

Wirkung und Potenzial des BVG über die Rechte von Kindern

Eine kritische Evaluierung anhand der
österreichischen und europäischen Judikatur
und ausgewählter Referenzgebiete

Wirkung und Potenzial des BVG über die Rechte von Kindern

Eine kritische Evaluierung anhand der österreichischen und europäischen Judikatur und ausgewählter Referenzgebiete

Wien, 2025

Impressum

Medieninhaber, Verleger und Herausgeber:

Bundeskanzleramt, Ballhausplatz 2, 1010 Wien

Autorinnen und Autoren:

DDr. Philip Czech, Universität Salzburg

Univ.-Prof. Dr. Claudia Fuchs, Wirtschaftsuniversität Wien

Univ.-Prof. Dr. Katharina Pabel, Wirtschaftsuniversität Wien

em. o. Univ.-Prof. Dr. Karl Weber, Universität Innsbruck

Gesamtumsetzung: Sektion Familien und Jugend, Abteilung 6 – Familienrechtspolitik und Kinderrechte Untere Donaustraße 13–15, 1020 Wien www.kinderrechte.at

Layout: BKA Design & Grafik

Wien, 2025

Copyright und Haftung

Auszugsweiser Abdruck ist nur mit Quellenangabe gestattet, alle sonstigen Rechte sind ohne schriftliche Zustimmung des Medieninhabers unzulässig.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in dieser Publikation trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung des Bundeskanzleramtes und der Autorin / des Autors ausgeschlossen ist.

Rückmeldungen: Ihre Überlegungen zu vorliegender Publikation übermitteln Sie bitte an kinderrechte@bka.gv.at.

Abstract

Die vorliegende rechtswissenschaftliche Studie unternimmt eine Analyse der mit der verfassungsgesetzlichen Verankerung von Kinderrechten im BVG Kinderrechte einhergehenden Auswirkungen auf den Grundrechtsschutz für Kinder in Österreich. Die Untersuchung widmet sich dabei schwergewichtig der Rechtsprechung der nationalen Höchstgerichte sowie der europäischen (Menschenrechts-) Gerichtsbarkeit. Zudem werden ausgewählte Rechtsgebiete, in denen Kinderrechte regelmäßig von besonderer Bedeutung sind, einer näheren Betrachtung unterzogen.

Die Arbeiten wurden inhaltlich im Wesentlichen zu Beginn des Jahres 2024 abgeschlossen. Seitdem eingetretene Entwicklungen konnten keine Berücksichtigung mehr finden.

Judikaturanalyse

Die analysierte Rechtsprechung von VfGH, VwGH, OGH, EGMR und EuGH gibt als Gesamtbild zu erkennen, dass Kinderrechte zunehmend an Gewicht gewinnen. Weiterhin zeichnet sich dahinterstehend ein Entwicklungsprozess ab, der Kinder als eigenständige Grundrechtsträger hervorhebt und betont.

Der VfGH zieht unterschiedliche Bestimmungen des BVG Kinderrechte heran, um dem verfassungsrechtlichen Schutz der besonderen Bedürfnisse von Kindern zum Durchbruch zu verhelfen. Im Vordergrund steht das in Art 1 BVG Kinderrechte verankerte Kindeswohl, das als verfassungsgesetzlicher Auslegungs- und Prüfungsmaßstab in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung mittlerweile als fest etabliert angesehen werden kann. Vereinzelt nimmt der VfGH zudem auf Art 24 GRC Bezug.

In der Judikatur des VwGH tritt die Bedeutung der Bestimmungen des BVG Kinderrechte vor allem in Konstellationen zu Tage, in denen Abwägungsentscheidungen auf einfachgesetzlicher Grundlage die Berücksichtigung der Interessen von Kindern erforderlich machen. Als Auslegungsmaßstab steht insofern Art 1 BVG Kinderrechte im Fokus. Immer wieder finden, auf dem Boden entsprechender Judikatur des EuGH, aber auch Bezugnahmen auf Art 24 GRC statt.

In der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte spielen Kinderrechte in familienrechtlichen Angelegenheiten eine maßgebliche Rolle. Die Wahrung und Verwirklichung des Kindeswohls ist hier ausdrücklich oberster Leitgedanke; die Vorgaben des BVG Kinderrechte waren schon vor dessen Inkrafttreten einfachgesetzlich verankert und in der Judikatur etabliert. Ein Rückgriff auf die verfassungsgesetzlichen Bestimmungen erübrigt sich angesichts dieser einfachgesetzlichen Grundlagen in aller Regel. Dennoch zieht der OGH immer wieder sowohl Art 1 BVG Kinderrechte als auch Art 8 EMRK in seiner Rolle als Transmissionsriemen der in der KRK enthaltenen Garantien heran. Von

zentraler Bedeutung ist auch hier der in Art 1 BVG Kinderrechte normierte Grundsatz der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls.

In der Rechtsprechung des EGMR ist als klarer Trend eine zunehmende Berücksichtigung der KRK zu beobachten. Während der EGMR Kinder früher meist nur als „Anhängsel“ ihrer Eltern betrachtete und ihren Rechten wenig Beachtung schenkte, betont er diese heute in vielen Bereichen regelmäßig. Einfallstor für die Wertungen der KRK ist insofern vor allem Art 8 EMRK. Bei der regelmäßig durchzuführenden Interessenabwägung kann und muss das Kindeswohl besondere Berücksichtigung finden. Diese Praxis des EGMR unterstreicht die Relevanz der KRK und verleiht den in ihr garantierten Rechten und Freiheiten eine über die EMRK vermittelte Bindungswirkung. Art 8 EMRK gewinnt durch die vom EGMR vorgenommene kinderrechtsfreundliche Auslegung eine erhebliche Bedeutung neben dem BVG Kinderrechte. Aufgrund der Rechtsnatur der EMRK als österreichisches Verfassungsrecht und der Autorität, die der Rechtsprechung des EGMR bei ihrer Auslegung zukommt, erlangen die in der KRK verankerten Kinderrechte auf diesem Weg zumindest partiell, vor allem über die Auslegung von Art 8 EMRK, verfassungsrechtliche Relevanz.

In der Rechtsprechung des EuGH ist Art 24 GRCh insb. hinsichtlich der in Abs 2 normierten Berücksichtigung des Kindeswohls von praktischer Bedeutung. Die daraus gewonnene Pflicht zur genauen Bedachtnahme auf die Umstände der Minderjährigen im Einzelfall sowie zur gebührenden Berücksichtigung im Rahmen von Interessenabwägungen bei Einzelfallentscheidungen prägt die Judikatur in den Bereichen Migration und internationaler Schutz in besonderer Weise, zählt darüber hinaus vor allem aber auch in familienrechtlichen Angelegenheiten zu den etablierten Prüfungsmaßstäben des EuGH. Aus Art 24 GRCh gewinnt der EuGH zudem Anforderungen an die nationale Gesetzgebung. Diese hat – vor allem bei der Umsetzung von Richtlinien – in hinreichendem Maße dem Kindeswohl Rechnung zu tragen, die notwendigen Abwägungen im Einzelfall zu ermöglichen und allenfalls die von den entscheidenden Behörden und Gerichten vorzunehmenden Abwägungen durch Kriterienkataloge zu strukturieren.

Untersuchung ausgewählter Referenzgebiete

Das Familienrecht wurde durch das BVG Kinderrechte bislang nur in einzelnen Bereichen beeinflusst. Wesentliche Impulse gingen eher von Urteilen des EGMR aus, die immer wieder gesetzliche Reformen nach sich zogen. Allerdings hat der Gesetzgeber in jüngerer Zeit wiederholt Anpassungen im Familienrecht vorgenommen, die auch auf eine stärkere Berücksichtigung der Interessen von Kindern abzielen. Aufgrund fehlender expliziter Verweise auf das BVG Kinderrechte in den Materialien ist es jedoch kaum möglich, festzustellen, ob und wenn ja in welchem Ausmaß gerade dieses die Gesetzgebung beeinflusst hat. Wie die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zeigt, kommt dem BVG Kinderrechte vor allem in jenen Fällen Bedeutung zu, in denen die einfachgesetzlichen Bestimmungen aufgrund ihrer mangelnden Flexibilität eine angemessene Berücksichtigung des Kindeswohls im Einzelfall nicht gestatten. Zudem entfaltet das BVG Kinderrechte eine gewisse Bedeutung als Maßstab der verfassungskonformen Interpretation.

Das Asyl- und Fremdenrecht ist eine jener zentralen Materien, in denen die Rechte von Kindern betroffen sind und in besonderer Weise betroffen sein können. Auf EU-Ebene ordnen etliche Bestimmungen („Querschnittsklauseln“) die vorrangige Beachtung des Kindeswohls an. Darüber hinaus finden sich Regelungen, die Kinderrechte konkretisieren und für einzelne Entscheidungen die Berücksichtigung des Kindeswohls gesondert anordnen. Über Sonderbestimmungen werden wiederum verfahrensrechtliche Aspekte geregelt, die ausdrücklich dem Schutz von Kindern in asyl- und fremdenrechtlichen Verfahren dienen. Im österreichischen Fremden- und Asylrecht finden sich vergleichbare Querschnittsklauseln, die für den jeweiligen Anwendungsbereich des Gesetzes die Berücksichtigung des Kindeswohls anordnen, demgegenüber nicht. Ausdrückliche Bezugnahmen auf die Bedachtnahme auf das Wohl des Kindes finden sich in einer Reihe von Vorschriften der einschlägigen Gesetze. Damit wird regelmäßig die Bedeutung des Kindeswohls für die von den Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwendern vorzunehmenden Interessenabwägungen bei bestimmten asyl- und fremdenrechtlichen Entscheidungen betont. Von besonderer Bedeutung für den Schutz von Rechten von Kindern sind solche Bestimmungen, die für Kinder spezifische Verfahrenselemente oder besondere Schutzregelungen vorsehen.

Im Bereich des Schulrechts steht unter grundrechtlichen Gesichtspunkten das Recht auf Bildung im Fokus, das als allgemeine Grundrechtsgewährleistung im Besonderen auch Kinder als Grundrechtsträger erfasst. Daneben enthält das BVG Kinderrechte zwar kein explizites Recht des Kindes auf Bildung, vor allem dessen Art 1, Art 4, Art 5 und Art 6 sind für den gesamten Bereich von Schule und Schulrecht aber von grundlegender Bedeutung. Sie dienen als Maßstab für die Kontrolle einfachgesetzlicher Regelungen, als Auslegungsmaxime für die praktische Anwendung im konkreten Fall und als Aufträge an die Gesetzgebung. Während vereinzelt zu erkennen ist, dass gewisse gesetzliche Anpassungen wohl mit Blick insb. auf Art 4 BVG Kinderrechte stattgefunden haben dürften, verbleibt doch über maßgebliche Strecken das Bild des Schülers als „Objekt“ und nicht „Subjekt“ der betreffenden Maßnahmen und Verfahren. Einfachgesetzliche Ergänzungen und Klarstellungen wären dahingehend nicht zuletzt auch im Interesse der Rechtssicherheit zu befürworten.

Auf Grund der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung kommt den Ländern bei der Durchsetzung der Kinderrechte eine wichtige Funktion zu. Dem tragen etliche Landesverfassungen Rechnung, indem sie Kinderrechte und/oder das Kindeswohl ausdrücklich als Staatsziel verankern. Kinder- und Jugendhilfe, Regelungen des Jugendschutzes als verwaltungspolizeiliche Gesetze, Kindergarten- und Kinderbetreuungsgesetze als organisatorische Regelungen, Sozialhilfe- und Mindestsicherungsgesetze, Teilhabe- und Behindertengleichstellungsgesetze, Grundversorgungsgesetze und andere, die Leistungsverwaltung betreffenden Gesetze sind essenziell für die materielle Situation von Kindern und Jugendlichen in sozial prekären Situationen. Die Kinder- und Jugendwohlfahrtsgesetze sind dabei durch das sehr detaillierte Grundsatzgesetz des Bundes (B-KJHG) stark vorgeprägt. Entsprechend den grundrechtlichen Vorgaben dürfen An-

ordnungen von Erziehungshilfen und Erziehungsmaßnahmen gegen den Willen der Eltern nur als *ultima ratio* eingesetzt werden. Von besonderer Bedeutung für die Entwicklung und Zukunft von Kindern aus finanziell schlechter gestellten Familien ist das Recht der Sozialhilfe/Mindestsicherung und der Grundversorgung für minderjährige Flüchtlinge.

Gesamtbewertung

Das BVG Kinderrechte zeichnet sich als eine spezifische verfassungsgesetzliche Grundlage von Kinderrechten aus. Eine eigenständige, über die Standards anderer Grundrechte, die (wie insb. das Recht auf Privat- und Familienleben oder das Recht auf Bildung) *auch* auf den Schutz der Interessen von Kindern gerichtet sind, hinausgehende Bedeutung konnten die Garantien des BVG Kinderrechte jedoch bislang erst in Ansätzen entwickeln.

Da vor allem durch die Höchstgerichte nur vereinzelt ausführliche(re) Überlegungen zum Inhalt und Gewicht der rechtlich geschützten Interessen von Kindern angestellt werden, bleibt ein wesentliches Potenzial für eine stärkere Konturierung der Normen des BVG Kinderrechte ungenutzt. Gerade die konkretisierende Entwicklung durch die Judikatur könnte Erhebliches zur gesamthaften Entfaltung des normativen Gehalts der Kinderrechte und ihrer Schutzdimension beitragen und damit nicht zuletzt die Handhabung grundrechtlicher Vorgaben durch die unterinstanzlichen Gerichte und Behörden vereinheitlichen und erleichtern. Auch der Einfluss des BVG Kinderrechte auf die Gesetzgebung ist zwar in einzelnen Materien zumindest in Teilen erkennbar, mehrheitlich (vor allem mangels Offenlegung insb. in den Materialien) aber schwer nachvollziehbar.

Dennoch stellt die verfassungsrechtliche Absicherung kinderrechtlicher Standards durch das BVG Kinderrechte gesamthaft betrachtet einen deutlich zu schätzenden Wert dar. Sie ist Ausdruck einer gezielten verfassungspolitischen Grundsatzentscheidung, die Österreich auch im internationalen Rechtsvergleich hervortreten lässt. Auch wenn schon zuvor (unter dem Einfluss der KRK) ein zunehmendes Bemühen der Gesetzgebung zu beobachten war, eine Berücksichtigung der Interessen von Kindern durch die Vollziehung vorzugeben, ist es zu befürworten, dass in Gestalt des BVG Kinderrechte grundlegende Standards des Kinderrechtsschutzes innerstaatlich unmissverständlich verfassungsrechtlich vorgegeben und damit auch einer Disposition durch die einfache Gesetzgebung entzogen sind.

Inhalt

Abstract	3
1 Themenstellung und Gang der Untersuchung	10
2 Grundlegungen (Fuchs)	11
2.1 Rückblick und Genese: Das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern.....	11
2.2 Wesentliche Inhalte des BVG Kinderrechte.....	12
3 Judikaturanalyse	16
3.1 Analyse der Rechtsprechung des VfGH (Fuchs).....	16
3.1.1 Judikatur des VfGH mit ausdrücklicher Bezugnahme auf das BVG Kinderrechte.....	16
3.1.2 Judikatur des VfGH mit ausdrücklicher Bezugnahme auf Art 24 GRC.....	27
3.1.3 Zusammenfassung.....	28
3.2 Analyse der Rechtsprechung des VwGH (Fuchs).....	28
3.2.1 Judikatur des VwGH mit ausdrücklicher Bezugnahme auf das BVG Kinderrechte.....	28
3.2.2 Judikatur des VwGH mit ausdrücklicher Bezugnahme auf Art 24 GRC.....	29
3.2.3 Zusammenfassung.....	30
3.3 Analyse der Rechtsprechung des OGH und der OLG (Czech).....	31
3.3.1 Einleitung.....	31
3.3.2 Judikatur mit ausdrücklichem Bezug zum BVG Kinderrechte.....	32
3.3.3 Judikatur mit ausdrücklichem Bezug zu Art 24 GRC.....	42
3.3.4 Judikatur zum Schutz des Kindeswohls durch Art 8 EMRK	43
3.3.5 Zusammenfassung	51
3.4 Analyse der Rechtsprechung des EGMR (Czech).....	51
3.4.1 Einleitung.....	51
3.4.2 Familienrechtliche Angelegenheiten.....	55
3.4.3 Jugendstrafrecht.....	70
3.4.4 Migration und internationaler Schutz	74

3.4.5 Positive Verpflichtungen zum Schutz der Kinderrechte.....	86
3.4.6 Gesundheit.....	96
3.4.7 Recht auf Bildung.....	97
3.4.8 Zusammenfassung.....	99
3.5 Analyse der Rechtsprechung des EuGH (Pabel).....	100
3.5.1 Migration und internationaler Schutz.....	101
3.5.2 Entziehung der Unionsbürgerschaft von Minderjährigen.....	114
3.5.3 Einschränkung von Grundfreiheiten aufgrund von Kinderschutz	115
3.5.4 Familienrechtliche Angelegenheiten	116
3.5.5 Zusammenfassung.....	120
4 Untersuchung ausgewählter Referenzgebiete	122
4.1 Familienrecht (Czech).....	122
4.1.1 Einleitung.....	122
4.1.2 Einfluss des BVG Kinderrechte auf die Familienrechtsgesetzgebung.....	122
4.1.3 Das BVG Kinderrechte in der Rechtsprechung zum Familienrecht.....	126
4.1.4 Fazit: Mehrwert des BVG Kinderrechte im Familienrecht?	136
4.2 Asyl- und Fremdenrecht (Pabel).....	137
4.2.1 Aufenthaltsbeendende Maßnahmen	138
4.2.2 Familienzusammenführung.....	142
4.2.3 Besonderheiten im Fremden- und Asylverfahren.....	147
4.2.4 Schubhaft.....	150
4.2.5 Zusammenfassung	152
4.3 Schulrecht (Fuchs).....	154
4.3.1 Einführung und thematische Grundlegung.....	154
4.3.2 Kinderrechte und Schüler- bzw. Schülerinnenrechte.....	155
4.3.3 Rechtsprechung.....	161
4.3.4 Fazit: Wirksamkeit des BVG Kinderrechte im Schulrecht.....	165
4.4 BVG Kinderrechte und Kinderrechtskonvention – Landesrechtlicher Teil (Weber).....	167

4.4.1 Vorbemerkungen	167
4.4.2 Kinderrechte und Kindeswohl in den Landesverfassungen	167
4.4.3 Die Kompetenzrechtslage	168
4.4.4 Kinder- und Jugendhilfe.....	170
4.4.5 Jugendschutz.....	176
4.4.6 Kinder- und Jugendförderung.....	179
4.4.7 Sozialhilfe/Mindestsicherung.....	180
4.4.8 Die Grundversorgungsgesetze der Bundesländer.....	183
4.4.9 Kinderbildung und -betreuung.....	184
4.4.10 Behinderten-, Chancengleichheit- und Teilhabegesetze.....	187
4.4.11 Das Kindeswohl und die Kinderrechte in der Judikatur der Landesverwaltungsgerichte	187
4.4.12 Zusammenfassung.....	189
5 Zusammenfassende Analyse auf Basis der erzielten Untersuchungsergebnisse	191
5.1 Verhältnis der verfassungsrechtlichen Quellen von Kinderrechten zueinander (Czech).....	191
5.1.1 Einleitung.....	191
5.1.2 Verhältnis zu völkerrechtlichen Garantien.....	191
5.1.3 Verhältnis zu anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten.....	192
5.1.4 Verhältnis zu Garantien der Europäischen Grundrechtecharta.....	200
5.1.5 Schlussfolgerungen.....	201
5.2 BVG Kinderrechte und die KRK: Resümee und Gesamtbewertung (Weber).....	205
5.2.1 Allgemeines.....	205
5.2.2 Das BVG Kinderrechte und die KRK in der Rechtsprechung.....	206
5.2.3 Der Einfluss des BVG Kinderrechte und der KRK auf die Gesetzgebung.....	215
5.2.4 Gesamtbewertung.....	217
Literaturverzeichnis.....	220
Abkürzungen.....	224

1 Themenstellung und Gang der Untersuchung

Anlässlich des „**Doppeljubiläums**“ der Verankerung von Kinderrechten in Österreich – gut dreißig Jahre nach Inkrafttreten der UN-Kinderrechtskonvention¹ (KRK) in Österreich und ein gutes Jahrzehnt nach Inkrafttreten des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern² (BVG Kinderrechte) – setzte sich die Bundesregierung 2020–2024 die **Evaluierung des Grundrechtsschutzes im BVG Kinderrechte** zum Ziel.³

Die vorliegende rechtswissenschaftliche Studie versteht sich als Beitrag zur Verwirklichung dieses Ansinnens. Ihre Zielsetzung ist es, die von der spezifischen **Verankerung von Kinderrechten im Verfassungsrang** ausgehenden Auswirkungen auf den Grundrechtsschutz für Kinder in Österreich einer rechtswissenschaftlichen Analyse und Bewertung zuzuführen. Dafür wird aus verschiedenen Blickrichtungen heraus danach gefragt, welche **Konsequenzen** die explizite Verankerung von Kinderrechten in einem eigenen Bundesverfassungsgesetz bislang zeitigte. Aufgezeigt und analysiert werden die Bedeutung der Kinderrechte in der **Rechtsprechung** der nationalen Höchstgerichte sowie der europäischen (Menschenrechts-) Gerichtsbarkeit. Zudem werden **ausgewählte Rechtsgebiete**, in denen Kinderrechte regelmäßig von besonderer Bedeutung sind, im Hinblick auf deren Gewährleistung evaluiert.

Die Studie hat zum Ziel, die **Signifikanz des BVG Kinderrechte als kinderrechtsspezifische Grundrechtsquelle** in der österreichischen Rechtsordnung zu beleuchten. Unter Schwerpunktsetzung auf **praktisch besonders bedeutsame Rechtsgebiete** (wie Asyl- und Fremdenrecht, Familienrecht oder Schulrecht) wird herausgearbeitet, welche ersichtliche Bedeutung das BVG Kinderrechte in den mehr als zehn Jahren seines Bestehens für den einfachgesetzlichen Rechtsbestand entfalten konnte, wo etwaige grundsätzliche normative Lücken auszumachen sind und inwiefern sich möglicherweise Schwierigkeiten in der rechtstatsächlichen Umsetzung auftun. Zu diesem Zweck findet eine **umfangreiche Rechtsprechungsanalyse** statt, die den Boden für weiterführende Überlegungen zu den Besonderheiten und dem „Mehrwert“ eines partikularen Modells des Grundrechtsschutzes für Kinder bereiten soll.

Die Arbeiten wurden inhaltlich im Wesentlichen zu Beginn des Jahres 2024 abgeschlossen. Seitdem eingetretene Entwicklungen konnten keine Berücksichtigung mehr finden.

1 Übereinkommen über die Rechte des Kindes samt Vorbehalten, Erklärungen, BGBl 7/1993.
2 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, BGBl I 4/2011.
3 Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020–2024, 12.

2 Grundlegungen (Fuchs)

2.1 Rückblick und Genese: Das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern

Genese und Struktur des am 16.2.2011 in Kraft getretenen Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern (BVG Kinderrechte) lassen sich als ein Zusammentreffen von völker- und europarechtlichen Einflussquellen beschreiben,⁴ wiewohl im Ergebnis eine **eigenständige, nationale verfassungsgesetzliche Grundlage** für die Rechte von Kindern geschaffen wurde, die die österreichische Grundrechtslandschaft seitdem um eine wesentliche Rechtsquelle bereichert.⁵

Den Boden dafür bereitete die **UN-Kinderrechtskonvention (KRK)**, die von Österreich 1992 ratifiziert worden war.⁶ Da das Übereinkommen bei Genehmigung durch den Nationalrat unter Erfüllungsvorbehalt gestellt wurde (Art 50 Abs 2 Z 4 B-VG), ist die KRK bis heute **nicht unmittelbar anwendbar**. Aus den Bestimmungen der KRK selbst kann innerstaatlich kein unmittelbarer rechtlicher Status des Kindes (insb auch keine grundrechtliche Rechtsposition) abgeleitet werden,⁷ vielmehr bedarf es grundsätzlich der Erfüllung durch entsprechende Akte der Gesetzgebung.

Verschiedentliche Anläufe zur **verfassungsrechtlichen Verankerung der (gesamten) KRK** blieben letztthin erfolglos.⁸ Im **Österreich-Konvent** wiederum standen Vorschläge zur Konzentration der Rechte von Kindern in einer einzelnen Verfassungsbestimmung zur Diskussion.⁹ Mit dem BVG Kinderrechte wurde schlussendlich ein Kompromiss gefunden, demnach Kinderrechte in einem **in sich geschlossenen Bundesverfassungsgesetz** verfassungsrechtlich gewährleistet werden.

Österreich kommt damit weiterhin eine **hervorgehobene Stellung** zu: Während in zahlreichen Staaten des Europarates kinderrechtsspezifische Verfassungsbestimmungen enthalten sind, bleibt Österreich der einzige Staat, der über einen gesonderten Verfassungskatalog von Kinderrechten verfügt.

4 Vgl. die Erwägungen in den Erläuterungen, IA 935/A XXIV. GP 3.

5 Zu Genese und Antrieb siehe näher *Fuchs*, Kinderrechte, 93 ff; *Weber*, in FS Berka, 264 ff.

6 BGBl 7/1993. Die abgegebenen Vorbehalte (Art 13, 15, 17 KRK) und Erklärungen (Art 38 Abs 2 und 3 KRK) zog Österreich – nach zwischenzeitlicher Kritik: ausführlich *Berka*, Studien zur Kinderrechtskonvention, 7 ff – als Folge von Empfehlungen des Ausschusses für die Rechte des Kindes zurück (BGBl III 138/2015).

7 z. B. VwGH 22.3.2011, 2007/21/0447 mwN.

8 Siehe *Bertel*, Vorbemerkungen, Rz 3.

9 Siehe dazu *Fuchs*, Kinderrechte, 93.

Wesentliche Orientierungspunkte für die **inhaltliche Ausgestaltung und Formulierung** der Bestimmungen des BVG Kinderrechte lieferte nicht nur die KRK; eine Vorbildrolle kam auch den kinderrechtsspezifischen Bestimmungen der GRC, insb. Art 24 GRC („Rechte des Kindes“) und Art 32 GRC („Verbot der Kinderarbeit und Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz“), zu.

Mit dem Inkrafttreten des BVG Kinderrechte erfuhr insofern eine verfassungspolitische **Grundsatzdiskussion** ihren vorläufigen Schlusspunkt – nämlich jene nach der Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit einer **Verankerung von spezifischen Kinderrechten in der Verfassung**.¹⁰ Wenn und weil allgemeine Grundrechtsverbürgungen selbstverständlich auch Kinder berechtigen und etwa das Wohl des Kindes insb. auch auf dem Boden des Grundrechts auf Privat- und Familienleben (Art 8 EMRK) verfassungsrechtlichen Schutz erfährt, stieß die Frage, worin der „**Mehrwert**“ einer gesonderten verfassungsgesetzlichen Regelung liegen könnte, die gezielt auf den Schutz von Kinderrechten gerichtet ist, auf divergierende Bewertungen. Hinzu kamen unterschiedliche Anschauungen, ob eine etwaige verfassungsgesetzliche Regelung Kinderrechte eher nach dem Muster von Staatszielbestimmungen oder im Wege subjektivrechtlicher und mithin grundrechtlicher Verbürgungen festschreiben sollte.

Nicht zuletzt im Rechtsvergleich wird deutlich, dass in Österreich mit der Erlassung des BVG Kinderrechte eine maßgebliche **Richtungsentscheidung** getroffen wurde.¹¹ Verankert werden „Rechte von Kindern“ im Verfassungsrang, womit die Rechtssubjektstellung der Kinder hervorgehoben und unter expliziten verfassungsrechtlichen Schutz gestellt wird: In diesem Sinne zeichnet sich das BVG Kinderrechte als Kompilation von spezifisch auf den Schutz der Rechte von Kindern gerichtete Verfassungsbestimmungen durch seinen **Charakter als Grundrechtskatalog** aus.

2.2 Wesentliche Inhalte des BVG Kinderrechte

Das BVG Kinderrechte besteht aus **acht Artikeln**. Art 1 bis 6 enthalten materielle verfassungsrechtliche Gewährleistungen, Art 7 normiert einen Gesetzesvorbehalt, Art 8 regelt die Zuständigkeit zur Vollziehung.

Artikel 1

Jedes Kind hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für sein Wohlergehen notwendig sind, auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung sowie auf die Wahrung seiner Interessen auch unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit. Bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen muss das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.

¹⁰ Siehe, auch zum Folgenden, *Fuchs*, Kinderrechte, 95 f.

¹¹ Siehe, auch zum Folgenden, *Fuchs*, Kinderrechte, 96 f.

Artikel 2

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

(2) Jedes Kind, das dauernd oder vorübergehend aus seinem familiären Umfeld, welches die natürliche Umgebung für das Wachsen und Gedeihen aller ihrer Mitglieder, insbesondere der Kinder ist, herausgelöst ist, hat Anspruch auf besonderen Schutz und Beistand des Staates.

Artikel 3

Kinderarbeit ist verboten. Abgesehen von gesetzlich vorgesehenen begrenzten Ausnahmen darf das Mindestalter für den Eintritt in das Arbeitsleben das Alter, in dem die Schulpflicht endet, nicht unterschreiten.

Artikel 4

Jedes Kind hat das Recht auf angemessene Beteiligung und Berücksichtigung seiner Meinung in allen das Kind betreffenden Angelegenheiten, in einer seinem Alter und seiner Entwicklung entsprechenden Weise.

Artikel 5

(1) Jedes Kind hat das Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, die Zufügung seelischen Leides, sexueller Missbrauch und andere Misshandlungen sind verboten. Jedes Kind hat das Recht auf Schutz vor wirtschaftlicher und sexueller Ausbeutung.

(2) Jedes Kind als Opfer von Gewalt oder Ausbeutung hat ein Recht auf angemessene Entschädigung und Rehabilitation. Das Nähere bestimmen die Gesetze.

Artikel 6

Jedes Kind mit Behinderung hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die seinen besonderen Bedürfnissen Rechnung tragen. Im Sinne des Artikel 7 Abs. 1 B-VG ist die Gleichbehandlung von behinderten und nicht behinderten Kindern in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten.

Artikel 7

Eine Beschränkung der in den Artikeln 1, 2, 4 und 6 dieses Bundesverfassungsgesetzes gewährleisteten Rechte und Ansprüche ist nur zulässig, insoweit sie gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

Artikel 8

Mit der Vollziehung dieses Bundesverfassungsgesetzes ist die Bundesregierung betraut.

Eine Gesamtschau belegt die **inhaltliche Vielfalt** der verbürgten Einzelgewährleistungen.

Art 1 Satz 1 BVG Kinderrechte verankert den Anspruch auf **Schutz und Fürsorge** des Kindes, auf **bestmögliche Entwicklung und Entfaltung** sowie auf die Wahrung seiner Interessen auch unter dem Gesichtspunkt der **Generationengerechtigkeit**.

Art 1 Satz 2 BVG Kinderrechte normiert das Gebot des **Kindeswohls als eine vorrangige Erwägung** bei allen Kindern betreffenden Maßnahmen.

Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte verbürgt einen Anspruch auf regelmäßige **persönliche Beziehungen** und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen.

Art 2 Abs 2 BVG Kinderrechte enthält den Anspruch auf **besonderen Schutz und Beistand** des Staates für Kinder, die aus dem familiären Umfeld herausgelöst sind.

Art 3 BVG Kinderrechte statuiert das **Verbot der Kinderarbeit**.

Art 4 BVG Kinderrechte verbürgt das Recht auf angemessene Beteiligung und Berücksichtigung der Meinung des Kindes.

Art 5 Abs 1 BVG Kinderrechte verankert das Recht auf **gewaltfreie Erziehung**.

Art 5 Abs 2 BVG Kinderrechte formuliert ein Recht auf **angemessene Entschädigung** für Opfer von Gewalt oder Ausbeutung.

Art 6 BVG Kinderrechte gewährt **Kindern mit Behinderung** einen besonderen Anspruch auf Schutz und Fürsorge und verpflichtet zur Gleichbehandlung von behinderten und nicht behinderten Kindern.

Beschränkungen der in Art 1, 2, 4 und 6 BVG Kinderrechte gewährleisteten Rechte sind gemäß Art 7 BVG Kinderrechte auf gesetzlicher Grundlage zulässig, wenn und soweit dies aus bestimmten, näher genannten öffentlichen Interessen notwendig ist.

Art 8 BVG Kinderrechte betraut die **Bundesregierung** mit der Vollziehung.

Während klassische **Einteilungen der Grundrechte** (Freiheitsrechte, Gleichheitsrechte, Verfahrensgarantien, politische Rechte, soziale Grundrechte bzw. Abwehrrechte, Teilnahmerechte, Gewährleistungspflichten, Institutsgarantien, institutionelle Garantien) für das BVG Kinderrechte nicht immer eindeutige dogmatische Zuordnungen ermöglichen,¹² besteht in der Lehre darüber Einverständnis, dass die Rechte des BVG Kinderrechte – bei allen gebotenen Differenzierungen im Detail – eine **subjektivrechtliche** wie auch **objektivrechtliche Dimension** aufweisen. In ihrer Bedeutung als **Handlungs- und Kontrollmaßstab** binden sie alle drei Staatsgewalten, beinhalten Regelungsaufträge an den Gesetzgeber und setzen zugleich Schranken für die Gesetzgebung und Vollziehung.¹³

12 Bertel, Vorbemerkungen, Rz 29 ff.

13 Bertel, Vorbemerkungen, Rz 34 mwN.

3 Judikaturanalyse

3.1 Analyse der Rechtsprechung des VfGH (Fuchs)

3.1.1 Judikatur des VfGH mit ausdrücklicher Bezugnahme auf das BVG Kinderrechte

3.1.1.1 Einleitung

In der Rechtsprechung des VfGH finden sich schon bald nach dessen Inkrafttreten **explizite Bezugnahmen** auf einzelne Bestimmungen des **BVG Kinderrechte**. Art und Umfang der Befassung mit den jeweiligen Einzelgewährleistungen steigerten sich über die Jahre, sodass heute von einem in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung **etablierten**, insgesamt aber nicht überbordend frequentierten **Standard** ausgegangen werden kann.

Dies steht zu einem Gutteil im Zusammenhang mit den Merkmalen der **Rechtsbereiche** (und den Eigenschaften des dort verwirklichten Rechtsschutzmodells), in denen die Inhalte des BVG Kinderrechte vor dem VfGH typischerweise inhaltliche Relevanz beanspruchen können.

Wiederkehrende Bedeutung entfaltet das BVG Kinderrechte in der verfassungsgerichtlichen Judikatur vor allem in **familienrechtlichen Angelegenheiten**. Die betreffenden Verfahren vor dem VfGH waren dabei bislang durchwegs auf Prüfung der maßgeblichen gesetzlichen Grundlagen (insb des ABGB) gerichtet und wurden häufig über Anträge der zuständigen Zivilgerichte (Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG), teils auch aufgrund von Individualanträgen (Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG) und Parteianträgen (Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG) oder über amtswegigen Prüfungsbeschluss (Art 140 Abs 1 Z 1 lit b B-VG) eingeleitet.

Signifikanz kommt den Bestimmungen des BVG Kinderrechte in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung weiters im **Sozialrecht** zu. Die betreffenden Verfahren, in denen das BVG Kinderrechte ausdrückliche Erwähnung fand, waren auch hier weitgehend solche der Gesetzesprüfung durch den VfGH.

Soweit sich der VfGH schließlich im **Asyl- und Fremdenrecht** bislang explizit mit dem BVG Kinderrechte befasste, betraf dies vorwiegend Verfahren der verfassungsgerichtlichen Kontrolle verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen.

Dies gilt gleichermaßen für die *bis dato* vereinzelt gebliebenen Bezugnahmen im Bereich des **Schulrechts**.

Im Folgenden wird, gegliedert nach Sachbereichen, jene Judikatur des VfGH systematisch aufbereitet, in denen das BVG Kinderrechte bereits ausdrückliche Erwähnung als **verfassungsgesetzlicher Auslegungsmaßstab und/oder Prüfungsmaßstab** erfahren hat. Herauszuarbeiten ist dabei jeweils auch, welche Bedeutung den betreffenden Einzelgewährleistungen des BVG Kinderrechte – für sich genommen oder in Kombination mit anderen grundrechtlichen Garantien – für das letztlich erzielte Ergebnis zukam.

3.1.1.2 Familienrechtliche Angelegenheiten

3.1.1.2.1 Alleinige Obsorge der Mutter für das uneheliche Kind

Einen ersten Anlass zur ausdrücklichen Auseinandersetzung mit dem BVG Kinderrechte bot dem VfGH ein auf Art 140 B-VG gestützter Antrag des LGZRS Wien betreffend die Regelung des ABGB zur **alleinigen Obsorge der Mutter für das uneheliche Kind**.¹⁴

Da es angesichts der beanstandeten Rechtslage an der Möglichkeit zur gerichtlichen Überprüfung einer Anordnung, wonach die Mutter mit der Obsorge für das uneheliche Kind allein betraut ist, fehlte, erkannte der VfGH eine **Ungleichbehandlung** im Hinblick auf die **Achtung des Familienlebens**. Denn eine wirksame gerichtliche Überprüfung müsse dem Vater die Möglichkeit geben, die Obsorge „nicht nur in Fällen der Zustimmung der Mutter, sondern auch in Fällen zu erlangen, in denen dies im Interesse des **Kindeswohls** liegt“.

Die Aufhebung der angefochtenen gesetzlichen Bestimmung durch den VfGH erfolgte am Maßstab von Art 14 i. V. m. Art 8 EMRK. Zur Untermauerung der auch verfassungsrechtlichen Bedeutung des Kindeswohls hinsichtlich regelmäßiger persönlicher Beziehungen und direkter Kontakte zu beiden Elternteilen verwies der VfGH ausdrücklich auf **Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte**.¹⁵

3.1.1.2.2 Starrer Mindestalterabstand zwischen Wahleltern und Wahlkind

In einem über Antrag des OGH¹⁶ gemäß Art 140 B-VG eingeleiteten Verfahren betreffend eine Regelung des ABGB, wonach zwischen Wahleltern und Wahlkind ein Mindestaltersabstand von 16 Jahren bestehen musste, wurde Art 1 BVG Kinderrechte vom VfGH erstmals als **eigenständiger** verfassungsrechtlicher **Prüfungsmaßstab** anerkannt.¹⁷

In diesem Zusammenhang stellte der Gerichtshof fest, dass **Art 1 BVG Kinderrechte**

nicht nur einen Bereich grundrechtlichen Schutzes (normiert), in den unter den Voraussetzungen des Art 7 BVG über die Rechte von Kindern eingegriffen werden darf, sondern auch einen Auftrag an die Gesetzgebung und – insbesondere im Rahmen seines zweiten Satzes – an die Vollziehung, das Kindeswohl vorrangig zu wahren.

14 VfGH 28.6.2012, G 114/11 = VfSlg 19.653/2012.

15 Wörtlich: „unter maßgeblicher Beachtung des Kindeswohls (vgl. Art 2 Abs 1 BVG über die Rechte von Kindern, BGBl I 4/2011)“.

16 Siehe unten 3.3.2.5.

17 VfGH 11.12.2014, G 18/2014 = VfSlg 19.941/2014.

In der Sache gelangte der VfGH zum Ergebnis, dass die starre Regelung des Mindestaltersabstands, ohne die Möglichkeit einer Unterschreitung in bestimmten Fällen, eine **unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Kindeswohls** durch die ausnahmslose und generelle Anordnung des Altersabstands darstellte.

Es lag daher ein **Verstoß gegen Art 1 BVG Kinderrechte** vor, der zur Aufhebung der betreffenden gesetzlichen Bestimmung durch den VfGH führte.

3.1.1.2.3 Verbot der gemeinsamen Adoption durch eingetragene Partnerinnen und Partner

Infolge eines Individualantrags gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG hatte der VfGH über jene gesetzlichen Bestimmungen des ABGB zu erkennen, die eingetragenen Partnerinnen und Partnern die **gemeinsame Annahme eines Wahlkindes** verwehrten, indem sie eine gemeinsame Adoption verheirateten Annehmenden vorbehielten.¹⁸

Der VfGH erkannte hierin eine **rechtliche Ungleichbehandlung** von eingetragenen Partnerinnen und Partnern gegenüber Ehegattinnen und Ehegatten und gegenüber gleich- wie verschiedengeschlechtlichen Personen in Lebensgemeinschaft sowie eingetragenen Partnerinnen und Partnern im Hinblick auf die Stiefkindadoption (und damit auch von Adoptivkindern in Bezug zu eingetragenen Partnerinnen und Partnern gegenüber Adoptivkindern in Bezug zu Personen in den anderen genannten Konstellationen).

Eine sachliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlungen konnte der Gerichtshof „insbesondere aus dem auch im Lichte des Art 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern [...] gebotenen **Blickwinkel des Kindeswohls**“ nicht ausmachen. Zur Wahrung des Kindeswohls im Hinblick auf eine vorhandene Stabilität der Beziehung der Wahl Eltern zueinander erachtete er es nicht als notwendig und damit sachlich nicht als gerechtfertigt, eingetragenen Partnerinnen und Partnern die Begründung der gemeinsamen rechtlichen Elternschaft nur insofern zu erlauben, als eine Partnerin oder ein Partner das leibliche Kind des anderen Partners oder der anderen Partnerin adoptiert, die eingetragenen Partnerinnen und Partner aber sonst von der gemeinsamen Elternschaft für ein Wahlkind – auch das Wahlkind des Partners bzw. der Partnerin – von vornherein auszuschließen.

Die verfassungsgesetzliche Verankerung des Kindeswohls in **Art 1 BVG Kinderrechte** erlangte insofern im Rahmen der **Prüfung der Rechtfertigung** eines grundsätzlichen Ausschlusses eingetragener Partnerinnen und Partner von der Möglichkeit der gemeinsamen Annahme eines Wahlkindes Bedeutung. Im Ergebnis wurden die betreffenden Bestimmungen des ABGB wegen Verstoßes gegen Art 8 i. V. m. Art 14 EMRK und Art 7 B-VG als verfassungswidrig aufgehoben.

18 VfGH 11.12.2014, G 119/2014 u. a. = VfSlg 19.942/2014.

3.1.1.2.4 Zulässigkeit einer „Doppelresidenz“ im Interesse des Kindeswohles

Über Antrag des LGZRS Wien gemäß Art 140 B-VG hatte der VfGH über Regelungen des ABGB zur hauptsächlichen Betreuung eines Kindes in einem Haushalt im Fall der Obsorge beider Eltern nach Auflösung der Ehe bzw. der häuslichen Gemeinschaft zu befinden.¹⁹

Der Gerichtshof schickte dabei unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR voraus, dass die **Sicherstellung des Kindeswohls** ein legitimes Ziel des Gesetzgebers in Familienrechts- und Obsorgeangelegenheiten ist. Bestätigung erfahre dies durch das in Verfassungsrang stehende BVG Kinderrechte insofern, als dessen Art 1 dem Kindeswohl **besonderen Schutz** zuerkennt und dieses als **legitimes Ziel** anerkennt. Das Begriffsverständnis „Kindeswohl“ erachtet der VfGH dabei maßgeblich bestimmt durch den ebenfalls in Art 1 BVG Kinderrechte normierten Anspruch von Kindern auf **bestmögliche Entwicklung und Entfaltung**.

Im Wege der **verfassungskonformen Interpretation** legte der VfGH den angefochtenen Bestimmungen mit Blick auf Art 8 EMRK sodann ein Verständnis zugrunde, dass sie „der elterlichen Vereinbarung einer zeitlich gleichteiligen Betreuung oder einer entsprechenden gerichtlichen Festlegung in jenen Fällen, in denen dies aus der Sicht des Gerichtes dem Kindeswohl am besten entspricht, nicht entgegenstehen“.

Auf dem Boden dieses Verständnisses wurde zwar ein Eingriff in die Rechte gem Art 8 EMRK und **Art 1 BVG Kinderrechte** bejaht, der Gerichtshof sah darin im Ergebnis aber eine verhältnismäßige Beschränkung und wies den Antrag ab.

3.1.1.2.5 Kein generelles Recht des (mutmaßlichen) biologischen Vaters auf Feststellung der Vaterschaft

Über Parteiantrag gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG wurde der VfGH zur Prüfung der Verfassungskonformität einer Bestimmung des ABGB angerufen, die es mangels Antragsrechts verhinderte, dass ein faktisch nicht festgestellter biologischer Vater einen Kontaktrechtsantrag stellen kann.²⁰

Der Antragsteller machte unter anderem geltend, dass die angefochtene Norm einem Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter durch ihn entgegenstehe und daher gegen das Recht auf **regelmäßige persönliche Beziehung und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen** nach Art 24 Abs 3 GRC und **Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte** verstoße.

Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EGMR konnte der VfGH in seinen Erwägungen allerdings nicht finden, dass undifferenziert in jedem Fall aus **Art 8 EMRK** ein Recht des

19 VfGH 9.10.2015, G 152/2015 = VfSlg 20.018/2015. Zur Rezeption dieses Erkenntnisses durch den OGH siehe unten 3.3.2.2.

20 VfGH 13.12.2016, G 494/2015 = VfSg 20.129/2016.

biologischen Vaters folgt, die Abstammung von einem in einer intakten sozialen Familie lebenden Kind im Rahmen des Kontaktrechtsverfahrens zu erwirken. Stattdessen komme dem Gesetzgeber bei der Beurteilung, ob und unter welchen Voraussetzungen dem feststehenden oder mutmaßlichen leiblichen Vater auf Grund der Ehe der Eltern die Feststellung seiner Vaterschaft möglich sein muss, ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zu. Diesen Gestaltungsspielraum hatte der Gesetzgeber nach Ansicht des VfGH gegenständlich nicht überschritten.

Aus den zu Art 8 EMRK angestellten Erwägungen schloss der VfGH sodann – ohne aber weitergehende spezifische Ausführungen zu treffen – auch mit Blick auf Art 24 Abs 3 GRC und **Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte** auf die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der angefochtenen Norm.

3.1.1.2.6 Elternschaft in eingetragener Partnerschaft

Anlässlich eines anhängigen Beschwerdeverfahrens infolge Nichteintragung als Elternteil in einer eingetragenen Partnerschaft hob der VfGH nach amtswegiger Prüfung mehrere Bestimmungen des ABGB als verfassungswidrig auf, die eine Elternschaft als „anderer Elternteil“ ausschlossen, wenn das Kind **nicht durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung**, sondern auf natürlichem Wege (etwa durch „Heiminsmination“) gezeugt worden war.²¹

Während der Gerichtshof Bedenken gegen die in Prüfung gezogenen Bestimmungen sowohl wegen Verstoßes gegen Art 14 i. V. m. Art 8 EMRK und Art 7 Abs 1 B-VG als auch wegen Verstoßes gegen **Art 1 BVG Kinderrechte** formulierte, erkannte er die Verfassungswidrigkeit der betreffenden Bestimmungen letztlich (nur) aufgrund einer Verletzung der erstgenannten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte, nicht aber (auch) des BVG Kinderrechte.

Konkret äußerte der VfGH im Prüfungsbeschluss Bedenken, ob dem in einer (eingetragenen) Partnerschaft zweier Partnerinnen **durch natürliche Fortpflanzung geborenen Kind** die Zuordnung zur Partnerin der Mutter als „anderer Elternteil“ auch dann gesetzlich verwehrt werden dürfte, wenn der biologische Vater unbekannt ist: „Dem Kind dürfte somit auch in dieser Situation auf Grund der in Prüfung gezogenen Bestimmungen zwingend nur eine entsprechende Rechtsbeziehung zu einem Elternteil, der Mutter, zukommen können.“ Hierin erblickte der Gerichtshof einen möglichen Verstoß gegen Art 1 BVG Kinderrechte.

In das im Gesetzesprüfungsverfahren letztlich ergangene Erkenntnis fanden diese Erwägungen keinen Eingang. Die Bezugnahme auf Art 1 BVG Kinderrechte erfolgte stattdessen

21 VfGH 30.6.2022, G 230/2021 = VfSlg 20.554/2022.

aus Perspektive des gemäß Art 8 EMRK geschützten Rechts der Selbstbestimmung der Mutter über (Art und Weise) ihre(r) Fortpflanzung. So hielt der VfGH fest, dass

(auch) aus dem **Blickwinkel des Wohles des Kindes**, das nach Art 1 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern [...] besonderen Schutz erfahren muss, [...] nicht ersichtlich ist, warum es sachlich bzw. nach Art 8 Abs 2 EMRK gerechtfertigt sein soll, dem Kind in Fällen einer ‚Heiminsemination‘ gegenüber der (Ehe- bzw. eingetragenen) Partnerin der Mutter u. a. alle – Kindern aus einer Ehe oder (eingetragenen) Partnerschaft unabhängig von der tatsächlichen (Art und Weise der) Fortpflanzung zwischen Vater und Mutter gegenüber dem abstammungsrechtlichen Vater zustehenden – **erbrechtlichen (Versorgungs-)Ansprüche zu verwehren**.

Die Befassung mit Art 1 BVG Kinderrechte fand damit im Rahmen der Prüfung am Maßstab von Art 14 i. V. m. Art 8 EMRK und Art 7 Abs 1 B-VG rechtfertigungsperspektivisch statt und diente der Bekräftigung des nach Maßgabe dieser Grundrechte erzielten Ergebnisses.²²

3.1.1.2.7 Rangfolge der Obsorge bei Verhinderung der Eltern

Über Antrag des OGH²³ gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG zog der VfGH mehrere Wortfolgen in Bestimmungen des ABGB betreffend die Rangfolge der Obsorge bei Verhinderung der Eltern in Prüfung.²⁴

Der OGH sah in der einfachgesetzlichen Regelung, wonach das Gericht bei Verhinderung beider Elternteile zunächst zu prüfen hat, ob **Groß- oder Pflegeeltern mit der Obsorge betraut** werden können (für welchen Fall sodann die Obsorge einer anderen – möglicherweise geeigneteren – Person nicht in Betracht kommt) ein zu starres Rangverhältnis, das im Widerspruch zu Art 1 BVG Kinderrechte stehe.

Der VfGH teilte die Auffassung des OGH und bejahte eine **Verletzung von Art 1 BVG Kinderrechte**, weil der Kreis jener Personen, die vor „andere[n] geeignete[n] Person[en]“ (bevorzugt) mit der Obsorge zu betrauen sind, vom Gesetzgeber zu eng gezogen wurde. Es könnten immerhin etwa „(ältere) Geschwister, Tanten, Onkel, Urgroßeltern oder andere geeignete Angehörige der (sozialen) Familie erst dann mit der Obsorge betraut werden, wenn weder der andere Elternteil noch die Groß- oder Pflegeeltern zur Übernahme der Obsorge geeignet sind“.

Die betreffenden Bestimmungen wurden wegen **Verstoßes gegen Art 1 BVG Kinderrechte** als verfassungswidrig aufgehoben.

22 Zur durch dieses Erkenntnis veranlassten Novellierung von § 144 ABGB siehe unten 4.1.3.6.

23 Siehe dazu unten 3.3.2.1.

24 VfGH 9.2.2023, G 223/2022. Siehe zum Folgenden auch *Fuchs*, ÖJZ 2023, 515.

3.1.1.3 Sozialrecht

3.1.1.3.1 NÖ MindestsicherungsG: Bedarfsorientierte Mindestsicherung nach Aufenthaltsdauer und Deckelung der Bezugshöhe bei Mehrpersonenhaushalten

Mit einem auf Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG gestützten Antrag beehrte das LVwG NÖ die Aufhebung von Bestimmungen des NÖ MindestsicherungsG betreffend die Differenzierung des Anspruchs auf **bedarfsorientierte Mindestsicherung** in Abhängigkeit von der Aufenthaltsdauer sowie die starre Deckelung der Bezugshöhe bei Haushalten mit mehreren Personen als verfassungswidrig.²⁵

Das LVwG NÖ brachte u. a. vor, dass die angefochtenen Bestimmungen gegen **Art 1 i. V. m. Art 7 BVG Kinderrechte** verstoßen. Denn durch die gesetzlich vorgesehene Deckelung würde der „spezifische Bedarf von Kindern verkürzt, den sie – vor dem Hintergrund des Art 1 BVG über die Rechte von Kindern – zur Entwicklung und Entfaltung benötigten. Die Deckelung sei daher geeignet, das Kindeswohl zu beeinträchtigen“. Dagegen führte die NÖ LReg aus, dass das BVG Kinderrechte „in einem Regelungssystem, das **nicht spezifisch auf Minderjährige** abstelle“, nicht relevant sein könne.

Der VfGH hob die maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen **mangels sachlicher Rechtfertigung** wegen Verstoßes gegen Art 7 B-VG und Art I Abs 1 des BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung als verfassungswidrig auf. Auf die zum BVG Kinderrechte vorgebrachten Bedenken wurde nicht gesondert eingegangen.²⁶

3.1.1.3.2 Bgld MindestsicherungsG: Bedarfsorientierte Mindestsicherung nach Aufenthaltsdauer und Deckelung des Mindeststandards pro Haushalt

Im Rahmen eines amtswegigen Prüfungsverfahrens hob der VfGH mehrere Bestimmungen des Bgld MindestsicherungsG als verfassungswidrig auf, die **unterschiedlich hohe Mindestsicherungsansprüche** durch Anknüpfen an die Aufenthaltsdauer im Inland und eine Deckelung des Mindeststandards pro Haushalt mit einem Fixbetrag normierten.²⁷

„Da die Deckelung vor allem Haushalte mit einer größeren Anzahl von Kindern trifft, wodurch die Bedarfsdeckung besonders bei Kindern nicht mehr gewährleistet ist“, zog der VfGH als Maßstab seiner Prüfung auch **Art 1 BVG Kinderrechte** heran. Indem es die Ausgestaltung des Bgld MindestsicherungsG nämlich verhinderte, den **konkreten Bedarf** von Personen wahrzunehmen, die in einer Haushaltsgemeinschaft leben, erkannte der VfGH die geprüften Bestimmungen „auch in Anbetracht des Art 1 BVG über die Rechte von Kindern“ als verfassungswidrig.

25 VfGH 7.3.2018, G 136/2017 u. a. = VfSlg 20.244/2018.

26 Siehe wörtlich: „Bei diesem Ergebnis erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren im Antrag dargelegten Bedenken.“

27 VfGH 1.12.2018, G 308/2018 = VfSlg 20.297/2018.

Im Ergebnis erfolgte die **Aufhebung** der geprüften Bestimmungen wegen Verstoßes sowohl gegen den Gleichheitssatz gemäß Art 7 B-VG und Art I Abs 1 BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung als auch gegen **Art 1 BVG Kinderrechte**.

3.1.1.3.3 Sozialhilfe-Grundsatzgesetz: Höchstsätze für Kinder in Mehrkindfamilien

Anlässlich eines auf Art 140 Abs 1 Z 2 B-VG gestützten Antrags von Mitgliedern des Bundesrates hob der VfGH einzelne Bestimmungen des Sozialhilfe-GrundsatzG betreffend **Höchstsätze für Kinder** als verfassungswidrig auf.²⁸

Der VfGH qualifizierte das für Kinder vorgesehene Höchstsatzsystem als unsachlich und erkannte darin einen Verstoß gegen Art 7 B-VG. Weil der Grundsatzgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Höchstsätze Kinder in Mehrkindfamilien damit aber in unsachlicher Weise benachteilige, liege überdies ein **Verstoß gegen Art 1 BVG Kinderrechte** vor.

3.1.1.4 Asylrecht

Im Bereich des Asylrechts nahm der VfGH bereits mehrfach explizit auf das BVG Kinderrechte Bezug. Anlass dafür gaben vor allem Beschwerdeverfahren gegen Entscheidungen des BVwG.²⁹

Gegenstand war dabei im Kern eine den verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen angelastete Vernachlässigung der besonderen Situation der schutzsuchenden Kinder und damit inhaltlich das in Art 1 BVG Kinderrechte verankerte **Kindeswohl**. Indes fand regelmäßig keine Aufhebung der angefochtenen Entscheidung spezifisch wegen Verstoßes gegen Art 1 BVG Kinderrechte (oder Art 24 GRC) statt: Als Prüfungsmaßstab der verfassungsgerichtlichen Kontrolle dominiert vielmehr die gleichheitsrechtliche **Willkürprüfung**. (Vereinzelte) ausdrückliche Bezugnahmen auf das BVG Kinderrechte dienen daher eher als Bekräftigungen des – in ständiger Rechtsprechung – auch sonst (insb unter gleichheitsrechtlichen Gesichtspunkten) erzielten Ergebnisses.

Bei einer Querbetrachtung der bisherigen Rechtsprechung zum BVG Kinderrechte im Asylrecht lassen sich zusammenfassend folgende Aussagen gewinnen:

Minderjährige sind als **besonders vulnerable Antragsteller** anzusehen. Dieses Verständnis steht mit den Worten des VfGH „im Einklang“ mit Art 24 Abs 2 GRC und **Art 1 zweiter Satz BVG Kinderrechte**, wonach bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen das Kindeswohl eine vorrangige Erwägung sein muss.³⁰ Dass eine solche

28 VfGH 12.12.2019, G 164/2019 u. a. = VfSlg 20.359/2019.

29 Siehe VfGH 10.3.2021, E 345/2021 u. a.; VfGH 22.9.2020, E 1241/2020 u. a.; VfGH 11.10.2017, E 1803/2017 u. a.

30 VfGH 9.6.2017, E 484/2017 u. a.; siehe auch VfGH 2.10.2013, U 2576/2012.

Vulnerabilität besteht und darauf sowohl in **Asyl- als auch in Bleiberechtsverfahren** besonderer Bedacht zu nehmen ist, entspricht nach Maßgabe völkerrechtlicher Vorgaben freilich der ständigen Rechtsprechung des VfGH, weshalb dem gelegentlichen Hinweis auch auf Art 1 BVG Kinderrechte eher eine (nur) affirmative Funktion zukommen dürfte.

Damit in Zusammenhang bestehen nach der Rechtsprechung des VfGH strenge Anforderungen an die Ermittlungspflichten bei der Beurteilung des Vorbringens von Kindern.³¹ Insbesondere **Länderfeststellungen** zur Beurteilung der Sicherheitslage kommt in Verfahren betreffend die Zuerkennung von subsidiärem Schutz große Bedeutung zu. So muss im Falle eines Herkunftsstaates mit schlechter, **volatiler Sicherheitslage** deren Beurteilung anhand von Herkunftsländerinformationen erfolgen, in die auch die Erfahrungen in Bezug auf Kinder Eingang finden.³² Auch die diesbezüglichen Anforderungen gewinnt der VfGH jedoch nicht aus dem BVG Kinderrechte selbst; eine mangelhafte Auseinandersetzung mit der Situation von Kindern durch Außerachtlassung aktueller Länderberichte hat vielmehr in aller Regel die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung wegen Willkür zur Folge.³³

3.1.1.5 Sonstige

3.1.1.5.1 Schulrecht

Der VfGH hatte aufgrund einer auf Art 144 B-VG gestützten Beschwerde über Bedenken gegen gesetzliche Vorschriften betreffend die **Schulpflicht** zu entscheiden.³⁴ Vorgebracht war u. a., dass die schulgesetzliche Regelung betreffend Prüfung des Erfolgs der **Teilnahme am häuslichen Unterricht** gegen Art 1 und Art 4 BVG Kinderrechte verstoße, weil im Verfahren „weder eine Berücksichtigung des Wohlergehens noch eine Gewährung eines Partizipationsrechts vorgesehen sei“.

Diesen Bedenken folgte der VfGH unter Verweis auf das „in der österreichischen Rechtsordnung verwirklichte System des öffentlichen Pflichtschulwesens“ nicht und führte aus, dass **Art 4 BVG Kinderrechte** nicht dahingehend zu verstehen ist, „dass das Kind ein Recht hätte, der Anwendung von es treffenden, zwingenden gesetzlichen Bestimmungen zu widersprechen, die mit dem BVG Kinderrechte in Einklang stehen“. Die Beschwerde wurde infolgedessen als unbegründet abgewiesen.

Mit dem im SchUG normierten Erfordernis der Zustimmung des Schulerhalters zu einer freiwilligen Verlängerung des Besuches der allgemeinbildenden Pflichtschule für **Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf** setzte sich der VfGH über Antrag des BVwG gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG auseinander.³⁵ Der

31 Siehe *Lais/Schön*, Rz 2021, 211 (214).

32 VfGH 11.10.2017, E 1803/2017 u. a.

33 VfGH 11.10.2017, E 1803/2017 u. a.; siehe auch VfGH 8.6.2020, E 883/2020 u. a.

34 VfGH 10.3.2015, E 1993/2014 = VfSlg 19.958/2014.

35 VfGH 13.3.2024, G 259/2023.

VfGH erkannte hierin keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz und führte dafür auch **Art 6 BVG Kinderrechte** (Rechte von Kindern mit Behinderung) ins Treffen: Der Schulerhalter habe, wie auch die Schulbehörde, vor dem Hintergrund des Art 6 BVG Kinderrechte zu gewährleisten, dass den besonderen Bedürfnissen der Schülerinnen und Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf Rechnung getragen wird. Daher dürfe die Zustimmung zum weiteren Schulbesuch nur versagt werden, wenn im Einzelfall nachgewiesen ist, dass es dem Schulerhalter angesichts der ihm obliegenden Aufgaben nicht möglich sein wird, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Im Fall der Verweigerung der Zustimmung hat der Schulerhalter diese Umstände darzulegen und die Entscheidung nachvollziehbar zu begründen.

3.1.1.5.2 Zurückweisung eines Individualantrags auf Aufhebung von Teilen des KlimaschutzG

In der Literatur wird zunehmend diskutiert, welcher Gehalt insb. den in **Art 1 BVG Kinderrechte** enthaltenen Gewährleistungen auf Schutz und Fürsorge, auf bestmögliche Entwicklung und auf Wahrung der Interessen des Kindes, vor allem unter dem Gesichtspunkt der Generationengerechtigkeit, zur Durchsetzung **effektiver staatlicher Klimaschutzmaßnahmen** beigemessen werden kann.³⁶ Eine inhaltliche Klärung der damit aufgeworfenen Fragen durch den VfGH fand bislang nicht statt.

Ein auf Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG gestützter Antrag von zwölf Kindern auf Aufhebung näher bezeichneter Passagen des **KlimaschutzG** führte mangels Zulässigkeit des Antrags zur Zurückweisung.³⁷ In der Sache brachten die Antragstellenden vor, dass das KlimaschutzG keine über die bloße Pflicht zur Verhandlungsführung hinausgehenden Handlungsobliegenheiten der staatlichen Normadressaten normiere und die Ergreifung **wirksamer Klimaschutzmaßnahmen** verunmögliche. Solcherart würde gegen die verfassungsrechtliche Schutzpflicht des Staates zum Schutz vor schwerwiegender Beeinträchtigung durch den Klimawandel und unter Bedachtnahme einer über die Generationen hinweg gerechten Lastenverteilung verstoßen.

Der VfGH wies den Individualantrag wegen eines zu eng gewählten Anfechtungsumfangs als unzulässig zurück.³⁸ Auch würde die beantragte Aufhebung einen **unzulässigen Akt positiver Gesetzgebung durch den VfGH** bedeuten. Inhaltliche Erwägungen zu den behaupteten Verletzungen von Art 1 BVG Kinderrechte und Art 24 Abs 1 GRC musste der Gerichtshof angesichts dessen nicht anstellen. Keine Aussagen wurden näherhin auch zur Frage der **Antragslegitimation** getroffen. Die Antragstellenden hatten diese damit begründet, dass sie durch die angefochtenen Passagen des KlimaschutzG in

36 Siehe *Handig/Öhner*, RdU 2022, 225 ff; vgl. weiters *Bertel*, ZVR 2023, 42 (43). Kritisch *Piska/Muzak/Zehetner*, *ecolex* 2023, 794 ff.

37 VfGH 27.6.2023, G 123/2023.

38 Auch ein Folgeantrag wurde wegen zu engen Anfechtungsumfangs zurückgewiesen, ebenso ein Eventualantrag auf gänzliche Aufhebung des KlimaschutzG; siehe VfGH 18.6.2024, G 2274/2023.

ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf **Wahrung des Kindeswohls** und **vorrangige Erwägung des Kindeswohls** bei allen Kindern betreffenden Maßnahmen unmittelbar rechtlich betroffen seien.

3.1.1.6 Zwischenfazit

In der Rechtsprechung des VfGH haben einzelne Gewährleistungen des BVG Kinderrechte als **verfassungsrechtliche Interpretationsmaxime** (im Rahmen verfassungskonformer Auslegungen) und **Prüfungsmaßstab** bereits entsprechende Bedeutung erlangt.³⁹ Immer wieder zieht der VfGH insb. in Verfahren der Normenkontrolle (vor allem im Zuge von Gesetzesprüfungsverfahren im Kindschaftsrecht/Familienrecht, Sozialrecht) einzelne Bestimmungen des BVG Kinderrechte explizit als verfassungsgesetzlichen Auslegungs- und Prüfungsmaßstab heran.

Was die Häufigkeit der Bezugnahmen betrifft, sticht das in **Art 1 BVG Kinderrechte** verankerte **Kindeswohl** bei Weitem hervor. Jene Fälle, in denen der VfGH die Aufhebung von Gesetzesbestimmungen (auch) wegen Widerspruchs zum BVG Kinderrechte aussprach, betrafen durchwegs dessen Art 1. Jedenfalls soweit diese Bestimmung in Rede steht, wird man daher ohne Weiteres festhalten können, dass sich das BVG Kinderrechte mittlerweile als eine **eigenständige Grundrechtsquelle** in der Rechtsprechung des VfGH etabliert hat.⁴⁰ Vereinzelt zog der VfGH bislang daneben auch **Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte** (vor allem in familienrechtlichen Angelegenheiten) und **Art 4 sowie Art 6 BVG Kinderrechte** (vor allem in schulrechtlichen Angelegenheiten) heran.

Während jene Fälle, in denen (wie z. B. im Verfahren betreffend Mindestalterabstand zwischen Wahl Eltern und Wahl Kind oder betreffend die Rangfolge der Obsorge) eine Bestimmung des BVG Kinderrechte für sich den Ausschlag für die Aufhebung der angefochtenen gesetzlichen Bestimmungen gab, eher selten sind, lassen sich mehrere Beispiele für eine **verfassungskonforme Interpretation** ausdrücklich am Maßstab des BVG Kinderrechte beobachten.

Vielfach findet die Bezugnahme auf Bestimmungen des BVG Kinderrechte lediglich in knappen Worten ergänzend zur Prüfung am Maßstab **anderer grundrechtlicher Gewährleistungen** – vor allem solcher gemäß Art 8 EMRK, Art 7 Abs 1 B-VG, Art 14 EMRK – statt und dient in erster Linie der **Bekräftigung** der jeweils erzielten Ergebnisse (betreffend die Verfassungswidrigkeit oder Unbedenklichkeit einer Norm). Vor allem das in Art 1 BVG Kinderrechte verankerte Kindeswohl ist aber auch rechtfertigungsseitig von Bedeutung, insb. im Rahmen der Prüfung von Eingriffen in Art 8 EMRK oder der Beurteilung der Sachlichkeit von gesetzlichen Differenzierungen – und damit zur Bewertung,

39 Siehe auch *Fuchs* in Holoubek/Lienbacher (Hrsg) GRC-Kommentar2 (2019) Art 24 Rz 16.

40 Siehe zuletzt VfGH 9.3.2023, G 223/2022, unter Hinweis auf VfSlg 19.941/2014, 20.018/2015: Art 1 BVG Kinderrechte als „Bereich grundrechtlichen Schutzes“ und Auftrag an die Gesetzgebung und Vollziehung.

ob an sich bedenkliche gesetzliche Beschränkungen oder Ungleichbehandlungen unter **Kindeswohlerwägungen** als erforderlich bzw. sachlich gerechtfertigt anzusehen wären.

3.1.2 Judikatur des VfGH mit ausdrücklicher Bezugnahme auf Art 24 GRC

In der EU ist der Stellenwert der Kinderrechte, manifestiert durch die ausdrückliche Verankerung in Art 24 GRC und Art 32 GRC sowie im Zielkatalog des Art 3 Abs 3 UAbs 2 und Abs 5 EUV, beständig gestiegen. Neben der KRK haben auch diese europäischen Entwicklungen zur **Dynamisierung der Kinder- und Jugend(rechts)politik** in Österreich beigetragen und maßgebliche Impulse für die bundesverfassungsgesetzliche Verankerung von Kinderrechten gesetzt.⁴¹

In der Rechtsprechung des VfGH finden sich immer wieder Bezugnahmen auf Art 24 GRC. Im Anwendungsbereich der GRC (Art 51) sind damit insb. **asylrechtliche Angelegenheiten** angesprochen, wobei naturgemäß das in **Art 24 Abs 2 GRC** verankerte Kindeswohl im Vordergrund steht.

So verweist der VfGH neben Art 1 zweiter Satz BVG Kinderrechte bisweilen ausdrücklich auch auf Art 24 Abs 2 GRC, um die Qualifikation von Kindern als **besonders vulnerable Antragsteller** hervorzuheben und die dahingehende Bedeutung der Länderfeststellungen zu betonen. Angesprochen sind damit vor allem Fälle, in denen der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung eine mangelhafte Auseinandersetzung mit den Länderberichten betreffend Minderjährige zur Last gelegt wird.⁴² In anderen Konstellationen verweist der VfGH etwa auf Art 24 Abs 2 GRC (und die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH), um die **besondere Schutzbedürftigkeit** unbegleiteter Minderjähriger im Asylverfahren zu unterstreichen.⁴³

Ausführlichere Aussagen des VfGH zum **normativen Gehalt** des Art 24 Abs 2 GRC sind indes bislang kaum anzutreffen. Eine überhaupt nur beiläufige Erwähnung fand **Art 24 Abs 3 GRC** (Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen) in einem familienrechtlichen Verfahren.⁴⁴

Auf dem Boden der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Anerkennung von Rechten der GRC als **verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte**⁴⁵ wird in der

41 Siehe *Fuchs* in Holoubek/Lienbacher (Hrsg) GRC-Kommentar2 (2019) Art 24 Rz 13.

42 Vgl. VfGH 29.4.2021, E 15/2021 u. a.; 10.3.2021, E 345/2021 u. a.; 22.9.2020, E 1241/2020 u. a.; 11.10.2017, E 1803/2017 u. a.

43 z. B. VfGH 2.10.2013, U 2576/2012; VfGH 29.6.2013, U 2465/2012 = VfSlg 19.778/2013.

44 VfSlg 20.129/2016: „Aus den zu Art 8 EMRK angestellten Erwägungen vermag der Verfassungsgerichtshof auch den vom Antragsteller hinsichtlich des Art 24 Abs 3 GRC sowie des Art 2 Abs 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern geltend gemachten Bedenken nicht zu folgen.“

45 VfGH 11.3.2015, E 1193/2014 = VfSlg 19.632/2012.

Literatur vertreten, dass die in Art 24 GRC verankerten Gewährleistungen (vor allem auch angesichts der inhaltlich und terminologisch vielfach gleichlaufenden Garantien des BVG Kinderrechte) im Anwendungsbereich der GRC als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte vor dem VfGH geltend gemacht werden können.⁴⁶ Der VfGH selbst äußerte sich dazu bislang, soweit zu sehen, nicht explizit, verneinte eine derartige Qualifikation aber ebenso wenig.

3.1.3 Zusammenfassung

Der VfGH zieht unterschiedliche Bestimmungen des BVG Kinderrechte heran, um dem verfassungsrechtlichen Schutz der **besonderen Bedürfnisse von Kindern** zum Durchbruch zu verhelfen. Im Vordergrund steht das in **Art 1 BVG Kinderrechte** verankerte Kindeswohl, das gleichwohl meist nicht als *allein* ausschlaggebender Auslegungs- bzw. Prüfungsmaßstab zum Einsatz gelangt, sondern additiv zur Grundrechtsprüfung vor allem gemäß Art 8 EMRK und Art 7 B-VG/Art 14 EMRK hinzutritt. Ausführlichere Aussagen zum Inhalt der Einzelgewährleistungen des BVG Kinderrechte werden damit eher vermieden.

Vereinzelt, und meist zusätzlich zur Bezugnahme auf das BVG Kinderrechte, zieht der VfGH insb. in asylrechtlichen Angelegenheiten **Art 24 GRC** heran, wobei auch hier das in Abs 2 verankerte Kindeswohl im Vordergrund steht. Als (eigenständiger) Prüfungsmaßstab des VfGH konnte Art 24 GRC bislang noch keine Bedeutung erlangen. Der Gerichtshof dürfte vor allem dann dazu tendieren, den besonderen Schutz der Interessen des Kindes (auch) an Art 24 GRC festzumachen, wenn in den gegebenen Zusammenhängen bereits einschlägige Rechtsprechung des EuGH vorliegt.

3.2 Analyse der Rechtsprechung des VwGH (Fuchs)

3.2.1 Judikatur des VwGH mit ausdrücklicher Bezugnahme auf das BVG Kinderrechte

Das BVG Kinderrechte findet in der bisherigen Judikatur des VwGH **nur selten explizite Erwähnung**.

Im Einzelnen sind es vorwiegend Abwägungsentscheidungen im Bereich des **Asyl- und Fremdenrechts**, bei deren Prüfung der VwGH auch auf das BVG Kinderrechte, und zwar näherhin auf das gemäß Art 1 BVG Kinderrechte gewährleistete **Kindeswohl**, als maßgebliche Rechtsquelle referenziert.

Interessant ist, dass der VwGH für die rechtssatzförmige Wiedergabe und Zusammenfassung seiner diesbezüglichen Rechtsprechung im RIS⁴⁷ auf einen **Stammrechtssatz**

46 Siehe *Fuchs* in Holoubek/Lienbacher (Hrsg) GRC-Kommentar2 (2019) Art 24 Rz 17; vgl. auch *Grabenwarter*, Studien zur Kinderrechtskonvention, 57 ff.

47 www.ris.bka.gv.at

zurückgreift, in welchem er zentral auf die Rechtsprechung des VfGH zur „besonders sorgfältigen Prüfung der **Rückkehrsituation für Minderjährige** als besonders vulnerable Antragstellende“ hinweist. Dabei wird vom VwGH auch der in der Rechtsprechung des VfGH etablierte Beisatz übernommen, wonach ein derartiges Verständnis „im Einklang mit Art 24 Abs 2 GRC bzw. Art 1 zweiter Satz BVG Kinderrechte stehe“ und bei allen Maßnahmen öffentlicher Stellen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein muss.⁴⁸

Ein näherer Blick in den Volltext der betreffenden Entscheidungen gibt zu erkennen, dass Art 1 BVG Kinderrechte indes dort **nicht immer ausdrückliche Erwähnung** findet, sodass sich die expliziten Bezugnahmen vielfach auf Formulierungen auf Rechtssatzebene beschränken dürften.

Sowohl mit Art 1 als auch mit Art 6 BVG Kinderrechte befasste sich der VwGH aus Anlass der Verhängung einer **Disziplinarstrafe gegen einen Arzt** infolge des Todes eines nicht hinreichend medizinisch behandelten Kindes. In der betreffenden Entscheidung heißt es wörtlich:

Ein Arzt hat nämlich gemäß § 49 Abs. 1 erster Satz des Ärztegesetzes 1998 jeden von ihm in ärztliche Beratung oder Behandlung übernommenen Gesunden und Kranken ohne Unterschied der Person gewissenhaft zu betreuen. Es bedarf keines Hinweises auf Art 1 und 6 des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern, BGBl. I Nr. 4/2011, dass jeder Arzt in Ausübung seines Berufes verpflichtet ist, auch gegenüber und wenn erforderlich auch gegen die Obsorgeberechtigten Maßnahmen zum Schutz eines Kindes umzusetzen.⁴⁹

Der VwGH bekräftigt mithin den Grundsatz der **Beachtung des Kindeswohls durch Ärzte** sowie deren besondere Verpflichtung zu **Schutz und Fürsorge für Kinder mit Behinderung** – und zwar auch und insb dann, wenn dies möglicherweise mit den Verhaltensweisen der Obsorgeberechtigten in Konflikt geraten könnte. Die relevanten Bestimmungen des BVG Kinderrechte erlangen insofern zur verfassungsrechtlichen Untermauerung der von VwGH aus dem ärztlichen Berufsrecht einfachgesetzlich abgeleiteten Verpflichtungen des Arztes Bedeutung.

3.2.2 Judikatur des VwGH mit ausdrücklicher Bezugnahme auf Art 24 GRC

Abseits jener Fälle, in denen der VwGH – wie bereits erwähnt – unter einem auf Art 1 BVG Kinderrechte und Art 24 Abs 2 GRC Bezug nimmt, finden sich immer wieder Entscheidungen, in denen eine Bezugnahme auch alleine auf Art 24 GRC erfolgt.

48 z. B. VwGH 12.10.2022, Ra 2022/18/0124; 18.7.2022, Ra 2021/18/0416; 10.3.2022, Ra 2021/18/0349.

49 VwGH 10.12.2014, Ro 2014/09/0056.

Dies betrifft abermals vor allem das **Fremden- und Asylrecht bzw. Migrationsrecht**,⁵⁰ wobei Art 24 Abs 2 GRC hier wiederholt bei Verweisen auf einschlägige Rechtsprechung des EuGH genannt wird.⁵¹

Beachtlich sind näherhin vor allem jene Fälle, in denen der VwGH Erwägungen zur **Verfassungs- bzw. Unionsrechtskonformität** der von ihm anzuwendenden einfachgesetzlichen Grundlagen anstellt.

In einem Verfahren betreffend **Erteilung eines Aufenthaltstitels** führte der VwGH aus, dass Art 8 und 14 EMRK „es nicht gebieten, den Familiennachzug zum Vater in jenen Fällen zu erleichtern, in denen sich die Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes bloß auf Grund einer vorübergehenden und kein Niederlassungsrecht umfassenden Berechtigung im Bundesgebiet aufhält“. Dieser Rechtsprechung stehe „auch das unionsrechtliche Grundrecht des Kindeswohls nach Art. 24 Abs. 2 GRC nicht entgegen,“ zumal nicht ersichtlich sei, „dass fallbezogen die Anknüpfung seiner fremdenrechtlichen Stellung an jene der Mutter weniger im Interesse des Kindeswohls gelegen wäre, als die von ihm gewünschte Anknüpfung an die fremdenrechtliche Stellung des Vaters“.⁵²

Diese Linie griff der VwGH in weiterer Folge wieder auf und hielt – ebenfalls betreffend Aufenthaltstitel – fest, dass „Bedenken verfassungsrechtlicher Art“ gegen die maßgebliche einfachgesetzliche Grundlage „im Hinblick auf Art 8 EMRK sowie Bedenken im Hinblick auf das unionsrechtliche Grundrecht des Kindeswohls nach Art 24 Abs 2 GRC nicht geteilt“ werden.⁵³

In diesen Zusammenhängen, die in hohem Maße EU-rechtlich geregelte Sachverhalte betreffen und unter dem Eindruck der Rechtsprechung des EuGH stehen, erlangt **Art 24 Abs 2 GRC** als unionsrechtliche Grundlage des Kindeswohls – und zugleich unter expliziter Bezeichnung als „**unionsrechtliches Grundrecht**“ – in der Rechtsprechung des VwGH mithin sowohl als Auslegungs- wie auch als Prüfungsmaßstab durchaus eigenständige Bedeutung.

3.2.3 Zusammenfassung

Dass dem BVG Kinderrechte in der Judikatur des VwGH keine besonders hervorgehobene Rolle zukommt, steht erheblich mit dessen Funktion in Zusammenhang, im **System des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes** verwaltungsgerichtliche Entscheidungen auf ihre Rechtmäßigkeit – und damit vor allen auf einfachgesetzliche Rechtsverletzungen – hin zu kontrollieren.

50 z.B. VwGH 25.1.2022, Ra 2021/18/0349.

51 z.B. VwGH 20.12.2016, Ra 2016/21/0345.

52 VwGH 4.10.2018, Ra 2017/22/0056.

53 VwGH 23.1.2020, Ra 2019/22/0044.

Wenn daher der VwGH, wie im Fremden- und Asylrecht, der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung eine gründliche Auseinandersetzung mit dem Kindeswohl im Rahmen von Interessenabwägungen abverlangt, geschieht dies in erster Linie gestützt auf die entsprechenden einfachgesetzlichen Grundlagen. Gleichwohl lässt sich auch der Rechtsprechung des VwGH grundsätzlich entnehmen, dass den Bestimmungen des BVG Kinderrechte, allen voran dessen Art 1, jedenfalls **auslegungssteuernde Funktion** bei der Vollziehung des einfachen Gesetzesrechts zukommt.

Immer wieder finden Bezugnahmen des VwGH auf **Art 24 GRC** statt, wobei diese Konstellationen naturgemäß vor allem von entsprechender Judikatur des EuGH geprägt sind. Indessen hat der VwGH in seiner Rechtsprechung bereits verdeutlicht, dass Art 24 GRC als unionsrechtliche Grundrechtsquelle sowohl als Prüfungsmaßstab bei fallbezogenen Interessenabwägungen wie auch als Auslegungsmaßstab im Zusammenhang mit unionsrechtskonformen Interpretationen in Betracht kommt.

3.3 Analyse der Rechtsprechung des OGH und der OLG (Czech)

3.3.1 Einleitung

In der Judikatur der ordentlichen Gerichte spielen die Rechte von Kindern ausschließlich in **familienrechtlichen Angelegenheiten** eine Rolle. In anderen zivilrechtlichen Bereichen oder im Strafrecht beziehen sich der OGH und die Gerichte erster und zweiter Instanz hingegen – soweit ersichtlich – so gut wie nie auf das Kindeswohl oder das BVG Kinderrechte. Darin liegt der Grund für die exklusive Fokussierung der folgenden Judikaturanalyse auf Entscheidungen, die in familienrechtlichen Verfahren ergangen sind. Die weitgehende Beschränkung des folgenden Berichts auf die Judikatur des OGH ist in erster Linie dessen Stellung im gerichtlichen Rechtsschutzsystem geschuldet, obliegt es doch diesem Höchstgericht, grundlegende Fragen der Anwendung und Auslegung des Familienrechts zu beantworten. Daneben spielen aber auch praktische Erwägungen insofern eine Rolle, als die Urteile und Beschlüsse der BG, LG und OLG nur äußerst selten Eingang in das RIS finden. Sie werden daher hier nur berücksichtigt, soweit sie entweder auf diesem Weg oder in der EFSlg veröffentlicht wurden.

Die Beachtung des Kindeswohls war schon vor Inkrafttreten der UN-Kinderrechtskonvention (KRK) und des BVG Kinderrechte der **Leitgedanke des Kindschaftsrechts**. Nachdem zunächst nur eine rudimentäre gesetzliche Umschreibung einiger Aspekte des Kindeswohls bestanden hatte, wurde mit dem KindNamRÄG 2013 in **§ 138 ABGB** eine Definition eingeführt. Diese Bestimmung nennt beispielhaft zwölf Kriterien, die bei der Beurteilung des Kindeswohls zu berücksichtigen sind. Sowohl das materielle Recht als auch das Verfahrensrecht nehmen immer wieder Bezug auf das Wohl des Kindes. Dies gilt in Angelegenheiten der Obsorge und des Kontaktrechts ebenso wie im Hinblick auf

Unterhalt oder die Feststellung der Vaterschaft. Auch im Verfahren dient das Kindeswohl als Richtlinie, was sich etwa beim Vorrang einer gütlichen Streitbeilegung oder in einem besonderen Beschleunigungsgebot niederschlägt. Verfahrensrechtlich kommt die große Bedeutung, die dem Kindeswohl in familienrechtlichen Angelegenheiten beigemessen wird, auch in den Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Revisionsrekursen zum Ausdruck. Nach der ständigen Rechtsprechung des OGH ist eine Entscheidung über die Übertragung der Obsorge nur dann eine solche des Einzelfalls, der keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, wenn dabei auf das Kindeswohl ausreichend Bedacht genommen wurde.

Die gesamte zu Aspekten des Kindeswohls ergangene Judikatur des OGH zu analysieren, ist im vorliegenden Kontext nicht zielführend. Zwar dient die Beachtung des Kindeswohls im familienrechtlichen Verfahren ohne Zweifel auch der Achtung der Kinderrechte, doch deckt sich der **Begriff des „Kindeswohls“**, wie er im ABGB schon vor Inkrafttreten der KRK eingeführt wurde, nicht zur Gänze mit dem – üblicherweise ebenfalls mit „Kindeswohl“ übersetzten – Begriff der „best interests of the child“, wie er in der KRK verwendet wird. Dabei handelt es sich keineswegs um eine bloße sprachliche Feinheit, sondern um eine Frage des den jeweiligen Konzepten zugrundeliegenden Verständnisses von Kindern – die entweder primär als schutzbedürftige Wesen angesehen oder aber als autonome Trägerinnen und Träger eigener Rechte anerkannt werden können. Während es der KRK nicht nur um den Schutz von Kindern und ihrer Interessen geht, sondern auch und gerade darum, ihren Status als autonome Rechtsträger mit eigenen Interessen zu betonen, zielen viele der an das Kindeswohl anknüpfenden familienrechtlichen Bestimmungen nach wie vor in erster Linie darauf ab, was nach einem objektiven Verständnis „das Beste“ für das betroffene Kind ist.

Auch wenn ein Abstellen auf das Kindeswohl in gerichtlichen Entscheidungen in Familiensachen in aller Regel der Wahrung des Kindeswohls und damit der Umsetzung des BVG Kinderrechte (insb Art 1, 2 und 5) dient, bedeutet dies nicht unbedingt, dass die Kinderrechte zur Grundlage einer Entscheidung gemacht werden.

Im Folgenden werden daher zunächst jene Urteile und Beschlüsse behandelt, in denen sich der OGH **ausdrücklich** auf das **BVG Kinderrechte** (3.3.2) bzw. Art 24 GRC (3.3.3) bezieht. Ergänzend dazu werden ausgewählte Judikate miteinbezogen, die sich auf das **Kindeswohl** und Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) stützen und damit zumindest implizit einen Bezug zu den Kinderrechten erkennen lassen (3.3.4).

3.3.2 Judikatur mit ausdrücklichem Bezug zum BVG Kinderrechte

Die Berücksichtigung des Kindeswohls ist seit langem der zentrale Leitgedanke des Familienrechts. In bestimmten Konstellationen zieht der OGH das BVG Kinderrechte heran, um diesen Standpunkt zu bekräftigen und spezifische Implikationen aus den Rechten des betroffenen Kindes abzuleiten. Dies betrifft neben Entscheidungen über Obsorge und Kontakt bestimmte Verfahrensgarantien und das Adoptionsrecht.

3.3.2.1 Kindeswohl als oberstes Prinzip bei Obsorgeentscheidungen

Nach ständiger Rechtsprechung des OGH ist oberstes Prinzip bei Obsorgerechtsentscheidungen stets die Wahrung des Kindeswohls. Die Interessen der Eltern haben hinter dieses zurückzutreten. Dies war bereits vor Inkrafttreten des BVG eine Leitlinie der familienrechtlichen Judikatur.⁵⁴ Mittlerweile zieht der OGH vereinzelt das BVG Kinderrechte heran, um diese Ansicht zu untermauern.

So stellte der OGH in **9 Ob 48/11s** aufgrund eines ao. Revisionsrekurses des Vaters fest, dass sich das Rekursgericht bei seiner Bestätigung des erstinstanzlichen Beschlusses, mit dem der Antrag des Vaters auf Einräumung einer „abwechselnden Obsorge“ abgelehnt worden war, das Kindeswohl in den Mittelpunkt seiner Überlegungen gestellt hatte. Die vom Vater begehrte Obsorgeregelung war mit den Interessen des Kindes insb. deshalb nicht vereinbar, weil gegen ihn nach einem tätlichen Angriff auf die Mutter eine Wegweisung ausgesprochen worden war. Der OGH verwies ausdrücklich darauf, dass die Pflegschaftsgerichte vorrangig das Kindeswohl zu berücksichtigen hätten, was durch das BVG Kinderrechte betont werde.⁵⁵

In der Rechtssache **1 Ob 207/21d** hatte sich der OGH mit der Abweisung des Antrags des leiblichen Vaters auf Übertragung der alleinigen Obsorge für seinen Sohn zu befassen. Seit dem Tod der Mutter hatte der Stiefvater als Pflegeelternteil i. S. v. § 184 ABGB die Obsorge ausgeübt. Der leibliche Vater berief sich auf ein „viel stärkeres Band der Blutsverwandtschaft“ und leitete daraus bei ansonsten gleicher Eignung zur Ausübung der Obsorge ein Vorrecht als leiblicher Vater ab. Der OGH ließ den vom Antragsteller gegen die abweisende Entscheidung des Revisionsgerichts gerichteten ao. Revisionsrekurs nicht zu. Das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage wurde unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung verneint, wonach **„oberstes Prinzip bei der Obsorgeentscheidung stets die (beste) Wahrung des Kindeswohls ist**, was schon Artikel 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern, BGBl I 4/2011 – Rechte von Kindern verlangt (vorrangige Erwägung)“. Die Interessen der Eltern seien demgegenüber nachrangig. Angesichts des Vorrangs des Kindeswohls könne es nicht um ein stärkeres und auf Blutsverwandtschaft beruhendes Recht des leiblichen Vaters auf Obsorge gehen, sondern nur darum, in welcher Weise das Wohl des Kindes am besten gewahrt ist. Da ein weiteres Aufwachsen beim Stiefvater und den Halbgeschwistern dem Kindeswohl am besten entsprach, lag keine korrekturbedürftige Fehlentscheidung des Rekursgerichts vor.⁵⁶

Die Rangfolge der Personen, auf die das Gericht im Fall einer Verhinderung beider Elternteile oder des bislang alleine mit der Obsorge betrauten Elternteils die Obsorge

54 RS0048632.

55 OGH 30.7.2012, 9 Ob 48/11s.

56 OGH 16.11.2021, 1 Ob 207/21d = iFamZ 2022, 73 (Beck).

zu übertragen hat, wurde vom OGH in einem **Gesetzesprüfungsantrag** an den VfGH problematisiert.⁵⁷ Gemäß **§ 178 Abs 1 ABGB** ist in einem solchen Fall der andere Elternteil, ein Großelternpaar, ein Großelternanteil oder ein Pflegeelternpaar bzw. Pflegeelternanteil mit der Obsorge zu betrauen. Welcher der genannten Personen (bzw. welchem Paar) der Vorzug gegeben werden muss, ist stets im Einzelfall anhand des Kindeswohls zu entscheiden. Nach § 204 ABGB kommen andere Personen generell nicht in Frage, wenn eine der in § 178 Abs 1 ABGB genannten Personen bereit und geeignet ist, die Obsorge zu übernehmen. Aus Anlass eines Revisionsrekurses eines Urgroßelternpaares, der sich gegen die Übertragung der Obsorge auf die Pflegeeltern richtete, äußerte der OGH Bedenken ob der Verfassungskonformität dieser Bestimmung. Problematisch erschien ihm daran, dass der starre Vorrang von Groß- oder Pflegeeltern auch dann gilt, wenn im Einzelfall zu anderen Personen (hier die Urgroßeltern) ein engeres Verhältnis besteht und dem Kindeswohl durch deren Betrauung mit der Obsorge besser entsprochen würde. Der OGH erachtete diese starre Regelung als unvereinbar mit Art 1 BVG Kinderrechte. Der VfGH schloss sich dieser Rechtsansicht an und erklärte die entsprechenden Bestimmungen (§ 178 Abs 1 zweiter und dritter Satz sowie einzelne Wortfolgen in § 204 ABGB) für **verfassungswidrig**. Die Bestimmungen verstießen gegen Art 1 BVG Kinderrechte, weil sie den Kreis jener Personen, die bevorzugt mit der Obsorge zu betrauen sind, zu eng zogen und damit bewirkten, dass andere geeignete Angehörige der (sozialen) Familie kategorisch von der Möglichkeit ausgeschlossen wurden, mit der Obsorge betraut zu werden, wenn jemand aus dem Kreis der im Gesetz genannten Personen zur Übernahme geeignet ist.⁵⁸

Auch in einer Entscheidung über die **Übertragung der Obsorge an den Kinder- und Jugendhilfeträger (KJHT)** gemäß § 209 ABGB verwies der OGH auf das BVG Kinderrechte. Das Kind war zunächst vom KJHT bei einer Krisenpflegemutter vorübergehend untergebracht worden und dort etwa vier Monate lang geblieben, bevor es bei Dauerpflegeeltern untergebracht wurde. Mit der angefochtenen Entscheidung wurde die gesamte Obsorge an den KJHT übertragen. Dabei verwies das Gericht darauf, dass weder (Pflege)eltern, Großeltern noch sonstige Verwandte, nahestehende oder sonst geeignete Personen vorhanden seien. Bei der Krisenpflegemutter hätte sich das damals rund eineinhalb Jahre alte Kind schon vor längerer Zeit und von vornherein vorübergehend, nämlich zuerst für die Dauer von vier Monaten und ein weiteres Mal für eineinhalb Monate, befunden. Dagegen richtete sich der Revisionsrekurs der ehemaligen Krisenpflegemutter. Sie meinte, es komme nach dem Wortlaut des Gesetzes auf die Nahebeziehung gar nicht an, weil sie eine besonders geeignete Person iSd § 209 ABGB sei. Der OGH verwies zunächst darauf, „dass oberste Richtschnur bei der Obsorgeentscheidung stets das Kindeswohl ist“, was „vom Gesetzgeber durch Festlegung dieses Grundsatzes im Verfassungsrang verdeutlicht (Art 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern, BGBl I

57 OGH 30.5.2022, 2 Ob 42/22y.

58 VfGH 9.3.2023, G 223/2022; siehe dazu oben 3.1.1.2.7.

2011/4)⁵⁹ worden sei. Selbstverständlich wären daher immer nur unter der Voraussetzung der Wahrung des Kindeswohls entsprechend §§ 204, 209 ABGB vorrangig (Pflege-)Eltern oder Großeltern und nachrangig Verwandte, andere nahestehende oder sonst besonders geeignete Personen und bloß subsidiär der KJHT mit der Obsorge zu betrauen. Im vorliegenden Fall treffe das Kriterium „nahestehend“ auf die Krisenpflegemutter aber nicht zu, weshalb der KJHT mit der Obsorge zu betrauen gewesen sei.⁵⁹

Das Kindeswohl wurde vom OGH auch im Hinblick auf die generelle **Ablehnung der Anordnung der gemeinsamen Obsorge** gegen den Willen eines Elternteils berücksichtigt. Wenn nach einer Ehescheidung oder Trennung die Eltern zunächst weiter gemeinsam sorgeberechtigt sind und ein Elternteil die Übertragung der alleinigen Obsorge beantragt, muss das Gericht nach Maßgabe des Kindeswohls einen Elternteil allein mit der Obsorge betrauen (§ 177a Abs 2 ABGB). Eine Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge gegen den Willen eines Elternteils ist nach ständiger Rechtsprechung ausgeschlossen.⁶⁰ An der Ansicht, wonach gegen § 177a Abs 2 ABGB keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen,⁶¹ ist laut OGH auch nach Inkrafttreten des BVG Kinderrechte festzuhalten.⁶² Denn auch das Kindeswohl stehe einer Fortsetzung der gemeinsamen Obsorge bei deren Ablehnung durch beide Eltern oder zumindest einem Elternteil entgegen, „weil diese Situation eine dem Kindeswohl entsprechende Ausübung der Obsorge ausgeschlossen erscheinen lässt“.⁶³

3.3.2.2 Zulässigkeit der Doppelresidenz

Die Zulässigkeit des sogenannten Doppelresidenzmodells, bei dem die Kinder nach der Trennung (annähernd) gleich viel Zeit in den Haushalten beider Elternteile verbringen, warf nach der Einführung der Möglichkeit einer gemeinsamen Obsorge nach der Trennung durch das KindRÄG 2001⁶⁴ zahlreiche Fragen auf. Umstritten war insb., ob sich die Vereinbarung einer Doppelresidenz mit dem Wortlaut von § 177 Abs 4, § 179 Abs 2 und § 180 Abs 2 ABGB vereinbaren ließ und – falls dies zu verneinen war – ob die Bestimmungen wegen Verstoßes gegen Art 8 EMRK und Art 1 BVG Kinderrechte als verfassungswidrig anzusehen waren.⁶⁵

59 OGH 22.6.2022, 6 Ob 96/22v.

60 RS0120492.

61 OGH 1.12.2005, 2 Ob 266/05i.

62 So schon – ohne ausdrücklichen Bezug auf das BVG Kinderrechte – OGH 14.3.2012, 3 Ob 27/12k und OGH 30.05.2012, 7 Ob 82/12b.

63 OGH 11.7.2012, 3 Ob 108/12x.

64 BGBl I 135/2000.

65 Vgl. dazu Beck, Kinder brauchen beide Eltern – Neue Wege im Kindschaftsrecht, EF-Z 2010, 220 (222); Khakzadeh-Leiler, Das KindNamRÄG 2013 aus grundrechtlicher Perspektive, iFamZ 2014, 96; Kathrein, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197 (204).

Eine Klarstellung erfolgte durch das Erkenntnis des VfGH G 152/2015.⁶⁶ Der VfGH erachtete die gesetzliche Verpflichtung zur Festlegung einer „hauptsächlichen Betreuung“ nicht als verfassungswidrig, weil die entsprechenden Bestimmungen einer **verfassungskonformen Auslegung** zugänglich seien. Zwar sei es generell zur Verwirklichung des legitimen Ziels der Wahrung des Kindeswohls gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber die Festlegung eines Elternteils verlangt, der das Kind hauptsächlich betreut. Allerdings könne es auch Situationen geben, in denen der Ausschluss einer gleichteiligen Betreuung durch beide Eltern nicht im Kindeswohl gelegen sei. Um diesen Fällen Rechnung zu tragen, seien die § 177 Abs 4, § 179 Abs 2 und § 180 Abs 2 ABGB dahingehend auszulegen, dass die Festlegung einer „hauptsächlichen Betreuung“ sich auch auf eine bloße „nominelle“ Verpflichtung beschränken könne. Diese Festlegung diene dann lediglich als Anknüpfungspunkt für diverse Rechtsfolgen (etwa der Bestimmung des Hauptwohnsitzes oder der Geltendmachung von Familien- und Wohnbeihilfe), stehe aber einer tatsächlichen zeitlich gleichteiligen Ausübung der Obsorge durch beide Elternteile nicht entgegen.

Daran anknüpfend bestätigte der OGH in mehreren Entscheidungen den Ausspruch der Erst- und Rekursgerichte, mit denen eine wechselnde Betreuung festgelegt worden war. Zwar merkte er an, dass die Auslegung des VfGH im Sinn einer Zulässigkeit der Doppelresidenz, sofern sie dem Kindeswohl am besten entspricht, in einem Spannungsverhältnis zum erklärten Gesetzeszweck stehe, der darauf hinausläuft, dass für Kinder jedenfalls ein Heim erster Ordnung geschaffen werden soll, doch würde damit dem gesetzlichen Leitprinzip des Kindeswohls jedenfalls zum Durchbruch verholfen.⁶⁷ Im Ergebnis schloss sich der OGH folglich der Ansicht des VfGH an. Somit habe zwar auch bei gemeinsamer Obsorge und Betreuung des Kindes zu gleichen Teilen ein Ausspruch über die Festlegung, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, zu erfolgen. Dabei sei allerdings auf das Verständnis des VfGH Bedacht zu nehmen, wonach dieser Hauptbetreuungs Haushalt lediglich als nomineller Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen dienen soll, deren Grundlage ein bestimmter Aufenthaltsort ist.⁶⁸ In den Anlassfällen hatten die Eltern einen wöchentlichen Wechsel der Kinder von einem Elternteil zum anderen vereinbart, der dem Kindeswohl entsprach und sich in der Praxis bewährt hatte.

3.3.2.3 Kontaktrecht

In Verfahren über den Kontakt zwischen nicht sorgeberechtigtem Elternteil und Kind nahm der OGH bislang nicht ausdrücklich Bezug auf das BVG Kinderrechte. Allerdings ist auch bei der Entscheidung über ein Kontaktrecht nach ständiger Rechtsprechung die

66 VfGH 9.10.2015, G 152/2015 = VfSlg 20.018/2015 = EF-Z 2015, 35 (*Khakzadeh-Leiler*); siehe dazu oben 3.1.1.2.4.

67 OGH 24.8.2016, 3 Ob 121/16i.

68 OGH 27.9.2016, 6 Ob 149/16d. Vgl. dazu auch OGH 4.7.2017, 3 Ob 86/17v; OGH 19.12.v2016, 9 Ob 82/16y.

Bedachtnahme auf das **Kindeswohl oberster Grundsatz**.⁶⁹ Zudem stellte der OGH fest, dass es sich beim Recht auf regelmäßige und den Bedürfnissen des Kindes entsprechende persönliche Kontakte nicht nur um ein Recht des getrennt lebenden Elternteils handelt, sondern auch um ein **Recht des Kindes**, das als „Grundrecht der Eltern-Kind-Beziehung“ unter dem Schutz des Art 8 EMRK steht.⁷⁰ Diese Rechtsprechungslinie reicht zurück bis 1997, als der OGH unter ausdrücklicher Heranziehung von Art 9 Abs 3 KRK einen Anspruch des Kindes auf Ausübung des Kontaktrechts (nach der damaligen Terminologie noch des „Besuchsrechts“) durch den nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteil bejahte. Da der Gesetzgeber anlässlich der Ratifizierung der KRK keinen Anlass zur Anpassung des Familienrechts erkannt habe, sei davon auszugehen, dass schon aus dem geltenden Recht ein solches subjektives Recht abgeleitet werden könne.⁷¹ Mit dem KindRÄG 2001⁷² wurde dieser Anspruch des Kindes ausdrücklich im Gesetz verankert. Seit dem KindNamRÄG 2013 findet sich die entsprechende Bestimmung in § 187 Abs 1 ABGB.

Aus dem Recht des Kindes auf **Kontakt zu beiden Elternteilen** resultiert nicht zuletzt eine Verpflichtung des obsorgeberechtigten Elternteils dem Kind gegenüber, dieses unter Vermeidung jeglicher negativer Beeinflussung bestmöglich auf die Besuche vorzubereiten und die Kontakte mit dem anderen Elternteil sodann unter Bedachtnahme auf das Kindeswohl zu verarbeiten.⁷³

3.3.2.4 Verfahrensgarantien: Recht auf Anhörung und Kinderbeistand

Bei allen Kinder betreffenden familienrechtlichen Entscheidungen haben diese gemäß **Art 4 BVG Kinderrechte** ein – ihrem Alter und Entwicklungsstand entsprechendes – Recht, im Verfahren gehört zu werden. Art 4 BVG Kinderrechte dient der Umsetzung von Art 12 KRK. Die Möglichkeit des Kindes zur Äußerung der eigenen Meinung ist freilich kein Selbstzweck, sondern seine Ansichten müssen in die Entscheidungsfindung einfließen. Dies ergibt sich einfachgesetzlich u. a. aus § 138 Z 5 ABGB, wonach die Meinung des Kindes ein wichtiger Aspekt des Kindeswohls ist.

Die Rsp differenziert zwischen Entscheidungen über die Obsorge und solchen über die persönlichen Kontakte. Dies ist insofern naheliegend, als sich der Kontakt weniger

69 OGH 21.5.2015, 1 Ob 72/15t = EF-Z 2013, 125 (*Beck*). Auf die vom Revisionsrekurswerber vorgebrachten Bedenken im Hinblick auf Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte musste der OGH in diesem Fall nicht eingehen, weil die Voraussetzungen für einen ao. Revisionsrekurs angesichts der Übereinstimmung der angefochtenen Entscheidung mit der ständigen Rechtsprechung nicht vorlagen.

70 Siehe dazu unten 3.3.4.3.

71 OGH 10.4.1997, 6 Ob 2398/96g. § 148 Abs 1 ABGB in der damals in Kraft stehenden Fassung (BGBl 162/1989) räumte nur dem Elternteil, dem nicht die Pflege und Erziehung zukam, „das Recht, mit dem Kind persönlich zu verkehren“ ein.

72 BGBl I 135/2000.

73 OGH 28.6.2016, 10 Ob 32/16b; OGH 25.8.2005, 6 Ob 171/05y jeweils mwN; siehe dazu unten 3.3.4.3.

schwerwiegend auf das Kind auswirkt und im Ausmaß besser abgestuft werden kann als die Obsorgezuteilung. Im Hinblick auf die Obsorge geht der OGH davon aus, dass erst ab dem zwölften Lebensjahr eine Urteilsfähigkeit anzunehmen ist.⁷⁴ Bei mündigen Minderjährigen kann zwar der Wunsch des Kindes bei der Obsorgeentscheidung nicht allein den Ausschlag geben, doch soll ihnen nach Möglichkeit nicht gegen ihren Willen die Obsorge durch einen bestimmten Elternteil aufgezwungen werden.⁷⁵ Bei Entscheidungen über den Kontakt gilt hingegen ein weniger strenger Maßstab. Wenn ein mündiger Minderjähriger sich klar und unbeeinflusst gegen den Kontakt zu einem Elternteil ausspricht, ist dies in aller Regel ausschlaggebend, weil Kontakte gegen den erklärten Willen des Kindes weder sinnvoll erscheinen noch mit dem Kindeswohl in Einklang zu bringen sind.⁷⁶ Dem Wunsch unmündiger Kinder ist hingegen nicht in jedem Fall zu entsprechen, allerdings ist ihre Meinung zur Frage des Kontaktrechts dennoch zu berücksichtigen, wie der OGH unter ausdrücklichem Verweis auf Art 4 BVG Kinderrechte festgehalten hat.⁷⁷

Für familienrechtliche Verfahren resultiert daraus eine **Verpflichtung zur Anhörung der Kinder**, die von der Entscheidung betroffen sind (vgl. insb. § 105 AußStrG). Durch die Befragung des Kindes soll sich der Richter bzw. die Richterin einen persönlichen Eindruck von der Urteilsfähigkeit des Kindes verschaffen und dessen Wünsche und Interessen erfahren. Sie dient damit nicht zuletzt der Umsetzung des Grundsatzes, wonach das Kind nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein soll, sondern sich – entsprechend seinem Alter und seiner Reife – aktiv daran beteiligen können muss.⁷⁸ Mit der Einführung der Verpflichtung zur Befragung Minderjähriger in familienrechtlichen Verfahren durch das KindRÄG 2001 (damals in § 182b AußStrG)⁷⁹ wollte der Gesetzgeber nicht zuletzt die sich aus Art 3 i. V. m. Art 12 KRK ergebenden Verpflichtungen umsetzen.⁸⁰ Die **Berücksichtigung der Wünsche des Kindes** steht nach der Rechtsprechung des OGH unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl.⁸¹ Außerdem erlaubt § 105 Abs 2 AußStrG ausdrücklich ein Absehen von der Befragung des Kindes, wenn sein Wohl eine dringende Entscheidung gebietet, die durch die Befragung ungebührlich verzögert würde, oder wenn aufgrund seines Alters bzw. seiner Reife keine „überlegte Äußerung“ zu erwarten ist. Im Übrigen kann die Befragung auch durch andere Personen als die Richterin oder den Richter erfolgen, wenn dies angesichts des Alters oder der Schutzbedürftigkeit des Kindes geboten ist. Diese Ausnahmen von der persönlichen Befragung sind nach

74 OGH 25.8.2020, 5 Ob 106/20d.

75 OGH 27.7.2021, 5 Ob 97/21g.

76 OGH 11.7.2000, 10 Ob 114/00p.

77 OGH 28.6.2016, 10 Ob 32/16b. Anders noch OGH 20.10.1998, 4 Ob 260/98h, wonach es „auf den Willen unmündiger Minderjähriger bei der Besuchsrechtsregelung nicht ankommt“.

78 Vgl. *Fucik*, Kinderbeistand und Kindesanhörung, iFamZ 2010, 229 f; LG Salzburg 10.1.2007, 21 R 686/06p = EFSlg 118.884.

79 Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 – KindRÄG 2001, BGBl 135/2000. Mit BGBl I 111/2003 wurde diese Bestimmung weitgehend unverändert zu § 105 AußStrG.

80 ErlRV 296 BlgNR XXI. GP, 87.

81 OGH 25.3.2019, 8 Ob 21/19z; OGH 21.5.2014, 7 Ob 63/14m mwN.

Ansicht des OGH mit Art 12 KRK vereinbar.⁸² Abgesehen von dieser Entscheidung ist eine Auseinandersetzung mit den Rechten der betroffenen Kinder, die den verfahrensrechtlichen Regelungen des § 105 AußStrG zu Grunde liegen, in der Rsp des OGH bislang nicht ersichtlich. Beachtlich ist allerdings, dass der OGH mittlerweile darauf zu verzichten scheint, auf einen tradierten Rechtssatz Bezug zu nehmen, wonach die Anhörung des Kindes vor allem (bzw. „bloß“) den Informationsstand des Richters oder der Richterin verbessern und seinen bzw. ihren Blickwinkel erweitern soll.⁸³ Die früher vertretene Ansicht wurde einer verfassungskonformen Auslegung von § 105 AußStrG im Lichte von Art 4 BVG Kinderrechte nicht gerecht.⁸⁴

Zur effektiveren Umsetzung des Rechts von Kindern, in sie betreffenden Verfahren ihren Standpunkt zu äußern und Gehör zu finden, führte der Gesetzgeber 2010 den **Kinderbeistand** ein. Gemäß § 104a AußStrG ist für Kinder unter 14 (ausnahmsweise unter 16) Jahren in hochstrittigen Verfahren über die Obsorge oder über die persönlichen Kontakte ein Kinderbeistand zu bestellen, der sie im Verfahren unterstützen soll. Nach der Rsp des OGH ist der Kinderbeistand als ein „Vertreter“ des Kindes iSd Art 12 Abs 2 KRK zu sehen und ein Mittel zur Durchsetzung seines in Art 4 BVG Kinderrechte auch verfassungsgesetzlich verankerten Rechts auf angemessene, seinem Alter und seiner Entwicklung entsprechende Beteiligung und Berücksichtigung seiner Meinung in allen das Kind betreffenden Angelegenheiten.⁸⁵ Ob die Bestellung eines Kinderbeistands erforderlich ist, muss nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden, wobei wiederum das Interesse und Wohl des betroffenen Kindes ins Zentrum zu rücken sind. Hochstrittige Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren geben jedenfalls dann Anlass für die Bestellung eines Kinderbeistands, wenn das Kind durch das Verfahren **emotional schwer belastet** und in einen **Loyalitätskonflikt** verstrickt wird. Die Interessen anderer Verfahrensbeteiligter (insb der Eltern) sind hingegen schon nach dem Wortlaut des § 104a AußStrG keine relevanten Kriterien.⁸⁶ Wie der OGH zudem feststellte, besteht eine Pflicht des obsorgeberechtigten Elternteils, mit dem Kinderbeistand zu kooperieren und dessen Kontakt zum Kind zu unterstützen.⁸⁷

3.3.2.5 Adoption

Gemäß § 194 ABGB darf die Adoption eines minderjährigen Kindes nur bewilligt werden, wenn sie dessen Wohl dient. Die Verpflichtung zur Prüfung der Auswirkungen der

82 OGH 25.8.2020, 5 Ob 106/20d. In diesem Sinne auch *Wenger-Haargassner*, Art 24 GRC und Kindschaftsrecht, EF-Z 2020, 61 (63).

83 OGH 4.6.1996, 1 Ob 601/95; OGH 16.9.1993, 2 Ob 565/93; OGH 24.6.1992, 1 Ob 573/92.

84 Vgl. *Beck*, Kindschaftsrecht3 (2021) Rz 1115.

85 OGH 22.3.2011, 8 Ob 19/11v = EF-Z 2011, 178 (*Beck*) = iFamZ 2011, 201 (*Fucik*); OGH 21.5.2015, 1 Ob 72/15t = iFamZ 2015, 208 (*Fucik*); LGZ Wien 12.1.2021, 43 R 570/20x = EFSlg 169.453; LG Innsbruck 13.3.2012, 51 R 111/11i = EFSlg 137.245.

86 OGH 22.3.2011, 8 Ob 19/11v.

87 OGH 22.3.2011, 8 Ob 19/11v; vgl. dazu *Beck*, EF-Z 2011, 178.

Annahme an Kindes Statt auf das Kindeswohl ergibt sich schon unmittelbar aus dem Wortlaut und die Rechtsprechung des OGH nimmt in aller Regel keinen Bezug auf das BVG Kinderrechte. Verweise auf diese verfassungsrechtliche Grundlage finden sich jedoch in einer Entscheidung zu den Voraussetzungen für die Aufhebung einer Adoption. Außerdem stützte der OGH seinen Antrag auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des starren Mindestaltersabstands von 16 Jahren zwischen Wahlkind und Wahleltern auf das BVG Kinderrechte.

Dass die **Aufhebung einer Adoption** ebenso wie deren Bewilligung eine Kindeswohlprüfung voraussetzt, stellte der OGH in der Rechtssache **2 Ob 85/21w** fest. Die leibliche Mutter als Vertreterin des Kindes und der Wahlvater hatten die Aufhebung der Adoption des Kindes beantragt, die erfolgt war, nachdem eine frühere Adoption durch einen Partner der Mutter aufgehoben worden war. Die Mutter brachte vor, dass die Aufhebung im Interesse des Kindes liege, weil sich der Wahlvater bereit erklärt hatte, im Fall der Aufhebung der Wahlkindschaft die Schulden der Mutter iHv € 40.000,- zu übernehmen. Es bestünde keine Beziehung mehr zwischen dem Kind und dem Wahlvater. Das Rekursgericht hob die Wahlkindschaft auf, nachdem der KJHT als Kollisionskurator ohne Begründung die Antragstellung und Verfahrensführung der Mutter genehmigt hatte. Dagegen richtete sich der ao. Revisionsrekurs des leiblichen Vaters. Wie der OGH zunächst feststellte, ist nach § 201 Abs 1 Z 4 ABGB die Wahlkindschaft aufzuheben, wenn der Wahlvater oder die Wahlmutter und das Wahlkind die Aufhebung beantragen. Nach dem Wortlaut sei die Aufhebung nur vom gemeinsamen Antrag abhängig, weitere Voraussetzungen seien nicht vorgesehen, weshalb eine Prüfung des Kindeswohls zu unterbleiben habe. Allerdings erachtete es der OGH als geboten, § 201 Abs 1 Z 4 ABGB **verfassungskonform zu interpretieren**, weil dieses Ergebnis mit Art 7 B-VG und mit Art 1 zweiter Satz BVG Kinderrechte unvereinbar wäre. Ein Ausschluss der **Kindeswohlprüfung** verstieße gegen Art 1 zweiter Satz BVG Kinderrechte, wonach bei „allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher und privater Einrichtungen [...] das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein“ müsse. Eine Aufhebung der Annahme an Kindesstatt ohne Prüfung des Kindeswohls stehe damit offenkundig im Widerspruch, eine Rechtfertigung nach Art 7 BVG Kinderrechte sei nicht erkennbar.⁸⁸

Der von **§ 193 Abs 2 ABGB** vorgesehene **starre Mindestabstand** von 16 Jahren zwischen Wahlmutter und Wahlkind wurde vom OGH dem VfGH zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit vorgelegt. Im Anlassfall hatte der leibliche Vater im Namen des Kindes die Bewilligung von dessen Adoption durch seine Ehefrau beantragt. Zur leiblichen Mutter bestand schon seit einigen Jahren kein Kontakt. Das Erstgericht wies den Antrag ab, weil der Altersabstand nur 15 Jahre, sieben Monate und elf Tage betrage und sich damit eine weitere Prüfung des Antrags erübrige. Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung.

88 OGH 5.8.2021, 2 Ob 85/21w = EF-Z 2022, 20 (*Nademleinsky*).

Die Bedenken bezogen sich auf einen möglichen Verstoß gegen Art 1 BVG Kinderrechte. Das Gebot der Wahrung des Kindeswohls verpflichte einerseits dazu, die einfachgesetzlichen Bestimmungen des Familienrechts im Einzelfall in einer Weise auszulegen und anzuwenden, die den Interessen des betroffenen Kindes am besten entspricht. Andererseits sei **die Wahrung und Förderung des Kindeswohls auch verfassungsrechtlicher Maßstab** für das einfache Gesetz. Die starre Regelung des § 193 Abs 2 ABGB könne zu Ergebnissen führen, die mit dem konkreten Kindeswohl unvereinbar sind. Denn jedenfalls dann, wenn der Kontakt zu einem leiblichen Elternteil gänzlich abgebrochen ist und stattdessen eine faktische Eltern-Kind-Beziehung mit einer anderen Person besteht, liege es im Interesse des Kindes, diese Beziehung durch eine Adoption auch rechtlich zu formalisieren und zu konsolidieren. In einem solchen Fall erfordere das Kindeswohl eine Bewilligung auch dann, wenn der Mindestaltersabstand geringfügig unterschritten wird. Davon sei auch im vorliegenden Fall auszugehen, da der Vater, die Wahlmutter und das Kind seit über zwölf Jahren als Familie zusammenlebten und der vergleichsweise geringe Altersunterschied zwischen Wahlmutter und Kind offenbar kein Hindernis darstelle. Die Bewilligung der Adoption ausschließlich an diesem Umstand scheitern zu lassen, wäre mit dem Kindeswohl schlechthin unvereinbar. Die Vereinfachung des Verfahrens durch starre Altersgrenzen und Mindestaltersabstände könnten keine Rechtfertigung i. S. v. Art 7 BVG Kinderrechte darstellen. Denn es könne nicht im Interesse des Kindes liegen, dass ein Antrag auf Bewilligung der Annahme an Kindes statt zwar wegen einer formalen Regelung rasch erledigt werden kann, aber aus demselben Grund ohne weitere Prüfung des konkreten Kindeswohls abgewiesen werden muss.⁸⁹ Der VfGH schloss sich diesen Bedenken an und erklärte § 193 Abs 2 ABGB für **verfassungswidrig**.⁹⁰

Im Hinblick auf die gemäß § 88 AußStrG mögliche **Inkognitoadoption** betonte der OGH, dass Kinder ein **Recht auf Kenntnis der eigenen Herkunft** haben.⁹¹ Dieses Recht leitete er aus Art 8 EMRK und Art 7 KRK ab.⁹² Grundrechtliche Bedenken gegen diese Form der Adoption hatte der OGH nicht, weil auch in diesem Fall das Adoptivkind mit Vollendung des 14. Lebensjahrs ein Recht auf Zugang zum Adoptionsakt hat und damit erfahren kann, wer seine leiblichen Eltern sind. Auch das LG St. Pölten betonte die wesentliche Bedeutung der Kenntnis der wahren Abstammungsverhältnisse für die spätere Identitätsfindung des Adoptivkindes und verwies auf die Verankerung des Rechts eines Kindes, seine Eltern zu kennen, in Art 7 Abs 1 KRK.⁹³ Ein Bezug auf das BVG Kinderrechte erfolgte in dieser Entscheidung – soweit ersichtlich – nicht, was der Tatsache geschuldet sein dürfte, dass sich darin keine dem Art 7 KRK entsprechende Bestimmung findet.

89 OGH 20.1.2014, 4 Ob 214/13v.

90 VfGH 11.12.2014, G 18/2014 = VfSlg 19.941/2014 = EF-Z 2015, 117 (*Beck*); siehe dazu oben 3.1.1.2.2.

91 OGH 10.8.2006, 2 Ob 129/06v = EF-Z 2007, 91 (*Verschraegen*).

92 Das Urteil erging vor Inkrafttreten des BVG Kinderrechte, weshalb kein Bezug darauf genommen werden konnte.

93 LG St Pölten 3.10.2018, 23 R 343/18s = EFSlg 156.637.

3.3.3 Judikatur mit ausdrücklichem Bezug zu Art 24 GRC

Art 24 GRC spielt in der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte bislang keine große Rolle. Herangezogen wurde diese Bestimmung lediglich zur Begründung eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts sowie im Kontext der Anwendung des HKÜ.

Anlässlich einer Klage gegen die Abweisung eines Antrags auf Kinderbetreuungsgeld hatte der OGH zu klären, ob die thailändische Klägerin zum maßgeblichen Zeitpunkt wegen der Nahebeziehung zu ihrem Kind, das die österreichische Staatsbürgerschaft besaß, über ein **unionsrechtliches Aufenthaltsrecht** verfügt hatte und damit ihr Aufenthalt – wie von § 2 Abs 1 Z 5 KBGG vorausgesetzt – rechtmäßig war.⁹⁴ Nach der vom OGH referierten Rechtsprechung des EuGH kann ein solches Aufenthaltsrecht eines oder einer Drittstaatsangehörigen aus der Unionsbürgerschaft (Art 20 AEUV) seines oder ihres Kindes abgeleitet werden, wenn dieses ansonsten de facto zum Verlassen des Unionsgebiets gezwungen ist. Maßgeblich ist dabei, ob im Einzelfall ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen einem Kind, das die Unionsbürgerschaft besitzt, und seinem aus einem Drittstaat stammenden Elternteil besteht, das es dem Kind unzumutbar macht, ohne diesen Elternteil im Aufenthaltsstaat zu bleiben. Wie der OGH betonte, sind dabei „sämtliche Umstände des Einzelfalls im Interesse des Kindeswohls (Art 24 Abs 2 GRC) zu berücksichtigen“. Das „unionsrechtliche Grundrecht des Kindeswohls gemäß Art 24 Abs 2 GRC“ müsse dabei eine vorrangige Erwägung sein. Da im vorliegenden Fall das Kind erst zwei Jahre alt war und hauptsächlich von der Mutter betreut wurde, der Vater hingegen einer Vollzeitbeschäftigung nachging, war von einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis auszugehen, aufgrund dessen das Kind im Fall der Ausweisung der Mutter de facto zur Ausreise gezwungen gewesen wäre. Daher war ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht der Mutter zu bejahen.

Auch im Kontext der Auslegung von **Art 13 HKÜ** setzte sich der OGH mit den Vorgaben des Art 24 GRC auseinander.⁹⁵ Ein in Frankreich wohnhafter Vater hatte die **Rückführung** seines von der Mutter rechtswidrig nach Österreich verbrachten Kindes beantragt, war damit aber vor dem BG und dem LG nicht durchgedrungen. Der OGH ging auch auf das Vorbringen des Antragstellers ein, Art 13 Abs 1 lit b HKÜ und Art 11 Abs 4 Brüssel IIa-VO, wonach die Rückgabe nicht anzuordnen ist, wenn diese mit einer schwerwiegenden Gefahr für das Kind verbunden ist oder dieses in eine unzumutbare Lage bringen würde, wären u. a. mit Art 24 GRC unvereinbar. Diese Bedenken wurden vom OGH nicht geteilt.

Er stellte vielmehr fest, dass diese Bestimmungen des HKÜ bzw. der Brüssel IIa-VO auf das Wohl und den Schutz des Kindes Bedacht nehmen und sowohl die Aspekte der **Prävention** als auch jene der **unverzöglichen Rückführung** zum Konzept des Kindeswohls gehörten. Unter Verweis auf die Judikatur des EGMR führte er weiters aus, dass

94 OGH 13.9.2017, 10 Obs 64/17k.

95 OGH 7.7.2017, 6 Ob 103/17s.

die nationalen Gerichte eine detaillierte Prüfung der gesamten Familiensituation vornehmen und dabei das Kindeswohl vorrangig berücksichtigen müssten. Zudem verwies er darauf, dass ein widerrechtliches Verbringen eines Kindes durch einen Elternteil den durch Art 24 Abs 3 GRC geschützten Anspruch jedes Kindes auf persönliche Beziehungen und direkten Kontakt zu beiden Elternteilen vereitle.

In einer weiteren Entscheidung zu Art 13 HKÜ, mit der die vom Erst- und Rekursgericht **abgelehnte Rückführung** eines Kindes zu seiner Mutter nach Italien wegen der von dieser ausgehenden Gefahr einer neuerlichen Misshandlung bestätigt wurde, verwies der OGH auf die besondere Bedeutung des Kindeswohls, ohne sich damit aber inhaltlich näher auseinandersetzen zu müssen. Unter Bezug auf Art 8 EMRK, Art 24 GRC, Art 19 der UN-Konvention über die Rechte des Kindes hinsichtlich des Schutzes vor Gewaltanwendung und das BVG Kinderrechte betonte der OGH, dass das Kindeswohl ein zentrales Anliegen (auch) der (internationalen) Rechtsordnung sei und das individuelle Kindeswohl gerade bei der nach einer Kindesentführung raschestmöglich zu treffenden Entscheidung über die Rückführung eines Kindes die vorrangige Überlegung sein müsse. Die schwerwiegende Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für ein Kind dürfe nicht aus generalpräventiven Gründen zum Schutz des abstrakten Kindeswohls in Kauf genommen werden, nur um den Eindruck zu verhindern, Kindesentführungen würden sich doch lohnen.⁹⁶

3.3.4 Judikatur zum Schutz des Kindeswohls durch Art 8 EMRK

Die zentrale Bedeutung, die dem Kindeswohl im Familienrecht und der dazu ergehenden Judikatur zukommt, verlangt für die Zwecke der vorliegenden Studie eine Eingrenzung. Entscheidend für die Auswahl der folgenden Urteile und Entscheidungen des OGH ist eine Heranziehung der Interessen von Kindern im Sinne eines Abstellens auf das grundrechtlich geschützte Kindeswohl. Aufgrund des Einflusses der Rechtsprechung des EGMR gerade auf das österreichische Familienrecht liegt es nahe, jene Urteile des OGH zum Kindeswohl zu analysieren, in denen er sich auf diese Judikatur bezieht bzw. die sich aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens ergebenden Anforderungen berücksichtigt. Denn wie im Bericht über die Rechtsprechung des EGMR zum Kindeswohl dargelegt wird (siehe 3.4), stützt sich diese auf Art 8 EMRK, der somit als Schnittstelle für die Heranziehung der KRK dient.

3.3.4.1 Allgemeines

Das **Kindeswohl als „leitenden Gesichtspunkt“** zu berücksichtigen, ist den ordentlichen Gerichten seit dem KindNamRÄG 2013 durch § 138 ABGB ausdrücklich aufgetragen. Die in § 138 ABGB genannten Kriterien für die Bestimmung des Kindeswohls stammen aus der ständigen Rechtsprechung des OGH, zum Teil auch aus der KRK.⁹⁷

96 OGH 24.3.2023, 6 Ob 54/23v.

97 Vgl. Beck, Kindschaftsrecht3 (2021) Rz 308.

Schon vor dieser Reform war allgemein anerkannt, dass das Wohl des Kindes der Leitgedanke bei allen familiengerichtlichen Entscheidungen zu sein hatte, die Kinder betrafen. Nach der jüngsten Rechtsprechung offenbart sich in **§ 138 ABGB**, dass die Regelungen über die Rechte zwischen Eltern und Kindern primär den Zweck verfolgen, das Wohl des Kindes zu wahren.⁹⁸ Dies gilt nicht nur für Entscheidungen über Obsorge und Kontaktrecht, sondern auch für die Wahrnehmung der Aufgaben des Kinder- und Jugendhilfeträgers (KJHT).⁹⁹

Neben dem Recht des Kindes auf Schutz seiner Interessen sind in familienrechtlichen Verfahren auch die ebenfalls durch Art 8 EMRK geschützten Rechte der Eltern und ggf. auch weiterer Familienmitglieder (insb Geschwister) zu beachten. So dürfen nach ständiger Rechtsprechung der KJHT und die Gerichte in familiäre Rechte und Beziehungen nur dann und nur so weit eingreifen, als dies zur Gewährleistung des Kindeswohls geboten ist.¹⁰⁰ In vielen Konstellationen kann zudem eine Abwägung des Rechts der Eltern auf Achtung ihres Rechts auf persönliche Beziehungen zum Kind und auf Familienautonomie mit den Interessen des Kindes geboten sein.

3.3.4.2 Übertragung der Obsorge an den KJHT

Anders als in Konstellationen, in denen es den Gerichten obliegt, einen fairen Ausgleich zwischen den jeweils grundrechtlich geschützten Interessen der Eltern zu treffen, stellt die Übertragung der Obsorge an den KJHT einen schwerwiegenden **obrigkeitlichen Eingriff** in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens dar. Nach der ständigen Rechtsprechung des OGH ist eine solche Maßnahme nur dann zulässig, wenn sie im Interesse des Kindes **dringend geboten** und soweit sie zur Abwendung einer drohenden Gefährdung des Kindeswohls notwendig ist, wobei grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen ist.¹⁰¹ Der Grundsatz der **Familienautonomie** verlangt, dass den Familienmitgliedern die Obsorge so lange gewahrt bleiben muss, als sich dies mit dem Kindeswohl vereinbaren lässt.¹⁰² Die Maßnahme der Übertragung der Obsorge an den KJHT darf nur das letzte Mittel sein und nur soweit angeordnet werden, als das zur Abwendung einer drohenden Gefährdung des Kindeswohls notwendig ist.¹⁰³ Von einer **Gefährdung des Kindeswohls** ist auszugehen, wenn die Obsorgepflicht nicht erfüllt oder gröblich vernachlässigt wird oder sonst schutzwürdige Interessen des Kindes ernstlich und konkret gefährdet werden, wobei die objektive Nichterfüllung oder Vernachlässigung genügt.¹⁰⁴ Nicht ausreichend ist hingegen, dass die Erziehung bei einer

98 OGH 23.3.2021, 1 Ob 211/20s.

99 OGH 23.3.2021, 1 Ob 211/20s.

100 OGH 4.5.2017, 5 Ob 17/17m; OGH 24.5.2012, 1 Ob 4/12p.

101 OGH 19.12.2018, 3 Ob 178/18z; OGH 30.8.2016, 1 Ob 99/16i.

102 OGH 29.11.2016, 6 Ob 182/16g mwN.

103 OGH 24.10.2018, 8 Ob 17/18k; OGH 21.12.2017, 5 Ob 183/17y; OGH 29.11.2016, 6 Ob 182/16g; OGH 24.3.2014, 8 Ob 7/14h; OGH 17.12.2013, 4 Ob 165/13p.

104 OGH 25.3.2021, 8 Ob 19/21h.

dritten Person für das Kind besser wäre.¹⁰⁵ Da die Entscheidung über die Entziehung der Obsorge einen tiefgreifenden Einschnitt in die Eltern-Kind-Beziehung bedeutet, darf sie nur aufgrund einer sorgfältig erhobenen Tatsachengrundlage ergehen, aus der sich mit der nötigen Sicherheit eine konkrete und aktuelle Gefahrenlage für das Kindeswohl ableiten lässt.¹⁰⁶ Ähnliche Maßstäbe gelten auch für vorläufige Maßnahmen des KJHT gemäß § 211 ABGB. Auch sie müssen im Hinblick auf die durch Art 8 EMRK geschützten Rechte der Eltern den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit im Sinne des gelindesten Mittels entsprechen.¹⁰⁷

Nach der Judikatur des EGMR soll jede obrigkeitliche Maßnahme, die in die Familienautonomie eingreift, grundsätzlich nur **vorübergehender Natur** sein. Die Gerichte bzw. der KJHT sind daher verpflichtet, angemessene Begleitmaßnahmen – wie etwa regelmäßigen Kontakt – zu ergreifen, um eine völlige Entfremdung zu vermeiden und eine Wiedervereinigung der Familie zumindest im Bereich des Möglichen zu belassen. Außerdem muss eine erzwungene Herausnahme eines Kindes aus einer Herkunftsfamilie beendet werden, sobald es die Umstände im Hinblick auf das Kindeswohl zulassen.

Dieser Judikatur folgend vertritt der OGH die Ansicht, dass Kinder nicht schon deshalb bei Pflegeeltern oder in einer Einrichtung belassen werden dürfen, weil es ihnen dort gut geht und diese Pflegeeltern bzw. Betreuerinnen und Betreuer mittlerweile zu den primären Bezugspersonen geworden sind.¹⁰⁸ Wäre dies der Fall, so käme eine Rückübertragung an die Eltern nie in Betracht, solange die Kinder in der Fremdunterbringung gut versorgt sind.¹⁰⁹ Dass Kinder bei einer Pflegefamilie besser versorgt sind als bei der Mutter (bzw. dem Vater), rechtfertigt daher die Aufrechterhaltung des Eingriffs in das Familienleben nicht.¹¹⁰ Ausschlaggebend ist vielmehr, ob gewährleistet ist, dass keine Gefahr mehr für das Wohl des Kindes besteht. Bloß vorübergehende Umstellungsschwierigkeiten stehen einer Rückkehr nicht entgegen, vielmehr müssen Umstände vorliegen, die eine konkrete, ernste Gefahr für die Entwicklung des Kindes bedeuten würden.¹¹¹

3.3.4.3 Obsorgeregelung und Kontaktrecht

In seiner Judikatur zur Zuteilung der Obsorge an einen der beiden Elternteile nach einer Trennung bzw. zur Neuregelung der Obsorge auf Antrag eines Elternteils nimmt der OGH in aller Regel **keinen Bezug auf die KRK, das BVG Kinderrechte oder Art 8 EMRK**. Die einzige Frage, zu deren Lösung er sich immer wieder auf das Recht auf Achtung des

105 OGH 23.3.2021, 1 Ob 211/20s OGH 21.12.2017, 5 Ob 183/17y mwN; OGH 20.9.2013, 5 Ob 63/13w.

106 OGH 29.6.2022, 7 Ob 67/22m.

107 OGH 21.6.2016, 1 Ob 45/16y; OGH 26.2.2015, 8 Ob 13/15t.

108 OGH 28.6.2017, 9 Ob 27/17m.

109 OGH 8.11.2011, 3 Ob 155/11g.

110 OGH 28.6.2017, 9 Ob 27/17m.

111 OGH 8.11.2011, 3 Ob 155/11g.

Privat- und Familienlebens stützt, ist jene nach der Zuteilung der Obsorge nach dem Tod des alleine obsorgeberechtigten Elternteils. Hier muss oft entschieden werden, ob die Obsorge dem zweiten Elternteil zukommen soll oder anderen Verwandten, insb. einem Großelternpaar bzw. -teil. Auch hier muss das Kindeswohl ausschlaggebend sein. Nur in Fällen, in denen das Kindeswohl beim Elternteil und bei den Großeltern (oder einer/ einem Seitenverwandten) annähernd gleichermaßen gewährleistet ist, kann der Elternteil einen Vorrang beanspruchen.¹¹² Dieser Vorrang des Elternteils gegenüber Großeltern kann nach Ansicht des OGH schon mit einer verfassungskonformen Auslegung des § 178 Abs 1 ABGB (bzw. von § 145 Abs 1 ABGB idF BGBl 162/1989) unter dem Gesichtspunkt des Art 8 EMRK begründet werden.¹¹³

Nach ständiger Rechtsprechung ist das Recht des Kindes und jeden Elternteils auf regelmäßigen und seinen Bedürfnissen entsprechenden **persönlichen Kontakt** (§ 187 ABGB) ein unter dem Schutz des Art 8 EMRK stehendes **Grundrecht der Eltern-Kind-Beziehung**.¹¹⁴ Auf dieses Grundrecht auf persönlichen Verkehr können sich sowohl das Kind als auch der mit ihm nicht im gemeinsamen Haushalt lebende Elternteil berufen.¹¹⁵ Die Ausübung dieses Grundrechts dient nach ständiger Rechtsprechung des OGH der Entwicklung des minderjährigen Kindes und liegt daher auch in seinem Interesse.¹¹⁶

Oberster Grundsatz bei der **Kontaktrechtsregelung** ist das Kindeswohl, hinter das die Interessen der Eltern im Konfliktfall zurücktreten müssen.¹¹⁷ Daher steht den Eltern das Recht auf Kontakt nur insoweit zu, als seine Ausübung das Wohl des Kindes nicht gefährdet.¹¹⁸ Dabei ist eine Beschränkung des Kontaktrechts des nicht (hauptsächlich) betreuenden Elternteils nur in Ausnahmefällen zulässig, wenn konkrete Umstände vorliegen, die eine Gefährdung der psychischen oder physischen Integrität des Kindes befürchten lassen.¹¹⁹ Da es auf ein Verschulden des zum Kontakt berechtigten Elternteils nicht ankommt, kann eine Einschränkung des Kontakts auch bei unverschuldeten Konfliktfällen zulässig sein, wenn ansonsten das Kindeswohl massiv gefährdet wäre.¹²⁰ Spannungen zwischen den Eltern rechtfertigen eine Einschränkung des Kontaktrechts allerdings nur, wenn dadurch das Kindeswohl gefährdet wäre, wobei es nur auf die In-

112 OGH 24.6.1997, 1 Ob 2396/96a; OGH 15.12.1993, 7 Ob 629/93.

113 OGH 19.6.1997, 6 Ob 170/97m.

114 OGH 25.2.2021, 3 Ob 217/20p; OGH 23.9.2019, 9 Ob 42/19w; OGH 24.7.2019, 8 Ob 57/19v; OGH 26.11.2018, 8 Ob 139/18a; OGH 30.8.2017, Ob 136/17g; OGH 28.6.2016, 10 Ob 32/16b; OGH 18.4.2013, 5 Ob 21/13v; OGH 29.9.2009, 8 Ob 59/09y; OGH 30.3.2009, 7 Ob 46/09d; OGH 25.8.2005, 6 Ob 171/05y; OGH 7.9.1999, 10 Ob 190/99k; OGH 2.8.1997, 1 Ob 96/97t; OGH 29.8.1991, 8 Ob 596/91.

115 OGH 3.8.2006, 8 Ob 73/06b; OGH 25.8.2005, 6 Ob 171/05y mwN.

116 OGH 3.8.2006, 8 Ob 73/06b.

117 RS0048056; z. B. OGH 11.8.2020, 4 Ob 78/20d; OGH 23.9.2019, 9 Ob 42/19w.

118 RS0047754.

119 OGH 25.2.2021, 3 Ob 217/20p; OGH 23.9.2019, 9 Ob 42/19w.

120 OGH 30.5.2011, 2 Ob 19/11z.

tensität der Auswirkungen des Konflikts auf die Psyche des Kindes ankommt, nicht aber darauf, welcher Elternteil den Konflikt verursacht hat.¹²¹ Nicht über das gewöhnliche Maß hinausgehende, „normale“ Irritationen reichen nicht aus, um Kontakte zu untersagen.¹²²

Aus der Verpflichtung des obsorgeberechtigten Elternteils zur Wahrung und Förderung des Kindeswohls leitet der OGH eine Verpflichtung ab, das Kind „unter Vermeidung jeglicher negativer Beeinflussung bestmöglich auf die Besuche des nicht obsorgeberechtigten Elternteils vorzubereiten und die Kontakte mit ihm sodann unter Bedachtnahme auf das Kindeswohl zu verarbeiten“.¹²³

Im Allgemeinen umfasst dieses Grundrecht auf persönlichen Kontakt auch die nähere Ausgestaltung der Besuche bzw. Treffen.¹²⁴ Aus der ebenfalls durch Art 8 EMRK geschützten Familienautonomie ergibt sich, dass Eltern und Kind die Ausübung des Kontaktrechts grundsätzlich selbständig regeln können und sollen.¹²⁵ Doch sind auch hier jene Einschränkungen zulässig, die zur Wahrung des Kindeswohls geboten sind. Dies gilt etwa für die Anordnung einer **Besuchsbegleitung** nach § 111 AußStrG, die angeordnet werden kann, wenn ein unbegleiteter Kontakt mit dem Kindeswohl unvereinbar ist.¹²⁶ Unter Umständen kann das Kindeswohl aber auch gegen die Anordnung einer Besuchsbegleitung sprechen, etwa wenn der nicht sorgeberechtigte Elternteil diese nicht finanzieren kann oder keine geeigneten Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter zur Verfügung stehen und daher der grundsätzlich im Interesse des Kindes liegende Kontakt gänzlich unterbleiben würde. In solchen Umständen ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, die sich wiederum am Kindeswohl orientieren muss.¹²⁷ Nähere Bestimmungen über die Modalitäten der Ausübung des Kontaktrechts können unter Umständen gelindere Mittel darstellen, denen der Vorzug gegenüber einer gänzlichen Versagung des Kontaktrechts zu geben ist. In Betracht zu ziehen sind neben Besuchsmittlern und Besuchsmittlerinnen auch Treffen in Besuchscafés oder in einem Kinderschutzzentrum.¹²⁸

Mit dem KindNamRÄG 2013 wurde der Kreis der Personen erweitert, die einen Antrag auf gerichtliche Regelung der persönlichen Kontakte zu einem Kind stellen können. Gemäß **§ 188 Abs 2 erster Satz ABGB** kommt ein solches Antragsrecht nunmehr jeder Person zu, die „zu dem Kind in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist“. Die Einräumung eines Kontaktrechts setzt neben der Bereitschaft

121 OGH 24.5.2007, 2 Ob 26/07y; OGH 25.9.2001, 1 Ob 232/01a.

122 OGH 31.3.2009, 1 Ob 56/09f; OGH 1.4.2008, 5 Ob 59/08z.

123 OGH 1.9.2010, 6 Ob 148/10y; OGH 22.4.2009, 3 Ob 10/09f; OGH 25.8.2005, 6 Ob 171/05y; OGH 21.2.2002, 8 Ob 42/02p.

124 OGH 11.8.2020, 4 Ob 78/20d mwN; OGH 13.10.2011, 1 Ob 179/11x.

125 OGH 1.9.2010, 6 Ob 101/10m.

126 OGH 11.8.2020, 4 Ob 78/20d.

127 OGH 11.8.2020, 4 Ob 78/20d; OGH 22.12.2016, 6 Ob 200/16d.

128 OGH 13.2.2018, 5 Ob 219/17t mwN.

des oder der Dritten zu dessen Ausübung voraus, dass der **Kontakt dem Kindeswohl förderlich** ist. Die wesentliche Neuerung bestand darin, dass nach der alten Rechtslage die Versagung des Kontakts eine Gefährdung des Kindeswohls mit sich bringen musste. Diese Neuregelung diene insofern auch der Anpassung an die Anforderungen der Judikatur des EGMR, als damit bloß **leiblichen Vätern** die Möglichkeit einer Antragstellung eingeräumt wurde.¹²⁹ Der OGH erachtete diese Neuregelung – wie auch der VfGH¹³⁰ – als mit Art 8 EMRK vereinbar, weil sie eine Einzelfallabwägung erlaubt.¹³¹ Dem Urteil des EGMR im Fall *Anayo gg Deutschland* folgend nimmt der OGH das Bestehen einer Antragslegitimation schon dann an, wenn die **biologische Vaterschaft behauptet** wird.¹³² Nur so kann die von Art 8 EMRK geforderte gerichtliche Nachprüfung erfolgen, ob der bisher von der Mutter verweigerte Kontakt des leiblichen – jedoch nicht rechtlichen – Vaters dem Kindeswohl entspricht. Ob tatsächlich ein Kontaktrecht zu gewähren ist, hängt davon ab, ob dies dem Kindeswohl förderlich ist. Dass es nicht schadet, reicht noch nicht aus.¹³³

Der **Wille des Kindes** ist bei der Regelung des Kontaktrechts ein wichtiges, jedoch nicht allein maßgebliches Kriterium. Abgewichen werden kann von den Vorstellungen des Kindes insbesondere, wenn diese mit seinem objektiv verstandenen Wohl nicht zu vereinbaren sind. Dabei geht der OGH davon aus, dass den Wünschen des Kindes umso eher zu entsprechen sein wird, je älter es ist. Bei unmündigen Kindern könne es nicht maßgeblich auf deren Wünsche ankommen, weil ihnen die nötige Einsicht für eine Entscheidung fehle, ob und inwieweit eine Besuchsregelung ihrem Wohl und ihren Interessen förderlich ist.¹³⁴ Nach Vollendung des vierzehnten Lebensjahrs ergibt sich hingegen schon aus dem Wortlaut des § 108 AußStrG, dass die ausdrückliche, auch nach einer Belehrung beibehaltene Ablehnung persönlicher Kontakte die Abweisung des Antrags auf Regelung der persönlichen Kontakte ohne weitere Prüfung nach sich zieht.¹³⁵ Verfassungsrechtliche Bedenken bezüglich der Vereinbarkeit von § 108 AußStrG mit Art 8 EMRK teilte der OGH nicht. Er hielt vielmehr fest, dass es aus Sicht des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens problematisch wäre, Jugendliche zu Kontakten zum nicht obsorgeberechtigten Elternteil zu zwingen.¹³⁶

129 EGMR 21.12.2010, 20587/07, *Anayo gg Deutschland*; vgl. dazu *Nademleinsky*, Der persönliche Verkehr zwischen Kind und „Dritten“, ÖJZ 2006, 275; *Nademleinsky*, Die neue Kontaktregelung, in Gitschthaler (Hrsg), *Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013* (2013) 239 (246).

130 VfGH 13.12.2016, G 494/2015 = VfSlg 20.129/2016.

131 OGH 21.3.2018, 9 Ob 46/17f; OGH 28.1.2014, 10 Ob 53/13m (Kontaktrecht des volljährigen Bruders).

132 OGH 21.2.2018, 3 Ob 130/17i.

133 OGH 21.2.2018, 3 Ob 130/17i.

134 OGH 23.9.2019, 9 Ob 42/19w; OGH 29.9.2016, 5 Ob 94/16h.

135 OGH 30.8.2017, 1 Ob 136/17g.

136 OGH 20.12.2016, 4 Ob 225/16s.

3.3.4.4 Kindesentführung und Anträge auf Rückführung

Zum Umgang mit internationalen Kindesentführungen und zur Behandlung von Anträgen auf Rückführung besteht eine umfassende Judikatur des EGMR. Auf diese Rechtsprechung nimmt der OGH vereinzelt Bezug, wobei er die vom Straßburger Gerichtshof entwickelten Grundsätze zur Auslegung des HKÜ und der **Brüssel IIa-VO** im Lichte der Kinderrechte übernimmt.

Demnach sind die den Staaten unter Art 8 EMRK auferlegten Pflichten im Bereich der Kindesentführung im Lichte des HKÜ, der KRK sowie der einschlägigen Regelungen und Prinzipien des Völkerrechts auszulegen. Der Staat müsse ein faires Gleichgewicht zwischen den Interessen des Kindes, der Eltern und der öffentlichen Ordnung wahren, wobei das Kindeswohl an erster Stelle stehen müsse. Zu diesem Konzept gehörten sowohl Aspekte der Prävention als auch der unverzüglichen Rückführung. Eine solche könne aber nicht automatisch oder schematisch angeordnet werden, sondern erfordere eine detaillierte Prüfung der gesamten familiären Situation. In diesem Kontext verwies der OGH auch auf Art 24 Abs 3 GRC, wonach jedes Kind Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen hat, was gerade durch ein widerrechtliches Verbringen zwischen Kind und Antragsteller oder Antragstellerin verhindert werde.¹³⁷

3.3.4.5 Verfahrensrecht

Das Kindeswohl ist nicht nur der leitende Maßstab für das materielle Familienrecht, sondern auch auf verfahrensrechtlicher Ebene von Bedeutung. Die Interessen des Kindes sind in jedem Verfahren, an dem es beteiligt ist oder dessen Ausgang es betrifft, **bestmöglich zu wahren**.¹³⁸ Während sich der OGH, wie oben dargelegt (3.3.2.1.), bei der Auslegung verfahrensrechtlicher Bestimmungen wiederholt auf das BVG Kinderrechte gestützt hat, sind Bezüge zu Art 8 EMRK in solchen Angelegenheiten selten. Und auch in jenen Fällen, in denen grundrechtliche Argumente herangezogen werden, handelt es sich nicht um kinderrechtliche Spezifika.

Dies gilt etwa für die sich generell aus Art 6 und Art 8 EMRK ergebende Verpflichtung der Gerichte zur Wahrung einer **angemessenen Verfahrensdauer**. Aus § 13 Abs 2 AußStrG, der die bestmögliche Wahrung des Kindeswohls auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht stipuliert, leitet der OGH eine Pflicht zur zügigen Verfahrensführung in Obsorge- und Kontaktrechtssachen ab.¹³⁹ Auch im Kontext von Verfahren über die Rückführung von nach Österreich entführten Kindern betont der OGH in ständiger Rechtsprechung das in solchen Angelegenheiten geltende besondere Beschleunigungsgebot. Wenn das Gericht,

137 OGH 7.7.2017, 6 Ob 103/17s.

138 Siehe dazu allgemein *Deixler-Hübner*, Kindeswohl und Verfahrensrechte, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2010, 221.

139 OGH 27.5.2015, 6 Ob 86/15p; OGH 28.1.2011, 6 Ob 258/10z.

bei dem die Rückgabe eines Kindes beantragt wird, sich nicht mit der gebotenen Eile mit dem Antrag befasst, kann dies unter Umständen auch Art 6 und Art 8 EMRK verletzen. Dieses Beschleunigungsgebot gilt auch für das Vollstreckungsverfahren.¹⁴⁰

Aus dem Schutz der Persönlichkeitsrechte leitet der OGH das Gebot weitgehender Einschränkungen der **Akteneinsicht** im pflegschaftsgerichtlichen Verfahren und ein Verbot der Weitergabe von Aktenbestandteilen ab, die personenbezogene Daten des Kindes enthalten. Dieses Verbot richtet sich auch gegen die das Kind im Verfahren vertretenden Eltern, die dessen Geheimhaltungsinteresse nicht verletzen und die Daten nicht missbräuchlich – etwa durch Weitergabe an die Medien – verwenden dürfen. Das in § 141 AußStrG normierte Weitergabeverbot personenbezogener Daten bzw. von Aktenbestandteilen gegenüber Dritten sei daher so auszulegen, dass es nicht nur Einkommens- und Vermögensverhältnisse eines oder einer Pflegebefohlenen betrifft, sondern alle „sensibleren persönlichen Verhältnisse“.¹⁴¹

Zur Kompetenz der Gerichte, gemäß § 107 Abs 3 AußStrG im laufenden Verfahren konkrete Aufträge oder Verbote an die Eltern auszusprechen, um den Schutz des Kindeswohls zu gewährleisten, stellte der OGH fest, dass derartige Anordnungen keine Gefährdung des Kindeswohls voraussetzten, aber im Hinblick auf Art 8 EMRK zu dessen Sicherung erforderlich und geeignet – also verhältnismäßig – sein müssen. Hier muss somit das Kindeswohl gegen die ebenfalls durch Art 8 EMRK geschützten Rechte der Eltern, in die eine solche Maßnahme eingreift, abgewogen werden.¹⁴²

3.3.4.6 Abstammungsrecht

Grundrechtliche Bezüge weisen abstammungsrechtliche Entscheidungen insb. dann auf, wenn die rechtliche und (mutmaßliche) biologische Vaterschaft auseinanderfallen. In dieser Konstellation müssen das Recht des möglichen leiblichen Vaters auf Klärung der Vaterschaft, das Kindeswohl und die Rechte der Mutter sowie ggf. des rechtlichen Vaters gegeneinander abgewogen werden. Der OGH ging davon aus, dass das fehlende Antragsrecht des (mutmaßlichen) leiblichen Vaters auf Feststellung seiner Vaterschaft mit Art 8 EMRK vereinbar ist. Dabei schloss er sich der Rechtsansicht des VfGH an,¹⁴³ wonach ein faktisch bestehendes Familienband zwischen dem Kind, seiner Mutter und deren Ehemann ebenfalls Schutz genieße und es das Kindeswohl gebieten könne, zu verhindern, dass sich ein Mann, der sich für den leiblichen Vater des Kindes hält, in diese Familie hineindrängt.¹⁴⁴ Wie er in einer späteren Entscheidung unter Verweis auf die

140 OGH 2.2.2023, 6 Ob 13/23i; OGH 28.8.2013, 6 Ob 134/13v; OGH 8.5.2013, 6 Ob 86/13k; OGH 22.4.2013, 6 Ob 75/13t = iFamZ 2013,167 (*Fucik*).

141 OGH 24.9.2019, 4 Ob 144/19h.

142 OGH 8.1.2020, 4 Ob 201/19s; OGH 22.9.2016, 3 Ob 122/16m.

143 VfGH 28.6.2003, G 78/00.

144 OGH 29.6.2007, 1 Ob 98/07d (zum damaligen § 163b ABGB).

Judikatur des EGMR ausführte,¹⁴⁵ verpflichtete Art 8 EMRK die Staaten dazu, zu prüfen, ob es im Sinne des Kindeswohls geboten ist, dem biologischen Vater eine Beziehung zu seinem Kind zu erlauben, was die Feststellung der biologischen Vaterschaft im Kontaktrechtsverfahren einschließen könne. Dies umfasse aber nicht zwingend eine Verpflichtung, dem biologischen Vater zu erlauben, den Status des rechtlichen Vaters anzufechten oder eine eigene Klage zur Feststellung der biologischen Vaterschaft vorzusehen.¹⁴⁶

3.3.5 Zusammenfassung

In der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte spielen Kinderrechte ausschließlich in familienrechtlichen Angelegenheiten eine Rolle. Weder in sonstigen zivilrechtlichen Materien noch im Jugendstrafrecht wird auf das BVG Kinderrechte ausdrücklich Bezug genommen.

Im **Familienrecht** ist Wahrung und Verwirklichung des Kindeswohls ausdrücklich oberster Leitgedanke. Hier waren die Vorgaben des BVG Kinderrechte schon vor dessen Inkrafttreten einfachgesetzlich umgesetzt und in der Judikatur etabliert. Angesichts dieser einfachgesetzlichen Umsetzung erübrigt sich in aller Regel ein Rückgriff auf die verfassungsgesetzlichen Bestimmungen. Dennoch zieht der OGH immer wieder sowohl **Art 1 BVG Kinderrechte** als auch **Art 8 EMRK** in seiner Rolle als Transmissionsriemen der in der KRK enthaltenen Garantien heran. Dabei dienen die Verweise auf diese Kinderrechte zum einen dazu, an den VfGH herangetragene verfassungsrechtliche Bedenken zu begründen bzw. vom OGH vorgenommene verfassungskonforme Auslegungen zu untermauern. Von zentraler Bedeutung ist der in Art 1 BVG Kinderrechte normierte Grundsatz der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls vor allem in Konstellationen, in denen die gesetzlichen Bestimmungen zu starr sind und keine **Interessenabwägung** erlauben. Zum anderen werden mit dem Bezug auf die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Kinderrechte die dem Familienrecht zugrundeliegenden Absichten des Gesetzgebers unterstrichen, das Wohl und die Rechte von Kindern zu schützen und ihnen – nicht zuletzt gegenüber den Interessen anderer Familienmitglieder – Vorrang einzuräumen.

3.4 Analyse der Rechtsprechung des EGMR (Czech)

3.4.1 Einleitung

Als die Europäische Menschenrechtskonvention (**EMRK**) Ende der 1940er Jahre ausgearbeitet wurde, hatten **Kinderrechte noch keinen Niederschlag** in verbindlichen internationalen Konventionen gefunden. Dementsprechend enthalten weder die EMRK noch ihre Protokolle Bestimmungen, die sich ausdrücklich auf die Rechte von Kindern

145 Vgl. EGMR 22.3.2012, 23338/09, *Kautzor gg Deutschland* = NLMR 2012, 88; EGMR 22.3.2012, 45071/09, *Ahrens gg Deutschland* = NLMR 2012, 88.

146 OGH 24.3.2015, 8 Ob 32/15m; OGH 27.11.2014, 9 Ob 73/14x.

beziehen. Lediglich Art 6 Abs 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) enthält einen Verweis auf die Interessen von Jugendlichen, die einen Ausschluss der Öffentlichkeit rechtfertigen können, und Art 5 Abs 1 lit d EMRK (Recht auf persönliche Freiheit) erlaubt die Freiheitsentziehung bei Minderjährigen „zum Zweck überwachter Erziehung“.¹⁴⁷ Dieser Grundhaltung, die Kinder noch nicht als Träger eigener Rechte anerkannte, entspricht auch das in Art 2 1. ZPEMRK verankerte Recht auf Bildung, das primär auf das Recht der Eltern abstellt, „die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen“, und weniger als Recht der Kinder konzipiert war.

Diese Ausklammerung von Kinderrechten im Text der Konvention und ihrer Zusatzprotokolle (ZP) hat den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) allerdings nicht daran gehindert, sich in seiner Judikatur mit den Interessen und Rechten von Kindern zu befassen. So entstand seit Beginn der 1990er Jahre eine umfassende Rsp, die sich auf familienrechtliche Konstellationen ebenso bezieht wie auf Strafverfahren gegen Jugendliche, Angelegenheiten der Einwanderung und des internationalen Schutzes oder die staatlichen Verpflichtungen, Vorkehrungen zum Schutz der psychischen und physischen Integrität von Kindern zu treffen. Als konventionsrechtlicher Anknüpfungspunkt dient dabei in erster Linie das durch Art 8 EMRK geschützte **Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens**. Daneben spielen die Rechte und Interessen von Kindern aber auch bei der Auslegung und Anwendung anderer Bestimmungen der Konvention und ihrer Protokolle eine Rolle, wobei sich vor allem in der Judikatur zu Art 3 EMRK immer wieder Bezüge zu den Kinderrechten finden.

Die Entwicklung der auf Kinder bezogenen Judikatur des EGMR folgt einem Trend, der im Wesentlichen der Konjunktur der internationalen Anerkennung und des Schutzes der Kinderrechte entspricht. In den ersten Jahrzehnten nach Aufnahme der Tätigkeit des EGMR und der Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKMR) herrschte ein weitgehend paternalistisches Verständnis, das Kinder allenfalls als „Anhängsel“ ihrer Eltern betrachtete und ihnen eigene Interessen absprach. Auch und gerade Art 8 EMRK war bei seiner Entstehung konzeptionell nicht auf die Rechte von Kindern zugeschnitten.¹⁴⁸ Dies entsprach insofern dem allgemeinen Zugang zu den Kinderrechten in den 1950er Jahren, als sich deren Anerkennung auf internationaler Ebene noch auf unverbindliche Erklärungen beschränkte und auch diese noch von einem paternalistischen Verständnis von Kindern als schutzbedürftigen „Objekten“ der Fürsorge geprägt waren. Die EMRK war insgesamt als Antwort auf die Erfahrungen mit dem nationalsozialistischen und

147 Zudem findet sich in Art 5 7. ZPEMRK im Kontext des Rechts von Ehegatten und Ehegattinnen auf Gleichberechtigung während der Ehe der Hinweis auf die Möglichkeit des Staates, „die im Interesse der Kinder notwendigen Maßnahmen zu treffen“. Diese Bestimmung hat jedoch in der Rsp keine Bedeutung entfaltet.

148 *Fenton Glynn, Children and the European Court of Human Rights (2021) 2 f.*

dem stalinistischen Unrechtsregime gedacht. Dementsprechend sollten ihre Garantien vor allem staatliche Eingriffe in geschützte Bereiche abwehren. Auch Art 8 EMRK war in erster Linie auf den Schutz der Familie vor staatlichen Eingriffen ausgerichtet und überließ Kinder weitestgehend der elterlichen Gewalt. Diese Grundhaltung konnte nur allmählich überwunden werden. Zunächst erfolgte in der Rechtssache *Marckx gg Belgien* eine Anerkennung von Kindern als Träger eigener, durch Art 8 EMRK geschützter Rechte und zudem einer positiven Verpflichtung des Gesetzgebers, einen angemessenen Rahmen für die Anerkennung eines Eltern-Kind-Verhältnisses auch außerhalb der Ehe zu schaffen.¹⁴⁹

In *Johnston u. a. gg Irland* wurden diese Grundsätze bekräftigt.¹⁵⁰ Ab den 1990er Jahren machte sich der **Einfluss der UN-Kinderrechtskonvention (KRK)**¹⁵¹ bemerkbar. Etwa ab Mitte der 2000er Jahre gewann diese Rsp an Dynamik, wobei sie zunehmend von der Überzeugung getragen war, dass Kinder als Träger eigener Rechte und Interessen anzuerkennen sind, die nicht zwingend mit jenen ihrer Eltern übereinstimmen und mit diesen auch in Konflikt geraten können.¹⁵² Diese Weiterentwicklung der Judikatur ist Ausdruck der vom EGMR auch in vielen anderen Bereichen angewendeten Doktrin der dynamischen oder evolutiven Auslegung. Demnach sind die Garantien der EMRK im Licht der aktuellen gesellschaftlichen Entwicklungen auszulegen, da nur so sichergestellt werden kann, dass die Rechte und Freiheiten „praktisch und effektiv“ wirken. Eine weitere für den umfassenden Schutz von Kinderrechten durch Art 8 EMRK wesentliche Entwicklung bestand in der Herausbildung der dogmatischen Figur der „positiven Verpflichtungen“, aus denen insb. eine staatlichen Verpflichtung abgeleitet wurde, die Grundrechte auch vor Eingriffen durch Dritte zu schützen.¹⁵³ Dieser Grundgedanke war eine Voraussetzung für die Anerkennung staatlicher Pflichten, Kinder vor Verletzungen durch ihre eigenen Eltern zu schützen, bzw. der entsprechenden Rechte der Kinder selbst.

Heute bezieht sich der EGMR regelmäßig auf die KRK, wenn die Interessen von Minderjährigen betroffen sind. Der Gerichtshof begründet diese Bezugnahme mit dem Gebot, die Konvention „soweit wie möglich in Harmonie mit anderen Grundsätzen des Völkerrechts auszulegen“, das er nicht zuletzt aus Art 31 Abs 3 lit c WVK ableitet, wonach bei der Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrags „jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbarer einschlägiger Völkerrechtssatz“ zu berücksichtigen

149 EGMR 13.6.1979, 6833/74, *Marckx gg Belgien*, EuGRZ 1979, 454.

150 EGMR 18.12.1986, 9697/82, *Johnston u. a. gg Irland*, EuGRZ 1987, 313.

151 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, BGBl 7/1993.

152 Zur Entwicklung der Judikatur des EGMR unter dem Einfluss der KRK siehe *Bracken/O'Mahoney*, *The Child's Right to Family Life. Shifting Sands and Social Science*, in Czech/Heschl/Lukas/Nowak/Oberleitner (Hrsg), *European Yearbook on Human Rights* 2020, 79.

153 Vgl. *Kilkelly*, *Protecting children's rights under the ECHR: the role of positive obligations*, *Northern Ireland Legal Quarterly* 2010, 245 (248 ff).

ist.¹⁵⁴ Die genauen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, die aus den Konventionsrechten erwachsen, sind daher im Licht der jeweils thematisch relevanten internationalen Verträge auszulegen.¹⁵⁵ Da alle Mitgliedstaaten der EMRK auch die KRK ratifiziert haben, liegt es nahe, sie bei der Auslegung der EMRK heranzuziehen, wann immer es um die Rechte und Interessen von Kindern geht.

Die Bezugnahme auf die KRK in den Urteilen und Zulässigkeitsentscheidungen des EGMR erfolgt mit unterschiedlicher Intensität. Während mittlerweile in Rechtssachen, in denen die Rechte von Kindern zumindest mittelbar betroffen sind, die einschlägigen Bestimmungen der KRK regelmäßig in der Rubrik „Relevant International Law“ angeführt werden, ist nicht immer eine inhaltliche Auseinandersetzung mit diesen Artikeln der KRK zu erkennen. Während der EGMR in einzelnen Fällen eingehend begründet, welche Implikationen sich im konkreten Fall aus der KRK für die Auslegung der EMRK ergeben, beschränkt er sich in anderen Fällen auf eine bloße Nennung der einschlägigen Bestimmung oder auf einen Verweis auf seine eigene Vorjudikatur.¹⁵⁶ Zum Teil wird in den Rechtsausführungen auch gar kein Bezug mehr auf die KRK genommen, in einigen Urteilen erfolgt eine Auseinandersetzung nur in einem Sondervotum. Gelegentlich begnügt sich der EGMR auch damit, die von einem innerstaatlichen Gericht vorgenommene Befassung mit der KRK zur Kenntnis zu nehmen. Die folgende **Analyse** stützt sich in erster Linie auf jene **Urteile**, in denen der Gerichtshof in seinen Rechtsausführungen tatsächlich **Bestimmungen der KRK heranzieht**, um seine Ansichten inhaltlich zu untermauern. Denn es sind vor allem diese Urteile, aus denen sich ableiten lässt, welchen Einfluss die Kinderrechte auf die Auslegung der EMRK haben und welche Vorgaben sich aus den herangezogenen Bestimmungen der KRK für die innerstaatliche Umsetzung ableiten lassen. Soweit sich auch aus Sondervoten, Verweisen auf die Vorjudikatur oder aus einer Auseinandersetzung mit sich auf die KRK stützenden innerstaatlichen Entscheidungen ein Einfluss der KRK auf die Auslegung der EMRK ableiten lässt, werden auch diese Urteile berücksichtigt.

Die Interessen von Kindern spielen in zahlreichen an den EGMR herangetragenen Angelegenheiten eine Rolle. Allerdings darf nicht außer Acht gelassen werden, dass seine Aufgabe nicht darin besteht, über mögliche Verletzungen der KRK zu entscheiden. Diese ist vielmehr nur indirekt relevant, indem sie die Auslegung unterschiedlicher Bestimmungen der EMRK beeinflusst. Auch betreffen die an den EGMR herangetragenen Beschwerden nicht immer direkt eine mögliche Verletzung der Rechte von Kindern. In vielen Fällen spielen sie nur mittelbar eine Rolle, etwa weil die Rechte und Interessen

154 EGMR 2.3.2010, 61498/08, *Al-Saadoon und Mufdhi gg das Vereinigte Königreich*, Abs 126; EGMR (GK) 6.7.2010, 41615/07, *Neulinger und Shuruk gg die Schweiz*, Abs 131 f.

155 EGMR (GK) 12.11.2008, 34503/97, *Demir und Baykara gg die Türkei*, Abs 69.

156 Vgl. EGMR 22.6.2004, 78028/01 und 78030/01, *Pini u. a. gg Rumänien*, Abs 139 sowie EGMR 13.12.2007, 39051/03, *Emonet u. a. gg die Schweiz*, Abs 65, wonach die aus Art 8 EMRK erwachsenden Verpflichtungen des belangten Staats (hier in Bezug auf eine Adoption) im Lichte der KRK ausgelegt werden müssen.

von Kindern Eingriffe in die Rechte Dritter – insb. ihrer Eltern – rechtfertigen können. Dies gilt vor allem für familienrechtliche Auseinandersetzungen. Dass Beschwerden kaum von Kindern alleine erhoben werden, sondern in aller Regel von ihren Eltern bzw. einem Elternteil (auch) im Namen des Kindes, trägt ebenfalls dazu bei, dass die Kinderrechte häufig nicht unmittelbar im Fokus der Entscheidung stehen.¹⁵⁷ Eine kinderzentrierte Sichtweise ist daher nach wie vor eher die Ausnahme.

Eine eingehende Analyse der Judikatur des EGMR im Rahmen dieser Studie ist insb. durch die Bedeutung geboten, die dieser Rsp für die **Auslegung der EMRK und des BVG Kinderrechte** zukommt. Im Gegensatz zu den Entscheidungen, Empfehlungen und Berichten des Kinderrechtsausschusses der Vereinten Nationen kommt den Urteilen des Straßburger Gerichtshofs rechtliche Bindungswirkung zu, die über den Einzelfall hinausgeht. Dies äußert sich nicht zuletzt darin, dass sich die österreichischen Höchstgerichte weitestgehend an der Judikatur des EGMR orientieren und dessen Auslegung der einzelnen Bestimmungen der EMRK übernehmen. Dadurch entfaltet die Rsp des EGMR eine sehr starke Wirkung nicht nur für die Auslegung und Anwendung der EMRK, sondern auch des BVG Kinderrechte und des einfachgesetzlichen Rechts.

3.4.2 Familienrechtliche Angelegenheiten

Der EGMR behandelt laufend Beschwerden, mit denen Verletzungen des Rechts auf Achtung des Familienlebens durch familienrechtliche Entscheidungen behauptet werden. Da in diesem Bereich so gut wie immer das Kindeswohl betroffen ist, bezieht sich der EGMR regelmäßig auf die Interessen der von den innerstaatlichen Entscheidungen betroffenen Kinder. Im Mittelpunkt seiner Ausführungen steht dabei zumeist die Frage, ob die nationalen Gerichte dem Kindeswohl ausreichendes Gewicht beigemessen haben. Da eine umfassende Darstellung dieser Judikatur hier nicht erforderlich ist, beschränkt sich die folgende Analyse auf jene Urteile und Entscheidungen, die sich nicht bloß auf das Kindeswohl („best interests of the child“) beziehen, sondern – mehr oder weniger explizit – auf die KRK und die darin verbürgten Rechte eingehen.

157 An die Fähigkeit, im Individualbeschwerdeverfahren vor dem EGMR als Partei aufzutreten, legt der Gerichtshof keinen strengen Maßstab an. Insbesondere akzeptiert er von einem Kind selbst erhobene Beschwerden, mit denen dieses versucht, seine eigenen Interessen durchzusetzen, die nicht mit jenen seiner Eltern bzw. gesetzlichen Vertretung übereinstimmen. Die Aktivlegitimation Minderjähriger wurde auch in Fällen angenommen, in denen sich die Beschwerde gerade gegen die fehlende Bestellung einer Vertretung richtet. In solchen Konstellationen reicht es aus, wenn die Vollmacht für die vor dem EGMR auftretenden Anwältinnen und Anwälte vom minderjährigen Bf selbst unterzeichnet wird (vgl. EGMR 21.7.2022, 5797/17, *Darboe und Camara gg Italien*, Abs 101 f; EGMR 5.4.2011, 8687/08, *Rahimi gg Griechenland*). Wird eine Beschwerde, die sich auf eine Auseinandersetzung zwischen den Elternteilen bezieht, – wie dies bei Streitigkeiten über Obsorge, Kontakt oder auch nach internationalen Kindesentführungen regelmäßig der Fall ist – von einem Elternteil erhoben, akzeptiert der EGMR in aller Regel die Befugnis des Elternteils, die Beschwerde auch im Namen des Kindes einzubringen. Dies gilt selbst dann, wenn diesem nach innerstaatlichem Recht nicht die Obsorge zukommt (z. B. EGMR 23.11.2021, 12937/20, *S.N. und M.B.N gg die Schweiz*, Abs 66; EGMR 7.3.2013, 10131/11, *Raw u. a. gg Frankreich*, Abs 51).

3.4.2.1 Kontaktrecht und Obsorge

Zu jenen familienrechtlichen Angelegenheiten, die den EGMR am häufigsten beschäftigen, zählen Auseinandersetzungen zwischen getrennt lebenden Eltern um die Obsorge und das Kontaktrecht zu gemeinsamen Kindern. In derartigen Konstellationen muss der Staat einen **fairen Ausgleich** zwischen den widerstreitenden Interessen der beteiligten Personen treffen, was einen entsprechenden gesetzlichen Rahmen und dessen dem Einzelfall gerecht werdende Anwendung durch die Familiengerichte verlangt. Bei der erforderlichen **Interessenabwägung** ist nach stRsp den **Interessen der betroffenen Kinder vorrangige Bedeutung** beizumessen und diese können jenen der Eltern vorgehen.¹⁵⁸ In dieser Rechtsprechungslinie bezieht sich der EGMR nur vereinzelt auf die KRK bzw. beschränkt er sich regelmäßig auf einen eher formalen Verweis in der Rubrik „International Law“.¹⁵⁹ Erst in jüngerer Zeit sind häufigere Bezüge auf die KRK in den Urteilen zu Kontaktrecht und Obsorge zu beobachten, auch wenn der EGMR weiterhin meist auf solche Verweise verzichtet. Gelegentlich untermauert der GH seinen Grundsatz, wonach das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen ist, mit einem Verweis auf einen entsprechenden internationalen Konsens, den er – wie aus den angeführten Urteilen Neulinger und Shuruk gg die Schweiz, Strand Lobben gg Norwegen bzw. X. gg Lettland hervorgeht – aus Art 3 KRK ableitet.¹⁶⁰

In einzelnen Urteilen verweist er auch direkt auf die KRK, um zu untermauern, dass die nationalen Gerichte bei der in familienrechtlichen Auseinandersetzungen über Obsorge und Kontakt erforderlichen schwierigen Abwägung den Interessen der betroffenen Kinder vorrangige Bedeutung beimessen müssen.¹⁶¹

158 EGMR 21.7.2022, 2303/19, *Katsikeros gg Griechenland*, Abs 55; EGMR 6.7.2021, 11536/19, *Chizov gg Russland*, Abs 53; EGMR 25.2.2020, 68868/14, *Y.I. gg Russland*, Abs 76; EGMR 2.2.2016, 71776/12, *N.T.S. u. a. gg Georgien*, Abs 71; EGMR 16.7.2015, 39438/13, *Nazarenko gg Russland*, Abs 63; EGMR 15.9.2011, 17080/07, *Schneider gg Deutschland*, Abs 93 = EuGRZ 2011, 565; EGMR 21.12.2010, 20578/07, *Anayo gg Deutschland*, Abs 65; EGMR 25.1.2007, 21949/03, *Eski gg Österreich*, Abs 35; EGMR 9.5.2006, 18249/02, *C. gg Finnland*, Abs 54; EGMR (GK) 26.2.2004, 74969/01, *Görgülü gg Deutschland*, Abs 43; EGMR (GK) 13.7.2000, 25735/94, *Elsholz gg Deutschland*, Abs 50; EGMR (GK) 8.7.2003, 31871/96, *Sommerfeld gg Deutschland*, Abs 64; EGMR (GK) 8.7.2003, 31871/96, *Sahin gg Deutschland*, Abs 62.

159 So verwies die Große Kammer in *Sommerfeld* (Abs 62) und *Sahin* (Abs 62) auf Art 3 KRK, ohne jedoch näher darauf einzugehen oder darzulegen, welche Implikationen sich daraus für die Auslegung von Art 8 EMRK ergeben.

160 So z.B. EGMR 30.11.2021, 25450/20, *T.A. u. a. gg Republik Moldau*, Abs 49; EGMR 6.7.2021, 47220/19, *A.M. u. a. gg Russland*, Abs 56; EGMR 18.2.2020, 3891/19, *Cînta gg Rumänien*, Abs 40; EGMR 29.10.2019, 23641/17, *Pisică gg Republik Moldau*, Abs 65; EGMR 8.10.2019, 58724/14, *Zelikha Magomadova gg Russland*, Abs 98; EGMR 9.4.2019, 72931/10, *V.D. u. a. gg Russland*, Abs 114; EGMR 22.5.2018, 27025/17, *Monika Antkowiak und Patryk Antkowiak gg Polen* (ZE) Abs 66; EGMR 1.2.2018, 51312/16, *M.K. gg Griechenland*, Abs 73; EGMR 11.7.2017, 2091/13, *M.S. gg die Ukraine*, Abs 75; EGMR 10.1.2017, 32407/13, *Kacper Nowakowski gg Polen*, Abs 75; EGMR 10.2.2015, 77818/12, *Penchevi gg Bulgarien*, Abs 56; EGMR 29.4.2014, 60092/12, *Z.J. gg Litauen*, Abs 103.

161 EGMR 23.10.2014, 61362/12, *V.P. gg Russland*, Abs 134.

In einigen Fällen zog er diese oder andere Bestimmungen der KRK auch heran, um die Bedeutung spezifischer Interessen von Kindern zu unterstreichen. So betonte der EGMR in seinen Urteilen *Kacper Nowakowski gg Polen* und *Nechay gg Russland* die Bedeutung des Interesses von Kindern, nach einer Trennung der Eltern ihre **Bindungen zu beiden Elternteilen** zu bewahren und weiterzuentwickeln. Abgesehen von sich aus Überlegungen hinsichtlich des Kindeswohls ergebenden Einschränkungen sollten die persönlichen Beziehungen zu beiden Elternteilen soweit wie möglich gleichwertig fortbestehen. Dieser Gedanke liege auch **Art 9 Abs 3 KRK** zugrunde.¹⁶²

In *A.V. gg Slowenien* stellte der EGMR eine Verletzung von Art 8 EMRK durch den Widerruf des Kontaktrechts des Bf zu seinen bei der Mutter lebenden Drillingen fest, weil keine ausreichenden Bemühungen um eine Schlichtung des innerfamiliären Konflikts und eine Ermöglichung von Besuchen unternommen worden waren. Dabei verwies der GH zur Untermauerung seiner Ansicht, wonach aus Art 8 EMRK eine unter dem Vorbehalt der Wahrung des Kindeswohls stehende positive Verpflichtung zur Ergreifung von Maßnahmen im Hinblick auf eine Versöhnung der widerstreitenden Interessen und eine Überwindung des Widerstands der Kinder gegen einen Kontakt zum Vater erwächst, auf den **General Comment Nr. 14**.¹⁶³ In diesem Kontext hielt er auch fest, dass die Wünsche der Kinder nicht automatisch den Rechten und Interessen des Vaters vorgehen könnten und das Kindeswohl idR für eine Aufrechterhaltung des Kontakts sprechen würde, solange keine Gefährdung von Gesundheit und Entwicklung zu befürchten sei.¹⁶⁴

Auf General Comment Nr. 14 stützte sich der EGMR auch in *Vujica gg Kroatien*, wo er ausführte, dass das Kindeswohl idR gegen eine Trennung von Geschwistern spricht. Allerdings dürfen die innerstaatlichen Gerichte nicht davon ausgehen, dass das Interesse der Kinder, mit ihren Geschwistern in einem Haushalt zu leben, allen anderen Überlegungen hinsichtlich des Kindeswohls vorgeht.¹⁶⁵ So kann es durchaus Situationen geben, in denen die individuellen Interessen der Kinder dagegen sprechen, einem Elternteil die Obsorge für alle Geschwister zu übertragen. Allerdings kann eine Trennung von Geschwistern nur durch schwerwiegende – sich insb. aus dem Kindeswohl ergebende – Gründe gerechtfertigt werden.¹⁶⁶

162 EGMR 25.5.2021, 40639/17, *Nechay gg Russland*, Abs 58; EGMR 10.1.2017, 32407/13, *Kacper Nowakowski gg Polen*, Abs 81.

163 EGMR 9.4.2019, 878/13, *A.V. gg Slowenien*, Abs 49, 74. Committee on the Rights of the Children, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29.5.2013, CRC/C/GC/14.

164 EGMR 9.4.2019, 878/13, *A.V. gg Slowenien*, Abs 72. Zur Relevanz der Wünsche der Kinder siehe unten 3.4.2.6.

165 EGMR 8.10.2015, 56163/12, *Vujica gg Kroatien*, Abs 100 f.

166 EGMR *A.I. gg Italien*, Abs 101; EGMR *Y.I. gg Russland*, Abs 94 f.

3.4.2.2 Internationale Kindesentführung

Der EGMR ist regelmäßig mit Beschwerden konfrontiert, die sich auf die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung beziehen. Sie richten sich entweder gegen die Anordnung der Rückgabe des Kindes oder gegen das Unterbleiben einer solchen Entscheidung bzw. deren unzureichende Vollstreckung. Dementsprechend werden sie entweder von jenem Elternteil erhoben, dem das Kind entzogen wurde, oder von jenem, der das Kind ins Ausland verbracht hat und sich einer Rückkehr widersetzt. Der EGMR muss in beiden Fällen das Recht auf Achtung des Familienlebens nicht nur im Lichte der KRK auslegen, sondern dabei auch Rücksicht auf das Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (**Haager Kindesentführungsübereinkommen – HKÜ**)¹⁶⁷ und die **Brüssel IIa-VO**¹⁶⁸ nehmen. Das primäre Ziel dieser Instrumente besteht darin, jenen Zustand möglichst schnell wiederherzustellen, der vor der widerrechtlichen Verbringung des Kindes in ein anderes Land durch den nicht (alleine) sorgeberechtigten Elternteil bestanden hat. Dazu werden die nationalen Gerichte des Staats, in den das Kind gebracht wurde, verpflichtet, grundsätzlich umgehend die Rückkehr in den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts anzuordnen. Dieser Grundsatz beruht auf dem Gedanken, dass eine möglichst rasche Wiederherstellung des Status quo ante in aller Regel dem Kindeswohl entspricht. Allerdings gibt es Ausnahmen, die sich wiederum auf das Kindeswohl beziehen. So ist von der Anordnung der Rückkehr vor allem dann abzusehen, wenn diese „mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt“ (Art 13 Abs 1 lit b HKÜ). Außerdem ist bei entsprechendem Alter und angemessener Reife des Kindes dessen Widerspruch zu berücksichtigen (Art 13 Abs 2 HKÜ).

In seinen ersten Urteilen zu den positiven Verpflichtungen der Mitgliedstaaten nach einer internationalen Kindesentführung übte sich der EGMR noch in gerichtlicher Zurückhaltung. Zunächst beschränkte er sich auf den Hinweis, dass die aus Art 8 EMRK erwachsenden Verpflichtungen eines Mitgliedstaats, Eltern und ihre Kinder wieder zu vereinen, im Lichte der Anforderungen des HKÜ und der KRK ausgelegt werden müssten.¹⁶⁹ Dieses

167 BGBl 512/1988 idF BGBl III 116/2021.

168 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung, ABl 2003 L 338, 1. Diese VO wurde mit 1.8.2022 ersetzt durch die Verordnung (EU) 2019/1111 des Rates vom 25. Juni 2019 über die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und über internationale Kindesentführungen (Brüssel IIb), ABl 2019 L 178, 1. Vgl. dazu *Garber/Lugani*, Die neue Brüssel IIb-VO, Zak 2022, 204.

169 EGMR 26.6.2003, 48206/99, *Maire gg Portugal*, Abs 72: „As regards the obligations that Article 8 imposes on the Contracting States with respect to reuniting parents with their children, they must be interpreted in the light of the requirements of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 25 October 1980 [...] and with those of the Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989.“

Bekanntnis zu einer Auslegung von Art 8 EMRK im Lichte von HKÜ und KRK findet sich seither regelmäßig in Urteilen zu Fällen internationaler Kindesentführung.¹⁷⁰

Einen erkennbaren Einfluss auf seine Begründung hatte dieser Verweis zunächst nicht. Eine erste inhaltliche Auseinandersetzung mit dem HKÜ erfolgte im Urteil *Maumousseau und Washington gg Frankreich*.¹⁷¹ Demnach wäre seit Inkrafttreten der KRK das Kindeswohl („the best interests of the child“) in Angelegenheiten des Schutzes von Kindern eine vorrangige („paramount“) Überlegung. Der EGMR anerkannte, dass dieser Grundsatz auch dem HKÜ zugrunde lag, und erachtete die von den innerstaatlichen Gerichten vorgenommene Prüfung, ob einer der Gründe des Art 13 HKÜ gegen eine Rückgabe des Kindes sprach, als ausreichende Kindeswohlprüfung. Eine eingehendere Untersuchung aller Aspekte der Interessen des betroffenen Kindes würde den Zweck des HKÜ untergraben, der darin besteht, internationalen Kindesentführungen vorzubeugen und durch eine möglichst rasche Rückkehr der Schaffung vollendeter Tatsachen durch einen sich rechtswidrig verhaltenden Elternteil zuvorzukommen.¹⁷² Damit bestätigte der EGMR, dass Zweck und Ausgestaltung des HKÜ grundsätzlich den Interessen des Kindes entsprechen und die korrekte Anwendung seiner Bestimmungen durch die nationalen Behörden und Gerichte idR keine Verletzung von Art 8 EMRK nach sich zieht. Die dem HKÜ zugrunde liegenden Gedanken der Prävention und der sofortigen Rückkehr entsprechen demnach einem spezifischen Konzept des Kindeswohls.¹⁷³ Die Mitgliedstaaten sind demnach grundsätzlich nicht verpflichtet, eine eingehende Prüfung dahingehend vorzunehmen, ob abgesehen von den in Art 13 HKÜ normierten Hindernissen noch andere auf das Kindeswohl gezogene Gründe gegen die Rückkehr des Kindes sprechen.¹⁷⁴

170 EGMR 23.11.2021, 12937/20, *S.N. und M.B.N. gg die Schweiz*, Abs 98; EGMR 15.6.2021, 17665/17, *Y.S. und O.S. gg Russland*, Abs 77; EGMR 30.3.2021, 36048/17, *Thompson gg Russland*, Abs 47; EGMR 1.12.2020, 61984/17, *Makhmudova gg Russland*, Abs 66; EGMR 18.6.2019, 15122/17, *Vladimir Ushakov gg Russland*, Abs 77; EGMR 21.9.2017, 53661/15, *Severe gg Österreich*, Abs 99; EGMR 21.7.2015, 2361/3, *G.S. gg Georgien*, Abs 42; EGMR 21.7.2015, 383/13, *Frisancho Perea gg die Slowakei*, Abs 61; EGMR 21.7.2015, 63777/09, *R.S. gg Polen*, Abs 60; EGMR 28.4.2015, 1714/10, *Ferrari gg Rumänien*, Abs 45; EGMR 15.1.2015, 4097/13, *M.A. gg Österreich*, Abs 108; EGMR 3.6.2014, 10280/12, *López Guió gg die Slowakei*, Abs 92; EGMR (GK) 26.11.2013, 27853/09, *X. gg Lettland*, Abs 93; EGMR 7.3.2013, 10131/11, *Raw u. a. gg Frankreich*, Abs 82; EGMR 12.7.2011, 14737/09, *Šneerson und Campanella gg Italien*, Abs 85; EGMR 26.10.2010, 25437/08, *Raban gg Rumänien*, Abs 28; EGMR 6.11.2008, 49492/06, *Carlson gg die Schweiz*, Abs 69; EGMR 30.9.2008, 68183/01, *Koons gg Italien*, Abs 46; EGMR 24.10.2006, 23547/06, *Gettliffe und Grant gg Frankreich (ZE)*; EGMR 22.6.2006, 7548/04, *Bianchi gg die Schweiz*, Abs 82.

171 EGMR 6.12.2007, 39388/05, *Maumousseau und Washington gg Frankreich*.

172 EGMR, *Maumousseau und Washington*, Abs 69–75.

173 EGMR (GK) 26.11.2013, 27853/09, *X. gg Lettland*, Abs 95; EGMR 15.1.2015, 4097/13, *M.A. gg Österreich*, Abs 115.

174 Eine Ausnahme bildet die Rechtssache *Neulinger und Shuruk gg die Schweiz*. Hier stellte die GK eine Verletzung von Art 8 EMRK fest, weil die schweizerischen Gerichte keine vollumfängliche Kindeswohlprüfung vorgenommen hatten. Diese Rechtsprechungslinie wurde jedoch vom EGMR mit dem Urteil *X. gg Lettland* stillschweigend aufgegeben.

Umgekehrt können insb. Verstöße gegen das aus dem HKÜ erwachsende **Gebot der raschen Entscheidung** über die Rückgabe eines Kindes und deren effektive Vollstreckung eine Verletzung von Art 8 EMRK begründen.¹⁷⁵ Der EGMR hat in zahlreichen Urteilen aufgrund von Beschwerden jenes Elternteils, dem das Kind rechtswidrig entzogen wurde, eine Verletzung festgestellt, weil die Behörden und Gerichte des Staats, in den das Kind verbracht wurde, nicht ausreichend rasch entschieden haben. Die Verletzung des Rechts auf Achtung des Familienlebens resultiert hier vor allem aus den möglicherweise irreparablen Konsequenzen. So stellte der EGMR im Fall M. A. gg Österreich eine Verletzung von Art 8 EMRK fest, weil es die österreichischen Gerichte verabsäumt hatten, mit der gebotenen Raschheit eine Entscheidung über die Rückgabe des von der Mutter nach Österreich entführten Kindes nach Italien zu vollstrecken.¹⁷⁶

3.4.2.3 Entziehung der Obsorge, Fremdunterbringung und Freigabe zur Adoption

Neben den oben genannten Fallkonstellationen, die durch einen von den Gerichten zu schlichtenden Konflikt zwischen den Eltern geprägt sind, ist der EGMR auch regelmäßig mit obrigkeitlichen Eingriffen in das Familienleben konfrontiert, die von den Behörden zum Schutz des Kindeswohls vor einer Beeinträchtigung durch die Eltern ergriffen werden. Derartige Maßnahmen umfassen ein breites Spektrum, wobei sich die Rsp des EGMR vor allem auf Entziehungen der Obsorge und Unterbringungen bei Pflegefamilien, die häufig mit einer Beschränkung des Kontakts zu den Eltern einhergeht, bezieht. In einigen Fällen gipfeln diese Maßnahmen der Kindesabnahme in der Adoption des Kindes durch die Pflegeeltern oder durch Dritte gegen den Willen der leiblichen Eltern.

Nach der stRsp muss in Fällen einer **Fremdunterbringung** das Interesse des Kindes allen anderen Überlegungen vorgehen.¹⁷⁷ Allerdings können diese Interessen durchaus ambivalent sein. So verlangt das Kindeswohl einerseits eindeutig ein Aufwachsen in einer förderlichen Umgebung, die der psychischen und physischen Gesundheit und Entwicklung des Kindes nicht abträglich ist. Andererseits liegt es aber auch im Interesse des Kindes, dass die Verbindungen zu seiner Herkunftsfamilie nicht völlig abgeschnitten werden, weil es dies seiner Wurzeln berauben würde. Daher muss das Ziel jeder Für-

175 EGMR 6.11.2008, 49492/06, *Carlson gg die Schweiz*; EGMR 21.9.2017, 53661/15, *Severe gg Österreich*.

176 EGMR 15.1.2015, 4097/13, *M.A. gg Österreich*, Abs 128, 137. Vgl. auch EGMR 26.6.2003, 48206/99, *Maire gg Portugal*, Abs 74 ff; EGMR 1.3.2016, 30813/14, *K.J. gg Polen*, Abs 72; EGMR 23.10.2014, 61362/12, *V.P. gg Russland*; EGMR 22.6.2006, 7548/04, *Bianchi gg die Schweiz*, Abs 84 f und 99; sowie – wenngleich ohne ausdrücklichen Bezug auf die KRK – EGMR 21.11.2017, 60399/15, *Mansour gg die Slowakei*.

177 EGMR 22.12.2020, 64639/16, *M.L. gg Norwegen*, Abs 78; EGMR 28.8.2018, 8610/11, *S.J.P. und E.S. gg Schweden*, Abs 89; EGMR 16.2.2016, 72850/14, *Soares de Melo gg Portugal*, Abs 91; EGMR 22.10.2015, 10592/12, *Jovanovic gg Schweden*, Abs 77; EGMR 19.9.2000, 40031/98, *Gnahoré gg Frankreich*, Abs 59.

sorgemaßnahme letztlich darin bestehen, Eltern und Kind wieder zu vereinen.¹⁷⁸ Dieses Ziel ist sowohl bei der Kindesabnahme selbst im Auge zu behalten als auch bei den folgenden Entscheidungen über eine Rückkehr des Kindes zu seinen Eltern. Daraus leitet der EGMR eine positive Verpflichtung ab, sobald dies tunlich ist, Maßnahmen zu ergreifen, um eine **Wiedervereinigung der Familie** zu ermöglichen.¹⁷⁹ So sind etwa bei einer Fremdunterbringung ausreichende Kontakte zwischen Eltern und Kind zu ermöglichen, wenn und soweit dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist.¹⁸⁰ Ein Kind dauerhaft von seiner Herkunftsfamilie zu trennen und damit von seinen Wurzeln abzuschneiden, kann nur durch außergewöhnliche, sich auf das Kindeswohl beziehende Umstände gerechtfertigt sein.¹⁸¹ Diese Rechtsprechungslinie bezieht sich nicht explizit auf die KRK.

Bis Anfang der 2000er Jahre verwies der EGMR nur in einzelnen Urteilen auf die KRK. So bezog er sich in seiner Beurteilung der irischen Rechtslage, wonach ein Kind ohne Wissen des biologischen Vaters zur Adoption freigegeben werden konnte, auf das in **Art 7 KRK** verankerte Recht des Kindes, soweit möglich von seinen Eltern betreut zu werden.¹⁸² Erst in den letzten Jahren ist eine verstärkte Praxis der – mittelbaren oder auch nur unmittelbaren – Heranziehung der KRK durch den EGMR auch in seinen Urteilen zu Eingriffen in die elterliche Obsorge zu beobachten.¹⁸³ Dabei verweist er meist nur indirekt auf die KRK, indem er seine entsprechenden Ausführungen zum Kindeswohlvorrang in Urteilen zur internationalen Kindesentführung (insb Neulinger und Shuruk gg die Schweiz¹⁸⁴) zitiert.¹⁸⁵

Nur vereinzelt findet sich in der Rsp zu fürsorgerechtlichen Eingriffen in das Familienleben eine inhaltliche Auseinandersetzung mit Bestimmungen der KRK. Im Urteil Stankūnaitė gg Litauen befasste sich der EGMR unter anderem mit der vorübergehenden behördlichen

-
- 178 EGMR 20.1.2022, 53471/17, *E.M. u. a. gg Norwegen*, Abs 52; EGMR 22.6.2017, 37931/15, *Barnea und Caldararu gg Italien*, Abs 64; EGMR 16.7.2015, 10383/09, *Mamchur gg die Ukraine*, Abs 100 f; EGMR 19.9.2000, 40031/98, *Gnahoré gg Frankreich*, Abs 59; EGMR 18.12.2008, 39948/06, *Saviny gg die Ukraine*, Abs 52.
- 179 EGMR 1.4.2021, 70896/17, *A.I. gg Italien*, Abs 86; EGMR 10.3.2020, 14652/16, *Hernehult gg Norwegen*, Abs 61; EGMR (GK) 12.7.2001, 25702/94, *K. und T. gg Finnland*, Abs 178.
- 180 EGMR 19.11.2019, 64808/16, *K.O. und V.M. gg Norwegen*, Abs 69.
- 181 z. B. EGMR 26.4.2018, 27496/15, *Mohamed Hasan gg Norwegen*, Abs 147; EGMR 6.10.2015, 58455/13, *N.P. gg Republik Moldau*, Abs 65; EGMR *Gnahoré gg Frankreich*, Abs 59; EGMR 18.12.2008, 39948/06, *Saviny gg die Ukraine*, Abs 49.
- 182 EGMR 26.5.1994, 16969/90, *Keegan gg Irland*, Abs 50.
- 183 So z. B. EGMR 8.10.2019, 58724/14, *Zelikha Magomadova gg Russland*, Abs 98; EGMR 6.9.2018, 2822/16, *Jansen gg Norwegen*, Abs 91; EGMR 26.4.2018, 27496/15, *Mohamed Hasan gg Norwegen*, Abs 149.
- 184 EGMR (GK) 6.7.2010, 41615/07, *Neulinger und Shuruk gg die Schweiz*.
- 185 z. B. EGMR 30.11.2021, 25450/20, *T.A. u. a. gg Republik Moldau*, Abs 49; EGMR 2.3.2021, 78754/13, *Pavel Shishkov gg Russland*, Abs 75; EGMR 30.6.2020, 70879/11, *Ilya Lyapin gg Russland*, Abs 44; EGMR 25.2.2020, 68868/14, *Y.I. gg Russland*, Abs 75; EGMR 6.9.2018, 2822/16, *Jansen gg Norwegen*, Abs 91; EGMR 11.7.2017, 2091/13, *M.S. gg die Ukraine*, Abs 75; EGMR 16.9.2014, 2210/12, *P.F. gg Polen*, Abs 57; EGMR 31.5.2011, 35348/06, *R. und H. gg das Vereinigte Königreich*, Abs 73.

Einschränkung des Kontakts zwischen der Bf und ihrer Tochter. Aufgrund der Behauptung des ehemaligen Lebensgefährten der Bf hatte die Polizei Ermittlungen wegen des Verdachts ihrer Beteiligung an sexuellem Missbrauch des Kindes eingeleitet. Das Kind wurde vorläufig in die Obhut seiner Tante väterlicherseits gegeben. Bis zur Einstellung des Strafverfahrens durfte sie ihre Tochter nur in Anwesenheit eines Behördenvertreters sehen. Der EGMR erachtete diese vorübergehende Einschränkung des Kontakts, die nach Klärung der Verdachtsmomente unverzüglich beendet wurde, als zum Schutz des Kindes geboten und verwies dabei auf **Art 9 Abs 1 KRK**, wonach unter anderem im Fall eines Missbrauchs eine Kindesabnahme gerechtfertigt sein kann.¹⁸⁶ In zwei zu Deutschland ergangenen Urteilen befasste sich der EGMR mit Kindesabnahmen, die im Hinblick auf eine Kindeswohlgefährdung durch die Gefahr wiederholter körperlicher Züchtigung erfolgt waren. Dabei verwies er auf die aus Art 19 KRK erwachsende Verpflichtung des Staates, Kinder vor jeder Form der Gewaltanwendung und Misshandlung zu schützen. Die Erfüllung dieser Schutzpflicht stellt zugleich ein gewichtiges legitimes Ziel dar, das den mit der Kindesabnahme verbundenen Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens der Eltern rechtfertigen kann.¹⁸⁷

Den intensivsten Eingriff in das Familienleben stellt die Abnahme eines Kindes und die folgende **Freigabe zur Adoption** gegen den Willen der leiblichen Eltern dar. Wie der EGMR 2008 in einem Urteil zur Beschränkung der Möglichkeit der biologischen Eltern, die Zustimmung zur Freigabe ihres Kindes zur Adoption zu widerrufen, feststellte, muss bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen der beteiligten Personen dem Kindeswohl vorrangige Bedeutung beigemessen werden („the child’s best interests should be paramount“).¹⁸⁸

Im jüngsten Leiturteil *Strand Lobben u. a. gg Norwegen* legte die Große Kammer dar, welche Anforderungen das Kindeswohl an innerstaatliche Entscheidungen über die Genehmigung einer **Adoption gegen den Willen der leiblichen Eltern** stellt. Bei dieser Gelegenheit wurden auch die allgemeinen Grundsätze zu anderen fürsorgerechtlichen Eingriffen in das Familienleben zusammengefasst. Die Große Kammer verwies zunächst auf die stRsp, wonach bei allen familienrechtlichen Entscheidungen, von denen Kinder betroffen sind, deren Interessen von vorrangiger Bedeutung („of paramount importance“) sind. Insbesondere müsse in Fällen, in denen es um die Inobhutnahme von Kindern und Einschränkungen des Kontakts geht, das Kindeswohl allen anderen Überlegungen vorgehen.¹⁸⁹ Konkret zu fürsorgerechtlichen Maßnahmen, die mit einer Trennung der Kinder von ihren Eltern einhergehen, stellte der EGMR fest, dass die Behörden eine positive

186 EGMR 29.10.2019, 67068/11, *Stankūnaitė gg Litauen*, Abs 117.

187 EGMR 22.3.2018, 68125/14 und 72204/14, *Wetjen u. a. gg Deutschland*, Abs 36, 66; EGMR 22.3.2018, 11308/16 und 11344/16, *Tlapak u. a. gg Deutschland*, Abs 58, 79. Zu den Schutzpflichten siehe unten 3.4.5.2.

188 EGMR 10.1.2008, 35991/04, *Kearns gg Frankreich*, Abs 79.

189 EGMR (GK) 10.9.2019, 37283/13, *Strand Lobben u. a. gg Norwegen*, Abs 204, FamRZ 2019, 1863 (*Botthof*) = NLMR 2019, 393.

Verpflichtung treffe, auf eine möglichst rasche Wiedervereinigung der Familie hinzuwirken. Daher müsse eine Übertragung der Betreuung auf Pflegeeltern grundsätzlich als vorübergehende Maßnahme konzipiert werden. Das Kindeswohl verlange idR eine Aufrechterhaltung der Bindungen des Kindes zu seiner Familie, solange sich diese nicht als besonders ungeeignet erwiesen hat, weil das Kind ansonsten von seinen Wurzeln abgeschnitten wird.¹⁹⁰ Dabei verwies der GH auf einen nicht zuletzt in Art 9 KRK zum Ausdruck kommenden internationalen Konsens, wonach ein Kind nur dann gegen deren Willen von seinen Eltern getrennt werden dürfe, wenn dies durch das Kindeswohl geboten sei.¹⁹¹ Nur unter besonders außergewöhnlichen Umständen sei es daher zulässig, familiäre Bindungen dauerhaft zu durchtrennen. Solche Umstände können insb. dann vorliegen, wenn das Kindeswohl durch ein Aufwachsen in der Herkunftsfamilie gefährdet wird. Eine Adoption sei nur in Ausnahmefällen zulässig, wenn sie durch ein vorrangiges Erfordernis hinsichtlich des Kindeswohls notwendig gemacht wird.¹⁹²

Diese Grundsätze wurden im Fall A.I. gg Italien auf die Freigabe der Adoption von Zwillingen gegen den Willen der Mutter angewendet. Die aus Nigeria stammende Bf war als Opfer von Menschenhandel mit ihren beiden Kindern nach Italien gekommen, wo die Gerichte wegen einer **Vernachlässigung** der Kinder einschritten und schließlich die Adoption durch zwei verschiedene Familien bewilligten und der Mutter jeden weiteren Kontakt zu den Kindern untersagten. Unter Verweis auf den General Comment Nr. 14 bekräftigte der GH, dass bei der Entscheidung über die **Adoption** das Kindeswohl nicht nur ein vorrangiger, sondern der **überragende Faktor** („la considération primordiale“) sein müsse.¹⁹³ Dieser Verpflichtung waren die italienischen Gerichte nicht nachgekommen, insb. weil die Kinder infolge der Adoption durch zwei Familien voneinander getrennt wurden und keine schwerwiegenden Gründe vorlagen, die den Abbruch des Kontakts zur Mutter gerechtfertigt hätten.

Das Urteil Paradiso und Campanelli gg Italien betraf die Verpflichtung der Behörden, das Abstammungsverhältnis zwischen einem im Ausland von einer **Leihmutter** geborenen Kind und seinen Wunscheltern anzuerkennen. Das Bf Ehepaar hatte in Russland eine (in Italien verbotene) Leihmutterchaft in Auftrag gegeben und das daraus hervorgegangene Kind entgegen den italienischen Vorschriften nach Italien gebracht. Die Behörden verweigerten jedoch die Anerkennung der russischen Geburtsurkunde, brachten das Kind in einer Pflegefamilie unter und genehmigten schließlich die Adoption durch die Pflegeeltern. Die Mehrheit der Großen Kammer erkannte darin keine Verletzung von Art 8 EMRK, was insb. dem gewichtigen öffentlichen Interesse an der Verhinderung von Leihmutterchaft und Menschenhandel sowie der fehlenden biologischen Abstammung

190 So auch EGMR 1.4.2021, 70896/17, A.I. gg Italien, Abs 98.

191 EGMR (GK) *Strand Lobben u. a.*, Abs 205; so auch EGMR A.I. gg Italien, Abs 98.

192 EGMR (GK) *Strand Lobben u. a.*, Abs 205–211.

193 EGMR 1.4.2021, 70896/17, A.I. gg Italien, Abs 94 unter Verweis auf General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), 29.5.2013, CRC/C/GC/14, Abs 38.

des Kindes von den Bf geschuldet war. Dabei verwies sie ausdrücklich auf den in Art 3 KRK verankerten Grundsatz der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls.¹⁹⁴

Mit dem spezifischen Aspekt einer Adoption durch eine Familie mit einem anderen **kulturellen und religiösen Hintergrund** befasste sich die Große Kammer in ihrem Urteil *Abdi Ibrahim gg Norwegen*. Das Kind der aus Somalia stammenden, dem Islam angehörenden Bf war nach der gemeinsamen Flucht nach Norwegen im Alter von rund einem Jahr in einer christlichen **Krisenpflegefamilie** untergebracht und schließlich gegen den Willen der Bf von dieser adoptiert worden. Der EGMR prüfte die Beschwerde unter Art 8 EMRK und berücksichtigte bei seiner Interessenabwägung auch das Recht der Bf auf Religionsfreiheit. Dabei bezog er sich explizit auf Art 20 Abs 3 KRK, wonach bei Entscheidungen über die Aufnahme in eine Pflegefamilie und die Adoption „die ethnische, religiöse, kulturelle und sprachliche Herkunft des Kindes gebührend zu berücksichtigen“ ist.¹⁹⁵ Während er erneut bestätigte, dass bei Entscheidungen über eine Adoption gegen den Willen der leiblichen Eltern (in concreto der Mutter) das Kindeswohl vorrangig bleiben müsse und er die Unterbringung in einer Pflegefamilie nicht beanstandete, war die Bewilligung der Adoption nach Ansicht der Großen Kammer nicht mit den Rechten der Mutter vereinbar. Ausschlaggebend dafür war, dass sich die Behörden nicht ausreichend um eine Aufrechterhaltung des Kontakts zwischen ihr und dem Kind bemüht hatten und die Adoption einen endgültigen und vollständigen Abbruch der Beziehung nach sich zog. Ausschlaggebend für dieses Ergebnis war insb., dass dem Kindeswohl auch durch eine (von der Mutter nicht beanstandete) Fortsetzung der Pflegekindschaft entsprochen hätte werden können und die Gerichte die Möglichkeit einer offenen Adoption nicht in Erwägung gezogen hatten.¹⁹⁶

3.4.2.4 Abstammung

Fragen der rechtlichen Anerkennung der Beziehung zwischen einem Kind und seinen Eltern bzw. einem Elternteil stellen sich einerseits im Hinblick auf nicht mit der Mutter verheiratete Väter, andererseits im Kontext einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung, wobei vor allem die Inanspruchnahme einer (in den meisten Mitgliedstaaten des Europarats verbotenen) Leihmutterchaft im Ausland komplexe abstammungsrechtliche Fragen nach sich zieht.¹⁹⁷ Während der EGMR in seinen Urteilen zur Vaterschaftsfeststellung bzw. -bestreitung darauf verzichtet, auf die KRK zu verweisen,¹⁹⁸ finden sich in einzelnen Entscheidungen zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung Verweise auf die Kinderrechte.

194 EGMR (GK) 24.1.2017, 25358/12, *Paradiso und Campanelli gg Italien*, Abs 208.

195 EGMR (GK) 10.12.2019, 15379/16, *Abdi Ibrahim gg Norwegen*, Abs 144.

196 EGMR (GK), *Abdi Ibrahim*, Abs 161 f.

197 Vgl. dazu *Steininger*, Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht. Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft? (2013).

198 Vgl. EGMR 19.10.2021, 69997/17, *Lavanchy gg die Schweiz*; EGMR 26.7.2018, 16112/15, *Fröhlich gg Deutschland*; EGMR 21.12.2010, 20578/07, *Anayo gg Deutschland*; EGMR 12.1.2006, 26111/02, *Mizzi gg Malta*.

In seinem auf Antrag des französischen Cour de cassation erstatteten Gutachten zur Frage, ob Art 8 EMRK die Anerkennung einer im Ausland ausgestellten Geburtsurkunde verlangt, in der als Mutter eines von einer **Leihmutter** geborenen Kindes nicht diese, sondern die Wunschmutter aufscheint, verwies der EGMR ebenfalls auf die vorrangige Bedeutung des Kindeswohls.¹⁹⁹ Zwar würde das Kindeswohl im Kontext der Leihmuttertschaft sich nicht nur auf Aspekte der rechtlichen Anerkennung der Elternschaft beziehen, sondern könne auch gegen diese sprechen (etwa um vor Risiken des Missbrauchs zu schützen), doch sei eine generelle und absolute rechtliche Unmöglichkeit, die Anerkennung der Beziehung zwischen der Wunschmutter und dem im Ausland von einer Leihmutter geborenen Kind zu erlangen, mit dem Kindeswohl nicht vereinbar.²⁰⁰ Es bleibt allerdings den Mitgliedstaaten überlassen, auf welchem Weg sie diese rechtliche Anerkennung ermöglichen. Eine Anerkennung der im Ausland ausgestellten Geburtsurkunde ist nicht erforderlich, wenn auch andere Möglichkeiten, wie insb. ein Adoptionsverfahren, zur Verfügung stehen.²⁰¹ Nicht zu beanstanden ist es nach Ansicht des EGMR außerdem, wenn der Wunschmutter die Adoption des von einer Leihmutter geborenen, genetisch nicht von ihr abstammenden Kindes verweigert wird, weil der Vater dem nicht zustimmt.²⁰²

3.4.2.5 Familiengründung im Wege der Adoption

Neben den genannten Urteilen zur Freigabe eines Kindes zur Adoption gegen den Willen der leiblichen Eltern liegen auch einige Entscheidungen vor, in denen sich der EGMR mit den gesetzlichen **Voraussetzungen für eine Annahme an Kindes statt** bzw. mit der Verweigerung einer Genehmigung im Einzelfall auseinandersetzt. Zwar kann nach der stRsp weder aus Art 8 EMRK noch aus einer anderen Bestimmung der Konvention ein Recht abgeleitet werden, ein Kind zu adoptieren. Dennoch befasst sich der EGMR immer wieder in der Sache mit Beschwerden, die sich gegen die Verweigerung der Möglichkeit richten, ein Kind zu adoptieren. Denn die Entscheidung zur Adoption fällt in den Regelungsbereich des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens, was die Anwendbarkeit des **Diskriminierungsverbots** gemäß Art 14 EMRK nach sich zieht. Dementsprechend betreffen die meisten Urteile des EGMR zur Adoption behauptete Ungleichbehandlungen homosexueller Personen bzw. Paare, denen aufgrund ihrer sexuellen Orientierung oder wegen des Fehlens einer Partnerin oder eines Partners des anderen Geschlechts die Adoption eines Kindes verwehrt wurde.

In diesen Urteilen bezieht sich der EGMR vereinzelt auch auf die KRK. So stellte er in E.B. gg Frankreich fest, dass sich auch aus der KRK **kein Recht auf Adoption** eines

199 EGMR (GK), Gutachten auf Antrag des französischen Cour de cassation, 10.4.2019, P16-2018-001, Abs 38.

200 EGMR (GK), Gutachten auf Antrag des französischen Cour de cassation, 10.4.2019, P16-2018-001, Abs 41 f.

201 EGMR (GK), Gutachten auf Antrag des französischen Cour de cassation, 10.4.2019, P16-2018-001, Abs 51; EGMR 16.7.2020, 11288/18, *D. gg Frankreich*, Abs 54.

202 EGMR 24.3.2022, 30254/18, *A.M. gg Norwegen*, Abs 133.

Kindes ergibt.²⁰³ Zudem verwies er auf die KRK, um die Verpflichtung der nationalen Behörden zu untermauern, vor der Bewilligung einer Annahme an Kindes statt zu prüfen, ob das von dem Adoptionswerber oder der Adoptionswerberin gebotene Umfeld den **Bedürfnissen des Kindes** in familiärer und psychologischer Hinsicht entspricht und ein Aufwachsen unter angemessenen Umständen in Aussicht stellt.²⁰⁴ Dies entspricht dem Grundsatz, wonach es bei einer Adoption nicht darum gehen kann, jemanden mit einem Kind zu versorgen, sondern nur darum, einem Kind eine Familie zu geben. Daher müssen Gerichte und Behörden dafür sorgen, jene zukünftigen Eltern auszuwählen, die in der Lage sind, dem Kind das in jeder Hinsicht passende familiäre Umfeld zu bieten. Dabei muss dem Kindeswohl besonderes Gewicht beigemessen werden.²⁰⁵ Der Schutz des Kindeswohls kann daher den Ausschluss bestimmter Personen von der Möglichkeit, ein Kind zu adoptieren, rechtfertigen. Allerdings darf dieser Ausschluss keine Diskriminierung begründen, was etwa dann der Fall wäre, wenn die Entscheidung auf einem persönlichen Merkmal (wie insb. der sexuellen Orientierung) beruht und nicht mit sachlichen Gründen gerechtfertigt werden kann.²⁰⁶ Den gesetzlichen Ausschluss der Adoption des Kindes der homosexuellen Partnerin bzw. des homosexuellen Partners erachtete der GH in seinem Urteil X. u. a. gg Österreich als unvereinbar mit der EMRK. Unter Verweis auf Art 3 und Art 21 KRK hielt er den absoluten Ausschluss der Stiefkindadoption in gleichgeschlechtlichen Beziehungen für unverhältnismäßig, weil dem Kindeswohl mit der Möglichkeit einer Abwägung im Einzelfall besser entsprochen werden könnte.²⁰⁷

Eine zweite Fallgruppe zur Adoption betrifft jene Fälle, in denen bereits familiäre Beziehungen bestehen und diese durch eine Adoption rechtlich abgesichert werden sollen. Hier ergibt sich die Anwendbarkeit von Art 8 EMRK schon aus dem Vorliegen eines Familienlebens. Auch in diesen Fällen erinnerte der GH daran, dass Art 8 EMRK kein Recht auf eine Adoption garantiert.²⁰⁸ Allerdings kann eine positive Verpflichtung des Staates bestehen, zur **Ermöglichung eines rechtlich anerkannten Familienlebens** eine Adoption zu genehmigen. Diese Verpflichtung muss im Licht der KRK ausgelegt werden, woraus sich auch in diesen Fällen die Pflicht zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls ergibt.²⁰⁹ Während Art 8 EMRK von den Mitgliedstaaten verlangt, eine rechtliche Anerkennung der familiären Beziehungen zu ermöglichen, muss dies nicht unbedingt im Wege einer Adoption geschehen. So ist es nach Ansicht des GH nicht zu

203 EGMR (GK) 22.1.2008, 43546/02, *E.B. gg Frankreich*, Abs 42. Vgl. auch EGMR 17.1.2017, 6033/13 u. a., *A.H. u. a. gg Russland*, Abs 378, wo der EGMR diesen Grundsatz wiederholte. Das Urteil betrifft eine behauptete Diskriminierung adoptionswilliger US-Staatsbürgerinnen und US-Staatsbürger aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit bei der Verweigerung der Adoption russischer Kinder.

204 EGMR (GK) 22.1.2008, 43546/02, *E.B. gg Frankreich*, Abs 77.

205 EGMR 26.2.2002, 36515/97, *Fretté gg Frankreich*, Abs 42.

206 Vgl. EGMR 15.3.2012, 25951/07, *Gas und Dubois gg Frankreich*.

207 EGMR (GK) 19.2.2013, 19010/07, *X. u. a. gg Österreich*, Abs 146.

208 EGMR 28.6.v2007, 76240/01, *Wagner und J.M.W.L. gg Luxemburg*, Abs 121.

209 EGMR 4.10.2012, 43631/09, *Harroudj gg Frankreich*, Abs 42; EGMR *Wagner und J.M.W.L. gg Luxemburg*, Abs 120, 133.

beanstanden, wenn ein Kind, für das im Ausland bereits eine Kafala nach islamischem Recht begründet wurde, nicht adoptiert werden kann. Da deren rechtliche Anerkennung eine ähnliche Wirkung habe wie eine Annahme an Kindes statt, könne aus Art 8 EMRK keine Verpflichtung zur Ermöglichung der Adoption abgeleitet werden. Dabei bezog sich der EGMR auf **Art 20 Abs 3 KRK**, der die Kafala ausdrücklich als andere Betreuungsform anerkennt. Da diese Form der Betreuung des Kindes somit nach der KRK und anderen völkerrechtlichen Verträgen allgemein anerkannt sei, erachtete der EGMR eine Adoption nicht für geboten.

Im Kontext der Adoption kann auch das **Recht auf Kenntnis der eigenen Herkunft** eine Rolle spielen, was den EGMR in bislang zwei Urteilen beschäftigte. Die Beschwerden waren von Personen erhoben worden, die als Kind anonym zur Adoption freigegeben worden waren und als Erwachsene erfahren wollten, wer ihre Mutter war. In beiden Fällen hielt der EGMR fest, dass Art 8 EMRK auch ein Recht umfasse, wichtige Umstände der eigenen Persönlichkeit zu erfahren, was sich unter anderem auf die Identität der Eltern beziehe.²¹⁰ Allerdings kann dieses Recht zum Schutz widerstreitender Interessen eingeschränkt werden, wobei der EGMR insb. auf das Interesse der biologischen Mutter an der Geheimhaltung ihrer Identität sowie das allgemeine Interesse an der Verhinderung von Kindesaussetzungen und Geburten unter gefährlichen Umständen verwies. Ein generelles Verbot von anonymen Geburten bzw. **Inkognitooptionen** lässt sich somit aus der Rsp des EGMR nicht ableiten. Trotz entsprechender Vorbringen der Bf sah der GH allerdings davon ab, in seinen Urteilen auf die KRK und insb. auf das in Art 7 KRK garantierte Recht, die eigenen Eltern zu kennen, einzugehen.

3.4.2.6 Verfahrensgarantien für Kinder in familienrechtlichen Verfahren

Selbstverständlich gelten die allgemeinen Verfahrensgarantien der EMRK (insb Art 6) auch für Minderjährige, die entweder als Parteien oder als Zeuginnen bzw. Zeugen oder sonstige Beteiligte in ein Verfahren involviert sind. Diese allgemeinen Gewährleistungen werden jedoch, soweit Kinder betroffen sind, vom EGMR unter Berücksichtigung ihrer besonderen Situation ausgelegt. Zudem leitet der Gerichtshof auch aus Art 8 EMRK gewisse Verfahrensgarantien ab, die auf eine angemessene Einbeziehung der betroffenen Personen in das Verfahren abzielen. Bei der Auslegung dieser Verfahrensgarantien verweist der EGMR in einzelnen Urteilen auf die KRK, in anderen verzichtet er darauf und leitet eine Verpflichtung der Gerichte, die betroffenen **Kinder anzuhören**, alleine aus Art 8 EMRK ab.²¹¹

Wenn eine gerichtliche oder behördliche Entscheidung Auswirkungen auf Kinder hat, müssen diese angemessen **in den Entscheidungsfindungsprozess eingebunden**

210 EGMR 25.9.2012, 33783/09, *Godelli gg Italien*, Abs 50; EGMR (GK) 13.2.2003, 42326/98, *Odièvre gg Frankreich*, Abs 29.

211 Vgl. EGMR 14.3.2017, 36216/13, *K.B. gg Kroatien*; EGMR 11.10.2016, 23298/12, *Iglesias Casarrubios und Cantalapiedra gg Spanien*.

werden, um ihre durch Art 8 EMRK garantierten Rechte zu wahren. Dies verlangt von den Gerichten auch, die eigenen Ansichten und Wünsche der betroffenen Kinder im Hinblick auf den Kontakt zu ihren Eltern gebührend zu berücksichtigen, sobald deren Alter und Reife sie dazu in die Lage versetzt, sich zu äußern.²¹² Während der GH diesen Grundsatz zunächst alleine aus Art 8 EMRK abgeleitet hat, stützt er sich mittlerweile in seiner Rsp regelmäßig auf **Art 12 KRK**.

In seinem Urteil *M. und M. gg Kroatien*, der die Misshandlung eines Kindes durch seinen Vater und das anschließende Verfahren über die Obsorge betraf, bezog sich der EGMR diesbezüglich ausdrücklich auf Art 12 KRK und den dazu ergangenen **General Comment Nr 12** (2009),²¹³ um zu begründen, dass die Verpflichtung zur angemessenen Einbeziehung von Kindern in allen gerichtlichen und behördlichen Verfahren gilt, die ihre durch Art 8 EMRK geschützten Rechte betreffen. Dieser Anforderung werde nicht entsprochen, wenn sie nicht angehört werden und somit ihre Meinung nicht äußern können.²¹⁴ In weiteren Urteilen zu familienrechtlichen Verfahren bekräftigte der EGMR, dass Kinder in solchen Angelegenheiten entsprechend ihrer Reife und Fähigkeit, eigene Wünsche und Ansichten zum Ausdruck zu bringen, zu befragen und ihre Ansichten gebührend zu berücksichtigen sind.²¹⁵

Wie der EGMR in *A.I. gg Italien* festhielt, müssen die Verfahrensgarantien in familienrechtlichen Verfahren praktisch und effektiv umgesetzt werden, um den vorrangigen Schutz des Kindeswohls zu verwirklichen. In diesem Kontext verwiesen die Straßburger Richterinnen und Richter explizit auf **General Comment Nr. 14**, wonach die korrekte Umsetzung des Rechts von Kindern auf vorrangige Berücksichtigung ihres Wohls bestimmte **kinderfreundliche Verfahrensgarantien** verlange und die Staaten dazu strikte verfahrensrechtliche Vorgaben vorsehen müssten.²¹⁶

Wie der EGMR in seinem Urteil *Maumousseau und Washington gg Frankreich* unter Verweis auf **General Comment Nr. 9**²¹⁷ feststellte, bezieht sich Art 12 KRK nach Ansicht des Kinderrechtsausschusses auch auf jüngere Kinder.²¹⁸ Allerdings zeigte der GH in diesem Urteil insofern Zurückhaltung, als er die unterlassene Befragung eines dreijährigen

212 EGMR 25.1.v2011, 18830/07, *Plaza gg Polen*, Abs 71.

213 Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 12 (2009), The right of the child to be heard, 1.7.2009, CRC/C/GC/12.

214 EGMR 3.9.2015, 10161/13, *M. und M. gg Kroatien*, Abs 181 unter Verweis auf General Comment No. 14 (2013) Abs 32; so auch EGMR 19.7.2016, 60281/11, *E.S. gg Rumänien und Bulgarien*, Abs 59; ähnlich auch EGMR 19.1.2016, 36137/13, *G.B. gg Litauen*, Abs 105.

215 EGMR 23.11.2021, 12937/20, *S.N. und M.B.N. gg die Schweiz*, Abs 112; EGMR 1.2.2018, 51312/16, *M.K. gg Griechenland*, Abs 74; EGMR 2.2.2016, 71776/12, *N.T.S. u. a. gg Georgien*, Abs 72, 78.

216 EGMR 1.4.2021, 70896/17, *A.I. gg Italien*, Abs 94, unter Verweis auf General Comment No. 14 (2013) Abs 38.

217 Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 7 (2005), Implementing child rights in early childhood, 20.9.2006, CRC/C/GC/7/Rev.1.

218 EGMR 6.12.2007, 39388/05, *Maumousseau und Washington gg Frankreich*, Abs 78.

Mädchens durch das Gericht in einem Verfahren nach dem HKÜ angesichts des geringen Alters und der wiederholten Befragung des Kindes durch Psychologinnen und Psychologen, deren Berichte dem Gericht vorlagen, nicht beanstandete. In diesem Kontext bemerkte der GH, dass es nicht seine Aufgabe sei, die Auslegung und Anwendung von Art 12 KRK durch die innerstaatlichen Gerichte zu überprüfen.²¹⁹

In Übereinstimmung mit den Ansichten des Kinderrechtsausschusses geht der EGMR davon aus, dass die zum Ausdruck gebrachten **Wünsche** des betroffenen Kindes **nicht immer ausschlaggebend** sein können. Insbesondere können sie nicht automatisch den Rechten und Interessen der Eltern (bzw. eines Elternteils) vorgehen.²²⁰ Daher haben Kinder etwa kein uneingeschränktes Vetorecht gegen Kontakt zu einem Elternteil oder gegen eine Obsorgeregelung, da neben ihren Wünschen und Vorstellungen auch andere Faktoren zur Bestimmung des Kindeswohls heranzuziehen sind und zudem ihre Interessen mit den Rechten der Eltern abgewogen werden müssen.²²¹ Solange keine Gefährdung von Gesundheit und Entwicklung des Kindes zu befürchten sei, würde das Kindeswohl für eine Aufrechterhaltung des Kontakts zu beiden Elternteilen sprechen, weshalb ein Widerspruch des Kindes keinen absoluten Vorrang genießen könne.²²² Zudem wäre es mit dem im Licht der KRK ausgelegten Art 8 EMRK unvereinbar, wenn ein Gericht seine Entscheidung auf die Wünsche eines Kindes stützt, das offenkundig nicht in der Lage ist, sich eine eigene Meinung zu bilden und diese zum Ausdruck zu bringen, was etwa bei Loyalitätskonflikten oder einer Beeinflussung durch einen Elternteil der Fall sein könne.²²³ Im Rahmen der Anwendung des HKÜ sind die Ansichten des Kindes zwar ebenfalls zu berücksichtigen, doch steht ein Widerstand seitens des Kindes einer Rückgabe an den anderen Elternteil nicht zwingend entgegen.²²⁴

Vereinzelt zog der EGMR auch **Art 9 Abs 2 KRK** heran, wenn es um die gebührende Einbeziehung eines Elternteils in ein familiengerichtliches Verfahren ging.²²⁵ Allerdings blieb in diesem Urteil unklar, ob aus dieser Bestimmung, wonach in Verfahren über eine Kindesabnahme allen Beteiligten Gelegenheit zu geben ist, sich zu beteiligen und ihre Meinung zu äußern, strengere Standards abzuleiten sind als aus Art 6 oder Art 8 EMRK.

219 EGMR *Maumousseau und Washington gg Frankreich*, Abs 79 unter Verweis auf EGMR 6.12.2005, 14600/05, *Eskinazi und Chelouche gg die Türkei* (ZE).

220 EGMR 29.10.2019, 23641/17, *Pisică gg Republik Moldau*, Abs 65; EGMR 14.3.2017, 36216/13, *K.B. gg Kroatien*, Abs 143.

221 EGMR 7.7.2022, 8000/21, *Jurišić gg Kroatien* (Nr 2), Abs 44; EGMR 20.10.2020, 41736/18, *Suur gg Estland*, Abs 79; EGMR 9.4.2019, 878/13, *A.V. gg Slowenien*, Abs 72; EGMR 9.5.2006, 18249/02, *C. gg Finnland*, Abs 57 f.

222 EGMR 20.10.2020, 41736/18, *Suur gg Estland*, Abs 79.

223 EGMR 7.7.2022, 8000/21, *Jurišić gg Kroatien* (Nr 2), Abs 44; EGMR 14.3.2017, 36216/13, *K.B. u. a. gg Kroatien*, Abs 143.

224 EGMR 23.11.2021, 12937/20, *S.N. und M.B.N. gg die Schweiz*, Abs 112; EGMR 7.3.2013, 10131/11, *Raw u. a. gg Frankreich*, Abs 94.

225 EGMR 29.10.2019, 67068/11, *Stankūnaitė gg Litauen*, Abs 127.

3.4.3 Jugendstrafrecht

Die besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern ist nach der Judikatur des EGMR auch im Bereich des Strafrechts zu berücksichtigen. Die Rsp bezieht sich einerseits auf das Strafverfahren selbst, andererseits auf die Rechtmäßigkeit einer Freiheitsentziehung und die Ausgestaltung der Haftbedingungen.

3.4.3.1 Verfahrensgarantien im Jugendstrafverfahren

Nach der stRsp des EGMR müssen Strafverfahren gegen jugendliche Beschuldigte in einer dem Grundsatz des Kindeswohls entsprechenden Art und Weise organisiert werden. Wesentlich ist dabei, dass die Behandlung des beschuldigten Kindes seinem Alter, seinem Reifegrad sowie seinen intellektuellen und emotionalen Fähigkeiten umfassend Rechnung trägt und die gebotenen Schritte gesetzt werden, um es ihm zu ermöglichen, das Verfahren zu verstehen und sich daran zu beteiligen.²²⁶ Das Recht jugendlicher Beschuldigter auf **effektive Beteiligung** an ihrem Strafverfahren erfordert eine angemessene Berücksichtigung ihrer Verletzlichkeit und ihrer Fähigkeiten bereits ab den ersten sie betreffenden Ermittlungsschritten und insb. während ihrer polizeilichen Befragung. Die Behörden müssen Schritte setzen, um bei einem oder einer jugendlichen Verdächtigen soweit wie möglich die Gefühle der Einschüchterung zu reduzieren und ein weites **Verständnis** über die Art der Ermittlungen sowie die Bedeutung des Verfahrens für diesen oder diese zu gewährleisten, was auch eine **Aufklärung** über die drohende Strafe sowie die Verteidigungsrechte und das Recht zu schweigen einschließt.²²⁷ Die Wahrung des Rechts auf ein faires Verfahren erfordert zudem bei Jugendlichen in besonderem Maße den unverzüglichen **Beistand einer Verteidigung** bereits ab den ersten polizeilichen Befragungen, was der EGMR mit einem Verweis auf **Art 37 lit d KRK** untermauerte.²²⁸

Was das Alter der **Strafmündigkeit** betrifft, vertrat der EGMR bislang eine sehr großzügige Linie. Zwar verpflichtet **Art 40 Abs 3 lit a KRK** die Staaten zur Festlegung eines Mindestalters, bis zu dessen Erreichung Kinder nicht strafrechtlich belangt werden dürfen, doch bestand nach Ansicht des EGMR (zumindest 1999) in Europa kein Konsens darüber, wo diese Altersgrenze festzulegen sei. Die in England geltende Strafmündigkeit ab Vollendung des zehnten Lebensjahrs wurde daher nicht beanstandet.²²⁹

226 EGMR (GK) 23.3.2016, 47152/06, *Blokhin gg Russland*, Abs 195; EGMR 2.3.2010, 54729/00, *Adamkiewicz gg Polen*, Abs 70; EGMR 11.12.2008, 4268/04, *Panovits gg Zypern*, Abs 67; EGMR (GK) 16.12.1999, 24888/94, *V. gg das Vereinigte Königreich*, Abs 86; EGMR (GK) 16.12.1999, 24724/94, *T. gg das Vereinigte Königreich*, Abs 86.

227 EGMR (GK) 23.3.2016, 47152/06, *Blokhin gg Russland*, Abs 195; EGMR 30.5.2013, 35985/09, *Martin gg Estland*, Abs 92; EGMR 15.6.2004, 60958/00, *S.C. gg das Vereinigte Königreich*, Abs 29.

228 EGMR (GK) 27.11.2008, 36391/02, *Salduz gg die Türkei*, Abs 60.

229 EGMR (GK) 16.12.1999, 24888/94, *V. gg das Vereinigte Königreich*, Abs 73 f; EGMR (GK) 16.12.1999, 24724/94, *T. gg das Vereinigte Königreich*, Abs 71 f.

Ein weiterer spezifischer Aspekt in Jugendstrafverfahren ist die **Achtung der Privatsphäre** der Angeklagten. Wie der EGMR unter ausdrücklichem Verweis auf **Art 40 Abs 2 KRK** betonte, wonach das Privatleben in allen Verfahrensabschnitten voll geachtet werden soll, besteht ein internationaler Konsens über die Notwendigkeit, die Privatsphäre von Beschuldigten, Angeklagten und sonstigen minderjährigen Verfahrensbeteiligten zu schützen, was insb. eine Verhinderung der Bekanntgabe ihrer Identität gegenüber der Öffentlichkeit erfordern kann.²³⁰ Auch die unbefristete Speicherung personenbezogener Daten wie DNA-Proben von Jugendlichen, die verurteilt oder in einem Strafverfahren freigesprochen wurden, wurde vom EGMR unter Verweis auf Art 40 KRK und die besondere Bedeutung der Entwicklung und gesellschaftlichen Integration Minderjähriger für unvereinbar mit Art 8 EMRK erklärt.²³¹

Die Judikatur des EGMR zu den Verfahrensgarantien in Jugendstrafsachen steht exemplarisch für die wechselseitige Beeinflussung zwischen dem UN-Kinderrechtsausschuss und dem Straßburger Gerichtshof. So wurden insb. die vom EGMR in seinen Urteilen T. gg das Vereinigte Königreich und V. gg das Vereinigte Königreich getroffenen Feststellungen zur Beteiligung minderjähriger Beschuldigter am Strafverfahren vom Ausschuss für Kinderrechte aufgegriffen und fanden Eingang in dessen General Comment zum Jugendstrafverfahren.²³²

3.4.3.2 Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung bei Jugendlichen

Festnahme und Inhaftierung sowie sonstige Einschränkungen der persönlichen Freiheit, die in den Anwendungsbereich des Art 5 EMRK fallen, können auch bei Minderjährigen nach den in dieser Bestimmung definierten allgemeinen Voraussetzungen zulässig sein. Allerdings ist bei Kindern und Jugendlichen das Alter ein Faktor, der bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Anhaltung berücksichtigt werden muss. Eine weitere Besonderheit besteht bei den Haftgründen, da **Art 5 Abs 1 lit d EMRK** („rechtmäßige Haft eines Minderjährigen zum Zweck der überwachten Erziehung“ bzw. zum Zweck der Vorführung vor die zuständige Behörde) nur auf Minderjährige anwendbar ist. Die „**notwendigen Erziehungsmaßnahmen**“ können in einem breiten Spektrum von ansonsten im Ermessen der Eltern liegenden Maßnahmen bestehen, die von der Behörde zum Wohl und zum Schutz der Betroffenen ergriffen werden.²³³ Dieser Haftgrund hat in der Judikatur des

230 EGMR (GK) V. gg das Vereinigte Königreich, Abs 76 f; EGMR (GK) T. gg das Vereinigte Königreich, Abs 74 f.

231 EGMR (GK) 4.12.2008, 30562/04 und 30566/04, S. und Marper gg das Vereinigte Königreich, Abs 124.

232 Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 10 (2007), Children's rights in juvenile justice, 25.4.2007, CRC/C/GC/10, Abs 46.

233 EGMR 8.12.2020, 76336/16, D.K. gg Bulgarien, Abs 77; EGMR 30.10.2012, 57375/08, P. und S. gg Polen, Abs 147; EGMR 16.5.2002, 39474/98, D.G. gg Irland, Abs 80; EGMR 12.10.2000, 33670/96, Koniarska gg das Vereinigte Königreich (ZE). Ein Bezug auf die KRK findet sich in diesen Judikaten nicht.

EGMR bislang keine große praktische Bedeutung erlangt. Aus einzelnen Urteilen lassen sich jedoch gewisse Leitlinien ablesen.

So stellte der EGMR in *Blokhin gg Russland* klar, dass sich die Anhaltung straffälliger Jugendlicher nicht auf Art 5 Abs 1 lit d EMRK stützen kann, da ihr Zweck in erster Linie punitiver Art ist, selbst wenn auch im Jugendstrafvollzug gewisse erzieherische Ziele verfolgt werden.²³⁴ Dabei bezog sich der GH auch auf **Art 37 KRK**, ohne allerdings näher auf dessen Implikationen einzugehen. Zudem ergibt sich aus diesem Urteil, dass der Ort der Unterbringung zur Vornahme der als geboten erachteten Erziehungsmaßnahmen angemessen und geeignet sein muss.²³⁵

Im Fall einer gerichtlichen Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe kann auch bei Minderjährigen die Freiheitsentziehung auf Art 5 Abs 1 lit a EMRK gestützt werden. Die Kinderrechte setzen hier insofern eine Schranke, als der EGMR unter Verweis auf **Art 37 lit a KRK** die Verhängung einer **lebenslangen Freiheitsstrafe** wegen einer vor Vollendung des 18. Lebensjahrs begangenen Straftat für unvereinbar mit Art 3 EMRK hält.²³⁶ Darüber hinaus beurteilte der EGMR zumindest in einem Urteil (*Gülcü gg die Türkei*) die über einen Jugendlichen wegen der Teilnahme an einer Demonstration verhängte Haftstrafe in der Dauer von vier Jahren und acht Monaten unter Verweis auf **Art 37 lit b KRK**, wonach eine Freiheitsstrafe bei einem Kind nur als letztes Mittel und nur für die kürzest angemessene Zeit angewendet werden darf, als unverhältnismäßig.²³⁷

Art 37 lit b KRK wurde vom EGMR in *Gülcü gg die Türkei* auch zur Untermauerung seiner Feststellung der Unverhältnismäßigkeit der mehr als vier Monate dauernden **Untersuchungshaft** herangezogen, wobei er insb. die fehlende Erwägung möglicher gelinderer Mittel durch die Gerichte beanstandete.²³⁸ Im Fall *Selçuk gg die Türkei* zog der EGMR Art 37 lit b KRK bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Untersuchungshaft eines Jugendlichen zumindest indirekt heran. Der Bf war wegen des Verdachts, einen Computer aus einer Schule gestohlen zu haben, vier Monate lang in Untersuchungshaft gehalten worden, ohne dass die Gerichte die Minderjährigkeit berücksichtigt hatten. Der EGMR sah darin eine Verletzung von Art 5 Abs 3 EMRK, wobei er darauf verwies, dass der Verteidiger gegenüber den türkischen Gerichten wiederholt auf Art 37 lit b KRK aufmerksam gemacht hatte, diese aber darauf nicht eingegangen waren.²³⁹ Mit einer im Wesentlichen gleichlautenden Begründung stellte der Gerichtshof auch im Fall *Nart gg die Türkei* eine Verletzung von Art 5 Abs 3 EMRK durch die fehlende Berücksichtigung

234 EGMR (GK) 23.3.2016, 47152/06, *Blokhin gg Russland*, Abs 171.

235 EGMR (GK) *Blokhin gg Russland*, Abs 167.

236 EGMR (GK) 16.12.1999, 24888/94, *V. gg das Vereinigte Königreich*, Abs 97; EGMR (GK) 16.12.1999, 24724/94, *T. gg das Vereinigte Königreich*, Abs 96.

237 EGMR 19.1.2016, 17526/10, *Gülcü gg die Türkei*, Abs 115.

238 EGMR *Gülcü gg die Türkei*, Abs 115.

239 EGMR 10.1.2006, 21768/02, *Selçuk gg die Türkei*, Abs 35 f.

des Alters des Beschuldigten bei der Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft fest.²⁴⁰ In weiteren Parallelfällen gelangte der Gerichtshof unter Verweis auf sein Urteil *Selçuk gg die Türkei* zum selben Ergebnis, ohne dabei allerdings die KRK explizit heranzuziehen.²⁴¹ Die völlige Außerachtlassung der Minderjährigkeit des zur Zeit seiner Verhaftung 17 Jahre alten Bf bei der Entscheidung über die Verhängung und Verlängerung seiner Untersuchungshaft wurde vom EGMR in *Azizov und Novruzlu gg Aserbaidshan* beanstandet.²⁴² Unter Verweis auf Art 37 KRK und General Comment Nr. 24 bekräftigte der GH, dass die **Untersuchungshaft** bei Minderjährigen **nur als letztes Mittel** verhängt und nur solange aufrechterhalten werden dürfe, als dies unbedingt erforderlich sei.²⁴³

Ausnahmsweise kann die Verhängung einer Freiheitsstrafe nicht nur gegen Art 5 EMRK verstoßen, sondern auch gegen Art 3 EMRK. Während nach der jüngeren Rsp jede lebenslange Haftstrafe, die keine Aussicht auf Entlassung bietet, als unmenschlich zu qualifizieren ist,²⁴⁴ war dies nach der älteren Judikatur nur unter besonderen Umständen der Fall. Aus Anlass einer Beschwerde gegen eine drohende Auslieferung in die USA, wo die Verhängung und Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ohne Aussicht auf vorzeitige Entlassung auf Bewährung drohte, äußerte sich der EGMR auch zur Vereinbarkeit einer solchen Strafe mit den Kinderrechten. Unter Verweis auf Art 37 lit a KRK stellte er das Bestehen eines internationalen Konsenses fest, wonach derartige Strafen nicht gegen Personen unter 18 Jahren verhängt werden sollten. Allerdings sprach dies nach Ansicht des EGMR nicht dagegen, eine solche Sanktion gegen einen jungen Erwachsenen auszusprechen, der – wie der Bf im gegenständlichen Fall – im Zeitpunkt der Tatbegehung bereits das 18. Lebensjahr vollendet hatte.²⁴⁵

3.4.3.3 Haftbedingungen im Jugendstrafvollzug

Was den Vollzug einer Freiheitsstrafe betrifft, stellte der EGMR wiederholt eine Verletzung von Art 3 EMRK durch die Unterbringung Jugendlicher in einer Strafanstalt gemeinsam mit Erwachsenen fest. Dazu verwies er insb. auf **Art 37 lit c KRK**, wonach jedes Kind, dem die Freiheit entzogen ist, **von Erwachsenen getrennt** werden muss, sofern nicht ausnahmsweise das Kindeswohl ein anderes Vorgehen erfordert.²⁴⁶

Eine unzureichende **medizinische Behandlung** in der Haft kann nach stRsp ebenfalls eine Verletzung von Art 3 EMRK begründen. Im Fall der Inhaftierung von Minderjährigen ist deren Gesundheit entsprechend den anerkannten medizinischen Standards zu gewähr-

240 EGMR 6.5.2008, 20817/04, *Nart gg die Türkei*, Abs 31–33.

241 EGMR 19.1.2012, 39884/05, *Korneykova gg die Ukraine*; EGMR 3.5.2007, 74321/01, *Koşti u. a. gg die Türkei*. Ähnlich auch EGMR 3.2.2009, 17019/02 und 30070/02, *İpek u. a. gg die Türkei*.

242 EGMR 18.2.2021, 65583/13 und 70106/13, *Azizov und Novruzlu gg Aserbaidshan*, Abs 60.

243 EGMR, *Azizov und Novruzlu gg Aserbaidshan*, Abs 48–50.

244 EGMR (GK) 9.7.2013, 66069/09 u. a., *Vinter u. a. gg das Vereinigte Königreich*.

245 EGMR 17.1.2012, 9146/07 und 32650/07, *Harkins und Edwards gg das Vereinigte Königreich*, Abs 139.

246 EGMR 9.10.2012, 1413/07, *Çoşelav gg die Türkei*, Abs 60 f; EGMR 20.1.2009, 70337/01, *Güveç gg die Türkei*, Abs 58, 88.

leisten, die für Jugendliche im Allgemeinen gelten. Zur Untermauerung dieser Ansicht verwies der EGMR in *Blokhin gg Russland* auf **Art 3 Abs 3 KRK** sowie auf die einschlägigen Übereinkommen, die im Rahmen der UN verabschiedet wurden.²⁴⁷ Die Behörden müssten sich demnach stets vom Kindeswohl leiten lassen und dem Kind **angemessene Pflege und gebührenden Schutz** gewähren. Außerdem müsse vor jeder Entscheidung über die Entziehung der persönlichen Freiheit eines Kindes eine medizinische Untersuchung zur Feststellung der Hafttauglichkeit erfolgen.²⁴⁸

Im Hinblick auf **Misshandlungen** in Polizeigewahrsam, die durch Art 3 EMRK absolut verboten sind, stellte der EGMR fest, dass bei der Beurteilung, ob die umstrittene Behandlung den für die Anwendbarkeit von Art 3 EMRK erforderlichen Mindestgrad an Schwere erreicht hat, ggf. auch die Minderjährigkeit der betroffenen Person und die sich daraus ergebende Verletzlichkeit eine Rolle spielten.²⁴⁹

3.4.4 Migration und internationaler Schutz

Die Rechte und das Wohl von Kindern spielen im Kontext der Migration insb. bei der durch Art 8 Abs 2 EMRK gebotenen Abwägung zwischen den Interessen Fremder am Aufenthalt in einem Konventionsstaat und den öffentlichen Interessen an der Beendigung des Aufenthalts bzw. der Verhinderung der Einreise eine Rolle. Dabei geht es einerseits um die **Verhältnismäßigkeit von Ausweisungen**, die in das Familienleben eingreifen, andererseits um die Frage, ob ein Staat die Einreise eines oder einer Fremden zum Zweck der **Familienzusammenführung** gestatten muss. Daneben spielen die Kinderrechte auch im Hinblick auf die Ausgestaltung von Asylverfahren und bei der Unterbringung von Asylwerberinnen und Asylwerbern eine Rolle, wobei sich der EGMR vor allem mit den **Anhaltebedingungen** von Minderjährigen in Schubhaft- und Transitzentren befasst hat.

3.4.4.1 Beendigung des Aufenthalts

Eine Entscheidung, mit der Fremde gezwungen werden, den Staat des gewöhnlichen Aufenthalts zu verlassen, begründet regelmäßig einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- bzw. Familienlebens. Eine Verletzung dieses Grundrechts kann sich dabei nicht nur bei dem unmittelbaren Adressaten bzw. der unmittelbaren Adressatin der Entscheidung ergeben, sondern auch bei dessen bzw. deren Familienangehörigen. Die Interessen von Kindern werden von solchen Entscheidungen insofern berührt, als sie dazu führen können, dass das Kind sein gewohntes Umfeld verlassen muss, wenn es den ausgewiesenen Elternteil begleitet, und andernfalls eine Trennung von dieser Bezugsperson droht.

247 Insb United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty („Havana Rules“), Resolution der UN-Generalversammlung 45/113 vom 14.12.1990; United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice („Beijing Rules“), Resolution der UN-Generalversammlung 29.11.1985 (UN Doc. A/RES/40/33).

248 EGMR (GK) 23.3.2016, 47152/06, *Blokhin gg Russland*, Abs 138.

249 EGMR (GK) 28.9.2015, 23380/09, *Bouyid gg Belgien*, Rz 109.

Ob eine Ausweisung mit Art 8 EMRK vereinbar ist, muss von den innerstaatlichen Behörden anhand einer Reihe von **Kriterien** geprüft werden, die vom EGMR in seiner Rsp entwickelt wurden. Dazu zählen seit dem Leiturteil Üner gg die Niederlande auch die Interessen der von einer Entscheidung zur Beendigung des Aufenthalts betroffenen Kinder. Demnach waren bei der Interessenabwägung auch die Interessen und das Wohlergehen der beiden Kinder des wegen Straffälligkeit ausgewiesenen Bf zu berücksichtigen, wobei insb. auf die Schwierigkeiten abzustellen war, mit denen sie im Herkunftsland ihres Vaters konfrontiert sein würden.²⁵⁰ Ein Bezug auf die KRK findet sich in der Begründung dieses Urteils noch nicht.²⁵¹

Im zwei Jahre später ergangenen Urteil der Großen Kammer in der Sache **Maslov gg Österreich** zog der EGMR erstmals ausdrücklich die KRK heran, um die Notwendigkeit einer Berücksichtigung des Kindeswohls zu unterstreichen. Die Besonderheit dieses Falls lag darin, dass es nicht um von der Ausweisung mittelbar betroffene Kinder ging, sondern um den ausgewiesenen Fremden selbst. Wie der EGMR ausführte, kann das Kindeswohl auch dann berührt sein, wenn sich die Ausweisung gegen einen Minderjährigen oder eine Minderjährige richtet bzw. – wie im vorliegenden Fall – gegen eine Person, die als Minderjähriger straffällig geworden ist.²⁵² Der Bf hatte im Alter zwischen 14 und 15 Jahren eine Reihe von Straftaten begangen, die zu zwei Verurteilungen zu teilweise unbedingten Freiheitsstrafen führten, was ein Aufenthaltsverbot nach sich zog. Während der Anhängigkeit seiner VfGH-Beschwerde gegen die Ausweisung wurde er volljährig. Wie der EGMR ausführte, enthält **Art 3 KRK** eine **Verpflichtung zur Berücksichtigung des Kindeswohls** („obligation to have regard to the best interests of the child“).²⁵³ Dies umfasse, so der Gerichtshof weiter, im Fall der Ausweisung eines jugendlichen Straftäters oder einer jugendlichen Straftäterin die Verpflichtung, seine bzw. ihre Reintegration zu erleichtern. Dabei verwies der EGMR auf Art 40 KRK, wonach die Reintegration des Kindes eines der Ziele der Jugendstrafgerichtsbarkeit sein müsse.²⁵⁴ Diesem Ziel wäre es nicht dienlich, einen jungen Erwachsenen oder eine junge Erwachsene in ein Land abzuschicken, in dem dieser oder diese über keine familiären oder sozialen Beziehungen verfüge und auf sich allein gestellt sei. Bei jugendlichen Straftätern und Straftäterinnen dürfe daher eine Ausweisung nur als ultima ratio erfolgen.²⁵⁵

Entscheidendes Gewicht bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Ausweisung eines Erwachsenen wurde dem Kindeswohl erstmals in der Rechtssache **Nunez gg**

250 EGMR (GK) 18.10.2006, 46410/99, Üner gg die Niederlande, Abs 58.

251 Vgl. aber das Sondervotum der Richter Costa, Zupančič und Türmen, die diesen Umstand kritisieren und sich für eine stärkere Berücksichtigung des Art 3 KRK aussprechen.

252 EGMR (GK) 23.6.2008, 1638/03, *Maslov gg Österreich*, Abs 82.

253 EGMR (GK) *Maslov gg Österreich*, Abs 82.

254 So auch EGMR 1.6.2017, 30441/09, *Külekci gg Österreich*, Abs 41.

255 EGMR (GK) 23.6.2008, 1638/03, *Maslov gg Österreich*, Abs 83.

Norwegen beigemessen.²⁵⁶ Die aus der Dominikanischen Republik stammende Bf war aus Norwegen ausgewiesen worden, nachdem sich herausgestellt hatte, dass sie nach einem bereits 1996 verhängten Aufenthaltsverbot mit einem gefälschten Reisepass wieder eingereist war. Sie hatte zwei Töchter mit einem rechtmäßig niedergelassenen Staatsangehörigen der Dominikanischen Republik, dem nach der Trennung und der Entscheidung über ihre – vorerst nicht vollstreckte – Ausweisung die alleinige Obsorge zugesprochen worden war. Der EGMR erklärte die Ausweisung trotz der schwerwiegenden öffentlichen Interessen an der Aufenthaltsbeendigung für unverhältnismäßig. Dabei stützte er sich in erster Linie auf das Wohl der beiden Kinder. Diese hätten wegen der fehlenden Einwilligung des sorgeberechtigten Elternteils ihre Mutter nicht begleiten können und wären daher zumindest für die Dauer des auf zwei Jahre befristeten Rückkehrverbots und angesichts der geringen Chancen auf Erteilung eines Aufenthaltstitels voraussichtlich dauerhaft von ihr getrennt worden. In Anbetracht der besonderen **Vulnerabilität** der im Zeitpunkt der letztinstanzlichen innerstaatlichen Entscheidung fünfeinhalb bzw. sieben Jahre alten Kinder, die insb. auf die bereits in Folge der erstinstanzlichen Ausweisung und die dadurch begründete Übersiedlung zum Vater sowie die ständige Angst vor einer Abschiebung der Mutter zurückzuführen war, kam der EGMR zu dem Schluss, dass unter den besonderen Umständen den Interessen der Kinder kein ausreichendes Gewicht beigemessen worden sei. Dabei verwies er ausdrücklich auf Art 3 KRK, wonach bei allen behördlichen Maßnahmen das Wohl des Kindes eine vorrangige Überlegung sein müsse.²⁵⁷ Mit diesem Urteil wurde somit die bereits im Kontext der internationalen Kindesentführung dargelegte **Notwendigkeit, Art 8 EMRK im Lichte von Art 3 KRK auszulegen**, auf den fremdenrechtlichen Kontext übertragen.

In einem weiteren Urteil gegen Norwegen, das einen Ghanaer betraf, dessen Aufenthalt ebenfalls auf falschen Angaben über seine Identität beruhte, verwies der EGMR auf seine in Nunez dargelegten Grundsätze, sah in der Ausweisung allerdings keine Verletzung von Art 8 EMRK. Der entscheidende Unterschied zu Nunez lag darin, dass es der ebenfalls aus Ghana stammenden Ehefrau des Bf und der in Norwegen geborenen, im Zeitpunkt des Urteils des EGMR neun Jahre alten Tochter trotz der damit verbundenen Härten zumutbar war, ebenfalls nach Ghana auszuwandern. Da das Kind zudem nicht durch vorangegangenen Stress oder eine familiäre Zerrüttung als besonders vulnerabel anzusehen war, konnte die Beeinträchtigung seiner Interessen durch die Übersiedlung nach Ghana nicht als „außergewöhnlicher Umstand“ angesehen werden, der schwerwiegend genug gewesen wäre, um das öffentliche Interesse an der Beendigung des Aufenthalts ihres Vaters aufzuwiegen.²⁵⁸

256 EGMR 28.6.2011, 55597/09, *Nunez gg Norwegen*; siehe dazu Czech, Bleiberecht zur Wahrung des Kindeswohls, FABL 2/2011-II, 18.

257 EGMR 28.6.2011, 55597/09, *Nunez gg Norwegen*, Abs 84.

258 EGMR 14.2.2012, 26940/10, *Antwi u. a. gg Norwegen*, Abs 98, 103.

Die Große Kammer fasste die in den bis dato ergangenen Urteilen angewendeten Grundsätze im Fall **Jeunesse gg die Niederlande** wie folgt zusammen: Wann immer Kinder von einer Entscheidung über einen Aufenthaltstitel bzw. eine Ausweisung betroffen sind, müssen ihre Interessen berücksichtigt werden. Es besteht ein breiter Konsens, der sich auch im Völkerrecht widerspiegelt, wonach bei allen Entscheidungen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl von vorrangiger Bedeutung ist. Auch wenn die Interessen der Kinder nicht für sich allein ausschlaggebend sein können, muss ihnen **erhebliches Gewicht** beigemessen werden. Daher müssen die nationalen Behörden grundsätzlich Beweise hinsichtlich der Durchführbarkeit und Verhältnismäßigkeit jeder Ausweisung eines Elternteils erheben und bewerten, um das Wohl der davon direkt betroffenen Kinder effektiv zu schützen und diesem Schutzgut ausreichendes Gewicht beizumessen.²⁵⁹ Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall einer aus Suriname stammenden Frau, die mit einem Niederländer verheiratet war und mit diesem drei Kinder hatte, die ebenfalls die niederländische Staatsbürgerschaft besaßen, führte zur Feststellung einer Verletzung von Art 8 EMRK durch die Verweigerung eines Aufenthaltstitels. Ausschlaggebend war für den EGMR insb. die Lage der Kinder, die vor die Wahl gestellt wurden, entweder dauerhaft von ihrer Mutter getrennt oder aus ihrem bisherigen Lebensumfeld gerissen zu werden. Gegenüber diesen Interessen der Kinder musste das öffentliche Interesse an der Einwanderungskontrolle zurücktreten, das für eine Ausweisung der Bf sprach, die 16 Jahre zuvor mit einem Touristenvisum eingereist war und sich seither immer wieder erfolglos um eine Legalisierung des Aufenthalts bemüht hatte.²⁶⁰

Diese Betonung der Relevanz des Kindeswohls, die der EGMR nicht zuletzt aus Art 3 KRK ableitet, wurde seither immer wieder in Erinnerung gerufen.²⁶¹ Meist verzichtet der Gerichtshof dabei auf eine explizite Nennung der KRK und begnügt sich mit einem Verweis auf seine entsprechenden Ausführungen im Urteil *Jeunesse gg die Niederlande*.

Allerdings führt die Berücksichtigung des Kindeswohls nicht in allen Fällen zur Unverhältnismäßigkeit der Ausweisung eines Elternteils. Denn die Interessen der betroffenen Kinder sind nur einer von mehreren Faktoren. Daher kann eine Beeinträchtigung des

259 EGMR (GK) 3.10.2014, 12738/10, *Jeunesse gg die Niederlande*, Abs 109.

260 EGMR (GK) *Jeunesse*, Abs 118–122.

261 EGMR 23.6.2022, 569/20, *Alleleh u. a. gg Norwegen*, Abs 91; EGMR 22.2.2022, 24379/20, *Shpend Bajrami und Hannah Bajrami gg Dänemark* (ZE) Abs 29; EGMR 22.12.2020, 43936/18, *Usmanov gg Russland*, Abs 56; EGMR 1.10.2019, 32737/16, *Akopdzhanyan gg Russland*, Abs 47; EGMR 17.9.2019, 57750/17, *Eze gg Schweden* (ZE) Abs 47; EGMR 23.10.2018, 25593/14, *Assem Hassan Ali gg Dänemark*, Abs 55; EGMR 12.6.2018, 47781/10, *Zezev gg Russland*, Abs 34; EGMR 12.6.2018, 23038/15, *Gaspar gg Russland*, Abs 39; EGMR 16.5.2017, 25748/15, *Kemal Hamesevic gg Bosnien-Herzegowina* (ZE) Abs 39; EGMR 25.4.2017, 41697/12, *Krasniqi gg Österreich*, Abs 47; EGMR 1.12.2016, 77036/11, *Salem gg Dänemark*, Rz 75; EGMR 9.6.2015, 16558/07, *Yanis Ramzi gg Rumänien* (ZE) Abs 24; EGMR 2.4.2015, 27945/10, *Sarközi und Mahran gg Österreich*, Abs 64; EGMR 8.7.2014, 3910/13, *M.P.E.V. gg die Schweiz*, Abs 57; EGMR 27.2.2014, 70055/10, *S.J. gg Belgien*, Abs 138.

Kindeswohls durch entsprechend **gewichtige öffentliche Interessen**, die für eine Beendigung des Aufenthalts sprechen, gerechtfertigt sein. Der EGMR hat dies insb. bei Ausweisungen aufgrund schwerer Straftaten angenommen, vor allem wenn die Beziehungen zu den Kindern schon vor der Abschiebung durch die Verbüßung einer Freiheitsstrafe beeinträchtigt wurden.²⁶² Ein weiterer gewichtiger Faktor, der auch gegenüber dem Kindeswohl überwiegen kann, ist die Unsicherheit des Aufenthaltsstatus im Zeitpunkt der Begründung von Familienleben.²⁶³ Auch wenn Kinder grundsätzlich nicht dafür verantwortlich sind, sich um die Legalität ihres Aufenthaltsstatus zu kümmern, können gewichtige Interessen der Einwanderungspolitik („weighty immigration policy considerations“) dafür sprechen, ihnen das Fehlverhalten ihrer Eltern zuzurechnen. Damit gibt der EGMR den nationalen Behörden die Möglichkeit, der Gefahr Rechnung zu tragen, dass Eltern die Situation ihrer Kinder ausnutzen könnten, um sich selbst und ihren Kindern einen Aufenthaltstitel zu verschaffen.²⁶⁴

3.4.4.2 Familienzusammenführung

Nach der stRsp des EGMR kann aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens keine generelle Verpflichtung der Mitgliedstaaten abgeleitet werden, die Wahl des gemeinsamen Wohnsitzes eines Ehepaars zu akzeptieren oder die Familienzusammenführung auf ihrem Territorium zu gestatten.²⁶⁵ Dieser auf die nationale Souveränität in Einwanderungsfragen bezogene Ausgangspunkt hat den Gerichtshof jedoch nicht daran gehindert, immer wieder Verletzungen von Art 8 EMRK durch die Verweigerung eines Aufenthaltstitels zum Zweck der Familienzusammenführung festzustellen. Ob eine solche Entscheidung mit dem Recht auf Achtung des Familienlebens der beteiligten Personen vereinbar ist, muss anhand einer **Interessenabwägung** beurteilt werden, bei der dem Kindeswohl besondere Bedeutung zukommt. Dabei wendet der Gerichtshof im Wesentlichen dieselben Kriterien an, egal ob es um den Nachzug von Angehörigen aus dem Ausland zu einem oder einer bereits niedergelassenen Fremden bzw. einem oder einer eigenen Staatsangehörigen geht oder um die Legalisierung des Aufenthalts von Familienmitgliedern, die sich zwar bereits im Gaststaat aufhalten, denen aber nie ein Aufenthaltstitel erteilt wurde.

Ein Anspruch auf Familienzusammenführung besteht nach dieser – sehr kasuistischen – Judikatur dann, wenn dies der **angemessenste Weg zu einem gemeinsamen Familienleben** ist. Es kommt also darauf an, ob es der Familie möglich und zumutbar ist, wieder gemeinsam im Herkunftsland zu leben oder auch die selbst gewählte Trennung aufrechtzuerhalten. Ob dies der Fall ist, wird anhand einer Interessenabwägung bestimmt, bei

262 EGMR 23.10.2018, 25593/14, *Assem Hassan Ali gg Dänemark*, Abs 56 f; EGMR 1.12.2016, 77036/11, *Salem gg Dänemark*, Rz 76 ff.

263 EGMR 14.2.2012, 26940/10, *Antwi u. a. gg Norwegen*, Abs 89.

264 EGMR 28.7.2020, 25402/14, *Pormes gg die Niederlande*, Abs 57; EGMR 4.12.2012, 47017/09, *Butt gg Norwegen*, Abs 79.

265 So erstmals EGMR 28.5.1985, 9214/80, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali gg das Vereinigte Königreich*, Abs 68.

der einerseits das Gewicht der öffentlichen Interessen an der Einwanderungskontrolle, andererseits das Interesse der beteiligten Personen an der Wiederaufnahme bzw. Aufrechterhaltung des Familienlebens im Gaststaat zu berücksichtigen sind.

In den ersten Urteilen zur Familienzusammenführung spielte zwar die Situation der betroffenen Minderjährigen eine wesentliche Rolle, doch verzichtete der EGMR noch darauf, explizit auf die Kinderrechte oder auf das Kindeswohl einzugehen.²⁶⁶ 2006 bezog er sich in seinem Urteil *Rodrigues da Silva und Hoogkamer gg die Niederlande* zwar ausdrücklich auf das Wohl des Kindes einer illegal aufhältigen Brasilianerin, das bei seinem niederländischen Vater lebte und die Mutter wegen dessen Widerstand nicht nach Brasilien begleiten konnte.²⁶⁷ Die KRK oder die Rechte des Kindes wurden in diesem Urteil allerdings noch nicht herangezogen, um die Feststellung einer Verletzung von Art 8 EMRK zu untermauern.

Erst mit dem bereits oben erwähnten Urteil der Großen Kammer im Fall *Jeunesse gg die Niederlande*, das an der Schnittstelle zwischen Familienzusammenführung und Ausweisung liegt, fand der ausdrückliche Bezug auf die KRK Eingang in die Rsp zur Familienzusammenführung. Dies wird anhand der folgenden Urteile deutlich. So führte der EGMR in den Fällen *Berisha gg die Schweiz*, *I.A.A. gg das Vereinigte Königreich*, *Senigo Longue u. a. gg Frankreich* und *El Ghatet gg die Schweiz* unter Verweis auf seine zu anderen Bereichen ergangenen Urteile aus, dass auch bei der Familienzusammenführung das Kindeswohl von vorrangiger („paramount“) Bedeutung sein müsse.²⁶⁸ In solchen Fällen würde er der Situation der betroffenen minderjährigen Kinder und insb. ihrem Alter, ihrer Situation im Herkunftsland und dem Grad ihrer Abhängigkeit von ihren Eltern besondere Beachtung schenken.²⁶⁹ Die innerstaatlichen Gerichte müssen demnach das Kindeswohl in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen stellen und ihm entscheidendes Gewicht („crucial weight“) beimessen.²⁷⁰ Im Urteil **M.A. u. a. gg Dänemark**, das die Vereinbarkeit einer gesetzlichen Wartefrist für den Nachzug von Kindern temporär Schutzberechtigter betraf, bekräftigte die Große Kammer den Grundsatz, wonach die Interessen der betroffenen Kinder von vorrangiger Bedeutung („paramount importance“) seien und ihnen erhebliches Gewicht („significant weight“) beigemessen werden müsse.²⁷¹

266 EGMR 1.12.2005, 60665/00, *Tuquabo-Tekle u. a. gg die Niederlande*; EGMR 21.12.2001, 31465/96, *Sen gg die Niederlande*.

267 EGMR 31.1.2006, 50435/99, *Rodrigues da Silva und Hoogkamer gg die Niederlande*, Abs 44.

268 EGMR 8.11.2016, 56971/10, *El Ghatet gg die Schweiz*, Abs 46; EGMR 8.3.2016, 25960/13, *I.A.A. gg das Vereinigte Königreich* (ZE) Abs 41; EGMR 10.7.2014, 19113/09, *Senigo Longue u. a. gg Frankreich*, Abs 62; EGMR 10.7.2014, 52701/09, *Mugenzi gg Frankreich*, Abs 45; EGMR 10.7.2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga gg Frankreich*, Abs 67; EGMR 30.7.2013, 948/12, *Berisha gg die Schweiz*, Abs 51.

269 EGMR 8.11.2016, 56971/10, *El Ghatet gg die Schweiz*, Abs 46; EGMR 8.3.2016, 25960/13, *I.A.A. gg das Vereinigte Königreich* (ZE) Abs 41; EGMR 30.7.2013, 948/12, *Berisha gg die Schweiz*, Abs 51.

270 EGMR 8.11.2016, 56971/10, *El Ghatet gg die Schweiz*, Abs 46.

271 EGMR (GK) 9.7.2021, 6697/18, *M.A. gg Dänemark*, Abs 133, 135 mit Rekapitulation der bisherigen Rsp.

Allerdings kann das **Kindeswohl** ungeachtet seiner vorrangigen Bedeutung **keine „Trumpfkarte“** sein, die den Nachzug aller Kinder verlangt, die im Gaststaat ein besseres Leben führen könnten als in ihrem Heimatland.²⁷²

Neben der Verpflichtung zur besonderen Berücksichtigung des Kindeswohls bei der Abwägung der betroffenen Interessen leitet der EGMR aus Art 8 EMRK auch **Anforderungen an das Verfahren** über die Familienzusammenführung ab. Der vom EGMR im Hinblick auf Verfahren über Obsorge, Umgangsrecht und internationale Kindesentführung entwickelte Grundsatz, wonach der Entscheidungsfindungsprozess, dessen Ausgang sich auf das Recht auf Achtung des Familienlebens auswirkt, fair sein und das Familienleben achten muss, wurde 2014 in drei zu Frankreich ergangenen Urteilen auf Verfahren über die Familienzusammenführung übertragen.²⁷³ Bei den Bf handelte es sich um Asylberechtigte, die nach französischem Recht einen Anspruch darauf hatten, ihre im Herkunftsland bzw. einem Drittstaat zurückgelassenen Kinder zu sich zu holen. Aufgrund von Zweifeln an der Echtheit der vorgelegten Geburtsurkunden wurden die Entscheidungen von den zuständigen Behörden jahrelang verzögert. Der EGMR betonte, dass Anträge auf Familienzusammenführung „rasch, achtsam und mit besonderer Sorgfalt“ zu untersuchen seien und dazu ein Verfahren eingerichtet werden müsse, in dem das Kindeswohl angemessen berücksichtigt werden könne.²⁷⁴ Zudem verwies er auf einen bestehenden internationalen und europäischen Konsens über die Notwendigkeit, für Flüchtlinge ein günstigeres Verfahren zur Familienzusammenführung vorzusehen als für andere Fremde, sowie auf die Notwendigkeit, ohne unnötige Verzögerungen zu einer Entscheidung zu gelangen, um die Trennung so kurz wie möglich zu halten.²⁷⁵ In diesem Kontext erinnerte er daran, dass auch nach den Vorgaben der KRK Anträge auf Familienzusammenführung „flexibel und mit Menschlichkeit“ zu prüfen sind.²⁷⁶ Dieser Grundsatz findet sich in Art 10 KRK, wonach „von einem Kind oder seinen Eltern zwecks Familienzusammenführung gestellte Anträge auf Einreise in einen Vertragsstaat oder Ausreise aus einem Vertragsstaat von den Vertragsstaaten wohlwollend, human und beschleunigt bearbeitet“ werden.

Diese Rsp zu den verfahrensrechtlichen Anforderungen wurde jüngst von der Großen Kammer in ihrem bereits erwähnten Urteil *M.A. gg Dänemark* bestätigt.²⁷⁷ Demnach muss der Entscheidungsfindungsprozess die von Art 8 EMRK geforderte Flexibilität,

272 EGMR 8.11.2016, 56971/10, *El Ghatet gg die Schweiz*, Abs 46; EGMR 8.3.2016, 25960/13, *I.A.A. gg das Vereinigte Königreich (ZE)* Abs 46. In diesem Sinne auch EGMR *Berisha*, Abs 60–61.

273 EGMR 10.7.2014, 19113/09, *Senigo Longue u. a. gg Frankreich*, Abs 63; EGMR 10.7.2014, 52701/09, *Mugenzi gg Frankreich*, Abs 46; EGMR 10.7.2014, 2260/10, *Tanda-Muzinga gg Frankreich*, Abs 68.

274 EGMR *Senigo Longue u. a.*, Abs 67; EGMR *Mugenzi*, Abs 52; EGMR *Tanda-Muzinga*, Abs 73.

275 EGMR *Mugenzi*, Abs 54; EGMR *Tanda-Muzinga*, Abs 75.

276 EGMR *Mugenzi*, Abs 56; EGMR *Senigo-Longue*, Abs 69; EGMR *Tanda-Muzinga*, Abs 76.

277 EGMR (GK) 9.7.2021, 6697/18, *M.A. gg Dänemark*, Abs 137–139.

Raschheit und Effizienz ausreichend gewährleisten.²⁷⁸ Eine nähere Befassung mit dem innerstaatlichen Verfahren erübrigte sich in diesem Fall, weil es nicht um prozessuale Defizite ging, sondern um die im dänischen Ausländergesetz vorgesehene dreijährige Wartefrist. Diese wurde vom EGMR für unverhältnismäßig und somit für unvereinbar mit Art 8 EMRK erklärt.²⁷⁹

3.4.4.3 Asylverfahren

Verfahren über Anträge auf internationalen Schutz fallen nicht in den Anwendungsbereich von Art 6 EMRK, weshalb sich der Gerichtshof grundsätzlich nicht mit Beschwerden über Missstände im Asylverfahren befassen kann. Dennoch hat er sich in einzelnen Urteilen zu den Verpflichtungen der Mitgliedstaaten gegenüber minderjährigen Antragstellerinnen und Antragstellern geäußert.

Im Hinblick auf die **Bestimmung des Alters** von Schutzsuchenden, die behaupten, minderjährig zu sein, betonte der EGMR die Bedeutung des Ausgangs solcher Verfahren im Migrationskontext. Da die Anwendbarkeit der nationalen, europäischen und internationalen Bestimmungen über den Schutz der Kinderrechte in dem Moment beginnt, in dem die betroffene Person als Kind identifiziert wird, sei die Bestimmung der Minderjährigkeit der erste Schritt zur Anerkennung ihrer Rechte und zur Aktivierung aller notwendigen Vorkehrungen zur Betreuung. Wenn ein Minderjähriger oder eine Minderjährige fälschlicherweise für erwachsen gehalten wird, könne dies schwerwiegende, seine oder ihre Rechte verletzende Maßnahmen nach sich ziehen.²⁸⁰ Wie der EGMR feststellte, anerkennen die unionsrechtlichen Bestimmungen (insb Art 17 RL 2005/85) und die KRK eindeutig die vorrangige Bedeutung des Kindeswohls und den Grundsatz der **Vermutung der Minderjährigkeit** im Hinblick auf unbegleitete Kinder, die als Migrantinnen und Migranten nach Europa kommen. Es sei daher von einer allgemeinen Anerkennung der Notwendigkeit auszugehen, unbegleitete minderjährige Migrantinnen und Migranten besonders zu schützen.²⁸¹

Der EGMR leitet in stRsp aus Art 3 EMRK eine positive Verpflichtung der Mitgliedstaaten ab, unbegleitete minderjährige Flüchtlinge zu beschützen und sich um sie zu kümmern. Dies umfasst auch eine Verpflichtung der Behörden, für eine Form der außerfamiliären Betreuung zu sorgen. In seinem Urteil *Khan gg Frankreich* verwies der Gerichtshof ausdrücklich auf Art 20 KRK, wonach für Kinder, die „vorübergehend oder dauerhaft aus ihrem familiären Umfeld herausgelöst“ sind, eine „andere Form der Betreuung“ sichergestellt wird. Unter Verweis auf Art 2 KRK betonte der GH die Geltung dieser Verpflichtung

278 EGMR (GK) *M.A. gg Dänemark*, Abs 163.

279 Vgl. dazu *Czech*, Konventionswidrigkeit der dreijährigen Wartefrist für die Familienzusammenführung subsidiär Schutzberechtigter. Besprechung von EGMR (GK) 9.7.2021, M. A. v Denmark, 6.697/18, FABL 2021-II, 23.

280 EGMR 21.7.2022, 5797/17, *Darboe und Camara gg Italien*, Abs 125.

281 EGMR *Darboe und Camara*, Abs 139–141.

ungeachtet der nationalen Herkunft des Kindes.²⁸² Daher verletzte Frankreich seine Verpflichtungen nach Art 3 EMRK, indem es keine Betreuung für den damals elfjährigen Bf sicherstellte, der sich ein halbes Jahr unter unmenschlichen Bedingungen in einem illegalen Flüchtlingslager in Calais aufhielt, und die gerichtliche Anordnung seiner Unterbringung in einer Einrichtung der Jugendfürsorge nicht umsetzte.

Konkret zu den **Aufnahmebedingungen** für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge stellte der EGMR weiters fest, dass Kinder nicht in einer für Erwachsene konzipierten Einrichtung untergebracht werden dürfen. Das durch Art 3 KRK garantierte Kindeswohl erfordere vielmehr eine Versorgung in speziellen Einrichtungen für Minderjährige oder eine Unterbringung bei Pflegeeltern.²⁸³

3.4.4.4 Freiheitsentziehung im Kontext von Einreise und Abschiebung

Die Vereinbarkeit einer Freiheitsentziehung zur Verhinderung der unerlaubten Einreise bzw. zur Sicherung einer Ausweisung mit der EMRK wird anhand von Art 3 EMRK, Art 5 EMRK und Art 8 EMRK geprüft. Sowohl bei den aus Art 3 EMRK abgeleiteten Anforderungen an die **Haftbedingungen** als auch bei der Prüfung der **Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung** nach Art 5 EMRK und der damit verbundenen Eingriffe in das Familienleben nach Art 8 EMRK zieht der EGMR die KRK heran, wenn Kinder – unmittelbar oder auch mittelbar – von der Freiheitsentziehung betroffen sind.

In der Rechtssache Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gg Belgien verwies der EGMR erstmals in diesem Kontext auf die KRK.²⁸⁴ Der Fall betraf ein fünfjähriges Mädchen, das aus der Demokratischen Republik Kongo stammte. Nachdem seine Mutter in Kanada als Flüchtling anerkannt worden war, sollte das Kind zunächst zu seinem in den Niederlanden lebenden Onkel reisen und dort die Ausstellung eines Visums für Kanada abwarten. Aufgrund fehlender Reisedokumente wurde dem Kind jedoch am Flughafen Brüssel die Einreise verweigert. Daraufhin musste es zwei Monate in einem **Transitzentrum** verbringen, bevor es nach Kinshasa abgeschoben wurde. Der EGMR erachtete die Anhaltebedingungen als unvereinbar mit Art 3 EMRK, weil keine Rücksicht auf die Bedürfnisse des Kindes genommen wurde. Zudem stellte er eine Verletzung von Art 8 EMRK durch die Anhaltung und die dadurch bedingte Verlängerung der Trennung des Kindes von seiner Mutter fest. Angesichts des Fehlens jeglichen Risikos eines Untertauchens des Kindes wäre die Anhaltung in einem geschlossenen Transitzentrum für Erwachsene nicht notwendig gewesen. Die Behörden hätten vielmehr **gelindere Maßnahmen** ergreifen müssen, die den durch Art 3 KRK garantierten höheren Interessen des Kindes besser entsprochen hätten.²⁸⁵

282 EGMR 28.2.2019, 12267/16, *Khan gg Frankreich*, Abs 44.

283 EGMR 21.7.2022, 5797/17, *Darboe und Camara*, Abs 156.

284 EGMR 12.10.2006, 13178/03, *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gg Belgien*.

285 EGMR *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga gg Belgien*, Abs 83.

Dass die Anhaltebedingungen stets auf die Bedürfnisse von Kindern abstellen müssen, egal ob diese von ihren Eltern bzw. anderen Bezugspersonen begleitet werden oder nicht, wurde vom EGMR im Urteil *Muskhadzhiyeva gg Belgien* klargestellt.²⁸⁶ Da es nicht zu einer Trennung der Familie gekommen war, prüfte der Gerichtshof die Beschwerde primär unter Art 3 EMRK. In diesem Kontext erinnerte er an **Art 22 KRK**, wonach die Vertragsstaaten geeignete Maßnahmen treffen sollen, um sicherzustellen, dass ein Kind, das die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehrt, **angemessenen Schutz und humanitäre Hilfe** bei der Wahrnehmung der in der KRK festgelegten Rechte erhält – und zwar unabhängig davon, ob es sich in Begleitung seiner Eltern oder einer anderen Person befindet oder ob es alleine unterwegs ist.²⁸⁷

Im Urteil *Rahimi gg Griechenland*, das die zweitägige Anhaltung eines unbegleiteten, 15 Jahre alten Flüchtlings aus Afghanistan unter unzumutbaren Bedingungen betraf, zog der EGMR die KRK zur Auslegung von Art 5 EMRK heran. Dabei bemängelte er, dass die Entscheidung über die Freiheitsentziehung auf einer automatischen Anwendung einer Bestimmung des innerstaatlichen Rechts beruhte, wonach die Schubhaft zur Sicherung einer Abschiebung verhängt werden konnte. Die spezielle Situation des Bf als unbegleiteter Minderjähriger sei dabei nicht angemessen berücksichtigt worden. Dies entspreche nicht den Vorgaben von Art 3 KRK und dem allgemeinen internationalen Konsens über die vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls. Zudem verwies der EGMR auf **Art 37 KRK**, wonach die Inhaftierung eines Kindes nur als letztes Mittel zulässig ist.²⁸⁸

Diese Rsp wurde im Urteil *Popov gg Frankreich* bestätigt. Auch hier stellte der EGMR eine Verletzung von Art 3 EMRK durch die 15 Tage dauernde Anhaltung einer Familie mit zwei Kindern im Alter von fünf Monaten bzw. drei Jahren in einem nicht für diese Zwecke geeigneten Anhaltezentrum fest. Der Gerichtshof bekräftigte, dass die extreme **Verwundbarkeit von Kindern** („the child’s extreme vulnerability“) der entscheidende Faktor sei, hinter den Überlegungen hinsichtlich der irregulären Einreise zurücktreten müssten. Kinder hätte spezifische Bedürfnisse, die sich insb. aus ihrem Alter und ihrer Abhängigkeit ergeben, aber ggf. auch aus ihrem Status als Asylwerber. Diese Vulnerabilität besteht demnach unabhängig davon, ob das Kind alleine unterwegs ist oder von einem Elternteil begleitet wird.²⁸⁹ Unter Verweis auf das Urteil *Muskhadzhiyeva* erinnerte der Gerichtshof zudem daran, dass die Mitgliedstaaten durch die KRK dazu aufgerufen würden, angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass ein Kind, das um den Flüchtlingsstatus ersucht, Schutz und humanitäre Unterstützung erhält.²⁹⁰ Neben einer

286 EGMR 19.1.2010, 41442/07, *Muskhadzhiyeva gg Belgien*, Abs 58.

287 EGMR *Muskhadzhiyeva gg Belgien*, Abs 62.

288 EGMR 5.4.2011, 8687/08, *Rahimi gg Griechenland*, Abs 108; in diesem Sinne auch EGMR 24.10.2013, 71825/11, *Housein gg Griechenland*, Abs 77.

289 In diesem Sinne auch EGMR 13.12.2011, 15297/09, *Kanagaratnam u. a. gg Belgien*, Abs 64.

290 EGMR 19.1.2012, 39472/07 und 39474/07, *Popov gg Frankreich*, Abs 91; bekräftigt unter anderem in EGMR (GK) 4.11.2014, 29217/12, *Tarakhel gg die Schweiz*, Abs 99 und EGMR 21.7.2022, 5797/17, *Darboe und Camara*, Abs 173.

Verletzung von Art 3 EMRK bejahte der Gerichtshof auch das Vorliegen eines Eingriffs in das Recht auf Achtung des Familienlebens. Diesen sah er dadurch begründet, dass die Familie zwar nicht getrennt, aber 15 Tage lang unter unangemessenen Bedingungen angehalten wurde, die ein normales Familienleben nicht ermöglichten. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit dieses Eingriffs verwies der EGMR erneut auf die KRK. Der Eingriff könne nur als verhältnismäßig angesehen werden, wenn die Maßnahme notwendig sei, um das angestrebte Ziel – in concreto die Sicherstellung der Ausreise – zu erreichen. Dabei sei das Kindeswohl nicht nur zu beachten, sondern vorrangig zu berücksichtigen. Dieser Anforderung sei nicht schon dann entsprochen, wenn die Familie nicht getrennt wird. Vielmehr verlange die von der KRK geforderte und einem internationalen Konsens entsprechende vorrangige Rücksicht auf die Interessen der Kinder, dass die **Schubhaft nur als ultima ratio** verhängt wird, nachdem gelindere Alternativen erwogen und für unzureichend befunden wurden.²⁹¹ Die gesonderte Prüfung der Beschwerde unter Art 8 EMRK ist insofern bemerkenswert, als der Gerichtshof noch in *Muskhadzhiyeva* das Beschwerdevorbringen unter Art 8 EMRK als unzulässig zurückgewiesen hatte.²⁹² Das Abweichen von dieser Vorjudikatur begründete der EGMR mit der Weiterentwicklung der Rsp zur Relevanz des Kindeswohls im Kontext der Schubhaft, die insb. im Urteil *Rahimi* deutlich geworden sei.²⁹³

In fünf weiteren Urteilen zu Frankreich bestätigte der EGMR diese Grundsätze und stellte jeweils Verletzungen von Art 3 EMRK und Art 8 EMRK fest, weil Familien mit kleinen Kindern unter Bedingungen angehalten wurden, die zumindest für einen längeren Aufenthalt nicht geeignet waren.²⁹⁴ Erneut verwies er dabei auf die aus Art 3 KRK abgeleitete Pflicht zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls, aus der sich ergebe, dass die Behörden einerseits die **Familieneinheit soweit wie möglich bewahren** und andererseits gelindere Maßnahmen in Erwägung ziehen müssten, um eine Freiheitsentziehung Minderjähriger soweit als möglich zu verhindern.

Das Urteil *S.F. u. a. gg Bulgarien* gab keinen Anlass zur Weiterentwicklung der Rsp. Der EGMR beschränkte sich darauf, seine oben dargelegten Grundsätze zu wiederholen und auf die knapp zwei Tage dauernde Anhaltung von drei Minderjährigen (16, 11 bzw. 1 ½ Jahre alt) durch die bulgarische Grenzpolizei anzuwenden. Erneut führte der EGMR aus, dass die extreme **Vulnerabilität** der Kinder entscheidend sei und Überlegungen hinsichtlich des Status als irreguläre Einwanderer dahinter zurücktreten müssten. Zudem

291 EGMR 19.1.2012, 39472/07 und 39474/07, *Popov gg Frankreich*, Abs 139–141.

292 EGMR 19.1.2010, 41442/07, *Muskhadzhiyeva gg Belgien*, Abs 98 f.

293 EGMR 19.1.2012, 39472/07 und 39474/07, *Popov gg Frankreich*, Abs 147.

294 EGMR 12.7.2016, 11593/12, *A.B. u. a. gg Frankreich*; EGMR 12.7.2016, 33201/11, *R.M. u. a. gg Frankreich*; EGMR 12.7.2016, 24587/12, *A.M. u. a. gg Frankreich*; EGMR 12.7.2016, *R.K. u. a. gg Frankreich*; EGMR 12.7.2016, 76491/14, *R.C. und V.C. gg Frankreich*.

verwies er wiederum auf **Art 22 KRK**, wonach schutzsuchenden Kindern angemessener Schutz und humanitäre Unterstützung zuteil werden müssen.²⁹⁵

Auch die Rechtssache G.B. u.a. gg die Türkei brachte keine Neuerungen mit sich. Der Gerichtshof verwies im Zuge der Prüfung der Vereinbarkeit der Haftbedingungen in einem Anhaltezentrum mit Art 3 EMRK auf **Art 37 lit c KRK**, wonach die Vertragsstaaten sicherstellen, „dass jedes Kind, dem die Freiheit entzogen ist, menschlich und mit Achtung vor der dem Menschen innewohnenden Würde und unter Berücksichtigung der Bedürfnisse von Personen seines Alters behandelt wird“. In diesem Kontext bekräftigte er, dass bei der Beurteilung der Anhaltebedingungen die extreme Verwundbarkeit von Kindern zu berücksichtigen sei, die unabhängig davon bestehe, ob sie alleine unterwegs sind oder von ihren Eltern begleitet werden.²⁹⁶

Die Anhaltung einer aus Afghanistan stammenden Familie in der ungarischen **Transitzone Röszke** an der Grenze zu Serbien war Gegenstand des Urteils R.R. u.a. gg Ungarn. Der Gerichtshof stellte wiederum eine Verletzung von Art 3 EMRK fest, weil die Bedingungen in dieser Transitzone zwar für die Anhaltung von Erwachsenen geeignet waren und auch für eine kurzfristige Unterbringung von Kindern, nicht jedoch für den beinahe vier Monate dauernden Aufenthalt einer Mutter mit ihren Kindern im Alter von sechs und sieben Jahren bzw. sieben Monaten. Erneut verwies der EGMR auf die erhöhte **Vulnerabilität** und besonderen Bedürfnisse von Kindern, die sich aus ihrem Alter ihrer Abhängigkeit und ihrem Status als Asylwerber ergeben können, sowie auf **Art 22 KRK**. Die Vereinbarkeit der Bedingungen, unter denen Kindern die Freiheit entzogen wird, ist demnach im Wesentlichen anhand einer Kombination von drei Faktoren zu beurteilen: dem Alter der Kinder, der Dauer der Anhaltung und den Bedingungen in der Hafteinrichtung.²⁹⁷ Auf denselben Grundsätzen beruhen auch die beiden Urteile N.B. u.a. gg Frankreich und M.D. und A.D. gg Frankreich.²⁹⁸

Dieselben Verweise auf die Vorjudikatur und auf die KRK finden sich auch im Urteil M.H. u.a. gg Kroatien, das – neben anderen Beschwerdepunkten – ebenfalls die Anhaltung Minderjähriger in Schubhaft betraf.²⁹⁹ Darüber hinaus bezog sich der EGMR auch im Kontext von Art 2 EMRK auf **Art 22 KRK**. Das Recht auf Leben war in diesem Fall anwendbar, weil eines der Kinder der Bf von einem Zug erfasst und getötet wurde, nachdem die kroatischen Grenzbeamten und -beamtinnen die Familie an einem Winterabend an der Grenze zurückgewiesen und aufgefordert hatten, entlang der Eisenbahnschienen

295 EGMR 7.12.2017, 8138/16, *S.F. u.a. gg Bulgarien*, Abs 79; in diesem Sinne auch EGMR 22.11.2016, 25794/13 und 28151/13, *Abdullahi Elmi und Aweys Abubakar gg Malta*, Abs 103.

296 EGMR 17.10.2019, 4633/15, *G.B. u.a. gg die Türkei*, Abs 101.

297 EGMR 2.3.2021, 36037/17, *R.R. u.a. gg Ungarn*, Abs 49.

298 EGMR 31.3.2022, 49775/20, *N.B. u.a. gg Frankreich*, Abs 46; EGMR 22.7.2021, 57035/18, *M.D. und A.D. gg Frankreich*, Abs 63.

299 EGMR 18.11.2021, 15670/18 und 43115/18, *M.H. u.a. gg Kroatien*, Abs 184.

nach Serbien zurückzukehren. Dieses Verhalten hatte nach Ansicht des EGMR nicht nur gegen die nationalen Vorschriften über den Zugang zum Asylverfahren und die AsylverfahrensRL verstoßen, sondern auch gegen die aus Art 22 KRK erwachsenden Verpflichtungen des Staates.³⁰⁰ Im Kontext der Prüfung der Beschwerde unter Art 5 EMRK betonte der Gerichtshof, dass seitens internationaler Gremien zunehmend der Verzicht auf die Einwanderungshaft von Kindern gefordert werde und eine solche nur dann mit dem Recht auf persönliche Freiheit vereinbar sein könne, wenn nachgewiesenermaßen keine gelinderen Alternativen zur Verfügung stehen und die Haft nur von kurzer Dauer ist. Auch die Rücksicht auf das Kindeswohl könne sich nicht darin erschöpfen, auf eine Trennung der Familie zu verzichten, sondern erfordere vielmehr alle nötigen Schritte, um eine **Freiheitsentziehung** von Familien mit Kindern so weit wie möglich zu **vermeiden**.³⁰¹

Nicht auf Art 3 und Art 5 EMRK, sondern ausschließlich auf Art 8 EMRK stützte sich der EGMR in der Rechtssache *Bistieva u. a. gg Polen*, die sich auf die beinahe sechs Monate dauernde Anhaltung einer Asylwerberin und ihrer drei Kinder in einem geschlossenen **Aufnahmezentrum** in Polen bezog. Wie schon in *Popov* und den fünf Folgefällen zu Frankreich betonte der EGMR die Notwendigkeit, bei der Prüfung des durch die Anhaltung begründeten Eingriffs in das Recht auf Achtung des Familienlebens eine Verhältnismäßigkeitsprüfung unter vorrangiger Berücksichtigung des Kindeswohls vorzunehmen, dem nur dann Rechnung getragen werde, wenn die Familie nicht getrennt und eine Freiheitsentziehung nur als ultima ratio eingesetzt werde.³⁰² Da die polnischen Behörden den Interessen der drei Kinder kein ausreichendes Gewicht beigemessen und keine gelinderen Maßnahmen in Erwägung gezogen hatten, stellte der Gerichtshof eine Verletzung von Art 8 EMRK fest.³⁰³

3.4.5 Positive Verpflichtungen zum Schutz der Kinderrechte

Die im Lichte der KRK ausgelegten Garantien der EMRK setzen den Mitgliedstaaten nicht nur Schranken im Hinblick auf Maßnahmen, welche die Kinderrechte berühren, sondern sie verlangen daneben auch **aktive Handlungen**. Insbesondere sind Gesetzgeber, Behörden und Gerichte verpflichtet, Kinder vor Übergriffen seitens Privater zu schützen, die ihre psychische und physische Integrität, ihre persönliche Freiheit oder ihre Persönlichkeitsrechte beeinträchtigen. Eine untergeordnete Rolle spielt daneben auch der Schutz vermögenswerter Interessen.

300 EGMR *M.H. u. a. gg Kroatien*, Abs 136.

301 EGMR *M.H. u. a. gg Kroatien*, Abs 236–238; so auch EGMR 3.3.2022, 14743/17, *Nikoghosyan u. a. gg Polen*, Abs 84.

302 EGMR 10.4.2018, 75157/14, *Bistieva u. a. gg Polen*, Abs 78.

303 EGMR *Bistieva u. a. gg Polen*, Abs 85 f.

3.4.5.1 Schutz der sexuellen Integrität

Gemäß der stRsp erwachsen aus Art 3 und Art 8 EMRK positive Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, die sexuelle Integrität vor Übergriffen durch Private zu schützen. Erforderlich ist insb. ein gesetzlicher Rahmen, der mit strafrechtlichen Bestimmungen für eine ausreichende Abschreckung sorgt, sowie dessen effektive Anwendung durch Gerichte und Behörden in Form **präventiver Maßnahmen** und einer **wirksamen Strafverfolgung**.

In der 2003 entschiedenen Rechtssache M.C. gg Bulgarien stellte der EGMR zwar eine Verletzung von Art 3 und Art 8 EMRK fest, weil die bulgarischen Behörden ihren positiven Verpflichtungen nicht nachgekommen waren, die Verantwortlichen für die Vergewaltigung der zum Tatzeitpunkt 14 Jahre alten Bf zur Rechenschaft zu ziehen, verzichtete dabei aber auf einen Verweis auf die KRK oder die besonderen Interessen von Kindern und beschränkte sich auf die Feststellung, dass Kinder und andere besonders vulnerable Personen erhöhten Schutzes bedürften, der nur durch strafrechtliche Instrumente gewährleistet werden könne.³⁰⁴ Im ersten Urteil der Großen Kammer zu den staatlichen Schutzpflichten in Bezug auf sexuellen Missbrauch – O’Keeffe gg Irland – finden sich zwar Bezüge zu den Kinderrechten, allerdings nicht zur KRK. Die Beschwerde betraf den sexuellen Missbrauch durch einen Lehrer an einer öffentlichen katholischen Schule, den eine Irin 1973 im Alter von neun Jahren erlitten hatte. Der EGMR betonte die Notwendigkeit effektiver strafrechtlicher Bestimmungen zur Abschreckung und Verfolgung derartiger Delikte sowie die Bedeutung effektiver Mechanismen zur Meldung und Aufdeckung solcher Vorfälle.³⁰⁵ Angesichts der Merkmale von **Kindesmissbrauch** gerade im spezifischen, durch ein Autoritätsverhältnis geprägten Kontext der Schule wäre dies unerlässlich, um Kindesmissbrauch zu verhindern und die Verantwortlichen zur Rechenschaft zu ziehen. Da sich der Sachverhalt bereits 1973 – und damit vor Inkrafttreten der KRK – ereignet hatte, konnte die Große Kammer ihre Betonung der besonderen Schutzbedürftigkeit von Kindern nicht mit der KRK untermauern, sie bezog sich aber auf die Erklärung der Rechte des Kindes von 1959, nach deren Grundsatz Nr. 9 das Kind „vor allen Formen der Vernachlässigung, Grausamkeit und Ausbeutung geschützt“ wird.

Hingegen zog der EGMR in drei Urteilen, die sich auf den unzureichenden Schutz von Kindern gegen sexuellen Missbrauch bzw. Vergewaltigung bezogen, die KRK heran, um erneut an die Pflicht zur Achtung des Kindeswohls zu erinnern und die sich aus Art 3 und Art 8 EMRK ergebenden positiven Verpflichtungen des Staates zu präzisieren. Im Fall C.A.S. und C.S. gg Rumänien, der ein ineffektives Strafverfahren nach der wiederholten Vergewaltigung eines siebenjährigen Jungen betraf, verwies der EGMR zunächst auf die Feststellungen des Kinderrechtsausschusses in seinem General Comment Nr. 13, wonach die Staaten ihre Rechtsordnung entsprechend den Vorgaben des **Art 19 KRK**

304 EGMR 4.12.2003, 39272/98, *M.C. gg Bulgarien* Abs 150.

305 EGMR (GK) 28.1.2014, 35810/09, *O’Keeffe gg Irland*, Abs 162.

ausgestalten müssen.³⁰⁶ Demnach müssen **Kinder vor jeder Form des Missbrauchs und der Gewalt geschützt** werden, was unter anderem Maßnahmen zur Prävention und Wiedergutmachung erfordert.³⁰⁷ Wie der Gerichtshof ausführte, müssen die Ermittlungen Rücksicht auf die Bedürfnisse und auf die besondere Verletzlichkeit des Kindes nehmen sowie den psychologischen Besonderheiten von Fällen des Kindesmissbrauchs Rechnung tragen. In diesem Kontext bedauerte der EGMR, dass dem minderjährigen Opfer im vorliegenden Fall keine psychologische Unterstützung gewährt worden war. In *M.M.B. gg die Slowakei* wiederholte der EGMR diese Grundsätze, wobei er neben Art 19 auch Art 34 KRK ins Spiel brachte, der eine spezifische Verpflichtung enthält, Kinder vor allen Formen sexueller Ausbeutung und sexuellen Missbrauchs zu schützen.³⁰⁸ Dies umfasse nicht zuletzt die Verpflichtung, durch strafrechtliche Bestimmungen eine ausreichende Abschreckung sicherzustellen.³⁰⁹ Im Hinblick auf den im vorliegenden Fall behaupteten unzureichenden Schutz eines vierjährigen Kindes vor sexuellem Missbrauch durch seinen Vater betonte der Gerichtshof, dass das Recht auf Menschenwürde und psychische Integrität besonderer Beachtung bedürfe, wenn ein Kind Opfer von Gewalt wird. Art 3 und Art 8 EMRK würden in Fällen mutmaßlichen sexuellen Missbrauchs Minderjähriger verlangen, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen und die besondere Verletzlichkeit und den daraus resultierenden Bedürfnissen angemessen Rechnung zu tragen.³¹⁰ Auch im Urteil *M.G.C. gg Rumänien*, das unzureichende strafrechtliche Ermittlungen nach der Vergewaltigung eines elfjährigen Mädchens betrifft, führte der EGMR **Art 19 und Art 34 KRK** an, um sein Argument zu untermauern, dass die Mitgliedstaaten effektive strafrechtliche Instrumente gegen Vergewaltigung und sexuellen Missbrauch von Kindern vorsehen müssen.³¹¹

Ein Verweis auf Art 19 und Art 34 KRK findet sich auch in *A., B. und C. gg Lettland*.³¹² Die Bf hatten ein Versäumnis der lettischen Behörden geltend gemacht, sie vor sexuellen Übergriffen durch ihren Sporttrainer an einer staatlichen Schule zu schützen. Da nach Ansicht des EGMR eine ausreichende strafrechtliche Untersuchung der Vorwürfe stattgefunden hatte, verneinte er allerdings eine Verletzung von Art 8 EMRK.

Als unzureichend wurden hingegen im Fall *X. u.a. gg Bulgarien* die Maßnahmen angesehen, die von den bulgarischen Behörden zur Verhinderung bzw. Aufklärung von sexuellem Missbrauch in einem Kinderheim ergriffen worden waren. Die drei Bf waren in

306 EGMR 20.3.2012, 26692/05, *C.A.S. und C.S. gg Rumänien*, Abs 53. Committee on the Rights of the Child, General comment No. 13 (2011), The right of the child to freedom from all forms of violence, 18.4.2011, CRC/C/GC/13.

307 EGMR *C.A.S. und C.S. gg Rumänien*, Abs 72, 76.

308 EGMR 26.11.2019, 6318/17, *M.M.B. gg die Slowakei*, Abs 59.

309 EGMR *M.M.B. gg die Slowakei*, Abs 60.

310 In diesem Sinne – allerdings ohne expliziten Verweis auf die KRK – auch EGMR 20.6.2019, 7144/15, *A. und B. gg Kroatien*, Abs 111 f.

311 EGMR 15.3.2016, 61495/11, *M.G.C. gg Rumänien*, Abs 57.

312 EGMR 31.3.2016, 30808/11, *A., B. und C. gg Lettland*, Abs 148.

einem Waisenhaus wiederholt von einem älteren Kind, aber auch von fremden Männern missbraucht worden, was erst nach ihrer Adoption durch ein italienisches Paar ans Licht kam. Auch nach entsprechenden Hinweisen an die bulgarischen Behörden führten diese keine effektiven Ermittlungen durch. Der EGMR erinnerte daran, dass Art 3 EMRK in Fällen mutmaßlichen Kindesmissbrauchs eine effektive Umsetzung des Rechts von Kindern auf Achtung des Kindeswohls verlange, was nicht zuletzt eine Rücksichtnahme auf ihre besondere **Verletzlichkeit** voraussetze. Diese Verpflichtung müsse im Lichte der KRK und anderer internationaler Instrumente wie insb. der **Lanzarote Konvention**³¹³ ausgelegt werden.³¹⁴ Wie sich aus Art 19 Abs 2 KRK und den dazu ergangenen Erläuterungen des Kinderrechtsausschusses ergebe, müssten die Staaten angemessene legislative und andere Maßnahmen ergreifen, um betroffenen Kindern sowie jenen, die sie betreuen, im Hinblick auf Meldung, Aufdeckung und Untersuchung die erforderliche Unterstützung zu bieten.³¹⁵

Den spezifischen Aspekt der **Zeugenbefragung** eines Kleinkindes, das mutmaßlich von seinem Vater sexuell missbraucht worden war, betrifft das Urteil R.B. gg Estland. Der EGMR rief zunächst unter Verweis auf die KRK in Erinnerung, dass die aus Art 3 und Art 8 EMRK erwachsenden positiven Verpflichtungen des Staates in Fällen des behaupteten sexuellen Missbrauchs von Kindern die Achtung des Kindeswohls verlangen und hier die Menschenwürde und psychische Integrität besondere Rücksicht erfordern. Die Staaten müssen daher entsprechende Straftatbestände vorsehen und sie mittels effektiver Untersuchungen und Strafverfolgung umsetzen, wobei die Rechte von Kindern als Opfer zu beachten sind.³¹⁶ Zum Strafverfahren selbst bemerkte der Gerichtshof, dass sich insb. aus der Lanzarote Konvention und anderen Instrumenten des Europarats sowie aus den anwendbaren Richtlinien der EU bestimmte Anforderungen an den Umgang mit minderjährigen Zeuginnen und Zeugen ergeben.³¹⁷ Im vorliegenden Fall bestand das Problem darin, dass bei der Befragung des vierjährigen Opfers im Vorverfahren, die durch eine Expertin durchgeführt und auf Video aufgezeichnet wurde, die gesetzlich vorgeschriebene Belehrung über das Entschlagungsrecht und die Wahrheitspflicht unterblieben war. Daraufhin wurde dieses Beweismittel, auf das sich die Anklage stützte, in der Hauptverhandlung nicht zugelassen, was in Ermangelung anderer Beweise zum Freispruch des Angeklagten führte. Nach Ansicht des EGMR entsprach die Vorgangsweise der estnischen Strafverfolgungsbehörden nicht den Anforderungen an eine kindgerechte Justiz. Diese würden gemäß den internationalen Vorgaben eine Vorgangsweise verlangen, die das Kindeswohl schützt und kindgerechte sowie schützende Maßnahmen für minderjährige Zeugen und Zeuginnen umfasst.³¹⁸

313 Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote Convention), ETS 201.

314 EGMR 2.2.2021 (GK), 22457/16, X. u. a. gg *Bulgarien*, Abs 192.

315 EGMR (GK) X. u. a. gg *Bulgarien*, Abs 214.

316 EGMR 22.6.2021, 22597/16, R.B. gg *Estland*, Abs 83 f.

317 EGMR R.B. gg *Estland*, Abs 88.

318 EGMR R.B. gg *Estland*, Abs 99.

3.4.5.2 Schutz vor Gewalt

Der EGMR leitet aus Art 3 – und gegebenenfalls auch Art 2 EMRK – positive Verpflichtungen ab, potenzielle Opfer zu schützen und effektive Ermittlungen durchzuführen, um nach einer Straftat die Verantwortlichen zur Rechenschaft zu ziehen. Zu diesem Bereich existiert mittlerweile eine umfangreiche Rsp, in der sich der EGMR, sofern Kinder betroffen waren, wiederholt auf die KRK bezogen hat. Die Urteile betreffen in erster Linie Fälle **häuslicher Gewalt**.

Die aus Art 3 EMRK resultierende positive Verpflichtung des Staates, Kinder vor Misshandlungen durch ihre Eltern zu schützen, untermauerte der EGMR bereits 1998 in seinem Urteil *A. gg das Vereinigte Königreich* mit einem Verweis auf **Art 19 und Art 37 KRK**, ohne allerdings näher auf die Implikationen der KRK in diesem Kontext einzugehen.³¹⁹ In diesem Fall erkannte der EGMR eine Verletzung der Schutzpflichten des Staates, nachdem der Stiefvater des Bf, der diesen wiederholt mit einem Stock geschlagen hatte, im Strafverfahren freigesprochen worden war.

Auch in *Juppala gg Finnland* wurde dieser Verweis wiederholt.³²⁰ Der Gerichtshof hatte über eine mögliche Verletzung der Meinungsfreiheit einer Mutter zu entscheiden, die gegenüber einem Arzt den Verdacht einer Misshandlung durch den Kindesvater geäußert hatte und daraufhin wegen Verleumdung verurteilt worden war. In diesem Kontext betonte er die Bedeutung des Schutzes von Kindern vor Gewalt. Vor diesem Hintergrund müsse verhindert werden, dass sich in gutem Glauben handelnde Personen aus Furcht vor einer Strafverfolgung wegen Verleumdung nicht mit ihrem Verdacht an Ärzte und Ärztinnen oder Sozialarbeiter und Sozialarbeiterinnen wenden. Die Verpflichtung gegenüber dem Kind müsse in solchen Situationen idR Vorrang haben vor dem Schutz der Persönlichkeitsrechte der unter Verdacht stehenden Person.³²¹ Ein ähnlicher Sachverhalt lag dem Urteil *M.P. gg Finnland* zugrunde. Auch in diesem Fall war die Bf wegen Verleumdung verurteilt worden, nachdem sie eine Sozialarbeiterin auf ihre Sorge hingewiesen habe, ihre Tochter könnte vom Vater sexuell missbraucht werden. Erneut bekräftigte der EGMR die staatliche **Pflicht, Kinder vor Missbrauch zu schützen**, die in Art 19 und Art 37 KRK zum Ausdruck komme.³²²

Gewisse Parallelen dazu wies auch der Fall *K.T. gg Norwegen* auf. Der Vater zweier Söhne beschwerte sich über eine von der Jugendwohlfahrtsbehörde durchgeführte Untersuchung über seine Erziehungsfähigkeit. Obwohl eine erste Ermittlung keine Probleme gezeigt hatte, erfolgte nach einer anonymen Anzeige, wonach er häufig alkoholisiert wäre und seine Kinder dadurch in Gefahr bringen würde, eine weitere Untersuchung.

319 EGMR 23.9.1998, 25599/94, *A. gg das Vereinigte Königreich*, Abs 22.

320 EGMR 2.12.2008, 18620/03, *Juppala gg Finnland*, Abs 41.

321 EGMR *Juppala gg Finnland*, Abs 42–45.

322 EGMR 15.12.2016, 36487/12, *M.P. gg Finnland*, Abs 53.

Bei seiner Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des mit den Ermittlungen verbundenen Eingriffs in das Privat- und Familienleben des Vaters verwies der EGMR einleitend auf **Art 19 KRK**. Für die Interessenabwägung spiele die Tatsache eine wichtige Rolle, dass die umstrittene Ermittlung zu jenen Maßnahmen zähle, die gemäß Art 19 KRK vom Staat zur **Vorbeugung** von Fällen der Misshandlung und Vernachlässigung von Kindern ergriffen werden sollen. Die Schwelle für die Einleitung derartiger Untersuchungen sei daher niedrig anzusetzen.³²³ Aus der Betonung der Wirksamkeit solcher Maßnahmen in Art 19 KRK leitete der Gerichtshof zudem ab, dass eine eingehende Prüfung derartiger Vorwürfe bereits vor der Einleitung einer solchen Untersuchung nicht tunlich sei, da die damit verbundenen Verzögerungen unvereinbar mit der Notwendigkeit wären, möglichst rasch festzustellen, ob ein Kind unter Bedingungen lebt, die seiner Gesundheit oder Entwicklung abträglich sind.³²⁴

In *M. und M. gg Kroatien* musste sich der EGMR mit der von einem Kind behaupteten anhaltenden psychischen und physischen Misshandlung durch seinen Vater befassen und beurteilen, ob die Behörden angemessene Maßnahmen zu seinem Schutz und zur Aufklärung der Taten gesetzt hatten. Dabei verwies er zunächst (in der Rubrik „International Law“) wiederum auf Art 19 KRK und auf den General Comment Nr. 8.³²⁵ In seinen Rechtsausführungen kam er darauf zurück, um festzustellen, dass alle Berichte über Gewalt gegen Kinder, auch wenn es sich um innerfamiliäre Vorfälle handelt, untersucht werden müssen. Eine unbedingte Pflicht zur Strafverfolgung leitet der Gerichtshof daraus nicht ab, was den Erläuterungen des Kinderrechtsausschusses entspricht, wonach die Behörden durch Unterstützung darauf hinarbeiten sollen, häusliche Gewalt in der Familie zu beenden, aber eine Strafverfolgung nicht immer das Mittel der Wahl ist.³²⁶

Im Urteil *D.M.D. gg Rumänien* verwies der EGMR erneut auf die Allgemeinen Bemerkungen Nr. 8 (2006) und zog daneben auch den General Comment Nr. 13³²⁷ heran, wonach jegliche Form der Gewalt gegen Kinder, wie leicht diese auch immer sein mag, ohne Ausnahme inakzeptabel ist.³²⁸ Seine Feststellung, wonach die Behörden mit dem Freispruch des Vaters, der sein Kind wiederholt geschlagen hatte, ihren Verpflichtungen gemäß Art 3 EMRK nicht nachgekommen waren, untermauerte er unter anderem mit der allgemeinen Anerkennung des Kindeswohls, das ohne Zweifel auch die Achtung der Würde von Kindern umfasse. Deren Schutz sei eines der Hauptanliegen der KRK und entspreche sowohl der

323 EGMR 25.9.2008, 26664/03, *K.T. gg Norwegen*, Abs 63.

324 EGMR *K.T. gg Norwegen*, Abs 67.

325 Committee on the Rights of the Children, General Comment No 8 (2006): The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment, 2.3.2007, CRC/C/GC/8.

326 EGMR 3.9.2015, 10161/13, *M. und M. gg Kroatien*, Abs 146.

327 Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 13 (2011), The right of the child to freedom from all forms of violence, 18.4.2011, CRC/C/GC/13.

328 EGMR 3.10.2017, 23022/13, *D.M.D. gg Rumänien*, Abs 32.

Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes als auch der psychologischen Perspektive. Die Achtung der Menschenwürde des Kindes schließe jeden Kompromiss im Namen der „Tradition“ oder „Disziplin“ bei der **Verurteilung von Gewalt gegen Kinder** aus. Die Einzigartigkeit von Kindern – ihr Potenzial, ihre Verletzlichkeit und ihre Abhängigkeit von Erwachsenen – würde einen höheren Schutz vor Gewalt verlangen. Dies beziehe sich auch auf den **Schutz vor körperlicher Bestrafung in der Familie**, die stets als erniedrigend angesehen werden müsse.³²⁹

Mit dem speziellen Fall **religiös motivierter körperlicher Züchtigung** von Kindern befasste sich der EGMR in zwei zu Deutschland ergangenen Urteilen. Die deutschen Behörden hatten Mitgliedern der fundamental-christlichen Sekte der „Zwölf Stämme“ die Obsorge für ihre Kinder entzogen und diese bei Pflegefamilien untergebracht, weil die Kinder – den Gepflogenheiten der Gemeinschaft entsprechend – wiederholt der **Prügelstrafe** unterzogen worden waren und die Eltern davon nicht abrücken wollten. Der EGMR legte die aus Art 3 EMRK erwachsende Schutzpflicht im Lichte von Art 19 KRK aus und verwies auf die Ansichten des Kinderrechtsausschusses, der unter Prügelstrafe jede Strafe unter Anwendung physischer Gewalt versteht, die dazu dient, Schmerz oder Unbehagen hervorzurufen, und der jede Form der Gewalt gegen Kinder für inakzeptabel hält.³³⁰

Im jüngsten Österreich betreffenden Urteil der EGMR zur häuslichen Gewalt, *Kurt gg Österreich*, bezog sich der GH nur in der Rubrik „International Law“ auf Art 19 KRK, ohne in seinen Rechtsausführungen auf dessen Implikationen in diesem Kontext einzugehen. Der tragische Fall betraf die in einer Schule erfolgte Ermordung eines Kindes durch seinen Vater, gegen den bereits wiederholt Wegweisungen und Betretungsverbote verhängt worden waren. Der EGMR erkannte kein Fehlverhalten der Behörden und Gerichte, das eine Verletzung der aus Art 2 EMRK resultierenden Schutzpflichten begründet hätte.³³¹ Wie der GH allerdings betonte, ist auch bei **Maßnahmen zur Prävention häuslicher Gewalt** die besondere Verwundbarkeit von Kindern zu beachten, die ein Recht auf staatlichen Schutz in Form effektiver Abschreckung genießen.³³²

329 EGMR, *D.M.D. gg Rumänien*, Abs 50.

330 EGMR 22.3.2018, 11308/16 und 11344/16, *Tlapak u. a. gg Deutschland*, Abs 86 und EGMR 22.3.2018, 68125/14 und 72204/14, *Wetjen u. a. gg Deutschland*, Abs 73 mit Verweis auf General Comment No. 13 (2011), The right of the child to freedom from all forms of violence, 18.4.2011, CRC/C/GC/13.

331 EGMR (GK) 15.6.2021, 62903/15, *Kurt gg Österreich*, NLMR 2021, 221 = iFamZ 2021, 143. Der Gesetzgeber nahm den Fall jedoch schon vor Erlass des Urteils zum Anlass für weitere Nachschärfungen im Gewaltschutzgesetz. Vgl. dazu *Stiebellehner*, Staatliche Verpflichtungen zum Schutz vor häusliche Gewalt. Kritische Anmerkungen zu EGMR 15.6.2021, 62.903/15, *Kurt gg Österreich*, NLMR 2021, 303 (309 ff).

332 EGMR (GK) 15.6.2021, 62903/15, *Kurt gg Österreich*, Abs 163.

3.4.5.3 Schutz vor Zwangsarbeit und Menschenhandel

Die aus Art 4 EMRK abgeleiteten positiven Verpflichtungen zum Schutz vor Zwangsarbeit, Leibeigenschaft und Menschenhandel entsprechen strukturell jenen, die sich aus Art 3 EMRK ergeben. Bereits das erste Urteil des EGMR zur staatlichen Verpflichtung, Ausbeutung in Form von Zwangsarbeit durch strafrechtliche Bestimmungen und operative Maßnahmen entgegenzuwirken (*Siliadin gg Frankreich*), betraf eine Minderjährige. Sie war ohne Visum nach Frankreich geholt worden, um hier in einem Privathaushalt ohne Bezahlung und angemessene Freizeit zu arbeiten. Sie war dabei völlig abhängig von ihren Dienstherrn, die sie wie eine Leibeigene behandelten. Die Übertragung der aus Art 3 EMRK abgeleiteten positiven Verpflichtungen auf Art 4 EMRK stützte der GH nicht zuletzt auf die zahlreichen internationalen Übereinkommen zur Bekämpfung der Zwangsarbeit und ähnlicher Formen der Ausbeutung, wobei er sich auch auf **Art 19 und Art 32 KRK** bezog.³³³ Im gegenständlichen Fall stellte der EGMR eine Verletzung von Art 4 EMRK fest, weil die damals geltenden strafrechtlichen Bestimmungen nicht ausreichend waren, um die Verantwortlichen effektiv zur Rechenschaft zu ziehen. Die in diesem Urteil entwickelten Grundsätze wurden im ähnlich gelagerten Fall *C.N. und V. gg Frankreich* bekräftigt, in dem der EGMR ebenfalls eine Verletzung der positiven Verpflichtungen feststellte, weil eine Minderjährige nicht ausreichend vor ihrer **Ausbeutung als Leibeigene in einem Privathaushalt** geschützt worden war.³³⁴

Entsprechende Verpflichtungen gelten auch im Fall von **Menschenhandel**, der vom EGMR ebenfalls als Tatbestand des Art 4 EMRK qualifiziert wird. Wie er im Urteil *V.C.L. und A.N. gg das Vereinigte Königreich* festhielt, müssen die Behörden effektive operative Maßnahmen ergreifen, wenn ihnen Umstände bekannt werden oder bekannt werden müssten, die darauf hinweisen, dass eine bestimmte Person Menschenhandel unterworfen wird oder einer diesbezüglichen realen und unmittelbaren Gefahr ausgesetzt ist.³³⁵ Da auch dieser Fall Minderjährige betraf, bezog sich der GH bei der Konkretisierung dieser Schutzpflicht wiederum auf die Kinderrechte. Die beiden aus Vietnam stammenden Bf waren in Großbritannien wegen Drogenanbaus verurteilt worden, nachdem die Polizei sie auf einer Cannabis-Plantage entdeckt hatte. Ihr Vorbringen, sie wären Opfer von Menschenhandel und zur Arbeit auf der Plantage gezwungen worden, wurde von den Gerichten nicht als strafbefreiend gewertet.

3.4.5.4 Schutz der Persönlichkeitsrechte

Eine Entwicklung hin zu einer stärkeren Bezugnahme auf die KRK findet sich auch in der Judikatur zu den positiven Verpflichtungen gemäß Art 8 EMRK, die Persönlichkeitsrechte vor unterhalb der Schwelle der Anwendbarkeit des Art 3 EMRK liegenden Übergriffen durch Private zu schützen. Während der EGMR in diesem Kontext zunächst auf Verweise auf die KRK verzichtete, finden sich solche mittlerweile regelmäßig.

333 EGMR 26.7.2005, 73316/01, *Siliadin gg Frankreich*, Abs 87, 89.

334 EGMR 11.10.2012, 67724/09, *C.N. und V. gg Frankreich*.

335 EGMR 16.2.2021, 77587/12 and 74603/12, *V.C.L. und A.N. gg das Vereinigte Königreich*, Abs 152.

Im Urteil K.U. gg Finnland, das den Schutz der Persönlichkeitsrechte eines Kindes betraf, in dessen Namen und mit dessen Foto ein Fremder missbräuchlich eine Kontaktanzeige im Internet veröffentlicht hatte, findet sich noch keine Erwähnung der KRK oder eine Bezugnahme auf das Kindeswohl.³³⁶ Hingegen zog der Gerichtshof im Urteil Söderman gg Schweden die KRK heran, um die aus Art 8 EMRK erwachsenden positiven Verpflichtungen zum Schutz der Persönlichkeitsrechte in Bezug auf Kinder zu präzisieren. Die Bf hatte geltend gemacht, durch das innerstaatliche Recht nicht ausreichend vor Übergriffen durch ihren Stiefvater geschützt worden zu sein, der mit einer im Badezimmer versteckten Kamera heimlich Nacktaufnahmen von ihr gemacht hatte. Wie der EGMR ausführte, ergibt sich die Pflicht der staatlichen Behörden, angemessene Schritte zu setzen, um schwerwiegende **Verletzungen der Persönlichkeitsrechte zu verhindern**, von denen sie Kenntnis haben oder haben müssten, auch aus **Art 19 und Art 34 KRK**. Die zu ergreifenden Maßnahmen müssten darauf abzielen, die Achtung der Menschenwürde und den Schutz des Kindeswohls zu gewährleisten.³³⁷

Zu den Anforderungen an den Schutz von Kindern vor **Veröffentlichungen** von Details aus ihrem Privat- und Familienleben äußerte sich der EGMR auch in N.Š. gg Kroatien. Die Bf war strafrechtlich verurteilt worden, weil sie in einem Fernsehinterview Details aus einem Verfahren über die Obsorge für ihre Enkelin preisgegeben hatte. Der EGMR bekräftigte zunächst unter Verweis auf den entsprechenden internationalen Konsens und auf Art 3 KRK die Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls und erörterte sodann deren Implikationen. Der Ausdruck „vorrangige Berücksichtigung“ („primary consideration“) bedeute zwar nicht, dass die Interessen der betroffenen Kinder allen widerstreitenden Interessen automatisch und absolut vorgehen würden. Sehr wohl ergebe sich daraus aber, dass die Interessen von Kindern nicht gleichbehandelt werden dürften wie alle anderen Überlegungen, sondern ihnen erhebliches Gewicht beigemessen werden müsse. In diesem Zusammenhang müsse die besondere Verletzlichkeit von Kindern bedacht werden. Die Behörden wären verpflichtet, sicherzustellen, dass das Recht von Kindern auf Privatsphäre angemessen geschützt würde. Dies gelte insb. in Zivilverfahren über Adoption, Kindesmissbrauch oder die Obsorge. Diese **Wahrung der Vertraulichkeit** sei nicht zuletzt erforderlich, um die Identität, das Wohlergehen, die Würde und psychische Integrität sowie die Entwicklung der Persönlichkeit des Kindes zu schützen.³³⁸

Allerdings bezieht sich der EGMR bei der Prüfung einer möglichen Verletzung der staatlichen Schutzpflicht gegenüber Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte Minderjähriger nicht immer auf die KRK. So betonte er jüngst in seinem Urteil I.V.Ț. gg Rumänien, das ein ohne die Zustimmung der Erziehungsberechtigten aufgenommenes und im Fernsehen

336 EGMR 2.12.2008, 2872/02, K.U. gg Finnland.

337 EGMR (GK) 12.11.2013, 5786/08, Söderman gg Schweden, Abs 82.

338 EGMR 10.9.2020, 36908/13, N.Š. gg Kroatien, Abs 97–99.

ausgestrahltes Interview mit einer elfjährigen Schülerin über einen tödlichen Unfall bei einem Schulausflug betraf, das Gebot der Beachtung der besonderen Verletzlichkeit junger Menschen und die erhöhte Gefährdung von Würde und Wohlergehen des Kindes durch derartige mediale Übergriffe, ohne sich dabei auf die KRK zu stützen.³³⁹

Mit einer unterhalb der Schwelle zur erniedrigenden Behandlung i.S.v. Art 3 EMRK gebliebenen verbalen Herabwürdigung befasste sich der EGMR in seinem Urteil F.O. gg Kroatien. Der Bf war in einer staatlichen Schule von seinem Lehrer wiederholt vor versammelter Klasse als „Idiot“ und „Dummkopf“ bezeichnet worden. Der GH sah darin eine mit den durch Art 8 EMRK geschützten Persönlichkeitsrechten unvereinbare Behandlung und erkannte eine Verletzung der staatlichen Verpflichtung, **Gesundheit und Wohlergehen von Schülern und Schülerinnen** vor solchen Formen des verbalen Missbrauchs zu schützen. In diesem Kontext verwies er auf **Art 19, Art 28 Abs 2 und Art 37 KRK** sowie auf die General Comments Nr. 8 und Nr. 13.³⁴⁰ Aus diesen internationalen Standards ergebe sich eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, angemessene legislative, administrative, gesellschaftliche und pädagogische Maßnahmen vorzusehen, um jede Form von Gewalt oder Missbrauch gegen Kinder in Bildungseinrichtungen unter allen Umständen zu verbieten und keinerlei Toleranz gegenüber solchem Verhalten zu zeigen. Dies erfordere es auch, sicherzustellen, dass die Verantwortlichen zur Rechenschaft gezogen werden.³⁴¹

3.4.5.5 Schutz des Rechts auf Achtung des Eigentums

Die positiven Verpflichtungen des Staates, die Interessen und Rechte von Kindern zu schützen, wurden vom EGMR in seinem Urteil S.L. und J.L. gg Kroatien auch auf den Schutz des Eigentums übertragen. Die Eltern zweier Kinder im Alter von vierzehn bzw. neun Jahren hatten als deren gesetzliche Vertreter ein im Eigentum der Kinder stehendes Haus gegen eine Wohnung von sehr viel niedrigerem Wert eingetauscht. Die zuständige Behörde hatte die dafür erforderliche Genehmigung erteilt, ohne dabei zu prüfen, inwiefern dieses Rechtsgeschäft im Interesse der Kinder lag. Der EGMR verwies zunächst auf den in seiner stRsp anerkannten internationalen Konsens über die vorrangige Bedeutung der Interessen von Kindern in allen sie betreffenden Entscheidungen, der insb. in Art 3 KRK zu Ausdruck komme.³⁴² Sodann betonte er, dass diese Überlegungen gleichermaßen im Bereich des **Schutzes der vermögenswerten Interessen von Kindern** relevant wären. Diese Interessen müssten durch die innerstaatlichen Behörden auch vor jeglicher

339 EGMR 1.3.2022, 33582/15, *I.V.T. gg Rumänien*, Abs 46, 59.

340 EGMR 22.4.2021, 29555/13, *F.O. gg Kroatien*, Abs 39–44; General Comment No. 8 (2006), The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment, 2.3.2007, CRC/C/GC/8; General comment No. 13 (2011), The right of the child to freedom from all forms of violence, 18.4.2011, CRC/C/GC/13.

341 EGMR 22.4.2021, 29555/13, *F.O. gg Kroatien*, Abs 91.

342 EGMR 7.5.2015, 13712/11, *S.L. und J.L. gg Kroatien*, Abs 62.

vorsätzlichen oder fahrlässigen Handlung durch andere, einschließlich ihrer Eltern und sonstigen rechtlichen Vertretungen, geschützt werden.³⁴³

Im Zusammenhang mit dem Recht auf Achtung des Eigentums ist weiters das Urteil Mazurek gg Frankreich zu nennen, wengleich sich dieses nicht auf die Schutzpflichten bezog, sondern auf eine sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebende erbrechtliche Schlechterstellung außerehelich geborener Kinder. Der GH verwies in seiner Begründung für die Feststellung einer Verletzung des Diskriminierungsverbots auch auf **Art 2 KRK**. Damit untermauerte er seine Ansicht, wonach keine legitimen Gründe erkennbar wären, die eine solche Ungleichbehandlung aufgrund der Geburt rechtfertigen könnten.³⁴⁴

3.4.6 Gesundheit

Das Recht von Kindern auf Schutz der Gesundheit und auf Inanspruchnahme verfügbarer Behandlungen hat den EGMR bislang selten beschäftigt. Ein ausdrücklicher Bezug auf die KRK findet sich nur im Urteil Vavříčka u. a. gg Tschechien, in dem sich die Große Kammer mit der gesetzlichen Verpflichtung befasste, Kinder im Vorschulalter gegen gewisse Infektionskrankheiten impfen zu lassen. Die GK erinnerte zunächst unter explizitem Verweis auf Art 3 KRK an den Grundsatz der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls. Daraus resultiere eine Verpflichtung der Staaten, das Kindeswohl und die Interessen von Kindern als Gruppe bei allen Entscheidungen, die sich auf ihre Gesundheit und ihre Entwicklung beziehen, ins Zentrum zu stellen.³⁴⁵ Die auf einer Verpflichtung zur Verabreichung bestimmter **Impfungen** beruhende Politik der Tschechischen Republik wurde vom GH als mit dem Kindeswohl vereinbar angesehen, da eine möglichst breite Impfung im Kindesalter dazu beitrage, alle Kinder vor schweren Infektionskrankheiten zu schützen. Dabei bezog sich der GH auch auf **Art 24 KRK** und General Comment Nr. 15, wonach die volle Verwirklichung des **Rechts des Kindes auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit** auch die allgemeine Verfügbarkeit von Impfungen gegen die gebräuchlichen Kinderkrankheiten umfasse.³⁴⁶

Mit einem Verweis auf das in der KRK verankerte Recht von Kindern auf Zugang zur Gesundheitsversorgung sowie das Prinzip des Kindeswohlvorrangs untermauerte der EGMR auch seine Ansicht, wonach die in einigen Ländern geltenden Einschränkungen von **Hausgeburten** mit den Rechten der werdenden Mütter vereinbar sind.³⁴⁷ Der Schutz der Gesundheit und des Lebens von Neugeborenen kann es demnach rechtfertigen, die Entscheidungsfreiheit von Frauen in Bezug auf Ort und Umstände ihrer Niederkunft ein-

343 EGMR, *S.L. und J.L. gg Kroatien*, Abs 63.

344 EGMR 1.2.2000, 34406/97, *Mazurek gg Frankreich*, Abs 52.

345 EGMR (GK) 8.4.2021, 47621/13 u. a., *Vavříčka u. a. gg Tschechien*, Abs 287 f, NLMR 2021, 156.

346 Committee on the Rights of the Child, General comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health, 17.4.2013, CRC/C/GC/15.

347 EGMR 4.6.2019, 69489/12, *Kosaitė-Čypienė u. a. gg Litauen*, Abs 109.

zuschränken.³⁴⁸ Wie der EGMR in diesem Kontext festhielt, muss jedenfalls sichergestellt sein, dass zu Hause geborenen Kindern im Fall von Komplikationen die nötige medizinische Hilfestellung vor Ort oder durch einen Transfer in ein Krankenhaus gewährt wird.³⁴⁹

3.4.7 Recht auf Bildung

Das in Art 2 1. ZPEMRK garantierte Recht auf Bildung spielt in quantitativer Hinsicht keine allzu große Rolle in der Straßburger Judikatur. In den ergangenen Urteilen finden sich dennoch immer wieder Bezüge zur KRK und insb. zu deren **Art 28 und Art 29**, die das Recht auf Bildung näher ausführen und dieses – im Gegensatz zur ursprünglichen Konzeption des Art 2 1. ZPEMRK³⁵⁰ – primär als Recht des Kindes verstehen und nicht als Recht der Eltern auf Schutz ihrer Autonomie in Bezug auf die Erziehung ihrer Kinder.

Dass Art 2 1. ZPEMRK im Einklang mit anderen, sich auf das Recht auf Bildung beziehenden völkerrechtlichen Verträgen auszulegen ist, stellte die Große Kammer des EGMR in ihrem Urteil *Catan u. a. gg Republik Moldau und Russland* fest. Der Fall betraf die Schließung von Schulen, in denen Moldawisch als Unterrichtssprache und das lateinische Alphabet verwendet wurden, durch die Behörden der separatistischen „Transnistrischen Moldawischen Republik“. Wie die Große Kammer ausführte, sind bei der Interpretation von Art 2 1. ZPEMRK insb. Art 28 und Art 29 KRK zu berücksichtigen.³⁵¹ Konkrete Implikationen dieses Verweises für den gegenständlichen Fall sind allerdings nicht erkennbar.

Wie der EGMR ganz generell festgehalten hat, spielt das Recht auf Bildung in einer demokratischen Gesellschaft eine so fundamentale Rolle, dass sich eine restriktive Auslegung des ersten Satzes von Art 2 1. ZPEMRK („Niemandem darf das Recht auf Bildung verwehrt werden.“) verbiete. Daher garantiere diese Bestimmung ohne Zweifel den **Zugang zu Grundschulbildung**, der von herausragender Bedeutung für die Entwicklung eines Kindes sei. Zur Untermauerung der Bedeutung dieses Rechts verwies der GH auf eine Reihe internationaler Instrumente, darunter Art 26 AEMR, Art 13 IPbPR und Art 28 KRK.³⁵²

Die von Art 28 Abs 1 KRK getroffene Differenzierung zwischen Grundschulen und weiterführenden Schulen wurde vom EGMR in seinem Urteil *Ponomaryovi gg Bulgarien* aufgegriffen. Der Fall betraf die Verpflichtung von Schülern und Schülerinnen der Sekundarstufe zur Zahlung von Gebühren für den Schulbesuch aufgrund ihrer Staatsbürgerschaft bzw. ihres Aufenthaltsstatus. Nach Ansicht des GH sind demnach bei weiterführenden Schulen,

348 EGMR (GK) 15.11.2016, 28859/11 und 28473/12, *Dubská und Krejzová gg Tschechien*, Abs 180.

349 EGMR 4.6.2019, 69489/12, *Kosaité-Ċypriené u. a. gg Litauen*, Abs 109.

350 Vgl. *Kilkelly*, *The CRC in Litigation Under the ECHR*, in Liefwaard/Doek (Hrsg), *Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence* (2015) 193 (195).

351 EGMR (GK) 19.10.2012, 43370/04, *Catan u. a. gg Republik Moldau und Russland*, Abs 136.

352 EGMR 13.12.2015, 55762/00 und 55974/00, *Timishev gg Russland*, Abs 64.

im Gegensatz zu Grundschulen, Gebühren nicht generell ausgeschlossen. Dennoch relativierte er in weiterer Folge diese Differenzierung und stellte fest, dass angesichts der Bedeutung von Schulbildung in heutigen Gesellschaften auch Einschränkungen durch Gebühren für den Besuch einer weiterführenden Schule einer strengen Rechtfertigungsprüfung unterliegen müssten.³⁵³

Auch in einem Urteil zur **Prügelstrafe** in einer englischen Schule stellte der EGMR einen Bezug zu Art 28 KRK her, obwohl er die Beschwerde anhand von Art 3 und Art 8 EMRK prüfte. Über den Bf war im Alter von sieben Jahren wegen seines Verhaltens in der Schule eine Disziplinarstrafe verhängt worden. Diese bestand in nicht öffentlich verabreichten Schlägen mit einem weichen Schuh auf das Gesäß. Der EGMR erkannte darin keine erniedrigende Behandlung, ohne sich dabei auf das in der KRK enthaltene absolute Verbot jeder Form der körperlichen Gewaltanwendung (Art 19 KRK) zu beziehen. Allerdings verwies er explizit auf Art 28 KRK, in dessen Abs 2 anerkannt wird, dass der Anwendungsbereich des Rechts auf Bildung sich auch auf das schulische Disziplinarsystem erstreckt.³⁵⁴ In seinem Urteil *Đurđević gg Kroatien* wandte der EGMR diesen zu Disziplinarmaßnahmen entwickelten Grundsatz auf Gewalt zwischen Schülerinnen und Schülern an und stellte fest, dass die Schulbehörden auch dazu verpflichtet sind, Schülerinnen und Schüler vor physischen Übergriffen durch ihre Mitschülerinnen und Mitschüler zu schützen.³⁵⁵

Mit dem spezifischen Aspekt des **Sexualkundeunterrichts** in einer Grundschule befasste sich der EGMR in seiner Zulässigkeitsentscheidung *A.R. und L.R. gg die Schweiz*. Die Beschwerde war von Eltern erhoben worden, die vergeblich versucht hatten, eine Befreiung ihrer siebenjährigen Tochter von der Teilnahme an der Vermittlung sexualpädagogischer Inhalte zu erreichen. Ihrer Ansicht nach sollte eine „Sexualisierung“ von Kindern in diesem jungen Alter vermieden werden. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des darin liegenden Eingriffs in das Recht auf Achtung des Privatlebens der Eltern bezog sich der EGMR zunächst auf Art 5 KRK, um sein Argument zu untermauern, dass der Beziehung zwischen Eltern und ihren jungen Kindern angesichts der besonderen Sensibilität und Beeinflussbarkeit im Alter von vier bis acht Jahren (jenem Alter, in dem der umstrittene Sexualkundeunterricht stattfinden sollte) besondere Bedeutung zukäme. Art 5 KRK stelle einen Konnex her zwischen dem Entwicklungsniveau des Kindes und dem Recht der Eltern, diesem eine Orientierung zu geben. Allerdings sei die in dieser Bestimmung vorgesehene Achtung des Elternrechts nicht Selbstzweck, sondern habe grundsätzlich dem Wohlergehen des Kindes zu dienen. Die Verpflichtung der Staaten nach **Art 19 KRK**, alle geeigneten Maßnahmen auch im Bereich der Bildung zu ergreifen, um Kinder vor jeglicher Gewaltanwendung, Schadenszufügung oder Misshandlung – einschließlich des sexuellen

353 EGMR 21.6.2011, 5335/05, *Ponomaryovi gg Bulgarien*, Abs 57.

354 EGMR 25.3.1993, 13134/87, *Costello-Roberts gg das Vereinigte Königreich*, Abs 27.

355 EGMR 19.7.2011, 52442/09, *Đurđević gg Kroatien*, Abs 103 f.

Missbrauchs – zu schützen, spricht nach Ansicht des EGMR für sexualpädagogische Maßnahmen. Zudem müsse die Bildung nach Art 29 lit d KRK darauf abzielen, Kinder „auf ein verantwortungsbewusstes Leben in einer freien Gesellschaft“ vorzubereiten.³⁵⁶ Aus dieser auf das Kind zentrierten Perspektive leitete der EGMR ab, dass es im vorliegenden Fall – nicht zuletzt aufgrund der sensiblen, altersgemäßen und auf die Interessen der Eltern abstellenden Ausgestaltung der sexualpädagogischen Inhalte – verhältnismäßig war, das Recht der Eltern, ihr Kind im Sinne ihrer eigenen Überzeugungen zu erziehen, hinter das Interesse der Kinder zurücktreten zu lassen.

3.4.8 Zusammenfassung

Der EGMR zieht unterschiedliche Bestimmungen der KRK heran, um seine Auslegung der Konventionsrechte mit deren Vorgaben zu harmonisieren und den besonderen Bedürfnissen von Kindern Rechnung zu tragen. Dabei ist ein klarer **Trend einer zunehmenden Berücksichtigung der KRK** zu beobachten, der einem **Paradigmenwechsel** im Umgang mit den Rechten von Kindern entspricht. Während der EGMR in den ersten Jahrzehnten seines Bestehens Kinder meist nur als Anhängsel ihrer Eltern betrachtete und ihren Rechten wenig Beachtung schenkte, betont er diese heute in vielen Bereichen regelmäßig.

Einfallstor für die Wertungen der KRK ist vor allem **Art 8 EMRK**. Bei der regelmäßig durchzuführenden Interessenabwägung kann und muss das Kindeswohl besondere Berücksichtigung finden. Der EGMR hat dies in zahlreichen Fällen betont, die insb. familienrechtliche Angelegenheiten, das Migrationsrecht und die positiven Verpflichtungen zum Schutz der Persönlichkeitsrechte betreffen. Daneben beeinflussen einzelne Bestimmungen der KRK auch die Interpretation von Art 3 EMRK, was vor allem im Hinblick auf Anhaltebedingungen und den Schutz vor häuslicher Gewalt eine Rolle spielt. Daneben finden sich auch in zahlreichen weiteren Urteilen des EGMR Bezüge auf die KRK, so etwa in seiner Rsp zum Recht auf Bildung.

Diese Praxis des EGMR unterstreicht die Relevanz der KRK und verleiht den in ihr garantierten Rechten und Freiheiten eine zusätzliche Bindungswirkung. Denn aufgrund der Rechtsnatur der EMRK als österreichisches Verfassungsrecht und der Autorität, die der Rsp des EGMR bei ihrer Auslegung zukommt, **werden die in der KRK verankerten Kinderrechte** auf diesem Weg zumindest partiell auch über den Umweg der Auslegung von Art 8 EMRK – und einigen anderen Bestimmungen wie Art 3 und Art 5 EMRK oder Art 21. ZPEMRK – **zu bindendem Verfassungsrecht**. Art 8 EMRK gewinnt durch die vom EGMR vorgenommene kinderrechtsfreundliche Auslegung eine erhebliche Bedeutung neben dem BVG Kinderrechte. Denn zum einen orientieren sich die österreichischen Höchstgerichte stark an der Straßburger Judikatur und entscheiden Rechtsfragen, die sich auf die Kinderrechte beziehen, sehr oft in Anlehnung an die Rsp des EGMR anhand

356 EGMR 19.12.2017, 22338/15, A.R. und L.R. gg die Schweiz (ZE) Abs 40 f.

des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens, ohne auf die entsprechenden Bestimmungen des BVG Kinderrechte zurückzugreifen.³⁵⁷ Zum anderen werden so auch Rechte und Freiheiten der KRK, die nicht durch das BVG Kinderrechte in das österreichische Verfassungsrecht transformierten wurden, zumindest partiell zu durch die EMRK verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechten. Soweit sich entsprechende Garantien im BVG Kinderrechte finden, entfaltet die Judikatur des EGMR Orientierungswirkung für deren Auslegung.

3.5 Analyse der Rechtsprechung des EuGH (Pabel)

In der GRC sind spezifische Kinderrechte vor allem an zwei Stellen verankert: Art 24 sowie Art 32 GRC.

Als zentrale Rechtsquelle ist im Besonderen Art 24 GRC anzusehen, der explizit mit „Rechte des Kindes“ betitelt ist. Die Bestimmung verbürgt mehrere kinderspezifische Ansprüche (vgl. Abs 1 und Abs 3) sowie die Verpflichtung darauf, dass bei allen Kindern betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen und privater Einrichtungen das Kindeswohl vorrangige Erwägung sein muss. Der Gewährleistungsinhalt des Art 24 GRC stützt sich im Wesentlichen auf die KRK, worauf auch die Erläuterungen zur Charta hinweisen.³⁵⁸

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.

Art 32 GRC normiert weiters ein Verbot der Kinderarbeit:

357 Siehe dazu die Berichtsteile zur Judikatur von VfGH, VwGH und OGH.

358 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABI EU 2007, C 303/17 (25) zu Art 24 GRC.

Art. 32. Verbot der Kinderarbeit und Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz

Kinderarbeit ist verboten. Unbeschadet günstigerer Vorschriften für Jugendliche und abgesehen von begrenzten Ausnahmen darf das Mindestalter für den Eintritt in das Arbeitsleben das Alter, in dem die Schulpflicht endet, nicht unterschreiten.

Zur Arbeit zugelassene Jugendliche müssen ihrem Alter angepasste Arbeitsbedingungen erhalten und vor wirtschaftlicher Ausbeutung und vor jeder Arbeit geschützt werden, die ihre Sicherheit, ihre Gesundheit, ihre körperliche, geistige, sittliche oder soziale Entwicklung beeinträchtigen oder ihre Erziehung gefährden könnte.

Neben den spezifischen Kinderrechten nimmt der EuGH in seiner die Rechte von Kindern betreffenden Judikatur regelmäßig auch auf die übrigen Grundrechte der Charta Bezug, wobei das Recht auf Privat- und Familienleben nach Art 7 GRC eine besondere Rolle spielt.

Die folgende **Analyse der Judikatur des EuGH** zu Kinderrechten nimmt die mit Bezug zu Art 24 GRC, der ausdrücklichen Gewährleistung von Kinderrechten in der Grundrechtecharta, ergangenen Entscheidungen in den Blick. Diese betreffen im Wesentlichen **vier Themenbereiche**: Migration und internationaler Schutz (3.5.1), Entziehung der Unionsbürgerschaft von Minderjährigen (3.5.2), Einschränkung von Grundfreiheiten zum Schutz von Kindern (3.5.3) und familienrechtliche Angelegenheiten (3.5.4). Es handelt sich dabei durchgehend um Fälle, in denen das Wohl der betroffenen Kinder zu berücksichtigen ist.

Zu Art 32 GRC, der ein Verbot der Kinderarbeit und den Schutz der Jugendlichen am Arbeitsplatz vorsieht, hat der EuGH bisher keine Entscheidungen getroffen.³⁵⁹

3.5.1 Migration und internationaler Schutz

Die Berücksichtigung des Kindeswohls hat vor allem im Bereich von Migration und internationalem Schutz große Bedeutung. Gerade wenn es um die **Rückführung illegal aufhältiger Minderjähriger** geht, hat der Mitgliedstaat bei seiner Entscheidung in jedem Einzelfall die Umstände der Minderjährigen genau zu beurteilen und das **Kindeswohl nach Art 24 GRC** in jeder Weise gebührend zu berücksichtigen. Auch bei staatlichen Entscheidungen in Zusammenhang mit **Familienzusammenführungen** bildet das Kindeswohl stets ein maßgebliches Kriterium. Art 24 GRC ist in einem solchen Fall i. V. m. dem in Art 7 GRC anerkannten Recht auf Achtung des Familienlebens zu lesen.

359 Vgl. [CURIA – Ergebnisliste \(europa.eu\)](#) zuletzt abgerufen am 10.1.2024; vgl. auch Kommentierungen zu Art 32 GRC, die ebenfalls keine Hinweise auf Rsp des EuGH zu Art 32 GRC enthalten.

3.5.1.1 Asylverfahren

Der EuGH hat sich unter anderem mit der Berücksichtigung des Kindeswohls im Zusammenhang mit **Rückkehrentscheidungen und internationalem Schutz** auseinandergesetzt.

Im Fall *TQ/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* stellte ein unbegleiteter Minderjähriger, der in die Niederlande gereist war, einen Antrag auf eine befristete Aufenthaltserlaubnis für Asylwerber. Der Minderjährige war in Amsterdam Opfer von Menschenhandel und sexueller Ausbeutung geworden und litt deshalb unter schwerwiegenden psychischen Störungen. Dem damals 16-Jährigen wurde zwar keine befristete Aufenthaltserlaubnis erteilt, jedoch wurde der vorläufige Aufschub der Abschiebung für eine Dauer von sechs Monaten, bzw. wenn es der Gesundheitszustand erlaubte, für einen kürzeren Zeitraum genehmigt. Schlussendlich wurde der Asylwerber jedoch aufgefordert, innerhalb von vier Wochen aus den Niederlanden auszureisen; ein Aufschub der Abschiebung aus medizinischen Gründen wurde nicht gewährt.³⁶⁰

Der Asylwerber legte Widerspruch ein und erklärte, dass er nicht in sein Herkunftsland zurückkehren könne, da er dort nicht aufgewachsen sei, dort niemanden kenne und dessen Sprache nicht spreche.³⁶¹

Das vorlegende Gericht wollte in diesem Zusammenhang unter anderem wissen, ob sich ein MS vor der Auferlegung einer Rückkehrpflicht an einen unbegleiteten Minderjährigen oder eine unbegleitete Minderjährige vergewissern müsse, ob im Herkunftsland jedenfalls grundsätzlich eine geeignete Aufnahmemöglichkeit vorhanden und verfügbar ist.³⁶²

Der EuGH führte unter anderem aus, dass bei der Entscheidung über die Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger unbegleitete Minderjährige nicht in gleicher Weise wie Erwachsene behandelt werden dürfen.³⁶³ Bei der Umsetzung der RL 2008/115³⁶⁴ sei „das Wohl des Kindes“ in gebührender Weise zu berücksichtigen. Nach Art 24 Abs 2 GRC müsse das Kindeswohl bei allen Kinder betreffenden Maßnahmen öffentlicher Stellen oder privater Einrichtungen eine vorrangige Erwägung sein.³⁶⁵ Diese Vorschrift i. V. m. Art 52 Abs 1 GRC bekräftige unter anderem die grundlegende

360 EuGH 14.1.2021 Rs C-441/19 Rz 21 ff.

361 EuGH 14.1.2021 Rs C-441/19 Rz 26.

362 EuGH 14.1.2021 Rs C-441/19 Rz 34.

363 EuGH 14.1.2021 Rs C-441/19 Rz 44.

364 Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger.

365 EuGH 14.1.2021 Rs C-441/19 Rz 45; so auch EuGH 6.6.2013 Rs C-648/11 Rz 57; EuGH 16.7.2015 Rs C-184/14 Rz 46.

Bedeutung der Rechte des Kindes, in diesem Zusammenhang insb. bei der Rückführung von minderjährigen Drittstaatsangehörigen, die sich illegal in einem MS aufhalten.³⁶⁶

Bei der Entscheidung der Rückführung unbegleiteter Minderjähriger habe der MS mehrere Gesichtspunkte gebührend zu berücksichtigen, wie insb. das Alter, das Geschlecht, die besondere Schutzbedürftigkeit, den physischen und psychischen Gesundheitszustand, die Unterbringung in einer Aufnahmefamilie, das Schulbildungsniveau und das soziale Umfeld der Minderjährigen.³⁶⁷

Der EuGH erkannte in diesem Sinne, dass Art 6 Abs 1 i.V.m. Art 5 lit a der Richtlinie 2008/115 und Art 24 Abs 2 GRC dahin auszulegen sind, dass der betreffende MS vor Erlass einer Rückkehrentscheidung gegenüber unbegleiteten Minderjährigen eine umfassende und eingehende Beurteilung der Situation der Minderjährigen vorzunehmen habe und dabei das Wohl des Kindes in allen Stadien des Verfahrens gebührend berücksichtigen müsse. Der MS müsse sich in diesem Rahmen jedenfalls vergewissern, dass für die Minderjährigen eine geeignete Aufnahmemöglichkeit im Rückkehrstaat zur Verfügung steht.³⁶⁸

Zudem erkannte der EuGH, dass bei der Entscheidung eines MS, ob er gegen unbegleitete Minderjährige eine Rückkehrentscheidung erlässt, in jedem Einzelfall eine umfassende und eingehende Beurteilung der Situation des Minderjährigen notwendig und keine automatische Bewertung allein anhand des Kriteriums des Alters des Minderjährigen vorzunehmen ist.³⁶⁹ Nachdem sich ein MS vergewissert hat, dass eine geeignete Aufnahmemöglichkeit für den unbegleiteten Minderjährigen im Rückkehrstaat besteht, ist er verpflichtet, diesen abzuschieben.³⁷⁰

Nach den Ausführungen des EuGH müssen die MS bei Erlassung einer Rückkehrentscheidung nach Art 5 lit b der RL 2008/115 außerdem die familiären Bindungen in gebührender Weise berücksichtigen. Auch Art 7 GRC, der das Recht auf Achtung des Familienlebens gewährleistet, sei stets i.V.m. der in Art 24 Abs 2 GRC verankerten Verpflichtung zu lesen, das Wohl des Kindes zu berücksichtigen.³⁷¹

Die RL 2008/115 enthalte auch andere Vorschriften, in denen die Berücksichtigung des Kindeswohls vorgesehen sei, auch wenn das Kind nicht Adressat der betreffenden Entscheidung ist, insb. etwa Art 7 Abs 2 und Art 14 Abs 1 der RL.³⁷² Vor Erlass einer

366 EuGH 14.1.2021 Rs C-441/19 Rz 45.

367 EuGH 14.1.2021 Rs C-441/19 Rz 47.

368 EuGH 14.1.2021 Rs C-441/19 Rz 66.

369 EuGH 14.1.2021 Rs C-441/19 Rz 55.

370 EuGH 14.1.2021 Rs C-441/19 Rz 82.

371 EuGH 11.3.2021 Rs C-112/20 Rz 41.

372 EuGH 11.3.2021 Rs C-112/20 Rz 42.

mit einem Einreiseverbot verbundenen Rückkehrentscheidung sei das Kindeswohl dementsprechend auch dann gebührend zu berücksichtigen, wenn der Adressat oder die Adressatin der Entscheidung nicht minderjährig ist, sondern sich auch an dessen oder deren Eltern richtet.³⁷³

Der EuGH hatte sich im Fall *The Queen/Secretary of State for the Home Department* mit der Frage zu befassen, welcher MS zuständig ist, wenn ein unbegleiteter Minderjähriger keinen sich im Hoheitsgebiet eines MS rechtmäßig aufhaltenden Familienangehörigen hat und in mehr als einem MS einen Asylantrag gestellt hat. Der EuGH erkannte, dass in einem solchen Fall derjenige MS als „zuständiger MS“ angesehen wird, in dem sich der unbegleitete Minderjährige aufhält, nachdem er dort einen Asylantrag gestellt hat. Bei der Entscheidung, welcher MS der „zuständige MS“ ist, müsse stets das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein.³⁷⁴ Im Interesse eines unbegleiteten Minderjährigen sei es wesentlich, dass sich das Verfahren zur Bestimmung des zuständigen MS nicht unangemessen in die Länge ziehe, sondern rasch Zugang zu den Verfahren zur Bestimmung der Flüchtlingseigenschaft gewährleistet werde.³⁷⁵ Der Schutz gem Art 24 Abs 2 GRC kann somit eine besonders zügige Durchführung von Verfahren mit Minderjährigen verlangen.³⁷⁶ Um den Grundsatz des Kindeswohls zu gewährleisten, verlangt der EuGH in den jeweiligen Verfahren ggf. Flexibilität, um mit entsprechender Sensibilität auf die besondere Situation des Kindes eingehen zu können.³⁷⁷

Im Fall *Zubair Haqbin/Federaal Agentschap voor de opvang van asielzoekers* reiste ein unbegleiteter Minderjähriger nach Belgien ein, um einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen. In einem Unterbringungszentrum war er an einer Schlägerei zwischen Bewohnern und Bewohnerinnen unterschiedlicher ethnischer Herkunft beteiligt. Als Folge wurde der Minderjährige für einen Tag festgenommen. Nach seiner Freilassung wurde ihm für die Dauer von 15 Tagen der Anspruch auf materielle Hilfe in einem Unterbringungszentrum entzogen.³⁷⁸

Der EuGH erkannte, dass Asylsuchenden keine Sanktionen für ein Fehlverhalten (in diesem Fall Verstöße gegen Vorschriften der Unterbringungszentren und grob gewalttätiges Verhalten) auferlegt werden dürften, die die materiellen Leistungen wie Unterkunft, Verpflegung und Kleidung auch nur vorübergehend entziehen.³⁷⁹ Dadurch würde dem

373 EuGH 8.5.2018 Rs C-82/16 Rz 107; EuGH 11.3.2021 Rs C-112/20 Rz 33.

374 EuGH 6.6.2013 Rs C-648/11 Rz 59 f.

375 EuGH 6.6.2013 Rs C-648/11 Rz 61; so auch EuGH 26.4.2012 Rs C-92/12 Rz 129; EuGH 6.6.2013 Rs C-648/11 Rz 61.

376 Jarass, Charta der Grundrechte der EU4 (2021) Art 24 GRC Rz 25 f.

377 EuGH 6.6.2013 Rs C-648/11 Rz 61; vgl. dazu Fuchs in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar2 (2019) Art 24 GRC Rz 40.

378 EuGH 12.11.2019 Rs C-233/18 Rz 18 ff.

379 EuGH 12.11.2019 Rs C-233/18 Rz 56; vgl. Kingreen in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV6 (2022) Art 24 GRC Rz 3.

Asylsuchenden nämlich die Möglichkeit genommen, seine elementarsten Bedürfnisse zu befriedigen. Bei der Verhängung anderer Sanktionen nach Art 20 Abs 4 der RL³⁸⁰ sind nach Ansicht des EuGH stets das Verhältnismäßigkeitsprinzip und die Achtung der Menschenwürde zu beachten. Wenn es sich, wie in diesem Fall, noch dazu um einen unbegleiteten Minderjährigen handle, müssten die Sanktionen zudem stets in Hinblick auf Art 24 GRC unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswohls ergehen.³⁸¹

Im Fall *XXXX/Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides* reiste ein in Österreich als Flüchtling anerkannter syrischer Staatsangehöriger mit seinen beiden Töchtern, von denen eine minderjährig war, nach Belgien und stellte dort einen Antrag auf internationalen Schutz. Belgien erkannte dem klagenden Vater das Sorgerecht für das minderjährige Kind zu, lehnte jedoch den Antrag auf internationalen Schutz mit der Begründung ab, dass der Flüchtlingsstatus bereits in Österreich anerkannt worden sei.³⁸²

Der EuGH erkannte in diesem Fall unter Bezugnahme auf Art 24 GRC, dass ein Mitgliedstaat einen Antrag auf internationalen Schutz nicht deshalb als unzulässig ablehnen darf, weil dem Antragsteller von einem anderen Mitgliedstaat bereits die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt worden ist, wenn der Antragsteller Vater eines minderjährigen unbegleiteten Kindes ist, dem in dem ersuchten Mitgliedstaat subsidiärer Schutz gewährt worden ist.³⁸³

3.5.1.2 Familienzusammenführung

Im Bereich Migration und internationaler Schutz spielt auch die Familienzusammenführung eine große Rolle. Dabei stellt sich die Frage, ob minderjährigen Kindern ein **(abgeleitetes) Aufenthaltsrecht oder positiver Asylbescheid** zum Zweck der Familienzusammenführung zu gewähren ist, wenn sich ein Teil der Familie des Kindes bereits im Mitgliedstaat befindet.

Im Fall *SM/Entry Clearance Officer, UK Visa Section* wurde einem Ehepaar mit französischer Staatsbürgerschaft die Vormundschaft für ein Kind aus Algerien nach der algerischen Regelung der „Kafala“ gewährt. Nachdem der Adoptivvater des Kindes aus beruflichen Gründen ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht im Vereinigten Königreich genoss, beantragte das Kind eine Einreiseerlaubnis in das Land. Dieser Antrag wurde jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass die Vormundschaft nach der Regelung der algerischen „Kafala“ nicht als eine Adoption im Sinne des Rechts des Vereinigten Königreichs anerkannt sei und dass kein Antrag auf internationale Adoption gestellt worden sei. Auch

380 RL 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen.

381 EuGH 12.11.2019 Rs C-233/18 Rz 56.

382 EuGH 22.2.2022 Rs C-483/20 Rz 12 ff.

383 EuGH 22.2.2022 Rs C-483/20 Rz 44.

die Klage gegen diese Ablehnung wurde mit der Begründung abgewiesen, dass das Kind nicht die Voraussetzungen erfüllte, um nach den Vorschriften des Vereinigten Königreichs als Adoptivkind oder als Familienangehöriger, Familienangehöriger im weiteren Sinn oder Adoptivkind eines EWR-Staatsangehörigen qualifiziert zu werden. Im Zuge eines weiteren Rechtsmittels stellte die nächste Instanz fest, das Kind könne zwar nicht als eine „Familienangehörige“ eines Unionsbürgers angesehen werden, jedoch sei es „Familienangehörige im weiteren Sinne“.³⁸⁴

Das vorliegende Gericht stellte die Frage, ob ein Kind, das unter einer Regelung der Vormundschaft wie der der algerischen „Kafala“ steht, unter den Begriff „Verwandter in gerader absteigender Linie“ fällt. Zudem war fraglich, ob solchen Kindern die Einreise zu verweigern ist, wenn diese Opfer von Ausbeutung, Missbrauch oder Menschenhandel geworden sind oder werden könnten. Im Hinblick auf das Kindeswohl wollte das vorliegende Gericht wissen, ob ein Mitgliedstaat berechtigt ist, vor der Anerkennung eines mit einem Unionsbürger oder einer Unionsbürgerin nicht blutsverwandten Kindes als Verwandter in gerader absteigender Linie zu ermitteln, ob in dem Verfahren zur Übertragung der Vormundschaft oder des Sorgerechts auf den Unionsbürger oder die Unionsbürgerin das Kindeswohl hinreichend berücksichtigt wurde.³⁸⁵

Der EuGH stellte fest, dass der Begriff „Verwandter in gerader absteigender Linie“ eines Unionsbürgers oder einer Unionsbürgerin dahin auszulegen ist, dass er ein Kind, das unter die dauerhafte gesetzliche Vormundschaft eines Unionsbürgers oder einer Unionsbürgerin nach der algerischen „Kafala“ gestellt wurde, nicht umfasst, da dadurch kein Abstammungsverhältnis zwischen ihnen begründet wird. Die zuständigen nationalen Behörden hätten jedoch die Einreise und den Aufenthalt eines solchen Kindes als eines sonstigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers oder einer Unionsbürgerin unter Berücksichtigung von Art 7 und Art 24 Abs 2 GRC zu erleichtern, indem sie alle aktuellen und relevanten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung sämtlicher in Rede stehenden Interessen, insb. der des betreffenden Kindes, ausgewogen und sachgerecht würdigen. Wenn nach Abschluss dieser Würdigung feststehe, dass das Kind und sein Vormund, der Unionsbürger bzw. die Unionsbürgerin ist, dazu berufen sind, ein tatsächliches Familienleben zu führen, und dass das Kind von seinem Vormund abhängig ist, gebiete das Grundrecht der Achtung des Familienlebens i. V. m. der Verpflichtung zur Berücksichtigung des Kindeswohls grundsätzlich die Gewährung eines Rechts auf Einreise und Aufenthalt des Kindes, um es ihm zu ermöglichen, mit seinem Vormund in dessen Aufnahmemitgliedstaat zu leben.³⁸⁶

Der EuGH hatte sich im Fall *I, S/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* mit dem Rechtsschutz im Zusammenhang mit Familienzusammenführungen zu beschäftigen. In

384 EuGH 26.3.2019 Rs C-129/18 Rz 23 ff.

385 EuGH 26.3.2019 Rs C-129/18 Rz 43.

386 EuGH 26.3.2019 Rs C-129/18.

dem Fall stellte ein damals noch minderjähriger ägyptischer Staatsangehöriger in Griechenland einen Antrag auf internationalen Schutz. Der Ägypter beantragte die Familienzusammenführung mit seinem Onkel, der ebenfalls ägyptischer Staatsangehöriger sei und sich rechtmäßig in den Niederlanden aufhalte. Dieser Antrag wurde mit der Begründung abgelehnt, die Identität des Onkels und daher das behauptete Verwandtschaftsverhältnis könnten nicht nachgewiesen werden. Dagegen legten sowohl der Onkel als auch der minderjährige Antragsteller einen Rechtsbehelf ein.³⁸⁷

Im Zuge dessen stellte sich die Frage, ob der MS, an den ein auf Art 8 Abs 2 der Verordnung Nr 604/2013³⁸⁸ gestütztes Aufnahmegesuch gerichtet wurde, nach Art 27 Abs 1 der Dublin-III-Verordnung i. V. m. Art 47 GRC dem internationalen Schutz begehrenden unbegleiteten Minderjährigen und/oder seinem Verwandten ein Recht auf einen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen die das Aufnahmegesuch ablehnende Entscheidung einräumen muss oder ob, wenn dies nicht der Fall ist, ein solches Recht auf einen Rechtsbehelf unmittelbar durch Art 47 GRC i. V. m. Art 7 GRC und Art 24 Abs 2 GRC besteht.³⁸⁹

Der EuGH stellte fest, dass Art 27 Abs 1 der Verordnung Nr 604/2013 i. V. m. Art 7, 24 und 47 GRC dahin auszulegen ist, dass der internationalen Schutz begehrende unbegleitete Minderjährige ein Recht auf einen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen seine ablehnende Entscheidung genießt, nicht aber der Verwandten dieses Minderjährigen.³⁹⁰

Als **Zwischenfazit** kann somit festgehalten werden, dass nach der Rsp des EuGH durch Art 24 GRC kein subjektives Recht des Kindes auf Aufnahme im Hoheitsgebiet eines Staates begründet wird. Den Mitgliedstaaten bleibt somit ein Spielraum bei der Prüfung von Anträgen auf Familienzusammenführung. Der EuGH wendet in den Fällen im Zusammenhang mit Familienzusammenführungen das Recht auf Achtung des Familienlebens in Art 7 GRC stets i. V. m. dem in Art 24 Abs 2 GRC anerkannten Kindeswohl an und betont auf diese Weise die besondere Schutzbedürftigkeit des Kindes und die Notwendigkeit der Berücksichtigung seiner Interessen.³⁹¹

387 EuGH 1.8.2022 Rs C-19/21 Rz 14 ff.

388 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem/einer Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist.

389 EuGH 1.8.2022 Rs C-19/21 Rz 30.

390 EuGH 1.8.2022 Rs C-19/21; Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem/einer Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist.

391 Vgl. in diesem Sinne unter anderem Urteile EuGH 27.6.2006 Rs C540/03 Rz 58; EuGH 23.12.2009 Rs C403/09 Rz 54; EuGH 10.5.2017 Rs C133/15 Rz 70; EuGH 26.3.2019 Rs 129/18 Rz 67.

3.5.1.3 Aufenthaltsrecht der Eltern in einem Mitgliedstaat

Kernfrage bei den Fällen zum Aufenthaltsrecht der Eltern in einem Mitgliedstaat ist, ob auch den Eltern ein **(abgeleitetes) Aufenthaltsrecht** in einem Mitgliedstaat zukommt, wenn das Kind Unionsbürger ist und diesem in einem Mitgliedstaat ein Aufenthaltsrecht gewährt wird.

Im Fall *Kunqian Catherine Zhu/Man Lavette Chen* beantragten sowohl ein minderjähriges Kind mit irischer Staatsangehörigkeit als auch dessen Mutter, die chinesische Staatsbürgerin ist, die Erteilung einer dauerhaften Aufenthaltserlaubnis im Vereinigten Königreich.³⁹²

Art 1 Abs 2 lit b der RL 90/364³⁹³ gewährleistet den Verwandten des Aufenthaltsberechtigten in aufsteigender Linie, denen „er Unterhalt gewährt“, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit das Recht, bei dem Aufenthaltsberechtigten Wohnung zu nehmen.³⁹⁴ Nach der Rsp des Gerichtshofs ergibt sich die Eigenschaft des Familienangehörigen, dem der Aufenthaltsberechtigte „Unterhalt gewährt“, aus einer tatsächlichen Situation, die dadurch gekennzeichnet ist, dass der Familienangehörige vom Aufenthaltsberechtigten materiell unterstützt wird.³⁹⁵ In dem Ausgangsfall lag jedoch genau die umgekehrte Situation vor, nämlich, dass dem Aufenthaltsberechtigten vom Staatsangehörigen eines Drittstaats Unterhalt gewährt wurde, der für ihn tatsächlich sorgte. Die Mutter im Ausgangsfall konnte sich somit nicht auf die Eigenschaft eines Verwandten in aufsteigender Linie, die dem Aufenthaltsberechtigten „Unterhalt gewährt“, im Sinne der RL 90/364 berufen, um in den Genuss des Aufenthaltsrechts in einem Mitgliedstaat zu kommen.³⁹⁶

Allerdings würde nach Ansicht des EuGH dem Aufenthaltsrecht des minderjährigen Kindes jede praktische Wirksamkeit genommen, wenn sich der Elternteil, der für das Kind tatsächlich sorgt, nicht mit dem Kind im Aufnahmemitgliedstaat aufhalten dürfe. Der Genuss des Aufenthaltsrechts eines Kleinkindes setze nämlich offenkundig voraus, dass sich auch jener Elternteil im Aufnahmemitgliedstaat gemeinsam mit dem Kind aufhalten kann, der für das Kind tatsächlich sorgt.³⁹⁷

Der EuGH stellte folglich fest, dass Art 18 EG und die RL 90/364 einem minderjährigen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Kleinkindalter, der angemessen krankenversichert ist und dem Unterhalt von einem Elternteil gewährt wird, der Staatsangehöriger eines Drittstaates ist und dessen Mittel ausreichen, um eine Belastung der öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaats durch den Minderjährigen zu verhindern, unter

392 EuGH 19.10.2004 Rs C-200/02 Rz 2.

393 RL 90/364/EWG des Rates vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht.

394 EuGH 19.10.2004 Rs C-200/02 Rz 42.

395 EuGH 18.7.1987 Rs C-316/85 Rz 20 ff; EuGH 19.10.2004 Rs C-200/02 Rz 43.

396 EuGH 19.10.2004 Rs C-200/02 Rz 44.

397 EuGH 19.10.2004 Rs C-200/02 Rz 45.

Umständen das Recht verleiht, sich für unbestimmte Zeit im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufzuhalten. Nach der Rsp des EuGH erlauben dieselben Vorschriften in einem solchen Fall dem Elternteil, der für diesen Staatsangehörigen tatsächlich sorgt, sich mit ihm im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten.³⁹⁸

In einem weiteren Fall (*Subdelegación del Gobierno en Toledo/XU, QP*), betreffend das abgeleitete Aufenthaltsrecht, stellte sich die Frage, ob ein Kind mit Unionsbürgerschaft gezwungen ist, das Unionsgebiet zu verlassen, wenn seinem drittstaatsangehörigen Elternteil ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht im betreffenden Mitgliedstaat verweigert würde. Der EuGH erkannte, dass in einem solchen Fall zu ermitteln ist, ob dieser Elternteil die tatsächliche Sorge für das Kind wahrnimmt und ob ein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihnen besteht. Bei dieser Beurteilung haben die zuständigen Behörden das Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art 7 GRC i. V. m. dem in Art 24 Abs 3 GRC vorgesehenen Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen gebührend zu berücksichtigen.³⁹⁹

Im Fall *Alfredo Rendón Marín/Administración del Estado* wurde ein Drittstaatsangehöriger alleinerziehender Vater zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten in Spanien verurteilt. Die beiden Kinder waren Unionsbürger. Der Vater stellte nach Verbüßung seiner Haft einen Antrag auf befristete Aufenthaltserlaubnis in Spanien mit der Begründung, dass sonst seine beiden von ihm abhängigen minderjährigen Kinder das Unionsgebiet mit ihm verlassen müssten.⁴⁰⁰

In diesem Fall wurde das Aufenthaltsrecht des Vaters deshalb versagt, weil eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit wegen der Straftaten bestand.⁴⁰¹ Der EuGH erkannte jedoch, dass das Aufenthaltsrecht nicht alleine wegen der Vorstrafen des Betroffenen versagt werden könne. Es müsse vielmehr eine konkrete Beurteilung sämtlicher aktueller, relevanter Umstände des Einzelfalls durch das vorlegende Gericht unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, des Wohls des Kindes und der Grundrechte vorgenommen werden.⁴⁰² insbesondere seien das persönliche Verhalten des Betroffenen, die Dauer und Rechtmäßigkeit seines Aufenthalts im Hoheitsgebiet des betreffenden MS, die Art und Schwere der begangenen Straftat, der Grad der gegenwärtigen Gefährlichkeit des Betroffenen für die Gesellschaft, das Alter der Kinder und ihr Gesundheitszustand sowie ihre familiäre und wirtschaftliche Situation zu berücksichtigen.⁴⁰³

398 EuGH 19.10.2004 Rs C-200/02 Rz 47.

399 EuGH 5.5.2022 Rs C-451/19 und C-532/19 Rz 66; vgl. auch schon EuGH 1.7.2010 Rs C-211/10 Rz 64; EuGH 8.5.2018 Rs C-82/16 Rz 71.

400 EuGH 13.9.2016 Rs C-165/14 Rz 14 ff.

401 EuGH 13.9.2016 Rs C-165/14 Rz 84.

402 EuGH 13.9.2016 Rs C-165/14 Rz 85, so auch EuGH 13.9.2016 Rs C-304/14 Rz 41.

403 EuGH 13.9.2016 Rs C-165/14 Rz 86.

Im Fall *Secretary of State for the Home Department/CS* heiratete ein Drittstaatsangehöriger eine britische Staatsangehörige; beide lebten im Vereinigten Königreich und bekamen ein gemeinsames Kind. Der Drittstaatsangehörige wurde ein Jahr später wegen einer Straftat verurteilt. Nach Verbüßung der Haftstrafe erhielt er kein weiteres Aufenthaltsrecht im Vereinigten Königreich, sein Asylantrag wurde abgelehnt.⁴⁰⁴

Der EuGH erkannte, dass Art 20 AEUV (Unionsbürgerschaft) dahingehend auszulegen ist, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaates entgegensteht, nach der ein wegen einer Straftat verurteilter Drittstaatsangehöriger auch dann in den Drittstaat auszuweisen ist, wenn er tatsächlich für ein Kleinkind sorgt, das die Staatsangehörigkeit des Mitgliedstaates besitzt, in dem es sich seit seiner Geburt aufgehalten hat und das wegen der Ausweisung des Drittstaatsangehörigen das Gebiet der EU verlassen müsste, sodass ihm der tatsächliche Genuss des Kernbestands seiner Rechte als Unionsbürger verwehrt würde. Ein Mitgliedstaat dürfe jedoch unter außergewöhnlichen Umständen eine Ausweisungsverfügung erlassen, sofern diese auf dem persönlichen Verhalten des Drittstaatsangehörigen beruhe, das eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen müsse, die ein Grundinteresse der Gesellschaft des Mitgliedstaates berührt, und die verschiedenen einander gegenüberstehenden Interessen berücksichtigt werden würden.⁴⁰⁵ Bei der Abwägung dieser Interessen seien das Wohl des Kindes, insb. das Alter, seine Situation im betreffenden Mitgliedstaat und der Grad der Abhängigkeit von dem Drittstaatsangehörigen vorverurteilten Elternteil gebührend zu berücksichtigen.⁴⁰⁶

3.5.1.4 Die Bestimmung von „Minderjährigkeit“ bei Familienzusammenführungen

Der EuGH hatte sich zudem im Zusammenhang mit Familienzusammenführungen mit der **Frage der „Minderjährigkeit“** zu beschäftigen.⁴⁰⁷ RL 2003/86⁴⁰⁸ legt unter anderem jene Voraussetzungen fest, unter denen die Ausübung des Rechts auf Familienzusammenführung durch Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates aufhalten, möglich ist.

Nach Art 4 Abs 1 der RL 2003/86 gestatten die Mitgliedstaaten minderjährigen Kindern die Einreise und den Aufenthalt. Voraussetzung ist jedoch, dass die minderjährigen Kinder im Sinne dieses Artikels das nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaates geltende Volljährigkeitsalter noch nicht erreicht haben und nicht verheiratet sind.

404 EuGH 13.9.2016 Rs C-304/14 Rz 12 ff.

405 EuGH 13.9.2016 Rs C-165/14. Rz 83 ff.

406 EuGH 13.9.2016 Rs C-165/14 Rz 49.

407 EuGH 12.4.2018 Rs C-550/16; EuGH 16.7.2020 in den verbundenen Rs C-133/19, C-136/19 und C-137/19; EuGH 1.8.2022 Rs C-279/20.

408 RL 2003/86/EG des Rates vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, L 251/12.

Im Fall *B.M.M., B.S., B.M., B.M.O./État belge* beantragte ein in Belgien als Flüchtling anerkannter Drittstaatsangehöriger im Namen und zugunsten seiner drei minderjährigen Kinder Aufenthaltserlaubnisse zum Zweck der Familienzusammenführung. Die Anträge wurden jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass der Antragsteller falsche oder irreführende Informationen oder falsche oder gefälschte Dokumente verwendet, einen Betrug begangen oder andere illegale Mittel eingesetzt habe. Zum Zeitpunkt des Erlasses der ablehnenden Entscheidung waren zwei der Kinder noch minderjährig, während eines der Kinder volljährig war.⁴⁰⁹

In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage, ob Art 4 der RL 2003/86 dahin auszulegen ist, dass ein Kind des Zusammenführenden das Recht auf Familienzusammenführung in Anspruch nehmen kann, wenn es während des Gerichtsverfahrens gegen die Entscheidung über die Versagung dieses Rechts, die noch während seiner Minderjährigkeit getroffen worden ist, volljährig wird.⁴¹⁰

Der EuGH erkannte in diesem Fall, dass Art 4 der RL 2003/86 dahin auszulegen ist, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung, ob ein unverheirateter Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser ein minderjähriges Kind ist, die Antragstellung auf Einreise und Aufenthalt zum Zwecke der Familienzusammenführung für minderjährige Kinder ist und nicht die Entscheidung durch die zuständigen Behörden bzw. Gerichte des Mitgliedstaates über den Antrag. Außerdem sei Art 18 der RL 2003/86 i. V. m. Art 47 GRC dahin auszulegen, dass er dem entgegensteht, dass ein Rechtsbehelf gegen die Ablehnung eines Antrags auf Familienzusammenführung eines minderjährigen Kindes allein deshalb als unzulässig zurückgewiesen wird, weil das Kind im Laufe des gerichtlichen Verfahrens volljährig geworden ist.⁴¹¹

Auch im Fall *Bundesrepublik Deutschland/XC* hatte sich der EuGH mit der Auslegung des Art 4 Abs 1 der RL 2003/86 zu beschäftigen. Eine syrische Staatsangehörige, die seit mehreren Jahren in der Türkei lebte, beantragte die Erteilung eines Visums zum Zweck der Familienzusammenführung mit ihrem in Deutschland als Flüchtling anerkannten Vater. Dieser Antrag wurde jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass die Tochter volljährig geworden sei, bevor ihrem Vater die Aufenthaltserlaubnis als Flüchtling erteilt wurde. Außerdem sei eine Bewilligung des Familiennachzugs volljähriger Kinder nur dann möglich, wenn eine außergewöhnliche Härte bestehen würde, was in diesem Fall nicht vorlag.⁴¹²

Der EuGH hatte sich im Zuge dessen unter anderem mit der Frage zu befassen, ob Art 4 Abs 1 lit c der RL 2003/86 dahin auszulegen ist, dass ein Kind des Zusammen-

409 EuGH 16.7.2020 Rs C-133/19, C-136/19 und C-137/19 Rz 13 ff.

410 EuGH 16.7.2020 Rs C-133/19, C-136/19 und C-137/19 Rz 22.

411 EuGH 16.7.2020 Rs C-133/19, C-136/19 und C-137/19.

412 EuGH 1.8.2022 Rs C-279/20 Rz 15 ff.

führenden, der als Flüchtling anerkannt worden ist, auch dann minderjährig im Sinne dieser Vorschrift ist, wenn es im Zeitpunkt der Asylantragstellung des Zusammenführenden minderjährig war, aber schon vor dessen Anerkennung als Flüchtling und Stellung des Antrags auf Familienzusammenführung volljährig geworden ist.⁴¹³

Der Gerichtshof erkannte, dass der maßgebende Zeitpunkt für die Feststellung, ob das Kind eines als Flüchtling anerkannten Zusammenführenden ein minderjähriges Kind im Sinne des Art 4 Abs 1 der RL 2003/86 ist, wenn es vor der Anerkennung des zusammenführenden Elternteils als Flüchtling und vor Stellung des Antrags auf Familienzusammenführung volljährig geworden ist, jener Zeitpunkt ist, zu dem der zusammenführende Elternteil seinen Asylantrag im Hinblick auf die Anerkennung als Flüchtling gestellt hat, sofern der Antrag auf Familienzusammenführung innerhalb von drei Monaten nach Anerkennung des zusammenführenden Elternteils als Flüchtling gestellt wurde.⁴¹⁴

Außerdem stellte das vorliegende Gericht die Frage, welche Anforderungen an die „tatsächlichen familiären Bindungen“ iSd Art 16 Abs 1 lit d der RL 2003/86 in einem solchen Fall zu stellen sind.⁴¹⁵ Nach der Rsp des EuGH genügt das bloße rechtliche Eltern-Kind-Verhältnis für die Annahme einer tatsächlichen familiären Bindung nicht. Nicht erforderlich sei es jedoch, dass der zusammenführende Elternteil und das betreffende Kind im selben Haushalt leben oder unter einem Dach wohnen, damit für dieses Kind ein Anspruch auf Familienzusammenführung besteht. Ausreichend für die Annahme einer tatsächlichen familiären Bindung seien gelegentliche Besuche, sofern sie möglich sind, und regelmäßige Kontakte jedweder Art. Es könne außerdem nicht verlangt werden, dass sich der zusammenführende Elternteil und sein Kind gegenseitig finanziell unterstützen.⁴¹⁶

Diese Ausführungen hat der EuGH in seinem Urteil *Bundesrepublik Deutschland/SW, BL, BC* wiederholt.⁴¹⁷ In diesem Fall beantragten Eltern als syrische Staatsangehörige die Erteilung von Visa zum Zweck der Familienzusammenführung mit ihrem jeweiligen als Flüchtling anerkannten Sohn. Diese Anträge wurden mit der Begründung abgelehnt, dass die jeweiligen Söhne in der Zwischenzeit volljährig geworden seien.⁴¹⁸ In diesem Zusammenhang entschied der EuGH, dass Art 16 Abs 1 lit a der RL 2003/86 dahin auszulegen ist, dass bei der Familienzusammenführung von Eltern und einem unbegleiteten minderjährigen Flüchtling gem Art 10 Abs 3 lit a i. V. m. Art 2 lit f dieser RL die Minderjährigkeit dieses Flüchtlings auch noch zum Zeitpunkt der Entscheidung über den von den Eltern des Zusammenführenden gestellten Antrag auf Einreise und Aufenthalt zum Zweck der Familienzusammenführung keine „Bedingung“ im Sinne des Art 16 Abs 1 lit a

413 EuGH 1.8.2022 Rs C-279/20 Rz 23.

414 EuGH 1.8.2022 Rs C-279/20.

415 EuGH 1.8.2022 Rs C-279/20 Rz 23.

416 EuGH 1.8.2022 Rs C-279/20.

417 EuGH 1.8.2022 Rs C-273/20 und C-355/20.

418 EuGH 1.8.2022 Rs C-273/20 und C-355/20 Rz 16 ff.

darstellt, bei deren Nichterfüllung die Mitgliedstaaten einen solchen Antrag ablehnen können. Zudem seien die genannten Bestimmungen im Licht von Art 13 Abs 2 der RL dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der in einem solchen Fall das Aufenthaltsrecht der Eltern mit Eintritt der Volljährigkeit des Kindes endet.⁴¹⁹

Im Fall *A, S/Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* reiste eine noch minderjährige Tochter unbegleitet in die Niederlande ein und stellte einen Asylantrag. Danach wurde sie volljährig. Knapp ein Jahr später stellte die Tochter einen Antrag auf vorläufigen Aufenthaltstitel für ihre Eltern und ihre drei minderjährigen Brüder im Rahmen der Familienzusammenführung. Fraglich war in diesem Fall, auf welchen Zeitpunkt es für die Frage, ob jemand ein „unbegleiteter Minderjähriger“ im Sinne des Art 2 lit f der RL 2003/86 ist, ankommt.⁴²⁰ Der EuGH entschied in diesem Fall, dass Drittstaatsangehörige oder Staatenlose, die zum Zeitpunkt ihrer Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates und der Stellung ihres Asylantrags in diesem Staat unter 18 Jahre alt waren, aber während des Asylverfahrens volljährig wurden und denen später die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wird, „minderjährig“ im Sinne des Art 2 lit f der RL 2003/86 sind.⁴²¹

3.5.1.5 Die Berücksichtigung des Kindeswohls bei Fragen der Gerichtszuständigkeit

Der Gerichtshof musste sich in einigen Fällen mit der Gerichtszuständigkeit bei **Rechtsstreitigkeiten bezüglich elterlicher Verantwortung** befassen. Nach Art 8 der Verordnung Nr 2201/2003⁴²² sind für Entscheidungen, die die elterliche Verantwortung betreffen, die Gerichte jenes Mitgliedstaates zuständig, in dem das Kind zum Zeitpunkt der Antragstellung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Der „gewöhnliche Aufenthalt“ ist nach der Rsp des EuGH jener Ort, an dem eine gewisse Integration des Kindes in ein soziales, familiäres Umfeld zu erkennen ist. Dadurch werde insb. das Wohl des Kindes bestmöglich geachtet.⁴²³

Aus dem zwölften Erwägungsgrund der Verordnung 2201/2003 ergebe sich, dass dem Kriterium der „räumlichen Nähe“ der Vorzug gegeben wird, um dem Wohl des Kindes bestmöglich zu entsprechen.⁴²⁴ Der Gesetzgeber sei der Auffassung gewesen, dass das in geografischer Nähe zum gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes gelegene Gericht die

419 EuGH 1.8.2022 Rs C-273/20 und C-355/20.

420 EuGH 12.4.2018 Rs C-550/16 Rz 20 ff.

421 EuGH 12.4.2018 Rs C-550/16.

422 Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000.

423 EuGH 19.10.2004 Rs C-200/02 Rz 47.

424 EuGH 1.10.2014 Rs C-436/13 Rz 44; EuGH 15.2.2017 Rs C-499/15 Rz 51; EuGH 17.10.2018 Rs C-393/18 Rz 48.

im Interesse des Kindeswohls anzuordnenden Maßnahmen am besten beurteilen könne. Vorzugsweise solle somit nach diesen Erwägungen das Gericht jenes Mitgliedstaates zuständig sein, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Ausnahme seien Fälle, in denen sich der Aufenthaltsort des Kindes geändert habe oder in denen die Träger der elterlichen Verantwortung etwas anders vereinbart hätten.⁴²⁵ Bei einer Zuständigkeitsvereinbarung müsse jedoch ebenfalls im Einzelfall geprüft werden, ob diese mit dem Wohl des Kindes vereinbar sei.⁴²⁶

Das Gericht musste sich außerdem die Frage stellen, ob es für die Zuständigkeitsfrage von Relevanz ist, dass Unterschiede zwischen den Rechtsvorschriften, insb. den Verfahrensvorschriften eines MS, dessen Gerichtsbarkeit für die Entscheidung eines Rechtsstreites in der Hauptsache zuständig ist, und denen eines anderen MS, zu dem das betroffene Kind eine besondere Bindung hat, bestehen. Der EuGH erkannte, dass das Wohl des Kindes nicht allgemein und abstrakt einen maßgeblichen Umstand darstellen kann, um zu beurteilen, ob die Gerichte dieses anderen Mitgliedstaates den betreffenden Fall besser beurteilen können. Das zuständige Gericht könne diese Unterschiede nur berücksichtigen, wenn sie geeignet sind, im Vergleich zu dem Fall, dass es mit dieser Sache befasst bliebe, einen realen und konkreten Mehrwert für eine dieses Kind betreffende Entscheidung zu erbringen.⁴²⁷

Es zeigt sich, dass bei der Entscheidung über die Zuständigkeit der Gerichte in erster Linie das **Wohl des Kindes** gebührend zu berücksichtigen ist.⁴²⁸

3.5.2 Entziehung der Unionsbürgerschaft von Minderjährigen

Im Fall *M. G. Tjebbes, G. J. M. Koopman, E. Saleh Abady, L. Duboux/Minister van Buitenlandse Zaken* wollte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art 20 im Lichte von Art 7 GRC dahin auszulegen ist, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaates entgegensteht, die unter bestimmten Bedingungen den Verlust der Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaates kraft Gesetzes vorsieht und bei Personen, die nicht auch die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates besitzen, den Verlust ihres Unionsbürgerstatus und der damit verbundenen Rechte nach sich zieht, ohne dass eine Einzelfallprüfung der Folgen dieses Verlustes für die Situation dieser Personen aus unionsrechtlicher Sicht im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorgenommen wird.⁴²⁹

425 EuGH 15.2.2017 Rs C-499/15 Rz 51; EuGH 17.10.2018 Rs C-393/18 Rz 48.

426 EuGH 1.10.2014 Rs C-436/13 Rz 47.

427 EuGH 10.7.2019 Rs C-530/18 Rz 37 ff.

428 EuGH 1.10.2014 Rs C-436/13 Rz 45.

429 EuGH 12.3.2019 Rs C-221/17 Rz 27.

Nach der Entscheidung des EuGH ist es im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung insb. Sache der zuständigen nationalen Behörden und ggf. der nationalen Gerichte, sich Gewissheit darüber zu verschaffen, ob ein solcher Verlust der Staatsangehörigkeit mit den Grundrechten der GRC, deren Wahrung der EuGH sichert, vereinbar ist, insb. mit dem Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art 7 GRC. Dabei ist dieser Artikel auch hier wieder in Zusammenschau mit der Verpflichtung auszulegen, das Kindeswohl nach Art 24 Abs 2 GRC zu berücksichtigen.⁴³⁰

Wenn es sich um Minderjährige handelt, müssen nach der Rsp des EuGH die zuständigen Behörden oder Gerichte zudem im Rahmen der individuellen Prüfung dem etwaigen Vorliegen von Umständen Rechnung tragen, aus denen sich ergibt, dass der Verlust der Staatsbürgerschaft des betroffenen Minderjährigen, die der innerstaatliche Gesetzgeber an den Verlust der Staatsangehörigkeit eines seiner Elternteile geknüpft hat, um die Einheitlichkeit der Staatsangehörigkeit innerhalb der Familie zu wahren, wegen der Folgen eines solchen Verlusts für diesen Minderjährigen aus unionsrechtlicher Sicht nicht mit dem in Art 24 GRC anerkannten Kindeswohl vereinbar ist.⁴³¹

3.5.3 Einschränkung von Grundfreiheiten aufgrund von Kinderschutz

Kinder- und Jugendschutz kann ein legitimes Ziel zur Einschränkung von Grundfreiheiten sein, wobei sich der EuGH im Fall *Dynamic Medien Vertriebs GmbH/Avides Media AG* von 2008 nicht auf die GRC berufen konnte.

Im zitierten Fall ging es um die Einfuhr von DVDs mit japanischen Comic-Verfilmungen aus dem Vereinigten Königreich nach Deutschland, die aufgrund des deutschen Jugendschutzes erst ab einem Alter von 15 Jahren freigegeben wurden. Ein Konkurrenzunternehmen beantragte eine einstweilige Verfügung, mit der der Vertrieb der DVDs im Versandhandel untersagt werden sollte. Dazu führte das Konkurrenzunternehmen aus, dass das Jugendschutzgesetz den Versandhandel mit Bildträgern untersage, die nicht in Deutschland nach diesem Gesetz geprüft worden seien und keine Angaben über die Altersfreigabe trügen, die auf einer Einstufungsentscheidung durch eine oberste Landesbehörde oder eine innerstaatliche Organisation der freiwilligen Selbstkontrolle beruhe.⁴³² Das zuständige innerstaatliche Gericht stellte sodann fest, dass der Vertrieb von Bildträgern im Versandhandel, die irreführende Angaben über die Altersfreigabe enthalten, wegen Verstoßes gegen das Jugendschutzgesetz wettbewerbswidrig sei.⁴³³

430 EuGH 12.3.2019 Rs C-221/17 Rz 45; so auch EuGH 10.5.2017 Rs C-133/15 Rz 70; vgl. *Kingreen* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV6 (2022) Art 24 GRC Rz 3; vgl. auch *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU4 (2021) Art 24 GRC Rz 15 f.

431 EuGH 12.3.2019 Rs C-221/17 Rz 47.

432 EuGH 14.2.2008 Rs C-244/06 Rz 12 ff.

433 EuGH 14.2.2008 Rs C-244/06 Rz 14.

Der EuGH erkannte, dass der Schutz des Kindes ein berechtigtes Interesse darstellt, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung einer vom AEUV gewährleisteten Grundfreiheit, im konkreten Fall der Warenverkehrsfreiheit, zu rechtfertigen.⁴³⁴ Es sei im Rahmen der Prüfung von Grundfreiheiten Sache des Mitgliedstaates, darüber zu entscheiden, auf welchem Niveau Kinder- und Jugendschutz gewährleistet wird, solange insgesamt die Verhältnismäßigkeit der eingesetzten Mittel gewahrt bleibt.⁴³⁵

3.5.4 Familienrechtliche Angelegenheiten

Auch im Zuge von familienrechtlichen Angelegenheiten, vor allem hinsichtlich des Kontaktrechts und der Obsorge, spielt das Kindeswohl nach Art 24 GRC eine wichtige Rolle.

3.5.4.1 Kind gleichgeschlechtlicher Eltern

Der Fall *V.M.A./Stolichna obshitina, rayon „Pancharevo“* betraf die Tochter eines gleichgeschlechtlichen Ehepaars. Das Kind wurde in Spanien geboren und lebte dort mit seinen Eltern, die eine Mutter bulgarische Staatsangehörige und die andere Mutter Staatsangehörige des Vereinigten Königreichs. In der von der spanischen Behörde ausgestellten Geburtsurkunde der Tochter wird der eine Elternteil als „Mutter A“ und der andere Elternteil als „Mutter B“ angegeben. Als ein Elternteil in Bulgarien die Ausstellung einer Geburtsurkunde für das Kind beantragte, die unter anderem für die Ausstellung eines Identitätsdokuments erforderlich ist, trug die zuständige bulgarische Behörde der Mutter auf, einen Nachweis für die Abstammung des Kindes in Bezug auf die leibliche Mutter vorzulegen. Da sich die Mutter weigerte, diesen Nachweis zu erbringen, wurde der Antrag auf Ausstellung einer Geburtsurkunde der Tochter von der Gemeinde in Bulgarien mit der Begründung abgelehnt, dass Informationen über die Identität der leiblichen Mutter des Kindes fehlten und dass die Angabe zweier Elternteile weiblichen Geschlechts in einer Geburtsurkunde der öffentlichen Ordnung der Republik Bulgarien zuwiderlaufe, nach der die Ehe zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts nicht zulässig sei.⁴³⁶

In einem solchen Fall sind nach Rsp des EuGH sowohl das in Art 7 GRC gewährleistete Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens als auch das in Art 24 GRC gewährleistete Recht auf Berücksichtigung des Kindeswohls von zentraler Bedeutung. Nach Art 24 GRC haben Kinder Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen.⁴³⁷ Im Fall eines minderjährigen Kindes, das Unionsbürger ist und zwei Personen gleichen Geschlechts als Eltern bezeichnet, sei der MS, dessen Staatsangehöriger dieses Kind ist, zum einen verpflichtet, ihm einen Personalausweis oder Reisepass auszustellen, ohne die vorherige Ausstellung einer Geburtsurkunde durch

434 EuGH 14.2.2008 Rs C-244/06 Rz 42 f.

435 EuGH 14.2.2008 Rs C-244/06 Rz 44 ff.

436 EuGH 14.12.2021 Rs C-490/20 Rz 18 ff.

437 EuGH 14.12.2021 Rs C-490/20 Rz 59.

seine nationalen Behörden zu verlangen. Andererseits bestehe die Verpflichtung dieses MS, ebenso wie jedes anderen MS, das aus dem Aufnahmemitgliedstaat stammende Dokument anzuerkennen, das es diesem Kind ermöglicht, mit jeder dieser beiden Personen sein Recht auszuüben, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.⁴³⁸

3.5.4.2 Kontaktrecht und Obsorge

Der EuGH hatte sich im Zusammenhang mit familienrechtlichen Angelegenheiten zudem vermehrt mit Fällen bezüglich Kontaktrecht und Obsorge zu beschäftigen. Gemeinsam ist all diesen Fällen, dass der **Berücksichtigung des Kindeswohls** die größte Bedeutung zukommt.

Vor allem im Zusammenhang mit Scheidungen oder Trennungen der Eltern kommen Fragen bezüglich des Kontakt- und Sorgerechts hinsichtlich der Kinder auf.⁴³⁹ Um einen regelmäßigen persönlichen Kontakt der Kinder mit ihren Eltern zu ermöglichen und sicherzustellen, ist der Gesetzgeber nach der Rsp des EuGH zu einer am Kindeswohl orientierten Ausgestaltung der familienrechtlichen Beziehungen verpflichtet.⁴⁴⁰

Gem Art 24 Abs 1 S1 GRC haben Kinder Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. Aus dem Schutzanspruch des Art 24 Abs 1 GRC ergeben sich nach der Judikatur jedoch keine neuen Kompetenzen der Union.⁴⁴¹ Die Union und die Mitgliedstaaten trifft jedoch die Pflicht, Abwehrmaßnahmen zu ergreifen, wenn das Kindeswohl gefährdet ist.⁴⁴²

Der EuGH stellte in der Entscheidung *Zoi Chatzi gg Ypourgos Oikonomikon* fest, dass aus dem Anspruch auf Schutz und Fürsorge kein Recht des Kindes abgeleitet werden kann, dass seinen Eltern Elternurlaub gewährt wird. Vielmehr genügt es, dass den Eltern selbst ein solches Recht eingeräumt wird. Diesen komme demnach das Recht zu und obliege zugleich die Pflicht, die Erziehung ihrer Kinder sicherzustellen. Es liege in ihrer Entscheidung, ob diese hierfür Elternurlaub in Anspruch nehmen oder nicht.⁴⁴³

Nach Art 24 Abs 1 GRC haben Kinder das Recht, einerseits ihre Meinung frei zu äußern, und andererseits, dass ihre Meinung in sie betreffenden Angelegenheiten „in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise“ berücksichtigt wird. Nach Art 24 Abs 2

438 EuGH 14.12.2021 Rs C-490/20.

439 *Fuchs* in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar2 (2019) Art 24 GRC Rz 46.

440 EuGH 9.1.2015 Rs C-498/14 Rz 42; EuGH 9.9.2015 Rs C-4/14 Rz 58; vgl. dazu *Fuchs* in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar2 (2019) Art 24 GRC Rz 46.

441 EuGH 8.11.2012 Rs C-40/11 Rz 78.

442 *Fuchs* in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar2 (2019) Art 24 GRC Rz 27.

443 EuGH 16.9.2010 Rs C-149/10 Rz 38 f; vgl. dazu *Fuchs* in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar2 (2019) Art 24 GRC Rz 29.

GRC müsse das Kind die Möglichkeit gehabt haben, gehört zu werden, „sofern eine Anhörung nicht aufgrund seines Alters oder seines Reifegrads unangebracht erschien“.⁴⁴⁴

Art 24 GRC und Art 42 Abs 2 lit a der Verordnung Nr. 2201/2003 beziehen sich nach der Rsp des EuGH nicht auf die Anhörung des Kindes im Zuge eines Sorgerechtsstreits als solches, sondern vielmehr auf die Möglichkeit des Kindes, gehört zu werden.⁴⁴⁵ Dies habe die Konsequenz, dass ein Gericht, das über das Sorgerecht eines Kindes zu entscheiden hat, die Zweckmäßigkeit einer Anhörung des Kindes beurteilen muss. Die Konflikte, die eine Entscheidung über die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil erforderlich machen würden, und die damit verbundenen Spannungen, denen das Kind insb. auch vor dem Richter oder der Richterin ausgesetzt sei, könnten dessen Wohlergehen zuwiderlaufen.

Die Anhörung des Kindes im Zuge eines Sorgerechtsstreits stelle somit keine absolute Verpflichtung dar, sondern müsse im Einklang mit Art 24 Abs 2 GRC in jedem Einzelfall anhand des Wohls des Kindes beurteilt werden.⁴⁴⁶

Hält das Gericht eine Anhörung des Kindes für notwendig, so müsse es nach Maßgabe des Kindeswohls und unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls alle geeigneten Maßnahmen im Hinblick auf eine solche Anhörung treffen, um die praktische Wirksamkeit des Art 24 GRC und Art 42 Abs 2 lit a der Verordnung Nr. 2201/2003 zu wahren, damit das Kind eine tatsächliche und wirksame Möglichkeit habe, sich zu äußern.⁴⁴⁷

Im Fall H. C. Chavez-Vilchez et al gg Raad can bestuur can de Sociale verzekeringsbank et al musste sich der EuGH mit der Frage befassen, ob ein minderjähriges Kind mit Unionsbürgerschaft gezwungen ist, das Unionsgebiet zu verlassen, und es dadurch die Möglichkeit verlieren würde, den Kernbestand seiner Rechte aus Art 20 AEUV tatsächlich in Anspruch zu nehmen, wenn seinem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit, der für das Kind tatsächlich sorgt, ein Aufenthaltstitel im fraglichen Mitgliedstaat verweigert wird.⁴⁴⁸

Der EuGH kommt zu dem Ergebnis, dass in jenen Fällen zu ermitteln sei, welcher Elternteil tatsächlich für das Kind sorgt und ob ein tatsächliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Kind und dem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit besteht. Im Rahmen dieser Prüfung sei Art 7 GRC stets im Zusammenhang mit Art 24 Abs 2 GRC auszulegen, wonach bei der Beurteilung des Rechts auf Achtung des Familienlebens das Kindeswohl gebührend zu berücksichtigen sei.⁴⁴⁹

444 EuGH 22.12.2010 Rs C-491/10 Rz 63.

445 EuGH 22.12.2010 Rs C-491/10 Rz 62.

446 EuGH 22.12.2010 Rs C-491/10 Rz 63 f.

447 EuGH 22.12.2010 Rs C-491/10 Rz 66.

448 EuGH 10.5.2017 Rs C-133/15 Rz 39.

449 EuGH 10.5.2017 Rs C-133/15 Rz 70.

Wenn ein Elternteil, der Unionsbürger ist, wirklich in der Lage und bereit ist, die tägliche und tatsächliche Sorge für das Kind alleine wahrzunehmen, bilde dies zwar einen Umstand, der für die Zuerkennung des Sorgerechts von Bedeutung sei. Er reiche jedoch alleine nicht aus, um festzustellen, dass zwischen dem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit und dem Kind ein Abhängigkeitsverhältnis in der Weise bestehe, dass sich das Kind zum Verlassen des Unionsgebiets gezwungen sehen müsste, wenn dem Drittstaatsangehörigen das Aufenthaltsrecht verweigert werde. Bei der Beurteilung eines solchen Falls seien stets sämtliche Umstände des Einzelfalls im Interesse des Kindeswohls zu berücksichtigen, insb. das Alter des Kindes, seine körperliche und emotionale Entwicklung, der Grad seiner effektiven Bindung sowohl zu dem Elternteil mit Unionsbürgerschaft als auch zu jenem Elternteil, der Drittstaatsangehöriger ist, und das Risiko, das mit der Trennung von Letzterem für das innere Gleichgewicht des Kindes verbunden wäre.⁴⁵⁰

Nach der Rsp des EuGH ist gem Art 24 Abs 2 GRC das Wohl des Kindes gebührend zu berücksichtigen, weswegen sich der Mitgliedstaat zu vergewissern hat, dass das Kind im Hinblick auf das familiäre und soziale Umfeld, in dem es leben muss, über ausreichende Mittel verfügt.⁴⁵¹

Nach den Ausführungen des EuGH hat das zuständige Gericht bei der Entscheidung über die Sorge für das Kind und die Rechte auf persönlichen Umgang mit ihm alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, wie insb. die Geburt des Kindes, die Art der Beziehung zwischen den Eltern, die zwischen jedem Elternteil und dem Kind bestehende Beziehung sowie die Fähigkeit jedes Elternteils, die Aufgabe der Sorge zu übernehmen. Durch die Berücksichtigung aller dieser Umstände werde das Kindeswohl gem Art 24 Abs 2 GRC geschützt. Eine grundsätzliche Zuweisung des Sorgerechts an die Mutter sei zulässig, sofern dem Vater Rechtsschutzmöglichkeiten zur Erlangung der Obsorge eingeräumt werden.⁴⁵²

Der EuGH hatte sich zudem mit dem Kontaktrecht von Großeltern zu befassen. Fraglich war im Fall *Neli Valcheva/Georgios Babanarakis*, ob der Begriff „Umgangsrecht“ in Art 1 Abs 2 lit a und Art 2 Nr. 10 der Verordnung Nr. 2201/2003 dahingehend verstanden werden kann, dass er nicht nur den Umgang zwischen den Eltern und dem Kind, sondern auch den Umgang mit anderen Verwandten als den Eltern, nämlich den Großeltern, umfasst. Der EuGH bejahte in diesem Zusammenhang ein Umgangsrecht der Großeltern mit ihren Enkelkindern und führte dazu aus, dass auch andere Personen, die für das Kind wichtig sind, vom Umgangsrecht umfasst sind, unabhängig davon, ob sie Träger der elterlichen Verantwortung sind oder nicht.⁴⁵³

450 EuGH 10.5.2017 Rs C-133/15 Rz 71.

451 EuGH 12.5.2022 Rs C-644/20 Rz 66.

452 EuGH 5.10.2010 Rs C-400/10 Rz 62; vgl. dazu *Fuchs* in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar2 (2019) Art 24 GRC Rz 46.

453 EuGH 31.5.2018 Rs C-335/17 Rz 33.

3.5.5 Zusammenfassung

Art 24 GRC ist in der Rechtsprechung des EuGH vor allem hinsichtlich der in Abs 2 normierten Berücksichtigung des Kindeswohls von praktischer Bedeutung. Die daraus gewonnene Pflicht zur genauen Bedachtnahme auf die Umstände der Minderjährigen im Einzelfall sowie zur gebührenden Berücksichtigung im Rahmen von Interessenabwägungen bei Einzelfallentscheidungen prägt die Judikatur im Bereich Migration und internationaler Schutz in besonderer Weise, zählt darüber hinaus vor allem aber auch in familienrechtlichen Angelegenheiten zu den etablierten Prüfungsmaßstäben des EuGH. In welcher Weise die Berücksichtigung des Kindeswohls zu erfolgen hat und wie Abwägungen mit ebenfalls zu berücksichtigenden gegenlaufenden Interessen zu erfolgen haben, ist eine Einzelfallentscheidung. Aufgrund der prozessualen Konstellation des Vorabentscheidungsverfahrens, in dem die meisten Entscheidungen des EuGH ergehen und auch die oben genannten Entscheidungen des EuGH ergangen sind, entscheidet der EuGH nicht über die Abwägung betroffener Interessen im Einzelfall. Er kommt daher auch nicht zu dem Schluss, ob in einem spezifischen Fall das Kindeswohl gegenüber den übrigen ebenfalls betroffenen Interessen obsiegt. Die Luxemburger Judikatur gibt den nationalen Gerichten vielmehr Hinweise für die von ihnen jeweils zu treffenden Abwägungsentscheidungen. Betrachtet man diese Hinweise im Hinblick auf das Kindeswohl, ist summarisch festzustellen, dass diesem ein besonders hohes Gewicht in der Abwägung zukommt und es daher häufig oder gar regelmäßig die anderen betroffenen Belange, einschließlich öffentlicher Interessen wie dem Interesse an der Ausweisung straffällig gewordener Drittstaatsangehöriger, überwiegen wird. Einen Automatismus, dass bei einer Betroffenheit des Kindeswohls dieses stets andere Interessen überwiegt, nimmt der EuGH nicht an.

Aus Art 24 GRC gewinnt der EuGH in diesem Kontext auch Anforderungen an die nationale Gesetzgebung. Diese hat – insb. bei der Umsetzung von Richtlinien und der eventuellen Nachvollziehung von Verordnungen in innerstaatlichem Recht – ebenfalls in hinreichendem Maße dem Kindeswohl Rechnung zu tragen, die notwendigen Abwägungen im Einzelfall zu ermöglichen und allenfalls die von den im Einzelfall entscheidenden Behörden und Gerichten vorzunehmenden Abwägungen durch Kriterienkataloge zu strukturieren.

Immer wieder treten in der Rechtsprechung des EuGH Überlappungen des Schutzbereichs von Art 24 GRC mit dem in Art 7 GRC gewährleisteten Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens zu Tage. Generell kann aber davon ausgegangen werden, dass vor allem Art 24 Abs 2 GRC als eigenständige grundrechtliche Gewährleistung in der Judikatur bereits fest verankert ist.

Insgesamt erweist sich die Rechtsprechung des EuGH zu Art 24 GRC – wie etwa die Analyse der Judikatur des VfGH oder des OGH zeigt – auch als einflussreich für die **Auslegung des BVG Kinderrechte** durch die österreichischen Höchstgerichte.⁴⁵⁴

454 z. B. VfGH 7.6.2021, E 3553/2020 u. a.; 7.10.2020, E 1524/2020 u. a.; OGH 13.9.2017, 10 ObS 64/17k.

4 Untersuchung ausgewählter Referenzgebiete

4.1 Familienrecht (Czech)

4.1.1 Einleitung

Im Rahmen der Evaluierung des Mehrwerts der Verankerung einzelner Kinderrechte in der Verfassung soll im folgenden Abschnitt erörtert werden, inwiefern sich das BVG Kinderrechte auf das österreichische Familienrecht ausgewirkt hat. Die Analyse baut auf den Ergebnissen der bereits erfolgten Auswertungen der innerstaatlichen Judikatur auf, wobei hier naturgemäß der Rechtsprechung des OGH die größte Relevanz zukommt. Daneben sind aber auch jene Erkenntnisse des VfGH darzustellen, in denen dieser familienrechtliche Bestimmungen wegen eines Widerspruchs zum BVG Kinderrechte als verfassungswidrig aufgehoben hat. Da familienrechtliche Materien grundsätzlich nicht in die Zuständigkeit der Verwaltung fallen und sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit daher nur ausnahmsweise damit zu befassen hat, reicht es im vorliegenden Kontext aus, auf einzelne Erkenntnisse des VfGH einzugehen.

Um die höchstgerichtliche Rechtsprechung einordnen und beurteilen zu können, erscheint es zunächst geboten, den Blick auf die Ebene der Gesetzgebung zu richten und zu erörtern, inwiefern die Vorgaben des BVG Kinderrechte bereits in den familienrechtlichen Bestimmungen Niederschlag gefunden haben. Denn eine Umsetzung auf gesetzlicher Ebene durch Bestimmungen, die eine Berücksichtigung der Kinderrechte und insb. einen Vorrang des Kindeswohls normieren, kann eine Ursache dafür sein, dass die Gerichte bei der Anwendung und Auslegung des einfachen Rechts nicht mehr auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen zurückgreifen müssen und sich folglich keine expliziten Bezüge auf das BVG Kinderrechte in den Entscheidungsbegründungen finden.

4.1.2 Einfluss des BVG Kinderrechte auf die Familienrechtsgesetzgebung

Das österreichische Familienrecht wurde nach Inkrafttreten des BVG Kinderrechte wiederholt novelliert, wobei neben der 2013 erfolgten umfassenden Reform lediglich geringfügige Anpassungen zu nennen sind.⁴⁵⁵ Diese Änderungen sind zum größten Teil auf den unmittelbaren Druck zurückzuführen, Urteilen des EGMR und des VfGH gerecht werden zu müssen. Dabei ist zwar eine stärkere **Akzentuierung des Kindeswohls** ebenso

⁴⁵⁵ Auf die derzeit diskutierten Reformvorhaben kann hier nicht eingegangen werden, weil noch kein Entwurf veröffentlicht wurde.

zu beobachten wie ein **Ausbau der verfahrensrechtlichen Stellung** der betroffenen Minderjährigen, was durchaus im Einklang mit der UN-Kinderrechtskonvention und dem BVG Kinderrechte steht,⁴⁵⁶ doch zählte die nationale, einfachgesetzliche Umsetzung dieser völker- bzw. verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht zu den erklärten Zielen des Gesetzgebers.

Die bislang umfangreichste Reform des Familienrechts seit Inkrafttreten des BVG Kinderrechte erfolgte durch das **Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013** (KindNamRÄG 2013).⁴⁵⁷ Unmittelbarer Anstoß für die Änderungen waren Urteile des EGMR, mit denen es für unvereinbar mit Art 8 EMRK erklärt worden war, dass Väter von außerhalb der Ehe geborenen Kindern keine Möglichkeit hatten, ohne Zustimmung der Mutter die (gemeinsame) Obsorge zu erlangen.⁴⁵⁸ Diese Reform brachte neben der Neufassung des unmittelbar von den Urteilen betroffenen § 166 ABGB insb. eine Neuregelung der **Obsorge** nach Scheidung bzw. Trennung der Eltern mit sich.⁴⁵⁹ Bei dieser Gelegenheit wurden auch neue Instrumente zur **Beschleunigung** familiengerichtlicher Verfahren und zur Erleichterung einer **Deeskalation** in hochemotionalen Streitigkeiten über Obsorge und Kontakt eingeführt. So kann das Familiengericht seither eine vorläufige Regelung über den Kontakt und unterschiedliche Anordnungen zur Wahrung des Kindeswohls treffen (§ 107 AußStrG). Außerdem wurde den Gerichten durch den Ausbau der Familiengerichtshilfe und den sogenannten **Besuchsmittler** (§ 106a AußStrG) institutionelle Unterstützung zur Seite gestellt. In diesem Kontext ist auch das Instrument des **Kinderbeistands** (§ 104a AußStrG) zu erwähnen, der allerdings schon 2010 und somit vor Inkrafttreten des BVG Kinderrechte eingeführt wurde. Dennoch ist dies als wichtige Maßnahme zur **Umsetzung des Art 12 KRK** zu nennen, die dem später erlassenen **Art 4 BVG Kinderrechte** Rechnung trägt.⁴⁶⁰

Das KindNamRÄG 2013 brachte auch eine neue Abfolge der familienrechtlichen Bestimmungen im ABGB mit sich, in der nicht zuletzt die größere Bedeutung des Kindeswohls zum Ausdruck kommt. Insbesondere wurde mit **§ 138 ABGB** eine zentrale Bestimmung

456 Vgl. UN-Kinderrechtsausschuss, Abschließende Bemerkungen zum kombinierten fünften und sechsten periodischen Bericht Österreichs, CRC/C/AUT/CO/5–6, Rz 18.

457 BGBl I 15/2013; zu Entstehungsgeschichte und Inhalt siehe *Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197.

458 EGMR 3.12.2009, 22208/04, *Zaunegger gg Deutschland* = NL 2009, 348 = ÖJZ 2010, 138; EGMR 3.2.2011, 35637/03, *Sporer g Österreich*= NLMR 2011, 35 = ÖJZ 2011, 525; VfGH 28.6.2012, G 114/11 = VfSlg 19.653/2012.

459 *Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197 (198); *Fucik*, Familienrecht im Fluss. Kinderrechte – Elternrechte: Neustart mit dem KindNamRÄG 2013, iFamZ 2013, 212 (212).

460 *Beck* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I2 § 104a (Stand 1.6.2019, rdb.at) Rz 2; zu den Vorgaben des Art 12 KRK siehe *Traar*, Bedeutung der UN-Konvention über die Rechte des Kindes und des Europäischen Übereinkommens über die Ausübung von Kinderrechten für eine „Vertretung des Kindes“, in *Barth/Deixler-Hübner*, Handbuch des Kinderbeistandsrechts (2011) 49.

über das Kindeswohl an den Beginn des dritten Hauptstücks gesetzt. Demnach ist „in allen das minderjährige Kind betreffenden Angelegenheiten, insb. der Obsorge und der persönlichen Kontakte, [...] das **Wohl des Kindes (Kindeswohl) als leitender Gesichtspunkt** zu berücksichtigen und bestmöglich zu gewährleisten“. Die zur Bestimmung des Kindeswohls heranzuziehenden Kriterien werden in § 138 Z 1 bis Z 12 ABGB beispielhaft angeführt. Obwohl diese Novellierung des Familienrechts nach Inkrafttreten des BVG Kinderrechte erfolgte und auf eine Stärkung des Kindeswohls abzielte, war sie nicht explizit durch die Absicht motiviert, einen Beitrag zur einfachgesetzlichen Umsetzung des BVG Kinderrechte zu leisten. Deutlich zum Ausdruck kommt dies in den Materialien zum KindNamRÄG 2013, die keinen Hinweis auf das BVG Kinderrechte oder die UN-Kinderrechtskonvention enthalten.⁴⁶¹ Bei § 138 ABGB handelt es sich somit weniger um eine *neue* programmatische Vorgabe im Geist des BVG Kinderrechte, als um eine Präzisierung des zuvor in § 178 ABGB enthaltenen, von der Rechtsprechung näher ausgestalteten Prinzips des Kindeswohls.⁴⁶² Schon anhand des § 178 aF hatte die Judikatur das Kindeswohl als oberstem Leitgedanken des Kindschaftsrechts genauere Konturen verliehen. § 138 ABGB legte diesen Grundsatz an prominenter Stelle näher dar und schuf Anhaltspunkte für die Beurteilung, was im Einzelfall durch das Kindeswohl geboten ist. Darüber hinaus wird damit auch ein gesetzliches Leitbild zum Ausdruck gebracht, das über den engen Bereich des familiengerichtlichen Verfahrens ausstrahlt.⁴⁶³

In § 137 Abs 2 zweiter Satz ABGB findet sich zudem das zuvor in § 146a ABGB enthaltene Gewaltverbot in der Erziehung. An einen Verstoß gegen dieses Verbot der Anwendung jeglicher Gewalt und der Zufügung körperlichen oder seelischen Leides knüpft § 187 Abs 2 ABGB die mögliche Konsequenz einer Untersagung des Kontakts zum Kind. Eine weitere, ebenfalls auf die Verwirklichung der Menschenrechte abzielende Änderung bestand in der Einführung der Möglichkeit für nicht mit dem Kind verwandte Personen, unter bestimmten Umständen ein Kontaktrecht zu beantragen. Damit wurde der Rechtsprechung des EGMR Rechnung getragen, der den gänzlichen Ausschluss des leiblichen, aber nicht rechtlichen Vaters vom Kontaktrecht beanstandet hatte.⁴⁶⁴

Auch das **Adoptionsrechts-Änderungsgesetz 2013** (AdRÄG 2013)⁴⁶⁵ zielte ausdrücklich darauf ab, weitere Verurteilungen durch den EGMR zu verhindern.⁴⁶⁶ Dieser hatte eine Verletzung von Art 14 i. V. m. Art 8 EMRK festgestellt, weil die Stiefkindadoption in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften nicht möglich war, ohne die Elternschaft des

461 ErlRV 2004 BlgNR XXIV. GP.

462 Siehe dazu kritisch *Deixler-Hübner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 138 (Stand 15.9.2023, rdb.at) Rz 3–8, wonach sich durch die Erweiterung des Kriterienkatalogs „für die gerichtliche Praxis [...] nicht viel geändert hat“.

463 Vgl. *Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 200.

464 EGMR 21.10.2010, 20578/07, *Anayo gg Deutschland* = NLMR 2011, 6 = EuGRZ 2011, 124.

465 BGBl I 179/2013.

466 ErlRV 2403 BlgNR XXIV. GP, 1.

leiblichen Elternteils aufzuheben.⁴⁶⁷ Überlegungen hinsichtlich des Kindeswohl bzw. des BVG Kinderrechte spielten dabei für den Gesetzgeber soweit ersichtlich keine Rolle.

Auf ähnlichen Motiven beruhte das **Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015**.⁴⁶⁸ Durch die Zulassung der Samenspende für Frauen in gleichgeschlechtlichen Beziehungen und eine Neuregelung der Präimplantationsdiagnostik sollte Urteilen des VfGH und des EGMR Rechnung getragen werden.⁴⁶⁹ Während die Umsetzung dieser Judikatur das Hauptmotiv für die umfassende Reform des FMedG war, bezog der Gesetzgeber bei einzelnen Neuerungen Überlegungen hinsichtlich des Kindeswohls mit ein, ohne dabei jedoch ausdrücklich auf das BVG Kinderrechte hinzuweisen. So ist generell bei der Auswahl der anzuwendenden reproduktionsmedizinischen Methode das Kindeswohl zu berücksichtigen (§ 2 Abs 3 zweiter Satz FMedG). Daneben soll das FMedG auch dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung Rechnung tragen, insb. durch sein Einsichts- und Auskunftsrecht (§ 20 Abs 2 und Abs 3 FMedG) und die psychologische Beratung der Eltern über die Bedeutung des Wissens über die eigene Herkunft (§ 7 Abs 2 und Abs 3 FMedG).⁴⁷⁰ Zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang die im Regierungsprogramm in Aussicht gestellte Schaffung eines zentralen Registers über Samen- und Eizellenspenden,⁴⁷¹ da ein solches die Verwirklichung des in Art 7 KKR garantierten Rechts des Kindes auf Kenntnis der eigenen Herkunft insofern erleichtern wird, als betroffene Kinder bislang darauf angewiesen sind, von ihren sozialen Eltern zu erfahren, in welcher Klinik bzw. bei welchem Arzt oder welcher Ärztin die Kinderwunschbehandlung erfolgte.⁴⁷²

467 EGMR (GK) 19.2.2013, 19910/07, *X. u. a. gg Österreich* = NLMR 2013, 46 = ÖJZ 2013, 476; dem folgend VfGH 11.12.2014, G 119/2014 = VfSlg 19.942/2014 (siehe dazu oben 3.1.1.2.3.).

468 BGBl I 35/2015; ErlRV 445 BlgNR XXV. GP, 1; vgl. dazu *Czech*, Zur Grundrechtskonformität des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts, NLMR 2015, 297 mwN.

469 VfGH 10.12.2013, G 16/2013, G 44/2013; EGMR 28.8.2012, 54270/10, *Costa und Pavan gg Italien* = NLMR 2012, 265.

470 Siehe dazu *Erlebach*, Rechte des Kindes nach Samen- und Eizellenspende, in Barth/Erlebach (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 243.

471 Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020–2024, 24 (<https://www.bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:c1dab58e-2a6c-4c18-a6b8-866ea49c15e9/Regierungsprogramm-Kurzfassung.pdf> [13.3.2024]).

472 Vgl. zu den Defiziten des geltenden Rechts *Bernat*, Die abstammungsrechtliche Zuordnung eines Kindes, das während aufrechter Ehe zweier Frauen geboren wird, EF-Z 2019, 200 (204).

Dass sich das BVG Kinderrechte in den ersten zehn Jahren seiner Geltung nur in engen Grenzen auf die Gesetzgebung auswirkte, wird vor allem in jenen Bereichen deutlich, in denen nach wie vor **Defizite** hinsichtlich der Verwirklichung von Kinderrechten bestehen. Dies gilt insb. für die Frage der **Obsorge für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge**. Hier besteht insofern eine gesetzliche Lücke, als nach wie vor strittig ist, ob der KJHT schon während des Zulassungsverfahrens mit der Obsorge zu betrauen ist.⁴⁷³ Ein weiteres, vom UN-Kinderrechtsausschuss bemängeltes Defizit besteht in den Ausnahmen von der grundsätzlichen Voraussetzung der **Volljährigkeit für die Eheschließung**.⁴⁷⁴ Entgegen der Absichtserklärung der Bundesregierung wurde § 1 Abs 2 EheG bislang nicht an die Anforderungen der UN-KRK angepasst.⁴⁷⁵

4.1.3 Das BVG Kinderrechte in der Rechtsprechung zum Familienrecht

Das Familienrecht ist jene rechtliche Materie, in der dem BVG Kinderrechte in der höchstgerichtlichen Judikatur die größte Relevanz zukommt. Dies ist insofern wenig überraschend, als zum einen familienrechtliche Entscheidungen in aller Regel (auch) Kinder betreffen, und zum anderen das Kindeswohl schon seit längerem das zentrale Kriterium für die Familiengerichte darstellt. Mit dem durch das KindNamRÄG 2013⁴⁷⁶ eingeführten **§ 138 ABGB** gibt es eine Bestimmung, die die verfassungsrechtliche Vorgabe des Art 1 BVG Kinderrechte ausdrücklich in das Familienrecht transformiert. Auch in der Judikatur des VfGH wurden **Art 1 und Art 2 BVG Kinderrechte** insb. als Prüfungsmaßstab für familienrechtliche Bestimmungen des ABGB herangezogen. Diese Urteile betreffen das Adoptionsrecht, die Zulässigkeit der sogenannten „Doppelresidenz“ und die Rangfolge der bei Verhinderung der Eltern mit der Obsorge zu betrauenden Personen. Aufgrund des fehlenden Rechtszugs von der ordentlichen Gerichtsbarkeit zum VfGH kann sich dieser naturgemäß nicht mit der Anwendung familiengerichtlicher Bestimmungen im Einzelfall befassen.

473 Ganner/Jicha/Weber, Das Recht unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge auf Versorgung durch die Kinder- und Jugendhilfe, iFamZ 2017, 20 (23 f); Pascher/Utz-Ferner, Der Familienbegriff und die Obsorge unbegleiteter Minderjähriger im Asylverfahren, iFamZ 2020, 284 (286); Unabhängige Kommission für den Schutz der Kinderrechte und des Kindeswohls im Asyl- und Fremdenrecht, Bericht der Kindeswohlkommission vom 13.7.2021, Rz 201; Lukits, Die Obsorge für unbegleitete minderjährige Asylwerber, Teil III: Österreichisches Privatrecht, EF-Z 2017, 28.

474 UN-Kinderrechtsausschuss, Abschließende Bemerkungen zum kombinierten fünften und sechsten periodischen Bericht Österreichs, CRC/C/AUT/CO/5–6, Rz 15.

475 Das Regierungsprogramm sieht zumindest eine Prüfung der Anhebung des Ehealters vor (Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020–2024, 24).

476 BGBl I 15/2013.

4.1.3.1 Obsorge und Kontakt

4.1.3.1.1 Das BVG Kinderrechte in der Judikatur des OGH

Nach der ständigen Rechtsprechung des OGH⁴⁷⁷, die bereits vor der Neufassung von § 138 ABGB und vor Inkrafttreten des BVG Kinderrechte begründet und danach unverändert fortgesetzt wurde, ist die **Wahrung des Kindeswohls** bei allen Entscheidungen in Obsorge- und Kontaktrechtssachen das **oberste Prinzip**.⁴⁷⁸ Mittlerweile untermauert der OGH diese Ansicht gelegentlich mit einem Verweis auf Art 1 BVG Kinderrechte.⁴⁷⁹ In mehreren Fällen zog der OGH diese Bestimmung auch heran, um seine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen von ihm anzuwendende familienrechtliche Bestimmungen zu begründen. Dies gilt etwa für den starren Altersabstand bei der Adoption⁴⁸⁰ oder die unflexible Rangfolge der Personen, die im Fall der Verhinderung beider Elternteile oder bislang sorgeberechtigten Personen mit der Obsorge zu betrauen sind.⁴⁸¹

Der Grundsatz, wonach das Kindeswohl oberste Leitlinie zu sein hat, kommt auch in Entscheidungen zum **Kontakt** zwischen Eltern(teilen) und Kind zur Anwendung. Explizite Verweise auf den Kindeswohlvorrang nach Art 1 BVG Kinderrechte finden sich in der Rechtsprechung bislang nicht. Allerdings wurde vom OGH bereits 1997 unter Verweis auf Art 9 Abs 3 KRK ausgeführt, dass Kinder einen Anspruch auf Ausübung des Kontaktrechts durch den nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Elternteil haben.⁴⁸² Seit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 ist dieser Anspruch ausdrücklich im Gesetz verankert (§ 186 ABGB).⁴⁸³

4.1.3.1.2 Das BVG Kinderrechte in der Judikatur des VfGH

Der VfGH⁴⁸⁴ griff auf das BVG Kinderrechte bislang bei der Prüfung familienrechtlicher Bestimmungen zurück, die es nicht im verfassungsrechtlich gebotenen Ausmaß gestatteten, im Einzelfall auf die konkreten Interessen des Kindes einzugehen.

Auf Antrag des LGZRS Wien prüfte der VfGH die Verfassungsmäßigkeit jener Bestimmungen des ABGB, die eine Verpflichtung getrennt lebender, gemeinsam sorgeberechtigter Eltern normieren, festzulegen, in welchem Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.⁴⁸⁵ Nach der bis dato herrschenden Rechtsprechung war damit ein echtes **Doppelresidenzmodell**, bei dem das Kind in beiden Haushalten in etwa gleich viel Zeit verbringt, gesetzlich ausgeschlossen. Der VfGH prüfte die angefochtenen Normen in erster Linie

477 Siehe hierzu auch die eingehende Analyse oben 3.3.

478 RS0048632.

479 OGH 22.6.2022, 6 Ob 96/22v; OGH 3.7.2012, 9 Ob 48/11s; OGH 11.6.2021, 1 Ob 207/21d.

480 OGH 20.1.2014, 4 Ob 214/13v; VfGH 11.12.2014, G 18/2014 = VfSlg 19.941/2014.

481 OGH 30.5.2022, 2 Ob 42/22y. Zur Entscheidung des VfGH siehe sogleich unten 4.1.3.1.2.

482 OGH 10.4.1997, 6 Ob 2398/96g.

483 BGBl I 135/2000.

484 Siehe hierzu auch die eingehende Analyse oben 3.1.

485 VfGH 9.10.2015, G 152/2015 = VfSlg 20.018/2015.

anhand von Art 8 EMRK, zog aber auch Art 1 BVG Kinderrechte heran. Dem Kindeswohl wies er dabei einerseits die Funktion eines legitimen Ziels zu, das einen Eingriff in die autonome Gestaltung des Familienlebens rechtfertigen kann (indem die Festlegung eines „Heims erster Ordnung“ Klarheit und Sicherheit für das Kind schafft), andererseits zog er Art 1 BVG Kinderrechte als Prüfungsmaßstab für die Frage heran, ob der Ausschluss einer Doppelresidenz stets mit dem Kindeswohl und dem Recht auf bestmögliche Entwicklung und Entfaltung vereinbart werden kann. Im Ergebnis verneinte der VfGH eine Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Bestimmungen, weil sie verfassungskonform auch dahingehend ausgelegt werden können, dass die Festlegung eines Haushalts, in dem das Kind hauptsächlich betreut wird, als bloß nominelle Verpflichtung angesehen wird.⁴⁸⁶ Wenn eine tatsächliche Doppelresidenz dem Kindeswohl am besten entspricht, reicht somit eine solche bloß nominelle Festlegung aus.

Aus Anlass eines Gesetzesprüfungsantrags des OGH befasste sich der VfGH mit der in **§ 178 Abs 1 ABGB** vorgesehenen Rangfolge der Personen, auf die das Gericht im Fall einer Verhinderung beider Elternteile oder des bislang alleine mit der Obsorge betrauten Elternteils die Obsorge zu übertragen hat. Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes ist in einem solchen Fall der andere Elternteil, ein Großelternpaar, ein Großelternanteil oder ein Pflegeelternpaar bzw. Pflegeelternanteil mit der Obsorge zu betrauen. Welcher der genannten Personen (bzw. welchem Paar) der Vorzug gegeben werden muss, ist stets im Einzelfall anhand des Kindeswohls zu entscheiden. Nach § 204 ABGB kommen andere Personen generell nicht in Frage, wenn eine der in § 178 Abs 1 ABGB genannten Personen bereit und geeignet ist, die Obsorge zu übernehmen. Aus Anlass eines Revisionsrekurses eines Urgroßelternpaares, der sich gegen die Übertragung der Obsorge auf die Pflegeeltern richtete, äußerte der OGH Bedenken ob der Verfassungskonformität dieser Bestimmung. Problematisch erschien ihm daran, dass der starre Vorrang von Groß- oder Pflegeeltern auch dann gilt, wenn im Einzelfall zu anderen Personen (hier die Urgroßeltern) ein engeres Verhältnis besteht und dem Kindeswohl durch deren Betrauung mit der Obsorge besser entsprochen würde. Der VfGH schloss sich den Bedenken des OGH an und erklärte § 178 Abs 1 zweiter und dritter Satz sowie die relevanten Wortfolgen in **§ 204 ABGB** für **verfassungswidrig**. Die Bestimmungen verstießen gegen Art 1 BVG Kinderrechte, weil sie den Kreis jener Personen, die bevorzugt mit der Obsorge zu betrauen sind, zu eng zogen und damit bewirkten, dass andere geeignete Angehörige der (sozialen) Familie kategorisch von der Möglichkeit ausgeschlossen wurden, mit der Obsorge betraut zu werden, wenn jemand aus dem Kreis der im Gesetz genannten Personen zur Übernahme geeignet war.⁴⁸⁷

Keine eigenständige Bedeutung wurde dem vom Antragsteller ins Treffen geführten Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte in einem Erkenntnis beigemessen, in dem es um das

486 In diesem Sinne schon *Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197 (204).

487 VfGH 9.3.2023, G 223/2022.

Kontaktrecht des (mutmaßlichen) leiblichen Vaters zu seinem bei der Mutter und dessen Ehemann (der rechtlich als Vater galt) lebenden Kind ging. Der VfGH verneinte nach ausführlicher Auseinandersetzung mit der Judikatur des EGMR ein solches Recht des vermeintlichen leiblichen Vaters, sich in eine bestehende soziale Familie zu drängen. Angesichts dieses auf Art 8 EMRK gestützten Ergebnisses verneinte der VfGH ohne weitere Begründung auch eine Unvereinbarkeit der angefochtenen Bestimmungen mit Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte.⁴⁸⁸

Nur am Rande erwähnt wurde Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte auch in jenem Erkenntnis, mit dem der VfGH die in § 166 ABGB vorgesehene automatische Zuweisung der Obsorge an die Mutter ohne Möglichkeit einer vom Vater angestrebten gerichtlichen Entscheidung als verfassungswidrig aufhob. Maßgebend war die Auslegung von Art 8 EMRK durch den EGMR, welcher der VfGH Folge leistete.⁴⁸⁹

4.1.3.2 Verfahrensgarantien

Unter Verweis auf **Art 4 BVG Kinderrechte** verlangt der OGH in ständiger Rechtsprechung, in Verfahren über Obsorge und Kontakt die betroffenen **Kinder anzuhören** und ihre Meinung und Wünsche angemessen zu berücksichtigen.⁴⁹⁰ Dabei differenziert die Judikatur zwischen Entscheidungen über die Obsorge und solchen über die persönlichen Kontakte. In Obsorgeangelegenheiten wird erst ab dem zwölften Lebensjahr eine Urteilsfähigkeit angenommen.⁴⁹¹ Auch mündigen Minderjährigen soll zwar nach Möglichkeit nicht gegen ihren Willen die Obsorge durch einen bestimmten Elternteil aufgezwungen werden, doch kann ihr Wunsch nicht alleine ausschlaggebend sein.⁴⁹² Hingegen gilt bei Entscheidungen über den Kontakt ein weniger strenger Maßstab. Sprechen sich mündige Minderjährige klar und unbeeinflusst gegen den Kontakt zu einem Elternteil aus, ist dies in aller Regel ausschlaggebend, weil Kontakte gegen den erklärten Willen des Kindes weder sinnvoll erscheinen noch mit dem Kindeswohl in Einklang zu bringen sind.⁴⁹³ Dem Wunsch unmündiger Kinder ist hingegen nicht in jedem Fall zu entsprechen, allerdings ist ihre Meinung zur Frage des Kontaktrechts dennoch zu berücksichtigen, wie der OGH unter ausdrücklichem Verweis auf Art 4 BVG Kinderrechte festgehalten hat.⁴⁹⁴ Die persönliche Einbindung des Kindes in das Verfahren ist aus Sicht des Art 4 BVG Kinderrechte von zentraler Bedeutung, weil es erst dadurch vom bloßen Entscheidungsobjekt zum **Subjekt des Verfahrens** wird.⁴⁹⁵

488 VfGH 13.12.2016, G 494/2015 = VfSlg 20.129.

489 VfGH 28.6.2012, G 114/11 = VfSlg 19.653.

490 Siehe oben 3.3.2.4.

491 OGH 25.8.2020, 5 Ob 106/20d.

492 OGH 27.7.2021, 5 Ob 97/21g.

493 OGH 11.7.2000, 10 Ob 114/00p.

494 OGH 28.6.2016, 10 Ob 32/16b. Anders noch OGH 20.10.1998, 4 Ob 260/98h, wonach es „auf den Willen unmündiger Minderjähriger bei der Besuchsrechtsregelung nicht ankommt“.

495 Vgl. Beck, Kindschaftsrecht3 (2021) Rz 1110.

Daraus resultiert eine **Verpflichtung zur Anhörung** der von der Entscheidung betroffenen Kinder (vgl. insb. **§ 105 AußStrG**), die dem Richter bzw. der Richterin einen persönlichen Eindruck von der Urteilsfähigkeit des Kindes und eine Einschätzung von dessen Wünschen und Interessen ermöglichen soll.⁴⁹⁶ Aus Sicht von Art 4 BVG Kinderrechte muss der Zweck der Anhörung des Kindes auch und vor allem dazu dienen, diesem die Möglichkeit zu geben, sich am Verfahren zu beteiligen und die eigene Sicht einzubringen.⁴⁹⁷ Die Berücksichtigung der Wünsche des Kindes steht nach der Rechtsprechung des OGH unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl.⁴⁹⁸ Verstößt die Umsetzung des Willens des Kindes im Ergebnis gegen seine eigenen Interessen oder ist er offenbar Ergebnis einer unangemessenen Beeinflussung, so kann die Willensäußerung nicht ausschlaggebend sein.⁴⁹⁹ Nach § 105 Abs 2 AußStrG ist von der Befragung abzusehen, wenn ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre oder aufgrund des Entwicklungsstands des Kindes keine sachdienliche Äußerung zu erwarten ist.

Gemäß **§ 289a ZPO**, der mit dem 2. Gewaltschutzgesetz 2009 eingefügt wurde und aufgrund von § 35 AußStrG auch im außerstreitigen Verfahren anwendbar ist, kann das Gericht von der Vernehmung eines oder einer Minderjährigen absehen bzw. eine kontradiktorische Vernehmung anordnen, wenn ansonsten das Kindeswohl gefährdet wäre.⁵⁰⁰ Eine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Bestimmung liegt bislang nicht vor. Inwiefern ihre Auslegung und Anwendung in der Praxis der Familiengerichte durch Überlegungen hinsichtlich des Kindeswohls beeinflusst werden, kann daher nicht beurteilt werden. Allerdings lässt schon der Wortlaut des § 289b ZPO klar erkennen, dass sich das Gericht bei seiner Entscheidung über den Verzicht auf die Vernehmung bzw. über deren besondere Modalitäten ausschließlich auf das Kindeswohl stützen muss und keine Abwägung – insb. gegen die Verfahrensrechte der Parteien – vorzunehmen hat.⁵⁰¹

Der 2010 eingeführte **Kinderbeistand**, der gemäß § 104a AußStrG für Kinder unter 14 (ausnahmsweise unter 16) Jahren in hochstrittigen Verfahren über die Obsorge oder über die persönlichen Kontakte zu bestellen ist, ist nach der Rsp des OGH als ein „Vertreter“ bzw. eine „Vertreterin“ des Kindes iSd Art 12 Abs 2 KRK zu sehen und ein Mittel zur Durchsetzung seines in Art 4 BVG Kinderrechte auch verfassungsgesetzlich verankerten

496 Die ältere Judikatur, wonach die Anhörung des Kindes primär dazu dienen soll, den Informationsstand des Richters oder der Richterin zu verbessern (so noch OGH 12.3.2002, 5 Ob 56/02z), erscheint vor dem Hintergrund des Art 4 BVG Kinderrechte überholt.

497 So auch Beck, Kindschaftsrecht3 (2021) Rz 1116. In diesem Sinne z.B. OGH 30.5.2011, 2 Ob 19/11z.

498 OGH 25.3.2019, 8 Ob 21/19z; OGH 21.5.2014, 7 Ob 63/14m mwN.

499 Vgl. Deixler-Hübner, Kindeswohl und Verfahrensrechte, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2010, 221 (227); Beck, Kindschaftsrecht3 (2021) Rz 1136.

500 Siehe dazu Anzenberger, Vernehmung von Verbrechenopfern und Minderjährigen im Zivilverfahren nach §§ 289a und 289b ZPO, ÖJZ 2017, 249.

501 Deixler-Hübner, Kindeswohl und Verfahrensrechte, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2010, 221 (235).

Rechts auf angemessene, seinem Alter und seiner Entwicklung entsprechende Beteiligung und Berücksichtigung seiner Meinung in allen das Kind betreffenden Angelegenheiten.⁵⁰²

Zu hinterfragen ist aus Sicht des Rechts auf Partizipation gemäß Art 4 BVG Kinderrechte bzw. Art 12 KRK die **Altersgrenze** für die Bestellung eines Kinderbeistands, da der Bedarf nach Unterstützung im Verfahren nicht alleine vom Alter, sondern eher von der Persönlichkeit des Kindes und von den näheren Umständen der Familie und des Verfahrens abhängt.⁵⁰³ Zudem können Minderjährige ab Vollendung des 14. Lebensjahrs eigenverantwortliche Verfahrenshandlungen setzen, was gerade bei der Altersgruppe der 14- bis 16-Jährigen für einen stärkeren Bedarf nach Unterstützung spricht. Da im Einzelfall durchaus auch bei Minderjährigen über 16 Jahren ein Bedarf nach einer solchen Unterstützung bestehen kann, sollte die **starre Altersobergrenze von 16 Jahren gestrichen werden**.⁵⁰⁴ Dass ein Verzicht darauf praktikabel wäre, zeigen auch die Erfahrungen in Deutschland, wo das Alter kein relevantes Kriterium für die Bestellung eines Verfahrensbeistands ist.⁵⁰⁵

4.1.3.3 Adoption

§ 194 ABGB verankert den Grundsatz, dass ein Gericht eine Adoption nur bewilligen darf, wenn sie dem Kindeswohl entspricht. Die dazu ergangene Judikatur bezieht sich nicht ausdrücklich auf das BVG Kinderrechte, wobei in Rechnung zu stellen ist, dass die Beurteilung dieser Adoptionsvoraussetzung von den Umständen des Einzelfalls abhängt und daher im Allgemeinen keine erhebliche Rechtsfrage aufwirft, die mittels Revision an den OGH herangetragen werden könnte.⁵⁰⁶

Der OGH zog das BVG Kinderrechte folglich nur in speziellen Konstellationen heran, in denen adoptionsrechtliche Bestimmungen generell auszulegen waren. Zum einen leitete er aus einer verfassungskonformen Interpretation von § 201 Abs 1 Z 4 ABGB ab, dass eine **Kindeswohlprüfung** auch dann vorzunehmen sei, wenn das Gericht über die **Aufhebung einer Annahme an Kindes statt** entscheidet, weil ein Ausschluss der Kindeswohlprüfung gegen Art 1 zweiter Satz BVG Kinderrechte verstieße.⁵⁰⁷ Zum anderen stützte er seinen

502 OGH 22.3.2011, 8 Ob 19/11v = EF-Z 2011, 178 (*Beck*) = iFamZ 2011, 201 (*Fucik*); OGH 21.5.2015, 1 Ob 72/15t = iFamZ 2015, 208 (*Fucik*); LGZ Wien 12.1.2021, 43 R 570/20x = EFSlg 169.453; LG Innsbruck 13.3.2012, 51 R 111/11i = EFSlg 137.245.

503 *Beck* in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I2 § 104a (Stand 1.6.2019, rdb.at) Rz 18; kritisch auch *Bundesverband österreichischer Kinderschutzzentren*, Kinderschutz im Familienrecht verankern, iFamZ 2022, 100 (111).

504 Ebenda.

505 Vgl. *Menne*, Kinderbeistand versus Verfahrensbeistand – ein Vergleich zweier innovativer Rechtsinstitute, iFamZ 2023, 309 (313); zur deutschen Rechtslage siehe *Vogel*, Der Verfahrensbeistand, FPR 2010, 43; *Büchner/Mach-Hour*, Verfahrensbeistandschaft bei Kindeswohlgefährdung, NZFam 2016, 597; *Menne*, Neues Recht für die Verfahrensbeistandschaft, NZFam 2020, 1033.

506 *Deixler-Hübner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 194 (Stand 15.9.2023, rdb.at) Rz 1.

507 OGH 5.8.2021, 2 Ob 85/21w = EF-Z 2022, 20 (*Nademleinsky*).

Antrag auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 193 Abs 2 ABGB, der einen **starren Mindestabstand** zwischen Wahleltern und Wahlkind von 16 Jahren vorsah und keine Ausnahmen erlaubte, die im Einzelfall durch das Kindeswohl geboten sein könnten, auf eine mögliche Unvereinbarkeit mit Art 1 BVG Kinderrechte.⁵⁰⁸

Bei der Prüfung dieses Antrags des OGH stützte sich auch der VfGH explizit auf Art 1 BVG Kinderrechte und erklärte den starren Altersabstand von mindestens 16 Jahren zwischen Wahleltern(teil) und Wahlkind (§ 193 Abs 2 ABGB idF BGBl I 15/2013) für **verfassungswidrig**.⁵⁰⁹ Ausschlaggebend dafür war das Fehlen einer Möglichkeit, diesen Altersabstand im Einzelfall zu unterschreiten, wenn die Annahme an Kindes statt dem Kindeswohl entspricht, obwohl das Wahlkind weniger als 16 Jahre jünger ist als die Wahleltern bzw. einer der Wahlelternteile. Dies wurde im Anlassfall bejaht, weil der Altersabstand nur geringfügig unter den verlangten 16 Jahren lag und de facto bereits eine Eltern-Kind-Beziehung zwischen Wahlmutter und Wahlkind bestand. Zwar steht das Recht auf Berücksichtigung des Kindeswohls nach Ansicht des VfGH unter dem Vorbehalt des Art 7 BVG Kinderrechte, doch war der absolute Ausschluss der Adoption im Fall der Unterschreitung des Mindestaltersabstands nicht durch ausreichend schwerwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt.

Auf einer ähnlichen Argumentation beruht auch ein zweites, am selben Tag kundgemachtes Erkenntnis des VfGH. Er erklärte **§ 191 Abs 2 ABGB und § 8 Abs 4 EPG** insofern für **verfassungswidrig**, als sie die gemeinsame Annahme an Kindes statt durch ein in einer eingetragenen Partnerschaft lebendes gleichgeschlechtliches Paar kategorisch ausschlossen. Darin lag eine Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung und eine Benachteiligung gegenüber Paaren, die aufgrund des bestehenden Eltern-Kind-Verhältnisses zu einem Elternteil eine Stiefkindadoption bewilligen lassen können. Eine sachliche Rechtfertigung war nach Ansicht des VfGH – „insbesondere aus dem auch im Lichte des Art 1 des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern, gebotenen Blickwinkel des Wohles des Kindes“ – nicht gegeben.⁵¹⁰

In einem weiteren Verfahren zur Prüfung jener adoptionsrechtlichen Bestimmungen, die eine Adoption durch die Lebensgefährtin des Adoptivvaters ausschloss, stützten sich die Antragstellenden zur Begründung ihrer Bedenken unter anderem auch auf Art 1 BVG Kinderrechte. Der VfGH erachtete es als möglich und geboten, die angefochtenen Bestimmungen dahingehend verfassungskonform auszulegen, dass auch **Lebensgefährten bzw. Lebensgefährtinnen** die gleichzeitige oder sukzessive **Adoption offenstehe**. Eine andere Auslegung verstieße gegen Art 8 i. V. m. Art 14 EMRK sowie Art 7 B-VG. Auf

508 OGH 20.1.2014, 4 Ob 214/13v.

509 VfGH 11.12.2014, G 18/2014 = VfSlg 19.941/2014.

510 VfGH 11.12.2014, G 119/2014 = VfSlg 19.942/2014.

das BVG Kinderrechte ging der VfGH hingegen nicht ein.⁵¹¹ Ähnlich ging der Gerichtshof auch in einem Verfahren vor, in dem der generelle Ausschluss der Adoption eines Kindes durch die ehemalige Lebensgefährtin der leiblichen Mutter beanstandet wurde. Der VfGH erachtete eine verfassungskonforme Interpretation für geboten, wonach die angefochtenen Bestimmungen eine Annahme an Kindes statt erlauben, bei der die Adoptivmutter an die Stelle des (im Anlassfall unbekanntes) leiblichen Vaters – und nicht an die Stelle der Mutter (wie dies der Wortlaut nahelegt) – tritt. Auch hier stützte er sich auf Art 7 B-VG sowie Art 14 i. V. m. Art 8 EMRK und verzichtete auf eine Heranziehung von Art 1 BVG Kinderrechte.⁵¹²

4.1.3.4 Gewaltschutz

Die Verpflichtung des Staates, Kinder davor zu schützen, einer Gewaltanwendung seitens ihrer Eltern ausgesetzt zu werden oder Gewalt gegenüber einem Elternteil miterleben zu müssen, ergibt sich unter anderem explizit aus **Art 5 BVG Kinderrechte**. Im Familienrecht wird dies insb. durch **§ 137 Abs 2 ABGB** umgesetzt. Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Gefährdung des Kindeswohls sowohl dann vor, wenn ein Elternteil physische oder psychische Gewalt ausübt, als auch dann, wenn er ein grenzüberschreitendes Verhalten Dritter gegenüber dem Kind nicht unterbindet. Ein solches Verhalten kann insb. eine Einschränkung des Kontakts oder eine Entziehung der Obsorge nach sich ziehen.⁵¹³ Zudem stellt **§ 107 Abs 3 AußStrG** den Familiengerichten ein Instrumentarium zur Verfügung, mit dem unmittelbar auf eine Verhinderung häuslicher Gewalt hingewirkt werden soll.⁵¹⁴ Eine drohende Gewaltsituation ist zudem bei Entscheidungen über die Rückführung eines Kindes nach dem HKÜ zu berücksichtigen.

In der Judikatur zum Schutz vor (häuslicher) Gewalt spielt das BVG Kinderrechte soweit ersichtlich bislang keine Rolle. Selbst wenn darin garantierte Rechte für die Auslegung der vom OGH in einer Rechtssache anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen relevant sind, verweist er nicht auf das BVG Kinderrechte, sondern allenfalls auf die einschlägige Judikatur des EGMR. So stellte er etwa im Hinblick auf das Bestehen eines Hindernisses für die Rückführung gemäß Art 13 Abs 1 lit b HKÜ fest, dass Kinder vor jeglichen Formen von körperlicher oder geistiger Gewaltanwendung zu schützen sind, und untermauerte dies nicht etwa mit Art 5 BVG Kinderrechte, sondern mit einem Verweis auf das Urteil des EGMR in der Sache *Wetjen u. a. gg Deutschland*.⁵¹⁵ Im Übrigen verzichtet die Zivilgerichtsbarkeit bei Entscheidungen über Obsorge, Kontakt und Maßnahmen gemäß § 107 Abs 3 AußStrG bislang, soweit ersichtlich, auf eine Heranziehung des BVG Kinderrechte oder der KRK. Diese Praxis kann mit der umfassenden einfachgesetzlichen Umsetzung

511 VfGH 6.12.2012, G 247/2021 = iFamZ 2022, 6.

512 VfGH 3.10.2018, G 69/2018 = iFamZ 2018, 330.

513 OGH 26.2.2020, 3 Ob 234/19m; OGH 19.3.2010, 6 Ob 48/10t; OGH 26.3.2009, 6 Ob 18/09d.

514 Vgl. dazu *Huber*, Anwendungsbereich des § 107 Abs 3 AußStrG, EF-Z 2015, 110.

515 OGH 24.3.2023, 6 Ob 54/23v. Zur Judikatur des EGMR siehe oben 3.4.5.2.

des Gewaltverbots erklärt werden.⁵¹⁶ Zugleich spiegelt sich darin aber eine **gewisse Immunität der Rechtsprechung gegen die Einflüsse der Kinderrechte** wider. Eine Heranziehung des BVG Kinderrechte zur Auslegung der familienrechtlichen Bestimmungen des ABGB würde zwar in der Regel wohl selten zu anderen Verfahrensergebnissen führen, könnte jedoch dazu beitragen, die Stellung des Kindes im Verfahren und seine Rechte stärker zu betonen.

4.1.3.5 Ehen zwischen Minderjährigen

Eheschließungen, bei denen zumindest eine der beteiligten Personen minderjährig ist, stellen nach Ansicht des Kinderrechtsausschusses eine problematische Praxis dar, die mit der KRK nicht vereinbar ist.⁵¹⁷ Insofern steht die in **§ 1 Abs 2 EheG** vorgesehene Möglichkeit einer gerichtlichen Erklärung der Ehefähigkeit von Personen, die das **16. Lebensjahr** vollendet haben, in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Kinderrechten. VfGH und OGH hatten sich damit allerdings bislang soweit ersichtlich nicht zu befassen. Auch die ständige Rechtsprechung des OGH, wonach das Verbot der Kinderehe ebenso wie der Schutz des Kindeswohles im Kindschaftsrecht zu den vom *ordre public* erfassten Wertungen zählt, kommt ohne Verweis auf die KRK oder das BVG Kinderrechte aus.⁵¹⁸

Hingegen bezog sich der VwGH bei der in einem asylrechtlichen Kontext vorzunehmenden Prüfung der Vereinbarkeit einer in Syrien zwischen Minderjährigen geschlossenen Ehe mit dem *ordre public* (§ 6 IPRG) auf das BVG Kinderrechte. BFA und BVwG hatten in Bezug auf einen Antrag auf Erteilung eines Visums zum Zweck der Familienzusammenführung (§ 35 AsylG) die Angehörigeneigenschaft der Antragstellerin mit ihrem in Österreich asylberechtigten Ehemann mit der Begründung verneint, es handle sich um eine verpönte „**Kinderehe**“. Der VwGH verwies zunächst auf die Judikatur des OGH, wonach der *ordre public* die Entscheidungsfreiheit bei der Eheschließung gewährleisten wolle. Das Verbot der Kinderehe stehe zudem in engem Zusammenhang mit dem Schutz des Kindeswohls, das insb. die Wahrung des freien Ehemillens und den Schutz vor Ausbeutung verlange. Wie der VwGH ausführte, gehe die besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern nicht nur aus internationalen Übereinkommen hervor, sondern auch aus dem BVG Kinderrechte, wobei im gegebenen Zusammenhang vor allem Art 5 relevant sei, der das Verbot der Zufügung seelischen Leides, sexuellen Missbrauchs und anderer Misshandlungen an einem Kind, sowie den Schutz des Kindes vor wirtschaftlicher und sexueller Ausbeutung statuiere. Ob im Einzelfall eine zwischen Minderjährigen geschlossene Ehe mit dem *ordre public* vereinbar sei, müsse anhand

516 Siehe dazu *Wimmer* in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht. B-VG und Grundrechte (2019) Art. 5 BVG Kinderrechte Rz 2.

517 Joint general recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices, CEDAW/C/GC/31-CRC/C/GC/18.

518 OGH 28.8.2013, 6 Ob 138/13g; OGH 28.2.2011, 9 Ob 34/10f.

der konkreten Umstände geprüft werden, wobei es insb. darauf ankäme, ob die Ehe selbstbestimmt und ohne Zwang eingegangen worden sei.⁵¹⁹

4.1.3.6 Fortpflanzungsmedizin

Aufgrund der abstammungsrechtlichen Implikationen erscheint es indiziert, im Kontext des Familienrechts den Blick auch auf die Fortpflanzungsmedizin zu richten. Der VfGH war bereits wiederholt dazu aufgerufen, sich zur Verfassungskonformität von Bestimmungen des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG)⁵²⁰ zu äußern. Dabei spielt das Kindeswohl einerseits als legitimer Grund für Einschränkungen der Freiheit, den Kinderwunsch mit medizinischer Unterstützung zu erfüllen, eine Rolle, andererseits kann es die rechtliche Anerkennung der gewünschten Abstammungsverhältnisse verlangen.

§ 2 Abs 1 FMedG untersagte vor der 2015 erfolgten umfassenden Novellierung⁵²¹ die Inanspruchnahme jeder Form der medizinisch unterstützten Fortpflanzung durch in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung lebende Frauen.⁵²² Der VfGH erklärte diese Bestimmung für unvereinbar mit Art 8 i. V. m. Art 14 EMRK und stellte damit (zumindest implizit) klar, dass das Wohl des Kindes, dessen Zeugung erst durch diese Form der assistierten Reproduktion möglich ist, nicht in einem Ausmaß gefährdet wäre, das den mit einem Verbot verbundenen Eingriff in die Rechte der potenziellen Mütter rechtfertigen würde.⁵²³

Mit dem **FMedRÄG 2015** wurde die Inanspruchnahme einer Samenspende durch Frauen, die in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft leben, legalisiert. Zugleich wurde in § 144 ABGB die Elternschaft der Partnerin der Mutter geregelt. Zweiter Elternteil ist demnach die eingetragene Partnerin der Frau, an der im „kritischen Zeitraum“ eine den Vorgaben des FMedG entsprechende medizinisch unterstützte Fortpflanzung vorgenommen wurde. Dies bedeutet im Umkehrschluss allerdings, dass die Partnerin der Mutter – anders als der Ehemann – nicht ex lege zweiter Elternteil ist, wenn die Schwangerschaft auf anderem Weg (etwa durch eine „Heiminsmination“ oder auf natürlichem Weg) herbeigeführt wurde. Der VfGH erkannte darin eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung. Dabei verwies er auch auf das Kindeswohl, das nach Art 1 BVG Kinderrechte „besonderen Schutz erfahren muss“ und aus dessen Blickwinkel keine Rechtfertigung dafür ersichtlich sei, dem Kind alle erbrechtlichen und sonstigen Versorgungsansprüche gegenüber der Partnerin der Mutter

519 VwGH 3.7.2020, Ra 2020/14/0006. Zur Vereinbarkeit von Kinderehen mit dem *ordre public* siehe *Melcher*, (Un-)Wirksamkeit von Kinderehen in Österreich, EF-Z 2020, 103; *Pascher/Utz-Ferner*, Parameter für die Beurteilung der Rechtskonformität von Kinder- und Minderjährigenehen, iFamZ 2022, 56.

520 BGBl 275/1992 idF BGBl I 58/2018.

521 Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 – FMedRÄG 2015, BGBl I 35/2015.

522 § 2 Abs 1 FMedG, BGBl 275/1992 idF BGBl I 135/2009.

523 VfGH 10.12.2013, G 16/2013 u. a. = VfSlg 19.824/2013.

zu verwehren.⁵²⁴ Gemäß der dadurch notwendig gewordenen **Neufassung des § 144 ABGB**, die mit 1.1.2024 in Kraft trat,⁵²⁵ hängt die „automatische“ gesetzliche Elternschaft bei zwei verheirateten oder verpartnerten Frauen nicht mehr davon ab, dass an der Mutter eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung erfolgt ist. Von einer an den Vorgaben der KRK und des BVG Kinderrechte orientierten umfassenden Reform des Abstammungsrechts, die den unterschiedlichen Konstellationen gerecht wird und dafür Sorge trägt, dass jedes Kind ungeachtet der rechtlichen Beziehung zwischen seinen Eltern und der Umstände seiner Zeugung soweit wie möglich ab Geburt zwei rechtliche Elternteile hat,⁵²⁶ wurde abgesehen.

4.1.4 Fazit: Mehrwert des BVG Kinderrechte im Familienrecht?

Bislang hat das BVG Kinderrechte das Familienrecht nur in einzelnen Bereichen beeinflusst. Grund- und menschenrechtliche Impulse gingen bislang eher von Urteilen des EGMR aus, die regelmäßig Reformen nach sich zogen, als von der verfassungsrechtlichen Verankerung der Kinderrechte. Allerdings hat der Gesetzgeber in den vergangenen zehn Jahren wiederholt Anpassungen im Familienrecht vorgenommen, die nicht nur auf eine Umsetzung der Straßburger Vorgaben abzielten, sondern durchaus auch auf eine stärkere Berücksichtigung der Interessen von Kindern. Aufgrund fehlender expliziter Verweise auf das BVG Kinderrechte in den Materialien ist es jedoch kaum möglich, festzustellen, ob und wenn ja in welchem Ausmaß gerade dieses BVG die Gesetzgebung beeinflusst hat.

In der überragenden Bedeutung des **Art 8 EMRK** und seiner Auslegung im Lichte der KRK durch den EGMR dürfte einer der Gründe darin liegen, dass die **Höchstgerichte nur vereinzelt auf das BVG Kinderrechte zurückgreifen**. In vielen Fällen lassen sich dieselben Ergebnisse auch auf Art 8 EMRK stützen. Ein weiterer Grund liegt vermutlich darin, dass die familienrechtliche Judikatur schon lange vor Inkrafttreten des BVG Kinderrechte das Kindeswohl zum obersten Leitgedanken erhoben hat und dieses Prinzip in § 138 ABGB ausdrücklich normiert und weiter präzisiert wird. In der gerichtlichen Praxis erübrigen sich daher in aller Regel Rückgriffe auf die verfassungsrechtliche Verankerung der Grundrechte. Dennoch kommt dem BVG Kinderrechte in einzelnen Entscheidungen eine tragende Rolle bei der Begründung der Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Normen zu. Dies gilt vor allem in jenen Fällen, in denen die einfachgesetzlichen Bestimmungen aufgrund ihrer mangelnden Flexibilität eine angemessene **Berücksichtigung des Kindeswohls im Einzelfall** nicht gestatten. Als Beispiele sind insb. der starre Altersabstand zwischen Wahl Eltern(teil) und Wahlkind oder die Rangfolge der im Fall

524 VfGH 30.6.2022, G 230/2021 = VfSlg 20.554/2022 = EF-Z 2022, 263 (*Pierer*) = RdM 2022, 320 (*Bernat*).

525 BGBl I 180/2023.

526 Vgl. *Voithofer*, Die Chance für ein zukunftstaugliches Abstammungsrecht, iFamZ 2022, 282. Einen umfassenden Reformbedarf bejahend schon *Bernat*, Die abstammungsrechtliche Zuordnung eines Kindes, das während aufrechter Ehe zweier Frauen geboren wird, EF-Z 2019, 200.

der Verhinderung der Eltern mit der Obsorge zu betrauenden Personen zu nennen. Zudem entfaltet das BVG Kinderrechte eine gewisse Bedeutung als Maßstab der **verfassungskonformen Interpretation**. So hat der OGH etwa aus dem Kindeswohlvorrang abgeleitet, dass eine Kindeswohlprüfung auch bei der Entscheidung über die beantragte Aufhebung einer Adoption stattfinden muss. Der VfGH verneinte die Verfassungswidrigkeit des Gebots, einen Haushalt der hauptsächlichen Betreuung zu bestimmen, weil sich dieses verfassungskonform auch als bloß nominelle Verpflichtung verstehen lässt. Wie diese Beispiele zeigen, haben die Bestimmungen des BVG Kinderrechte durchaus das Potenzial, das Familienrecht in Richtung einer (noch) stärkeren Beachtung der Interessen von Kindern zu beeinflussen.

4.2 Asyl- und Fremdenrecht (Pabel)

Im Rahmen der Materie des Asyl- und Fremdenrechts wird eine Vielzahl von Entscheidungen getroffen, die in besonderer Weise die Rechte von Kindern betreffen und in diese eingreifen kann. Eine abschließende Übersicht über solche Entscheidungen ist nicht möglich. Im Folgenden werden Entscheidungen staatlicher Behörden in den Blick genommen, die typischerweise die Gefahr von Rechtsverletzungen gerade auch für Kinder betreffen. Dazu zählen **aufenthaltsbeendende Maßnahmen** (siehe unten 4.2.1) und Entscheidungen im Rahmen von **Familienzusammenführungen** (4.2.2). In **Verfahren des Asyl- und Fremdenrechts** spielt ebenfalls der Schutz der Rechte von Kindern als Verfahrensbeteiligte eine besondere Rolle (siehe unten 4.2.3). Schließlich sind Kinderrechte bei der Verhängung von **Schubhaft** zu berücksichtigen (4.2.4).

Die folgende Darstellung bezieht sich auf Regelungen des Asyl- und Fremdenrechts des österreichischen Rechts, die häufig durch das Unionsrecht vorgeprägt sind. Dabei werden vor allem jene Bestimmungen näher betrachtet, die dem spezifischen Schutz der Rechte von Kindern bzw. des Kindeswohls gewidmet sind. Das Sekundärrecht sieht im Bereich des Asyl- und Fremdenrechts einige Rechtsgrundlagen hinsichtlich der (vorrangigen) Berücksichtigung des Kindeswohls vor.⁵²⁷ Auf einfachgesetzlicher Ebene in Österreich stößt man im Asyl- und Fremdenrecht hingegen nur in Randbereichen auf Verweise auf das Wohl des Kindes.⁵²⁸

527 Vgl. Art 23 AufnahmeRL; Art 25 Abs 6 VerfahrensRL; Art 20 Abs 5 StatusRL; Art 5 RückführungsRL; Art 5 Abs 5 FamilienzusammenführungsRL oder Art 6 der Dublin III-VO; weiterführend dazu *Lais/Schön*, Das Kindeswohl in der Rechtsprechung von VfGH und VwGH, Rz 2021, 211 (212).

528 *UNHCR Österreich*, Der Kindeswohlvorrang im Asylverfahrenskontext – Rechtliche Grundlagen und Empfehlungen für die Umsetzung in Österreich (2021) 23.

4.2.1 Aufenthaltsbeendende Maßnahmen

Durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen, wie die Nicht-Verlängerung von Aufenthaltstiteln oder die Durchführung von Abschiebungen, sind häufig unmittelbar oder mittelbar auch Kinder betroffen. „**Aufenthaltsbeendende Maßnahmen**“ meint in diesem Zusammenhang all jene Maßnahmen, die eine Beendigung des Aufenthalts in Österreich vorschreiben und mit denen einhergeht, dass ein Fremder bzw. eine Fremde verpflichtet ist, das Bundesgebiet zu verlassen.

Die **RückführungsRL**,⁵²⁹ die das Verfahren zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger in den Mitgliedstaaten regelt und die der Schaffung einheitlicher Mindeststandards bei der Rückführung ausreisepflichtiger Personen dient, erwähnt das Kindeswohl explizit. In Art 5 lit a der RL wird festgelegt, dass bei ihrer Umsetzung das Kindeswohl „in gebührender Weise“ zu berücksichtigen ist.⁵³⁰

Art 10 der RückführungsRL regelt konkret die Rückkehr und die Abschiebung von unbegleiteten Minderjährigen. Nach dessen Abs 1 muss vor der Ausstellung einer Rückkehrentscheidung für unbegleitete Minderjährige eine Unterstützung durch geeignete Stellen unter **Berücksichtigung des Kindeswohls** gewährt werden. Bei diesen Stellen darf es sich nicht um die für die Vollstreckung von Rückkehrentscheidungen zuständigen Behörden handeln. Insbesondere müssen sich die Behörden nach Abs 2 vor der Abschiebung von unbegleiteten Minderjährigen aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats vergewissern, dass diese einem Mitglied ihrer Familie, einem offiziellen Vormund oder einer geeigneten Aufnahmeeinrichtung im Rückkehrstaat übergeben werden.

Die Rückführungs-RL wurde in Österreich ohne explizite Erwähnung des Kindeswohls in § 46 Abs 3 FPG umgesetzt. Das **FPG** erwähnt das **Kindeswohl im Zusammenhang mit Ausweisungen**: § 66 Abs 3 FPG sieht vor, dass die Erlassung einer Ausweisung gegen EWRBürger bzw. -Bürgerinnen, Schweizer Bürger bzw. Bürgerinnen oder begünstigte Drittstaatsangehörige, die ihren Aufenthalt seit zehn Jahren im Bundesgebiet hatten, dann zulässig ist, wenn aufgrund des persönlichen Verhaltens des bzw. der Fremden davon ausgegangen werden kann, dass die öffentliche Sicherheit der Republik Österreich durch seinen bzw. ihren Verbleib im Bundesgebiet nachhaltig und maßgeblich gefährdet würde. Gleiches gilt auch für Minderjährige, es sei denn, die Ausweisung wäre zum Wohl des Kindes notwendig, wie es im Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes vorgesehen ist.

529 Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger.

530 Vgl. auch ErwGr 22 RückführungsRL.

Zudem schreibt § 67 Abs 1 FPG die **Berücksichtigung des Kindeswohls bei Aufenthaltsverboten** vor. Dabei wird zwar im Schlusssatz des Normtextes ebenfalls auf die Kinderrechtskonvention⁵³¹ verwiesen, jedoch wird der genaue Umfang der Pflichten nicht näher ausgeführt, und auch die ErläutRV enthalten keine näheren Ausführungen dazu. Eine Interpretation iSd Gesetzes und der FreizügigkeitsRL⁵³² ergibt jedoch, dass die Verhängung eines Aufenthaltsverbots gegen Minderjährige, unabhängig von der Dauer ihres Aufenthalts, nur bei „nachhaltiger und maßgeblicher Gefährdung der öffentlichen Sicherheit der Republik Österreich“ oder dann zulässig ist, wenn dies „notwendig“ ist, weil auch der Aufenthalt der Eltern beendet wurde.⁵³³

Auch das **AsylG 2005** erwähnt nur an einer einzigen Stelle explizit das Kindeswohl. § 40 Abs 2 AsylG sieht vor, dass eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung (§ 41 FPG) oder eine Zurückschiebung (§ 45 FPG) eines bzw. einer Fremden, der bzw. die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat und dem bzw. der gem § 39 kein faktischer Abschiebungsschutz zukommt, unzulässig ist, wenn die Einreise in das Bundesgebiet oder der weitere Aufenthalt im Bundesgebiet des bzw. der Fremden gem § 9 Abs 2 BFA-VG zur Aufrechterhaltung des Privat- und Familienlebens im Sinne des Art 8 EMRK geboten ist. Dabei ist das Kindeswohl besonders zu berücksichtigen.⁵³⁴

§ 9 **BFA-VG**⁵³⁵ legt Voraussetzungen für den Fall fest, dass durch eine **Rückkehrentscheidung** (§ 52 FPG), eine Anordnung zur Außerlandesbringung (§ 61 FPG), eine Ausweisung (§ 66 FPG) oder ein Aufenthaltsverbot (§ 67 FPG) in das Privat- oder Familienleben des bzw. der Fremden eingegriffen wird. Die Erlassung einer solchen Entscheidung ist nur dann zulässig, wenn dies zur Erreichung der in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Ziele dringend geboten ist. Bei Rückführungsentscheidungen prüft das BFA die Zulässigkeit der Entscheidung nach in § 9 Abs 2 BFA-VG deklarativ aufgezählten Kriterien zur Beurteilung des Privat- und Familienlebens.⁵³⁶ Diese Kriterien beziehen die besonders schutzwürdigen Interessen von Kindern, die dem Familienverband angehören, nicht explizit ein.

531 BGBl 7/1993.

532 Siehe ErwGr 24 und Art 28 Abs 3 lit b der RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG.

533 *Szymanski* in Schrefler-König/Szymanski, Fremdenpolizei- und Asylrecht § 67 FPG 2005 (Stand 1.1.2015, rdb.at) Anm 5.

534 Siehe auch Unabhängige Kommission für den Schutz der Kinderrechte und des Kindeswohls im Asyl- und Fremdenrecht, Bericht der Kindeswohlkommission vom 13.7.2021 Rz 383.

535 BGBl 87/2012 zuletzt geändert durch BGBl 53/2019.

536 Diese Kriterien wurden im Wesentlichen in der Rechtsprechung des EGMR entwickelt und in Folge vom VfGH übernommen, vgl. bspw VfGH 29.9.2007, B 1150/07.

Da das Kindeswohl in § 9 BFA-VG nicht explizit normiert wurde, ist § 9 BFA-VG im Lichte der EGMR-Rsp sowie nationaler höchstgerichtlicher Judikatur⁵³⁷ verfassungskonform auszulegen und somit das Wohl des Kindes bei allen Rückkehrentscheidungen, die Kinder und Jugendliche unmittelbar oder mittelbar betreffen, zu berücksichtigen.⁵³⁸

4.2.1.1 Aufenthaltsbeendende Maßnahme gegen eine Bezugsperson eines Kindes

Der EGMR betont, dass bei der Entscheidung von **Ausweisungen**, die sich **gegen Eltern(-teile)** richten,⁵³⁹ die Auswirkungen auf das Wohl der betroffenen Kinder und Jugendlichen⁵⁴⁰ insb. bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Eingriffen in Art 8 EMRK besonders berücksichtigt werden müssen.⁵⁴¹ In Anlehnung an die Rsp des EGMR ist auch nach stRsp des VfGH bei einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme gegen eine Bezugsperson eines Kindes und einer daraus folgenden Trennung der Bezugsperson von dem Kind das Wohl des Kindes bei der Interessenabwägung nach Art 8 Abs 2 EMRK besonders⁵⁴² zu berücksichtigen⁵⁴³ bzw. zu erörtern.⁵⁴⁴

Der VfGH stellte in Anlehnung an die Judikatur des EGMR wiederholt fest, dass eine unzureichende Berücksichtigung des Kindeswohls zu einer Fehlerhaftigkeit der Interessenabwägung und somit zu einer Verletzung des Art 8 EMRK führt.⁵⁴⁵ Auch wenn das **Kindeswohl** iSd BVG-Kinderrechte⁵⁴⁶ eine **vorrangige Erwägung** darstellt, muss es jedoch nicht zwingend die oberste Erwägung sein.⁵⁴⁷ Eine Entscheidung, in der das Kindeswohl eine nachrangige Rolle spielt, ist jedoch entsprechend darzulegen und zu begründen.⁵⁴⁸

537 Vgl. bspw VwGH 12.9.2012, E 2012/23/0017; VfGH 12.10.2016, E 1340/2016; VfGH 10.6.2015, E 426/2015; VfGH 22.9.2014, U 2082/2013; VfGH 1.12.2017, E 2497-2499/2016-17.

538 UNHCR Österreich, Der Kindeswohlvorrang im Asylverfahrenskontext – Rechtliche Grundlagen und Empfehlungen für die Umsetzung in Österreich (2021) 72; VwGH 5.9.2018, Ra 2018/01/0179; Kasper, Das Kindeswohlprinzip bei Rückkehrentscheidungen, Jahrbuch Asylrecht und Fremdenrecht 2020, 271 (280); Czech, Jedes Kind zählt – oder doch nicht? (2012), FABL 1/2012-I, 7 ff.

539 EGMR 28.6.2011, 55597/09, *Nunez gg Norwegen*.

540 EGMR (GK) 18.10.2006, 46410/99, *Üner gg Niederlande*.

541 EGMR (GK) 23.5.2008, 1638/03, *Maslov gg Österreich*.

542 VfGH 24.11.2020, E 473/2020.

543 VfGH 21.9.2020, E 738/2020 mwN; VfGH 24.11.2020, E 3806/2019 mwN.

544 VfGH 8.6.2020, E 4386/2019 mwN.

545 VfGH 12.6.2019, E 47/2019 Rz 3.1.

546 BGBl 4/2011.

547 *Hölscheidt*, Rechte des Kindes, in: Meyer (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union4 (2014) 427 Rz 31; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl (2015) 498, siehe auch VwGH 25.4.2019, Ra 2018/22/0251; *Kasper*, Das Kindeswohlprinzip bei Rückkehrentscheidungen, Jahrbuch Asylrecht und Fremdenrecht 2020, 271 (280).

548 *Lamont*, The rights of the Children in: Peers et al (Hrsg), The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary (2014) 661 (686 f).

Die zuständige Stelle (Behörde oder Gericht) hat festzustellen, welche konkreten **Auswirkungen** die aufenthaltsbeendende Maßnahme auf das Familienleben bzw. die Beziehung zum Kind und das Kindeswohl haben würde.⁵⁴⁹ Es geht somit in erster Linie um die Frage, ob und inwieweit die Beziehung zwischen der Bezugsperson und dem Kind aufrechterhalten werden muss bzw. kann.⁵⁵⁰

Wenn die zuständige Stelle zu der Auffassung gelangt, dass die **Aufrechterhaltung des Kontaktes zwischen der Bezugsperson und dem Kind** dem Kindeswohl entspricht, muss in weiterer Folge geprüft werden, ob das Familienleben nur in Österreich oder zumutbarer Weise auch in einem anderen Staat bzw. im Herkunftsstaat fortgeführt werden kann oder ob und inwieweit der Kontakt durch wechselseitige Besuche oder über Telekommunikation und elektronische Medien im Sinne des Wohl des Kindes aufrechterhalten werden könnte.⁵⁵¹ Der VfGH erachtet es in stRsp jedoch als lebensfremd, dass der Kontakt zwischen einem Kleinkind und einem Elternteil über Telekommunikation und elektronische Medien aufrechterhalten werden könne.⁵⁵²

4.2.1.2 Aufenthaltsbeendende Maßnahme gegen Kinder

Das Wohl des Kindes ist auch dann gebührend zu berücksichtigen, wenn sich die **Entscheidung einer Ausweisung** nicht gegen die Eltern, sondern **direkt gegen das Kind** richtet.⁵⁵³ Bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gegen Kinder sind bei der Prüfung der Gefährdung des Kindeswohls nicht nur die Auswirkungen der Trennung von einer Bezugsperson zu prüfen, sondern auch die Auswirkungen der aufenthaltsbeendenden Maßnahme als solche auf das Kindeswohl. Dies ist auch dann der Fall, wenn gegen alle Angehörigen der Kernfamilie, zu der das Kind gehört, eine Rückkehrentscheidung getroffen wird.⁵⁵⁴ Dabei ist insb. zu berücksichtigen, wo das Kind geboren wurde und aufgewachsen ist, ob es bereits einmal im Herkunftsstaat gelebt hat und welche sozialen Aktivitäten bislang in Österreich gesetzt wurden, bspw ob und inwieweit in Österreich die Schule besucht wurde.⁵⁵⁵ Dem **Alter** des Kindes kommt in diesem Zusammenhang eine besondere Bedeutung zu.⁵⁵⁶

549 VfSlg 19.362/2011 mwN; vgl. auch VfGH 9.6.2016, E 2617/2015; VfGH 12.10.2016, E 1349/2016; 11.6.2018, E 435/2018; 24.9.2018, E 1416/2018; 3.10.2019, E 3456/2019; 10.3.2020, E 4269/2019.

550 VfGH 28.11.2019, E 707/2019; VfGH 12.10.2016, E 1349/2016 Rz 27.

551 VfGH 21.9.2020, E 738/2020, 9.12.2020, E 2473/2020; VfGH 3.10.2019, E 3247/2019 mwN; 19.6.2015, E 426/2015 mwN.

552 VfGH 12.10.2016, E 1349/2016; 3.10.2019, E 3247/2019 mwN; 21.9.2020, E 738/2020 mwN.

553 EGMR (GK) 23.5.2008, 1638/03, *Maslov gg Österreich*.

554 VwGH 16.6.2021, Ra 2020/18/0547 u. a.; *Lais/Schön*, Das Kindeswohl in der Rechtsprechung von VfGH und VwGH, Rz 2021, 211 (217).

555 VfGH 22.9.2014, U 2082/2013; VfSlg 19.612/2011, 19.793/2013.

556 Vgl. dazu insb. EGMR 26.1.1999, 43279/98, *Sarumi gg das Vereinigte Königreich* (7 und 11 Jahre); EGMR (GK) 6.7.2002, 41615/07, *Neulinger und Shuruk gg die Schweiz*, Appl, Abs 147 (7 Jahre); EGMR (GK) 18.10.2006, 46410/99 *Üner gg die Niederlande*, Abs 64 (1 ½ und 6 Jahre); vgl. auch VfGH 27.6.2012, U 98/12; VfGH 26.6.2013, U 1343/2021.

In der **Rsp des VfGH** lässt sich erkennen, dass aus dem jungen Alter von Kindern eine **besondere Vulnerabilität** abgeleitet werden kann.⁵⁵⁷ Es bestehen somit bei der Beurteilung des Vorbringens von Kindern strenge Anforderungen; bspw muss im Falle eines Herkunftsstaates mit schlechter, volatiler Sicherheitslage die Beurteilung der Sicherheitslage anhand von Herkunftsländerinformationen erfolgen, in die auch Erfahrungsberichte in Bezug auf Kinder miteinbezogen wurden.⁵⁵⁸ Das Gericht muss daher bei entsprechenden Anhaltspunkten in den Länderinformationen speziell beurteilen, welche Rückkehrsituation das Kind tatsächlich vorfinden würde.⁵⁵⁹ Diese Prüfung entfällt auch dann nicht, wenn sichergestellt werden kann, dass ein Kind im Falle seiner Rückkehr auf den Schutz und die Fürsorge seiner Eltern vertrauen kann.⁵⁶⁰ Alleine die Feststellung, dass im Herkunftsstaat eine soziale und finanzielle Unterstützung gewährleistet wird, begründet nicht automatisch die Abweisung eines Antrags auf subsidiären Schutz. Es ist vielmehr in jedem Einzelfall zu beurteilen, ob die Familie tatsächlich willens und in der Lage ist, das Kind aufzunehmen.⁵⁶¹

Der **EuGH** hat ausgesprochen, dass bei der Prüfung des Kindeswohls hinsichtlich einer Rückkehrentscheidung zudem der **Grundsatz der Familieneinheit** nach Art 5 lit b der RückführungsRL beachtet werden muss.⁵⁶²

Konkret ist bei einer **Rückkehrentscheidung** zu prüfen, „ob für den fraglichen unbegleiteten Minderjährigen im Rückkehrstaat eine geeignete Aufnahmemöglichkeit zur Verfügung steht“.⁵⁶³ Dabei sind unter anderem insb. das Alter, das Geschlecht, die besondere Schutzbedürftigkeit, der physische und psychische Gesundheitszustand, die Unterbringung in einer Aufnahmefamilie, das Schulbildungsniveau und das soziale Umfeld des bzw. der Minderjährigen zu beachten.⁵⁶⁴

4.2.2 Familienzusammenführung

Die wesentlichen Rechtsgrundlagen für die Familienzusammenführung finden sich einerseits in der Richtlinie 2003/86/EG (Familienzusammenführungs-RL) und andererseits in den diese umsetzenden § 46 NAG und § 35 AsylG. Eine **Familienzusammenführung** wird in Art 2 lit d leg cit beschrieben als „die Einreise und den Aufenthalt

557 VfGH 10.3.2020, E 349/2020; VfGH 4.3.2020, E 2373/2019.

558 VfGH 24.2.2021, E 3948/2020; vgl. auch *Lais/Schön*, Das Kindeswohl in der Rechtsprechung von VfGH und VwGH, Rz 2021, 211 (214).

559 VfSlg 19.646/2023; VfSlg 20.215/2017; VfGH 20.3.2020, E 349/2020; VfGH 24.2.2021, E 3948/2020.

560 VfSlg 19.752/2013 mWn; VfGH 11.6.2018, E 1815/2018; vgl. auch VfGH 24.2.2021, E 3948/2021.

561 Vgl. VfGH 12.3.2019, E 2314/2018; *Lais/Schön*, Das Kindeswohl in der Rechtsprechung von VfGH und VwGH, Rz 2021, 211 (214).

562 EuGH 11.3.2021, C-112/20, *M.A./Belgischer Staat* Rz 41, 43.

563 EuGH 14.1.2021, C-441/19, *TQ/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* Rz 55.

564 EuGH 14.1.2021, C-441/19, *TQ/Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* Rz 47.

von Familienangehörigen eines sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhaltenden Drittstaatsangehörigen in diesem Mitgliedstaat, mit dem Ziel, die Familiengemeinschaft aufrechtzuerhalten“.

Beim Recht der Familienzusammenführung ist grds danach zu unterscheiden, wer diese beantragt. Je nachdem, ob es sich bei dem Antragsteller bzw. der Antragstellerin um einen **Daueraufenthaltsberechtigten** bzw. eine **Daueraufenthaltsberechtigte** oder einen **Flüchtling** handelt, kommen nämlich unterschiedliche Regeln zur Anwendung. Diese Unterscheidung findet sowohl in der Familienzusammenführungs-RL als auch im österreichischen Recht statt. In der RL ist der Familienzusammenführung von Flüchtlingen ein eigenes Kapitel (Kapitel V) gewidmet, in Österreich ist die Familienzusammenführung für Flüchtlinge in § 35 AsylG geregelt, jene für Daueraufenthaltsberechtigte in § 46 NAG.

4.2.2.1 Familienzusammenführung von Aufenthaltsberechtigten

Der bzw. die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhaltende Drittstaatsangehörige wird als „Zusammenführender“ bzw. „Zusammenführende“ bezeichnet.⁵⁶⁵ Wer sich als „**Familienangehöriger**“ auf das Recht, im Wege der Zusammenführung in einen Mitgliedstaat einzureisen und aufzuhalten, berufen kann, ist in der Familienzusammenführungs-RL⁵⁶⁶ nicht abschließend festgelegt. Jedenfalls aber sollen der **Ehegatte** bzw. die **Ehegattin** und die **minderjährigen Kinder** des bzw. der Zusammenführenden sowie seine bzw. ihre minderjährigen Stiefkinder ein Recht auf Zusammenführung haben.⁵⁶⁷ Die Familienzusammenführungs-RL betont in Art 5 Abs 5: „Bei der Prüfung des Antrags [auf Familienzusammenführung] tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass das Wohl minderjähriger Kinder gebührend berücksichtigt wird.“

Der österreichische Gesetzgeber hat in § 2 Abs 1 Z 9 NAG die Richtliniendefinition des Begriffs Familienangehöriger bzw. Familienangehörige rezipiert. Wenn das Grundrecht auf Familienleben (Art 8 EMRK) das verlangt, legt der VwGH dem Begriff in § 46 NAG teilweise eine andere Interpretation zugrunde als die in § 2 Abs 1 Z 9 NAG explizit festgelegte.⁵⁶⁸ So wurde eine geistig beeinträchtigte erwachsene Türkin, die eine Familienzusammenführung mit ihrem in Österreich daueraufenthaltsberechtigten Vater beantragt hatte, vom VwGH als „Familienangehörige“ behandelt.⁵⁶⁹ Damit stellt der VwGH eine EMRK-konforme Interpretation der Bestimmung sicher.

565 Art 2 lit c Familienzusammenführungs-RL; diese Definition hat der österreichische Gesetzgeber in § 2 Abs 1 Z 10 NAG übernommen.

566 RL 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung.

567 Art 4 Abs 1 Familienzusammenführungs-RL.

568 VwSlg 18.269 A/2011; VwGH 13. 11. 2012, 2011/22/0074; siehe auch *Abermann* in *Abermann/Czech/Kind/Peyrl*, NAG. Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz2 (2019) § 46 Rz 9.

569 VwSlg 18.269 A/2011.

Ein um **Aufenthalt ansuchender Familienangehöriger** bzw. eine um **Aufenthalt ansuchende Familienangehörige** muss die Voraussetzungen nach dem 1. Teil des NAG erfüllen. Sofern der bzw. die Zusammenführende einen Aufenthaltstitel nach § 46 Abs 1 Z 1 oder Z 1a NAG innehat, ist seinen bzw. ihren Familienangehörigen unabhängig von freien Quotenplätzen eine „**Rot-Weiß-Rot – Karte plus**“ zu erteilen.⁵⁷⁰ Andernfalls kommt es darauf an, ob noch ein **Quotenplatz** vorhanden ist.⁵⁷¹ Für die Zuteilung von Quotenplätzen im Fall einer Familienzusammenführung gelten nach § 12 Abs 4 und Abs 7 Besonderheiten. So muss die Behörde den Antrag eines bzw. einer Familienangehörigen auf einen Quotenplatz aufschieben und nicht zurückweisen. Nach drei Jahren erlischt die Quotenpflicht und dem bzw. der Familienangehörigen ist ein Aufenthaltstitel zuzusprechen.⁵⁷² Aus den Bestimmungen sowohl des Sekundärrechts als auch des in Umsetzung ergangenen österreichischen Rechts ergibt sich, dass **ein minderjähriges Kind mit Aufenthaltstitel** in einem Mitgliedstaat keine Zusammenführung mit seinen Eltern beantragen kann.

Während in der Familienzusammenführungs-RL das **Kindeswohl** explizit hervorgehoben wird, werden in den innerstaatlichen Regelungen zur Familienzusammenführung⁵⁷³ weder Kindeswohl noch Kinderrechte explizit erwähnt. Das bedeutet jedoch nicht, dass sie im Gesetzesvollzug unbeachtlich wären. Im Gegenteil: nach der Rsp des VfGH muss bei der Entscheidung über eine Familienzusammenführung das Kindeswohl berücksichtigt werden.⁵⁷⁴ Auch in einer richtlinienkonformen Interpretation wird für diese in Umsetzung der Richtlinie erlassenen Bestimmungen⁵⁷⁵ das Kindeswohl mitzuberücksichtigen sein.

Zu beachten könnte – je nach Konstellation des Einzelfalls – außerdem Art 24 Abs 3 GRC sein, der für Kinder einen **Anspruch auf persönlichen Kontakt zu beiden Eltern** normiert. Nach dem EuGH ist diese Bestimmung bei der Interpretation der Richtlinie zu berücksichtigen, wenngleich sie **keinen Rechtsanspruch auf Aufnahme oder Verbleib eines Kindes** in einem MS, in dem sich das Elternteil aufhält, begründet.⁵⁷⁶ ErwGr 9 der Familienzusammenführungs-RL betont, dass jedenfalls minderjährigen Kindern eine Familienzusammenführung ermöglicht werden sollte. ErwGr 11 der RL unterstreicht die Wichtigkeit der Achtung der von den Mitgliedstaaten anerkannten Werte und Grundsätze, insb. der Rechte von Frauen und Kindern bei der Familienzusammenführung.⁵⁷⁷

570 § 46 Abs 1 NAG.

571 § 46 Abs 1 Z 2 und Abs 4 NAG.

572 Siehe *Feik* in Bachmann et al (Hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht*14 (2022) 202.

573 § 46 i. V. m. § 2 Abs 1 Z 9 NAG.

574 VfGH 26.6.2018, E 1791/2018.

575 ErlRV 952 BlgNR XXII. GP 13.

576 EuGH 27.6.2016, C-540/03 Rz 58 f; *Kasper*, Die Inklusion von Kinderrechten im Asyl- und Fremdenrecht, in Salomon (Hrsg), *Der Status im Asylrecht* (2020) 200.

577 Unabhängige Kommission für den Schutz der Kinderrechte und des Kindeswohls im Asyl- und Fremdenrecht, Bericht der Kindeswohlkommission vom 13.7.2021 (2021) Rz 340 f.

In Bezug auf das **Recht eines bzw. einer minderjährigen Aufenthaltsberechtigten**, seine oder ihre Familie zusammenzuführen, hat der VfGH⁵⁷⁸ judiziert, dass **kein explizites Recht auf Nachzug** der Eltern des Kindes besteht. Wenn aber Eltern eines oder einer Minderjährigen mit rechtmäßigem Aufenthalt in Österreich einen Aufenthaltstitel beantragen, dann muss das Recht des bzw. der Minderjährigen auf Achtung des Familienlebens im Verfahren der Eltern berücksichtigt werden.⁵⁷⁹ § 11 Abs 3 NAG kann trotz Vorliegen bestimmter Erteilungshindernisse für einen Aufenthaltstitel der Eltern i. V. m. Art 8 EMRK gebieten, den Eltern einen Aufenthaltstitel zuzusprechen, um das Familienleben des Kindes zu achten.

4.2.2.2 Familienzusammenführung von Flüchtlingen

Die Familienzusammenführungs-RL will für **Flüchtlinge bessere Konditionen** schaffen als für sonstige Aufenthaltsberechtigte (ErwGr 8). Daher werden für sie besondere Bestimmungen festgelegt, die sowohl in materieller Hinsicht als auch hinsichtlich des Verfahrens für Flüchtlinge begünstigend sind. Nach der RL sollen nicht nur geflüchtete Eltern ihre Kinder, sondern auch geflüchtete Minderjährige ihre Eltern zusammenführen können.⁵⁸⁰ Ansonsten wird die Zusammenführung *va* durch weniger Nachweispflichten⁵⁸¹ und keine Mindestaufenthaltsdauer für die Zusammenführenden erleichtert.⁵⁸²

In der österreichischen **Umsetzung** der Bestimmung **im AsylG** wurde die Definition von Familienangehörigen entsprechend erweitert.⁵⁸³ Insofern können zwei verschiedene Konstellationen unterschieden werden: die **Familienzusammenführung mit dem bzw. der Minderjährigen oder einem Elternteil als Zusammenführenden**. Im österreichischen Asylrecht sind für die Familienzusammenführung die Bestimmungen der §§ 34 f AsylG über das **Familienverfahren** relevant, obwohl diese nicht primär der Zusammenführung dienen.⁵⁸⁴ Zweck dieser Bestimmungen ist es, über den Status von Familien eine einheitliche Entscheidung zu treffen. Daher erhalten, wenn bei einer Person ein Schutzgrund festgestellt wurde, auch ihre Familienangehörigen denselben Schutz.⁵⁸⁵

578 Zum in diesem Punkt gleich formulierten FremdenG.

579 VfSlg 17.734/2005; der VfGH stützt sich dabei auf Art 8 EMRK, das „Kindeswohl“ oder eine gesonderte Berücksichtigung der Kindesinteressen findet im Erk keine Erwähnung.

580 Art 10 Abs 3 Familienzusammenführungs-RL.

581 Art 11 Abs 2 und Art 12 Abs 1 Familienzusammenführungs-RL.

582 Art 12 Abs 2 Familienzusammenführungs-RL.

583 § 2 Abs 1 Z 22 lit a AsylG nennt explizit die Eltern, lit d auch die gesetzliche Vertretung von minderjährigen Asylwerbern, -berechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten als Familienangehörige.

584 *Schrefler-König* in *Schrefler-König/Szymanski* (Hrsg), *Fremdenpolizei- und Asylrecht* (2022) § 34 AsylG Rz 6; die Kinderrechtekommission geht hingegen davon aus, dass nur § 35 AsylG die tatsächliche Familienzusammenführung regelt; vgl. Unabhängige Kommission für den Schutz der Kinderrechte und des Kindeswohls im Asyl- und Fremdenrecht, Bericht der Kindeswohlkommission vom 13.7.2021 (2021) Rz 396.

585 § 34 Abs 4 AsylG; sofern die Voraussetzungen nach Abs 2 und 3 vorliegen; näher bei *Schrefler-König* in *Schrefler-König/Szymanski*, § 34 AsylG Rz 9.

§ 35 AsylG regelt darüber hinaus Besonderheiten für die **Einreise Familienangehöriger von Fremden mit Asylstatus oder dem Status eines bzw. einer subsidiär Schutzberechtigten**. Die Angehörigen sollen zum Zweck der Antragstellung auf internationalen Schutz in Österreich einen Einreisetitel (Visum) erhalten können.⁵⁸⁶ Für bloße Asylwerber und Asylwerberinnen ist diese Möglichkeit nicht vorgesehen. Sofern der oder die Zusammenführende asylberechtigt ist, kann ein solcher Antrag sofort gestellt werden.⁵⁸⁷ Subsidiär Schutzberechtigte müssen sich bereits drei Jahre in Österreich aufgehalten haben und außerdem über eine ausreichend große Unterkunft und eine alle Risiken abdeckende Krankenversicherung verfügen und dürfen für die Gebietskörperschaft zu keiner finanziellen Belastung führen.⁵⁸⁸

In beiden Bestimmungen findet sich **kein gesonderter Hinweis auf das Kindeswohl**. Der VfGH hat jedoch etwa in VfSlg 20.393/2020 ausgesprochen, dass § 34 AsylG i. V. m. § 2 Abs 1 Z 22 AsylG eine „gesetzliche Wertung im Sinne des Kindeswohles enthält“.⁵⁸⁹

Die **Kindeswohlkommission** hat an § 35 AsylG die zusätzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Einreisebewilligung an Familienangehörige von subsidiär Schutzberechtigten kritisiert. Insbesondere hebt die Kommission hervor, dass die dreijährige Wartefrist, nach deren Ablauf Angehörige eine Einreisebewilligung beantragen können, zu lang sei. Innerhalb von drei Jahren könnten viele in Österreich Schutz genießende Minderjährige erwachsen werden, womit ihre Eltern das Recht auf eine Beantragung eines Einreisetitels nach § 35 AsylG verlieren würden. Die Regelung verstoße daher gegen das Kindeswohl und insb. Art 10 KRK, der eine „wohlwollende, humane und beschleunigte“ Behandlung von Anträgen auf Familienzusammenführung verlange.⁵⁹⁰ Der VfGH erachtete diese Bestimmung dagegen als verfassungskonform. Zwar müsse das Kindeswohl auch in diesem Verfahren berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber könne aber sehr wohl zusätzliche Anforderungen für den Nachzug Familienangehöriger subsidiär Schutzberechtigter festlegen, deren Aufenthalt in Österreich schließlich nur temporär sein soll.⁵⁹¹ *Schmahl* ist außerdem der Ansicht, dass **Art 10 Abs 1 KRK** lediglich eine Pflicht der Behörde begründet, Anträge von Kindern wohlwollend und im gesetzlichen Rahmen beschleunigt zu behandeln.⁵⁹² Daraus ergibt sich keine Verpflichtung eines Staates, ein schnelleres Verfahren zu normieren. Auch ein generelles Verbot von Wartefristen, die das materielle Recht für die Gewährleistung eines Rechts auf Familiennachzug vorschreibt, lässt sich aus Art 10 KRK nicht ableiten.⁵⁹³

586 *Schrefler-König* in *Schrefler-König/Szymanski*, § 35 AsylG Rz 1.

587 § 35 Abs 1 AsylG.

588 § 35 Abs 2 i. V. m. § 60 Abs 2 Z 1–Z 3 AsylG.

589 VfSlg 20.393/2020.

590 Unabhängige Kommission für den Schutz der Kinderrechte und des Kindeswohls im Asyl- und Fremdenrecht, Bericht der Kindeswohlkommission vom 13. Juli 2021 Rz 144 ff, 408, 924 ff.

591 VfSlg 20.286/2018.

592 *Schmahl*, UN-Kinderrechtskonvention2 (2017) Art 10 Rz 5.

593 Zur Judikatur des EGMR siehe oben 3.4.4.2.

4.2.2.3 Familienzusammenführung nach dem Dublin-System

Die Dublin III-VO⁵⁹⁴ regelt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für Anträge auf internationalen Schutz. Sie trifft dabei auch Zuständigkeitsregelungen im Sinne der Familienzusammenführung: Nach Art 8 Dublin III-VO ist für das Asylverfahren von unbegleiteten Minderjährigen grds der Mitgliedstaat zuständig, in dem diese einen Familienangehörigen bzw. eine Familienangehörigen⁵⁹⁵ oder Geschwister oder ggf. andere Verwandte haben, sofern es dem Wohl der Minderjährigen dient.⁵⁹⁶ Zu diesem Zweck ist gemäß Art 6 Abs 4 der Verordnung der MS, in dem unbegleitete Minderjährige einen Asylantrag stellen, verpflichtet, geeignete Schritte zu setzen, um Familienangehörige im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates zu ermitteln. Das Kindeswohl ist außerdem ein wesentliches Kriterium bei der Frage nach dem zuständigen Mitgliedstaat für das Asylverfahren von unbegleiteten Minderjährigen, wenn es verschiedene Familienangehörige in mehreren Mitgliedstaaten gibt,⁵⁹⁷ oder in Abwesenheit von Angehörigen.⁵⁹⁸

Art 6 Abs 1 Dublin III-VO betont im Sinne eine Querschnittsklausel, dass in allen Verfahren nach der Verordnung das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung der Mitgliedstaaten ist.⁵⁹⁹ Im Hinblick auf das Kindeswohl sollen die Mitgliedstaaten gemäß Art 6 Abs 3 Dublin III-VO bestimmte Faktoren berücksichtigen, unter anderem Möglichkeiten der Familienzusammenführung, das Wohlergehen und die soziale Entwicklung des oder der Minderjährigen unter Berücksichtigung seines oder ihres Hintergrundes, die Ansichten des oder der Minderjährigen entsprechend seinem oder ihrem Alter bzw. seiner oder ihrer Reife und Sicherheitserwägungen.

4.2.3 Besonderheiten im Fremden- und Asylverfahren

In verschiedenen **Verfahren in Fremden- und Asylsachen** ist auf das Kindeswohl gesondert Rücksicht zu nehmen (1). Insofern geht es um eine das Kindeswohl berücksichtigende **Ausgestaltung und Durchführung von Verwaltungsverfahren** und Verfahren in der diese kontrollierenden Gerichtsbarkeit. Außerdem muss für die bevorzugte Behandlung Minderjähriger, sowohl im Hinblick auf aufenthaltsbeendende Maßnahmen als auch die Familienzusammenführung und weitere Verfahren, das Alter der Minderjährigen bestimmt werden können. Auch bei der **Bestimmung des Alters von Minderjährigen** ist auf deren besondere Schutzbedürftigkeit Rücksicht zu nehmen (2).

594 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem oder einer Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung).

595 Gem Art 2 lit g: der Ehegatte, minderjährige Kinder, die Eltern minderjähriger Kinder oder andere erwachsene Personen, die nach Recht oder Gepflogenheiten des MS, in dem der Erwachsene sich aufhält für den Minderjährigen verantwortlich sind.

596 Gärditz in Düring/Herzog/Scholz (Hrsg), Grundgesetz-Kommentar (99. Lfg 2022) Art 16a GG (83. Lfg 2018) Rz 148.

597 Art 8 Abs 3 Dublin III-VO.

598 Art 8 Abs 4 Dublin III-VO.

599 Siehe auch die ErwGr 13, 16, 24 und 35 Dublin III-VO.

4.2.3.1 Berücksichtigung der Kinderrechte in sonstigen Verfahrensbestimmungen

Für die Berücksichtigung von Kinderrechten in asylrechtlichen Verfahren ist vor allem die **Asylverfahrensrecht-RL** (Richtlinie 2013/32/EU; „V-RL“) zu beachten, die in Österreich via im AsylG, FPG und BFA-VG umgesetzt wurde. Diese RL referenziert an mehreren Stellen das „Kindeswohl“ explizit. Im Sinne einer **Querschnittsklausel** sieht Art 5 Abs 6 V-RL vor, dass bei der Umsetzung der Richtlinie das Kindeswohl zu berücksichtigen ist.

Darüber hinaus werden unter Bezugnahme auf das Kindeswohl in Art 25 VRL verschiedene **Garantien für unbegleitete Minderjährige** festgelegt. Art 25 Abs 6 V-RL betont programmatisch,⁶⁰⁰ dass die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der RL das Kindeswohl „vorrangig berücksichtigen“. Die nach Art 25 Abs 1 lit a zu bestellende Vertretung eines oder einer unbegleiteten Minderjährigen „nimmt seine Aufgaben im Interesse des Kindeswohls wahr“. Ohne explizite Referenz darauf dienen (wohl) auch die übrigen Garantien des Art 25 der V-RL dem **Kindeswohl**: So sollen die MS sicherstellen, dass der Vertreter bzw. die Vertreterin bei Anhörungen des bzw. der Minderjährigen anwesend ist (Abs 1 lit b); die persönliche Anhörung und Vorbereitung der Entscheidung über den Asylantrag Minderjähriger ist durch eine Person durchzuführen, die mit deren besonderen Bedürfnissen vertraut ist (Abs 3). Die Minderjährigen erhalten auch in Verfahren zur Aberkennung des internationalen Schutzes kostenlose Rechtsauskünfte gem Art 19 der RL (Abs 4); ein beschleunigtes Verfahren nach Art 38 oder ein Verfahren an der Grenze nach Art 43 sind nur unter eingeschränkten Bedingungen möglich, es gelten auch weitere Einschränkungen (Abs 6). Außerdem verlangt die V-RL in Art 15 Abs 3 lit e eine „kindgerechte Durchführung“ der Einvernahme von Kindern.

Großteils wurden diese Richtlinienbestimmungen in Österreich übernommen. So ist die **Bestellung einer gesetzlichen Vertretung**⁶⁰¹ oder deren Anwesenheit bei der Befragung von Minderjährigen⁶⁰² auch in Österreich geboten. Das BFA-VG sieht weiters eine Vertretung von Minderjährigen durch die kostenlose Rechtsberatung nach § 49 BFA-VG bzw. den KJHT vor.⁶⁰³ Andere Vorgaben, wie die **Befragung durch eine auf die besonderen Bedürfnisse des Kindes geschulte Person**⁶⁰⁴ oder die eingeschränkte Möglichkeit eines **beschleunigten Asylverfahrens** bei Minderjährigen,⁶⁰⁵ sind dagegen nicht in nationales Recht transformiert worden. Auch für die kindgerechte Befragung nach Art 15 Abs 3 lit e V-RL gibt es keine Referenzen im innerstaatlichen Recht. Die Vorgabe, das Kindes-

600 Ähnlich dem Art 5 Abs 5 Familienzusammenführungs-RL.

601 In § 10 BFA-VG; § 12 Abs 3 FPG.

602 In § 19 Abs 5 AsylG.

603 § 10 NAG; zur VerfahrensRL Kasper in Salomon 202.

604 So fehlt eine entsprechende Bestimmung in § 19 AsylG.

605 So findet sich in § 18 Abs 1 BFA-VG keine Referenz hierauf, es werden nur die allgemeinen Gründe für ein beschleunigtes Verfahren aus Art 31 Abs 8 V-RL übernommen; auch die Materialien erwähnen hier die Besonderheiten für Minderjährige nicht; vgl. ErlRV 582 XXV. GP 6.

wohl im gesamten Verfahren zu beachten, findet in der österreichischen Umsetzung keine explizite Wiedergabe.

In der Gesetzesausführung gebietet jedoch die **richtlinien- und verfassungskonforme Interpretation** eine Auslegung iSd Kindeswohls. So ist etwa bei einer **Einvernahme** (§ 19 AsylG) von Minderjährigen im Lichte des Arr 4 BVG Kinderrechte auch in Österreich eine kindgerechte Einvernahme geboten.⁶⁰⁶ Es ist nach der Rsp des VwGH auch die Minderjährigkeit von Befragten bei der **Beurteilung der Angaben** besonders zu berücksichtigen.⁶⁰⁷ ErwGr 33 V-RL bestimmt auch ganz allgemein eine vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls und der KRK bei der Anwendung der Richtlinie.

Das Kindeswohl wird im österreichischen Recht noch an anderen Stellen betont. So ordnet § 13 Abs 6 BFA-VG an, dass bei der **Suche nach Familienangehörigen** Minderjähriger „im Interesse des Kindeswohls“ evtl keine Mitwirkungspflicht der Minderjährigen besteht. Auch im NAG wird das Kindeswohl teilweise gesondert referenziert. So ist es bei der Antragstellung auf einen Aufenthaltstitel durch unbegleitete Minderjährige zu berücksichtigen. Wenn die Antragstellung gewisse Mängel aufweist, muss in einer Abwägung mit dem Kindeswohl entschieden werden, ob der Mangel heilen kann.⁶⁰⁸ Außerdem kann bei unbegleiteten Minderjährigen unter Berücksichtigung des Kindeswohls der Antrag auf einen Aufenthaltstitel auch im Inland gestellt werden,⁶⁰⁹ von einem Deutschkenntnisnachweis kann abgesehen werden.⁶¹⁰ Schließlich ist unbegleiteten Minderjährigen, die bei Pflegeeltern untergebracht sind, iSd Kindeswohls eine „RotWeißRot – Karte plus“ auszustellen, auch wenn gewisse Erteilungshindernisse vorliegen.⁶¹¹

4.2.3.2 Altersbestimmung von Minderjährigen

Nach Art 25 Abs 5 der V-RL können die Mitgliedstaaten im Rahmen der Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz **ärztliche Untersuchungen zur Bestimmung des Alters** unbegleiteter Minderjähriger durchführen lassen, wenn aufgrund allgemeiner Aussagen oder anderer einschlägiger Hinweise Zweifel bezüglich des Alters des Antragstellers oder der Antragstellerin bestehen. Wenn die Zweifel bezüglich des Alters danach fortbestehen, so haben die Mitgliedstaaten davon auszugehen, dass der Antragsteller bzw. die Antragstellerin minderjährig ist.

Art 25 Abs 5 lit a der V-RL schreibt vor, dass bei ärztlichen Untersuchungen die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass unbegleitete Minderjährige vor der Prüfung ihres Antrags auf internationalen Schutz in einer Sprache, die sie verstehen oder von

606 *Malhotra*, Europarechtliche Vorgaben für die Heilung von Verletzungen des Parteiengehörs – insbesondere in Asylverfahren, ZVG 2021, 354 (358).

607 VwGH 8.9.2015, Ra 2014/18/0061.

608 § 19 Abs 8 Z 1 NAG.

609 § 21 Abs 3 Z 1 NAG.

610 § 21a Abs 5 Z 1 NAG.

611 § 41a Abs 10 NAG.

der vernünftigerweise angenommen werden darf, dass sie sie verstehen, über die Möglichkeit der Altersbestimmung im Wege einer ärztlichen Untersuchung informiert werden. Diese Information hat eine **Aufklärung** über die Untersuchungsmethode, über die möglichen Folgen des Untersuchungsergebnisses für die Prüfung des Antrags auf internationalen Schutz sowie über die Folgen der Weigerung der unbegleiteten Minderjährigen, sich der ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, zu enthalten. Es ist nach lit b zudem sicherzustellen, dass unbegleitete Minderjährige und/oder deren Vertretung in die Durchführung einer ärztlichen Untersuchung zur Altersbestimmung der betroffenen Minderjährigen **einwilligen**. Eine Entscheidung über den Antrag auf internationalen Schutz eines unbegleiteten Minderjährigen darf nach lit c nicht allein deshalb abgelehnt werden, weil die ärztliche Untersuchung verweigert wurde.

Auf nationaler Ebene sehen § 12 Abs 4 FPG und § 13 BFA-VG **Regelungen zur Altersbestimmung** vor. Die Bestimmung des Alters erfolgt dabei in einem ersten Schritt anhand von unbedenklichen Urkunden oder sonstigen geeigneten und gleichwertigen Bescheinigungsmitteln. Wenn diese nicht vorhanden oder zweifelhaft sind, kann die Behörde eine medizinische Untersuchung anordnen. Kann das Alter auch weiterhin nicht festgestellt werden, so ist von der Minderjährigkeit auszugehen.

Nach Art 4 Abs 1 der FamilienzusammenführungsRL haben minderjährige Kinder das Recht auf Einreise und Aufenthalt in einem MS. Voraussetzung ist jedoch, dass die minderjährigen Kinder im Sinne dieses Artikels das nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaates geltende **Volljährigkeitsalter** noch nicht erreicht haben und nicht verheiratet sind. Aus der RL ergibt sich nicht ausdrücklich, auf welchen Zeitpunkt es für die Altersbestimmung ankommt, auf den der Antragstellung oder auf jenen der Entscheidung. Nach der Rsp des EuGH ist Art 4 der FamilienzusammenführungsRL dahingehend auszulegen, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Bestimmung, ob eine unverheiratete drittstaatsangehörige oder staatenlose Person ein minderjähriges Kind ist, die Antragstellung auf Einreise und Aufenthalt zum Zwecke der Familienzusammenführung für minderjährige Kinder ist und nicht der Zeitpunkt der Entscheidung durch die zuständigen Behörden bzw. Gerichte des Mitgliedstaates über den Antrag.⁶¹²

Ein Antrag auf Familienzusammenführung darf nicht allein aus dem Grund abgelehnt werden, dass das Kind im Laufe des gerichtlichen Verfahrens volljährig geworden ist.⁶¹³

4.2.4 Schubhaft

Art 17 der RückführungsRL normiert **Bedingungen für die Abschiebehaft** (in Österreich: Schubhaft) bei Minderjährigen. Nach Abs 1 darf die Haft bei unbegleiteten Minderjährigen und Familien mit Minderjährigen nur **im äußersten Falle** und für die kürzestmögliche

⁶¹² EuGH 16.7.2020 Rs C-133/19, C-136/19 und C-137/19.

⁶¹³ EuGH 16.7.2020 Rs C-133/19, C-136/19 und C-137/19.

angemessene Dauer eingesetzt werden. Nach Abs 3 müssen in Haft genommene Minderjährige die Gelegenheit zu **Freizeitbeschäftigungen** einschließlich altersgerechter Spiel- und Erholungsmöglichkeiten haben und, je nach Dauer ihres Aufenthalts, **Zugang zur Bildung** erhalten. Unbegleitete Minderjährige müssen nach Abs 4 so weit wie möglich in Einrichtungen untergebracht werden, die personell und materiell zur Berücksichtigung ihrer **altersgemäßen Bedürfnisse** in der Lage sind.

Obwohl schon Art 5 lit a der RückführungsRL normiert, dass bei der Umsetzung der RL das Wohl des Kindes in gebührender Weise zu berücksichtigen ist, schreibt Art 17 Abs 5 der RückführungsRL explizit vor, dass dem **Wohl des Kindes** im Zusammenhang mit der Abschiebungshaft bei Minderjährigen **Vorrang** einzuräumen ist.

Auf nationaler Ebene finden sich Bedingungen für die Schubhaft im **FPG**. Unmündige **Minderjährige** dürfen gem § 76 Abs 1 FPG **nicht in Schubhaft** genommen werden. § 77 Abs 1 FPG normiert, dass das Bundesamt gegen mündige Minderjährige gelindere Mittel anzuwenden hat. Eine Ausnahme davon besteht nur dann, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Zweck der Schubhaft mit den gelinderen Mitteln nicht erreicht werden kann. Die Schubhaft darf jedoch gem § 80 Abs 2 Z 1 FPG bei mündigen Minderjährigen drei Monate nicht überschreiten. Nach § 79 Abs 3 FPG sind minderjährige Schubhafthäftlinge von Erwachsenen getrennt anzuhalten. Wenn auch gegen einen Elternteil oder Erziehungsberechtigten die Schubhaft verhängt wurde, so sind minderjährige Schubhafthäftlinge gemeinsam mit diesem anzuhalten, es sei denn, dass ihr Wohl eine getrennte Anhaltung verlangt.

Auch in der Kinderrechtskonvention finden sich Regelungen zur Freiheitsentziehung von Kindern. Im Gegensatz zu Art 37 lit b KRK bezieht sich Art 37 lit c KRK dem Wortlaut nach nicht nur auf den Strafvollzug, sondern umfasst jegliche Arten des Freiheitsentzugs, somit auch die Schubhaft. Demnach muss jedes Kind, dem die Freiheit entzogen ist, menschlich, würdevoll und unter Berücksichtigung seines Alters behandelt werden. Kinder werden somit nicht pauschal als homogene Gruppe angesehen, sondern es wird hinsichtlich altersbezogener Bedürfnisse auch innerhalb dieser Gruppe differenziert.⁶¹⁴

Art 37 lit c KRK sieht zudem vor, dass jedes Kind mit seiner Familie durch Briefwechsel und Besuche in Verbindung bleiben darf, sofern nicht außergewöhnliche Umstände vorliegen. Eine mögliche Einschränkung des familiären Kontakts muss jedenfalls die Ausnahme darstellen und im Einklang mit dem Kindeswohl entschieden werden.⁶¹⁵

Nach der Rsp des EGMR darf die Schubhaft bei minderjährigen Flüchtlingen nur in außergewöhnlichen Umständen als letztes Mittel nach Prüfung aller möglichen Alternativen

⁶¹⁴ *Schmahl*, UN-Kinderrechtskonvention² (2017) Art 37 KRK Rz 10.

⁶¹⁵ *Schmahl*, UN-Kinderrechtskonvention² (2017) Art 37 KRK Rz 12.

und für die kürzeste angemessene Zeit erteilt werden.⁶¹⁶ Zudem ist eine besonders rasche und sorgfältige gerichtliche Überprüfung der Haftanordnung sicherzustellen.⁶¹⁷

4.2.5 Zusammenfassung

Zweifellos ist gerade das **Asyl- und Fremdenrecht** eine jener Materien, in denen die **Rechte von Kindern betroffen** sind und in besonderer Weise betroffen sein können. Es ist gleichzeitig eine komplexe Rechtsmaterie, die zudem häufigen Änderungen unterzogen wird und durch ein Zusammenspiel von Unionsrecht (Richtlinien und Verordnungen) und dem nationalen Recht geprägt ist.

Etliche einschlägige **Sekundärrechtsquellen** enthalten Bestimmungen („**Querschnittsklauseln**“), die für den gesamten Anwendungsbereich der jeweiligen Rechtsquelle die vorrangige Beachtung des Kindeswohls anordnen. Beispiele hierfür sind die Rückführungsrichtlinie, die Aufnahme richtlinie oder die Verfahrensrichtlinie. Darüber hinaus finden sich für bestimmte Konstellationen im Sekundärrecht Bestimmungen, die Kinderrechte konkretisieren und für einzelne Entscheidungen die Berücksichtigung des Kindeswohls noch einmal gesondert anordnen. Dazu zählen z. B. die Dublin III-VO oder die Familienzusammenführungs-RL. Insbesondere in der V-RL werden durch **Sonderbestimmungen** verfahrensrechtliche Aspekte geregelt, die ausdrücklich dem Schutz von Kindern in entsprechenden asyl- und fremdenrechtlichen Verfahren dienen.

In den relevanten **Gesetzesbestimmungen des österreichischen Fremden- und Asylrechts** finden sich keine Querschnittsklauseln, die für den jeweiligen Anwendungsbereich des Gesetzes die Berücksichtigung des Kindeswohls anordnen. Ausdrückliche Bezugnahmen auf die **Bedachtnahme auf das Wohl des Kindes** finden sich in einer Reihe von Vorschriften der einschlägigen Gesetze, wie etwa § 40 Abs 2 AsylG oder § 66 Abs 3 FPG. Damit wird regelmäßig die Bedeutung des Kindeswohls für die von den Rechtsanwendenden vorzunehmenden Interessenabwägungen bei bestimmten asyl- und fremdenrechtlichen Entscheidungen betont. Von besonderer Bedeutung zum Schutz von Rechten von Kindern sind solche Bestimmungen, die für Kinder besondere Verfahrenselemente oder besondere Schutzregelungen vorsehen. So ist Minderjährigen bspw bei Befragungen in Asylverfahren nach § 10 BFA-VG und § 12 Abs 3 FPG eine gesetzliche Vertretung zu bestellen. Außerdem besteht das Recht einer Vertretung durch eine kostenlose Rechtsberatung nach § 49 BFA-VG bzw. den KJHT.⁶¹⁸

⁶¹⁶ EGMR 5.4.2011, 8687/08, *Rahimi gg Griechenland*; EGMR 19.1.2012, 39472/02 und 3947/07, *Popov gg Frankreich*; EGMR 24.10.2013, 71825/11, *Housein gg Griechenland*; *Schmahl*, UN-Kinderrechtskonvention2 (2017) Art 37 KRK Rz 8.

⁶¹⁷ EGMR 17.10.2019, 4633/15, *G.B. u. a. gg die Türkei*.

⁶¹⁸ § 10 NAG; zur VerfahrensRL *Kasper* in *Salomon* 202.

Die **Judikatur der österreichischen Höchstgerichte** (hier VfGH und VwGH) stellt durch das Gebot der grundrechts- und der richtlinienkonformen Interpretation des Gesetzes sicher, dass dem verfassungs- bzw. unionsrechtlich vorgesehenen Schutz der Rechte von Kindern in der Anwendung der einschlägigen Gesetze im Einzelfall Rechnung getragen wird.

4.3 Schulrecht (Fuchs)

4.3.1 Einführung und thematische Grundlegung

Das BVG Kinderrechte „strahlt“ mit seinen Einzelbestimmungen in vielerlei Hinsicht auf das **gesamte Schulrecht** aus, worauf schon bald nach dessen Inkrafttreten von der Lehre mit unmissverständlicher Deutlichkeit hingewiesen wurde.⁶¹⁹

Verfassungsrechtliche Grundlage bildet dabei zunächst die vor allem in Art 14 B-VG verankerte **Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern**. Während insb. die Organisation der Pflichtschulen dem Bund zur Grundsatzgesetzgebung, den Ländern zur Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung obliegt, fallen das Kindergarten- und Hortwesen in Gesetzgebung und Vollziehung in die Zuständigkeit der Länder. In Gesetzgebung Bundessache, in Vollziehung Landessache wiederum sind die Angelegenheiten des Dienstrechts und Personalvertretungsrechts der Lehrer und Lehrerinnen für öffentliche Pflichtschulen. Eine Generalklausel bestimmt zusätzlich den Bund als zuständig für Gesetzgebung und Vollziehung – etwa betreffend Praxisschulen, -kindergärten und -horte.

Insgesamt stellt sich die **Zuständigkeitsverteilung** damit als durchaus **komplex** dar, die einfachgesetzlichen Grundlagen des Schulrechts sind dementsprechend breit gefächert. Das Schwergewicht der nachfolgenden Darstellung liegt – aufgrund ausführlicher Bezugnahme auf landesgesetzliche Grundlagen an anderer Stelle im Rahmen dieser Studie⁶²⁰ – auf den bundesgesetzlichen Rahmenbedingungen.

Die **Relevanz des BVG Kinderrechte** im Bereich Bildung, Schule und Schulrecht ist, auch wenn sich spezifisch zu den einzelnen Bestimmungen des BVG Kinderrechte im schulrechtlichen Kontext nur vereinzelt unmittelbar einschlägige Rechtsprechung ausmachen lässt, als **umfassend** anzusehen.⁶²¹ Auf verfassungsgesetzlicher Ebene kommt daneben insb. **Art 14 Abs 5a B-VG** Bedeutung zu. Diese Verfassungsbestimmung enthält bestimmte Grundwerte eines kindergerechten Schulsystems: Demokratie, Humanität, Solidarität, Friede und Gerechtigkeit sowie Offenheit und Toleranz gegenüber anderen Menschen. Durch das Zusammenwirken von Kindern, Lehrern bzw. Lehrerinnen und Eltern soll für eine bestmögliche geistige, seelische und körperliche Entwicklung Vorsorge getroffen werden. Gesundheit, Selbstbewusstsein, Glück, Leistungsorientierung, Pflichttreue, Musikalität und Kreativität sollen gefördert werden.

Art 14 Abs 5a B-VG gilt als verfassungsrechtliche **Kernbestimmung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrags**. Die in Art 14 Abs 5a B-VG formulierten Grundsätze untermauern nach allgemeinem Verständnis zugleich den Grundsatz der Gleichheit sowie

619 Siehe Wieser, Kinderrechte **versus Schülerrechte?**, ÖGSR 2012, 34 (35).

620 Siehe Weber, unten 4.4.

621 Vgl. Kröll, Kinderbetreuung, in: Pürgy (Hrsg), Das Recht der Länder Bd II/1 (2012) 795 (Rz 1, 7).

weitere grundrechtlich geschützte Freiheiten. Sie weisen inhaltlich insofern gewisse **Parallelen zu den Rechten des BVG Kinderrechte** auf,⁶²² werden jedoch im Unterschied zu diesen für gewöhnlich als (bloße) Staatszielbestimmungen eingeordnet.

Art 14 Abs 6a B-VG verankert schlussendlich das **Gebot des differenzierten Schulsystems**: „Die Gesetzgebung hat ein differenziertes Schulsystem vorzusehen, das zumindest nach Bildungsinhalten in allgemeinbildende und berufsbildende Schulen und nach Bildungshöhe in Primar- und Sekundarschulbereiche gegliedert ist, wobei bei den Sekundarschulen eine weitere angemessene Differenzierung vorzusehen ist.“

4.3.2 Kinderrechte und Schüler- bzw. Schülerinnenrechte

4.3.2.1 Recht auf Bildung

Bildung betrifft naturgemäß in besonderer Weise Kinder und Jugendliche; um deren Schutz gewährleisten zu können, müssen ihnen bestimmte Rechte zugesprochen werden, die auch eine Durchsetzung ermöglichen.

Die **erhebliche Bedeutung des Rechts auf Bildung** für Kinder zeigt etwa Art 28 KRK, und auch im Rechtsvergleich wird sichtbar, dass zahlreiche nationale Verfassungsordnungen gerade (nicht selten: nur) das Recht auf Bildung als Kinderrecht verankern.

In Österreich ist das (**Grund-)Recht auf Bildung** durch Art 2 1. ZPMRK und Art 18 StGG⁶²³ sowie über Art 14 GRC⁶²⁴ gewährleistet und als Jedermannsrecht ausgestaltet.

Art 2 1. ZPEMRK⁶²⁵ beinhaltet einen Rechtsanspruch auf Bildung und – als institutionelle Garantie – die **Pflicht des Staates**, durch Einrichtung eines (funktionierenden) Bildungswesens Zugang zu Bildungsmöglichkeiten für einzelne Personen zu schaffen. Neben das Bildungsrecht der Kinder tritt ein Recht der Eltern auf Achtung ihres Erziehungsrechtes durch den Staat.⁶²⁶ Im damit eröffneten Spannungsfeld sind das grundrechtlich geschützte Recht des Kindes auf Bildung und das dazu in Verhältnis stehende Elternrecht

622 Weber, Kinderrechte, ÖGSR 2012, 14.

623 „Es steht Jedermann frei, seinen Beruf zu wählen und sich für denselben auszubilden, wie und wo er will.“ (Berufsfreiheit)

624 „(1) Jede Person hat das Recht auf Bildung sowie auf Zugang zur beruflichen Ausbildung und Weiterbildung. (2) Dieses Recht umfasst die Möglichkeit, unentgeltlich am Pflichtschulunterricht teilzunehmen. (3) Die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten unter Achtung der demokratischen Grundsätze sowie das Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen, werden nach den einzelstaatlichen Gesetzen geachtet, welche ihre Ausübung regeln.“

625 „Das Recht auf Bildung darf niemandem verwehrt werden. Der Staat hat bei Ausübung der von ihm auf dem Gebiete der Erziehung und des Unterrichts übernommenen Aufgaben das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen.“

626 Grabenwarter/Pabel, EMRK7 (2021) 370.

(auch mit Blick auf sonst betroffene Grundrechte wie z.B. Art 8 bis 10 EMRK) jeweils auszugleichen, wobei – umso mehr im Lichte des nach dem BVG Kinderrechte geschützten Kindeswohls und der weiteren dort verankerten kinderrechtsspezifischen Bestimmungen – dem Bildungsrecht des Kindes erhebliches Gewicht zukommt.⁶²⁷

4.3.2.2 Anforderungen des BVG Kinderrechte

Das BVG Kinderrechte normiert **kein explizites Recht des Kindes auf Bildung**. Zahlreichen seiner Einzelbestimmungen ist gleichwohl erhebliche Bedeutung im schulrechtlichen Kontext beizumessen.⁶²⁸

Dies gilt zunächst und im Besonderen für **Art 1 BVG Kinderrechte** (bestmögliche Entwicklung und Entfaltung, Wahrung der Interessen des Kindes, Kindeswohl), der aufgrund seiner bereits vielfach konstatierten „Breitenwirkung“ naturgemäß auch in schulrechtlichen Angelegenheiten Beachtung einfordert. In diesem Zusammenhang ist insb. die Einordnung des VfGH zu sehen, wonach Art 1 BVG Kinderrechte „nicht nur einen **Bereich grundrechtlichen Schutzes** [normiert], [...], sondern auch einen **Auftrag an die Gesetzgebung** und – insbesondere im Rahmen seines zweiten Satzes – an die Vollziehung, das Kindeswohl vorrangig zu wahren“.⁶²⁹ Dementsprechend kann auch das gesetzgeberische Handeln (gerade) im Schulrecht nicht von Kindeswohlerwägungen ausgespart bleiben.⁶³⁰

Der Gesetzgebung, die das Schulrecht im Einklang mit den entsprechenden verfassungsrechtlichen Vorgaben auszugestalten hat, kommen indes **erhebliche Beurteilungsspielräume** zu. So ist *Bernd Wieser* zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, dass Art 1 BVG Kinderrechte nicht die „Institutionalisierung eines bestimmten Schulsystems“ oder die Einrichtung ganz bestimmter Schultypen verlangt.⁶³¹ Die dem Gesetzgeber (insb) im Rahmen des Art 14 Abs 6a B-VG zukommenden Gestaltungsspielräume werden durch Art 1 BVG Kinderrechte nicht etwa derart verengt, dass gleichsam „nur eine Lösung“ zur Ausgestaltung des Schulsystems als verfassungs- bzw. grundrechtskonform anzusehen wäre.⁶³² Hinzuweisen ist dahingehend auch auf den Gesetzesvorbehalt des Art 7 BVG Kinderrechte.

In diesem Sinne darf die grundrechtliche Garantie des Art 1 BVG Kinderrechte (auch) in schulrechtlichen Zusammenhängen **nicht überspannt** werden.⁶³³ Jedoch tritt sie zusätzlich zu sonstigen (schul-)verfassungsrechtlichen sowie grundrechtlichen Maßstäben

627 *Wieser*, Kinderrechte **versus Schülerrechte?**, ÖGSR 2012, 34 ff.

628 Siehe *Wieser*, Kinderrechte **versus Schülerrechte?**, ÖGSR 2012, 34 ff.

629 VfSlg 20.018/2015 (Hervorhebungen nicht im Original).

630 *Bertel*, Art 1 BVG Kinderrechte, Rz 8.

631 *Wieser*, Kinderrechte **versus Schülerrechte?**, ÖGSR 2012, 34 (35).

632 Siehe *Wieser*, Kinderrechte **versus Schülerrechte?**, ÖGSR 2012, 34 (35).

633 Gegen ein „absolutes“ Recht auf Besuch einer bestimmten Schule spricht sich etwa *Wieser*, Kinderrechte **versus Schülerrechte?**, ÖGSR 2012, 34 (35), aus.

hinzu und verlangt solcherart auch spezifisch unter kinderrechtlichen Aspekten ein wohlausgewogenes Gesamtgleichgewicht des gesetzlich etablierten Systems.

Art 4 BVG Kinderrechte verankert das Recht jedes Kindes auf angemessene Beteiligung und Berücksichtigung seiner Meinung in allen das Kind betreffenden Angelegenheiten, in einer seinem Alter und seiner Entwicklung entsprechenden Weise. Aufgrund des überaus breit gefassten Anwendungsbereichs ist dieser Bestimmung – nicht nur, aber gerade im Schulrecht – als Grundsatz die **weitreichende Partizipation der Schüler und Schülerinnen** an den Angelegenheiten des Schullebens zu entnehmen.⁶³⁴ Dies tritt nicht nur in einem System der kollektiven Mitbestimmung von Schülern und Schülerinnen am Schulleben zu Tage, sondern birgt im Besonderen auch ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Individualrecht des einzelnen Schülers bzw. der einzelnen Schülerin.

In dieser Hinsicht kann das Recht auf Berücksichtigung der Meinung des Kindes als „**Verstärkung**“ der **grundrechtlich geschützten Meinungsfreiheit** verstanden werden, wohingegen das Recht auf Partizipation (angemessene Beteiligung) als **eigenständiges (neues) Grundrecht** erachtet wird, welches einfachgesetzlich sachadäquat und wirksam auszugestalten ist.⁶³⁵ Insofern enthält Art 4 BVG Kinderrechte auch **Verfahrensgarantien**.⁶³⁶ Das Gebot zur Berücksichtigung wird dabei für gewöhnlich im Sinne einer verpflichtenden Auseinandersetzung der (insb) schulischen Organe mit dem Vorbringen des Kindes (seinem Alter und seiner Entwicklung entsprechend) im Zuge von Entscheidungsprozessen zu verstehen sein.

Art 5 Abs 1 BVG Kinderrechte (Recht auf gewaltfreie Erziehung) verbietet körperliche Bestrafungen, die Zufügung seelischen Leides, sexuellen Missbrauch und andere Misshandlungen. Das hieraus erwachsende Recht gilt absolut, indem es nicht vom Gesetzesvorbehalt des Art 7 BVG Kinderrechte erfasst ist. Einfachgesetzlich werden körperliche Züchtigung, beleidigende Äußerungen und Kollektivstrafen im schulischen Kontext etwa ausdrücklich in § 47 Abs 3 SchUG⁶³⁷ verboten.

Art 6 BVG Kinderrechte verankert den Anspruch von Kindern mit Behinderung auf den Schutz und die Fürsorge, die ihren besonderen Bedürfnissen Rechnung tragen, und gebietet die Gleichbehandlung von behinderten und nicht behinderten Kindern in allen Bereichen des täglichen Lebens. Aufgefordert zur Ausgestaltung eines gesetzlichen Systems, um diesen Anforderungen (auch) im schulischen Alltag gerecht zu werden, ist schwergewichtig der einfache Gesetzgeber. In die Pflicht genommen dafür, dass den

634 Ähnlich Wieser, *Kinderrechte versus Schülerrechte?*, ÖGSR 2012, 34 (37).

635 Weber, *Das BVG über die Rechte von Kindern*, 263 (271); Bertel, *Art 4 BVG Kinderrechte*, Rz 1.

636 Bertel, *Art 4 BVG Kinderrechte*, Rz 5.

637 Schulunterrichtsgesetz, BGBl 427/1986 idgF.

besonderen Bedürfnissen der Schüler und Schülerinnen Rechnung getragen wird, sind aber auch Schulbehörden und Schulerhalter.⁶³⁸

4.3.2.3 Einfachgesetzliche Rahmenbedingungen

Auf einfachgesetzlicher Ebene werden Rechte und Pflichten der Schüler und Schülerinnen maßgeblich (wenn auch bei Weitem nicht ausschließlich oder gar abschließend) im **SchUG** sowie im **SchulpflichtG**⁶³⁹ geregelt. Hierauf wird im Weiteren das Augenmerk gelegt und ein grober Streifzug mit ausgewählten Schwerpunktsetzungen unternommen.

§ 43 SchUG normiert **Pflichten der Schüler und Schülerinnen** im Zusammenhang mit der Schulordnung. So sind diese gemäß Abs 1 par cit verpflichtet, durch ihre Mitarbeit und ihre Einordnung in die Gemeinschaft der Klasse und der Schule an der Erfüllung der Aufgabe der österreichischen Schule mitzuwirken und die Unterrichtsarbeit zu fördern. Sie haben den Unterricht regelmäßig und pünktlich zu besuchen, die erforderlichen Unterrichtsmittel mitzubringen und die Schulordnung bzw. Hausordnung einzuhalten. Sie müssen Anordnungen und Aufträgen im Rahmen der individuellen Lernbegleitung Folge leisten. Nähere Vorgaben – zum Umgang in der Klasse, Kleidung und Unterrichtsmittel, Verspätungen, Meldepflichten und Sicherheitsmaßnahmen etc. – enthält die SchulordnungsV.⁶⁴⁰

Das **Fernbleiben von der Schule** ist auf Grundlage des § 45 SchUG zulässig bei gerechtfertigter Verhinderung, bei Erlaubnis zum Fernbleiben oder bei Befreiung von der Teilnahme an einzelnen Unterrichtsgegenständen. Eine gerechtfertigte Verhinderung liegt bei Krankheitsfällen oder außergewöhnlichen Ereignissen vor. Der Schüler bzw. die Schülerin hat den Klassenvorstand (oder Schulleiter) von jeder Verhinderung unter Angabe des Grundes zu benachrichtigen.

Das Fernbleiben vom Unterricht zwecks Teilnahme an **Schüler- und Schülerinnen-demonstrationen** zählt nicht zu den gesetzlich genannten Gründen gerechtfertigter Verhinderung, wird aber auf Basis entsprechender Erlässe bei Vorliegen bestimmter Umstände im Rahmen von Schulveranstaltungen bzw. schulbezogenen Veranstaltungen als zulässig angesehen (z.B. „Earth Strike“ der „Fridays for future“ Bewegung).⁶⁴¹ Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten lässt sich für eine **grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit** einer Teilnahme an derartigen Versammlungen – unter Aufrechterhaltung des zugrunde gelegten Regel-Ausnahmeverhältnisses samt Einhaltung notwendiger rechtlicher Vorgaben im konkreten Fall – im Rahmen von Interessenabwä-

638 Vgl. VfGH 13.3.2024, G 259/2023.

639 BGBl 76/1985 idgF.

640 BGBl 37/1974 idgF.

641 *Juranek, Schulrecht* 6 242 f. Vgl. *Friedrich*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2019, 209 ff; weiters *Hofstätter*, Fridays For Future or Fridays At School? Der Klimastreik aus schulrechtlicher und grundrechtlicher Perspektive, NLMR 2019, 279.

gungen im Einzelfall neben der Versammlungsfreiheit insb. auch Art 4 BVG Kinderrechte ins Treffen führen.

§ 57a SchUG regelt die „**Rechte der Schüler**“: „Der Schüler hat außer den sonst gesetzlich festgelegten Rechten das Recht, sich nach Maßgabe seiner Fähigkeiten im Rahmen der Förderung der Unterrichtsarbeit (§ 43) an der Gestaltung des Unterrichtes und der Wahl der Unterrichtsmittel zu beteiligen, ferner hat er das Recht auf Anhörung sowie auf Abgabe von Vorschlägen und Stellungnahmen.“

Im Detail enthält das SchUG als **spezifisch verankerte Schüler- und Schülerinnenrechte** etwa das Recht auf Ausstellung einer Schulnachricht (§ 19 SchUG), das Recht, aus wichtigen Gründen (z. B. Schüler- und Schülerinnenvertretung) über Ansuchen auf Erlaubnis von der Schule fernbleiben zu dürfen (§ 45 Abs 4 SchUG), das Recht auf schriftliche Rechtfertigung bei längerem Fernbleiben von der Schule, bevor eine Abmeldung vom Schulbesuch erfolgt (§ 45 Abs 5 SchUG), das Recht auf Rechtfertigung vor der Beschlussfassung über die Antragstellung zu einem Schulausschlussverfahren (§ 49 Abs 2 SchUG), das Recht auf Ausstellung einer Schüler- und Schülerinnenkarte (§ 57b SchUG) oder das Recht, Widerspruch gegen bestimmte Entscheidungen⁶⁴² zu erheben (§ 71 SchUG).

Die sehr breit gefasste, generalklauselartige⁶⁴³ Norm des **§ 57a SchUG** birgt im Spiegel dessen die strukturelle Gefahr, in der Praxis bei konkreten Einzelkonstellationen mangels spezifischer gesetzlicher Ausgestaltung eher ins Hintertreffen zu geraten. Insofern spräche, auch um konkret bestehende Individualrechte der Schüler und Schülerinnen unmissverständlich klarzustellen, vieles dafür, die Regelung des § 57a SchUG näher zu **präzisieren**, um (wenn auch nur abstrakt) zu verdeutlichen, in welchen (etwa beispielhaft genannten) Fällen die entsprechenden Rechte bestehen und wie ihnen Rechnung zu tragen ist.

Näherhin ist weiters jenen Lehrmeinungen beizupflichten, die § 57a SchUG eine **verfassungskonforme Interpretation** abverlangen.⁶⁴⁴ Am Maßstab des Art 4 BVG Kinderrechte gemessen, wird es z. B. mit bloß formaler Anhörung und rein formaler Möglichkeit zur Stellungnahme nicht sein Bewenden haben (können); verlangt diese Verfassungsbestimmung – insofern auch einer wirksamen Umsetzung und Ausgestaltung durch den einfachen Gesetzgeber bedürftig – eine „Berücksichtigung“ der Meinung des Kindes. Dessen Vorbringen ist (in einer dem Alter und der Entwicklung angemessenen Weise) in der Sache zu erwägen, es hat nicht nur eine „Kenntnisnahme“, sondern auch eine

642 Zum Rechtsschutz gegen schulrechtliche Entscheidungen siehe *Juranek*, Das österreichische Schulrecht⁶ (2022) 399 ff.

643 *Wieser*, Kinderrechte **versus Schülerrechte?**, ÖGSR 2012, 34 (38).

644 Siehe *Wieser*, Kinderrechte **versus Schülerrechte?**, ÖGSR 2012, 34 (38).

echte Auseinandersetzung der schulischen Organe damit stattzufinden.⁶⁴⁵ Soweit daher gesetzlich bloße Anhörungsrechte verankert sind (z. B. § 11 Abs 1 SchUG), sind diese im Lichte des Art 4 BVG Kinderrechte handzuhaben.

Echte „**partizipationsfreie**“ Räume innerhalb des SchUG, die nicht dem derart (grundrechtskonform) interpretierten Anwendungsbereich des § 57a SchUG unterfielen, sind sodann wohl eher Ausnahme-, denn Regelfall.⁶⁴⁶ Wenn und weil Art 4 BVG Kinderrechte von „allen das Kind betreffenden Angelegenheiten“ spricht, wird vielmehr davon auszugehen sein, dass die Möglichkeit, die eigene Meinung kundzutun bzw. Vorschläge und Stellungnahmen abzugeben, die – grundrechtlich abgesichert – von den zuständigen Organen in Berücksichtigung zu ziehen sind, über weite(ste) Bereiche des SchUG hinweg besteht. Auch in dieser Hinsicht wäre eine gesetzgeberische **Klarstellung und Verdeutlichung** (z. B. in § 57a SchUG) vorteilhaft.

Neben Individualrechten der Schüler und Schülerinnen besteht das Recht der **Schüler- und Schülerinnenmitverwaltung** in Form der Interessenvertretung und der Mitgestaltung des Schullebens.⁶⁴⁷ Hierbei kommen den Schülern und Schülerinnen Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte zu (§ 58 SchUG). Im Rahmen der Mitgestaltung haben sie gemäß § 58 Abs 3 SchUG gemeinsam jene Aufgaben wahrzunehmen, die über die Mitarbeit des einzelnen Schülers bzw. der einzelnen Schülerin hinausreichen. Als solche kommen Vorhaben in Betracht, die der politischen, staatsbürgerlichen und kulturellen Bildung der Schüler und Schülerinnen im Sinne demokratischer Grundsätze dienen, ihr soziales Verhalten entwickeln und festigen sowie ihren Neigungen entsprechende Betätigungsmöglichkeiten in der Freizeit bieten. § 58 Abs 5 SchUG verpflichtet die Schulleitung, die Tätigkeit der Schüler- und Schülerinnenvertretung zu unterstützen und zu fördern. Auch diese einfachgesetzlichen Berechtigungen sowie die damit angesprochenen Institute wie Schüler- und Schülerinnenvertretung, deren Versammlung etc. (§§ 59 ff SchUG) konkretisieren insofern **insb. Art 4 BVG Kinderrechte** bzw. sind umgekehrt (auch in ihrer praktischen Handhabung) im Besonderen (auch) an dieser Verfassungsbestimmung zu messen.

Während das SchUG insb. in Gestalt des § 57a SchUG (sowie weiterhin des § 58 SchUG) gleichsam eine „grundrechtssichernde“ Auffangklausel bezüglich Schüler- und Schülerinnenrechten enthält, weist etwa das **SchulpflichtG** in dieser Hinsicht Defizite auf.⁶⁴⁸

Ein auch in der Lehre bereits genanntes Beispiel betrifft etwa die **Aufnahme in die Volksschule** zu Beginn der Schulpflicht.⁶⁴⁹ § 6 Abs 1 SchulpflichtG lautet: „Die schulpflichtig gewordenen Kinder sind von ihren Eltern oder sonstigen Erziehungsberechtigten zur

645 Ähnlich Wieser, Kinderrechte **versus Schülerrechte?**, ÖGSR 2012, 34 (37 f).

646 Siehe Wieser, Kinderrechte **versus Schülerrechte?**, ÖGSR 2012, 34 (38).

647 Juranek, Schulrecht 6 242 f.

648 Dieser Befund auch bei Wieser, Kinderrechte **versus Schülerrechte?**, ÖGSR 2012, 34 (38).

649 Vgl. Wieser, Kinderrechte **versus Schülerrechte?**, ÖGSR 2012, 34 (38).

Schülereinschreibung bei jener Volksschule anzumelden, die sie besuchen sollen. Hiebei sind die Kinder persönlich vorzustellen.“ Während es sich in früheren Fassungen um eine nur bedingte persönliche Vorstellungspflicht handelte („nach Tunlichkeit“), wurde dieser Einschub im Zuge des SchulrechtsänderungsG 2016⁶⁵⁰ gestrichen. Dies lässt sich auch als eine bereits wirksam gewordene **Maßnahme der Schulrechtsgesetzgebung** begreifen, um womöglich im Lichte des BVG Kinderrechte nach Herstellung einer grundrechtskonformen einfachgesetzlichen Rechtslage zu trachten.⁶⁵¹

Indes bleibt § 6 SchulpflichtG weiterhin im **Bild des Kindes als „Objekt“** verhaftet („sind ... vorzustellen“), ohne insb. dessen Position als eigenständiges Subjekt des Verfahrens (mit Anhörungs- und Stellungnahmerechten samt Berücksichtigungsgebot dem Alter und der Entwicklung des Kindes entsprechend) Rechnung zu tragen. Vergleichbares findet sich an anderen Stellen des Gesetzes: So z. B. in § 15 SchulpflichtG, wonach bei Befreiungen vom Schulbesuch die Bildungsdirektion die Eltern oder sonstigen Erziehungsberechtigten des Kindes darüber zu beraten hat, welche Fördermöglichkeiten außerhalb der Schule bestehen; jedoch ist für die Einholung und Berücksichtigung der Meinung und Position des Kindes gesetzlich keine Vorsorge getroffen. Eben solches gilt bezüglich der Teilnahme am häuslichen Unterricht; zwar hat mit den betreffenden Schülern und Schülerinnen ein Reflexionsgespräch über den Leistungsstand bis spätestens zwei Wochen nach Ende der Semesterferien stattzufinden (§ 11 Abs 4 SchulpflichtG), ein Recht des Kindes, vorab gehört zu werden, samt klarer Regelung über die Pflicht zur Auseinandersetzung mit der Meinung des Kindes im Sinne des Art 4 BVG Kinderrechte im Zuge der Entscheidungsfindung (vgl. auch § 11 Abs 4 SchulpflichtG), findet sich gesetzlich indes nicht ausdrücklich verankert.

4.3.3 Rechtsprechung

4.3.3.1 VfGH

Der VfGH hatte sich – im Besonderen aus Anlass behördlicher Untersagung der Teilnahme am häuslichen Unterricht sowie insofern im Kontext der gemäß Art 17 Abs 3 StGG normierten Freiheit⁶⁵² – wiederholt mit dem **System des öffentlichen Pflichtschulwesens** zu befassen.⁶⁵³ Er verwies dabei grundlegend auf die in Art 14 Abs 7a B-VG verfassungsrechtlich verankerte Schulpflicht⁶⁵⁴ und hielt fest, dass die **Freiheit des häuslichen Unterrichts** nicht die verfassungsgesetzlich verankerte Schulpflicht beschränkt und

650 BGBl I 56/2016.

651 Siehe noch zur Vorgängerregelung die diesbezügliche Kritik von *Wieser*, Kinderrechte **versus Schülerrechte?**, ÖGSR 2012, 34 (38).

652 Art 17 StGG lautet (Hervorhebung nicht im Original): „Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei. Unterrichts- und Erziehungsanstalten zu gründen und an solchen Unterricht zu erteilen, ist jeder Staatsbürger berechtigt, der seine Befähigung hiezu in gesetzlicher Weise nachgewiesen hat. Der häusliche Unterricht unterliegt keiner solchen Beschränkung. Für den Religionsunterricht in den Schulen ist von der betreffenden Kirche oder Religionsgesellschaft Sorge zu tragen. Dem Staate steht rücksichtlich des gesamten Unterrichts- und Erziehungswesens das Recht der obersten Leitung und Aufsicht zu.“

653 VfSlg 19.958/2015; VfGH 29.11.2022, E 2766/2022.

654 „Die Schulpflicht beträgt zumindest neun Jahre und es besteht auch Berufsschulpflicht.“

rechtlichen Regelungen, die der Sicherung des Ausbildungserfolges von schulpflichtigen Schülern und Schülerinnen dienen, nicht entgegengehalten werden kann. Insbesondere garantiere Art 17 Abs 3 StGG nicht die Möglichkeit, die Schulpflicht durch häuslichen Unterricht zu erfüllen.⁶⁵⁵

Im Ergebnis erkannte der VfGH daher keine Verfassungs- bzw. Grundrechtswidrigkeit (insb unter Gleichheitsgesichtspunkten) der jeweils maßgeblichen einfachgesetzlichen Grundlagen betreffend die Schulpflicht (insb der gebotenen Nachweiserbringung über den Erfolg des häuslichen Unterrichts gemäß § 11 Abs 4 SchulpflichtG).

Teilweise nahm der VfGH hierbei ausdrücklich auch auf **Art 4 BVG Kinderrechte** Bezug und machte diesbezüglich ebenso keine Verfassungswidrigkeit aus: „Art 4 BVG Kinderrechte ist nicht dahingehend zu verstehen, dass das Kind ein Recht hätte, der Anwendung von es treffenden, zwingenden gesetzlichen Bestimmungen zu widersprechen, die mit dem BVG Kinderrechte in Einklang stehen.“⁶⁵⁶ Insofern untermauert der VfGH die Unbedenklichkeit der betreffenden einfachgesetzlichen Ausgestaltung der Schulpflicht auch unter spezifisch kinderrechtlichen Gesichtspunkten und gibt zu erkennen, dass das BVG Kinderrechte (hier konkret: Art 4 BVG Kinderrechte) als verfassungsrechtlicher Maßstab zur Kontrolle der einfachgesetzlichen Bestimmungen des SchulpflichtG Relevanz entfalten kann. Abseits dessen werden indes keine ausführlicheren Aussagen zu Art 4 BVG Kinderrechte getroffen.

In einem Erkenntnis betreffend die im SchulpflichtG normierte Verpflichtung für **Schüler und Schülerinnen mit Sprachförderungsbedarf** zum Besuch öffentlicher oder mit Öffentlichkeitsrecht ausgestatteter Schulen hielt der VfGH ebenfalls fest, dass die Freiheit des häuslichen Unterrichts nicht die in Art 14 Abs 7a B-VG verankerte Schulpflicht beschränkt. Entsprechenden Regelungen, die der Sicherung des Ausbildungserfolges von schulpflichtigen Schülern und Schülerinnen dienen, sei daher nicht entgegenzutreten. Vor allem garantiere Art 17 Abs 3 StGG nicht die Möglichkeit, die Schulpflicht durch häuslichen Unterricht zu erfüllen. Weil die **Sicherung des Ausbildungserfolges** von schulpflichtigen Schülern und Schülerinnen insofern Kern der betreffenden Bestimmungen ist, liege auch kein Verstoß gegen Art 17 Abs 3 StGG vor.⁶⁵⁷

In einem Fall bezüglich die **Herstellung eines barrierefreien Unterrichts** durch Verwendung der Österreichischen Gebärdensprache als Unterrichtssprache wies der VfGH einen Normenkontrollantrag (Individualantrag) der Eltern zweier hörbehinderter minderjähriger Schülerinnen zurück, weil nicht die Eltern, sondern die Kinder in ihrer Rechtssphäre be-

655 VfSlg 20.311/2019.

656 VfSlg 19.958/2015.

657 VfSlg 20.311/2019.

troffen seien; nach dem SchUG könnten diese einen Antrag auf Verwendung der Gebärdensprache als Unterrichtssprache stellen, über den mit Bescheid zu entscheiden ist.⁶⁵⁸

Unter gleichheitsrechtlichen Erwägungen erachtete es der VfGH sodann als verfassungskonform, dass gemäß § 32 Abs 2 SchUG **Schüler und Schülerinnen mit sonderpädagogischem Förderbedarf** (nur) mit Zustimmung des Schulerhalters unter Bewilligung der zuständigen Schulbehörde berechtigt sind, eine Sonder- oder allgemeine Schule zwei Jahre über den Zeitraum der allgemeinbildenden Pflichtschule hinaus zu besuchen.⁶⁵⁹ Gestützt auf **Art 6 BVG Kinderrechte** führte der VfGH aus, dass der Schulerhalter grundsätzlich verpflichtet ist, den gesetzlich vorgesehenen Besuch der allgemeinbildenden Pflichtschule in einem **elften und zwölften Schuljahr** zu ermöglichen. Schulerhalter und Schulbehörde haben im Lichte des Art 6 BVG Kinderrechte zu gewährleisten, dass den besonderen Bedürfnissen der Schüler und Schülerinnen mit sonderpädagogischem Förderbedarf Rechnung getragen wird. Die Zustimmung darf daher nur versagt werden, wenn ansonsten eine Aufgabenerfüllung durch den Schulerhalter nicht möglich wäre. Während finanzielle und organisatorische Erwägungen Einfluss finden können, erachtet der VfGH den bloßen Hinweis, dass eine Zustimmung aus Platzgründen nicht möglich sei, als nicht ausreichend. Der Schulerhalter hat vielmehr im Einzelfall darzulegen, warum die Erfordernisse für einen qualitätvollen Unterricht für Schüler und Schülerinnen mit sonderpädagogischem Förderbedarf nicht erfüllt werden können. Es bedarf im Fall der **Zustimmungsverweigerung** also einer nachvollziehbaren und überprüfbaren Begründung. Insofern gewinnt der VfGH aus dem Gleichheitsgrundsatz in Kombination mit Art 6 BVG Kinderrechte ein **Begründungserfordernis** und ein Gebot der Nachprüfbarkeit, ob die Zustimmung rechtmäßig verweigert wurde.

Grundrechtliche Fragestellungen im schulrechtlichen Kontext traten in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung immer wieder auch betreffend Maßnahmen zur Bekämpfung der **COVID-19-Pandemie** zu Tage. Durchgehend im Vordergrund standen dabei vor allem das Recht auf Bildung sowie etwa gleichheitsrechtliche Erwägungen. Eine vertiefte, kinderrechtspezifische Auseinandersetzung mit Blick auf das BVG Kinderrechte fand mehrheitlich nicht statt.

So hatte sich der VfGH mit der Verpflichtung zum Tragen einer den Mund- und Nasenbereich abdeckenden und enganliegenden, mechanischen Schutzvorrichtung (Mund und Nasenschutz) im Präsenzunterricht auseinanderzusetzen. Er erkannte darin weder eine Gleichheitswidrigkeit noch einen sonstigen Verfassungsverstoß und wies darauf hin, dass „die **Gewährleistung des Präsenzunterrichtes** an Schulen unter den Rahmenbedingungen der COVID-19-Pandemie vor dem Hintergrund des verfassungsgesetzlich

658 VfGH 22.11.2013, G 84/2013.

659 VfGH 13.3.2024, G 259/2023.

verankerten **Bildungsauftrages der Schule gemäß Art 14 Abs 5a B-VG** ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse darstellt“.⁶⁶⁰

Zu befassen hatte sich der VfGH weiters mit der **temporären Anordnung ortsungebundenen Unterrichts**. Hierbei führte er insb. aus, dass:

die Organisation des Unterrichts in ortsungebundener Form zu großen Belastungen für die Schüler, die Erziehungsberechtigten und das Lehrpersonal führt. Insbesondere kann eine solche Form des Unterrichts den verfassungsgesetzlich verankerten Bildungsauftrag der Schule gemäß Art 14 Abs 5a B-VG, wonach Kindern und Jugendlichen die bestmögliche geistige, seelische und körperliche Entwicklung zu ermöglichen ist, auf Dauer nicht verwirklichen. Die Intensität der Belastungen für die Betroffenen steigt umso mehr, je länger und häufiger ortsungebundener Unterricht angeordnet wird.⁶⁶¹

Ein Verstoß gegen das **Recht auf Bildung** durch die Anordnung ortsungebundenen Unterrichts lag im Lichte dessen nicht vor. Insbesondere, so der VfGH, erfließen aus dem in Art 2 erster Satz 1. ZPEMRK normierten Recht auf Bildung „keine konkreten Verpflichtungen des Staates hinsichtlich Organisation und Ausgestaltung des Schulwesens“ sowie weiters auch **kein ausnahmsloses „Recht auf Präsenzunterricht“**. Der VfGH gelangte daher zu dem Ergebnis, dass die Organisation des Unterrichts in ortsungebundener Form für einen bestimmten Zeitraum auf Grund der COVID-19-Pandemie nicht das Recht auf Bildung verletzte.⁶⁶²

Schließlich erkannte der VfGH in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit des § 43a SchUG betreffend das Verbot der Verhüllung des Hauptes aus weltanschaulich oder religiös geprägten Gründen an öffentlichen und mit Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten privaten Volksschulen im ausschließlich muslimische Mädchen treffenden **„Kopftuchverbot“** einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz und das Recht auf Religionsfreiheit.⁶⁶³

4.3.3.2 VwGH

Die Rechtsprechung des VwGH zu Schüler- und Schülerinnenrechten kreist um mehrere thematische Schwerpunkte, wobei im Besonderen die Anwendung von Regelungen des **SchulpflichtG** häufiger Gegenstand der Verfahren ist.

Im Zusammenhang mit der **Feststellung des sonderpädagogischen Förderbedarfs** für ein Kind, das infolge einer Behinderung „dem Unterricht in der Volksschule, Mittelschule

⁶⁶⁰ VfSlg 20.481/2021.

⁶⁶¹ VfSlg 20.457/2021.

⁶⁶² VfSlg 20.457/2021.

⁶⁶³ VfSlg 20.435/2020.

oder Polytechnischen Schule“ ohne sonderpädagogische Förderung nicht zu folgen vermag, stellte der VwGH fest, dass eine „gleichsam abstrakte Feststellung des sonderpädagogischen Förderbedarfs, ohne dass die Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht durch den Besuch von öffentlichen oder mit dem Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Schulen auch nur in Aussicht genommen wird“, dem SchulpflichtG nicht zu entnehmen sei.⁶⁶⁴

Zum **Erlöschen der Schulpflicht aufgrund eines Auslandsaufenthalts** führte der VwGH aus, dass darauf abzustellen ist, ob dieser den dauernden Aufenthalt in Österreich nur unterbricht oder ihn beendet (ohne Rückkehrabsicht). In diesem Zusammenhang hielt er auch fest: „Dem Stellenwert der Bildung entsprechend lässt der Gesetzgeber die Schulpflicht unter leichteren Voraussetzungen entstehen, als er sie enden lässt.“⁶⁶⁵

Die im SchUG normierte **Aufsichtspflicht des Lehrers bzw. der Lehrerin** qualifizierte der VwGH als eine öffentlich-rechtliche und dienstrechtliche Pflicht. Ausmaß und Intensität richten sich sodann nach dem Alter und der geistigen Reife der Schüler und Schülerinnen. Zustimmungserklärungen der Obsorgeberechtigten entbinden die Lehrer und Lehrerinnen nicht von ihrer Aufsichtspflicht und der „Pflicht zur selbständigen Beurteilung vom notwendigen Umfang und der erforderlichen Intensität der Aufsichtsmaßnahmen und können nur als Indiz dafür sprechen, dass die betreffende Vorgangsweise nach Auffassung der Obsorgeberechtigten dem Alter und der Reife der Kinder entspricht“.⁶⁶⁶

4.3.3.3 OGH

Der OGH ist wiederkehrend in **Amtshaftungskonstellationen** mit dem Schulrecht befasst, sodass spezifisch Schüler- und Schülerinnenrechte in dieser Rechtsprechung kaum im Vordergrund stehen.

Im Besonderen entspricht es der ständigen Judikatur, dass die Erteilung von **Unterricht** hoheitlich ausgeübt wird,⁶⁶⁷ wozu auch die **Beaufsichtigung** der Schüler und Schülerinnen zählt.⁶⁶⁸ Auf Basis dessen werden unter anderem die **Aspekte des Pandemiemanagements** zum Bereich der Beaufsichtigung gerechnet.⁶⁶⁹

4.3.4 Fazit: Wirksamkeit des BVG Kinderrechte im Schulrecht

Unter grundrechtlichen Gesichtspunkten steht im Bereich des Schulrechts naturgemäß das **Recht auf Bildung** im Fokus, das als allgemeine Grundrechtsgewährleistung im Besonderen auch Kinder als Grundrechtsträger erfasst. Daneben enthält das **BVG Kinderrechte** zwar kein explizites Recht des Kindes auf Bildung (vergleichbar Art 28 KRK),

664 VwGH 21.11.2023, Ro 2022/10/0026.

665 VwGH 29.9.2017, Ra 2017/10/0044.

666 VwSlg 18807 A/2014.

667 OGH 24.11.2015, 1 Ob 203/15g.

668 Vgl. RS0049933; RS0050061.

669 RS0049948.

vor allem dessen Art 1 (bestmögliche Entwicklung), Art 4 (angemessene Beteiligung), Art 5 (gewaltfreie Erziehung) und Art 6 (behinderte Kinder) sind für den gesamten Bereich von Schule und Schulrecht aber von grundlegender Bedeutung. Dies ebenso als Maßstab für die Kontrolle einfachgesetzlicher Regelungen wie als Auslegungsmaxime für die praktische Anwendung im konkreten Fall und in erheblichen Belangen neben der individualgrundrechtlichen Funktion vor allem auch als Auftrag an die Gesetzgebung.

Während vereinzelt (etwa im SchUG) zu erkennen ist, dass **gewisse gesetzliche Anpassungen** womöglich mit Blick auch auf das BVG Kinderrechte bereits stattgefunden haben, verbleibt doch über maßgebliche Strecken das Bild des Schülers oder der Schülerin als „Objekt“ und nicht „Subjekt“ von relevanten Maßnahmen und Verfahren. Einfachgesetzliche Präzisierungen bestehender „Generalklauseln“ wie § 57a SchUG sowie gezielte gesetzliche Klarstellungen (besonders auch in verfahrensrechtlichen Zusammenhängen) wären dahingehend auch im Interesse der Rechtssicherheit zu befürworten.

In der **Rechtsprechung des VfGH** steht im schulrechtlichen Kontext überwiegend das Recht auf Bildung im Vordergrund. Gleichwohl gab der VfGH bereits zu erkennen, dass Art 4 BVG Kinderrechte einen Maßstab der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle von schulgesetzlichen Vorschriften darstellt, wobei Art 4 BVG Kinderrechte zugleich nicht dahin missverstanden werden darf, dass etwa ein „Widerspruchsrecht“ des Kindes hinsichtlich der gesetzlich geregelten Schulpflicht bestünde. Gestützt auf gleichheitsrechtliche Erwägungen, ausdrücklich aber auch im Lichte des Art 6 BVG Kinderrechte, konkretisierte der VfGH zudem die Pflichten des Schulerhalters zur Ermöglichung des Schulbesuchs im elften und zwölften Schuljahr für Schüler und Schülerinnen mit sonderpädagogischem Förderbedarf. Im Übrigen fand eine gesonderte, kinderrechtsspezifische Auseinandersetzung mit Blick auf das BVG Kinderrechte – etwa auch im Rahmen der Beurteilung von COVID-19-Maßnahmen für den Schulbereich – bislang kaum statt. Insbesondere Art 1 BVG Kinderrechte (bestmögliche Entwicklung), Art 4 Kinderrechte (angemessene Beteiligung) und Art 6 BVG Kinderrechte (Rechte behinderter Kinder) ist zur weitergehenden verfassungsrechtlichen Akzentuierung und Ausdifferenzierung der Rechtsstellung von Schülern und Schülerinnen erhebliches Potenzial beizumessen.

Dass vor allem in der **Judikatur des VwGH** spezifische Schüler- und Schülerinnenrechte als Kinderrechte trotz Inkrafttreten des BVG Kinderrechte eher wenig Aufmerksamkeit erfahren haben, liegt über weite Strecken an der verfassungsrechtlich vorgezeichneten Ausrichtung der Kontrolltätigkeit des VwGH am Maßstab insb. des einfachen Gesetzesrechts. Insofern ist davon auszugehen, dass etwaige zukünftige, einfachgesetzliche Konkretisierungen bzw. Klarstellungen zur Rechtsposition der Schüler und Schülerinnen etwa im SchUG oder SchulpflichtG erwartbar in weiterer Folge auch zusätzliche Konturierung durch den VwGH finden werden.

4.4 BVG Kinderrechte und Kinderrechtskonvention – Landesrechtlicher Teil (Weber)

4.4.1 Vorbemerkungen

Die Länder haben im Rahmen ihrer Kompetenzen wichtige Regelungen erlassen, die von zentraler Bedeutung für das Kindeswohl und die Kinderrechte sind. Diese Regelungen betreffen Kinderbildung und -betreuung, die Kinder- und Jugendhilfe, die Existenzsicherung von Familien im Rahmen der Mindestsicherung, Maßnahmen der Unterstützung behinderter Kinder, die Versorgung, materielle und pädagogische Unterstützung von jugendlichen Asylwerbern und -werberinnen u. a. m. Die Gesetze sehen für ihre Vollziehung zumeist einen Mix aus hoheitlichen und privatrechtlichen Maßnahmen und Förderungen vor. Hinzu kommen diverse Förderungsprogramme und Richtlinien, die nicht immer eine klare gesetzliche Grundlage haben und in vielen Fällen nicht allgemein zugänglich publiziert und daher oft schwer zugänglich sind.

Der Wert, den Kinderrechte und das Kindeswohl im Landesrecht haben, spiegelt sich auch in den Landesverfassungen wider. Zwar begründen kinderrechtsbezogene Staatsziele keine subjektiven Rechte, sie haben aber doch Verfassungsrang und sind Auftrag an die Gesetzgebung und Vollziehung und als solche interpretationssteuernd sowie vor allem als Staatsaufgaben außer Streit gestellt.

Seit der Einführung der Landesverwaltungsgerichtsbarkeit unterliegt die Vollziehung dieser Gesetze der unabhängigen gerichtlichen Kontrolle. Zwar werden auch die privatrechtlichen Gestionen der Länder durch die (ordentliche) Gerichtsbarkeit kontrolliert, doch erweisen sich das Prozessrisiko und die damit verbundenen Kosten, nicht zuletzt aber die Dauer zivilgerichtlicher Verfahren vielfach als Hemmnis der Inanspruchnahme des zivilgerichtlichen Rechtsschutzes.

4.4.2 Kinderrechte und Kindeswohl in den Landesverfassungen

Selbstverständlich bindet das BVG Kinderrechte auch die Staatstätigkeit der Länder und ist Grundlage, Maßstab und Schranke für die kinder- und jugendbezogene Landes- und Gemeindeverwaltung. Darüber hinaus haben aber einige Bundesländer explizite Bestimmungen über Kindeswohl und Kinderrechte in ihre Landesverfassungen aufgenommen.

Keine österreichische Landesverfassung enthält Grundrechte von Kindern und Jugendlichen. Es wird auch in keiner Landesverfassung Bezug auf das BVG Kinderrechte genommen. In den Landesverfassungen, die das Kindeswohl im weitesten Sinn ansprechen, werden (lediglich) Staatsziele⁶⁷⁰ verankert. Diese haben weitgehend programmatischen Charakter und wurden bisher noch von keinem Landesverwaltungsgericht auch zur Inter-

670 Siehe dazu *Gamper*, Allgemeine Bestimmungen des Landesverfassungsrechts, in: Pürgy (Hrsg), Das Recht der Länder, Bd I, 2012, 61 (69).

pretation von kinderrechtsrelevanten Gesetzen herangezogen. Soweit ersichtlich gibt es zu diesen LandesStaatszielen auch keine Judikatur der Höchstgerichte.⁶⁷¹

Im Burgenland, in der Steiermark und in Wien gibt es keine kinderbezogenen Staatsziele. In den anderen Bundesländern wird das Bekenntnis zu Kinderrechten und dem Kindeswohl sehr unterschiedlich formuliert.

Kärnten bekennt sich in Art 7b K-LVG schlicht zum „Schutz und zur Wahrung der Rechte der Kinder“. Niederösterreich, Oberösterreich, Tirol und Vorarlberg nehmen explizit Bezug auf die Kinderrechtskonvention, deren Anliegen besonders gefördert werden sollen (Art 4 Z 4 NÖ LV, Art 9 TLO, Art 8 Vbg LV). Schutz und Förderung der Kinder wird als objektive Pflicht von Politik und Verwaltung postuliert. Art 4 Z 4 NÖ LV nimmt dabei Bezug auf die „besondere Verletzbarkeit“ von Kindern, Art 13 OÖ LV und Art 8 Vbg LV wollen eine kinder- und jugendfreundliche Gesellschaft fördern. Art 9 Sbg LV und Art 8 Vbg LV machen die Berücksichtigung des Kindeswohls zur Maxime staatlichen Handelns im Lande. Art 9 Sbg-LV nimmt zwar nicht explizit Bezug auf das BVG Kinderrechte, nimmt jedoch alle Schutzgüter dieses BVG in die Staatszielbestimmung auf.

Neben den Bekenntnissen zu den Kinderrechten und dem Kindeswohl werden in Oberösterreich (Art 13 Abs 3 LV), Tirol (Art 9 TLO) und Vorarlberg (Art 9 LV) der Vorrang des elterlichen Erziehungsrechts und dessen Förderung durch das Land gegenüber den Kinderrechten hervorgehoben.⁶⁷²

4.4.3 Die Kompetenzrechtslage

Die Umsetzung der Kinderrechtskonvention, die Konkretisierung der Kinderrechte und der staatlichen Gewährleistungspflichten fallen in Österreich in verschiedene Kompetenztatbestände von Bund und Ländern. Kinder- und Jugendrecht stellt sich als Querschnittsmaterie dar, in der auch den Ländern wichtige Aufgaben in Gesetzgebung und Vollziehung zustehen. Das Kindeswohl hat gem Art 1 BVG Kinderrechte Maßstab allen staatlichen Handelns zu sein, deshalb finden sich die entsprechenden Schutznormen auch in einer Fülle von Materiengesetzen von Bund und Ländern mit jeweils unterschiedlichen kompetenzrechtlichen Anknüpfungspunkten.

Neben der Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG stellt Art 14 Abs 4 lit b B-VG die relevanteste Kompetenzgrundlage der Länder dar. Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG („Mutterschafts-, Säuglings- und Jugendfürsorge“) wurde durch die B-VG-Novelle 2019⁶⁷³ aufgehoben.

671 In VfSlg 20.185/2017 befasste sich der VfGH nur cursorisch mit Art 4 Z 2 NÖ LV, indem er jegliche Ausstrahlung einer landesverfassungsgesetzlichen Bestimmung über den engen Kompetenzbereich des Art 15 Abs 1 B-VG hinaus verneinte.

672 Siehe *Khakzadeh-Leiler*, Art 9, in: Bußjäger/Gamper/Ranacher (Hrsg), *Tiroler Landesverfassungsrecht* (2020).

673 BGBl I 14/2019.

Damit wurde der gesamte Bereich des Kinder- und Jugendhilferechts unter die Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG gestellt und die Bindung der Landesgesetze an das B-KJHG (Grundsatzgesetz) beseitigt. Damit verliert aber auch die Judikatur des VfGH, wonach die Kompetenztatbestände in Art 12 B-VG gegenüber den Vollkompetenzen des Bundes in Art 10 B-VG nachrangig sind und der Begriff der Jugendfürsorge restriktiv auszulegen sei,⁶⁷⁴ die verfassungsrechtliche Grundlage. Allerdings bleiben die in die Kompetenz der Justiz- und Schulbehörden fallenden Angelegenheiten weiterhin von der Landeskompetenz ausgenommen. Da durch die 15a-Vereinbarung „Kinder- und Jugendhilfe“ die Mindeststandards des B-KJHG vorgegeben werden, bleibt auch der unterstützende Charakter der Kinder- und Jugendhilfe erhalten. Daran hat auch die Ausweitung der Landeskompetenzen nichts geändert.

Nach Art 14 Abs 4 lit b B-VG ist das „Kindergartenwesen und Hortwesen“ in Gesetzgebung und Vollziehung Landessache. Diese elementarpädagogischen Einrichtungen sind sohin vom Schulwesen kompetenzrechtlich abgekoppelt. Die Abgrenzung der Schul- von der Kindergartenkompetenz ist bei der Ausgestaltung des verpflichtenden Kindergartenjahres relevant geworden. Im Lichte des versteinierungsfähigen Rechtsmaterials ist die Schule durch die Form des Unterrichts, die Benotung, das planmäßige Abarbeiten eines Lehrplanes mit Blick auf eine mögliche Berufsvorbereitung und die Schulpflicht charakterisiert, während im Kindergarten das spielerische Element, die Freiwilligkeit und eine weitgehende Absenz des Blicks auf einen künftigen Beruf charakteristische Elemente darstellen.⁶⁷⁵ Im verpflichtenden Kindergartenjahr sind zwar einige Grenzen fließend geworden, der Charakter des Kindergartens muss aber schon aus kompetenzrechtlichen Gründen strikt gewahrt bleiben. Freilich ist auch dieser keine versteinerte Institution. Im Rahmen der intrasystematischen Entwicklungsfähigkeit können auch hier neue elementarpädagogische Erkenntnisse in die Weiterentwicklung des vorschulischen Kindergartenwesens einfließen, ohne dass damit der Rahmen des Art 14 Abs 4 lit b B-VG verlassen wird.

Unter die Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG fallen alle kinder- und jugendbezogenen Aufgaben, die nicht ausdrücklich dem Bund übertragen wurden. Dazu gehört seit der B-VG-Novelle 2019⁶⁷⁶ das Kinder- und Jugendhilferecht. Allerdings wurde nicht das gesamte Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz (B-KJHG) aufgehoben, sondern nur der erste Teil, während der zweite als unmittelbar anwendbares Bundesrecht nach wie vor in Geltung steht.

674 VfSlg 2282/1951; 2873/1955.

675 Siehe Weber, Verfassungsrechtliche Fragen des verpflichtenden Vorschuljahres, RFG 02/2010, 7.

676 BGBl I 14/2019.

Art 15 Abs 1 B-VG ist die Kompetenzgrundlage der Jugendschutzgesetze der Länder, die verschiedenste Beschränkungen der Handlungsfreiheit der Jugendlichen, die für deren Entwicklung notwendig sind, verfügen sowie Pflichten von Erziehungsberechtigten und Unternehmen vorsehen. Dazu ist auch der Einsatz polizeilicher Maßnahmen kompetenzrechtlich mitumfasst. Das Jugendschutzrecht weist eine nicht unerhebliche Zersplitterung auf. Landesrechtliche Schutzvorschriften finden sich nämlich nicht nur in den Jugendschutzgesetzen, sondern auch in verschiedenen prostitutionsrechtlichen, veranstaltungsrechtlichen, lichtspielrechtlichen sowie arbeits- und schulrechtlichen Vorschriften für die Land- und Forstwirtschaft. Hinzu kommen umfangreiche Schutzvorschriften des Bundes für Kinder und Jugendliche in den verschiedensten Rechtmaterien (Gewerbe-, Verkehrs-, Medienrecht u. v. a.).

Von besonderer Bedeutung ist Art 17 B-VG, der die Kompetenzneutralität der Privatwirtschaftsverwaltung begründet. Damit werden verschiedenste Maßnahmen der Finanzierung von kinder- und jugendrelevanten Maßnahmen mit den Instrumenten des Privatrechts kompetenzübergreifend ermöglicht. Auch verschiedene organisatorische Maßnahmen, Beteiligungen und Mischfinanzierungen können sich auf diese Kompetenzgrundlage stützen. Das österreichische Kinder- und Jugendrecht stellt insgesamt eine oft nur schwer durchschaubare Gemengenlage von Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung dar, wobei im Rahmen der dabei zum Tragen kommenden Rechtsformenwahl die Privatwirtschaftsverwaltung im Vormarsch zu sein scheint.⁶⁷⁷

Die immer wieder vorgebrachten Klagen über den Zustand der Kompetenzverteilung in Österreich⁶⁷⁸ sind auch im Bereich des Kinder- und Jugendrechts angebracht. Als Ausweg wird sehr häufig der Weg von 15a B-VG-Vereinbarungen gesucht. Freilich verhindert die Notwendigkeit der speziellen Transformation dieser Verträge vielfach rasche und dynamische Problemlösungen. Denn die betroffenen Materien von Bund und Ländern müssen an die Vereinbarungen angepasst werden, was in der Regel einen nicht unbeträchtlichen Zeitaufwand erfordert. Hinzu kommt, dass die vor der Ausformulierung der Verträge notwendigen Bund-Länder-Verhandlungen stets erheblichen Zeitaufwand erfordern. Eine umfassende Kompetenzreform ist derzeit nicht in Sicht.

4.4.4 Kinder- und Jugendhilfe

Bis zur B-VG-Novelle 2019 bestand für diese Materie die Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes, auf die aufbauend das B-KJHG erlassen wurde. Die Länder erließen daraufhin die entsprechenden Ausführungsgesetze, die durch weitgehende

⁶⁷⁷ Dies wird gerne mit den Möglichkeiten der flexiblen Rechtsgestaltung begründet. Für die Betroffenen bedeutet dies aber den Verlust von Rechtsansprüchen und den (kostspieligen) Zivilrechtsweg für die Durchsetzung von Leistungen.

⁶⁷⁸ Siehe etwa *Schroeder/Weber*, Die Kompetenzrechtsreform aus österreichischer und europäischer Perspektive (2006) 17.

Homogenität gekennzeichnet sind.⁶⁷⁹ Die einzelnen landesrechtlichen Regelungen übernahmen alle die Ziele und Grundsätze des Grundsatzgesetzes, variierten nur in Details. So sind insb. die Befugnisse der Kinder- und Jugendanwälte bzw. -anwältinnen in einigen Bundesländern z. T. über die Vorgaben des B-KJHG hinausgehend, auch die organisatorischen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen in den einzelnen Landesgesetzen weichen z. T. (minimal) voneinander ab.

Gleichzeitig mit der Aufhebung der Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes wurde die 15a-Vereinbarung über die Kinder- und Jugendhilfe, BGBl I 106/2019, abgeschlossen, welche die bisherigen Grundsatzbestimmungen des B-KJHG zu Mindeststandards erklärt. Daher haben alle Bundesländer die bisherigen Regelungen im Großen und Ganzen beibehalten. In den letzten Jahren erfolgten in allen Bundesländern Anpassungen an geänderte Rahmenbedingungen und soziale Entwicklungen sowie an Erfahrungen mit der Vollziehung des Gesetzes. Diese betreffen in erster Linie Modalitäten der Erziehungshilfen, verfahrensrechtliche und datenschutzrechtliche Fragen. Details werden in den entsprechenden Durchführungsverordnungen näher präzisiert.

Oberstes Ziel der Kinder- und Jugendhilfe ist die Verbesserung des Schutzes der Kinder und Jugendlichen vor Gewalt in der Familie und anderen Gefährdungen in Familie und Gesellschaft sowie die Stärkung der Prävention bei Erziehungsproblemen. Hinzu kommen weitere wichtige Ziele, wie verstärkte Professionalisierung der Fachkräfte, die Vereinheitlichung fachlicher Standards und Verbesserungen des Datenschutzes.

Die wichtigsten Maßnahmen für das Kindeswohl sind die gesetzlichen Regelungen der Gefährdungsabklärung und Hilfeplanung, die Schaffung einer effizienten Konkretisierung der seit 1989 bestehenden Mitteilungspflicht an die Kinder- und Jugendhilfeträger bei vermuteten Kindeswohlgefährdungen und die Präzisierung der Aufgaben und Standards in den einzelnen Leistungsbereichen. Die Handhabung dieser Maßnahmen in der Praxis ist entscheidend für die Durchsetzung des Kindeswohls.

Alle Kinder- und Jugendhilfegesetze betonen die Subsidiarität der staatlichen Maßnahmen. Primär soll Erziehung von den Eltern oder sonst mit Erziehung und Pflege betrauten Personen wahrgenommen werden. Die Aufgabe des Staates wird daher primär in der Bereitstellung von Informations-, Unterstützungs- und Beratungsleistungen sowie in der Stärkung des sozialen Umfeldes gesehen. Nur bei einer offensichtlichen Bedrohung des Kindeswohles kann der Staat auch Erziehungshilfen verbindlich einsetzen. Solche Erziehungshilfen reichen von ambulanten, mobilen oder teilstationären Betreuungsformen bis zur Übernahme der vollen Erziehung in einer sozialpädagogischen Einrichtung oder bei Pflegepersonen, also die völlige Herausnahme des Kindes oder des bzw. der

679 Siehe *Berka/Grabenwarter/Weber*, Studien zur Kinderrechtskonvention und ihrer Umsetzung in Österreich (2014) 99.

Jugendlichen aus dem Familienverband. Die Subsidiarität staatlicher Interventionen, die z. T. landesverfassungsrechtlich vorgegeben ist, bedeutet in der Praxis, dass bei der Installierung von Erziehungshilfen Abwägungen von Kindes- und Elterninteressen zu treffen sowie Prognosen über eine mögliche weitere Entwicklung des Familiensystems zu entwickeln sind. Erziehungshilfen sind primär im Einvernehmen mit den Eltern durch rechtsverbindliche Vereinbarung zu setzen. Kann ein Einvernehmen mit den Eltern oder sonstigen Erziehungsberechtigten nicht erzielt werden, entscheidet das Gericht über die Entziehung der Obsorge, was nur im Fall einer Kindeswohlgefährdung zulässig ist.

Während Informationen, Beratungen und verschiedene Hilfestellungen ohne Eingriffscharakter stets zum Einsatz kommen können, wenn es das Kindeswohl verlangt, dürfen Erziehungshilfen nur bei einer Gefährdung des Kindeswohles Anwendung finden.

Die meisten Kinder- und Jugendhilfegesetze nehmen bei der Formulierung der Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe direkt oder indirekt Bezug auf die KRK (Nur in Tirol wird Bezug auf das BVG Kinderrechte genommen).⁶⁸⁰ Das mag seinen Grund darin haben, dass zur Zeit der Ausarbeitung des B-KJHG dieses BVG noch nicht in Kraft gesetzt wurde und bei der inhaltlichen Festlegung des Grundsatzgesetzes daher die Umsetzung der KRK im Vordergrund stand.

Kinder- und Jugendhilfe liegt, soweit Hilfen unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips (Vorrang des elterlichen Erziehungsrechts) notwendig sind, in der Verantwortung des jeweiligen Bundeslandes. In der Aufgabenverteilung zwischen der Landesregierung und den Bezirksverwaltungsbehörden unterscheiden sich die einzelnen Landesgesetze nur unwesentlich voneinander. Die einzelfallbezogenen operativen Aufgaben werden in der Regel von den Bezirksverwaltungsbehörden, die planerischen und strategischen Aufgaben, wie die Vorsorge für soziale Dienste, die Genehmigungen und Überwachungen von privaten sozialpädagogischen Einrichtungen oder die Weiterentwicklung der landesweiten Konzepte von der Landesregierung wahrgenommen. Eingriffe in die Elternrechte (Einschränkung oder Entziehung der Obsorge) obliegen den Gerichten.

Der Aufgabenkatalog ist in allen Landesgesetzen ähnlich und wurde unter Bezugnahme auf die von der KRK verlangten Leistungen zur Sicherung des Kindeswohles formuliert. Oberösterreich, die Steiermark, Vorarlberg und Wien haben keine eigenen Aufgabenkataloge, der Aufgabenumfang ergibt sich aber klar aus den einzelnen, die Ziele und Aufgaben genau regelnden Bestimmungen der Gesetze.

Alle Gesetze bezeichnen als ihre wichtigsten Aufgaben Information und Beratung, Gefährdungsabklärung und Hilfeplanung, die Gewährung von Erziehungshilfen, die Kooperation

680 § 3 Abs 2 Tir KJHG.

mit Behörden und Gerichten, die Mitwirkung an Adoptionen, die Öffentlichkeitsarbeit und die Weiterentwicklung und Planung der Kinder- und Jugendhilfe.

In Niederösterreich wird zusätzlich die rechtliche Vertretung von Kindern und Jugendlichen, „die sich aus dem bürgerlichen Recht und anderen bundesrechtlichen Bestimmungen ergibt“;⁶⁸¹ in den Aufgabenkatalog aufgenommen, in Kärnten und Salzburg wird die Auswahl und Kontrolle von privaten Kinder- und Jugendhilfeorganisationen genannt, in Tirol zählt die Mitwirkung bei der Schaffung von „sozialraumorientierten Angeboten“ explizit zu den Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe.

Die für die Aufgabenerfüllung vorgesehenen Leistungen sind in den einzelnen Landesgesetzen nach dem Vorbild und den Vorgaben des seinerzeitigen B-KJHG ausgestaltet. Die Leistungserbringung darf nur von qualifiziert ausgebildetem Personal erfolgen, für dessen Qualifikation die einzelnen Gesetze dafür unterschiedlich kasuistische Vorgaben machen, die aber alle von einer qualitätsgesicherten Erbringung von Leistungen und Diensten durch qualifizierte Personen und bei privaten oder öffentlichen Institutionen ausgehen. Anerkannte private Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen können zur Erbringung nicht hoheitlicher Aufgaben herangezogen werden, was in allen Ländern aber in unterschiedlichem Ausmaß erfolgt.⁶⁸²

Von besonderer Bedeutung ist das Krisenmanagement bei akuter Bedrohung des Kindeswohls. Alle Gesetze verzichten auf die taxativen oder auch nur demonstrativen Bezeichnungen von Ursachen und Bedrohungsszenarien. Es ist aber klar, dass Vernachlässigung, Gewalt, in welcher Form auch immer, Zerrüttung des Familienlebens oder Lebenskrisen, die vom Kind oder Jugendlichen allein oder im Familienverband nicht mehr bewältigt werden können, als Anlässe für das Tätigwerden der Kinder- und Jugendhilfeträger gemeint sind. Dazu verlangen alle Landesgesetze ein stufenweises Vorgehen. Zunächst ist eine Gefährdungsabklärung vorzunehmen, bei der auch die Einschau in das Strafregister, in die Zentrale Gewaltschutzdatei und in andere an sich zugriffsgeschützte Daten zulässig ist. Die zentralen Erkenntnisquellen sind jedoch Gespräche mit Kindern und Jugendlichen, deren Eltern und anderen Familienmitgliedern, Fachleuten, die in Kontakt mit den betroffenen Kindern und Jugendlichen stehen, sowie Gutachten von psychologischen oder medizinischen Fachkräften. Die Einschätzung der Gefährdung hat durch Fachkräfte nach dem Vier-Augen-Verfahren, also im Zusammenwirken zweier Fachleute zu erfolgen. Die Landesgesetze legen die dabei zu ermittelnden Sachverhalte in unterschiedlicher Kasuistik fest; die Erforschung aller Umstände, die die Gefährdung betreffen, muss jedoch in allen Fällen und in allen Bundesländern zwingend erfolgen, wobei die Betrachtung des individuellen Einzelfalls stets im Vordergrund stehen muss.

681 § 4 Z 4 NÖ-KJHG.

682 Siehe Fuchs, Verwaltungshilfe, in: Fuchs/Merli/Pöschl et al (Hrsg), Staatliche Aufgaben, private Akteure, Bd 2: Konzepte zur Ordnung der Vielfalt (2017) 95.

Sodann ist als Grundlage für die Gewährung von Erziehungshilfen ein Hilfeplan zu erstellen, in dem die konkreten Maßnahmen und deren Dauer vorzuschlagen sind. Auch hier kommen Fachkräfte, die nach dem Vier-Augen-Prinzip vorzugehen haben, zum Einsatz. Die Beteiligung des betroffenen Kindes oder der betroffenen Jugendlichen wird iS von Art 4 BVG Kinderrechte ausdrücklich angeordnet. Der Hilfeplan hat die Interessen des Kindeswohls nach Möglichkeit mit den familiären Interessen abzustimmen und soll möglichst wenig in die familiären Verhältnisse und die bestehenden sozialen Kontakte des Kindes oder der Jugendlichen eingreifen. Bei der Wahl der Erziehungshilfen ist grundsätzlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtlich.

Die Gefährdungsabklärung und die Erstellung des Hilfeplans sind so notwendig wie schwierig. Es handelt sich dabei um Prognosen und Abwägungsentscheidungen, die oft auf einer mangelhaften Datenlage erfolgen müssen.

Die Palette der Erziehungshilfen ist vielfältig und die einzelnen Kinder- und Jugendhilfegesetze bieten dabei häufig unterschiedlich umfangreiche Paletten von Leistungen an, die z.T. sehr differenziert formuliert werden. Erziehungshilfen sollen primär durch Vereinbarungen mit den Eltern oder Erziehungsberechtigten geleistet werden. Die gerichtliche Anordnung, die auch gegen den Willen der Eltern getroffen werden kann, stellt die ultima ratio dar. Grundsätzlich bestehen in allen Ländern ambulante und stationäre Einrichtungen, soziale Dienste und individuelle Angebote. Der Schwerpunkt liegt überall bei den sozialen Diensten. Die einzelnen Landesgesetze enthalten Regeln über Zulassung (Genehmigung), Aufsicht, Evaluierung, Vertragsinhalte und Kündigungsgründe der privaten Leistungserbringer, die einander weitgehend ähnlich sind.

Alle Kinder- und Jugendhilfegesetze sehen die Mitwirkung an Adoptionen vor. Dabei steht das Kindeswohl eindeutig im Vordergrund. Das Ziel ist nicht, kinderlosen Paaren ihren Kinderwunsch zu erfüllen, sondern Kindern zu den bestmöglichen Adoptiveltern zu verhelfen. Dazu sehen die Gesetze eine Eignungsprüfung der Eltern, die Mitwirkung bei grenzüberschreitenden Adoptionen sowie die Adoptionsvermittlung vor.

Um die Interessen von Kindern und Jugendlichen außenwirksam zu vertreten, sehen alle Länder die Einrichtung von Kinder- und Jugendanwälten bzw. -anwältinnen vor. Diese werden von der Landesregierung zumeist für eine bestimmte Zeit bestellt und sind weisungsfrei. Sie haben umfangreiche Kompetenzen in den Bereichen der Beratung von betroffenen Jugendlichen, Familien, Behörden und der Politik, der Öffentlichkeitsarbeit u. a. m. Sie haben aber keine verbindlich durchsetzbaren Befugnisse, ja nicht einmal behandlungspflichtige Antragsrechte, wodurch sich ihr Einfluss in Grenzen hält. In Oberösterreich zählt auch die Vertretung in Verwaltungsverfahren zu den Aufgaben der Jugendanwaltschaft. Diese können aber auch ohne spezielle gesetzliche Grundlage in den anderen Ländern solche Vertretungen übernehmen, wenn sie von der gesetzlichen Vertretung nach § 10 AVG bevollmächtigt werden. Da die Kinder- und Jugendanwalt-

schaften bei den Ämtern der Landesregierung (in Wien beim Magistrat) eingerichtet sind, sind sie auch von den budgetären Vorgaben und von der administrativen Unterstützung des Amtes abhängig. Da die Beratungs- und Informationstätigkeiten sehr personalintensiv sind, kommt der personellen Ausstattung besondere Bedeutung zu. Gerade in der Pandemie wurden dabei bei allen Kinder- und Jugendanwaltschaften die Belastungsgrenzen sichtbar.

Die Kinder- und Jugendhilfegesetze entsprechen den verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVG Kinderrechte und den völkerrechtlichen Anforderungen der KRK. Die Umsetzung der KRK ist auf Gesetzesebene auch durchgehend sichtbar und insgesamt zufriedenstellend. Teilweise erfolgt eine ausdrückliche Bezugnahme auf diese völkerrechtlichen Grundlagen. Die moderne Kinder- und Jugendhilfe der österreichischen Bundesländer fasst in einem integrativen Ansatz die Ziele und Maßnahmen, die für die präventive Sicherung des Kindeswohls erforderlich und nachhaltig günstig sind, zusammen und integriert auch die Position von Kindern und Jugendlichen als zu eigenständigen und verantwortlichen Menschen heranwachsenden und zugleich schutzbedürftigen Individuen. Als roter Faden zieht sich das Kindeswohl durch das gesamte Rechtsmaterial. Der beobachtbare permanente Reformprozess will der stetigen Optimierung der Gesetze dienen. Widersprüche zur KRK und zum BVG Kinderrechte in den Kinder- und Jugendhilfegesetzen sind nicht erkennbar.

Inwieweit die Vollziehungspraxis den hohen gesetzlichen Anforderungen entspricht, ist nicht nur von der Qualifikation und Motivation der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter abhängig, sondern auch von der personellen und finanziellen Ausstattung der Behörden und privaten Institutionen. Gerade letztere beklagen immer wieder die knappen Mittel, die mangelnde Planungssicherheit auf Grund der jeweils kurzfristigen (jährlichen) Finanzausgaben und die dünne Personaldecke. Eine inhaltliche Bewertung der Vollziehung ist in dieser Studie nicht möglich, da so gut wie keine verwertbaren Entscheidungen öffentlich zugänglich sind. Die regelmäßig erscheinenden Tätigkeitsberichte der Kinder- und Jugendanwältinnen und -anwälte weisen auf schwierige Problemlagen, aber nicht auf größere Vollzugsdefizite hin.

Die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe müssen nicht nur den anerkannten Asylberechtigten, sondern auch den Asylwerbern und -werberinnen, die die Leistungen der Grundversorgungsgesetze in Anspruch nehmen, zugänglich sein. Anders als dies manche Fälle in der Verwaltungspraxis zeigen, sind Kinder- und JugendhilfeG und Grundversorgungsg keine alternativ, sondern kumulativ anzuwendende Landesgesetze. Die Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe müssen für begleitete und unbegleitete Kinder und minderjährige Jugendliche in gleicher Weise angeboten werden wie für alle anderen sich im Landesgebiet aufhaltenden Kinder und Jugendliche. Die Ähnlichkeit mancher Leistungen nach den beiden Gesetzen ändert nichts daran, dass Kinder- und

Jugendhilfe sowie die Grundversorgung in keinem Abgrenzungs-, sondern in einem Ergänzungsverhältnis zueinander stehen.⁶⁸³

Zwar deckt die Grundversorgung nicht ausschließlich die rein materiellen Bedürfnisse der Leistungsempfänger und -empfängerinnen ab, sondern enthält auch kinder- und jugendspezifische Hilfestellungen zur Persönlichkeitsentwicklung und Integration. Dennoch deckt die Grundversorgung die Pflege und Erziehung, zwei Grundelemente der Kinder- und Jugendhilfe, nicht in gleicher Weise ab wie die Kinder- und JugendhilfeG. Bei der Pflege geht es im Wesentlichen um die physische und psychische Versorgung wie auch Betreuung, bei der Erziehung um Ausbildung und Persönlichkeitsentwicklung. Vergleicht man die Zielsetzungen und Leistungen beider Rechtsgebiete, so zeigt sich ein deutliches Übergewicht der Kinder- und Jugendhilfe hinsichtlich des Schutzgedankens und der Zentrierung auf das Kindeswohl. Die umfassende Einbeziehung sämtlicher Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe in das System der Grundversorgung ermöglicht eine optimale Ausrichtung der Betreuung von Kindern und Jugendlichen, die unter das Regime der GrundversorgungG fallen. Dies gilt in besonderer Weise für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge.

4.4.5 Jugendschutz

Alle neun Bundesländer haben Jugendschutzgesetze erlassen, die sich auf die kompetenzrechtliche Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG stützen. Das Bild der österreichischen Jugendschutzbestimmungen ist vor allem durch die Unterschiede der einzelnen verwaltungspolizeilichen Regelungen in den Ländern gekennzeichnet, was sachlich vielfach nicht nachvollziehbar ist, da die österreichische Jugend im Wesentlichen eine doch weitgehend homogene Bevölkerungsgruppe darstellt, die gleichartige Verhaltensmuster zeigt und gleichartige Vorlieben und Bedürfnisse hat. Es finden sich in den landesgesetzlichen Bestimmungen jeweils unterschiedliche Formulierungen (auch betreffend die weitestgehend harmonisierten Bestimmungen beispielsweise zu Tabak und -verwandten Erzeugnissen) sowie uneinheitlich geregelte Bereiche (unter anderem Autostopp oder Nüchternungen und Campieren unter 16 Jahre) sowie unterschiedliche Strafbestimmungen. Die Ausgehzeiten wurden inzwischen weitgehend harmonisiert. Nur Oberösterreich hat weiterhin abweichende Regelungen über die Ausgehzeiten.

Die Jugendschutzbestimmungen sollen Kinder und Jugendliche vor Gefahren schützen, die sie in ihrer körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen oder sozialen Entwicklung beeinträchtigen können. Dies geschieht in erster Linie durch Verbote und andere Maßnahmen der Verwaltungspolizei. Diese sind nicht nur in den Jugendschutzgesetzen verankert, sondern werden durch lichtspielrechtliche, prostitutionsrechtliche und veranstaltungsrechtliche Regeln ergänzt. Des Weiteren sollen die Jugendschutz-

⁶⁸³ Siehe *Ganner/Jicha/Weber*, Das Recht unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge auf Versorgung durch die Kinder- und Jugendhilfe, iFamZ 2017, 20 (22).

bestimmungen aber auch junge Menschen in ihrer Bereitschaft und Fähigkeit fördern, für sich selbst Verantwortung zu übernehmen. Mit zunehmendem Alter wird den jungen Menschen mehr Verantwortung übertragen (vgl. Ausgehzeiten) und somit schrittweise Selbstständigkeit und Eigenverantwortung gefördert. Alle Jugendschutzgesetze sehen Ausgangsbeschränkungen für Kinder und Jugendliche vor. Oberösterreich sieht strengere Regelungen vor. Ohne Begleitung ist Jugendlichen der Aufenthalt an öffentlich allgemein zugänglichen Orten und Veranstaltungen bis zum vollendeten 14. Lebensjahr in der Zeit von 23:00 Uhr (OÖ 22:00 Uhr) bis 05:00 Uhr untersagt. Junge Menschen zwischen 14 und 16 Jahren dürfen sich bis 01:00 Uhr alleine aufhalten (OÖ bis 24:00 Uhr). Ab dem vollendeten 16. Lebensjahr ist in allen Bundesländern keine Beschränkung definiert. Zu diesen allgemeinen Ausgangsverboten kommen zusätzlich Verbote über den Besuch von jugendgefährdenden Lokalen und Veranstaltungen hinzu. Das sind beispielsweise Lokale und Veranstaltungen, in denen sexuelle Dienstleistungen oder Schaustellungen angeboten werden (Prostitutionsanbahnung, Peepshows, Swingerclubs, Porno-Kinos etc.), Spielhallen, Wettbüros, Branntweinschenken sowie Veranstaltungen (einschließlich Kino- und Theateraufführungen) mit gewalttätigen, sexuellen und rassistisch diskriminierenden Inhalten.

Spezielle Verbote gelten für das Anbieten, Vorführen, Weitergeben oder Zugänglichmachen von Medien (Druckwerke, DVD, CD, Computerspiele, Softwares uÄ), Gegenständen (Spielsachen, Softairwaffen, Paintball-Markierer u. a.) und Dienstleistungen (z. B. Telefonsex). Diese wurden mittlerweile ausgedehnt und damit den neuen technischen Entwicklungen angepasst, wenngleich die tatsächlich relevanten Entwicklungen der letzten Jahre im Online-Bereich noch nicht umfassend erfasst wurden. Erwerb, Besitz und Inanspruchnahme dieser Medien durch Jugendliche sind in allen Bundesländern verboten. Die Anbieter sind verpflichtet, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Kinder und Jugendliche vom Zugang und der Inanspruchnahme auszuschließen.

Die Verbote sind nach wie vor z. T. unterschiedlich ausgestaltet. Als Beispiel kann etwa das Autostoppen genannt werden. In Kärnten und Vorarlberg ist das Autostoppen für Kinder und Jugendliche unter 14 Jahren, in der Steiermark unter 16 Jahren, verboten. In den anderen Bundesländern bestehen keine diesbezüglichen Beschränkungen. Adressaten und Adressatinnen dieser Verbote sind sowohl Kinder und Jugendliche als auch die Fahrzeuglenker und -lenkerinnen.

Die Jugendschutzgesetze regeln auch die Altersgrenzen für den Erwerb, Besitz und den Konsum von Alkohol, Tabak und Drogen. Dabei legen die Gesetze das Schutzalter weitgehend identisch fest.

Tabak und -verwandte Erzeugnisse dürfen österreichweit nur an Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, verkauft werden (§ 2a Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw.

NichtraucherschutzG – TNRSG).⁶⁸⁴ Einzelne Landesgesetze enthalten darüber hinaus Regeln über den Erwerb, Besitz und Konsum von Tabakwaren.

Alkoholische Getränke (Bier, Wein, Schaumwein) dürfen von Jugendlichen ab dem vollendeten 16. Lebensjahr erworben und konsumiert werden. Dies gilt nicht für „harte“, also gebrannte alkoholische Getränke. Hier beträgt das Schutzalter 18 Jahre. Diese Altersgrenze gilt auch für Mischgetränke, die hochprozentigen Alkohol enthalten („Alkopops“).

Soweit Drogen unter das Suchtmittelrecht fallen, sind Erwerb, Besitz, Weitergabe und Konsum ohnehin strafrechtlich verboten. Aber auch Drogen, die nicht unter das Suchtmittelrecht fallen, dürfen von Jugendlichen nicht konsumiert werden, wenn sie beispielsweise aufputschende, sedierende oder bewusstseinsverändernde Wirkungen zeigen, rauschähnliche Zustände, Süchtigkeit, Betäubung oder physische und psychische Erregungszustände hervorrufen. Ausnahmen zur Anwendung von ärztlich verordneten Mitteln sind vorgesehen.

Die österreichischen Jugendschutzgesetze verpflichten auch Erwachsene sowie Gewerbetreibende/Unternehmer. Zunächst enthalten alle Gesetze ein allgemeines Gebot, Kinder und Jugendliche zur Einhaltung der Jugendschutzbestimmungen zu veranlassen, und wenden sich somit an die Allgemeinheit. Die Ermöglichung oder Unterstützung von Übertretungen durch Erwachsene steht unter Strafe. Soweit die Strafbestimmungen Erwachsene bzw. Gewerbetreibende/Unternehmer betreffen, werden Geld- bzw. Ersatzfreiheitsstrafen angedroht. Auf Verstöße von Jugendlichen wird in einem ersten Schritt zumeist mit einem Gespräch reagiert. Erst danach werden sie zur Leistung von sozialen Diensten verpflichtet.

Im Lichte von Art 1 BVG Kinderrechte ist Jugendschutz als verwaltungspolizeiliche Rechtsmaterie sicher gerechtfertigt. Diese Bestimmung ordnet den Schutz des Kindes und des bzw. der Jugendlichen bundesverfassungsrechtlich an. Damit sollen Jugendliche vor der Berührung mit gewissen Lebensaspekten der Erwachsenenwelt in einem Stadium des Heranwachsens geschützt werden, in dem die moralische und ethische Entwicklung noch nicht gefestigt ist. Inwieweit diese Ziele und verwaltungspolizeilichen Maßnahmen im Lichte moderner Humanwissenschaften gerechtfertigt sind, kann die Rechtswissenschaft nicht beantworten. Aus pädagogischer Sicht stellen die Jugendschutzbestimmungen jedenfalls einen maximalen Rahmen dar, der junge Menschen in ihrer Persönlichkeitsentwicklung und Selbstständigkeit unterstützt. Aus dem BVG Kinderrechte ergibt sich aber eindeutig, dass die Vollziehung der Jugendschutzgesetze nicht allein der möglichst lückenlosen Durchsetzung gesetzlicher und behördlicher Anordnungen zu dienen hat,

684 BGBl 431/1995 idF BGBl I 66/2019.

sondern dass das Kindeswohl in seiner umfassenden Komplexität Maßstab für jede Einzelentscheidung sein muss.

4.4.6 Kinder- und Jugendförderung

Förderungen, soweit sie nicht im Wege der Hoheitsverwaltung gewährt werden, bauen kompetenzrechtlich auf Art 17 B-VG auf. Danach kann jede Gebietskörperschaft, ohne auf die komplizierten Regeln der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung Rücksicht nehmen zu müssen, Förderungen für alle im öffentlichen Interesse gelegenen Angelegenheiten gewähren.⁶⁸⁵ Dazu hat der Bund das Bundes-JugendförderungsG⁶⁸⁶ erlassen, das die außerschulische Jugendziehung und Jugendarbeit durch Jugendorganisationen und Jugendinitiativen unterstützt.

Alle österreichischen Bundesländer bieten zahlreiche kinder-, jugend- und familienbezogene Förderungen an. Da Förderungen, die im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung gewährt werden, auch ohne gesetzliche Grundlage zulässig sind, ist die Förderungspraxis in den einzelnen Bundesländern rechtstechnisch sehr unterschiedlich ausgestaltet. Gesetzliche Grundlagen gibt es nur in einigen Bundesländern, in anderen werden die Subventionen nach den Vorgaben von (internen) Richtlinien, die nur z. T. publiziert sind, vergeben. Auch Einzelaktionen können ohne gesetzliche Grundlage gefördert werden, was auch vielfach geschieht.

Als Förderungswerber kommen hauptsächlich Vereine oder andere private Institutionen, die sich um Aktivitäten der Kinder- und Jugendarbeit verdient machen, in Betracht. Diese ergeben ein buntes Bild von Organisationen und Tätigkeiten im Gesundheitswesen, im Sport, in der Kultur, bei Themen der außerschulischen Wissensvermittlung, in der Unterstützung von Kindern mit besonderen Bedürfnissen u. a. m.

Im Burgenland und in Niederösterreich gibt es eigene Jugend- und Familienförderungsgesetze, in Salzburg und Vorarlberg enthalten die JugendG je einen eigenen Abschnitt über Jugendförderung. Kärnten fördert im Familienförderungsg Familien und unterstützt so mittelbar das Kindeswohl. Oberösterreich, Tirol und Wien haben keine eigenen Gesetze, fördern aber gleichwohl ohne gesetzliche Grundlage in vielfältiger Weise Jugend- und Familienaktivitäten.

Etliche dieser Förderungsgesetze sehen die Einrichtung von Jugendbeiräten vor, die als Partizipationsgremien Jugendlichen die Möglichkeiten zur Einbringung spezieller Jugendanliegen in die Landeskinder- und Jugendpolitik bieten sollen.

685 Siehe *Grabenwarter/Holoubek*, Zur Auslegung von Art 17 B-VG, ZfV 2006, 14; *Wiederin*, Gemeinwohl, Effizienzprinzip und Rechtspersönlichkeit der Bundesländer, wbl 2015, 669.

686 BGBl I 126/2000 idF BGBl I 152/2023.

Die Verwirklichung der Ziele des BVG Kinderrechte und der KRK ist ohne den Einsatz der Zivilgesellschaft nicht möglich. Vereine, Privatpersonen und andere private Organisationen engagieren sich in einer beeindruckenden Dichte und Vielfalt für das Wohl von Kindern, Jugendlichen und Familien. Ohne sie wäre keine Kinder-, Jugend- und Familienpolitik möglich. Die Finanzierung dieser breiten Palette von Aktivitäten durch den Staat, also in weitem Umfang durch die Länder und Gemeinden, ist daher – im Sinne des Kindeswohls – unabdingbar.

Dass dabei immer wieder Konflikte über die Höhe der Finanzierung zwischen dem Land, den Gemeinden und den privaten Initiativen entstehen, ist allgemein beobachtbar und bis zu einem gewissen Maß auch unvermeidlich. Eine Ausstattung der Förderungsbestimmungen mit Rechtsansprüchen ist aber in keinem Bundesland angedacht. Die Fiskalgeltung der Grundrechte⁶⁸⁷ bietet aber einen gewissen Schutz vor Willkür und garantiert auch Gleichbehandlung bei vergleichbaren Fällen der Subventionsvergabe.

Die Digitalisierung der Verwaltung bestimmt auch im Bereich der Förderungsverwaltung die Antragspraxis. Für Vereine und andere private Organisationen stellt dies zwar oft beträchtliche Herausforderungen dar, die aber in der Regel zu bewältigen sind. Anders verhält es sich bei Ansuchen, die Alleinerziehende oder Familien, alle mit geringerem Bildungsgrad und mangelhaften Deutsch- bzw. Englischkenntnissen, stellen müssen. Hier bedarf es mitunter Unterstützungen durch die Verwaltung oder privater Hilfseinrichtungen.

4.4.7 Sozialhilfe/Mindestsicherung

Es ist wissenschaftlich erwiesen, dass Kinder, die in Armut oder Armutsgefährdung leben, schlechtere Chancen im weiteren Leben haben, als Kinder aus sozial und finanziell gut- oder bessergestellten Familien. Daher ist Armutsbekämpfung und -verhinderung auch von größter Wichtigkeit für das Kindeswohl.

Die Gewährung von Unterstützungen für Personen und Familien, die ohne eigene Schuld in eine finanzielle Notlage geraten sind, obliegt nach der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in der Grundsatzgesetzgebung dem Bund, in der Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung den Ländern (Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG – „Armenwesen“).

Der Bund hat durch Jahrzehnte hindurch auf die Ausübung seiner Grundsatzgesetzgebungskompetenz verzichtet, was für die Länder eine weitgehende Regelungsfreiheit bedeutete. Im Jahr 2019 erließ der Nationalrat das Sozialhilfe-Grundsatzgesetz⁶⁸⁸, das nunmehr die Länder weitgehend zur Vereinheitlichung verpflichtet. Das Grundsatzgesetz legt die Voraussetzungen für die Gewährung der Sozialhilfe fest. Gingen die Sozialhil-

687 Siehe Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht13 (2022) Rz 737.

688 BGBl I 41/2019 idF BGBl I 78/2022.

fegesetze der Länder bisher von der Festlegung von Mindestsätzen aus, so sieht das Grundsatzgesetz nunmehr Höchstsätze für verschiedene Familienkonstellationen vor, die am System der Ausgleichszulagenrichtsätze orientiert sind.⁶⁸⁹ Für Kinder sah das Gesetz ursprünglich ein besonderes System vor: Der Höchstsatz der Sozialhilfeleistung für das erste Kind betrug 25 %, für das zweite Kind 15 % und für das dritte und jedes weitere Kind 5 % des Ausgleichszulagenrichtsatzes. Diese Differenzierung bewirkte eine sachlich nicht nachvollziehbare Diskriminierung von Mehrkinderfamilien, was ihren Lebensunterhalt extrem gefährdete. Der VfGH hob diese Regelung wegen Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes und wegen Verstoßes gegen das BVG Kinderrechte auf.⁶⁹⁰ Die Verletzung des BVG Kinderrechte wurde mit der unsachlichen Benachteiligung von Kindern begründet. Im selben Erk behob der VfGH auch die Verknüpfung der Erlangung der Sozialhilfe mit der Erreichung des Sprachniveaus B1 (deutsch) oder C1 (Englisch) als Kriterium für die Vermittelbarkeit des bzw. der Anspruchsberechtigten am österreichischen Arbeitsmarkt. Davon wäre ein Anteil von mindestens 35 % der Sozialhilfeleistung abhängig gemacht worden. Auch bei dieser Regelung erkannte der VfGH eine eindeutige Unsachlichkeit und damit die Gleichheitswidrigkeit dieser Regelung.

Obwohl der VfGH die sehr detaillierten Vorgaben im Grundsatzgesetz, die den Ländern nur wenig eigenständigen Gestaltungsspielraum lassen („Überdeterminierung“), als mit dem Wesen der Grundsatzgesetzgebung vereinbar und damit als verfassungskonform qualifiziert,⁶⁹¹ wurde in der Novelle BGBl I 78/2022 den Ländern etwas mehr Spielraum als in der Stammfassung des Gesetzes bei der Definition der Haushaltsgemeinschaft, der Einkommensberücksichtigung und von Härtefallklauseln für Drittstaatsangehörige eingeräumt.

In § 5 Abs 5 und § 6 SH-GG legt das Grundsatzgesetz verbindlich fest, dass die Wohnkostenpauschale und Zusatzleistungen zur Vermeidung besonderer Härtefälle ausschließlich in Form von Sachleistungen gewährt werden dürfen, um eine bessere Kontrolle über die Mittelverwendung der Sozialhilfebezieher und -bezieherinnen zu gewährleisten. Der VfGH hält zwar die Gewährung der Sozialhilfe in Form von Sachleistungen für grundsätzlich zulässig, die ausschließliche Beschränkung dieser Zuwendungen auf Sachleistungen hielt er aber angesichts der vielen Facetten von Notlagen für sachlich nicht gerechtfertigt und damit für verfassungswidrig.⁶⁹²

Der Kreis der Anspruchsberechtigten ist nach wie vor unterschiedlich gezogen. Während etwa Oberösterreich einen „Auffangtatbestand“ für aufenthaltsverfestigte Fremde kennt,

689 § 5 SH-GG; dies wurde vom VfGH in ständiger Rechtsprechung als gleichheitskonform bewertet, zuletzt VfGH 15.3.2023, G 270/2022.

690 VfSlg 20.359/2019, siehe dazu oben 3.1.1.3.3.

691 VfSlg 20.359/2019.

692 VfGH 15.3.2022, G 270/2022.

ist die fremdenrechtlich relevante Aufenthaltsverfestigung in anderen Bundesländern kein Thema für die Frage nach dem Zugang zur bedarfsorientierten Mindestsicherung.⁶⁹³

Die Höchstsätze der Sozialhilfe sind durchwegs sehr niedrig angesetzt, und im Lichte des Kindeswohles sind die für Familien geltenden Höchstsätze höchst kritisch zu bewerten. Sozialhilfe kann in Form von Geld- oder Sachleistungen geleistet werden. Da der VfGH die Berechnungsmethode der Höchstsätze für Kinder⁶⁹⁴ aufgehoben hat, können die Länder dies nunmehr frei regeln. Die bisher angepassten Landesgesetze haben aber die Höchstsätze gegenüber der früheren Rechtslage durchwegs gesenkt. Pro Kind wird zwischen 21 % (Kärnten und Salzburg) und 27 % (Vorarlberg) des ASVG-Richtsatzes gewährt. Niederösterreich und Oberösterreich halten weiterhin an der degressiven Berechnung für kinderreiche Familien fest, was für das vierte Kind einen Richtsatz von 12,5 % bedeutet. Verfassungsrechtliche Bedenken sind hier durchaus angebracht.

Die hohen Wohnkosten und die exorbitante Steigerung der Preise für Energie, Lebensmittel und andere Güter des täglichen Bedarfs sowie die anhaltend hohe Inflation, die inzwischen in allen Bundesländern besonders Familien mit Kindern belasten, werden im Grundsatzgesetz durch eine starre Verhältnisregel berücksichtigt: 40 % für den Lebensunterhalt, 60 % für Wohnkosten. Es besteht jedoch die Möglichkeit der Gewährung einer bis zu 30 % erhöhten Wohnkostenpauschale für besonders teure Wohngegenden (Die EB verweisen dabei auf Innsbruck und Salzburg). Diese Möglichkeit wird aber derzeit nicht durchgehend genutzt. Die Wohnkosten können auch durch die Gewährung einer Mietzinsbeihilfe verringert werden. Dies ist jedoch trügerisch, da diese als Einkommen gilt und bei der Berechnung der Sozialhilfe als solche berücksichtigt wird. Nach der Einschätzung von Sozialinitiativen haben sich die Einkommen der auf Sozialhilfe angewiesenen Familien durch das neue Regime des Sozialhilfe-Grundgesetzes erheblich verringert.⁶⁹⁵ Durch die Preis- und Inflationsexplosion der letzten Jahre haben sich damit die Lebensverhältnisse der Kinder bedrohlich verschlechtert.

Die individuelle Sozialhilfe wird nach komplizierten Berechnungen und Deckelungen im Rahmen der Hoheitsverwaltung mit Rechtsansprüchen festgelegt. Daneben gewähren die Länder zusätzlich im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung (zumeist einmalige) Zuschüsse für verschiedenste Zwecke (Heizkosten, Schulschikurse usw.). Auf diese Leistungen besteht jedoch kein Rechtsanspruch. Eine objektive Bewertung dieser ist auf Grund des nur sehr schwer zugänglichen Datenmaterials kaum möglich.

693 Siehe etwa NÖ-LVwG 28.2.2019, AV-179/001-2019.

694 Aber nur für Kinder sowie für die Wohnkostenpauschale und die Zusatzleistungen zur Vermeidung besonderer Härtefälle.

695 Siehe *Krammer*, Wirkungsvolle Sozialhilfe statt immer weniger Unterstützung, in: DOWAS Jahrbuch 2021 (2022) 45.

4.4.8 Die Grundversorgungsgesetze der Bundesländer

Kommen Kinder oder Jugendliche auf der Flucht nach Österreich und wird für sie ein Antrag auf Asyl gestellt, so unterliegen sie hinsichtlich ihrer Betreuung und Unterbringung den Grundversorgungsgesetzen der Länder. Nachdem der erste Verfahrensabschnitt des Asylverfahrens durchlaufen ist, für den das Bundes-Grundversorgungsg⁶⁹⁶ zur Anwendung kommt, werden die Asylwerber und -werberinnen in die Landesbetreuung überstellt, wo sie im weiteren Verlauf des Asylverfahrens nach den Bestimmungen der Landesgrundversorgungsgesetze untergebracht und betreut werden. Grundlage ist die 15a-B-VG- Grundversorgungsvereinbarung, die auch spezielle Versorgungsbestimmungen für Kinder und Jugendliche enthält.

Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der kinder- und jugendspezifischen Bestimmungen der Grundversorgungsgesetze der Länder sind die KRK und das BVG Kinderrechte Grundlage und Maßstab: Aus beiden Rechtsquellen ergeben sich die Rechte geflüchteter Kinder auf staatliche Unterstützung, unabhängig von ihrem Status als begleitet oder unbegleitet. Aus Art 2 Abs 2 BVG Kinderrechte lässt sich ein Rechtsanspruch auf besonderen Schutz und Beistand des Staates für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge ableiten. Dementsprechend enthalten die 15a-B-VG-Vereinbarung⁶⁹⁷ und alle Grundversorgungsg auch spezielle Regelungen über unbegleitete minderjährige Fremde bzw. Flüchtlinge.

Die Leistungen der Grundversorgung sind auf die Führung eines menschenwürdigen Lebens der betroffenen Menschen hin rechtlich formuliert. In der 15a-B-VG-Vereinbarung werden die wichtigsten Leistungen vorgegeben.⁶⁹⁸ Die Länder können diesen Katalog ergänzen, sind dazu aber nicht verpflichtet. Zu den Basisleistungen zählen die Unterbringung, Verpflegung und Bekleidung der schutzsuchenden Menschen, die medizinische Betreuung, Übernahme der Fahrtkosten und des Schulbedarfs, Information, Beratung und soziale Betreuung für deren Orientierung in Österreich und die Beratung zur freiwilligen Rückkehr, die Gewährung eines Taschengeldes für Personen in organisierten Unterkünften und für unbegleitete Minderjährige. Einzelne Landesgesetze erweitern diesen Katalog geringfügig.

Für unbegleitete Minderjährige wird eine darüber hinausgehende Grundversorgung angeboten, die sozialpädagogische und psychologische Unterstützung beinhaltet.⁶⁹⁹ So soll eine an den spezifischen Bedürfnissen angepasste Tagesstrukturierung mit Bildungs-, Freizeit- und Sportaktivitäten erarbeitet werden; es sollen Fragen zu den Familienan-

696 BGBl I 100/2005 idF BGBl I 53/2019.

697 15a-Vereinbarung über gemeinsame Maßnahmen zur vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde in Österreich, BGBl I 80/2004.

698 Art 6.

699 Art 7.

gehörigen geklärt, „gegebenenfalls“ die Familienzusammenführung ermöglicht sowie Schul-, Ausbildungs- und Berufsvorbereitungsaktivitäten gesetzt werden.

Die Kostensätze für die Aufgabenerfüllung der Grundversorgung sind in Art 9 der Grundversorgungsvereinbarung als Kostenhöchstsätze festgelegt. Sie sind sehr niedrig und konnten bisher gerade noch eine Minimalversorgung sicherstellen.

Die Beurteilung der Grundversorgung aus der Perspektive des Kindeswohls im Lichte der KRK und des BVG Kinderrechte fällt ambivalent aus. Die äußerst knappen finanziellen Mittel, die Familien mit Kindern und unbegleiteten Minderjährigen zur Verfügung gestellt werden, bedeuten de facto einen minimalistischen Zugang der Kinder und Jugendlichen zu kulturellen, sportlichen und integrationsrelevanten Einrichtungen und Initiativen. Dies kann aber durchaus durch eine Einbeziehung dieser Gruppe von Asylwerbern und -werberinnen in die Kinder- und Jugendhilfe sowie Jugendförderung zumindest partiell kompensiert werden.

Auf der Ebene der Gesetzgebung lassen sich – abgesehen von den geringen Kostensätzen – keine Verstöße gegen das BVG Kinderrechte und die KRK konstatieren. Die Gesetze bieten durchaus das Potenzial, zusammen mit anderen kinder- und jugendhilferechtlichen Maßnahmen das Kindeswohl ausreichend zu gewährleisten. An der Vollzugspraxis wird freilich immer wieder Kritik laut. Hier ließen sich anhand von (zahlreichen) Einzelfällen auch systemische Vollzugsdefizite aufzeigen. Die bekannten Beispiele erlauben aber keine generelle und flächendeckende Bewertung des Vollzugs der GrundversorgungsG.

4.4.9 Kinderbildung und -betreuung

Die landesrechtlichen Bestimmungen über Kinderbildung und -betreuung verfolgen heute nicht mehr allein die Ziele des traditionellen Kindergartenwesens: Die Förderung der Entwicklung des Kindes auf spielerische Art bis zum Eintritt in die Volksschule. Heute spielen Kindergärten und andere Formen der Elementarbildung zusätzlich eine wichtige Rolle für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf für Eltern am Arbeitsmarkt. Sie sind Träger wichtiger Integrationsleistungen für Kinder mit Migrationshintergrund; sie sollen eine wichtige Rolle im Spracherwerb spielen und sind die erste Bildungseinrichtung.

Grundlage der Kinderbildungs- und -betreuungsgesetze der Länder ist Art 14 Abs 4 B-VG.

Die organisatorischen, inhaltlichen und personellen Regelungen über die Kinderbildung und -betreuung sind in den einzelnen Bundesländern formal unterschiedlich ausgestaltet. Sie finden sich zumeist in eigenen Landesgesetzen. Manche Gesetze sind schlanker formuliert und überlassen Detailregelungen den Durchführungsverordnungen, andere sind wiederum sehr kasuistisch formuliert. Inhaltlich regeln sie die inhaltlichen und organisatorischen Aspekte der Kinderbildung und -betreuung sowie die Qualifikationen des pädagogischen Personals und des Assistenzpersonals sowie die Fachaufsicht über die Einrichtungen.

Seit 2008 beteiligt sich der Bund mit stetig wachsenden Bundesmitteln an den Kosten der Elementarbildung. Die Bundesmittel sind entsprechend der Bedingungen der diversen 15a B-VG-Vereinbarungen für den quantitativen und qualitativen Ausbau – mit Schwerpunkt Kleinkinder unter drei Jahren –, das beitragsfreie Pflichtkindergartenjahr und die frühe sprachliche Förderung vor allem für Kinder mit nichtdeutscher Erstsprache. Seit dem Kindergartenjahr 2020/11 besteht für alle Fünfjährigen eine Besuchspflicht des Kindergartens im Ausmaß von zwanzig Wochenstunden. In dieser Zeit ist der Besuch der elementaren Bildungseinrichtungen österreichweit beitragsfrei.

Alle Gesetze enthalten explizite oder implizite (in die Aufgabenkataloge integrierte) Zielbestimmungen, die oft sehr unterschiedlich formuliert sind. Allen gemeinsam ist die primäre Orientierung am Kindeswohl. Auch die hohe pädagogische Bildungsqualität, das Ziel der Vereinbarkeit von Familie und Beruf und damit verbunden die faktische Gleichstellung der Geschlechter, eine anzustrebende qualitativ hochwertige Bedarfsplanung, eine werteorientierte Erziehung sowie der Erwerb einer möglichst hohen Sprachkompetenz ist allen Zielformulierungen gemeinsam. Auch das verpflichtende Kindergartenjahr wird in allen Gesetzen verankert. Andere Ziele werden oft unterschiedlich positioniert. So betont etwa das NÖ KinderbetreuungsG die Subsidiarität, indem der familienunterstützende Charakter der institutionellen Kinderbildung und -betreuung und die Zusammenarbeit mit den Familien besonders hervorgehoben werden; das stmk Kinderbildungs- und BetreuungsG hebt die Chancengleichheit aller Kinder hervor; andere Gesetze betonen die Wichtigkeit der Erziehung zu den Werten der Humanität und Toleranz oder die Hinführung zur österreichischen Wertegemeinschaft (Kärnten). Das Tir Kinderbildungs- und BetreuungsG hebt die „Akzeptanz jedes einzelnen Kindes als eigene Persönlichkeit sowie die Achtung und Förderung der Rechte, Würde, Freude und Neugier der Kinder“ hervor.

Die Kinderbildungs- und -betreuungseinrichtungen können als öffentliche oder private eingerichtet werden. Die Gemeinden werden in allen Landesgesetzen als verantwortliche Rechtsträger für das öffentliche Kinderbildungs- und -betreuungsangebot eingesetzt.

Elementare Bildungseinrichtungen werden in verschiedene Typen gegliedert. Alle Bundesländer sehen Kinderhorte, Kinderkrippen, Kindergärten, Sonderbetreuungseinrichtungen sowie Tageseinrichtungen (Tagesmütter/-väter) vor. Diese Einrichtungen wurden durch zahlreiche Novellierungen in den letzten Jahren differenziert weiterentwickelt (z. B. inklusive Betreuungsformen, Waldkindergartengruppen etc.) und so neueren erziehungswissenschaftlichen Erkenntnissen angepasst. Für alle Formen der Kinderbildungs- und -betreuungseinrichtungen werden gesetzliche Vorgaben über pädagogische Grundzüge, Gruppengrößen, bauliche Ausstattung, Personalbedarf etc. erlassen. Zum Teil werden Verordnungsermächtigungen erteilt. Manche Landesgesetze nehmen Bezug auf gesamtstaatliche pädagogische Grundlagendokumente, andere verweisen allgemein auf qualitätsorientierte Bildungspläne.

Alle Kinderbildungs- und -betreuungsgesetze legen großen Wert auf die fachlichen Qualifikationen des Personals. Dazu werden z. T. sehr kasuistische Regelungen erlassen. Die derzeit geführte Diskussion über die Akademisierung der elementarpädagogischen Ausbildung lässt einen weiteren Reformschub in den nächsten Jahren erwarten.

Auch die Fachaufsicht über alle Kinderbildungs- und -betreuungseinrichtungen ist z. T. sehr detailliert samt einem entsprechenden Katalog von Sanktionsmöglichkeiten geregelt. Aufsichtsbehörde ist die Landesregierung. Sie hat – länderweise unterschiedlich – ein Aufsichtsmanagement zu entwickeln, zu dem auch Beratung, Schulung und Mängelbehebung nach strukturierten Vorgaben gehören.

Aus der Sicht der KRK und des BVG Kinderrechte sind die Kinderbildungs- und -betreuungsgesetze durchaus positiv zu bewerten. Allerdings ist die Effektivität dieser Gesetze von ihrem Vollzug abhängig, wobei einige strukturelle Probleme schon in der Formulierung der Gesetze angelegt sind.

Zunächst sind die Ziele und inhaltlichen Vorgaben in Form von unbestimmten Gesetzesbegriffen fixiert. Dies ist bis zu einem gewissen Grad wohl unvermeidlich, birgt aber die Gefahr der Mehrdeutigkeit und damit der (zulässigen) Mehrdeutigkeit des Begriffsverständnisses und damit der Erziehungsziele in sich.

Die Kostenbeiträge der Eltern sind länderweise sehr unterschiedlich. Im Burgenland, in Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Tirol und Wien ist der Besuch elementarer Bildungseinrichtungen für unterschiedliche Angebotsformen, Altersgruppen und Wochenstunden kostenlos. In den anderen Bundesländern gibt es – gemeindeweise auch innerhalb der Bundesländer – oft große Unterschiede. Private Kinderbildungs- und -betreuungseinrichtungen unterliegen keinen speziellen Regulierungen bezüglich ihrer Preisgestaltung. Nur während des Pflichtkindergartenjahres ist der beitragsfreie Besuch österreichweit einheitlich geregelt.

Die Vollziehung ist stark von der Finanzierung der Kinderbildung und -betreuung abhängig. Die Eigenfinanzierung durch Elternbeiträge findet sich nur in wenigen Kindergärten. Zuständig für das Kindergartenwesen sind die Gemeinden im eigenen Wirkungsbereich. Die in Österreich durchwegs sehr angespannte finanzielle Situation der Gemeinden wird hinsichtlich der Kinderbildung und -betreuung zwar durch ein beachtliches Netz von Transferleistungen von Bund und Ländern abgedeckt, finanzielle Probleme bleiben aber unübersehbar. Das zeigt sich beispielsweise in den zulässigen Gruppengrößen. Der angestrebte Ausbau der Vollzeitbetreuung, die Schaffung von Rechtsansprüchen auf Ganztagesbetreuung und der eklatante Personalmangel stellen große zusätzliche Herausforderungen für die zukünftige Qualitätssicherung dar.

4.4.10 Behinderten-, Chancengleichheit- und Teilhabegesetze

Behinderte Kinder und Jugendliche genießen nach der KRK und dem BVG Kinderrechte einen besonderen Schutzstatus. Das österreichische Behindertenrecht und speziell das Recht behinderter Kinder und Jugendlicher ist durch Rechtszersplitterung, Unübersichtlichkeit und eine spezielle Gemengelage hoheitlicher und privatrechtlicher Handlungsformen gekennzeichnet. Das in Art 7 Abs 1 B-VG festgelegte Diskriminierungsverbot behinderter Menschen wird durch das Bundes-BehindertenG⁷⁰⁰ organisatorisch ausgestaltet. Hinzu kommen zahlreiche Förderungsprogramme des Bundes im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung.

Alle Bundesländer haben Gesetze erlassen, die für Menschen mit Behinderung Leistungen vorsehen. Die Terminologie und Systematik dieser Gesetze sind uneinheitlich. Im Burgenland und in Niederösterreich werden behinderte Menschen im Rahmen der Sozialhilfegesetze gefördert (Im Burgenland ist ein Behindertengesetz in Ausarbeitung). In Oberösterreich, Vorarlberg und Wien gibt es Chancen(Gleichheits)gesetze, in der Steiermark ein Behindertengesetz und in Salzburg und Tirol werden die Leistungen für behinderte Menschen in Teilhabegesetzen geregelt. Diese Regelungen werden durch die Pflegerechtsvorschriften von Bund und Ländern ergänzt.

Besonders unübersichtlich ist das Recht behinderter Kinder. Neben den oben dargestellten Regelungen sind hier noch die Kinder- und Jugendhilfegesetze, die Kinderbildungs- und betreuungsgesetze sowie die Schulgesetze maßgeblich. Diese Rechtszersplitterung ist für Eltern und Erziehungsberechtigte von behinderten Kindern meist nur mit Hilfe von Beratungseinrichtungen einigermaßen zu bewältigen und muss aus der Sicht des Kindeswohles sehr kritisch gesehen werden.

Die Behindertengesetze sehen in unterschiedlichem Ausmaß Rechtsansprüche vor, wobei ein Teil der Leistungen mit Bescheid festgelegt und andere im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung vergeben werden, was ihre Durchsetzung im kostspieligen ordentlichen Rechtsweg erforderlich macht.

Aus der Sicht des BVG Kinderrechte und der KRK ist die Rechtslage für behinderte Kinder unbefriedigend.

4.4.11 Das Kindeswohl und die Kinderrechte in der Judikatur der Landesverwaltungsgerichte

Seit der Einführung der Landesverwaltungsgerichte obliegt diesen in weitem Umfang (Hoheitsverwaltung) die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Landesverwaltung. Dies gilt auch für das kinder- und jugendbezogene Landesrecht und das in mittelbarer Bundes-

700 BGBl 283/1990 idF BGBl I 185/2022.

verwaltung zu vollziehende Bundesrecht. Daher ist es naheliegend, zu sehen, welchen Stellenwert das BVG Kinderrechte und die KRK in der Judikatur einnehmen.

Die KRK und das BVG Kinderrechte spielen in der Judikatur der LVwG keine wirklich plakative Rolle. Zwar wird in vielen Entscheidungen das Kindeswohl genannt, eine direkte Bezugnahme auf das BVG Kinderrechte kommt aber weit seltener vor als die Bezugnahme auf Art 8 EMRK. Dies mag z. T. darin begründet sein, dass die LVwG generell wesentlich stärker auf die verwaltungsrechtlichen als auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen reflektieren, zum anderen ist immer noch nicht restlos geklärt, welche Bestimmungen des BVG Kinderrechte subjektive Rechte begründen und welche eher den (programmatischen) Gehalt von Staatszielen aufweisen.⁷⁰¹ Art 8 EMRK ist hingegen ausjudiziert und bietet einen verlässlichen judikativen Hintergrund.

Bei der rechtlichen Kontrolle von kinder- und jugendrelevanten behördlichen Entscheidungen orientieren sich die LVwG stark an den Vorgaben und am Entscheidungsstil des VwGH. Damit ist ein gewisser Positivismus und Formalismus verbunden, der weitgehend auf Analogie, finale Betrachtung und Grundrechtsbezogenheit der zu interpretierenden gesetzlichen Bestimmungen verzichtet. Anders als die ältere Judikatur des VwGH, beziehen aber die LVwG durchgehend grundrechtliche Erwägungen in Abwägungsentscheidungen ein, wobei Art 8 EMRK öfters bei der Beurteilung der Kinderrechte herangezogen wird als das BVG Kinderrechte. Die KRK wird, da nicht unmittelbar anwendbar, so gut wie nie für die Argumentation im Rahmen einer grundrechtlichen Interessenabwägung herangezogen. Die in der Rechtswissenschaft gerne postulierte völkerrechtskonforme Interpretation wird angesichts der dichten verfassungsrechtlichen Grundrechtsverbürgungen wohl nicht für notwendig erachtet.

Grundrechtliche Abwägungsentscheidungen werden – in Anlehnung an die Postulate des VwGH – stets einzelfallbezogen getroffen. Dieses Postulat findet sich immer wieder – gleichsam als Vorspann – in vielen Erk der LVwG aller Bundesländer. Die Abwägungen fallen im Judikaturvergleich der einzelnen LVwG durchaus differenziert aus. Das zeigt sich besonders bei der Rechtsprechung zum NAG. Die LVwG folgen durchwegs der eher strengen Linie des VwGH, die dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Durchsetzung des Fremdenrechts einen hohen Stellenwert einräumt. Das gilt besonders bei Aufenthaltsanträgen, fremdenrechtlichen Fehlern der Parteien bei der behördlichen Entscheidung über Antragsstellungen, bei denen Fristüberschreitungen gerne als Grund für ablehnende Entscheidungen herangezogen werden. Hier greifen die Abwägungsent-

701 Siehe *Fuchs*, Kinderrechte in der Verfassung: Das BVG über die Rechte der Kinder, Jahrbuch öffentliches Recht 2011, 91; *Weber*, Das BVG über die Rechte von Kindern – Anmerkungen zu einem neuen Grundrechtspaket, FS-Berka (2013), 263; *Bertel*, BVG Kinderrechte, in: Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar II/2, 18. Lfg. (2023) Rz 29.

scheidungen, die auf Art 8 EMRK und das BVG Kinderrechte gestützt werden, immer wieder korrigierend ein.⁷⁰²

Die Zerreißung von Familien soll zwar grundsätzlich vermieden werden, das bedeutet für einige LVwG aber nicht, dass Zusammenführungen von Familien schlechthin gefördert werden müssen. Nachzugsansuchen werden von den LVwG meist sehr formalistisch behandelt, wobei die im NAG festgelegten formalen Kriterien durchaus streng gehandhabt werden. Dementsprechend fallen die Einzelfallbeurteilungen auf Grund der vorgenommenen Interessenabwägungen oft unterschiedlich aus.

Die LVwG haben sich in einer beträchtlichen Zahl mit Fällen der Namensänderung zu befassen. Dabei ist zu beurteilen, ob eine Namensänderung im Sinne des Kindeswohles gelegen ist. Hier tendiert die Judikatur weniger zur Frage, ob die Namensänderung das Kindeswohl fördert, sondern ob dadurch das Kindeswohl gefährdet ist. Grundsätzlicher Tenor der Judikatur ist aber durchgehend, dass eine Namensbereinstimmung des Kindes mit den im gleichen Haushalt lebenden Personen bzw. mit dem oder der Sorgeberechtigten für das Kindeswohl förderlich ist.⁷⁰³

Bei der Beurteilung, inwieweit die materiellen Grundlagen einer Familie für das Kindeswohl förderlich sind, sind die LVwG an die detaillierten gesetzlichen Vorgaben der Sozial- und MindestsicherungsG gebunden.⁷⁰⁴ Diese Vorgaben mussten auch bei der regressiven Familienregelung im N Sozialhilferecht eingehalten werden – bis der VfGH diese Regelungen als mit dem BVG Kinderrechte unvereinbar erkannt und aufgehoben hat.⁷⁰⁵ Die durchwegs restriktive Praxis bei der Gewährung und Berechnung der Mindestsicherung wurde immer wieder in einigen Fällen zugunsten von Familien und damit zugunsten des Kindeswohls korrigiert.

Die LVwG haben sich immer wieder mit Verletzungen der Schulbesuchspflicht zu befassen. Dabei werden die auf Art 4 KRK gestützten Argumente der Mitbestimmung der (minderjährigen) Schülerinnen und Schüler über das ob und wann des Schulbesuchs nirgends akzeptiert. Die Schulpflicht wird durchwegs als mit dem Kindeswohl vereinbar, ja dieses fördernd gesehen und das „freie Lernen“ nicht als Ausdruck des Kindeswohls gedeutet.⁷⁰⁶

4.4.12 Zusammenfassung

Die Kinder- und Jugendgesetze der Länder decken wichtige Bereiche des sterreichischen Kinder- und Jugendrechts ab. Sie sind überwiegend Frderungsgesetze, die wichtige

702 z. B. N-LVwG 13.8.2020, AV 935/2017.

703 z. B. N-LVwG 26.11.2020, AV-821/001-2020; N-LVwG-AV-35/001-2022 u. v. a.

704 Siehe z. B. LVwG 19.4.2021, AV-328/001-2021; LVwG 31.8.2021, AV-1018/001-2021, u. a.

705 Siehe oben 4.4.7.

706 Besonders deutlich N-LVwG 13.9.2019, S-1308/001-2019, Tir-LVwG 24.3.2023, 2023/32/0358-1.

Beiträge zum Kindeswohl darstellen. Nur die Jugendschutzgesetze enthalten traditionelle verwaltungspolizeiliche Vorschriften.

Die Länder haben die KRK und das BVG Kinderrechte durch Aufnahme kindeswohlbezogener Staatsziele in die Landesverfassungen nachvollzogen. Allerdings finden diese bisher noch keinen Widerhall in der landesverwaltungsgerichtlichen Judikatur.

Einzelne kindeswohlbezogene Materien sind durch Bundes-Grundsatzgesetze inhaltlich homogenisiert und werden ziemlich gleichförmig umgesetzt (Kinder- und Jugendhilfe, Sozialhilfe, Grundversorgung). Andere Materien, die in der ausschließlichen Zuständigkeit der Länder liegen, unterscheiden sich zwar hinsichtlich der formalen Ausgestaltung, weisen aber bezüglich der Qualität der Leistungserbringung relativ homogene Kriterien auf.

In der Judikatur der Landesverwaltungsgerichte haben die KRK und das BVG-KR nur zögerlich Einzug gehalten. Nach wie vor nimmt die Mehrheit der Entscheidungen auf die EMRK Grundrechte, insb. Art 8 EMRK, Bezug. Dennoch kann eine langsame Rezeption der speziellen verfassungs- und völkerrechtlichen Grundlagen konstatiert werden.

5 Zusammenfassende Analyse auf Basis der erzielten Untersuchungsergebnisse

5.1 Verhältnis der verfassungsrechtlichen Quellen von Kinderrechten zueinander (Czech)

5.1.1 Einleitung

Eine Beurteilung der Wirkungen des BVG Kinderrechte und des Mehrwerts der damit verwirklichten ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Verankerung zumindest einzelner Kinderrechte gebietet auch einen Blick auf das völker-, unions- und verfassungsrechtliche Umfeld. Denn das BVG Kinderrechte ist, wie wenig andere Verfassungsgesetze, von völker- und unionsrechtlichen Bestimmungen beeinflusst.⁷⁰⁷ Zudem besteht eine starke Verflechtung mit anderen grundrechtlichen Garantien, auf die sich Kinder ebenso berufen können. Im Folgenden ist das BVG Kinderrechte daher in diesem völker-, unions- und verfassungsrechtlichen Kontext zu verorten. Dabei soll insb. geklärt werden, inwiefern seine Garantien in der gerichtlichen Praxis von anderen verfassungsgesetzlichen Bestimmungen in den Hintergrund gedrängt werden.

5.1.2 Verhältnis zu völkerrechtlichen Garantien

Das BVG Kinderrechte dient der erklärten Absicht, die KRK umzusetzen.⁷⁰⁸ Insbesondere Art 1 und Art 2 orientieren sich zudem schon nach dem Wortlaut erkennbar an **Art 24 GRC**, der wiederum zentrale Bestimmungen der KRK in das Unionsrecht transformiert.⁷⁰⁹ Demnach ist es naheliegend, zur Auslegung des BVG Kinderrechte die KRK und die dazu vorliegenden Erläuterungen heranzuziehen, wobei vor allem an die Allgemeinen Bemerkungen des Kinderrechtsausschusses zu denken ist.⁷¹⁰ In der Praxis der öster-

707 Siehe dazu bereits in der Einleitung zu dieser Studie.

708 Zur Einbettung des BVG Kinderrechte in das Völker- und Unionsrecht vgl. *Bertel*, Vorbemerkung zu BVG Kinderrechte, in Korinek/Holoubek/Bezemek u. a. (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (18. Lfg 2023) Rz 5 ff.

709 *Fuchs* in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar2 (2019) Art 24, Rz 5 ff.

710 Abrufbar unter <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc/general-comments> (19.5.2023). Eine praktische Hürde für die Verwendung der Allgemeinen Bemerkungen des Kinderrechtsausschusses dürfte die Tatsache darstellen, dass diese generell nur in den Amtssprachen der Vereinten Nationen vorliegen und bloß einzelne Dokumente auf Deutsch verfügbar sind.

reichischen Höchstgerichte ist ein solcher Zugang allerdings bislang nicht festzustellen. Sofern überhaupt auf eine Bestimmung des BVG Kinderrechte Bezug genommen wird, kommen die Gerichte bei seiner Auslegung in aller Regel ohne Rückgriff auf die KRK aus.

Eine Heranziehung der KRK zur **Auslegung** einfachgesetzlicher Bestimmungen war vereinzelt schon vor Inkrafttreten des BVG Kinderrechte zu beobachten. 1997 leitete der OGH in einer wegweisenden Entscheidung aus dem „Besuchsrecht“ (Kontaktrecht), das er als „Grundrecht der Eltern-Kind-Beziehung“ betrachtete, einen Anspruch des Kindes auf Besuchsrechtsausübung durch den getrennt lebenden Elternteil ab. Dabei stützte er sich ausdrücklich auf Art 9 Abs 3 KRK, der ein Recht des Kindes auf regelmäßige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen garantiert.⁷¹¹ In einem weiteren Urteil befasste sich der OGH mit dem durch Art 7 Abs 1 KRK gewährleisteten Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Anders als die Vorinstanzen war er jedoch nicht der Ansicht, dass die Inkognitoadoption mit diesem Recht unvereinbar wäre oder dem Kindeswohl generell widersprechen würde.⁷¹²

Seit Inkrafttreten des BVG Kinderrechte sind hingegen **keine höchstgerichtlichen Entscheidungen** ergangen, in denen die **KRK ausdrücklich herangezogen** worden wäre, um das auf innerstaatliche Bestimmungen gestützte Ergebnis zu untermauern. Dasselbe gilt für die UNBehindertenrechtskonvention, die speziell für die Auslegung von Art 6 B-VG Kinderrechte relevant wäre. Da diese Bestimmung jedoch bis heute keine Relevanz in der Rechtsprechung erlangt hat, wurde die Frage nach einer Auslegung im Lichte der KRK bislang nicht aufgeworfen.

5.1.3 Verhältnis zu anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten

Grundrechte von Kindern finden sich keineswegs ausschließlich im BVG Kinderrechte. Da Kinder grundsätzlich⁷¹³ auch Träger der allgemeinen, für alle geltenden Grundrechte sind, muss das BVG Kinderrechte in der österreichischen Grundrechtslandschaft verortet werden. Da es in Österreich bekanntlich keinen geschlossenen Grundrechtskatalog gibt, sind dabei verschiedene Rechtsquellen heranzuziehen. Für Kinder besonders relevante Bestimmungen sind Art 8 EMRK, Art 7 B-VG (bzw. Art I BVG Rassendiskriminierung für Kinder nicht österreichischer Staatsangehörigkeit) sowie – im speziellen Kontext der Freiheitsentziehung – das PersFrSchG. Nach den allgemeinen Regeln sind diese Garantien nebeneinander anwendbar. Jede staatliche Maßnahme (bzw. ein Unterlassen) ist daher an allen diesen verfassungsgesetzlichen Vorgaben zu messen.

711 OGH 10.4.1997, 6 Ob 2398/96g.

712 OGH 10.8.2006, 2 Ob 129/06v = EF-Z 2007, 91 (*Verschraegen*) = FamZ 2006, 201 (*Zemanek*).

713 Ausnahmen bilden insb. jene – vor allem politischen – Grundrechte, von denen schon nach ihrem Wortlaut erst ab einem bestimmten Alter Gebrauch gemacht werden kann. Zudem setzt der Genuss bestimmter Grundrechte eine Grundrechtsmündigkeit im Sinne einer Fähigkeit zum eigenverantwortlichen Gebrauch der geschützten Tätigkeit voraus.

In der Praxis kommt dem **Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens** gemäß Art 8 EMRK herausragende Bedeutung zu, weil die Konvention in Österreich im Rang eines Verfassungsgesetzes steht und sich die Höchstgerichte bei der Auslegung der darin garantierten Rechte sehr stark an der **Rechtsprechung des EGMR** orientieren. Da dieser regelmäßig die KRK heranzieht, wenn er über Eingriffe in die Rechte von Kindern oder über die Reichweite positiver Verpflichtungen zu ihren Gunsten zu entscheiden hat,⁷¹⁴ übt die KRK auf diesem Umweg über Straßburg einen erheblichen Einfluss auf die österreichische Grundrechtsjudikatur aus. Im Mittelpunkt stehen dabei einerseits familienrechtliche Konstellationen, andererseits aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Asyl- und Migrationsrecht. Wie aus den Berichten zur Rechtsprechung und zu den Referenzgebieten hervorgeht, beziehen sich VfGH, VwGH und OGH regelmäßig auf Art 8 EMRK, wenn es um die Rechte und Interessen von Kindern geht. Dies gilt vor allem dann, wenn konkret zu beantwortenden Rechtsfrage bereits Judikatur des EGMR vorliegt.

Die Praxis des VfGH, grob fehlerhafte Entscheidungen der Verwaltungsgerichte im Erkenntnisbeschwerdeverfahren gestützt auf Art 7 B-VG wegen Willkür als unsachlich aufzuheben, kommt auch in Fällen zum Tragen, in denen neben dem Gleichheitsgrundsatz die im BVG Kinderrechte verankerten Rechte herangezogen werden könnten. Hier dient Art 1 BVG Kinderrechte gelegentlich als zusätzliches Argument zur Untermauerung der Begründung, warum die angefochtene Entscheidung mit Willkür behaftet ist.⁷¹⁵

5.1.3.1 Verhältnis zu Art 8 EMRK

Wie im Bericht zur Rechtsprechung des EGMR dargelegt wurde, zieht dieser regelmäßig die KRK heran, wenn es um die Rechte von Kindern geht. Die Schnittstelle zwischen der KRK und der EMRK bildet dabei das in Art 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Bedeutung erlangt hat **diese Auslegung von Art 8 EMRK im Lichte der KRK** vor allem in Fällen zum Familienrecht und zum Asyl- bzw. Migrationsrecht. Auch in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte finden sich diese Schwerpunkte wieder.

Im **Asyl- und Fremdenrecht** resultiert die Fokussierung auf Art 8 EMRK schon aus der einfachgesetzlichen Rechtslage. Gemäß § 9 Abs 1 und Abs 2 BFA-VG sowie § 11 Abs 3 NAG sind Entscheidungen, mit denen Fremde zum Verlassen des Hoheitsgebiets verpflichtet werden, bzw. die Versagung eines Aufenthaltstitels nur dann zulässig, wenn die damit einhergehende Pflicht zur Ausreise mit Art 8 Abs 2 EMRK vereinbart werden kann. Zwar fehlt in den Aufzählungen der bei der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Faktoren das Kindeswohl, doch ist dieses nach der stRsp ebenfalls zu berücksichtigen.⁷¹⁶

714 Siehe dazu oben 3.4.

715 Siehe dazu oben 3.1.1.

716 Vgl. *Czech/Peyrl* in Abermann/Czech/Kind/Peyrl (Hrsg), NAG. Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz2 (2019) § 11 NAG, Rz 49.

Dementsprechend beurteilt der VfGH die von der Behörde erster Instanz bzw. vom BVwG oder LVwG vorgenommene Interessenabwägung anhand von Art 8 EMRK und stellt bei einer unzureichenden Berücksichtigung des Kindeswohls eine Verletzung im Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens fest.⁷¹⁷ Dieser Praxis folgt auch der VwGH, der sich in Entscheidungen zur Verhältnismäßigkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen allenfalls auf Art 8 EMRK bezieht, sofern ein Rückgriff auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen überhaupt geboten ist.⁷¹⁸

In seinem Erkenntnis zur dreijährigen Wartefrist vor der **Familienzusammenführung** zu subsidiär Schutzberechtigten zog der VfGH in erster Linie Art 8 EMRK sowie ergänzend dazu Art 8 i. V. m. Art 14 EMRK und Art 1 Abs 1 BVG Rassendiskriminierung heran. Auf das BVG Kinderrechte ging er hingegen in der Sache nicht ein, sondern verwies lediglich darauf, dass der vom EGMR betonte internationale Konsens über die überragende Bedeutung des Kindeswohls auch in Art 1 BVG Kinderrechte und Art 24 Abs 2 GRC zum Ausdruck käme.⁷¹⁹

Im **Familienrecht** ist ebenfalls eine weitgehende Überschneidung der verfassungsgesetzlichen Gewährleistungen feststellbar, berühren familienrechtliche Auseinandersetzungen doch regelmäßig sowohl das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens als auch die Rechte der betroffenen Kinder auf vorrangige Berücksichtigung ihrer Interessen, auf Schutz und Fürsorge sowie auf regelmäßig Kontakte und Beziehungen zu beiden Elternteilen. In diesem Rechtsgebiet ist ebenfalls eine Dominanz von Art 8 EMRK zu beobachten.⁷²⁰ Wie im Bericht zum Referenzgebiet Familienrecht aufgezeigt wurde, zogen OGH und VfGH das BVG Kinderrechte in einigen wenigen Fällen heran, um eine **verfassungskonforme Auslegung** zu begründen oder – wenn dies nicht möglich war – familienrechtliche Bestimmungen anzufechten bzw. als verfassungswidrig aufzuheben. Das **BVG Kinderrechte** dient dabei auch in diesem Bereich oft **nur ergänzend** dazu, ein auch aus Art 8 EMRK oder Art 7 B-VG bzw. Art 14 i. V. m. Art 8 EMRK ableitbares Ergebnis zu untermauern.

So wurde bei der Prüfung der Verfassungskonformität von § 188 Abs 2 ABGB, wonach ein Dritter (im Anlassverfahren der mutmaßliche leibliche, aber nicht rechtliche Vater) ein Kontaktrecht zum Kind nur dann beantragen kann, wenn er „zu diesem in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist“, in erster

717 VfGH 14.6.2022, E 2681/2021 mwN; VfGH 13.6.2022, E 979/2021 u. a.; VfGH 1.3.2022, E 4229/2021; VfGH 8.6.2021, E 575/2021; VfGH 12.10.2016, E 1349/2016.

718 Vgl. statt vieler VwGH 30.3.2023, Ra 2021/21/0028; VwGH 14.3.2023, Ra 2023/19/0029; VwGH 31.5.2021, Ra 2020/01/0284; VwGH 19.6.2020, Ra 2019/19/0475 mwN.

719 VfGH 10.10.2018, E 4248/2017 u. a.

720 Bei der Beurteilung einer Gefährdung des Kindeswohls durch die elterliche Verweigerung des Schulbesuchs ihres Kindes bezog sich der OGH auf das Recht auf Bildung gemäß Art 2 1. ZPEMRK (OGH 25.9.2018, 2 Ob 136/18s).

Linie Art 8 EMRK herangezogen.⁷²¹ Nachvollziehbar ist dies vor allem, weil der VfGH sich ausführlich mit der Rechtsprechung des EGMR zum Umgangsrecht (mutmaßlicher) leiblicher Väter auseinandersetzte, ehe er die Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Norm verneinte. Im Hinblick auf die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Bedenken bezüglich Art 24 Abs 3 GRC und Art 2 Abs 1 BVG Kinderrechte verwies der VfGH lediglich auf seine Ausführungen zu Art 8 EMRK, aus denen sich ergebe, dass auch diesen Bedenken nicht zu folgen sei.⁷²² Auch im Erkenntnis zur fehlenden Möglichkeit unehelicher Väter zur Erlangung der Obsorge ohne Zustimmung der Mutter trat das BVG Kinderrechte völlig hinter Art 8 EMRK zurück.⁷²³ Hingegen bezog sich der VfGH im Verfahren zur Prüfung der Verfassungskonformität jener Bestimmungen des ABGB, mit denen getrennt lebende Eltern zur Festlegung eines Haushalts verpflichtet werden, in dem das Kind hauptsächlich betreut wird (§ 177 Abs 4, § 179 Abs 2, § 180 Abs 2), sowohl auf Art 8 EMRK als auch auf Art 1 BVG Kinderrechte und legte die angefochtenen Bestimmungen in deren Licht verfassungskonform dahingehend aus, dass auch eine bloß formale Festlegung eines „Heims erster Ordnung“ genügen könne und damit die Verwirklichung eines Doppelresidenzmodells zulässig sei, wenn dies dem Kindeswohl entspricht.⁷²⁴ Eine eigenständige Bedeutung des BVG Kinderrechte ist allerdings auch hier nicht auszumachen.

In dieselbe Richtung weist ein Erkenntnis zur **Fortpflanzungsmedizin**, das sich auf die Anerkennung des Abstammungsverhältnisses zwischen den österreichischen Wunscheltern und einem in der Ukraine von einer Leihmutter geborenen Kind bezieht. Die Personenstandsbehörde hatte die Anerkennung der Mutterschaft verweigert, weil es die entsprechenden Bestimmungen des ukrainischen Rechts, wonach das Kind als von der österreichischen Wunschmutter abstammend anzusehen war, als unvereinbar mit dem *ordre public* erachtete, zu dem insb. das Verbot der Leihmutterschaft zähle. Diese Auslegung war nach Ansicht des VfGH im Hinblick auf das Kindeswohl denkunmöglich. Dabei stützte sich der VfGH nicht auf das BVG Kinderrechte, sondern ausschließlich auf Art 8 EMRK.⁷²⁵

Ungeachtet der im Hinblick auf das Kindeswohl angestellten Überlegungen stützte sich der VfGH auch in seinem Erkenntnis zur Notwendigkeit, im **Personenstandsregister** die Eintragung eines dritten Geschlechts zuzulassen, exklusiv auf Art 8 EMRK. Inhaltlich bemerkte der VfGH insb., dass Kinder, die sich nicht eindeutig einer der binären

721 Siehe dazu oben 3.1.1.2.5.

722 VfGH 13.12.2016, G 494/2015 = VfSlg 20.129/2016.

723 VfGH 28.6.2012, G 114/11 = VfSlg 19.653/2012.

724 VfGH 9.10.2015, G 152/2015 = Vfslg 20.018/2015.

725 VfGH 11.10.2012, B 99/12 u. a. = VfSlg 19.692. Vgl. auch VfGH 14.12.2011, B 13/11 = VfSlg 19.596, wo der VfGH in einer ähnlichen Konstellation (Feststellung des Nichterwerbs der österreichischen Staatsbürgerschaft durch Abstammung bei Geburt durch eine US-amerikanische Leihmutter) Art 7 B-VG heranzog.

Geschlechterkategorien zuordnen lassen, eine besonders schutzbedürftige Gruppe seien, auch weil Eltern einem Druck ausgesetzt seien, eine eindeutige Zuordenbarkeit auf operativem Wege herbeiführen zu lassen. Diese Schutz- und Gewährleistungspflicht, eine selbstbestimmte Festlegung der geschlechtlichen Identität zu ermöglichen, leitete er indes alleine aus Art 8 EMRK ab.⁷²⁶

Nur in einzelnen Erkenntnissen des VfGH dient **Art 1 BVG Kinderrechte** als ausschließliche oder hauptsächliche Grundlage für die Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen. Dies gilt sowohl für die Aufhebung des starren Altersabstands zwischen Wahl Eltern und Wahlkind⁷²⁷ als auch für die zu enge Umschreibung der Personen, die im Fall der Verhinderung der leiblichen Eltern mit der Obsorge zu betrauen sind.⁷²⁸ Offenbar wird dieser Bestimmung dann der Vorzug gegeben, wenn der VfGH die Verfassungswidrigkeit gerade darin sieht, dass die **angefochtene Norm zu unflexibel** ist, um eine angemessene Berücksichtigung des Kindeswohls zu ermöglichen.

5.1.3.2 Verhältnis zu gleichheitsrechtlichen Gewährleistungen

In einzelnen Entscheidungen stützte der VfGH die Aufhebung einfachgesetzlicher Bestimmungen sowohl auf Art 1 BVG Kinderrechte als auch auf den Gleichheitsgrundsatz des **Art 7 B-VG** bzw. (soweit nicht österreichische Staatsangehörige betroffen waren) Art I BVG Rassendiskriminierung oder auf das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK. Zahlreicher sind allerdings jene Fälle, in denen der VfGH ausschließlich den Gleichheitsgrundsatz bzw. das Diskriminierungsverbot heranzieht und das BVG Kinderrechte außer Acht lässt, obwohl die Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung bzw. Norm ihre Wurzel in einer unterbliebenen Auseinandersetzung mit dem Kindeswohl bzw. dessen unzureichender Berücksichtigung hat.

5.1.3.2.1 Gleichheitsgrundsatz in Gesetzesprüfungsverfahren

Eine erste Fallgruppe bilden die Erkenntnisse zur **Mindestsicherung**. Im Hinblick auf das burgenländische Mindestsicherungsgesetz erkannte der VfGH in der Deckelung der Mindestsicherung, wonach unabhängig von der Zahl der tatsächlich in einem Haushalt lebenden Personen und ungeachtet ihres konkreten Bedarfs insgesamt nur höchstens € 1.500,- zustanden, auch eine Verletzung von Art 1 BVG Kinderrechte.⁷²⁹ Da diese Deckelung vor allem Haushalte mit einer größeren Anzahl von Kindern treffe und somit die Bedarfsdeckung besonders bei Kindern nicht mehr gewährleistet sei, könne die Regelung nicht als vereinbar mit Art 1 BVG Kinderrechte angesehen werden. Die Bestimmung war daher wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz gemäß Art 7 B-VG, gegen Art I Abs 1 BVG Rassendiskriminierung und gegen Art 1 BVG Kinderrechte als

726 VfGH 15.6.2018, G 77/2018 = VfSlg 20.258/2018.

727 VfGH 28.6.2012, G 494/2015 = VfSlg 20.129/2016.

728 VfGH 9.3.2023, G 223/2022.

729 VfGH 1.12.2018, G 308/2018 = VfSlg 20.297/2018.

verfassungswidrig aufzuheben. Einer ähnlichen Argumentation folgt das Erkenntnis zum Sozialhilfe-Grundsatzgesetz.⁷³⁰ Darin erklärte der VfGH das für Kinder durch § 5 Abs 2 Z 3 SH-GG vorgesehene Höchstsatzsystem als solches für unsachlich und somit für unvereinbar mit Art 7 B-VG. Zudem betonte er, dass der Gesetzgeber bei Kinder betreffenden Maßnahmen überdies das Kindeswohl als vorrangige Erwägung zu berücksichtigen habe. Das Höchstsatzsystem sei daher auch in Anbetracht des Art 1 BVG Kinderrechte verfassungswidrig, weil der Grundsatzgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Höchstsätze Kinder in Mehrkindfamilien in unsachlicher Weise benachteilige. Abweichend davon stützte der VfGH in seinem – vor den beiden genannten Entscheidungen ergangenen – Erkenntnis zum niederösterreichischen Mindestsicherungsgesetz die Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen nur auf Art 7 B-VG und Art I Abs 1 BVG Rassendiskriminierung. Auf das Vorbringen des antragstellenden LVwG zu Art 1 BVG Kinderrechte ging er hingegen nicht näher ein.⁷³¹

Im Ergebnis kommt dem **BVG Kinderrechte** in diesem Kontext insofern **keine eigenständige Bedeutung** zu, als die angefochtenen Bestimmungen schon alleine wegen ihrer Unvereinbarkeit mit Art 7 B-VG bzw. Art I Abs 1 BVG Rassendiskriminierung als verfassungswidrig aufzuheben waren. Dasselbe gilt für das Verfahren zur Prüfung von § 2 Z 22 AsylG. Diese Bestimmung wurde vom VfGH wegen Verstoßes gegen Art I Abs 1 BVG Rassendiskriminierung aufgehoben, weil sie es einem minderjährigen Kind zwar ermöglichte, den Asylstatus von seinen Eltern abgeleitet zu erlangen, nicht jedoch von seinem gesetzlichen Vertreter. In seinem Prüfungsbeschluss ging der VfGH vorläufig davon aus, „dass es auch im Interesse des Kindeswohles liegen dürfte, seinen Status von jenem des gesetzlichen Vertreters ableiten zu können, sodass auch von einem Verstoß gegen Art 1 erster Satz des Bundesverfassungsgesetzes über die Rechte von Kindern auszugehen sein dürfte.“ Im Erkenntnis selbst ging der VfGH allerdings nicht mehr auf diese Bedenken ein, nachdem sich die Verfassungswidrigkeit der Bestimmung schon aus Art I Abs 1 BVG Rassendiskriminierung ergeben hatte.⁷³²

Eine zweite Fallgruppe bilden jene Erkenntnisse, in denen der VfGH gesetzliche Bestimmungen als gleichheitswidrig bzw. diskriminierend aufhob. Sie betreffen vor allem **Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung**. So begründete der VfGH die Aufhebung von § 144 ABGB, der die automatische Elternschaft der eingetragenen Partnerin (bzw. Ehefrau) der Mutter ausschloss, mit der darin liegenden Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Zwar ergibt sich die Verfassungswidrigkeit schon aus der Unvereinbarkeit mit Art 7 Abs 1 BVG, Art 8 und Art 14 EMRK, doch enthält das Erkenntnis auch Ausführungen zu Art 1 BVG Kinderrechte, mit dem es schwer vereinbar sei, dem durch eine nicht den Vorgaben des FMedG entsprechende „Heiminsamination“ (oder auf

730 VfGH 12.12.2019, G 164/2019 u. a. = VfSlg 20.359/2019.

731 VfGH 7.3.2018, G 136/2017 u. a. = VfSlg 20.244/2018.

732 VfGH 26.6.2020, G 298/2019 u. a. = VfSlg 20.393/2020.

natürlichem Weg) gezeugten Kind die erbrechtlichen und sonstigen Ansprüche gegen die Partnerin seiner Mutter zu verwehren.⁷³³ Ausschließlich auf gleichheitsrechtliche Aspekte stützt sich hingegen das Erkenntnis zur Zulässigkeit der gemeinsamen oder sukzessiven Adoption durch nicht verheiratete (verschiedengeschlechtliche) Lebensgefährten, wobei das BVG Kinderrechte trotz entsprechendem Vorbringen der Antragsteller vom VfGH nicht angesprochen wurde.⁷³⁴ Auch die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Interpretation des § 197 Abs 3 ABGB, wonach im Fall der Adoption durch die gleichgeschlechtliche Partnerin der Mutter deren familienrechtliche Beziehung zum Kind erlöschen würde, stützte der VfGH auf Art 7 B-VG sowie Art 8 i. V. m. Art 14 EMRK.⁷³⁵

5.1.3.2.2 Gleichheitsgrundsatz im Erkenntnisprüfungsverfahren

In Erkenntnisbeschwerdeverfahren nach Art 144 B-VG ist der VfGH regelmäßig dazu aufgerufen, **asylrechtliche Entscheidungen** des BVwG darauf zu prüfen, ob das Kindeswohl ausreichend berücksichtigt wurde. Diese Entscheidungen betreffen unzureichende Ermittlungen bzw. fehlerhafte Interessenabwägungen bei Abweisungen von Anträgen auf internationalen Schutz sowie bei Rückkehrentscheidungen. Nach ständiger Rechtsprechung müssen sich BFA bzw. BVwG bei der Behandlung von Anträgen auf internationalen Schutz von Minderjährigen zur Beurteilung der Sicherheitslage auf einschlägige Länderberichte zum Herkunftsland stützen, in die auch die Erfahrungen in Bezug auf Kinder Eingang finden. Bei entsprechenden Anhaltspunkten in den Länderberichten hat eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Situation von Minderjährigen zu erfolgen.⁷³⁶ Andernfalls belastet das BVwG seine Entscheidung mit Willkür, was eine Verletzung im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander (Art I Abs 1 BVG Rassendiskriminierung) begründet. Dasselbe gilt für die Ermittlungstätigkeit im Hinblick darauf, wie sich eine gegen Kinder selbst bzw. ihre Eltern oder einen Elternteil erlassene Rückkehrentscheidung auf das Kindeswohl auswirkt. Der VfGH sieht auch in der unzureichenden Ermittlungstätigkeit eine Verletzung im verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander gemäß Art I BVG Rassendiskriminierung.⁷³⁷ Auch wenn das BVwG keine den Anforderungen entsprechende Interessenabwägung vorgenommen bzw. bei dieser dem Kindeswohl nicht die angemessene Bedeutung beigemessen hat, stellt der VfGH gelegentlich eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes fest.⁷³⁸ Auf das BVG Kinderrechte geht er in diesen Entscheidungen selbst dann nicht ein, wenn er – regelmäßig

733 VfGH 30.6.2022, G 230/2021 = VfSlg 20.554/2022.

734 VfGH 6.12.2021, G 247/2021 = VfSlg 20.509/2021.

735 VfGH 3.10.2018, G 69/2018.

736 VfGH 13.6.2022, E 1739/2021 u. a. mwN; VfGH 1.3.2022, E 4229/2021.

737 Vgl. z. B. VfGH 14.12.2022, E 1487/2022 u. a.; VfGH 13.6.2022, E 2710/2021.

738 Vgl. z. B. VfGH 20.9.2022, E 4559/2021. In anderen Fällen einer unzureichenden Berücksichtigung des Kindeswohls bei der Interessenabwägung stützt er sich hingegen auf Art 8 EMRK (siehe oben 3.1.), gelegentlich auch auf Art 8 EMRK und Art I Abs 1 BVG Rassendiskriminierung (z. B. VfGH 28.11.2019, E 1721/2019).

unter Bezugnahme auf die entsprechende Judikatur des EGMR – die Faktoren darlegt, mit denen sich das BVwG befassen hätte müssen, und dabei auch das Kindeswohl nennt.

5.1.3.2.3 Verhältnis zwischen Art 6 BVG Kinderrechte und Art 7 Abs 1 dritter Satz B-VG

Die Frage nach dem Verhältnis zu anderen verfassungsgesetzlichen Gewährleistungen mit gleichheitsrechtlichem Gehalt stellt sich im Speziellen in Bezug auf Art 6 zweiter Satz BVG Kinderrechte. Demnach ist „im Sinne des Artikel 7 Abs 1 B-VG die Gleichbehandlung von behinderten und nicht behinderten Kindern in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten“. Damit tritt die Bestimmung als besonderer **Gleichheitssatz für Kinder mit Behinderung** neben die spezifische Garantie des Art 7 Abs 1 dritter Satz B-VG, die sich von Art 6 BVG Kinderrechte primär durch den auch Erwachsene einschließenden persönlichen Anwendungsbereich unterscheidet, sowie neben den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art 7 B-VG bzw. Art 2 StGG. Art 6 BVG Kinderrechte überschneidet sich partiell auch mit Art 14 EMRK. Soweit eine Ungleichbehandlung im Anwendungsbereich eines durch die EMRK garantierten Rechts behauptet werden kann, kommen beide Bestimmungen parallel zur Anwendung. Zwar nennt die Auflistung der verpönten Unterscheidungsmerkmale in Art 14 EMRK weder das Alter noch die Behinderung, doch lassen sich beide Aspekte als unveränderliche Eigenschaften des Individuums unter den „sonstigen Status“ subsumieren.

Der spezifische Gehalt von Art 6 BVG Kinderrechte kann zunächst darin gesehen werden, dass er für auf einer Behinderung beruhende Ungleichbehandlungen von Kindern eine besondere Rechtfertigung verlangt. Über die sich bereits aus Art 7 Abs 1 B-VG ergebenden Anforderungen hinaus kann aus Art 6 BVG Kinderrechte das Erfordernis abgeleitet werden, besonders schwerwiegende Gründe zur sachlichen Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung vorzubringen. Dabei wird auch auf das Kindeswohl abzustellen und zu verlangen sein, dass gerade die Ungleichbehandlung gegenüber nicht beeinträchtigten Kindern erforderlich ist. Zudem geht der Gehalt von Art 6 BVG Kinderrechte insofern über jenen des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes hinaus, als er den Staat dazu verpflichtet, Maßnahmen zur Verwirklichung einer tatsächlichen Gleichstellung von behinderten und nicht behinderten Kindern zu setzen.⁷³⁹

In der Judikatur wurde Art 6 BVG Kinderrechte bislang nicht herangezogen. Ob diese Bestimmung in der Rechtsprechung die ihr gebührende eigenständige Bedeutung neben Art 7 B-VG erlangen wird, bleibt somit abzuwarten.

739 Weber, Das BVG über die Rechte von Kindern, in FS Berka (2013) 269.

5.1.3.2.4 Durchsetzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Kinderrechte

Die Durchsetzung von materiellen Rechten, die durch das BVG Kinderrechte garantiert werden, setzt einen **effektiven Rechtsschutz** voraus, der von betroffenen Kindern in Anspruch genommen werden kann. Während der VfGH eine Parteifähigkeit Minderjähriger im Beschwerdeverfahren immer dann annimmt, wenn das Kind Träger des geltend gemachten verfassungsgesetzlichen Rechts ist,⁷⁴⁰ und in dieser Hinsicht der Durchsetzung keine besonderen Hürden entgegenstehen, trat in der jüngeren Rsp eine andere Schwierigkeit zu Tage. Der Versuch einer Gruppe von Kindern, gestützt auf ihr Recht auf Wahrung des Kindeswohls auch und gerade unter dem Aspekt der Generationengerechtigkeit⁷⁴¹ die Untätigkeit des Gesetzgebers im Hinblick auf die zum Schutz des Klimas notwendigen Emissionsreduktionen vor dem VfGH anzufechten, scheiterte schon an den Zulässigkeitshürden.⁷⁴² Zwar beruhte die Zurückweisung auf dem nach Ansicht des VfGH zu eng gefassten Anfechtungsgegenstand, doch ist vor dem Hintergrund der stRsp, wonach die „Interessen des Antragstellers nicht bloß potentiell, sondern aktuell beeinträchtigt“ sein müssen, fraglich, ob sich solche auf die Verhinderung einer in der Zukunft liegenden Gefahr einer massiven Beeinträchtigung (auch) der Rechte und Interessen von Kindern an den VfGH herantragen lassen.

5.1.4 Verhältnis zu Garantien der Europäischen Grundrechtecharta

Mit **Art 24 GRC** enthält die GRC eine kinderrechtliche Garantie, mit der die Grundprinzipien der KRK unionsrechtlich umgesetzt wurden.⁷⁴³ Daneben findet sich in Art 32 GRC ein Verbot der Kinderarbeit und ein Recht auf Schutz vor Ausbeutung. Angesichts der verfassungsgesetzlichen Verankerung von Rechten im BVG Kinderrechte, die den in Art 24 und Art 32 GRC enthaltenen Rechten weitestgehend entsprechen, ist vor dem Hintergrund der Judikatur des VfGH davon auszugehen, dass im verfassungsgerichtlichen Verfahren auch die in Art 24 und Art 32 GRC garantierten Rechte geltend gemacht werden können.⁷⁴⁴ Allerdings wird sich ein Rückgriff auf die unionsrechtlichen Bestimmungen in aller Regel erübrigen, weil deren Vorgaben in das BVG Kinderrechte übernommen wurden.

740 *Berka/Binder/Kneihls*, Die Grundrechte2 (2019) 116.

741 Vgl. dazu *Fister*, Intertemporale und intergenerationelle Grundrechtswirkungen – Am Beispiel des Klimaschutzrechts, JRP 2022, 460.

742 VfGH 27.6.2023, G 123/2023; vgl. zustimmend *Piska/Zehetner/Winkler*, Klimaklagen in Österreich – eine ernüchternde Zwischenbilanz, *ecolex* 2023, 884. Siehe dazu auch *Gstöttner/Hahnenkamp*, Bleibt die Antragslegitimation Türhüter für Klimaklagen? Neue höchstgerichtliche Entscheidungen zum Rechtsschutz im Klima- und Umweltrecht, *juridikum* 2023, 277; *Handig/Öhner*, Gebietet Generationengerechtigkeit Klimaschutz? Zum sozialen Grundrecht auf Wahrung des Kindeswohls nach Art 1 BVG Kinderrechte, *RdU* 2023, 225; *Piska/Muzak/Zehetner*, Klimaklage BVG Kinderrechte – Top oder Flop? *ecolex* 2023, 794.

743 *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV6 (2022) Art 24 EU-GRCharta Rn 2; *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU4 (2021) Art 24 Rn 1; Charta-Erläuterungen, *ABI* 2007 C 303, 17, 25.

744 So auch *Fuchs* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommenar2 (2019) Art 24 GRC Rz 17; *Lukan* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommenar2 (2019) Art 32 GRC Rz 34 f (bejahend auch für Art 32 Abs 2 GRC); *John*, Die Grundrechtecharta in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (2020) 229.

Dementsprechend tritt Art 24 GRC in der verfassungsgerichtlichen Judikatur zumeist hinter Art 8 EMRK oder Art 7 B-VG bzw. Art 1 Abs 1 BVG Rassendiskriminierung zurück. Dies gilt insb. für jene oben geschilderten Fälle, in denen der VfGH eine unzureichende Ermittlungstätigkeit des BVwG hinsichtlich der Sicherheitslage im Herkunftsland als Willkür bemängelt und die angefochtene Entscheidung wegen Verletzung im Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander aufhebt. Regelmäßig verweist er in diesem Kontext darauf, dass die Betonung der Notwendigkeit, aktuelle Länderfeststellungen im Hinblick auf Minderjährige als besonders vulnerable Antragsteller heranzuziehen, „im Einklang mit Art 24 Abs 2 GRC bzw. Art I [sic!] zweiter Satz BVG Kinderrechte steht“.⁷⁴⁵ Auf Art 1 BVG Kinderrechte bezog sich der VfGH auch in einigen Erkenntnissen zu Verfahren betreffend die Bestimmung des zur Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz zuständigen Mitgliedstaats. Aus der Verpflichtung zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls leitete der VfGH unter Verweis auf die Judikatur des EuGH⁷⁴⁶ ab, dass bei der Auslegung der Dublin-VO die besondere Schutzwürdigkeit minderjähriger Antragstellerinnen und Antragsteller zu berücksichtigen ist.⁷⁴⁷ Daher könne es geboten sein, von einer Überstellung in einen anderen Mitgliedstaat abzusehen und den Asylantrag in der Sache zu prüfen. Dieses Verständnis stehe auch im Einklang mit Art 24 Abs 2 GRC. Außerdem verwies der VfGH auf Art 1 zweiter Satz BVG Kinderrechte, ohne dieser Bestimmung aber zusätzliches Gewicht neben Art 24 Abs 2 GRC beizumessen.

Bloß ergänzend wurde Art 24 GRC auch im Erkenntnis zum Recht mutmaßlicher leiblicher Väter auf Beantragung eines Kontaktrechts herangezogen. Nachdem der VfGH die angefochtene Bestimmung anhand von Art 8 EMRK geprüft und eine Unvereinbarkeit erkannt hatte, stellte er abschließend fest, dass sich daraus auch die Verneinung der behaupteten Verletzung von Art 24 GRC und Art 1 BVG Kinderrechte ergebe.⁷⁴⁸

Art 32 GRC entfaltete in der österreichischen Rechtsprechung bislang ebenso wenig Bedeutung wie Art 3 BVG Kinderrechte. Somit hatten die Höchstgerichte bislang keine Gelegenheit, sich mit der Frage nach dem Verhältnis der beiden Normen zueinander zu befassen.

5.1.5 Schlussfolgerungen

Mit dem BVG Kinderrechte erfolgte lediglich eine partielle Umsetzung der KRK, wobei im Dunklen blieb, auf welchen Kriterien die Auswahl der in Verfassungsrang erhobenen Rechte beruhte.⁷⁴⁹ Die Beschränkung auf einige wenige Rechte, die in ihrer Struktur und ihrem Inhalt im Wesentlichen klassischen, bereits durch andere verfassungsrechtliche

745 Siehe statt vieler VfGH 28.2.2022, E 2047/2021 u. a.; VfGH 7.6.2021, E 3553/2020 u. a.; VfGH 29.4.2021, E 15/2021 u. a.; VfGH 10.3.2021, E 345/2021 u. a.

746 EuGH 6.6.2013, Rs C-648/11, MA u. a.

747 VfGH 2.10.2013, U 2576/2012; VfGH 29.6.2013, U 2465/2012.

748 VfGH 13.12.2016, G 494/2015.

749 Sax, Kinderrechte in der Verfassung – was nun? EF-Z 2011, 204 (205).

Bestimmungen geschützten Grundrechten entsprechen, legt die Vermutung nahe, dass es dem Gesetzgeber weniger um eine Stärkung der Kinderrechte durch neue verfassungsrechtliche Vorgaben ging, die Änderungen der Rechtsordnungen nach sich ziehen hätten müssen, als vielmehr darum, den Forderungen nach Kinderrechten in der Verfassung nachzukommen, ohne damit einen allzu großen Anpassungsbedarf zu verursachen. Für diese Annahme spricht nicht zuletzt das gänzliche Ausklammern sämtlicher wirtschaftlichen und sozialen Rechte sowie der in der KRK vorgesehenen Rechte für Kinder in besonderen Lebenslagen. In dieselbe Richtung weist der Vorbehalt des Art 7 BVG Kinderrechte, der sich – zumindest nach Wortlaut und Systematik – selbst auf das Prinzip des Kindeswohlvorrangs und das Gebot der Gleichbehandlung von Kindern mit einer Behinderung bezieht. Auch hier drängt sich der Verdacht auf, dass dem Gesetzgeber an einer möglichst weitgehenden Erhaltung des status quo gelegen war.⁷⁵⁰

Das BVG Kinderrechte bringt somit jedenfalls eine **verfassungsrechtliche Untermauerung** bereits zuvor **einfachgesetzlich etablierter Kinderrechte**.⁷⁵¹ Diese Vorgehensweise des Verfassungsgesetzgebers prägt die in den ersten zwölf Jahren seit Inkrafttreten des BVG Kinderrechte ergangene Rechtsprechung. Denn darin stehen nach wie vor andere verfassungsrechtliche Bestimmungen – wie insb. Art 8 EMRK und Art 7 B-VG (bzw. ggf. Art I Abs 1 BVG Rassendiskriminierung) – selbst dann im Vordergrund, wenn die Gerichte sich mit den Grundrechten von Kindern befassen. Eine eigenständige, über die Standards anderer Grundrechte hinausgehende Bedeutung konnten die Garantien des BVG Kinderrechte bislang erst in Ansätzen entwickeln. Dabei haben nur Art 1 und Art 2 BVG Kinderrechte überhaupt Relevanz erlangt, während es zu den übrigen in diesem BVG garantierten Rechten so gut wie keine Judikatur gibt.

Ausgehend vom Befund *Grabenwarters*, wonach bereits vor Inkrafttreten des BVG Kinderrechte ein weitreichender Schutz der Kinderrechte verfassungsgesetzlich verankert war,⁷⁵² zeigt sich, dass die Gerichte nach wie vor in erster Linie auf diese älteren, allgemeinen grundrechtlichen Bestimmungen zurückgreifen und die spezifischen kinderrechtlichen Garantien in aller Regel nur ergänzend heranziehen. Dies mag im Hinblick auf manche Kinderrechte – zu denken ist etwa an das Verbot der Kinderarbeit oder das Gewaltverbot – tatsächlich auf fehlende Bedrohungssituationen bzw. die schon vor dem BVG Kinderrechte realisierte, umfassende einfachgesetzliche Umsetzung zurückzuführen sein.⁷⁵³ Bei anderen Garantien wie insb. Art 1 und Art 2 BVG Kinderrechte bestünde hingegen sehr wohl ein großer Anwendungsbereich und ein bislang nicht ausgeschöpftes

750 Sax, Kinderrechte in der Verfassung – was nun? EF-Z 2011, 204 (210).

751 Fuchs, Kinderrechte in der Verfassung: Das BVG über die Rechte von Kindern, Jahrbuch öffentliches Recht 2011, 91 (109).

752 Berka/Grabenwarter/Weber, Studien zur Kinderrechtskonvention und ihrer Umsetzung in Österreich (2014) 56.

753 Vgl. Berka/Grabenwarter/Weber, Studien zur Kinderrechtskonvention und ihrer Umsetzung in Österreich (2014) 87.

Potenzial für Einflüsse auf die Judikatur. Hier ist indes eine weitgehende Verdrängung durch Art 8 EMRK bzw. Art 7 B-VG zu konstatieren, die für die Annahme spricht, dass sich nach Ansicht der österreichischen Höchstgerichte aus den Garantien des B-VG Kinderrechte in vielen Fällen kein Mehrwert gegenüber den schon lange etablierten und in der Rechtsprechung ausgestalteten Grundrechten ergibt.

Auch wenn die Judikatur des EGMR eindrücklich demonstriert, dass eine Auslegung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens im Lichte der KRK eine Stärkung der Rechte und Interessen von Kindern nach sich ziehen kann, sollten allerdings die fundamentalen Unterschiede zwischen Art 8 EMRK und Art 7 B-VG einerseits und den Garantien des B-VG Kinderrechte andererseits nicht übersehen werden. Auf struktureller Ebene ist zunächst festzuhalten, dass sich die allgemeinen Grundrechte schon nach ihrem Wortlaut nicht auf Kinderrechte beziehen, sondern sich lediglich aus der Judikatur ergibt, dass die Interessen von Kindern bei der jeweils gebotenen Verhältnismäßigkeits- bzw. Sachlichkeitsprüfung zu berücksichtigen sind. Dies setzt jedoch erstens stets voraus, dass diese anderen Garantien überhaupt anwendbar sind, was zumindest bei Art 8 EMRK durchaus zu Schutzlücken führen kann. Während dies etwa im Familienrecht oder bei Entscheidungen über den Aufenthalt unproblematisch bejaht werden kann, ist dies etwa im gesamten Bereich der sozialen Sicherheit allenfalls mit erheblichem Argumentationsaufwand begründbar. Zumindest in diesen Bereichen kann Art 8 EMRK daher nicht ausreichen, um die Kinderrechte den Vorgaben der KRK entsprechend zu gewährleisten. Und zweitens sind die Interessen von Kindern nur einer von vielen Faktoren, die bei einer Interessenabwägung nach Art 8 Abs 2 EMRK zu berücksichtigen sind. Im Gegensatz dazu bezieht sich Art 1 B-VG Kinderrechte ausschließlich auf das Kindeswohl, dessen vorrangige Berücksichtigung die Bestimmung ausdrücklich verlangt. Wenngleich Art 8 EMRK im Licht der Kinderrechte ausgelegt werden und so für deren Durchsetzung nutzbar gemacht werden kann, ist er somit kein adäquater Ersatz für die explizite Absicherung der Interessen von Kindern durch Art 1 B-VG Kinderrechte. Eine ähnliche Problematik zeigen jene Entscheidungen, in denen trotz klarer Bezüge zum Kindeswohl primär Art 7 B-VG (bzw. Art I Abs 1 B-VG Rassendiskriminierung) oder Art 14 EMRK herangezogen werden. Auch hier bleibt die konkrete Bedeutung der Interessen der betroffenen Kinder meist im Dunklen.

Das **Potenzial** des B-VG Kinderrechte wird somit nach den Ergebnissen dieser Studie bislang durch die Rechtsprechung (die den primären Gegenstand der Untersuchung darstellt) **nicht zur Gänze ausgeschöpft**, weil die Höchstgerichte regelmäßig auf andere verfassungsrechtliche Bestimmungen zurückgreifen und die jeweils einschlägigen, kinderrechtsspezifischen Garantien ausblenden. Problematisch erscheint dies, weil damit keine spezifischen Überlegungen zu Inhalt und Gewicht der Interessen von Kindern angestellt – oder jedenfalls nicht offengelegt – werden. Zudem würden die im B-VG Kinderrechte normativ niedergelegten Wertvorstellungen des Verfassungsgesetzgebers es in vielen Fällen zumindest ermöglichen, die Interessenabwägung zugunsten der betroffenen

Kinder ausgehen zu lassen. Weiters führt diese Zurückhaltung der Höchstgerichte dazu, dass mehr als zehn Jahre nach Inkrafttreten des BVG Kinderrechte zahlreiche Fragen zu seiner Auslegung und Anwendung nach wie vor unbeantwortet sind.

Die bisherige Rezeption des BVG Kinderrechte durch die Judikatur bestätigt die These, dass der Verfassungsgesetzgeber damit im Wesentlichen bereits durch andere Grundrechte gewährleistet und einfachgesetzlich weitestgehend verwirklichte Standards absichern und weniger die Kinderrechte in ihrer Gänze umsetzen wollte. So liegt die eher geringe Bedeutung des BVG Kinderrechte z. T. schlicht an der Überschneidung mit anderen Garantien, wie insb. Art 8 EMRK und Art 24 GRC, z. T. auch an der begrenzten Auswahl der darin verankerten Kinderrechte. Mit anderen Worten können Gesetze, Verordnungen und individuelle Akte, die mit den Kinderrechten unvereinbar sind, auch ohne Rückgriff auf das BVG Kinderrechte angefochten bzw. aufgehoben werden. Andererseits lassen sich Defizite bei der Verwirklichung kinderrechtlicher Standards nicht verfassungsrechtlich geltend machen, weil die entsprechenden völkerrechtlichen Garantien nicht in das BVG Kinderrechte aufgenommen wurden.

Selbstverständlich kann nicht in Abrede gestellt werden, dass schon die verfassungsrechtliche Absicherung kinderrechtlicher Standards, die vor Inkrafttreten des BVG Kinderrechte nur einfachgesetzlich umgesetzt waren, einen nicht zu unterschätzenden Wert darstellt. Denn auch wenn in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten ein Bemühen des Gesetzgebers (insb im Familienrecht) zu beobachten war, eine stärkere Berücksichtigung der Interessen von Kindern durch die Vollziehung vorzugeben, ist eine Fortsetzung dieser Tendenz keineswegs selbstverständlich. Insofern ist es zu begrüßen, dass zumindest grundlegende Standards durch das BVG Kinderrechte dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers entzogen sind.

Vor dem Hintergrund dieses Befunds stellt sich die Frage, welche Wirkungen die **gänzliche Umsetzung der KRK** in das österreichische Verfassungsrecht bzw. die Übernahme weiterer, ausgewählter Rechte in das BVG Kinderrechte nach sich ziehen würde. Bei zahlreichen Bestimmungen der KRK hätte dies wohl tatsächlich nur symbolische Wirkung, da die garantierten Rechte zwar global betrachtet von großer Relevanz sind (z. B. Art 38 KRK: Achtung des humanitären Völkerrechts), in Österreich und den meisten anderen europäischen Staaten aber praktisch keine Rolle spielen. Bei anderen Rechten liegt die Annahme nahe, dass eine verfassungsgesetzliche Umsetzung ähnlich überschaubare Auswirkungen auf Judikatur und Gesetzgebung hätte wie die meisten der bestehenden Artikel des BVG Kinderrechte (z. B. Art 13–16 KRK: Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit, Religionsfreiheit, Versammlungsfreiheit). Schon jetzt würde Art 1 BVG Kinderrechte in Kombination mit den allgemeinen verfassungsgesetzlich garantierten Rechten eine stärkere Berücksichtigung der Rechte von Kindern ermöglichen. Ob die Ergänzung des Grundrechtskatalogs mit solchen Kinderrechten tatsächlich großen Einfluss hätte, erscheint vor dem Hintergrund der bisherigen Zurückhaltung bei der Anwendung des

BVG Kinderrechte fraglich. Anders zu beurteilen sind allerdings die Konsequenzen der Umsetzung jener Bestimmungen der KRK, denen es bislang an einem Äquivalent im geltenden Verfassungsrecht fehlt. Dies gilt zuvorderst für die sozialen Rechte, wie etwa das Recht auf Gesundheit (Art 24 KRK: Recht auf Gesundheit; Art 26 KRK; Recht auf soziale Sicherheit; Art 27 KRK: Recht auf angemessenen Lebensstandard). In diesem Bereich würde eine Erweiterung der verfassungsrechtlichen Garantien in vielen Bereichen Anpassungen der Gesetzgebung und Vollziehung erfordern.

Aus den Ergebnissen der vorliegenden Studie lässt sich indes auch ableiten, dass andere, politisch weniger umstrittene Maßnahmen ebenfalls geeignet wären, um die Durchsetzung der Kinderrechte zu stärken. Geboten erscheint nicht zuletzt eine **stärkere Aufarbeitung des BVG Kinderrechte durch Wissenschaft und Lehre**. Zu denken wäre an Forschungsprojekte ebenso wie an Bemühungen um eine literarische Durchdringung dieser verfassungsrechtlichen Materie samt ihren Querverbindungen zu unterschiedlichen Rechtsgebieten. Naheliegend wäre auch die Aufnahme dieses Gebiets als Schwerpunkt in die **Aus- und Fortbildung** der mit der Umsetzung betrauten Berufsgruppen wie insb. Richterinnen und Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit und der Verwaltungsgerichte. Die **Höchstgerichte** ihrerseits könnten dem BVG Kinderrechte mehr Leben einhauchen, indem sie es öfter heranziehen und dabei darlegen, welche Relevanz diesen grundrechtlichen Garantien für die konkret zu lösenden Rechtsfragen zukommt. Dies würde zu einer stärkeren Konturierung dieser Normen beitragen und damit auch die Anwendung durch die unterinstanzlichen Gerichte und Behörden erleichtern.

5.2 BVG Kinderrechte und die KRK: Resümee und Gesamtbewertung (Weber)

5.2.1 Allgemeines

Die KRK wurde 1992 unter Erfüllungsvorbehalt ratifiziert und 2011 durch das BVG Kinderrechte verfassungsrechtlich erheblich aufgewertet. Österreich ist sohin das einzige deutschsprachige Land, das die Kinderrechte, oder zumindest einen Teil davon, in der Bundesverfassung verankert hat.

Die vorliegende Studie untersuchte den Stellenwert beider Rechtsdokumente in der österreichischen und europäischen Rechtspraxis. Sie konzentrierte sich auf die Judikatur der österreichischen und europäischen Höchstgerichte und auf ausgewählte Rechtsgebiete mit besonderer Relevanz für die Interessen von Kindern. Die Ergebnisse zeigen ein heterogenes Bild des Stellenwerts der Kinderrechte im österreichischen Recht.

Da die KRK nicht unmittelbar anwendbar ist, wurde sie zunächst von der Judikatur nur zögerlich aufgegriffen. Mit der Schaffung des BVG Kinderrechte wurden Kinderrechte

aber insgesamt ein griffigeres Thema in der Rechtsprechung. Es lässt sich ein Trend zur zunehmenden Beachtung feststellen.

In der abschließenden Gesamtbewertung sollen zunächst die Einzelbeiträge kurz zusammengefasst und danach eine bewertende Zusammenschau geboten werden.

5.2.2 Das BVG Kinderrechte und die KRK in der Rechtsprechung

5.2.2.1 Die Judikatur der ordentlichen Gerichte

Die Judikatur der ordentlichen Gerichte gipfelt in der Rechtsprechung des OGH mit seinem Letztentscheidungsmonopol. Diesem obliegt die Beantwortung grundsätzlicher Fragen des Zivil- und Strafrechts. Die Beurteilung der Rolle der Zivil- und Strafgerichte bei der Interpretation und Umsetzung der KRK und des BVG Kinderrechte erfolgt anhand der höchstgerichtlichen Judikatur. Eine Analyse der Rechtsprechung der Unterinstanzen ist so gut wie unmöglich, da Urteile und Beschlüsse der Bezirks-, Landes- und Oberlandesgerichte kaum Eingang ins RIS finden und sohin de facto nicht publiziert sind. Die Judikatur des OGH lässt aber den Stellenwert der Kinderrechte in der österreichischen Justiz gut erkennen.

Kinderrechte spielen ausschließlich in familienrechtlichen Angelegenheiten eine Rolle. In allen anderen Angelegenheiten des Zivil- und Strafrechts finden sich keine Bezugnahmen auf das BVG Kinderrechte oder die KRK, mögen auch kinderbezogene Fragen Gegenstand der Judikatur gewesen sein.

Dafür hat der OGH die (beste) Wahrung des Kindeswohls zum obersten Prinzip bei Sorgerechtsentscheidungen erklärt. Die Interessen der Eltern haben danach hinter dieses zurückzutreten. Dabei berief sich der Gerichtshof immer wieder auf Art 1 BVG Kinderrechte. In diesem Sinne hat der OGH auch einige Gesetzesprüfungsverfahren beim VfGH erfolgreich initiiert: Starre Regelungen bei der Übertragung des Sorgerechts können (im Sinne des Kindeswohls) besser geeignete Personen von der Übernahme der Sorge ausschließen und verstoßen damit gegen Art 1 BVG Kinderrechte. Der VfGH folgte dieser Rechtsansicht und hob diese Regelung (§ 204 ABGB) wegen Verstoßes gegen das BVG Kinderrechte als verfassungswidrig auf.

Dass das Kindeswohl die oberste Richtschnur für kindesrelevante Entscheidungen zu sein hat, begründet der OGH mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgesetzgebers, das Kindeswohl in den Verfassungsrang zu heben. Damit ist das BVG Kinderrechte als verfassungsrechtliche Systementscheidung in Familienrechtsangelegenheiten durchgehend anerkannt. Dies wurde (und wird) nicht nur für das Sorgerecht, sondern auch für zahlreiche andere familienrechtliche Fragen judiziert: Die Frage nach der Zulässigkeit des Doppelresidenzmodells, bei dem Kinder nach der Trennung der Eltern abwechselnd gleich viel Zeit in den Haushalten beider Elternteile verbringen, wird ausschließlich (einzelfallbezogen) unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls beurteilt, nachdem der

VfGH die Bestimmung über die Verpflichtung zur Festlegung einer „hauptsächlichen Betreuung“ (§§ 174 Abs 4, 179 Abs 2 und 180 Abs 2 ABGB) einer verfassungskonformen Interpretation im Sinne der Wahrung des Kindeswohls für zugänglich erachtet hatte. Die Festlegung eines Hauptbetreuungshaushalts könne danach durchaus einen bloß nominellen Bezug haben, da ja zahlreiche Gesetze ihre Rechtsfolgen an einen bestimmten Hauptwohnsitz knüpfen.

Auch bei Fragen des Kontaktrechts des Kindes zu einem nicht sorgeberechtigten Elternteil stellt der OGH das Kindeswohl in den Vordergrund, auch wenn sich in den diesbezüglichen Entscheidungen keine explizite Bezugnahme auf das BVG Kinderrechte, dafür auf Art 9 Abs 3 KRK findet.

Unter ausdrücklichem Verweis auf Art 4 BVG Kinderrechte hat der OGH seine Rechtsprechung zur Verpflichtung der Anhörung der Kinder in familienrechtlichen Verfahren entwickelt. Dabei hat er ein differenziertes System der Anhörungsverpflichtungen und Mitwirkungsrechte, gestaffelt nach Materien (z. B. Obsorge – persönliche Kontakte), Altersstufen und Partizipationsmöglichkeiten, entwickelt. Im Hinblick auf die Obsorge geht der OGH von einer relevanten Urteilsfähigkeit und damit einem Mitspracherecht ab dem zwölften Lebensjahr aus.

Der 2010 geschaffene Kinderbeistand soll nach Auffassung des OGH Vertreter des Kindes und ein Instrument zur Durchsetzung der in Art 4 B-VG verankerten Partizipationsrechte sein. Jedenfalls steht nach klarer Rechtsprechung des OGH der Kinderbeistand im Dienst des Kindeswohls.

Dass die Adoption im Dienst des Kindeswohls steht und nicht primär den Kinderwunschin-teressen der (Adoptiv-)Eltern dient, hat der OGH schon lange vor dem Beitritt Österreichs zur KRK und der Schaffung des BVG Kinderrechte judiziert. Sowohl bei der Adoption als auch bei deren Aufhebung hat das Kindeswohl im Zentrum des Interesses zu stehen. Auch wenn die einfachgesetzlichen Bestimmungen über die Aufhebung der Adoption eine Kindeswohlprüfung nicht verlangen, sei eine solche durch Art 1 zweiter Satz BVG Kinderrechte zwingend geboten.

Der starre Mindestabstand von 16 Jahren zwischen Wahlmutter und Wahlkind schien dem OGH angesichts zu beurteilender konkreter Fälle im Widerspruch zur vorrangigen Wahrung des Kindeswohles zu stehen, was ihn zur Stellung eines Gesetzesprüfungsantrages an den VfGH veranlasste. Der VfGH folgte den kindeswohlbezogenen Argumenten des OGH und hob diese Regelung wegen Nichtbeachtung des Kindeswohls – wegen der starren Regeln – als verfassungswidrig auf. Er betonte – entgegen der Bundesregierung – dass Art 7 Abs 3 BVG Kinderrechte (Gesetzesvorbehalt) diese Bestimmung nicht rechtfertigen kann.

Der OGH hält zwar die Inkognitoadoption für mit dem Kindeswohl vereinbar, betonte aber doch das aus Art 8 EMRK und Art 7 KRK abzuleitende Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Herkunft. Dieses Recht kommt dem Kind aber ohnehin mit der Vollendung des 14. Lebensjahres zu. Eine Berufung auf das BVG Kinderrechte konnte mangels einer darin enthaltenen Schutzbestimmung nicht erfolgen.

In der Judikatur der ordentlichen Gerichte spielt Art 24 GRC bislang nur eine untergeordnete Rolle. Lediglich bei Fragen des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts und im Anwendungsbereich der HKÜ wurde diese Bestimmung in mehreren Entscheidungen herangezogen. Der OGH folgte bisher den Vorgaben des EuGH, wonach das Aufenthaltsrecht eines oder einer Drittstaatsangehörigen aus der Unionsbürgerschaft des Kindes abgeleitet werden kann, wenn es dem Kind unzumutbar ist, ohne seine Eltern oder einem Elternteil im Aufenthaltsstaat zu bleiben. Das muss einzelfallbezogen ermittelt werden, wobei das unionsrechtliche Grundrecht des Kindeswohls gem Art 24 Abs 2 GRC vorrangig zu beachten ist.

Auch bei der Anwendung der Rückführungsanordnung für rechtswidrig nach Österreich verbrachte Kinder nach der HKÜ ist das Kindeswohl vorrangig zu beachten. Dabei ist auch die gesamte Familiensituation zu erheben und rechtlich zu würdigen. Hier beruft sich der OGH ausdrücklich auf Art 24 GRC.

Die ordentlichen Gerichte wenden bei Fragen des Schutzes des Kindeswohls nicht nur das BVG Kinderrechte, sondern auch Art 8 EMRK an. Das BVG Kinderrechte und Art 8 EMRK stehen dabei z. T. in einem Spannungsverhältnis zueinander, zum überwiegenden Teil ergänzen sie sich aber. Art 8 EMRK schützt nicht nur die Rechte der Kinder, sondern auch die der Eltern und anderer Familienangehörigen und gewährleistet so eine Art komplexer „Familienautonomie“. Der Vorrang elterlicher Erziehung vor staatlich angeordneter Obsorge oder von Erziehungshilfen ist auch im materiellen Bundes- und Landesrecht durchgehend gewährleistet. Nach der Judikatur des OGH sind Eingriffe in die Familienautonomie ausschließlich zur Gewährleistung des Kindeswohls zulässig. Dabei wird ein strenger Maßstab zugunsten des elterlichen Erziehungsvorrangs angelegt. Nur wenn die Obsorgepflicht nicht oder nur sehr mangelhaft erfüllt wird oder eine massive Gefährdung des Kindeswohls droht oder bereits eingetreten ist, ist eine Übertragung der Obsorge an den Kinder- und Jugendhilfeträger zulässig. Aus Art 8 EMRK leitet der OGH die strenge Wahrung der Verhältnismäßigkeit an. Auch laufende Begleitmaßnahmen zur Vermeidung der Entfremdung des Kindes von den Eltern und zur Aufrechterhaltung der Möglichkeit einer späteren Wiedervereinigung sind nach Auffassung des OGH notwendig.

In der Judikatur zu den Kontakten des Kindes zu seinen getrennt lebenden Eltern hat der OGH aus Art 8 EMRK ein Grundrecht auf die Eltern-Kind-Beziehung abgeleitet, auf das sich das Kind und die getrennt lebenden Eltern berufen können. Dabei hat das Interesse der Eltern im Konfliktfall hinter die Interessen des Kindes zurückzutreten.

Die vorrangige Beachtung des Kindeswohles vor den elterlichen Interessen wird in der Judikatur zu Kontakten und Besuchsregelungen nicht auf das BVG Kinderrechte, sondern auf Art 8 EMRK gestützt. Dies findet sich durchgehend in der umfangreichen und sehr kasuistischen Judikatur.

Auch die Judikatur zu Kindesentführungen und Rückführungsanträgen stützt sich weitgehend auf Art 8 EMRK. Dazu gibt es eine sehr umfangreiche Judikatur des EGMR, die der OGH durchgehend übernimmt.

Schließlich leitet der OGH das Gebot einer zügigen Verfahrensführung in Kinder- und Familienangelegenheiten aus Art 8 (neben Art 6 EMRK) ab. Ansonsten orientiert sich der OGH bei verfahrensrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit kinderrechtsbezogenen Verfahren zumeist an Art 1 BVG Kinderrechte.

Abstammungsrechtliche Verfahren, bei denen die rechtliche und (mutmaßliche) biologische Vaterschaft auseinanderfallen, werden in Interessenabwägungen im Sinne von Art 8 EMRK geführt, wobei die Interessen des (möglichen) leiblichen Vaters auf Klärung der Vaterschaft mit den Interessen der Mutter und des rechtlichen Vaters mit Priorisierung des Kindeswohles abzuwägen sind.

Die Anwendung des BVG Kinderrechte, der KRK und des Art 8 EMRK ist bei familienrechtlichen Entscheidungen durchgehend zu beobachten. Das ist aber durch die familienrechtlichen Vorgaben im ABGB bereits seit langem vorgegeben. Bei anderen Rechtsgebieten finden diese kinderrechtlichen Grundrechtsnormen keine Beachtung. Das ist insofern verwunderlich, als etwa die Anwendung des Jugendstrafrechts ja durchaus in den Anwendungsbereich der Kinderrechte fällt. Hier findet man aber weder im Rechtsbestand noch in der Judikatur ausdrückliche Hinweise auf die Wahrung des Kindeswohls.

5.2.2.2 Die Judikatur des VfGH

Dem VfGH wurden seit Inkrafttreten des BVG Kinderrechte zahlreiche Fälle von z. T. grundlegender Bedeutung für Kinderrechte und das Kindeswohl vorgelegt. Im Bereich der Vollziehung betrafen diese vorrangig fremdenpolizeiliche Angelegenheiten, im Bereich der Gesetzgebung zusätzlich familien- und sozialrechtliche Fragen.

Die bisher ergangenen fremdenrechtlichen Entscheidungen betrafen schwergewichtig das Asyl- und Bleiberecht von Kindern und Minderjährigen. Der VfGH betonte dabei immer wieder die Pflicht der Behörden und des BVwG, ausreichende Ermittlungen über die Lebenssituation für Kinder und Minderjährige im Herkunftsland anzustellen. Dabei darf nicht zwischen begleiteten und unbegleiteten Minderjährigen unterschieden werden. Art 8 EMRK verlangt bei Ausreiseverpflichtungen eine umfassende Ermittlung aller relevanten Sachverhalte und eine ausgewogene Interessenabwägung, wobei dem Kindeswohl eine besondere Bedeutung zukommt.

Der VfGH korrigierte wiederholt abstruse Begründungen zur Wahrung des Kindeswohls und der Verhältnismäßigkeit, so etwa die Vorstellung, der persönliche Kontakt eines Elternteils mit einem einjährigen Kind könnte problemlos durch Medienkommunikation (Skype, Internet, Telefon) ersetzt werden, dass die Ausweisung der Mutter eines Säuglings durch die Obsorge des Vaters problemlos substituiert werden könne oder dass ein ungeborenes Kind nicht in die Interessenabwägung des Art 8 EMRK einzubeziehen sei. Die völlig unzureichende Berücksichtigung des Kindeswohls und der konkreten Familiensituation durch das BWwG und die LVwG führt häufig zu Aufhebungen von fremdenrechtlichen Entscheidungen und zeigt auch die mitunter mangelnde Sensibilität der Verwaltungsgerichte in Grundrechtsfragen auf.

Das Kindeswohl und damit das BVG Kinderrechte standen wiederholt im Zentrum von Gesetzesprüfungsverfahren, vornehmlich mit familienrechtlichen Bezügen. So hob der VfGH vor allem Regelungen auf, die keine einzelfallbezogene Berücksichtigung des (individuellen) Kindeswohls ermöglichten (Altersunterschied zwischen Adoptierenden und Adoptierten, Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Adoption und starre Vorgaben für die Obsorgeregelung nach der Scheidung u. a.). Diese Regelungen waren auch im Lichte des Gleichheitsgebotes problematisch, doch verwies der VfGH ausdrücklich auf die Verletzung des BVG Kinderrechte.

Dass mit der Obsorge des unehelichen Kindes allein die Mutter betraut ist (§ 166 ABGB), hielt der VfGH dann für mit Art 8 i. V. m. Art 14 EMRK vereinbar, wenn eine wirksame Überprüfungsöglichkeit dem Vater die Möglichkeit gibt, im Sinne des Kindeswohls iS des Art 1 BVG Kinderrechte (als ausschließliches übergeordnetes Interesse) die Obsorgeberechtigung zu erlangen.

Der VfGH trat Bestrebungen von Eltern entgegen, Kinder gegen deren Willen nicht am Schulunterricht teilnehmen zu lassen. Art 4 BVG Kinderrechte kann jedenfalls kein Argument gegen das in Art 14 Abs 7a B-VG festgelegte Pflichtschulsystem darstellen, da dieses auch nicht in Widerspruch zum BVG Kinderrechte steht.

Das österreichische Sozialhilferecht erfuhr durch die Inanspruchnahme der Grundsatzgesetzgebungskompetenz durch den Bund im Jahre 2019 erhebliche Verschärfungen zu Lasten bedürftiger Menschen und zwang auch die Länder zur Umstellung und Anpassung ihrer Systeme. Hatten die Landesgesetze bis 2019 Mindestsätze für die Sozialhilfe (Mindestsicherung) festgelegt, so schreibt das Grundsatzgesetz nunmehr Höchstsätze und zusätzlich eine degressive Staffelung mit geringeren Beträgen ab dem dritten Kind vor. Familien mit mehr als drei Kindern werden so massiv benachteiligt. Darin erkannte der VfGH nicht nur eine sachlich nicht begründbare Schlechterstellung solcher Familien, sondern auch einen Verstoß gegen das BVG Kinderrechte. Mit den gleichen Argumenten hob der VfGH auch Ausführungsbestimmungen in Landesgesetzen auf. Schließlich wandte der VfGH diese Judikatur auch bei gesetzlichen Regelungen über

die Deckelung der Mindestsicherung für Asylwerber und -werberinnen an, indem er das Kindeswohl als Schranke für Beschränkungen von Leistungen an diese Personengruppe in den Mittelpunkt stellte.

Der VfGH entwickelte in den letzten Jahren eine ausgeprägte Judikatur zum BVG Kinderrechte. Dabei fällt auf, dass die Judikatur überwiegend auf die allgemeine Bestimmung des Art 1 zurückgreift. Dem Kindeswohl wird – gemäß dem Verfassungsauftrag des zweiten Satzes – vorrangige Bedeutung eingeräumt, aber zumeist i. V. m. anderen Grundrechten, vor allem dem Gleichheitsgrundsatz. Der VfGH bindet das BVG Kinderrechte sohin in seine ständige Judikatur zu Sachlichkeit, Verhältnismäßigkeit u. a. ein. Das Kindeswohl markiert so eine Begrenzung des rechtspolitischen Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers. Ein eigenständiger rechtsdogmatischer Inhalt der Kinderrechte lässt sich aus der bisherigen Judikatur aber nicht ableiten.

5.2.2.3 Die Judikatur des VwGH

Das BVG Kinderrechte hat in der Judikatur des VwGH keine wirklich eigenständige Bedeutung. Auf das Kindeswohl wird hauptsächlich in den Fällen Bezug genommen, in denen in den einfachgesetzlichen Grundlagen Beachtung verlangt wird. Dies kommt primär im Fremdenrecht zum Tragen. Dabei bezieht sich der VwGH aber schwergewichtig auf die einfachgesetzlichen Grundlagen und nicht auf die Grundrechte. Dies mag seinen Grund in der Kompetenzabgrenzung des Art 133 Abs 5 B-VG haben, an die sich der VwGH strikt hält, obwohl der VfGH die Zuständigkeit des VwGH auch in den Fällen bejaht, in denen ausschließlich verfassungsrechtliche Fragen an ihn herangetragen werden.⁷⁵⁴ So kann der Einfluss des BVG Kinderrechte auf die Judikatur des VwGH als nur sehr gering bezeichnet werden.

5.2.2.4 Die Judikatur des BVwG

In der Judikatur des BVwG wird das Kindeswohl in gleicher Weise argumentiert wie beim VwGH: bei der Überprüfung von – vornehmlich fremdenrechtlichen – Entscheidungen, bei denen den Behörden die Wahrung des Kindeswohls einfachgesetzlich aufgetragen wird. Wie der VwGH nimmt auch das BVwG kaum direkten Bezug auf das BVG Kinderrechte und judiziert das Kindeswohl primär als einfachgesetzlich zu wahrendes Rechtsgut. Das BVwG thematisiert in seiner fremdenrechtlichen Judikatur zwar immer wieder das Kindeswohl, doch hat er dieses, soweit ersichtlich, noch nie als selbständigen Grund für die Behebung oder Änderung einer negativen behördlichen Entscheidung herangezogen.

5.2.2.5 Die Judikatur der LVwG

Die LVwG haben in ihrer Judikatur vielfältige Berührungen mit Kindeswohl und Kinderrechten. Die Vollziehung von Kinder- und Jugendhilfe, Jugendschutz, Sozialhilfe und

754 Siehe VfSlg 13.983/1994.

Grundversorgung, Aufenthaltsrecht, Namensrecht, Schulrecht und anderen kinder- und jugendrechtsrelevanten Rechtsgebieten unterliegt der gerichtlichen Überprüfung durch die LVwG, da diese Gesetze entweder im Rahmen der Landes- oder der mittelbaren Bundesverwaltung vollzogen werden.

Die LVwG greifen Kinderrechte und Kindeswohl in mehreren Materien auf, insb. im Aufenthaltsrecht, Namensrecht, Recht der Mindestsicherung/Sozialhilfe und im Schulrecht. Der Entscheidungsstil der LVwG ist an den des VwGH angelehnt: Eine stark positivistische Interpretation der einfachgesetzlichen Entscheidungsgrundlagen, einzelfallbezogene Interessenabwägung und die stärker verwaltungs- als verfassungsrechtliche Orientierung der Rechtsprechung, was sich insb. in einem gewissen Formalismus bei der Bewertung der oft sehr bürokratischen Hürden im Fremdenrecht äußert. Gleichwohl ist die Judikatur der LVwG – länderweise unterschiedlich – durchaus grundrechtsbezogen, indem grundrechtliche Erwägungen in Abwägungsentscheidungen einfließen.

Das BVG Kinderrechte wird insgesamt weit seltener herangezogen als Art 8 EMRK, was seinen Grund wohl darin hat, dass letztere Bestimmung hinreichend ausjudiziert ist, während das BVG Kinderrechte nach wie vor keine wirklich umfangreiche fundierte Judikatur aufweisen kann. Soweit Kinderrechte in den Landesverfassungen verankert sind, finden diese in der Judikatur überhaupt keine Beachtung. Es ist aber auffallend, dass in den letzten Jahren das BVG Kinderrechte zunehmend stärkere Beachtung findet, was als langsamer Rezeptionsprozess und als zunehmende Beachtung der Kinderrechte in der Judikatur gedeutet werden kann.

Die Judikatur zum NAG folgt den (strengen) Vorgaben des VwGH, lässt aber eine stärkere Einbeziehung der grundrechtlichen Vorgaben für das Kindeswohl erkennen, wenn auch die verfassungsrechtlichen Grundlagen vielfach keine Erwähnung finden. Dies gilt aber nur für Abwägungsentscheidungen, bei denen das Kindeswohl als übergeordnetes Interesse zum Tragen kommen kann.

Im Bereich der Sozialhilfe und der Mindestsicherung sind die sehr restriktiven gesetzlichen Vorgaben vielfach so detailliert, dass für Interessenabwägungen oft kein Raum bleibt. Das gilt auch für die Grundversorgungsgesetze, einschließlich der Bestimmungen betreffend die unbegleiteten Minderjährigen. Da viele ergänzenden Unterstützungsleistungen im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung vergeben werden, haben die LVwG hier keine Kontrollkompetenzen, und es ist auch kaum möglich, in die Praxis dieser Förderungen Einsicht zu nehmen.

In den Bereichen der Jugendhilfe und des Jugendschutzes finden sich nur sehr wenige Judikate der LVwG, die das Kindeswohl und Kinderrechte zum Gegenstand haben.

5.2.2.6 Die Judikatur des EGMR

Die EMRK enthält keine spezifischen Kinder- und Jugendrechte. Gleichwohl entwickelte der EGMR seit den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts eine ausgeprägte kinderrechtsbezogene Judikatur. Dabei überwand er ab Mitte 2000 sukzessive das traditionelle familienrechtliche Bild des Kindes als schutzbedürftiges Mitglied der Familie ohne eigene rechtliche Interessen und entwickelte, nicht zuletzt unter dem Einfluss der KRK, die Vorstellung von Kindern als eigenständigen Trägern von Rechten, die nicht immer ident mit den Rechten der Eltern sind und mit diesen durchaus in Widerspruch geraten können. Diese Judikatur wurde wegweisend für die österreichische Gesetzgebung und Rechtsprechung, die diese Judikatur vollinhaltlich übernahmen und nach wie vor als Richtschnur für die Auslegung österreichischer kinderrechtsbezogener Gesetze heranziehen.

Der EGMR zieht die KRK in seine Begründungen ein und argumentiert dies mit dem Grundsatz der völkerrechtskonformen Interpretation (Gebot, die Konvention „soweit wie möglich in Harmonie mit anderen Grundsätzen des Völkerrechts auszulegen“).

Besonders ausgeprägt und von unmittelbarem Einfluss auf die österreichische Rechtsprechung ist die Judikatur zu familienrechtlichen Angelegenheiten. Hier kommt dem Gerichtshof die schwierige Rolle zu, die von Art 8 EMRK geschützten Interessen, von denen das Kindeswohl nur eines von mehreren ist, verhältnismäßig auszubalancieren und dabei die vorrangige Bedeutung des Kindeswohls in Einklang mit den Elternrechten und öffentlichen Interessen zu bringen. Dabei hat der EGMR die KRK zunehmend in seine Rechtsprechung integriert und sukzessive das Kindeswohl als überragenden Faktor („la consideration primordiale“) der Beurteilung kinderrechtsrelevanter Fälle thematisiert. Den Entscheidungen zur Entziehung der Obsorge, der Fremdunterbringung und der Adoption liegen solche typischen Interessenabwägungen zugrunde. Besonders bei den Fragen der Adoption stellte der EGMR das Kindeswohl deutlich an oberste Stelle.

In die Judikatur zur Kindesentführung wurden auch weitere völker- und unionsrechtliche Bestimmungen einbezogen (HKÜ, Brüssel IIa-VO) und der möglichst raschen Wiederherstellung des status quo ante als (widerlegbarer) Grundsatz der Wahrung des Kindeswohles postuliert.

Auch die Anwendung der Grundsätze von Art 6 EMRK in familienrechtlichen Verfahren wurde kindeswohlspezifisch in der KRK spezifiziert: Die Schärfung der Mitwirkungsrechte der Kinder und Jugendlichen in den familienrechtlichen Verfahren, und die Betonung der Raschheit bei solchen Verfahren leitete der EGMR direkt aus Art 8 EMRK ab.

Auch die Anwendung der KRK im Jugendstrafrecht ist Teil der kindeswohlorientierten Judikatur: Die Verhängung der Untersuchungshaft an Jugendlichen ist nur als ultima ratio zulässig und muss möglichst kurz gehalten werden.

Zur Strafmündigkeit von Kindern und Jugendlichen ist die Judikatur des EGMR sehr großzügig, da diese in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich festgelegt wird. Hierbei übte der Gerichtshof große Zurückhaltung und akzeptierte auch die britische Rechtslage, die eine Strafmündigkeit bereits ab dem zehnten Lebensjahr vorsieht.

Für den Strafvollzug verlangt der EGMR die Berücksichtigung der kinder- und jugendspezifischen Bedürfnisse. Eine gemeinsame Unterbringung von Kindern und Jugendlichen mit erwachsenen Straftätern und Straftäterinnen ist danach unzulässig.

Im Bereich der Migration entwickelte der EGMR kinder- und jugendspezifische Anforderungen, die auch für das österreichische Fremdenrecht relevant sind. Dabei standen Fragen der Aufenthaltsbeendigung (Fragen der Verhältnismäßigkeit von Ausweisungen, die das Familienleben beeinträchtigen, der Familienzusammenführung und der Ausgestaltung des Asylverfahrens im Vordergrund. Der EGMR stuft das Kindeswohl zwar als sehr gewichtig ein, bezieht aber auch andere, insb. öffentliche Interessen wie die geordnete Integrationspolitik in seine Judikatur ein. Zudem stellt er klar, dass aus Art 8 EMRK kein Recht auf Familienzusammenführung erwächst. Diesbezügliche Entscheidungen haben aber das Kindeswohl speziell zu achten.

Minderjährige Migrantinnen und Migranten müssen im Asylverfahren besonderen Schutz erfahren, wobei der Schutz nicht auf unbegleitete minderjährige Asylwerberinnen und Asylwerber beschränkt. Das besondere Schutzerfordernis für Minderjährige gilt auch für die Situation in Anhaltezentren.

Der EGMR verlangt für Kinder und Jugendliche verstärkte Gewährleistungsgarantien gegen Gewalt und sexuellen Missbrauch sowie den Schutz der Persönlichkeitsrechte, was wirksame Maßnahmen zur Prävention und Wiedergutmachung erfordert. Dabei bezog sich der Gerichtshof immer wieder auf die KRK.

Das in Art 2 1. ZPEMRK verankerte Recht auf Bildung wurde vom EGMR durch die Einbeziehung von Art 28 und 29 KRK präzisiert. Dabei hob der Gerichtshof den hohen Wert der Schulbildung in der heutigen Zeit hervor und verlangte für (an sich zulässige) Schulgebühren in der Sekundarstufe eine sachliche Rechtfertigung.

5.2.2.7 Die Judikatur des EuGH

Grundlage der Judikatur des EuGH zum Kindeswohl ist Art 24 GRC. Sie ist weniger umfangreich als die des EGMR und beinhaltet zum überwiegenden Teil Vorabentscheidungen zur Auslegung von einschlägigen Richtlinien und Verordnungen und lotet den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten bei Anwendung dieser Rechtsakte aus. Die Judikatur betrifft vier Themenbereiche: Migration und internationaler Schutz; Entziehung der Unionsbürgerschaft von Minderjährigen; Einschränkung von Grundfreiheiten zum Schutz von Minderjährigen und familienrechtliche Angelegenheiten.

Der EuGH verlangt bei Rückkehrentscheidungen die umfassende Prüfung aller die Minderjährigen betreffenden Umstände, einschließlich der Aufnahmebedingungen im Rückkehrstaat. Bei der Beurteilung des Begriffs von Minderjährigen ist nicht auf den Zeitpunkt der fremdenrechtlichen Entscheidung abzustellen, sondern auf den der Antragstellung bzw. der Verfahrenseinleitung. Das gilt auch für andere Fälle der Prüfung des Aufenthaltsrechts von Minderjährigen.

Aus Art 24 GRC leitet der EuGH weder ein (generelles) Recht auf Familienzusammenführung noch das Recht von Minderjährigen auf Aufnahme im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates ab. Hier verlangt der EuGH eine umfassende Einzelfallprüfung und die Orientierung der Entscheidung am Kindeswohl sowie am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Forderung nach umfassenden, alle Aspekte des Kindeswohls berücksichtigenden, an den Grundrechten und am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierten Einzelfallprüfungen zieht sich als roter Faden durch die Judikatur des EuGH. Dabei ist auf die tatsächlichen Umstände abzustellen. Eine bloß formalrechtliche Prüfung der Bewilligungs- bzw. Versagungsgründe für Aufenthalt bzw. Unionsbürgerschaft reicht nicht aus. Wie auch der EGMR zu Art 8 EMRK stellt der EuGH das Kindeswohl als sehr hohes Rechtsgut in das Zentrum seiner Judikatur zu Art 24 GRC.

Die Betonung der tatsächlichen Umstände kommt auch bei der Ermittlung der Gerichtszuständigkeit bei Streitigkeiten bezüglich elterlicher Verantwortung zum Tragen. Dies gilt insb. für jene Konstellationen, bei denen unterschiedliche Zuständigkeitsvorschriften für zwischenstaatliche Fälle bestehen. Hier kommt jener Mitgliedstaat zum Zug, zu dem das Kind eine besondere Beziehung hat.

5.2.3 Der Einfluss des BVG Kinderrechte und der KRK auf die Gesetzgebung

5.2.3.1 Bundesgesetzgebung

Der Einfluss der Kinderrechte auf die österreichische Bundesgesetzgebung ist im Familienrecht am deutlichsten sichtbar. Zwar war das Kindeswohl schon vor Inkrafttreten des BVG Kinderrechte und vor der Ratifizierung der KRK Thema der österreichischen Familiengesetzgebung, durch das KindNamRÄG wurde im Jahre 2013 das Kindeswohl verstärkt im österreichischen Familienrecht verankert und zieht sich als roter Faden durch dieses Rechtsgebiet.

Im Fremdenrecht enthalten das AsylG (§ 40 Abs 2), das BFA-VG (§ 13 Abs 6) und das NAG (an mehreren Stellen) Verweise auf das Kindeswohl. Diese spärliche Erwähnung des Kindeswohls im Fremdenrecht ist immer wieder Gegenstand der Kritik. Zwar gelten die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Art 8 EMRK und des BVG Kinderrechte unmittelbar bei Vollzug des Fremden- und Asylrechts, deutlichere Klarstellungen im Gesetz wären aber dringend erforderlich.

Im B-KJHG spielen die Kinderrechte naturgemäß eine tragende Rolle, was sich auch in der Textierung niederschlägt. Kinderrechte und Kindeswohl sind auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung des Bundes maßgeblich. Die vielfältigen Förderungsmaßnahmen des Bundes sind allerdings zu einem erheblichen Teil ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage gesetzt worden, was der Transparenz dieser Maßnahmen nicht unbedingt förderlich ist.

Im Großteil des Bundesrechts ist das Kindeswohl noch ein untergeordnetes Thema. Dies gilt auch für das Schulrecht, das Jugendstrafrecht, das Verkehrsrecht, das Sozialrecht u. v. a. So wie die Gender-Gerechtigkeit sollte auch das Kindeswohl als durchgängiges Prinzip Eingang in die Gesetzgebung des Bundes finden.

5.2.3.2 Landesgesetzgebung

Auf Grund der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung kommt den Ländern bei der Durchsetzung der Kinderrechte eine wichtige Funktion zu. Dem tragen auch etliche Landesverfassungen Rechnung, indem sie Kinderrechte und/oder das Kindeswohl ausdrücklich als Staatsziel verankern. Kinder- und Jugendhilfe, Jugendschutz als verwaltungspolizeiliche Gesetze, Kindergarten- und Kinderbetreuungsgesetze als organisatorische Regelungen. Sozialhilfe- und Mindestsicherungsgesetze, Teilhabe- und Behindertengleichstellungsgesetze, Grundversorgungsgesetze und andere die Leistungsverwaltung betreffenden Gesetze sind essenziell für die materielle Situation von Kindern und Jugendlichen in sozial prekären Situationen.

Die Kinder- und Jugendwohlfahrtsgesetze sind durch das sehr detaillierte Grundsatzgesetz des Bundes (B-KJHG) stark vorgeprägt und weisen eine starke Uniformität auf. Entsprechend den grundrechtlichen Vorgaben dürfen Anordnungen von Erziehungshilfen und Erziehungsmaßnahme gegen den Willen der Eltern nur als ultima ratio eingesetzt werden. Der Einsatz von Verwaltungshelfern (zumeist Vereine) ist in allen Bundesländern vorgesehen und auch unverzichtbar. Verwaltungsbehördliche und gerichtliche Überwachung soll qualitätssichernd wirken.

Die Jugendschutzgesetze sollen Kinder und Jugendliche vor den Gefahren der Erwachsenenwelt schützen. Durch altersmäßig abgestufte Ver- und Gebote sollen sie dem Erwachsenenleben langsam nähergebracht werden. Dabei gibt es z. T. erhebliche Unterschiede zwischen den einzelnen Bundesländern, die sachlich kaum begründbar sind. Die Forderung nach einem bundesweiten Jugendschutzrecht wird immer wieder geäußert.

Die Regelungen über Kinderbetreuungseinrichtungen (Kinderhorte, -krippen und -gärten) enthalten Bestimmungen über Organisation, Qualitätssicherung und Überwachung dieser Einrichtungen. Die Entwicklung dieser Rechtsbereiche ist dynamisch und verfolgt auch arbeitsmarktbezogene Zwecke, dem insb. die sukzessive Einführung von Rechtsansprüchen auf ganztägige Kinderbetreuung dienen soll.

Von besonderer Bedeutung für die Entwicklung und Zukunft von Kindern aus finanziell schlechter gestellten Familien ist das Recht der Sozialhilfe/Mindestsicherung und der Grundversorgung für minderjährige Flüchtlinge. Durch die grundsatzgesetzliche Einführung von beschämend geringen Obergrenzen für Sozialleistungen wurde für die Länder ein Verbesserungsverbot eingeführt, das vom VfGH akzeptiert wurde. Während die Basisleistungen mit Bescheid vergeben werden, erfolgt die Vergabe zahlreicher Zusatzleistungen im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung. Dadurch wird die Rechtslage weniger transparent und es entfallen durchsetzbare Rechtsansprüche.

Durch die inflationsbedingte Teuerung aller Lebensbereiche ist die Kinderarmut in den letzten Monaten gestiegen. Im Lichte der Kinderrechte ist diese Tendenz besorgniserregend.

5.2.4 Gesamtbewertung

Im Folgenden soll, aufbauend auf die Teilstudien dieses Projekts, eine Bewertung des Stellenwerts des BVG Kinderrechte und des Einflusses auf die österreichische Gesetzgebung und Rechtsprechung in Thesen erfolgen:

Kinderrechte und das Kindeswohl waren schon vor der Einführung des BVG Kinderrechte Thema der Gesetzgebung und Rechtsprechung. Die Orientierung am Kindeswohl war im Familienrecht wohl am stärksten ausgeprägt. Über Art 8 EMRK hatten Kinderrechte sodann in der Vollziehung des Fremdenrechts ihren Platz gefunden, indem der VfGH die Berücksichtigung von Art 8 EMRK auch in den Fällen anordnete, in denen kein Hinweis darauf im Gesetz enthalten war.

Nach der Einführung des BVG Kinderrechte wurden Kinderrechte sowohl von der Gesetzgebung als auch von der Judikatur aufgegriffen. Im Familienrecht wurden diese insb. durch das KindNamRÄG 2013 verstärkt, indem nicht nur die Judikatur von EGMR und VfGH zu Obsorge und Kontakt umgesetzt, sondern mit § 138 ABGB der Grundsatz der vorrangigen Beachtung des Kindeswohls im Familienrecht an prominenter Stelle untermauert wurde.

Die Judikatur zum Kindeswohl wurde durch das BVG Kinderrechte zuerst zögerlich, dann aber zunehmend sichtbarer beeinflusst, wenngleich von einem Durchbruch bis heute nicht wirklich gesprochen werden kann. Das BVG Kinderrechte steht immer noch im Schatten von Art 8 EMRK. Auch 2023 stützen LVwG ihre Judikatur zu den Kinderrechten häufiger auf Art 8 EMRK als auf das BVG Kinderrechte. Der VfGH stellt in seiner Judikatur ebenfalls beide Verfassungsnormen gleichgewichtig nebeneinander, verleiht dem BVG Kinderrechte aber einen Verstärkereffekt, und bringt das Kindeswohl in einigen Fällen sehr vorsichtig in die Nähe eines selbständigen Verfassungswertes – freilich ohne dies expliziert zu formulieren. Die Judikatur dazu ist noch im Fluss.

Der Verstärkereffekt des BVG Kinderrechte wird besonders in der Gleichheitsjudikatur des VfGH sichtbar. In seinen Erk zum Sozialhilferecht hob er die degressive Staffelung der Sozialleistungen bei Mehrkindfamilien als sachlich nicht gerechtfertigt und, da diese Unsachlichkeit direkte Auswirkungen auf die Versorgungssituation von Kindern hat, auch wegen des Verstoßes gegen Art 1 BVG Kinderrechte auf. Führte der VfGH bei der Aufhebung der grundsatzgesetzlichen Bestimmung noch das BVG Kinderrechte an, so berief er sich bei der Aufhebung der Bestimmungen des NÖ SozialhilfeG nur mehr auf Art 7 B-VG und Art I Abs 1 BVG Rassendiskriminierung.

Mit gleichheitsrechtlichen Argumenten hob der VfGH weiters das Verbot der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare sowie den Ausschluss der automatischen Elternschaft des Ehepartners bzw. eingetragenen Partners bei „Heiminsmination“. Der VfGH scheut sich bisher, den eigenständigen rechtlichen Gehalt des BVG Kinderrechte hervorzuheben. Das ist wohl mit seiner Anlehnung an die Judikatur des EGMR erklärbar, der ja kein eigenständiges Grundrecht wie das BVG Kinderrechte in der EMRK vorfindet, sondern Art 8 EMRK als Basis für die Entwicklung der Kinderrechte heranzieht.

Maßgeblich für die Entwicklung der Kinderrechte ist die Judikatur des EGMR. Dieser hat in den letzten Jahrzehnten das Kindeswohl als selbständiges Interesse aus dem Gesamtkontext von Art 8 EMRK formuliert und so ein eigenständiges Persönlichkeitsrecht des Kindes entwickelt. Diese Judikatur hat die österreichische Rechtspraxis nachhaltig geprägt.

Die Judikatur des EuGH zu Art 24 GRC lehnt sich an die Judikatur des EGMR an. Hervorstechendes Merkmal ist die Forderung nach einer einzelfallbezogenen Interpretation der Unionsrechtsakte.

Die KRK findet zwar immer wieder Erwähnung in der österreichischen Judikatur, wird jedoch im Hinblick auf die fehlende unmittelbare Anwendbarkeit nur in dem Umfang aufgegriffen, in dem sie durch das BVG Kinderrechte verfassungsrechtlich abgesichert ist. Anders als etwa die deutschen Höchstgerichte oder der EGMR sind die österreichischen Gerichte bei der „völkerrechtskonformen Interpretation“ nach wie vor zurückhaltend. So bedurfte es der Judikatur des EGMR, um die KRK als anwendbare Rechtsquelle zu akzeptieren. Über die Judikatur des EGMR hinaus konnte sich die KRK aber noch nicht als eigenständige Interpretationsgrundlage in der österreichischen Rechtsprechung durchsetzen. Dies ist bedauerlich, da das BVG Kinderrechte ja nur Teile der KRK aufgreift und verfassungsrechtlich absichert.

Die Judikatur der LVwG greift das BVG Kinderrechte nur zögerlich, aber doch zunehmend auf. Die in den Landesverfassungen als Staatsziele verankerten Kinderrechte finden nach wie vor kaum Beachtung in der Rechtsprechung.

Art 6 BVG Kinderrechte gewährt – neu für Österreich – ein soziales Grundrecht, das wohl auch im Bereich des privatrechtlichen Handelns des Staates Rechtsansprüche begründet. Diese Bestimmung wurde mit diesem Inhalt aber bisher – soweit ersichtlich – noch nie judiziert.

Viele der für das Kindeswohl relevanten staatlichen Leistungen werden im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung vergeben. Die Beurteilung dieser Rechtspraxis ist aber so gut wie unmöglich, da der Zugang zu diesen Daten aus datenschutzrechtlichen Gründen und wegen des strengen Amtsgeheimnisses weitgehend versperrt ist. Aber auch die in der Hoheitsverwaltung besorgten Aufgaben sind in Bezug auf das Kindeswohl aus denselben Gründen kaum evaluierbar, da nur ein geringer Teil der Fälle vor die Verwaltungsgerichte gebracht und damit öffentlich gemacht wird. So kann die Frage nach der Wirksamkeit des BVG Kinderrechte in der täglichen Verwaltungspraxis nur bruchstückhaft beantwortet werden.

Kinderrechte haben in nur wenigen Bundes- und Landesgesetzen eine besondere Bedeutung. Gerade im Hinblick auf die Umsetzung der KRK besteht hier noch erheblicher Handlungsbedarf. So kommt etwa der Begriff des Kindeswohls im Jugendstrafrecht nicht vor. Auch im Gesundheits-, Verkehrs-, Sport-, Kultur- sowie im Schulrecht gibt es noch viel Luft nach oben.

Das BVG Kinderrechte hat im nunmehr guten Jahrzehnt seiner Geltung Eingang in Gesetzgebung und Rechtsprechung gefunden. Die Eigenständigkeit der Kinderrechte konnte aber in der Judikatur bisher rechtsdogmatisch noch nicht vollends entfaltet werden. Kinderrechte gelten vielmehr meist als Verstärkung für bestehende Grundrechte. In den letzten Jahren konnte einiges erreicht werden – es bleibt aber noch viel zu tun.

Literaturverzeichnis

- Anzenberger, Philipp:** Vernehmung von Verbrechenopfern und Minderjährigen im Zivilverfahren nach §§ 289a und 289b ZPO, ÖJZ 2017, 249.
- Beck, Susanne:** Kinder brauchen beide Eltern – Neue Wege im Kindschaftsrecht, EF-Z 2010/151, 220.
- Beck, Susanne:** Kindschaftsrecht³ (2021).
- Beck, Susanne:** AußStrG I2 § 104a, in: Gitschthaler, Edwin/Höllwerth, Johann (Hrsg.): Kommentar zum Außerstreitgesetz (Stand 1.6.2019, rdb.at) Rz 2.
- Berka, Walter/Binder, Christina/Kneih, Benjamin:** Die Grundrechte² (2019).
- Berka, Walter/Grabenwarter, Christoph/Weber, Karl:** Studien zur Kinderrechtskonvention und ihrer Umsetzung in Österreich (2014).
- Bernat, Erwin:** Die abstammungsrechtliche Zuordnung eines Kindes, das während aufrechter Ehe zweier Frauen geboren wird, EF-Z 2019, 200.
- Bertel, Maria:** Vorbemerkung und Kommentierung zu BVG Kinderrechte, in: Korinek, Karl/Holoubek, Michael et al (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar II/2. 18. Lieferung (2023).
- Bertel, Maria:** Klimaschutz und Klimawandelanpassung – Verfassungsrechtliche Aspekte mit Bezug zur Mobilität in Österreich, ZVR 2023/17, 42.
- Bracken, Lydia/O'Mahoney, Conor:** The Child's Right to Family Life. Shifting Sands and Social Science, in: Czech, Philip/Heschl, Lisa/Lukas, Karin/Nowak, Manfred/Oberleitner, Gerd (Hrsg.): European Yearbook on Human Rights 2020. Cambridge: Intersentia (2020), 79.
- Büchner, Birgit/Mach-Hour, Elisabeth:** Verfahrensbeistandschaft bei Kindeswohlgefährdung, NZFam 2016, 597.
- Czech, Philip/Peyrl, Johannes:** § 11 NAG, in: Abermann, Julia/Czech, Philip/Kind, Martin/Peyrl, Johannes (Hrsg.): NAG. Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz². Wien: Verlag Österreich (2019).
- Czech, Philip:** Jedes Kind zählt – oder doch nicht?, FABL 1/2012-I, 1.
- Czech, Philip:** Konventionswidrigkeit der dreijährigen Wartefrist für die Familienzusammenführung subsidiär Schutzberechtigter. Besprechung von EGMR (GK) 9.7.2021, M. A. v Denmark, 6.697/18, FABL 2021-II, 23.
- Czech, Philip:** Zur Grundrechtskonformität des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts, NLMR 2015, 297.
- Deixler-Hübner, Astrid:** Kindeswohl und Verfahrensrechte, in: Fucik, Robert/Konecny, Andreas/Lovrek, Elisabeth/Oberhammer, Paul (Hrsg.): Zivilverfahrensrecht. Jahrbuch 2010. Wien und Graz: Neuer Wissenschaftlicher Verlag (2010), 221.
- Deixler-Hübner, Astrid:** § 138 ABGB, in: Kletečka, Andreas/Schauer, Martin, ABGB-ON (Stand 15.9.2023, rdb.at).
- Erlebach, Martina:** Rechte des Kindes nach Samen- und Eizellenspende, in: Barth, Peter/Erlebach, Martina (Hrsg.): Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts. Wien: Linde Verlag (2015), 243.

- Feik, Rudolf:** Fremdenrecht, in: Bachmann, Susanne et al (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht¹⁴. Wien: Verlag Österreich (2022), 161.
- Fenton-Glynn, Claire:** Children and the European Court of Human Rights. Oxford: Oxford University Press (2021).
- Fister, Mathis:** Intertemporale und intergenerationelle Grundrechtswirkungen – Am Beispiel des Klimaschutzrechts, JRP 2022, 460.
- Fuchs, Claudia:** Art 24, in: Holoubek, Michael/Lienbacher, Georg (Hrsg.): GRC-Kommentar². Wien: Manz Verlag Wien (2019).
- Fuchs, Claudia:** BVG Kinderrechte als etablierter Prüfungsmaßstab des VfGH im Kindschaftsrecht, ÖJZ 2023/84, 515.
- Fuchs, Claudia:** Kinderrechte in der Verfassung: Das BVG über die Rechte von Kindern, in: Lienbacher, Georg/Wielinger, Gerhart (Hrsg.): Jahrbuch öffentliches Recht. Wien: Neuer Wissenschaftlicher Verlag (2011), 91.
- Fuchs, Claudia:** Verwaltungshilfe, in: Fuchs, Claudia/Merli, Franz/Pöschl, Magdalena et al (Hrsg.): Staatliche Aufgaben, private Akteure, Bd 2: Konzepte zur Ordnung der Vielfalt. Wien: Manz Verlag Wien (2017), 95.
- Fucik, Robert:** Familienrecht im Fluss. Kinderrechte – Elternrechte: Neustart mit dem KindNamRÄG 2013, iFamZ 2013, 212.
- Fucik, Robert:** Kinderbeistand und Kindesanhörung, iFamZ 2010, 229.
- Gamper, Anna:** Allgemeine Bestimmungen des Landesverfassungsrechts, in: Pürgy, Erich (Hrsg.): Das Recht der Länder. Wien: Jan Sramek Verlag (2012), Bd 1, 61.
- Ganner, Michael/Jicha, Stephanie/Weber, Karl:** Das Recht unbegleiteter minderjähriger Flüchtlinge auf Versorgung durch die Kinder- und Jugendhilfe, iFamZ 2017, 20.
- Gärditz, Klaus Ferdinand:** Art 16a GG, in: Düring, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar. 99. Lieferung. München: C.H.Beck (2022).
- Grabenwarter, Christoph/Holoubek, Michael:** Zur Auslegung von Art 17 B-VG, ZfV 2016/2, 14.
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina:** Europäische Menschenrechtskonvention 7 (2021).
- Gstöttner, Susanne/Hahnenkamp, Paul:** Bleibt die Antragslegitimation Türhüter für Klimaklagen? Neue höchstgerichtliche Entscheidungen zum Rechtsschutz im Klima- und Umweltrecht, juridikum 2023, 277.
- Handig, Nikolaus/Öhner, Sebastian:** Gebietet Generationengerechtigkeit Klimaschutz? Zum sozialen Grundrecht auf Wahrung des Kindeswohls nach Art 1 BVG Kinderrechte, RdU 2022/120, 225.
- Hölscheidt, Sven:** Rechte des Kindes, in: Meyer, Jürgen (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union⁴. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft (2014), 427.
- Huber, Markus:** Anwendungsbereich des § 107 Abs 3 AußStrG, EF-Z 2015/59, 110.
- Jarass, Hans D.:** Charta der Grundrechte der EU⁴ (2021).
- John, Georg:** Die Grundrechtecharta in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (2020).
- Juranek, Markus:** Das österreichische Schulrecht⁶ (2022).

- Kasper, Lioba:** Das Kindeswohlprinzip bei Rückkehrentscheidungen, Jahrbuch Asylrecht und Fremdenrecht (2020).
- Kasper, Lioba:** Die Inklusion von Kinderrechten im Asyl- und Fremdenrecht, in: Salomon, Stefan (Hrsg.): Der Status im europäischen Asylrecht. Baden-Baden: Nomos (2020), 200.
- Kathrein, Georg:** Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197.
- Khakzadeh-Leiler, Lamiss:** Das KindNamRÄG 2013 aus grundrechtlicher Perspektive, iFamZ 2014, 96.
- Khakzadeh-Leiler, Lamiss:** Art 9, in: Bußjäger, Peter/Gamper, Anna/Ranacher, Christian (Hrsg.): Tiroler Landesverfassungsrecht (2020).
- Kilkelly, Ursula:** The CRC in Litigation Under the ECHR, in: Liefwaard, Ton/Doek, Jaap E. (Hrsg.): Litigating the Rights of the Child: The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence, Springer (2015), 193.
- Kilkelly, Ursula:** Protecting children's rights under the ECHR: the role of positive obligations, Northern Ireland Legal Quarterly (2010), 245.
- Kingreen, Thorsten:** Art 24 EU-GRCharta, in: Calliess, Christian/Ruffert Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV6. München: C.H.Beck (2022).
- Krammer, Norbert:** Wirkungsvolle Sozialhilfe statt immer weniger Unterstützung, In: DOWAS Jahrbuch (2021), 45.
- Kröll, Thomas:** Kinderbetreuung, in: Pürgy, Erich (Hrsg.): Das Recht der Länder Bd 2/1 (2012).
- Lais, Martina/Schön, Johannes:** Das Kindeswohl in der Rechtsprechung von VfGH und VwGH, Rz 2021, 211.
- Lamont, Ruth:** The rights of the Children, in: Peers, Steve et al (Hrsg.): The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary, Nomos (2014), 661.
- Lukan, Matthias:** Art 32 GRC, in: Holoubek, Michael/Lienbacher, Georg (Hrsg.): GRCKommentar2. Wien: Manz Verlag Wien (2019).
- Lukits, Rainer:** Die Obsorge für unbegleitete minderjährige Asylwerber, Teil III: Österreichisches Privatrecht, EF-Z 2017/28, 61.
- Malhotra, Viktor:** Europarechtliche Vorgaben für die Heilung von Verletzungen des Parteiengehörs – insb. in Asylverfahren, ZVG 2021, 354.
- Menne, Martin:** Kinderbeistand versus Verfahrensbeistand – ein Vergleich zweier innovativer Rechtsinstitute, iFamZ 2023, 309.
- Menne, Martin:** Neues Recht für die Verfahrensbeistandschaft, NZFam 2020, 1033.
- Nademeinsky, Marco:** Der persönliche Verkehr zwischen Kind und „Dritten“, ÖJZ 2006/19, 275.
- Nademeinsky, Marco:** Die neue Kontaktregelung, in: Gitschthaler, Edwin (Hrsg.): Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz. Wien: Manz Verlag Wien (2013), 239.
- Öhlinger, Theo/Eberhard, Harald:** Verfassungsrecht13 (2022).
- Pascher, Cornelia/Utz-Ferner, Alexander:** Der Familienbegriff und die Obsorge unbegleiteter Minderjähriger im Asylverfahren, iFamZ 2020, 284.

- Piska, Christian/Muzak, Gerhard/Zehetner, Jörg:** Klimaklage BVG Kinderrechte – Top oder Flop?, *ecolex* 2023/502, 794.
- Piska, Christian/Zehetner, Jörg/Winkler, Benedikt:** Klimaklagen in Österreich – eine ernüchternde Zwischenbilanz, *ecolex* 2023/559, 884.
- Sax, Helmut:** Kinderrechte in der Verfassung – was nun? EF-Z 2011/127, 204.
- Schmahl, Stefanie:** Art 10 UN-Kinderrechtskonvention² (2017).
- Schrefler-König, Alexandra:** § 34 AsylG, in: Schrefler-König, Alexandra/Szymanski, Wolf (Hrsg.): *Fremdenpolizei- und Asylrecht*. Wien: Manz Verlag Wien (2022).
- Schroeder, Werner/Weber, Karl:** Die Kompetenzrechtsreform aus österreichischer und europäischer Perspektive (2006), 17.
- Steininger, Marlene:** Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht. Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft? Wien: Jan Sramek Verlag (2013).
- Szymanski, Wolf:** § 67 FPG 2005, in: Schrefler-König, Alexandra/Szymanski, Wolf, *Fremdenpolizei- und Asylrecht* (Stand 1.1.2015, rdb.at).
- Traar, Thomas:** Bedeutung der UN-Konvention über die Rechte des Kindes und des Europäischen Übereinkommens über die Ausübung von Kinderrechten für eine „Vertretung des Kindes“, in: Barth, Peter/Deixler-Hübner, Astrid (Hrsg.): *Handbuch des Kinderbeistandsrechts*. Wien: Linde Verlag (2011), 49.
- UNHCR Österreich:** Der Kindeswohlvorrang im Asylverfahrenskontext – Rechtliche Grundlagen und Empfehlungen für die Umsetzung in Österreich (2021), 23.
- UN-Kinderrechtsausschuss:** Abschließende Bemerkungen zum kombinierten fünften und sechsten periodischen Bericht Österreichs, CRC/C/AUT/CO/5–6.
- Vogel, Harald:** Der Verfahrensbeistand, FPR 2010, 43.
- Voithofer, Caroline:** Die Chance für ein zukunftstaugliches Abstammungsrecht, *iFamZ* 2022, 282.
- Wapler, Frederika:** *Kinderrechte und Kindeswohl* (2015).
- Weber, Karl:** Das BVG über die Rechte von Kindern – Anmerkungen zu einem neuen Grundrechtspaket, in: Feik, Rudolf/Winkler, Roland (Hrsg.): *Festschrift für Walter Berka*. Wien: Jan Sramek Verlag (2013), 263.
- Weber, Karl:** Verfassungsrechtliche Fragen des verpflichtenden Vorschuljahres, RFG 02/2010, 7.
- Wenger-Haargassner, Gundula:** Art 24 GRC und Kindschaftsrecht, EF-Z 2020/27, 61.
- Wiederin, Ewald:** Gemeinwohl, Effizienzprinzip und Rechtspersönlichkeit der Bundesländer, *wbl* 2015, 669.
- Wieser, Bernd:** Kinderrechte versus Schülerrechte?, ÖGSR 2012, 34.
- Wimmer, Andreas:** Art 5 BVG Kinderrechte, in: Kahl, Arno/Khakhzadeh, Lamiss/Schmid, Sebastian (Hrsg.): *Kommentar zum Bundesverfassungsrecht. B-VG und Grundrechte*. Wien: Jan Sramek Verlag (2019).

Abkürzungen

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AdRÄG	Adoptionsrechts-Änderungsgesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Anm	Anmerkung
ao.	außerordentlich
AP	Arbeitspaket
Art	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AsylG	Asylgesetz
AußStrG	Außerstreitgesetz
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
Bf	Beschwerdeführer
BFA	Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl
BFA-VG	BFA-Verfahrensgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
B-KJHG	Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BVG	Bundesverfassungsgesetz
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EheG	Ehegesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Erk	Erkenntnis
ErwGr	Erwägungsgrund
etc.	et cetera
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
f	folgend
ff	fortfolgende
FMedG	Fortpflanzungsmedizingesetz
FPG	Fremdenpolizeigesetz
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht
gg	gegen
ggf.	gegebenenfalls
GH	Gerichtshof
GK	Große Kammer
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
HKÜ	Haager Kindesentführungsübereinkommen
Hrsg	Herausgeber

idR	in der Regel
insb.	insbesondere
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
KBGG	Kinderbetreuungsgeldgesetz
KindNamRÄG	Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz
KJHT	Kinder- und Jugendhilfeträger
KlimaschutzG	Klimaschutzgesetz
K-LVG	Kärntner LandesverfassungKR
KRK	UN-Kinderrechtskonvention
LG	Landesgericht
LGZRS	Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien
lit	litera
LV	Landesverfassung
LVwG	Landesverwaltungsgericht
MS	Mitgliedstaat
NAG	Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz
NÖ	Niederösterreich
No.	Nummer
Nr.	Nummer
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OÖ	Oberösterreich
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
RückführungsRL	Rückführungs-Richtlinie
Rz	Randzahl
Sbg	Salzburg
SH-GG	Sozialhilfe-Grundsatzgesetz
StGG	Staatsgrundgesetz
stRsp	ständige Rechtsprechung
TLO	Tiroler Landesordnung
TNRSG	Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherenschutzgesetz
u. a.	unter anderem
u. a. m.	und andere mehr
UAbs	Unterabsatz
usw.	und so weiter

u. v. a.	und viele andere
Vbg	Vorarlberg
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Gesammelte Beschlüsse und Erkenntnisse des VfGH
vgl.	Vergleiche
VR-L	Asylverfahrensrecht-Richtlinie
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
ZPEMRK	Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention
ZPO	Zivilprozessordnung
z. T.	zum Teil

Bundeskanzleramt
Ballhausplatz 2, 1010 Wien
+43 1 531 15-0
E-Mail@bka.gv.at
bundeskanzleramt.gv.at

ISBN 978-3-200-10361-0