

rechtsausschuss@bundestag.de

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucher-
schutz
Frau Kathrin Schreiber-Scherbatzki
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Büro Bonn
Rheinauen Carré
Mildred-Scheel-Straße 1
D-53175 Bonn
Fon (0228) 323 002-0
Fax (0228) 323 002-99

Prof. Dr. Thomas Mayen
Dr. Frank Hölscher
Dr. Markus Deutsch
Dr. Barbara Stamm
Dr. Christian Stelter

Büro Stuttgart
GENO Haus
Heilbronner Straße 41
D-70191 Stuttgart
Fon (0711) 601 701-0
Fax (0711) 601 701-99

Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde
Dr. Rainard Menke
Dr. Andrea Vetter
Dr. Winfried Porsch
Dr. Tina Bergmann
Dr. Bernd Schieferdecker
Dr. Moritz Lange
Dr. Matthias Hangst
Maria Marquard

Kontaktdaten:
(0711) 601 701-0
info@doldemayen.de

Unser Zeichen:
TM

Datum:
15. Mai 2021

**Betreff: Öffentliche Anhörung am 17.05.2021 Geschäftszei-
chen PA 6 – 5410-2.2 (Entwürfe eines Gesetzes zur Änderung
des Grundgesetzes BT-Drs. 19/28138, 19/10552, 19/10622 und
19/28440)**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender Prof. Dr. Hirte,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete
des Deutschen Bundestages.

Für die Einladung zur öffentlichen Anhörung am 17.05.2021 danke
ich. Zur Vorbereitung dieser Anhörung beziehe ich mich zunächst
auf die Stellungnahme Nr. 13/2021 des Deutschen Anwaltvereins
zum Regierungsentwurf 19/28138 (in der Fassung des Vorentwurfs
vom 19.01.2021); auch wenn sie in den weiteren Gesetzentwürfen
zitiert wird und damit bereits bekannt sein dürfte, füge ich sie der
guten Ordnung halber noch einmal bei.

Ergänzend hierzu halte ich fest:

I. Zur Entscheidung für die ausdrückliche Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz

In dieser Stellungnahme spricht sich der Deutsche Anwaltverein – insoweit in Übereinstimmung mit allen vier Gesetzentwürfen – für die Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz aus. Das gilt ungeachtet der Tatsache, dass die Geltung der Grundrechte auch für die Kinder nicht in Zweifel steht. Die Charta der Grundrechte der EU spricht in Absatz 4 ihrer Präambel zurecht von der Notwendigkeit, den Schutz der Grundrechte zu stärken, indem sie in einer Charta sichtbar gemacht werden. Das gilt auch für die Kinderrechte im Grundgesetz.

- Verfassungspolitisch gilt es zu beachten, dass die Verfassung die Grundordnung des staatlichen Gemeinwesens ist. In ihr sind die Grundprinzipien der Herrschafts- und Wertordnung eines Staates normativ festgelegt.

Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, S. 78.

Es ist den Bürgerinnen und Bürgern kaum zu vermitteln, dass das Grundgesetz den Tierschutz in Art. 20a GG ausdrücklich zu diesen Grundprinzipien zählt, nicht aber den Schutz des Kindeswohls. Wenn wir den Satz ernst meinen, dass Kinder unsere Zukunft sind, dann muss das auch im Text des GG zum Ausdruck kommen. Schon das ist mehr als nur bloße Symbolik.

- Die Empfehlung für eine ausdrückliche Verankerung der Kinderrechte im Grundgesetz hat aber auch einen juristischen Grund. Das Grundgesetz folgt nicht der angelsächsischen Tradition des Case Law, sondern der Tradition der geschriebenen Verfassung. Als positives Recht aber ist auch das GG unmittelbar nach den Maßstäben und Auslegungsmethoden des positiven Rechts zu konkretisieren.

Herdegen, in: Maunz-Dürig, Präambel Rn. 14.

Hierfür aber hat ein geschriebenes Grundrecht die größere Steuerungskraft. Jedenfalls das Wortlautargument und der Verweis auf den systematischen Standort der Norm setzen beim Normtext an – ein Auslegungsgesichtspunkt, der bei ungeschriebenen Grundrechten aber gerade fehlt.

II. Defizitäre Umsetzung des Art. 3 Abs. 2 UN-KRK im Regierungsentwurf und im Entwurf der Fraktion DIE LINKE

In der Sache bleibt der Gesetzentwurf der Bundesregierung vor allem mit der nur vorgesehenen angemessenen Berücksichtigung des Kindeswohls hinter dem durch Art. 3 UN-Kinderrechtskonvention normierten Vorrang des Kindeswohls zurück.

Während die UN-Kinderrechtskonvention insoweit einen relativen Abwägungsvorrang gegenüber kollidierenden verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern postuliert, will der Regierungsentwurf den bisher unter dem Grundgesetz jedenfalls im Verhältnis des Kindes zu Dritten geltenden allgemeinen Grundsatz praktischer Konkordanz beibehalten, der von der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der kollidierenden Verfassungsrechtsgüter ausgeht.

Im Verhältnis des Kindes zu seinen Eltern bleibt der Regierungsentwurf nicht nur hinter der Kinderrechtskonvention zurück, sondern auch hinter der geltenden Verfassungsrechtslage. De constitutione lata gilt hier nicht der Grundsatz praktischer Konkordanz. Vielmehr folgt hier aus der dienenden Funktion des Elternrechts schon nach geltender Verfassungsrechtslage ein Vorrang des Kindeswohls.

So ausdrücklich etwa BVerfGE 72, 122 (137).

Die nämlichen Einwände gelten auch für den Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE, die das Kindeswohl nur „berücksichtigen“ will.

Demgegenüber greift der Gesetzentwurf der Fraktion der FDP das – vom Deutschen Anwaltverein und mir vorgeschlagene – Konzept eines „relativen Abwägungsvorrangs“ ausdrücklich auf (BT-Drucks. 19/28440, S.6 Mitte).

In diesem Sinne verstehe ich auch den Vorschlag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, wonach das Wohl des Kindes „maßgeblich“ zu berücksichtigen sein soll; allein der systematische Standort dieser Regelung macht nicht hinreichend klar, dass es nur um Maßnahmen öffentlicher Stellen geht.

III. Der Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins für eine Verankerung der Kinderrechte im Grundgesetz

Insgesamt schlägt der Deutsche Anwaltverein vor, Art. 6 GG wie folgt neu zu fassen (zur Begründung für diese Abweichungen zum Regierungsentwurf vgl. die Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins Nr. 13/21, S. 18 ff.):

1. Art. 6 Abs. 1 GG wird wie folgt geändert:

„Ehe, Familie *und* Kinder stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.“

2. Art. 6 Abs. 2 GG werden die folgenden Sätze 3 – 5 angefügt:

„Die Rechte der Kinder einschließlich ihres Rechts auf Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten sind zu achten und zu schützen. Das Wohl des Kindes ist bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen vorrangig zu berücksichtigen. Jedes Kind hat Anspruch auf rechtliches Gehör entsprechend seinem Alter und seiner Reife.“

Mit freundlichen Grüßen

(Prof. Dr. Mayen)



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Verfassungsrechtsausschuss

zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur
Änderung des Grundgesetzes zur ausdrücklichen
Verankerung der Kinderrechte
(Ergänzung der DAV-Stellungnahme Nr. 52/2010
Kinderrechte ins Grundgesetz)

Stellungnahme Nr.: 13/2021

Berlin, im Januar 2021

Mitglieder des Ausschusses Verfassungsrecht

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Thomas Mayen, Bonn (Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Mechtild Düsing, Münster
(Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. Rainard Menke, Stuttgart
- Rechtsanwalt Dr. Sebastian Schmuck, Leipzig
- Rechtsanwältin Dr. Inga Schwertner, Köln
- Rechtsanwalt Stefan von Raumer, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Roya Sangi, Berlin
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Winterhoff, Hamburg
- Rechtsanwältin Dr. Antje Wittmann, Münster
(Berichterstatterin)

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwalt Dr. Nicolas Lührig, Berlin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

- An die Mitglieder des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Rechtsausschuss des Bundesrats
- Bundesverfassungsgericht
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- An die Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer
- Bundesrechtsanwaltskammer
- An die Mitglieder des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins
- An die Vorsitzenden der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- An die Vorsitzenden der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Forum Junge Anwaltschaft
- Redaktion NJW

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 62.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 252 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Kurzzusammenfassung

Der Deutsche Anwaltverein spricht sich durch den Verfassungsrechtsausschuss ausdrücklich für die Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz aus, jedoch nicht in der von der Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf vorgesehenen Formulierung. Diese bleibt – nicht nur – in Ermangelung eines relativen Abwägungsvorrangs gegenüber kollidierenden verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern deutlich hinter den völkerrechtlich und europarechtlich verbürgten Rechten Minderjähriger zurück. Der Entwurf suggeriert zudem durch die fehlende Beschränkung des Bezugspunkts angemessener Berücksichtigung in Art. 6 Abs. 2 Satz 4 sowie durch die Verwendung des Begriffs der elterlichen „Erstverantwortung“ einen Vorrang der Elternrechte nicht nur gegenüber dem staatlichen Wächteramt, sondern auch gegenüber dem Kindeswohl, was hinter der bestehenden Verfassungsrechtslage sogar zurückbliebe. So gesehen geriete die vorgesehene Grundgesetzänderung sogar zum Danaer-Geschenk für die Kinder. Art. 6 GG ist daher wie folgt zu fassen:

1. Art. 6 Abs. 1 GG wird wie folgt geändert:

„Ehe, Familie *und* Kinder stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.“

2. Art. 6 Abs. 2 GG werden die folgenden Sätze 3 – 5 angefügt:

„Die Rechte der Kinder einschließlich ihres Rechts auf Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten sind zu achten und zu schützen. Das Wohl des Kindes ist bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen vorrangig zu berücksichtigen. Jedes

Kind hat Anspruch auf rechtliches Gehör entsprechend seinem Alter und seiner Reife.“

Diese Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf vom 20. Januar 2021 eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes zur ausdrücklichen Verankerung der Kinderrechte ergänzt die DAV-Stellungnahme Nr. 52/2010.

A. Einleitung

Das Aktionsbündnis Kinderrechte fordert als Maßnahme zur Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (BGBl. 1992, II, S. 122) – im Folgenden: KRK – seit langem die Aufnahme von Kinderrechten in das GG. Es hatte bereits im Jahr 2009 einen Vorschlag für die Aufnahme eines neuen Artikels 2a in das Grundgesetz vorgelegt und den Deutschen Anwaltverein um Stellungnahme hierzu gebeten. Der Deutsche Anwaltverein hat sich durch den Verfassungsrechtsausschuss zu dem damaligen Vorschlag mit seiner Stellungnahme Nr. 52/2010 geäußert und vorgeschlagen, Art. 6 Abs. 1 GG wie folgt zu ergänzen:

“Ehe, Familie *und* Kinder stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.”

Seit dem Jahr 2010 hat sich die politische und gesellschaftliche Diskussion um die Einfügung von Kinderrechten in das Grundgesetz maßgeblich weiterentwickelt. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.03.2018 sieht die ausdrückliche Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz vor. Neben dem oben bereits genannten Aktionsbündnis Kinderrechte fordern diverse Parteien, Eltern-, Kinderschutz- und Familienverbände, Kirchen und Kirchenverbände, Gewerkschaften und Stiftungen, Kinderrechte explizit im Grundgesetz zu verankern.

In der Rechtswissenschaft hat das Thema inzwischen eine vertiefte Bearbeitung gefunden. Die Koordinierungsstelle Kinderrechte des Deutschen Kinderhilfswerkes hat im Jahr 2017 ein rechtswissenschaftliches Gutachten zur Aufnahme von Kinderrechten

in das GG eingeholt.¹ Dieses Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass zwar die Normen des Grundgesetzes, insbesondere das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 2 GG, sowie des einfachen Rechts aufgrund ihrer Offenheit weitgehend ausreichen, um den Anforderungen der Kinderrechtskonvention und ihren Kernprinzipien gerecht zu werden. In der Praxis würden diese Vorgaben allerdings nicht in vollem Umfang umgesetzt. Die Aufnahme eines expliziten Kindergrundrechts in das Grundgesetz sei angesichts dieses Umsetzungsdefizits sinnvoll, da die Grundrechte die Staatsgewalten unmittelbar binden. Ein ausdrückliches verfassungsrechtliches Kindergrundrecht würde zudem ein deutlicher und hinreichend bestimmter Bestandteil der Werteordnung des Grundgesetzes und könne damit die Anwendung sämtlichen Rechts prägen.

In zahlreichen wissenschaftlichen Publikationen wird das Thema – mit unterschiedlichem Tenor – behandelt.²

Das Bundesland Nordrhein-Westfalen brachte im März 2017 einen Gesetzentwurf in den Bundesrat ein (Drs. 234/17), der die Einfügung eines neuen Art. 6 Abs. 5 GG vorsah.

Ein vom Bundesfamilienministerium in Auftrag gegebenes Gutachten zur Untersuchung der Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland kam zu dem Ergebnis, dass trotz positiver Entwicklungen in einzelnen Rechtsgebieten erhebliche Anwendungs- und Umsetzungsdefizite hinsichtlich des Art. 3 Abs. 1 KRK (Kindeswohlprinzip) und Art. 12 KRK (Beteiligungsvorschrift) in Rechtsprechung und Gesetzgebung bestanden.³

¹ Hofmann/Donath, Gutachten bzgl. der ausdrücklichen Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz nach Maßgabe der Grundprinzipien der UN-Kinderrechtskonvention, 2017, abrufbar unter: https://kinderrechte-ins-grundgesetz.de/wp-content/uploads/2018/02/DKHW_Gutachten_KRiGG_Hofmann_Donath.pdf

² Vgl. nur Becker, Kinderrechte in die Verfassung?, in: Uhle, Kinder im Recht, Berlin 2019; Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im öffentlichen Recht (Habil.), Tübingen 2015; G. Kirchhof, Die Kinderrechte des Grundgesetzes – Sollte die Verfassung zugunsten von Kindern geändert werden? NJW 2018, 2690; Rossa, Kinderrechte – Das Übereinkommen über die Kinderrechte im internationalen und nationalen Kontext (Diss.), Frankfurt 2014.

³ Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland, Mainz, 25.09.2017, abrufbar auf der Homepage des BMFSFJ: <https://www.bmfsfj.de/blob/120474/a14378149aa3a881242c5b1a6a2aa941/2017-gutachten-umsetzung-kinderrechtskonvention-data.pdf>

Nunmehr liegt ein Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz vom 19.01.2021 vor. Dort ist vorgesehen, in Art. 6 Abs. 2 GG folgende Sätze 3 - 6 anzufügen:

„Die verfassungsmäßigen Rechte der Kinder einschließlich ihres Rechts auf Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten sind zu achten und zu schützen. Das Wohl des Kindes ist angemessen zu berücksichtigen. Der verfassungsrechtliche Anspruch von Kindern auf rechtliches Gehör ist zu wahren. Die Erstverantwortung der Eltern bleibt unberührt.“

Der Deutsche Anwaltverein hält das Anliegen des Gesetzentwurfs, die Grundrechte der Kinder durch eine Verfassungsänderung sichtbar zu machen, für richtig. Die vorgeschlagene Ergänzung des Art. 6 GG bleibt jedoch nicht nur hinter den durch die KRK und die EU-Grundrechtecharta eingeräumten Rechten, namentlich dem Vorrang des Kindeswohls bei Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen, die Kinder betreffen, zurück. Die unterschiedslose Rückführung des Kindeswohls auf eine nur angemessene Berücksichtigung, die auch das Verhältnis Kindeswohl und Elternrecht einschließt, bleibt erkennbar hinter der Rechtsprechung des Bundesverfassungsrechts zurück. Diese kennzeichnet das Elternrecht als dienendes Grundrecht im Interesse des Kindes⁴ gegenüber dem Kindeswohl, dem insoweit Vorrang vor dem Elternrecht zukommt. Nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins ist zu befürchten, dass die vorgeschlagene Grundgesetzänderung eine Einschränkung der Grundrechtsposition der Kinder, die diesen bisher durch das Grundgesetz in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts eingeräumt ist, mit sich bringt. Um einen solchen „Rückschritt“ zu verhindern, regt der Deutsche Anwaltverein dringend eine Modifikation, sprachliche Präzisierung und Straffung des Regierungsentwurfes an.

⁴ BVerfGE 72, 122 (137).

B. Rechtliche Bewertung des Regierungsentwurfes

I. Wesentliche Inhalte des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRK)

Art. 2 Abs. 1 KRK enthält die Grundverpflichtung der Staaten, alle in der Konvention festgelegten Rechte zu achten und sie für jedes ihrer Hoheitsgewalt unterstehende Kind ohne jede Diskriminierung zu gewährleisten. Zur Verwirklichung dieser Rechte müssen sie alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen treffen (Art. 4 Sätze 1 und 2 KRK).

Zu diesen Rechten gehören einerseits die „klassischen“ bürgerlichen Rechte und Freiheiten, namentlich das Recht auf Leben, Überleben und Entwicklung des Kindes (Art. 6 Absätze 1 und 2 KRK), die Freiheit der Meinungsäußerung (Art. 13 KRK), die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 14 KRK), die Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit (Art. 15 KRK), das Recht auf Integrität der Privatsphäre einschließlich des Schutzes vor rechtswidrigen Eingriffen in die Wohnung, Schriftverkehr und Ehre (Art. 16 KRK), das Recht auf Zugang zu Informationen und Material aus einer Vielfalt nationaler und internationaler Quellen (Art. 17 KRK) und auf Wahrung des Familiengefüges (Art. 9 bis 11, 18 KRK). Hinzu treten eine Reihe wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte (so ausdrücklich Art. 4 Satz 2 KRK), die der Förderung des Kindeswohles dienen, so namentlich das Recht behinderter Kinder auf besondere Betreuung (Art. 23 KRK), das Recht jedes Kindes auf das erreichbare Höchstmaß von Gesundheit (Art. 24 KRK), auf Leistungen der sozialen Sicherheit (Art. 26 KRK) und einen seiner Entwicklung angemessenen Lebensstandard (Art. 27 KRK), das Recht auf Bildung (Art. 28 bis 30 KRK) und auf Ruhe und Freizeit (Art. 31 KRK). Art. 4 Satz 2 KRK bestimmt hierfür, dass die Vertragsstaaten diese Rechte unter Ausschöpfung ihrer verfügbaren Mittel verwirklichen müssen.

Als dritte „Säule“ treten neben die Schutz- und Förderrechte besondere Rechte auf Beteiligung: Unter der Voraussetzung, dass das Kind „fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden“, steht ihm nach Art. 12 KRK das Recht zu, diese Meinung frei in allen es berührenden Angelegenheiten zu äußern. Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dass die Äußerungen angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife berücksichtigt werden. Art. 12 Abs. 2 KRK konkretisiert diese Pflicht weiter dahingehend, dass dem Kind, insbesondere in allen es berührenden Gerichts- und

Verwaltungsverfahren ein Anhörungsrecht eingeräumt werden muss. Dieses Recht kann auch durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle jeweils im Einklang mit dem innerstaatlichen Verfahren wahrgenommen werden. Es handelt sich um ein Partizipationsrecht des Kindes.

Besondere Bedeutung kommt der Verpflichtung der Vertragsstaaten auf das Kindeswohl zu. Art. 3 Abs. 1 KRK statuiert die Verpflichtung der Vertragsstaaten, das Kindeswohl

„bei allen Maßnahmen und Entscheidungen, die Kinder betreffen, gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, [...] vorrangig zu berücksichtigen“.

In Art. 3 Abs. 2 KRK verpflichten sich die Vertragsstaaten, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern bzw. der für das Kind gesetzlich verantwortlichen Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind. Art. 3 Abs. 3 KRK erweitert diesen Gedanken dahin, dass die Staaten alle Schutz- und Fürsorgemaßnahmen, die für das Wohlergehen des Kindes erforderlich sind, gewährleisten sollen.

II. EU-Grundrechtecharta

Anders als das Grundgesetz enthält die EU-Grundrechtecharta einen eigenen Artikel zu den Kinderrechten:

Art. 24 Rechte des Kindes

(1) Kinder haben Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. Sie können ihre Meinung frei äußern. Ihre Meinung wird in den Angelegenheiten, die sie betreffen, in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt.

(2) Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.

(3) Jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen.

III. Ergänzung des Grundgesetzes

Zur Umsetzung der Vorgaben der KRK in das deutsche Recht ist es – abgesehen von der Kindeswohlklausel des Art. 3 Abs. 1 KRK – nicht zwingend erforderlich, das Grundgesetz zu ändern. Allerdings erscheint eine Ergänzung des Grundgesetzes in Art. 6 GG angemessen und sinnvoll. Im Einzelnen:

1. Keine Verpflichtung zur Verfassungsergänzung durch das Übereinkommen über die Rechte des Kindes

Die KRK verpflichtet nicht zur Verankerung der darin normierten Kinderrechte gerade in den Verfassungen der Vertragsstaaten. Eine solche Verpflichtung ergibt sich weder aus Art. 3 KRK noch aus Art. 4 Satz 1 KRK.

Die Kinderrechtskonvention ist als völkerrechtlicher Vertrag zunächst nur für die Vertragsstaaten bindend. Nach Art. 4 KRK treffen die Vertragsstaaten alle geeigneten Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und sonstigen Maßnahmen zur Verwirklichung der in diesem Übereinkommen anerkannten Rechte. Nicht festgelegt ist, in welcher Weise die Vertragsstaaten dieser Verpflichtung nachkommen, d. h. der notwendige innerstaatliche Vollzug und seine Modalitäten.

Eine völkerrechtliche Pflicht zur Verfassungsänderung, d. h. insbesondere zur Aufnahme des Vorrangs des Kindeswohls in allen Kinder betreffenden Angelegenheiten in das Grundgesetz, ergibt sich aus der Kinderrechtskonvention nicht. Es gilt die allgemeine Regel des Völkerrechts, dass es den Vertragsstaaten überlassen bleibt, wie sie internationale Verpflichtungen erfüllen. Entscheidend ist das Ergebnis ihrer

Umsetzung, vorliegend also die Achtung und Gewährung der Konventionsrechte.⁵ Wenn allerdings das Ergebnis den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Unterzeichnerstaates widerspricht, kann die völkerrechtliche Verpflichtung nicht umgesetzt werden, es sei denn, man ändert die Verfassung.

Hiervon geht auch die Allgemeine Empfehlung des Vertragsausschusses (UN-Committee on the Rights of the Child) in seinem General Comment No. 5 zur Auslegung von Art. 4 KRK aus. Der Ausschuss begrüßt zwar die Aufnahme von Rechten in die Verfassung, weist aber darauf hin, dass letztlich allein entscheidend sei, dass die Rechte tatsächlich gerichtlich durchsetzbar sind.⁶

In seiner Beurteilung des 3. und 4. periodischen Staatenberichts der BRD im Jahr 2010 hat der Vertragsausschuss gefordert, Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass der Konvention „Vorrang vor dem einfachen Bundesrecht“ zukommt, wobei er offen lässt, ob dieses Ziel durch eine Aufnahme von Regelungen in das Grundgesetz oder auf andere Weise erreicht werden soll:

“The Committee notes with satisfaction that most Länder have explicitly recognized children’s rights in their Constitutions. However, the Committee remains concerned that children’s rights have not yet been explicitly recognized in the Constitutions of Hamburg and Hesse, and in the Federal Constitution (Basic Law). The Committee further notes that under article 59, paragraph 2 of the Basic Law, the Convention is placed at the level of an ordinary federal law. In light of its previous recommendations, the Committee urges the State party to take all the necessary measures to ensure that the Convention takes precedence over the Federal laws through its incorporation into the Basic Law or by any other procedure.”⁷

⁵ Nowak, Manfred, CCPR Commentary, 2. Aufl. 2005, Art. 2, Rn. 53 (in Bezug auf die vergleichbare Regelung in Art. 2 Abs. 2 IPbPR, an der man sich für die Regelung in Art. 4 KRK orientierte). Im Ergebnis ebenso: Lorz, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der Deutschen Rechtsordnung, 2003, S. 9, 40, 52-54; G. Kirchhof, Die Kinderrechte des Grundgesetzes, NJW 2018, 2690, 2691; Wapler, Verfassungsrechtliches Kurzgutachten zum Thema „Kinderrechte ins Grundgesetz“, S. 4; Hofmann/Donath, Gutachten bzgl. der ausdrücklichen Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz nach Maßgabe der Grundprinzipien der UN-Kinderrechtskonvention, S. 11.

⁶ General Comment No. 5, “General measures of implementation of the Convention of the Rights of the Child”, UN Doc. CRC/GC/2003/5 v. 27.11.2003, S. 7, Ziff. 21.

⁷ Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of Germany, UN Doc. CRC/C/ DEU/CO/3-4GE.3, IV. a) 9./10.

Der jüngst erstellte 5. und 6. Staatenbericht der BRD, der den Berichtszeitraum 2014 - 2018 umfasst, kündigt seinerseits eine Verfassungsänderung an. Dort heißt es:

"Um aber die Sichtbarkeit von Kinderrechten und ihre Anwendung in der Praxis zu verbessern, sieht die Bundesregierung eine Änderung des GG als verfassungspolitisch sinnvolles und wichtiges Vorhaben an. Im Koalitionsvertrag [...] ist festgehalten, dass im GG ein ausdrückliches Kindergrundrecht geschaffen werden soll. Damit soll klargestellt werden, dass Kinder Grundrechtsträger sind und ihre Rechte Verfassungsrang haben. Über die genaue Ausgestaltung beraten Bund und Länder derzeit gemeinsam in einer Arbeitsgruppe und werden bis spätestens Ende 2019 einen Vorschlag vorlegen. [...] Somit ist davon auszugehen, dass die entsprechende Empfehlung des Ausschusses in dieser Legislaturperiode umgesetzt wird."⁸

Zusammenfassend kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass aus Art. 3 Abs. 2 KRK und Art. 4 KRK keine zwingende völkerrechtliche Verpflichtung folgt, die in der KRK anerkannten Konventionsrechte durch eine verfassungsrechtliche Verankerung umzusetzen, dass sich allerdings eine entsprechende Erwartungshaltung auf Seiten des Vertragsausschusses durchaus feststellen lässt.

2. Gründe für eine weitergehende Verankerung der Kinderrechte im Grundgesetz

Auch wenn aus der Kinderrechtskonvention keine zwingende Verpflichtung zu einer verfassungsrechtlichen Verankerung der Kinderrechte folgt, hält der Deutsche Anwaltverein eine Ergänzung des Art. 6 GG grundsätzlich für geboten. Zwar ist der Schutz der Kinder im geltenden Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere in Art. 6 Abs. 2 GG und Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (körperliche Unversehrtheit) und Art. 2 Abs. 1 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit) bereits weitgehend abgesichert. Allerdings erscheint es angemessen, die Vorgaben der Art. 3 und 12 KRK durch eine explizite Verfassungsnorm umzusetzen, durch die dem

⁸ Fünfter und Sechster Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, S. 3, 4.

Kindeswohl in verfassungsrechtlichen Konfliktlagen ein relativer Abwägungsvorrang gegenüber anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern zukommt und ein unmittelbares Beteiligungsrecht für Kinder vorgesehen wird. Damit würde auch eine Harmonisierung mit dem Gewährleistungsniveau der EU-Grundrechtecharta erreicht.

a) Nach dem geltenden Grundgesetz ist der Kinder- und Jugendschutz bereits mit vollem Verfassungsrang ausgestattet. Kinder und Jugendliche sind – ebenso wie Erwachsene – Grundrechtsträger und genießen den vollen Schutz der in Art. 1 Abs. 1 GG verankerten Menschenwürde ebenso wie der sonstigen Grundrechte.

Dieser grundrechtlich verbürgte Schutz beinhaltet – wie für jeden anderen Grundrechtsträger auch – sowohl einen Schutz vor staatlichen Eingriffen in die Freiheitssphäre der Kinder und Jugendlichen als auch einen Anspruch der Kinder und Jugendlichen auf Schutz ihrer Rechte und verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter und auf Fürsorge durch den Staat. Angesichts der spezifischen Situation von Kindern, die, anders als erwachsene Grundrechtsträger, nicht (vollumfänglich) in der Lage sind, selbst für ihren Schutz zu sorgen, sich noch in der Persönlichkeitsentwicklung befinden und strukturell einer stärkeren Unterstützung bedürfen, ist davon auszugehen, dass die (allgemeinen) Grundrechte gegenüber Kindern eine stärkere Schutzdimension entfalten als gegenüber Erwachsenen und aus ihnen zugunsten von Kindern eher auch konkrete Pflichten des Staates abgeleitet werden können/müssen.⁹

Die verfassungsrechtlich verbürgten Rechte der Kinder und Jugendlichen werden namentlich nicht durch das in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantierte Recht der Eltern auf Pflege und Erziehung ihrer Kinder infrage gestellt. So hat das Bundesverfassungsgericht wörtlich ausgeführt:

„Das Kind hat eigene Würde und eigene Rechte. Als Grundrechtsträger hat es Anspruch auf den Schutz des Staates und die Gewährleistung seiner grundrechtlich verbürgten Rechte.
[...] Das Elternrecht dem Kind gegenüber findet seine Rechtfertigung

⁹ Vgl. dazu - mit weiteren Hinweisen - Britz, Kinderschutz – aktuelle verfassungsrechtliche Leitlinien, NZFam 2016, 1113; zu der spezifischen Situation der Kinder als Grundrechtsträger auch ausführlich Radtke, Die Rechte von Kindern im Grundgesetz, DRiZ 2019, 56 ff.

darin, dass das Kind des Schutzes und der Hilfe bedarf, damit es sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln kann, wie sie dem Menschenbild des Grundgesetzes entspricht (vgl. BVerfGE 24, 119 <144>). Dieses Recht ist deshalb untrennbar mit der Pflicht der Eltern verbunden, dem Kind diesen Schutz und diese Hilfe zu seinem Wohl angedeihen zu lassen. Dabei bezieht sich diese Pflicht nicht lediglich auf das Kind, sie besteht auch gegenüber dem Kind. **Denn das Kind** ist nicht Gegenstand elterlicher Rechtsausübung, es **ist Rechtssubjekt und Grundrechtsträger**, dem die Eltern schulden, ihr Handeln an seinem Wohl auszurichten.“¹⁰

Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verbürgt ein unmittelbar gegenüber den Eltern wirkendes Grundrecht der Kinder auf Wahrung und Förderung des Kindeswohls und auf Wahrnehmung der elterlichen Erziehungsverantwortung. Auch dies hat das Bundesverfassungsgericht pointiert zum Ausdruck gebracht:

„Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert den Eltern das Recht auf Pflege und Erziehung ihres Kindes, macht ihnen diese Aufgabe aber zugleich auch zu einer zuvörderst ihnen obliegenden Pflicht. Dabei können die Eltern grundsätzlich frei von staatlichem Einfluss nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen (vgl. BVerfGE 107, 104 [117]). Maßgebliche Richtschnur für ihr Handeln muss aber das Wohl des Kindes sein, **denn das Elternrecht ist ein Recht im Interesse des Kindes** (vgl. BVerfGE 103, 89 [107]). Es ist ihnen **um des Kindes willen verbürgt**. Die elterliche Pflicht zur Pflege und Erziehung ihres Kindes besteht nicht allein gegenüber dem Staat, der über die Ausübung der Elternverantwortung zu wachen hat und verpflichtet ist, zum Schutze des Kindes einzuschreiten, wenn Eltern dieser Verantwortung nicht gerecht werden (vgl. BVerfGE 60, 79 [88]; 107, 104 [117]). **Eltern**

¹⁰ BVerfGE 121, 69 [Juris Rn. 71] – Hervorhebung nicht im Original.

sind auch – unmittelbar – ihrem Kind gegenüber zu dessen Pflege und Erziehung verpflichtet.

Mit dieser den Eltern durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG auferlegten Pflicht gegenüber dem Kind, es zu pflegen und zu erziehen, **korrespondiert das Recht des Kindes auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.** Wird jemandem eine Pflicht auferlegt, die sich auf eine andere Person bezieht und die zugleich mit dem Recht verbunden ist, auf diese Person einzuwirken, für sie Entscheidungen zu treffen, ihre Interessen zu vertreten und auf ihre Persönlichkeitsentfaltung maßgeblich und zuvörderst Einfluss zu nehmen, so berührt dies den Kern höchstpersönlicher Lebensentfaltung des Anderen und schränkt dessen freie Willensentscheidung ein. Den Eltern eine solch tief greifende Einflussnahme auf das Leben ihres Kindes einzuräumen, rechtfertigt sich allein aus dem Umstand, dass das Kind noch nicht selbst für sich Verantwortung tragen kann und zu Schaden käme, wenn es hierbei keine Hilfe erführe. Bedarf aber das Kind solcher Unterstützung durch seine Eltern und ist deshalb die Elternverantwortung allein dem Wohle des Kindes verpflichtet wie geschuldet, **dann hat das Kind auch einen Anspruch darauf, dass zuvörderst seine Eltern Sorge für es tragen, und ein Recht darauf, dass seine Eltern der mit ihrem Elternrecht untrennbar verbundenen Pflicht auch nachkommen. Dieses Recht des Kindes findet insofern in der elterlichen Verantwortung seinen Grund und wird damit von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützt.**¹¹

Daneben normiert Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG eine konkrete Schutzpflicht des Staates, im Rahmen derer er die Wahrnehmung der Pflege- und Erziehungsverantwortung der Eltern zu überwachen hat. Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, dass dem Staat auch über das in Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG vorgesehene staatliche „Wächteramt“ hinaus, das sich auf die Pflege- und Erziehungsverantwortung der Eltern aus Art. 6 Abs.

¹¹ BVerfGE 121, 69 [Juris Rn. 72] – Hervorhebung nicht im Original.

2 Satz 1 GG bezieht, eine allgemeine Pflicht zum Schutz und zur Hilfe gegenüber Kindern zukommt. Das Gericht hat hierzu ausgeführt:

„Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verleiht dem Kind ein Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung. **Das Kind, dem ein eigenes Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit zukommt (Art. 2 Abs. 1 GG), steht unter dem besonderen Schutz des Staates** (vgl. BVerfGE 57, 361 <382>). Kinder bedürfen des Schutzes und der Hilfe, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln zu können (vgl. BVerfGE 121, 69 <92 f.>; stRspr). Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verpflichtet den Gesetzgeber, Lebensbedingungen des Kindes zu sichern, die für sein gesundes Aufwachsen erforderlich sind (vgl. BVerfGE 24, 119 <144 f.>; 57, 361 <383>). **Diese vom Gesetzgeber näher auszugestaltende Schutzverantwortung für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes teilt das Grundgesetz zwischen Eltern und Staat auf.** In erster Linie ist sie den Eltern zugewiesen; nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind Pflege und Erziehung die zuvörderst den Eltern obliegende Pflicht. **Daneben sind dem Staat eigene Pflichten gegenüber den Kindern auferlegt**, die den elterlichen Pflege- und Erziehungsauftrag unterstützen und ergänzen (vgl. BVerfGE 83, 130 <139>). **Darüber hinaus trifft den Staat auch in jenen Bereichen, in denen die Pflege- und Erziehungspflicht in den Händen der Eltern liegt, eine grundrechtliche Gewährleistungspflicht** aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG; ihm verbleibt eine Kontroll- und Sicherungsverantwortung dafür, dass sich ein Kind in der Obhut seiner Eltern tatsächlich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit entwickeln kann (vgl. BVerfGE 101, 361 <385 f.>; 121, 69 <93 f.>).“¹²

¹² BVerfGE 133, 59, [Rn. 41 ff.], Hervorhebungen nicht im Original.

b) Nach alledem ist zu konstatieren, dass sich das „Recht des Kindes“ bzw. eine verfassungsrechtliche Verankerung des Schutzes des Kindeswohls bereits jetzt aus dem Grundgesetz herleiten lässt und auch vom Bundesverfassungsgericht daraus abgeleitet wird, dass der Wortlaut des Grundgesetzes diese Rechte jedoch nicht auf den ersten Blick sichtbar macht. Es bedarf einer recht komplexen Zusammenschau der Art. 2 Abs. 2, 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG, ggf. auch anderer Grundrechte und der in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG enthaltenen Elternrechte unter Berücksichtigung des staatlichen Wächteramtes aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG sowie der dazu ergangenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, um spezifische Kinderrechte bzw. die Subjektstellung der Kinder aus dem Grundgesetz abzuleiten.¹³

Auch für die staatlichen Institutionen ist daher die unmittelbare Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz nicht ohne weiteres erkennbar. Zwar bindet die Verfassungsrechtsprechung die staatlichen Stellen; in der Rechtspraxis und im Bewusstsein der handelnden Akteure stellt es aber zweifellos einen Unterschied dar, ob eine verfassungsrechtlich geschützte Position unmittelbar aus dem Wortlaut des Grundgesetzes abzuleiten ist (so etwa für bestimmte Personen wie Ehepartner, Eltern, Familienmitglieder aus Art. 6 GG, oder für bestimmte Belange wie Umwelt und Tierschutz aus Art. 20 a GG), oder ob sie erst durch die Zusammenschau mehrerer Vorschriften unter Hinzuziehung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in ihrer vollen Tragweite erkennbar wird. Die Sichtbarkeit der Kindergrundrechte im Grundgesetz ist – anders als in der EU-Grundrechtecharta – defizitär.

c) Zudem ist *de constitutione lata* noch nicht gewährleistet, dass das Kindeswohl, wie es Art. 3 Abs. 1 KRK fordert, bei *allen* Maßnahmen und Entscheidungen, die Kinder betreffen, *vorrangig* zu berücksichtigen ist. Einen solchen Vorrang erkennt das BVerfG dem Kindeswohl bisher nur gegenüber dem Elternrecht zu, das den Eltern nur im Interesse des Kindes eingeräumt ist. Gegenüber den Belangen Dritter bei Maßnahmen privater und öffentlicher Einrichtungen geht das BVerfG hingegen vom Grundsatz praktischer Konkordanz aus. Die im konkreten Fall kollidierenden Verfassungsrechtsgüter – das Kindeswohl eingeschlossen – sind danach im abstrakten

¹³ Vgl. auch Hofmann/Donath, Gutachten bzgl. der ausdrücklichen Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz nach Maßgabe der Grundprinzipien der UN-Kinderrechtskonvention, S. 10/11.

Ausgangspunkt gleichrangig; Vorrang kommt ihnen nur zu, wenn dafür in der konkreten Abwägungssituation spezifische Rechtfertigungsgründe bestehen.¹⁴

Darin unterscheidet sich die bestehende Verfassungsrechtslage vom Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 1 KRK. Zwar kommt dem Kindeswohl danach kein absoluter Vorrang in dem Sinne zu, dass es sich in jedem Fall – unabhängig von den jeweiligen Besonderheiten und Gefährdungslagen auch für hiermit kollidierende verfassungsrechtliche Schutzgüter – stets gegenüber allen anderen Belangen durchsetzt. Das Kindeswohl wird bspw. in solchen Fällen zurücktreten müssen, in denen es selbst nur geringfügig tangiert, ein hiermit kollidierendes verfassungsrechtliches Schutzgut hingegen erheblich betroffen ist.

Mit Blick auf die Verpflichtungen aus der KRK ist es aber geboten, einen *relativen Abwägungsvorrang* zugunsten des Kindeswohls verfassungsrechtlich zu verankern, der zur Folge hat, dass das Kindeswohl in verfassungsrechtlichen Abwägungssituationen im Ausgangspunkt mit einem relativ höheren Gewicht in die Abwägung eingestellt wird und daher nur unter verschärften Anforderungen im Wege der Abwägung zugunsten eines anderen kollidierenden Verfassungsrechtsguts überwunden werden kann. Mit dem Grundsatz praktischer Konkordanz, der nach dem Regierungsentwurf zur Anwendung kommen soll, wäre ein solcher relativer Abwägungsvorrang nicht vereinbar.¹⁵

Die genannten Defizite (mangelnde Offenkundigkeit der Kinderrechte und Fehlen eines umfassenden Abwägungsvorrangs für Kinderrechte im Grundgesetz) sollten beseitigt werden, indem (i) eine staatliche Schutzpflicht für Kinder explizit in das Grundgesetz eingefügt wird, die dann nicht nur auf das öffentliche Recht einwirkt, sondern vermittelt über die staatliche Gesetzgebung und Rechtsprechung auch auf das Zivilrecht ausstrahlt, und (ii) dem Kindeswohl nach dem Vorbild des Art. 24 GRCh ein relativer Abwägungsvorrang bei allen Maßnahmen privater und öffentlicher Einrichtungen zukommt, die Kinder betreffen.

¹⁴ Vgl. zur Unvereinbarkeit genereller Vorrang-Nachrang-Regeln mit dem Gebot praktischer Konkordanz: BVerfGE 115, 205 (242).

¹⁵ Mayen, in: Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentags, 2018, S 15.

IV. Bewertung des Art. 6 Abs. 2 Satz 3 (neu)

Das Anliegen, „die Grundrechtsberechtigung der Kinder zu verankern“ verfolgt der Regierungsentwurf mit der geplanten Formulierung

„Die verfassungsmäßigen Rechte der Kinder einschließlich ihres Rechts auf Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten sind zu achten und zu schützen. Das Wohl des Kindes ist angemessen zu berücksichtigen“.

Damit soll eine Regelung geschaffen werden, die die staatliche Schutzpflicht explizit auf die Kinder erstreckt.

Nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins bietet es sich – wie bereits im Jahr 2010 vorgeschlagen – nach wie vor an, die besondere staatliche Schutzpflicht durch eine Ergänzung in Art. 6 Abs. 1 GG zum Ausdruck zu bringen:

“Ehe, Familie *und* Kinder stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.”

Die Kinder würden dann bereits in Abs. 1 als Grundrechtsträger mit eigenen Rechten sichtbar. Aus einer derartigen Ergänzung würde an sich auch bereits ein Abwägungsvorrang für die Rechte der Kinder bzw. das Wohl der Kinder folgen, weil die staatliche Schutzpflicht nach dieser Formulierung gegenüber den Kindern in besonderer Weise besteht und insofern über das allgemein durch staatliche Schutzpflichten geschuldete Maß hinausgeht.

Die im Regierungsentwurf vorgeschlagene Formulierung:

„Die verfassungsmäßigen Rechte der Kinder einschließlich ihres Rechts auf Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten sind zu achten und zu schützen.“

verfolgt dasselbe Anliegen, wäre aber insoweit zu bereinigen und an die Struktur des übrigen Art. 6 GG anzupassen, als nicht von den „verfassungsmäßigen“ Rechten der

Kinder gesprochen werden sollte. Der staatliche Schutzauftrag bezieht sich auf sämtliche Rechte der Kinder, nicht nur auf „verfassungsmäßige“. Auch andere Grundrechtsnormen beschränken ihren Anwendungsbereich nicht auf „verfassungsmäßige“ Inhalte, sondern begründen selbst die verfassungsmäßigen Rechte. So heißt es auch in Art. 6 Abs. 1 GG nicht, die „verfassungsmäßigen Rechte von Ehe und Familie“ stünden unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Selbst wenn man unterstellt, dass die den Kindern zustehenden Grundrechte auch aus den „allgemeinen Grundrechten“ und der Rechtsprechung des BVerfG abgeleitet werden können, soll doch die Neuregelung den Sinn haben, das Kindergrundrecht explizit in der Verfassung zu verankern.¹⁶

Mit dieser Funktion muss die Norm selbst Grundrechte der Kinder begründen und nicht nur auf bestehende „verfassungsmäßige“ Rechte rekurrieren. Bei der im Regierungsentwurf gewählten Formulierung des neuen Satzes 3 bliebe das ausgemachte Defizit der bisherigen Rechtslage, nämlich die mangelnde Erkennbarkeit der Grundrechte der Kinder, letztlich bestehen. Denn es wäre weiterhin unklar und aus einer komplizierten Zusammenschau der „allgemeinen Grundrechte“, des Elternrechts, des staatlichen Wächteramtes und der Rechtsprechung des BVerfG abzuleiten, welche „verfassungsmäßigen Rechte“ der neue Art. 6 Abs. 2 Satz 3 GG umfasst bzw. schützt. Das Regelungsziel des Gesetzgebers würde verfehlt.

V. Bewertung des Art. 6 Abs. 2 Satz 4 (neu)

Besondere Kritik gebührt nach Ansicht des Deutschen Anwaltvereins der vorgesehenen Ergänzung in Art. 6 Abs. 2 Satz 4 GG:

„Das Wohl des Kindes ist angemessen zu berücksichtigen.“

1) Die Formulierung schreibt – erstens – lediglich eine „angemessene“ Berücksichtigung des Kindeswohls vor. Sie begründet damit nicht den von der KRK vorgegebenen und in der EU-Grundrechtecharta festgeschrieben *relativen* Abwägungsvorrang des Kindeswohls. Die Regelung eines Anspruchs auf „angemessene Berücksichtigung“ verpflichtet den Grundrechtsverpflichteten nur, das

¹⁶ So die Gesetzesbegründung, S. 1.

Kindeswohl überhaupt in eine Abwägung mit anderen Belangen einzubeziehen, bewirkt aber keinen relativen Vorrang. Ein solcher ist aber durch die KRK bereits einfachrechtlich für alle staatlichen Stellen vorgegeben und ebenso in der EU-Grundrechtecharta geregelt.

Vor dem Hintergrund weitergehender Gewährleistungen auf europa- und völkerrechtlicher Ebene und angesichts der besonderen Situation der Kinder, die noch nicht vollumfänglich selbst für sich Verantwortung tragen können und strukturell in besonderem Maße hilfsbedürftig sind, wäre es unangemessen (und für den Geltungsanspruch der KRK und der EU-Grundrechtecharta sogar gefährlich), in einem neu formulierten Kindergrundrecht hinter diesem Anspruch zurückzubleiben und im sprachlichen Kontrast zu der KRK und der EU-Grundrechtecharta im Grundgesetz nur von einer „angemessenen Berücksichtigung“ des Kindeswohls zu sprechen. Angesichts der bestehenden, identischen Formulierungen der KRK und der Grundrechtecharta lässt sich die davon abweichende Neuregelung nur so verstehen, dass das Grundgesetz dem Kindeswohl ein geringeres Gewicht zubilligt als die KRK und die EU-Grundrechtecharta und keinen Abwägungsvorrang einräumt.

Diese Regelungsabsicht ergibt sich auch ausdrücklich aus der Begründung des Regierungsentwurfes, die ausführt, dass die Neuregelung auf dem „Grundsatz der praktischen Konkordanz basiere“. Von einem relativen Abwägungsvorrang der Kinderrechte ist hier keine Rede.¹⁷

Zwar heißt es in der Begründung des Regierungsentwurfes auch, Satz 4 beruhe textlich auf „den Abwägungsformeln, die in Art. 3 Abs. 1 KRK und in Art. 24 Abs. 3 EU-Grundrechtecharta enthalten“ seien. Dem widerspricht aber gerade der Hinweis auf den Grundsatz praktischer Konkordanz. Wollte der Regierungsentwurf die Vorgaben der KRK und der Grundrechtecharta umsetzen, müsste er daher einen (relativen) Vorrang des Kindeswohls auch sprachlich zum Ausdruck bringen und die Formulierungen der KRK und der Grundrechtecharta übernehmen. Mit der gewählten, abweichenden Formulierung („angemessen“ statt „vorrangig“) weicht der Regierungsentwurf erkennbar von dem völker- und europarechtlichen Schutzniveau in Art. 3 Abs. 1 KRK und Art. 24 Abs. 3 EU-Grundrechtecharta ab; der Schutzstandard, der durch das Grundgesetz

¹⁷ Regierungsentwurf, S. 10.

eingedrückt werden soll, bleibe hinter dem zurück, was die KRK als einfaches Recht und die EU-Grundrechtecharta für Akte mit Bezug zum Unionsrecht bereits voraussetzen.

2) Besondere Kritik verdient die jetzt vorgeschlagene Einfügung des Art. 6 Abs. 2 Satz 4 (neu) darüber hinaus – zweitens –, weil er die vorgesehene angemessene Berücksichtigung des Kindeswohls nicht im Bezugspunkt auf die Maßnahmen staatlicher Einrichtungen, die Kinder betreffen, beschränkt. In der jetzigen Fassung erstreckt sich die Pflicht zu einer nur angemessenen Berücksichtigung des Kindeswohls auch auf Maßnahmen der Eltern in Ausübung des Elternrechts. Dies legt der systematische Standort der vorgeschlagenen Kindeswohlberücksichtigung in Art. 6 Abs. 2 GG sogar nahe, in dessen erstem Satz das Elternrecht gewährleistet ist.

Dann aber fiele die jetzige Kinderrechtsnovelle sogar hinter die geltende Verfassungsrechtslage zurück. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dient das Elternrecht dem Kindeswohl, dem deshalb im Konfliktfall Vorrang gegenüber dem Elternrecht gebührt, nicht nur angemessene Berücksichtigung. Wenn die Novelle das Kindeswohl gleichwohl auch im Verhältnis zu dem Elternrecht nur angemessen berücksichtigt wissen will, geriete die vorgesehene Grundgesetzänderung zum Danaer-Geschenk für die Kinder.

Um einen solchen Rückschritt zu vermeiden und die gebotene Harmonisierung mit KRK und EU-Grundrechtecharta auch sprachlich zu erreichen, sollte Art. 6 Abs. 2 Satz 4 in Anlehnung an Art. 3 Abs. 1 KRK gefasst werden. Sprachliches Vorbild sollte die Formulierung von Art. 24 der Europäischen Grundrechte-Charta sein:

„Das Wohl des Kindes ist bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen vorrangig zu berücksichtigen.“

Eine solche Formulierung würde auch dem erkannten gesellschaftlichen Bedürfnis nach weitergehendem staatlichen Schutz Rechnung tragen, das nicht zuletzt daraus

resultiert, dass die KRK mit ihrer „Vorrangregelung“ zwar unmittelbar geltendes Recht ist, in der Rechtswirklichkeit jedoch bislang keine maßgebliche Rolle spielt und bei staatlichen Entscheidungen (der Judikative und der Exekutive) faktisch kaum Beachtung findet.¹⁸

VI. Beteiligungs- und Gehörsrechte (Bewertung des Art. 6 Abs. 2 Satz 5 (neu))

Der Regierungsentwurf sieht für Art. 6 Abs. 2 Satz 5 GG folgende Neuregelung vor:

„Der verfassungsrechtliche Anspruch von Kindern auf rechtliches Gehör ist zu wahren.“

Diese Regelung soll die verfahrensrechtlichen Garantien „aufnehmen“, die Kindern auch schon heute aus Art. 103 GG und dem Rechtsstaatsprinzip zustehen.¹⁹

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung aus den Grundrechten bzw. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes bereits eine alters- und reifeangemessene Berücksichtigung des Willens und der Meinung des Kindes jedenfalls bei individuellen Entscheidungen über seine Angelegenheiten abgeleitet.²⁰

In der Praxis lässt sich aber, insbesondere in Rechtsgebieten, denen eine Berücksichtigung von Kinderinteressen thematisch nicht per se naheliegt, ein erhebliches Umsetzungsdefizit hinsichtlich der Vorgaben der KRK durch Anwendung der bestehenden Gesetze feststellen. Art. 12 KRK findet in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft – abgesehen von Kommentierungen und Ausarbeitungen zur KRK selbst – quasi keine Erwähnung.²¹

Ob diesem Vollzugsdefizit durch eine Ergänzung des Grundgesetzes oder durch eine verbesserte Berücksichtigung des Art. 12 KRK selbst bzw. seiner Vorgaben in Anwendung allgemeiner Beteiligungsnormen begegnet werden sollte, ist fraglich. Die

¹⁸ Vgl. dazu die Untersuchung von Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland, a.a.O.

¹⁹ So der Regierungsentwurf, S. 11.

²⁰ Vgl. etwa BVerfG, 1. K., B. v. 17.09.2016, 1 BvR 1547/16; BVerfGE 99, 145, 156 (Rn. 20).

²¹ Wapler, Umsetzung und Anwendung der Kinderrechtskonvention in Deutschland, a.a.O., S. 55 ff. und 66 ff.; dieser Befund wird bestätigt durch eine Abfrage bei den Recherchediensten Juris und Beck-online.

Aufnahme einer Beteiligungsvorschrift in das Grundgesetz könnte jedenfalls zu einer konventionskonformen Auslegung der bestehenden, allgemeinen Beteiligungs- und Verfahrensvorschriften führen und über eine Sichtbarmachung auch eine Stärkung der Beteiligungsrechte von Kindern zur Folge haben.²²

Dies erscheint auch mit Blick auf die in neuerer Zeit bekannt gewordenen Missbrauchsfälle (Staufen, Münster u.a.) erforderlich, weil sich bei ihnen nachträglich erwiesen hat, dass Anhörungen der Kinder häufig nicht durchgeführt wurden.

Wenn man sich – wie der Regierungsentwurf – für eine explizite Regelung des Beteiligungsrechts entscheidet, sollte die Vorschrift jedenfalls nicht als reine Wiedergabe einer bereits nach Art. 103 GG eingeräumten Rechtsposition konzipiert werde, sondern unmittelbar ein entsprechendes Recht für Kinder begründen. Wie oben bereits gezeigt, ist eine rein deklaratorische Wiedergabe bestehender Rechte dem Grundrechtskatalog wesensfremd. Deshalb gilt auch hier, dass nicht auf einen „verfassungsrechtlichen“ Anspruch auf rechtliches Gehör verwiesen werden sollte. Nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins sollte der neue Satz 5 wie folgt lauten:

„Jedes Kind hat einen Anspruch auf rechtliches Gehör entsprechend seinem Alter und seiner Reife.“

VII. Zur „Erstverantwortung“ der Eltern (Bewertung des Art. 6 Abs. 2 Satz 6 (neu))

Der Regierungsentwurf sieht vor, als neuen Satz 6 folgende Regelung anzufügen:

„Die Erstverantwortung der Eltern bleibt unberührt.“

Die Vorschrift soll nach der Begründung des Regierungsentwurfes „klarstellen“, dass die Grundrechte aus Satz 3 - 5 die primäre Verantwortung der Eltern nicht verändern, insbesondere in Umfang und Wirkungsweise. Im Verhältnis zum Staat weise das Grundgesetz die primäre Gewährleistungszuständigkeit für die Entwicklung ihrer Kinder („Erstverantwortung“) nach wie vor den Eltern zu (Art. 6 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3). Es

²² Vgl. auch Hofmann/Donath, Gutachten, S. 17.

bleibe dabei, dass das Wächteramt des Staates nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG erst und nur dann eingreife, wenn die Eltern das Wohl des Kindes gefährden.²³

Diese Regelung sollte nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins ersatzlos entfallen. Als rein klarstellende Regelung wäre sie überflüssig und würde das GG mit deklaratorischen Feststellungen befrachten, die insbesondere dem Grundrechtskatalog wesensfremd sind. Die Regelungsentention, die der Gesetzgeber mit einer Verfassungsänderung verfolgt, ist in den Gesetzesmaterialien dokumentiert.

Die Neuregelung erzeugt nach Auffassung des Deutschen Anwaltvereins zudem Rechtsunsicherheit, da mit dem Ausdruck „Erstverantwortung“ ein Begriff verwendet werden soll, der in der Norm selbst nicht näher definiert wird und sich weder aus dem GG, noch aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der bisherigen Dogmatik zu Art. 6 GG erklärt. Das Bundesverfassungsgericht verwendet diesen Begriff in seiner Rechtsprechung zu Art. 6 GG an keiner Stelle. Es geht auch inhaltlich nicht von einer „Erstverantwortung“ in dem Sinne aus, dass das Elternrecht eine absolute Vorrangstellung einnimmt. Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht eine ausgefeilte Dogmatik entwickelt, nach der Kindergrundrechte, Elternrechte und staatliches Wächteramt in einem austarierten Dreiecksverhältnis stehen. Im Verhältnis zum Kindeswohl gebührt hierbei dem Elternrecht kein Vorrang, sondern eine dienende und damit untergeordnete Funktion:

„Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG garantiert den Eltern das Recht auf Pflege und Erziehung ihres Kindes, macht ihnen diese Aufgabe aber zugleich auch zu einer zuvörderst ihnen obliegenden Pflicht. Dabei können die Eltern grundsätzlich frei von staatlichem Einfluss nach eigenen Vorstellungen darüber entscheiden, wie sie ihrer Elternverantwortung gerecht werden wollen. Maßgebliche Richtschnur für ihr Handeln muss aber das Wohl des Kindes sein, denn das Elternrecht ist ein Recht im Interesse des Kindes. Es ist ihnen um des Kindes willen verbürgt. **Die elterliche Pflicht zur Pflege und Erziehung ihres Kindes besteht nicht allein gegenüber dem Staat, der über die Ausübung der Elternverantwortung zu wachen hat und**

²³ Regierungsentwurf, S. 12.

verpflichtet ist, zum Schutze des Kindes einzuschreiten, wenn Eltern dieser Verantwortung nicht gerecht werden. Eltern sind auch – unmittelbar – ihrem Kind gegenüber zu dessen Pflege und Erziehung verpflichtet.²⁴

Da insbesondere die in Art. 6 Abs. 2 GG geschützte Elternverantwortung auf das Wohl des Kindes ausgerichtet ist und das Kind in seiner Individualität als Grundrechtsträger berücksichtigen muß,²⁵ müßte bei einem etwaigen Interessenkonflikt zwischen Mutter und Kind dem Kinde der Vorrang zukommen.²⁶

Zur Verantwortung und zur Rolle des Staates in diesem Dreiecksverhältnis führt das BVerfG aus:

„Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verleiht dem Kind ein Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung. **Das Kind, dem ein eigenes Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit zukommt (Art. 2 Abs. 1 GG), steht unter dem besonderen Schutz des Staates.** Kinder bedürfen des Schutzes und der Hilfe, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln zu können. Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verpflichtet den Gesetzgeber, Lebensbedingungen des Kindes zu sichern, die für sein gesundes Aufwachsen erforderlich sind. **Diese** vom Gesetzgeber näher auszugestaltende **Schutzverantwortung für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes teilt das Grundgesetz zwischen Eltern und Staat auf. In erster Linie ist sie den Eltern zugewiesen; nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind Pflege und Erziehung die zuvörderst den Eltern obliegende Pflicht. Daneben sind dem Staat eigene Pflichten gegenüber den Kindern auferlegt,** die den elterlichen Pflege- und Erziehungsauftrag

²⁴ BVerfGE 121, 69 [Juris Rn. 72] – Hervorhebung nicht im Original.

²⁵ Vgl. BVerfGE 24, 119 (143 f.).

²⁶ BVerfGE 37, 217 [Juris Rn. 106]; in der Folge ebenso BVerfGE 61, 358 (361); 72, 122 (137).

unterstützen und ergänzen. **Darüber hinaus trifft den Staat auch in jenen Bereichen, in denen die Pflege- und Erziehungspflicht in den Händen der Eltern liegt, eine grundrechtliche Gewährleistungspflicht** aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG; ihm verbleibt eine Kontroll- und Sicherungsverantwortung dafür, dass sich ein Kind in der Obhut seiner Eltern tatsächlich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit entwickeln kann.“²⁷

Diese Ausführungen verdeutlichen, dass die Rolle des Staates nicht auf eine Wächterfunktion gegenüber der Wahrnehmung der Pflege- und Erziehungsverantwortung der Eltern beschränkt ist und dem Staat nicht nur eine abgeleitete, gegenüber den Elternrechten subsidiäre Funktion zukommt, sondern auch eine primäre Verantwortung dafür, Rahmenbedingungen zu schaffen und zu sichern, in denen eine Entwicklung der Kinder zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten möglich ist. Diese Funktion und die Gewährleistungs- und Schutzpflicht des Staates unmittelbar gegenüber den Kindern bzw. dem Kindeswohl würde durch den vorgesehenen Satz 6 in Frage gestellt, jedenfalls verwässert. Aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG folgt bereits, dass Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht sind. Der neue Satz 6 erweckt den Eindruck, dass die in Satz 3 - 5 vorgesehenen Grundrechte dem Elternrecht untergeordnet würden bzw. den Staat mit Blick auf die Pflicht zum Schutz der Kinderrechte (Satz 3 neu), die Pflicht zur Berücksichtigung des Kindeswohls (Satz 4 neu) und das Gehörsrecht nur eine nachrangige Verpflichtung träge. Das würde aber der Funktion und dem Gewährleistungsgehalt der neu geschaffenen Grundrechte und auch der bisherigen Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 6 GG nicht gerecht. Es dürfte nicht beabsichtigt sein, die Eltern primär entscheiden zu lassen, mit welchem Gewicht das Kindeswohl bei staatlichen Entscheidungen berücksichtigt wird oder in welchem Umfang den Kindern rechtliches Gehör zu gewähren ist. Eine „Erstverantwortung“ in Bezug auf die Pflege und Erziehung der Kinder ist in Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG klar geregelt und in der Rechtsprechung des BVerfG anerkannt und muss nicht in Satz 6 wiederholt werden. Eine darüber hinausgehende Vorrangstellung der Eltern wird der

²⁷ BVerfGE 133, 59, [Rn. 41 ff.], Hervorhebungen nicht im Original.

Gewährleistungsfunktion des Staates, dem Schutzzweck der Kindergrundrechte und der wohlaustarierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis von Kinderrecht, Elternrecht und staatlicher Verantwortung für das Kindeswohl nicht gerecht.

VIII. Zusammenfassung

Zusammenfassend hält der Verfassungsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins eine Modifikation und Straffung des Regierungsentwurfes für erforderlich und schlägt folgende Regelung vor:

1. Art. 6 Abs. 1 GG wird wie folgt geändert:

„Ehe, Familie *und* Kinder stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.“

2. Art. 6 Abs. 2 GG werden die folgenden Sätze 3 – 5 angefügt:

„Die Rechte der Kinder einschließlich ihres Rechts auf Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten sind zu achten und zu schützen. Das Wohl des Kindes ist bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen vorrangig zu berücksichtigen. Jedes Kind hat Anspruch auf rechtliches Gehör entsprechend seinem Alter und seiner Reife.“