscheidungsfindung und Sanktionierung Aufgabe der zuständigen Verwaltungsbehörde oder des Gerichts, doch darf das Kind im Prozess nicht als passives Objekt behandelt werden. Das gilt namentlich für die Verhängung von Sanktionen, da Kinder, die hieran beteiligt werden, im Allgemeinen eine einsichtigere Reaktion zeigen.⁸²

Auch darüber hinaus müssen die das Kind berührenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren transparent, informativ und vor allem kindgemäß durchgeführt werden.⁸³ Hierauf legt der Kinderrechtsausschuss nachdrücklichen Wert und verlangt von den Vertragsstaaten, dass alle Entscheidungsprozesse, in die Kinder eingebunden sind, bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllen. Denn nur, wenn die Situation, in der das Kind angehört wird, seinem Alter und seiner Reife angemessen gestaltet sei und weder einschüchternde noch ablehnende Wirkung auf das Kind ausübe, könne das Recht auf rechtliches Gehör effektiv umgesetzt werden.⁸⁴ Besonderes Gewicht ist demnach darauf zu legen, dass die Beteiligung des Kindes freiwillig erfolgt und die Informationen, die das Kind erhält, in einer kinderfreundlichen, dem Alter und Reifegrad angepassten Weise bereitgestellt werden.⁸⁵ Die Umstände der Anhörung müssen so gewählt sein, dass dem

80 Zum Vorstehenden näher *Ivanits*, Keine Beteiligung des Kindes bei elterlichem Einvernehmen?, NZFam 2016, S. 7, 9.

81 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 60.

82 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 45.

83 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12 2009, Rn. 34.

84 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12 2009, Rn. 34.

85 Schmahl, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 12, Rn. 14.

Kind eine respektvolle Behandlung zuteilwird. Dem Kind muss deutlich gemacht werden, dass der Anhörende gewillt ist, ernsthaft zuzuhören und die geäußerten Ansichten sorgfältig zu berücksichtigen. Dies ist nach Auffassung des Kinderrechtsausschusses am besten zu verwirklichen, wenn die Anhörung in der Form eines Gespräches und nicht als eine einseitige Befragung durchgeführt werde.⁸⁶ Daneben seien die äußeren Umstände wie die Ausgestaltung der Verhandlungsräume, die Kleidung der Richter und Rechtsanwälte oder die Warteräume kindgerecht zu gestalten. Das am Verfahren beteiligte Personal müsse im Umgang mit Kindern geschult sein.⁸⁷ Der Kinderrechtsausschuss fordert die Vertragsstaaten dazu auf, ihre innerstaatlichen Regelungen an diese Bedingungen und Mechanismen anzupassen.⁸⁸

Zudem erfordert die Verwirklichung des Mitspracherechts, dass die Entscheidung der Behörde oder des Gerichts die geäußerte Ansicht des Kindes zu berücksichtigen hat. Dem Kind ist mitzuteilen, ob und inwieweit seine Ansichten bei einer Entscheidung erwogen worden sind und welchen Einfluss sie auf diese genommen haben.⁸⁹ Hierdurch soll sichergestellt werden, dass das Recht des Kindes auf rechtliches Gehör nicht nur als bloße Formalität, sondern als entscheidungserheblicher Aspekt ernstgenommen wird.⁹⁰ Diesem Ansinnen entspricht auch, dass das Recht aus Art. 12 Abs. 2 KRK nur dann vollständig umgesetzt ist, wenn dem Kind, soweit es durch die Entscheidung belastet ist, auch Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnet werden.

4.2.2. Vertreter des Kindes

Das Kind kann nach Maßgabe von Art. 12 Abs. 2 KRK entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle gehört werden. Eine genauere Ausgestaltung, wann ein Kind selbst gehört werden muss oder wer als Vertreter konkret in Frage kommt, ist in Art. 12 Abs. 2 KRK nicht enthalten und damit prinzipiell der Auslegung und Umsetzung

86 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 43.

87 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 34, 61.

88 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 34; General Comment No. 10, CRC/C/GC/10, 2007, Rn. 46.

89 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 45.

90 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 44.

durch die Vertragsstaaten überlassen.⁹¹ Allerdings stellt der Kinderrechtsausschuss in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 12 (2009) klar, dass es grundsätzlich dem Kind anheimgestellt sein soll, ob es seine Ansicht selbst vortragen möchte oder ob die Meinungskundgabe durch einen Interessensvertreter geschehen soll.⁹² Nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen, etwa wenn das Kind aus Angst vor Repressalien diese Wahl nicht zu treffen vermag, soll von diesem Grundsatz abgewichen werden dürfen.⁹³ Wesentlich ist dabei aber, dass das Kind schon in der Vorbereitung einer Entscheidung angemessen über die Möglichkeit informiert wird, sich selbst oder mithilfe eines Vertreters äußern zu dürfen. Dazu gehört auch, das Kind auf mögliche Folgen seiner Wahl hinzuweisen und es über den Ort, die Zeit, die Art und Weise und die voraussichtlichen Teilnehmer der Anhörung im Vorfeld aufzuklären.⁹⁴

Als Interessensvertreter des Kindes kommen zum einen die Eltern oder ein Elternteil, zum anderen ein Rechtsanwalt oder eine sonstige Stelle, etwa ein Sozialpädagoge, in Betracht.⁹⁵ Zu beachten ist freilich, dass es in bestimmten Konstellationen zu Konflikten zwischen den Interessen des Kindes und jenen seiner Eltern kommen kann. In solchen Fällen scheiden die Eltern als Interessensvertreter des Kindes aus. Aus der Perspektive der Kinderrechtskonvention ist nämlich entscheidend, dass die wahren und subjektiven Interessen des Kindes gegenüber demjenigen, der am Ende des Verfahrens eine Entscheidung trifft, vertreten werden – und nicht die Belange und Vorstellungen dritter Personen.⁹⁶ Deshalb sollen die Vertragsstaaten nach Auffassung des Kinderrechtsausschusses Verhaltensregeln aufstellen, die Personen, die mit der Interessensvertretung des Kindes beauftragt sind, zwingend einhalten müssen.⁹⁷ Dazu gehört, dass sie das Kindeswohl jedenfalls nicht ohne konsultative Rücksprache mit dem betreffenden Kind definieren dürfen.⁹⁸

91 C. Kirchhof, Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes, insbesondere deren Umsetzung im russischen Recht, 2001, S. 400.

92 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 35.

93 Vgl. BT-Drs. 17/10916, S. 20; vgl. auch Lundy/Tobin/Parkes, Article 12, in: Tobin (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of the Child, 2019, S. 397, 424.

94 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 10, CRC/C/GC/10, 2007, Rn. 47; General Comment No. 24, CRC/C/GC/24, 2019, Rn. 47.

95 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 36.

96 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 96; vgl. auch Parkes, Children and International Human Rights Law, 2014, S. 94.

97 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 37; General Comment No. 14, CRC/C/GC/14, 2013, Rn. 96.

98 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 36.

Zwar braucht die Anhörung des Vertreters des Kindes nach Maßgabe des Art. 12 Abs. 2 KRK lediglich im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften durchgeführt zu werden. Dies bedeutet aber keinen Freibrief zur Einschränkung des rechtlichen Gehörs des Kindes. Der Kinderrechtsausschuss hält die Vertragsstaaten vielmehr dazu an, die grundlegenden Regeln eines fairen Verfahrens auch auf Kinder anzuwenden.⁹⁹ Wird das rechtliche Gehör dem Kind verweigert, muss die Entscheidung innerstaatlich anfechtbar sein.¹⁰⁰ Die Tatsache, dass in verschiedenen Vertragsstaaten einer unbegleiteten ausländischen Person kein Vormund und kein Vertreter zur Verteidigung ihrer Interessen als mögliches Kind bei der Ankunft oder während des Verfahrens zur Altersfeststellung zugewiesen wird, verstößt nach Ansicht des Kinderrechtsausschusses nicht nur gegen das Kindeswohl gemäß Art. 3 KRK, sondern gerade auch gegen das in Art. 12 KRK verbriefte Mitspracherecht.¹⁰¹ Die Vertragsstaaten seien dazu aufgefordert, Verfahrensvorschriften zu erlassen, wonach ein qualifizierter Vertreter mit den erforderlichen Sprachkenntnissen allen Kindern im Migrationsprozess kostenfrei und frühzeitig zur Seite gestellt wird. Andernfalls würden das Wohl des Kindes und sein Anhörungsrecht in allen Phasen des Entscheidungsprozesses, einschließlich des Verfahrens zur Altersfeststellung, verletzt.¹⁰²

4.3. *Mitspracherecht in sonstigen Lebenssituationen*

Schließlich soll nach Ansicht des Kinderrechtsausschusses das Mitspracherecht des Kindes über die in Art. 12 Abs. 2 KRK ausdrücklich normierten Gerichts- und Verwaltungsverfahren hinaus auch auf andere Lebenssituationen des Kindes Anwendung finden. Dem Kind sei in allen es betreffenden Situationen und Angelegenheiten eine Beteiligung an Entscheidungsprozessen zuzugestehen.¹⁰³ Der Ausschuss betont, dass der in Art. 12 KRK

99 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 38.

100 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 39.

101 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 6, CRC/GC/2005/6, 2005, Rn. 36; vgl. auch Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 18.9.2019, *R.K. v. Spain*, CRC/C/81/D/27/2017, Rn. 9.8.

102 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 6, CRC/GC/2005/6, 2005, Rn. 123 ff.; Wanderarbeitnehmerausschuss/Kinderrechtsausschuss, Joint General Comment No. 4/No. 23, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 2017, Rn. 16.

103 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 40 ff.

enthaltene Begriff der „das Kind berührenden Angelegenheiten“ weit interpretiert werden müsse, um Kinder effektiv als Rechtssubjekte in die Gesellschaft zu integrieren.¹⁰⁴ Darunter fallen alle diejenigen Fragen, die die Lebenswelt des Kindes betreffen. Das Kind muss jedoch von der Angelegenheit berührt sein. Das bedeutet, dass zwischen der relevanten Angelegenheit und dem Kind zumindest ein adäquat kausaler Zusammenhang bestehen muss.¹⁰⁵ Diese Einschränkung stellt klar, dass die Kinderrechtskonvention kein allgemeines politisches Mandat für Kinder verfolgt.¹⁰⁶ Daher sind Kinder wegen der bloß indirekten Auswirkungen auf ihr Lebensumfeld in die Entscheidungsfindung über Bauvorhaben regelmäßig nicht einzubeziehen.¹⁰⁷ Es kommt nach Art. 12 KRK entscheidend darauf an, dass es sich um Angelegenheiten handelt, die einen realen und spezifischen Einfluss auf das Leben von Kindern in ihrer Gemeinde und Gesellschaft haben.¹⁰⁸

Da das wichtigste Lebensumfeld des Kindes seine Familie bildet, müssen die Staaten dafür Sorge tragen, dass auch hier das Recht aus Art. 12 KRK respektiert wird.¹⁰⁹ Zur Verwirklichung dieser positiven Schutzpflicht empfiehlt der Kinderrechtsausschuss die Einrichtung von Programmen, die die Eltern und sonstigen Sorgeberechtigten bei der Erziehungsarbeit unterstützen.¹¹⁰ In solchen Programmen sollen vor allem der gegenseitige Respekt zwischen Eltern und Kind, die Berücksichtigung der Ansichten aller Familienmitglieder, die Einbindung des Kindes in Entschei-

104 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 26 f.

105 *Lundy/Tobin/Parkes*, Article 12, in: Tobin (Hrsg.), *The UN Convention on the Rights of the Child*, 2019, S. 397, 408.

106 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 27. Vgl. auch *Schmahl*, *United Nations Convention on the Rights of the Child, Article-by-Article Commentary*, 2021, Art. 12, Rn. 13. Kritisch hingegen *Doek*, in: *Todres//King* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Children’s Rights Law*, 2020, S. 257, 271.

107 A.A. *Peleg*, *International Children’s Rights Law: General Principles*, in: *Kilkelly/Liefaard* (Hrsg.), *International Human Rights of Children*, 2019, S. 135, 149.

108 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 55; vgl. auch *Lücker-Babel*, *The Right of the Child to Express Views and to be Heard: An Attempt to Interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child*, *International Journal of Children’s Rights* 3, 1995, S. 391, 396.

109 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 90 ff.

110 Vgl. Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 93; *Concluding Observations: Maldives*, CRC/C/MDV/DO/4-5, 2016, Rn. 21.

dungen, die Berücksichtigung der sich weiterentwickelnden Fähigkeiten des Kindes sowie Wege zur Konfliktbewältigung innerhalb der Familie eine Rolle spielen.¹¹¹ Je ausgeprägter die eigenen Erkenntnisse, Erfahrungen und Verständnisse des Kindes sind, desto weniger ist eine Führung durch die Eltern nötig. Das Recht aus Art. 12 KRK wird also mit fortschreitender Entwicklung eines Kindes immer bedeutender, während gleichzeitig das Recht der Eltern aus Art. 5 KRK in entsprechendem Maße abnimmt.¹¹²

Auch wenn Kinder außerhalb ihrer Familie betreut werden, sollen die Vertragsstaaten durch den Erlass von Gesetzen die Umsetzung des Mitspracherechts aus Art. 12 KRK sicherstellen. Den betroffenen Kindern sollen Informationen über die Betreuung und ihr Mitspracherecht in diesen Angelegenheiten gegeben werden.¹¹³ Im Rahmen der Gesundheitsfürsorge ist die Umsetzung des Mitspracherechts ebenfalls zu beachten. Kinder sollen bei Entscheidungen über ihre eigene Gesundheit alters- und reifegemäß einbezogen werden und hierzu alle Informationen über beabsichtigte Behandlungen und ihre möglichen Folgen erhalten.¹¹⁴ Medizinische Beratung des Kindes ist nach Ansicht des Ausschusses vor allem in solchen Fällen von Bedeutung, in denen das Kind infolge von Gewalterfahrungen im Elternhaus medizinische Unterstützung benötigt.¹¹⁵ Auch bei schulischen Entscheidungen, die sie persönlich oder als Gruppe betreffen, sollen Kinder gehört werden.¹¹⁶ Schließlich fordert der Kinderrechtsausschuss verstärkte Mitspracherechte von unbegleiteten Minderjährigen. Dem Kind oder Jugendlichen sollen alle notwendigen Informationen über mögliche Anlaufstellen, das Asylverfahren, die Suche nach Familienangehörigen

111 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 84f.; vgl. auch *Rossa*, Kinderrechte: Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes im internationalen und nationalen Kontext, 2014, S. 17, 87.

112 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 20, CRC/C/GC/20, 2016, Rn. 18; *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 12, Rn. 28.

113 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 97.

114 Vgl. Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 98–104.

115 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 101.

116 Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 110.

und die Situation in ihrem Herkunftsland gegeben werden.¹¹⁷ Soweit erforderlich, soll ein Übersetzer, ein Dolmetscher oder wenigstens ein Sprachmittler herangezogen werden.¹¹⁸

5. Schwache völkerrechtliche Durchsetzungsmechanismen der Kinderrechtskonvention

Trotz oder vielleicht gerade wegen dieser innovativen kinderrechtlichen Perspektive, die sich vor allem aus der Schlüsselnorm des Art. 12 KRK ergibt, verfügt die Kinderrechtskonvention nur über schwache Durchsetzungsmechanismen. Zwar verlangt Art. 4 KRK, dass die Konvention im innerstaatlichen Rechtsraum praktische Wirksamkeit erlangt.¹¹⁹ Auch bestehen, wie erwähnt, keine Zweifel an der Justizierbarkeit des Übereinkommens und der unmittelbaren Anwendbarkeit vieler in ihm niedergelegter Garantien, die in Deutschland zudem im Rang eines Bundesgesetzes stehen.

Dennoch sind die Vertragsstaaten nach Art. 44 KRK lediglich verpflichtet, dem Kinderrechtsausschuss, einem unabhängigen Expertengremium, über die interne Verwirklichung ihrer übernommenen Vertragspflichten in regelmäßigen Abständen Bericht zu erstatten und dem Ausschuss für ein dialogisches Verfahren zur Verfügung zu stehen. Anerkennung und Anwendung des quasi-gerichtlichen Mitteilungsverfahrens, das mit dem 3. Fakultativprotokoll von 2011 (in Kraft seit 2014) eingeführt worden ist,¹²⁰ stehen sogar im freien Ermessen der Staaten. Eine völkerrechtliche Verpflichtung zur Ratifizierung besteht nicht. Die Bundesrepublik Deutschland hat das 3. Fakultativprotokoll freilich als einer der ersten Vertragsstaaten ratifiziert¹²¹ und damit die Möglichkeit einer Individualbeschwerde gegen deutsche Hoheitsakte vor dem Kinderrechtsausschuss eröffnet. Soweit ersichtlich, sind bisher jedoch erst vier Individualbeschwerden gegen die Bundesrepublik Deutschland erhoben worden. Zu einer inhaltsreichen Entscheidung des Kinderrechtsausschusses ist es aber in keinem der Fälle

¹¹⁷ Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 6, CRC/GC/2005/6, Rn. 25; vgl. auch *Smyth, Migration, Refugees, and Children's Rights*, in: Kilkelly/Liefaard (Hrsg.), *International Human Rights of Children*, 2019, S. 421, 434.

¹¹⁸ Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 12, CRC/C/GC/12, 2009, Rn. 25.

¹¹⁹ Dazu näher Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, CRC/GC/2003/5, 2003, Rn. 22.

¹²⁰ A/RES/66/138 vom 19.12.2011. In Kraft seit 14.4.2014.

¹²¹ BGBl. 2012 II, S. 1546.

gekommen, da zwei Beschwerden die Hürden der Zulässigkeitsprüfung nicht genommen haben und bezüglich der anderen beiden Beschwerden die Verfahren eingestellt worden sind.¹²²

Der Kinderrechtsausschuss entscheidet überdies sowohl im Berichts- als auch im Individualbeschwerdeverfahren lediglich im Wege von unverbindlichen Stellungnahmen, allgemeinen Bemerkungen und Empfehlungen.¹²³ Eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland für Defizite bei der Umsetzung dieser Stellungnahmen des Ausschusses kommt daher nicht in Betracht, sofern diese über den konsolidierten Konventionstext hinausgehen.¹²⁴ Beispielsweise hat das rechtspolitische Drängen des Kinderrechtsausschusses auf eine Verankerung von Kinderrechten in den nationalen Verfassungen oder auf einen sonstigen rechtlichen Mechanismus, der den Kinderrechten Vorrang vor einfachem Bundesrecht verschafft,¹²⁵ keinerlei Grundlage in der Konvention oder in einer anderweitig bestehenden völkerrechtlichen Pflicht. Der in Art. 4 Satz 1 KRK statuierte Implementierungsauftrag, wonach „[d]ie Vertragsstaaten ... alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen zur Verwirklichung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte [treffen]“, nennt die Verfassungsgebung gerade nicht. Damit liegt der Vorwurf nahe, der Kinderrechtsausschuss handele mit seinen Aufforderungen zur verfassungsrechtlichen Implementierung von Kinderrechten *ultra vires*.¹²⁶

122 Kinderrechtsausschuss, Unzulässigkeitsentscheidung vom 4.2.2020, *D.C. v. Germany*, CRC/C/83/D/60/2018; Unzulässigkeitsentscheidung vom 31.5.2021, *M.W. v. Germany*, CRC/C/87/D/75/2019; Einstellungentscheidung vom 31.5.2018, *K.A.B. v. Germany*, CRC/C/78/D/35/2017; Einstellungentscheidung vom 4.2.2021, *Z.A. v. Germany*, CRC/C/86/D/82/2019.

123 Vgl. Art. 45 lit. d KRK und Art. 10 Abs. 5 des 3. Fakultativprotokolls zur KRK. Ferner siehe *Payandeh*, Die Individualbeschwerde zum Kinderrechtsausschuss der Vereinten Nationen. Rechtsgutachten, 2014, S. 53 ff.

124 *Dederer*, Kinderrechte auf internationaler und supranationaler Ebene. Bestandsaufnahme und Ausblick, in: Uhle (Hrsg.), Kinder im Recht. Kinderrechte im Spiegel der Kindesentwicklung, 2019, S. 287, 306.

125 Vgl. insbesondere: Kinderrechtsausschuss, Concluding Observations: Germany, CRC/C/15/Add.43, 1995, Rn. 21; CRC/C/15/Add.226, 2004, Rn. 9 f.; CRC/C/DEU/CO/3–4, 2014, Rn. 9 f.

126 Entsprechende Überlegung bei *Dederer*, Kinderrechte auf internationaler und supranationaler Ebene. Bestandsaufnahme und Ausblick, in: Uhle (Hrsg.), Kinder im Recht. Kinderrechte im Spiegel der Kindesentwicklung, 2019, S. 287, 306. Ähnlich wohl *G. Kirchhof*, Die Kinderrechte des Grundgesetzes. Sollte die Verfassung zugunsten von Kindern geändert werden?, NJW 2018, S. 2690, 2691.

Diesem Vorwurf kann nur deshalb entgegengetreten werden, weil die Auffassungen des Ausschusses rechtlich unverbindlich und letztlich auf einen rechtspolitischen Dialog mit dem Vertragsstaat ausgerichtet sind.¹²⁷ Darüber hinaus ist zu bedenken, dass es dem Kinderrechtsausschuss, der nicht notwendigerweise aus Juristen besteht, sondern interdisziplinär zusammengesetzt ist,¹²⁸ weniger auf formaljuristische Normierungen denn viel stärker auf inhaltliche Perspektiven und Signalwirkungen ankommt.¹²⁹ Maßgeblich ist es seiner Ansicht nach vor allem, dass das Kind in der innerstaatlichen Rechtsordnung als eigenständiges Rechtssubjekt begriffen und nicht lediglich als Schranke des elterlichen Rechts am Kind konzipiert wird. In diesen Rahmen fügt sich das Mitspracherecht des Kindes gemäß Art. 12 KRK sinnvoll ein und vermag die *raison d'être* der Konvention vorbildhaft wiederzugeben. Eine Verpflichtung, Kinderrechte in der innerstaatlichen Rechtsordnung mit Verfassungsrang auszustatten, ergibt sich daraus aber nicht. Eine effektive Umsetzung von Kinderrechten, insbesondere von den Mitspracherechten des Kindes, kann durchaus – und konventionskonform – auch bloß auf einfachgesetzlicher Ebene geschehen.¹³⁰

6. Kritische Schlussbemerkungen

Insgesamt liegt der uneingeschränkte Vorteil der Kinderrechtskonvention zweifellos darin, dass sie die subjektiven Rechte und das Mitspracherecht des Kindes in allen es berührenden Angelegenheiten stärkt und auf eine entsprechende Bewusstseinsänderung in den Vertragsstaaten drängt. Das Kind ist in der Tat kein Objekt oder gar ein Anhängsel des Elternrechts. Es

127 Vgl. Schmahl, Verpflichtet das Völkerrecht zur Einführung von Kinderrechten ins Grundgesetz? Ein Statement in 18 Thesen, RdJB 2020, S. 5, 11.

128 Vgl. Art. 43 KRK. Ferner siehe Dorsch, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, 1994, S. 275; Krappmann, Anspruch und Kerngehalte der Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen, in: Bielefeldt u.a. (Hrsg.), Jahrbuch Menschenrechte, 2010, S. 15, 16.

129 Zur insoweit parallelen, advokatischen Rolle des Behindertenrechtsausschusses vgl. Uerpman-Witzack, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, AVR 54, 2016, S. 181, 211.

130 Schmahl, The Rights of the Child in Germany. The UN Convention on the Rights of the Child, and its Implementation in National Law, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law, 2014, S. 581, 586.

ist vielmehr ein eigenständiges Rechtssubjekt, dem wegen seiner Verletzlichkeit, vor allem in jungen Jahren, besonderer Schutz vor Gefahren garantiert werden muss, die nicht nur außerhalb, sondern auch innerhalb des Elternhauses entstehen können. Insoweit hat die emanzipatorische Innovationskraft der Kinderrechtskonvention bis heute nichts an ihrer Bedeutung eingebüßt. Ganz im Gegenteil hat sich das Mitspracherecht des Kindes inzwischen auch auf europäischer Ebene durchgesetzt. Nicht nur die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nimmt beständig auf das kindliche Mitspracherecht in strafrechtlichen, umgangsrechtlichen und asylrechtlichen Streitigkeiten Bezug.¹³¹ Auch die Grundrechtecharta der Europäischen Union greift in ihrem Art. 24 die Partizipation von Kindern bei sie betreffenden Entscheidungsprozessen ausdrücklich auf und ist deutlich von Wortlaut und Telos der Vorschriften des Art. 3 und Art. 12 KRK geprägt,¹³² was nicht zuletzt die jüngere Rechtsprechung des EuGH belegt.¹³³

Doch es gibt auch Schattenseiten. Zwar wird immer wieder vorgebracht, dass den empfehlenden Auffassungen des Ausschusses wegen des unabhängigen Sachverständs seiner Mitglieder hohe Autorität zukomme, der sich die Staaten nur unter besonderem Argumentationsaufwand entziehen könnten. Diese Aussage ist mit Blick auf den völkerrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben auch zutreffend.¹³⁴ Die Wahrung dieser moralischen und politischen Autorität gelingt aber nur, wenn die Bemerkungen und Empfehlungen des Ausschusses rechtlich präzise und

131 Vgl. z. B. EGMR, Urteil vom 8.7.2003, *Sabin v. Germany*, App. No. 30943/96, Rn. 64; Urteil vom 6.7.2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, App. No. 41615/07, Rn. 132; Urteil vom 28.6.2011, *Nunez v. Norway*, App. No. 55597/09, Rn. 84.

132 Vgl. nur *Hölscheidt*, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der EU. Kommentar*, 5. Aufl. 2019, Art. 24, Rn. 2 ff.; *Schmahl*, *Gleichheitsgarantien*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *Europäischer Grundrechteschutz*, Enzyklopädie Europarecht, Band 2, 2. Aufl. 2021, § 20, Rn. 104.

133 EuGH, Urteil vom 6.6.2013, *MA, BT, DA v. Secretary of State for the Home Department*, Rs. C-648/11, ECLI:EU:C:2013:367, Rn. 57 ff. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 22.12.2010, *Zarraga v. Pelz*, Rs. C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828, Rn. 62 ff.; Urteil vom 6.12.2012, *Maahanmuuttopirasto*, Rs. C-356/11 und C-357/11, ECLI:EU:C:2012:776, Rn. 79 f.; Urteil vom 8.5.2018, *K.A. et al.*, Rs. C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308, Rn. 65 ff.

134 Dazu näher *Schmahl*, *Auswirkungen der UN-Kinderrechtskonvention auf die deutsche Rechtsordnung – Eine Analyse jüngster gesetzgeberischer und judikativer Entwicklungen*, RdJB 2014, S. 125, 128 f.; vgl. auch *E. Klein*, *Allgemeine Bemerkungen der UN-Menschenrechtsausschüsse*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Band VI/2, 2009, § 127, Rn. 27 und 31.

in sich konsistent ausfallen, was nicht immer der Fall ist. So ist etwa nicht plausibel, weshalb der Kinderrechtsausschuss in seinen Abschließen den Bemerkungen zur Rechtslage in Deutschland (2014) im Kapitel zum Gesundheitsschutz lediglich die negativen Effekte von Kohleemissionen kritisiert¹³⁵ und andere gesundheitsrelevante Fragen, etwa zum Klimawandel, zur Feinstaubbelastung oder zur Impfpflicht von Kindern, gar nicht thematisiert. Die Vermutung liegt nahe, dass sich der Ausschuss gelegentlich allzu sehr auf die „Schattenberichte“ einzelner Nichtregierungsorganisationen verlässt und die notwendige Kontextualisierung nicht durchweg präzise vornimmt.¹³⁶ Auch ist nachteilig, dass der Kinderrechtsausschuss gelegentlich zu stark allein die Rechte der Kinder in den Blick nimmt und anderen Belangen und vor allem Rechten Dritter nicht immer die gebotene Position im Abwägungsprozess zuweist.¹³⁷ Diese tendenziell interessensgeleitete Politik steht einem menschenrechtlichen Gremium nicht besonders gut zu Gesicht; vor allem schwächt sie die Errungenschaften der Konvention und die Seriosität der Stellungnahmen des Ausschusses.

Nicht zu vernachlässigen ist indes, dass sich inzwischen positive Änderungen in der Ausschusspraxis bemerkbar machen. Interessanterweise hat zu diesem Richtungswandel das 3. Fakultativprotokoll zur Kinderrechtskonvention erheblich beitragen, das unter anderem ein Individualbeschwerdeverfahren zur Stärkung der Kinderrechte eingeführt hat. Der Grund für diesen Wandel liegt wohl darin, dass in einem Individualbeschwerdeverfahren die Gegenpositionen des Vertragsstaates zu den konkret im Einzelfall aufgeworfenen Rechtsfragen notwendigerweise ausführlicher zur Sprache kommen als im Berichtsverfahren, weshalb eine ausgewogenere Entscheidungsfindung unter Einbeziehung auch widerstreitender Positionen möglich ist.

Lassen Sie mich dies kurz an den Fällen zur Altersfeststellung unbegleiteter Flüchtlinge erläutern, die den Kinderrechtsausschuss in den vergangenen Jahren immer wieder beschäftigt haben. Die Bestimmung des Alters eines Jugendlichen, der behauptet, minderjährig zu sein, ist von grundlegender Bedeutung, da das Ergebnis darüber entscheidet, ob dieser

135 Kinderrechtsausschuss, *Concluding Observations: Germany, CRC/C/DEU/CO/3–4*, 2014, Rn. 22.

136 Schmahl, Kinderrechte im internationalen Recht in Geschichte und Gegenwart, in: Richter/Krappmann/Wapler (Hrsg.), *Kinderrechte: Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts*, 2020, S. 57, 63.

137 Kritisch zur gelegentlichen Inkonsistenz der Ansichten des Ausschusses auch Kälin, *Examination of State Reports*, in: Keller/Ulfstein (Hrsg.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, 2012, S. 16, 72.

Person die Rechte aus der Kinderrechtskonvention zustehen.¹³⁸ Aus Sicht des Kinderrechtsausschusses ist es unerlässlich, dass die Vertragsstaaten ein multidisziplinäres, kinderfreundliches und ethnisch-kulturell angemessenes Verfahren zur Feststellung des Alters einer Person im Falle von Ungewissheit bereitstellen.¹³⁹ Insbesondere die von vielen Staaten angewandten Röntgennachweise nach dem Atlastest von *Greulich/Pyle* erachtet der Ausschuss als wissenschaftlich ungenau, ethisch bedenklich, mit hohen Fehlerquoten behaftet und daher als konventionswidrig.¹⁴⁰ Gegen diese Feststellung ist prinzipiell weder aus medizinischer noch aus rechtlicher Sicht etwas zu erinnern.¹⁴¹

Fragewürdig ist aber, dass die Mehrheit des Ausschusses in einem zweiten Schritt auch davon ausgeht, dass in Ermangelung verlässlicher Beweise und im Zusammenhang mit der konventionswidrigen Altersbestimmung nach dem *Greulich/Pyle*-Test die Person stets als Kind im Sinne der Kinderrechtskonvention behandelt werden müsse.¹⁴² Zahlreiche abweichende Meinungen der Ausschussmitglieder üben an der Mehrheitsentscheidung deutliche Kritik.¹⁴³ Sie bemängeln, dass danach allein die Behauptung

138 Vgl. Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 31.5.2019, *A.L. v. Spain*, CRC/C/81/D/16/2017, Rn. 12.3; Auffassungen vom 31.5.2019, *J.A.B. v. Spain*, CRC/C/81/D/22/2017, Rn. 13.3.

139 Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 27.9.2018, *N.B.F. v. Spain*, CRC/C/79/D/11/2017, Rn. 12.4; Auffassungen vom 31.5.2019, *A.L. v. Spain*, CRC/C/81/D/16/2017, Rn. 12.4 and 12.7; Auffassungen vom 31.5.2019, *J.A.B. v. Spain*, CRC/C/81/D/22/2017, Rn. 13.6. Vgl. auch Wanderarbeitnehmerausschuss/Kinderrechtsausschuss, Joint General Comment No. 4/No. 23, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, 2017, Rn. 4.

140 Vgl. Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 27.9.2018, *N.B.F. v. Spain*, CRC/C/79/D/11/2017, Rn. 12.6; Auffassungen vom 31.5.2019, *A.L. v. Spain*, CRC/C/81/D/16/2017, Rn. 12.6. Auf der anderen Seite vgl. aber auch die Unzulässigkeitsentscheidung des Kinderrechtsausschusses vom 2.6.2017 in der Mitteilung *M.E.B. v. Spain*, CRC/C/75/D/9/2017.

141 Auch in der deutschen Literatur mehrt sich die Kritik an den radiologischen und computertomographischen Untersuchungen zur Altersfeststellung, vgl. etwa *Gundelach*, Die Rechtsprechung zur medizinischen Altersfeststellung – eine Anmerkung, NVwZ 2018, S. 1849, 1850; *Neundorf*, Die Altersbestimmung bei unbegleiteten Minderjährigen – rechtliche Grundlagen und Debattenüberblick, ZAR 2018, S. 238, 240 ff.; *Gelhaar*, Die Praxis der Alterseinschätzung von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, KJ 52, 2018, S. 179, 181 ff.

142 Vgl. Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 27.9.2018, *N.B.F. v. Spain*, CRC/C/79/D/11/2017, Rn. 12.3 ff. Ebenso: *A. Klein*, Alterseinschätzung bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, KJ 49, 2015, S. 405, 412 ff.

143 Vgl. insbesondere die Dissenting Opinions der Ausschussmitglieder *Otani* und *Kotrane* zu Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 27.9.2018, *N.B.F. v. Spain*,

ausreiche, ein Minderjähriger zu sein, um in den Genuss der Konventionsrechte zu gelangen. Stattdessen hätten die beiden relevanten Fragen dogmatisch voneinander getrennt werden müssen: Zum einen hätte geprüft werden müssen, ob das angewandte Altersbestimmungsverfahren die Verpflichtungen des Vertragsstaates aus der Konvention verletzt habe (*quod est*), und zum anderen hätte erörtert werden müssen, ob dadurch tatsächlich auch die subjektiven Rechte des Beschwerdeführers verletzt worden seien (*quod non*).¹⁴⁴

Auch wenn ich der Ansicht der Ausschussminderheit zuneige, möchte ich nicht in weitere Details gehen, die sich vom eigentlichen Thema dieses Vortrags entfernen.¹⁴⁵ Entscheidend kommt es mir hier darauf an, dass der Kinderrechtsausschuss inzwischen nicht mehr einseitig nur die Perspektive des Kindes thematisiert, sondern in eine umfassendere rechtliche Argumentation eintritt und zwischen Staatenverpflichtungen einerseits und subjektiven Rechten des Kindes andererseits differenziert. Damit befindet er sich auf dem richtigen Weg, zu einer veritablen menschenrechtlichen Instanz im besten Sinne zu werden.

Literatur

- Alderson/Hawthorne/Killen*, The Participation Rights of Premature Babies, International Journal of Children's Rights 13, 2005, S. 31
- Alen* et al. (Hrsg.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Vol. 2, 2008; Vol. 3, 2007; Vol. 4, 2006
- Alston*, The Unborn Child and Abortion under the Draft Convention on the Rights of the Child, Human Rights Quarterly 12, 1990, S. 156
- Alston*, The Legal Framework of the Convention on the Rights of the Child, Bulletin of Human Rights 91, 1992, S. 1
- Beigbeder*, Children, in: *Weiss/Daws* (Hrsg.), The Oxford Handbook on the United Nations, 2017, S. 511

CRC/C/79/D/11/2017, Annex II, Rn. 3 ff. und Annex III, Rn. 7 ff. In der Sache ähnlich kritisch auch die Concurring Opinions der Ausschussmitglieder *Mezrmur, Khazova, Skelton* und *Todorova*, ebenda, CRC/C/79/D/11/2017, Annex I, Rn. 11.

144 Klarsichtig die Dissenting Opinion des Ausschussmitglieds *Otani* zu Kinderrechtsausschuss, Auffassungen vom 27.9.2018, *N.B.F. v. Spain*, CRC/C/79/D/11/2017, Annex II, Rn. 5.

145 Zu den Entscheidungen des Kinderrechtsausschusses bezüglich der Altersfeststellung näher: *Schmahl*, United Nations Convention on the Rights of the Child, Article-by-Article Commentary, 2021, Art. 1, Rn. 10 ff.

- Benassi/Eichholz*, Grundgesetz und Kinderrechte, DVBl. 2017, S. 614
- Cremer*, Die UN-Kinderrechtskonvention: Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2011
- Cremer*, Kinderrechte und der Vorrang des Kindeswohls, AnwBl. 2012, S. 327
- Dederer*, Kinderrechte auf internationaler und supranationaler Ebene. Bestandsaufnahme und Ausblick, in: Uhle (Hrsg.), Kinder im Recht. Kinderrechte im Spiegel der Kindesentwicklung, 2019, S. 287
- Dorsch*, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, 1994
- Eichholz*, Der Vorrang des Kindeswohls: Die Bedeutung von Art. 3 Absatz 1 der UN-Kinderrechtskonvention für die deutsche Rechtsprechung, 2015
- Gelhaar*, Die Praxis der Alterseinschätzung von unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, KJ 52, 2018, S. 179
- Grabenwarter* (Hrsg.), Europäischer Grundrechteschutz, Enzyklopädie Europarecht, Band 2, 2. Aufl. 2021
- Gundelach*, Die Rechtsprechung zur medizinischen Altersfeststellung – eine Anmerkung, NVwZ 2018, S. 1849
- Ivanits*, Keine Beteiligung des Kindes bei elterlichem Einvernehmen?, NZFam 2016, S. 7
- Kälin*, Examination of State Reports, in: Keller/Ulfstein (Hrsg.), UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy, 2012, S. 16
- Khazova*, International Children's Rights Law: Child and the Family, in: Kilkelly/Liefaard (Hrsg.), International Human Rights of Children, 2019, S. 161
- Kirchhof*, C., Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes, insbesondere deren Umsetzung im russischen Recht, 2001
- Kirchhof*, G., Die Kinderrechte des Grundgesetzes. Sollte die Verfassung zugunsten von Kindern geändert werden?, NJW 2018, S. 2690
- Klein*, A., Alterseinschätzung bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen, KJ 49, 2015, S. 405
- Klein*, E., Die völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands und ihre Bedeutung für die drei Staatsgewalten, in: Koeppel (Hrsg.), Kindschaftsrecht und Völkerrecht, 1996, S. 31
- Klein*, E., Allgemeine Bemerkungen der UN-Menschenrechtsausschüsse, in: Meriten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VI/2, 2009, § 127
- Krappmann*, The Weight of the Child's View, International Journal of Children's Rights 18, 2010, S. 501
- Krappmann*, Anspruch und Kerngehalte der Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen, in: Bielefeldt u.a. (Hrsg.), Jahrbuch Menschenrechte, 2010, S. 15
- Ksentini*, The Convention on the Rights of the Child: Norms for Protection and an Instrument of Co-operation for the Survival, Development and Well-being of the Child, Bulletin of Human Rights 91, 1992, S. 43
- Lorz*, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung, 2003

- Lücker-Babel*, The Right of the Child to Express Views and to be Heard: An Attempt to Interpret Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child, International Journal of Children's Rights 3, 1995, S. 391
- Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der EU. Kommentar*, 5. Aufl. 2019
- Mower jr.*, The Convention on the Rights of the Child, 1997
- Neundorf*, Die Altersbestimmung bei unbegleiteten Minderjährigen – rechtliche Grundlagen und Debattenüberblick, ZAR 2018, S. 238
- Palm-Risse*, Hilfe für die Wehrlosen: Die Konvention über die Rechte des Kindes, VN 1990, S. 101
- Parkes*, Children and International Human Rights Law, 2014
- Payandeh*, Die Individualbeschwerde zum Kinderrechtsausschuss der Vereinten Nationen. Rechtsgutachten, 2014
- Peleg*, International Children's Rights Law: General Principles, in: Kilkelly/Liefaard (Hrsg.), International Human Rights of Children, 2019, S. 135
- Rossa*, Kinderrechte: Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes im internationalen und nationalen Kontext, 2014
- Sauer*, Staatsrecht III, 6. Aufl. 2020
- Schmahl*, Das Verhältnis der deutschen Rechtsordnung zu Regeln des Völkerrechts, JuS 2013, S. 961
- Schmahl*, Auswirkungen der UN-Kinderrechtskonvention auf die deutsche Rechtsordnung – Eine Analyse jüngster gesetzgeberischer und judikativer Entwicklungen, RdJB 2014, S. 125
- Schmahl*, The Rights of the Child in Germany. The UN Convention on the Rights of the Child, and its Implementation in National Law, in: Schmidt-Kessel (Hrsg.), German National Reports on the 19th International Congress of Comparative Law, 2014, S. 581
- Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Handkommentar, 2. Aufl. 2017
- Schmahl*, Die völkerrechtsdogmatische Einordnung internationaler Menschenrechtsverträge, JuS 2018, S. 737
- Schmahl*, Kinderrechte im internationalen Recht in Geschichte und Gegenwart, in: Richter/Krappmann/Wapler (Hrsg.), Kinderrechte: Handbuch des deutschen und internationalen Kinder- und Jugendrechts, 2020, S. 57
- Schmahl*, Verpflichtet das Völkerrecht zur Einführung von Kinderrechten ins Grundgesetz? Ein Statement in 18 Thesen, RdJB 2020, S. 5
- Schmahl*, United Nations Convention on the Rights of the Child, Article-by-Article Commentary, 2021
- Schorkopf*, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017
- Skelton*, International Children's Rights Law: Complaints and Remedies, in: Kilkelly/Liefaard (Hrsg.), International Human Rights of Children, 2019, S. 65
- Smyth*, Migration, Refugees, and Children's Rights, in: Kilkelly/Liefaard (Hrsg.), International Human Rights of Children, 2019, S. 421
- Sodan* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2018

Die völkerrechtliche Verpflichtung zur effektiven Rechtsdurchsetzung

- Tobin* (Hrsg.), The UN Convention on the Rights of the Child, 2019
- Todres//King* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Children's Rights Law, 2020
- Tomuschat*, Verwirrung über die Kinderrechte-Konvention der Vereinten Nationen, in: Ruland/von Maydell/Papier (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, Festschrift für Hans F. Zacher, 1998, S. 1143
- Uerpman-Witzack*, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis des Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, AVR 54, 2016, S. 181
- Van Bueren*, The International Law on the Rights of the Child, 1995
- Verschraegen*, Die Kinderrechtskonvention, 1996
- Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015
- Wapler*, Religiöse Kindererziehung. Grenzen des Rechts, RdJB 2015, S. 420
- Wytttenbach*, Übereinkommen über die Rechte des Kindes (CRC), in: Pollmann/Lohmann (Hrsg.), Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch, 2012, S. 317

