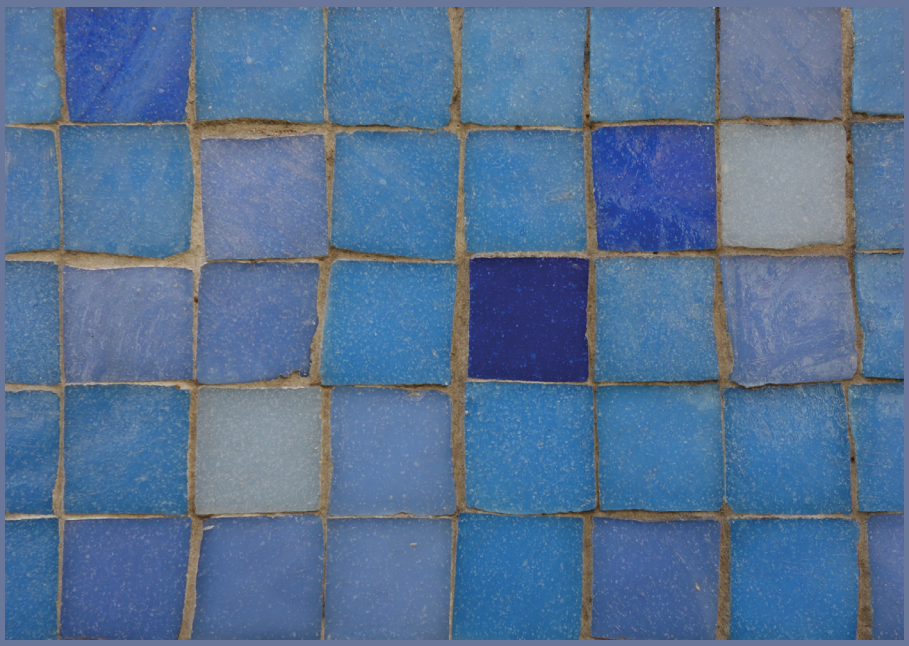
Dialog Internationales Familienrecht 2

Budzikiewicz | Heiderhoff | Klinkhammer | Niethammer-Jürgens (Hrsg.)

Standards und Abgrenzungen im Internationalen Familienrecht



Nomos

Dialog Internationales Familienrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Christine Budzikiewicz
Philipps-Universität Marburg
Prof. Dr. Bettina Heiderhoff
Westf. Wilhelms-Universität Münster
Prof. Dr. Frank Klinkhammer
Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens

Band 2

Christine Budzikiewicz | Bettina Heiderhoff
Frank Klinkhammer | Kerstin Niethammer-Jürgens (Hrsg.)

Standards und Abgrenzungen im Internationalen Familienrecht

Nomos

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

ISBN 978-3-8487-6328-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-0427-4 (ePDF)

1. Auflage 2019
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Das internationale Familienrecht ist aus vielen Gründen besonders anspruchsvoll. Nicht nur ist der Rechtsanwender mit einer Vielzahl von autonomen deutschen, europäischen und ausländischen Normen konfrontiert, sondern diese unterliegen auch ständigen Veränderungen. Vor diesem Hintergrund bietet der *Dialog Internationales Familienrecht* als jährliches Forum ein Tagungsformat für den Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis zu komplexen und aktuellen Fragen. Die Rechtsprobleme werden dabei in fokussierten Referaten dargestellt und sodann durch den begrenzten Kreis fachnaher Diskutantinnen und Diskutanten erörtert. Ziel ist ein intensiver und lösungsorientierter Austausch zwischen Wissenschaft, Praxis und Gesetzgebung. Die Hauptthemen der Tagung werden zudem jeweils von einem Wissenschaftler und einem Praktiker behandelt.

Der zweite *Dialog Internationales Familienrecht* fand am 10. und 11. Mai 2019 in Marburg statt. Er war Standards und Abgrenzungen gewidmet und beschäftigte sich mit wichtigen Maßstäben und Einordnungsfragen, die derzeit in verschiedenen Bereichen des Internationalen Familienrechts zu lösen sind. Im Zentrum standen die Brüssel IIa-VO und das internationale Güterrecht. Der vorliegende Band versammelt die dort gehaltenen Referate.

Wir möchten diese Gelegenheit nutzen, uns noch einmal bei allen Vortragenden für die durchdachten und anschaulichen Beiträge zu bedanken. Besonderer Dank gilt außerdem den Teilnehmerinnen und Teilnehmern, die mit ihren hoch konzentrierten, konstruktiven und klugen Diskussionen den zweiten Dialog im Internationalen Familienrecht zu einem großen Erfolg gemacht haben.

Berlin, Marburg, Münster, Karlsruhe,
im Sommer 2019

Christine Budzikiewicz
Bettina Heiderhoff
Frank Klinkhammer
Kerstin Niethammer

Inhalt

Standards für Kindesanhörungen im internationalen Familienrecht 9
Rüdiger Ernst

Kindeswohl im europäischen Familienverfahren – ein Lippenbekenntnis? 39
Bettina Heiderhoff

Internationale Verbundgerichtsstände für Scheidungsfolgesachen im europäischen Familienverfahrensrecht 73
Anatol Dutta

Das Vollstreckungssystem in der neuen Brüssel IIa-Verordnung 93
Andrea Schulz

Probleme zum Anwendungsbereich der Güterrechts-Verordnungen 123
Dirk Looschelders

Güterrechtliches Forum Shopping vor englischen Gerichten – heutiger Stand und Perspektiven 145
Jens M. Scherpe

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Internationalen Familienrecht – Überblick: 2018/2019 161
Frank Klinkhammer

Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Abbildungen von Kindern in sozialen Netzwerken 181
Christina Brandt

Erwachsenenschutz in Deutschland und der EU – Nachbesserungsbedarf in grenzüberschreitenden Fallgestaltungen 207
Friederike Rademacher

Standards für Kindesanhörungen im internationalen Familienrecht

Rüdiger Ernst, Berlin

I. Einführung

Gibt es in Verfahren, die die elterliche Verantwortung betreffen, eine vergleichsweise einheitliche oder vereinheitlichte, weithin anerkannte und meist angewandte (oder zumindest angestrebte) Art und Weise[1] – mit anderen Worten: einen Standard –, das betroffene minderjährige Kind in Vorbereitung der gerichtlichen Entscheidung anzuhören?

Dazu sollen nach einem Blick auf das deutsche Familienverfahrensrecht, kurzen Hinweisen zu einzelnen ausländischen Verfahrensordnungen und zu völkerrechtlichen Bestimmungen die wichtigsten einschlägigen Regelungen des internationalen Verfahrensrechts befragt werden, nämlich Art. 23 KSÜ und Art. 23 Brüssel IIa-VO.[2] Besondere Aufmerksamkeit gilt der anstehenden Reform der Brüssel IIa-VO. Abschließend soll der Versuch unternommen werden, einen Kriterienkatalog für Standards der Kindesanhörung zu formulieren und anhand dieses Maßstabs eine erste Einordnung und Bewertung des Brüssel IIa-VO-Entwurfs vorzunehmen.

II. Die Kindesanhörung im deutschen Familienverfahrensrecht

Im deutschen Familienverfahrensrecht hat die persönliche Anhörung des minderjährigen Kindes durch den Richter seit etwa 40 Jahren einen besonderen Stellenwert und gilt als wesentlicher und unverzichtbarer Bestandteil des familiengerichtlichen Verfahrens.[3] Im Jahr 1980 als

---

1 https://deacademic.com/dic.nsf/dewiki/1322456 [1.7.2019].

2 Auf Art. 15 EuSorgeRÜ kann hier nicht näher eingegangen werden (siehe aber Fn. 38).

3 Carl/Clauß/*Karle*, Kindesanhörung im Familienrecht, 2015, Rn. 23.

§ 50b FGG eingeführt[4] und seit 2009 mit im Wesentlichen gleichem Inhalt fortgeltend, schreibt § 159 FamFG für alle Kindschaftssachen vor, dass das Gericht das Kind persönlich anzuhören hat, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat (Abs. 1 S. 1). Ein jüngeres Kind ist persönlich anzuhören, wenn die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder, wenn eine persönliche Anhörung aus sonstigen Gründen angezeigt ist (§ 159 Abs. 2 FamFG). Von einer danach vorgeschriebenen persönlichen Anhörung darf das Gericht (nur) aus schwerwiegenden Gründen absehen (§ 159 Abs. 3 FamFG). Zur Gestaltung der persönlichen (also mündlichen[5]) Anhörung des Kindes gibt der Gesetzgeber vor (§ 159 Abs. 4 FamFG), dass das Kind über den Gegenstand, Ablauf und möglichen Ausgang des Verfahrens in einer geeigneten und seinem Alter entsprechenden Weise informiert werden soll, soweit nicht Nachteile über seine Entwicklung, Erziehung oder Gesundheit zu befürchten sind; dem Kind ist Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Die persönliche Anhörung des Kindes hat, wenn ein Verfahrensbeistand bestellt ist, in dessen Anwesenheit stattzufinden. Und nur „im Übrigen", also innerhalb dieses Rahmens steht die Gestaltung der persönlichen Anhörung im Ermessen des Gerichts.

---

4 § 50b des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (in der Fassung vom 18.7.1979, gültig vom 1.1.1981 bis 31.8.2009) hatte folgenden Wortlaut:
„(1) Das Gericht hört in einem Verfahren, das die Personen- oder Vermögenssorge betrifft, das Kind persönlich an, wenn die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind oder wenn es zur Feststellung des Sachverhalts angezeigt erscheint, daß sich das Gericht von dem Kind einen unmittelbaren Eindruck verschafft.
(2) Hat ein Kind das vierzehnte Lebensjahr vollendet und ist es nicht geschäftsunfähig, so hört das Gericht in einem Verfahren, das die Personensorge betrifft, das Kind stets persönlich an. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten soll das Kind persönlich angehört werden, wenn dies nach der Art der Angelegenheit angezeigt erscheint. Bei der Anhörung soll das Kind, soweit nicht Nachteile für seine Entwicklung oder Erziehung zu befürchten sind, über den Gegenstand und möglichen Ausgang des Verfahrens in geeigneter Weise unterrichtet werden; ihm ist Gelegenheit zur Äußerung zu geben.
(3) In den Fällen des Absatzes 1 und des Absatzes 2 Satz 1 darf das Gericht von der Anhörung nur aus schwerwiegenden Gründen absehen. Unterbleibt die Anhörung allein wegen Gefahr im Verzug, so ist sie unverzüglich nachzuholen.
(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten für Mündel entsprechend."

5 Prütting/Helms/*Hammer*, 4. Aufl. 2018, § 159 FamFG Rn. 5.

Eine Bestimmung *ex negativo* enthält § 163a FamFG[6]: Danach findet eine Vernehmung des Kindes als Zeuge oder als Beteiligter nicht statt. Die persönliche Anhörung des Kindes hat grundsätzlich durch den erkennenden Richter (und nur in seiner Anwesenheit – und ggf. der des Verfahrensbeistands) zu erfolgen.[7] Eine zusätzliche Belastung des Kindes durch eine Befragung in Anwesenheit der Eltern und sonstiger Beteiligter soll nach dem Willen des Gesetzgebers ausgeschlossen werden.[8]

Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung sind Kinder grundsätzlich ab einem Alter von drei Jahren persönlich anzuhören.[9] Einverständnis besteht in Rechtsprechung und Literatur über die Funktion der persönlichen Anhörung des Kindes: Sie dient neben der Gewährung des rechtlichen Gehörs vor allem auch der Sachaufklärung.[10] *Coester*[11] stellt heraus, dass die Kindesanhörung dem Tatrichter insbesondere ein besseres Verständnis von dessen Persönlichkeit und Situation, von seinen Bedürfnissen und Gefühlen vermitteln soll. Neben der persönlichen Kenntnis dient die Anhörung aber auch der Ermittlung des Kindeswillens. Die Unterscheidung dieser beiden Funktionen der Anhörung – so *Coester* weiter – ist wichtig für die Frage einer Altersgrenze bei der Anhörung: Die Stimme eines über 14-jährigen Kindes hat in seine Person berührenden Fragen gemäß § 159 Abs. 1 S. 1 FamFG stets Gewicht. Aber auch bei jüngeren Kindern kann der Kindeswille von Bedeutung sein; selbst der Umstand, dass das betroffene Kind zur „vernünftigen Eigenbeurteilung“ noch nicht in der Lage ist, befreit nicht von der Anhörungspflicht, denn Neigungen und Bindungen sind nach § 159 Abs. 2 FamFG alternativer Gegenstand der Anhörung. Es kann – nach *Coester* – deshalb keine generelle untere Altersgrenze für die Kindesanhörung geben.

Schließlich nicht ohne Einfluss auf die Art und Weise der Kindesanhörung ist die Bestimmung des § 28 Abs. 4 FamFG: Über persönliche

---

6 I.d.F. des Gesetzes vom 11.10.2016, BGBl. 2016 I S. 2222.

7 Prütting/Helms/*Hammer*, 4. Aufl. 2018, § 159 FamFG Rn. 18.

8 BT-Drs. 16/9733, S. 295; verfassungsrechtlich unbedenklich: BVerfG, NJW 2019, 2532.

9 BGH, FamRZ 2016, 1439, 1444; weitere Nachweise bei Prütting/Helms/*Hammer*, 4. Aufl. 2018, § 159 FamFG Rn. 8.

10 BGH, FamRZ 2016, 1439, 1443; BGH, FamRZ 1985, 169, 172.

11 Staudinger/*Coester*, Neubearbeitung 2015, § 1666 BGB Rn. 275 unter Hinweis auf OLG Hamm, FamRZ 1999, 36; OLG Saarbrücken, JAmt 2003, 41.

Anhörungen hat das Gericht einen Vermerk zu fertigen; in den Vermerk sind die wesentlichen Vorgänge der persönlichen Anhörung aufzunehmen.

Das wesentliche Ergebnis der persönlichen Anhörung des betroffenen Kindes durch das Familiengericht ist den übrigen Beteiligten in geeigneter Weise zur Kenntnis zu geben.[12] Die Notwendigkeit, einen Vermerk über die Kindesanhörung fertigen und den übrigen Beteiligten zur Kenntnis geben zu müssen, dürfte in der Praxis nicht selten Rückwirkung auf die Vorbereitung der Anhörung, Durchführung und insbesondere die Frage haben, welche Themen und Gesichtspunkte mit dem Kind besprochen werden sollen.

Hier nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass sich im Familienverfahrensrecht weitere Vorgaben zur Kindesanhörung finden, teils spezieller Natur (für die freiheitsentziehende Unterbringung und freiheitsentziehende Maßnahmen als *lex specialis* § 167 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 319 FamFG), teils über die Kindschaftssachen hinausgreifend (für bestimmte Abstammungssachen § 175 Abs. 2 FamFG und für Adoptionssachen § 192 FamFG).

Eine Absicherung erfährt diese Rechtslage[13] in ihren Grundzügen im deutschen Verfassungsrecht:[14] Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist Grundrechtsschutz auch durch die Gestaltung des Verfahrens sicherzustellen; das gerichtliche Verfahren muss in seiner Ausgestaltung geeignet und angemessen sein, um der Durchsetzung der materiellen Grundrechtspositionen wirkungsvoll zu dienen. Diesen Anforderungen werden die Gerichte nur gerecht, wenn sie auf die Belange des Kindes eingehen. Der Wille des Kindes ist zu berücksichtigen, soweit das mit seinem Wohl vereinbar ist. Voraussetzung hierfür ist, dass das Kind in dem gerichtlichen Verfahren die Möglichkeit erhält, seine persönli-

---

12 OLG Celle, FamRZ 2014, 413; jetzt auch: BVerfG, NJW 2019, 2532.

13 Staudinger/*Coester*, Neubearbeitung 2015, § 1666 BGB Rn. 275: Die persönliche Anhörung des Kindes ist verfassungsrechtlich und völkerrechtlich vorgegeben (unter Hinweis auf BVerfG, FamRZ 1981, 124, 126; FamRZ 1999, 85, 88; Art. 3 lit. b) und 6 lit. b), c) Europ. Kinderrechteübereinkommen).

14 MüKoFamFG/*Wiedemann*, 3. Aufl. 2019, Art. 23 KSÜ Rn. 6–7: Die Anhörung des Kindes bildet im deutschen Recht einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz mit Verfassungsrang, der der Absicherung des Kindeswohls dient und die Stellung des Kindes als Subjekt im Verfahren, seine Grundrechte im Sinne von Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs. 1 GG sowie seinen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) schützt.

chen Beziehungen zu den Eltern erkennbar werden zu lassen.[15] Welche der vorhandenen verfahrensmäßigen Möglichkeiten die Gerichte wählen, ob sie die Kinder einmal oder mehrmals, Geschwister einzeln oder zusammen, an Gerichtsstelle oder in der vertrauten familiären Umgebung, in An- oder Abwesenheit der Eltern und deren Verfahrensbevollmächtigten persönlich anhören und ob sie einen Psychologen als Sachverständigen hinzuziehen, muss (aus verfassungsrechtlicher Sicht) den Familiengerichten überlassen bleiben. Dem erkennenden Richter muss die Entscheidung darüber vorbehalten sein, welchen Weg er innerhalb der ihm vorgegebenen Verfahrensordnung für geeignet hält, um zu den für seine Entscheidung notwendigen Erkenntnissen zu gelangen.[16]

III. Punktuelle rechtsvergleichende Hinweise

Eine umfassende rechtsvergleichende Untersuchung zur Frage der Kindesanhörung, die sich nicht auf eine bloße Rechtsnormvergleichung beschränkt, sondern neben dem *law in the books* auch das *law in action* in den Blick nimmt, ist bislang ein Desiderat.

Sowohl nach der Einschätzung von *Niethammer-Jürgens* und *Reuters*[17] als auch nach der *Heiderhoffs*[18] wird die Kindesanhörung in den EU-Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich geregelt. Hauptunterschiede liegen beim erforderlichen Alter und in der Art und Weise, wie und insbesondere durch wen Kinder in gerichtlichen Verfahren angehört werden. In den wenigsten Mitgliedstaaten werden die Kinder durch das Gericht angehört.[19] Nach *Karle*[20] spielt Deutschland, was die Bereitschaft der Richter anbelangt, Kinder im familiengerichtlichen

---

15 BVerfG, FamRZ 2010, 1622; jetzt auch BVerfG, NJW 2019, 2532.

16 BVerfGE 55, 171, Rn. 29.

17 *Niethammer-Jürgens/Reuter*, Keine Anerkennungsfähigkeit einer ausländischen Sorgerechtsentscheidung bei unterbliebener Kindesanhörung, FamRB 2015, 98, 99, Anmerkung zu OLG München v. 20.10.2014 – 12 UF 1383/14.

18 MüKoBGB/*Heiderhoff*, 7. Aufl. 2018, Art. 23 Brüssel IIa-VO Rn. 12–14.

19 In dem Werk von Carl/Clauß/Karle, Kindesanhörung im Familienrecht, finden sich (Rn. 181 und 188) zwei tabellarische Übersichten, in welchen Staaten zum einen das Kind direkt durch einen Richter oder aber indirekt durch einen Vertreter angehört wird und zum anderen wie das Mindestalter für die Anhörung des Kindes geregelt ist.

20 Carl/Clauß/*Karle*, Kindesanhörung im Familienrecht, Rn. 25.

Verfahren anzuhören, in gewisser Weise eine Sonderrolle. In keinem anderen Land der Welt werde dem Kind als Persönlichkeit in diesem Punkt soviel Aufmerksamkeit gewidmet und es daraus folgend nach seiner Meinung gefragt. Doch eine vergleichbare Entwicklung sei auch in anderen Ländern festzustellen. Auf die Frage, ob Deutschland wirklich in jeder Hinsicht so vorbildlich aufgestellt ist, wird am Ende dieser Überlegungen zurückzukommen sein.

Tatsächlich bietet sich beim Blick in ausländische Verfahrensordnungen ein buntes Bild. Hier sollen nur drei Beispiele zur Illustration der Bandbreite herausgegriffen werden (wobei die Auswahl nicht ganz zufällig ist: es handelt sich um einen weiteren EU-Mitgliedstaat, um die Teilrechtsordnung eines Noch-EU-Mitgliedstaates und um einen KSÜ-Vertragsstaat):[21]

Für *England* spricht *Ian Karsten*[22] von dem „English judicial conservatism about the idea of the judge seeing the child". Ein Kind kann allerdings in einer familienrechtlichen Angelegenheit als Zeuge gehört werden, wobei auch im englischen Recht durchaus die Vor- und v.a. Nachteile einer Zeugenvernehmung des Kindes diskutiert werden. Die auch nach der Einschätzung *Coester-Waltjens* in der anglo-amerikanischen Welt lange verbreitete Zurückhaltung der Gerichte, ein Kind unmittelbar anzuhören, sei durch die im Jahr 2010 vom *Family Justice Council* veröffentlichten „Guidelines for Judges Meeting Children who are subject to Family Proceedings" zwar in Bewegung geraten. Aber nach wie vor gelte: Die Anhörung des Kindes dient nicht der Sachaufklärung.[23] Vor diesem Hintergrund hervorzuheben ist m.E. Nr. 3 der

---

21 Siehe auch *Menne*, Some Current Practical Issues Arising from Cross-Border Children Cases, International Family Law Journal 2016, 175, 178 ff.; *ders.*, Grenzüberschreitendes Kindschaftsrecht in der familiengerichtlichen Praxis, iFamZ 2015, 312, 315 ff.

22 *Karsten*, The voice of the child – an English perspective, in: Götz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Brudermüller, 2014, S. 371, 378.

23 *Coester-Waltjen*, Einige Überlegungen zur Kindesanhörung im familiengerichtlichen Verfahren, in: Brinkmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Prütting, 2018, S. 247, 256; siehe auch: *Bala/Birnbaum/Cyr/McColley*, Children's Voices in Family Court: Guidelines for Judges Meeting Children, Family Law Quarterly, Vol. 47, No. 3, 2013, 379 ff., im Volltext unter: www.researchgate.net/publication/296922403_Children's_Voices_in_Family_Court_Guidelines_for_Judges_Meeting_Children [1.7.2019].

Guidelines[24], wonach das Alter des Kindes relevant, aber nicht entscheidend ist, denn auch 7-jährige oder jüngere Kinder „have a clear understanding of their circumstances and very clear views which they may wish to express".

In *Frankreich* wurde zuletzt über eine Entscheidung der *Cour de cassation* (vom 26.6.2013[25]) zur Auslegung des Art. 388–1 al. 4 Code civil diskutiert. Nach dieser Bestimmung hat der Richter die Pflicht, sich zu vergewissern, dass das Kind über sein Recht, angehört zu werden und den Beistand eines Anwalts zu erhalten, informiert worden ist. In seinen Schlussanträgen stellte der Erste Staatsanwalt bei der *Cour de cassation* fest:

1. Der Gesetzgeber habe dem Richter nicht die Pflicht auferlegen wollen, den Minderjährigen über seine Rechte zu informieren; diese Pflicht obliege den gesetzlichen Vertretern des Kindes.
2. Art. 388–1 Code civil verlange nicht, dass der Richter das betroffene Kind systematisch lade, um zu überprüfen, ob ihm die Auskunft erteilt worden sei.

Der Kassationshof folgte diesen Schlussanträgen und wies die Revision zurück.[26] Die französischen Bestimmungen sehen also keine direkte Information des Kindes durch das Gericht vor.

Für die *Schweiz* hat zwar das Bundesgericht im Jahr 2005 in einem Leitentscheid zu Art. 144 Abs. 2 ZGB festgehalten, dass die Kindesanhörung grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich sei.[27] Eine Analyse (mit Handlungsempfehlungen) des Kantonalen Jugendamtes Bern vom 27.4.2017 kommt jedoch zu dem Ergebnis,[28] dass die Regionalgerichte jedenfalls des Kantons Bern im Vergleich zu den Fallzahlen weniger oft Kindesanhörungen durchführen und den Nutzen der Anhörung unterschiedlich beurteilen. „Das Ermessen der

---

24 www.familylaw.co.uk [1.7.2019].

25 Cass. Civ. I, 26.6.2013, Nr. 12–17.275, www.legifrance.gouv.fr [1.7.2019].

26 *Ferrand/Francoz-Terminal*, Entwicklungen im französischen Familienrecht 2013–2014, FamRZ 2014, 1506 ff.

27 BGE 131 III 553.

28 Praxis der Kindesanhörung in Kindesschutz- und Scheidungsverfahren im Kanton Bern: Analyse und Handlungsempfehlungen; https://www.jgk.be.ch/jgk/de/index/kindes_erwachsenenschutz/kinder_jugendhilfe/umfassender_kindesschutz/kindesanhoerung.assetref/dam/documents/JGK/KJA/de/jugendamt/KJA_FE_Bericht-Praxis-Kindesanh%C3%B6rung_2017_de.pdf [1.7.2019].

Richterin oder des Richters ist maßgebend, fachliche Standards zur Kindesanhörung bestehen keine. Das Einladungsschreiben geht je nach Zuständigkeit an Kinder ab zehn oder zwölf Jahren, in Ausnahmefällen auch an jüngere Kinder. Sind die Scheidungen hinsichtlich der Kinderbelange nicht strittig, wird dem Schreiben eine Verzichterklärung beigelegt. Zusätzliches Informationsmaterial über die Kindesanhörung wird nicht abgegeben. Die Regionalgerichte formulieren insbesondere einen Weiterbildungsbedarf zur Gesprächsführung mit jüngeren Kindern und zum Umgang mit Loyalitätskonflikten."

IV. Welche Aussagen treffen die Vereinten Nationen, der Europarat und finden sich in der EU-Grundrechte-Charta?

1. Vereinte Nationen

Art. 12 UN-KRK[29]

(1) Die Vertragsstaaten sichern dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife.

(2) Dem Kind ist Gelegenheit zu geben, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden.

Dass diese Norm auch innerhalb der Vereinten Nationen gelebt wird, zeigt ein u.a. von UNICEF Schweiz herausgegebener Leitfaden für die Kindesanhörung,[30] in dem hervorgehoben wird, das Recht auf Anhörung stehe „jedem Kind zu, das in der Lage ist, den Sachverhalt zumindest in den Grundzügen zu verstehen und sich dazu in verständlicher Weise zu äußern. Aus entwicklungspsychologischer Sicht sind Kinder

---

29 UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UN-Kinderrechtskonvention), am 20.11.1989 von der UN-Generalversammlung angenommen, trat am 2.9.1990 in Kraft (BGBl 1992 II S. 121); zur Rechtsqualität: Carl/Clauß/Karle/*Carl*, Kindesanhörung im Familienrecht, Rn. 29–30.

30 https://www.unicef.ch/sites/default/files/2018-08/brosch_kindesanhoerung_leitfaden_de.pdf [1.7.2019].

ab etwa sechs Jahren in der Lage, ihre Meinungen und Wünsche zu einer sie betreffenden Angelegenheit sowohl in Worte zu fassen als auch einer fremden Person mitzuteilen. […] Werden indes nicht nur sprachliche Äußerungen, sondern auch Körpersprache und Mimik sowie andere Ausdrucksformen wie Spielinhalte und Zeichnungen berücksichtigt, so können durchaus auch jüngere Kinder angehört werden."

2. Europarat

a) Empfehlung des Europarats Nr. R (84)4 vom 28.2.1984 über elterliche Sorge

Prinzip 3: Soweit es um Entscheidungen hinsichtlich der Übertragung oder Ausübung des elterlichen Sorgerechts geht, die wesentliche Interessen der Kinder berühren, sollen diese gehört werden, wenn dies ihr Alter und ihre Reife im Hinblick auf die Entscheidung erlauben.

b) Art 3 des Europäischen Übereinkommens über die Ausübung von Kinderrechten (EÜAK) vom 25.1.1996[31]

Art. 3: Recht, in Verfahren Auskunft zu erhalten und seine Meinung zu äußern

Einem Kind, das nach innerstaatlichem Recht als hinreichend verständig angesehen wird, werden in es berührenden Verfahren vor einer Justizbehörde folgende Rechte gewährt, die zu verlangen es berechtigt ist:

a) alle sachdienlichen Auskünfte zu erhalten;
b) angehört zu werden und seine Meinung zu äußern („to be consulted and express his oder her views");
c) über mögliche Folgen einer Berücksichtigung seiner Meinung und die möglichen Folgen einer Entscheidung unterrichtet zu werden.

---

31 BGBl. 2001 II S. 1074, für Deutschland am 13.11.2001 in Kraft getreten, (BT-Drs. 14/5438, S. 1 und 18). Nach *Baer/Marx*, Das Europäische Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten, FamRZ 1997, 1185 ff. war das vom Europarat im Januar 1996 verabschiedete EÜAK als Konkretisierung der UN-Kinderrechtskonvention von 1989 gedacht, wobei das EÜAK eine häufig kritisierte Schwachstelle in der Umsetzung von Kinderrechten anvisierte – die Anhörung und Vertretung des Kindes im familienrechtlichen Verfahren.

Sowohl die UN-KRK als auch das EÜAK entfalten keine unmittelbare innerstaatliche Wirkung, sondern begründen lediglich Staatenverpflichtungen. Insoweit sind sie jedoch bei der Auslegung von Grundrechten zu berücksichtigen.[32]

c) Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats CM/Rec (2012)2 betreffend die Beteiligung von Kindern und Jugendlichen unter 18 Jahren vom 28.3.2012

Sektion II, Prinzip 1: Es gibt keine Altersgrenze für das Recht des Kindes oder einer jungen Person seine Meinung frei auszudrücken. Alle Kinder und Jugendliche, einschließlich der Vorschulkinder, Schulkinder und solcher, die bereits ihre Ausbildung beendet haben, haben das Recht in allen Angelegenheiten, die sie betreffen, gehört zu werden, wobei ihre Meinung angemessen und entsprechend ihrem Alter und ihrer Reife zu berücksichtigen sind.

Die Empfehlung verpflichtet die Staaten zwar nicht zur Anpassung ihrer nationalen Rechtsordnung. Der Inhalt der Empfehlung kann jedoch bei der Auslegung und Anwendung nationalen Rechts herangezogen werden.[33]

3. Europäische Union

Art. 24 Charta der Grundrechte der Europäischen Union

(1) Kinder haben Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge, die für ihr Wohlergehen notwendig sind. Sie können ihre Meinung frei äußern. Ihre Meinung wird in Angelegenheiten, die sie betreffen, in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt.

Besonderes Augenmerk verdient die sog. Berücksichtigungspflicht, die die Kernaussage[34] des Satzes 3 darstellt. Gemäß ihrem Art. 51 bindet

32 *Bergmann/Gutdeutsch*, Zur Anordnung der Kindesanhörung im Scheidungsverfahren ohne Sorgerechtsantrag, FamRZ 1999, 422, 425.
33 Carl/Clauß/Karle/*Carl*, Kindesanhörung im Familienrecht, Rn. 41, 44.
34 Meyer/*Hölscheidt*, 5. Aufl. 2019, Art. 24 Charta der Grundrechte der EU Rn. 26.

die Charta die Mitgliedstaaten, soweit sie Unionsrecht durchführen.[35] Keine Anwendung findet die Charta auf rein nationale Sachverhalte.[36]

V. Art. 23 Abs. 2 lit. b) KSÜ

Das KSÜ (Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19.10.1996) enthält in seinem (Anerkennung und Vollstreckung regelnden) Kapitel IV für die Anerkennung von Maßnahmen der Behörden eines Vertragsstaates in anderen Vertragsstaaten einen speziellen verfahrensrechtlichen *ordre public*-Vorbehalt.[37] Das Kapitel IV des KSÜ gilt aus deutscher Sicht nur für die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen aus Vertragsstaaten, die nicht zugleich Mitgliedstaaten der Brüssel IIa-VO sind; dies sind derzeit Albanien, Armenien, Australien, Dänemark, die Dominikanische Republik, Ecuador, Georgien, Lesotho, Marokko, Monaco, Montenegro, Norwegen, die Russische Föderation, die Schweiz, Serbien, die Türkei, die Ukraine und Uruguay.[38]

Art. 23 Abs. 2 lit. b) KSÜ lautet: Die Anerkennung kann jedoch versagt werden, wenn die Maßnahme, außer in dringenden Fällen, im Rahmen eines Gerichts- oder

---

35 Meyer/*Hölscheidt*, 5. Aufl. 2019, Art. 24 Charta der Grundrechte der EU Rn. 19.

36 *Steindorff-Classen,* Europäischer Kinderrechtsschutz nach dem EU-Reformvertrag von Lissabon, EuR 2011, 19, 32 ff.

37 Statt aller: *Dimmler*, Anerkennung und Vollstreckung einer serbischen Entscheidung nach KSÜ, FamRB 2018, 225 f.

38 *Hausmann*, Internationales und Europäisches Familienrecht, 2. Aufl. 2018, N Rn. 6, 7: Art. 15 Abs. 1 lit. a) EuSorgeRÜ gilt nur für die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen aus Vertragsstaaten, die nicht zugleich Mitgliedstaaten der Brüssel IIa-VO sind; dies sind nach dem Beitritt Kroatiens zur EU mit Wirkung vom 1.7.2013 Andorra, Dänemark, Island, Liechtenstein, Mazedonien, die Republik Moldau, Montenegro, Norwegen, die Schweiz, Serbien, die Türkei und die Ukraine. Soweit Vertragsstaaten des EuSorgeRÜ zugleich Vertragsstaaten des KSÜ sind, hat der Antragsteller ein Wahlrecht, ob er die Anerkennung und Vollstreckung einer Sorgerechtsentscheidung auf Art. 7 ff. EuSorgeRÜ oder auf Art. 23 ff. KSÜ stützen möchte, soweit sich der sachliche Anwendungsbereich der Vorschriften deckt. Aus deutscher Sicht besteht dieses Wahlrecht für Sorgerechtsentscheidungen, die in Dänemark, Montenegro, Norwegen, der Schweiz, Serbien, der Türkei oder der Ukraine ergangen sind.

Verwaltungsverfahrens getroffen wurde, ohne dass dem Kind die Möglichkeit eingeräumt worden war, gehört zu werden, *und* dadurch gegen wesentliche Verfahrensgrundsätze des ersuchten Staates verstoßen wurde.

Paul Lagarde kommentiert dazu in seinem das KSÜ Erläuternden Bericht vom 15.1.1997:[39]

> „Dieser Versagungsgrund geht unmittelbar auf Art. 12 Abs. 2 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes zurück. Er hat nicht zur Folge, dass das Kind in allen Fällen angehört werden muss. Zu Recht wurde bemerkt, dass es nicht immer im Interesse des Kindes liegt, eine Meinung äußern zu müssen, namentlich, wenn beide Elternteile über die zu treffende Maßnahme übereinstimmen. Nur wenn die Nichtanhörung gegen wesentliche Verfahrensgrundsätze des ersuchten Staates verstößt, kann sie eine Versagung der Anerkennung rechtfertigen. [...] Es handelt sich der Sache nach um eine Spezialvorschrift des verfahrensrechtlichen *ordre public*. [...] Es ist darauf hinzuweisen, dass Abs. 2 die Ablehnung der Anerkennung ermöglicht, jedoch nicht vorschreibt."

Zwar formulierten *Baer/Marx*[40] im Jahr 1997 ganz hoffnungsfroh, Art. 23 KSÜ mache keine Einschränkung in Bezug auf Alter, Reife etc. für die Anhörung des Kindes. Man sehe also, dass das reformierte MSA davon ausgeht, dass es Vertragsstaaten gibt, in denen die Kindesanhörung eine solche fundamentale Bedeutung hat. Und auch *Hausmann*[41] schlussfolgert: Damit trage das KSÜ der großen Bedeutung Rechnung, die dem rechtlichen Gehör des Kindes für die sachgerechte Wahrung seiner Interessen zukommt.

Aber schon die Kommentierung von *Lagarde* lässt aufhorchen. *Lagarde* trifft in seinem Erläuternden Bericht keine einzige positive Aussage dazu, wann jedenfalls ein Kind anzuhören ist oder wie die Anhörung ausgestaltet sein soll. Stattdessen trifft *Lagarde* nur die Tragweite der Vorschrift einschränkende Aussagen: das Kind müsse keineswegs in allen Fällen angehört werden; es liege nicht immer im Interesse des Kindes, ein Meinung äußern zu müssen; und sein besonderer Hinweis, dass Abs. 2 des Art. 23 die Ablehnung der Anerkennung keinesfalls vor-

---

39 BR-Drs. 14/09, S. 35 ff. Rn. 121, 123.

40 *Baer/Marx*, Das Europäische Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten, FamRZ 1997, 1185, 1186.

41 *Hausmann*, Internationales und Europäisches Familienrecht, N Rn. 364.

schreibe, sondern sie nur ermögliche. Und von besonderer Bedeutung ist, dass *Lagarde* nur Abs. 2 des Art. 12 UN-KRK in Bezug nimmt, nicht aber Abs. 1. Das heißt, die Anerkennungsversagung kann nur auf die fehlende Anhörung des Kindes, nicht aber darauf gestützt werden, dass die in Abs. 1 des Art. 12 UN-KRK verbürgte angemessene Berücksichtigung der (sich aus der Anhörung ergebenden) Meinung des Kindes nicht stattgefunden hat. Das bedeutet – jedenfalls, wenn wir von unserer nationalen verfassungsrechtlichen Warte darauf schauen – eine beachtliche Einschränkung: Bedeutet rechtliches Gehör danach doch, dass das Gericht sich mit dem Gehörten in der Entscheidung angemessen auseinandersetzen muss.

Man wird also mit *Hausmann*[42] konstatieren müssen: Das KSÜ enthält keine eigenständigen Mindeststandards für die Anhörung des Kindes (z.B. in Bezug auf Altersgrenzen oder die Art und Weise der Anhörung).

VI. Art. 23 Buchstabe b) Brüssel IIa-VO und die Reformdiskussion (Art. 39 und Art. 21 Brüssel IIa-VO-E)

1. Geltende Fassung

Die Brüssel IIa-VO enthält in ihrer (noch) geltenden Fassung in (dem Anerkennung und Vollstreckung regelnden) Kapitel III wie auch das KSÜ einen diesem nachgebildeten Sonderfall des verfahrensrechtlichen *ordre public*.

Art. 23 lit. b) Brüssel IIa-VO lautet:

Eine Entscheidung über die elterliche Verantwortung wird nicht anerkannt, […]

b) wenn die Entscheidung – ausgenommen in dringenden Fällen – ergangen ist, ohne dass das Kind die Möglichkeit hatte, gehört zu werden, und damit wesentliche verfahrensrechtliche Grundsätze des Mitgliedstaats, in dem die Anerkennung beantragt wird, verletzt werden.

---

42 *Hausmann,* Internationales und Europäisches Familienrecht, N Rn. 364.

Für die Entscheidung des Gerichts über einen Antrag auf Vollstreckbarerklärung im Vollstreckungsmitgliedstaat nimmt Art. 31 Abs. 2 Brüssel IIa-VO auf Art. 23 Bezug.

Ferner thematisiert die Brüssel IIa-VO die Kindesanhörung in den Art. 41 Abs. 2 und 42 Abs. 2 und sieht vor, dass die Bescheinigung über das Umgangsrecht bzw. über die Rückgabe des Kindes vom Richter des Ursprungsmitgliedstaats nur ausgestellt werden, wenn das Kind die Möglichkeit hatte, gehört zu werden, sofern eine Anhörung nicht aufgrund seines Alters oder seines Reifegrades unangebracht erschien.[43]

Schließlich findet die Anhörung des Kindes Erwähnung in zwei lapidaren Erwägungsgründen:

Erwägungsgrund (19): Die Anhörung des Kindes spielt bei der Anwendung dieser Verordnung eine wichtige Rolle, wobei diese jedoch nicht zum Ziel hat, die diesbezüglich geltenden nationalen Verfahren zu ändern.

Erwägungsgrund (20): Die Anhörung eines Kindes in einem anderen Mitgliedstaat kann nach den Modalitäten der VO (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. Mai 2001 über die Zusammenarbeit zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen erfolgen.

Es ist nach dem Leitfaden der Kommission zur Brüssel IIa-VO nicht erforderlich, die Anhörung des Kindes während der Gerichtsverhandlung

---

43 Zu Art. 42 Abs. 2 S. 1 lit. a) siehe EuGH v. 22.12.2010, Rs. C-491/10 PPU – *Aguirre Zarraga*, FamRZ 2011, 355: „Mit anderen Worten verpflichten zwar Art. 24 der Charta der Grundrechte und Art. 42 Abs. 2 Unterabs. 1 Buchst. a der Brüssel IIa-VO das Gericht des Ursprungsmitgliedstaats nicht dazu, das Kind in allen Fällen im Rahmen einer Anhörung zu hören, und lassen ihm damit einen gewissen Ermessensspielraum, doch wenn das Gericht beschließt, das Kind zu hören, verlangen diese Bestimmungen, dass es nach Maßgabe des Kindeswohls und unter Berücksichtigung der Umstände jedes Einzelfalls alle geeigneten Maßnahmen im Hinblick auf eine solche Anhörung trifft, damit die praktische Wirksamkeit der genannten Bestimmungen gewahrt wird und dem Kind eine tatsächliche und wirksame Möglichkeit geboten wird, sich zu äußern. […] Folglich kann das Gericht des Ursprungsmitgliedstaats eine den Anforderungen von Art. 42 der Brüssel IIa-VO entsprechende Bescheinigung erst ausstellen, nachdem es geprüft hat, dass nach Maßgabe des Kindeswohls und unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls die Entscheidung, auf die sich diese Bescheinigung beziehen soll, unter Beachtung des Rechts des Kindes, sich frei zu äußern, erlassen wurde und dass dem Kind unter Berücksichtigung der nationalen verfahrenstechnischen Mittel und der Instrumente der internationalen gerichtlichen Zusammenarbeit eine echte und wirksame Möglichkeit zur Äußerung geboten wurde."

durchzuführen; sie kann im Vorfeld der Verhandlung von einer nach nationalem Recht zuständigen Stelle durchgeführt werden. Weiter heißt es in dem Leitfaden: „In einigen Mitgliedstaaten beispielsweise erfolgt die Anhörung des Kindes in Anwesenheit eines Sozialarbeiters, der dem Gericht einen Bericht vorlegt, in dem die Wünsche und Gefühle des Kindes aufgeführt sind. Findet die Anhörung vor Gericht statt, sollte der Richter die Vernehmung so organisieren, dass der Art des Falls, dem Alter des Kindes und den anderen Umständen des Falls Rechnung getragen werden kann. In jeder Situation ist es wichtig, dass das Kind seine Meinung in einer Atmosphäre des Vertrauens äußern kann. Unabhängig davon, ob die Anhörung von einem Richter oder einem anderen Beamten durchgeführt wird, entscheidend ist, dass diese Person entsprechend ausgebildet ist (z.B. darin, wie mit dem Kind zu kommunizieren ist) und sich der Gefahr bewusst ist, dass die Eltern möglicherweise versuchen werden, Einfluss oder Druck auf ihr Kind auszuüben. Wird die Anhörung ordnungsgemäß und mit der erforderlichen Diskretion durchgeführt, kann sie dem Kind nicht nur Gelegenheit bieten, seine Wünsche zu äußern, sondern es auch von einem Gefühl der Verantwortung oder Schuld befreien. Je nach Art und Ziel des Verfahrens kann die Anhörung des Kindes unterschiedlichen Zwecken dienen. In einem Sorgerechtsverfahren dient die Anhörung in der Regel dazu, das am besten geeignete Umfeld für das Wohl des Kindes zu ermitteln. In einem Verfahren betreffend eine Kindesentführung besteht das Ziel häufig darin, zu verstehen, warum das Kind es ablehnt, zu einem Elternteil zurückzukehren, wo die Ursachen für diese ablehnenden Gefühle liegen und zu prüfen, ob und wenn ja, inwiefern, das Kind gefährdet sein könnte. Es besteht immer die Möglichkeit, dass Eltern versuchen, ihr Kind in derartigen Fällen zu beeinflussen."[44]

Voraussetzung für die Nichtanerkennung ist stets dreierlei: Das Kind muss bereits alt genug sein, damit es sinnvollerweise angehört werden kann, die Anhörung darf nicht wegen Dringlichkeit unmöglich gewesen sein und die Versäumung der Anhörung muss so schwerwiegend sein, dass „wesentliche verfahrensrechtliche Grundsätze" des Anerkennungsstaats verletzt worden sind. Insgesamt deutet dieser ausführliche Katalog darauf hin, dass die Anerkennung nicht schon dann verweigert

---

44 Leitfaden der Europäischen Kommission zur Anwendung der neuen VO Brüssel II, 2005, S. 54, http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_de.pdf [1.7.2019].