Stefanie Schmahl

Auswirkungen der UN-Kinderrechtskonvention auf die deutsche Rechtsordnung – Eine Analyse jüngster gesetzgeberischer und judikativer Entwicklungen

1 Einleitung

Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention; KRK) vom 20. November 1989 ist seit dem 5. April 1992, also seit rund 22 Jahren, in der Bundesrepublik Deutschland geltendes Recht.[1] Darüber hinaus ergänzen und präzisieren zwei Fakultativprotokolle die Konvention und erweitern partiell ihren materiellen und personellen Anwendungsbereich. Für Deutschland sind das 1. Fakultativprotokoll betreffend die Beteiligung von Kindern in bewaffneten Konflikten im Januar 2005[2] und das 2. Fakultativprotokoll betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie im August 2009 in Kraft getreten.[3]

Dennoch wurden die UN-Kinderrechtskonvention und ihre Protokolle in der deutschen Rechtspraxis über lange Zeit kaum zur Kenntnis genommen. Wesentlicher Grund hierfür war der Umstand, dass die Bundesrepublik Deutschland im Zuge des Ratifikationsprozesses fünf Erklärungen abgegeben hatte, die mehrheitlich auf eine Einschränkung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen zielten.[4] Diese Situation hat sich nunmehr grundlegend geändert, da die Bundesregierung ihre Erklärungen am 15. Juli 2010 mit Wirkung vom 1. November 2010 vollständig zurückgenommen hat.[5] Seither gilt die Konvention in Deutschland ohne jede Einschränkung.

Einen zusätzlichen Bedeutungsschub wird das Übereinkommen mit Inkrafttreten des 3. Fakultativprotokolls erfahren, das neben der Staatenbeschwerde und einem Untersuchungsverfahren vor allem ein Individualbeschwerdeverfahren zum UN-Kinderrechtsausschuss vorsieht und seit dem 28. Februar 2012 in Genf zur Zeichnung aufliegt. Die Bundesrepublik Deutschland gehört gemeinsam mit weiteren 19 Staaten zu den Erstunterzeichnern des Protokolls; der Deutsche Bundestag hat am 8. November 2012 das erforderliche Zustimmungsgesetz einstimmig verabschiedet und das Ratifikationsinstrument am 28. Februar 2013 hinterlegt. Es steht zu erwarten, dass das 3. Fakultativprotokoll zur KRK, das am 14. April 2014, drei Monate nach der Hinterlegung der zehnten Ratifikationsurkunde durch Costa Rica, in Kraft getreten ist,[6] wegen des mit dem Beschwerdeverfahren verbundenen subjektiven Ansatzes zu einer weiteren Stärkung der Kinderrechte führen wird.

1 BGBl. 1992 II S. 121.
2 BGBl. 2004 II S. 1355, und BGBl. 2006 II S. 1015 (Bekanntmachung).
3 BGBl. 2008 II S. 1222, und BGBl. 2011 II S. 1288 (Bekanntmachung).
4 Vgl. BGBl. 1992 II S. 990 f. Spezifische Erklärungen wurden zu Art. 18 Abs. 1, Art. 40 Abs. 2 lit. b Ziff. ii und v sowie Art. 38 Abs. 2 KRK abgegeben. Generelle Vorbehalte erstreckten sich auf Kinder mit ausländischer Staatsangehörigkeit (sog. „Ausländervorbehalt“) und auf die unmittelbare Anwendbarkeit der Konvention in der deutschen Rechtsordnung.
5 Vgl. die Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 15.7.2010.
6 Vgl. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-T25
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Dessen ungeachtet zeitigt die Kinderrechtskonvention auch heute schon bemerkenswerte Auswirkungen auf die deutsche Rechtsordnung, und zwar in thematisch verschiedenen Rechtsbereichen und mit durchaus unterschiedlichen Ausprägungen und Resultaten. Ebenso wie andere internationale Menschenrechtsverträge geht die UN-Kinderrechtskonvention weit über völkerrechtliche Fragestellungen hinaus. Als nahezu umfassender Grund- und Menschenrechtskanon berührt sie zahlreiche einfachgesetzliche Vorschriften sowohl des öffentlichen Rechts als auch des Zivil- und des Strafrechts. Aus der Fülle der vorhandenen Implikationen, die von der Kinderrechtskonvention für die deutsche Rechtsordnung ausgehen, sollen im Folgenden exemplarisch einige jüngere Rechtsentwicklungen im Strafvollzugsrecht, im Ausländer- und Asylrecht und im Familienrecht vorgestellt und einer kritischen Analyse unterzogen werden. Dabei werden in diesem Beitrag nur konkrete Regelungskomplexe, namentlich die Rechte von Kindern inhaftierter Eltern, die Handlungsfähigkeit (unbegleiteter) Minderjähriger im Asylverfahren und die Problematik der Beschneidung von Knaben, zur Sprache kommen; eine vollständige Untersuchung der angesprochenen Rechtsbereiche kann hier nicht geleistet werden und ist anderen Publikationsformaten vorbehalten.

2 Allgemeine Bedeutung der UN-Kinderrechtskonvention für die deutsche Rechtsordnung

Vor der Einzelanalyse sind – gleichsam als Grundlegung – jedoch zunächst die allgemeine Bedeutung der Kinderrechtskonvention für die deutsche Rechtsordnung, die normhierarchische Stellung ihrer Garantien und die Relevanz der einschlägigen Stellungnahmen des zu ihrer Kontrolle berufenen Ausschusses für die Rechte des Kindes (Kinderrechtsausschuss; KRA) zu klären.

2.1 Rechtsnatur, normhierarchischer Rang und Funktion der UN-Kinderrechtskonvention

Wie alle völkerrechtlichen Verträge genießt die UN-Kinderrechtskonvention über Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG in Deutschland den Rang eines Bundesgesetzes. Die Rangzuweisung völkerrechtlicher Verträge zum einfachen Bundesrecht führt zum einen dazu, dass diese Geltungsvorrang vor dem Landesrecht genießen (vgl. Art. 31 GG).[7] Zum anderen müssen deutsche Gerichte im Fall einer Kollision von Normen des Vertrages mit jenen deutscher Bundesgesetze die Verbürgungen der völkerrechtlichen Vereinbarung wie jedes andere Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung beachten und anwenden.[8] Besondere Bedeutung erlangt diese Interpretationsmethode in Bezug auf menschenrechtliche Übereinkommen, die sogar bei Auslegung der insoweit höherrangigen Grundrechte des Grundgesetzes heranzuziehen sind.[9] Der Text der Menschenrechtskonvention und, sofern vorhanden, die zu den menschenrechtlichen Einzelgarantien ergangenen Entscheidungen des (jeweils zuständigen) internationalen Kontrollorgans dienen als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt.[10] Vor diesem Hintergrund nimmt es nicht wunder, dass die Vorgaben der UN-Kinderrechts-

7 Zweifelhaft daher OVG Lüneburg, 2.10.2012, 8 LA 209/11, Rn. 12.

8 BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (317, 319 f.).

9 In Bezug auf die EMRK vgl. z. B. BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (317, 329); 128, 326 (370 f.); in Bezug auf die UN-Behindertenrechtskonvention vgl. BVerfGE 128, 282 (306), und jüngst in Bezug auf die UN-Kinderrechtskonvention vgl. BVerfG, 5.7.2013, 2 BvR 708/12, Rn. 21.

10 Vgl. *mutatis mutandis* BVerfGE 111, 307 (329); 128, 326 (367 ff.), und jüngst BVerfG, 5.7.2013, 2 BvR 708/12, Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

konvention – seit der Rücknahme der Vorbehalte im Jahre 2010 – zunehmend in der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgegriffen und wertend berücksichtigt werden.[11]

Trotz der Übernahme eines völkerrechtlichen Vertrags und seiner Geltung im innerstaatlichen Recht sind dessen Regelungen nicht zwingend unmittelbar anwendbar. Entscheidend für die unmittelbare Anwendbarkeit ist, dass die vertragliche Bestimmung ohne weitere Zwischenschritte Rechte und Pflichten hervorzubringen vermag, also als *self-executing* zu verstehen ist.[12] Zahlreiche Bestimmungen der UN-Kinderrechtskonvention, insbesondere die grundlegenden Garantien in Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 12 KRK, erzeugen eine unmittelbare Anwendbarkeit, da sie nach Wortlaut, Inhalt und Zweck hinreichend genau und bestimmt formuliert sind.[13] Die meisten der unmittelbar anwendbaren Vorschriften der UN-Kinderrechtskonvention statuieren zudem subjektive Rechte des Kindes und sind damit unmittelbar wirksam.[14] Im Übrigen begründen selbst sog. *non-self-executing*-Bestimmungen, die den Staat im Sinne des Art. 4 Satz 1 KRK lediglich dazu verpflichten, gesetzliche oder sonstige Maßnahmen zu erlassen, für die Vertragsparteien die objektive Verpflichtung, ihren Inhalt zu beachten und gegebenenfalls im Wege weiterer Normsetzung oder Rechtsprechung zu konkretisieren.[15] Insoweit ist es konsequent, dass der Kinderrechtsausschuss sämtliche Rechte der Kinderrechtskonvention für justiziabel erachtet.[16]

2.2 Rechtsnatur und Bedeutung der Empfehlungen des UN-Ausschusses für die Rechte des Kindes

Wie erwähnt prägen nicht nur der menschenrechtliche Konventionstext, sondern auch die zu diesem ergangenen Entscheidungen Inhalt und Reichweite der Grundrechte des Grundgesetzes. Anders als die Europäische Menschenrechtskonvention, die einen veritablen Gerichtshof etabliert, dessen Urteile gemäß Art. 46 Abs. 1 EMRK rechtlich verbindlich sind, enthält die UN-Kinderrechtskonvention allerdings keine entsprechenden Vorgaben. Vielmehr hat der durch die Konvention eingesetzte Ausschuss für die Rechte des Kindes nach Maßgabe des Art. 45 lit. d KRK nur Vorschlags- und Empfehlungskompetenzen; rechtlich bindende Entscheidungen kann er nicht erlassen. Regelmäßig äußert sich der Ausschuss durch sog. „Concluding Observations" („Abschließende Betrachtungen"), die das gemäß Art. 44 KRK vorgesehene periodische Staatenberichtsverfahren been-

11 Vgl. etwa BVerfG, 5.7.2013, 2 BvR 708/12, Rn. 22-24; BGH, 29.5.2013, XII ZB 530/11, Rn. 20–22; BVerwG, 29.11.2012, 10 C 4/12, Rn. 9–10, und 21.2.2013, 5 C 9/12, Rn. 22-23. Ferner s. OVG Lüneburg, 2.10.2012, 8 LA 209/11, Rn. 12–33.

12 Hierzu bereits *Klein*, *E*., Die völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands und ihre Bedeutung für die drei Staatsgewalten, in Koeppel, P. (Hrsg.), Kindschaftsrecht und Völkerrecht im europäischen Kontext, Neuwied/Berlin 1996, S. 31 (39); vgl. auch *Schmahl*, *S*., in: Sodan, H. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2011, Art. 59 Rn. 25.

13 Vgl. *Schmahl*, *S.*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen, Baden-Baden 2013, Einleitung, Rn. 26 m. w. N. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 KRK s. auch OVG Lüneburg, 2.10.2012, 8 LA 209/11, Rn. 30, sowie jüngst Venedig-Kommission. 24.03.2014, Opinion no. 713/2013, CDL-AD (2014)005, Rn. 37–39 m. w. N.

14 Ähnlich *Cremer, H.*, Die UN-Kinderrechtskonvention: Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, Berlin 2011, S. 17. Etwas restriktiver *Lorz*, *R. A.*, Was bedeutet die uneingeschränkte Verwirklichung des Kindeswohlvorrangs nach der UN-KRK im deutschen Recht?, in: National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland (Hrsg.), Nach der Rücknahme der deutschen Vorbehaltserklärung, Berlin 2010, S. 13 (16 f.).

15 *Tomuschat, C.,* Verwirrung über die Kinderrechte-Konvention der Vereinten Nationen. Zur innerstaatlichen Geltungskraft völkerrechtlicher Verträge, in: Ruland, F. u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans F. Zacher, Heidelberg 1998, S. 1143 (1153 f.); *Klein* (Anm. 12), S. 47 f.

16 KRA, General Comment No. 5 (2003), UN-Dok. CRC/GC/2003/5, Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

den. Diese Betrachtungen enthalten konkrete Empfehlungen, die der KRA für die Umsetzung der Konvention im betroffenen Staat als erforderlich erachtet.[17]

Über diese konkreten Stellungnahmen zu einer bestimmten staatlichen Rechtsordnung hinaus erlässt der Ausschuss in unregelmäßigen Abständen sog. „General Comments" („Allgemeine Bemerkungen").[18] Diese Bemerkungen beschäftigen sich inhaltlich mit den Erkenntnissen, die der Ausschuss zu wichtigen Themenbereichen bei der Bearbeitung mehrerer Staatenberichte gewonnen hat.[19] Ziel der „General Comments", die allen Staaten bekannt gemacht werden, ist es, die Verwirklichung der Rechte aus der UN-Kinderrechtskonvention zu verbessern, indem der KRA Auslegungshilfen zu einzelnen Konventionsartikeln gibt oder auf endemische Probleme aufmerksam macht.[20] Mittlerweile hat der KRA insgesamt 17 solcher „Comments" erlassen, die sich immer stärker zu einem eigenständigen Instrument des internationalen Menschenrechtsschutzes entwickeln.[21] Während der Kinderrechtsausschuss zu Beginn seiner Tätigkeit nur vergleichsweise spärlich auf das Instrument der „Allgemeinen Bemerkungen" zurückgegriffen hat, datieren alleine aus dem Jahre 2013 vier „General Comments", die zudem an Tiefe und Stringenz gewonnen haben.[22]

Ferner hält der KRA einmal pro Jahr einen sog. „Day of General Discussion" („Tag allgemeiner Erörterungen") ab, im Rahmen dessen jeweils ein Themenkreis behandelt wird, dem der Ausschuss in Anbetracht der ihm vorliegenden Staatenberichte wesentliche Bedeutung beimisst.[23] An diesen Diskussionstagen, die der Klärung meist neuartiger kinderrechtlicher Fragestellungen dienen sollen, sind außer den Ausschussmitgliedern auch andere UN-Organe, Nichtregierungsorganisationen und weitere sachverständige Stellen beteiligt,[24] um zusätzliche Expertise in die Diskussion einfließen zu lassen. Auf diese Weise soll die einheitliche Auslegung der Konvention gewahrt und verbessert werden. Regelmäßig schließt eine solche Runde mit dem Erlass von zusammenfassenden Empfehlungen des Ausschusses ab; gelegentlich mündet sie sogar in die Erarbeitung eines neuen „General Comment".[25]

Wiewohl allen Äußerungen des Kinderrechtsausschusses eine rechtliche Bindung nicht eignet, kommt ihnen in der Praxis wegen des unabhängigen Sachverstandes der Ausschussmitglieder hohe Autorität zu.[26] Ohnehin ist rechtliche Unverbindlichkeit einer Auffassung des KRA schon wegen des Prinzips von Treu und Glauben, das jedem völkerrechtlichen Vertrag zugrundeliegt, nicht mit

17 Vgl. KRA, Provisional Rules of Procedure (2005), UN-Dok. CRC/C/4/Rev.1, Rule 71. Näher *Schmahl* (Anm. 13), Art. 44/45 Rn. 6 ff. Zu den jüngsten Empfehlungen für Deutschland vgl. KRA, Concluding Observations: Germany, UN-Dok. CRC/C/DEU/CO/3–4 (31.1.2014).

18 Vgl. bereits KRA, Provisional Rules of Procedure (2005), UN-Dok. CRC/C/4/Rev.1, Rule 73, sowie jüngst KRA, Rules of Procedure (2013), UN-Dok. CRC/C/4/Rev. 3, Rule 77.

19 *Verheyde, M./Goedertier*, *C.* in: Alen, A. u. a. (Hrsg.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Leiden 2006, Art. 43–45, S. 38.

20 *Verheyde/Goedertier* (Anm. 19), Art. 43–45, S. 40; *Baimu*, *E.*, Children, International Protection, in: Wolfrum, R. (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. II, Oxford 2012, S. 138 (143), Rn. 28.

21 Früh schon *Klein, E.*, General Comments – zu einem eher unbekannten Instrument des Menschenrechtsschutzes, in: Ipsen, J. u. a. (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Rauschning, Köln 2001, S. 301 (302 ff.).

22 Zur Entwicklung von Zahl, Umfang und Inhalt der von den menschenrechtlichen Kontrollausschüssen insgesamt erlassenen „General Comments" vgl. *Klein, E.*, „Allgemeine Bemerkungen" der UN-Menschenrechtsausschüsse, in: Merten, D./Papier, H.-J. (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Band VI/2, Heidelberg 2009, § 177 Rn. 13 ff.

23 Vgl. KRA, Provisional Rules of Procedure (2005), UN-Dok. CRC/C/4/Rev.1, Rule 75, sowie jüngst KRA, Rules of Procedure (2013), UN-Dok. CRC/C/4/Rev.3, Rule 79.

24 *Verheyde/Goedertier* (Anm. 19), Art. 43–45, S. 38.

25 Vgl. *Schmahl* (Anm. 13), Art. 44/45 Rn. 23.

26 So auch *Cremer* (Anm. 14), S. 7. Der Kinderrechtsausschuss besteht gemäß Art. 43 Abs. 2 KRK aus 18 unabhängigen Mitgliedern, die auf dem Gebiet der Kinderrechte über anerkannte Sachkenntnis verfügen.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Bedeutungslosigkeit gleichzusetzen.[27] Nicht nur die „General Comments", sondern auch die sonstigen Stellungnahmen und Empfehlungen des Ausschusses dienen den Vertragsstaaten als Leitlinie und konkretisierende Interpretationshilfe bei Anwendung und Umsetzung der Konvention.[28] Es dürfte zudem unbestritten sein, dass Staaten, die sich dem Inhalt einer Stellungnahme des Ausschusses widersetzen wollen, hierfür die Argumentationslast zu tragen haben; jedenfalls ist ein menschenrechtlicher Diskurs ohne Berücksichtigung der Ausschussbemerkungen nicht mehr als *lege artis* zu qualifizieren.[29]

3 Auswirkungen der UN-Kinderrechtskonvention in exemplarischen Rechtsbereichen

Auch bei den hier zu untersuchenden Rechtsbereichen erweist sich, dass diese allesamt von den Stellungnahmen und Empfehlungen des Ausschusses geprägt sind, wiewohl die Implikationen auf Gesetzgebung und Rechtsanwendung in Umfang und Ausmaß durchaus unterschiedlich ausfallen.

3.1 Rechte von (minderjährigen) Kindern inhaftierter Eltern

Von der öffentlichen Wahrnehmung noch weitgehend unbeachtet bemühen sich einige Bundesländer, darunter etwa Nordrhein-Westfalen, gegenwärtig um einen Ausbau des kind- und familiengerechten Strafvollzugs.[30] Einen wesentlichen Grund hierfür boten offensichtlich die Stellungnahmen des Kinderrechtsausschusses zur Alternativbetreuung von Kindern vom 17. März 2006[31] sowie vor allem die Empfehlungen, die der Kinderrechtsausschuss am 30. September 2011 nach Abschluss und Auswertung des „Day of General Discussion" zu den Rechten von Kindern inhaftierter Eltern verfasst hat.[32] Schon in den Jahren 2011 und 2012 waren die Anforderungen der UN-Kinderrechtskonvention zu dieser Thematik Gegenstand von Diskussionen im Deutschen Bundestag.[33] Allerdings liegt die Zuständigkeit für Gesetzgebung und Durchführung des Strafvollzugs

27 *Klein* (Anm. 21), S. 307 f.

28 Dies ist einhellige Auffassung vgl. nur *Cremer* (Anm. 14), S. 7; *Klein* (Anm. 22), § 127 Rn. 27; *Schmahl* (Anm. 13), Art. 44/45 Rn. 24. Ebenso jüngst BVerfG, Beschl. v. 5.7.2013, 2 BvR 708/12, Rn. 24.

29 Zutreffend *Klein* (Anm. 22), § 127 Rn. 27 und Rn. 31; ähnlich auch *Opsahl, T.*, The Human Rights Committee, in: Alston, P. (Hrsg.), The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal, Oxford 1992, S. 369 (415); *Riedel, E.*, Allgemeine Bemerkungen zu Bestimmungen des IPwskR, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Die „General Comments" zu den VN-Menschenrechtsverträgen, Berlin 2005, S. 160 (164).

30 Vgl. den Antrag der Fraktion der FDP „Rechte minderjähriger Kinder inhaftierter Elternteile einheitlich in NRW gewährleisten" (LT-Drs. 16/3453 vom 2.7.2013). Eine Expertenanhörung, an der auch die *Verf.* dieses Beitrags teilgenommen hat, fand am 20.11.2013 im Landtag Nordrhein-Westfalen statt. Zu den schriftlichen Stellungnahmen vgl. LT-Drs. 16/1228 vom 11.11.2013, LT-Drs. 16/1233 vom 12.11.2013 und LT-Drs. 16/1246 vom 13.11.2013.

31 KRA, Report and Recommendations of the Day of General Discussion on children without parental care, 17.3.2006, UN-Dok. CRC/C/153, Rn. 644 ff. Zu diesem Themenkomplex, der in Art. 20 KRK normative Verankerung gefunden hat und auch in den „Guidelines for the Alternative Care of Children" der UN-Generalversammlung Nr. 64/142 vom 24.2.2010 (UN-Dok. A/RES/64/142) näher konkretisiert ist, vgl. *Schmahl, S.*, Schriftliche Stellungnahme, in: LT-Drs. 16/1246 vom 13.11.2013, S. 10.

32 KRA, Report and Recommendations of the Day of General Discussion on children of incarcerated parents, CRC/DGD/Report (2011) vom 30.9.2011 (http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/discussion2011.htm.). Die Diskussionen und Erörterungen fanden vom 17.1. bis 7.2.2011 statt.

33 Vgl. etwa BT-Drs. 17/6984 vom 13.9.2011, BT-Drs. 17/7231 vom 29.9.2011 sowie BT-Drs. 17/11578 vom 20.11.2012.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

seit Inkrafttreten der Föderalismusreform I am 1. September 2006 bei den Ländern,[34] weshalb der Bundestag ein wenig geeigneter Ort für entsprechende Erörterungen ist.[35] Ansatzpunkt sind vielmehr die Ausarbeitungen neuer Strafvollzugsgesetze in den Bundesländern, die sich mehrheitlich an dem zuvor erarbeiteten gemeinsamen Musterentwurf für ein einheitliches Strafvollzugsgesetz (ME-StVollzG) vom 6. September 2011 ausrichten[36] und teilweise sogar explizit auf die UN-Kinderrechtskonvention verweisen.[37]

3.1.1 Kindeswohlorientierte Ausrichtung des Strafvollzugsrechts

In der Tat setzen verschiedene Einzelvorschriften der Kinderrechtskonvention, insbesondere Art. 2, Art. 3 und Art. 9 Abs. 3 KRK, inhaltliche Vorgaben für die Rechte von (minderjährigen) Kindern inhaftierter Eltern. Ist ein Elternteil in Haft, entsteht eine Lebenssituation, in der die betroffenen Kinder besonders verletzlich sind. Sie werden faktisch zu „mitbestraften Dritten", da ihr Familien- und Privatleben und der Umgang mit dem inhaftierten Elternteil nachhaltig beschränkt werden. Deshalb fordert der Kinderrechtsausschuss mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 KRK, der den Vorrang des Kindeswohls als zentrales Grundprinzip und „Leitmotiv" der Konvention formuliert,[38] die Vertragsstaaten dazu auf, diese Gruppe von Kindern durch eine kindeswohlorientierte Ausrichtung des Strafvollzugsrechts menschenrechtsadäquat zu schützen und die Verwirklichung ihrer Freiheitsrechte besonders zu fördern.[39] Auch wenn das Kindeswohl nicht absolut zu setzen ist und im Einzelfall durchaus hinter andere rechtlich geschützte Interessen zurücktreten kann,[40] ist ihm bei allen Entscheidungen des Gesetzgebers und des Rechtsanwenders eine herausragende Bedeutung beizumessen.[41] Daraus folgt etwa, dass das Konzept eines sog. „Family Mainstreaming" auch bei strafrechtlichen und strafvollzugsrechtlichen Entscheidungen berücksichtigt werden muss.[42] So sind nach Ansicht des KRA bei straffälligen Eltern minderjähriger Kinder alternative Sanktions-

34 Vgl. BGBl. 2006 I S. 2034. In der neuen Fassung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG wurde das Wort „Strafvollzug" gestrichen und damit der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes entzogen.

35 Dies verdeutlicht auch die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten *Dörner* u. a. in: BT-Drs. 17/7231, S. 3. Überzogen kritisch daher die Reaktion von *Dörner u. a.* in: BT-Drs. 17/11578, S. 4.

36 Zehn Bundesländer haben den ME-StVollzG erarbeitet; teilweise ist er bereits in Landesgesetze (vgl. z. B. BbgJVollzG, GVBl. 2013 I Nr. 14) umgesetzt worden. Einige Bundesländer, namentlich Bayern (GVBl 2007, S. 866), Baden-Württemberg (GBl. 2009, S. 545), Hamburg (HmbGVBl. 2009, S. 257), Hessen (GVBl. 2010 I S. 185) und Niedersachsen (NdsGVBl. Nr. 41/2007, S. 720), haben nach Inkrafttreten der Föderalismusreform I frühzeitig eigene Strafvollzugsgesetze erlassen und sich dabei am „alten" (Bundes-)Strafvollzugsgesetz orientiert. Nordrhein-Westfalen strebt gegenwärtig eine eigenständige Lösung an.

37 So z. B. der Gesetzentwurf der Landesregierung Rheinland-Pfalz, LT-Drs. 16/1910, S. 109.

38 KRA, General Comment No. 5 (2003), UN-Dok. CRC/GC/2003/5, Rn. 12, und General Comment No. 14 (2013), UN-Dok. CRC/C/GC/14, Rn. 1. Vgl. auch *Alston*, *P.*, in: ders. (Hrsg.), The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights, Oxford 1994, S. 1 (15 f.); *Freeman, M.*, in: Alen u. a. (Hrsg.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Leiden 2007, Art. 3, S. 25.

39 Vgl. KRA, Report (Anm. 32), Rn. 1 und Rn. 33.

40 Dies ist ganz herrschende Ansicht, vgl. KRA, General Comment No. 14 (2013), UN-Dok. CRC/C/GC/14, Rn. 39; BVerwG, 10.2.2011, 1 B 22/10, Rn. 4; 21.2.2013, 5 C 9/12, Rn. 23; BayVerwGH, 8.7.2011, 10 ZB 10.3028, Rn. 15; OVG Lüneburg, 2.10.2012, 8 LA 209/11, Rn. 33, sowie aus der Literatur: *Detrick, S.*, A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Leiden 1999, S. 91; *Krappmann, L./Lüscher, K.*, Kinderrechte im Generationenverbund, RdJB 2009, S. 326 (328); *Lorz, R.A./Sauer, H.*, Kinderrechte ohne Vorbehalt, MRM 2011, S. 5 (9 f.); *Schmahl* (Anm. 13), Art. 3 Rn. 7. A. A. wohl *Cremer, H.*, Kinderrechte und der Vorrang des Kindeswohls, AnwBl. 2012, S. 327 (328).

41 So früh schon *Lorz*, *R.A.*, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung, Berlin 2003, S. 24; vgl. auch *Lorz/Sauer* (Anm. 40), S. 13 ff. Jüngst ebenso: KRA, General Comment No. 14 (2013), UN-Dok. CRC/C/GC/14, Rn. 36–38.

42 Vgl. KRA, Report (Anm. 32), Rn. 31. Im Zentrum der Überlegungen des Ausschusses stehen nicht Hafterleichterungen für den straffälligen Elternteil, sondern allein die Rechte des Kindes.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

formen – etwa „elektronische Fußfesseln" – und familienintegrative Vollzugsformen bevorzugt anzuwenden, um dem Wohl des Kindes Rechnung zu tragen.[43] Das deutsche Recht kommt diesen Empfehlungen bislang nur partiell nach. Zwar kann das Gericht gemäß § 68 Abs. 1 Nr. 12 StGB eine elektronische Aufenthaltsüberwachung anordnen; diese ist aber an enge Voraussetzungen gebunden, die mit den Belangen von Kindern in keiner Verbindung stehen. Soweit ersichtlich, vermag lediglich § 456 Abs. 1, 2 StPO mittelbar an Kindeswohlerwägungen bei der Vollstreckung der Freiheitsstrafe anzuknüpfen. Danach besteht die Möglichkeit, die sofortige Vollstreckung einer Freiheitsstrafe für vier Monate auszusetzen, wenn dem Verurteilten oder seiner Familie durch den sofortigen Vollzug erhebliche außerhalb des Strafzwecks liegende Nachteile erwachsen, was etwa bei einer straffälligen Mutter und ihrem Neugeborenen der Fall sein kann.

Lässt sich aufgrund der Schwere des Verbrechens eine Inhaftierung des Elternteils nicht vermeiden, soll nach Ansicht des Ausschusses anhand der spezifischen Einzelfallkonstellation unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswohls entschieden werden, ob das minderjährige Kind gemeinsam mit dem Elternteil im Strafvollzug untergebracht wird.[44] Einer Regelung wie § 14 Abs. 1 ME-StVollzG, wonach ein Kind nur bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres, also lediglich während der Phase der Primärsozialisation, mit der Mutter in der Haftanstalt untergebracht werden kann,[45] dürfte der KRA kritisch gegenüberstehen, da er starre Altersgrenzen generell und gerade im Blick auf minderjährige Kinder inhaftierter Eltern für nicht konventionskonform erachtet.[46]

Davon unabhängig treffen den Staat gemäß Art. 3 Abs. 3 KRK besondere Schutz- und Fürsorgepflichten für das Kind, das in öffentlichen Einrichtungen untergebracht ist. Als vorzugswürdig erscheint dem Ausschuss daher die Unterbringung des straffälligen Elternteils im offenen Vollzug, da das Kind so leichter Kontakt mit dem nichtinhaftierten Elternteil halten und ihm der Besuch z. B. eines öffentlichen Kindergartens ermöglicht werden könne.[47] Aber auch im geschlossenen Strafvollzug sollen gemäß den Empfehlungen des KRA dem Kind Spiel- und Freizeitmöglichkeiten in separaten Räumen, frühkindlicher und schulischer Unterricht sowie eine kindgerechte medizinische Versorgung zur Verfügung stehen.[48] Ferner sollen die Staaten nach Ansicht des Ausschusses spezifische familienpädagogische Maßnahmen ergreifen oder ausbauen. Dazu zählen sog. Mutter-Kind- und Vater-Kind-Einrichtungen sowie Familienseminare unter psychologischer und/oder pädagogischer Betreuung.[49] Um den Kindern die krisenhafte Lebenssituation zu erleichtern, praktizieren bereits verschiedene deutsche Justizvollzugsanstalten, namentlich in Bayern, Nie-

43 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 30 und Rn. 22.

44 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 33 und Rn. 15.

45 Auch § 10 Abs. 1 BWJVollzGB, § 14 Abs. 1 SaarlVollzG, § 14 SächsStVollzG und § 21 BbgJVollzG treffen eine solche Regelung, wobei § 14 Abs. 1 SächsStVollzG und § 21 Abs. 1 BbgJVollzG nicht nur die Möglichkeit einer gemeinsamen Unterbringung des Kindes mit der Mutter, sondern auch mit dem Vater vorsehen. Gemäß § 21 Abs. 1 HmbStVollzG kommt eine gemeinsame Unterbringung mit der Mutter in Betracht, wenn das Kind noch nicht fünf Jahre alt ist. Art. 86 Abs. 1 BayStVollzG, § 73 NdsJVollzG und § 74 Abs. 1 HessStVollzG stellen indes nicht auf das Lebensalter, sondern auf die Schulpflicht des Kindes ab und gehen damit über die Phase der Primärsozialisation hinaus.

46 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 33 und Rn. 15.

47 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 37.

48 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 33, 34 und Rn. 12.

49 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 37 und Rn. 12. Auch die Generalversammlung der Vereinten Nationen hat solche Maßnahmen für weibliche Gefangene mit Kind kürzlich angemahnt, vgl. UN Rules for the Treatment of Women Prisoners and Non-Custodial Measures for Women Offenders (the Bangkok Rules), UN-Dok. A/C.3/65/L.5 (6.10.2010), angenommen am 21.12.2010.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

dersachsen und Hamburg, einen Mutter-Kind-Vollzug[50] und stellen eine auf Kinder zugeschnittene Gesundheitsfürsorge bereit.[51] In diesen Anstalten wird zudem das Personal im Bereich der Kinderrechte spezifisch geschult,[52] was den Empfehlungen des Kinderrechtsausschusses *grosso modo* entspricht.[53] Allerdings fordert der Ausschuss zusätzlich die Bestellung eines fachlich ausgewiesenen Kinder- oder Familienbeauftragten („children's officer"), der sich spezifisch für die Belange der Kinder inhaftierter Eltern einsetzt.[54]

3.1.2 Kindgerechte Umgangsmöglichkeiten mit dem inhaftierten Elternteil

Ein zentrales Recht für Kinder inhaftierter Eltern wird in Art. 9 Abs. 3 KRK garantiert. Danach darf das Kind, ob ehelich oder nichtehelich,[55] grundsätzlich nicht gegen den Willen seiner Eltern von diesen getrennt werden. Damit erkennt die Konvention die hohe Bedeutung des biologischen und emotionalen Bandes zwischen Eltern und Kind an, dessen Zerstörung zu vermeiden ist. Allerdings erfasst Art. 9 Abs. 1 KRK nach seinem Wortlaut nur behördliche Eingriffe, die darauf abzielen, das Kind aus seiner familiären Umgebung zu lösen, weil der Verbleib des Kindes in dieser Umgebung seinem Wohl zuwiderliefe. Trennungen, die etwa durch die Vollziehung einer Freiheitsstrafe gegenüber den Eltern bewirkt werden, fallen prinzipiell nicht darunter.[56] Sie begründen lediglich einen Auskunftsanspruch nach Art. 9 Abs. 4 KRK.[57] Dessen ungeachtet müssen freilich in allen Fällen der Trennung eines Kindes von seinen Eltern – unabhängig davon, aus welchen Gründen die Trennung erfolgt – die Umgangsrechte des Kindes mit den Eltern gemäß Art. 9 Abs. 3 KRK garantiert werden.[58] Jedes Kind hat das Recht auf Umgang mit seinen beiden Elternteilen, außer in den Fällen, wo der Kontakt eklatant gegen das Kindeswohl verstößt, etwa weil das Kind Opfer von elterlichem Missbrauch geworden ist.[59] Liegen solche speziellen Umstände nicht vor, ist es dem Wohl des Kindes nicht dienlich, wenn der Zugang des Kindes zu seinen Eltern, selbst wenn sie sich im geschlossenen Strafvollzug befinden, vollständig unterbrochen wird.

Obgleich Art. 9 Abs. 3 KRK von „achten" spricht und damit lediglich das Bestehen eines Abwehrrechtes suggeriert, muss der Norm – nicht zuletzt im Lichte von Art. 4 Satz 1 KRK – auch die positive Verpflichtung des Staates entnommen werden, alle denkbaren Maßnahmen zu ergreifen, um die Umgangsrechte tatsächlich zu realisieren.[60] Die Vertragsstaaten sind deshalb dazu aufgefordert, den Kindern sichere Zugangsrechte zu und kindgerechte Umgangsmöglichkeiten mit ihrem inhaftierten Elternteil zu verschaffen.[61] Dementsprechend betont der Kinderrechtsausschuss, dass für Kinder, die nicht mit dem inhaftierten Elternteil gemeinsam untergebracht sind, regel-

50 Vgl. Art. 86 Abs. 1 S. 1, Art. 168 BayStVollzG, § 73 NdsJVollzG und § 100 HmbStVollzG. Demgegenüber sind Haftplätze im offenen Vollzug für Väter mit Kindern bislang nur äußerst selten anzutreffen, vgl. BT-Drs. 17/11578, S. 2 und BT-Drs. 17/7231, S. 7.

51 Vgl. Art. 59 Abs. 4, Art. 86 Abs. 2 BayStVollzG, § 57 Abs. 1 NdsJVollzG und § 57 Abs. 2 HmbStVollzG.

52 Näher BT-Drs. 17/7231, S. 6.

53 Vgl. KRA, Report (Anm. 32), Rn. 47 und Rn. 14, 21.

54 Deutlich KRA, Report (Anm. 32), Rn. 24.

55 Art. 9 KRK unterscheidet nicht zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern, vgl. *Baer*, *I.*, Verabschiedung des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes im November 1989 in New York, FuR 1990, S. 192 (194).

56 *Dorsch*, *G.*, Die Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, Berlin 1994, S. 155; *Doek*, *J.,* in: Alen u. a. (Hrsg.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Leiden 2006, Art. 8/9, Art. 9 Rn. 8.

57 *Schmahl* (Anm. 13), Art. 9 Rn. 2.

58 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 35 und Rn. 38.

59 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 25.

60 *Schmahl* (Anm. 13), Art. 9 Rn. 10.

61 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

mäßige und bedarfsgerechte Besuchstermine zur Pflege familiärer Kontakte einzurichten seien.[62] Gedacht ist dabei etwa an längere (mehrstündige) Besuchstermine sowie an flexiblere Besuchszeiten, die eine Überschneidung z. B. mit dem Schulunterricht des Kindes vermeiden.[63] Insoweit dürfte die Rechtslage in Deutschland diesen Erfordernissen bereits weitgehend Rechnung tragen. So wird im Vollzug generell großzügig auf zusätzliche Besuchswünsche von Kindern der Gefangenen reagiert.[64] Auch § 26 Abs. 1 und § 26 Abs. 4 ME-StVollzG zeigen, dass die Gesamtdauer von zwei auf mindestens vier Stunden bei Besuchen von Kindern unter 14 Jahren verdoppelt und dass zur Pflege familiärer Kontakte darüber hinausgehende mehrstündige Besuche zugelassen werden können.[65] Art. 144 Abs. 3 BayStVollzG sieht unter bestimmten Bedingungen sogar die Möglichkeit von Sonderbesuchen von Kindern junger Gefangener vor, die auf die Regelbesuchszeit nicht angerechnet werden.

Über die Umsetzung der anderweitigen Anforderungen, die der KRA an die Vertragsstaaten im Blick auf familiäre Kontakte stellt, gibt es hingegen zurzeit keine präzisen und belastbaren Informationen.[66] So ist nicht klar, ob die Besuchsräume in den deutschen Haftanstalten kindgerecht ausgestaltet sind.[67] Auch wird weder aus dem ME-StVollzG noch aus den einschlägigen Gesetzen der Länder ersichtlich, ob die Möglichkeiten der Kontaktaufnahme per Telefon oder Internet („Skype“) in den Justizvollzugsanstalten ausgebaut werden sollen, um den Kontakt zwischen Eltern und Kind auch über die Besuchszeiten hinaus lebendig zu halten, namentlich in den Fällen, in denen der gewöhnliche Wohnsitz des Kindes geographisch weit von der Haftanstalt entfernt liegt.[68] In diesem Zusammenhang hebt der Ausschuss zudem hervor, dass die Staaten darauf hinwirken sollten, die räumliche Distanz von minderjährigem Kind und inhaftiertem Elternteil so gering wie möglich zu halten, damit die Umgangsrechte aus Art. 9 Abs. 3 KRK tatsächlich realisiert werden können. Die Unterbringung des straffälligen Elternteils in einer wohnsitznahen Haftanstalt senke die finanziellen und zeitlichen Hürden für Besuche des Kindes und sei deshalb als vorzugswürdige Lösung anzusehen.[69] Ist die Justizvollzugsanstalt vom Ort des Wohnsitzes des Kindes weit entfernt, empfiehlt der Ausschuss gar die Erstattung der Reisekosten des Kindes.[70]

3.1.3 Sicherstellung der Vorgaben des Diskriminierungsverbots

Da Kinder inhaftierter Eltern selbst nicht straffällig geworden sind, aber unter der Inhaftierung ihrer Eltern in vielfacher Hinsicht leiden, müssen sich die Staaten schließlich verstärkt um die Sicherstellung der Vorgaben des Diskriminierungsverbots gemäß Art. 2 KRK bemühen, das ebenfalls zu den grundlegenden Prinzipien der Konvention zählt.[71] Im Kontext von minderjährigen Kindern inhaftierter Eltern erlangt zudem Art. 2 Abs. 2 KRK besondere Bedeutung. Während Art. 2 Abs. 1 KRK als akzessorisches Diskriminierungsverbot ausgestaltet ist und nur in Bezug auf die

62 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 38, 39.
63 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 39 und Rn. 24.
64 So kann z. B. gemäß § 26 Abs. 2 SaarlStVollzG die Anstaltsleitung zusätzliche Besuche zulassen, wenn sie zur Pflege der familiären Kontakte der Gefangenen geboten erscheinen.
65 Vgl. auch § 26 M-V StVollzG-E (Gesetzentwurf der Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern), LT-Drs. 6/1337, S. 20, 88, sowie § 33 RhPfStVollzG-E (Gesetzentwurf der Landesregierung Rheinland-Pfalz), LT-Drs. 16/1910, S. 21, 124. Beide Regelungen richten sich am Musterentwurf aus.
66 Vgl. BT-Drs. 17/7231, S. 6.
67 So aber die Forderung des KRA, Report (Anm. 32), Rn. 39.
68 Vgl. die Empfehlung des KRA, Report (Anm. 32), Rn. 46 und Rn. 23.
69 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 40.
70 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 40 und Rn. 23.
71 Vgl. KRA, General Comment No. 5 (2003), UN-Dok. CRC/GC/2003/5, Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Gewährleistung der in der Konvention festgelegten Rechte gilt,[72] erweitert und verstärkt Art. 2 Abs. 2 KRK die Verpflichtung aus Art. 2 Abs. 1 KRK ausdrücklich um eine positive staatliche Schutzpflicht im Blick auf Diskriminierungen wegen des Status oder der Aktivitäten der Eltern, der Sorgeberechtigten oder anderer Familienangehöriger des Kindes. Damit nimmt die UN-Kinderrechtskonvention als bislang einziges Menschenrechtsübereinkommen spezifisch die sog. „vermittelte Diskriminierung" in den Blick.[73] Art. 2 Abs. 2 KRK schützt das Kind nicht nur vor einer in seiner Person und seinem Status begründeten Diskriminierung, sondern auch vor einer Diskriminierung, die an Eigenschaften der mit dem Kind eng verbundenen Personen anknüpft. Die Vertragsstaaten werden verpflichtet, solche drittbezogenen Diskriminierungen allgemein, also auch in den von der Konvention nicht erfassten Bereichen, aktiv zu bekämpfen.[74] Eine Möglichkeit besteht nach Ansicht des KRA darin, dass die Staaten öffentliche Aufklärungskampagnen durchführen, um das gesellschaftliche Bewusstsein für die prekäre Situation von minderjährigen Kindern inhaftierter Eltern zu erhöhen. Auf diese Weise sollen Stigmatisierungen der Kinder von Inhaftierten verhindert oder zumindest verringert werden.[75] Voraussetzung hierfür ist freilich, dass die Vertragsstaaten die notwendigen gesetzlichen Grundlagen für eine statistische Erfassung der betroffenen Kinder und ihrer Lebenssituation schaffen,[76] die zugleich die Privatsphäre und das Recht auf Datenschutz der Beteiligten wahren.[77] In diesem Bereich zeigt sich ein Defizit in der Bundesrepublik Deutschland. Weder der Bund noch die Länder erheben Daten über die Lebenssituation von Kindern, deren Eltern inhaftiert sind.[78] Allerdings stellen bereits einige Landesstrafvollzugsgesetze gewichtige Weichen zur Vorbeugung von Stigmatisierungen von in der Haftanstalt geborenen Kindern, indem sie ausdrücklich statuieren, dass in der Geburtsanzeige an das Standesamt weder die Anstalt als Geburtsort des Kindes noch das Verhältnis der anzeigenden Person zur Anstalt oder die Gefangenschaft der Mutter vermerkt sein dürfen.[79]

3.1.4. Weitgehende Übereinstimmung der Landesstrafvollzugsgesetze mit der Kinderrechtskonvention

Sieht man von der fehlenden Statistik über die Lebenssituation von minderjährigen Kindern inhaftierter Eltern ab, erweist sich die Rechtslage in Deutschland im Wesentlichen als kinderrechtskonform. Namentlich die neuen Strafvollzugsgesetze der Länder tragen – obwohl sie unmittelbare Folge der Föderalismuskonform I sind und nicht speziell auf die Rücknahme der deutschen Vorbehalte zur UN-Kinderrechtskonvention reagieren – neueren Erkenntnissen und internationalen Entwicklungen im Kinderrechtsschutz bereits hinreichend Rechnung.

72 *Van Bueren, G.*, The International Law on the Rights of the Child, Leiden 1995, S. 40; *Schmahl* (Anm. 13), Art. 2 Rn. 9.

73 *Schmahl* (Anm. 13), Art. 2 Rn. 5. Ähnlich freilich EuGH, 17.7.2008, Rs. C-303/06 (Coleman), Slg. 2008, I-5603, Rn. 38, in Bezug auf die Betreuung eines behinderten Kindes durch eine Arbeitnehmerin.

74 KRA, General Comment No. 5 (2003), UN-Dok. CRC/GC/2003/5, Rn. 12; *Abramson*, A., in: Alen u. a. (Hrsg.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Leiden 2008, Art. 2, S. 80 und S. 132; *Detrick* (Anm. 40), S. 68 f.; *Schmahl* (Anm. 13) Art. 2 Rn. 32.

75 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 33 und Rn. 20.

76 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 45.

77 KRA, Report (Anm. 32), Rn. 36 und Rn. 20.

78 Vgl. BT-Drs. 17/7231, S. 3 und S. 8.

79 Deutlich etwa Art. 85 BayStVollzG, § 72 NdsJVollzG, § 29 Abs. 2 BWJVollzGB und § 66 Abs. 4 HmbStVollzG.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

3.2 Handlungsfähigkeit (unbegleiteter) Minderjähriger im Asylverfahren

Anders sieht die Sach- und Rechtslage indes im Ausländer- und Asylrecht aus. Hier steht die (vorgezogene) Handlungsfähigkeit von Minderjährigen im Aufenthalts- und Asylverfahren bereits geraumer Zeit im Kreuzfeuer der Kritik. Neben § 80 Abs. 1 AufenthG wird insbesondere § 12 Abs. 1 AsylVfG als konventionsrechtlich problematisch erachtet.[80] Nach beiden Vorschriften werden Ausländer, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, zur Vornahme von (aktiven und passiven) Verfahrenshandlungen befähigt und damit Volljährigen gleichgestellt.[81] Dies hat im Asylrecht folgende Konsequenzen: Stellt ein Minderjähriger unter 16 Jahren einen Asylantrag, muss er vom Jugendamt in Obhut genommen werden und es ist die Bestellung eines Vormundes zu veranlassen.[82] Darüber hinaus wird gemäß § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB regelmäßig ein Ergänzungspfleger für den asylrechtlichen Wirkungskreis beauftragt.[83] Dem Minderjährigen, der das 16. Lebensjahr vollendet hat, wird zwar auch ein Vormund bestellt. Da der Minderjährige aber als verfahrensfähig gilt, erfasst die Vertretungsmacht des Vormundes nicht das Aufenthalts- und Asylrecht mit der Folge, dass auch das Fürsorgebedürfnis nach § 1909 Abs. 1 BGB in der Regel entfällt.[84]

3.2.1 Kindeswohl, Altersgrenzen und Verbot der Diskriminierung

Die Vorschriften der §§ 80 Abs. 1 AufenthG, 12 Abs. 1 AsylVfG zielen auf eine Effektuierung der ausländer- und asylrechtlichen Verfahren.[85] Das darin zum Ausdruck kommende Interesse des Staates, Zuwanderung zu steuern und zu begrenzen, ist durchaus legitim. Problematisch ist allerdings, dass sich die relevanten Normen in keiner Weise an der Einsichtsfähigkeit von Minderjährigen ausrichten und damit in besonderer Weise mit dem Kindeswohl kollidieren. Dessen Gewährleistung fordert aber Art. 3 Abs. 1 KRK bei allen Rechtsbereichen, die von der Kinderrechtskonvention berührt werden, wozu gemäß Art. 22 KRK gerade auch das Asylverfahren gehört, besonders ein.[86] Diese Forderung nach vorrangiger Berücksichtigung des Kindeswohls erstreckt sich dabei gemäß Art. 1 KRK auf jeden Menschen, der das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Zwar erlaubt die in Art. 1 KRK *(in fine)* niedergelegte Flexibilitätsklausel prinzipiell, dass die Volljährigkeit auch früher als mit dem 18. Lebensjahr eintreten darf.[87] Allerdings darf Art. 1 KRK keinesfalls dergestalt interpretiert werden, dass er Vertragsparteien zur Festsetzung von Altersgrenzen ermächtigt, die mit den Zielen und Zwecken der Konvention unvereinbar sind und insbesondere gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 2 Abs. 1 KRK verstoßen, weil sie nur eine spezifische Gruppe von Kindern betreffen.[88] Deshalb muss sich die Ermächtigung des Art. 1 KRK stets auf alle Kinder einer bestimmten Altersstufe erstrecken. Eine partielle Herabsetzung der Mündigkeit nur für einen bestimmten Personenkreis, namentlich von Auslän-

80 Vgl. nur *Krieger, H.*, Die UN Kinderrechtskonvention und die Handlungsfähigkeit unbegleiteter Minderjähriger im deutschen Asyl- und Ausländerrecht, RdJB 2012, S. 206 ff. m. w. N., sowie deutlich jüngst auch KRA, Concluding Observations: Germany (Anm. 17), Rn. 68–69.

81 *Bergmann, J.,* in: Renner, G. (Hrsg.), Ausländerrecht, 9. Aufl., München 2011, § 12 AsylVfG Rn. 3.

82 Vgl. §§ 1647, 1773 Abs. 1 BGB, § 42 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 3 S. 4 SGB VIII.

83 Vgl. z. B. OLG Frankfurt, 3.2.2011, 2 WF 457/10, Rn. 21 m. w. N.

84 So deutlich OLG Karlsruhe, 2.12.2010, 2 UF 172/10, NJW-RR 2011, S. 733, Rn. 12 ff.

85 Vgl. BT-Drs. 11/6321 vom 27.1.1990, S. 79 f.; sowie *Bergmann* (Anm. 81), § 12 AsylVfG Rn. 5.

86 Vgl. KRA, General Comment No. 6 (2005), UN-Dok. CRC/GC/2005/6, Rn. 21; *Krieger* (Anm. 80), S. 213 f. und S. 217. A. A. OLG Karlsruhe, 2.12.2010, 2 UF 172/10, NJW-RR 2011, S. 733, Rn. 27.

87 Berechtigte Kritik an dieser Klausel üben etwa *Dorsch* (Anm. 56), S. 304, und *Van Bueren* (Anm. 72), S. 37 f.

88 *Detrick* (Anm. 40), S. 60; *Schmahl* (Anm. 13) Art. 1 Rn. 3 f.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

dern und insbesondere von Flüchtlingskindern, zumal wenn sie unbegleitet sind, erlaubt die Flexibilitätsklausel des Art. 1 KRK nicht.[89]

Auch Art. 2 Abs. 1 KRK dürfte den Regelungen der §§ 80 Abs. 1 AufenthG, 12 Abs. 1 AsylVfG entgegenstehen. So hat Art. 2 Abs. 1 KRK, der die nationale Herkunft als verpöntes Diskriminierungsmerkmal nennt, zwar nicht die Staatsangehörigkeit eines Kindes, sondern lediglich dessen faktische Beziehung zu seinem Heimatstaat im Blick. Mit nationaler Herkunft ist also das Geburtsland gemeint, nicht die Staatsangehörigkeit.[90] Die Bundesrepublik Deutschland ist bei Ratifizierung der KRK davon ausgegangen, dass „nationale Herkunft" („national origin") gerade nicht „Staatsangehörigkeit" („nationality") bedeute. Die Kinderrechtskonvention finde daher – so der wesentliche Gehalt der als „Ausländervorbehalt" qualifizierten Erklärung der Bundesregierung aus dem Jahre 1992 – keine Anwendung auf Maßnahmen, die an die Staatsangehörigkeit anknüpften, da eine unterschiedliche Behandlung zwischen Kindern deutscher und fremder Staatsangehörigkeit gerade bei ausländerrechtlichen Maßnahmen unvermeidlich sei.[91] Diese Auffassung steht freilich in einem Spannungsverhältnis zu der Tatsache, dass die Konventionsrechte in gleicher Weise für alle Kinder in dem Hoheitsbereich eines Vertragsstaates ungeachtet ihres Status gelten, wie die Formulierung in Art. 2 Abs. 1 KRK deutlich zeigt, wonach die Vertragsstaaten die Konventionsrechte „jedem ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Kind ohne jede Diskriminierung" zu gewährleisten haben.[92] Wohl auch deshalb hat die Bundesregierung den im Jahre 1992 eingelegten „Ausländervorbehalt" gemeinsam mit den übrigen einseitigen Erklärungen mit Wirkung vom 1. November 2010 zurückgenommen. Eine Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit bedarf seither zumindest erhöhter Rechtfertigungsanforderungen.[93]

3.2.2 Besondere Schutzanforderungen für (unbegleitete) Flüchtlingskinder

Hinzu kommt, dass Art. 22 KRK besondere Schutzanforderungen etabliert für Kinder, die als Flüchtlinge in ein fremdes Land kommen. Soweit Art. 22 Abs. 1 KRK die Staaten verpflichtet, den betroffenen Kindern bei der Wahrung der in der KRK festgesetzten Rechte zu helfen, wird eine deutliche Verbindung nicht nur zum Kindeswohlvorrang nach Art. 3 KRK, sondern auch zum Diskriminierungsverbot des Art. 2 Abs. 1 KRK hergestellt.[94] Vor allem die Gruppe unbegleiteter Flüchtlingskinder, also derjenigen Flüchtlingskinder, die von ihren Eltern oder anderen Sorgeberechtigten getrennt sind, benötigt nach Ansicht des Kinderrechtsausschusses den besonderen Schutz

89 *Heinhold, H.*, Nach Rücknahme der Vorbehalte, in: Kauffmann, H./Riedelsheimer, A. (Hrsg.), Flüchtlingskinder in Deutschland, Karlsruhe 2010, S. 60 (65); *Krieger* (Anm. 80), S. 213; *Schmahl* (Anm. 13) Art. 1 Rn. 12. A.A. wohl BT-Drs. 17/3938 vom 25.11.2010, S. 3.

90 *Baer, I.*, Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, NJW 1993, S. 2209 (2211); *Bethke, R.*, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes und seine Umsetzung in der Bundesrepublik Deutschland, München 1996, S. 58.

91 Vgl. BGBl. 1992 II S. 990 f. und BT-Drs. 12/42, S. 34.

92 Ausländische Kinder unterfallen jedenfalls dem Diskriminierungsmerkmal des „sonstigen Status" im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KRK, vgl. *Schmahl* (Anm. 13), Art. 2 Rn. 17, 26.

93 Dies übersieht OVG Nordrhein-Westfalen, 22.5.2012, 5 A 609/11.A, Rn. 18 ff.

94 *Kirchhof, C.*, Die UN-Konvention über die Rechte des Kindes, insbesondere deren Umsetzung im russischen Recht, Frankfurt/Main 2001, S. 183; *Cremer* (Anm. 14), S. 22. Dies gilt, obwohl Art. 22 KRK dem Wortlaut nach weit gefasst ist und den Vertragsstaaten bei der Umsetzung Gestaltungsspielraum belässt. Dieser Spielraum wird nämlich durch die Auffassungen des Kinderrechtsausschusses in seinem Umfang begrenzt und konkretisiert, vgl. *Krieger* (Anm. 80), S. 210 f. A.A. OLG Karlsruhe, 2.12.2010, 2 UF 172/10, NJW-RR 2011, S. 733, Rn. 22–25, und 5.3.2012, 18 UF 274/11, Rn. 42–45; OVG Nordrhein-Westfalen, 22.5.2012, 5 A 609/11.A, Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

des Staates.[95] Daraus erwachse für die Vertragsstaaten die Pflicht, ihre Asylverfahren spezifisch auf die Bedürfnisse von unbegleiteten Flüchtlingskindern anzupassen.[96] Dazu zähle auch, dass jedes Kind bis zum Erreichen der Volljährigkeit durch einen Erwachsenen vertreten werden müsse, der mit dem Hintergrund des Kindes vertraut und fachkompetent ist. Jedes Kind solle zudem, so der KRA, einen qualifizierten (kostenfreien) Rechtsbeistand in Asylverfahren erhalten.[97]

Wegen der elementaren Bedeutung des Asylverfahrens für den (unbegleiteten) Minderjährigen bestehen vor allem Zweifel an der Vereinbarkeit von § 12 Abs. 1 AsylVfG mit den Vorgaben der Kinderrechtskonvention. Zwar findet im Asylverfahren der Untersuchungsgrundsatz Anwendung, weshalb die Mitwirkungspflichten des Antragstellers nach Grund und Umfang beschränkt sind.[98] Erforderlich sind keine umfangreichen Kenntnisse des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts, sondern es genügen meist tatsächliche Schilderungen.[99] Auf der anderen Seite bewirkt § 12 Abs. 1 AsylVfG eine rechtliche Gleichstellung von Minderjährigen mit Volljährigen. Es wird verlangt, dass der Minderjährige ebenso wie ein Erwachsener den Sachverhalt schlüssig und umfassend darlegt, um nicht mit seinem Vorbringen präkludiert zu sein.[100] Es liegt auf der Hand, dass unbegleitete ausländische Minderjährige nicht nur wegen ihres durchschnittlichen Entwicklungsstandes, sondern vor allem wegen ihrer Unkenntnis des deutschen Rechtssystems und der deutschen Sprache insoweit vor besonderen Zugangshindernissen stehen.[101] Die vorzeitige verfahrensrechtliche Befähigung gereicht dem Jugendlichen im Ergebnis daher nicht zum Vorteil, sondern zum Nachteil.[102] Die gegenteilige Argumentation, dass den 16- und 17-jährigen Jugendlichen gemäß § 12 Abs. 1 AsylVfG mehr Rechte als jüngeren Kindern eingeräumt würden, da sie selbständige Verfahrensrechte genössen,[103] überzeugt nicht. Sie verkennt nämlich, dass aus Art. 22 i. V. m. Art. 1, Art. 2 Abs. 1 KRK staatliche Schutzpflichten folgen und diese Normen gerade keine subjektiven Abwehrrechte etablieren.[104] Auch Erwägungen der Zuwanderungssteuerung führen zu keinem anderen Ergebnis. Abgesehen davon, dass solche gemeinwohlbezogenen Erwägungen individualrechtliche Aspekte nicht völlig überlagern können, sind die Zahlen minderjähriger Flüchtlinge im Asylverfahren mit rund 300 pro Jahr äußerst gering.[105]

Die mangelnde Konventionskonformität von §§ 80 Abs. 1 AufenthG, 12 Abs. 1 AsylVfG wird einmal mehr deutlich, wenn man bedenkt, dass entsprechende Vorschriften zur „vorgezogenen" Handlungsfähigkeit in anderen Rechtsbereichen regelmäßig nicht ersichtlich sind.[106] Soweit ver-

95 KRA, General Comment No. 6, UN-Dok. CRC/GC/2005/6, Rn. 7, Rn. 10 ff; vgl. auch KRA, Concluding Observations: Germany (Anm. 17), Rn. 26 und Rn. 68–69.

96 KRA, General Comment No. 6, UN-Dok. CRC/GC/2005/6, Rn. 64.

97 Ausführlich zum Folgenden: KRA, General Comment No. 6 (2005), UN-Dok. CRC/GC/2005/6, Rn. 68–73, insbesondere Rn. 69. A. A. BGH, 29.5.2013, XII ZB 530/11, Rn. 21, und 29.5.2013, XII ZB 124/12, Rn. 22, jeweils mit Verweis auf das System der Beratungs- und Prozesskostenhilfe, kritisch hierzu *Leipold, M.*, Kein Ergänzungspfleger bei mangelnder Sachkunde des Vormunds, FamFR 2013, S. 430 (431).

98 Vgl. § 25 Abs. 1, 2 und § 15 AsylVfG.

99 OLG Karlsruhe, 2.12.2010, 2 UF 172/10, NJW-RR 2011, S. 733, Rn. 16.

100 Näher zu diesem Komplex *Krieger* (Anm. 80), S. 214 f. m. w. N.

101 *Löhr, T.*, Gesetzliche Konsequenzen aus der Rücknahme des Vorbehalts zur Kinderrechtskonvention, ZAR 2010, S. 378 (379); *Krappmann, L.*, Kindeswohl und Flüchtlingskinder, in: Deutsches Rotes Kreuz (Hrg.), Kindeswohl für minderjährige Flüchtlinge und Migranten, 2010, S. 130; *Schmahl* (Anm. 13), Art. 2 Rn. 37, Art. 22 Rn. 20.

102 So auch *Heinhold* (Anm. 89), S. 65; *Meißner, A.*, Vormundschaften für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge, in: Dieckhoff, P. (Hrsg.), Kinderflüchtlinge, Wiesbaden 2010, S. 59 (61). Ähnlich AG Gießen, 16.7.2010, 244 F 1159/09 VM, NJW-RR 2011, S. 441, Rn. 10 ff.

103 So BT-Drs. 17/1812 vom 21.5.2010, S. 20.

104 Ebenso *Löhr* (Anm. 101), S. 380; *Krieger* (Anm. 80), S. 216 f.

105 Vgl. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Unbegleitete Minderjährige in Deutschland, 2008, S. 20.

106 *Löhr* (Anm. 101), S. 380; *Heinhold* (Anm. 89), S. 65 f.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

einzelte Rechtsvorschriften Minderjährige bereits ab einem jüngeren Alter als 18 Jahre zu Verfahrenshandlungen ermächtigen, werden von diesen Ausnahmeregelungen stets alle Kinder der betreffenden Altersstufen ohne Ansehung ihrer Staatsangehörigkeit oder Herkunft betroffen. Dies ist etwa bei § 36 Abs. 1 S. 1 SGB I der Fall, wonach Minderjährige bereits ab dem 15. Lebensjahr Anträge auf Sozialleistungen stellen und verfolgen sowie Sozialleistungen entgegennehmen können. Es ist daher nicht überzeugend, wenn verschiedene Fachgerichte[107] es für menschenrechtskonform erachten, dass spezifisch Minderjährige in aufenthalts- und asylrechtlichen Verfahren ab dem 16. Lebensjahr als handlungs- und verfahrensfähig gelten. Die Rücknahme des sog. Ausländervorbehalts im Jahre 2010 hat gerade bewirkt, dass Bereichsausnahmen im Ausländer- und Asylrecht mit der Kinderrechtskonvention nicht mehr kompatibel sind.[108] Wiewohl der Minderjährige einen Vormund oder Rechtsbeistand auch für dieses Sachgebiet bevollmächtigen kann, sind prinzipiell 16- und 17-jährige Jugendliche befugt, ohne Vormund ein Asylverfahren selbständig durchzuführen. Angesichts der Komplexität des Rechtsgebietes und der regelmäßig vorliegenden Sprach- und Artikulationsdefizite ausländischer Flüchtlingskinder, die meistens zudem unbegleitet und traumatisiert sind, besteht ein hohes Risiko, dass dann der Asylantrag z. B. wegen mangelnder Substantiierung scheitert.[109] Immerhin hat das BVerwG in seinem Urteil vom 29. November 2012 die Frage, ob § 12 Abs. 1 AsylVfG mit den speziellen Schutzregelungen der Kinderrechtskonvention, namentlich mit Art. 22 KRK, zu vereinbaren ist, ausdrücklich offengelassen und seine (zurückweisende) Entscheidung lediglich auf § 80 Abs. 1 AufenthG gestützt.[110]

3.3 Beschneidung von Knaben

Noch intensiver und mit deutlich größerer Breitenwirkung als die Handlungsfähigkeit von Minderjährigen in Asylverfahren wurde in den vergangenen Monaten die Frage der Beschneidung von Knaben diskutiert, nachdem die kleine Strafkammer des Landgerichts Köln am 7. Mai 2012 judiziert hatte, dass die Beschneidung von männlichen Säuglingen im Prinzip eine Körperverletzung gemäß § 223 StGB darstelle, da der operative Eingriff des Arztes nicht durch die Einwilligung der Eltern gerechtfertigt sei.[111] Die Gegner der Beschneidung von Knaben, so insbesondere das LG Köln, stellen die männliche Zirkumzision auf dieselbe Stufe wie die Beschneidung von Mädchen[112] und behaupten, dass hierin ein Verstoß gegen das Grundrecht des Kindes auf körperliche Unversehrtheit und religiöse Selbstbestimmung sowie gegen die Garantien der UN-Kinderrechtskonvention zu sehen sei.[113]

---

107 So z. B. OLG Karlsruhe, 2.12.2010, 2 UF 172/10, NJW-RR 2011, S. 733, Rn. 18-27; OVG Nordrhein-Westfalen, 22.5.2012, 5 A 609/11.A, Rn. 14-23. Jüngst auch BVerwG, 29.11.2012, 10 C 4/12, Rn. 10.

108 So auch KRA, Concluding Observations: Germany (Anm. 17), Rn. 68; A. A. BVerwG, 29.11.2012, 10 C 4/12, Rn. 10.

109 *Löhr* (Anm. 101), S. 380; vgl. auch AG Gießen, 16.7.2010, 244 F 1159/09 VM, NJW-RR 2011, S. 441, Rn. 10 ff.

110 BVerwG, 29.11.2012, 10 C 4/12, Rn. 8–10.

111 LG Köln, JZ 2012, S. 805 ff.

112 LG Köln (Fn. 111); ferner *Herzberg, R.*, Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung, JZ 2009, S. 332 (334); *Putzke, H.*, Recht und Ritual – ein großes Urteil einer kleinen Strafkammer, MedR 2012, S. 621 (623); *Walter, T.*, Der Gesetzentwurf zur Beschneidung – Kritik und strafrechtliche Alternative, JZ 2012, S. 1110 (1116 f.). Mit überzeugender Begründung a. A. *Rox, B.*, Urteilsanmerkung, JZ 2012, S. 806 (807); *Wiater, P.*, Rechtspluralismus und Grundrechtsschutz: Das Kölner Beschneidungsurteil, NVwZ 2012, S. 1379 (1380).

113 Besonders deutlich etwa die Abgeordneten *Rupprecht u. a.*, in: BT-Drs. 17/11430 vom 8.11.2012, S. 8; und *Putzke* (Anm. 112), S. 623.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

3.3.1 Abschaffung überlieferter Bräuche?

Während die grundrechtlichen Konnotationen und Konsequenzen hier nicht näher betrachtet werden sollen,[114] ist die Genitalbeschneidung in der Tat das Hauptanliegen der Regelung von Art. 24 Abs. 3 KRK.[115] Danach sind die Vertragsstaaten verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu treffen, um überlieferte Bräuche abzuschaffen, die für die Gesundheit des Kindes schädlich sind. Allerdings hat der Kinderrechtsausschuss bislang ausschließlich die Beschneidung von Mädchen als kulturelle Praktik eingestuft, die mit dem Kindeswohl keinesfalls zu vereinbaren ist.[116] Der weiblichen Genitalverstümmelung, die meist das vollständige Entfernen der Klitoris und der Schamlippen (sog. „Pharaonenbeschneidung") zum Gegenstand hat und zu schwerwiegenden Gesundheitsschäden führt, liegt die archaische und geschlechtsspezifisch erniedrigende Ansicht zugrunde, das sexuelle Lustempfinden des weiblichen Geschlechts dauerhaft zu unterbinden.[117] Es handelt sich deshalb um eine grausame, folgenschwere und durch nichts zu rechtfertigende Misshandlung[118] und letztlich um eine „extreme Form der Diskriminierung von Frauen",[119] die in Deutschland mit hohen Freiheitsstrafen belegt ist.[120]

Demgegenüber steht die Beschneidung von jungen Knaben nicht im Fokus von Art. 24 Abs. 3 KRK.[121] Die Entfernung des männlichen Praeputiums führt regelmäßig nicht zu einer Beschränkung des sexuellen Empfindens oder zu einer nachhaltigen Beeinträchtigung der Gesundheit und kann bei einer pathologischen Vorhautverengung (Phimose) sogar medizinisch indiziert sein.[122] Ferner belegen Studien der WHO, dass die Entfernung der Vorhaut HIV-Infektionen und wohl auch dem Entstehen von Peniskrebs einerseits und von Gebärmutterhalskarzinomen bei der Sexualpartnerin andererseits vorbeugen kann.[123] Vermutlich auch deshalb hat sich der Kinderrechtsausschuss mit Aussagen zur männlichen Beschneidung bislang zurückgehalten; selbst in dem jüngsten „General Comment" No. 15 (2013), der sich mit Gesundheitsaspekten befasst, kommt die männliche Zirkumzision an keiner Stelle zur Sprache.[124] In verschiedenen einschlägigen „Concluding Observations" fordert der Ausschuss lediglich, dass die Staaten bei der männlichen Beschneidung effektive Maßnahmen ergreifen sollen, um sie vor Gesundheitsgefahren und unsicheren medizinischen Bedingungen zu schützen.[125]

---

114 Dazu jüngst etwa *Isensee, J.*, Grundrechtliche Konsequenz wider geheiligte Tradition, JZ 2013, S. 317 (319 ff.); *Hörnle, T./Huster, S.*, Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern?, JZ 2013, S. 328 (329 ff.).

115 S. *Detrick* (Anm. 40), S. 414 ff.; *Eide, A./Eide, W.,* in: Alen, A. u. a. (Hrsg.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Leiden 2008, Art. 24 Rn. 105.

116 Vgl. KRA, Concluding Observations: Senegal, CRC/C/15/Add.44, Rn. 24; Concluding Observations: South Africa, CRC/C/15/Add.122, Rn. 33.

117 So bereits UN-Dok. E/CN.4/Sub.2/1991/48, Rn. 27. Näher *Tobin, J.*, The Right to Health in International Law, Oxford 2011, S. 309 f.

118 BGH, NJW 2005, 672 (673).

119 BT-Drs. 17/11295 vom 5.11.2012, S. 14.

120 Vgl. §§ 224–226 StGB, sowie den Staatenbericht der Bundesregierung an den Kinderrechtsausschuss vom 20. Oktober 2010, UN-Dok. CRC/C/DEU/3-4, Rn. 214.

121 Zutreffend BT-Drs. 17/11295, S. 15, sowie *Rixen, S.*, Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes NJW 2013, S. 257 (259). Irrig indes die Begründung des Gesetzentwurfs der Abgeordneten *Rupprecht u. a.*, in: BT-Drs. 17/11430, S. 8.

122 *Steinbach, A.*, Die gesetzliche Regelung zur Beschneidung von Jungen, NVwZ 2013, S. 550 (551). A.A. *Walter* (Anm. 112), S. 1112 f.; *Putzke* (Anm. 112), S. 623.

123 Vgl. WHO, Recommendations from expert consultation on male circumcision for HIV prevention, Genf, 28.3.2007. S. ferner KRA, Concluding Observations: Lesotho, CRC/C/15/Add.147, Rn. 44, und *Tobin* (Anm. 117), S. 312 f.

124 Vgl. KRA, General Comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health, UN-Dok. CRC/C/GC/15 vom 17.4.2013.

125 Z. B. KRA, Concluding Observations: Lesotho, UN Doc. CRC/C/15/Add.147, Rn. 44; Concluding Observations: South Africa, UN Doc. CRC/C/15/Add.122, Rn. 33; Concluding Observations: Zambia, CRC/C/15/Add.206, Rn. 46 f.; nä-

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

3.3.2 Mitspracherecht des Kindes

Auch aus dem in Art. 12 KRK verbrieften Mitspracherecht des Kindes, wonach das Kind bei allen es betreffenden Angelegenheiten zu hören ist, folgt im Ergebnis keine andere Wertung. Zwar betont der KRA, dass die Umsetzung des Mitspracherechts des Kindes auch im Rahmen der Gesundheitsfürsorge gemäß Art. 24 KRK von den Vertragsstaaten zu beachten ist.[126] So sollen die Kinder bei Entscheidungen bezüglich ihrer eigenen Gesundheit einbezogen werden und hierzu alle Informationen über beabsichtigte Behandlungen und ihre Folgen erhalten. Je älter und reifer das Kind ist, desto schwerer wiegt seine geäußerte Ansicht und desto stärker ist auf dessen zustimmenden oder ablehnenden Willen abzustellen.[127] Dies gilt prinzipiell auch für die männliche Zirkumzision, wobei allerdings ein Säugling oder Kleinkind nicht über die nötige Einsichtsfähigkeit verfügt, um die rechtfertigende Einwilligung in die Körperverletzung selbst zu erteilen. In diesen Fällen ist es den Eltern oder Sorgeberechtigten anheim gestellt, stellvertretend für ihr Kind die Einwilligung zu geben.[128] Ob mit einer religiös motivierten Beschneidung zugewartet werden muss, bis der Knabe die nötige Verstandesreife in religiösen Belangen erlangt hat, um selbst darüber zu entscheiden, ob er ein körperlich sichtbares Zeichen seiner religiösen Gruppenzugehörigkeit setzt oder nicht,[129] ist eine andere Frage, die im Lichte von Art. 14 und Art. 30 KRK zu beantworten ist. Im Übrigen ist zu bedenken, dass auch sonstige erhebliche Eingriffe in die körperliche Integrität – etwa kosmetische Operationen an Ohren oder Nase oder gar die Stammzellspende zugunsten eines Verwandten ersten Grades – bei nicht einsichtsfähigen Kleinkindern dann als zulässig angesehen werden, wenn der gesetzliche Vertreter hierin einwilligt.[130] Das Kind muss nur soweit möglich in den Entscheidungsprozess eingebunden werden; entsprechend seinen entwicklungsabhängigen Fähigkeiten soll ihm Gelegenheit gegeben werden, Zustimmung oder Ablehnung zu äußern.[131]

3.3.3 Grund und Grenzen des elterlichen Bestimmungsrechts

Was die Vorgaben von Art. 14 und Art. 30 KRK anbelangt, die in der Debatte um die Zulässigkeit der männlichen Zirkumzision ebenfalls eine prominente Rolle einnahmen, lässt sich zunächst festhalten, dass Art. 14 Abs. 2 KRK die Vertragsstaaten in erster Linie verpflichtet, von Eingriffen in die weltanschauliche, ethische oder religiöse Erziehung des Kindes durch die Eltern abzusehen. Eine Einschränkung dieses Elternrechts über die Schrankenklausel des Art. 14 Abs. 3 KRK ist prinzipiell nicht zulässig.[132] Lediglich in Fällen, in denen das Kind durch die religiöse Anleitung seiner Eltern in seiner Entwicklung nachhaltig gestört wird, kommt ein rechtmäßiger staatlicher Eingriff zum Schutz des Kindes auf der Grundlage immanenter Schranken in Betracht.[133] Insofern steht Art. 14 Abs. 2 KRK in enger Beziehung zu den Regelungen des Art. 5, Art. 9 und

her *Schmahl* (Anm. 13) Art. 24 Rn. 20. Bemerkenswert ist, dass die jüngsten Empfehlungen des KRA für Deutschland (vgl. Anm. 17) die Knabenbeschneidung nicht thematisieren.

126 Vgl. KRA, General Comment No. 12 (2009), UN-Dok. CRC/C/GC/12, Rn. 98–104.

127 BT-Drs. 17/11295, S. 18; *Schmahl* (Anm. 13), Art. 12 Rn. 10, 22.

128 BT-Drs. 17/11295, S. 17; *Schwarz, K.-A.*, Verfassungsrechtliche Aspekte der religiösen Beschneidung, JZ 2008, S. 1125 (1128); *Rox* (Anm. 112), S. 807 f. A. A. LG Köln, JZ 2012, S. 805 (806).

129 So LG Köln, JZ 2012, 805 (806).

130 Näher *Weilert, A. K.*, Das Kindeswohl und die Knochenmarkspende Minderjähriger aus verfassungsrechtlicher Perspektive, Rechtswissenschaft 2012, S. 292 (293 ff.); vgl. auch *Schmahl* (Anm. 13), Art 12 Rn. 22.

131 Vgl. auch BT-Drs. 17/11295, S. 8.

132 *Schmahl* (Anm. 13), Art. 14 Rn. 10.

133 Vgl. *Brems, E.,* in: Alen, A. u. a. (Hrsg.), A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Leiden 2006, Art. 14 Rn. 54; *Schmahl* (Anm. 13), Art. 14 Rn. 8, 10.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

Art. 18 KRK, die allesamt die Anleitungs- und Führungsfunktion der Eltern bei der Erziehung ihrer Kinder in den Vordergrund stellen und dem Staat nur eine subsidiäre Wächterrolle bei eklatanter Gefährdung des Kindeswohls zuweisen.[134]

Die religiös motivierte Beschneidung von männlichen Säuglingen überschreitet die Grenze des elterlichen Bestimmungsrechts allerdings nicht. Soweit in diesem Kontext vereinzelt darauf abgestellt wird, dass zugunsten des Kindeswohls mit einer Zirkumzision zugewartet werden müsse, bis das Kind religionsmündig sei und selbst darüber entscheiden könne, ob es beschnitten werden will oder nicht,[135] offenbart sich ein sehr restriktives Verständnis des elterlichen Erziehungsrechts, das schnell in individuelle Unfreiheit umschlagen kann.[136] Da sowohl die WHO als auch die menschenrechtlichen Kontrollorgane, namentlich der KRA, einer Beschneidung von Knaben auch positive präventiv-gesundheitliche Wirkungen beimessen, sofern diese nach den Regeln ärztlicher Kunst durchgeführt wird,[137] besteht kein Grund zur Annahme, dass die religiös-rituelle Entfernung der männlichen Vorhaut bei Säuglingen oder Kleinkindern dem Wohl des Kindes widerspräche.[138] Vielmehr wird man umgekehrt annehmen können, dass die Beschneidung von Knaben gerade ein Zeichen der Zugehörigkeit zu einer religiös-kulturellen Gruppe darstellt, deren Identitätswahrung Art. 30 KRK ausdrücklich schützt.[139] So ist die Beschneidung der Vorhaut nicht nur ein Ritual der Weltreligion des Islam, sondern auch ein zentraler Bestandteil der Identität des orthodoxen Judentums.[140] Im Gegensatz zu Beschneidungen von Mädchen, mit der ein erniedrigendes geschlechtsspezifisches Ziel verfolgt wird, ist die männliche Zirkumzision mit der Kinderrechtskonvention zu vereinbaren, sofern sie in hygienischen Verhältnissen und nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt wird.[141]

3.3.4 § 1631d BGB als konventionskonforme Kompromissregelung

Deshalb begegnet das am 28. Dezember 2012 in Kraft getretene Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes[142] der durch das LG Köln angestoßenen Debatte um die religiös-rituelle Zirkumzision mit einer gelungenen und menschenrechtskonformen Kompromissregelung, die sowohl dem Wohlergehen des Kindes als auch dem elterlichen Erziehungsrecht Rechnung trägt. Nach dem mit diesem Gesetz neu eingeführten § 1631d BGB umfasst die Personensorge auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt wird. Dies gilt nur dann nicht, wenn die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet. Es wird somit zu Recht und in völ-

134 *Dorsch* (Anm. 56), S. 108; *Schmahl* (Anm. 13), Art. 5 Rn. 5; Art. 9 Rn. 1, Art. 18 Rn. 1. Zum Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 GG vgl. *Hörnle/Huster* (Anm. 114), S. 330 ff.

135 So die Ansicht des LG Köln, JZ 2012, 805 (806), und des Gesetzentwurfs der Abgeordneten *Rupprecht u. a.* in: BT-Drs. 17/11430, S. 8 f.

136 *Rox* (Anm. 112), S. 808; vgl auch *Wiater* (Anm. 112), S. 1380; *Rixen* (Anm. 121), S. 261 f.; *Schwarz* (Anm. 128), S. 1128 f.

137 S. Anm. 123 bis Anm. 125.

138 Anders als die weibliche Genitalbeschneidung ist die männliche Zirkumzision gerade nicht demütigend, vgl. *Hörnle/Huster* (Anm. 114), S. 334 f. m. w. N.

139 *Schmahl* (Anm. 13), Art. 14 Rn. 8; ähnlich *Wiater* (Anm. 112), S. 380 f.

140 Näher *Isensee* (Anm. 114), S. 317 (321) mit Verweis auf Stellungnahmen des Zentralrats der Muslime und des Zentralrats der Juden im Rechtsausschuss des Bundestags.

141 So auch *Kelle, F.,* Die Vereinbarkeit der rituellen Beschneidung bei Jungen mit der UN-Kinderrechtskonvention, in: Heil, J./Kramer, S. (Hrsg.), Beschneidung: Das Zeichen des Bundes in der Kritik, Berlin 2012, S. 115 (125).

142 BGBl. 2012 I S. 2749.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.

ligem Einklang mit den Vorgaben der Kinderrechtskonvention vermutet, dass die männliche Beschneidung regelmäßig nicht das Kindeswohl beeinträchtigt.[143] Nur wenn das Gegenteil bewiesen ist, verlieren die Eltern das Recht, in die Beschneidung des Kindes einzuwilligen.[144]

4 Fazit

Die UN-Kinderrechtskonvention steht in der emanzipatorischen Linie, die alle universellen Menschenrechtsverträge verfolgen; in verschiedenen Rechtsbereichen stellen sie hergebrachte staatliche Ordnungen unter Rechtfertigungszwang. Auch die Kinderrechtskonvention ist kein rhetorischer Text,[145] sondern enthält vielfach unmittelbar anwendbare Garantien oder gar subjektive Rechte des Kindes, die durch die – freilich nicht rechtsverbindlichen – Stellungnahmen des Kinderrechtsausschusses konkretisiert werden. Widersprechen innerstaatliche Rechtsvorschriften den Konventionsgewährleistungen, wie dies bei § 12 Abs. 1 AsylVfG der Fall ist, macht sich die Bundesrepublik Deutschland im Außenverhältnis völkerrechtlich verantwortlich, sofern die betreffenden Normen nicht konventionskonform ausgelegt werden.[146] Auch darüber hinaus hat das UN-Kinderrechtsübereinkommen seit der Rücknahme der deutschen Vorbehalte im Jahre 2010 die Rechte des Kindes im innerstaatlichen Rechtsraum gestärkt. Die gesetzgeberischen Bemühungen der Länder um einen kind- und familiengerechten Strafvollzug machen dies exemplarisch deutlich. Vor diesem Hintergrund kann auch die Kinderrechtskonvention wohl mittlerweile zu den „völkerrechtlichen Nebenverfassungen“[147] gezählt werden.

Auf der anderen Seite bedeutet nicht jede Bezugnahme auf die UN-Kinderrechtskonvention, dass Rechte des Kindes tatsächlich berührt oder gar verletzt sein müssen. Ebenso wie dies bei anderen Menschenrechtsverträgen der Fall ist, stehen auch die Garantien der KRK regelmäßig einer Abwägung mit Rechten Dritter und mit Gemeinwohlbelangen offen. Besonders deutlich wird dies bei der Frage um die Beschneidung des männlichen Kindes, in dessen Kontext nicht nur die körperliche Unversehrtheit und das Persönlichkeitsrecht des Kindes, sondern auch das konventionsrechtlich verbürgte Elternrecht und die gemäß Art. 30 KRK zu schützende kulturelle Identität einer Gruppe relevant sind. Dass die universellen Kinderrechte im vergangenen Jahr gelegentlich bloß pauschal in die Diskussion um die männliche Zirkumzision eingeführt wurden, ohne in eine differenzierte Abwägung einzutreten,[148] schadet nicht nur der Wirksamkeit der Rechte des Kindes, sondern konterkariert letztlich auch den Grund und das Telos des internationalen Menschenrechtsschutzes.

Verf.: Prof. Dr. Stefanie Schmahl, LL.M., Universität Würzburg, Lehrstuhl für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht, Domerschulstraße 16, D-97070 Würzburg, E-Mail: Schmahl@jura.uni-wuerzburg.de.

143 *Rixen* (Anm. 121), S. 260; *Schmahl* (Anm. 13), Art. 3 Rn. 19, Art. 19 Rn. 7 und Art. 24 Rn. 25. Sehr kritisch hingegen *Walter* (Anm. 112), S. 1115 ff.

144 *Huber*, P., in: Säcker, F.J./Rixecker, R. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, 6. Aufl., München 2012, § 1631d Rn. 4.

145 So aber *Isensee* (Anm. 114), S. 324.

146 Detailliert zu den Rechtsfolgen des Verstoßes von § 12 Abs. 1 AsylVfG gegen die Gewährleistungen der KRK *Krieger* (Anm. 80), S. 217 ff.

147 Bereits 1977 bezeichnete *Christian Tomuschat* die internationalen Menschenrechtsschutzinstrumente als das primäre Beispiel für den vom ihm geprägten Begriff der „völkerrechtlichen Nebenverfassungen“, vgl. *Tomuschat, C.*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), S. 7 (51 f.).

148 Vgl. etwa die problematischen Äußerungen des Abgeordneten *Schwanitz* in: BT-Plenarprotokoll 17/213 vom 12.12.2012, S. 26103 f.

https://doi.org/10.5771/0034-1312-2014-1-125
Generiert durch IP '3.135.183.89', am 29.04.2024, 04:53:57.
Das Erstellen und Weitergeben von Kopien dieses PDFs ist nicht zulässig.