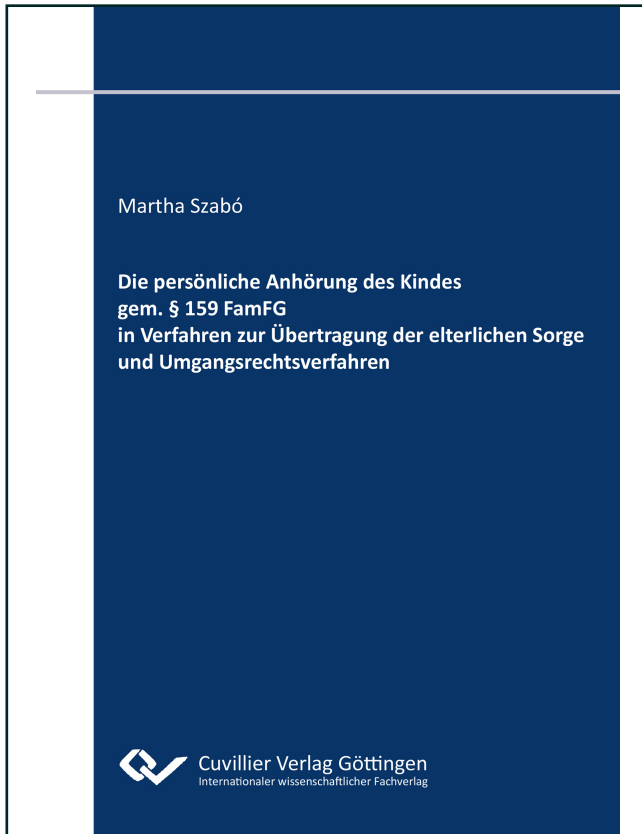




Martha Szabó (Autor)

**Die persönliche Anhörung des Kindes gem. § 159
FamFG in Verfahren zur Übertragung der elterlichen
Sorge und Umgangsrechtsverfahren**



<https://cuvillier.de/de/shop/publications/8090>

Copyright:

Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen,
Germany

Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: info@cuvillier.de, Website: <https://cuvillier.de>

Teil 1: Hinführung zum Thema

A. Einleitung

„Darf nur Mama oder nur Papa oder dürfen beide entscheiden, wo ich wohne und zur Schule gehe? Streiten sie sich meinetwegen? Wie oft sehe ich die beiden und wo treffen wir uns? Muss ich ständig hin- und herfahren? Bleibe ich mit meinen Geschwistern zusammen? Wann kann ich meine Freunde sehen? Eigentlich möchte ich am liebsten, dass Mama und Papa sich wieder liebhaben und wir zusammenwohnen. Muss ich mich jetzt für einen von beiden entscheiden?“

Wollen Eltern vor dem Familiengericht¹ eine Entscheidung über das Sorge- oder Umgangsrecht erwirken, können dies Fragen sein, die sich das hiervon betroffene Kind stellt. Sie machen deutlich, dass eine solche Entscheidung unmittelbare Auswirkungen auf das Kind hat – auf die aktuelle Lebenswelt des Kindes, die Entwicklung seiner Beziehungen zu beiden Elternteilen, Geschwistern und anderen Bezugspersonen, auf die Entwicklung seiner Persönlichkeit insgesamt. Diese Persönlichkeit eines Kindes erfordert Achtung: „Das Kind ist ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit im Sinne der Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG.“² Für die Eltern heißt ‚Achtung der Persönlichkeit des Kindes‘, dass sie die Ausübung ihrer Elternverantwortung gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG am Wohl des Kindes auszurichten³ und hierbei die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen haben, § 1626 Abs. 2 S. 1 BGB. Auch für den Familienrichter⁴ heißt ‚Achtung der Persönlichkeit des Kindes‘, dass für eine Entscheidung in Sorge- oder Umgangsrechtsverfahren das Wohl des Kindes maßgeblich zu sein hat und der subjektive Wille des Kindes in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen ist.⁵ Doch während die Eltern ihr Kind in der Regel gut kennen und seine Wünsche und Bedürfnisse dementsprechend beurteilen können, hat der Familienrichter den Willen des Kindes im Gerichtsverfahren erst in Erfahrung zu bringen.

¹ Abteilung für Familiensachen am Amtsgericht, § 23b Abs. 1 GVG.

² BVerfGE 24, 119, 144 = NJW 1968, 2233, 2235.

³ BVerfGE 37, 217, 252 = NJW 1974, 1609, 1611; BVerfGE 56, 363, 383 = NJW 1981, 1201/1202; BVerfGE 68, 176, 188 = NJW 1985, 423, 424; BVerfGE 75, 201, 218 = NJW 1988, 125, 126; BVerfGE 121, 69, 92 = NJW 2008, 1287, 1288; Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rn. 110; von Münch/Kunig/Coester-Waltjen, Art. 6 GG Rn. 81; Jestaedt, 21. DFGT (2016), S. 65, 70 f.

⁴ Im Folgenden gelten sämtliche Personenbezeichnungen für alle Geschlechter.

⁵ BVerfGE 55, 171, 179, 182 = NJW 1981, 217, 218; BVerfG FamRZ 2007, 1797, 1798; NJW 2007, 1266, 1268; FamRZ 2007, 1078, 1079; FamRZ 2008, 1737, 1738; FamRZ 2009, 1389 f.; BGH NJW 2010, 2805, 2808; NJW 2011, 2360, 2362.

Vor diesem Hintergrund wurde mit Inkrafttreten des § 50b FGG a.F. im Rahmen des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge am 1. Januar 1980⁶ insbesondere für Personensorgeverfahren die Pflicht zur persönlichen Anhörung des Kindes, zum unmittelbaren Gespräch zwischen Richter und Kind vorgeschrieben. Mit dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber die Grundsatzentscheidung getroffen, die Einbeziehung und Berücksichtigung der subjektiven Interessen des Kindes über das Verfahrensrecht sicherzustellen.⁷ Dementsprechend würdigte das Bundesverfassungsgericht die Vorschrift des § 50b FGG a.F. als Ausdruck des verfassungsrechtlichen Gebots, bei Sorgeentscheidungen den Willen des Kindes zu berücksichtigen, soweit dies mit seinem Wohl vereinbar ist. Eine Entscheidung, die den Belangen des Kindes gerecht wird, könne in der Regel nur ergehen, wenn das Kind in dem gerichtlichen Verfahren die Möglichkeit erhalten hat, seine persönlichen Beziehungen zu den übrigen Familienmitgliedern erkennbar werden zu lassen.⁸

Im Rahmen des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (FGG-Reformgesetz)⁹, das am 1. September 2009 in Kraft getreten ist¹⁰, wurde die Vorschrift des § 50b FGG a.F. in § 159 FamFG¹¹ übernommen. Mit Inkrafttreten des FamFG sollte für Verfahren in Familiensachen¹² und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit „eine moderne und allgemein verständliche Verfahrensordnung [geschaffen werden], in der materielles Recht schnell und effektiv durchgesetzt werden kann, aber zugleich die Rechte des Einzelnen garantiert sind“.¹³ Zuvor war das familiengerichtliche Verfahrensrecht insgesamt durch eine schwer verständliche Hin- und Rückverweisung zwischen FGG und ZPO geprägt, die sowohl dem betroffenen Bürger kaum zugänglich, als auch für den professionellen Rechtsanwender problematisch war.¹⁴ Mit der Neuregelung der Kindesanhörung in § 159 FamFG sollte der Grundsatz der Anhörungspflicht noch deutlicher hervorgehoben werden. Abgesehen von einem veränderten Aufbau und einigen Präzisierungen entspricht die Vorschrift des § 159 FamFG im Wesentlichen aber der Vorschrift des § 50b FGG a.F.¹⁵ So stellt sich die Frage, ob § 159

⁶ BGBl. I 1979, 1061, 1071.

⁷ Vgl. *Früh*, Kindesinteressen (1992), S. 31; *Zitelmann*, Kindeswohl und Kindeswille (2001), S. 161.

⁸ BVerfGE 55, 171, 182 = NJW 1981, 217, 218.

⁹ BGBl. I 2008, 2586.

¹⁰ BGBl. I 2008, 2586, 2743.

¹¹ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, BGBl. I 2008, 2586, 2619.

¹² Definiert in § 111 Nr. 1–11 FamFG.

¹³ BT-Drucks. 16/6308, S. 1.

¹⁴ Ebd.

¹⁵ Ebd., S. 240.

FamFG der gesetzgeberischen Grundsatzentscheidung gerecht wird, im Wege der Vorschrift der persönlichen Anhörung die verfassungsrechtlich gebotene Einbeziehung des Kindes und seiner subjektiven Interessen in seine Person betreffende Angelegenheiten sicherzustellen. Diese Frage ist zentraler Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Sie wird unter Bezugnahme auf Verfahren zur Übertragung der elterlichen Sorge sowie zur Regelung des persönlichen Umgangs als Kindschaftssachen iSd § 151 Nr. 1 u. 2 FamFG zu beantworten versucht. Denn diese Verfahren betreffen Kinder unmittelbar in ihrer Rechtsposition, haben mitunter erhebliche Auswirkungen auf den Alltag und die Lebenssituation des Kindes und sind im Spannungsfeld von elterlicher und staatlicher Entscheidungszuständigkeit von besonderer Bedeutung. Sie sind als wichtige personenrechtliche Entscheidungen¹⁶ gem. § 14 Abs. 1 Nr. 3 u. 7 RPfGG der Entscheidung durch den Familienrichter vorbehalten.¹⁷

In die Untersuchung werden ferner humanwissenschaftliche Erkenntnisse einbezogen, insbesondere aus der Entwicklungspsychologie und der Soziologie, da gesetzliche Regelungen im Interesse des Kindes voraussetzen, dass sie den tatsächlichen Bedürfnissen und der Entwicklung von Kindern entsprechen.

B. Stand der Forschung

Dem Thema der Kindesanhörung kam in der rechtswissenschaftlichen Literatur unmittelbar nach Inkrafttreten des § 50b FGG a.F. noch kaum Beachtung zu.¹⁸ Auch aus humanwissenschaftlicher Sicht wurde dem Thema zunächst nur wenig Aufmerksamkeit zuteil.¹⁹ In der Praxis hatte die Einführung des § 50b FGG a.F. vielfach zu einer Verunsicherung der Familien- und Vormundschaftsrichter geführt, für welche die Anhörung von mitunter sehr jungen Kinder etwas völlig Neues war, wofür sie nicht ausgebildet waren. Man fürchtete insbesondere eine zu starke Belastung des Kindes.²⁰ Vor diesem Hintergrund gab die Bundesregierung eine erste rechtstatsächliche Untersuchung in Auftrag, die von *Lempp et al.* durchgeführt und im Jahr 1987 veröffentlicht wurde.²¹ In der Handhabung des § 50b FGG a.F. wurden dabei deutliche quantitative Unterschiede festgestellt: während etwa 40% der Familienrichter selten von der Kindesanhörung

¹⁶ Bassenge/Roth/Roth, § 14 RPfGG Rn. 2.

¹⁷ Die sachliche Zuständigkeit des Familiengerichts ergibt sich aus §§ 23a Abs. 1 Nr. 1, 23b Abs. 1 GVG iVm § 111 Nr. 2 FamFG.

¹⁸ *Fehmel* DAVorm 1981, 170–182.

¹⁹ *Klußmann/Ell/Beer* Unsere Jugend 1981, 304–312; *Röcker/von Braunbehrens* Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie 1983, 371–378.

²⁰ *Lempp et al.*, Anhörung des Kindes (1987), S. 9/10.

²¹ Ebd.

absahen, führten umgekehrt etwa 35% der Familienrichter häufig keine Kindesanhörung durch.²²

Das wissenschaftliche Interesse an dem Thema der Kindesanhörung steigerte sich im Laufe des Geltungszeitraums des § 50b FGG a.F. sowohl aus juristischer als auch aus humanwissenschaftlicher Sicht.²³ Eine erste ausführliche rechtswissenschaftliche Untersuchung der Vorschrift der Kindesanhörung gem. § 50b FGG a.F. unter dem Aspekt der Interessenwahrnehmung Minderjähriger im vormundschafts- und familiengerichtlichen Verfahren findet sich in der Dissertation von *Früh* aus dem Jahr 1992.²⁴ Mit diesem Thema hatte sich vor Inkrafttreten des SorgeRG, soweit ersichtlich, nur *Frommann* befasst und insofern den Koalitionsvorschlag des § 50 Abs. 2 FGG-E²⁵ analysiert, welcher der Regelung des § 50b FGG a.F. vorausgegangen war.²⁶ *Früh* resümierte, dass in der Auslegung und Anwendung der Vorschrift des § 50b FGG a.F. in Abhängigkeit von dem jeweiligen Grad der psychologischen Bildung des Richters erhebliche Unterschiede festzustellen seien.²⁷ Angesichts des Ermessensspielraums, der dem Richter gem. § 50b FGG a.F. eingeräumt wurde, gelangte sie zu der Feststellung, „dass die Einbeziehung des Kindes in das Verfahren – unter dem Aspekt der eigenen Menschenwürde und dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 1, 2 Abs. 1 GG – allein durch die Vorschrift des § 50b nicht gewährleistet ist“.²⁸

Aus psychologischer Sicht nahm *Balloff* im Jahr 1994 eine Bestandsaufnahme und kritische Würdigung des Status Quo der Kindesanhörung gem. § 50b FGG a.F. vor und kam u.a. zu dem Ergebnis, dass ein Verzicht auf die Anhörung des Kindes die Funktion des Richters als staatlicher Wächter einschränke und gleichzeitig das Kind die Möglichkeit verlöre, als Subjekt des Verfahrens seine eigenen Vorstellungen und seine Beziehungen zu Bezugspersonen zu artikulieren.²⁹ In einem Beitrag aus dem Jahr 1996 nahm *Balloff* eine Analyse des „Entwurfs eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (KindRG)“ vom 23. März 1996 vor. Während sich der Gesetzgeber hierin zum Ziel gesetzt hatte, die Rechte

²² *Lempp et al.*, Anhörung des Kindes (1987), S. 12 u. 15.

²³ *Weber* NJ 1990, 455–456; *Früh*, Wahrnehmung der Kindesinteressen (1992), S. 7–74; *Pawlowski/Smid*, FG (1993), Rn. 161 ff.; *Balloff* FuR 1994, 9–16; *Eschweiler*, in: Salgo (Hrsg.), Vom Umgang der Justiz mit Minderjährigen (1994), S. 237–240; *Bergmann* KindPrax 1999, 78–82; *Weisbrodt* JAmt 2001, 508; *Zitelmann*, Kindeswohl und Kindeswille (2001), S. 172–201; *Carl/Eschweiler* NJW 2005, 1681–1686; *Gummersbach*, Subjektstellung des Kindes (2005), S. 410–417; *Kohne*, Der Wille des Kindes im familiengerichtlichen Verfahren (2006), S. 142–146.

²⁴ *Früh*, Wahrnehmung der Kindesinteressen (1992).

²⁵ BT-Drucks. 7/2060, S. 10.

²⁶ *Frommann*, Wahrnehmung der Interessen Minderjähriger (1977), S. 104–115.

²⁷ *Früh*, Wahrnehmung der Kindesinteressen (1992), S. 71 ff.

²⁸ Ebd., S. 73/74.

²⁹ *Balloff* FuR 1994, 9–16.

des Kindes zu verbessern³⁰, stellte *Balloff* in Aussicht, dass mit der geplanten Kindschaftsrechtsreform erneut in Kauf genommen werden würde, eigenständige Rechte des Kindes und des Jugendlichen, ihre Mitwirkung und Beteiligung im Gerichtsverfahren gar nicht bzw. nur unzureichend zu regeln.³¹

Als das KindRG am 1. Juli 1998 in Kraft trat³², hatten dessen Änderungen durch die Stärkung elternautonomer Entscheidungsbefugnisse in Sorgerechtsangelegenheiten, die Förderung einvernehmlicher Konfliktlösung sowie die Institutionalisierung des Verfahrenspflegers für das Kind auf die Diskussion um die Anhörungspflicht des Kindes gem. § 50b FGG a.F. in der Tat maßgeblichen Einfluss. Die Auswirkungen der Stärkung der Elternautonomie durch das KindRG auf die Kindesanhörung untersuchten etwa *Bergmann* und *Gutdeutsch*.³³ Statistische Ergebnisse finden sich insoweit in einer rechtstatsächlichen Untersuchung von *Proksch* aus dem Jahr 2002.³⁴ Mit der Institutionalisierung des Verfahrenspflegers als Interessenvertreter für das Kind gem. § 50 FGG a.F. kamen vermehrt Diskussionen über dessen Verhältnis zur Kindesanhörung auf.³⁵ *Zitelmann* widmete sich diesem Thema unter dem Gesichtspunkt der Vertretung von Kindeswille und Kindeswohl im Verfahren ausführlich.³⁶ Aus erziehungswissenschaftlicher Sicht erstellte sie eine Zusammenschau pädagogischen, soziologischen, psychologischen und rechtlichen Fachwissens. Sie besprach außerdem die Aufgaben des Verfahrenspflegers hinsichtlich der Kindesanhörung, begriff die Interessenvertretung des Kindes durch den Verfahrenspfleger jedoch nicht als Surrogat für seine persönliche Anhörung.³⁷ Mit der Wechselwirkung zwischen der Vorschrift des § 50 FGG a.F. und derjenigen des § 50b FGG a.F., „die im Vorhinein nicht in dem Maße vorhergesehen wurde“³⁸, beschäftigte sich auch *Gummersbach* in ihrer Dissertation aus dem Jahr 2005.³⁹ Im Ergebnis sprach sich *Gummersbach* für einen trennenden Ansatz aus, wonach „die beiden Rechtsinstitute weder mit ersetzender noch mit zwingender Wirkung miteinander in Verbindung gebracht werden sollten“.⁴⁰

³⁰ BT-Drucks. 13/4899, S. 1.

³¹ *Balloff* RdJB 1996, 441, 448.

³² BGBl. I 1997, 2942, 2967.

³³ *Bergmann/Gutdeutsch* FamRZ 1999, 422–426.

³⁴ *Proksch*, Reform des Kindschaftsrechts (2002), S. 270 [3.1].

³⁵ Vgl. *Jansen/Zorn*, § 50 FGG Rn. 36; *Raack*, Protokollendienst der Ev. Akademie Bad Boll 7/2000, 61, 65; *Dickmeis* ZfJ 1997, 250, 252, 253; *Kohne*, Der Wille des Kindes im familiengerichtlichen Verfahren (2006), S. 142–146; hierzu bereits vor Inkrafttreten des § 50 FGG a.F.: *Früh*, Wahrnehmung der Kindesinteressen (1992), S. 109 ff.; *Balloff* FuR 1994, 9, 14.

³⁶ *Zitelmann*, Kindeswohl und Kindeswille (2001), S. 172–201.

³⁷ Vgl. ebd., S. 181/182.

³⁸ *Gummersbach*, Subjektstellung des Kindes (2005), S. 410/411.

³⁹ Ebd. S. 410–417.

⁴⁰ Ebd., S. 415.

Zum Ende des Geltungszeitraums des § 50b FGG a.F. führten *Karle/Gathmann/Klosinski* die derzeit jüngste rechtstatsächliche Untersuchung zur Praxis der Kindesanhörung durch, die zu dem Ergebnis kam, dass ein Absehen von der Kindesanhörung in der Gerichtspraxis im Vergleich zu den statistischen Ergebnissen zur Praxis der Kindesanhörung gem. § 50b FGG a.F. von *Lempp* aus dem Jahr 1987 erkennbar seltener geworden war.⁴¹ Hinsichtlich der psychischen Belastung von Kindern durch die richterliche Anhörung kam die Untersuchung außerdem zu dem Ergebnis, dass diese grundsätzlich weniger stark ist, als bis dato weitgehend angenommen.⁴²

Seit Inkrafttreten des § 159 FamFG kann ein weiterer Anstieg des human- sowie rechtswissenschaftlichen Interesses an dem Thema der Kindesanhörung festgestellt werden.⁴³ Auch im Rahmen des 19. Deutschen Familiengerichtstags im Jahr 2012 hat sich ein Arbeitskreis mit dem Thema „Kindesanhörung im Familienrecht“ befasst.⁴⁴ *Ivanits* hat sich in ihrer Dissertation zur „Stellung des Kindes in auf Einvernehmen zielenden gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren in Kindschaftssachen“ aus dem Jahr 2012 ausführlich dem Thema der Kindesanhörung bei Einvernehmen der Eltern gewidmet.⁴⁵ Im Jahr 2015 haben *Carl/Clauß/Karle* unter dem Titel „Kindesanhörung im Familienrecht“ eine Darstellung der rechtlichen sowie psychologischen Grundlagen der Kindesanhörung veröffentlicht, auf deren Grundlage außerdem Hinweise für die praktische Durchführung entwickelt werden.⁴⁶ Was die Bereitschaft der Richter zur Durchführung persönlicher Anhörungen von Kindern in familiengerichtlichen Verfahren angeht, attestieren die Autoren der Bundesrepublik Deutschland inzwischen eine Vorreiterrolle: „In keinem anderen Land der Welt wird dem Kind als Persönlichkeit in diesem Punkt soviel Aufmerksamkeit gewidmet und es – daraus folgend – nach seiner Meinung befragt.“⁴⁷ Diese Aussage wird davon getragen, dass in Literatur und Rechtsprechung auf der Grundlage humanwissenschaftlicher Erkenntnisse über die Entwicklung der Fähigkeit von

⁴¹ Vgl. *Karle/Gathmann/Klosinski*, Praxis der Kindesanhörung (2010), S. 63/64; *Lempp et al.*, Anhörung des Kindes (1987), S. 12 u. 15.

⁴² Vgl. *Karle/Gathmann/Klosinski*, Praxis der Kindesanhörung (2010), S. 153–154.

⁴³ Vgl. *Stötzel/Prenzlow* ZKJ 2011, 200–204; *Lack*, Kindesschutz (2012), S. 277–283; *Schweppel/Bussian* ZKJ 2012, S. 13–20; *Grabow*, in: *Weber/Alberstötter/Schilling*, Beratung von Hochkonfliktfamilien – Im Kontext des FamFG (2013), S. 179–185; *Hornung/Kaufhold* Frühe Kindheit 2013, 36–43; *Krumm* FamFR 2013, 265–268; *Rohmann* FPR 2013, 464–470; *Carl/Karle* NZFam 2014, 930–933; *Balloff*, Kinder vor dem FamG, S. 259–280; *Schauberger*, Partizipation Minderjähriger (2015), S. 34–35; *Obermann* NZFam 2015, 1129–1134; *Ivanits* NZFam 2016, 7–12; *Dettenborn*, Kindeswohl und Kindeswille, S. 62–65, 100–111.

⁴⁴ 19. DFGT, AK 11, S. 106.

⁴⁵ *Ivanits*, Stellung des Kindes (2012).

⁴⁶ *Carl/Clauß/Karle*, Kindesanhörung (2015).

⁴⁷ Ebd., S. 11 Rn. 25.

Kindern zur Willensbildung und -äußerung inzwischen weitestgehend eine Anhörungspflicht ab einem Alter des Kindes von ca. drei oder vier Jahren angenommen wird.⁴⁸

Im rechtswissenschaftlichen Diskurs wird dennoch erkennbar, dass unter dem Paradigma der Beteiligung des Kindes am Verfahren verschiedene Unklarheiten über die rechtlichen Zusammenhänge der Vorschrift des § 159 FamFG bestehen. So wird die Vorschrift der persönlichen Anhörung des Kindes häufig etwa als Ausdruck bzw. Stärkung der Stellung des Kindes im Verfahren beschrieben.⁴⁹ Es wird jedoch nicht deutlich, in welchem Verhältnis die persönliche Anhörung des Kindes gem. § 159 FamFG zu seiner verfahrensrechtlichen Stellung iSd §§ 7, 9 FamFG steht. Mit Blick auf die verfahrensrechtliche Stellung des Kindes ist ferner fraglich, ob und inwiefern § 159 FamFG nicht nur eine Pflicht des Gerichts zur persönlichen Anhörung statuiert, sondern auch dem Kind ein entsprechendes Recht gewährt. Dies wird etwa an der seit Inkrafttreten des KindRG im Jahr 1998 anhaltenden Diskussion über das Bestehen der Anhörungspflicht bei elterlichem Einvernehmen deutlich. Diese wurde in jüngerer Zeit insbesondere von *Obermann* und *Ivanits* geführt. Während *Obermann* insoweit der Ansicht ist, die Durchführung der persönlichen Anhörung eines Kindes, welches das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, sei in Fällen elterlichen Einvernehmens unzulässig⁵⁰, kommt *Ivanits* zu dem Ergebnis, eine Nichtbeteiligung (scil: Nichtanhörung) des Kindes sei sowohl verfassungs- als auch völkerrechtswidrig⁵¹. Zur Begründung führt *Obermann* an, dass einerseits aufgrund des Vorrangs der Elternautonomie gem. Art. 6 Abs. 2 GG bei einer Einigung der Eltern aufgrund mangelnder Entscheidungskompetenz des Gerichts auch dessen Aufklärungspflicht ent falle. Andererseits ende mit der Aufklärungspflicht des Gerichts auch der Anspruch auf rechtliches Gehör des Kindes. Ansonsten werde es „unwürdiges Theater, das nicht nur die Glaubhaftigkeit des Gerichts beeinträchtigt, sondern auch zu weiteren Erfahrungen von Machtlosigkeit auf Seiten des Kindes führt“.⁵² *Ivanits* führt hingegen aus: „Die Anhörung des Kindes verletzt nicht die Elternautonomie bzw. das Elternrecht gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG in verfassungswidriger Weise. Das Elternrecht beinhaltet unstreitig, dass die Eltern Erziehungsziele selbst bestimmen können,

⁴⁸ Vgl. BVerfG FamRZ 2010, 1622, 1623; FamRZ 2007, 1078, 1079; NJW 2007, 1266, 1268; Johannsen/Henrich/Büte, § 159 FamFG Rn. 6; Keidel/Engelhardt, § 159 FamFG Rn. 8; Prütting/Helms/Hammer, § 159 FamFG Rn. 8; MüKo/Schumann, § 159 FamFG Rn. 5; BeckOK/Schlünder, § 159 FamFG Rn. 4; SBW/Ziegler, § 159 FamFG Rn. 6; BJS/Zorn, § 159 FamFG Rn. 12.

⁴⁹ Vgl. Keidel/Engelhardt, § 159 FamFG Rn. 1; Prütting/Helms/Hammer, § 159 FamFG Rn. 2; Zöllner/Lorenz, § 159 FamFG Rn. 1; MüKo/Schumann, § 159 FamFG Rn. 1; CCK/Carl, S. 27, 29 Rn. 58, 61; Rohmann FPR 2013, 464, 465; Schweppe/Bussian ZKJ 2011, 13, 14.

⁵⁰ *Obermann* NZFam 2015, 1129, 1132, 1134.

⁵¹ *Ivanits* NZFam 2016, 7, 12.

⁵² *Obermann* NZFam 2015, 1129, 1132.

hierin einen weiten Spielraum haben und dass staatliche Eingriffe zum Schutz des Kindes gegen den Willen der Eltern erst ab der Schwelle des § 1666, 1666a BGB gerechtfertigt sein können. Bei der Erarbeitung von umgangs- und sorgerechtlichen Regelungen geht es jedoch nicht um die Festsetzung eines Erziehungsstils, sondern darum, Regelungen darüber zu treffen, wo das Kind in Zukunft wohnt, wann es wieviel Zeit mit den jeweiligen Elternteilen verbringt etc. Dies betrifft ganz zentral das Selbstbestimmungsrecht des Kindes gem. Art. 1 Abs. 2, 2 Abs. 1 GG. Wird die Entscheidung in einem Gerichtsverfahren getroffen, ist auch der verfassungsrechtliche Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG betroffen.⁵³

In der Diskussion wird ersichtlich, dass über die verfassungs- und verfahrensrechtliche Bedeutung der Kindesanhörung grundlegende Differenzen bestehen. Diese steht einerseits im Zusammenhang mit der Aufklärungspflicht des Gerichts sowie andererseits mit der Gewährung rechtlichen Gehörs für das Kind. Das Bestehen der Anhörungspflicht gem. § 159 FamFG steht ferner im Spannungsfeld von elterlicher und staatlicher Entscheidungszuständigkeit. Damit führt die Diskussion zu der Kernfrage der folgenden Arbeit zurück, ob und inwiefern § 159 FamFG der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers gerecht wird, die verfassungsrechtlich gebotene Einbeziehung und Berücksichtigung der subjektiven Interessen des Kindes im Wege der Vorschrift seiner persönlichen Anhörung sicherzustellen. Insgesamt sollen im Folgenden unter Bezugnahme auf die Verfahren zur Übertragung der elterlichen Sorge sowie zur Regelung des Umgangs mit dem Kind die verfassungsrechtlichen, materiell-rechtlichen sowie verfahrensrechtlichen Zusammenhänge der Vorschrift des § 159 FamFG untersucht werden. Ferner werden Ausführungen zur Durchführung der Kindesanhörung gemacht.

C. Gang der Darstellung

Zu Beginn der Untersuchung werden die verfassungsrechtlichen sowie völkerrechtlichen Grundlagen der Kindesanhörung dargestellt (Teil 2 und 3). Sodann wird die rechts-historische Entwicklung der einfach-gesetzlichen Vorschriften über die Kindesanhörung in Verfahren zur Übertragung der elterlichen Sorge und Umgangsrechtsverfahren nachgezeichnet (Teil 4). Auf dieser Grundlage wird anschließend die verfassungs- und verfahrensrechtliche Bedeutung der Vorschrift der persönlichen Anhörung des Kindes gem. § 159 FamFG entwickelt (Teil 5). Sodann werden im Zusammenwirken der Vorschrift des § 159 FamFG mit dem materiellen Sorge- und Umgangsrecht die Auswirkungen der Gesetzesänderungen seit Inkrafttreten des KindRG im Jahr 1998 auf die

⁵³ *Ivanits NZFam 2016, 7, 10.*

Kindesanhörung dargestellt und es wird überprüft, inwiefern die Vorschrift des § 159 FamFG die Einbeziehung des Kindes in diese Verfahren gewährleistet (Teil 6). Im Anschluss wird das Verhältnis der Verpflichtung des Richters zur persönlichen Anhörung des Kindes zur Mitwirkung anderer professionell am Verfahren beteiligter Personen analysiert. Hierbei wird ein besonderer Fokus auf das Verhältnis zur Interessenvertretung des Kindes durch den Verfahrensbeistand gem. § 158 FamFG gelegt (Teil 7). Zum Abschluss der rechtlichen Analyse der Vorschrift des § 159 FamFG wird deren verfahrensrechtlicher Anwendungsbereich untersucht (Teil 8). Schließlich werden Ausführungen zur Gestaltung der Kindesanhörung gemacht (Teil 9). In einem Fazit werden die gefundenen Ergebnisse zusammengefasst und ein Änderungsvorschlag *de lege ferenda* gemacht (Teil 10).

Teil 2: Verfassungsrechtliche Grundlagen der Kindesanhörung

Trennen sich Eltern oder lassen sie sich scheiden, sind von den Auswirkungen häufig die Kinder am schwersten betroffen. Nicht selten müssen sie mit einem Elternteil umziehen und Kindergarten oder Schule wechseln, mit dem anderen Elternteil ist der Umgang zu regeln, Wochenenden, Schulferien, Feiertage werden aufgeteilt. Gleiches kann gelten, wenn Eltern nie zusammengelebt haben und über das Sorge- oder Umgangsrecht in Konflikt geraten bzw. dieses gerichtlich regeln wollen. Dabei betreffen gerichtliche Entscheidungen über das Sorge- oder Umgangsrecht nicht nur die aktuelle Lebenssituation des Kindes, sondern auch seine Rechtsposition. Aus dem verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechts des Kindes und seiner unverletzlichen Menschenwürde gem. Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG⁵⁴ folgt, dass das Kind mit seinen Bedürfnissen und Wünschen in diese Entscheidungen sowie den Prozess der Entscheidungsfindung einzubeziehen ist.

A. Kindeswohl und Kindeswille

I. Kindeswohl als Eingriffslegitimation und Entscheidungsmaßstab des Staates iSd Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG

Gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sind Pflege und Erziehung das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Wie sie dieser Verantwortung gerecht werden, können Eltern grundsätzlich frei von staatlichem Einfluss nach ihren eigenen Vorstellungen entscheiden.⁵⁵ Dieser Vorrang der elterlichen vor staatlicher Entscheidungsbefugnis für ein Kind beruht auf der verfassungsrechtlichen Vermutung, dass den Eltern das Wohl ihres Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person und sie darüber hinaus die Bedürfnisse ihres Kindes am besten kennen.⁵⁶ Dies gilt auch in der Trennungs- bzw. Scheidungsfamilie.⁵⁷ Insofern wird einer einverständlichen Regelung der Eltern grundsätzlich die Vermutung entnommen, sie nähmen ihre fortwirkende elterliche Verantwortung dementsprechend wahr.⁵⁸ Dabei vertraut Art. 6

⁵⁴ BVerfGE 24, 119, 144 = NJW 1968, 2233, 2235.

⁵⁵ BVerfGE 24, 119, 143/144 = NJW 1968, 2233, 2235; BVerfGE 59, 360, 376 = NJW 1982, 1375, 1376; BVerfGE 60, 79, 88 = NJW 1982, 1379; BVerfGE 107, 104, 117 = NJW 2003, 2004.

⁵⁶ BVerfGE 59, 360, 376 = NJW 1982, 1375, 1376.

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 31, 194, 205 = NJW 1971, 1447/1448; BGHZ 1, 214, 216; *Coester FamRZ* 1996, 1181, 1183.

⁵⁸ Vgl. BVerfGE 31, 194, 205 = NJW 1971, 1447/1448.

Abs. 2 GG den Eltern die Pflege und Erziehung ihrer Kinder als ein primär „fiduziarisches Recht, ein dienendes Grundrecht, eine im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit“⁵⁹, ein „Recht im Interesse des Kindes“⁶⁰ an. Für das Handeln der Eltern hat daher das Wohl ihres Kindes maßgebliche Richtschnur zu sein.⁶¹ Sie haben insofern auch die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbstständigem verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen, § 1626 Abs. 2 S. 1 BGB.

Über die Betätigung der Elternverantwortung wacht gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG die staatliche Gemeinschaft. Dabei fungiert das Kindeswohl einerseits als Legitimation für staatliche Eingriffe in das verfassungsrechtlich geschützte Elternrecht, andererseits ist es Maßstab für die Entscheidung im Konflikt der Eltern über die Ausübung ihrer Elternverantwortung.

1. Wächteramt des Staates

Unter Bezugnahme auf die Verknüpfung von elterlichem Recht und elterlicher Pflicht zur Pflege und Erziehung des Kindes in Art. 6 Abs. 2 GG stellte das Bundesverfassungsgericht in seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1968 klar, dass sich Eltern gegenüber staatlichen Eingriffen zum Wohle des Kindes – „bei weitester Anerkennung [ihrer] Selbstverantwortlichkeit“ – nicht auf ihr Recht aus Art. 6 Abs. 2 GG berufen können, sofern sie ihrer entsprechenden Pflicht nicht gerecht werden.⁶² Dabei beinhaltet das staatliche Wächteramt zwar nicht die Gewährleistung einer bestmöglichen Förderung für das Kind⁶³, droht jedoch die Gefährdung oder Schädigung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls des Kindes, ist der Staat zu Eingriffen in das Elternrecht berechtigt.⁶⁴ Diese Eingriffslegitimation des Staates erfordert auch Überwachungs- und Kontrollbefugnisse, um die Realisierung einer Gefahr im Vorfeld erkennen und abwehren zu können. Vor allem muss der Staat in gewissem Umfang befugt sein, anlässlich eines Gefahrverdachts die erforderlichen Ermittlungen zu dessen Überprüfung durchzuführen.⁶⁵

⁵⁹ BVerfGE 59, 360, 376/377 = NJW 1982, 1375, 1376.

⁶⁰ BVerfGE 75, 201, 218 = NJW 1988, 125, 126; BVerfGE 103, 89, 107 = NJW 2001, 957, 959/960; BVerfGE 121, 69, 92 = NJW 2008, 1287, 1288.

⁶¹ BVerfGE 37, 217, 252 = NJW 1974, 1609, 1611; BVerfGE 56, 363, 383 = NJW 1981, 1201/1202; BVerfGE 68, 176, 188 = NJW 1985, 423, 424; BVerfGE 75, 201, 218 = NJW 1988, 125, 126; BVerfGE 121, 69, 92 = NJW 2008, 1287, 1288; Maunz/Dürig/Badura, Art. 6 GG Rn. 110; von Münch/Kunig/Coester-Waltjen, Art. 6 GG Rn. 81; Jestaedt 21. DFGT (2016), S. 65, 70 f.

⁶² BVerfGE 24, 119, 143 = NJW 1968, 2233, 2235.

⁶³ BVerfGE 34, 165, 184 = NJW 1973, 133, 134; BVerfGE 60, 79, 94 = NJW 1982, 1379, 1381.

⁶⁴ BVerfGE 24, 119, 143 = NJW 1968, 2233, 2235.

⁶⁵ Vgl. Wapler, Kinderrechte (2015), S. 143 f. mwN.

2. Schlichteramt des Staates

Besteht zwischen den Eltern Streit über die Ausübung ihrer Elternverantwortung, trifft den Staat neben seiner Wächterfunktion die Pflicht, „als Schiedsrichter zwischen den streitenden Eltern“ zu fungieren.⁶⁶ Die Tätigkeit des Gerichts ist in diesen Fällen auf die Regelung des Verhältnisses der Eltern untereinander gerichtet, ohne dass der Vorrang des elterlichen Erziehungsrechts gegenüber dem Staat angetastet würde. Daher bedarf eine gerichtliche Regelung des Elternkonflikts nicht des Vorliegens einer Kindeswohlgefährdung.⁶⁷ Das Gericht hat seine Entscheidung zuvörderst am Wohl des Kindes im Sinne seines wohlverstandenen Interesses auszurichten, da die beiden selbstständigen Verfassungspositionen der Eltern um des Kindeswohls willen eingeräumt sind.⁶⁸

3. Gesetzgebungsauftrag

Für den Gesetzgeber folgt aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG der Auftrag, zur Regulierung der Wächter- und Schlichterfunktion des Staates das Verhältnis von Elternrecht bzw. -verantwortung und Kindeswohl entsprechend der verfassungsrechtlichen Vorgaben einfachgesetzlich auszugestalten.⁶⁹ Dieser Auftrag verlangt mithin, durch die Normierung elterlicher und staatlicher Entscheidungskompetenz sowohl den Schutz des Kindes bzw. seines Wohls vor Gefährdungen, als auch die Lösung von Elternkonflikten unter dem Primat des Kindeswohls zu gewährleisten.

In materiell-rechtlicher Hinsicht erfüllen diese Aufgabe insbesondere die Vorschriften der §§ 1626 ff. BGB.⁷⁰ Die Vorschriften der §§ 1666, 1666a BGB repräsentieren das Kindeschutzrecht als Demarkationslinie zwischen Familie und Staat. Die Verpflichtung des Gerichts zur kindeswohlorientierten Entscheidung kommt allgemein in § 1697a BGB zum Ausdruck. Letztlich handelt es sich hierbei jedoch um eine Auffangnorm, da in den Vorschriften der §§ 1626 ff. BGB überwiegend konkretisierende Bestimmungen enthalten sind. Im Vergleich zur Urfassung des BGB wurde der ursprünglich geltende Gefährdungsmaßstab für staatliches Tätigwerden in vielen Fällen durch verschiedene Kindeswohlprüfungsmaßstäbe ersetzt.⁷¹ Diese differenzieren grundsätzlich zwischen dem

⁶⁶ BVerfGE 31, 194, 210 = NJW 1971, 1447, 1449; krit. bzgl. der Schlichtertheorie: *Wapler*, Kinderrechte (2015), S. 150 ff.

⁶⁷ BVerfGE 31, 194, 208 = NJW 1971, 1447, 1448; BVerfGE 56, 363, 383 = NJW 1981, 1201; *Jestaedt*, 21. DFGT (2016), S. 65, 78.

⁶⁸ *Jestaedt*, 21. DFGT (2016), S. 65, 79.

⁶⁹ *Maunz/Dürig/Badura*, Art. 6 GG Rn. 108, 110; von Münch/Kunig/*Coester-Waltjen*, Art. 6 GG Rn. 79; *Jestaedt*, 21. DFGT (2016), S. 65, 78.

⁷⁰ *Jestaedt*, 21. DFGT (2016), S. 65, 78.

⁷¹ Zur historischen Entwicklung ausführlich: *Wapler*, Kinderrechte (2015), S. 29 ff.