

Natalie Ivanits

# Die Stellung des Kindes in auf Einvernehmen zielenden gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren in Kindschaftssachen

## Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von Martin Lipp, Christoph Benicke,  
Marina Wellenhofer und Bettina Heiderhoff

Band 16



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Die Stellung des Kindes in auf Einvernehmen zielenden gerichtlichen  
und außergerichtlichen Verfahren in Kindschaftssachen

# Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von Martin Lipp, Christoph Benicke,  
Marina Wellenhofer und Bettina Heiderhoff

Band 16



**PETER LANG**

Frankfurt am Main · Berlin · Bern · Bruxelles · New York · Oxford · Wien

Natalie Ivanits

Die Stellung des Kindes  
in auf Einvernehmen  
zielenden gerichtlichen  
und außergerichtlichen  
Verfahren in  
Kindschaftssachen



**PETER LANG**

Internationaler Verlag der Wissenschaften

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Diss., 2012

D 30

ISSN 1864-497X

ISBN 978-3-653-03369-4 (E-Book)

DOI 10.3726/978-3-653-03369-4

ISBN 978-3-631-62386-2 (Print)

© Peter Lang GmbH

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Frankfurt am Main 2012

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

[www.peterlang.de](http://www.peterlang.de)

Für  
Katalin, Peter und David



# Danksagung und Vorwort

Kindschaftsverfahren, Einvernehmen, Mediation. Aber wo bleibt das Kind?

Ich danke Herrn Professor *Ludwig Salgo* für die Aufwerfung dieser Fragestellung. Sie wurde zum Leitgedanken meiner Arbeit, die er über die gesamte Entstehungszeit hinweg mit wichtigen Hinweisen und stets wohlwollender Kritik begleitet und gefördert hat. Die Gespräche mit ihm waren mir immer Hilfe und Ansporn zugleich und die Auseinandersetzung mit dieser Thematik gab mir auch für meinen beruflichen Weg Klarheit. Für seine Unterstützung möchte ich Herrn Professor Ludwig Salgo meinen besonderen Dank aussprechen.

Frau Professor *Marina Wellenhofer* danke ich sehr für die Erstellung des Zweitgutachtens mit den darin enthaltenen wertvollen Anmerkungen und Ratschlägen, sowie für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Schriftenreihe.

*Gyöngyi Paetzke* und *Viola Siegemund* danke ich vielmals für das Korrekturlesen, was nicht nur eine Hilfe, sondern auch Inspiration war.

*Sibila Tasheva* und *Anja Müller* danke ich herzlich für die zahlreichen Gespräche und die erfrischenden Spaziergänge. Ich kann mich an keinen Gedanken erinnern, den sie nicht bereit gewesen wären, mit mir zu hinterfragen.

Mehr als Dank gilt schließlich *meinen Eltern*. Sie haben mich in all meinen Interessen und Vorhaben, insbesondere auch meiner akademischen Ausbildung, immer und uneingeschränkt unterstützt und mich jederzeit in meinen Träumen bestärkt.

Diese Arbeit lag im Wintersemester 2011/2012 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation vor. Schrifttum und Rechtsprechung sind bis zum Oktober 2011 – teilweise auch darüber hinaus – berücksichtigt.

München, im Juli 2012

*Natalie Ivanits*





# Inhaltsübersicht

Einleitung .....	27
<b>Teil 1: Begriffsbestimmungen .....</b>	<b>31</b>
A. Der Begriff Kindschaftssachen .....	31
B. Der Begriff Einvernehmen .....	32
C. Kindeswille und Kindeswohl .....	32
D. Indirekte und direkte Einbeziehung .....	35
<b>Teil 2: Rechtsgrundlagen für die Beteiligung des Kindes .....</b>	<b>39</b>
A. Entwicklung von Kinderrechten .....	39
B. Rechtsgrundlagen für die Beteiligung des Kindes .....	41
C. Fazit .....	81
<b>Teil 3: Humanwissenschaftliche Erkenntnisse zur Kindesbeteiligung .....</b>	<b>83</b>
A. Allgemeines .....	83
B. Funktion des Kindes im Verfahren .....	91
C. Die Meinung der Kinder über ihre Beteiligung .....	95
D. Argumente für die Einbeziehung von Kindern .....	98
E. Vorbehalte gegenüber der Einbeziehung von Kindern .....	107
F. Anforderungen an Form und Ablauf der Kindesanhörung .....	137
G. Fazit .....	144
<b>Teil 4: Allgemeines zu Einvernehmen in Kindschaftssachen .....</b>	<b>147</b>
A. Das Einvernehmen in Kindschaftssachen .....	147
B. Möglichkeiten und Folgen eines Einvernehmens in Kindschaftssachen .....	150
C. Die Erwartungen an ein Einvernehmen in Kindschaftssachen .....	164
D. Vorbehalte gegenüber einer Vermittlung in Kindschaftssachen .....	174
E. Fazit .....	214

<b>Teil 5: Die Beteiligung des Kindes an Einvernehmen im gerichtlichen Kindschaftsverfahren</b> .....	219
A. Rechtsgrundlagen und inhaltliche Anforderungen an Einvernehmen in Kindschaftssachen .....	219
B. Beteiligtenstellung und Verfahrensfähigkeit des Kindes im Kindschaftsverfahren .....	224
C. Hinwirken auf ein Einvernehmen (§ 156 FamFG) .....	234
D. Vermittlungsverfahren (§ 165 FamFG) .....	251
E. Gutachtenerstellung und Konsensförderung durch den Sachverständigen (§ 163 FamFG) .....	254
F. Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung (§ 157 FamFG) .....	262
G. Abänderung und Überprüfung von Entscheidungen in Kindschaftssachen (§ 166 FamFG i.V.m. § 1696 BGB) .....	264
H. Zur Praxis der Kindesanhörung in Kindschaftsverfahren .....	266
I. Fazit .....	269
<b>Teil 6: Die Beteiligung des Kindes an außergerichtlichen und gerichtsverbundenen Vermittlungen</b> .....	273
A. Mediation .....	273
B. Vermittlung durch den Güterichter .....	323
C. Cochemer Praxis und ähnliche Justizmodelle .....	326
<b>Teil 7: Ausländische Modelle zur Beteiligung des Kindes</b> .....	345
A. USA (insbesondere Kalifornien) .....	346
B. Australien .....	347
C. England .....	348
D. Norwegen .....	352
<b>Teil 8: Anforderungen an Verfahren in Kindschaftssachen</b> .....	355
A. Beteiligung des Kindes in konventionskonformer Weise .....	355
B. Informationen für Eltern und Kinder .....	357
C. Rolle des Richters bei dem Hinwirken auf ein Einvernehmen .....	360
D. Koordination der verschiedenen Institutionen .....	362

E. Anforderungen an die Aus- und Fortbildung der am Verfahren beteiligten Experten.....	363
<b>Teil 9: Zusammenfassung</b> .....	369
Literaturverzeichnis.....	381



# Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	27
<b>Teil 1: Begriffsbestimmungen .....</b>	<b>31</b>
A. Der Begriff Kindschaftssachen .....	31
B. Der Begriff Einvernehmen .....	32
C. Kindeswille und Kindeswohl .....	32
D. Indirekte und direkte Einbeziehung .....	35
<b>Teil 2: Rechtsgrundlagen für die Beteiligung des Kindes .....</b>	<b>39</b>
A. Entwicklung von Kinderrechten .....	39
B. Rechtsgrundlagen für die Beteiligung des Kindes .....	41
I. UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) .....	42
1. Allgemeines zur UN-Kinderrechtskonvention .....	42
2. Die Bundesrepublik Deutschland und die Kinderrechtskonvention .....	44
3. Die Individualbeschwerde .....	45
4. Berücksichtigung des Kindeswillens (Art. 12 UN-KRK) .....	46
a. „Alle das Kind berührenden Angelegenheiten“ (Art. 12 Abs. 1 UN-KRK) .....	47
i. „Fähigkeit, sich eine eigene Meinung zu bilden“ (Art. 12 Abs. 1 UN-KRK) .....	48
ii. Alter und Reife des Kindes .....	49
iii. Recht des Kindes auf <i>freie</i> Äußerung der Meinung .....	50
iv. Berücksichtigung des Kindeswillens in angemessener Weise .....	51
b. Im Gerichtsverfahren (Art. 12 Abs. 2 UN-KRK) .....	51
i. Unmittelbare Anhörung oder durch einen Kindesvertreter (Art. 12 Abs. 2 UN-KRK) .....	53

ii.	Im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften .....	54
c.	Anforderungen an die das Kind anhörende Person und an die Durchführung der Anhörung .....	54
d.	Die Kindeswille-Kindeswohl-Debatte nach der UN-KRK .....	56
5.	Respektierung des Elternrechts (Art. 5 UN-KRK) .....	57
6.	Bekanntmachung der Konvention (Art. 42 UN-KRK) .....	57
7.	Anforderungen des Art. 12 UN-KRK an die Einbeziehung des Kindes bei Einvernehmen .....	58
II.	Europäisches Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten (EÜAK) und EU-Grundrechtecharta .....	58
1.	Europäisches Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten vom 25. Januar 1996 (EÜAK) .....	59
a.	Allgemeines zum Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten .....	59
b.	Das Recht des Kindes, Auskunft zu erhalten und seine Meinung zu äußern (Art. 3 EÜAK) .....	60
c.	Pflichten der Staaten nach Art. 6 b) EÜAK .....	62
d.	Das Recht, die Bestellung eines besonderen Vertreters für das Kind zu beantragen (Art. 4 und 9 EÜAK) .....	63
e.	Förderung und Errichtung innerstaatlicher Stellen (Art. 12 EÜAK) .....	63
f.	Anforderungen an die Einbeziehung des Kindes bei Einvernehmen .....	64
2.	EU-Grundrechtecharta .....	64
III.	Grundgesetz (Art. 103 Abs. 1 GG) .....	65
1.	Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör im Gerichtsverfahren (Art. 103 Abs. 1 GG) .....	65
a.	Schutzbereich .....	65
b.	Eingriff .....	67
c.	Rechtfertigung .....	67
2.	Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör in außergerichtlichen Beratungs- oder Vermittlungsverfahren .....	69
IV.	Verfahrensrecht in Familiensachen (§ 159 FamFG) .....	70

1.	Normzweck und Entstehungsgeschichte .....	70
2.	Voraussetzungen des § 159 FamFG .....	72
3.	Inhalt und Gestaltung der Kindesanhörung (§ 159 Abs. 4 S. 1 FamFG) .....	74
V.	Kinder- und Jugendhilfe (§§ 8, 8a, 17, 18 SGB VIII) .....	75
VI.	Elterliche Pflicht zur Einbeziehung des Kindes (§ 1626 Abs. 2 BGB) .....	76
1.	Berücksichtigung der Fähigkeiten des Kindes (§ 1626 Abs. 2 S. 1 BGB) .....	78
2.	Einvernehmen mit dem Kind anstreben (§ 1626 Abs. 2 S. 2 BGB) .....	78
3.	Rechtsfolge und Durchsetzbarkeit .....	80
C.	Fazit .....	81
<b>Teil 3: Humanwissenschaftliche Erkenntnisse zur Kindesbeteiligung .....</b>		<b>83</b>
A.	Allgemeines .....	83
I.	Die Situation des Kindes bei der Trennung .....	83
II.	Die Situation des Kindes nach der Trennung .....	85
III.	Psychische Folgen der Trennung bei Kindern .....	86
IV.	Das Kind erhält selten Erklärungen über das Trennungsgeschehen.....	89
B.	Funktion des Kindes im Verfahren .....	91
I.	Zweck der Einbeziehung – Enlightenment und Empowerment .....	92
II.	Umfang der Einbeziehung – voice or choice .....	93
C.	Die Meinung der Kinder über ihre Beteiligung .....	95
D.	Argumente für die Einbeziehung von Kindern .....	98
I.	Erweiterter Blickwinkel, mehr Ideen, weiterer Horizont .....	99
II.	Nachhaltigere Lösungen .....	100
III.	Bedeutung der Beteiligung für das Kind .....	103
IV.	Bedeutung der Kindesbeteiligung für die Eltern und die innerfamiliären Beziehungen .....	105
E.	Vorbehalte gegenüber der Einbeziehung von Kindern .....	107
I.	Das Kind ist zu jung .....	108



II.	Das Kind ist zu unreif und irrational.....	112
III.	Das Kind ist zu manipulierbar und in Loyalitätskonflikte verstrickt.....	117
IV.	Das Kind ist durch die Anhörung zu sehr belastet.....	124
V.	Das Kind bringt kaum relevante Erkenntnisse für das Verfahren.....	130
VI.	Die Kindesanhörung ist überflüssig bei Einvernehmen der Eltern ....	133
VII.	Das Kind will sich nicht äußern.....	135
F.	Anforderungen an Form und Ablauf der Kindesanhörung.....	137
G.	Fazit.....	144
<b>Teil 4: Allgemeines zu Einvernehmen in Kindschaftssachen .....</b>		<b>147</b>
A.	Das Einvernehmen in Kindschaftssachen.....	147
B.	Möglichkeiten und Folgen eines Einvernehmens in Kindschaftssachen....	150
I.	Einvernehmen über die elterliche Sorge nach der Trennung oder Scheidung.....	150
1.	Die elterliche Sorge (§§ 1626 ff. BGB).....	150
2.	Die elterliche Sorge nach der Scheidung (§ 1671 BGB).....	151
3.	Stellung des Kindes im Rahmen des § 1671 BGB .....	154
II.	Einvernehmen über den Umgang.....	156
1.	Der Umgang (§ 1626 Abs. 3 S. 1 BGB).....	156
2.	Das Umgangsrecht (§ 1684 Abs. 1 BGB).....	158
3.	Durchsetzung des Umgangs (§§ 86 ff. FamFG).....	160
III.	Einvernehmen bei Kindeswohlgefährdung.....	162
C.	Die Erwartungen an ein Einvernehmen in Kindschaftssachen.....	164
I.	Förderung der Kooperationsbereitschaft und -fähigkeit.....	165
II.	Nachhaltigkeit einer vereinbarten Regelung.....	170
III.	Ein elterliches Einvernehmen ist im Interesse des Kindes .....	173
D.	Vorbehalte gegenüber einer Vermittlung in Kindschaftssachen .....	174
I.	Bedeutung des Rechts bei einer Einigung – Grenzen der Privatautonomie.....	174
II.	Vermittlung bei hochkonflikthaften Familien .....	178
1.	Das Merkmal Hochkonflikthaftigkeit.....	178

2.	Interventionen bei hochkonflikthaften Familien .....	180
3.	Einbeziehung des Kindes bei Hochkonflikthaftigkeit .....	182
III.	Vermittlung in Fällen von häuslicher Gewalt und Kindesmisshandlung .....	183
1.	Häusliche Gewalt und Kindesmisshandlung .....	184
a.	Rechtlicher Hintergrund .....	184
b.	Statistische Angaben zu familiärer Gewalt.....	185
c.	Problem der Aufdeckung von häuslicher Gewalt und Kindesmisshandlung.....	186
d.	Auswirkungen von häuslicher Gewalt auf die Kinder .....	187
e.	Häusliche Gewalt und Sorgerechts- und Umgangsverfahren.....	189
2.	Gewaltschutzgesetz und Täter-Opfer-Ausgleich – Einvernehmen bei familiärer Gewalt? .....	191
a.	Das Gewaltschutzgesetz (GewSchG) .....	192
i.	Hinwirken auf ein Einvernehmen im Gewaltschutzverfahren? (§ 36 FamFG) .....	192
ii.	Richterlicher Hinweis auf Mediation im Gewaltschutzverfahren? (§ 36a FamFG).....	193
iii.	Gewaltschutzverfahren und Sorgerechts- und Umgangsverfahren.....	195
b.	Der Täter-Opfer-Ausgleich (§ 155a StPO).....	198
i.	Allgemeines zum Täter-Opfer-Ausgleich .....	198
ii.	Täter-Opfer-Ausgleich und Familienmediation .....	200
3.	Konsequenzen für eine Vermittlung bei familiärer Gewalt.....	201
IV.	Ausübung von Einigungsdruck.....	204
V.	Beschleunigungsgrundsatz und Einvernehmen .....	209
VI.	Stigmatisierung nicht einigungsbereiter oder -fähiger Eltern.....	212
E.	Fazit .....	214

<b>Teil 5: Die Beteiligung des Kindes an Einvernehmen im gerichtlichen Kindschaftsverfahren</b> .....	219
A. Rechtsgrundlagen und inhaltliche Anforderungen an Einvernehmen in Kindschaftssachen.....	219
I. Rechtsgrundlagen für Einvernehmen in Kindschaftssachen .....	219
II. Durchführung einer Vermittlung als Voraussetzung für Verfahrenskostenhilfe.....	221
III. Inhaltliche Anforderungen an ein Einvernehmen in Kindschaftssachen.....	222
B. Beteiligtenstellung und Verfahrensfähigkeit des Kindes im Kindschaftsverfahren .....	224
I. Beteiligtenstellung und -fähigkeit des Kindes (§§ 7, 8 FamFG).....	224
II. Verfahrensfähigkeit des Kindes (§ 9 FamFG).....	227
III. Vertretung des Kindes im Verfahren (§ 9 Abs. 2 FamFG).....	229
1. Die Eltern als Vertreter des Kindes .....	229
2. Der Richter als Vertreter des Kindes .....	230
3. Der Verfahrensbeistand als Vertreter des Kindes (§ 158 FamFG).....	230
4. Der Ergänzungspfleger als Vertreter des Kindes (§ 1909 BGB).....	233
IV. Fazit.....	234
C. Hinwirken auf ein Einvernehmen (§ 156 FamFG) .....	234
I. Normzweck und Entstehungsgeschichte des § 156 FamFG.....	234
II. Voraussetzungen des § 156 FamFG .....	235
III. Die Stellung des Kindes im Rahmen des § 156 FamFG .....	237
1. Einvernehmen über die elterliche Sorge bei Trennung oder Scheidung (§ 156 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 1671 BGB).....	238
2. Einvernehmen über den Umgang (§ 156 Abs. 2 FamFG).....	239
a. Erforderlichkeit der Zustimmung des Kindes .....	240
b. Erforderlichkeit der Zustimmung des Jugendamtes bzw. des Verfahrensbeistandes.....	245
3. Einvernehmen im ersten frühen Termin (§§ 156, 155 FamFG) .	249

4.	Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 156 Abs. 3 FamFG.....	250
a.	Allgemeines zur einstweiligen Anordnung nach § 156 Abs. 3 FamFG.....	250
b.	Kindesanhörung vor Erlass der einstweiligen Anordnung (§ 156 Abs. 3 S. 3 FamFG).....	251
D.	Vermittlungsverfahren (§ 165 FamFG) .....	251
I.	Voraussetzungen des Verfahrens nach § 165 FamFG .....	252
II.	Einbeziehung des Kindes im Verfahren nach § 165 FamFG .....	252
E.	Gutachtenerstellung und Konsensförderung durch den Sachverständigen (§ 163 FamFG).....	254
I.	Fristsetzung zur Erstellung des Gutachtens (§ 163 Abs. 1 FamFG) .....	254
II.	Konsensförderung durch den Sachverständigen (§ 163 Abs. 2 FamFG) .....	255
1.	Probleme hinsichtlich der Vermittlungstätigkeit des Sachverständigen .....	256
2.	Mitwirkungspflicht der Eltern bei Sachverständigentätigkeiten .....	259
III.	Einbeziehung des Kindes durch den Sachverständigen.....	260
IV.	Fazit.....	262
F.	Verfahren wegen Kindeswohlgefährdung (§ 157 FamFG) .....	262
G.	Abänderung und Überprüfung von Entscheidungen in Kindschaftssachen (§ 166 FamFG i.V.m. § 1696 BGB) .....	264
H.	Zur Praxis der Kindesanhörung in Kindschaftsverfahren.....	266
I.	Fazit .....	269
<b>Teil 6: Die Beteiligung des Kindes an außergerichtlichen und gerichtlichen Vermittlungen.....</b>		<b>273</b>
A.	Mediation .....	273
I.	Allgemeines.....	273
1.	Der Begriff Mediation.....	273
2.	Die Mediation zwischen Gerichtsverfahren und Therapie .....	275
3.	Dauer und Kosten einer Mediation .....	278

II.	Rechtsgrundlagen der Mediation .....	280
1.	Regelungen über die Mediation auf europäischer Ebene .....	280
2.	Die ersten Regelungen über die Mediation im deutschen Recht .....	281
3.	Das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung .....	282
a.	Begriffsbestimmungen, Aufgaben des Mediators und seine Offenbarungspflichten (§§ 1-3 MediationsG) .....	283
b.	Die Verschwiegenheitspflicht des Mediators und das Kindeswohlprinzip in der Mediation .....	284
c.	Änderungen verfahrensrechtlicher Regelungen insb. des FamFG und der ZPO .....	287
d.	Aus- und Fortbildung des Mediators (§ 5 MediationsG) .....	289
III.	Allgemeine Prinzipien und Voraussetzungen einer Mediation .....	290
1.	Prinzip der Freiwilligkeit und der Selbstbestimmtheit .....	290
2.	Allparteilichkeit des Mediators .....	291
3.	Indikationen einer Mediation .....	292
4.	Problem der Disparität zwischen den Beteiligten .....	294
5.	Sicherstellung der Sicherheit der Beteiligten .....	295
6.	Bildungsgrad der Medianten .....	296
7.	Co-Mediation, Supervision und kollegiale Beratung .....	297
IV.	Rechtsgrundlagen zur Beteiligung des Kindes an der Mediation .....	298
1.	Die Beteiligung des Kindes nach dem MediationsG .....	299
2.	Die Beteiligung des Kindes nach der Richtlinie des BAFM .....	301
V.	Besondere Voraussetzungen und Prinzipien einer Familienmediation aufgrund der Betroffenheit des Kindes .....	302
1.	Ist Mediation „humaner“ und besser für das Kind? .....	304
2.	Die Allparteilichkeit des Mediators und die Einbeziehung des Kindes .....	309
3.	Frage des Erfordernisses der elterlichen Zustimmung zur Beteiligung des Kindes .....	312
4.	Einbeziehung des Kindes bei Mediationen bei häuslicher Gewalt und Kindeswohlgefährdung .....	315

5.	Methoden und Zeitpunkt zur Einbeziehung des Kindes.....	317
a.	Art und Weise der Einbeziehung des Kindes .....	317
b.	Zeitpunkt der Einbeziehung des Kindes .....	319
VI.	Fazit.....	321
B.	Vermittlung durch den Güterichter .....	323
C.	Cochemer Praxis und ähnliche Justizmodelle.....	326
I.	Cochemer Praxis .....	327
1.	Allgemeines .....	327
2.	Kritische Aspekte der Cochemer Praxis .....	329
3.	Hochkonflikthafte und gewaltbelastete Familien in der Cochemer Praxis .....	334
4.	Einbeziehung des Kindes nach der Cochemer Praxis .....	335
II.	Münchener Modell.....	336
III.	Elternkurs „Kinder im Blick“ .....	338
IV.	Familienberatung bei Trennung und Scheidung am Amtsgericht Regensburg.....	339
V.	Weitere Modelle.....	341
VI.	Fazit.....	342
<b>Teil 7:</b>	<b>Ausländische Modelle zur Beteiligung des Kindes .....</b>	<b>345</b>
A.	USA (insbesondere Kalifornien).....	346
B.	Australien .....	347
C.	England.....	348
D.	Norwegen .....	352
<b>Teil 8:</b>	<b>Anforderungen an Verfahren in Kindschaftssachen .....</b>	<b>355</b>
A.	Beteiligung des Kindes in konventionskonformer Weise.....	355
B.	Informationen für Eltern und Kinder .....	357
C.	Rolle des Richters bei dem Hinwirken auf ein Einvernehmen .....	360
D.	Koordination der verschiedenen Institutionen .....	362
E.	Anforderungen an die Aus- und Fortbildung der am Verfahren beteiligten Experten.....	363

<b>Teil 9: Zusammenfassung</b> .....	369
Literaturverzeichnis.....	381

# Abkürzungsverzeichnis

§	Paragraph
§§	Paragraphen
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	Ausführlich
Az.	Aktenzeichen
Bd.	Band
bearb. v.	bearbeitet von
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHR	BGH-Rechtsprechung in Zivilsachen/Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BKiSchG	Gesetz zur Stärkung des aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz), BT- Drucksache 17/6256
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BORA	Berufsordnung der Rechtsanwälte
BR	Bundesrat
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BRD	Bundesrepublik Deutschland
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
bzw.	beziehungsweise



ca.	circa
d.h.	das heißt
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DFGT	Deutscher Familiengerichtstag
DJI	Deutsches Jugendinstitut
Dok.	Dokument
DRiG	Deutsches Richtergesetz
dt.	deutsch
ebda	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EheRG	Gesetz zur Reform des Eherechts
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
engl.	Englisch
entspr.	Entsprechend
u.a.	und andere
EÜAK	Europäisches Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
f.	folgende (Einzahl)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamFR	Familienrecht und Familienverfahrensrecht
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	folgende (Mehrzahl)
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Forts.	Fortsetzung
FPR	Familie Partnerschaft und Recht
FS	Festschrift
FuR	Familie und Recht
Fußn.	Fußnote
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber

hrsg. v.	herausgegeben von
Hs.	Halbsatz
i.e.S.	im engeren Sinn
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	Insbesondere
JAmt	Das Jugendamt
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
Kind-Prax	Kindschaftsrechtliche Praxis, Zeitschrift für die praktische Anwendung und Umsetzung des Kindschaftsrechts
KindRG	Kindschaftsrechtsreformgesetz
KJHG	Kinder- und Jugendhilfegesetz (SGB VIII)
KIRK	Kinderrechtskommission (hier: des Deutschen Familiengerichtstages)
KKG	Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz, Artikel 1 BKiSchG
lat.	lateinisch
LG	Landgericht
lit.	littera
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MediationsG	Mediationsgesetz
MünchKommBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKommFamFG	Münchener Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
MünchKommZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
n.F.	neue Fassung
NGO	Non-governmental Organization
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
Rn.	Randnummer/Randnummern
RPflG	Rechtspflegergesetz
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
S.	Satz
s.	siehe
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SGB	Sozialgesetzbuch

sog.	sogenannte
SorgeG	Sorgerechtsgesetz vom 18.07.1979 (BGBl. I S. 1061)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
str.	streitig
u.	und
u.a.	und andere
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
UNICEF	Kinderhilfswerk der Vereinten Nationen (engl.: United Nations International Children's Emergency Fund)
UN-KRK	Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (UN-Kinderrechtskonvention)
Urt.	Urteil
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
v.	vom, von, vor
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
z.B.	zum Beispiel
ZKJ	Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe
ZKM	Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZPO	Zivilprozessordnung

# Einleitung

Sind infolge einer Trennung oder Scheidung Regelungen über die elterliche Sorge und den Umgang hinsichtlich gemeinsamer Kinder<sup>1</sup> zu treffen, will das moderne Familienrecht die Eltern mit verschiedenen Instrumenten veranlassen, eine Einigung zu erzielen, anstatt das Gericht entscheiden zu lassen. Ziel ist es, dass die Eltern die Folgen ihrer Trennung möglichst selbst regeln. Ein Vermittlungsverfahren soll dabei angeblich besser als ein herkömmliches Gerichtsverfahren die Kommunikation zwischen den Eltern verbessern, die Erarbeitung nachhaltiger Regelungen bestärken und das Kindeswohl besser sichern. Zum einen soll daher das Gericht auf ein Einvernehmen hinwirken, zum anderen sollen außergerichtliche Beratungen und Vermittlungen, insbesondere auch die Mediation, die Eltern bei der Erarbeitung einer einvernehmlichen Regelung unterstützen (z.B. § 36 Abs. 1 Satz 2, 156, 163 Abs. 2, 165 FamFG; § 17 Abs. 2 SGB VIII).

Es stellt sich die Frage der Beteiligung des Kindes an der Vermittlung. Für Verfahren, die das Kind unmittelbar betreffen, also insbesondere auch Verfahren wegen der elterlichen Sorge und des Umgangsrechts, wurden in den letzten Jahrzehnten immer mehr eigene Anhörungs-, Beteiligungs- und Beratungsrechte des Kindes im Gesetz verankert. Seit dem Jahr 1989 verpflichtet Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass dem Kind in allen es betreffenden Angelegenheiten die Gelegenheit gegeben wird, seine Meinung zu äußern, und dass diese Meinung angemessen berücksichtigt wird. In Deutschland wurde die richterliche Pflicht zur persönlichen Anhörung des Kindes in Kindschaftsverfahren bereits im Jahr 1980 in § 50b FGG (heute § 159 FamFG) normiert. Neben der persönlichen Anhörung dienen auch die Mitwirkung des Jugendamtes (§ 162 FamFG) und die eigenständige Interessenvertretung des Kindes durch einen Verfahrensbeistand (§ 158 FamFG) der Sicherstellung der angemessenen Berücksichtigung der Kindesinteressen im Gerichtsverfahren. Außergerichtlich hat die öffentliche Jugendhilfe das Kind bei es betreffenden Entscheidungen zu beteiligen (§ 8 Abs. 1 SGB VIII). Dem Kind stehen ferner eigene Beratungsrechte gegenüber der Jugendhilfe zu (z.B. §§ 8 Abs. 2 und 3, 18 Abs. 3 SGB VIII).

Diese gesetzlich vorgegebenen Instrumente und Standards zur Beteiligung des Kindes drohen aber im Bestreben um einvernehmliche Konfliktlösungen untergraben zu werden. Die Praxis zeigt, dass der Fokus oft ausschließlich auf

---

1 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden der Begriff Kind für alle Kinder und Jugendliche unter 18 Jahren verwendet und für sämtliche Berufsbezeichnungen die männliche Form.

die elterliche Einigung gelegt wird. Sind die Eltern zu einer Einigung bereit, wird das Kind meist nicht persönlich beteiligt – weder im Gerichtsverfahren noch in einer außergerichtlichen Vermittlung.

Diese Tendenz der Förderung von Einvernehmen zu Lasten der Beteiligung des Kindes wird zum einen durch unklare gesetzliche Regelungen hinsichtlich der Stellung des Kindes bei elterlichem Einvernehmen, zum anderen durch allgemeine Vorbehalte gegenüber der Beteiligung von Kindern in Kindschaftsverfahren verstärkt.

Einige Normen zeigen zwar, dass der Gesetzgeber die Meinung des Kindes auch bei elterlichem Einvernehmen berücksichtigt wissen will. § 1626 Abs. 2 S. 2 BGB verpflichtet die Eltern innerfamiliär, Fragen der elterlichen Sorge mit dem Kind zu besprechen und Einvernehmen mit ihm anzustreben. Für die gerichtliche Billigung einer Umgangsvereinbarung ist nach dem Wortlaut des § 156 Abs. 2 S. 1 FamFG ein Einvernehmen der ‚Beteiligten‘ erforderlich und aus § 7 Abs 2 Nr. 1 FamFG folgt, dass im Umgangsverfahren auch das Kind Beteiligter ist. Die Jugendhilfe ist gemäß § 17 Abs. 2 SGB VIII verpflichtet, bei der Unterstützung der Eltern im Rahmen der Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts für die Wahrnehmung der elterlichen Sorge nach einer Trennung oder Scheidung das Kind auf angemessene Weise zu beteiligen. Aber Formulierungen wie ‚angemessene Beteiligung des betroffenen Kindes‘ (§ 17 Abs. 2 SGB VIII), ‚entsprechend seinem Entwicklungsstand‘ (§ 8 Abs. 1 SGB VIII, § 1626 Abs. 2 S. 2 BGB) bzw. ‚entsprechend seinem Alter und seiner Reife‘ (Art. 12 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention) lassen zwar richtigerweise viel Spielraum für die Praxis, dieser wird aber – bestärkt durch die Vorbehalte gegenüber der Kindesbeteiligung – oft dahingehend ausgelegt, dass die Beteiligung des Kindes im Einzelfall unterlassen wird.

Oft genannte Vorbehalte gegenüber der Kindesanhörung, aufgrund derer sogar Richter vor einer richterlichen Entscheidung häufig von der Kindesanhörung absehen, sind, dass das Kind als zu jung, zu unreif und zu beeinflussbar eingeschätzt wird. Es wird davon ausgegangen, dass es nicht fähig sei, sich eine eigene Meinung zu bilden, und dass es für das Kind zu belastend sei, sich zu Fragen des Umgangs oder der elterlichen Sorge zu äußern. Bei einer Einigung der Eltern über die elterliche Sorge und den Umgang gilt bereits die Tatsache der elterlichen Einigung als dem Kindeswohl dienend. Es wird angenommen, dass die Eltern ohnehin am besten wüssten, was im Interesse ihres Kindes sei, eine persönliche Beteiligung des Kindes daher unterbleiben könne.

Rechtfertigt aber eine Einigung der Eltern das Absehen von der Kindesanhörung? Kann ohne die Beteiligung des Kindes die Wahrung seiner Interessen sichergestellt werden?

Im Gerichtsverfahren steht dem Kind grundsätzlich ein Anhörungsrecht zu. Das Gericht muss die individuellen Bedürfnisse des Kindes bei der Entscheidung angemessen berücksichtigen und unter der Berücksichtigung der Interessen auch der anderen Beteiligten die Entscheidung treffen, die dem Wohl des Kindes am besten entspricht (§ 1697a BGB). Wird eine Vermittlung – ob gerichtlich oder außergerichtlich – durchgeführt und unterbleibt dort die persönliche Beteiligung des Kindes, finden seine tatsächlichen Interessen und Bedürfnisse keinen Eingang in die Entscheidungsfindung. Es wird nur berücksichtigt, was die Eltern und die am Verfahren beteiligten Akteure denken, was im Interesse des Kindes ist. Die Sicht des Kindes kann aber eine völlig andere sein. Für das Kind ist es dann eine Frage des Zufalls, ob seine persönlichen Interessen, Bedürfnisse und Rechte berücksichtigt werden oder nicht, je nachdem ob die Eltern sich für eine Vermittlung bereit erklären oder nicht. Es stellt sich auch die Frage, wie das Gericht eine außergerichtlich vereinbarte Umgangsregelung gemäß § 156 Abs. 2 FamFG einer Kindeswohlprüfung unterziehen kann, wenn es das Kind nie gehört hat bzw. die Meinung des Kindes nicht einmal kennt.

Im Mittelpunkt dieser Untersuchung steht die Frage, ob die Anhörungs- und Beteiligungsrechte des Kindes nur dann gelten, wenn der Richter oder das Jugendamt entscheidet oder auch dann, wenn die Eltern im Verfahren eine Einigung erzielen. Anders formuliert: Ist die Unterlassung der Kindesbeteiligung bei elterlichem Einvernehmen gerechtfertigt und sinnvoll?

In Teil 1 werden zunächst einige Begriffsbestimmungen und allgemeine Abgrenzungen vorgenommen.

In Teil 2 werden die Rechtsgrundlagen von der völkerrechtlichen bis hin zur nationalen Ebene zur Anhörung und Einbeziehung des Kindes bei seine Person berührenden Verfahren untersucht.

Da die gegen die persönliche Beteiligung des Kindes vorgebrachten Argumente größtenteils mit vermeintlich mangelnden Fähigkeiten des Kindes begründet werden, erfolgt in Teil 3 eine Auseinandersetzung mit humanwissenschaftlichen Erkenntnissen aus der Trennungs- und Scheidungsforschung sowie der Entwicklungspsychologie. Die Fähigkeiten, Möglichkeiten und Bedürfnisse des Kindes bei und nach der Trennung oder Scheidung der Eltern werden untersucht und Differenzierungen nach Alter, Reife und familiärer Konstellation vorgenommen. Dabei wird insbesondere auf Sinn und Zweck der Beteiligung des Kindes sowie auf die verschiedenen Methoden der Beteiligung eingegangen. Um bei der Frage der Beteiligung des Kindes auch die Meinung von Kindern zu berücksichtigen, wird vor allem auf solche Studien Bezug genommen, welche auch die Befragungen von Kindern beinhalten.

In Teil 4 wird der Fokus auf Vermittlungsverfahren gelegt. Es werden die Möglichkeiten und Grenzen auf Einvernehmen zielender Verfahren untersucht,

insbesondere die Frage, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen ein Vermittlungsverfahren und ein elterliches Einvernehmen dem Kindeswohl dienen bzw. besser dienen als eine gerichtliche Entscheidung.

Teil 5 und Teil 6 beschäftigen sich mit der Einbeziehung des Kindes in den verschiedenen auf ein Einvernehmen hinwirkenden Verfahren. In Teil 5 geht es um gerichtliche und in Teil 6 um außergerichtliche Verfahren. Es werden die Rechtsgrundlagen dargestellt und im Lichte der in den vorangegangenen Teilen entwickelten Ergebnisse überprüft. Besonderes Augenmerk wird auf die gerichtliche Billigung einer Umgangsvereinbarung nach § 156 Abs. 2 FamFG, auf die Mediation sowie die in verschiedenen Gerichtsbezirken entwickelten Modelle interdisziplinärer Zusammenarbeit, wie z.B. das Cochemer Modell, gelegt. Auch das neue Mediationsgesetz wird anhand der entwickelten Kriterien durchleuchtet.

Zum Vergleich werden in Teil 7 Beispiele ausländischer Herangehensweisen und Modelle zur Beteiligung des Kindes in auf Einvernehmen zielenden Verfahren kurz dargestellt.

In Teil 8 werden schließlich die Ergebnisse zusammengetragen und Anforderungen an die Beteiligung des Kindes in auf Einvernehmen zielenden Verfahren aufgestellt.

In Teil 9 findet sich die Zusammenfassung der Untersuchung.

# Teil 1: Begriffsbestimmungen

Einige zentrale Begriffe dieser Untersuchung werden im Folgenden kurz vorab erläutert, also Kindschaftssachen, Einvernehmen, Kindeswille und Kindeswohl sowie indirekte und direkte Einbeziehung.

## A. Der Begriff Kindschaftssachen

Das materielle Kindschaftsrecht findet sich in den familienrechtlichen Vorschriften im Vierten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB). Die verfahrensrechtlichen Regelungen waren zunächst im Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) vom 17. Mai 1898 geregelt, das durch eine Vielzahl von Verweisen in die Zivilprozessordnung (ZPO) ergänzt wurde. Das FGG bildete ein eher lückenhaftes Rahmengesetz unsystematischer Sonderregelungen mit einer unübersichtlichen Regelungstechnik.<sup>1</sup> Es wurde schließlich durch das am 01. September 2009 in Kraft getretene Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) ersetzt, das sämtliche Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit systematisch und einheitlich regelt.

Im Zuge der FGG-Reform wurden die Begriffe Kindschaftssachen und Familiensachen neu definiert:

Bis zur Reform fielen unter den Begriff *Familiensachen* die Verfahren über die elterliche Sorge, die Regelung des Umgangs mit einem Kind, sowie die Herausgabe eines Kindes (§ 621 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO a.F.). Als *Kindschaftssachen* wurden überwiegend die Abstammungssachen bezeichnet (§ 640 Abs. 2 ZPO a.F.).

In § 111 FamFG wird der Begriff *Familiensachen* neu definiert. Er bildet den allgemeinen Oberbegriff, unter welchen die Ehesachen, die Kindschaftssachen (§ 151 FamFG) und die Abstammungssachen (§§ 169-185 FamFG), aber auch die bislang den Zivilgerichten zugewiesenen Gewaltschutzsachen fallen.

Auch der Begriff *Kindschaftssachen* hat eine gänzlich neue Bedeutung erlangt: Nach § 151 FamFG fallen unter diesen Begriff insbesondere die Verfahren, die die elterliche Sorge (Nr. 1) und das Umgangsrecht (Nr. 2), die Kindesherausgabe (Nr. 3) und die Vormundschaft (Nr. 4) betreffen. Durch die neue Definition von Kindschaftssachen soll hervorgehoben werden, dass für die überwiegende Zahl der davon umfassten Einzelverfahren das Kind im Zentrum des Verfahrens steht.<sup>2</sup>

---

1 BT-Drucksache 16/6308, S. 1.

2 BT-Drucksache 16/6308, S. 233.



Diese Untersuchung konzentriert sich auf Kindschaftsverfahren gemäß § 151 Nr. 1 und Nr. 2 FamFG, also Verfahren wegen der elterlichen Sorge insbesondere nach der Trennung oder Scheidung der Eltern (§ 151 Nr. 1 FamFG, §§ 1671, 1672 BGB) und Verfahren zur Regelung des Umgangsrechts (§ 151 Nr. 2 FamFG, § 1684 Abs. 3 und 4 BGB).<sup>3</sup> Aber auch Verfahren wegen der Gefährdung des Kindeswohls (§§ 1666 Abs. 1, 2, 1666a BGB) werden von Bedeutung sein, da §§ 1666, 1666a BGB die Grenzen des Elternrechts bestimmen und der Verlauf und Ausgang eines solchen Verfahrens eine Entscheidung über die elterliche Sorge und den Umgang erheblich beeinflusst.

## B. Der Begriff Einvernehmen

Der Begriff Einvernehmen wird im Duden als „Einigkeit, Übereinstimmung, die auf gegenseitigem Verstehen, auf Verständigungsbereitschaft beruht“ definiert.<sup>4</sup> Auch in der juristischen Sprache bedeutet Einvernehmen nichts anderes als Einigung<sup>5</sup> bzw. Konsens<sup>6</sup>.

Herkömmlicherweise endet ein Gerichtsverfahren mit einer gerichtlichen Entscheidung. In der Regel steht es den Beteiligten aber frei, sich während des rechtshängigen Verfahrens über den Verfahrensgegenstand zu einigen, also einen Vergleich zu schließen (vgl. z.B. § 278 ZPO). Im Zivilverfahren nennt sich eine solche Einigung gütliche Streitbeilegung bzw. (Prozess-)Vergleich (vgl. § 278 ZPO), im Kindschaftsverfahren Einvernehmen (vgl. § 156 FamFG). Protokolliert das Gericht den Vergleich, hat dieser dieselben Wirkungen wie eine gerichtliche Entscheidung.

## C. Kindeswille und Kindeswohl

Bei Entscheidungen in Kindschaftssachen stellt sich die Grundsatzfrage des Verhältnisses von Kindeswille und Kindeswohl<sup>7</sup>, also der Berücksichtigung des

---

3 Keidel/*Engelhardt*, § 151 FamFG Rn. 5, 6 und 8.

4 Duden, Eintrag „Einvernehmen“.

5 MünchKommBGB/*Finger*, § 1684 BGB Rn. 11; MünchKommFamFG/*Schumann*, § 156 FamFG Rn. 11.

6 Staudinger/*Coester*, § 1671 BGB Rn. 274.

7 Hierzu ausführlich *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff (1983); *Zitelmann*, Kindeswohl und Kindeswille (2001); Handbuch-Verfahrensbeistandschaft/*Zitelmann*, Rn. 471 ff.; Handbuch-Verfahrensbeistandschaft/*Salgo*, Rn. 68 ff.; *Baumeister/Fehmel*, § 1671 BGB Rn. 20 ff. (Kindeswohl), 68 ff. (Kindeswille).

subjektiven, vom Kind geäußerten Willens und der objektiven Beurteilung des wohlverstandenen Kindesinteresses durch eine dritte Person.

Der Begriff Kindeswohl wurde bereits am 01.01.1900 in § 1666 BGB als Richtschnur für staatliche Intervention bei Kindeswohlgefährdung verankert. Auch §§ 1671, 1672, 1684 Abs. 4 BGB normieren die Maßgeblichkeit des Kindeswohls bei Entscheidungen über die elterliche Sorge oder den Umgang. Im Zuge der Kindschaftsrechtsreform im Jahr 1998 wurde § 1697a BGB neu eingefügt, der das Gericht verpflichtet, unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten die Entscheidung zu treffen, die dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Die Norm verdeutlicht das Grundprinzip des Kindeswohls bei gerichtlichen Entscheidungen.<sup>8</sup> So stellt auch das FamFG für Kindschaftsverfahren insbesondere in §§ 156 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 2, 157 FamFG auf den Kindeswohlbegriff ab. Schließlich sind auch die Eltern gemäß § 1627 S. 1 BGB verpflichtet, die elterliche Sorge zum Wohle des Kindes auszuüben.

Funktion des Kindeswohlbegriffs ist die Festsetzung der Schwelle der Eingriffslegitimation des Staates in das elterliche Erziehungsrecht bei Gefährdung des Kindeswohls (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG, § 1666 BGB, § 157 FamFG), als auch die Setzung eines Maßstabs für Entscheidungen bei staatlicher Intervention (vgl. Art. 3 UN-KRK sowie § 1697a BGB). Das Kindeswohl ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, bei dem die Schwierigkeiten in der Praxis weniger im rechtlichen Bereich, als im kinderpsychologischen und -psychiatrischen Bereich liegen, sowie in der jeweiligen gesellschaftlichen Auffassung und in der Berücksichtigung aller Aspekte des Einzelfalls.<sup>9</sup> Als Kriterien für das Kindeswohl gelten in der Regel die emotionalen Bindungen des Kindes<sup>10</sup>, die Fähigkeit jedes Elternteils zur Förderung des Kindes, die Kontinuität und Stabilität der Betreuung, der Schutz der körperlichen, seelischen und geistigen Integrität sowie die Wünsche des Kindes als Ausdruck seiner Bindungen an seine Eltern.<sup>11</sup> Goldstein, Freud und Solnit schlugen statt dem Begriff „Wohle des Kindes“ die Formel „die am wenigsten schädliche Alternative zum Schutz von Wachstum und Entwicklung des Kindes“ vor.<sup>12</sup> Damit soll den die Entscheidungen treffenden Personen verdeutlicht werden, dass es ihre Aufgabe ist, soviel wie möglich in einer unbefriedigenden Situation zu retten.<sup>13</sup>

---

8 Näheres s. Staudinger/*Coester*, § 1697a Rn. 1.

9 Baumeister/*Fehmel*, § 1671 BGB Rn. 20 ff. m.w.N.

10 *Lempp u.a.*, S. 20.

11 Handbuch-Verfahrensbeistandschaft/*Zitelmann*, Rn. 495.

12 *Goldstein/Freud/Solnit*, S. 49.

13 *Goldstein/Freud/Solnit*, S. 56.

Wird eine Entscheidung aber ausschließlich am Kindeswohl ausgerichtet, zeugt dies von einer eher paternalistischen Herangehensweise.<sup>14</sup> Das Kindeswohl wird lediglich aus der Sicht des Entscheidenden ohne Berücksichtigung der Meinung des Kindes eingeschätzt und beurteilt. Die Erwachsenen treffen eine Entscheidung, von der sie denken, dass sie im Sinne des Kindeswohls ist. Dies entspricht aber nicht zwingend auch dem, was das Kind selbst denkt, was für es am besten ist.<sup>15</sup> Das Kind wird letztlich zum „bloßen Adressaten von Förderungsmaßnahmen“<sup>16</sup> und damit nur zum Objekt gemacht. Es besteht die Gefahr, dass von pauschalen Einschätzungen über das vermeintliche Wohl aller Kinder ausgegangen wird und das konkrete Kind und seine Stimme ausgeblendet werden.<sup>17</sup> Es darf aber nicht das Kind im Allgemeinen, sondern immer nur das individuelle Kind in seiner spezifischen Situation entscheidend sein; also nicht das Kind, wie es sein soll, sondern wie es ist, nicht wie es sein sollte, sondern wie es sein kann.<sup>18</sup> Die individuelle Situation, Fähigkeiten und Möglichkeiten des Kindes müssen entscheidend sind.

Die Berücksichtigung des Kindeswillens in das Kind betreffenden Angelegenheiten ist zum einen völkerrechtlich in Art. 12 UN-KRK, aber auch bundesrechtlich insbesondere in § 159 FamFG sowie § 1626 Abs. 2 BGB vorgeschrieben. Durch die Beachtung des Kindeswillens in Sorgerechts- und Umgangsverfahren soll der Selbstbestimmung des Kindes, somit auch seiner individuellen Verbundenheit mit einem Elternteil Rechnung getragen werden.<sup>19</sup> Wichtig ist, dass unter dem Kindeswillen nicht die Entscheidung des Kindes zwischen den in Streit stehenden elterlichen Optionen zu verstehen ist. Das Kind soll sich nicht zwischen den Eltern entscheiden müssen. Um nicht Gefahr zu laufen, das Kind zu einer Entscheidung zwischen den Eltern zu drängen und damit ggf. seine Loyalitätskonflikte zu bestärken, sollte weniger auf den Willen des Kindes als auf seine Perspektive fokussiert werden. Seine Meinung, seine Wünsche, seine Ängste und Einstellungen hinsichtlich der Familie, seiner Person, seiner Situation und seiner Zukunft sollten in Erfahrung gebracht werden, um sie bei der Entscheidungsfindung angemessen berücksichtigen und eine den individuellen Bedürfnissen des Kindes gerecht werdende Entscheidung treffen zu können.<sup>20</sup> Die

---

14 *Salgo*, FPR 2010, 456 (457); *Archard/Skivenes*, International Journal of Children's Rights 2009, 1 (2).

15 *Archard/Skivenes*, International Journal of Children's Rights 2009, 1 (2).

16 *Güthoff*, in: *Güthoff/Sünker*, S. 201 (206).

17 *Handbuch-Verfahrensbeistandschaft/Salgo*, Rn. 72.

18 *Newerly* in der Einleitung zu *Korczak*, *Wie man ein Kind lieben soll* (1989), S. XXIII.

19 Vgl. *Coester* (1983), S. 257 ff.

20 Vgl. *Handbuch-Verfahrensbeistandschaft/Salgo*, Rn. 72.

Perspektive des Kindes ist dann als ein Teil des Gesamtbildes zu werten, das mit zahlreichen weiteren Gesichtspunkten eine fundierte Entscheidung ermöglicht.<sup>21</sup>

Eine Entscheidung, die sich ausschließlich am Kindeswillen orientiert, kann dem Kindeswohl widersprechen. Wird der Äußerung des Kindes zu viel Bedeutung beigemessen, kann dies dazu führen, dass das Kind sich in der Position sieht, sich zwischen den Eltern entscheiden zu müssen, was die meisten Kinder jedoch gerade nicht wollen.<sup>22</sup> Oft kann das Kind auch – je nach Alter und Reife – nicht alle Konsequenzen seiner momentanen Wünsche einschätzen. Stellt man ausschließlich auf den Kindeswillen ab, könnte dies eine Entscheidung verlangen, die das Kind, aber nicht auch die Erwachsenen für das Kind als das Beste erachten<sup>23</sup>, z.B. wenn es sich eine Lösung wünscht, die unrealistisch oder objektiv als kindeswohlwidrig erscheint. Ist der Wunsch des Kindes offensichtlich selbstgefährdend, darf er unter keinen Umständen durchgesetzt werden.<sup>24</sup>

Der Kindesschutz dient der Wahrung der Grundrechte des Kindes und seiner Entwicklung zu einer selbständigen, eigenverantwortlichen Persönlichkeit.<sup>25</sup> Kindesrecht, Kindeswohl und Kindeswille sind daher ineinander verflochten und untrennbar miteinander verbunden.<sup>26</sup> Eine den Belangen des individuellen Kindes gerecht werdende Entscheidung kann nur getroffen werden, wenn das Kind die Möglichkeit erhalten hat, seine persönlichen Beziehungen zu den übrigen Familienmitgliedern erkennbar werden zu lassen.<sup>27</sup> Die subjektive Sicht des Kindes kann bei der Konkretisierung des Kindeswohls nicht unberücksichtigt bleiben, um sicherzustellen, dass die Entscheidung die Bedürfnisse und Interessen des individuellen Kindes berücksichtigt. Die Äußerungen des Kindes müssen aber immer im Zusammenhang mit seinem Alter und seiner Reife verstanden werden sowie auch in den Kontext mit der Situation der Familie und der Situation des Kindes in der Familie gesetzt werden, um sicherzustellen, dass die Entscheidung auch dem Kindeswohl entspricht.

## D. Indirekte und direkte Einbeziehung

Den Begriffen Kindeswohl und Kindeswille entsprechend gibt es zwei Möglichkeiten der Einbeziehung der Kinder, und zwar indirekt und direkt.

- 
- 21 Handbuch-Verfahrensbeistandschaft/*Salgo*, Rn. 71, 72.
  - 22 Handbuch-Verfahrensbeistandschaft/*Salgo*, Rn. 72.
  - 23 *Archard/Skivenes*, International Journal of Children's Rights 2009, 1 (2).
  - 24 Handbuch-Verfahrensbeistandschaft/*Salgo*, Rn. 50.
  - 25 Vgl. *Salgo*, Kind-Prax 1999, 179 (179 f.).
  - 26 Handbuch-Verfahrensbeistandschaft/*Salgo*, Rn. 53.
  - 27 BVerfG FamRZ 1981, 124 (126).

Die indirekte (engl. „child-focused“) Einbeziehung bedeutet, dass das Kind nicht persönlich angehört wird, die Eltern aber ermuntert werden, die Bedürfnisse des Kindes zu berücksichtigen.<sup>28</sup> Das (vermeintliche) Kindeswohl bzw. das Interesse des Kindes wird aus Sicht der entscheidungsbefugte(n) Person(en) (z.B. Richter oder Eltern) (ein-)geschätzt und mit bedacht. Es liegt an den Eltern, die Interessen und Bedürfnisse des Kindes zu erkennen und in ihre Überlegungen einzubeziehen bzw. sie dem Mediator oder Richter zu übermitteln. Die indirekte Einbeziehung des Kindes ist auch als Vorbereitung der Eltern auf die direkte Einbeziehung des Kindes sinnvoll. Sie kann helfen, die Eltern für die Bedürfnisse ihrer Kinder zu sensibilisieren sowie sie auch dazu ermutigen, zuhause mehr mit dem Kind zu sprechen.<sup>29</sup>

Bei der direkten, also der persönlichen Einbeziehung des Kindes (engl. „child-inclusive“), wird dem Kind Gelegenheit gegeben, seine Meinung zu äußern, damit diese bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden kann. Fraglich ist, wer mit dem Kind spricht und wann. Folgende Optionen bestehen:

- der Richter oder Mediator hört das Kind in einem Einzelgespräch an,
- das Kind wird von einer dritten Person (z.B. Therapeut, Verfahrensbeistand oder Vertrauensperson) angehört, die dann die Interessen des Kindes ins Verfahren einbringt.

Hört der Richter oder Mediator das Kind selbst an, hat dies den Vorteil, dass er sich ein eigenes Bild vom Kind machen kann. Dies setzt jedoch voraus, dass er das Kind kindgerecht befragen und seine Antworten „richtig“ interpretieren kann. Es obliegt dann ihm, das Kindeswohl zu beachten und sicherzustellen, dass die Interessen des Kindes bei den von den Eltern getroffenen Regelungen gewahrt werden.<sup>30</sup>

Hinsichtlich der Anhörung durch den Richter ist gesetzlich geregelt, dass er das Kind persönlich anzuhören hat (vgl. § 159 FamFG), und dass er dem Kindeswohl per Gesetz verpflichtet ist (§ 1697a BGB). Hingegen wird gegen das persönliche Gespräch des Mediators mit dem Kind eingewandt, dass er hierdurch seine neutrale, allparteiliche Position gegenüber der ganzen Familie aufgeben und stattdessen für das Kindeswohl verstärkt verantwortlich werde.<sup>31</sup> Wenn aber die Anhörung des Kindes und die Berücksichtigung des Kindeswohls die Neutralität des Richters nicht beeinträchtigt, ist nicht nachvollziehbar, warum die neutrale, allparteiliche Position des Mediators hierbei gefährdet sein soll.<sup>32</sup>

---

28 *McIntosh*, Family Court Review 2008, 105 (105).

29 Vgl. *Parkinson*, S. 199.

30 *Parkinson/Cashmore*, S. 46.

31 Vgl. *Parkinson/Cashmore*, S. 46.

32 Zur Allparteilichkeit des Mediators bei Familienmediationen s. Teil 6.A.III.2.

Das Kind kann auch über einen Dritten in den Verhandlungen repräsentiert werden. Das Kind wird dann nicht (nur) persönlich vom Richter oder Mediator angehört, sondern z.B. ein Sozialarbeiter, Therapeut, Rechtsanwalt oder eine Vertrauensperson spricht mit dem Kind und vermittelt dann dessen Meinung dem Gericht bzw. dem Mediator und den Eltern. Die Einbeziehung des Kindes über einen Kindesvertreter hat den Vorteil, dass die Meinung des Kindes von einem Experten analysiert und im Familienkontext interpretiert und schließlich den Eltern, dem Mediator oder dem Gericht in „verdaulicher“ Form präsentiert wird.<sup>33</sup> Zudem kann es für das Kind entlastend sein, dass ein Kindesvertreter und nicht es selbst etwas deutlich formuliert. Andererseits besteht die Gefahr, dass die Äußerungen des Kindes durch die Augen des Vertreters gefiltert, mit seinen Empfehlungen, Qualifizierungen und Eindrücken gespickt und dadurch verfälscht werden. In einem Gerichtsverfahren ist zu beachten, dass auch wenn ein Verfahrensbeistand zur Wahrnehmung der Interessen des Kindes bestellt ist, der Richter das Kind persönlich anzuhören hat, wobei der Verfahrensbeistand bei der Anhörung anwesend sein soll (§ 159 Abs. 4 S. 3 FamFG).

---

33 *Parkinson/Cashmore*, S. 61.



# Teil 2: Rechtsgrundlagen für die Beteiligung des Kindes

## A. Entwicklung von Kinderrechten

Über Jahrtausende hinweg galten Kinder als noch nicht vollwertige Menschen.<sup>1</sup> Sie wurden als den Erwachsenen in jeder Hinsicht unterlegen angesehen und waren vielmehr Eigentum der Erwachsenen – in der Regel der Eltern –, und nicht Lebewesen mit selbständigen Rechten.<sup>2</sup>

Seit den Revolutionen in Amerika im Jahr 1776 und in Frankreich im Jahr 1789 wurde den Menschenrechten immer mehr Aufmerksamkeit zuteil und im Zuge dessen auch der spezifischen Situation der Kinder.<sup>3</sup> Im 19. Jahrhundert wurden die ersten Arbeitsschutz- und Misshandlungsverbotsgesetze zum Schutz von Kindern erlassen.<sup>4</sup> Ab dem Jahr 1899 wurden zunächst in den USA, dann auch in Deutschland die ersten Jugendstrafgerichte etabliert.<sup>5</sup> Das erste deutsche Jugendgerichtsgesetz (JGG) wurde am 16. Februar 1923 erlassen, die heute gültige Fassung ist vom 04. August 1953.<sup>6</sup> Das JGG enthält diejenigen formell- und materiellrechtlichen Vorschriften, die eine unterschiedliche strafrechtliche Erfassung von Verhalten von Jugendlichen im Gegensatz zu dem von Erwachsenen festlegen.<sup>7</sup>

Im Jahr 1902 erklärte die schwedische Pädagogin und Frauenrechtlerin Ellen Key das 20. Jahrhundert zum Jahrhundert des Kindes. Sie trat für eine „Pädagogik vom Kinde her“ ein, also eine Erziehung unter Achtung der Würde und Individualität des Kindes.<sup>8</sup>

---

1 *Maywald*, in: Sozialpädagogisches Institut im SOS-Kinderdorf, S. 48.

2 *Goldstein/Freud/Solnit*, S. 14; Unicef, Geschichte der Kinderrechte, S. 1.

3 So wurden z.B. in Grossbritannien der Factories Act 1802 für die Baumwoll- und Wollindustrie, sowie der Factories Act 1833 für die Textilindustrie erlassen. Der Factories Act 1802 beinhaltet Regelungen wie die Begrenzung der Arbeitszeiten von 9- bis 13-jährigen Kindern auf maximal acht Stunden, von 14- bis 18-Jährigen auf maximal zwölf Stunden. Kinder unter neun Jahren dürfen nicht arbeiten, müssen sich aber in einer Grundschule einschreiben, die ihnen durch die Fabrikhaber zur Verfügung gestellt werden muss.

4 *Maywald*, in: Sozialpädagogisches Institut im SOS-Kinderdorf, S. 48 (50).

5 Zur Entwicklung von Jugend- und Familiengerichten in den USA s. *Salgo* (1996), S. 61 ff.

6 BGBl. I 751.

7 Näheres m.w.N. *Eisenberg*, Einleitung JGG, Rn. 5.

8 *Key*, Das Jahrhundert des Kindes (1908); zu Ellen Key s. auch *Veerman*, S. 75 ff.



Zur selben Zeit begann auch der Arzt und Pädagoge Henryk Goldszmit, genannt Janusz Korczak, sich dafür einzusetzen, Kinder nicht mehr nur als Nicht-erwachsene, sondern als ebenso wertvolle Menschen wie Erwachsene zu sehen.<sup>9</sup> Anstatt des traditionellen Erzieher-Zögling-Verhältnisses plädierte er für eine Erziehung im dialogischen Verhältnis.<sup>10</sup> Ein Erzieher oder Lehrer sollte Kinder vor allem ernst nehmen.<sup>11</sup> In seinen Schriften „Wie man ein Kind lieben soll“<sup>12</sup> und „Das Recht des Kindes auf Achtung“<sup>13</sup> forderte er explizite Rechte für das Kind, wie das Recht des Kindes auf den heutigen Tag und das Recht des Kindes, so zu sein, wie es ist.<sup>14</sup> Er prägte ein auf Gleichwertigkeit und Respekt basierendes Bild vom Kind. Dabei sollte das Kind aber als Kind respektiert sein und ihm sollten nicht die Sorgen von Erwachsenen aufgebürdet werden.<sup>15</sup> Die von Korczak bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts geforderten Rechte für Kinder sind im Grunde nichts anderes als die Forderung der Geltung der Menschen- bzw. Grundrechte auch für Kinder.<sup>16</sup>

Aber selbst Art. 1 GG galt nicht seit Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahr 1949 wie selbstverständlich auch für Kinder. Das Bundesverfassungsgericht hat schließlich mit Entscheidung vom 29.07.1968<sup>17</sup> klargestellt, dass auch das Kind Träger von Grundrechten und somit ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit i.S. der Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG ist. Manchmal ist es heute noch notwendig zu betonen, dass das Grundgesetz keine Altersgrenze für die Verleihung von Grundrechten nennt oder kennt.<sup>18</sup>

Im Rahmen der Entwicklungen zur Anerkennung von eigenen Selbstbestimmungsrechten des Kindes ist auch das in den 60er- und 70er-Jahren des vergangenen Jahrhunderts in den USA entstandene Children's Liberation Movement („kiddy libbers“) zu erwähnen.<sup>19</sup> Seine Vertreter forderten mehr Freiheits- und Selbstbestimmungsrechte für Kinder, teils sogar die völlige rechtliche Gleichbehandlung von Kindern und Erwachsenen.<sup>20</sup> Die Forderung der Gleich-

---

9 Korczak, *Fröhliche Pädagogik* (2009), S. 46.

10 Tschöpe-Scheffler/Kaminski/*Tschöpe-Scheffler*, S. 53.

11 Tschöpe-Scheffler/Kaminski/*Jungmann*, S. 131.

12 Korczak, *Wie man ein Kind lieben soll* (1989).

13 Korczak, *Das Recht des Kindes auf Achtung* (2009).

14 Korczak (1989), S. 40.

15 Veerman, S. 397.

16 Tschöpe-Scheffler/Kaminski/*Eichholz*, S. 117.

17 BVerfGE 24,119 = NJW 1968, 2233 = FamRZ 1968, 578.

18 *Peschel-Gutzeit*, FPR 2008, 471 (472).

19 Hierzu ausführlich Veerman, S. 133 ff.

20 *Steindorff-Classen*, in: Elsen/Weber, S. 14.