

JAN-ROBERT SCHMIDT

Will das Kind sein Wohl?

*Beiträge zur Rechtsgeschichte
des 20. Jahrhunderts*

113

Mohr Siebeck

Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts

herausgegeben von

Thomas Duve, Hans-Peter Haferkamp, Joachim Rückert
und Christoph Schönberger

113



Jan-Robert Schmidt

Will das Kind sein Wohl?

Eine Untersuchung über Kindeswille und Kindeswohl
im Sorge- und Umgangsrecht nach Scheidungen von
1946 bis 2016

Mohr Siebeck

Jan-Robert Schmidt, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaften in Köln, Lissabon und Hamburg; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für deutsche Rechtsgeschichte der Universität Hamburg.
orcid.org/0000-0002-5682-0046

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-16-159273-7 / eISBN 978-3-16-159274-4

DOI 10.1628/978-3-16-159274-4

ISSN 0934-0955 / eISSN 2569-3875 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Gulde Druck gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Meiner Familie

Your children are not your children.
They are the sons and daughters of Life's longing for itself.
They come through you but not from you,
And though they are with you yet they belong not to you.
You may give them your love but not your thoughts,
For they have their own thoughts.
You may house their bodies but not their souls,
For their souls dwell in the house of tomorrow,
which you cannot visit, not even in your dreams.
You may strive to be like them,
but seek not to make them like you.
For life goes not backward nor tarries with yesterday.
You are the bows from which your children
as living arrows are sent forth.
The archer sees the mark upon the path of the infinite,
and He bends you with His might
that His arrows may go swift and far.
Let your bending in the archer's hand be for gladness;
For even as He loves the arrow that flies,
so He loves also the bow that is stable.

(Khalil Gibran – On Children)

Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde der Universität Hamburg im Jahre 2018 als Dissertation vorgelegt.

Ich möchte mich zuallererst bei Herrn Professor Dr. Repgen für seine geduldige Unterstützung und seine zahlreichen Anregungen bedanken, ohne die die Arbeit nicht hätte entstehen können. Dank schulde ich auch Herrn Professor Dr. Trute für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Weiterhin möchte ich der Albrecht Mendelssohn Bartholdy Graduate School of Law für die finanzielle Unterstützung und den Blick über den juristischen Tellerrand danken. Vielen Dank auch dem Förderungsfond Wissenschaft der VG Wort für die Unterstützung bei den Druckkosten. Den Herausgebern dieser Reihe danke ich ganz herzlich für die Aufnahme.

Zudem möchte mich bei meiner Schwester Katharina Isabel für ihr Vorbild bedanken. Bene und Nico danke ich dafür, mir mit ihrem Wissen auf den Feldern der Mathematik, der Psychologie und des *savoir vivre* weitergeholfen zu haben.

Schließlich möchte ich mich bei meiner Mutter Lucyna Anna und meinem Vater Uwe für ihre immerwährende Unterstützung auf allen Ebenen bedanken. Angela danke ich für alles.

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	1
A. Zeitraum und Umfang der Untersuchung	3
B. Einordnung der Arbeit vor dem Hintergrund des Forschungsstands	5
C. Fragestellungen und Zielsetzung im Detail	6
I. Kindeswohl	6
II. Kindeswille	8
D. Quellen	11
I. Gesetze	11
II. Rechtsprechung	11
III. Fachliteratur	13
IV. Zusätzliche empirische Daten	13
E. Gang der Darstellung	13
 § 2 Sorge- und Verkehrsrechtsentscheidungen vor 1946 – eine kurze Einführung	 15
A. Das BGB von 1900	15
I. Die Sorgerechtszuteilung nach geschiedener Ehe	15
II. Das Verkehrsrecht	18
B. Das Ehegesetz von 1938	19
 § 3 Kindeswohl: 1946–1980 – statisches Recht in Zeiten des gesellschaftlichen Aufbruchs	 23
A. Gesetzliche Ausgangslage nach 1946	23
I. Das Grundgesetz von 1949	23
1) Die Beratungen des Parlamentarischen Rats zu Art. 6 II GG	24
2) Rezeption in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	25
II. Das Ehegesetz von 1946	26
1) Entstehung	26
2) Inhalt bezüglich Sorge- und Verkehrsrechtsentscheidungen	26
a) Sorgerecht	26
b) Verkehrsrecht	27
c) Fazit	28

B. Kindeswohl – Schematismus oder Individualentscheidung?	28
I. Einleitung	28
II. Versuche einer Definition	29
III. Kindeswohlaspekte bei Sorge- und Verkehrsrechtsentscheidungen von 1946–1980	31
1) Statische Kindeswohlkriterien	32
a) Elterneinigung bei Sorgerechtsentscheidungen	32
b) Scheidungsschuld bei Sorgerechtsentscheidungen	39
aa) Scheidungsschuld und Kindeswohl	39
bb) Die Relevanz der Scheidungsschuld für die Sorgerechtsentscheidung	42
cc) Die Abschaffung der Scheidungsschuld mit dem EheRG von 1976	48
dd) Fazit	49
c) Das Verkehrsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils	50
aa) Die gesetzliche Regelung ab 1946	50
bb) Verkehrsrecht und Kindeswohl	51
cc) Die Debatte über die Sinnhaftigkeit des Besuchsrechts	54
d) Fazit	59
2) Flexible Kindeswohlkriterien	59
a) Elterneignung	60
b) Kontinuität	61
c) Erfahrungssätze und Rollenbilder	62
aa) Geschwisterbindung	62
bb) Mutternvorrang	62
(1) Familienbild im Wandel	63
(2) Der Mutternvorrang als Entscheidungskriterium	66
d) Bindungen des Kindes	67
e) Erziehungsziele	68
f) Kindeswille	70
aa) Einleitung	70
bb) Die Entwicklung der Relevanz des Kindeswillens in Rechtsprechung und Literatur von 1946–1980	70
(1) Die Entwicklung ab 1946 bei Sorgerechtsentscheidungen nach Scheidungen	70
(2) Die Entwicklung ab 1946 bei Besuchsregelungen	74
(2a) Das Nucleusurteil	74
(2b) Die Entwicklung nach 1946	75
(3) Fazit	78
cc) Was ist Kindeswille und wie kann er bestimmt werden?	79
(1) Einleitung	79
(2) Kindeswille als Akt der Selbstbestimmung	80

(2a) Die Anhörung des Kindes	80
(2b) Altersgrenzen	82
(2c) Fazit	83
(3) Die Rolle der Psychologie	84
(3a) Exkurs: Die Auseinandersetzung der Psychologie mit Scheidungskindern im Rahmen von Studien . . .	84
(3b) Die unterschiedlichen Positionen im Fachdiskurs . .	87
(3c) Die Rolle der Psychologie in der Rechtsprechung . .	90
(3d) Fazit	92
dd) Der Kindeswille im Verhältnis zum Kindeswohl	93
IV. Fazit	95
 § 4 Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge 1979 – Ein Neuanfang für das Kindeswohl?	97
A. Entstehungsgeschichte des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge 1979	97
I. Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens	98
1) Notwendigkeit einer Gesetzesänderung	98
2) Die Rolle von Kindeswohl und Kindeswille bei Sorge- und Besuchsrechtsentscheidungen bei der Schaffung des Gesetzes zur Neuregelung der elterlichen Sorge	102
a) Die Entwicklung des § 1671 BGB im Zuge der Gesetzgebungsreform	104
aa) Die Rolle des Elternvorschlags	104
(1) Kommissionvorschläge	104
(2) Regierungsentwurf	105
(3) Entwurf des Rechtsausschusses	105
bb) Die Rolle des Kindeswillens	106
(1) Vorschläge der Ehrechtskommission	106
(2) Regierungsentwurf	108
(3) Entwurf des Rechtsausschusses	108
b) Die Entwicklung des § 1634 BGB im Zuge der Gesetzgebungsreform	111
aa) Vorschläge der Ehrechtskommission	111
bb) Regierungsentwurf	112
cc) Entwurf des Rechtsausschusses	113
c) Die Anhörung des Kindes	114
aa) Vorschläge der Ehrechtskommission	114
bb) Regierungsentwurf	115
cc) Entwurf des Rechtsausschusses	115
II. Fazit	116

B. Rezeption des Gesetzes in der Literatur	119
I. Rezeption während dem Gesetzgebungsprozess	119
II. Rezeption nach Inkrafttreten	121
 § 5 Sorgerechtsentscheidungen von 1980–2016: Kindeswohl und die trügerische Freiheit der Individualentscheidung	123
A. Einleitung	123
B. Der Elternvorschlag als statisches Kindeswohlkriterium	124
C. Die Entscheidung nach flexiblen Kindeswohlkriterien	125
I. Kontinuität als Beispiel für die neuen Schwierigkeiten im Umgang mit dem Kindeswohl	127
II. Äußere Kriterien	129
III. Erziehungsziele und Erfahrungssätze	131
1) Erziehungsziele	131
2) Mutternvorrang	131
IV. Innere Kriterien	132
1) Bindungen des Kindes	133
a) Die Vertreter der Bindungstheorie	133
b) Die familientherapeutische Systemtheorie	136
c) Auswirkungen auf den Rechtsdiskurs	137
d) Fazit	139
2) Der Kindeswille	141
3) Zwischenfazit	144
V. Fazit	144
D. Die Schwierigkeiten im Umgang mit dem Kindeswohl am Beispiel des gemeinsamen Sorgerechts	146
I. Zusammenfassung der Entwicklung bis 1982	147
1) Der Beginn	147
2) Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge und die nachfolgende Debatte	154
3) Die Entwicklungen bis zur Entscheidung des BVerfG im Spiegel gesellschaftlicher Veränderungen	157
4) Fazit	159
II. Die Diskussion über das gemeinsame Sorgerecht von 1982–1998 und das Kindeswohl	163
1) Einleitender Vorgriff	163
2) Die Reaktionen auf das Urteil des BVerfG 1982	164
3) Gerichtsentscheidungen	165
a) Die Relevanz der gemeinsamen Sorge	165
b) Die Argumentation der Gerichte im Hinblick auf das Kindeswohl	166

4) Psychologie	170
a) Die gemeinsame Sorge als weiteres „Schlachtfeld“ des Bindungsstreits	170
b) Studien	171
c) Reaktionen aus der Rechtswissenschaft auf die Debatte in der Psychologie	172
5) Fazit	176
III. Gemeinsames Sorgerecht – nun doch?	177
1) Gesellschaftliche Entwicklung	177
2) Entwicklungen auf rechtlicher Ebene	181
a) Internationale Abkommen	182
b) Das Nichtehelichenrecht	183
c) DDR-Recht und Wiedervereinigung	184
d) Fazit	185
IV. Der Gesetzgebungsprozess	185
V. Fazit	188
E. Die Folgen der Einführung des gemeinsamen Sorgerechts für das Kindeswohl ab 1998	189
I. Übersicht der geltenden Gesetzeslage ab 1998	189
II. Rezeption der Neuregelung im Hinblick auf das Kindeswohl	190
III. Die Relevanz des Kindeswohls bei Sorgerechtsentscheidungen nach der Gesetzesänderung	194
1) Doppelte Kindeswohlprüfung und Antragsprinzip	194
a) Stufe 1: Prüfung, ob die Abschaffung der gemeinsamen Sorge dem Kindeswohl am besten entspricht	195
aa) Kooperation der Eltern	195
bb) Andere Faktoren, die gegen ein gemeinsames Sorgerecht sprachen	198
b) Stufe 2: Kindeswohlprüfung	199
aa) Das Antragsprinzip	199
bb) Der Einfluss des Antragssystems auf die Kindeswohlprüfung	200
cc) Fazit	202
2) Die Teilübertragung des Sorgerechts	202
3) Die Einigung der Eltern	204
4) Fazit	205
IV. Veränderungen hinsichtlich Inhalt und Interpretation von „Kindeswohl“	206
1) Die äußeren Kindeswohlkriterien	207
2) Die inneren Kindeswohlkriterien	209
a) Die Bindungen des Kindes	209
b) Der Kindeswille	212
3) Fazit	216
V. Fazit	216

§ 6 Das Umgangsrecht von 1980–2016:

Kindeswohl gegen Kindeswillen 219

A. Die Entwicklung der Rechtsprechung nach der Gesetzesänderung

von 1980–1998 219

I. Das Verhältnis von Sorgeberechtigtem und Umgangsberechtigtem . . 219

II. Ausschluss des Umgangsrechts 220

1) Erforderlichkeit 220

2) Entscheidungen zum Ausschluss des Umgangsrechts 224

3) Sonderfall: Sexueller Missbrauch 225

4) Sonderfall: Kindeswille 229

III. Fazit 234

B. Die Reform durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 01. Juli 1998 –

Kinderrechte im Aufwind? 235

C. Kindeswohl und Kindeswille im Umgangsrecht von 1998–2016:

Großen Worten folgen keine großen Taten 239

I. Das Recht des Kindes auf Umgang 240

1) Einleitung 240

2) Die Rezeption in Rechtsprechung und Literatur 241

3) Fazit 246

II. Ausschluss oder Einschränkung des Umgangs aus

Kindeswohlgesichtspunkten 247

1) Gründe für eine Beschränkung/einen Ausschluss des
Umgangsrechts abseits des Kindeswillens 248

2) Der Kindeswille als Ausschlussgrund 250

a) Parental Alienation Syndrome 253

III. Kindeswohl = beide Eltern 262

1) Die gesellschaftliche Situation 262

2) Das Wechselmodell 267

a) Das Wechsel- als Trendmodell 267

b) Fazit 270

§ 7 Die Verfahrensrechte des Kindes von 1980–2016 271

A. Die Anhörung des Kindes 271

I. Die Rechtsentwicklung ab 1980 271

II. Die Anhörung als Recht des Kindes 272

1) Ausnahmen von der Kindesanhörung 273

2) Anhörung im Beschwerdeverfahren 275

3) Anhörung des Kindes im unstreitigen Verfahren seit der
Einführung des FamFG im Jahr 2009 276

4) Die Relevanz des Alters des Kindes 277

5) Die neue Rolle des Richters bei der Anhörung des Kindes	278
a) Die Art der Anhörung	278
b) Die Fortbildung der Richter	280
III. Fazit	281
B. Die Einführung des Modells des Verfahrenspflegers als „Anwalt des Kindes“	281
I. Die Idee vom „Anwalt des Kindes“ vor 1998	282
II. Der Verfahrenspfleger von 1998–2009	285
1) Fälle der Bestellung eines Verfahrenspflegers	285
2) Aufgaben des Verfahrenspflegers (Kindeswille oder Kindeswohl)	287
a) Wille und/oder Wohl des Kindes?	287
b) Der Bezug zur Pädagogik	290
3) Die Profession des Verfahrenspflegers	293
III. Vom Verfahrenspfleger zur Verfahrensbeistandschaft	294
1) Gesetzesänderung	294
2) Rezeption der Neufassung	297
IV. Fazit	299
§ 8 Gutachter in familiengerichtlichen Verfahren:	
Entwicklung und Studienauswertung	301
A. Einleitung	301
B. Die Rolle von Gutachtern im familiengerichtlichen Verfahren	303
I. Die Rechtsentwicklung	303
II. Das Verhältnis von Richter und Gutachter	304
III. Die Qualität von Sachverständigengutachten	307
IV. Fazit	309
C. Auswertung der Richterumfrage	310
I. Ziel der Umfrage	310
II. Ablauf der Umfrage und Beteiligte	310
III. Ergebnisse	312
IV. Auswertung der Ergebnisse unter Einbeziehung anderer Studien	318
1) Einschränkungen und Anmerkungen	318
2) Auswertung	318
a) Häufigkeit von Gutachten	318
b) Die Auswahlmöglichkeiten an Gutachtern	318
c) Qualität von Gutachten	319
d) Die Bedeutung des Gutachtens im Verfahren	320
e) Unterschiede nach Dienstalter	321
V. Fazit	322

§ 9 Fazit	325
A. Kindeswohl als Rechtsbegriff	325
I. Statische Kindeswohlkriterien	325
II. Flexible Kindeswohlkriterien	327
B. Kindeswille	329
C. Die Rolle der Psychologie in kindschaftsrechtlichen Verfahren	331
I. Der Einfluss der Psychologie auf den Rechtsdiskurs zum Kindschaftsrecht	331
II. Sachverständigengutachten	332
D. Neun Thesen	333
E. Epilog	335
 Quellenverzeichnis	 337
A. Entscheidungsverzeichnis	337
B. Internetquellen	350
C. Literaturverzeichnis	353
 Register	 379

§ 1 Einleitung

Kindeswohl

Wohl kaum ein Begriff des deutschen Familienrechts ist derart omnipräsent und dennoch ungreifbar. Ein Wort, dass, würde man beliebige Passanten auf der Straße fragen was es bedeute, ein buntes Bouquet an Vorstellungen darüber zu Tage förderte, was Kindern gewünscht wird. „Kindeswohl“ ein Rechtsbegriff, dem im Gegensatz zu anderen unbestimmten Rechtsbegriffen, wie beispielsweise dem des „öffentlichen Interesses“, eine fantasieanregende Weitschweifigkeit innewohnt. Jeder war Kind und trägt ein Leben lang prägende Erinnerungen an diese Zeit in sich. Unter diesen Eindrücken entscheiden sich werdende Eltern, bestimmte Dinge in der Erziehung genauso wie ihre Eltern zu machen oder ganz verschieden. Das was Eltern für das Beste für ihr Kind halten, speist sich auch aus Erinnerungen an die eigene Kindheit. Ist das Kindeswohl also etwas Individuelles, eine dem Entscheidungsprimat der Eltern überlassene, nicht fassbare Umschreibung, was das Ziel der elterlichen Erziehung ist? Nein.

Das Kindeswohl war immer und ist Rechtsbegriff, unbestimmt zwar, doch gleichwohl der Methodik der Rechtswissenschaften unterworfen. Juristen haben uns daran gewöhnt, dass das Recht auf Fragen aus nahezu allen Lebensbereichen Antworten hat. Auch die Familie war schon Jahrhunderte vor Inkrafttreten des BGB ein präsent Thema im deutschen Recht.¹ Doch wie kann es gelingen etwas so individuelles, wie die Vorstellungen darüber, was das Beste für ein Kind sein soll in das Korsett rechtlicher Dogmatik einzuordnen? Recht muss, um Allgemeingültigkeit zu wahren, pauschalisieren, systematisieren. Man könnte sich darauf beschränken einen Mindeststandard zu wahren, das Kind also vor Gefährdungen zu schützen. Diese Aufgabe übernimmt in unserer Rechtsordnung der § 1666 BGB. Stellt das Gericht eine Kindeswohlgefährdung fest, so kann es hoheitliche Maßnahmen zum Schutz des Kindes ergreifen. Das Gericht hat hier nur zu entscheiden, ob aufgrund eines bestimmten Sachverhalts, eine konkrete Gefahr für ein Kind vorliegt.

Doch was, wenn es eine solche konkrete Gefährdungslage gar nicht gibt, das Gericht aber trotzdem entscheiden soll? Was wenn das Gericht angerufen wird, weil sich die Eltern nicht über Fragen der Erziehung einigen können, was wenn sie nach einer Trennung über den Verbleib des Kindes entscheiden sollen? Anhand welcher Kriterien soll das Gericht entscheiden? Gerade bei Trennung und Scheidung der Eltern kann die Entscheidung des Gerichts, wo das Kind zukünftig seinen Lebens-

¹ Otto von Gierke, Deutsches Privatrecht: Vierter Band: Familienrecht, Neuauf. 2010, S. 1 f.

mittelpunkt haben soll, richtungsweisende Bedeutung haben. Entschieden wird auch hier nach dem Kindeswohl. Doch ist es hier ein positiver Standard, gewissermaßen ein Idealzustand, den es zu erstreben gilt. Das Gericht muss prognostizieren, wo das Kind besser aufwachsen wird. Zudem muss es mittels umgangs- bzw. verkehrsrechtlicher² Regelung klären, wie der Kontakt zu dem Elternteil aussehen soll, der nicht das Sorgerecht erhält. Eine enorme Verantwortung und eine schwierige Aufgabe, die sich dem Familienrichter stellt. Er muss als Akteur des Staates in einer zerrütteten Familie, die Interessen des Kindes im Auge behalten, während sich zwei Parteien, wie im klassischen Zivilprozess um Recht und Unrecht streiten und gegenläufige Interessen vertreten. Was ihm bleibt ist die Deutungshoheit über das Kindeswohl im konkreten Fall, also die Individualentscheidung darüber, was in der konkreten Situation das Beste für das Kind sein wird. Das Kindeswohl also ein Ausbruch aus dem Formalismus, ein Einfallstor für die Individualentscheidung zu Gunsten des Kindes.³ Ein schöner Gedanke, aber auch ein wahrer? Denn es bleibt unklar, was einen Juristen dazu befähigen soll auf der Basis von Gegenwärtigkeiten, eine Prognose für die Zukunft anzustellen. Denn bei Sorge- und Umgangsrechtsstreitigkeiten ist das Kindeswohl zukunftsgerichtet und damit spekulativ. Gleichwohl wird vom Richter erwartet, eine Entscheidung zu treffen und diese am Kindeswohl orientiert fundiert zu begründen. Die Versuche diesen Anforderungen gerecht zu werden, sollen hier nachgezeichnet werden. Hierbei spielen allgemeine Fragen, die im Umfeld der Präzisierung unbestimmter Rechtsbegriffe auftauchen eine entscheidende Rolle. Können die Konturen des Begriffs Kindeswohls allein mit dem Handwerkszeug des Juristen, der Dogmatik, geschärft werden oder braucht es die Nutzung von fremden Wissensbeständen wie beispielsweise der Psychologie?

Das Kindeswohl stellt die Außensicht dar. Das, was objektiv das Beste für das Kind ist. Wie ist es jedoch um die subjektive Seite bestellt? Im Gegensatz zu dem im familienrechtlichen Kontext omnipräsenten Kindeswohl, taucht der Kindeswille als Rechtsbegriff nicht explizit im BGB auf. Gleichwohl ist er heute fester Teil des rechtswissenschaftlichen Diskurses, auf den im Sorge- und Umgangsrecht Bezug genommen wird.⁴ Zudem finden sich heute auch im Gesetz Stellen, an denen der Wille des Kindes als Rechtsbegriff zwar nicht direkt genannt wird, jedoch gleichwohl

² Der Begriff *Umgangsrecht* wurde erst 1980 mit dem Gesetz zur Neuordnung der elterlichen Sorge in das BGB implementiert. Vorher sprach das Gesetz von einem Verkehrsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils. In Gerichtsentscheidungen wurde auch vereinzelt von einem Besuchsrecht gesprochen. Inhaltlich ergeben sich bei den Begrifflichkeiten keine Unterschiede (s. S. 111), sie werden daher in der Einleitung diese Arbeit synonym verwandt. Bei Verkehrs- Umgangsrecht geht es um die Regelung des Besuchs des Kindes bei dem Elternteil, bei dem es nicht seinen festen Aufenthalt hat.

³ Michael Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 161.

⁴ Bamberger/Roth-Veit, 43. Aufl. 2017, § 1671 BGB, Rn 58; 77 ff.; MüKo-Hennemann, 7. Aufl. 2017, § 1671 BGB, Rn 61 ff.; Staudinger-Coester 2016, § 1671 BGB, Rn 233 ff.; Schulz/Hauß-Schmid, 2. Aufl. 2011, § 1671 BGB, Rn 17; Johannsen/Henrich-Jaeger, 6. Aufl. 2015, § 1671 BGB, Rn 78 ff.; Weinreich/Klein-Ziegler, 5. Aufl. 2013, § 1671 BGB, Rn 81 ff.

für eine Sorge- oder Besuchsrechtsentscheidung Relevanz besitzt. Beispielsweise hat ein über 14jähriges Kind gemäß § 1671 Abs. 1 Nr. 1 BGB, ein Vetorecht gegen die Beantragung des alleinigen Sorgerechts durch einen Elternteil. Doch in welchem Verhältnis stehen Kindeswille und Kindeswohl zueinander? Was wenn das Kind nicht so will, wie es doch objektiv sollen soll?

Mit diesen Fragen wird sich die vorliegende Arbeit aus rechtshistorischer Perspektive auseinandersetzen.

A. Zeitraum und Umfang der Untersuchung

Im Fokus der Untersuchung soll die Entwicklung der Bedeutung und des Verständnisses der Begriffe „Kindeswohl“ und „Kindeswille“ im Kontext des Sorge- und Umgangsrechts von 1946–2016 stehen. Der Untersuchungszeitraum wurde deshalb gewählt, weil sich Deutschland seit der Mitte des 20. Jahrhunderts in stabilen innenpolitischen Verhältnissen befindet und sich der öffentliche und der rechtliche Diskurs somit verstärkt innergesellschaftlichen Problemen, wie der Behandlung von Kindern, zuwenden konnte. Das Jahr 1946 hat insofern eine Zäsurwirkung, als es mit dem Ehegesetz zu einer Novellierung des Eherechts kam, die zumindest in Teilen auch bedeutsam für Sorge- und Besuchsrechtsentscheidungen war. Trotz dieser Fokussierung auf die zweite Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts, kann die Vorgeschichte jedoch nicht außer Betracht bleiben, um eine Einordnung in historische Zusammenhänge zu gewährleisten. Wichtige Ereignisse in der Zeit von 1946 bis heute, deren Einfluss auf die Auslegung von „Kindeswohl“ und „Kindeswillen“ in die Untersuchung miteinbezogen werden, waren das Inkrafttreten des Grundgesetzes (1949) und die Ratifikation einiger völkerrechtlicher Verträge wie der UN-Kinderrechtskonvention (1992). Daneben hat es in der gesellschaftlichen Wirklichkeit, aber auch in den Humanwissenschaften bedeutsame Veränderungen in der Wahrnehmung von Kindern und Jugendlichen gegeben, die ebenfalls einen Einfluss auf die Rechtsentwicklung hatten. So verdoppelte sich allein zwischen 1953 und 1983 die Scheidungsrate bei einem Bevölkerungswachstum von lediglich 20 % und befindet sich seitdem auf einem gleichbleibend hohen Niveau.⁵ So waren beispielsweise im Jahr 1985, genauso wie im Jahr 2011, fast 150.000 Kinder von der Scheidung ihrer Eltern betroffen,⁶ bei sinkender Kinderzahl also ein relativ deutlich höherer Anteil. Viele Kinder wachsen daher nicht mehr in einem aus Vater, Mutter und Kindern

⁵ Statistisches Bundesamt (Hg.), Scheidungen/Bevölkerungsstand (2015). <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/link/tabelleErgebnis/12631-0001>; Statistisches Bundesamt (Hg.), Ehescheidungen in Deutschland (2015). <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/link/tabelleErgebnis/12631-0001>.

⁶ Statistisches Bundesamt (Hg.), Ehescheidungen und betroffene minderjährige Kinder (2016). <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Ehescheidungen/Tabelle/EhescheidungenKinder.html>.

bestehenden Familienverbund auf. Auch gibt es seit den fünfziger Jahren neue Erkenntnisse in der Entwicklungspsychologie, wie beispielsweise die Entwicklung der Bindungstheorie.⁷ All diese Faktoren haben zu der Entwicklung beigetragen, die in der vorliegenden Arbeit nachgezeichnet werden soll.

Kindeswohl und Kindeswille sollen in einem spezifischen Rechtskontext analysiert werden, da so eine Anbindung dieser abstrakten Begriffe an konkrete Rechtsentwicklungen möglich wird. Die Wahl eines Solchen ist gerade vor dem Hintergrund wichtig, da das Kindeswohl heute in vielen verschiedenen Normen Relevanz besitzt, dort jedoch auch verschiedene inhaltliche Ausprägungen entfalten kann. So waren zwei der wichtigsten Anwendungsfälle des Kindeswohlbegriffs zum einen Missbrauchsfälle innerhalb der Familie und zum anderen das Scheitern der elterlichen Ehe. In diesen beiden Fällen konnte zum Wohl des Kindes in den Innenbereich der Familie eingegriffen werden. Sie unterscheiden sich jedoch allein schon von ihrer Ausgangssituation fundamental. Bei der Kindeswohlgefährdung muss das Kind vor einer konkreten Gefahr geschützt werden. Das Schutzziel des Staates ist somit von vorneherein festgelegt. Bei der Sorgerechtszuteilung nach der Scheidung bzw. dem Verkehrs- bzw. Umgangsrecht⁸ steht hingegen eine abstrakte Gefahr durch die Trennung der Eltern für das Kind im Raum. Dieser Unterschied hat Einfluss auf die Verwendung des Kindeswohlbegriffs und die Entwicklung der Bedeutung des Kindeswillens. Die Bestimmung des Kindeswohls im Rahmen von Sorgerechtsentscheidungen nach Scheidungen ist häufig von einer langfristigen Prognose geprägt, wo sich das Kind am besten und sichersten entwickeln können wird. Das Kindeswohl ist hier ein positiver Standard, gewissermaßen ein Idealzustand, den es zu erstreben gilt. Es fallen jedoch auch – vor allen Dingen bei der Kindeswohlgefährdung – akute Schutzmaßnahmen für Kinder in den Anwendungsbereich des Kindeswohlbegriffs. Stellt das Kindeswohl bei Sorgerechtsentscheidungen nach der Scheidung einen positiven Standard dar, so ist es bei § 1666 BGB ein Mindeststandard, um elterliche Erziehungshandlungen von einer Kindeswohlgefährdung abzugrenzen. Aus diesen unterschiedlichen Ansatzpunkten ergeben sich auch unterschiedliche Anforderungen an die Verwendung des Begriffs „Kindeswohl“. Das Gleiche gilt für die Bedeutung des Kindeswillens. Es ist eine Sache diesem bei der Abwägungsentscheidung, bei welchem Elternteil das Kind besser aufgehoben sein wird, eine Rolle einzuräumen, jedoch eine ganz andere, ihm im Falle einer festgestellten Kindeswohlgefährdung entscheidende Bedeutung beizumessen, jedenfalls dann, wenn die Durchsetzung des Willens des Kindes objektiv zu seiner Gefährdung führen würde. Der Fokus wird hier auf einen spezifischen Bereich, nämlich dem Sorge- und Umgangsrecht gelegt werden, bei dem es um eine positive Begriffsinhaltsbestimmung geht.

⁷ Gottfried Spangler; Peter Zimmermann, Die Bindungstheorie, 5. Aufl. 2009, S. 27 ff.

⁸ Vgl. Fn 2.

Auch in anderen Teilen des Rechts, wie im beispielsweise dem Sozialrecht ist der Begriff des Kindeswohls präsent.⁹ Doch gerade bei Sorge- und Umgangsrechtsverfahren hat sich in den letzten 70 Jahren ein enormer Bedeutungswandel hinsichtlich der Rolle des Kindeswillens und der Rechte des Kindes im Familienverbund vollzogen, der in dieser Arbeit nachgezeichnet werden soll.

B. Einordnung der Arbeit vor dem Hintergrund des Forschungsstands

Untersuchungen zu Kindeswohl und Kindeswillen wurden in den vergangenen Jahren sowohl von Rechtswissenschaftlern, als auch von Psychologen und Pädagogen durchgeführt. Unter den rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen ist zu allererst das Werk *Michael Coesters* zu nennen, welcher sich 1983 umfassend rechtsvergleichend mit Inhalt und Funktion des Kindeswohlbegriffs im Rahmen von Sorgerechtsverfahren nach einer Ehescheidung auseinandersetzt.¹⁰ Diese Arbeit kann auch heute noch als die bedeutendste und umfangreichste Auseinandersetzung mit dem Kindeswohlbegriff gelten. Die Doktorarbeit von *Katharina Parr* aus dem Jahre 2005 versuchte überwiegend deskriptiv durch die Beschreibung von Gesetzesänderungen der Geschichte des Kindeswohls näher zu kommen.¹¹ 2015 ist das Buch *Kinderrechte und Kindeswohl* von *Frederike Wapler* erschienen, welches sich dem Kindeswohlbegriff aus öffentlich-rechtlicher Sicht nähert, jedoch dabei auch die Entwicklung im Zivilrecht in den Blick nimmt.¹²

Zu den Themen Kindeswohl und Kindeswille sind seit den 70er Jahren zudem vermehrt auch Beiträge erschienen, die einen interdisziplinären Ansatz verfolgten. Zu nennen sei hier das Buch *Kindeswohl* von *Simitis u. A.* aus dem Jahre 1973, in dem Juristen, Psychologen und Soziologen die richterliche Praxis in Bezug auf das Kindeswohl in neun hessischen Landgerichtsbezirken zu Beginn der siebziger Jahre untersuchten.¹³ In dem 2014 von *Harry Dettenborn* bereits in vierter Auflage veröffentlichten Werk *Kindeswohl und Kindeswille* werden diese Begriffe sowohl aus psychologischer wie auch aus rechtswissenschaftlicher Sicht betrachtet und für die Praxis aufgearbeitet.¹⁴ Aus pädagogischer Sicht wurde das Thema zudem 2001 von *Maud Zitellmann* beleuchtet.¹⁵

Gerade vor dem Hintergrund der Tatsache, dass sich in den letzten Jahren Autoren aus anderen Wissenschaftsbereichen diese Rechtsbegriffe vermehrt angenommen haben, scheint es geboten die Begrifflichkeiten „Kindeswohl“ und „Kindeswille“

⁹ Siehe bspw. § 8a SGB VIII.

¹⁰ *Coester*, Kindeswohl, (Fn 3).

¹¹ *Katharina Parr*, Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB, 2005.

¹² *Frederike Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015.

¹³ *Spiros Simitis; Lore Maria Peschel-Gutzeit*, Kindeswohl, 1. Aufl. 1979.

¹⁴ *Harry Dettenborn*, Kindeswohl und Kindeswille, 4. Aufl. 2014.

¹⁵ *Maud Zitellmann*, Kindeswohl und Kindeswille im Spannungsfeld von Recht und Pädagogik, 2001.

und deren Entwicklung bei Sorgerechtsentscheidungen erneut aus rechtswissenschaftlicher Sicht zu betrachten. Allerdings dürfen dabei die Erkenntnisse anderer Wissenschaftsbereiche nicht außen vor bleiben, sondern es stellt sich die Frage, wie sich die Beschäftigung anderer Wissenschaftsbereiche und vor allem der Psychologie mit diesem Thema, auf die Rechtsentwicklung ausgewirkt hat. Dies wirft ein Schlaglicht auf die heute immer noch schwierige Beziehung der Rechtswissenschaften zu anderen Wissenschaftsbereichen. Eine Fokussierung auf Sorge- und Umgangsrechtsverfahren bietet sich dabei besonders an, da sich gerade in diesem Bereich die Psychologie in den letzten Jahrzehnten hervorgetan hat. Im Bereich der Sorgerechtsprozesse sehen sich Richter tagtäglich mit Fragestellungen konfrontiert, die eher für einen Psychologen, denn für einen Rechtswissenschaftler gemacht scheinen. Dies wird auch einer der Gründe dafür sein, dass bei Sorgerechtsverfahren häufig psychologische Gutachter zu Rate gezogen werden, deren Rolle allerdings alles andere als unumstritten ist.¹⁶ Bei der Nachzeichnung der Begriffe „Kindeswohl“ und „Kindeswille“ wird es somit auch darauf ankommen, diese in den Kontext der Entwicklung der Beziehung von Rechtswissenschaften und anderen Wissenschaftsbereichen, vor allem der Psychologie, zu stellen.

C. Fragestellungen und Zielsetzung im Detail

I. Kindeswohl

„Kindeswohl“ ist heute im BGB der zentrale Begriff, an dem sich eine Sorgerechtsentscheidung zu orientieren hat. 1998 wurde das Kindeswohlprinzip, welches vorher schon in verschiedenen Normen zum Tragen kam, in § 1697a BGB als Leitbild der familiengerichtlichen Entscheidung festgelegt. Dort heißt es:

„Soweit nichts anderes bestimmt ist, trifft das Gericht in Verfahren über die in diesem Titel geregelten Angelegenheiten diejenige Entscheidung, die unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht.“

Zwar handelt es sich hierbei nur um eine Auffangvorschrift,¹⁷ jedoch ist der Begriff des Kindeswohls in vielen familienrechtlichen Normen des BGB als entscheidender Faktor verankert.¹⁸

¹⁶ Elmar Herrler, NZFam (2015), 597 ff.

¹⁷ BVerfG, NJW 2013, 1867, 1869 (Beschluss vom 29.11.2012, 1 BvR 335/12).

¹⁸ Der Begriff des Kindeswohls taucht an folgenden Stellen des BGB auf: §§ 1626a Abs. 2 (Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern; Sorgererklärungen), 1631b S. 3 (Freiheitsentziehende Unterbringung und freiheitsentziehende Maßnahmen), 1632 Abs. 4 (Verbleibenanordnung bei Familienpflege), 1666 Abs. 1 (Gerichtliche Maßnahmen bei der Gefährdung des Kindeswohls), 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, Abs. 2 S. 2 Nr. 2, Abs. 3 S. 2 (Übertragung der Alleinsorge bei Getrenntleben der Eltern), 1678 Abs. 2 (Folgen der tatsächlichen Verhinderung oder des Ruhens für den anderen Elternteil), 1680 Abs. 2+3 (Tod eines Elternteils oder Entziehung des Sorgerechts), 1681 Abs. 2

Damit ist jedoch noch nicht geklärt, was objektiv unter Kindeswohl zu verstehen sein soll. Der Versuch einer umfassenden gesetzlichen Definition des Kindeswohlbegriffs, wurde bis heute vom Gesetzgeber nicht unternommen. Verweigert sich der Gesetzgeber dem Versuch einer umfassenden Regelung oder wird hier bewusst eine inhaltliche Lücke gelassen, damit diese durch die Rechtsprechung und Lehre ausgefüllt werden kann? Und wenn ja, wie geschieht dies in der Praxis oder gibt es möglicherweise doch Vorgaben des Gesetzgebers, wie Kindeswohl zu interpretieren sei?

Auf der einen Seite könnte durch den unbestimmten Kindeswohlbegriff die für die richterliche Arbeit nötige Flexibilität bei Sorgerechtsentscheidungen gewährleistet werden, auf der anderen Seite besteht jedoch die erhöhte Gefahr einer Uneinheitlichkeit der Entscheidungen. Zu untersuchen wird daher sein, welche Aspekte Gerichte für ihre Sorgerechtsentscheidung heranziehen und wie sie diese gewichten.

Hierbei steht die Frage im Fokus, ob die Rechtsprechung die Freiheit, die ihr durch den Gesetzgeber gegeben wurde, dazu nutzt, Entscheidungen möglichst einzelfallgerecht zu treffen, oder ob sie sich auf Floskeln und Plattitüden bei der Bestimmung des Kindeswohls zurückzieht bzw. schematisch agiert. Auch stellt sich die Frage, welche Rolle Sachverständigen bei der Entscheidungsfindung – vor allem vor dem Hintergrund des Umgangs der Rechtsprechung mit Gutachten – zukommt. Fungieren die Gutachter als Fachberater des Gerichts, deren Aussagen gewichtet und interpretiert werden, oder stellt ihr Gutachten vielmehr die Grundlage der gerichtlichen Entscheidung dar?¹⁹

Heute werden meist einzelne Aspekte, wie etwa die Bindung zu einem Elternteil herausgestellt, die für das Kindeswohl relevant sein sollen.²⁰ Es wird zu untersuchen sein, welche Kategorien in den letzten 70 Jahren zur Feststellung des Kindeswohls herangezogen wurden. Die Beantwortung dieser Frage, wird auch immer ein Schlaglicht darauf werfen können, was unter Kindeswohl verstanden wurde. Meint Kindeswohl lediglich die körperliche und seelische Gesundheit des Kindes oder gibt es auch bestimmte Erziehungsziele, wie beispielsweise Erziehung zur Verfassungstreue, die miteinfließen? Würde man dies annehmen, so könnte ein liebevoller Elternteil mit einer politisch oder religiös radikalen Gesinnung dem Kindeswohl schaden, ein Problem das derzeit häufiger in Fällen der Schulverweigerung aus religiösen Gründen diskutiert wird.²¹ Hier geht es also auch um die Frage, inwieweit sich der Staat in

(Todeserklärung eines Elternteils), 1682 (Verbleibensanordnung zugunsten von Bezugspersonen), 1684 Abs. 4 S. 1+2 (Umgang des Kindes mit den Eltern), 1685 Abs. 1 (Umgang des Kindes mit anderen Bezugspersonen), 1686 S. 1 (Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes), 1686a Abs.1 Nr. 1 (Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters), 1687 Abs. 2 (Ausübung der gemeinsamen Sorge bei Getrenntleben), 1687b Abs. 3 (Sorgerechtliche Befugnisse des Ehegatten), 1688 Abs. 3 S. 2 (Entscheidungsbefugnisse der Pflegeperson), 1696 Abs. 1 und 2 (Abänderung gerichtlicher Entscheidungen und gerichtlich gebilligter Vergleiche).

¹⁹ Herrler, NZFam (2015), 597 ff.

²⁰ MüKo-Hennemann, 7. Aufl. 2017, § 1671 BGB, Rn 51 ff.; Bamberger/Roth-Veit, 43. Aufl. 2017, § 1671 BGB, Rn 73 ff.; Weinreich/Klein-Ziegler, 5. Aufl. 2013, § 1671 BGB, Rn 67 ff.

²¹ Vgl. z. B. BGH, FamRZ 2008, 45 (Beschluss vom 17.10.2007, XII ZB 42/07); OLG Frankfurt

Erziehung einmischen will und somit das Elternrecht beschränkt, aber auch inwiefern die Familie als autonomes Gebilde in der Gesellschaft betrachtet wird, das durch das Recht vor Einflussnahme geschützt wird.²²

II. Kindeswille

Im Laufe der Zeit wurden von der Rechtsprechung verschiedene Kriterien entwickelt, die dazu genutzt werden sollten, die Sorgerechtsentscheidung möglichst kindeswohlgerecht zu treffen.²³ Die Gewichtung dieser Kategorien ist jedoch nach wie vor umstritten.²⁴

Nach der heute herrschenden Meinung kann der Kindeswille als eines dieser Kriterien gelten, welche entscheidende Bedeutung für die Bestimmung des Kindeswohls erlangen können.²⁵ Doch steht der Kindeswille wirklich in einem Über- Unterordnungsverhältnis in Bezug auf das Kindeswohl oder ist er doch als eigenständiger Faktor von Gewicht. Oder ist es ganz anders und das Kindeswohl hat lediglich eine „Ersatzfunktion“ für den rechtlich noch nicht anerkannten Willen eines jungen Menschen?²⁶

Zudem stellt sich auch hier die Frage nach der Begrifflichkeit. Was ist der Kindeswille überhaupt und wie kann er ermittelt werden? Hier vertraten vor allem Psychologie und Rechtswissenschaft in den letzten Jahrzehnten unterschiedliche Ansichten. Auch wenn die Bemessung der Relevanz des Kindeswillens in einem Verfahren allein dem Richter obliegt, so stellt sich die Frage, wie dieser zu seiner Einschätzung gelangt. Auch hier spielen psychologische Sachverständige mitunter eine entscheidende Rolle.

Der Kindeswille gewinnt bei Sorgerechtsentscheidungen seit einigen Jahren vermehrt an Bedeutung.²⁷ Das Bundesverfassungsgericht hat 2009 in einem Beschluss festgestellt, ein Kind mache durch die Äußerung seines Willens „von *seinem Recht zur Selbstbestimmung Gebrauch*“.²⁸ Das Kind sei somit in seiner „*Individualität als Grundrechtsträger*“ zu berücksichtigen.²⁹ Selbstbestimmung verlangt jedoch auch

a. M., FamRZ 2014, 1857 (Beschluss vom 15.08.2014, 6 UF 30/14); OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2014, 1857; OLG Köln, NJW 2015, 416 (Beschluss vom 02.12.2014, 4 UF 97/13).

²² Matthias Pechstein, Familiengerechtigkeit als Gestaltungsgebot für die staatliche Ordnung, 1. Aufl. 1994, S. 114 ff.

²³ Bamberger/Roth-Veit, 43. Aufl. 2017, § 1671 BGB, Rn 60 ff.; Staudinger-Coester 2016, § 1671 BGB, Rn 177 ff.

²⁴ Johannsen/Henrich-Jaeger, 6. Aufl. 2015, § 1671 BGB, Rn 84.

²⁵ MüKo-Hennemann, 7. Aufl. 2017, § 1671 BGB, Rn 61 ff.; Staudinger-Coester 2016, § 1671 BGB, Rn 233 ff.

²⁶ So: Johannes Münder; Evelyn Kühn, Mögliche Aufgaben empirischer Wissenschaften im Familienrecht, verdeutlicht am Beispiel des Kindeswohls, in: Horn (Hg.). Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, 1977, S. 99; Maud Zitlmann, Kindeswille und Kindeswohl, in: Salgo/Zenz/Fegert/Bauer/Weber/Lack/Zitlmann (Hg.). Verfahrensbeistandschaft, 2014, 199, 203.

²⁷ Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille, (Fn 14), S. 61.

²⁸ BVerfG, FamRZ 2009, 1389, Rn 63. (Beschluss vom 18.05.2009, 1 BvR 142/09).

²⁹ BVerfG, FamRZ 2009, 1389.

nach vorheriger Selbsterkenntnis und Bewusstsein um die eigene Situation. Gerade hier stellt sich jedoch die Frage, inwieweit ein solches bei Kindern schon ausgeprägt ist. Auch ab wann man Kindern die Möglichkeit einräumte, sich selber in Sorgerechtsprozessen zu äußern bzw. Kindesäußerungen als verwertbar für eine Entscheidung einstuft, war in den letzten 70 Jahren ein umstrittener Punkt. Kind im Sinne des BGB ist eine minderjährige Person.³⁰ Eine Unterscheidung zwischen Kind und Jugendlichen bei Sorgerechtsentscheidungen gibt es heute zwar beispielsweise in § 1671 I Nr. 1 BGB, eine konkretere Differenzierung jedoch nicht. Vielmehr soll die Bedeutung des Kindeswillens einzelfallabhängig beurteilt werden und eben nicht nach starren Altersstufen.³¹ Hierfür kann es wiederum nützlich sein, das Alter des Kindes für die Bewertung der Bedeutung seines Willens zumindest als Orientierungspunkt heranzuziehen. So wird man dem kundgetanen Willen eines 17-jährigen Kindes eine größere Selbstbestimmungstendenz zugestehen, als dem eines dreijährigen Kindes. Auch das Bundesverfassungsgericht erkennt hier eine Differenzierung an. So urteilte es 2010, dass dem Kindeswillen eines Dreijährigen zwar grundsätzlich bei einer Sorgerechtsentscheidung nicht allzu hohe Bedeutung beigemessen werden dürfe, jedoch der Kindeswille ein Indiz für die Bindung an einen Elternteil sein könne.³² Der Wille eines dreijährigen Kindes wird also nicht außer Acht gelassen, sondern gewinnt Bedeutung als Indikator für die Bindungen des Kindes.

Der Kindeswille scheint heute bei Gerichtsentscheidungen zwei Bedeutungen zu haben. Zum einen soll er ein Ausdruck der Selbstbestimmung des Kindes sein, zum anderen jedoch auch als Indiz dienen, um eine Bindung des Kindes zu einem Elternteil als Kriterium bei der Kindeswohlbestimmung festzustellen.³³ Wofür der Kindeswille herangezogen wird, scheint wiederum von der Einschätzung der Reife des Kindes durch das Gericht abzuhängen. Als ein Anzeichen für die Entwicklung hin zu einer stärkeren Beachtung der kindlichen Sichtweisen in sorge- und umgangsrechtlichen Verfahren, kann zudem auch die verfahrensrechtliche Absicherung von Kinderrechten, wie sie in den §§ 158 ff. FamFG von 2009 erfolgt ist, angesehen werden.

Wie die Äußerungen von Kindern im Rahmen von Sorgerechtsprozessen zu deuten sind, ist jedoch keine rein rechtliche Frage. Vielmehr spielen hier auch Erkenntnisse beispielsweise aus der Entwicklungspsychologie eine Rolle.³⁴ Die Rechtswissenschaft ist daher, wenn Wille und Neigungen kleinerer Kinder erfasst werden sollen, häufig auf Erkenntnisse aus anderen Wissenschaftsgebieten angewiesen, um zu einer Entscheidung zu gelangen. Hier stellt sich einmal mehr das Problem der Beziehung von Rechtswissenschaften und Nebengewissenschaften. Genauso wie sich Norminterpretationen mit der Zeit verändern, verändern sich die Ansichten in der Psychologie

³⁰ Staudinger-Coester 2016, § 1671 BGB, Rn 7.

³¹ MüKo-Hennemann, 7. Aufl. 2017, § 1671 BGB, Rn 63.

³² BVerfG, FamRZ 2010, 1622, 1623 (Beschluss vom 14.07.2010, 1 BvR 3189/09).

³³ Bamberger/Roth-Veit, 43. Aufl. 2017, § 1671 BGB, Rn 77; Johannsen/Henrich-Jaeger, 6. Aufl. 2015, § 1671 BGB, Rn 79.

³⁴ Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille, (Fn 14), S. 49.

und genau wie in den Rechtswissenschaften gibt es nicht den einen „Königsweg“, dem alle folgen, sondern Meinungen sind umstritten. Wie kann ein Gericht wissenschaftliche Erkenntnisse für sich fruchtbar machen kann, ohne der Gefahr zu erliegen, sich durch mangelnde eigene Sachkenntnis beeinflussbar zu machen?

Vor allem die Rolle von Gerichtsgutachtern und Sachverständigen in Sorgerechtsprozessen wird hier zu beleuchten sein, um festzustellen, wieviel Gewicht ihren Einschätzungen eingeräumt wurde. Zu diesem Zweck wurde für diese Arbeit eine Umfrage bei Familienrichtern in den Bundesländern: Bayern, Berlin, Brandenburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen durchgeführt, an der sich über 300 Richterinnen und Richter beteiligt haben. Die Arbeit soll daher nicht nur einen rechtshistorischen, sondern zumindest dem Ansatz nach auch einen rechtsoziologischen Anspruch verfolgen.

Auch soll in der vorliegenden Arbeit untersucht werden, welche Entwicklung die Rolle der Kindeswillens seit 1946 genommen hat. Hier dürfen auch gesellschaftliche Entwicklungen nicht außer Betracht bleiben. Die soziokulturelle Entwicklung hat scheinbar zu einem Bedeutungsgewinn des Kindes im Familienverbund geführt.³⁵ In den durch diese Arbeit zu untersuchenden Zeitraum fällt das Inkrafttreten des Grundgesetzes 1949, in dem die Gleichheit in Art. 3 GG eines der obersten Gebote darstellt.³⁶ Im 20. Jahrhundert war die Gleichberechtigung der Frau ein wichtiges gesellschaftliches Thema. Auch heute ist sie immer noch Teil des öffentlichen Diskurses beispielsweise bei der aktuellen Diskussion über eine Frauenquote bei Spitzenpositionen. Das Einfordern von Rechten und gleicher Behandlung könnte jedoch auch für Kinder relevant sein, die ihre eigenen Rechte und ihren eigenen Willen auch gegenüber ihren Eltern durchsetzen wollen. Der entscheidende Unterschied zu anderen Gesellschaftsgruppen besteht jedoch darin, dass Kinder ihre Rechte nicht selber wirksam einfordern können, sondern auf Personen angewiesen sind, die ihre Interessen vertreten. Eine solche Interessenvertretung von Kindern findet gemäß Art. 6 GG in erster Linie entweder durch die Eltern oder durch den Staat statt. Von Seiten des Gesetzgebers nahm der Schutz von Kindern seit der Industrialisierung immer weiter zu.³⁷ Ein eigenständiger und beachtenswerter Kindeswille wurde hierbei jedoch zunächst nicht angenommen. Seit Mitte des 20. Jahrhunderts hat das Konzept des festen Familienverbunds durch gesellschaftliche Veränderungen einen starken Wandel erlebt.³⁸ Dies brach sich Bahn in einer weitgehenden Liberalisierung der Familienmodelle. Die Arbeit soll sich der Frage widmen, ob dies dazu geführt hat, dass Kinderrechte weiter gestärkt wurden und somit auch der Kindeswille im Rahmen der Bemessung des Kindeswohls oder als eigenständiger Faktor eine größere Bedeutung erlangt hat.

³⁵ Martine Segalen; Annette Roeder, *Die Familie*, 1990, S. 227 ff.

³⁶ Hans Hattenhauer, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*, 4. Aufl. 1996, S. 71 ff.

³⁷ Thomas Marthaler, *Diskurs Kindheits- und Jugendforschung* (2010), 295 ff.

³⁸ Michael Mitterauer, *Familie im 20. Jahrhundert*, 1. Aufl. 1997, S. 48 f.

D. Quellen

I. Gesetze

Die Quellen, die den Ausgang der Untersuchung bilden, sind Gesetze, die in Deutschland nach 1946 erlassen wurden und das Sorgerecht und Sorgerechtsverfahren betreffen. Zu nennen sind vor allen Dingen:

- das Ehegesetz von 1946 (Abl. AK S. 77, 294)
- das Gleichberechtigungsgesetz von 1958 (BGBl. I 1957 Nr. 26 S. 609 ff.)
- das 1. Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts von 1976 (BGBl. I 1976 Nr. 67 S. 1421 ff.)
- das Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge von 1980 (BGBl. I 1979 Nr. 42 S. 1061 ff.)
- das Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1998 (BGBl. I 1997 Nr. 84 S. 2942 ff.)
- das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit von 2008 (BGBl. I Nr. 61 S. 2586 ff.).

Daneben flossen Veränderungen von Kinderrechten durch das Grundgesetz sowie internationale völkerrechtliche Abkommen, wie der UN Kinderrechtskonvention von 1989 und dem europäischen Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten von 1996, in die Untersuchung mit ein. Das DDR-Recht hatte keinen direkte Wirkung auf die Entwicklungen in der Bundesrepublik. Auf den Einfluss des DDR-Rechts nach der Wiedervereinigung wird an entsprechender Stelle in § 5 D III 2 d) eingegangen.

II. Rechtsprechung

Die Anwendung der Gesetze wurde mittels Analyse der Rechtsprechung deutscher Gerichte bei Sorge- und Umgangsrechtsentscheidungen untersucht. Hierzu war es nötig, möglichst viele Gerichtsentscheidungen zu betrachten, um ein differenziertes Bild der Gesetzesinterpretation zu erhalten. Es stellte sich jedoch die Frage, inwiefern eine repräsentative Analyse überhaupt möglich sein kann. Im Jahr 2014 gab es 84.042 Scheidungen bei denen minderjährige Kinder zur Familie gehörten.³⁹ Im Jahr 1985 waren es 103.210.⁴⁰ Für die Zeit vor 1985 gibt es keine Zahlen, sondern nur die Anzahl von Scheidungsurteilen. Diese lag 1950 beispielsweise bei 84.674.⁴¹ Die Anzahl der zu analysierenden Entscheidungen würde nur für den Bereich der Sorgerechtszuteilung nach der Scheidung somit in die Millionen gehen. Abgesehen von der nicht zu überschauenden Entscheidungsfülle, stellte sich auch das Problem der Verfügbarkeit. Nicht alle Entscheidungsakten werden aufbewahrt und archiviert. Wenn

³⁹ Statistisches Bundesamt, Scheidungen/Bevölkerungsstand, (Fn 5).

⁴⁰ Ebd.

⁴¹ Ebd.

nur einzelne aufbewahrt werden, ist ein repräsentatives Ergebnis nicht mehr zu erreichen. Es verblieben somit zwei Möglichkeiten, die Entscheidungen zu analysieren. Die erste Möglichkeit wäre die einer Mikroanalyse gewesen. Durch die Analyse der Akten eines Gerichtsbezirks, bei dem alle Akten verfügbar sind, könnten valide Ergebnisse gewonnen werden. Allerdings soll sich die vorliegende Arbeit vor allem mit den Begrifflichkeiten „Kindeswohl“ und „Kindeswillen“ im Kontext von gesellschaftlicher Entwicklung und Psychologie auseinandersetzen. Hierfür schien eine Mikroanalyse nicht die richtige Wahl zu sein, da so die Thematik nur in einem relativ kleinen Rahmen aufgearbeitet werden könnte. Die Analyse der Gerichtsakten nur eines Amtsgerichts schien bei zurzeit 639⁴² Amtsgerichten in Deutschland wenig verallgemeinerbar. Hier wurde daher die Form einer Makroanalyse gewählt. Untersucht wurden veröffentlichte Sorge- und Besuchsrechtsentscheidungen in vier juristischen Fachzeitschriften, die im zu analysierenden Zeitraum größtenteils durchgehend erschienen sind. Dies sind die Neue juristische Wochenschrift (NJW), die Juristen Zeitung (JZ), die Monatsschrift für deutsches Recht (MDR) und die Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ). In der FamRZ, die die Zeitschrift mit der ausführlichsten Rechtsprechungsübersicht zum Familienrecht ist, sind von 1953 bis heute über 3000 kindschaftsrechtliche Entscheidungen abgedruckt worden. Selbst wenn all diese für die Untersuchung relevant wären, wäre gemessen an der Zahl der tatsächlichen Entscheidungen, dies natürlich nicht genug, um repräsentativ für die Rechtslage in Deutschland zu sein. Daher wird in dieser Dissertation von zwei Prämissen ausgegangen. Zum einen, dass sich darunter auch die Entscheidungen finden, die eine Neuerung in der Rechtsauffassung brachten oder besonders kontrovers waren. Zum anderen, dass sich der rechtliche Diskurs maßgeblich aus den veröffentlichten Entscheidungen speist und daher deren Analyse für die Untersuchung von Entwicklungen im Recht ausreichend ist, denn unveröffentlichte Entscheidungen erlangen keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung. Nicht unerwähnt soll jedoch die generelle Problematik der Auswahl der veröffentlichten Entscheidungen bleiben. So hängt dies in beträchtlichem Maße davon ab, wie bereitwillig Richter sind, ihre Entscheidungen an die Fachzeitschriften weiterzuleiten. So kann es sein, dass der Rechtsdiskurs, von wenigen Gerichten bestimmt wird. Kritisch ist in diesem Zusammenhang auch die Praxis einiger Richter zu sehen, Entscheidungen nicht nur bei den Fachzeitschriften einzureichen, sondern auch gleich eine eigene Anmerkung mitzuliefern und so „agenda setting“ zu betreiben.

⁴² *Statistisches Bundesamt* (Hg.), Anzahl der Gerichte in Deutschland nach Gerichtsart (2016). <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37313/umfrage/anzahl-der-gerichte-in-deutschland-nach-gerichtsart/>.

III. Fachliteratur

In die Untersuchung flossen die Analyse juristischer Fachliteratur, wie Zeitschriftenaufsätzen, Kommentaren und Dissertationen mit ein. Von besonderer Bedeutung waren auch die Materialien des deutschen Familiengerichtstags, welcher sich seit 1977 jährlich mit Gegenwartsproblemen des deutschen Familienrechts auseinandersetzt und in seinen Beschlüssen Handlungsempfehlungen an den Gesetzgeber richtet.

Parallel zur Untersuchung der juristischen Fachliteratur, wurde auch die psychologische Fachliteratur auf eine Auseinandersetzung mit den Begriffen „Kindeswohl“ und „Kindeswille“ untersucht. Von Bedeutung waren hier vor allen Dingen psychologische Werke, die im Rechtsdiskurs wahrgenommen wurden und daher auch einen möglichen Einfluss auf diesen ausübten.

IV. Zusätzliche empirische Daten

Für die vorliegende Arbeit wurden auch eigene empirische Daten gesammelt. Hierfür wurde eine Fragenkatalog konzipiert und an Richter in den Bundesländern: Bayern, Berlin, Brandenburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen weitergeleitet.⁴³ An dieser Onlineumfrage haben sich im Jahr 2016 mehr als 300 Familiengerichterinnen und Richter beteiligt. Die eingeholten Daten wurden vor allen Dingen für eine Auseinandersetzung mit der aktuellen Rolle von Sachverständigengutachten in familiengerichtlichen Verfahren genutzt und werden in dem betreffenden Kapitel ausgewertet.⁴⁴

E. Gang der Darstellung

Die Hauptteil der Arbeit unterteilt sich in sieben Paragraphen (§§ 2–8). In § 2 wird die Rechtsentwicklung bei Sorge- und Verkehrsrechtsentscheidungen vor 1946 in den Blick genommen. Dies war nötig, um die Rechtsentwicklung seit 1946 in einen Kontext zu rücken. Anschließend wird in § 3 der Begriff Kindeswohl und seine Verwendung in den untersuchten Bereichen des Kindschaftsrechts von 1946–1980 erörtert. Hierbei war insbesondere die Annäherung an den Kindeswohlbegriff über Kriterien, die zu seiner Bestimmung herangezogen wurden und deren Unterteilung in statische und flexible Kindeswohlkriterien wichtig.

§ 4 gibt im Wesentlichen den Weg zur Reform des Rechts der elterlichen Sorge 1979 wieder. Dies war nötig, da diese Gesetzesreform für das deutsche Kindschaftsrecht eine Zäsurwirkung entfaltete und in ihr gesellschaftliche und rechtliche Ent-

⁴³ In Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern wurde die Bitte um Mithilfe von den zuständigen Behörden abgelehnt.

⁴⁴ Vgl. § 8 C, S. 310 ff.

wicklungen der vorangegangenen Jahrzehnte kulminierten. In § 5 und § 6 wird die Entwicklung der Relevanz und inhaltlichen Auseinandersetzung mit Kindeswohl und Kindeswille bei Sorge- und Umgangsrechtsentscheidungen seit 1980 untersucht. Eine Trennung zwischen Sorge- und Umgangsrechtsentscheidungen wurde nötig, da die Bedeutung bestimmter Kindeswohlkriterien sich in diesen Bereichen auseinanderentwickelte. In § 7 soll auf die Entwicklung der Verfahrensrechte des Kindes seit 1980 eingegangen werden. Diese stehen im direkten Bezug zu der Frage, inwieweit Kinder bei Sorge- und Umgangsrechtsentscheidungen als Subjekte wahrgenommen wurden.

In § 8 sollen schließlich die Rolle und der Einfluss von psychologischen Gutachtern in den Blick genommen werden. Hierzu wurde im Rahmen dieser Arbeit eine Richterumfrage durchgeführt, die am Ende dieses Abschnitts ausgewertet wird.

§ 2 Sorge- und Verkehrsrechtsentscheidungen vor 1946 – eine kurze Einführung

In diesem Kapitel soll in gebotener Kürze die Rechtsentwicklung bei Sorge- und Besuchsrechtsentscheidungen bezüglich Kindeswohl und Kindeswille dargestellt werden, damit die Entwicklungen seit 1946 vor diesem Hintergrund richtig eingeordnet werden können. Die Erläuterungen setzten dabei mit der Schaffung des BGB an, was jedoch nicht heißen soll, dass das Wohl der Kinder und Kindszuteilungen nach Trennung der Eltern davor unbedeutende Themen gewesen wären. Schon vor Schaffung des BGB spielte der Begriff des „Wohl“ im Zusammenhang mit Kindern im deutschen Recht eine Rolle.¹ So war beispielsweise im preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 in II 18 § 232 vom „Wohl der Pflegebefohlenen“ die Rede. Allerdings spielten für den Rechtsdiskurs der letzten 70 Jahre vor allen Dingen die Regelungen des BGB eine entscheidende Rolle. Insofern soll sich hierauf beschränkt werden.

A. Das BGB von 1900

I. Die Sorgerechtszuteilung nach geschiedener Ehe

Die Sorgerechtszuteilung war im BGB von 1900 in § 1635 geregelt.² Der Begriff des Kindeswohls fand in dieser Regelung keinen Eingang, auch wenn er im BGB von 1900 beispielsweise in § 1666 BGB durchaus Verwendung fand. Vielmehr war in § 1635 BGB (1900) vom „Interesse des Kindes“ die Rede, wobei damit grundsätzlich das Gleiche gemeint gewesen sein dürfte, wie mit dem Begriff Kindeswohls.³ Die Kindesinteressen sollten dann zu berücksichtigen sein, wenn das Vormundschaftsgericht in seiner Entscheidung von dem in § 1635 BGB (1900) normierten Normalfall der Kindszuteilung abweichen wollte.

¹ Ulrike Haibach, Familienrecht in der Rechtssprache, 1991, S. 321.

² § 1635 BGB (1900): *Ist die Ehe aus einem der in den §§ 1565 bis 1568 bestimmten Gründe geschieden, so steht, solange die geschiedenen Ehegatten leben, die Sorge für die Person des Kindes, wenn ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist, dem anderen Ehegatten zu; sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so steht die Sorge für einen Sohn unter sechs Jahren oder für eine Tochter der Mutter, für einen Sohn, der über sechs Jahre alt ist, dem Vater zu. Das Vormundschaftsgericht kann eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist; es kann die Anordnung aufheben, wenn sie nicht mehr erforderlich ist. Das Recht des Vaters zu Vertretung des Kindes bleibt unberührt.*

³ Godin-Godin 1947, § 74 EheG, Rn 7; Helmut Munzinger, SJZ (1949), 98.

Bei den Beratungen im Zuge der Schaffung des BGB wurde die Bedeutung der Interessen des Kindes, neben denen der Eltern betont.⁴ Demgegenüber stand jedoch ein starker Schematismus bei der Kindszuteilung nach der Scheidung. Die Regelung des § 1635 BGB (1900) sah grundsätzlich eine Zuteilung nach der Scheidungsschuld vor. War ein Elternteil an der Scheidung nicht schuldig, so sollte ihm immer das Sorgerecht für die gemeinsamen Kinder zustehen. Während des Entstehungsprozesses des BGB wurde darüber diskutiert, ob dem Nichtschuldigen Ehegatten die gesamte elterliche Gewalt, also auch etwa die Vertretungsberechtigung in Vermögensangelegenheiten, überlassen werden sollte oder ob ihm lediglich die Erziehungsgewalt zustehen sollte. Letztlich entschied man sich dem nichtschuldigen Ehepartner nur die alleinige Erziehungsgewalt zuzubilligen.⁵ Eine Begründung hierfür lässt sich, bis auf die Behauptung, Männer seien meist besser geeignet, sich um Vermögensangelegenheiten der Kinder zu kümmern,⁶ aus den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ersehen.

Gemäß § 1627 BGB (1900) stand dem ehelichen Vater grundsätzlich die elterliche Gewalt zu. Im Falle einer Scheidung aufgrund seines Verschuldens wäre ihm diese nach § 1635 BGB (1900) in großen Teilen erhalten geblieben, denn die Vermögenssorge und die gesetzliche Vertretung des Kindes sollten dem Vater weiterhin zustehen.⁷ Nur die Erziehungsgewalt sollte auf die Mutter übergehen.

Für den Fall, dass beide Ehegatten die Scheidungsschuld traf, wurde festgelegt, dass Kinder unter sechs und Töchter bei der Mutter und Söhne über sechs Jahren zum Vater kommen sollten.⁸ Dass es die Möglichkeit einer freien Sorgerechtsentscheidung durch das Gericht geben könne, wurde zwar bei den Diskussionen um die Schaffung des BGB in Betracht gezogen, jedoch nicht weiter verfolgt.⁹ Eine vertragliche Regelung der Eltern, wem nach der Scheidung das Sorgerecht zustehen solle, wurde mit der Begründung abgelehnt, dass das Recht zur Erziehung nur eine Kehrseite der Pflicht zur Erziehung sei, welche durch die Eltern nicht abbedungen werden könne.¹⁰

Das BGB von 1900 stellte somit sehr klare Regeln auf, wann welcher Elternteil das Sorgerecht erhalten sollte. Scheidungsschuld und Aufteilung nach Geschlecht waren feste Kriterien. Eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts entgegen diesen vor-

⁴ „Von entscheidender Bedeutung für die vorliegende Frage sei indessen überhaupt nicht so sehr das Recht der Eltern, als das Interesse der Kinder“. Gustav von Mandry, Prot I 7378 in *Horst Heinrich Jakobs; Werner Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs – In systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen Familienrecht II: §§ 1564–1921, 1989, S. 49.

⁵ *Ebd.* S. 48.

⁶ *Benno Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Band IV: Familienrecht, 1899.

⁷ *Staudinger-Engelmann*, 9. Aufl. 1926, § 1635 BGB, Rn 1.

⁸ S. Kurlbaum, Karl Dietrich Adolf, Prot I 7374 in *Jakobs/Schubert*, (Fn 4), S. 47.

⁹ *Benno Mugdan*, Motive: Scheidung und Trennung von Tisch und Bett, in: *Mugdan* (Hg.). Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Band IV: Familienrecht, 1899, Rn 562; 624.

¹⁰ *Ebd.* Rn 627.

gegebenen Kriterien konnte nur erfolgen, wenn diese aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten war. Sie stellte damit den Ausnahmefall dar.

Was eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nach § 1635 Abs. 2 BGB legitimiert hätte legitimieren können, ging weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien zum BGB hervor. Dies führte dazu, dass das Gesetz in der Folgezeit im rechtswissenschaftlichen Diskurs interpretiert wurde. Nach der herrschenden Meinung sollten besondere Umstände nur vorliegen, wenn durch die Zuteilung des Erziehungsrechts gemäß § 1635 Abs. 1 S. 1 BGB die Interessen des Kindes gefährdet waren.¹¹ Eine Abweichung konnte daher durch das Gericht nur bei einer konkreten Kindeswohlgefährdung vorgenommen werden. Engelmann schrieb im Staudinger von 1926 hierzu:

*„Ebensowenig kann eine Anordnung nach § 1635 Abs. 1 S. 2 damit gerechtfertigt werden, daß auf diese Weise das Interesse des Kindes besser gewahrt sei, daß das Kind bei dem anderen Elternteile besser untergebracht sei, da das Gesetz eine solche Anordnung nur zulässt, wenn sie im Interesse des Kindes ‚geboten‘ ist.“*¹²

Als nicht ausreichend für eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nach § 1635 Abs. 1 S. 2 BGB, wurde beispielsweise gesehen, wenn ein Elternteil während der Ehe mit einer Person eine Affäre hatte und diese nach der Scheidung ehelichte.¹³

Die Möglichkeiten des Vormundschaftsgerichts im Interesse des Kindes von den Vorgaben des § 1635 Abs. 1 BGB abzuweichen, waren somit nicht besonders groß. Der Wille der Kinder spielte überhaupt keine Rolle. In der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung stand das Kind nicht im Fokus, sondern war lediglich *Zuteilungsobjekt* bei der Auseinandersetzung der elterlichen Ehe.

Gegen den strikten Schematismus der gesetzlichen Regelung richtete sich mit der Zeit vermehrt Kritik. Moniert wurde vor allem die Dominanz des Scheidungsschuldprinzips, da die Schuldfrage bei der Scheidung nach Ansicht vieler Autoren nichts mit der Erziehungsfähigkeit zu tun habe, sondern vielmehr das Verhältnis der Eheleute untereinander und nicht zum Kind betreffe.¹⁴ Auch wurde zu bedenken gegeben, dass es sein könne, dass sich ein Elternteil nur als schuldig an der Scheidung bekenne, um den Scheidungsprozess zu beschleunigen.¹⁵ Die Möglichkeit der Abspaltung der Erziehungsgewalt von der elterlichen Gewalt nach der Scheidung wurde ebenfalls kritisch gesehen und gefordert, eine einheitliche Lösung zu implementieren, da die Aufteilung dazu führen würde, dass sich die geschiedenen Elternteile

¹¹ OLG Hamburg, ROLG 21, 260 (Beschluss vom 25.10.1909); OLG Colmar, ROLG 18, 277 (Beschluss vom 01.09.1908); KG, ROLG 10, 287 (Beschluss vom 09.05.1905); Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1926, § 1635 BGB, Rn 1b.

¹² Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1926, § 1635 BGB, Rn 1c.

¹³ RG, JW 1935, 1440 (Beschluss vom 23.11.1934, 1 a X 1516/34).

¹⁴ Marie Munk, Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt nebst Gesetzentwurf, 1923, S. 42f.; Kurt Klink, Die Reformbestrebungen im Ehescheidungsrecht, 1928, S. 104; Heinrich Lehmann, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1926, S. 174; Hans Müller, Elterliche Gewalt und Vormundschaft, 1938, S. 8.

¹⁵ Munk, Vorschläge, (Fn 14), S. 42f.

über Aspekte, die sowohl die Erziehungsgewalt des Einen, als auch die elterliche Gewalt des Anderen betreffen, streiten würden und dies nicht im Interesse der Kinder sein könne.¹⁶ Vereinzelt wurde die Einführung einer Elternvereinbarung gefordert, da die Eltern am besten wüssten, was für die Kinder das Beste sei.¹⁷ Wenn man dieser These gefolgt wäre, so wäre mit der Einführung einer Elternvereinbarung das Kindesinteresse mehr in den Mittelpunkt gerückt. Hierzu kam es allerdings bis 1946 nicht. Es blieb somit bei einer streng schematischen Sorgerechtszuteilung. Platz für eine richterliche Individualentscheidung gab es so gut wie nicht

II. Das Verkehrsrecht

Das Verkehrsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils nach der Scheidung war im BGB von 1900 in § 1636 geregelt. Dieser lautete:

Der Ehegatte, dem nach § 1635 die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, behält die Befugnis, mit dem Kinde persönlich zu verkehren. Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln.

Allerdings ging man davon aus, dass das Verkehrsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils eine Selbstverständlichkeit sei. § 1636 BGB sollte vor allen Dingen eine deklaratorische Wirkung haben.¹⁸ Die Möglichkeit eines Ausschlusses des Verkehrs durch das Vormundschaftsgericht war nicht vorgesehen. Dies sollte sogar bei einer Gefährdung des Kindeswohls durch die Besuche gelten.¹⁹ Das Vormundschaftsgericht sollte lediglich nach S. 2 den Umgang näher regeln können.

*„Welche Anordnungen zur Regelung dieses Verkehrs erforderlich sind, hat das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu entscheiden. Oberste Richtschnur muß hierbei das leibliche und geistige Wohl des Kindes bilden.“*²⁰

Auch hier stand das Interesse des Kindes bzw. Kindeswohl nicht im Mittelpunkt. § 1636 BGB regelte das Rechtsverhältnis der Eltern untereinander.²¹ Der nicht sorgeberechtigte Elternteil hatte einen Anspruch auf das Kind, den er gegenüber dem sorgeberechtigten Elternteil durchsetzen konnte. Ein Ausschluss war selbst bei einer Gefährdung des Kindes nicht möglich. Allenfalls bei der Ausgestaltung der Besuchsregelung, bestand für das Vormundschaftsgericht die Möglichkeit im Sinne des Kindes einzugreifen. Im Staudinger hieß es zu der Rolle des Kindes:

*„Inwieweit das Kind selbst ‚aktiv‘ den Verkehr pflegt und fördert, ist unerheblich.“*²²

¹⁶ Ebd. S. 41 ff.; Müller, Elterliche Gewalt, (Fn 14), S. 9.

¹⁷ Klink, Reformbestrebungen, (Fn 14), S. 104.

¹⁸ Benno Mugdan, Motive: Scheidung und Trennung von Tisch und Bett, in: Mugdan (Hg.). Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Band IV: Familienrecht, 1899, Rn 562, 628.

¹⁹ Staudinger-Engelmann, 9. Aufl. 1926, § 1636 BGB, Rn 2a.

²⁰ Ebd.

²¹ Ebd. Rn 3.

²² Ebd. Rn 1.

Im Gegensatz zu dieser Ansicht, stellte allerdings das Reichsgericht 1938 in einer Entscheidung fest, dass unter bestimmten Umständen die ablehnende Haltung eines nahezu erwachsenen Kindes gegenüber dem Verkehr mit dem nichtsorgeberechtigten Elternteil, relevant sein könne.²³

B. Das Ehegesetz von 1938

Am 1. August 1938 wurden die Regelungen des BGB zu der Sorgerechtszuteilung nach der Scheidung und zum Verkehrsrecht durch eine Neuordnung im *Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet (im weiteren EheG (1938))* abgelöst. Die Paragraphen 81 und 82 EheG (1938) lauteten:

§ 81 EheG (1938):

(1) Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Ehegatten die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes zustehen soll. Maßgebend ist, was nach Lage der Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

(2) Sind mehrere gemeinschaftliche Kinder vorhanden, so soll die Sorge für die Person aller Kinder dem gleichen Elternteil übertragen werden, sofern nicht eine abweichende Regelung aus besonderen Gründen geboten und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist.

(3) Einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.

(4) Das Vormundschaftsgericht kann die Sorge einem Pfleger übertragen, wenn dies aus besonderen Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist.

(5) Das Vormundschaftsgericht kann die Anordnung jederzeit ändern, wenn das Wohl des Kindes es erfordert.

(6) Vor der Entscheidung sind die geschiedenen Ehegatten zu hören. Die Anhörung kann unterbleiben, wenn sie untunlich ist.

§ 82 EheG (1938):

(1) Der Ehegatte, dem die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes nicht zu steht, behält die Befugnis, mit ihm persönlich zu verkehren.

(2) Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln. Es kann ihn für eine bestimmte Zeit oder dauernd ausschließen, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient,

Diese Gesetzesänderung bedeutete eine Abschwächung der Bedeutung der Scheidungsschuld in Sorgerechtsprozessen. War sie in der Regelung des § 1635 BGB, noch das dominante Zuteilungskriterium, so war nun nach § 81 EheG (1938) das Kindeswohl entscheidend. Ein völliges Hinweggehen über die Scheidungsschuld sollte jedoch auch nach dem neuen Gesetz nicht erfolgen. Vielmehr regelte § 81 Abs. 3 EheG

²³ RG, JW 1938, 1334 (Beschluss vom 31.03.1938, 1b Wx 43/38).

(1938), dass die Sorge nur an den Allein- oder überwiegend schuldigen Elternteil übertragen werden könne, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes diene. Der kritisierte Schematismus des § 1635 bei der Kindszuteilung,²⁴ war jedoch zugunsten einer freieren richterlichen Entscheidung nach dem Kindeswohl abgeschafft worden. In der amtlichen Begründung zum Ehegesetz von 1938 hieß es hierzu:

*„Das Schicksal der Kinder aus geschiedenen Ehen hängt nach bisherigem Recht in aller Regel davon ab, welchen der Ehegatten nach den Feststellungen im Scheidungsurteil die Schuld an der Scheidung trifft. Diese Regelung, die das Wohl der Kinder dem Gedanken unterordnet, daß der schuldige Ehegatte durch die Fernhaltung von seinen Kindern für seine Verfehlungen bestraft werden müsse, kann in einem Familienrecht des heutigen Staates, der sich die Förderung der heranwachsenden Jugend besonders angelegen sein läßt, keinen Platz mehr haben.“*²⁵

Auch die Regelung zum Verkehrsrecht wurde modifiziert. Dem Vormundschaftsgericht wurde in § 82 Abs. 2 S. 2 EheG (1938) nun auch durch den Gesetzgeber die Möglichkeit eingeräumt, das Besuchsrecht über einen bestimmten Zeitraum oder dauerhaft auszuschließen, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl der Kinder diene.

Das Kindeswohl rückte durch das Ehegesetz von 1938 bei Sorge- und Verkehrsrechtsentscheidungen eindeutig in den Mittelpunkt. Es war nicht mehr, wie bei § 1635 BGB, zwar übergeordnetes Rechtsprinzip, jedoch durch schematische Regelungen eingengt, sondern wichtigster Entscheidungsaspekt.²⁶ Wieso der Gesetzgeber das Ehegesetz in dieser Form änderte, erklärt sich vor allen Dingen vor dem Hintergrund des nationalsozialistischen Verständnisses von der Rolle der Familie. Adolf Hitler hatte schon in *Mein Kampf* die Wichtigkeit der richtigen Erziehung im Sinne eines völkischen Ideals propagiert.²⁷ Hieran wurde nach der Machtübernahme von den Nationalsozialisten angeknüpft.²⁸ Neben der Mitgliedschaft von Kindern und Jugendlichen in nationalsozialistischen Organisationen, wie der Hitlerjugend und dem Bund deutscher Mädel, sollten diese auch innerhalb der Familie im Sinne der Ideologie erzogen werden. In einer Vorbemerkung zu seinem Entwurf eines neuen EheG, war von dem Familienrechtsausschuss der Akademie für deutsches Recht der Sinn der Ehe wie folgt definiert worden:

*„Ehe ist die von der Volksgemeinschaft anerkannte, auf gegenseitiger Treue und Liebe und Achtung beruhende dauernde Lebensgemeinschaft zweier rassegleicher, erbgesunder Menschen verschiedenen Geschlechts, zum Zwecke der Wahrung und Förderung des Gemeinwohls durch einträchtige Zusammenarbeit und zum Zwecke der Erzeugung rassegleicher, erbgesunder Kinder und ihrer Erziehung zu tüchtigen Volksgenossen.“*²⁹

²⁴ Vgl. § 2 A I, S. 17 f.

²⁵ Begründung zu dem Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938, in: Schubert (Hg.). Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus, 1993, 143, 164.

²⁶ Wagner, DJ (1939), 412.

²⁷ Christian Hartmann; Thomas Vordermayer; Othmar Plöckinger; Roman Töppel, Hitler, Mein Kampf – Band 2, 2016, S. 1041 f.

²⁸ Thilo Ramm, Das nationalsozialistische Familien- und Jugendrecht, 1984, S. 39 f.

²⁹ Ilse Eben-Servaes, DJ (1938), 90.

Dieser Grundgedanke, der Zeugung und Erziehung der Kinder zu tüchtigen Volksgenossen, spielte eine maßgebliche Rolle für die Bestimmung dessen, was Kindeswohl im Kontext von Sorge- und Verkehrsrechtsentscheidungen nach Ansicht der Nationalsozialisten sein sollte. Als maßgebliches Kriterium für das Kindeswohl wurde die Elterneignung zu einer Erziehung des Kindes im Sinne des Nationalsozialismus angesehen.³⁰ In einer Kommentierung des Ehegesetzes hieß es hierzu:

*„Was das Wohl des Kindes verlangt, hat der Richter unter Prüfung des Einzelfalls nach nationalsozialistischen Grundsätzen zu entscheiden. Das Wohl des Kindes ist umso besser gewahrt, je mehr seine Erziehung zu einem tüchtigen Mitglied der deutschen Volksgemeinschaft gesichert ist.“*³¹

Für das Wohl des Kindes sollte es somit entscheidend sein, dass es im Sinne des Nationalsozialismus erzogen wurde. Die Überordnung des Kindeswohls im Ehegesetz von 1938 bei Sorge- und Verkehrsrechtsentscheidungen, war somit zugleich eine Unterordnung der Entscheidung unter die nationalsozialistische Doktrin. Die Elterneignung wurde mit der politischen Einstellung der Eltern oder Rassefragen verknüpft.³² Dies hatte sich auch schon vor 1938 in Gerichtsentscheidungen angekündigt.³³ So hieß es z. B. in einer Entscheidung des AG Saalfeld:

*„Jedenfalls hat auch der Halbjude noch so viel rassefremdes Blut und damit rassefremde Eigenschaften, daß Kinder sehr leicht artfremd beeinflusst werden könnten, wenn man sie seiner Erziehung anvertrauen würde.“*³⁴

Der Kindeswille konnte bei einem solchen Verständnis von Kindeswohl bei Sorge-rechtsentscheidungen keine Rolle spielen, da es darum ging die Kinder zu tüchtigen Volksgenossen im Sinne des Nationalsozialismus zu formen und hierbei auf individuelle Belange keine Rücksicht genommen wurde.

Die Fokussierung auf die freie richterliche Entscheidung und Verringerung der Bedeutung der Scheidungsschuld, wurde nach Ende des Zweiten Weltkriegs mit dem Ehegesetz von 1946 zwar nicht komplett revidiert, jedoch in erheblichem Maße zurückgeschraubt.³⁵ Auch spielte ab diesem Zeitpunkt der Vorschlag der Eltern zur Kindeszurechnung eine gewichtige Rolle.³⁶

³⁰ Volkmar, 1939, § 81 EheG, Rn 8; Achilles/Greif-Altstötter, 15. Aufl. 1939, § 81 EheG, Rn 7; Rilk, 1938, § 81 EheG, Rn I.2; Scanzoni, 2. Aufl. 1939, § 81 EheG, Rn 8.

³¹ Volkmar, 1939, § 81 EheG, Rn 8; Bei Eben-Servaes hieß es hierzu: *„Wenn der für die Pflege und Erziehung des Kindes Geeignete ermittelt werden soll, dann muß Erziehung in dem Sinn gefaßt werden, daß sie eine dem Volksganzen gegenüber bestehende Verantwortung der Eltern bedeutet, aus ihren Kindern dereinst lebensfähige Glieder der Gemeinschaft zu machen.“* Eben-Servaes, DJ (1938), 90, 91.

³² Volkmar, 1939, § 81 EheG, Rn 8; Achilles/Greif-Altstötter, 15. Aufl. 1939, § 81 EheG, Rn 7; Rilk, 1938, § 81 EheG, Rn I.2; Scanzoni, 2. Aufl. 1939, § 81 EheG, Rn 8.

³³ AG Saalfeld, JW 1937, 2596 (Beschluss vom 07.07.1937, III G 41/33); OLG Dresden, DJ 1936, 692 (Beschluss vom 29.01.1936, 6 W 27/36).

³⁴ AG Saalfeld, JW 1937, 2596.

³⁵ Vgl. § 3 A II 2 a, S. 26 f.

³⁶ Vgl. § 3 B 1 a, S. 32 ff.