

Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen im familiengerichtlichen Verfahren – Reformbedarf –

Joachim Klein

1. Eingrenzung der Thematik

Die Frage nach dem Reformbedarf der Beteiligungsrechte von Kindern und Jugendlichen im familiengerichtlichen Verfahren bedarf einiger kurzer Vorbemerkungen. Zum einen lässt sich an die Beteiligung von Kindern sicherlich in unterschiedlichen, familienrechtlichen Kontexten denken. Der Fokus dieses Beitrags wird dennoch auf den für die Beteiligung von Kindern und Jugendlichen besonders relevanten Kindschaftssachen, den Sorge- und Umgangsverfahren, liegen. Zum anderen ist darauf einzugehen, was Beteiligung oder auch Partizipation eigentlich bedeutet. Ein Rechtswörterbuch umschreibt die Partizipation mit fünf Worten: "Auskunft, Anhörung, Erörterung, Vorschlagsrecht, Mitentscheidung".¹ Es gilt im Folgenden zu untersuchen, inwiefern diese fünf Formen von Beteiligung in Sorge- und Umgangsverfahren umgesetzt werden sollten. Dabei deutet schon der Titel in seiner Differenzierung von Kindern und Jugendlichen einen wichtigen Punkt an: Die Phase Kindheit umfasst mehrere Entwicklungsstufen von einer hilflosen und schutzbedürftigen hin zu einer hinreichend autonomen und eigenverantwortlichen Persönlichkeit. Dies ist bei der Ausgestaltung von materiellem wie Verfahrensrecht gleichermaßen zu berücksichtigen, sodass sich die folgenden Thematiken intensivieren, je älter und autonomer das Kind wird. Die verfassungsrechtliche Begründung dieses Gedankens und das damit zusammenhängende Verhältnis von Kindeswohl und Kindeswille zum elterlichen Erziehungsrecht sollen den Einstieg in diesen Beitrag bieten. Sodann werden Schwachstellen des einfachen Rechts aufgezeigt, dabei rechtsvergleichend alternative Gestaltungsmöglichkeiten betrachtet und die bereits begonnenen Reformarbeiten kritisch gewürdigt.

1 Weber, in: Creifelds Rechtswörterbuch, 26. Edition 2021, "Partizipation".

2. Grundlagen

2.1 Kindeswohl und Elternrecht

Im Rampenlicht familienrechtlicher Dogmatik zum Eltern-Kind-Staat-Verhältnis hat sich lange Zeit das Verhältnis von Eltern und Staat und die beiden damit verbundenen Grundkonstellationen des "Staat als Wächter" und "Staat als Schlichter" gehalten. Das Forschungsinteresse lag also darauf, inwiefern der Staat in das Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG eingreifen darf und wie Konflikte zwischen Trägern des Elternrechts zu lösen sind. Diese Grundkonstellationen spiegeln sich auch in den zur Verfügung stehenden Verfahren wider.² Die handelnden Akteure sind die Eltern, es wird über den Eingriff in ihre Rechte entschieden. Die Rechte des Kindes entfalten sich hingegen nur mittelbar im Kriterium des Kindeswohls. Gleichwohl hat das Kindeswohl eine besonders hervorgehobene Stellung im Verfahren: Es ist nach § 1697a BGB Richtwert für jede materielle, aber auch verfahrensrechtliche Entscheidung.³ Betrachtet man das Kindeswohl näher, muss man indes zwischen dem einfachrechtlichen Kindeswohlprinzip und einem verfassungsrechtlichen Begriff differenzieren.

Ersteres lässt sich als "heuristisches Prinzip"⁴ über die kaum hilfreiche gesetzliche Aufteilung in körperliches, geistiges und seelisches Wohl des Kindes hinaus nicht allgemeingültig konkretisieren.⁵ Es umfasst im Einzelfall unterschiedliche Gesichtspunkte in unterschiedlichen Gewichtungen, um zu einer Lösung zu kommen, die aus objektiver Sicht die beste für das Kind ist.⁶

2 Im Elternkonflikt sind Verfahren über den Sorgestatus (§ 1626a BGB; § 1671 BGB), die Ausübung der Sorge (§ 1628 BGB) und den Umgang (§ 1684 BGB) möglich, das Wächteramt wird mit Verfahren nach § 1666 BGB umgesetzt. Zum in diesen Verfahren (mit wenigen Ausnahmen) nicht bestehenden Antragsrecht des Kindes siehe unten 3.3.

3 *Lugani*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., 2020, § 1697a, Rn. 1f. Siehe auch *Klein*, Die verfahrensrechtliche Stellung des Minderjährigen in Kindschaftssachen, RdJB 2019, S. 16f.

4 *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 169.

5 *Veit*, in: Beck'scher Online Kommentar BGB, 59. Edition, Stand: 1.11.2019, § 1666, Rn. 14 m.w.N.

6 *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 169; *Osthold*, Die rechtliche Behandlung von Elternkonflikten, 2016, S. 218f.

Versucht man dagegen einen verfassungsrechtlichen Kindeswohlbegriff zu formulieren, muss dieser in den Grundrechten des Kindes fußen.⁷ Nichts anderes kann daraus folgen, dass das Kind Träger eigener Grundrechte, "ein Wesen mit eigener Menschenwürde und dem eigenen Recht auf Entfaltung seiner Persönlichkeit"⁸ ist. Um deutlich zu machen, dass sich das Elternrecht nicht auf ein Objekt, sondern auf ein von Grundrechten geschütztes Subjekt bezieht und deshalb niemals absolut sein kann, rekurriert das Bundesverfassungsgericht an dieser Stelle auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Grundrechtsposition des Kindes. Dies bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass sich das Kindeswohl nur am allgemeinen Persönlichkeitsrecht orientiert. Vielmehr sollte man das allgemeine Persönlichkeitsrecht hier als Stellvertreter für alle Grundrechte verstehen, so dass die Eltern diese Grundrechte beachten, wahren und zur Entfaltung bringen müssen.⁹ Ihnen steht im Rahmen ihres Elternrechts einerseits die Wahrnehmungskompetenz für die Grundrechte des Kindes zu, weshalb sie bestimmen können, wie diese Grundrechte zur Geltung gebracht werden sollen.¹⁰ Andererseits sind sie gleichzeitig durch diese Grundrechte in der Form eines negativen Standards über das staatliche Wächteramt des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG in der Grundrechtswahrnehmung für das Kind gebunden.¹¹

Elterliches Handeln ist in Bezug auf das Kind somit immer grundrechtsrelevant, je nach Lesart aber aufgrund der Schutz- und Hilfsbedürftigkeit des Kindes gerechtfertigt¹² oder, weil das elterliche Handeln in Ausübung

7 *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl., 2018, Art. 6, Rn. 145; *Schmid/Meysen*, Was ist unter Kindeswohlgefährdung zu verstehen?, in: Kindler/Lillig/Blüml/Meysen/Werner (Hrsg.), Handbuch Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB und Allgemeiner Sozialer Dienst (ASD), 2006, S. 2-1, 2-2; vgl. *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 128ff., 132, 498. Im Diskurs um den Kindeswohlbegriff der UN-KRK wird ebenfalls ein Ansatz vertreten, wonach das Kindeswohl des Art. 3 UN-KRK durch die übrigen Kinderrechte der Konvention konkretisiert wird. Dazu *Schmahl*, Kinderrechtekonvention, 2. Aufl., 2017, Art. 3, Rn. 12.

8 BVerfGE 24, 119, 144.

9 Vgl. *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2013, Art. 6, Rn. 177.

10 *v. Coelhn*, in: Sachs, GG, 9. Aufl., 2021, Art. 6, Rn. 62 "Wahrnehmungsrecht"; übernommen von *Uhle*, in: BeckOK GG, 42. Edition, 2019, Art. 6, Rn. 52.

11 Vgl. *Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, in: Krautscheid/Marré, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 14, 1980, S. 54, 73. Dazu insgesamt *Jestaedt*, Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung, in: Deutscher Familiengerichtstag e.V., 21. Deutscher Familiengerichtstag, 2016, S. 65, 70f.; zum Begriff des negativen Standards als Ausdruck für einen Mindeststandard *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 251f.

12 *Roth*, Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbin-

der Grundrechte des Kindes erfolgt, schon immanent kein den Schutzbereich der kindlichen Grundrechte berührendes Handeln.¹³

Wie verhält sich dies aber zu den hier zu betrachtenden Beteiligungsrechten des Kindes? Dazu soll eine dritte Konfliktsituation betrachtet werden, die sich in die bestehende Dogmatik vom Staat als Schlichter und Staat als Wächter nicht ohne Weiteres einordnen lässt: der Eltern-Kind-Konflikt.

2.2 Kindeswohl und Kindeswille im Eltern-Kind-Konflikt

"Kind sein" bedeutet "in Entwicklung sein", es handelt sich um einen fortlaufenden Prozess. Im Laufe dieses Prozesses ist es das erwünschte Ziel, dass das Kind Kompetenzen entwickelt, mit denen es sein Leben eigenverantwortlich führen, sich also seine eigene Meinung bilden und nach dieser handeln kann.¹⁴ Es liegt in der Natur dieses Prozesses, dass das Kind sich dann auch tatsächlich früh eigene Meinungen bildet und in seinem Selbstverständnis als Persönlichkeit den Anspruch entwickelt, dass diese Meinungen gehört und respektiert werden.¹⁵ Unterscheidet sich dieser Kindeswille vom Elternwillen, besteht nach dem oben Gesagten letztlich ein Konflikt über die Entscheidungskompetenz bezüglich der Wahrnehmung der kindlichen Grundrechte. Für die Auflösung dieses Konflikts stellen sich zwei Fragen:

1. An welchem Punkt obsiegt der kindliche Anspruch, über die eigenen Belange zu entscheiden, gegenüber dem elterlichen Erziehungsrecht?

dung, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 908, 2003, S. 125ff. Vgl. *Manok*, Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes, 2015, S. 95f.

13 *Jestaedt*, Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung, in: Deutscher Familiengerichtstag e.V., 21. Deutscher Familiengerichtstag, 2016, S. 65, 75ff. ("effektiver Schutzgleichlauf"); *Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, in: Krautscheid/Marré, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 14, 1980, S. 54, 63f., 67; *Roell*, Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige, S. 50ff.; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG, 3. Aufl., 2013, Art. 6, Rn. 161f.; missverständlich allerdings "grundrechtliche Kollisionslage" Rn. 143.

14 *Gröschner*, in: Dreier, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 6, Rn. 110 spricht insoweit von "Entwurfskompetenz" als "individuelle Fähigkeit und aktuelle Möglichkeit zum selbstgestalteten und selbstverantworteten Lebensentwurf".

15 Ungefähr ab dem dritten Lebensjahr können die für einen autonomen und stabilen Kindeswillen notwendigen Fähigkeiten vorliegen, *Dettenborn*, Kindeswohl und Kindeswille, 2017, S. 71ff., insb. 77f.

2. Wie kann der Wille des Kindes als Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angemessen respektiert werden, wenn dieser Punkt noch nicht erreicht ist?

Für die erste Frage, ab welchem Zeitpunkt die Selbstbestimmung des Kindes das Erziehungsrecht der Eltern überwiegt, soll der Blick auf den Sinn und Zweck dieses Erziehungsrechts gelenkt werden. Das Bundesverfassungsgericht gab dazu bereits 1968 die eigenverantwortliche Persönlichkeit des Kindes als Ziel elterlicher Erziehungsbemühungen vor und begründete deren Erziehungsbefugnisse als Bestimmungsmacht über die kindlichen Grundrechte mit der Bedürftigkeit des Kindes, bei der Ausübung seiner Grundrechte unterstützt und geschützt zu werden.¹⁶ Daher erscheint es richtig, den Konflikt zwischen Kindes- und Elternwillen an dem Zeitpunkt festzumachen, an dem das Kind elterlicher Erziehung nicht mehr bedarf, wenn also die tatsächliche Fähigkeit zur Grundrechtswahrnehmung vorliegt und man von einer hinreichend eigenverantwortlichen Persönlichkeit sprechen kann.

Dem entspricht es auch, dass das Bundesverfassungsgericht den lange währenden Diskurs zur Grundrechtsmündigkeit¹⁷ nicht aufgreift, sondern stattdessen darauf abstellt, dass das Elternrecht in dem Maße, in dem das Kind in die Mündigkeit hineinwache und deshalb keiner Erziehung mehr bedürfe, gegenstandslos werde.¹⁸ Damit ist aufgezeigt, dass es für das Zurücktreten der elterlichen Erziehungsbefugnisse weder auf eine gewisse Altersgrenze ankommt, noch dass es erforderlich ist, dass das Erziehungsrecht vollständig verdrängt wird. Das Kind muss noch keine voll entwickelte eigenverantwortliche Persönlichkeit sein, sondern es genügt, wenn die Kapazitäten des Kindes in bestimmten Teilbereichen hinreichend entwickelt sind, um das Erziehungsrecht in diesen Bereichen partiell zu verdrängen.

Dieser Gedanke eines Abschmelzen des Elternrechts wird durch das sog. Recht des Kindes auf Entwicklung zu einer selbstbestimmten Persönlich-

16 BVerfGE 24, 119, 144.

17 Einen Überblick über die Diskussion gibt *Peschel-Gutzeit*, in: Staudinger, BGB, Buch 4: § 1626-1633, RKEG, § 1626, Rn. 12; neuere Auseinandersetzungen mit der Thematik finden sich bspw. bei *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 91ff.; *F. Schumann*, Die Selbstbestimmung einwilligungsfähiger Minderjähriger in der medizinischen Behandlung, RW 2018, S. 67, 73ff. In der Lit. findet sich insb. auch die Ansicht, dass es der Kategorie der Grundrechtsmündigkeit nicht bedürfe, *Jestaedt/Reimer*, in: Bonner Kommentar GG, 195. Aktualisierung, 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3, Rn. 106.

18 BVerfGE 59, 360, 387ff.

keit¹⁹ komplementiert, mit dessen Hilfe auch die zweite Frage beantwortet werden kann. Dieses Recht ist ein kinderspezifischer Teilaspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und umfasst den Anspruch auf den bereits beschriebenen Prozess an dessen Ende eine eigenverantwortliche Persönlichkeit steht, also das Lernen von Werten, die Entwicklung notwendiger kognitiver Fähigkeiten und ihre praktische Anwendung in angemessener Weise. Die Fähigkeiten des Kindes eigenverantwortliche Entscheidungen zu treffen, wachsen dabei stetig und sind dementsprechend aus verfassungsrechtlicher Perspektive unterschiedlich zu würdigen.²⁰ Ist der Kindeswille zunächst nur zu hören und argumentativ zu berücksichtigen, so muss er stärker berücksichtigt werden, je weiter entwickelt die Fähigkeiten des Kindes sind und je eher sie die elterlichen Befugnisse verdrängen, bis er schließlich nicht mehr nur konsultative, sondern dezisive Wirkung hat.²¹ Dies bedeutet auch, dass sich das Verhältnis des Kindeswillen zum Kindeswohl als Gegenstand auch der gerichtlichen Entscheidung entsprechend verändern muss. Je stärker der kindliche Autonomieanspruch, desto eher überwiegt er objektive Kindeswohlerwägungen.²²

19 Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 100; siehe als einfachgesetzliche Ausprägung § 1 I SGB VIII.

20 Vgl. BVerfG FamRZ 2009, 1389 zur Berücksichtigung des Kindeswillens im Sorgerechtsverfahren.

21 Diese Interpretation entspricht auch der Auslegung des UN-Kinderrechtsausschusses zu Art. 12 KRK: "the child has a right to direction and guidance, which have to compensate for the lack of knowledge, experience and understanding of the child and are restricted by his or her evolving capacities, as stated in [article 5]. The more the child himself or herself knows, has experienced and understands, the more the parent, legal guardian or other persons legally responsible for the child have to transform direction and guidance into reminders and advice and later to an exchange on an equal footing." UN-Kinderrechtsausschuss, GENERAL COMMENT NO. 12 (2009): The right of the child to be heard, CRC/C/GC/12, § 84; Dazu Kruger, The Protection of Children's Right to Self-Determination with Specific Reference to Medical Treatment and Operations, PER / PELJ 2018, S. 1, 14f.

22 Dazu insgesamt Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 102ff., die die dezisive Wirkung auf gesetzlich geregelte Teilmündigkeiten beschränkt. Es ist allerdings fraglich, ob die hier dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben es im Einzelfall nicht auch abseits der vom Gesetzgeber entschiedenen Fälle gebieten, dem Kindeswillen Vorrang einzuräumen. *De lege lata* wird man zumindest in Fällen, in denen die nicht hinreichende Beachtung des Kindeswillens mit einer Kindeswohlgefährdung einhergehen würde, über § 1666 BGB abhelfen können. *De lege ferenda* wäre über eine Ausweitung der Teilmündigkeiten nachzudenken, wobei auch die von Röthel hervorgehobene Differenzierung zwischen einem selbstbezogenen und elternbezogenem Kindeswillen zu beachten ist, Röthel, Das Recht

2.3 Zwischenfazit

Für die Beteiligung im Verfahren bedeutet dies Folgendes: Bereits aus der Grundrechtsträgerschaft des Kindes folgt seine Subjektstellung in Verfahren, die diese Grundrechte betreffen. Dazu gehört insbesondere, dass die Sichtweise des Kindes im Rahmen einer Anhörung ermittelt und angemessen argumentativ berücksichtigt wird, wie es Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 2 UN-KRK vorsehen.²³ Da sich das Kind noch in einem Prozess der Entwicklung befindet, müssen hierbei Instrumente vorhanden sein, die die Grundrechtswahrnehmung durch das Kind in allen Entwicklungsstufen angemessen abbilden. Dies reicht von der paternalistischen Vertretung des Kindes durch Dritte über unterstützende, aber an den Kindeswillen gebundene Interessenvertretung zur selbständigen Wahrnehmung der eigenen Interessen durch das Kind, bei der Dritte nur noch informierende und beratende Funktionen übernehmen.

3. Einfaches Recht

Analysiert man anhand dieser Kriterien das einfache Recht, ergeben sich hierzu vier Instrumente zur Beteiligung des Kindes im familiengerichtlichen Verfahren: die Kindesanhörung, der Verfahrensbeistand, die formelle Beteiligung des Kindes und dessen Verfahrensfähigkeit.

3.1 Anhörung

Die Kindesanhörung nach § 159 FamFG setzt die Rechte des Kindes aus Art. 12 Abs. 2 UN-KRK und Art. 103 Abs. 1 GG einfachgesetzlich um und bietet ihm so die Möglichkeit direkter Partizipation am Verfahren. Soweit es sich nicht um vermögensrechtliche Streitigkeiten handelt, hat das Gericht das Kind persönlich anzuhören. Dies folgt für Jugendliche ab 14 Jahren direkt aus § 159 Abs. 1 FamFG. Aber auch für Kinder unter 14 Jahren

der Elternverantwortung, JZ 2018, S. 803, 808f. Teilmündigkeiten passen freilich nur bei einem selbstbezogenen Willen, nicht bei familiärem Miteinander.

23 Engelhardt, in: Keidel, FamFG, 20. Aufl., 2020, § 159, Rn. 1,3; Rennert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 94. EL, 2021, Art. 103 Abs. 1 GG, Rn. 62, 90ff.; Schmahl, Kinderrechtskonvention, 2. Aufl., 2017, Art. 12 Rn. 10f. Hierzu auch Klein, Die verfahrensrechtliche Stellung des Minderjährigen in Kindschaftssachen, RdJB 2019, 16, 17f.

ist Abs. 2 nach der Rspr. des BGH so auszulegen, dass sie in Sorge- und Umgangsverfahren grundsätzlich anzuhören sind.²⁴ Der Anwendungsbereich des § 159 FamFG hat daher lediglich eine faktische Grenze dahingehend, dass es nur noch darauf ankommen kann, ob sich das sehr kleine Kind schon entsprechend – wenn auch nur indirekt – äußern kann.²⁵ Das liegt darin begründet, dass der Zweck der Kindesanhörung nur sekundär in der Sachverhaltsaufklärung besteht. Vielmehr geht es neben der Umsetzung des Rechts auf rechtliches Gehör darum, einen unmittelbaren, persönlichen Eindruck vom Kind und seinen Interessen zu gewinnen.²⁶ Gleichzeitig geht es darum, dem Kind Grund und Vorgang des Verfahrens an sich zu erklären. Denn selbst wenn der Kindeswille am Ende nicht die Entscheidung bestimmt, gebietet es doch der Respekt vor dem Kind als Person, ihm eine es selbst unmittelbar betreffende Entscheidung und den zu dieser Entscheidung führenden Prozess zu erklären.²⁷

Bedenklich erscheint es daher, wenn von Wiederholungen der Kindesanhörung insbesondere im Beschwerdeverfahren mit dem Hinweis abgesehen wird, es seien keine neuen Erkenntnisse zu erwarten.²⁸ Zum einen muss auch im Beschwerdeverfahren eine kindeswohlorientierte und daher aktuelle Entscheidung gefällt werden, wobei zu beachten ist, dass sich der Kindeswille innerhalb weniger Monate durchaus ändern kann.²⁹ Zum

24 BGH FamRZ 2016, S. 1439, 1443f.; FamRZ 2016, S. 2082, 2086.

25 BVerfG FamRZ 2007, S. 1078, 1079 hält daher eine Kindesanhörung ab dem dritten Lebensjahr für geboten. Dazu und insb. zur nonverbalen Willensäußerung *Karle/Carl/Clauss*, Kindesanhörung aus psychologischer Sicht, NZFam 2014, S. 875, 876.; Vgl. auch *E. Schumann*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., 2018, § 159, Rn. 5.

26 *Hennemann*, Die Anhörung des Kindes in Kindschaftsverfahren § 159 FamFG, NZFam 2014, S. 871; *E. Schumann*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., 2018, § 159, Rn. 1. Das bedeutet aber nicht, dass es nicht im Einzelfall gerechtfertigt sein kann, aus begründeten Kindeswohlerwägungen von der Anhörung abzusehen. Davon darf aber nur restriktiv gebraucht gemacht werden. Zu unberechtigten Bedenken gegen die Kindesanhörung *Ivanits*, Kindeswohl und Kinderrechte bei Einvernehmen, in: Heilmann/Lack (Hrsg.), Die Rechte des Kindes, Festschrift für Ludwig Salgo zum 70. Geburtstag, 2016, S. 255, 264ff.

27 Dazu *Klein*, Die verfahrensrechtliche Stellung des Minderjährigen in Kindschaftsachen, RdJB 2019, S. 16, 21f. m.w.N.

28 Krit. *E. Schumann*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., 2018, § 159, Rn. 9 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

29 Deshalb darf nach EGMR FamRZ 2018, 350 ein Gericht nicht nach Aktenlage entscheiden, wenn die Kindesanhörung bereits 16 Monate zurückliegt. Vgl. auch schon BGH NJW 1987, 1024, 1025: Dort war das OLG von einer "zwischenzeitlich eingetretenen wesentlichen Veränderung der Verhältnisse" ausgegangen, hatte jedoch von einer erneuten Kindesanhörung abgesehen.

anderen geht es doch um einen unmittelbaren Eindruck vom Kind, den die Beschwerderichter anderweitig gar nicht erlangen können.³⁰

Auch kann von der Erforderlichkeit der Kindesanhörung im Regelfall nicht mit Rücksicht auf den Elternwillen abgesehen werden. Die Eltern können die Anhörung also nicht untersagen.³¹ Sie haben des Weiteren kein das Ermessen des Gerichts bindendes Anwesenheitsrecht während der Kindesanhörung.³² Insofern überwiegt das Interesse an einer erfolgreichen und Kindeswohlorientierten Anhörung im Einzelfall den damit verbundenen Eingriff in das Elternrecht.

3.2 *Verfahrensbeistand*

Neben dem unmittelbaren Einbringen der Kindesinteressen in das Verfahren durch das Kind selbst stellt die Vermittlung der Kindesinteressen durch einen Vertreter eine weitere Möglichkeit dar, das Kind zumindest mittelbar zu beteiligen. Zwar sind grundsätzlich die Eltern als gesetzliche Vertreter dazu berufen, die Kindesinteressen wahrzunehmen. In den meisten Kindschaftssachen bietet sich dies aber nicht an, da die Eltern gleichzeitig eigene Rechtspositionen durchsetzen möchten. Deshalb kann insbesondere im Falle eines Gegensatzes von Eltern- und Kindesinteressen, aber auch wenn besonders gewichtige Grundrechtseingriffe im Raum stehen, ein Verfahrensbeistand bestellt werden. Dieser soll die Kindesinteressen ins Verfahren einbringen, wobei er nicht auf den Kindeswillen beschränkt ist, sondern auch objektive Kindeswohlerwägungen anstellen darf.³³ Dazu hat er Gespräche mit dem Kind und seinen Eltern zu führen, die Gerichtsakten zu studieren und das Kind im Verfahren zu begleiten.³⁴ Er ist so eine wichtige Stütze des Gerichts, hilft bei der Sachverhaltsermittlung ebenso wie beim Umgang mit dem Kind. Er soll für das Kind eine Vertrauensperson darstellen, die ihm die wesentlichen Verfahrensvorgänge erklärt

30 Dazu insg. *Hennemann*, Die Anhörung des Kindes in Kindschaftsverfahren § 159 FamFG, NZFam 2014, S. 871, 873f.

31 *Ivanits*, Die Stellung des Kindes in auf Einvernehmen zielenden gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren in Kindschaftssachen, 2012, S. 74. Zur Anwendung von Zwangsmitteln bei Weigerung der Eltern *Hammer*, in: Prütting/Helms, FamFG, 5. Aufl., 2020, § 159, Rn. 17.

32 BVerfG FamRZ 2019, 1437ff.; *Engelhardt*, in: Keidel, FamFG, 20. Aufl., 2020, § 159, Rn. 17. Vgl. BT-Drs. 16/6308, S. 240. Zur Vorgängervorschrift des § 50b FGG BVerfGE 55, 171, 182.

33 BT-Drs. 16/6308, S. 239.

34 *Hammer*, in: Prütting/Helms, FamFG, 5. Aufl., 2020, § 158, Rn. 44.

und sollte auch grundsätzlich bei der Kindesanhörung anwesend sein, § 158 Abs. 4 S. 3 FamFG.³⁵ Die Eltern können diese Funktion allerdings behindern, indem sie Gespräche zwischen Verfahrensbeistand und Kind untersagen.³⁶ Dann kann der Verfahrensbeistand seine originäre Funktion tatsächlich nur während der Kindesanhörung ausüben.³⁷

Die vorhandenen Daten lassen vermuten, dass die Verfahrensbeistände ihrer anspruchsvollen Aufgabe in der Regel gerecht werden. Im Rahmen der Evaluierung der FGG-Reform zeigten sich die befragten Verfahrensteilnehmer vom Institut des Verfahrensbeistandes überzeugt: ca. 95% der Amtsrichter und ca. 77 % der Rechtsanwälte finden, dass das rechtliche Gehör des Kindes durch den Verfahrensbeistand verbessert werde.³⁸

Aus dem Blickpunkt der Partizipation des Kindes ist aber das Verhältnis zwischen Kind und Verfahrensbeistand bisher nicht eindeutig geklärt. Das Gesetz gibt uns nur insofern eine Antwort, als dass der Verfahrensbeistand nicht gesetzlicher Vertreter des Kindes ist, in seinem Namen aber Rechtsmittel einlegen kann, § 158 Abs. 4 S. 5, 6 FamFG. Fraglich ist nun aber, ob dem Verfahrensbeistand dies auch entgegen dem ausdrücklichen Willen des Kindes möglich ist, wenn er zu dem Schluss kommt, dass das Gericht nicht Kindeswohlkonform entschieden hat.³⁹ In eine ähnliche Stoßrichtung geht auch die Frage, ob den Verfahrensbeistand bezüglich bestimmter Informationen, die er über das Kind im Rahmen seiner Tätigkeit erlangt, eine Schweigepflicht trifft.⁴⁰ Das Problem hierbei liegt unter anderem darin, dass der sog. Anwalt des Kindes nicht nur dessen subjektiven Interessen, sondern auch dem in erster Linie objektiv verstandenen Kindeswohl verpflichtet ist.

35 Ausführlich zu den originären Aufgaben des Verfahrensbeistandes *E. Schumann*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., 2018, § 158, Rn. 31; *Rösler*, Die Verfahrensbeistandschaft, 2014, S. 193ff.

36 *Mayer*, Die rechtliche Stellung sowie Aufgaben des Verfahrensbeistandes, jM 2017, S. 140.

37 *Bauer* in: *Salgo/Lack*, Verfahrensbeistandschaft, 4. Aufl., 2020, Rn. 332, 338ff.

38 *Ekert/Heiderhoff*, Die Evaluierung der FGG-Reform, 2018, S. 107.

39 Im umgekehrten Fall kann der Verfahrensbeistand vom Kind nach *Mayer*, Die rechtliche Stellung sowie Aufgaben des Verfahrensbeistandes, jM 2017, S. 140 nicht dazu gezwungen werden, Rechtsmittel einzulegen. Der Verfahrensbeistand unterliegt nach h.M. nicht den Weisungen des Kindes, *Zorn*, in: *Bork/Jacoby/Schwab*, FamFG, 3. Aufl., 2018, § 158, Rn. 22.

40 In der Literatur wird dies bejaht, sofern die Information nicht auf eine Kindeswohlgefährdung schließen lasse, *E. Schumann*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., 2018, § 158, Rn. 26.

Aus rechtsvergleichender Perspektive ist beispielsweise der österreichische Kinderbeistand insofern anders angelegt. Das dort 2010 im § 104a AußStrG eingeführt Institut ist bewusst nicht auf eine umfassende Interessenvertretung ausgerichtet, sondern auf eine reine Darstellung des Kindeswillen fokussiert.⁴¹ Die Ermittlung des objektiven Wohls ist dem Gericht unter Zuhilfenahme von Jugendwohlfahrt und Sachverständigen überlassen.⁴² Der Kinderbeistand konzentriert sich also vollumfänglich auf die Begleitung und Unterstützung des Kindes. Möchte das Kind bestimmte Informationen im Verfahren nicht preisgeben, ist der Kinderbeistand aus dem Gesetz zur Verschwiegenheit verpflichtet, § 104a Abs. 2 S. 2 AußStrG.⁴³ Zwar ist der Kinderbeistand anders als der Verfahrensbeistand kein Beteiligter im Verfahren,⁴⁴ hat aber gem. § 104a Abs. 3 AußStrG eigene zur Umsetzung seiner Aufgabe notwendige Rechte. Ein eigenes Recht, Rechtsmittel einzulegen, gehört hierzu allerdings nicht. Nach der Gesetzesbegründung würde dies dazu führen, dass sich das Kind falsche Vorstellungen über die Einflussmöglichkeiten des Kinderbeistandes vor Gericht machen könne. Stattdessen solle der Kinderbeistand das Kind im Nachgang der Entscheidung über seine eigenen Möglichkeiten informieren, Rechtsmittel einzulegen.⁴⁵

Unterschiede bestehen auch im Verhältnis von Eltern und Beistand. Zwar wird in Österreich die Erfolgsabhängigkeit der Arbeit des Kinderbeistands von der Kooperationsbereitschaft der Eltern betont.⁴⁶ Allerdings ist es diesen nicht möglich, Gespräche zwischen Kind und Kinderbeistand zu verhindern, vielmehr kann das Gericht Zwangsmittel zur Durchsetzung des Auftrags des Kinderbeistands verhängen.⁴⁷ Während man sich in Deutschland darauf stützt, dass keine gesetzliche Grundlage für den Eingriff in die elterliche Befugnis zur Bestimmung des Umgangs des Kindes bestehe,⁴⁸ wird dort von den Eltern gefordert, dass sie "die unbefangene Meinung und Wünsche ihres Kindes kennenlernen wollen [...]." Daher

41 Vgl. ErläutRV 486, XXIV GP, S. 1, 5f. Er ist insoweit "Sprachrohr" (S. 1) des Kindes.

42 ErläutRV 486, XXIV GP, S. 5.

43 Im Falle einer Kindeswohlgefährdung soll der Kinderbeistand allerdings aufgrund eines übergesetzlichen Notstands von der Verschwiegenheitspflicht befreit sein, ErläutRV 486, XXIV GP, S. 6.

44 ErläutRV 486, XXIV GP, S. 6.

45 ErläutRV 486, XXIV GP, S. 6.

46 OGH 22.3.2011, 8 Ob 19/11v, S. 12.

47 Das Gericht kann zur Durchsetzung des Kontakts von Kinderbeistand und Minderjährigem Zwangsmittel verhängen, ErläutRV 486, XXIV GP, S. 6.

48 Engelhardt, in: Keidel, FamFG, 20. Aufl., 2020, § 158, Rn. 25.

könne "von den Eltern auch erwartet werden, dass Sie die Bedeutung einer neutralen Fachkraft als hilfreiche Unterstützung für ihr stark belastetes Kind in der von ihnen zu verantwortenden konfliktreichen Auseinandersetzung um Obsorge- und Umgangsrecht erkennen."⁴⁹ Das Beteiligungsrecht des Kindes, zu dessen Umsetzung der Kinderbeistand dient, rechtfertigt somit einen Eingriff in die elterlichen Obsorgebefugnisse. Der Gesprächsbedarf wird allein von Kinderbeistand und Minderjährigem bestimmt.⁵⁰

Was die Fokussierung des Kinderbeistands auf den Kindeswillen betrifft, so scheint dies zumindest eher dem Gedanken des Art. 12 Abs. 2 UN-KRK zu entsprechen. Denn mit einer Kompetenz zur umfassenden Kindeswohleinschätzung geht auch die Gefahr einher, dass der tatsächliche Kindeswille von der Drittperspektive überlagert und dadurch der Partizipationsaspekt geschmälert wird.⁵¹ Beachtet man zudem, dass die wachsende Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes sich schon im Verhältnis zu den Eltern auswirkt, so muss sich auch die Aufgabe des Verfahrensbeistandes von einer eher objektiven Interessenvertretung zu einer Unterstützung des Willens des Minderjährigen wandeln.

3.3 Formelle Beteiligung und Verfahrensfähigkeit

Das FGG-Reformgesetz brachte mit § 7 FamFG die dem FGG fehlende Definition des Verfahrensbeteiligten. Dazu gehören gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 FamFG als sog. Muss-Beteiligte die unmittelbar vom Verfahren Betroffenen, in Kindschaftsverfahren also insbesondere die Kinder. Die formelle Beteiligung ist mit einer Fülle an Rechten⁵² verbunden. Man könnte daher meinen, das Kind würde durch die formelle Beteiligung mit den übrigen Verfahrensteilnehmern gleichgestellt und das Ziel, die Subjektstellung des Kindes im Verfahren zu stärken, dadurch wesentlich umgesetzt.⁵³ Dies ist

49 Beck, in: Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG, 2013, § 104a, Rn. 55.

50 Beck, in: Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG, 2013, § 104a, Rn. 55.

51 Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 360, 546.

52 Eine Aufzählung findet sich bspw. bei Schaubberger, Die Partizipation Minderjähriger im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2015, S. 40f.; Rösler, Die Verfahrensbeistandschaft, 2014, S. 112f.

53 So Rösler, Die Verfahrensbeistandschaft, 2014, S. 114: "Diese Einbeziehung des minderjährigen Kindes als Verfahrensbeteiligten setzt somit den Grundgedanken des FGG-Reformgesetzes, den Minderjährigen und sein Wohl in das Zentrum des Verfahrens zu rücken, konsequent um."

allerdings insofern ein Trugschluss, als dass die Ausübung der Rechte wiederum natürlich einer rechtlichen Handlungsfähigkeit bedarf, sodass wiederum die ohnehin schon selbst beteiligten Eltern über diese Ausübung entscheiden.⁵⁴

Anders liegt der Fall lediglich dann, wenn der Minderjährige selbst verfahrensfähig ist. Als Fähigkeit, Verfahrenshandlungen wirksam vor- und entgegenzunehmen, hängt die Verfahrensfähigkeit von den in § 9 FamFG bestimmten Voraussetzungen ab. Die für den Minderjährigen wichtigste ergibt sich aus § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG. Danach kommt es darauf an, dass der Minderjährige das 14. Lebensjahr überschritten hat und in einem Verfahren, das seine Person betrifft, ein ihm nach bürgerlichem Recht zustehendes Recht aktiv geltend macht. Als ein solches Recht gelten beispielsweise das Recht zum Widerspruch gegen den Elternvorschlag zur Begründung einer Alleinsorge nach § 1671 Abs. 1 Nr. 1 BGB⁵⁵ und das Recht auf Umgang aus § 1684 Abs. 1 BGB.⁵⁶ Keine Verfahrensfähigkeit besteht mangels eines subjektiven bürgerlichen Rechts im Rahmen von sonstigen sorgerechtlichen Streitigkeiten, etwa höchstpersönlichen Entscheidungen im Rahmen der Ausübung der elterlichen Sorge.⁵⁷ Zudem steht dem Minder-

54 Dazu auch *Klein*, Die verfahrensrechtliche Stellung des Minderjährigen in Kindschaftssachen, RdJB 2019, 16, 23f. Folgt man der Ansicht, dass die Bekanntgabe von Dokumenten nur ggü. dem gesetzlichen Vertreter zu erfolgen hat (*Pabst*, in: Münchener Kommentar zum FamFG, 3. Aufl., 2018, § 15, Rn. 4), muss die Beteiligung als solche noch nicht einmal dazu führen, dass das Kind von der Existenz des Verfahrens erfährt.

55 BT-Drs. 16/9733, S. 288, 292; *Heiter*, Verfahrensfähigkeit des Kindes in personenbezogenen Verfahren nach dem FamFG, FamRZ 2009, S. 85, 87.

56 OLG Koblenz, FamRZ 2019, S. 706, 707; OLG Hamburg, FamRZ 2018, S. 105; *Prütting*, in: Prütting/Helms, FamFG, 5. Aufl., 2020, § 9, Rn. 14; a.A. noch *Schael*, Minderjährige und ihre formelle Beteiligung in Verfahren über Kindschaftssachen, FamRZ 2009, S. 265, 267. § 1684 IV BGB enthält nach h.M. aber kein solches Recht, *Sternal*, in: Keidel, FamFG, 20. Aufl., 2020, § 9, Rn. 12; *Schauburger*, Die Partizipation Minderjähriger im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2015, S. 60; a.A. wohl *Burkbart*, Die Verfahrensfähigkeit Jugendlicher, FamRZ 2019, S. 1029, 1031.

57 Krit. und mit Hinweisen auf die langanhaltenden Forderungen nach einem solchen Antragsrecht, *Peschel-Gutzeit*, in: Staudinger, Buch 4. § 1626-1633, RKEG, 2015, § 1628 Rn. 31ff.; ebenfalls krit. *Huber*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., 2020, § 1628 Rn. 5; *Veit*, in: Beck'scher Onlinekommentar BGB, 59. Edition, § 1628, Rn. 18f.; *Götz*, in: Palandt, BGB, 79. Aufl., 2020, § 1628, Rn. 2.

jährigen zwar ein Beschwerderecht zu, eigene Anträge kann er aber nicht einreichen.⁵⁸

Nach der verfassungsrechtlichen Ausgangslage überrascht es, dass der Gesetzgeber bezüglich des Vorliegens von Verfahrensfähigkeit weder an die tatsächliche Fähigkeit des Minderjährigen, selbstbestimmt zu handeln, anknüpft, noch auf den Kreis höchstpersönlicher Rechte des Minderjährigen abstellt und insoweit die notwendige Klarheit vermissen lässt. Damit ein einsichtsfähiger Minderjähriger die Grenze zwischen eigenem Recht und Elternrecht gerichtlich klären lassen kann, sollten zudem für den Kreis höchstpersönlicher Belange eigene Antragsrechte eingeführt werden.⁵⁹

3.4 Thesen der Arbeitsgruppe Sorge und Umgang

Die inzwischen vorliegenden Thesen der Arbeitsgruppe Sorge und Umgang des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz⁶⁰ greifen diese Kritikpunkte auf und zeigen sich insoweit als Schritt in die richtige Richtung. Demnach sollen Minderjährige ab 14 Jahren ohne weitere Voraussetzungen verfahrensfähig werden⁶¹ und ihnen ab diesem Zeitpunkt ein Antragsrecht für höchstpersönliche Entscheidungen wie Aufenthalt, Betreuung, Umgang, medizinische Behandlung und Ausbildung zustehen.⁶² Zudem soll in diesen Verfahren der Kindeswille bei "entsprechender Reife" vorrangig zu berücksichtigen sein.⁶³ Die entsprechende

58 Burschel, in: Beck'scher Onlinekommentar FamFG, 39. Edition, § 9, Rn. 8; Sternal, in: Keidel, FamFG, 20. Aufl., 2020 § 9, Rn. 15 mit Nachweisen aus der Rspr.; a.A. Burkbart, Die Verfahrensfähigkeit Jugendlicher, FamRZ 2019, S. 1029, 1030.

59 E. Schumann, Gemeinsam getragene Elternverantwortung zwischen Trennung und Scheidung, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, 2018, B1, B87f; Röthel, Das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit, in: Röthel/Heiderhoff, Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, 2018, S. 89, 103f. Dazu auch Klein, Die verfahrensrechtliche Stellung des Minderjährigen in Kindschaftssachen, RdJB 2019, S. 16, 27.

60 Thesenpapier der Arbeitsgruppe "Sorge- und Umgangsrecht, insbesondere bei gemeinsamer Betreuung nach Trennung und Scheidung", https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/102919_Thesen_AG_SorgeUndUmgangsrecht.pdf (zuletzt aufgerufen am 30.9.2021).

61 Thesenpapier der AG Sorge- und Umgangsrecht, These 44.

62 Thesenpapier der AG Sorge- und Umgangsrecht, Thesen 37f.

63 Thesenpapier der AG Sorge- und Umgangsrecht, These 35.

Reife wird wiederum ab 14 Jahren vermutet.⁶⁴ Diese nur zu vermuten ist sinnvoll, weil die tatsächliche Fähigkeit zu einer selbstbestimmten Entscheidung nicht von einer typisierenden Altersgrenze abhängt. Warum die Verfahrensfähigkeit dennoch ausschließlich an eine solche geknüpft wird, lässt sich wohl nur mit Rechtssicherheits- und Praktikabilitätsabwägungen begründen.⁶⁵ Insgesamt sollte bezüglich der Reife auch auf einen Gleichlauf mit dem materiellen Recht geachtet werden. Sinnvoll erscheint es, eine übergreifende Fähigkeit zur selbstbestimmten Entscheidung festzulegen, die einer Person die umfassende Wahrnehmung seiner höchstpersönlichen Rechte erlaubt, wie es beispielsweise Österreich vor Kurzem mit der Einführung der sog. Entscheidungsfähigkeit getan hat.⁶⁶

Des Weiteren beantworten die Thesen nicht abschließend, wie über einen der neuen Anträge zur Klärung des Eltern-Kind-Konfliktes in höchstpersönlichen Angelegenheiten zu entscheiden wäre. So ist beispielsweise fraglich, ob dem Willen des entscheidungsfähigen Kindes zwingend entsprochen werden muss: Nach These 35 ist die vorrangige Berücksichtigung des Willens des entscheidungsfähigen Kindes davon abhängig, dass er dem Kindeswohl nicht widerspricht und keine anderen triftigen Gründe dagegensprechen. Gedacht wurde hierbei sicherlich unter anderem an einen selbstgefährdenden Willen des Kindes.⁶⁷ Ob der Staat diesen Kindeswohlvorbehalt bei einem entscheidungsfähigen Kind jedoch überhaupt erheben darf, ist zumindest diskussionsbedürftig. Geht man nämlich davon aus, dass das elterliche Erziehungsrecht in der fraglichen Sache nicht mehr existiert oder zumindest insoweit verdrängt wird, besteht auch für das staatli-

64 Thesenpapier der AG Sorge- und Umgangsrecht, These 36.

65 Vgl. *Rösler*, Die Verfahrensbeistandschaft, 2014, S. 66, 119.

66 § 24 Abs. 2 ABGB: "Entscheidungsfähig ist, wer die Bedeutung und die Folgen seines Handelns im jeweiligen Zusammenhang verstehen, seinen Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten kann. Dies wird im Zweifel bei Volljährigen vermutet.", eingefügt durch das 2. Erwachsenenschutzgesetz, BGBl. I Nr. 59/2017. Zum Begriff ErläutRV 1461, XXV GP, S. 5. Die Entscheidungsfähigkeit findet inzwischen auch im deutschen Erwachsenenschutzrecht Befürworter: *Hornung*, Die psychiatrische Patientenverfügung im Betreuungsrecht, 2017, S. 103ff.; *Bienwald*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 1901b, Rn. 22; *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., 2018, § 1901a, Rn. 9. Krit. zur bisherigen Vielfalt an Grenzen *Röthel*, Das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit, in: Röthel/Heiderhoff, Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, 2018, S. 111ff.

67 In diesen Fällen kann eine paternalistische Entscheidung gegen den Kindeswillen gerechtfertigt sein, vgl. *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 369ff.; *Röthel*, Das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit, in: Röthel/Heiderhoff, Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, 2018, S. 89, 113, Fn. 98.

che Wächteramt, durch den dieser Kindeswohlvorbehalt legitimiert würde, kein Raum. Stattdessen müsste sich der Staat an die gleichen Grenzen halten, die auch für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts durch Erwachsene gelten, und könnte somit allenfalls allgemeine Schutzpflicht abwägungen anstellen, nicht aber Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG bemühen.

Rekurriert man nun nur noch auf die allgemeine Grundrechtsdogmatik, bleibt die generelle Begrenzung des individuellen Freiheitsraums durch die Rechte anderer freilich auch für den entscheidungsfähigen Minderjährigen bestehen. Insbesondere können bei einer gerichtlichen Entscheidung auch die Interessen der anderen Familienmitglieder erheblich sein. Auf diesem Wege kann der Tatsache entsprochen werden, dass der entscheidungsfähige Minderjährige trotzdem Mitglied der sozialen Gemeinschaft der Familie ist und sich dieser in berechtigten Fällen unterordnen muss. Wünscht das Kind beispielsweise etwas, das die finanziellen Möglichkeiten der Familie übersteigt oder seine Geschwister unzumutbar beeinträchtigt, kann dies dazu führen, dass dem Willen des Kindes nicht entsprochen wird.⁶⁸ Man könnte die "triftigen Gründe" also als so etwas wie ein "Familienwohl" interpretieren.

Schlussendlich sind die Rechtsfolgen zu diskutieren, die ein erfolgreicher Antrag des Kindes hätte. Dies kann nur anhand des Gegenstands des jeweiligen Antrags entschieden werden. Bei medizinischen Behandlungen könnte das Familiengericht etwa die Einwilligung der Eltern ersetzen, die entsprechende Handlungsfähigkeit des Minderjährigen bzw. die Beachtlichkeit seines Widerspruchs feststellen oder eine bestimmte Regelung anordnen.⁶⁹ Da in unterschiedlichen Konstellationen unterschiedliche Maßnahmen die effektivste darstellen, scheint es vertretbar, dem Familiengericht einen Ermessensspielraum zu belassen und es zu verpflichten, eine „Maßnahme vorzunehmen, mit der das Recht des Kindes auf eine selbstbestimmte Entscheidung angemessen umgesetzt werden kann“.⁷⁰ Es sind

68 E. Schumann, Gemeinsam getragene Elternverantwortung zwischen Trennung und Scheidung, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, 2018, S. B1, B88 schlägt eine Übertragung der Grundsätze der Rspr. zu § 1618a BGB vor.

69 Das OLG Hamm (FamRZ 2020, 340) hat beispielsweise ein Feststellungsurteil getroffen, dass die Einwilligung der Eltern in den von der (einwilligungsfähigen) minderjährigen Schwangeren gewünschten Schwangerschaftsabbruch nicht erforderlich ist.

70 E. Schumann, Gemeinsam getragene Elternverantwortung zwischen Trennung und Scheidung, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, 2018, S. B1, B89.

aber natürlich auch nach Gegenstand bzw. Rechtsfolge differenzierende Regelungen durch den Gesetzgeber denkbar.⁷¹

4. Abschließende Bemerkungen

Zuletzt kommt man bei einer Betrachtung der Beteiligungsrechte von Kindern nicht umhin, die Diskussion über die Aufnahme eines Kindergrundrechts ins Grundgesetz anzusprechen. Ende Oktober 2019 hat die Arbeitsgruppe "Kinderrechte ins Grundgesetz" hierzu ihren Abschlussbericht veröffentlicht.⁷² Sie empfiehlt folgende vier Elemente in Art. 6 GG aufzunehmen:⁷³

1. Das Recht auf Achtung und Schutz der Grundrechte des Kindes insbesondere des Rechts auf Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit,
2. Die Berücksichtigung des Kindeswohls in den das Kind unmittelbar betreffenden Angelegenheiten,
3. Ein Anspruch auf rechtliches Gehör in das Kind betreffenden Angelegenheiten,
4. Eine neue Staatszielbestimmung, nach der der Staat kindgerechte Lebensbedingungen schaffen solle.⁷⁴

71 Dazu bereits *Klein*, Die verfahrensrechtliche Stellung des Minderjährigen in Kindersachssachen, RdJB 2019, S. 16, 28.

72 Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Kinderrechte ins Grundgesetz" v. 14.10.2019, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/102519_Abschlussbericht_Kinderrechte.pdf (zuletzt aufgerufen am 30.1.2022).

73 Der hierauf aufbauende Regierungsentwurf sah vor, Art. 6 Abs. 2 GG um folgenden Zusatz zu erweitern: „Die verfassungsmäßigen Rechte der Kinder einschließlich ihres Rechts auf Entwicklung zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten sind zu achten und zu schützen. Das Wohl des Kindes ist angemessen zu berücksichtigen. Der verfassungsrechtliche Anspruch von Kindern auf rechtliches Gehör ist zu wahren. Die Erstverantwortung der Eltern bleibt unberührt.“, BT-Drs. 19/28138, S. 7. Der Entwurf wurde im Rahmen der Expertenanhörung scharf kritisiert (Pressemitteilung des Bundestags vom 17.5.2021, <https://www.bundestag.de/presse/hib/842194-842194>, zuletzt aufgerufen am 30.1.2022) und scheiterte Mitte 2021 an der erforderlichen Zwei-Drittel-Mehrheit im Bundestag ([tagesschau.de vom 7.6.2021, https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/kinderrechte-grundgesetz-113.html](https://www.tagesschau.de/inland/innenpolitik/kinderrechte-grundgesetz-113.html) zuletzt aufgerufen am 30.01.2022).

74 Vgl. insb. die drei Formulierungsvorschläge im Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Kinderrechte ins Grundgesetz" v. 14.10.2019, S. 111.

Die Frage, die sich nun für das Thema der Teilnahmerechte von Kindern und Jugendlichen stellt, ist die nach den Konsequenzen, die hierfür aus einem solchen "Kindergrundrecht" folgen. Betrachtet man aber das zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen bereits Gesagte und vergleicht es mit dem neuen Grundrecht, muss man prognostizieren: Wahrscheinlich würde sich recht wenig ändern. Denn das Kindergrundrecht enthält absichtlich keine inhaltlichen Neuerungen, sondern soll von vornherein nur die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abbilden.⁷⁵ Die Kritik, dass das neue Kindergrundrecht inhaltlich keinen Fortschritt bringe, scheint deshalb durchaus berechtigt.⁷⁶

Die Präsentation des Abschlussberichts der Arbeitsgruppe Kinderrechte ins Grundgesetz durch Justizministerin Christine Lambrecht erfolgte mit einem in der Diskussion um Kinderrechte häufig ausgesprochenen Satz: "Kinder sind keine kleinen Erwachsenen."⁷⁷ Dieser Satz soll deutlich machen, dass es unangemessen ist, Kindern die gleiche Verantwortung, verbunden damit aber auch die gleiche Stellung im Recht zukommen zu lassen. Dem ist zuzustimmen, denn Kinder befinden sich in einem Prozess stetiger Entwicklung hin zu einer selbstbestimmten Persönlichkeit, sind es aber noch nicht notwendigerweise. Der Ausspruch wird der kindlichen Realität trotzdem nicht vollkommen gerecht. Man muss auch sagen: so wie Kinder keine kleinen Erwachsenen sind, sind Jugendliche keine kleinen Kinder. Man wird nicht mit Vollendung des 18. Lebensjahres mit einem Schlag erwachsen. Es gilt daher, praktisch realisierbare Wege zu finden, damit die Stellung des Kindes im Recht seinen Entwicklungsprozess in der tatsächlichen Welt aufgreift und angemessen umsetzt. Dazu gehört es meines Erachtens, den Willen des Jugendlichen im familiengerichtlichen Verfahren stärker und konsequenter zu berücksichtigen, indem

75 Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe "Kinderrechte ins Grundgesetz" v. 14.10.2019.

76 Zu den Potentialen und Risiken kann an dieser Stelle nicht vertieft Stellung genommen werden. Dedizierte Auseinandersetzungen finden sich bspw. bei *Wapler*, Verfassungsrechtliches Kurzgutachten zum Thema "Kinderrechte ins Grundgesetz", 2017, bmfjsf.de/blob/120476/193f08c3955adeb2c47d83b990537666/2017-kurzgutachten-kinderrechteinsgrundgesetz-data.pdf (zuletzt aufgerufen am 30.9.2021); *Weilner*, Verfassungsmethodische und verfassungssystematische Aspekte der Ergänzung des Grundgesetzes um ein Kindergrundrecht, 2014. Alternative Gesetzesentwürfe der Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 19/10552), FDP (BT-Drs. 19/28440) und Die Linke (BT-Drs. 19/10662) gingen stellenweise weiter als der Regierungsentwurf.

77 *Bubrowski*, Kinderrechte ins Grundgesetz, FAZ.net v. 25.10.2019, <https://www.faz.net/gpf-9slyd> (zuletzt aufgerufen am 30.1.2022).

Minderjährige ihrem Entwicklungsstand entsprechend an den sie betreffenden Entscheidungen beteiligt werden. Das kann auch bedeuten, dass zumindest dort, wo das Selbstbestimmungsinteresse des Minderjährigen besonders groß ist und keine Erziehungsbedürftigkeit mehr besteht, eine gerichtliche Entscheidung entgegen dem Elternwillen möglich wird. Dies bildet das geschriebene Recht bisher nicht hinreichend ab, sondern setzt für 17-Jährige wie Grundschulkinder unter Umständen die gleichen Maßstäbe an. Es sollte daher nicht nur darauf geachtet werden, die Kinderrechte im Verfassungsrecht stärker abzubilden, sondern die einzigartige Situation des Kind-Seins auch differenzierter unter anderem im familiengerichtlichen Verfahren aufzugreifen.

Literaturverzeichnis

- Beck'scher Onlinekommentar BGB, München: Beck 59. Edition 2021.
Beck'scher Onlinekommentar FamFG, München: Beck 39. Edition 2021.
Beck'scher Onlinekommentar GG, München: Beck 48. Edition 2021.
Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1980): Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, Zur Theorie des verfassungsrechtlichen Elternrechts und seiner Auswirkung auf Erziehung und Schule, in: Krautscheid, Joseph / Marré, Heiner, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 14. Münster: Aschendorff, S. 54.
Bork/Jacoby/Schwab, FamFG – Kommentar, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bielefeld: Giesecking 3. Aufl. 2018.
Burkhardt, Axel (2019): Die Verfahrensfähigkeit Jugendlicher, FamRZ, S. 1029.
Coester, Michael (1983): Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft, Arbeiten zur Rechtsvergleichung 114. Frankfurt a.M.: Metzner.
Creifelds, Rechtswörterbuch. München: Beck 26. Edition 2021.
Dettenborn, Harry (2017): Kindeswohl und Kindeswille, Psychologische und rechtliche Aspekte. München: Ernst Reinhard Verlag.
Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1. Tübingen: Mohr Siebeck 3. Aufl. 2013.
Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1. Tübingen: Mohr Siebeck 2. Aufl. 2004.
Ekert, Stefan / Heiderhoff, Bettina (2018): Die Evaluierung der FGG-Reform, Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben. Mönchengladbach: Godesberg.
Gitschtahler/Höllwerth (Hrsg.), Kommentar zum Außerstreitgesetz. Wien: Manz 2013.
Hennemann, Heike (2014): Die Anhörung des Kindes in Kindschaftsverfahren § 159 FamFG. NZFam, S. 871.
Heiter, Norbert (2009): Verfahrensfähigkeit des Kindes in personenbezogenen Verfahren nach dem FamFG. FamRZ, S. 85.

- Hornung, Julia* (2017): Die psychiatrische Patientenverfügung im Betreuungsrecht, Ihre zulässigen Regelungsgegenstände – unter besonderer Beachtung der antizipierten Selbstbestimmung gegen sich selbst, Schriften zum Bio- Gesundheits- und Medizinrecht 27. Baden-Baden: Nomos 2017.
- Ivanits, Natalie* (2012): Die Stellung des Kindes in auf Einvernehmen zielenden gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren in Kindschaftssachen, Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht. Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- Ivanits, Natalie* (2016): Kindeswohl und Kinderrechte bei Einvernehmen, in: Heilmann, Stefan / Lack, Katrin (Hrsg.), Die Rechte des Kindes, Festschrift für Ludwig Salgo zum 70. Geburtstag. Köln: Bundesanzeiger, S. 255.
- Jestaedt, Matthias* (2015): Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung, in: Deutscher Familiengerichtstag e.V., 21. Deutscher Familiengerichtstag, vom 21. bis 24. Oktober 2015 in Brühl, Ansprachen und Referate, Berichte und Ergebnisse der Arbeitskreise, Brühler Schriften zum Familienrecht Bd. 19. Bielefeld: Gieseking, 2016, S. 65.
- Karle, Michael / Carl, Eberhard / Clauss, Marianne* (2014): Kindesanhörung aus psychologischer Sicht. NZFam, S. 875.
- Keidel, FamFG, Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar. München: Beck 20. Aufl. 2020.
- Klein, Joachim* (2019): Die verfahrensrechtliche Stellung des Minderjährigen in Kindschaftssachen. RdJB, S. 16.
- Kruger, Hanneretha* (2018): The Protection of Children's Right to Self-Determination with Specific Reference to Medical Treatment and Operations, PER / PELJ, S. 1, 14f.
- Lambrecht, Christine* (2020): Kinderrechte in die Verfassung, Pro & Contra, DRiZ, S. 14.
- v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd.1. München: Beck 7. Aufl. 2018.
- Manok, Andreas* (2015): Die medizinisch nicht indizierte Beschneidung des männlichen Kindes, Rechtslage vor und nach Inkrafttreten des § 1631d BGB unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechte, Schriften zum Gesundheitsrecht 34. Berlin: Duncker & Humblot.
- Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar. München: Beck 94. EL 2021.
- Mayer, Simone* (2017): Die rechtliche Stellung sowie Aufgaben des Verfahrensbeistandes. jM, S. 140.
- Münchener Kommentar zum FamFG, Bd. 1. München: Beck 3. Aufl. 2018.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 10: Familienrecht II. München: Beck 8. Aufl. 2020.
- Osthold, Fritz Rolf* (2016): Die rechtliche Behandlung von Elternkonflikten, Schriften zum Familien- und Sozialrecht 1. Baden-Baden: Nomos.
- Palandt, BGB, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar. München: Beck 79. Aufl. 2020.

- Prütting/Helms (Hrsg.), FamFG, Kommentar mit FamGKG. Köln: Otto Schmidt 5. Aufl. 2020.
- Roell, Monika (1984): Die Geltung der Grundrechte für Minderjährige, Schriften zum Öffentlichen Recht 468. Berlin: Duncker & Humblot.
- Rösler, Katja (2014): Die Verfahrensbeistandschaft, Verfahrensrechtliche Umsetzung des verfassungsmäßigen Gebotes einer Interessenvertretung für Minderjährige. Berlin: Duncker & Humblot.
- Röthel, Anne (2018): Das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit, Zum dogmatischen Potential der Verdeutlichung von Kinderrechten, in: Röthel, Anne / Heiderhoff, Bettina, Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht Bd. 25. Frankfurt a.M.: Wolfgang Metzner, S. 89.
- Röthel, Anne (2018): Das Recht der Elternverantwortung, Konzeption, Organisation, Strukturierung. JZ, S. 803.
- Roth, Wolfgang (2003): Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung, Schriften zum Öffentlichen Recht 908. Berlin: Duncker & Humblot.
- Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. München: Beck 9. Aufl. 2021.
- Salgo/Lack (Hrsg.), Verfahrensbeistandschaft, Ein Handbuch für die Praxis. Köln: Reguvis 4. Aufl. 2020.
- Schael, Wolfgang (2009), Minderjährige und ihre formelle Beteiligung in Verfahren über Kindschaftssachen. FamRZ, S. 265.
- Schauberg, Carmen (2015): Die Partizipation Minderjähriger im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Eine Analyse der Beteiligung und der Verfahrensfähigkeit in Familien- und Erbrechtsverfahren, Schriften zum Verfahrensrecht 52. Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- Schmahl, Kinderrechtekonvention, mit Zusatzprotokollen, Handkommentar. Baden-Baden: Nomos 2. Aufl. 2017.
- Schmid, Heike / Meysen, Thomas (2006): Was ist unter Kindeswohlgefährdung zu verstehen?, in: Kindler, Heinz / Lillig, Susanna / Blüml, Herbert / Meysen, Thomas / Werner, Annegret (Hrsg.), Handbuch Kindeswohlgefährdung nach § 1666 BGB und Allgemeiner Sozialer Dienst (ASD). München: DJI, S. 2-1.
- Schumann, Eva (2018): Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung – Reformbedarf im Sorge-, Umgangs- und Unterhaltsrecht?, Gutachten B zum 72. Deutschen Juristentag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentags (Hrsg.), Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages, Bd. 1: Gutachten. München: Beck, S. B1.
- Staudinger, BGB, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: §§ 1896-1921 (Rechtliche Betreuung und Pflegschaft). Berlin: Sellier-de Gruyter Neubearbeitung 2017.
- Staudinger, BGB, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: § 1626-1633, RKEG. Berlin: Sellier-de Gruyter Neubearbeitung 2015.

Wapler, Friederike (2015): *Kinderrechte und Kindeswohl, Eine Untersuchung zum Status des Kindes im Öffentlichen Recht.* Tübingen: Mohr Siebeck.

Weilner, Christina (2014): *Verfassungsmethodische und verfassungssystematische Aspekte der Ergänzung des Grundgesetzes um ein Kindergrundrecht,* Diss. Jur. Regensburg.