

GUTACHTEN

Verfassungsrechtliche Verankerung von Kinderrechten und Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten des Europarats

Julia Sloth-Nielsen
Michelle Oriel

Das Deutsche Kinderhilfswerk e.V. setzt sich seit mehr als 45 Jahren für die Rechte von Kindern in Deutschland ein. Die Überwindung von Kinderarmut und die Beteiligung von Kindern und Jugendlichen an allen sie betreffenden Angelegenheiten stehen im Mittelpunkt der Arbeit als Kinderrechtsorganisation. Der gemeinnützige Verein finanziert sich überwiegend aus privaten Spenden, dafür stehen seine Spendendosen an ca. 40.000 Standorten in Deutschland. Das Deutsche Kinderhilfswerk initiiert und unterstützt Maßnahmen und Projekte, die die Teilhabe von Kindern und Jugendlichen, unabhängig von deren Herkunft oder Aufenthaltsstatus, fördern. Die politische Lobbyarbeit wirkt auf die vollständige Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland hin, insbesondere im Bereich der Mitbestimmung von Kindern, ihren Interessen bei Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen sowie der Überwindung von Kinderarmut und gleichberechtigten gesellschaftlichen Teilhabe aller Kinder in Deutschland.

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

Dieses Gutachten wurde erstellt durch:

Prof. Julia Sloth-Nielsen, Professorin am Department of Public Law and Jurisprudence, University of the Western Cape und Professorin für Kinderrechte in Ländern des Globalen Südens an der Universität Leiden

Michelle Oliel, Stellvertretende Direktorin des Lori E. Talsky Center for Human Rights of Women and Children am Michigan State University College of Law und Geschäftsführerin der Stahili Foundation

IMPRESSUM

Schriftenreihe des Deutschen Kinderhilfswerkes e.V. – Heft 7

Deutsches Kinderhilfswerk e.V.

Leipziger Straße 116-118

10117 Berlin

Fon: +49 30 308693-0

Fax: +49 30 308693-93

E-Mail: dkhw@dkhw.de

www.dkhw.de

Autorinnen:

Prof. Julia Sloth-Nielsen

Michelle Oliel

Redaktion:

Linda Zaiane

Hannah Nicklas

Layout:

Florence Baret

Druck:

USE Union Sozialer Einrichtungen, Teltow

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

© 2019 Deutsches Kinderhilfswerk e.V.

Inhalt

I. Einführung	4
II. Kinderrechte als Verfassungsrechte	6
1. Die Venedig-Kommission und ihre Empfehlungen	7
2. Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes	8
III. Kinder als Träger von Rechten	13
1. Kinderrechte – allgemeine Grundsätze	13
a) Diskriminierungsverbot (Artikel 2, KRK)	14
b) Das Wohl des Kindes als vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt (Artikel 3, KRK)	14
c) Recht auf Leben, Überleben und Entwicklung (Artikel 6, KRK)	15
d) Recht auf freie Meinungsäußerung in allen Angelegenheiten (Artikel 12, KRK)	15
2. Vorbehalte	16
IV. Ansätze für die Eingliederung	18
1. Monistischer Ansatz	18
2. Dualistischer Ansatz	19
a) Das Beispiel Südafrika	20
V. Überblick über die Mitgliedstaaten und verfassungsrechtlichen Strukturen	23
1. Rechtebasierter Ansatz	23
a) Recht auf Gesundheit	24
b) Familien und Kinder außerhalb der elterlichen Obhut	25
2. Besondere Schutzwürdigkeit von Kindern	25
3. Allgemeine Grundsätze der KRK	27
a) Diskriminierungsverbot	27
b) Wohl des Kindes	27
c) Recht auf Leben, Überleben und Entwicklung	28
d) Recht auf Gehör/ Recht auf freie Meinungsäußerung	29
VI. Kinderrechte in der nationalen Rechtsprechung	30
1. Allgemeine Grundsätze	34
a) Diskriminierungsverbot	34
b) Wohl des Kindes	34
c) Recht auf Leben, Überleben und Entwicklung	38
d) Berücksichtigung des Kindeswillens	38
VII. Schlussbemerkungen	42

I. Einführung

Vor 30 Jahren wurde die UN-Kinderrechtskonvention („KRK“; Convention on the Rights of the Child, CRC) beschlossen.¹ Die KRK, die von allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union („EU“)² und des Europarats (Council of Europe, „CoE“) ratifiziert wurde, legt die bürgerlichen, politischen, ökonomischen, gesellschaftlichen und kulturellen Rechte aller Kinder fest. Außerdem müssen die Staaten gemäß der KRK die Kinderrechte u. a. als wesentlichen Bestandteil des Schutzes, der Förderung und der Überwachung der Rechte in die Gesetzgebung und die Entscheidungsprozesse des Landes aufnehmen. Die Mitgliedstaaten des CoE haben die KRK durch eine Reihe von Maßnahmen in den jeweiligen Rechtsrahmen des Landes eingegliedert: durch spezielle, zusammengefasste Gesetze über die Rechte von Kindern, in Bereichen wie dem Familienrecht und durch die Gewährung verfassungsrechtlich verbrieft Garantien für Kinder.³

Die KRK wurde in den verschiedenen Vertragsstaaten bisher sehr unterschiedlich umgesetzt. Wie Kilkelly bemerkt, „macht die Vielfalt der beteiligten gesellschaftlichen, ökonomischen und politischen Faktoren eine zuverlässige oder sichere Ermittlung von Ursache und Wirkung einer bestimmten Maßnahme unmöglich [...]“.⁴ Die gesetzliche Eingliederung ist ein Prozess, der „abhängig vom nationalen Kontext über unterschiedliche Formen und Pfade erfolgt[,] dessen Erfolg möglicherweise schrittweise erreicht werden muss [...]“ und der eine sorgfältige Sensibilisierung, Aufklärung, Erwägung und Beratung unter Einbindung aller wichtigen Interessensgruppen erfordert.⁵ Dementsprechend gibt es keine bestimmte Reihenfolge, in der ein Vertragsstaat gesetzliche und nicht gesetzliche Umsetzungsmaßnahmen ergreifen sollte.⁶ Dementsprechend ist die gesetzliche Eingliederung ebenfalls nur ein Bestandteil der allgemeinen Einbindungsmaßnahmen gemäß der KRK.⁷

Zur Durchsetzung der KRK müssen ihre Bestimmungen aber auch von Kindern und deren Vertretungsbevollmächtigten vor Gericht geltend gemacht werden können und von allen Vertragsstaaten in einer Weise angewandt werden, dass der KRK im Fall von Widersprüchen die Vorrangstellung gegenüber nationalen Gesetzen und Verfahren eingeräumt wird.⁸ Werden Kinderrechte ausdrücklich in die nationalen Verfassungen aufgenommen und haben sie bei Widersprüchen Vorrang, können hierdurch verbindliche Normen für Gesetzgebung, Politik und Behörden entstehen. Seit der Verabschiedung der KRK vor 30 Jahren werden die bestehenden Herausforderungen und Grenzen durch eine zunehmende

1 UN-Generalversammlung, *UN-Kinderrechtskonvention*, 20. November 1989, UNTS, Band 1577, S. 3 (nachstehend „KRK“ (Kinderrechtskonvention)). Siehe auch UN-Generalversammlung, *Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention betreffend die Beteiligung von Kindern an bewaffneten Konflikten*, 25. Mai 2000; UN-Generalversammlung, *Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie*, 16. März 2001, A/RES/54/263; UN-Menschenrechtsrat, *Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention betreffend ein Mitteilungsverfahren: Resolution / verabschiedet vom Menschenrechtsrat*, 19. Dezember 2011.

2 Der Europäische Gerichtshof hat die Notwendigkeit der Wahrung von Kinderrechten anerkannt und fordert die gebührende Berücksichtigung der KRK in der EU-Gesetzgebung (*Europäisches Parlament gegen Rat der Europäischen Union*, (2006) ECR 5769, Rechtssache C-540/03, Abs. 37).

3 Der UN-Ausschuss begrüßt den Erlass zusammengefasster Gesetze für Kinder. Sowohl Spanien als auch Rumänien verfügen beispielsweise über Sondergesetze (siehe Organengesetz über den gesetzlichen Schutz von Minderjährigen; Gesetz Nr. 272/2004).

4 Kilkelly, U., (2019): „The UN Convention on the rights of the child: incremental and transformative approaches to legal implementation, *The International Journal of Human Rights*“, DOI: 10.1080/13642987.2018.1558974, S. 2 (Kilkelly (2019)).

5 Kilkelly (2019), S. 10–11.

6 Kilkelly (2019), S. 11.

7 Für die Umsetzung des KRK sind ebenfalls nichtgesetzliche Maßnahmen erforderlich, u. a. die Erhebung umfassender Daten zu Kindern, Schulungsmaßnahmen für Menschen, die mit Kindern arbeiten, kinderfreundliche Budgets sowie weitere allgemeine Sensibilisierungskampagnen.

8 Liefwaard, T. and Doek, J. (Hrsg.), „Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence“ (Springer, 2015), S. VII.

Anzahl von Gerichtsurteilen seitens der inländischen Gerichte im CoE-Raum veranschaulicht.⁹ Diese Herausforderungen sind weitestgehend auf die jeweilige Gesetzestradi-tion, die jeweilige inländische Rechtsordnung und unter anderem auf die Tatsache zurückzuführen, ob ein Staat die Kinderrechte in die eigene gesetzliche oder verfassungsrechtliche Ordnung aufgenommen und ihnen Vorrang eingeräumt hat.¹⁰

In dieser Veröffentlichung wird die Art und Weise untersucht, in der die CoE-Mitgliedstaaten bestimmte zentrale Aspekte der Rechte des Kindes in ihre Verfassungen aufgenommen haben, sowie die Wirksamkeit und Anwendbarkeit von Kinderrechten in der inländischen Gerichtsbarkeit beleuchtet, ohne dabei Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben. Zuvor erfolgt eine Erörterung der Bedeutung der Kinderrechte, der maßgeblichen Grundsätze von Kinderrechten entsprechend der KRK, die den Staaten bei der ganzheitlichen Umsetzung der Rechte als Leitschnur dienen sollen, sowie der Methoden, anhand derer die CoE-Mitgliedstaaten die KRK in ihre normativen Rahmenwerke einbinden.

9 *Ibid.*, S. 3.

10 *Ibid.*

II. Kinderrechte als Verfassungsrechte

Die KRK, die Europäische Menschenrechtskonvention¹¹ sowie weitere Rechtsinstrumente in Bezug auf die besonderen Rechte von Kindern¹² liefern das Fundament der Rechte des Kindes im CoE. Verfassungen legen in der Regel unter anderem den Aufbau der Regierung und die Mittel fest, mit denen die Regierung arbeitet,¹³ sie können allerdings auch Menschenrechtsgrundsätze enthalten, die der Gesetzgebung sowie der Politik und den Maßnahmen der Regierung als Leitprinzipien dienen sollen.¹⁴

Die „Konstitutionalisierung“ bzw. die verfassungsrechtliche Verankerung von Kinderrechten durch Verweis auf andere Texte wie die KRK stellt u. a. eine zunehmend angewandte Praxis und die „vorherrschende Methodik“ zur Eingliederung von Kinderrechten in die inländische Ordnung dar.¹⁵ Die Einbindung in die Verfassung unterstreicht eine „Verpflichtung zur Anerkennung von Kinderrechten auf höchster Ebene“.¹⁶ Durch die Verankerung kinderspezifischer rechtebasierter Bestimmungen in der Verfassung werden sie Bestandteil der Rechtsordnung, wodurch sie schwerer untergraben werden können. Außerdem wird sichergestellt, dass sie bei möglichen Widersprüchen Vorrang vor allen nationalen Gesetzen haben.¹⁷ Sie dienen als „Sprungbrett“ für die Änderung von Gesetzes- und Richtlinienensystemen¹⁸ und können dabei helfen, die Sensibilisierung zu fördern und diese Rechte zu legitimieren.¹⁹ Mit der Aufnahme in die Verfassung werden Kinderrechte zum bedeutsamen Bezugsrahmen für die Formulierung und Umsetzung von Gesetzen²⁰ und „stärken die Stellung von Kindern vor Gericht“.²¹

Laut O'Mahony „kann das Fehlen eines konkreten verfassungsrechtlichen Schutzes für Kinderrechte gerade der Grund für die Unterordnung der Interessen von Kindern gegenüber denen von Erwachsenen sein“.²² In Ländern, in denen die Rechte in der Verfassung verankert worden sind, „entfalten [sie] ein dynamisches und wachsendes Feld der

11 Die Konvention gilt gleichermaßen für Kinder und Erwachsene.

12 Die verschiedenen Instrumente, die vom CoE beschlossen wurden, werden in dieser Veröffentlichung nicht weiter erörtert.

13 Im Allgemeinen können Verfassungen als unitäre und föderale Verfassungen eingestuft werden.

14 O'Mahony, C. „The Promises and Pitfalls of Constitutionalising Children's Rights“ in Dwyer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Children and the Law* (Oxford, Oxford University Press, 2019); Lundy, L., Kilkelly, U., Byrne, B. & J. Kang, „The UN Convention on the Rights of the Child: a study of legal implementation in 12 countries“ (UNICEF: 2012), verfügbar online unter <https://www.qub.ac.uk/research-centres/Centrefor-ChildrensRights/filestore/Fileupload,368351,en.pdf> (letzter Zugriff am 24. Januar 2019), S. 131.

15 Europarat, Parlamentarische Versammlung, Ausschuss für Sozialordnung, Gesundheit und nachhaltige Entwicklung, Explanatory Memorandum des Berichterstatters Preda, Berichts-Dok. 13787 (6. Mai 2015) („Explanatory Memorandum by Rapporteur Mr Preda“), Abs. 13.

16 Kilkelly (2019), S. 5.

17 *Ibid.*, S. 4; Lundy, L. *et al.* (2012), s. FN 10 oben, S. 58; Duncan, B., „Constitutional Reforms in Favor of Children“ (UNICEF: 2008), verfügbar online unter https://www.unicef.org/policyanalysis/files/Constitutional_Reforms_in_Favour_of_Children.pdf (letzter Zugriff am 24. Januar 2019), S. 3; Explanatory Memorandum des Berichterstatters Preda, Abs. 9.

18 Siehe O'Mahony, C. (2019), s. FN 14 oben, S. 4. UNICEF, „Handbook on legislative reform: realising children's rights“, Band 1 (New York, 2008), verfügbar unter http://www.unicef.org/crc/files/Handbook_on_Legislative_Reform.pdf.

19 Tobin, J., „Increasingly seen and heard: the constitutional recognition of children's rights“ (2005) 21 *South African Journal on Human Rights* 86, S. 126; Explanatory Memorandum des Berichterstatters Preda, Abs. 15.

20 Siehe bspw. Sloth-Nielsen, J. und Kruuse, H., „A Maturing Manifesto: The Constitutionalisation of Children's Rights in South African Jurisprudence 2007–2012“, *International Journal of Children's Rights* 21 (2013): 646–678, S. 647. Siehe auch Duncan, B. (2008), FN 13 oben, S. 4.

21 Explanatory Memorandum des Berichterstatters Preda, Abs. 15.

22 O'Mahony, C. (2019), s. FN 14 oben, S. 3.

Rechtsprechung“.²³ O'Mahony führt an, dass die Aufnahme kinderspezifischer Bestimmungen sowie die Wahrung der allgemeinen Grundsätze der KRK „das Potenzial hat, den Entscheidungsprozess neu zu bestimmen, sodass die Interessen von Kindern und die Stimme und Wünsche des Kindes für die Entscheidungsgewalt in den Mittelpunkt gerückt werden“.²⁴ Auch wenn der Verweis auf maßgebliche Schriftstücke, wie die KRK, die zweckmäßige Methode zur Verankerung von Kinderrechten darstellt, bieten solche Garantien allein ein falsches Gefühl von Sicherheit. Laut Beobachtungen des UN-Kinderrechtsausschusses („UN-Ausschuss“) ist die Verankerung von Kinderrechten in der Verfassung keine automatische Gewährleistung dafür, dass die Rechte von Kindern geachtet werden.²⁵ Für die Umsetzung kann es erforderlich sein, zusätzliche legislative und nichtgesetzliche Maßnahmen zu ergreifen.²⁶

Obwohl der Schwerpunkt dieser Untersuchung zwar auf der Justiziabilität der Kinderrechte vor nationalen Gerichten liegt, ist dennoch anzumerken, dass sich die Verfassungsrechte von Kindern durch unabhängige, speziell für Kinder eingerichtete Menschenrechtsinstitutionen durchsetzen lassen.²⁷ Der Aufbau solcher Institutionen sowie die Einsetzung eines Ombudsmanns für Kinderrechte zählen zu den Hauptempfehlungen der Europäischen Kommission für Demokratie durch Recht (bekannt als „Venedig-Kommission“) hinsichtlich der Einrichtung nationaler Instrumente für die Durchsetzung von Kinderrechten.²⁸

1. Die Venedig-Kommission und ihre Empfehlungen

Die Venedig-Kommission wurde 2013 vom Ausschuss für Sozialordnung, Gesundheit und nachhaltige Entwicklung mit der Frage konfrontiert, „wie Kinderrechte in die nationalen Verfassungen aufgenommen werden können, um u. a. deren wirksame Umsetzung voranzutreiben?“ Daraufhin führte die Venedig-Kommission eine Untersuchung hinsichtlich des Schutzes und der Förderung von Kinderrechten auf Verfassungsebene durch und bestätigte den Abschlussbericht im März 2014 in der Plenarsitzung.

Die Venedig-Kommission bestätigte, dass die KRK die Anerkennung von Kindern als Träger von Rechten umfasst und den „Grundstein im Völkerrecht für den Schutz von Kinderrechten“ darstellt.²⁹ Sie stellte fest:

Allgemein sind Verfassungen, die Kinderrechte in einer Weise formulieren, die die Unteilbarkeit von Rechten widerspiegeln, die allgemeinen Grundsätze der KRK verankern und die Stellung von Kindern als Trägern von Rechten mit Anspruch auf Wahrung dieser Rechte gegenüber dem Staat anerkennen, solche, die ein Höchstmaß an Übereinstimmung mit internationalen Normen erreichen.³⁰

23 Siehe Sloth-Nielsen und Kruse über die Erfahrungen in Südafrika (Sloth-Nielsen, J. und Kruse, H. (2013), FN 20 oben, S. 677.

24 O'Mahony, C. (2019), s. FN 14 oben, S. 3. Siehe allgemein Sloth-Nielsen und Kruse, FN 20 oben; Sloth-Nielsen, J. „Children's rights jurisprudence in South Africa – a 20-year retrospective“ (2018).

25 Dies zeigt sich in den Beobachtungen des Ausschusses in Belgien, wo festgestellt wurde, dass die Erhebung von Schulgebühren trotz der verfassungsrechtlich verankerten Zusicherung kostenloser Bildung in erheblichem Maß zur Diskriminierung beim Zugang zu Bildung beigetragen hat (siehe UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Concluding Observations: Belgium*, UN-Dok. CRC/C/BEL/CO/3-4 (18. Juni 2010), Abs. 66(a).

26 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *General Comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, 27. November 2003 („UN CRC General Comment No. 5“), Abs. 21.

27 Siehe UNICEF / Office of Research: *Championing Children's Rights. A global study of independent human rights institutions for children – summary report*, Florenz/Italien (Oktober 2012), verfügbar online unter <http://www.unicef-irc.org/publications/669>.

28 Venice Commission Report, Abs. 146.

29 Venice Commission Report, Abs. 12, 15

30 Venice Commission Report, Abs. 26.

Dementsprechend empfahl sie u. a., dass die Mitgliedstaaten durch folgende Maßnahmen entsprechende verfassungsrechtlich verbriefte Garantien geben: (i) Die Anerkennung von Kindern als Träger von Rechten und nicht als reine schutzbedürftige Beteiligte, unbeschadet der Rechte, die der Familie gewährt werden; (ii) Die Aufnahme des Kindeswohlgrundsatzes als Haupt Gesichtspunkt in allen Angelegenheiten, die Kinder betreffen; (iii) Die gesicherte Umsetzung des Rechts von Kindern, bei allen sie betreffenden Entscheidungen gehört zu werden.³¹ Der Bericht der Venedig-Kommission basierte u. a. insbesondere auf den Bemerkungen und Beobachtungen des UN-Ausschusses für die Rechte des Kindes, der – wie nachstehend erläutert wird – die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Verankerung von Kinderrechten immer wieder betont hat.

Auf der Grundlage der Arbeit der Venedig-Kommission wurde vom Ausschuss für Sozialordnung, Gesundheit und nachhaltige Entwicklung einstimmig eine Resolution verabschiedet. Berichterstatter Cezar Florin Preda führt in seiner Begründung zum Bericht hinsichtlich der Aufnahme von Kinderrechten in die nationalen Verfassungen als unverzichtbarer Bestandteil wirksamer nationaler Kinderpolitik Folgendes aus:

„Auch wenn legislative Maßnahmen allein die Umsetzung von Kinderrechten in der nationalen Politik nicht sicherstellen, so kann von der Eingliederung der Kinderrechte in die nationalen Verfassungen eine große Signalwirkung ausgehen und sie kann als Ausgangspunkt dazu dienen, die nationale Gesetzgebung und die Mechanismen im jeweiligen Land zugunsten des Schutzes und der Entwicklung von Kindern zu stärken. In dieser Hinsicht bildet die KRK ein solides Fundament für die Eingliederung von Kinderrechten in die Verfassungen im Rahmen nationaler Maßnahmen zum Schutz von Kindern, ohne dies jedoch ausdrücklich zu fordern.“³²

In der Resolution werden die Mitgliedstaaten u. a. aufgefordert, die aktuellen verfassungsrechtlichen Bestimmungen auszuwerten und verfassungsmäßige Garantien für Kinder entsprechend den Empfehlungen der Venedig-Kommission bereitzustellen.³³

2. Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes

Der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, der die Einhaltung der KRK überwacht und bei deren Umsetzung beratend tätig ist,³⁴ veröffentlicht Allgemeine Bemerkungen („General Comments“) zu zentralen Themenbereichen der KRK. Außerdem werden vom UN-Ausschuss abschließende Bemerkungen („Concluding Observations“) herausgegeben, in denen üblicherweise der vom jeweils untersuchten Staat erreichte Fortschritt festgestellt wird, die wichtigsten Problembereiche erörtert werden, Empfehlungen abgegeben werden und die Frist für die Einreichung des nächsten Berichts bestimmt wird.

Der UN-Ausschuss hat die Anerkennung von Kinderrechten in den nationalen Verfassungen immer wieder begrüßt und, falls eine solche Anerkennung noch nicht stattgefunden hat, die jeweiligen Vertragsstaaten zur Aufnahme von Kinderrechten in ihre Verfassung aufgefordert. Die Aufnahme von Paragraphen hinsichtlich der Rechte von Kindern in die nationalen Verfassungen, die die Hauptprinzipien der KRK widerspiegeln, „unterstreich[t] die Hauptbotschaft der Konvention – dass Kinder neben Erwachsenen Träger von Men-

31 Venice Commission Report, Abs. 145.

32 Explanatory Memorandum des Berichterstatters Preda, Abs. 2.

33 *Ibid.*, Abs. 5.

34 Der Ausschuss hat bereits 24 solcher Bemerkungen zu einer Vielzahl von Themen herausgegeben, z. B. Obdachlosigkeit bei Kindern, HIV/AIDS und die Rechte von Kindern, Jugendmedizin, Kleinkinder, Kinderrechte im Jugendstrafrecht, um nur einige wenige zu nennen.

schenrechten sind“³⁵, so der UN-Ausschuss. Um eine effektive Umsetzung zu gewährleisten, hat der UN-Ausschuss betont, dass Staaten, die Befugnisse an „untergeordnete Regierungen“ delegiert haben, deren gesetzgeberische Tätigkeit im Rahmen der Vorgaben der KRK sicherstellen müssen.³⁶ Die Aufnahme von Kinderrechten in die nationalen Verfassungen, „gibt keine automatische Gewähr dafür, dass die Rechte von Kindern geachtet werden“, und für die Umsetzung kann es erforderlich sein, zusätzliche legislative und weitere Maßnahmen zu ergreifen.³⁷

Die Aufnahme von Kinderrechten in die nationalen Verfassungen wurde vom UN-Ausschuss auch in seinen Beobachtungen zu einer Reihe von CoE-Mitgliedstaaten aufgegriffen. Beispielsweise stellt der UN-Ausschuss in seinen Beobachtungen zu Deutschland von 2014 mit Zufriedenheit fest, dass „die meisten deutschen Bundesländer die Kinderrechte in den Verfassungen ausdrücklich anerkannt haben“. Er äußerte jedoch dahingehend Bedenken, dass „Kinderrechte noch nicht explizit in den Verfassungen von Hamburg und Hessen sowie in der Bundesverfassung (Grundgesetz) verankert worden sind“.³⁸ Dementsprechend hat der UN-Ausschuss Deutschland aufgefordert, „alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die Vorrangstellung der Konvention gegenüber den Bundesgesetzen durch ihre Verankerung im Grundgesetz oder durch andere Verfahren sicherzustellen“.³⁹

In seinen Concluding Observations zu Irland stellte der UN-Ausschuss 2006 fest, dass das Land die KRK noch nicht vollständig in die nationale Gesetzgebung eingegliedert hatte. Er empfahl Irland die Verabschiedung verfassungsrechtlicher Bestimmungen, die das Recht des Kindes „auf Äußerung seiner Ansichten in allen das Kind betreffenden Angelegenheiten und auf gebührende Beachtung dieser Ansichten insbesondere in der Familie, Schule und sonstigen Bildungseinrichtungen, im Gesundheitssektor und in der Gemeinschaft“ anerkennen.⁴⁰ Die irische Regierung verpflichtete sich daraufhin, ein Referendum zu Kinderrechten abzuhalten, und es wurde ein gemeinsamer parlamentarischer Ausschuss zur Novellierung der Verfassung hinsichtlich Bestimmungen zu Kindern („Joint Parliamentary Committee on the Constitutional Amendment on Children“) eingerichtet, um zu erörtern, wie „die Rechte aller Kinder auf Verfassungsebene gehoben werden können und um Vorschläge für die Formulierung der Verfassungsänderung einzuholen“. O’Mahony führt an, dass hinter dem Vorschlag zur Verfassungsänderung „die Sorge stand, dass die den Eltern und der Familie gewährten Verfassungsrechte, mangels deren unabhängigen Schutzes, der Umsetzung der Kinderrechte entgegenstünden“.⁴¹ Im Jahr 2010 wurde hinsicht-

35 UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, Abs. 21. Siehe auch Explanatory Memorandum des Berichterstatters Preda, Abs. 21.

36 UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, Abs. 21. Siehe UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Concluding observations on the combined third and fourth periodic report of Austria, vom Ausschuss bei seiner 61. Sitzung verabschiedet (17. September – 5. Oktober 2012)*, UN-Dok. CRC/C/AUT/CO/3-4, Abs. 10, in denen der UN-Ausschuss Bedenken hinsichtlich der Harmonisierung der Bundesländergesetze äußert. Siehe auch Explanatory Memorandum des Berichterstatters Preda, Abs. 20.

37 UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, Abs. 21.

38 Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of Germany*, UN-Dok. CRC/C/DEU/CO/3-4 (25. Februar 2014), Abs. 9. Es ist anzumerken, dass Hessen 2018 einen Artikel zu Kinderrechten aufgenommen hat, der den Kindeswohlgrundsatz, die Teilhabe von Kindern und das Recht auf Entwicklung festschreibt.

39 *Ibid.*, Abs. 10.

40 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Concluding Observations: Ireland*, UN-Dok. CRC/C/IRL/CO/2 (29. September 2006) („Concluding Observations: Ireland (2006)“), Abs. 4(a). Die irische Verfassung wurde als stark eltern- und familienorientiert kritisiert, was der Umsetzung der Rechte für Kinder entgegensteht. Siehe Artikel 41 der vorherigen irischen Verfassung. Siehe auch z. B. O’Mahony, C. (2019), FN 14 oben, S. 4 (Bezugnahme auf die Empfehlung des UN-Ausschusses, die Empfehlungen des Verfassungsprüfungsausschusses zu beschleunigen, eine Bestimmung zu Kinderrechten in die Verfassung aufzunehmen, um „einem Ungleichgewicht im Hinblick auf den Schutz der Rechte der „Familieneinheit“ zu begegnen“); Kilkelly, U. und O’Mahony, C., „The Proposed Children’s Rights Amendment: Running to Stand Still?“ (2007) 10(2) *Irish Journal of Family Law* 19.

41 O’Mahony, C. (2019), s. FN 14 oben, S. 4. Siehe allgemein O’Mahony, C., „Falling short of expectations: the 2012 children amendment, from drafting to referendum“, *Irish Political Studies* (2016) 31:2, S. 252–281.

lich der Formulierung des Referendums ein Konsens erzielt und das Referendum wurde 2012 abgehalten, wobei 58 % für und 42 % gegen die Novellierung stimmten. Das 2012 abgehaltene Referendum führte u. a. dazu, dass Irland Kinder als Träger von Rechten anerkannt hat.⁴² Sowohl der Kindeswohlgrundsatz als auch das Recht auf Gehör, wurden zwar verankert, jedoch nicht als eigenständige Prinzipien formuliert, die bei Widersprüchen mit anderen Bestimmungen Vorrang haben. Die Verfassung schreibt stattdessen vor, dass entsprechende Gesetze erlassen werden müssen, und schränkt die Anwendbarkeit auf spezifische Gerichtsverfahren ein. Laut O'Mahony „sollte dennoch erwähnt werden, dass dies – angesichts der Tatsache, dass die verfahrensrechtlichen Bestimmungen zum Familienrecht oder Kinderschutz zuvor nicht zwingend vorschrieben, dem Kindeswillen im Rahmen eines solchen Verfahrens Gehör zu schenken – zumindest einen gewissen Fortschritt darstellt.“⁴³ Der UN-Ausschuss begrüßte Irlands ausdrückliche Anerkennung von Kindern als Rechteinhaber im Jahr 2012⁴⁴ und in jüngster Vergangenheit die Verfassungsnovellierung in Norwegen im Jahr 2014, mit der eine Bestimmung zu Kindern aufgenommen wurde.⁴⁵

Im Jahr 2014 führte Norwegen eine Verfassungsänderung durch, um die Rechte von Kindern zu stärken. Die Verankerung von Kinderrechten in der norwegischen Verfassung kann auf ein Expertengutachten der Rechtskommission von 1993 zurückgeführt werden, in dem zusätzlich zu einem Gesetz über Menschenrechte die Verabschiedung einer Verfassungsbestimmung empfohlen wurde, um den Schutz der Rechte zu untermauern. Die darauf folgende Verfassungsnovellierung führte dazu, dass Menschenrechtsabkommen nun rechtsverbindlich sind und in der norwegischen Nationalordnung eine Vorrangstellung einnehmen⁴⁶. Außerdem wurde schließlich ein Menschenrechtsgesetz verabschiedet. Während der Debatten hatte der parlamentarische Ausschuss die Regierung aufgefordert, die KRK sowie das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau aufzunehmen.⁴⁷ Im Folgenden schlug das Ministerium die Einbindung der KRK vor, was vom Parlament 2003 bestätigt wurde.⁴⁸ Laut Søvig diente die Aufnahme der KRK in das Menschenrechtsgesetz durch den Parlamentsausschuss dazu, „sicherzustellen, dass die Urteile norwegischer Gerichte die Praxis internationaler Überwachungsorgane in größtmöglichem Umfang widerspiegeln“, was seiner Auffassung nach darauf hindeutet, dass „die rechtliche Stellung der Praxis des KRK-Ausschusses [in den norwegischen Gerichten] nicht ausschlaggebend ist“. Norwegen hat außerdem eine Reihe von Änderungen an weiteren maßgeblichen Gesetzen durchgeführt⁴⁹ und weitere nicht-legislative Maßnahmen ergriffen. Obwohl die KRK bereits durch das Menschenrechtsgesetz im norwegischen Recht verankert worden war, erfolgte 2014, zehn Jahre später, eine Verfassungsnovellierung, die zur Verabschiedung von Artikel 104 der norwegischen Verfassung führte:

Kinder haben das Recht auf Achtung ihrer Menschenwürde.

Sie haben das Recht, in sie betreffenden Angelegenheiten gehört zu werden, und ihren Anschauungen sind entsprechend ihrem Alter und Entwicklungsstand gebührend Beachtung zu schenken.

42 Siehe Thirty-First Amendment to the Constitution (Children) Act 2012, das 2015 in Kraft trat. Eine Erörterung der Änderungen an Artikel 42A.2.1 hinsichtlich der Staatsintervention zum Schutze des Kindes findet sich in O'Mahony, C. (2019), s. FN 14 oben, S. 14.

43 O'Mahony, C. (2019), s. FN 14 oben, S. 15–17. O'Mahony merkt an, dass das Recht auf Gehör, in einer Reihe neuer Bestimmungen wiederholt genannt wird, die für Abstammungserklärungen, Vormundschaftsanträge, Zugangsanträge und Durchsetzungsanordnungen gelten.

44 Ireland 2006 Concluding Observations, s. FN 35 oben, Abs. 4(a).

45 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Norway*, UN-Dok. CRC/C/NOR/CO/5-6 (4. Juli 2018), Abs. 3.

46 Siehe Abs. 92.

47 Søvig, K. H., „Incorporating the Convention in Norwegian Law“, verfügbar online unter https://www.idunn.no/childrens_rights_in_norway/9_incorporating_the_convention_in_norwegian_law.

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*

Bei Maßnahmen und Entscheidungen, die Kinder betreffen, hat das Wohl des Kindes ein fundamentaler Gesichtspunkt zu sein. Kinder haben das Recht auf Schutz ihrer persönlichen Unversehrtheit.

Die staatlichen Behörden haben Bedingungen zu schaffen, die die Entwicklung des Kindes fördern und dabei u. a. dafür Sorge zu tragen, dass dem Kind, vorzugsweise innerhalb der eigenen Familie, die notwendige ökonomische, soziale und gesundheitliche Sicherheit gewährt wird.

Laut Arnfinn Bårdsen, Richter am Obersten Gerichtshof, bestand die Intention hinter der Verabschiedung dieser Bestimmung darin, „den verfassungsmäßigen Schutz bestimmter Rechte und Freiheiten zu stärken, die bereits an anderer Stelle geschützt wurden, um diese gegen wechselnde, kurzfristige politische Veränderungen unanfälliger zu machen“.⁵⁰ Diese Novellierung und die sich daraus ergebenden verschiedenen Änderungen weiterer maßgeblicher Gesetze hätten, so Søvig, Auswirkungen auf alle Bereiche der norwegischen Regierung. Sie hat auch zu weiteren nicht-legislativen Maßnahmen geführt, u. a. beispielsweise zur systematischen Einführung „einer lokalen Praxis der Anwendung der Konvention in Gemeinden durch ein Programm namens „Großer Sprung“, das aus „einem Analyse- und Kontrollinstrument besteht, mit dem die Gemeinden die aktive Anwendung der Konvention in allen Dienstbereichen sicherstellen können“.⁵¹ Hierbei handelt es sich lediglich um einige Beispiele der umfassenden Änderungen, die Norwegen in der Folge der Verfassungsänderung umgesetzt hat.

Gleichermaßen begrüßte der UN-Ausschuss die Verabschiedung des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern in Österreich und lobte dessen unmittelbare Anwendbarkeit in den Gerichten sowie die Bestimmungen, die das Kindeswohl, die Berücksichtigung des Kindeswillens sowie einige weitere Rechte schützen.⁵² Er äußerte jedoch Bedenken, dass das Gesetz keine sozialen und kulturellen Rechte von Kindern beinhaltet. Es wird davon behauptet, dass die Verabschiedung der österreichischen Änderungen darauf zurückzuführen ist, dass der „verfassungsrechtliche Status“ der KRK seitens der österreichischen Gerichte „nicht anerkannt wurde und das Parlament außerdem verhinderte, dass sie von den österreichischen Behörden direkt angewendet wurde“.⁵³ Deshalb konnte man sich in österreichischen Gerichten nicht auf die KRK berufen. Aufgrund dieser Lücke engagierte sich die Österreichische Nationalkoalition für die Umsetzung der KRK für die verfassungsmäßige Verankerung von Kinderrechten mit dem Ziel, Kinder als Träger von Verfassungsrechten eindeutig und umfassend zu etablieren. Die Intention war, „die Zweifel hinsichtlich ihrer Fähigkeit, Rechte zu tragen und durchzusetzen, auszuräumen und eine rechtsverbindliche Grundlage für die flächendeckende Eingliederung von Kinder-

50 Dr. juris Arnfinn Bårdsen, Richter am Obersten Gerichtshof, „The Norwegian Supreme Court as the Guardian of Constitutional Rights and Freedoms“, „Norway in Europe“, Centre for European Law, Oslo 18. September 2017, verfügbar unter <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/supreme-court---constitutional-rights---bardsen18092017.pdf> (letzter Zugriff am 24. Januar 2019), Abs. 2.

51 Norway's third report to the UN Human Rights Council under the Universal Periodic Review (UPR) mechanism (4. Februar 2019), verfügbar online unter https://www.regjeringen.no/contentassets/a9d8cb7a312d41fe955414f97259b7af/upr_report2019.pdf Abs. 68.

52 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Concluding observations on the combined third and fourth periodic report of Austria, vom Ausschuss bei seiner 61. Sitzung verabschiedet (17. September – 5. Oktober 2012)*, UN-Dok. CRC/C/AUT/CO/3-4, Abs. 3(a).

53 Eurochild, „Mainstreaming Children's Rights in EU Legislation, Policy, and Budget: Lessons from Practice“ (Februar 2014), verfügbar unter https://www.cnape.fr/documents/document-paper_eurochild_mainstreaming-childrens-rights/, S. 18.

rechten in Gesetzgebung, Politik und Praxis zu schaffen“.⁵⁴ Es bleibt festzuhalten, dass die Befürworter einen umfangreicheren Schutz forderten als der, der letztlich in Österreich verabschiedet wurde. Insbesondere plädierte man für einen stärkeren Schutz von sozialen (Lebensstandard, Gesundheit, soziale Sicherheit) und kulturellen Rechten (Bildung im umfassenden Sinne, Freizeit) von Kindern oder bestimmten Zielgruppen (z. B. Flüchtlingskinder). Außerdem schreibt das Haushaltsgesetz von 2013 eine zwingende Beurteilung der Auswirkungen von Gesetzesentwürfen auf Kinder vor und verweist in den begleitenden Leitfäden ausdrücklich auf die KRK.

In der Vergangenheit haben sich der UN-Ausschuss und die Wissenschaft mit der Behauptung befasst, dass ausdrückliche Garantien für Kinder möglicherweise unnötig sind, da Kinder bereits Träger von Rechten sind.⁵⁵ Daraufhin stellte der UN-Ausschuss fest, dass „entscheidend ist, ob die anwendbaren Rechte für Kinder tatsächlich umgesetzt worden sind und vor Gericht unmittelbar geltend gemacht werden können“.⁵⁶ Trotz der Tatsache, dass in Artikel 4 die Rolle der Gerichte bei der Umsetzung der KRK nicht explizit erwähnt wird, hat sich der UN-Ausschuss mit der Rolle der Gerichte als Bestandteil der allgemeinen Mechanismen für die Umsetzung der KRK befasst.⁵⁷ Die wichtige Rolle der Gerichte wurde vom UN-Ausschuss eindringlich betont, der die Vertragsstaaten in den letzten Jahren u. a. aufgefordert hat, ihren Berichten Kopien von Urteilen hochrangiger Gerichte zur KRK beizulegen,⁵⁸ Informationen über die Anwendung der Bestimmungen in den Gerichten zu liefern⁵⁹ und Angaben darüber zu machen, wie den Grundsätzen des Kindeswohls (Artikel 3) und der Berücksichtigung des Kindeswillens (Artikel 12) Rechnung getragen wird und wie diese in Gerichtsurteilen umgesetzt werden⁶⁰. Laut UN-Ausschuss „müssen wirkungsvolle rechtliche Mittel gegen Verstöße zur Verfügung stehen, damit Rechte Bedeutung erlangen“.⁶¹

54 Eurochild, „Mainstreaming Children’s Rights in EU Legislation, Policy, and Budget: Lessons from Practice“ (Februar 2014), verfügbar unter https://www.cnape.fr/documents/document-paper_eurochild_mainstreaming-childrens-rights/, S. 18. Siehe auch Netzwerk Kinderrechte Österreich/Nationalkoalition zur Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Österreich, „Ergänzender Bericht zum 3. und 4. Bericht der Republik Österreich an die Vereinten Nationen gemäß Artikel 44, Absatz 1 b der UN-Kinderrechtskonvention“, verfügbar unter https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/AUT/INT_CRC_NGO_AUT_14153_E.pdf.

55 UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, Abs. 21. Siehe auch Explanatory Memorandum des Berichterstatters Preda, Abs. 18. Siehe auch O’Mahony, C. (2019), FN 14 oben: Besprechung dieser Argumentation und der Frage, warum „das Vertrauen auf allgemeine Bestimmungen als einziges Vehikel zur Gewährleistung eines verfassungsrechtlichen Schutzes von Kinderrechten problematisch sein kann und Verwirrung über die präzise Anwendung dieser Rechte bei Kindern stiften kann“.

56 UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, Abs. 21.

57 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *General Comment No. 16 (2013) on State obligations regarding the impact of the business sector on children’s rights*, UN-Dok. CRC/C/GC/2013.

58 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *General Guidelines Regarding the Form and Content of Periodic Reports to be Submitted by State parties under Article 44, Paragraph 1(b), of the Convention*, UN-Dok. CRC/C/58/Rev.1 (2005) („General Guidelines“), Abs. 7. Siehe auch *Treaty-specific guidelines regarding the form and content of periodic reports to be submitted by States parties under article 44, paragraph 1(b), of the Convention on the Rights of the Child*, CRC/C/58/Rev.3 (3. März 2015) („Treaty-specific Guidelines“), Abs. 25. Siehe auch *Ibid.*, Abs. 15.

59 General Guidelines, Abs. 13, 15, 16, 19, 21, 23, 25, 31.

60 Treaty-specific Guidelines, Abs. 25.

61 UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, Abs. 24.

III. Kinder als Träger von Rechten

In der Präambel der KRK wird die Tatsache nochmals bestätigt, dass Kinder aufgrund ihrer Verletzlichkeit besondere Fürsorge und Aufmerksamkeit benötigen. Gleichzeitig sind Kinder, wie vom CoE treffend bemerkt, „vollwertige Träger von Menschenrechten und nicht nur Schutzwürdige“. ⁶² Dies steht in Übereinstimmung mit dem Status von Kindern als autonome Rechteinhaber gemäß KRK ⁶³, der „...im Alltag des Kindes vom frühestmöglichen Zeitpunkt an verankert ist“. ⁶⁴

In dieser Hinsicht müssen Pflichtenträger – vorrangig Staaten ⁶⁵ – die Kinderrechte achten, schützen und erfüllen, während Rechteinhaber (d. h. Kinder) Anspruch auf die Erfüllung ihrer Rechte durch die Pflichtenträger haben. Kinder sind keine passiven Empfänger, sondern sind aktiv daran beteiligt, sicherzustellen, dass ihre Rechte gefördert, geschützt und überwacht werden. Wie vom UN-Ausschuss betont, „müssen Staaten ihre Rolle darin sehen, jedem einzelnen Kind gegenüber eindeutige Gesetzespflichten zu erfüllen. Die Umsetzung der Menschenrechte von Kindern darf nicht als wohltätiger Prozess erachtet werden, bei dem Kindern ein Gefallen getan wird“. ⁶⁶ Wie von O'Mahony bemerkt, haben die Verfassungsbestimmungen, die sich mit dem Schutz von Kinderrechten befassen, das Potenzial, Kinderrechte und insbesondere Kinder als Träger von Rechten erheblich zu fördern. ⁶⁷ Verfassungen, in denen allein die Schutzwürdigkeit behandelt wird, stellen Kinder als Objekte der Besorgnis dar, ohne ihre Autonomie oder Handlungsfähigkeit anzuerkennen.

1. Kinderrechte – allgemeine Grundsätze

Die in der KRK festgeschriebenen Rechte werden durch die vier allgemeinen Grundsätze der Konvention nochmals hervorgehoben: Diskriminierungsverbot (Artikel 2), Kindeswohl (Artikel 3), Recht auf Leben, Überleben und Entwicklung (Artikel 6) und Berücksichtigung des Kindeswillens (Artikel 12). Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union unterstützt zwei dieser vier Grundsätze in Artikel 24 (d. h. das Recht auf Gehör und den Kindeswohlgrundsatz). ⁶⁸ Der UN-Ausschuss hat, wie nachstehend erläutert, die Notwendigkeit der Festschreibung dieser Grundsätze in den innerstaatlichen Rechtssystemen

62 Europarat, Children's Rights, verfügbar unter <https://www.coe.int/en/web/children/children-s-rights> (letzter Zugriff am 24. Januar 2019).

63 Siehe bspw. Agentur der Europäischen Union für Grundrechte und Europarat, *Handbook on European law relating to the rights of the child* (2015), verfügbar unter https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_rights_child_ENG.PDF (letzter Zugriff am 24. Januar 2019), S. 17.

64 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *General Comment No. 7 (2005): Implementing Child Rights in Early Childhood*, 20. September 2006, CRC/C/GC/7/Rev.1 („UN CRC General Comment No. 7“), Abs. 14.

65 In der KRK werden ebenfalls die Rollen und Pflichten von Eltern und Betreuern anerkannt. So heißt es beispielsweise in Artikel 5: „Die Vertragsstaaten achten die Aufgaben, Rechte und Pflichten der Eltern oder gegebenenfalls, soweit nach Ortsbrauch vorgesehen, der Mitglieder der weiteren Familie oder der Gemeinschaft, des Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen, das Kind bei der Ausübung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte in einer seiner Entwicklung entsprechenden Weise angemessen zu leiten und zu führen.“

66 UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5.

67 O'Mahony, C. (2019), s. FN 14 oben.

68 Wie von der Venedig-Kommission in ihrem Bericht angemerkt wurde, „ist immer noch umstritten, ob Art. 24 einzelne Grundrechte von Kindern oder lediglich ‚Grundsätze‘ enthält, die von Gerichten (insbesondere vom [Europäischen Gerichtshof]) in Erwägung gezogen, jedoch nicht von Einzelpersonen geltend gemacht werden können“ (Venice Commission Report, Abs. 47).

immer wieder unterstrichen.⁶⁹ Er stellte fest, dass eine solche Verankerung „hilft, die Kernbotschaft der Konvention zu unterstreichen – dass Kinder neben Erwachsenen Träger von Menschenrechten sind“.⁷⁰

a) Diskriminierungsverbot (Artikel 2, KRK)

Die Gesetze der EU und des CoE verbieten eine Diskriminierung basierend auf Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, ethnischer oder sozialer Herkunft, genetischer Merkmale, Sprache, Religion oder Weltanschauung, politischer oder sonstiger Anschauung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen, Geburt, Behinderung, Alter und sexueller Orientierung.⁷¹ Artikel 2 der KRK sichert jedem Kind entsprechende Rechte in ähnlicher Weise zu:

ohne jede Diskriminierung unabhängig von der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen, ethnischen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, einer Behinderung, der Geburt oder des sonstigen Status des Kindes, seiner Eltern oder seines Vormunds.

Zu verbotenen Diskriminierungsgründen zählen außerdem die sexuelle Ausrichtung und der Gesundheitszustand (einschließlich HIV/AIDS sowie die mentale Gesundheit).⁷² Artikel 2 der KRK fordert alle Staaten dazu auf, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass das Kind von allen Formen der Diskriminierung oder Bestrafung wegen des Status, der Tätigkeiten, der Meinungsäußerungen oder der Weltanschauung der Eltern, seines Vormunds oder seiner Familienangehörigen geschützt wird. So gilt der Grundsatz des Diskriminierungsverbots auf nicht zulässige Gründe für eine Diskriminierung eines Kindes sowie der Eltern oder des Vormunds des Kindes, wodurch „das Kind vor einer Diskriminierung auf der Grundlage der Handlungen und Merkmale der Menschen, mit denen das Kind lebt, abgeschirmt wird“.⁷³

b) Das Wohl des Kindes als vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt (Artikel 3, KRK)

Artikel 3(1) legt fest, dass bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt ist.⁷⁴ Die Formulierung „vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt“ wird vom UN-Ausschuss so ausgelegt, „dass das Kindeswohl nicht auf die gleiche Stufe wie alle anderen Gesichtspunkte gestellt werden darf“.⁷⁵ Zweck des Kindeswohlgrundsatzes besteht darin, „die volle und wirksame Inanspruchnahme der im Übereinkommen anerkannten Rechte und die ganzheitliche Entwicklung des Kindes sicherzustellen“.⁷⁶ Wird der Kindeswohlstandard in der Verfassung verankert, wird er zu einem „Maßstab für die Prüfung aller Verfahren, in denen Entscheidungen

69 Die Agenda der EU-Kommission für die Rechte des Kindes stellte 2011 fest, dass „die Normen und Grundsätze der UN-KRK [...] daher auch künftig für die EU-Politik, soweit sie Auswirkungen auf die Rechte des Kindes hat, richtungweisend sein [müssen]“ (Europäische Kommission, „Eine EU-Agenda für die Rechte des Kindes“, KOM (2011) 0060 final (Brüssel)).

70 UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, Abs. 21.

71 Siehe Artikel 21, EU-Charta der Grundrechte; Artikel 14, EMRK (Artikel 14).

72 Siehe UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *General Comment No. 4 (2003): Adolescent Health and Development in the Context of the Convention on the Rights of the Child*, 1. Juli 2003, UN-Dok. CRC/GC/2003/4 General Comment No. 4, Abs. 2.

73 Sloth-Nielsen, J. und Mezmur, B.D., „2 + 2 = 5? Exploring the Domestication of the CRC in South African Jurisprudence (2002-2006)“, *The International Journal of Children's Rights* 16 (2008) 1–28, S. 6.

74 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2013) zum Recht des Kindes auf Berücksichtigung seines Wohls als ein vorrangiger Gesichtspunkt (Art. 3, Abs. 1)*, 29. Mai 2013, CRC/C/GC/14 („UN CRC General Comment No. 14“), Abs. 11.

75 *Ibid.*, Abs. 37, 39.

76 *Ibid.*, Abs. 51.

hinsichtlich Kindern getroffen werden“.⁷⁷ Dementsprechend schützt der Kindeswohlstandard die Kinderrechte gegen Argumente, die sich rein auf rechtliche Formalitäten stützen, ohne die individuellen Umstände zu berücksichtigen.⁷⁸

Trotz der Relevanz von Kinderrechten in zunehmend verschiedenen Bereichen juristischer und gesellschaftlicher Interaktion⁷⁹ wird dem Kindeswohlgrundsatz, sofern er sich in der nationalen Gesetzgebung oder Verfassung wiederfindet, tendenziell mit Bezug auf Gesetze zur Entscheidungsfindung bei einzelnen Kindern, nur in bestimmten Angelegenheiten Bedeutung beigemessen, d.h. in Familienrechts- oder Sorgerechtsverfahren.⁸⁰ Dieser Bereich sollte erweitert werden und der UN-Ausschuss empfiehlt hierfür, dass die Staaten das Recht des Kindes auf Berücksichtigung seines bzw. ihres Wohls als vorrangigen Gesichtspunkt in die Verfassung aufnehmen, von der aus dieser Grundsatz einen größeren und weitreichenden Einfluss nehmen könnte.

c) Recht auf Leben, Überleben und Entwicklung (Artikel 6, KRK)

Artikel 6 der KRK beschreibt das angeborene Recht des Kindes auf Leben und die Pflicht, das Überleben und die Entwicklung des Kindes in größtmöglichem Umfang zu gewährleisten. Auf diese Weise werden hier zivile als auch politische Rechte sowie soziale und kulturelle Rechte zusammengeführt. Während in Bezug auf das Recht eines Kindes auf Überleben und Entwicklung umfangreiche Kommentare geäußert wurden, mit denen „ein Buch, wenn nicht sogar mehrere Bände, gefüllt werden könnten“,⁸¹ lässt sich das Fehlen ausführlicher Äußerungen zum Recht des Kindes auf Leben durch die allgemeine Anerkennung dieses Rechts erklären.⁸² Es sei hier lediglich darauf hingewiesen, dass das Recht auf Überleben und Entwicklung in ganzheitlicher Weise durch die Durchsetzung aller anderen Bestimmungen der KRK umgesetzt werden muss, u. a. das Recht auf Gesundheit, ausreichende Ernährung, soziale Sicherheit, einen angemessenen Lebensstandard, ein gesundes und sicheres Umfeld, Bildung und Spiel.⁸³ In jüngster Vergangenheit hat der UN-Ausschuss gefordert, dass die „Staaten ein Umfeld schaffen müssen, in dem die Menschenwürde geachtet wird und die ganzheitliche Entwicklung jedes Kindes gewährleistet ist“.⁸⁴

d) Recht auf freie Meinungsäußerung in allen Angelegenheiten (Artikel 12, KRK)

Die Auffassung von Kindern als Trägern von Rechten ist untrennbar mit dem Recht jedes Kindes gemäß KRK (und der EU-Charta der Grundrechte) verbunden, die eigene Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern.⁸⁵ Laut UN-Ausschuss

77 Sloth-Nielsen, J., „The contribution of children’s rights to the reconstruction of society: Some implications of the constitutionalisation of children’s rights in South Africa“, *International Journal on Children’s Rights* 4 (1996): 323–344, S. 342.

78 Sloth-Nielsen, J. und Mezmur, B. D., „Illicit Transfer by De Gree“, 2007 *Law Democracy and Development*.

79 Siehe Sloth-Nielsen, J. (2018), FN 24 oben. Sloth-Nielsen stellt fest, dass das verfassungsrechtliche Kindeswohlprinzip in Südafrika in verschiedenen Bereichen auch außerhalb des Kinder- und Familienrechts angewendet worden ist, z. B. bei der Einziehung von Vermögenswerten, der Auslegung des Strafrechts in einem Verfahren gegen einen Erwachsenen wegen Besitzes kinderpornografischer Materialien und bei der Nichtigerklärung von Aufträgen, die im Rahmen von Ausschreibungen durch nicht ordnungsgemäße Verfahren zuerkannt wurden.

80 Der Ausschuss beobachtet eine mangelnde Eingliederung des Kindeswohlgrundsatzes in der Gesetzgebung in den Bereichen „Gesundheit, Bildung und soziale Sicherheit, die sich auf die Wahrung der Rechte des Kindes auswirken“ (UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Concluding Observations: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, 15. Januar 1995, UN-Dok. CRC/C/15/Add. 34, Abs. 11).

81 E. Sutherland, *The Child’s Right to Life, Survival and Development: Evolution and Progress*, 26 *Stellenbosch Law Review*, S. 272–294 (2015), S. 291.

82 *Ibid.*

83 Siehe UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 7, Abs. 10.

84 UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Abs. 42.

85 Siehe KRK, Artikel 12; EU-Charta der Grundrechte, Artikel 24(1).

„haben selbst die Jüngsten Anspruch darauf, ihre Meinung zu äußern, die entsprechend dem Alter und der Reife des Kindes angemessen berücksichtigt werden sollte“.⁸⁶ Es erlegt den Vertragsstaaten eine eindeutige rechtliche Pflicht auf, dieses Recht anzuerkennen und dessen Umsetzung durch die Verabschiedung oder Änderung von Gesetzen zu gewährleisten.⁸⁷

Kindern sollte Gelegenheit gegeben werden, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.⁸⁸ Das Recht auf Gehör ist ebenfalls fundamentaler Bestandteil des Rechtes eines Kindes auf ein faires Verfahren. In der Allgemeinen Bemerkung Nr. 12 empfiehlt der UN-Ausschuss, dass jedes Minderjährige betreffende Gerichtsverfahren „zugänglich und kindgemäß“ sein muss.⁸⁹ Im Zusammenhang mit der Ausübung dieses Rechts müssen die Staaten außerdem sicherstellen, dass das Kind alle erforderlichen Informationen und eine entsprechende Beratung erhält, um eine Entscheidung zu seinem Wohl treffen zu können. Um den Rechten Bedeutung zu verleihen und wirksame rechtliche Mittel bereitzustellen, hat der UN-Ausschuss den Vertragsstaaten empfohlen, sicherzustellen, dass wirksame kindgemäße Verfahren zur Verfügung stehen, die u. a. kindgerechte Informationen, Beratungsmöglichkeiten und Interessensvertretung umfassen.⁹⁰ Gleichermaßen müssen die Vertragsstaaten sicherstellen, dass ein Kind seine Meinung unter Bedingungen, die die individuelle und soziale Situation des Kindes berücksichtigen, und in einem Umfeld äußern kann, in dem sich das Kind respektiert und sicher fühlt, die eigene Meinung freizusprechen.⁹¹

2. Vorbehalte

Bestimmte Vorgaben der KRK wurden von 11 Mitgliedsländern des CoE eingeschränkt (Belgien, Dänemark, Frankreich, Island, Kroatien, Liechtenstein, Luxemburg, Niederlande, Polen, Spanien und das Vereinigte Königreich). Es ist festzuhalten, dass eine Reihe von CoE-Mitgliedstaaten ihre Vorbehalte in den letzten Jahren entsprechend den Empfehlungen des UN-Ausschusses zurückgenommen haben.⁹² Die meisten Vorbehalte beziehen sich weitestgehend auf Religionsfreiheit (Artikel 14) und Adoption (Artikel 21). Es erfolgten jedoch auch Einschränkungen in Bezug auf Kernbestimmungen. So besteht in Belgien ein Vorbehalt gegenüber dem Grundsatz des in Artikel 2 der KRK festgeschriebenen Diskriminierungsverbots, wodurch nicht-belgische Kinder in der Inanspruchnahme

86 Siehe UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Allgemeine Bemerkung Nr. 12 (2009): Das Recht des Kindes auf Gehör*, 20. Juli 2009, UN-Dok. CRC/C/GC/12 („UN CRC General Comment No. 12“); Siehe auch UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 7, Abs. 14; UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 14, Abs. 54.

87 KRK-Ausschuss, General Comment No. 5, Abs. 12.

88 Siehe auch Europäisches Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten (1996), SEV Nr. 160, Artikel 3, 4, 6.

89 UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 12, Abs. 34.

90 Siehe UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, Abs. 24.

91 UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 12, Abs. 23.

92 Während die Venedig-Kommission in ihrem Bericht 12 Länder benannte (Venice Commission Report, Abs. 42), nahm Österreich seine Vorbehaltserklärung am 28. September 2015 zurück; die Regierung der Republik Österreich benachrichtigte den Generalsekretär über die Rücknahme der Vorbehalte gegenüber Artikel 13, 15, 17, 38(2) und (3); Deutschland nahm seine Vorbehaltserklärung am 15. Juli 2010 zurück; die Regierung der Bundesrepublik Deutschland benachrichtigte den Generalsekretär hinsichtlich der Rücknahme der Erklärungen hinsichtlich Artikel 9, 10, 18, 22 und 38(2).

ihrer Rechte beschränkt werden.⁹³ In diesem Sinne ist zu beobachten, dass die Vorbehalte dazu dienen, die Fähigkeit von Kindern als Träger von Rechten zu schwächen, diese Rechte vollumfänglich in Anspruch zu nehmen.

93 Die Vorbehaltserklärung Belgiens lautet wie folgt: „In Bezug auf Artikel 2, Abs. 1 impliziert ein Diskriminierungsverbot auf der Grundlage der nationalen Herkunft gemäß der Auslegung der belgischen Regierung nicht unbedingt eine Pflicht für die Staaten, Ausländern automatisch die gleichen Rechte zu gewähren wie ihren Staatsangehörigen. Dieses Konzept sollte so aufgefasst werden, dass es dazu dient, jegliche Willkür zu vermeiden, jedoch nicht die Unterscheidung in der Behandlung basierend auf objektiven und angemessenen Gesichtspunkten, unter Einhaltung der in demokratischen Gesellschaften geltenden Grundsätze.“ Der Ausschuss hat Belgien empfohlen, seine Erklärungen zurückzuziehen (siehe bspw. UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Concluding observations on the combined third and fourth periodic report of Belgium*, UN-Dok. CRC/C/BEL/CO/34, 18. Juni 2010, Abs. 10).

IV. Ansätze für die Eingliederung

Die Stellung der KRK und weiterer relevanter Konventionen sowie die Wirkung des Völkerrechts in den nationalen Verfassungs- und Rechtssystemen unterscheidet sich in den jeweiligen Mitgliedstaaten des CoE. Bei der Ratifizierung der KRK verpflichten sich die Vertragsstaaten gemäß Artikel 4 dazu, alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen zu ihrer Verwirklichung zu treffen. Die Umsetzung wurde als Prozess beschrieben, „in dem die Vertragsstaaten Maßnahmen ergreifen, um die Verwirklichung aller Rechte in der Konvention für alle Kinder in ihrem Zuständigkeitsbereich sicherzustellen“.⁹⁴ In der KRK wird jedoch die Art und Weise, wie die KRK umgesetzt wird, nicht vorgegeben. Die KRK selbst schafft keine ausdrückliche Verpflichtung der Vertragsstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die Gerichte die Konvention anwenden. Es wird den Vertragsstaaten empfohlen, den „geeigneten verfassungsrechtlichen Weg“ zu finden, um zu gewährleisten, dass die Bestimmungen der KRK und seiner Fakultativprotokolle einen umfassenden gesetzlichen Rahmen erhalten, in denen die Bestimmungen der Konvention und ihrer Fakultativprotokolle vollständig verankert werden können.⁹⁵

Bei der Beurteilung der Rechtskraft der KRK in einer bestimmten innerstaatlichen Rechtsordnung sind vier allgemeine Faktoren maßgeblich. Zunächst spielt die Methode der Eingliederung in die nationale Rechtsordnung eine Rolle (Monismus oder Dualismus).⁹⁶ Vereinfacht formuliert, verfolgen Staaten entweder einen monistischen oder einen dualistischen Ansatz bei der Einbindung des Völkerrechts in die innerstaatliche Rechtsordnung. Der erste Ansatz wird in der Regel häufiger in zivilrechtlichen Jurisdiktionen („Civil Law“) angewendet, während der zweite gewöhnlich in Systemen mit „Common Law“ (Gewohnheitsrecht in angelsächsischen Rechtskreisen) anzutreffen ist. Zweitens ist die Hierarchieebene relevant, die der KRK innerhalb der nationalen Rechtsordnung zugesprochen wird. Drittens kann einer konkreten Bestimmung eine mögliche direkte Wirksamkeit verliehen werden. Viertens gibt es außerdem noch Vorbehaltserklärungen, die zu einzelnen Bestimmungen der KRK gemacht werden.

Nebenbei bemerkt, ist es laut UN-Ausschuss äußerst wichtig, den „Umfang der Anwendbarkeit der Konvention in Staaten, in denen das Prinzip der „unmittelbaren Anwendbarkeit“ („self-execution“) gilt, sowie in solchen, in denen behauptet wird, dass die Konvention einen ‚verfassungsmäßigen Status‘ innehat oder in die inländische Gesetzgebung eingegliedert wurde“ zu klären.⁹⁷ Hierbei ist zu beachten, dass die Tatsache, ob ein Staat eine monistische Vorgehensweise verfolgt oder die KRK direkt oder indirekt anwendet, nicht vollumfänglich klärt, wie die inländischen Gerichte die KRK anwenden.

1. Monistischer Ansatz

In Mitgliedstaaten, die einen monistischen Ansatz verfolgen, werden internationale Abkommen, wie die KRK, mit der Ratifizierung automatisch Bestandteil der nationalen Gesetze. Die direkte Wirksamkeit bezieht sich hierbei auf die Ausübung der Judikative, das Völkerrecht innerhalb der nationalen Rechtsordnung anzuwenden. In dieser Hinsicht dient die direkte Wirksamkeit „als Schwert [...], mit dem internationale Rechte oder Pflichten

⁹⁴ Siehe UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, Abs. 1.

⁹⁵ Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Concluding observations on the combined third and fourth periodic report of Canada, vom Ausschuss bei seiner 61. Sitzung verabschiedet (17. September – 5. Oktober 2012)*, UN-Dok. CRC/C/CAN/CO/3-4 („Concluding Observations: Canada (2012)“), Abs. 11.

⁹⁶ In diesem Dokument wird der dritte Ansatz nicht näher erläutert, bei dem die KRK sowohl direkt als auch indirekt, wie beim Beispiel Südafrika, angewendet werden kann.

⁹⁷ UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 5, Abs. 19.

den Schild der nationalen Rechtsordnung durchstoßen“.⁹⁸ Die direkte Wirkung impliziert nicht notwendigerweise, dass Rechteinhaber alle Abkommen und Bestimmungen automatisch geltend machen können und berücksichtigen lassen können. Inländische Gerichte prüfen die Kinderrechte häufig in Bezug auf konkrete Bestimmungen, wie nachstehend noch näher erläutert wird.⁹⁹

Bei der Schweiz handelt es sich beispielsweise um ein monistisches Land, in dem ein ratifizierter Staatsvertrag keiner weiteren Umsetzung in der Gesetzgebung bedarf, um automatisch mit der Ratifizierung Rechtskraft zu erlangen.¹⁰⁰ In seinem ersten Bericht an den UN-Ausschuss stellte die Schweiz fest, dass „[eine] Bestimmung direkt anwendbar ist, wenn diese Regelung unter Berücksichtigung des Kontextes und angesichts des Gegenstands und Zwecks des Abkommens, unbedingt und ausreichend präzise ist, sodass sie eine direkte Wirkung entfaltet, auf einen konkreten Fall angewendet werden und als Grundlage für eine konkrete Entscheidung dienen kann“.¹⁰¹ Die schweizerischen Gerichte haben festgestellt, dass für die direkte Wirksamkeit einer Bestimmung folgende Bedingungen erfüllt werden müssen: (i) sie muss sich auf die Rechte und Pflichten der Einzelperson beziehen; (ii) sie muss ausreichend konkret und eindeutig sein, sodass sie von einer Behörde oder einem Gericht angewendet werden kann; und (iii) sie muss an die Staatsorgane, die für die Anwendung des Gesetzes zuständig sind, und nicht an den Gesetzgeber gerichtet sein.¹⁰² Die direkte Anwendbarkeit der KRK unterliegt demnach der Prüfung durch die Gerichte. Wie im nachstehenden Abschnitt zu Kinderrechten vor Gericht näher erläutert wird, herrscht diese Situation in den inländischen Gerichten im gesamten CoE-Raum vor und wirkt sich auf die Fähigkeit von Kindern aus, ihre Rechte vor Gericht konsequent und ganzheitlich durchzusetzen. In Frankreich können Staatsverträge auch direkt von den Gerichten angewendet werden. Die französische Verfassung schreibt vor, dass internationale Abkommen Vorrang vor Gesetzen haben, jedoch der Verfassung untergeordnet sind. Damit haben internationale Abkommen wie die KRK gegenüber den vom Parlament beschlossenen Gesetzen Vorrang, jedoch nicht gegenüber der Verfassung. Die Art und Weise, wie dieser Ansatz bisher in der Praxis umgesetzt wurde, wird nachstehend erörtert. An diesem Punkt ist zu beachten, dass die Kinderrechte gemäß der KRK von den innerstaatlichen Gerichten nicht vollständig isoliert betrachtet werden. Sie werden häufig neben anderen gesetzlichen und/oder verfassungsrechtlichen Bestimmungen berücksichtigt.

2. Dualistischer Ansatz

Andere Mitgliedstaaten integrieren die KRK in die inländische Rechtsordnung entweder auf verfassungsrechtlicher Ebene und/oder durch die Verabschiedung anderer Gesetze (dualistische Länder). In dualistischen Ländern können Kinder als Träger von Rechten die Bestimmungen der KRK nur dann vor Gericht geltend machen, wenn die Rechte verfassungsrechtlich verankert oder weitere Gesetze verabschiedet worden sind. Der UN-Ausschuss hat im Hinblick auf eine Reihe von dualistischen Ländern Bedenken geäußert, die noch keine umfassende nationale Gesetzgebung in Bezug auf die Rechte des Kindes umgesetzt haben, und auf die resultierende bruchstückhafte und inkonsequente Vorgehensweise bei der Umsetzung von Kinderrechten aufmerksam gemacht.¹⁰³

98 Siehe Nollkaemper, A., „The Duality of Direct Effect of International Law“, EJIL Band 25 Nr. 1, S. 112.

99 Venice Commission Report, Abs. 32.

100 Siehe z. B. Artikel 190 der schweizerischen Verfassung, in dem festgelegt ist, dass „Bundesgesetze und Völkerrecht [...] für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden maßgebend“ sind.

101 *Initial report of Switzerland to the UN Committee on the Rights of the Child*, UN-Dok. CRC/C/78/Add.3, 19. Oktober 2001, Abs. 15.

102 129 II 249 (Schweizerisches Bundesgericht).

103 Siehe z. B. Ireland 2006 Concluding Observations, FN 35 oben. Siehe auch Concluding Observations: Canada (2012), s. FN 5 oben, Abs. 10.

Im Gegensatz dazu ist die KRK seit ihrer Ratifizierung fester Bestandteil der nationalen Gesetzgebung von Spanien. § 39(4) der spanischen Verfassung schreibt beispielsweise vor, dass „Kinder den Schutz genießen, der in den internationalen Abkommen, die die Wahrung ihrer Rechte zum Ziel haben, vorgesehen ist“. Laut Kilkelly et al. „zeichnet sich Spanien als das einzige Land aus, bei dem zwar noch keine vollständige Umsetzung erfolgt ist, das jedoch andere wesentliche Rechte in einem Kindergesetz verankert hat“.¹⁰⁴

Bei der Verfassung Irlands mit seinem Artikel 29.6 handelt es sich um ein eindeutiges Beispiel für einen dualistischen Ansatz. Darin ist festgelegt, dass „[e]in internationales Abkommen nur dann Bestandteil des nationalen Rechts wird, wenn dies von den Oireachtas [dem Parlament] beschlossen wird“. Diese Bestimmung wird, wie noch weiter erörtert wird, so ausgelegt, dass sie die irischen Gerichte daran hindert, ein internationales Abkommen anzuwenden, wenn es im Widerspruch zur nationalen Gesetzgebung steht oder Rechte einräumt oder Pflichten auferlegt, die nicht Bestandteil dieser nationalen Gesetze sind. Beim Vereinigten Königreich handelt es sich ebenfalls um einen dualistischen Staat. Im Gegensatz zu Irland hat das Vereinigte Königreich keine kodifizierte, niedergeschriebene Verfassung. Stattdessen besteht seine Verfassung aus einer Sammlung gesetzlicher und nicht-gesetzlich verankerter Regeln. Das bedeutet jedoch nicht, dass den Kinderrechten keine Rechtswirksamkeit eingeräumt worden ist. Das Gesetz über Menschenrechte („Human Rights Act“) von 1998 beispielsweise, durch das die meisten wesentlichen Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention in die inländische Gesetzgebung des Vereinigten Königreichs aufgenommen wurden, kodifiziert viele der üblicherweise in niedergeschriebenen Verfassungen enthaltenen Rechte. Darüber hinaus ist Williams der Auffassung, dass das „Common Law“ eine bedeutsame Quelle für den Schutz der Menschenrechte darstellt. Sie führt an, dass die KRK als Konstruktionsmittel zur Entwicklung rechtlicher Konzepte gedient hat und durch sie die Urteile von Gerichten bei verwaltungsrechtlichen Entscheidungsprozessen beeinflusst wurden.¹⁰⁵ Berichtersteller Preda mahnte jedoch an, dass ein System, das auf Richterrecht „[...] im Rahmen des Common Law [beruht], die Festschreibung des Status quo begünstigt, wodurch Veränderungen nur graduell und über einen sehr langen Zeitraum möglich sind“.¹⁰⁶ Gleichwohl gibt es außerhalb des CoE Beispiele für dualistische Staaten, wie Südafrika, die wohl eine „unsichtbare Linie überschritten“ haben und sich hinsichtlich der Verankerung von Kinderrechten von einem dualistischen zu einem monistischen Land entwickelt haben.¹⁰⁷

a) Das Beispiel Südafrika

In Südafrika wurden die Gerichtsurteile durch die zunehmende Berücksichtigung kinderrechtlicher Gesichtspunkte in immer vielfältigeren Bereichen der rechtlichen Interaktion auch außerhalb des Familienrechts, gepaart mit der Einbeziehung der KRK sowie nicht verbindlicher Völkerrechtsquellen (z. B. den Allgemeinen Bemerkungen des UN-Kinderrechtsausschusses), wesentlich beeinflusst und bereichert. Infolgedessen ist die südafrikanische Rechtsprechung hinsichtlich der Rechte des Kindes wohl die umfangreichste der Welt.

Die letzten 20 Jahre haben aufgrund der Festschreibung der Vorrangstellung des Kindeswohlgrundsatzes und weiterer Verfassungsrechte eine ganze und interessante Reihe

104 Lundy, L., Kilkelly, U., & Byrne, B. (2013), „Incorporation of the United Nations Convention on the Rights of the Child in Law: A Comparative Review“. *International Journal of Children's Rights*, 21(3), 442–463. Weiterhin wird bemerkt, dass „man nur bei Spanien von einer ganzheitlichen Einbindung der Konvention in die Verfassung sprechen kann, ungeachtet dessen, dass diese verfassungsrechtliche Bestimmung älter ist als die KRK selbst“.

105 J. Williams, „England“ in Ton Liefaard und Jaap Doek (Hrsg.), „Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence“ (Springer, 2015), S. 53–69.

106 Explanatory Memorandum des Berichterstatters Preda, Abs. 17.

107 Siehe Sloth-Nielsen, J. (2018), FN 24 oben; Sloth-Nielsen, J. und Kruuse, H (2013), FN 20 oben.

von Fällen hervorgebracht. Als eigenständiges Recht und als Leitbild¹⁰⁸ wurde es in unterschiedlichsten von ihr zitierten Fällen aufgegriffen: in Bezug auf das Recht auf Fürsorge durch Eltern oder Angehörige, internationale Kindesentführung, Kinderpornografie, das Recht auf Unterkunft, Adoption, Erbgewohnheitsrecht, Gesundheitsversorgung, das Recht auf soziale Fürsorge, das Recht des Kindes auf Privatsphäre und Würde, Zeugenaussagen von minderjährigen Opfern und Zeugen, das Recht von Kindern, die von ihren Familien getrennt wurden, diese Trennung gerichtlich prüfen zu lassen, das Recht von Kindern nicht aufgrund einvernehmlicher sexueller Handlungen belangt zu werden, das Recht minderjähriger Sexualstraftäter, nicht automatisch in das Sexualstraftäter-Register aufgenommen zu werden, und die Rechte von Kindern, die gegen das Gesetz verstoßen haben, nur als letztes Mittel der Wahl in Gewahrsam genommen zu werden.¹⁰⁹ Ann Skelton kommt zu dem Schluss, dass das „Case Law“ (Fallrecht) „eine reale Verpflichtung seitens der Gerichte bei der Auslegung und Anwendung dieser auf Papier bestehenden Rechte hinsichtlich der Lebensrealität von Kindern bezeugt. Die Vorgehensweise bei Kindern in Gerichtsverfahren umfasst die Notwendigkeit, das Kind zu schützen und seine [Autonomie-]Rechte zu fördern.“¹¹⁰

Mit der Fortentwicklung der Rechtsprechung hat sich auch eine ausgeprägte strategische Intention hinter den Gerichtsverfahren von Kindern herausgebildet, u. a. hinsichtlich der Themen, die den Gerichten vorgelegt wurden, aber auch hinsichtlich der Bereiche, in denen dies nicht der Fall war. Die Angelegenheiten, die vor Gericht behandelt wurden, sind umfangreich und breit gefächert und, wie im Fall „S. gegen M. (Centre for Child Law als Amicus Curiae)“ festgestellt wurde,¹¹¹ ist die Formulierung in § 28 der Verfassung „umfassend und empathisch“. Außerdem hat sich gezeigt, dass „Gesetze so ausgelegt und das „Common Law“ derart weiterentwickelt werden müssen, dass dies zugunsten des Schutzes und der Unterstützung der Interessen von Kindern erfolgt“.¹¹² Dies ist in den unterschiedlichsten Bereichen, von der Streichung von Bestimmungen, die eine Verjährung von Sexualdelikten gegen Kinder vorsahen,¹¹³ über die Wahrung der Notwendigkeit einer genetischen Verbindung zur Bestätigung eines gültigen Leihmutterchaftsvertrags durch Verweis auf Kinderrechte (im Namen des ungeborenen Kindes),¹¹⁴ bis hin zur Bestätigung der Aussichtslosigkeit von Beschwerdeanträgen gegen Entscheidungen zu Normen und Standards von Schulen, kontinuierlich geschehen. Wie festgestellt wurde, sind Kinderrechte betreffende Gerichtsverfahren mittlerweile gesellschaftlich akzeptiert und legitimiert – die Vorteile von Kinderrechten müssen nicht mehr zuerst vorgetragen bzw. zu ihrer Legitimierung muss nicht erst an die Moral appelliert werden: ihre rechtliche Funktion ist nun „direkt anwendbar“ („self-executing“). Und sie fordern eine Rechenschaftspflicht auf Seiten des Staates. Die Anerkennung der sich entwickelnden Reife von Kindern, die ihre Schutzwürdigkeit und gleichzeitig ein Bewusstsein für ihre Autonomie erforderlich macht, ist eine wesentliche Thematik bei der Bestimmung des „verfassungsrechtlichen Konzepts des Kindes“.

Bei verfassungsrechtlichen Verfahren, die Kinderrechte betreffen, wurde eine Reihe rechtlicher Mittel eingesetzt, u. a. die Streichung von Gesetzen, die Anpassung von Gesetzen an die Verfassung, strukturelle Interdikte, Interventionen bei Beschaffungstreitigkeiten

108 Auch wenn dies, wie von den Gerichten bisweilen festgestellt wurde, nicht bedeutet, dass § 28(2) selbst nicht eingeschränkt werden kann: eine ausführliche Erörterung ist der Rechtssache *S. gegen M.* 2008 (3) SA 232 (CC) Abs. 25 und 26 und *Centre for Child Law gegen Minister für Justiz und Verfassungsentwicklung* 2009 (2) SA SACR 477(CC) zu entnehmen.

109 Skelton, s. FN 24 oben, 346–347.

110 *Ibid.* 358.

111 [2007] ZACC 18; 2008 (3) SA (CC).

112 Abs. 15.

113 Levenstein und weitere gegen Nachlass des verstorbenen Sidney Frankel und weitere 2018 ZACC 16, wobei der Fall zugunsten aller Opfer (Erwachsene eingeschlossen) entschieden wurde.

114 *A. B. und weitere gegen Minister für Soziale Entwicklung* 2017 BCLR 267 (CC)CC

zur Minderung der Auswirkungen auf die Rechte von Kindern¹¹⁵ sowie beim Schadenersatz. Jedoch bei Gerichtsverfahren hinsichtlich der Schulversorgung wurden zweifelsohne einige der einfallsreichsten Mittel konzipiert. Dies wurde der Missachtung vorheriger Verfügungen und Einigungen seitens der Fachbereiche zugeschrieben, wodurch sich die Antragsteller gezwungen sahen, ihr Recht vor Gericht geltend zu machen.¹¹⁶ Im Bereich des Strafrechts halten die Gerichte unbeirrbar an der Auffassung fest, dass Kinder von Erwachsenen zu unterscheiden sind und dass ihre Schulfähigkeit durch ihren mangelnden Reifegrad eingeschränkt ist.

Erwähnenswert ist ferner die aufkommende, jedoch nicht unerhebliche Dynamik der direkten Beteiligung von Kindern in Gerichtsverfahren¹¹⁷ sowie die Zugewinne im Bereich der Kinderrechte, die im Rahmen von Einigungen und Vereinbarungen erzielt worden sind. Ein Beispiel ist die jüngste Einigung zwischen dem Child Law Center und den Abteilungen für Gesundheit, soziale Entwicklung und Bildung in einer Provinz¹¹⁸ in Bezug auf das Fehlen von Diensten für Kinder mit gravierenden oder ausgeprägten disruptiven Verhaltensstörungen, die mit dem Gesetz in Konflikt geraten. In dieser Einigung stimmen die Abteilungen der Ausarbeitung einer angemessen kalkulierten und budgetierten sektorübergreifenden Strategie und Umsetzungsplanung zu, um zu gewährleisten, dass die verhaltens- und umweltbedingten Hürden, die diese Kinder an der vollständigen und effektiven Teilhabe an der Gesellschaft auf vollumfänglicher und anderen gleichgestellter Basis beseitigt werden; dass geeignete Präventions- und Frühinterventionspläne umgesetzt werden, um Kindern im Rahmen der Familie und der Gemeinschaft möglichst gerecht zu werden, die einem erhöhten Risiko für die Entwicklung gravierender oder ausgeprägter disruptiver Verhaltensstörungen ausgesetzt sind; dass Wohnprogramme, die speziell auf die Bedürfnisse von Kindern mit gravierenden oder ausgeprägten disruptiven Verhaltensstörungen ausgerichtet sind, sinnvoll verteilt werden, wobei der ressourcenintensive Aufwand der auf diese Kategorie von Kindern ausgerichteten Programme berücksichtigt wird; dass eine grundlegende Bildung von ausreichender Qualität bereitgestellt wird; dass diesen Kindern im Rahmen von Gemeinschafts- oder Wohnprogrammen psychologische Versorgungsdienste zur Verfügung gestellt werden; und dass Familien unterstützt werden, z. B. durch Möglichkeiten zur Kurzzeitpflege, um sicherzustellen, dass sie nicht unnötig aus der Familienumgebung gerissen werden.

Die südafrikanischen Gerichte sind zwar nicht die einzigen, die innovative rechtliche Mittel bei Verstößen gegen Kinderrechte hervorbringen, die Vielfalt der Mittel und die Ergebnisse scheinen jedoch die Messlatte für andere Rechtssysteme, wie Deutschland, recht hoch zu hängen.

115 Siehe P. Proudlock „Children’s socio-economic rights“ in T. Boezaart *Child Law in South Africa* (2. Ausg.). Gibt einen Überblick über die relevanten Fälle.

116 Siehe. C. MacConachie und S. Breener „Litigating the Right to Basic Education“ in J. Brickhill (Hrsg.) *Public Interest Litigation in South Africa* (Juta 2018), S. 299.

117 Siehe *Centre for Child Law gegen Hoerskool Fochville*, 2016 (2) SA 121 (SCA); hier wurde eine Gruppe von Kindern gemeinschaftlich durch das Centre for Child Law vertreten und ihre Ansichten und Interessen wurden anhand von Fragebögen berücksichtigt, die sie selbst ausgefüllt hatten. Der Fall war ebenfalls deshalb „etwas ungewöhnlich“, weil die Kinder persönlich keine Beteiligte im Verfahren waren, sondern als Gruppe vertreten wurden. Sie waren Gegenstand einer von der Schule angestrebten Anordnung (gegen das Bildungsministerium), gemäß der das Ministerium daran gehindert werden sollte, die Schule zur Aufnahme englischsprachiger Schüler zu zwingen. Die Schule führte nach Erhalt des Antrags des Centre for Child Law im Namen der Schüler zu intervenieren an, dass die Kinder bereits über ihre Eltern, die als Beteiligte zitiert worden seien, Verfahrenspartei seien. Das Gericht bestätigte die Intervention mit der Begründung, dass Kindern ein gesondertes Verfassungsrecht auf juristische Vertretung und Beteiligung an allen sie betreffenden Angelegenheiten haben, und bekräftigte, dass sich mit der Verfassung und dem Kindergesetz (Children’s Act) 38 von 2005 (§ 14 und 15) der Rechtsbeistand durch ein Elternteil, einen Vormund oder einen Verfahrensbeistand (Curator ad litem) nun auch auf Situationen erstreckt, in denen Kinder selbst an Rechtsstreitigkeiten teilnehmen könnten. Eine nähergehende Erläuterung ist C. Du Toit „Legal Representation of Children“ in T. Boezaart (Hrsg.) *Child Law in South Africa* (2. Ausg.) Juta and Co Cape Town 2017 S. 121 zu entnehmen.

118 Rechtssache 77362/16 Gauteng Provincial Division Pretoria.

V. Überblick über die Mitgliedstaaten und verfassungsrechtlichen Strukturen

Innerhalb des CoE haben alle 47 Mitgliedstaaten (mit Ausnahme von Frankreich und dem Vereinigten Königreich)¹¹⁹ Verfassungen, die gewisse Bestimmungen enthalten, die Bezug auf Kinder und deren Rechten nehmen.¹²⁰ Allgemein betrachtet folgen diese Verfassungen einem von vier Ansätzen. Erstens berufen manche Mitgliedstaaten sich in ihrer Vorgehensweise auf die Schutzwürdigkeit von Kindern und erkennen das Recht eines jeden Kindes auf Unversehrtheit an. Zweitens wenden einige Staaten einen rechtebasierten Ansatz an, nach dem Kinder als Träger von Rechten gelten. Drittens verfolgen manche Staaten eine Mischung aus schutz- und rechtebasiertem Ansatz. Zu guter Letzt finden wir in einigen CoE-Mitgliedstaaten einen Ansatz, nach dem die Verfassung die Verabschiedung weiterer Gesetze zur Umsetzung der Rechte fordert. In Island schreibt die Verfassung beispielsweise vor, dass die Gesetzgebung Kindern Fürsorge und Schutz garantiert.¹²¹ Es bleibt anzumerken, dass die Bemühungen zur Stärkung von Kinderrechten in der isländischen Verfassung nach der Wirtschaftskrise nicht zu den gewünschten Ergebnissen geführt haben. In Litauen legt die Verfassung in ähnlicher Weise fest, dass Kinder durch das Gesetz geschützt werden müssen,¹²² wodurch zusätzliche Maßnahmen zur Umsetzung dieser Rechte erforderlich sind.

1. Rechtebasierter Ansatz

Einige wenige Verfassungen innerhalb des CoE erkennen Kinder als Träger von Rechten an. Die meisten Staaten verfolgen einen gemischten Ansatz, der die Schutzwürdigkeit und rechtebasierte Bestimmungen umfasst, und keiner der Staaten bezieht sich explizit auf die KRK. In der irischen Verfassung heißt es beispielsweise, dass „der Staat die *natürlichen und unveräußerlichen Rechte aller Kinder bestätigt* und anerkennt und, soweit praktisch durchführbar, diese Rechte durch seine Gesetze zu schützen und zu verteidigen hat“ (Hervorhebung durch den Zitierenden), und es werden weitere Bestimmungen zum Schutz von Kindern aufgeführt.¹²³ Als solches kann am Beispiel Irland ein gemischter Ansatz festgestellt werden, bei dem sowohl die Schutzwürdigkeit als auch die Rechte genannt werden. Die lettische Verfassung schreibt allgemein vor, dass der Staat die Rechte des Kindes zu schützen hat, entsprechende konkrete Rechte werden jedoch nicht ausdrücklich erwähnt. Eine Untersuchung der Verfassungen im CoE-Raum ergab, dass sich die meisten kinderrechtlichen Bestimmungen auf das Recht auf Bildung beziehen. In dieser Hinsicht ist dem Venice Commission Report Folgendes zu entnehmen:

Das Vorliegen eines verfassungsgemäßen Rechts auf Bildung hat erhebliches Potenzial, die unteilbaren Rechte von Kindern, insbesondere ihr Recht auf Entwicklung, voranzutreiben, da Bildung eine Voraussetzung für die

119 Gemäß § 55 der Verfassung haben internationale Abkommen Vorrang vor der Gesetzgebung, was auch für die KRK gilt (in Bezug auf ihre automatisch geltenden Bestimmungen).

120 In Frankreich haben Abkommen wie die KRK Vorrang vor nationalen Gesetzen, wohingegen das Vereinigte Königreich über keine kodifizierte Verfassung verfügt. Vgl. unten Besprechung der Situation im Vereinigten Königreich.

121 Artikel 76(3) der isländischen Verfassung legt fest, dass das Gesetz den Schutz und die Fürsorge gewährleisten muss, die für das Wohlergehen des Kindes erforderlich sind. Hierbei handelt es sich um die einzige Erwähnung von Kinderrechten in der isländischen Verfassung. Andererseits schreibt Artikel 76(2) der Verfassung vor, dass das Gesetz *jedem* eine angemessene Bildung und geeigneten Unterricht garantieren muss, ohne dabei ein individuelles Recht des Kindes auf Bildung zu erwähnen.

122 Artikel 39 der litauischen Verfassung legt fest, dass Kinder und ihre Rechte gesetzlich geschützt werden müssen.

123 Irische Verfassung, Artikel 42A(1).

Inanspruchnahme anderer Rechte darstellt – vordringlich des Rechts des Kindes auf Entwicklung (wie in der gesamten KRK hervorgehoben und als allgemeiner Grundsatz vom Ausschuss anerkannt) [...] ¹²⁴

In den Verfassungen der CoE-Mitgliedstaaten wird Bildung in unterschiedlicher Form erwähnt. Hierbei ist anzumerken, dass das Thema Bildung nicht in alle Verfassungen derart aufgenommen wurde, dass hierdurch Rechte für Kinder entstehen. In manchen Verfassungen wird von einem Recht auf Bildung gesprochen, ohne Kinder konkret zu erwähnen. ¹²⁵ Beispielsweise schreibt § 16(1) der finnischen Verfassung vor, dass jeder ein Recht auf kostenlose Grundbildung hat. In anderen Verfassungen wird von den Rechten und Pflichten von Eltern und Vormündern in Bezug auf Bildungsrechte gesprochen. So enthält die Verfassung von Liechtenstein, obwohl sie eine allgemeine Schulpflicht vorsieht, ¹²⁶ Bestimmungen zur Bildung, die sich ausschließlich auf die Rechte und Pflichten von Eltern und Staat konzentrieren. ¹²⁷ Ähnliche Regelungen, die Bildung in Bezug auf die Rechte und Pflichten von Eltern beschreiben, finden sich beispielsweise in den Verfassungen von Italien, ¹²⁸ Kroatien, ¹²⁹ Irland ¹³⁰ und Deutschland ¹³¹.

Manche Mitgliedstaaten verfolgen, wie zuvor erläutert, einen „alternativen Ansatz“, wonach zur Rechtswirksamkeit dieser Rechte zusätzliche Gesetze erforderlich sind. So legt die estnische Verfassung fest, dass „der Unterricht für schulpflichtige Kinder *im gesetzlich bestimmten Umfang* verpflichtend sowie in staatlichen und kommunalen allgemeinbildenden Schulen kostenlos ist“ (Hervorhebung durch den Zitierenden). In ähnlicher Weise garantiert Artikel 35(3) der Verfassung von Georgien u. a. Vorschulbildung *wie gesetzlich festgelegt*.

a) Recht auf Gesundheit

In nur wenigen Verfassungen findet das Recht auf Gesundheit Erwähnung. In den Beispielen, in denen das Recht auf Gesundheit genannt wird, erfolgt dies in der Regel in einer Reihe mit den Rechten anderer schutzwürdiger Gruppen. So schreibt die Verfassung Montenegros den Schutz der Gesundheit von Kindern vor und fordert, dass „Kinder, Schwangere, Ältere und Menschen mit Behinderung ein Recht auf Schutz der Gesundheit aus staatlichen Einnahmen haben, sofern sie dieses Recht nicht aus anderen Gründen ausüben“. ¹³² In der pol-

124 Venice Commission Report, Abs. 87.

125 In Artikel 35(1) der Verfassung von Georgien ist das Recht auf Bildung für alle verankert.

126 Verfassung von Liechtenstein, Artikel 16.

127 In Artikel 15 wird außerdem gefordert, dass der Staat dem Erziehungs- und Bildungswesen besondere Aufmerksamkeit schenkt und dass dieses so einzurichten und zu verwalten ist, dass „durch das Zusammenwirken von Familie, Schule und Kirche die heranwachsende Jugend mit einer religiös-sittlichen Bildung, vaterländischen Gesinnung und Fertigkeiten für künftige berufliche Tätigkeiten ausgestattet wird“. Artikel 16(1)–(8) enthalten ebenfalls eine Reihe konkreter Bestimmungen zum Thema Bildung. Artikel 16(5) legt fest, dass „[n]iemand [...] die unter seiner Aufsicht stehende Jugend ohne den für die öffentlichen Elementarschulen vorgeschriebenen Standard an Bildung lassen darf“. Siehe auch Artikel 17(1), in dem festgelegt ist, dass der Staat eine Verpflichtung hat, das Unterrichts- und Bildungswesen zu unterstützen und zu fördern, und unbemittelten, intellektuell gut veranlagten Schülern durch Gewährung von angemessenen Stipendien den Besuch höherer Schulen zu erleichtern hat.

128 Siehe Verfassung von Italien, Artikel 33–34.

129 Verfassung von Kroatien, Artikel 20(3). In der Verfassung wird ausdrücklich gefordert, dass „Eltern das Recht haben, über die Art der Bildung ihrer Kinder zu entscheiden [...]“.

130 In Artikel 42(1) der irischen Verfassung heißt es: Der Staat erkennt an, dass die Erziehung des Kindes in erster Linie und natürlicherweise der Familie obliegt, und verbürgt sich, das unveräußerliche Recht und die unveräußerliche Pflicht der Eltern zu achten, je nach ihren Mitteln für die religiöse, moralische, geistige, körperliche und soziale Erziehung ihrer Kinder Sorge zu tragen.

131 Siehe Artikel 7(2) des Grundgesetzes, das vorschreibt, dass die „Erziehungsberechtigten [...] das Recht [haben], über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht zu bestimmen“. Ebenfalls in Artikel 7(1): „Das gesamte Schulwesen steht unter der Aufsicht des Staates.“ Somit besteht in Deutschland auch Schulpflicht. Die Bundesländer sind für die Reglementierung des Unterrichts- und Bildungswesens in ihren eigenen Verfassungen und Gesetzen verantwortlich.

132 Verfassung von Montenegro, Artikel 69.

nischen Verfassung findet sich keine Bestimmung hinsichtlich des Rechts eines Kindes auf Gesundheit, jedoch wird den öffentlichen Behörden die Pflicht auferlegt, „sicherzustellen, dass Kindern, Schwangeren, Menschen mit Behinderung und Menschen im fortgeschrittenen Alter eine besondere gesundheitliche Fürsorge zukommt“.¹³³ Die Pflicht der Behörden, Kindern eine Gesundheitsversorgung aus staatlichen Einnahmen bereitzustellen, sofern diese nicht in einer anderen, gesetzlich legitimierten Weise erfolgt, wird in der serbischen Verfassung beschrieben.¹³⁴ Andererseits wird in der Verfassung Portugals gefordert, dass das Recht auf Schutz der Gesundheit, „durch die Schaffung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse und Umweltbedingungen, die insbesondere den Schutz von Kindern, Jugendlichen und alten Menschen gewährleisten“ zu verwirklichen ist.¹³⁵

b) Familien und Kinder außerhalb der elterlichen Obhut

Die elterlichen Rechte und das Recht auf sowie der Schutz der Familie sind ein gemeinsamer roter Faden, der sich durch eine Reihe von Verfassungen innerhalb des CoE zieht. Wie von der Venedig-Kommission bemerkt, „werden in den Verfassungen ungleich häufiger die elterlichen Rechte und Pflichten genannt, ihre Kinder zu betreuen, zu erziehen und zu unterstützen“.¹³⁶ So legt Artikel 48(1) der rumänischen Verfassung fest, dass sich die Familie u. a. auf das Recht und die Pflicht der Eltern gründet, die Erziehung, Ausbildung und Unterrichtung der Kinder zu gewährleisten.¹³⁷ Während die KRK die wichtige Rolle der Eltern zwar anerkennt, ist jedoch anzumerken, dass die „Betrachtung der Verantwortung für Kinder als Angelegenheit, die alleinig den Eltern obliegt, nicht der KRK entspricht, die eindeutig festlegt, dass die übergeordnete Verantwortung dem Staat zukommt“.¹³⁸ In dieser Hinsicht schreiben manche Verfassungen eine Pflicht zur Unterstützung von Familien vor.¹³⁹

Außerdem sind die elterlichen Rechte nicht absolut.¹⁴⁰ Die Verfassungen Moldawiens und der Tschechischen Republik schreiben vor, dass das Recht eines Kindes auf elterliche Fürsorge nur durch ein rechtskräftig festgestelltes Urteil eines ordentlichen Gerichts (oder per Gesetz) eingeschränkt werden kann. In manchen Verfassungen finden sich unterschiedliche Erwähnungen des Rechts und/oder des Schutzes von Kindern ohne elterliche Fürsorge. Die Verfassungen von Armenien, Aserbaidschan, Kroatien, Lettland, Polen und der Slowakischen Republik erlegen dem Staat beispielsweise die Pflicht auf, Kindern außerhalb der elterlichen Betreuung Fürsorge und Unterstützung zukommen zu lassen. Diese Arten von Bestimmungen wurden zum Beispiel herangezogen, um gegen die vorherrschenden Bedingungen in staatlichen Betreuungseinrichtungen vorzugehen.¹⁴¹

2. Besondere Schutzwürdigkeit von Kindern

In den meisten Verfassungen finden sich Bestimmungen zum Schutz von Kindern. Bestimmte Verfassungen erkennen Kinder als verletzbare Gruppe an, die einer besonderen

133 Verfassung von Polen, Artikel 68(3).

134 Verfassung von Serbien, Artikel 68(2).

135 Verfassung von Portugal, Artikel 62(4)(b).

136 Venice Commission Report, Abs. 107.

137 Siehe auch Artikel 26: „Die öffentlichen Behörden respektieren und schützen das Intim-, Familien- und Privatleben“ (Verfassung von Rumänien, Artikel 26(1); Artikel 6(2) des deutschen Grundgesetzes: Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die hauptsächlich ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.

138 Venice Commission Report, Abs. 108.

139 Siehe bspw. Verfassung von Griechenland, Artikel 21; Verfassung von Italien, Artikel 31. Artikel 6(1) des deutschen Grundgesetzes: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.“

140 Diese Thematik wurde von den inländischen Gerichten in der Tat zunehmend aufgegriffen, was jedoch außerhalb des Bereichs dieser Veröffentlichung liegt.

141 Vgl. zum Beispiel die Situation in Südafrika.

Fürsorge und eines besonderen Schutzes bedarf. Der Schutz wird bisweilen als ein Recht des Kindes oder als eine Pflicht gegenüber Kindern seitens des Staates formuliert.¹⁴² Ein gutes Beispiel hierfür ist Artikel 45 der rumänischen Verfassung mit dem Titel: „Schutz der Kinder und Jugendlichen“. Dieser sieht vor, dass „[d]ie Kinder und Jugendliche [...] sich eines Sonderregimes des Schutzes und des Beistands in der Verwirklichung ihrer Rechte“ erfreuen. Die Schweizerische Verfassung legt fest, dass „Kinder und Jugendliche [...] Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung“ haben.¹⁴³ Albanien sieht u. a. den Schutz vor Gewalt, Misshandlung und Ausbeutung als Recht vor.¹⁴⁴ Das Recht auf Schutz der Unversehrtheit sowie vor Ausbeutung, Missbrauch, Misshandlung o. ä. findet sich in einer Reihe von Verfassungen.¹⁴⁵ Manche stellen eine Verbindung zwischen Schutz und kindlicher Entwicklung her.¹⁴⁶

In einer Reihe von Verfassungen finden sich auch Rechte zum Schutz der Kindheit, im Gegensatz zum Schutz von Kindern. So legt die ukrainische Verfassung fest, dass die Kindheit (sowie Familie, Mutterschaft und Vaterschaft) vom Staat geschützt werden muss¹⁴⁷ und ihr durch die Gesetze der Ukraine Schutz gewährt werden muss.¹⁴⁸ Ähnliche Bestimmungen zum Schutz der „Kindheit“ finden sich in den Verfassungen von Aserbaidschan,¹⁴⁹ Griechenland,¹⁵⁰ Italien,¹⁵¹ Litauen,¹⁵² Portugal¹⁵³ und Russland.¹⁵⁴ In verschiedenen Mitgliedstaaten werden Kinder häufig in einer Reihe mit anderen als verletzlich wahrgenommenen Gruppen, z. B. „Mütter und Kinder“, genannt. So werden in Montenegro, Mazedonien und Serbien Kinder im Zusammenhang mit ihren Müttern genannt. In vergleichbarer Weise wird in 20 Verfassungen der „Elternschaft“ bzw. der Familie ein besonderer Schutz gewährt, ohne diesen Schutz näher zu erläutern.¹⁵⁵

Kinder mit Behinderung werden kaum erwähnt (in fünf Verfassungen) und nur selten wird auf ihren Status als autonome Träger von Rechten Bezug genommen. Stattdessen konzentrieren sich die Verfassungen entweder auf das Recht von Kindern mit Behinderung auf spezielle Fürsorge oder sie legen fest, dass der Staat diese Fürsorge leisten muss. Das österreichische Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern sieht vor, dass „[j]edes Kind mit Behinderung [...] Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge [hat], die seinen besonderen Bedürfnissen Rechnung tragen“.¹⁵⁶ In Kroatien garantiert Artikel 63(3) der Verfassung, dass „körperlich und geistig behinderte sowie sozial vernachlässigte Kinder das Recht auf besondere Pflege, Ausbildung und Fürsorge haben“. Gleichermaßen hat der Staat gemäß der lettischen Verfassung die Pflicht, „behinderte Kinder besonders

142 Siehe Verfassung von Montenegro, Artikel 74.

143 Verfassung der Schweiz, Artikel 11(1).

144 Siehe Verfassung von Albanien, Artikel 54(3); Verfassung von Slowenien, Artikel 56(2).

145 Für eine Erörterung der Einbindung des Schutzes vor Verletzung in den nationalen Verfassungen vgl. allgemein Venice Commission Report, Abs. 92–93.

146 Siehe bspw. Albanien, Moldawien, Österreich, Rumänien und Ungarn.

147 Verfassung der Ukraine, Artikel 51.

148 *Ibid.*, Artikel 92(6).

149 Verfassung von Aserbaidschan, Artikel 34.

150 Verfassung von Griechenland, Artikel 21(1).

151 Verfassung von Italien, Artikel 31.

152 Verfassung von Litauen, Artikel 38.

153 Verfassung von Portugal, Artikel 64(2)(b), hinsichtlich des Rechts auf Schutz der Gesundheit.

154 Verfassung von Russland, Artikel 7, 38.

155 Nähere Erörterung siehe Venice Commission Report, Abs. 96. Im deutschen Grundgesetz ist in Artikel 6(1) Folgendes festgelegt: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.“ In der irischen Verfassung wird die Familie gemäß Artikel 41(1) als die natürliche und wesentliche Grundeinheit der Gesellschaft anerkannt. Laut der Verfassung Kroatiens haben Eltern und Familien außerdem die Pflicht, das Kind zu schützen (siehe Artikel 63).

156 Gemäß Artikel 7(1) des Bundesverfassungsgesetzes wird die Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens gewährleistet.

zu unterstützen“, während die rumänische Verfassung eine staatliche Pflicht vorsieht, Kinderbeihilfe für die Versorgung behinderter Kinder zu gewähren¹⁵⁷. Dies ist ebenfalls in Moldawien der Fall.¹⁵⁸

3. Allgemeine Grundsätze der KRK

Die allgemeinen Grundsätze der KRK wurden von einer Reihe von Mitgliedstaaten des CoE verfassungsrechtlich verankert. Bei der Mehrzahl der Staaten, die die allgemeinen Grundsätze aufgenommen haben, erfolgte dies in Bezug auf den Grundsatz des Diskriminierungsverbots. Das Recht eines Kindes auf Überleben und Entwicklung sowie das Recht auf Gehör, wurden in wenigen Verfassungen festgeschrieben.

a) Diskriminierungsverbot

Die zweithäufigsten Bestimmungen in den Verfassungen beziehen sich auf die Gleichstellung von Kindern (18 Verfassungen). Im österreichischen Bundesverfassungsgesetz ist die Gleichbehandlung von Kindern festgelegt, wobei ausdrücklich betont wird, dass dieses Recht Kindern mit und ohne Behinderung zu gewähren ist.¹⁵⁹ Andere Verfassungen enthalten den Grundsatz des Diskriminierungsverbots ohne konkrete Erwähnung von Kindern.¹⁶⁰ Diese Bestimmung wird häufig zusammen mit dem Schutz vor wirtschaftlicher Ausbeutung genannt.

Bei der verfassungsrechtlichen Verankerung erwähnen die meisten Staaten das Recht auf Gleichbehandlung jedoch in Bezug auf Abstammung und/oder den Familienstand der Eltern des Kindes. Dies ist insbesondere bei 16 Verfassungen der CoE-Mitgliedstaaten der Fall. So besagt § 39(2) der spanischen Verfassung, dass die öffentlichen Behörden „den Kindern, die ungeachtet ihrer Abstammung vor dem Gesetz gleich sind, und den Müttern, ohne Berücksichtigung ihres Familienstandes, den vollen Schutz zusichern“ müssen. In ähnlicher Weise legt Artikel 54(2) der albanischen Verfassung fest, dass „uneheliche Kinder die gleichen Rechte wie eheliche Kinder haben“. Die Verfassung von Andorra erkennt gemäß Artikel 13 ebenfalls an, dass alle Kinder, ungeachtet ihrer Abstammung, vor dem Gesetz gleich sind. Artikel 5(6) des deutschen Grundgesetzes legt in vergleichbarer Weise fest, dass „[d]en unehelichen Kindern [...] durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen [sind] wie den ehelichen Kindern“.

b) Wohl des Kindes

Trotz der Bedeutung der Festschreibung des Kindeswohlgrundsatzes (Artikel 3, KRK) in den nationalen Verfassungen wurde von der Venedig-Kommission beobachtet, dass das Kindeswohl als vorrangiger Gesichtspunkt in nur äußerst wenige Verfassungen aufgenommen worden ist. Bestimmungen, die diesen Grundsatz aufgreifen, finden sich nur in den Verfassungen von Belgien, Armenien, Irland, Norwegen, Malta und Serbien. In der belgischen Verfassung, die drei der vier Grundsätze der KRK beinhaltet (mit Ausnahme

157 Verfassung von Rumänien, Artikel 45(2).

158 Verfassung von Moldawien, Artikel 50(3).

159 Österreichisches Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, Artikel 6. Im Sinne von Artikel 7(1) der Bundesverfassung muss die Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Kindern in allen Bereichen des täglichen Lebens gewährleistet werden.

160 Verfassung von Albanien, Artikel 18 (Die albanische Verfassung garantiert beispielsweise die allgemeine Gleichstellung vor dem Gesetz und die Nicht-Diskriminierung aller Menschen). Artikel 3 des deutschen Grundgesetzes legt fest, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleichgestellt sind, dass Männer und Frauen gleichberechtigt sind und dass „[n]iemand [...] wegen seines Geschlechts, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden [darf]. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“

des Diskriminierungsverbots) heißt es, dass „[d]as Wohl des Kindes [...] in allen Entscheidungen, die es betreffen, vorrangig zu berücksichtigen“ ist. In ähnlicher Weise schreibt Artikel 37 der armenischen Verfassung unter der Überschrift „Die Rechte des Kindes“ vor: „In allen Angelegenheiten, die das Kind betreffen, ist dem Wohl des Kindes vorrangige Aufmerksamkeit zu schenken“.¹⁶¹ Das Kindeswohlprinzip wurde zusammen mit anderen Bestimmungen zur Stärkung der Menschenrechte 2014 ebenfalls in die norwegische Verfassung aufgenommen. §104 schreibt vor, dass in Entscheidungen und Ausführungen gegenüber Kindern das Wohl des Kindes wesentlich zu berücksichtigen ist. Die Bestimmung hat bei Widersprüchen mit anderen Gesetzen Vorrang.¹⁶²

Die serbische Verfassung bezieht sich zwar auf den Grundsatz des Kindeswohls, erwähnt diesen jedoch nicht als allgemeines Prinzip, sondern im Zusammenhang mit der Einschränkung elterlicher Rechte.¹⁶³ In der irischen und der maltesischen Verfassung findet der Grundsatz Erwähnung, jedoch nur in Bezug auf bestimmte Umstände. So wird dieser Grundsatz in der irischen Verfassung als vorrangiger Gesichtspunkt auf bestimmte Bereiche der Entscheidungsfindung beschränkt. Damit gilt er nur für vom Staat angestrebte Verfahren im Bereich Kinderschutz und Fürsorge sowie für Verfahren zu Adoption, Vormundschaft, Sorgerecht oder Umgangsrecht, die Kinder betreffen, und nicht auf andere Verfahren. Die Wirksamkeit der irischen Novellierung, die ebenfalls keine angemessene Verankerung als Verfassungsrecht garantiert, wird nachstehend noch näher erläutert. Die maltesische Verfassung beschreibt den Grundsatz in einer Bestimmung, durch die der Ausschluss von Personen von Gerichtsverfahren gestattet wird, mit Ausnahme der Verfahrensbeteiligten und deren gesetzlichen Vertreter, wenn dies im Interesse des Wohlergehens von Personen im Alter von unter 18 Jahren ist.¹⁶⁴

Die Schweiz hat das „Wohlergehen“ des Kindes, im Gegensatz zum Wohl des Kindes, als Leitprinzip aufgenommen. Der UN-Ausschuss vertritt die Ansicht, dass diesem Begriff (d. h. „Wohlergehen“) eine andere Bedeutung zukommt und er in anderer Weise als der im KRK verankerte Grundsatz angewendet wird.¹⁶⁵ Er empfahl der Schweiz, den Kindeswohlgrundsatz in alle betreffenden Bundes- und Kantonsgesetze, Verwaltungs- und Gerichtsverfahren sowie Leitlinien und Programme im Zusammenhang mit Kindern einheitlich aufzunehmen.¹⁶⁶

c) Recht auf Leben, Überleben und Entwicklung

Das Recht auf Entwicklung nimmt eine prominente Stellung in den europäischen Verfassungen ein und wird wie in anderen Bereichen sehr unterschiedlich ausformuliert.¹⁶⁷ Die österreichische Verfassung sieht vor, dass Kindern:

die bestmögliche geistige, seelische und körperliche Entwicklung zu ermöglichen [ist], damit sie zu gesunden, selbstbewussten, glücklichen, leistungsorientierten, pflichttreuen, musischen und kreativen Menschen werden, die befähigt sind, an den sozialen, religiösen und moralischen Werten orientiert Verantwortung für sich selbst, Mitmenschen, Umwelt und nachfolgende Generationen zu übernehmen.¹⁶⁸

161 Siehe Verfassung von Armenien, Artikel 37(2).

162 Artikel 104 der Verfassung von Norwegen.

163 Verfassung von Serbien, Artikel 65.

164 Artikel 39(4)(c)(ii) der Verfassung von Malta.

165 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland*, UN-Dok. CRC/C/CHE/CO/2-4 (26. Februar 2015), Abs. 26.

166 *Ibid.*, Abs. 26.

167 Venice Commission Report, Abs. 100.

168 Verfassung von Österreich, Artikel 14(5).

Die Verfassungen von Portugal,¹⁶⁹ Ungarn¹⁷⁰ und der Schweiz¹⁷¹ fordern ebenfalls, dass Kinder das Recht haben, ihre Persönlichkeit und ihr Potenzial in größtmöglichem Maße zu entfalten. Einige Verfassungen beziehen sich auf die Pflichten des Staates, z. B. dass Kinder von Maßnahmen des Staates profitieren sollten¹⁷² oder dass der Staat „für die vollständige und umfassende Entwicklung der individuellen Persönlichkeit des Kindes förderliche Bedingungen schaffen“ soll.¹⁷³ Andere Verfassungen stellen wiederum eine Verbindung zwischen dem Recht auf Entwicklung und dem Schutz von Kindern her. So fordert Artikel XV der ungarischen Verfassung, dass jedes Kind ein Recht auf den Schutz und die Fürsorge hat, die für ihre/seine Entwicklung notwendig sind. Artikel 11 der schweizerischen Verfassung hingegen legt fest, dass Kinder einen „Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung“ haben und „ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit“ ausüben.¹⁷⁴

d) Recht auf Gehör/ Recht auf freie Meinungsäußerung

Wie von der Venedig-Kommission angemahnt, wurde der in Artikel 12 der KRK verankerte Grundsatz in nur wenige Verfassungen ausdrücklich aufgenommen.¹⁷⁵ Artikel 37(1) der armenischen Verfassung beschreibt das Recht eines Kindes, „seine Meinung frei zu äußern, die in allen Angelegenheiten, die das Kind betreffen, entsprechend seinem Alter und seiner Reife berücksichtigt werden muss“. Die Verfassungen von Irland, Österreich¹⁷⁶ und Polen erkennen das Recht von Kindern, bei allen das Kind betreffenden Entscheidungen gehört zu werden, ebenfalls an.

169 In Artikel 69(1) der Verfassung von Portugal ist beschrieben, dass Kinder das Recht haben, ihre Persönlichkeit und ihr Potenzial in größtmöglichem Umfang zu entfalten. Gleichzeitig unterstreicht Artikel 73(2) die bedeutende Rolle der Bildung für die Entwicklung von Kindern.

170 Verfassung von Ungarn, Artikel XVI(1).

171 Artikel 11(1) der Verfassung der Schweiz legt fest, dass Kinder das Recht haben, ihre Persönlichkeit und ihr Potenzial in größtmöglichem Umfang zu entfalten. Artikel 41(1)(g) sieht vor, dass „Bund und Kantone [...] sich in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein[setzen], dass: Kinder und Jugendliche in ihrer Entwicklung zu selbstständigen und sozial verantwortlichen Personen gefördert und in ihrer sozialen, kulturellen und politischen Integration unterstützt werden“.

172 Gemäß Artikel 22*bis* der belgischen Verfassung hat jedes Kind ein Recht, von den Maßnahmen und Einrichtungen, die ihre/seine Entwicklung fördern, zu profitieren.

173 Siehe auch Artikel 36(1) der armenischen Verfassung, in dem festgelegt ist, dass Eltern „das Recht und die Pflicht haben, für die Erziehung, Ausbildung, Gesundheit und umfassende und harmonische Entwicklung ihrer Kinder zu sorgen“.

174 Verfassung der Schweiz, Artikel 11.

175 Venice Commission Report, Abs. 101. Siehe bspw. Artikel 22*bis* der belgischen Verfassung bzw. Artikel 104 der norwegischen Verfassung.

176 Österreichisches Bundesverfassungsgesetz über die Rechte der Kinder, Artikel 4. Siehe auch Artikel 14(5) der österreichischen Bundesverfassung.

VI. Kinderrechte in der nationalen Rechtsprechung

Die direkte Anwendung der KRK und die Erklärung ihrer Vorrangstellung gegenüber nationalen Gesetzen fällt in den Zuständigkeitsbereich der Gerichte.¹⁷⁷ In der Praxis scheinen die Gerichte nur bedingt fähig oder willens, der KRK als Ganzes eine direkte Wirkung einzuräumen. Die Vorgehensweise ist außerdem unter den Mitgliedstaaten und bisweilen auch innerhalb der Länder nicht immer einheitlich. Trotz der Unterschiede in der Justizialität von Kinderrechten liefert eine rechtliche Verankerung dennoch größere Möglichkeiten, Kinderrechte in Gerichtsverfahren anzuwenden. Die folgende Erörterung, die keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, untersucht die Stellung der KRK in den innerstaatlichen Gerichten sowie die gerichtliche Behandlung der allgemeinen Grundsätze der KRK und relevanter, verfassungsrechtlich verankerter Rechte in Bezug auf Kinder.

In Norwegen, und wie zuvor erwähnt, ist der Status der KRK eindeutig geregelt. Sie wurde in die norwegische Gesetzgebung durch das Gesetz über Menschenrechte eingebunden.¹⁷⁸ Der KRK wurde eine Vorrangstellung gegenüber anderen Gesetzen eingeräumt, wodurch die darin enthaltenen Rechte in norwegischen Gerichten eine direkte Anwendbarkeit erhalten.¹⁷⁹ Dies wird außerdem durch die Verankerung von zwei der vier allgemeinen Grundsätze der KRK in der Verfassung bekräftigt. Wie von Arnfinn Bårdsen, Richter am Obersten Gerichtshof, bemerkt, lassen die Gerichte in den letzten Jahren vermehrt Verfahren zu, die die Auslegung und Anwendung der KRK in unterschiedlichsten Bereichen betreffen, wobei der Grundsatz des Kindeswohls bei der Hälfte der Fälle Gegenstand des Verfahrens darstellt.¹⁸⁰ Seit der Verabschiedung der Verfassungsänderungen hat der Oberste Gerichtshof seine Bereitschaft deutlich gemacht, das vorherige Fallrecht vor dem Hintergrund von Artikel 104 zu prüfen, oft unter Berücksichtigung des Kindeswohls.¹⁸¹ Hierbei hat der Oberste Gerichtshof ausdrücklich auf die Allgemeinen Bemerkungen („General Comments“) des UN-Ausschusses als Auslegungsleitfaden bei der Umsetzung von Kinderrechten verwiesen.¹⁸²

Andererseits hat die Vorgehensweise von Mitgliedstaaten, nach und nach einzelne Artikel aufzunehmen, dazu geführt, dass die Durchsetzbarkeit von Kinderrechten in nationalen Gerichten fragmentiert und nicht selten unsicher ist. Die französischen Gerichte haben die direkte Wirksamkeit verschiedener Bestimmungen der KRK bestätigt (d. h. Artikel 2,¹⁸³

177 Hierbei ist anzumerken, dass nur Deutschland eine Erklärung abgegeben hatte, dass die KRK in den nationalen Gerichten nicht direkt anwendbar sei. Diese Einschränkung wurde später wieder zurückgezogen.

178 Siehe HR-2015-00206-A, Rechtssache Nr. 2014/1583, Abs. 57, 64.

179 Dr. juris Arnfinn Bårdsen, Richter am Obersten Gerichtshof von Norwegen, „Children’s Rights in Norwegian Courts Seminar on Children’s Rights“ (Kathmandu: Juni 2015), verfügbar unter <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/childrens-rights-in-norwegian-courts---kathmandu-250615.pdf> (letzter Zugriff am 24. Januar 2019), Abs. 10.

180 *Ibid.*, Abs. 15–16.

181 Vgl. HR-2017-2015-A, Rechtssache Nr. 2017/614, Abs. 49–50.

182 Obschon unterschiedliche Ansichten zur Rolle der „General Comments“ des KRK-Ausschusses im norwegischen Recht vorliegen, spielen die „General Comments“ dennoch eine wesentliche Rolle bei der Auslegung der Konvention durch die Gerichte (ausführliche Erörterung: siehe Søvig, K.H. (2019)). Siehe auch Dr. juris Arnfinn Bårdsen, Richter am Obersten Gerichtshof, „The Norwegian Supreme Court as the Guardian of Constitutional Rights and Freedoms“, „Norway in Europe“, Centre for European Law, Oslo 18. September 2017, verfügbar unter <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/supreme-court---constitutional-rights---bardsen18092017.pdf> (letzter Zugriff am 24. Januar 2019), Abs. 24.

183 CE Nr. 359223, 2014, Abs. 7; CE Nr. 262670 (2004); CE Nr. 320321 (2011) (ebenfalls mit dem Ergebnis, dass Artikel 3(2), 3(3), 5, 19, 20 und 27 keine direkte Wirkung entfalten); CE Nr. 323758 (2010).

3(1),¹⁸⁴ 3(2),¹⁸⁵ 3(3),¹⁸⁶ 4,¹⁸⁷ 5,¹⁸⁸ 6,¹⁸⁹ 8,¹⁹⁰ 11,¹⁹¹ 24(1),¹⁹² 26(1),¹⁹³ 27(1)).¹⁹⁴ Gleichzeitig sind andere Artikel nicht anwendbar (Artikel 1, 3, 7, 8, 9, 10, 12(2), 13, 16, 20 sowie 21, 32). In manchen Fällen haben die Gerichte unterschiedliche Urteile gefällt.¹⁹⁵ Ein einheitlicher Ansatz ist nicht erkennbar und in den Entscheidungen wird häufig nur unzureichend begründet, weshalb bestimmte Bestimmungen gültig sind und andere nicht. Zugleich zeigt die richterliche Praxis in den französischen Gerichten eine zögerliche Haltung hinsichtlich der Feststellung einer Unvereinbarkeit der Gesetze mit der KRK.¹⁹⁶ Von den französischen Gerichten wird die KRK auch nur selten als Auslegungsinstrument herangezogen. Laut Couzens haben sich die französischen Gerichte abgesehen vom Kindeswohlgrundsatz, wie nachstehend näher erläutert wird, kontroversen Themen nicht in einer kindorientierten Weise angenommen.¹⁹⁷ Couzens postuliert, dass diese Schwäche auf den der Verfassung untergeordneten Status der KRK zurückzuführen ist, und verweist auf die Notwendigkeit zur Prüfung, wie die KRK in die Rechtsprechung aufgenommen und die Anwendung der KRK als Auslegungsinstrument gefördert werden kann.¹⁹⁸

Während die KRK in den niederländischen Gerichten zunehmend Anwendung findet, bestehen gleichermaßen uneinheitliche Auffassungen über die direkte Wirksamkeit verschiedener Bestimmungen, was zu Rechtsunsicherheit hinsichtlich der direkten Wirkung nahezu aller Bestimmungen der KRK führt.¹⁹⁹ Nur für Artikel 2(1) wurde die direkte Wirksamkeit ausdrücklich bestätigt. Laut Limbeek und Bruning muss die KRK in Verbindung mit anderen Staatsvertragsrechten geltend gemacht werden, damit sie erfolgreich vor niederländischen Gerichten durchgesetzt werden kann.²⁰⁰ Gleichwohl ist die KRK als Auslegungsinstrument herangezogen worden und hat „die Gerichte und Richter in unterschiedlicher Weise beeinflusst“.²⁰¹

Wie von Kilkelly angemerkt, „zeigt die Forschung in Belgien, wo die KRK mit der Ratifizierung eine rechtsverbindliche Stellung eingenommen hat, dass die Konvention in den Gerichtsverfahren häufig geltend gemacht wird, und der Rechtsrahmen gilt als weitestge-

184 Teile der Rechtsprechung werden nachstehend im Hinblick auf Artikel 3(1) hinsichtlich des Kindeswohls erörtert.

185 CE Nr. 291561 (2008); CE Nr. 293785 (2008).

186 CE Nr. 293785 (2008); CE Nr. 320321 (2011).

187 CE Nr. 176205 (1997).

188 CE Nr. 320321 (2011).

189 CE Nr. 170098 (1997).

190 CE Nr. 173470 (1997) (mit dem Ergebnis, dass Artikel 2, 4, 8, 9, 10 und 28 zwischenstaatliche Verpflichtungen schaffen); CE Nr. 155096 (1998); CE Nr. 364895 (2013).

191 Der Conseil d'État entschied, dass Artikel 7, 10 und 11 nicht für die Ausweisung eines Antragstellers gilt, der mit einer französischen Staatsbürgerin, der Mutter seines Kindes, verheiratet war (CE Nr. 150167, 1996).

192 CE Nr. 163043 (1997) (*Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI)*). Siehe auch CE Nr. 204784 (2000); CE Nr. 253365 (2004) (Artikel 24); CE Nr. 320321 (2011) (Artikel 27).

193 *Ibid.* Siehe auch CE Nr. 204784 (2000); CE Nr. 253365 (2004); CE Nr. 320321 (2011).

194 CE Nr. 163043 (1997). Siehe auch CE Nr. 204784 (2000); CE Nr. 253365 (2004); CE Nr. 320321 (2011).

195 CE Nr. 170098 (1997); CE Nr. 220588 (2002).

196 Hierbei ist anzumerken, dass die französischen Gerichte zwar nationale Normen außer Kraft setzen können, die nicht mit der KRK vereinbar sind, diese jedoch nicht als ungültig erklären können. Der Conseil d'État hat in nur zwei Fällen eine Unvereinbarkeit eines nationalen Gesetzes mit der KRK festgestellt.

197 Couzens, M., „France“, Ton Liefwaard und Jaap Doek (Hrsg.), „Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence“ (Springer, 2015), S. 123–138.

198 *Ibid.*, S. 137.

199 Siehe Limbeek, M. und Bruning, M. „The Netherlands: Two Decades in Dutch Case Law“ in Liefwaard und Jaap Doek (Hrsg.), „Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence“ (Springer, 2015), S. 95.

200 *Ibid.*, S. 96–97.

201 *Ibid.*, S. 103.

hend konform mit der Konvention“.²⁰² Die belgischen Gerichte verfolgen einen gemischten Ansatz und bestreiten die direkte Wirksamkeit mancher Bestimmungen, während diese bei anderen anerkannt wird. Das Konzept der direkten Wirksamkeit wird von verschiedenen Gerichten in Belgien ebenfalls unterschiedlich behandelt. Wie von Vandenhole festgestellt, hat sich der Verfassungsgerichtshof, der „losgelöst von der Doktrin der direkten Wirksamkeit ist, besonders aktiv und umfangreich mit den KRK-Bestimmungen befasst“.²⁰³ Sowohl im Kontext der Niederlande als auch in Belgien kann beobachtet werden, dass die KRK als Auslegungsinstrument genutzt wird und um Lücken in der nationalen Gesetzgebung zu schließen. Laut Vandenhole wurde das volle Potenzial der KRK und der „General Comments“ des UN-Ausschusses von den belgischen Gerichten noch nicht vollständig ausgeschöpft.

Demgegenüber ist die direkte Anwendung der KRK seitens der rumänischen Gerichte, im Gegensatz zu anderen monistischen Ländern, unbestritten.²⁰⁴ In den Gerichten hat dies jedoch zu keinem auf Kinderrechten basierenden Ansatz geführt. Obwohl der verfassungsrechtliche Rahmen der KRK zwar eine der Gesetzgebung übergeordnete Stellung verleiht, hat sie die Rechtsprechung nicht wesentlich beeinflusst.²⁰⁵ Die rumänischen Gerichte beurteilen die Kinderrechte oftmals im Zusammenhang mit anderen Gesetzen und Konventionen, wie der Europäischen Menschenrechtskonvention, während sie der unabhängigen Normativität der KRK-Regelung bzw. des KRK-Urteils wenig bis gar keine Beachtung schenken.²⁰⁶ Des Weiteren wird von den rumänischen Gerichten häufig bereitwillig angenommen, dass die nationalen Gesetze der KRK entsprechen.²⁰⁷ Autoren wie Couzens haben Bedenken hinsichtlich der mangelnden systematischen Anwendung der KRK seitens der rumänischen Gerichte geäußert. Dies verdeutlicht, dass ein verfassungsrechtlicher Rahmen, der die KRK in die nationale Rechtsordnung einbindet, möglicherweise nicht ausreicht, um eine effektive Anwendung der KRK seitens der nationalen Gerichte zu gewährleisten.

Im Gegensatz dazu wurde in Irland von den Gerichten erklärt, dass der KRK in der nationalen Rechtsordnung keine Wirksamkeit zuteil wird. Im Fall *Kavanagh* gegen den Leiter des Mountjoy-Gefängnisses hat der Oberste Gerichtshof auf Artikel 29.6 verwiesen. Das Gericht entschied, dass die irische Verfassung „eine unmissverständliche Unterscheidung zwischen nationalen Gesetzen und dem Völkerrecht herstellt“ und dass die Regierung, wenn sie beabsichtigt, den Bedingungen eines internationalen Abkommens die Rechtskraft nationaler Gesetze zu gewähren, „die Oireachtas bitten [müsste], die erforderlichen Gesetze zu erlassen“.²⁰⁸ Somit können sich Träger von Rechten – Kinder eingeschlossen – in Irland vor Gericht nicht direkt auf das Völkerrecht berufen. Dies wurde im Fall *Olaniran & weitere gegen den Minister für Justiz, Gleichberechtigung und Justizreform*²⁰⁹ bestätigt, in dem J. Clarke erklärte, dass die Ratifizierung der KRK vor irischen Gerichten keine Bestandskraft hat. Er äußerte sich wie folgt:

202 Kilkelly, U., „The UN convention on the rights of the child: incremental and transformative approaches to legal implementation“, (2019) *International Journal of Human Rights*, DOI: 10.1080/13642987.2018.1558974 S. 5.

203 Vandenhole, W., *The Convention on the Rights of the Child in Belgian Case Law*, in Ton Liefwaard und Jaap Doek (Hrsg.), „Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence“ (Springer, 2015), S. 120.

204 Die direkte Wirksamkeit der KRK hat zu keiner einheitlichen und bedeutsamen Anwendung geführt. Obwohl die KRK direkt wirksam ist, werden nationale Gesetze bei einer Unvereinbarkeit mit der KRK von den Richtern nur zögerlich außer Kraft gesetzt.

205 Siehe bspw. Couzens, M., „Romanian Courts and the UN Convention on the Rights of the Child: A Case Study“, *The International Journal of Children’s Rights*, Band 2, Ausgabe 4 (2016),

206 *Ibid.*

207 *Ibid.*

208 *Kavanagh gegen den Leiter des Mountjoy-Gefängnisses*, (2002) 3 IR 97.

209 (2010) IEHC 83.

„Mit Irlands Unterzeichnung der KRK werden Einzelpersonen keine Rechte eingeräumt, sich vor inländischen Gerichten auf deren Bestimmungen zu berufen. Ebenfalls entsteht dadurch für den irischen Staat keinerlei Verpflichtung, die Einhaltung in anderen Ländern zu überwachen, die ebenfalls Unterzeichner dieser Konvention sind.“

Wie von O'Mahony angemerkt, „zeigen sich die irischen Gerichte ausgesprochen zurückhaltend bei der kreativen verfassungsrechtlichen Auslegung und richterlichen Legitimation impliziter Rechte“ („unenumerated rights“).²¹⁰ Damit soll nicht angedeutet werden, dass die irischen Gerichte implizite Rechte nicht auch vor den jüngsten Verfassungsänderungen beachtet haben,²¹¹ die Kinderrechte wurden jedoch, wie angeführt wird, häufig in den Rechten der Familie zusammengefasst.²¹²

Seit der Verfassungsänderung haben die Gerichte begonnen, Artikel 42 in unterschiedlichsten Fällen auszulegen und anzuwenden, von denen die meisten die Themen Familie, Adoption, Vormundschaftsanordnungen und ähnliche Verfahren betreffen.²¹³ Durch den irischen Obersten Gerichtshof erfolgte jüngst ebenfalls eine Auslegung von Artikel 42A.1 der Verfassung, der vorsieht, dass „der Staat die natürlichen und unveräußerlichen Rechte aller Kinder bestätigt und anerkennt und, soweit praktisch durchführbar, diese Rechte durch seine Gesetze zu schützen und zu verteidigen hat“.²¹⁴ In seinem Urteil von 2018 im Fall M. (Einwanderung – Rechte ungeborener Kinder) gegen den Minister für Justiz und Gleichberechtigung und weitere²¹⁵ hat der Oberste Gerichtshof die Entscheidung eines erstinstanzlichen Richters revidiert, der zu dem Schluss kam, dass die Formulierung „aller Kinder“ in Artikel 42A.1 großzügig auszulegen sei und „auch Kinder vor der Geburt umfassen sollte“.²¹⁶ Dadurch wies er die Auffassung zurück, dass ungeborene Kinder Verfassungsrechte haben, die über die in Artikel 40 hinausgehen.²¹⁷ Die vollständige Wirkung der Novellierungen Irlands wird sich jedoch erst mit der Rechtsprechung in den kommenden Jahren zeigen. Es ist jedoch zu hoffen, dass die neue Änderung die Weiterentwicklung der Rechte antreiben wird.²¹⁸

210 O'Mahony, C. (2019), s. FN 14 oben, S. 14.

211 Siehe bspw. *D. G. gegen den Eastern Health Board*, [1997] 3 IR 511; *G. gegen An Bord Uchtála*, [1980] 1 IR 3, S. 55–56. Siehe auch Alan, D. P. Brady, „Children's Constitutional Rights: Past, Present and Yet to Come“ (6. Dezember 2018) verfügbar unter https://www.childrensrights.ie/sites/default/files/submissions_reports/files/Alan%20DP%20Brady%20-%20Childrens%20Constitutional%20Rights%20-%206%20Dec%202018.pdf (letzter Zugriff am 24. Januar 2018). Brady führt an, dass Kindern durch das Fallrecht vor der Änderung bereits implizite Rechte auf Schutz ihres Wohlergehens eingeräumt worden sind (*ibid.*, Abs. 12).

212 Siehe *N. gegen Health Service Executive*, [2006] 4 IR 374; Kilkelly, U. und O'Mahony, C. (2007), FN 40.

213 Beispielsweise haben irische Gerichte gemäß Artikel 42 das Recht von Kindern auf Fürsorge durch die Eltern, unabhängig vom Familienstand, anerkannt; unter Anmerkung des Vorrangs des Kindeswohlgrundsatzes (*P. H. gegen die Kinder- und Familienagentur* [2016] IEHC 106; *Chigaru gegen den Minister für Justiz*, [2015] IECA 167). Das oberste Zivil- und Strafgericht hat in derselben Weise entschieden, jedoch allgemeiner auf dieses Recht Bezug genommen, ohne auf die Verfassung zu verweisen (*SMcG gegen die Kinder- und Familienbehörde*, [2016] 1 ILRM 106, Abs. 41).

214 Irische Verfassung, Artikel 42A(1).

215 (2018) IESC 14.

216 (2018) IESC 14, Abs. 13.3(viii).

217 Artikel 40.3.3 legt fest, dass: „[d]er Staat das Recht auf Leben des ungeborenen Kindes anerkennt und unter Berücksichtigung des gleichen Rechts der Mutter auf Leben dieses Recht in seinen Gesetzen wahrt und, sofern dies praktisch durchführbar ist, durch seine Gesetze verteidigt und bekräftigt“.

218 Brady, A., „Children's Constitutional Rights: Past, Present and Yet to Come“ (6. Dezember 2018) verfügbar unter https://www.childrensrights.ie/sites/default/files/submissions_reports/files/Alan%20DP%20Brady%20-%20Childrens%20Constitutional%20Rights%20-%206%20Dec%202018.pdf (letzter Zugriff am 24. Januar 2018), Abs. 13.

1. Allgemeine Grundsätze

Die vier allgemeinen Grundsätze wurden von verschiedenen Gerichten im CoE in unterschiedlicher Weise aufgegriffen. Dem Prinzip des Kindeswohls wurde jedoch die meiste Aufmerksamkeit zuteil.

a) Diskriminierungsverbot

In Belgien enthält die Verfassung drei der vier allgemeinen Grundsätze der KRK.²¹⁹ So wurde die belgische Verfassung geändert, um das Diskriminierungsverbot einzubinden, und der Gesetzesrahmen legt einen deutlichen Schwerpunkt auf den Grundsatz der Nicht-Diskriminierung, wobei den Rechten von Kindern und Erwachsenen mit Behinderung „in der nationalen und regionalen Gesetzgebung gebührend Rechnung getragen wird“.²²⁰

In Frankreich liegt eine ähnliche Situation vor und die direkte Wirkung von Artikel 2 der KRK wird von den französischen Gerichten abgelehnt. In einem Fall hat das Gericht dessen Anwendbarkeit mit der Begründung abgelehnt, dass Artikel 2 lediglich eine zwischenstaatliche Verpflichtung schafft.²²¹ In anderen Fällen wurde die direkte Wirksamkeit des Artikels ebenfalls, jedoch aus anderen Gründen, zurückgewiesen.²²² Die niederländischen Gerichte haben Artikel 2 der KRK uneinheitlich aufgegriffen. In manchen Fällen wird die Anwendung zugelassen, in anderen wiederum nicht.²²³

b) Wohl des Kindes

In der belgischen Verfassung ist festgelegt, dass das Kindeswohl in allen das Kind berührenden Entscheidungen vorrangig zu berücksichtigen ist. Die verfassungsmäßige Verankerung dieses Rechts hat in verschiedenen Bereichen, die Kinder betreffen, Auswirkungen auf die Gesetzgebung, u. a. bei der Adoption, bei einer Trennung der Eltern und im Fall unbegleiteter Minderjähriger. Nicht alle Gesetze enthalten diesen Grundsatz, obwohl bisweilen direkte Auswirkungen auf die Rechte von Kindern vorliegen (siehe z. B. Gesetz zum Schutz der Jugend). Die regionale Gesetzgebung ist hier ebenfalls uneinheitlich, wobei ausdrückliche Rechte in manchen Gesetzen durch gewichtige Schutzmechanismen verankert werden. In der flämischen Gesetzgebung zu Sozialfürsorgeleistungen ist beispielsweise festgelegt, dass „das Wohl des Kindes im Dialog mit dem/der Minderjährigen selbst ermittelt wird. Die Ansichten des/der Minderjährigen werden entsprechend seinem/ihrer Alter und seinem/ihrer Reife angemessen geprüft.“²²⁴ Das hat zur Folge, dass der verfassungsgemäß verankerte Grundsatz, dass das Kindeswohl in allen das Kind betreffenden Entscheidungen vorrangig zu berücksichtigen ist, von den Gerichten nur bruchstückhaft umgesetzt und von unterschiedlichen Gerichtsorganen in Belgien sehr unterschiedlich behandelt wird.²²⁵ Während einige Richter entschieden, dass Artikel 3(1) eine direkte Wirkung entfaltet, befanden andere wiederum, dass dies nicht der Fall ist oder der Artikel nur dann direkt wirksam wird, wenn die Geltendmachung im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen erfolgt.²²⁶ Der Kassationshof (Cour de Cassation) hat die direkte Wirksamkeit

219 Siehe Artikel 22*bis*.

220 Europäisches Parlament, „Country Report on Belgium for the Study on Member States' Policies for Children with Disabilities“ (2013), verfügbar unter http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/libe/dv/25_becountryreport_/25_becountryreport_en.pdf.

221 CE Nr. 262670 (2004).

222 Siehe bspw. CE Nr. 359223 (2014), Abs. 7; CE Nr. 320321 (2011).

223 Limbeek, M. und Bruning, M. (2015), s. FN 189 oben, S. 95.

224 Siehe Artikel 5 des flämischen Dekrets vom 7. Mai 2004 zur Stellung von Minderjährigen im Zusammenhang mit der integrierten Jugendfürsorge.

225 Siehe Vandenhole, W. (2015), FN 192 oben, S. 118.

226 *Ibid.*, S. 110–111.

beispielsweise zurückgewiesen,²²⁷ während das Verfassungsgericht auf Artikel 3(1) der KRK verwies, um die Notwendigkeit der Berücksichtigung des Kindeswohlgrundsatzes durch die Gerichtsorgane zu untermauern. Das Gericht führte an, dass „eine gesetzliche Regelung, nach der ein Richter dem Wohl des Kindes nur am Rande Beachtung schenken kann und es nur berücksichtigen muss, wenn es gravierend beeinträchtigt wurde,“ gegen Artikel 22bis der belgischen Verfassung und Artikel 3(1) der KRK verstößt.²²⁸

Die französischen Gerichte haben Artikel 3 der KRK eine direkte Wirkung eingeräumt. In seinen abschließenden Bemerkungen zum fünften periodischen Staatenbericht Frankreichs hat der UN-Ausschuss lobend festgestellt, dass der Kindeswohlgrundsatz zum verfassungsmäßigen Grundsatz erhoben wurde und das Kassationsgericht (Cour de Cassation) und der Staatsrat (Conseil d'État) diesbezüglich eine gemeinsame Position angenommen haben.²²⁹ Im Fall Cinar²³⁰ hat der Staatsrat die direkte Wirksamkeit von Artikel 3(1) der KRK anerkannt und eine Behördenentscheidung revidiert, indem die nationale Gesetzgebung zugunsten der direkten Anwendung von Artikel 3(1) der KRK außer Kraft gesetzt wurde.²³¹ Der Conseil d'État ist hinsichtlich der Anwendung von Artikel 3(1) in Kinder unmittelbar betreffenden Angelegenheiten zurückhaltender. So wurde die Geltendmachung von Artikel 3(1) beispielsweise bei der Strafzumessung von Eltern²³² oder gegen die Konfiszierung der Wohnung einer Familie eines Beschuldigten, der wegen Drogenhandels verurteilt worden war, abgelehnt.²³³ Der UN-Ausschuss hat jedoch angemahnt, dass das Recht in Frankreich zwar auf Gesetzesebene, allerdings noch nicht ausreichend in die Praxis aufgenommen wurde.²³⁴

Irland hat das Kindeswohlprinzip zwar mit seiner Novellierung verfassungsrechtlich verankert, es ist jedoch zu beachten, dass keine verfassungsrechtliche Verpflichtung eingerichtet wurde, dieses Prinzip als vorrangigen Gesichtspunkt in Kinder betreffenden Gerichtsverfahren zu berücksichtigen.²³⁵ Stattdessen wurde zur Vorgabe bemacht, entsprechende Gesetze zu erlassen, die eine vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls in Gerichtsverfahren, die Kinder betreffen, vorschreiben.²³⁶ Hierzu bemerkt O'Mahony, dass das „Wohlergehen“ des Kindes bereits vor der Verfassungsänderung Bestandteil der Gesetzgebung war, und dass durch die Gerichte eine äußerst hohe Hemmschwelle eingerichtet wurde, die verfassungsrechtliche Vermutung angesichts Artikel 41 zu widerlegen,²³⁷ dass das Wohl des Kindes innerhalb der Familie zu finden ist, „sodass Eltern berechtigt waren,

227 Vandenhole argumentiert, dass die Tatsache, dass das Gericht in seiner Begründung auf Artikel 3 der KRK verweist, „auf eine implizite Anerkennung seiner direkten Wirksamkeit schließen lässt“ (*Ibid.*, S. 111).

228 Siehe *Ibid.*, S. 118, Zitat des Verfassungsgerichts, 7. März 2013, Nr. 30/2013, B.10–B11.

229 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Concluding observations on the fifth periodic report of France*, UN-Dok. CRC/C/FRA/CO/5 (23. Februar 2016).

230 CE Nr. 161364 (1997) (allgemein bekannt als der „Fall Cinar“).

231 Reydellet, M., „La convention des droits de l'enfant n'est pas un traité ‚hors-jeu‘“, (Conseil d'État, 22. September 1997).

232 Siehe z. B. Strafsache Nr. 09-83032 (2010).

233 Siehe z. B. Strafsache Nr. 10-87811 (2011); Strafsache Nr. 09-81239 (2009); Strafsache Nr. 09-81710 (2009).

234 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Concluding observations on the fifth periodic report of France*, UN-Dok. CRC/C/FRA/CO/5 (23. Februar 2016).

235 Siehe O'Mahony, C. (2019), FN 14 oben, S. 14. In seiner Erörterung der Verfassungsänderungen führt er an: „Was übrig bleibt, ist eine eingeschränkte Formulierung des Kindeswohlgrundsatzes, der nur für Verfahren im privaten Familienrecht und im Bereich des Kindesschutzes im öffentlichen Recht gilt, wie bereits im Gesetz über die Vormundschaft von Kindern von 1964, dem Gesetz über die Kindesfürsorge von 1991 und dem Adoptionsgesetz von 2010 festgelegt“ (*Ibid.*, S. 16).

236 *Ibid.*

237 Artikel 41 der Verfassung von Irland legt Folgendes fest: „1. 1. Der Staat erkennt die Familie als die natürliche und ursprüngliche Grundeinheit der Gesellschaft und als eine moralische Einrichtung mit unveräußerlichen und unverjährenen Rechten vor und über allen positiven Gesetzen an. 2. Der Staat garantiert daher in seiner Verfassung und durch seine Handlungsgewalt den Schutz der Familie als die notwendige Grundlage der sozialen Ordnung und als unentbehrlich für das Wohl von Volk und Staat“.

Entscheidungen zu treffen, die bei objektiver Betrachtung dem Kindeswohl nicht zuträglich waren“.²³⁸ Da Artikel 41 nicht geändert worden war, unterliegen alle Gesetze dieser Hemmschwelle.²³⁹ Die Auswirkungen der Eingliederung des Kindeswohlgrundsatzes in Irland, so O'Mahony, ändern wahrscheinlich nicht viel. Das Beispiel Irlands macht deutlich, wie wichtig es ist, den Kindeswohlgrundsatz als eigenständiges verfassungsrechtliches Prinzip einzubinden und dem Kindeswohl bei Widersprüchen mit anderen Gesetzen Vorrang einzuräumen. Wie zuvor erläutert, wurde im Zuge der Novellierung der norwegischen Verfassung auch der Kindeswohlgrundsatz in §104 aufgenommen. Im Gegensatz zur Situation in Irland bezogen sich kurz nach der Verfassungsänderung über die Hälfte der Fälle vor dem Obersten Gerichtshof im Zusammenhang mit der KRK auf Artikel 3(1) und Artikel 104.²⁴⁰ Der Oberste Gerichtshof Norwegens hat das Kindeswohlprinzip in §104, der Artikel 3(1) der KRK nachempfunden ist, als „Eckpfeiler“ des rechtlichen Schutzes von Kindern beschrieben. In aktuellen Urteilen des norwegischen Obersten Gerichtshofs wird auf §104 der Verfassung und Artikel 3 der KRK verwiesen und betont, dass der Grundsatz des Kindeswohls bei seiner Beurteilung von Fällen, die Kinder betreffen, im Mittelpunkt steht.²⁴¹

Mit Verweis auf Artikel 3 der KRK und §104 der Verfassung urteilte der Oberste Gerichtshof 2018, dass die Entscheidung, in Ausnahmefällen das Recht auf Adoption entgegen dem Willen der Eltern zu gewähren, „durch eine vorrangige Notwendigkeit hinsichtlich des Wohls des Kindes“ motiviert sein muss.²⁴² Der Oberste Gerichtshof hat das Recht auch in Bezug auf Ausweisungsanordnungen aufgegriffen und dabei auf den Grundsatz des Kindeswohls gemäß nationaler Gesetzgebung und der KRK verwiesen. Im Fall Maria²⁴³ wurde vom Obersten Gerichtshof die Ausweisungsanordnung gegenüber einer alleinerziehenden kenianischen Mutter geprüft, die ihren Asylantrag gefälscht hatte und sich illegal in Norwegen aufhielt, nachdem ihr Asylersuchen abgewiesen wurde. Der Oberste Gerichtshof berücksichtigte hier das Wohl des Kindes und bezog sich insbesondere auf die „General Comments“ des UN-Ausschusses als Richtlinie für seine Auslegung. Das Gericht kam zu dem Schluss, dass der Mutter zugunsten des Wohls der Tochter gestattet werden muss, in Norwegen zu bleiben.²⁴⁴ Wie vom Gericht bemerkt, „könnten die Umstände, auf die sich die Ausweisungsanordnung stützte, d. h. der illegale Aufenthalt im Hoheitsgebiet sowie die Angabe einer falschen Identität in ihrem Asylantrag, diese Faktoren nicht überwiegen“.

Der norwegische Oberste Gerichtshof prüfte ebenfalls die Auslieferung eines Mannes nach Ruanda, der schwerwiegender Straftaten beschuldigt wurde, u. a. Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Dabei berücksichtigte er u. a. das Wohl seiner Kin-

238 *Ibid.*, S. 9, 15–16, Bezug auf den Fall *North Western Health Board gegen H. W.* (der „PKU-Fall“), [2001] 3 I.R. 635.

239 *Ibid.*, S. 16, Zitat zum Fall *Health Services Executive gegen B.* [2016] 2 IR 350.

240 Dr. juris Arnfinn Bårdsen, Richter am Obersten Gerichtshof von Norwegen, „Children's Rights in Norwegian Courts Seminar on Children's Rights“ (Kathmandu: Juni 2015), verfügbar unter <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/childrens-rights-in-norwegian-courts---kathmandu-250615.pdf> (letzter Zugriff am 24. Januar 2019).

241 *A. gegen die Staatsanwaltschaft*, HR-2015-00289-A, Urteil und Anordnung des Obersten Gerichtshofs, Rechtssache Nr. 2014/1787 (6. Februar 2015) (der „Ruanda-Fall“), verfügbar unter <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/rwanda-kjennelsen-hr-2015-00289.pdf> (letzter Zugriff am 24. Januar 2019), Abs. 20.

242 *Fall A. und B. gegen die Gemeinde X, Urteil des Obersten Gerichtshofs*, HR-2018-1720-A Rechtssache Nr. 2018/77, verfügbar unter <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/hr-2018-1720-a.pdf> (letzter Zugriff am 24. Januar 2019), Abs. 59.

243 *Fall A., B., SELF (NebenIntervenant) gegen den Staat vertr. durch den Immigration Appeals Board*, Urteil und Anordnung des Obersten Gerichtshofs vom 29. Januar 2015, HR-2015-206-A, Rechtssache Nr. 2014/1583, verfügbar unter <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/saknr-2014-1583-engelsk.docx.pdf> (letzter Zugriff am 24. Januar 2019).

244 Das Gericht erkannte an, dass es sich bei der Mutter um die einzige Betreuerin des Kindes handelt, dass das Kind norwegischer Staatsbürger ist, mit den Rechten, die dieser Status beinhaltet, und dass die Versorgungslage des Kindes erschwert wäre, wenn die Mutter nach Kenia ausgewiesen würde.

der (norwegische Staatsbürger).²⁴⁵ Da die Entscheidung, ein Elternteil des Kindes auszuliefern, Auswirkungen auf das Kind hat, befand der Oberste Gerichtshof, dass der Kindeswohlgrundsatz „ein wesentlicher Gesichtspunkt sein muss, [der] unabhängig davon zu gelten hat, ob das Kind formell am Verfahren beteiligt ist“. Der Oberste Gerichtshof führte an, dass „kein Zweifel daran besteht, dass das Kindeswohl für sich allein genommen anzeigt, dass der Beschuldigte nicht ausgeliefert werden sollte“.²⁴⁶ Er legte dar, dass die strafrechtliche Verfolgung des Mannes in Norwegen für die Kinder weniger belastend wäre als eine Auslieferung ihres Vaters an Ruanda, und merkte an, dass die Kinder als Konsequenz keinen „bedeutsamen Kontakt mehr mit ihrem Vater“ aufrechterhalten könnten oder das Familienleben wieder aufnehmen könnten.²⁴⁷ Hinsichtlich der Abwägung des Wohls der Kinder gegenüber der Anschuldigung einer schweren Straftat, äußerte sich Richter Matheson wie folgt:

„Meiner Auffassung nach ist es, wie bereits erwähnt, entscheidend, dass wir es hier mit der Beschuldigung einer seltenen schwerwiegenden Straftat zu tun haben. Angesichts dessen und weiterer Umstände, die eine Auslieferung rechtfertigen, kann ich keine Gründe dafür erkennen, dem Kindeswohl absoluten Vorrang einzuräumen. Meines Erachtens erfordern die Interessen der internationalen justiziellen Zusammenarbeit und eine angemessene Anhörung der schwerwiegenden Anklage, dass die Beschuldigung des Völkermords einem Gericht in dem Land vorgelegt wird, in dem die Straftat begangen wurde und dem der Beschuldigte entflohen ist. Die individuelle Belastung, die eine Auslieferungsentscheidung für die Kinder von A. bedeuten würde, kann daher die Gründe nicht überwiegen, die die Auslieferung des Beschuldigten ohne Zweifel stützen.“²⁴⁸

Das Gericht verfolgte also einen Ansatz, der sich erheblich an der Art der Delikte orientierte.²⁴⁹ Diese Fälle signalisieren allerdings, dass der norwegische Oberste Gerichtshof bereit ist, das Wohl von Kindern, die nicht am Verfahren beteiligt sind, zu berücksichtigen. Vor der Verfassungsänderung im Jahr 2014 hat der Oberste Gerichtshof ebenfalls die Anwendbarkeit des Kindeswohlgrundsatzes in Erwägung gezogen. In einem Fall gab der Oberste Gerichtshof der Beurteilung des Kindeswohls statt, die im Rahmen von Überlegungen hinsichtlich Einwanderungsbestimmungen durchgeführt wurde.²⁵⁰ In einem weiteren Fall befand das Gericht, dass Überlegungen hinsichtlich der Einwanderung das Kindeswohl wahren und in Bezug auf weitere rechtliche Bestimmungen mehr Gewicht haben.²⁵¹ In einer weiteren Einwanderungssache entschied der Oberste Gerichtshof, dass aufgrund der Tatsache, dass in der KRK keine Verpflichtung seitens des Staates vorgeschrieben wird, wirksame nationale rechtliche Mittel zur Verfügung zu stellen, eine Anordnung nicht gewährt werden kann, die sich auf einen Verstoß gegen Artikel 3(1) der KRK stützt.²⁵² Der Grundsatz wurde jedoch in einem Fall hinsichtlich der Strafzumessung eines jugendlichen Straftäters zugelassen, in dem das Gericht befand, dass das Kindeswohl bei der Festlegung der anzuwendenden Strafmaßnahmen Vorrang hat.

245 Der *Ruanda*-Fall, s. FN 215 oben.

246 *Ibid.*

247 *Ibid.*, Abs. 75.

248 *Ibid.*, Abs. 76.

249 *Ibid.*, Abs. 77.

250 Siehe HR-2013-704-A (Zusammenfassung), Rechtssache Nr. 2012/886, Norwegen: Oberster Gerichtshof, 3. April 2013, verfügbar unter https://www.refworld.org/cases,NOR_SC,58500c604.html (letzter Zugriff am 24. Januar 2019).

251 Fall A, B, C und D gegen die Norwegian Association for Asylum Seekers (NOAS) (*NebenIntervenient*) gegen den Staat, vertreten durch den Immigration Appeals Board (21. Dezember 2012), HR-2012-02398-P, Rechtssache Nr. 2012/688, verfügbar unter <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/decisions-in-english-translation/case-2012-688.pdf> (letzter Zugriff am 24. Januar 2019).

252 Siehe A, B, C und die Norwegian Association for Asylum Seekers (NOAS) (*NebenIntervenient*) gegen den Staat, vertreten durch das Immigration Appeals Board, HR-2012-02399-P, Rechtssache Nr. 2012/1042), Oberster Gerichtshof von Norwegen, verfügbar unter <https://www.domstol.no/en/Enkelt-domstol/-norges-hoyesterett/the-supreme-court-of-norway/> (letzter Zugriff am 24. Januar 2019).

c) Recht auf Leben, Überleben und Entwicklung

Die Staaten sind laut UN-Ausschuss gemäß Artikel 6 verpflichtet, ein Umfeld zu schaffen, das die Menschenwürde achtet und die ganzheitliche Entwicklung jedes Kindes gewährleistet. Die Staaten haben die Pflicht, das Überleben und die gesunde Entwicklung von Kindern sicherzustellen. Dies berührt unweigerlich zahlreiche Aspekte im Leben eines Kindes und seiner Rechte, die im Rahmen dieser Untersuchung jedoch nicht umfassend erörtert werden können. Es sei lediglich, wie Pimberton et al. festgestellt haben, darauf hingewiesen, dass „[d]ie innerstaatlichen Gerichte auf geschickte Weise komplexe Entscheidungen in Fällen des Zivilrechts und politischer Rechte getroffen haben, die Themen Armut, Zugang zu gesundheitlicher Versorgung sowie Nichterfüllung weiterer ökonomischer und sozialer Rechte jedoch tendenziell gemieden haben“.²⁵³ Während manche Gerichte Artikel 6 eine direkte Wirksamkeit bestätigt haben,²⁵⁴ wurde der Artikel gleichzeitig nicht immer explizit erwähnt, sondern häufig in Verbindung mit anderen Rechten oder übergeordneten Prinzipien beurteilt. In einer Entscheidung des norwegischen Obersten Gerichtshofs aus dem Jahr 2017 hinsichtlich der elterlichen Besuchsrechte nach dem Entzug des Kindes ist ein gutes Beispiel für diese Vorgehensweise. Bei der Berücksichtigung des „Kindeswohls“ befand der Oberste Gerichtshof Folgendes:

Einerseits schreibt es vor, dass die familiäre Bindung des Kindes nur „unter absoluten Ausnahmerebedingungen“ durchtrennt werden darf. Andererseits *ist es dem Wohl des Kindes eindeutig zuträglich, dessen Entwicklung in einem soliden Umfeld zu gewährleisten, und ein Elternteil kann nicht gemäß Artikel 8 [der Europäischen Menschenrechtskonvention] Anspruch darauf erheben, dass solche Maßnahmen ergriffen werden, die die Gesundheit und Entwicklung des Kindes beeinträchtigen würden.* Meiner Auffassung nach deutet dieses Zitat auf keine Norm hin, die sich von der unterscheidet, die der Oberste Gerichtshof nun angewendet hat. Diese Norm stimmt meines Erachtens ebenfalls mit §§102, 104 der Verfassung überein (Hervorhebung durch den Zitierenden).²⁵⁵

Im Folgenden verwies das Gericht ebenfalls auf die inländische Gesetzgebung im selben Kontext.²⁵⁶ Dieser Ansatz findet sich in der Praxis der CoE-Mitgliedstaaten, bei der die in Artikel 6 enthaltenen Rechte gewöhnlich nicht ausdrücklich erwähnt werden, nicht die einzige Grundlage für die Entscheidung bilden oder in einer Beurteilung des Kindeswohls neben inländischem Recht oder weiterer Rechtsinstrumente wie der Europäischen Menschenrechtskonvention berücksichtigt werden.²⁵⁷ Deshalb lässt sich die Art und Weise, in der die Rechtsprechung Artikel 6 Rechnung trägt, im Vergleich zu anderen allgemeinen Grundsätzen nicht ohne Weiteres ausmachen.

d) Berücksichtigung des Kindeswillens

Artikel 12, der sich mit der Berücksichtigung des Kindeswillens befasst, ist in den Gerichten weniger umstritten als die anderen allgemeinen Grundsätze.

253 Pimberton, J., et al., „Child Rights and Child Poverty: Can the International Framework of Children’s Rights Be Used to Improve Child Survival Rates?“, (23. Oktober 2007), PLoS Med. Okt. 2007; 4(10): e307 verfügbar unter https://tampub.uta.fi/bitstream/handle/10024/103481/international_perspectives_on_child_responsive_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y (letzter Zugriff am 24. Januar 2019).

254 CE Nr. 170098 (1997) (Frankreich). Siehe auch Entscheidung des CE hinsichtlich der Vermarktungszulassung eines oralen Empfängnisverhütungsmittels (CE Nr. 216521 (2001)).

255 Siehe z. B. HR-2017-2015-A, Rechtssache Nr. 2017/614, Abs. 49.

256 Das Gericht berücksichtigte dieses Recht ebenfalls im Zusammenhang mit dem Kinderwohlfahrtsgesetz, das festlegt, dass „die entscheidende Bedeutung darin besteht, Maßnahmen zu ermitteln, die dem Kindeswohl am meisten zuträglich sind“ (*Ibid.*, Abs. 51–52).

257 Das Recht auf Überleben und Entwicklung wurden ebenfalls vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte behandelt, dies liegt jedoch außerhalb des Rahmens der vorliegenden Arbeit.

Das Recht auf Gehör ist in Artikel 22bis der belgischen Verfassung festgeschrieben.²⁵⁸ Die belgischen Gerichte und Richter haben sich von Artikel 12 beeinflussen lassen und die untergeordneten Gerichte und Tribunale in Belgien erkennen die direkte Wirkung von Artikel 12 der KRK tendenziell einstimmig an.²⁵⁹ Interessanterweise hat Belgien nach der Ratifizierung der KRK Gesetzesänderungen hinsichtlich des Rechts auf Gehör verabschiedet. 1994 beschloss Belgien das Jugendschutzgesetz, nach dem das Jugendgericht dazu verpflichtet ist, Kinder ab einem Alter von 12 Jahren anzuhören, auch wenn das Kind nicht unmittelbar am Verfahren beteiligt ist, seine Interessen jedoch von Streitigkeiten zwischen Erziehungsberechtigten betroffen sind. Im selben Jahr überarbeitete Belgien seine Zivilprozessordnung, die die Möglichkeit einräumt, dass ein Kind in allen gerichtlichen oder administrativen Verfahren (mit Ausnahme von Verfahren vor dem Jugendgericht, für das eine *lex specialis* gilt), die es betreffen, von einem Richter oder einer richterlich bestellten Person auf sein Verlangen hin oder auf der Grundlage eines richterlichen Beschlusses angehört werden kann.²⁶⁰ Obwohl zwar keine ausdrückliche Altersbeschränkung vorgegeben ist und es dem Richter obliegt, die Reife und Fähigkeit des Kindes zu beurteilen, folgen die belgischen Richter in der Praxis vor allem der Altersgrenze von 12 Jahren entsprechend dem Jugendschutzgesetz.²⁶¹ 2003 hat der UN-Ausschuss Bedenken hinsichtlich der Tatsache geäußert, dass Artikel 12 nicht vollumfänglich in die Praxis umgesetzt werde, und wies darauf hin, dass das Recht auf Gehör in Fällen, die die Trennung der Eltern, Scheidung, Adoption, Pflegeunterbringung und Bildung betreffen, unzureichend gewährleistet wird.²⁶² Wie einem Bericht der Europäischen Kommission zu entnehmen ist, merkten befragte belgische Regierungsstellen an, dass es unmöglich wäre, beispielsweise alle Programme und den gesamten finanziellen Aufwand im Zusammenhang mit der Partizipation zu ermitteln. Auch wenn sich die administrativen Maßnahmen aufgrund der belgischen föderalen Struktur unterscheiden, so beinhalten sie doch in manchen Fällen bewährte Partizipationsmechanismen in den politischen Entscheidungsprozessen, wie Vorgaben zur aktiven Beteiligung von Jugendlichen, bevor Maßnahmen ergriffen werden. In Flandern muss allen Dekreten beispielsweise eine Folgenabschätzung beiliegen. Allgemein betrachtet bleibt festzuhalten, dass sich dies auf andere Gesetze, Richtlinien und administrative Maßnahmen und Praktiken, insbesondere hinsichtlich der Unterbringung in Pflegeeinrichtungen, Asyl und Einwanderung, Bildung, Beschäftigung, Gesundheitsfürsorge und anderer Bereiche, mit unterschiedlicher Effektivität ausgewirkt hat.

Das Verfassungsgericht in Italien hat 2012 anerkannt, dass Artikel 12 der Konvention im inländischen Rechtssystem direkt anwendbar ist und dass ein Kind als betroffene Partei in bestimmten Verfahren (z. B. elterliche Trennung, Scheidung und Sorgerecht) zugelassen ist²⁶³ – eine Entwicklung die vom UN-Ausschuss begrüßt wurde.²⁶⁴ Der UN-Ausschuss äußerte jedoch verbleibende Bedenken, da das Recht des Kindes, in allen zivilrechtlichen, strafrechtlichen und administrativen Verfahren gehört zu werden, nicht ausdrücklich anerkannt worden ist.²⁶⁵

258 „Chaque enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne; son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement. Chaque enfant a le droit de bénéficier des mesures et services qui concourent à son développement. Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale. La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent ces droits de l'enfant“.

259 Siehe Vandenhoele, W. (2015), FN 192 oben, S. 111, Zitat hinsichtlich Eilverfahren, Leuven (16. September 2010), NJW 2011 236.

260 Vgl. Europäische Kommission, „Evaluation of legislation, policy and practice on child participation in the European Union (EU)“ verfügbar unter http://publications.europa.eu/resource/cellar/6d80dae5-0248-420a-aa55-034e11be616f.0001.01/DOC_1.

261 *Ibid.*

262 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child, Italy*, UN-Dok. CRC/C/15/Add.198 (2003), Abs. 25.

263 Verfassungsgericht, Urteil Nr. 1 (16. Januar 2002).

264 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes, *Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention*, UN-Dok. CRC/C/ITA/CO/3-4 (31. Oktober 2011), Abs. 26. Der UN-Ausschuss hat eine Reihe von Empfehlungen vorgelegt (siehe *Ibid.*, Abs. 27).

265 *Ibid.*, Abs. 26(a).

Das Recht auf Gehör wurde in einer Reihe von Gerichten aufgegriffen. Artikel 11(2) der Schweizerischen Verfassung legt fest, dass Kinder „persönlich ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit ausüben dürfen“. Ein Fall bezog sich auf das Recht eines sechsjährigen Mädchens, seinen zuvor unbekanntem Vater besuchen zu dürfen. Das Schweizerische Bundesgericht kam zu dem Schluss, dass es sich bei Artikel 12 der KRK – das Recht auf Gehör – „um einen direkt anwendbaren Rechtssatz“ handelt, dieses Recht jedoch nicht uneingeschränkt gelte.²⁶⁶ Trotz der Anwendbarkeit befand das Gericht angesichts des Sachverhalts, dass ein sechsjähriges Kind nicht über die erforderliche Reife zur Äußerung seiner Anschauung verfüge, und merkte an, dass es, da es seinen Vater nicht kenne, einzig seine Erwartungshaltung äußern würde. Der Hohe Rat der Niederlande hat ebenfalls die Bedeutung des Rechts eines Kindes auf Gehör bekräftigt und angemerkt, dass Ausnahmen von dieser Regel ausdrücklich begründet werden müssen.²⁶⁷

In Norwegen wurde im Fall Maria (wie zuvor erwähnt) Artikel 12 der KRK ebenfalls kurz behandelt. Das Gericht prüfte die Behauptung des Antragsstellers, dass der Einwanderungsausschuss einen Verfahrensfehler begangen hatte, weil er den Kindeswillen gemäß Artikel 12 der KRK und der Einwanderungsbestimmungen nicht angehört hatte. Da der Ausgangspunkt des Beschwerdeausschusses jedoch darin begründet war, dass der Verbleib in Norwegen zum Wohl des Kindes sei, kam das Gericht zu dem Schluss, dass die Annahme, die Entscheidung wäre nach Anhörung des Kindes anders gefällt worden, jeglicher Grundlage entbehrt. In dieser Hinsicht merkte das Gericht an, dass das Kindeswohl vom Anwalt der Familie gewahrt worden sei.²⁶⁸

In Frankreich kann in den Gerichten eine fragmentierte Vorgehensweise hinsichtlich Artikel 12 beobachtet werden. Da sich Artikel 12(2) indirekt an die Staaten wendet, hat das Verfassungsgericht dessen direkte Wirksamkeit einmalig bestätigt, jedoch erst nachdem dem Artikel im inländischen Rechtssystem durch eine Gesetzesreform Wirkung eingeräumt wurde.²⁶⁹ Das deutet daraufhin, dass es den Gerichten erleichtert wird, die Wirksamkeit der KRK anzuerkennen, je kleiner die Lücke zwischen nationaler Gesetzgebung und KRK ist. Der Staatsrat verfolgt ebenfalls einen fragmentierten Ansatz hinsichtlich Artikel 12. So wurde ein Fall geprüft, in dem die Weigerung eines Ministers angefochten wurde, eine Verordnung hinsichtlich der medizinischen Versorgung eines Kindes gegen die Wünsche der Eltern aufzuheben. Der Staatsrat wies die Anwendung von Artikel 12(1) und (2) der KRK mit der Begründung zurück, dass diese Verpflichtungen zwischen Staaten schaffen.²⁷⁰ In anderen Beispielen hat das Gericht auf den Artikel verwiesen, dabei die Vereinbarkeit mit der KRK allerdings leichthin angenommen. Dies zeigt sich insbesondere in einem Fall, in dem der Staatsrat zu dem Schluss kam, dass kein Verstoß gegen Artikel 12(2) vorlag, da das Kind seine Ansichten durch seine Großmutter zum Ausdruck gebracht habe und die direkte Anhörung des Kindes das Ergebnis nicht beeinflusst hätte, da die Meinung des Kindes nicht maßgeblich sei.²⁷¹ Dieser Fall verdeutlicht eine wesentliche Fehlinterpretation der Anwendung von Artikel 12 der KRK, der nicht vorschreibt, dass die Anschauung des Kindes das Ergebnis bestimmt, sondern dass sie u. a. einen vorrangigen Gesichtspunkt darstellt.

In Irland hatten die Gerichte zuvor das Recht des Kindes anerkannt, in Verfahren angehört zu werden, die sein Wohlergehen betreffen. Seit der Verfassungsänderung – mit der dieses Recht verankert wird – wird diesem verfassungsmäßigen Recht allerdings vom „High Court“ (dem obersten Zivil- und Strafgericht) anscheinend ein großer Stellenwert beigemessen. Es stellte fest: „Artikel 42A, der das Wohlergehen und die Interessen des Kindes

266 *Julia X.*, BGE 124 III 90 (1997) (Schweizerisches Bundesgericht).

267 Limbeek, M. und Bruning, M. (2015), s. FN 189 oben, S. 96.

268 Fall *Maria* s. FN 217 oben, Abs. 57.

269 Siehe auch Rongé, J. L., „La Convention internationale relative aux droits de l'enfant: On avance ou on recule?“ 2004(10) 240 *Journal du Droit des Jeunes*, S. 9–15.

270 CE Nr. 140872 (1996).

271 CE Nr. 291561 (2008).

nicht mehr nur in den Bereich des „Common Law“ oder verabschiedeter Gesetze, sondern eindeutig in den Bereich der verfassungsmäßigen Rechte abstellt“. Des Weiteren wurde angemerkt, dass der „neue Artikel als Erweiterung der Rechte des Kindes betrachtet werden muss und mehr Gewicht verleiht [...]“.²⁷² Dies verdeutlicht die positive Wirkung der verfassungsrechtlichen Verankerung von Rechten, da dadurch verbindliche Normen entstehen, von denen die Gerichte nicht länger abweichen können.

²⁷² Fall *AO'D gegen Richter O'Leary*, [2016] IEHC 555.

VII. Schlussbemerkungen

Wie von Albie Sachs, Richter am südafrikanischen Verfassungsgericht, in seiner berühmten Äußerung treffend formuliert wurde:

„Jedes Kind hat seine eigene Würde. Wird das Kind verfassungsrechtlich als Individuum mit einer eigenen Persönlichkeit und nicht nur als kleiner Erwachsener betrachtet, der nur noch seine vollständige Körpergröße erreichen muss, darf es nicht als bloße Erweiterung seiner Eltern gesehen werden, durch seine Abstammung dazu bestimmt, mit ihnen unterzugehen oder zu schwimmen.“

Diese Vorstellung des Kindes im Rahmen der Verfassung beinhaltet Schutz, gepaart mit Emanzipation sowie Freiheit zur Entdeckung, verbunden mit Betreuung und richtungsweisender Führung durch die Erwachsenen.²⁷³ Zwar ist die Einbindung der Kinderrechte in die nationalen Verfassungen entscheidend für die Umsetzung der KRK, daraus erwächst jedoch keine automatische Garantie für die Anwendung dieser Rechte. Die Weiterentwicklung und Umsetzung von Kinderrechten in den inländischen Rechtsordnungen kann dadurch jedoch gefördert werden, sofern ihr eine direkte Wirkung und Vorrang vor anderen Gesetzen eingeräumt wird und sie als Auslegungsinstrument bei der Beurteilung von Fällen genutzt wird, die Kinder betreffen.

Wie zuvor erwähnt, ergeben sich aus der Praxis keine eindeutigen Maßnahmen, die von den Vertragsstaaten vor oder nach der verfassungsrechtlichen Verankerung von Kinderrechten zu ergreifen sind. Die Erfahrung zeigt, dass allen Bemühungen ein Beratungsprozess, Sensibilisierungsmaßnahmen und Schulungen vorangehen müssen und danach Mechanismen zur Überwachung, Unterstützung und Durchsetzung der Umsetzung einzurichten sind.

Wie zuvor gezeigt, liegen keine einheitlichen Lösungen dafür vor, wie die Mitgliedstaaten Kinderrechte in ihre Verfassung einbinden, die KRK in ihre nationale Rechtsordnung integrieren, ihr Wirksamkeit verleihen, oder sie in der Praxis anwenden. Gleichermäßen gibt es keine bestimmte Reihenfolge, in der legislative oder nicht-legislative Implementierungsmaßnahmen erfolgen müssen. Wo die Staaten die Rechte von Kindern allerdings in das nationale Rechtssystem aufgenommen haben (z. B. Belgien, Norwegen und Spanien), werden Kinder häufiger als Träger von Rechten wahrgenommen.²⁷⁴

Trotz der ausnahmslosen Ratifizierung innerhalb des CoE und der unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Verankerung bestimmter Kinderrechte steht es Kindern offenkundig immer noch nicht frei, alle ihre Rechte in allen Gerichten im gesamten CoE gerichtlich einzufordern, wenn gegen sie verstoßen wird. Die automatische Eingliederung der KRK in die nationale Gesetzgebung, wie dies bei vielen monistischen Staaten der Fall ist, garantiert noch nicht unbedingt eine effektive Anwendung der Bestimmungen seitens der Gerichte. In Ländern, in denen noch Unsicherheit hinsichtlich der direkten Wirksamkeit und Anwendbarkeit der KRK herrscht, wird jede einzelne Bestimmung von den Gerichten bruchstückhaft und uneinheitlich aufgegriffen. Dennoch ist und bleibt die KRK ein wichtiges Instrument zur Auslegung nationaler Normen in den inländischen Gerichten bestimmter Jurisdiktionen²⁷⁵ und dort, wo ihre direkte Wirksamkeit anerkannt wurde, spielt sie eine wichtige Rolle dabei, Lücken in der nationalen Gesetzgebung zu schließen.²⁷⁶ Wenn die in der KRK enthaltenen Rechte von den Gerichten direkt angewendet werden können und

273 Sloth-Nielsen, J. (2018), s. FN 20 oben; Sloth-Nielsen und Kruise (2013), siehe FN 24 oben, S. 671.

274 Siehe auch Kilkelly (2019), S. 10.

275 Limbeek, M. und Bruning, M. (2015), s. FN 176 oben, S. 103.

276 Siehe bspw. Vandenhole, W. (2015) FN 179 oben, S. 120.

ihnen eine Vorrangstellung eingeräumt wird, können sie als bedeutsames Instrument bei der Außerkraftsetzung von Normen, Urteilen und Gesetzen dienen, die im Widerspruch zu ihr stehen.

In Belgien hat der uneinheitliche Ansatz seitens der Gerichte – die die direkte Wirksamkeit bestimmter Bestimmungen abgewiesen, die anderer wiederum anerkannt haben – dazu geführt, dass das volle Potenzial der KRK von den Gerichten nicht ausgeschöpft worden ist, insbesondere im Zusammenhang mit Rechten, die nicht konkret niedergeschrieben wurden („unenumerated rights“), wie dem Grundsatz des Diskriminierungsverbots. Die KRK wird allerdings genutzt, um Lücken in der nationalen Gesetzgebung zu schließen, und als Auslegungsinstrument herangezogen.

Wie am Beispiel Norwegen gezeigt, haben die jüngsten Verfassungsänderungen, gepaart mit der Vorrangstellung, die der KRK gegenüber anderen Gesetzen gewährt wurde, die Kinderrechte stärker in den Mittelpunkt gerückt, wodurch Kinder ihre Rechte vor Gericht geltend machen können und ihr Wohl sorgfältig berücksichtigt werden muss. Dr. juris Arnfinn Bårdsen, Richter am Obersten Gerichtshof von Norwegen kommt zu folgender Einschätzung:

„Die wesentliche Rechtswirkung der verfassungsrechtlichen Verankerung von Rechten und Freiheiten liegt darin, dass sie die Wirkung der *lex superior* erlangen; die Verfassungsrechte und -freiheiten nehmen in der Hierarchie der Rechtsnormen innerhalb des norwegischen Rechtssystems den höchsten Rang ein.“²⁷⁷

Kilkelly führt an, dass das „Beispiel Norwegen mit seiner Einbindung der internationalen Standards in das nationale System zeigt, dass dies eine wichtige Möglichkeit ist, die systematische und effektive gesetzliche Umsetzung der Konvention sicherzustellen“.²⁷⁸

Während die irischen Gerichte den neuen Verfassungsänderungen zwar allmählich Beachtung schenken, wird durch die mangelnde Berücksichtigung des Kindeswohlprinzips und des Rechts auf Gehör als eigenständige verfassungsrechtliche Grundsätze, die bei Widersprüchen mit anderen Gesetzen Vorrang haben und bei allen Kinder betreffenden Entscheidungen gelten, die Wirksamkeit der mit guter Absicht durchgeführten Änderungen Irlands infrage gestellt. Die in Irland gewonnenen Erfahrungswerte verdeutlichen die potenzielle Gefahr von Verfassungsänderungen, die keine starke Schutzwirkung entfalten oder durch die kein Ausgleich der Rechte des Kindes gegenüber dem starken verfassungsrechtlich verankerten Schutz von Eltern und Familien geschaffen wird. In diesen Fällen können Novellierungen „ein Kräftespiel [etablieren], das eine Barriere für die Kinderrechte darstellt“.²⁷⁹ Wie wirksam Irlands neuer Artikel ist, wird sich erst mit der weiteren Auslegung und Anwendung seitens der Gerichte zeigen.

277 Siehe Dr. juris Arnfinn Bårdsen, Richter am Obersten Gerichtshof, „The Norwegian Supreme Court as the Guardian of Constitutional Rights and Freedoms“, „Norway in Europe“, Centre for European Law, Oslo 18. September 2017, verfügbar unter <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/supreme-court---constitutional-rights---bardsen18092017.pdf> (letzter Zugriff am 24. Januar 2019), Abs. 3.

278 Kilkelly (2019), S. 10.

279 Siehe O'Mahony (2019), FN 14 oben, S. 19–20. O'Mahony empfiehlt, „[a]ngesichts der Schwierigkeit, Bestimmungen in der Verfassung wieder zu ändern, nachdem sie einmal beschlossen wurden, die Verfassungsreform erst einmal beiseite zu legen und die Anstrengungen zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufzugreifen, anstatt diese weiter zu verfolgen und in einem Kompromiss dann nur eine schwache oder kontraproduktive Änderung zu erzielen“ (*Ibid.*, S. 20).



Deutsches Kinderhilfswerk e. V.

Leipziger Straße 116-118
10117 Berlin
Fon: +49 30 308693-0
Fax: +49 30 308693-93
E-Mail: dkhw@dkhw.de
www.dkhw.de



Gefördert vom:



Bundesministerium
für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend

ISBN 978-3-922427-39-1