

National Coalition

für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention
in Deutschland

NACH DER RÜCKNAHME DER DEUTSCHEN VORBEHALTSERKLÄRUNG: WAS BEDEUTET DIE UNEINGESCHRÄNKTE VERWIRKLICHUNG DES KINDESWOHLVORRANGS NACH DER UN-KINDERRECHTSKONVENTION IM DEUTSCHEN RECHT?

WHAT DOES ART. 3 PAR. 1 OF THE UNITED
NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE
CHILD MEAN FOR THE DOMESTIC APPLICATION
OF THE LAW?



PROF. DR. RALPH ALEXANDER LORZ



IMPRESSUM:

National Coalition für die Umsetzung der
UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland

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

© National Coalition, Berlin 2010
Internet: www.national-coalition.de
E-Mail: info@national-coalition.de



Arbeitsgemeinschaft für Kinder- und Jugendhilfe – AGJ
Mühlendamm 3
10178 Berlin
Tel: +49 (0)30 400 40-200
Fax: +49 (0)30 400 40-232
E-Mail: aj@agj.de
Internet: www.agj.de

V.i.S.d.P.: Peter Klausch
Redaktion: Kirsten Schweder

Satz und Layout: Mark Wesemeyer, Langenfeld
Druck: DCM Druck Center Meckenheim
Bilder: mtrommer, Fotolia.de

*Die National Coalition wird aus Mitteln des Kinder- und Jugendplans des Bundes gefördert.
Die Expertise und die hier vorgelegte Broschüre wurden aus Mitteln der Lindenstiftung für
vorschulische Erziehung gefördert.*

INHALT

I. Vorwort der Sprecher	S. 05
II. Einführung	S. 09
III. Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung: Was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung des Kindeswohlvorrangs nach der UN-Kinderrechtskonvention im deutschen Recht?	S. 13
IV. What does Art. 3 Par. 1 of the United Nations Convention on the Rights of the Child mean for the domestic application of the law? (Englische Kurzfassung)	S. 31
V. Vita Prof. Dr. R. Alexander Lorz	S. 43

I. VORWORT

DR. SABINE SKUTTA | DR. JÖRG MAYWALD

VORWORT



DR. SABINE SKUTTA
SPRECHERIN



DR. JÖRG MAYWALD
SPRECHER

Mit völkerrechtlicher Wirkung zum 15.7.2010 hat die Bundesregierung ihre 1992 anlässlich der Ratifizierung der UN-Kinderrechtskonvention niedergelegte Vorbehaltserklärung zurückgenommen. Seitdem gelten sämtliche in der Konvention enthaltenen Rechte uneingeschränkt für alle in Deutschland lebenden Kinder. Insbesondere hält die Bundesregierung ihre zuvor vertretene Auffassung nicht mehr aufrecht, der zufolge die Konvention in Deutschland keine unmittelbare Anwendung finden und keine individuellen Rechtsansprüche begründen solle. Ebenso gegenstandslos ist nunmehr der so genannte Ausländervorbehalt, mit dem sich die Regierung vorbehalten hatte, Unterschiede zwischen inländischen und ausländischen Kindern zu machen. Dieser Vorbehalt hat zur Folge, dass international übliche Standards für Flüchtlingskinder in Deutschland bisher nicht galten, mit für sie einschneidenden negativen Folgen. So werden Flüchtlingskinder beispielsweise in Abschiebehaft genommen, gelten bereits ab 16 Jahre als erwachsen und sind beim Schulbesuch sowie bei der medizinischen Versorgung und in der Kinder- und Jugendhilfe schlechter gestellt als Kinder mit einem deutschen Pass.

Führt die endlich erfolgte Rücknahme der Vorbehalte nun aber dazu, dass sämtliche in der Konvention enthaltenen Verpflichtungen ohne Einschränkungen geltendes Recht in Deutschland sind? Die Bundesregierung hat anlässlich der Rücknahme sogleich erklärt, Änderungsbedarf im deutschen Recht sei damit nicht verbunden. Die National Coalition sieht dies jedoch anders. Sämtliche Gesetze ebenso wie die Rechtssprechung und die Verwaltungspraxis müssen jetzt daraufhin überprüft werden, ob sie den Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention genü-

gen. Daran anschließen müssen die erforderlichen Reformen, um alle Kinder in Deutschland unter den vollen Schutz des Völkerrechts zu stellen.

So sind Kinderrechte und besonders der so wichtige Vorrang des Kindeswohls weiterhin nicht ausdrücklich im Grundgesetz enthalten. Handlungsbedarf besteht auch im Bereich des Asyl-, Aufenthalts- und Sozialrechts. Die Heraufsetzung der Verfahrensfähigkeit von 16 auf 18 Jahre für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, die Umsetzung

ihrer Schulpflicht in allen Bundesländern und ein uneingeschränkter Anspruch auf Gesundheitsfürsorge und Kinder- und Jugendhilfe gehören ebenso dazu wie die Verwirklichung ihres Rechts auf Familienzusammenführung und Änderungen der Bleiberechtsregelung.

Um die notwendigen Reformen völkerrechtlich einordnen und begründen zu können, hat die National Coalition unmittelbar nach der Rücknahme der Vorbehaltserklärung eine Expertise bei dem Völkerrechtler Prof. Dr. Ralph Alexander Lorz in Auftrag gegeben. Die nun vorliegende Expertise verdeutlicht den Vorrang der Kinderrechte, der bei der noch ausstehenden vorbehaltlosen Umsetzung der Konvention in Deutschland zu verwirklichen ist.

Dieser Vorrang des Kindeswohls und seine unmittelbare Geltung für sämtliche Bereiche der Gesetzgebung, Rechtssprechung und Rechtsanwendung auf allen föderalen Ebenen – also auf Bundes-, Länder- und kommunaler Ebene – ist völkerrechtlich einzigartig. Dies unterstreicht die besondere Rechtsstellung von Kindern.

Entsprechend hat die National Coalition in ihren „Impulsen für die Dritte Dekade 2009 - 2019“¹ zur Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention gemäß dem Motto der Ersten Nationalen Konferenz für die Rechte

des Kindes am 20.11.2009² den Vorrang für Kinderrechte als erstes Handlungsfeld benannt und fordert:

Bekanntmachung, Respektierung und Umsetzung des Prinzips des Kindeswohlvorrangs in allen Bereichen der Legislative, Exekutive und Judikative, Aufnahme des Gebots des Kindeswohlvorrangs und eigener Kinderrechte auf Schutz, Förderung und Beteiligung in das Grundgesetz, Orientierung sämtlicher Entscheidungen in allen Bereichen des politischen und gesellschaftlichen Lebens am Leitbild der Generationengerechtigkeit, Aufnahme der Kinderrechte in die Leitbilder und Konzepte aller mit Kindern und für Kinder tätigen Dienste und Einrichtungen, Berücksichtigung des Kinderrechtsansatzes in der verbandlichen Arbeit.

Unser Dank gilt Professor Lorz für seine gut nachvollziehbare und für die weitere Diskussion sehr hilfreiche Darstellung der Sachverhalte. Die von ihm vorgelegte Expertise kann dazu beitragen, den für alle Kinder geltenden Vorrang des Kindeswohls auch tatsächlich zu realisieren.

Nach der Rücknahme der Vorbehalte wird sich die Bundesregierung auch der in der Ratifikationserklärung noch zurückgewiesenen Frage nach individuellen und einklagbaren Rechtsansprüchen stellen müssen. Dazu muss eine sicherlich in vielen Punkten

¹ National Coalition, *Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland. Impulse für die dritte Dekade 2009-2019* Eigenverlag, Berlin 2010.

² National Coalition, *ES WIRD ZEIT... „Vorrang für Kinderrechte“ – Erste Nationale Konferenz für die Rechte des Kindes. Dokumentation und Aufruf zum Dialog*. Eigenverlag, Berlin 2010.

VORWORT

noch streitige Diskussion geführt werden. Auch dazu will die National Coalition durch die Veröffentlichung der Expertise anregen. Eine solche Diskussion muss jedoch nicht nur von den völkerrechtlichen Wissenschaften geführt werden, sondern ebenso seitens der Bundesregierung ernsthaft in Angriff genommen werden.

Die National Coalition wird sich dafür einsetzen, die sich aus der Expertise ergebenen Schlussfolgerungen gegenüber der Politik, aber auch bei den mit Kindern und für Kinder tätigen Organisationen und Verbänden zu verdeutlichen. Ziel muss sein, bei dem anstehenden Dialog mit dem UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes in Genf anlässlich des Dritt- und Viertberichts der Bundesregierung bereits über erste Erfolge berichten zu können.



Dr. Sabine Skutta
Sprecherin

Dr. Jörg Maywald
Sprecher

II. EINFÜHRUNG

DR. REINALD EICHHOLZ

EINFÜHRUNG



DR. REINALD EICHHOLZ

Das Menschenrechtsschutzsystem der Vereinten Nationen hat – begonnen mit der UN-Charta vom 26.6.1945 – in der internationalen Politik überragende Bedeutung erlangt. Weithin übersehen wird indessen, dass es dabei nicht nur um programmatische Grundwertentscheidungen geht, sondern darüber hinaus um konkrete Staatenverpflichtungen zur Verwirklichung der völkerrechtlich anerkannten Rechte bis hin zu einklagbaren Individualansprüchen¹.

In Deutschland sind die Allgemeinen Regeln des Völkerrechts sowie – nach entsprechender Ratifikation – auch die völkerrechtlichen Verträge Bestandteil der nationalen Rechtsordnung. Die Erfüllung der völkerrechtlichen Verpflichtungen unterliegt damit nach Art. 20 GG dem verfassungsrechtlichen Gebot der Rechtsstaatlichkeit.

¹ Jakob Schneider, *Die Justizierbarkeit wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte*, Deutsches Institut für Menschenrechte, Berlin 2004

Die UN-Kinderrechtskonvention (KRK) vom 20.11.1989 ist nach der Ratifikation am 5.4.1992² Teil der deutschen Rechtsordnung geworden. Die Umsetzung der Konvention war in der Vergangenheit allerdings erschwert, weil die Bundesregierung anlässlich der Ratifizierung u.a. einschränkend erklärt hatte, dass die Konvention keine unmittelbare Anwendung finde und insbesondere keine individuellen Rechtsansprüche begründe³.

Diese Erklärung hat die Bundesregierung mit völkerrechtlicher Wirkung vom

15.7.2010 zurückgenommen⁴. Damit entfallen die bisher bestehenden – sei es rechtlichen, sei es praktischen – Hindernisse, die Kinderrechtskonvention uneingeschränkt umzusetzen.

Mit Blick auf die deutsche Rechtsordnung muss der grundlegenden Bestimmung des Art. 3 KRK, dem Vorrang des Kindeswohls, besondere Aufmerksamkeit gelten. Diese Bestimmung enthält die fundamentale Grundwertentscheidung, dass

² BGBl. 1992 II, S. 990

³ Bundestagsdrucksache 12/42, S. 54

⁴ Beschluss der Bundesregierung vom 3.5.2010

„bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorgan getroffen werden, ... das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt (ist), der vorrangig zu berücksichtigen ist“.

Inhaltlich ist diese Bestimmung zu den dem Völkerrecht entspringenden Individualansprüchen zu rechnen. Sie enthält eine unmittelbar anzuwendende – nach deutschem Recht mit Klagebefugnis versehene – Verfahrensnorm, bei jeder Ermessensausübung und überall, wo unterschiedliche Belange gegeneinander abzuwegen sind, dem Kindeswohl vorrangige Bedeutung beizumessen. Diese als subjektives Recht ausgestaltete und gerichtlich nachprüfbare Verfahrensvorgabe außer Acht zu lassen, hat die Rechtswidrigkeit der entsprechenden Rechtsakte zur Folge.

Zur Begründung dieser Position hat die National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland bereits 2003 bei Prof. Dr. Ralph Alexander Lorz ein Rechtsgutachten eingeholt⁵. Nach Rücknahme der „Vorbehalte“ hat sie Prof.

Lorz erneut gebeten, Stellung zu nehmen. Dies ist mit der nachfolgenden Stellungnahme geschehen. Blickt man auf die seinerzeitigen Motive der Konventionsparteien zurück, traf man noch auf die Vorstellung, dass die Belange der Kinder mit anderen Interessen in gleichrangige Konkurrenz treten konnten; die Expertise stellt klar, dass der Vorrang des Kindeswohls heute, nach nunmehr 20-jähriger Geltung, bei objektiver Auslegung einzig dasteht und andere „Vorränge“ nicht existieren. Selbst wo in anderen Konventionen⁶ Belange einzelner Gruppen als besonders schutzwürdig anerkannt werden, sind es innerhalb dieser Gruppen stets allein die Kinder, deren Rechten ein Vorrang zuerkannt wird.

Die National Coalition veröffentlicht die Expertise in der Erwartung, dass die Vorgaben der Konvention nunmehr als Grundlage gerichtsfester Rechtsanwendung bekannt gemacht und uneingeschränkt zur Geltung gebracht werden. Das betrifft die Rechtsakte des Alltags in den Verwaltungen in Bund, Ländern und Gemeinden ebenso wie die Gesetzgebung, insbesondere in dem nun nicht mehr unter Vorbehalt stehenden Ausländerrecht. Es gilt aber auch für die Gerichte, die mit Rücksicht auf die Erklärung

⁵ Lorz, Ralph Alexander, *Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung. Ein Rechtsgutachten*, Bd. 7 der Reihe „Die UN-Konvention umsetzen...“, hrsg. von der National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland, Berlin 2003

⁶ Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979; Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13.12.2006; vgl. ebenso: African Charter on the Rights and Welfare of the Child vom 11.7.1990

EINFÜHRUNG

der Bundesregierung oftmals vermieden haben, ihre Rechtsprechung an der Kinderrechtskonvention auszurichten. Über die unmittelbare Anwendung des Art. 3 KRK hinaus müssen sich Staat und Gesellschaft als Folge der Grundwertentscheidung der Konvention der Herausforderung stellen,

„das Wohl der künftigen Generationen zu einem vorrangigen Maßstab ihres Handelns zu machen“
(R.A. Lorz)

Unabhängig von der Möglichkeit, einzelne Individualrechte des Völkerrechts vor deutschen Gerichten einzuklagen, wird zurzeit auf internationaler Ebene ein Zusatzprotokoll zur Kinderrechtskonvention über ein Beschwerderecht⁷ an den UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes in Genf erarbeitet. In diesem Verfahren sind alle in der Kinderrechtskonvention anerkannten Rechte beschwerdefähig. Damit wird ein zusätzlicher Rechtsbehelf zur Verfügung stehen, um die Vertragsstaaten über den UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen anzuhalten.

Dr. Reinald Eichholz, ehem. Kinderbeauftragter der Landesregierung Nordrhein-Westfalen, Mitglied der Koordinierungsgruppe der National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland

⁷ Second session, Geneva, 6-10 December 2010:
Proposal for a draft optional protocol to the
Convention on the Rights of the Child to provide
a communications procedure (A/HRC/WG.7/2/2)

WISSENSCHAFTLICHE STELLUNGNAHME

PROF. DR. RALPH ALEXANDER LORZ

ZUM THEMA

**NACH DER RÜCKNAHME DER
DEUTSCHEN VORBEHALTSERKLÄRUNG:
WAS BEDEUTET DIE UNEINGESCHRÄNKTE
VERWIRKLICHUNG DES KINDESWOHL-
VORRANGS NACH DER UN-KINDERRECHTS-
KONVENTION IM DEUTSCHEN RECHT?**

WISSENSCHAFTLICHE STELLUNGNAHME



**PROF. DR. RALPH
ALEXANDER LORZ**

I. EINLEITUNG

1. Die Rücknahme der Vorbehaltserklärung zur KRK

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

hend entspreche². Um aber gewisse dennoch bestehende Anpassungsnotwendigkeiten auszuschließen, gab sie auf Betreiben der Länder³ bei der Ratifikation der KRK⁴ eine Erklärung zu ihren innerstaatlichen Wirkungen ab⁵. Neben Erklärungen zum Jugendstrafrecht, zum Ausländerrecht und zu Fragen der elterlichen Sorge wurde darin vor allem festgehalten, dass die KRK keine unmittelbare Anwendung finde. Versuche, diese Erklärungen wieder zu beseitigen⁶, scheiterten stets am Wider-

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

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

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

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

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

¹ Die KRK hat mit Stand Juli 2010 insgesamt 193 Vertragsstaaten, es fehlen nur die USA und Somalia (s. dazu http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en). Abgerufen am 03.09.2010.

stand der Länder⁷. Erst nach der Bundestagswahl 2009 faßte die neue Regierungskoalition den Entschluss, die Erklärungen zurückzunehmen⁸, und fand dafür am 26. März 2010 die Billigung des Bundesrats. Daraufhin verfügte das Bundeskabinett die Rücknahme am 3. Mai 2010, und am 15. Juli 2010 wurde den Vereinten Nationen eine förmliche Rücknahmeerklärung übergeben⁹. Seitdem gilt die KRK auch in Deutschland ohne jede Einschränkung.

2. Folgen für die unmittelbare Anwendbarkeit der KRK in Deutschland

a) Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Bestimmungen

Aus der Sicht des innerstaatlichen Rechts ist vor allem die Rücknahme der Erklärung, nach der die KRK innerstaatlich keine unmittelbare Anwendung finden sollte, von grundlegend klarstellender Bedeutung für die rechtliche Wirkung der Konvention. Die unmittelbare Anwendung einer völkerrechtlichen Vertragsbestimmung bedeutet nämlich insbesondere, dass sich der Rechtsanwender direkt auf diese Vertragsbestim-

mung stützen kann – und sogar muss, wenn die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit gegeben sind¹⁰. Denn Völkervertragsrecht erhält durch den im (gesetzgeberischen) Zustimmungsakt liegenden Rechtsanwendungsbefehl innerstaatliche Geltung, gehört damit also zu Gesetz und Recht, an das der Rechtsanwender nach Art. 20 Abs. 3 GG gebunden ist¹¹. Das bedeutet grundsätzlich, dass der Rechtsanwender bei der Lösung konkreter Rechtsprobleme auf das Völkervertragsrecht ebenso wie auf das innerstaatliche Gesetzes- und Verordnungsrecht zurückzugreifen hat. Die ursprüngliche Erklärung hatte zweifellos die Zielrichtung, diese direkte Heranziehung von Bestimmungen der KRK in innerstaatlichen Verfahren auszuschließen¹².

¹⁰ Das war für Art. 3 KRK sogar schon immer der Fall; die diesbezügliche Erklärung war völkerrechtlich irrelevant, vgl. dazu Lorz, *Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung*, 2003, S. 25 ff.; sowie zu den Voraussetzungen und zum Problem der begrifflichen Vielfalt im Einzelnen ebda. S. 10 ff.; ferner Sauer, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrrebenensystemen*, S. 213 f.; Krajewski, *Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation*, 2001, S. 53 ff.; eingehend Kaiser, *Treaties, Direct Applicability*, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck EPIL, Stand: September 2006* (<http://www.mpepil.com>). Abgerufen am 03.09.2010.

¹¹ S. bereits Lorz (Fn. 10), S. 55.

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

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

⁸ S. die Koalitionsvereinbarung zwischen CDU, CSU und FDP vom 26.10.2009, S. 70 (<http://www.cdu.de/doc/pdfs/091026-koalitionsvertrag-cdcsu-fdp.pdf>). Abgerufen am 03.09.2010

⁹ S. die Pressemitteilungen des BMJ vom 3.5.2010 und vom 15.7.2010 (www.bmj.bund.de). Abgerufen am 03.09.2010.

Nach der Rücknahme dieser Erklärung richtet sich die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der KRK im deutschen Recht jetzt aber unstreitig nach den allgemeinen Grundsätzen. Nach diesen Grundsätzen hat die unmittelbare Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Vertragsbestimmung zwei Voraussetzungen: die Anwendungsfähigkeit und die Anwendungsbefugnis. Die Anwendungsbefugnis stellt auf den Willen der Vertragsparteien ab (subjektives Kriterium), während die Anwendungsfähigkeit danach fragt, ob die konkrete Bestimmung nach ihrer Normstruktur und insbesondere ihrer normativen Dichte hinreichend bestimmt und unbedingt (self-executing) und damit dazu geeignet ist, vom Rechtsanwender unmittelbar herangezogen zu werden (objektives Kriterium)¹³. Jede innerstaatlich geltende Völkerrechtsnorm, für die Anwendungsbefugnis und Anwendungsfähigkeit gegeben sind, ist unmittelbar anwendbar.

b) Die unmittelbare Anwendbarkeit der KRK im Allgemeinen

Eine ausdrückliche Willensbekundung der Vertragsstaaten hinsichtlich der unmittelbaren Anwendbarkeit der KRK liegt nicht vor. Einzelne Vorschriften der Konvention können freilich von ihrer Normstruktur und Bestimmtheit her durchaus einer behördlichen bzw. gerichtlichen Anwendung zugänglich sein und daher als unmittelbar anwendbar betrachtet werden. Die Kin-

derrechtskonvention ist zwar nicht insgesamt als „self-executing treaty“ anzusehen; wohl aber kann sie einzelne „self-executing provisions“ enthalten.

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

Eine Sonderstellung innerhalb der Konvention nimmt Art. 3 Abs. 1 KRK ein, wonach bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt ist. Es handelt sich dabei nämlich nicht nur um eine Bestimmung, die nach ihrer Normstruktur hinreichend bestimmt und unbedingt und damit der unmittelbaren Anwendung ohne Weiteres fähig ist. Vielmehr haben wir es hier mit dem Kernanliegen der gesamten Konvention zu tun, mit einem Leitprinzip, das durch die vielen Einzelgarantien nur variiert bzw. ausgestaltet wird¹⁴. Die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls ist normativer Dreh- und Angelpunkt der KRK, und diese Verpflichtung muss sich, wenn sie etwas zu Gunsten des Kindes bewirken soll, zuvörderst an den Rechtsanwender richten; diese Adressierung ist dem Normwortlaut mit seiner

14 S. etwa Mower, *The Convention on the Rights of the Child*, 1997, S. 23; Detrick, *A Commentary on the UN Convention on the Rights of the Child*, 1999, S. 92; Baer, *FuR* 1990, S. 192 (193); Strempel, *ZRP* 1996, S. 81 (82); Coester/Hansen, *Das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes und das KJHG: Impulse zur Kindeswohlverwirklichung*, in: Steindorff (Hrsg.), *Vom Kindeswohl zu den Kinderrechten*, 1994, S. 21 (34); und Price Cohen, *Introductory Note*, *ILM* 28 (1989), S. 1448 (1450).

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

ausdrücklichen Bezugnahme auf Maßnahmen von Gerichten und Verwaltungsbehörden auch klar zu entnehmen. Das spricht für einen mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien zur unmittelbaren Anwendung des Kindeswohlvorrangs und damit für die Anwendungsbefugnis in Bezug auf Art. 3 Abs. 1 KRK. Der objektiv deutliche Unterschied zwischen dem Vorrangprinzip und den übrigen Bestimmungen kann den Vertragsstaaten auch kaum verborgen geblieben sein – im Gegenteil zeigt eine Betrachtung der Regelungssystematik, dass dieser Unterschied bewusst gemacht worden ist¹⁵: So werden durch Art. 4 KRK die nachfolgenden Garantien zu Staatenverpflichtungen erklärt, und auch Art. 2 Abs. 2 KRK enthält für das Diskriminierungsverbot eine entsprechende Einschränkung. Nur in Art. 3 KRK findet sich nichts dergleichen. Es handelt sich bei dem Vorrang des Kindeswohls deshalb um unmittelbar anwendbares Völkerrecht, das bei der Auslegung und Anwendung innerstaatlichen Rechts vom Rechtsanwender beachtet werden muss.

3. Folgefragen

Da Art. 3 Abs. 1 KRK mit seiner Bezugnahme auf „alle Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden“, einen äußerst weitreichenden Anwendungsbereich hat, erhält die Frage

nach den Konsequenzen dieser Verpflichtung des Rechtsanwenders zur unmittelbaren Anwendung des Vorrangprinzips ganz erhebliche Bedeutung. Diesen Konsequenzen geht die vorliegende Stellungnahme nach. In einem ersten Schritt wird der Inhalt der Verpflichtung näher analysiert (II.): Was bedeutet es – auch im Vergleich mit anderen internationalen Rechtstexten, die Vorrangrelationen im menschenrechtlichen Bereich begründen – genau, wenn es heißt, dass das Wohl des Kindes vorrangig zu berücksichtigen ist? Nach dieser inhaltlichen Klärung verdeutlicht die Stellungnahme in einem zweiten Schritt die zentrale Wirkweise des Vorrangprinzips im deutschen Recht (III.), indem sie Elemente der Dogmatik einer vorrangigen Berücksichtigungspflicht aufzeigt, die sich vor allem als Ermessens- und Abwägungsleitlinie auswirkt. Hieraus ergibt sich, dass die Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls erheblichen Einfluss auf Begründungsanforderungen hat und zudem Argumentationslasten neu verteilt.

15 S. bereits Lorz (Fn. 10), S. 18 f.

II. ART. 3 ABS. 1 KRK: WAS BEDEUTET VORRANGIGE BERÜCKSICHTIGUNG DES KINDESWOHLS?

1. Auslegung des Vorrangprinzips

Der genaue Gehalt des Kindeswohlvorrangs ist nur im Wege einer Auslegung von Art. 3 Abs. 1 KRK zu ermitteln. Völkerrechtliche Verträge sind nach Artt. 31 und 32 des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens¹⁶ – in die herkömmliche Terminologie übersetzt – nach dem Wortlaut, der Systematik und vor allem dem Regelungsziel auszulegen¹⁷; dem Entstehungszusammenhang kommt dabei nur ergänzende Bedeutung zu, soweit die übrigen Auslegungsmittel die Normbedeutung nicht hinreichend aufklären können. Was aber mit der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls genau gemeint ist, lässt sich dem insoweit offenen Wortlaut nicht entnehmen, und eine Feinjustierung ergibt sich aus dem Regelungsziel ebenfalls nicht; denn dieses deutet zwar darauf hin, dass das Kindeswohl bei einer Vielzahl von Entscheidungen berücksichtigt werden soll, sagt aber nichts darüber aus, wie genau und gegebenenfalls in welchen Grenzen dies geschehen soll. Bei der Betrachtung des Regelungszusammenhangs fällt immerhin auf, dass Art. 21 KRK dem Kindes-

wohl bei Adoptionen eine noch größere Relevanz beimessen will, denn hier wird ihm die höchstmögliche Bedeutung zuerkannt (“shall be the paramount consideration”). Ein Unterschied ist also offenbar zwischen der Formulierung “a primary consideration” und “the paramount consideration” gesehen worden.

An dieser Stelle erweist sich nun ein Blick auf den Entstehungsprozess der KRK als aufschlussreich¹⁸: Die erste Entwurfsfassung von Art. 3 Abs. 1 KRK aus dem Jahr 1980 enthielt nämlich noch die Formulierung “the best interest of the child shall be the paramount consideration”¹⁹. Nach intensiven Diskussionen einigte sich die Arbeitsgruppe in den darauffolgenden Jahren darauf, “the paramount consideration” durch “a primary consideration” zu ersetzen²⁰. Denn von einigen Delegationen wurde die ursprüngliche Formulierung für zu weitgehend gehalten. Dabei ging es allerdings nicht darum, den Kindeswohlvorrang grundsätzlich abzuschwächen²¹. Vielmehr wurde darauf hingewiesen, dass es im Einzelfall kollidierende Interessen geben kön-

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

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

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

19 S. Detrick (Fn. 18), S. 131.

20 S. Detrick (Fn. 18), S. 135.

21 Ebenso Detrick (Fn. 14), S. 91 m.w.N.

ne, die dem Kindeswohl gleichrangig oder auch einmal vorrangig sein könnten. Die Formulierung „the paramount consideration“ impliziere aber, dass das Kindeswohl stets und ausnahmslos vorrangig sein müsse, also von kollidierenden Belangen nicht überwunden werden könne. Diesen Bedenken sollte mit dem Übergang zur Sprachfassung „a primary consideration“ Rechnung getragen werden, mit der eine gewisse Flexibilität angedeutet werden sollte²². Aus den gleichen Gründen konnten sich spätere Vorschläge, zur Formulierung „the primary consideration“ überzugehen, nicht mehr durchsetzen; erneut wurde die Befürchtung geäußert, dass die Möglichkeit, im Einzelfall andere Belange über das Kindeswohl zu stellen, in der Bestimmung dann nicht mehr hinreichend zum Ausdruck komme²³.

Diese Unterscheidung erweist sich jedoch schon aus linguistischer Perspektive als inhaltslos. Denn wenn in einem bestimmten Text überhaupt nur eine Erwägung genannt und diese dann als vorrangig bezeichnet wird, kann es aus der Sicht dieses Textes auch nur ein Primat geben. Der Gebrauch des indefiniten Artikels ändert daran nichts, sondern ist – wie die Auseinandersetzung in der Arbeitsgruppe zeigt – lediglich als Hinweis darauf zu verstehen, dass das Kindeswohl keinen unter allen denkbaren Umständen geltenden absoluten Vorrang genießen soll. Insbesondere

kann der indefinite Artikel des Englischen nicht ohne weiteres mit dem indefiniten Artikel im Deutschen gleichgesetzt werden, da es für ein Textverständnis immer auf den voll kontextualisierten Konstruktionsprozess ankommt²⁴.

Die Analyse dieses Prozesses ergibt jedoch im vorliegenden Fall, dass der indefinite Artikel „a“ keine kontrastive Funktion haben kann. Das erkennt man schon daran, dass die gesamte Nominalphrase „a primary consideration“ nur zwei Betonungsgipfel aufweist und das „a“ in jedem Fall ohne Betonung bleibt. Hätte man an dieser Stelle, an der die „considerations“ zum ersten Mal in den Diskurs eingeführt werden, einen Kontrast dergestalt zum Ausdruck bringen wollen, dass nur „eine“ unter anderen „primary considerations“ gemeint sein sollte, so hätte man im Englischen eine andere Formulierung wählen müssen, etwa „one of the primary considerations“ – wo bei eine Etablierung mehrerer Primate nebeneinander an sich bereits problematisch wäre. In semantischer Hinsicht bräuchte in Art. 3 Abs. 1 KRK ohnedies nur ein Adjektiv zu stehen: „primary“. Doch weist speziell das Englische eine allgemeine strukturelle Tendenz auf, nackte Adjektive nach einer prädikativen Form des Verbs „be“ zu vermeiden und außerdem aus satzfunktiona-

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

23 S. Detrick (Fn.18), S. 133 f.

24 S. Detrick (Fn.18), S. 137.

len Gründen ein schwerer wiegendes Nomen an das Satzende zu stellen.

Dass es auf die Entscheidung für den indefiniten oder definiten Artikel in diesem Kontext nicht weiter ankommt, zeigt schließlich die Sprachfassung der Afrikanischen Kinderrechtecharta (ACRWC) aus dem Jahr 1990²⁵. Dort wurde in Art. 4 Abs. 1 ACRWC tatsächlich die bei den Beratungen zur KRK noch verworfene Variante gewählt, das Kindeswohl müsse bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen "the primary consideration" sein. Es gibt jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass mit dieser Veränderung des Artikels irgendeine inhaltliche Unterscheidung zur KRK beabsichtigt gewesen sei. Vielmehr erklärt sie sich aus der unterschiedlichen Artikelhandhabung im afrikanischen Englisch²⁶, das gegenüber den britischen und amerikanischen Standardvarietäten zum Teil expliziter formuliert und daher die stärkere Ausdrucksform wählt, ohne dass damit eine Veränderung der Aussage beabsichtigt wäre.

Einen anderen Weg mit Blick auf die Fassung des Kindeswohlvorrangs wählt die

Verfassung von Südafrika (CRSA)²⁷. Hier heißt es in Art. 28 Abs. 2 CRSA: "A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child." Ob damit ein im Vergleich zur KRK stärkerer Vorrang des Kindeswohls bezweckt oder erreicht wird, ist jedoch fraglich. Dafür spricht zwar die Verwendung von "paramount" an Stelle von "primary", doch die gleichzeitig vorgenommene Ersetzung von "consideration" durch "importance" sorgt dafür, dass auf diese Weise ebenfalls kein absoluter Vorrang begründet und somit in der Sache der Aussagegehalt der KRK aufgegriffen wird.

Als Ergebnis der Auslegung lässt sich damit festhalten, dass mit Art. 3 Abs. 1 KRK dem Kindeswohl eine herausragende Bedeutung für alle Entscheidungen über Kinder betreffende Maßnahmen zugesprochen werden sollte. Insbesondere wurde in den Beratungen zur KRK soweit ersichtlich nie erwogen, dem Kindeswohl nur die Bedeutung eines Belanges unter vielen zuzumessen (was etwa durch die Formulierung "shall be considered" hätte geschehen können). Vielmehr bestand immer Einigkeit darüber, dass das Kindeswohl in allen kinderrelevanten Entscheidungsprozessen eine herausgehobene Rolle spielen sollte. Klargestellt werden sollte freilich, dass das Kindeswohl nicht – wie etwa die Menschenwürde nach

²⁵ African Charter on the Rights and Welfare of the Child vom 11. Juli 1990 (im Internet verfügbar unter <http://actrav.itcilo.org/actrav-english/telearn/global/ilo/law/afchild.htm>). Abgerufen am 03.09.2010.

²⁶ Vgl. dazu van der Walt/van Rooy, Towards a Norm in South African Englishes, in: *World Englishes* 21 (2002), S. 113 ff.; Meierkord, Syntactic Variation in Interactions across International Englishes, in: *English World-Wide* 25 (2004), S. 109 ff.

²⁷ Verfassung der Republik Südafrika vom 8. Mai 1996 (im Internet verfügbar unter http://www.servat.unibe.ch/icl/sf00000_.htm). Abgerufen am 03.09.2010.

Art. 1 Abs. 1 GG – absolut zu setzen sei, sondern Raum für eine Abwägung mit – im Einzelfall möglicherweise überwiegenden – entgegenstehenden Belangen lassen sollte. Wie dies im Detail geschehen kann, soll sogleich näher erörtert werden.

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

Dass mit Art. 3 Abs. 1 KRK dem Kindeswohl eine besonders herausgehobene Bedeutung für die dort genannten Entscheidungen zugemessen werden sollte, zeigt nicht nur die Betrachtung von Wortbedeutung und Entstehungsgeschichte. Auch der vergleichende Blick auf andere Menschenrechtsverträge stützt dieses Ergebnis. Denn es ist bemerkenswert festzustellen, dass in anderen gruppenspezifischen Menschenrechtsverträgen ein derartiger Vorrang ebenfalls allein dort etabliert wird, wo es um das Kindeswohl geht. Während die allgemeinen Menschenrechtsverträge wie etwa die Europäische Menschenrechtskonvention²⁸, der Internationale Pakt für bürgerliche und politische Rechte²⁹ oder der Internationale Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte³⁰ keinen Vorrang

irgendwelcher Belange statuieren, kennen die Konvention über die Rechte von Personen mit Behinderungen (CRPD)³¹ sowie die Konvention zur Beseitigung jeder Diskriminierung gegenüber Frauen (CEDAW)³² zwar solche Vorrangrelationen. Interessanterweise finden sich aber keine mit Art. 3 Abs. 1 KRK vergleichbaren Bestimmungen, die hier auf die Belange von Personen mit Behinderungen oder von Frauen bezogen wären. Vielmehr beziehen sich auch die in diesen Konventionen enthaltenen Vorrangbestimmungen auf das Kindeswohl: So ist nach Art. 7 Abs. 2 CRPB bei allen Maßnahmen, die behinderte Kinder betreffen, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen, womit es sich um eine spezielle Ausprägung von Art. 3 Abs. 1 KRK für behinderte Kinder handelt. Und nach Art. 5 lit. b) CEDAW haben die Vertragsstaaten für eine hinreichende familiäre Aufklärung Sorge zu tragen, die die gemeinsame Verantwortung von Männern und Frauen für die Kindererziehung vermittelt, wobei das Kindeswohl als „ursprünglichste“ Erwägung (“the primordial consideration”) zentrale Berücksichtigung finden muss³³. Durch den Vergleich des Kindeswohlorangs nach der KRK mit anderen internatio-

²⁸ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4.11.1950 (BGBl. 1954 II, S. 14).

²⁹ ICCPR vom 19. Dezember 1966 (BGBl. 1973 II, S. 1534).

³⁰ ICESCR vom 19. Dezember 1966 (BGBl. 1973 II, S. 1570).

³¹ Convention on the Rights of Persons with Disabilities vom 13. Dezember 2006 (BGBl. 2008 II, S. 1419).
³² Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women vom 18. September 1979 (BGBl. 1985 II, S. 647).

³³ In Art. 16 Abs. 1 lit. d) CEDAW wird für den Kindeswohlorang dagegen eine andere Sprachfassung verwendet (“shall be paramount”).

nalen Rechtstexten wird die besondere Bedeutung, die dem Kindeswohl bei allen Kinder betreffenden Entscheidungen zu kommen soll, noch einmal unterstrichen. Denn es ist nicht etwa so, dass jeder gruppenspezifische Menschenrechtsvertrag eine Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung der Belange seiner Zielgruppe statuiert. Vielmehr kommt vorrangige Bedeutung auch nach den anderen Menschenrechtsverträgen immer nur dem Kindeswohl zu. Der Vorrang des Kindeswohls gewinnt dadurch einen im internationalen Vergleich beispiellosen Schutzgehalt und scheint sich als allgemeine völkerrechtliche Zielbestimmung herauszubilden³⁴. Ein Blick auf Art. 24 der Europäischen Grundrechtecharta³⁵, die durch den Vertrag von Lissabon nun endgültig volle rechtliche Verbindlichkeit erlangt hat³⁶, stützt dieses Ergebnis.

3. Fazit

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

34 Näher Lorz (Fn. 10), S. 17 ff.

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

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

III. WIRKWEISEN DES KINDESWOHLVORRANGS IM DEUTSCHEN RECHT: DOGMATISCHE ELEMENTE EINER VORRANGIGEN BE-RÜCKSICHTIGUNGSPFLICHT

1. Verpflichtungsinhalt für den Gesetzgeber

Die KRK begründet, wie dargelegt, in weitem Umfang Staatenverpflichtungen und ist nicht unmittelbar anwendbar³⁷. Das bedeutet, dass es dem Rechtsanwender nicht möglich ist, direkt auf diese Teile der KRK zurückzugreifen. Hier muss der Gesetzgeber erst neue Rechtsgrundlagen schaffen, soweit das Maß des völkerrechtlich Geschuldeten durch das innerstaatliche Recht nicht bereits erreicht wird. Soweit Garantien der Konvention im Einzelfall wirkungslos bleiben, weil es hierfür im innerstaatlichen Bereich an den erforderlichen Rechtsgrundlagen fehlt, begründet eine solche Untätigkeit des Gesetzgebers im Außenverhältnis einen Völkerrechtsverstoß der Bundesrepublik Deutschland³⁸. Eines gesetzgeberischen Tätigwerdens bedarf es aber nicht unbedingt, soweit völkerrechtliche Bestimmungen unmittelbar anwendbar sind. Denn dann kann sich der Rechtsanwender im konkreten Fall direkt auf diese stützen und dem Völkerrecht so Wirksamkeit im innerstaatlichen Recht verleihen.

Freilich ist ein direkter Rückgriff auf eine unmittelbar anwendbare Vertragsbestimmung, wie sie Art. 3 Abs. 1 KRK darstellt,

nur dort unproblematisch, wo keine Widersprüche zwischen dem Völkerrecht und dem innerstaatlichen Recht bestehen. Wenn hingegen deutsche Gesetze einem völkerrechtlichen Vertrag widersprechen und dieser Widerspruch im Auslegungsweg nicht beseitigt werden kann, stellt sich für den Rechtsanwender die Frage, ob er die Kollision zugunsten des Völkerrechts auflösen darf. Völkervertragsrecht teilt, wo es nach Maßgabe von Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG eines Rechtsanwendungsbefehls in Gesetzesform bedarf, den Rang des Zustimmungsgesetzes, gilt also im Rang einfachen Gesetzesrechts³⁹. Damit ergibt sich im Kollisionsfalle kein automatischer Vorrang des Völkervertragsrechts. Auf der Grundlage des Verfassungsprinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit ist jedoch alles zu vermeiden, was im Außenverhältnis einen Völkerrechtsverstoß begründen würde⁴⁰, da nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich nicht davon auszugehen ist, dass der Bundesgesetzgeber im Widerspruch zu völkerrechtlichen Bindungen der Bundesrepublik handeln wollte⁴¹. Die Völkerrechtsfreundlichkeit führt insoffern dazu, dass Kollisionslagen in der Regel

37 S. oben I.2.b).

38 S. bereits Lorz (Fn. 10, S. 52).

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

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

41 S. nur BVerfGE 74, 354 (370).

zu Gunsten des Völkerrechts aufzulösen sind, es sei denn, es ist ein ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers feststellbar, sich über diese völkerrechtlichen Bindungen hinwegzusetzen⁴².

Soweit sich danach das Völkervertragsrecht – und damit der hier interessierende unmittelbar anwendbare Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 KRK – regelmäßig auch gegen kollidierendes Gesetzesrecht durchsetzt, bedarf es eines Tätigwerdens des Gesetzgebers gar nicht mehr; die Schaffung einer gesetzlichen Bestimmung, die den Kindeswohlvorrang noch einmal explizit feststellte, hätte letztlich nur deklaratorische Wirkung⁴³. Eine solche Gesetzgebung könnte freilich im Hinblick darauf sinnvoll sein, dass deutsche Rechtsanwender mit den Auswirkungen des Völkerrechts auf die Auslegung und Anwendung des deutschen Rechts im Allgemeinen und mit der KRK im Speziellen immer noch eher wenig vertraut sind und deutlich stärker geneigt sein dürften, dem Kindeswohlvorrang zur Durchsetzung zu verhelfen, wenn dies in einem deutschen Gesetz angeordnet wird. Aus rechtlicher Sicht bedarf es einer solchen Anordnung hingegen nicht⁴⁴.

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

a) Der Kindeswohlvorrang bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts

Eine weitere für die Rechtspraxis relevante Ausprägung des Verfassungsprinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit besteht darin, dass innerstaatliches Recht so weit wie möglich im Einklang mit den völkerrechtlichen Bindungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen ist⁴⁵. Diese Verpflichtung zur völkerrechtskonformen Auslegung hat potenziell weitreichende Folgen; so geht das Bundesverfassungsgericht etwa davon aus, dass die Grundrechte des Grundgesetzes im Lichte der Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention auszulegen sind⁴⁶. Wo es um besonders konkretisierungsbedürftige Grundsätze und Prinzipien geht, ist das Völkerrecht somit in der Lage, auf die Auslegung und An-

42 Zum Ganzen Sauer (Fn. 10, S. 381 ff.).
43 S. bereits Lorz (Fn.10), S. 52 f.

44 Sehr illustrativ ist in dieser Hinsicht ein kürzlich ergangener Beschluss des AG Gießen vom 16.07.2010 (Az.: 244 F 1159/09 VM), der im Vorgriff auf nach der KRK zwingend zu erwartende Anpassungen des AufenthaltsG und des AsylVerfG die nach der bisherigen Gesetzeslage nicht vorgesehene Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Vertretung eines Minderjährigen in ausländer- und asylrechtlichen Fragen anordnet.
45 S. nochmals BVerfGE 74, 358 (370); eingehend Lorz (Fn.10), S. 55 ff.
46 S. BVerfGE 74, 354 (370); BVerfGE 120, 180 (200 ff.).

wendung des innerstaatlichen Rechts erheblichen Einfluss zu nehmen.

Die Verpflichtung zur völkerrechtskonformen Auslegung tritt indes im Falle des Kindeswohlvorrangs nach Art. 3 Abs. 1 KRK in den Hintergrund. Das liegt daran, dass wir es hier mit einer unmittelbar anwendbaren Bestimmung zu tun haben: Sobald eine Entscheidung Kinder betrifft, ergibt sich die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls bei der Entscheidungsfindung bereits aus dem direkten Rückgriff auf die KRK selbst⁴⁷. Die Konformauslegung ist aber in erster Linie von Bedeutung, wo es dem Völkerrecht an unmittelbarer Anwendbarkeit fehlt; denn dort kann ihm von vornherein nur eine mittelbare Bedeutung zukommen, wenn man das innerstaatliche Recht in seinem Lichte auslegt, soweit es für eine solche Auslegung Raum lässt⁴⁸. Vorstellbar ist eine Bedeutung des Kindeswohlvorrangs bei der Auslegung innerstaatlichen Rechts daher nur dort, wo es nicht direkt um Maßnahmen geht, die Kinder betreffen. Hier kommt der Kindeswohlvorrang als grundlegende Wertentscheidungsnorm zugunsten der nachfolgenden Generation ins Spiel und kann etwa die Konkretisierung bestimmter Rechtsbegriffe in der Zukunft beeinflussen.

b) Der Kindeswohlvorrang bei der Ermessensausübung

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

⁴⁷ Vgl. dazu nochmals den kürzlichen Beschluss des AG Gießen (Fn.44).

⁴⁸ Lorz (Fn. 1 S. 57 f.).

Dabei ist hervorzuheben, dass alle diese Aspekte einschließlich der dahinterstehenden Gewichtungen nach Maßgabe von § 114 VwGO der vollen verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung unterliegen. Der Kindeswohlvorrang hat also für die behördliche Ermessensausübung ganz wesentliche Bedeutung, wenn man bedenkt, wie vielgestaltig die Konstellationen sind, in denen behördliche Entscheidungen Kinder betreffen. Fehlerquellen gibt es hier viele: von der kompletten Nichtbeachtung von Art. 3 Abs. 1 KRK über die mangelnde Priorisierung des Kindeswohls bis hin zur Fehlgewichtung in Fällen, in denen andere Belange im Einzelfall für überwiegend gehalten werden. Beachten muss die Behörde aber nicht nur die völkerrechtliche Verpflichtung, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen; sie muss vor allem – auch im Hinblick auf die gerichtliche Überprüfbarkeit – sorgfältig und eingehend begründen, wenn und warum sich das Kindeswohl im Ergebnis einmal nicht durchsetzt. Hier zeigt sich bereits, dass der Kindeswohlvorrang wesentlichen Einfluss auf die Begründungsanforderungen für behördliche Entscheidungen hat⁴⁹.

c) Der Kindeswohlvorrang in der Abwägung

Eine strukturell recht ähnliche Rolle übernimmt der Kindeswohlvorrang im Rahmen von Abwägungsprozessen. Wo bei Maßnahmen, die Kinder betreffen, widerstreitende Belange gegeneinander abzuwägen

sind, muss das Kindeswohl nicht nur als Abwägungsbelang erkannt werden und Eingang in den Abwägungsprozess finden. Vielmehr muss auch hier der Vorrang, mit dem das Kindeswohl auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 1 KRK ausgestattet ist, erkannt und umgesetzt werden. Das bedeutet, dass sich das Kindeswohl entweder aufgrund der völkerrechtlichen Priorisierung im Ergebnis durchsetzen muss, oder aber dass sorgfältig und nachvollziehbar dargelegt werden muss, warum das Kindeswohl trotz seines prinzipiellen Vorrangs gegenüber anderen Belangen im Einzelfall zurückgestellt worden ist.

Wichtig sind die dargestellten Anforderungen insbesondere für Abwägungsentscheidungen im Planungsrecht. Hier haben die Planungsträger auf der Basis von vergleichsweise offenen, final programmierten Normen die widerstreitenden Interessen eingehend zu ermitteln und umfassend gegeneinander und untereinander abzuwägen⁵⁰. Konkrete normative Vorgaben für die Ermittlung der im Einzelfall relevanten Belange und für den komplexen Abwägungsprozess machen die Fachgesetze dabei oft nicht⁵¹, was dem Planungsträger eine gewisse Freiheit und Flexibilität geben soll. Das Abwägungsergebnis kann aber im Gegenzug verwaltungsgerichtlich auf Abwägungsfehler hin kontrolliert werden; sol-

⁵⁰ S. z.B. § 1 Abs. 6 BauGB; § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG; § 17 Abs. 1 Satz 2 BFStrG; § 8 Abs. 1 Satz 1 LuftVG.

⁵¹ S. aber den – nicht abschließenden – Katalog von Abwägungsbelangen in § 1 Abs. 6 BauGB.

49 Dazu sogleich noch unter d.).

che Fehler liegen etwa vor, wenn ein Belang übersehen (Abwägungsdefizit) bzw. in seinem Gewicht falsch eingeschätzt (Abwägungsfehl einschätzung) wird oder wenn bei der eigentlichen Abwägung kein angemessener Ausgleich zwischen den widerstreitenden Belangen hergestellt wird (Abwägungsdisproportionalität). Sobald nun eine Planung Kinder betrifft – was etwa bei der Bauleitplanung sehr häufig der Fall sein wird –, ist die planerische Abwägung fehlerhaft, wenn das Kindeswohl nicht in seiner Priorisierung berücksichtigt und entsprechend gewichtet wird. Denn auf der Grundlage von Art. 3 Abs. 1 KRK ist der Kindeswohlvorrang ein öffentlicher Belang im Sinne von § 1 Abs. 7 BauGB oder von vergleichbaren Normen aus dem Fachplanungsrecht – und zwar angesichts der unmittelbaren Anwendbarkeit des völkerrechtlichen Kindeswohlvorrangs auch dort, wo das Kindeswohl in der planungsrechtlichen Bestimmung überhaupt nicht erwähnt wird⁵². Damit läuft die Behörde Gefahr, dass ihre Planungsentscheidung der gerichtlichen Aufhebung unterliegt, wenn die Abwägung nicht erkennen lässt, dass dem Kindeswohl Vorrang zugemessen worden ist. Es bedarf insoweit vor allem einer ausführlichen Auseinandersetzung mit der Bedeutung des Kindeswohls und seiner priorisierten Bedeutung im Abwägungsprozess; es muss, auch und gerade wenn das Kindeswohl im Ergebnis zurückgestellt wird, nachvollziehbar gemacht werden, dass der Rechtsanwender seine Verpflich-

tung aus Art. 3 Abs. 1 KRK erkannt hat. Das Kindeswohl als vorrangiger Abwägungsbelang richtet sich allerdings nicht nur an Behörden. Soweit im gerichtlichen Verfahren ein Ausgleich zwischen widerstreitenden Interessen herzustellen ist und Kinder von der Entscheidung betroffen werden, muss der Kindeswohlvorrang nach Art. 3 Abs. 1 KRK auch vom Richter beachtet und durchgesetzt werden. Diese Bindung greift weit über den bisher angesprochenen Bereich des Verwaltungsrechts hinaus und kann insbesondere im Familienrecht eine Rolle spielen, wobei das Kindeswohl im deutschen Familienrecht bereits unabhängig von der KRK die zentrale Richtschnur vieler Entscheidungen darstellt⁵³. Wenn der Kindeswohlvorrang im gerichtlichen Verfahren nicht hinreichend beachtet wird, so liegt darin ein Fehler bei der Anwendung materiellen Rechts, der die Entscheidung revisibel macht⁵⁴.

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

Die dargestellte Rolle des Kindeswohlvorrangs im innerstaatlichen Recht als Ermessens- und Abwägungsleitlinie bedeutet, dass sich der Kindeswohlvorrang vor allem auf Begründungserfordernisse und auf die Verteilung von Argumentationslasten aus-

52 S. bereits Lorz (Fn. 10), S. 63.

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

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

wirkt. Wie alle Berücksigungspflichten führt auch die Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls dazu, dass das Kindeswohl nicht nur in den Entscheidungsprozess einfließen muss, sondern – da die fragliche Entscheidung in der Regel der behördlichen oder gerichtlichen Kontrolle unterliegt – dass dieser Eingang in den Entscheidungsprozess auch dokumentiert werden, sich also in der Entscheidungsbegründung niederschlagen muss. Fehlt es daran, ist die Erfüllung der Pflicht zur Berücksichtigung des Kindeswohls vorangs nicht erkennbar, und die Entscheidung unterliegt schon deshalb der Aufhebung. Mit einer bloßen „Abarbeitung“ des Kindeswohls als Belang ist es aber nicht getan, weil das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen ist. Gerade diese vorrangige Berücksichtigung muss sich in der Entscheidungsbegründung niederschlagen, wodurch sich der Begründungsaufwand weiter erhöht. Relevant wird das vor allem dort, wo sich das Kindeswohl im Ergebnis einmal nicht durchsetzt: Denn hier müssen die Gründe, die zu einem Überwiegen anderer Belange über das völkerrechtlich priorisierte Kindeswohl geführt haben, sorgfältig und nachvollziehbar dargestellt werden. Fehlt es an einer entsprechend eingehenden Begründung, unterliegt die Entscheidung der Aufhebung, weil dem Kindeswohls vorrang dann kein hinreichendes Gewicht eingeräumt worden ist. Hier zeigt sich zu guter Letzt, dass der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 Abs. 1 KRK maßgeblichen Einfluss auf die Vertei-

lung von Argumentationslasten hat⁵⁵: Die vorrangige Berücksichtigung erleichtert nämlich den Begründungsaufwand für Maßnahmen, die sich vorwiegend am Kindeswohl orientieren und kollidierende Belange deswegen zurückstellen. Umgekehrt steht derjenige unter besonderem Begründungzwang, der kollidierenden Belangen im Einzelfall gegenüber dem Kindeswohl Vorrang einräumen will. Der Vorrang der Berücksichtigung des Kindeswohls durch den Rechtsanwender verschiebt damit gegenüber „normalen“ Berücksigungspflichten die Argumentationslast: Die Argumentationslast trägt stets derjenige, der Maßnahmen treffen will, die sich nicht vorrangig am Kindeswohl orientieren. Dem kommt nur eine Begründung nach, die nachvollziehbar darlegt, warum im Einzelfall widerstreitende Belange höher zu gewichten sind als das Kindeswohl.

⁵⁵ Zur Argumentationslastverteilung mit ähnlicher Stoßrichtung im Kontext von Präjudizien Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, 334 ff.; Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, 243 ff.

IV. SCHLUSSBEMERKUNG

In Art. 3 Abs. 1 KRK schlummert ein gewaltiges und bislang noch weitgehend unberücksichtigtes Potential für die innerstaatliche Rechtsanwendung. Der Kindeswohlvorrang beinhaltet sowohl eine materielle als auch eine prozedurale Rechtsposition. In verfahrensrechtlicher Hinsicht gebietet er vor allem die substantielle Auseinandersetzung mit den Anliegen der von einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung betroffenen Kinder. Darüber hinaus gibt er dem Rechtsanwender aber auch eine bestimmte Richtung hinsichtlich des Ergebnisses vor: Die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls bedeutet, dass es sich entweder im Ergebnis durchsetzen muss oder jedenfalls nur aufgrund von besonders wichtigen Belangen im Einzelfall hintange stellt werden darf.

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

Die grundlegende Bedeutung von Art. 3 Abs. 1 KRK wird sich unter diesen Umständen nicht länger in Zweifel ziehen lassen. Vielmehr wird es nun unstrittig zur Aufgabe der Behörden und Gerichte, dem Kindeswohlvorrang zur Durchsetzung zu verhelfen, indem sie ihre Entscheidungspraxis an den Abwägungs- und Begründungserfordernissen ausrichten, die Art. 3 Abs. 1 KRK ihnen unmittelbar auferlegt. Politik und Gesellschaft werden sich ebenfalls darauf einzustellen haben. Ihnen gibt Art. 3 Abs. 1 KRK außerdem über seine eigene unmittelbare Anwendung hinaus die fundamentale Wertentscheidung vor, das Wohl der künftigen Generation zu einem vorrangigen Maßstab ihres Handelns zu machen. Das ist allerdings keine Wertentscheidung, die von außen kommt – im Genteil hat die Bundesrepublik Deutschland diese Entscheidung mit ihrer Ratifikation der Kinderrechtskonvention aus freien Stücken selbst getroffen. Für die in der öffentlichen Debatte oft zu kurz kommenden Interessen der nachfolgenden Generation ist das eine wichtige Botschaft.

IV. ENGLISCHE ZUSAMMENFASSUNG

IV. ENGLISH SUMMARY

PROF. DR. RALPH ALEXANDER LORZ

**WHAT DOES ART. 3 PAR. 1
OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE
RIGHTS OF THE CHILD MEAN FOR THE DOMESTIC
APPLICATION OF THE LAW?**



ENGLISCHE ZUSAMMENFASSUNG

ENGLISH SUMMARY

PROF. DR. RALPH
ALEXANDER LORZ

I. INTRODUCTION

The United Nations Convention on the Rights of the Child (CRC) is at least in one respect – regarding the number of states that have ratified it – the most successful human rights treaty currently in existence¹. But the ratification of a human rights treaty alone does of course not entail an improvement of actual human rights conditions. It is rather decisive whether the states also fulfill their obligations under public international law, namely, by amending their domestic laws. But even without such amendments a public international law treaty can have essential domestic ramifications. In particular, this is the case whenever a direct application of a treaty norm is feasible and demanded by the treaty.

¹ It has 193 member states as of July 2010, only the USA and Somalia are missing (see http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en).

1. The direct applicability of treaty norms in general

Direct application of a treaty norm means that government agencies as well as courts can rely directly on this norm without asking for a specific implementation by domestic law – and they must do so once a treaty has become binding upon their state, if the requirements of direct applicability are fulfilled and direct application is

not otherwise ruled out². The general prerequisites of direct applicability are two-fold: First, there is a subjective criterion that refers to the intent of the treaty parties. It asks whether the parties have at least tacitly consented to direct application of the

² Cf. Lorz, *Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung*, 2003, p. 25 et seq., for the German legal order; and generally Cassese, *International Law*, 2nd ed. 2005, p. 227; in detail Kaiser, *Treaties, Direct Applicability*, in: Wolfrum (ed.), *Max Planck EPIL* (<http://www.mpepil.com>).

norm in question. Second, the norm must be capable of direct application. This is an objective criterion that determines whether the structure of the norm is self-executing and therefore suitable for implementation without further domestic legal acts specifying it³. Every public international law provision that is binding and capable of being directly applied is also subject to direct application if the corresponding consent of the treaty parties is given.

2. The direct applicability of the CRC in general

An explicit declaration of intent by the treaty parties with respect to direct application of the CRC does not exist. Some provisions of the Convention may nevertheless prove "self-executing", i.e. capable of being directly applied by administrative authorities and courts of law, regardless of the assessment of the Convention as a whole.

3. Art. 3 Par. 1 CRC as a special case

Having said that, however, it must be pointed out that Art. 3 Par. 1 of the CRC, declaring the best interests of the child to be a primary consideration in all actions concerning children, enjoys a special status within the Convention. It is not only a provision that is unconditional and sufficiently precise in its normative structure to be capable of direct application, but in addition

the core element of the whole treaty construction. It is a guiding principle that only gets spelled out and varied in detail by all the following particular guarantees⁴. Making the best interests of the child a primary consideration in all legislative, administrative and judicial actions marks the pivotal point of the Convention, and if this obligation is to develop a real effect in improving the situation of children, it must be honored by the institutions applying the law – a consequence that is clearly envisaged by the explicit referral of Art. 3 Par. 1 CRC to "courts of law" and "administrative authorities" besides social welfare institutions and legislative bodies.

This observation allows for a presumption in favor of the direct application of this norm. The corresponding intent of the parties can – absent any declaration to the contrary – also be presumed because they cannot have overlooked the significant difference between the "primary consideration" principle and the other provisions, especially because this difference is systematically reflected in the wording of the Convention⁵: Art. 2 Par. 2 with regard to discrimination as well as Art. 4 for all the following "rights recognized in the present Convention" limit themselves to an obligation of the States Parties "to undertake all appropriate measures". Art. 3 Par. 1, by contrast, does not name any obligations

⁴ Cf. Mower, *The Convention on the Rights of the Child*, 1997, p. 23; Detrick, *A Commentary on the UN Convention on the Rights of the Child*, 1999, p. 92; and already Price Cohen, *Introductory Note*, *ILM* 28 (1989), p. 1448 (1450).

⁵ So already Lorz (Fn. 2), pp. 18/19.

³ In detail Lorz (Fn. 2), pp. 13/14.

for States Parties as such to take action. It is rather addressed – as the only provision within the Convention – to all the institutions acting within the States Parties and imposes a direct obligation on them. Consequently, the “primary consideration” clause contains directly applicable international treaty law to be observed and obeyed by anyone interpreting or applying domestic norms while taking an action concerning children.

Against this background, it is now to be determined what exactly is demanded by the clause when it calls for the best interests of the child to be “a primary consideration”, particularly in comparison with other international law texts that establish priority relations.

II. THE EXACT MEANING OF ART. 3 PAR. 1 CRC

1. Interpretation of the “primary consideration” principle

The precise content of the “primary consideration” principle can only be found out through an interpretation of Art. 3 Par. 1 CRC. According to Art. 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties⁶, public international law treaties must be interpreted “in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose” – and if those means of interpretation cannot sufficiently clarify the norm’s content, the historical circumstances of its origin and its *travaux préparatoires* can be employed as supplementary means⁷. The wording of Art. 3 Par. 1 CRC, however, is too open as to provide a clear-cut guideline on the meaning of “a primary consideration”, and object and purpose of the Convention do not conclusively answer the question either – for they clearly point to the goal that the best interests of the child shall be taken into account in all actions concerning children, but do not specify the exact ways and limits of this approach. As regards context, the only hint to be gained from considering the other provisions of the Con-

6 Vienna Convention on the Law of Treaties of May 23, 1969, UNTS 1155, p. 331.

7 See for instance Brownlie, International Law, 7th ed. 2008, pp. 630 et seq.

vention stems from Art. 21 CRC. This provision seems to even enhance the relevance of the best interests of the child in case of an adoption, for in this constellation the best interests of the child are elevated to be “the paramount consideration”. This allows for the assumption that “a primary consideration” and “the paramount consideration” must be seen as different standards. But to what extent are they different?

At this point, a look at the preparatory work that relates to the process of negotiating the Convention’s wording proves revealing. It is first of all interesting to note that the first draft of Art. 3 Par. 1 CRC, dating back to 1980, still contained the phrase “the best interest of the child shall be the paramount consideration”⁸. After intensive discussions, the competent working group over the following years agreed to replace “the paramount consideration” by “a primary consideration”⁹. This happened due to the fact that some delegations indeed considered the original formula too broad. But the alternative proposal was not meant to generally depreciate the priority to be given to the best interests of the child¹⁰. The argument put forward by its advocates rather stated that cases might be conceivable in which the best interests of the child could be outweighed by conflicting inter-

ests, not because these interests were perse of higher importance, but perhaps because in a specific situation the other interests had to be accorded exceptional priority. The opponents of the “paramount consideration” clause were afraid that if this clause was chosen, the best interests of the child would dictate the outcome in each and every legislative, administrative or judicial decision concerning children, and that there would be no possibility to carve out exceptions even in unforeseen and unusual circumstances. By contrast, the “primary consideration” formula was supposed to provide a certain flexibility in that regard¹¹. For the same reasons, suggestions brought up later to switch to “the primary consideration” instead of “a primary consideration” were not successful; they again met with the apprehension that such a clause would completely rule out the possibility to exceptionally favor other interests over those of the child¹².

However, already from a linguistic perspective this distinction is without merit. For if in a given text only one consideration is mentioned and then accorded priority, this means that from the viewpoint of this text, there is only one primary concern. The use of the indefinite article “a” does not alter this picture, but rather points out – as the debate within the working group illustrated – that the best interests of the child shall not enjoy an absolute priority that deter-

⁸ See Detrick (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the Travaux Préparatoires*, 1992, p. 131.

⁹ Detrick (Fn. 9), p. 135.

¹⁰ Detrick (Fn. 5), p. 91 with further references.

¹¹ Detrick (Fn. 9), pp. 133/134.

¹² Detrick (Fn. 9), p. 137.

mines the outcome regardless of the circumstances.

The understanding of any text crucially depends on the construction process leading to its wording that must be analyzed in its full context¹³. This analysis reveals here that the indefinite article "a" cannot be meant to function as an element of contrast. The nominal phrase "a primary consideration" has two emphasis peaks, leaving the "a" in any case without one. If the authors of the pertinent draft had wanted to establish a contrast with regard to the "considerations" that were introduced at this point for the first time, they would have had to choose a different formulation like "one of the primary considerations". Apart from the fact that any attempt at establishing several "primary considerations" is difficult, only such a phrase would have made clear that the Convention envisaged several considerations to be on equal footing with the best interests of the child.

A comparison with the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (ACRWC) that was enacted slightly later than the CRC¹⁴ further confirms that the use of the indefinite or definite article does not matter in this context. Art. 4 Par. 1 of the

ACRWC indeed chose the alternative that was discarded in the negotiations on the CRC and states that the best interests of the child are to be "the primary consideration" in all actions concerning children. However, there is absolutely no evidence that this alteration was supposed to mark any distinction with regard to the content of Art. 3 Par. 1 CRC. The explanation is rather again of a linguistic nature and can be traced back to the peculiarities of African English¹⁵ that tends to use more explicit variants of expression compared with the British and American standards, but for the same purposes and with identical content.

Another approach to framing the priority of the best interests of the child can be detected in the Constitution of South Africa¹⁶. Here Art. 28 Par. 2 reads: "A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child." It is highly questionable, though, whether this formulation is supposed to establish any difference in the value of the child's best interests as compared with the CRC. The use of "paramount" instead of "primary" seems to point in that direction; on the other hand, the replacement of "consider-

13 Cf. most recently Stein, *Vom Bedeuten in der Sprach- und Rechtswissenschaft*, in: Krüper/Merten/Morlok (eds.), *An den Grenzen der Rechtsdogmatik*, 2010, p. 139 et seq.

14 African Charter on the Rights and Welfare of the Child of July 11, 1990, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990).

15 Cf. van der Walt/van Rooy, *Towards a Norm in South African Englishes*, in: *World Englishes* 21 (2002), p. 113 et seq.; Meierkord, *Syntactic Variation in Interactions across International Englishes*, in: *English World-Wide* 25 (2004), p. 109 et seq.

16 Constitution of the Republic of South Africa of May 8, 1996 (<http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>).

ation" by "importance" makes clear that this is again not meant to establish an absolute priority. Thus, in essence the South African Constitution also just confirms what has already been enshrined in the CRC.

Altogether, the interpretation of Art. 3 Par. 1 CRC reveals that it is the unquestioned goal of this provision to highlight the importance of the child's best interests whenever children's interests are at stake. In particular, it was never envisaged during the treaty negotiations to accord these interests only one place among others (something that could have been expressed, for instance, by using the phrase "shall be considered"). There was rather unanimity among the delegations as to make the child's best interests something special and pre-eminent. However, it should also be made clear that these interests are not thought to be controlling in every single case, but leave room for balancing, as shall be explained immediately.

2. The special role of the "primary consideration" principle compared with other human rights texts

The pre-eminent role of the best interests of the child according to Art. 3 Par. 1 CRC is not only underlined by wording and history of the preparatory works of this Convention. It can further be buttressed by comparing this provision with other hu-

man rights treaties. For it is remarkable to note that in other group-specific human rights treaties comparable priorities are exclusively established with regard to children's interests as well. The general human rights treaties like the European Human Rights Convention¹⁷, the International Covenant on Civil and Political Rights or the corresponding Covenant on Economic, Social and Cultural Rights¹⁸ do not create this kind of priorities at all. By contrast, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)¹⁹ and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)²⁰ employ such priorities. But the most interesting feature in their context is that they are not really related to the interests of the persons that these Conventions are designed to protect. On the contrary, it is again the best interest of children that alone receives primary consideration: Art. 7 Par. 2 CRPD demands such a priority in all actions concerning children with disabilities, which makes this provision a mere specification of Art. 3 Par. 1 CRC for a distinct group of children. And Art. 5 lit. b) CEDAW, which aims at realizing the joint educational responsibility of men and women, declares

¹⁷ European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of November 4, 1950, UNTS 213, p. 221.

¹⁸ Both Covenants stem from December 19, 1966, UNTS 993, p. 3, and UNTS 999, p. 171.

¹⁹ Convention on the Rights of Persons with Disabilities of December 13, 2006, UN Doc. A/61/611.

²⁰ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women of December 18, 1979, UN Doc. A/34/46.

the child's best interests to be "the primordial consideration" in that regard²¹.

The result of this comparison is especially important for the analysis of Art. 3 Par. 1 CRC because it demonstrates that it is not at all usual for group-specific human rights treaties to make the interests of their protected groups "primary considerations" in general. By contrast, all these treaties seem to agree on the point that the best interests of the child alone deserve this kind of special priority. This lends a degree of protection to these interests that is unique on the international human rights plane. The most recently enacted general human rights codification confirms that once more, as Art. 24 of the new European Charter of Fundamental Rights – now in force for less than one year – illuminates²².

3. Result

In all actions concerning children, the best interests of the child need not only be taken into account, but must be accorded special importance. This is what Art. 3 Par. 1 CRC demands by making these interests "a primary consideration". It does not establish an absolute priority that would mean that children's interests must always prevail, but it creates a presumption in favor of their interests that can only be overcome by other high-ranking interests under exceptional circumstances, which let these other interests outweigh those of the child despite the general priority accorded to them. Art. 3 Par. 1 CRC thus represents a very concrete binding standard of public international law.

²¹ By contrast, Art. 16 Par. 1 lit. d) CEDAW again employs a slightly different version of expressing the priority of the child's best interests ("shall be paramount").

²² Charter of Fundamental Rights of the European Union, having acquired legally binding character through Art. 6 Par. 1 EU-Treaty by means of the Treaty of Lisbon.

III. CONSEQUENCES FOR THE DOMESTIC APPLICATION OF THE LAW

It shall now be briefly outlined what kind of consequences follow from this result with regard to the domestic application of the law. To be sure, the details of these consequences depend to a large extent on the peculiarities of the domestic legal order in question. Some general remarks, however, can be made.

1. Obligations for the legislator

It goes without saying that as far as the CRC constitutes state obligations, it is primarily the domestic legislator that must fulfill these obligations by amending its laws or creating new ones to implement the obligations that are not yet realized in the domestic legal order. Directly applicable provisions like Art. 3 Par. 1 CRC, though, do not even need legislative implementation at first sight. The legislator must only step in here to remedy possible conflicts between existing domestic law and the directly applicable treaty provision. For instance, if in an action concerning children the domestic law would stipulate that some other interests than those of the child were to be given priority, that would create a need for changing the law. But even in cases where the domestic law is neutral as to the interests involved (which will probably be the vast bulk of situations), it might be advisable for the legislator to explicitly

establish the relative priority asked for by the CRC, for normally administrative agencies and domestic courts are still more likely in most countries to abide by an explicit legislative order than to directly apply an international treaty norm even if ratified by their own parliament.

2. "Primary consideration" as a maxim of interpretation

The "primary consideration" that the best interests of the child claim under Art. 3 Par. 1 CRC can also become relevant in the context of interpretation of domestic law. Some domestic legal orders even require domestic law to be interpreted in the light of the public international law obligations of the state in question²³. In the case of directly applicable treaty norms, though, the relevance of this maxim is limited because direct application means that the treaty norm is applied and interpreted as such, not through a certain interpretation of domestic legal norms. As a maxim of interpretation, Art. 3 Par. 1 CRC can therefore only come into play when actions not directly involving children are concerned. It can then function as a fundamental value decision, for instance with regard to the more abstract interests of future generations.

²³ See, for instance, *BVerfGE* 74, 354 (370); 120, 180 (200 et seq.) for the German case.

3. "Primary consideration" as a standard of discretion

On the other hand, Art. 3 Par. 1 CRC can be of major relevance when it comes to discretionary administrative decisions. The details of this relevance will again depend on the general regulation of discretion within the respective legal order. What can be said generally, though, is that a violation of the principle enshrined in this provision will usually amount to an abuse of discretion and make the administrative decision challengeable in court. Such a violation is in any case given when the best interests of the child are not taken into account at all. But Art. 3 Par. 1 CRC takes this rule a step further: In all actions concerning children that require or allow for administrative discretion, the competent administrative agency will have to give the child's best interests "primary consideration". According to the determinations made above, this means that the agency must at least abstractly prioritize the best interests of the child and can only overrule them concretely if there are sufficiently high-ranking other interests that exceptionally outweigh – in the special circumstances of the case – the best interests of the child. Any such decision must then be founded on a thorough reasoning to be included in the record.

4. "Primary consideration" as a parameter of balancing

The "primary consideration" clause plays a structurally very similar role within legal balancing processes. Such a legal balancing of interests usually takes place in all kinds of major planning decisions like zoning or the implementation of central infrastructure projects. It is controlled by the relevant domestic laws, which again makes general comments difficult. What is important to note, however, is that in cases where the pertinent law does not provide in detail which interests are to be accorded which weight – something that happens frequently because the laws in question do not want to curtail the flexibility of the planning institution too rigidly – the directly applicable norm of Art. 3 Par. 1 CRC kicks in. It means that in all planning processes concerning children – which can hardly be avoided in most zoning or infrastructure decisions – the best interests of the child must be a) determined and taken into account and b) given "primary consideration", i.e. they enjoy an abstract priority that can only be set aside if other conflicting high-ranking interests become so important that they outweigh them even under the assumption of a relative priority and compel the corresponding conclusion in the single case at issue.

5. Consequences for reasoning and burden of proof

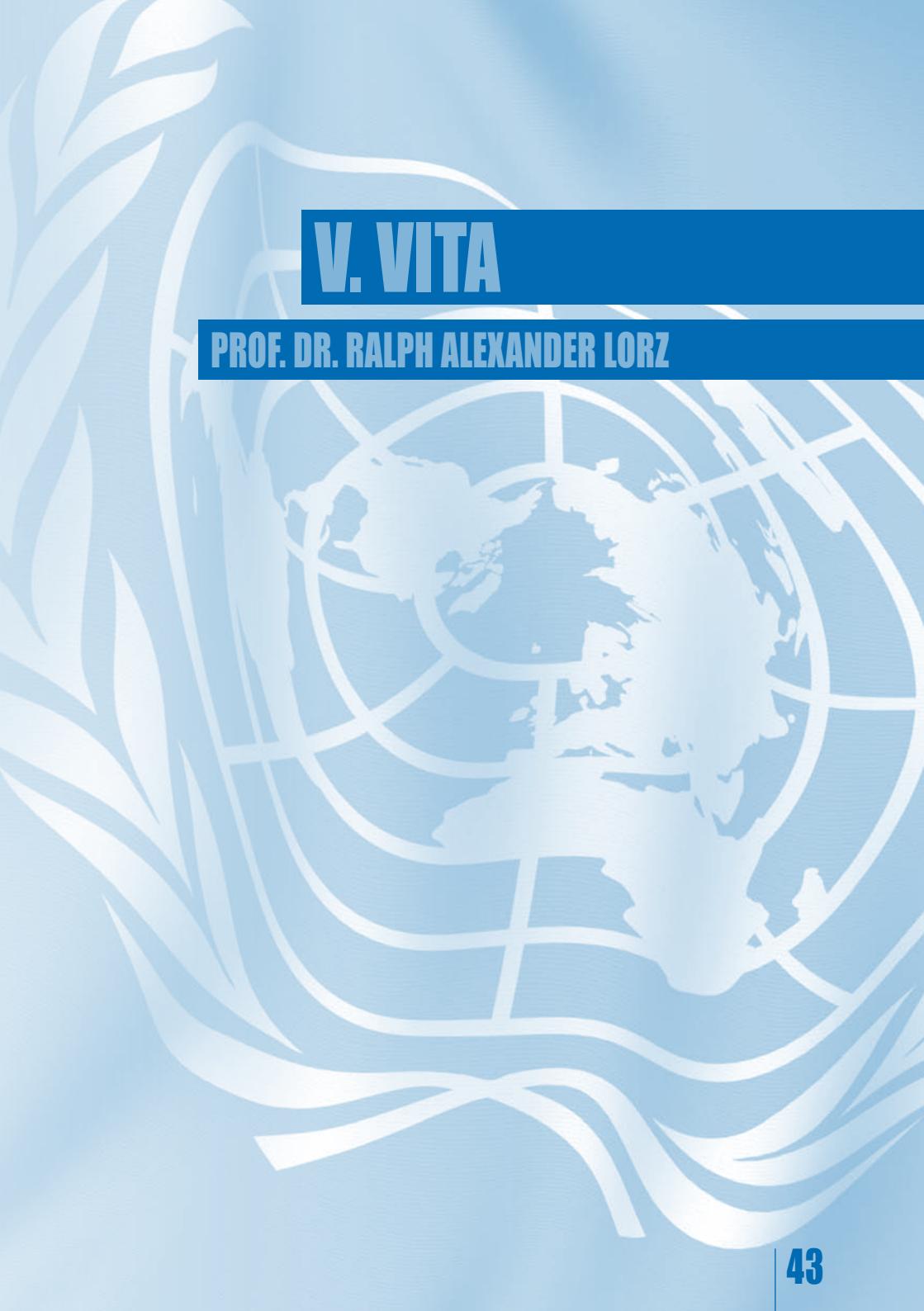
What has been said above about the necessary behavior of administrative agencies in all actions concerning children applies with equal force to judicial decisions and especially to the control of administrative agency behavior by the courts. The judges are as well as the administrative decision-makers obliged to directly apply the "primary consideration" principle of Art. 3 Par. 1 CRC and to implement the priority of the best interests of the child established by this provision. This entails two important consequences for judicial proceedings involving the interests of children: First, it shifts the burden of proof. In all actions concerning children, when the best interests of the child have been determined as required by Art. 3 Par. 1 CRC, either these interests must be reflected in the decision or the burden of proof rests with the decision-maker who decided to overrule them in the name of other, exceptionally more important conflicting interests. Second, in order to satisfy this burden of proof, any decision that deviates from the best interests of the child needs a thorough and specific reasoning to justify this deviation. A missing or insufficient reasoning in this regard will have the effect of automatically creating a presumption against the validity of the decision in question.

IV. CONCLUDING REMARK

Art. 3 Par. 1 CRC holds a vastly underestimated potential for domestic application. The "primary consideration" principle, which can and must be directly applied by administrative agencies as well as the courts, contains procedural as well as substantive legal positions. Procedurally, it demands that in all actions concerning children, their best interests must be determined and taken into account. In addition, the substantive content of Art. 3 Par. 1 CRC creates a presumption as to the result of discretionary decisions and balancing processes. The best interests of the child must either be honored or can be overcome only if they are exceptionally outweighed by conflicting interests of even higher importance in the concrete case at issue. This calls for a thorough reasoning by all domestic institutions applying the law and at the same time grants them additional room for maneuver in order to achieve the result called for by Art. 3 Par. 1 CRC, namely, to generally improve the situation of children. It is part of the overarching message sent out by the CRC – that the well-being of future generations shall be a point of orientation for political action –; a message that has been issued by almost the whole world when 193 States Parties ratified the Convention.

V. VITA

PROF. DR. RALPH ALEXANDER LORZ



VITA



**PROF. DR. RALPH
ALEXANDER LORZ**

PROF. DR. R. ALEXANDER LORZ

wurde 1965 in Nürnberg geboren.

Nach der Ersten Juristischen Staatsprüfung 1988 in Mainz wurde er zunächst als wissenschaftlicher Mitarbeiter in Marburg tätig und dort 1992 zum Dr. iur. promoviert.

1993 absolvierte er die Zweite Juristische Staatsprüfung in Wiesbaden und erwarb danach an der Harvard Law School den Mastergrad sowie die Anwaltszulassung für New York.

1994 kehrte er als wissenschaftlicher Assistent zu Professor Riedel nach Mannheim zurück, wo er sich 1999 habilitierte.

Seit 2000 ist er Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Ausländisches Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und bekleidete außerdem von 2007 bis Februar 2009 das Amt des Staatssekretärs im Hessischen Ministerium für Wissenschaft und Kunst.





**NACH DER RÜCKNAHME DER
DEUTSCHEN VORBEHALTSEKRÄLÄRUNG:
WAS BEDEUTET DIE
UNEINGESCHRÄNKTE VERWIRKLICHUNG
DES KINDESWOHLVORRANGS
NACH DER UN-KINDERRECHTSKONVENTION
IM DEUTSCHEN RECHT?**

WHAT DOES ART. 3 PAR. 1 OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE
RIGHTS OF THE CHILD MEAN FOR THE DOMESTIC APPLICATION OF THE LAW?

PROF. DR. RALPH ALEXANDER LORZ