

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](http://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 carries 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. Reppen 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 Ehrengrechtskommission . . . . .	106
(2) Regierungsentwurf . . . . .	108
(3) Entwurf des Rechtsausschusses . . . . .	108
b) Die Entwicklung des § 1634 BGB im Zuge der Gesetzgebungsreform . . . . .	111
aa) Vorschläge der Ehrengrechtskommission . . . . .	111
bb) Regierungsentwurf . . . . .	112
cc) Entwurf des Rechtsausschusses . . . . .	113
c) Die Anhörung des Kindes . . . . .	114
aa) Vorschläge der Ehrengrechtskommission . . . . .	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) Muttervorrang . . . . .	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, das, 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.<sup>1</sup> 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-

---

<sup>1</sup> *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. verkehrsrechtlicher<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Zudem finden sich heute auch im Gesetz Stellen, an denen der Wille des Kindes als Rechtsbegriff zwar nicht direkt genannt wird, jedoch gleichwohl

---

<sup>2</sup> Der Begriff *Umgangsrecht* wurde erst 1980 mit dem Gesetz zur Neuregelung 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.

<sup>3</sup> Michael Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 161.

<sup>4</sup> 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 Rechtentwicklung 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.<sup>5</sup> So waren beispielsweise im Jahr 1985, genauso wie im Jahr 2011, fast 150.000 Kinder von der Scheidung ihrer Eltern betroffen,<sup>6</sup> bei sinkender Kinderzahl also ein relativ deutlich höherer Anteil. Viele Kinder wachsen daher nicht mehr in einem aus Vater, Mutter und Kindern

---

<sup>5</sup> 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>.

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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. Umgangsrecht<sup>8</sup> 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.

---

<sup>7</sup> *Gottfried Spangler; Peter Zimmermann*, Die Bindungstheorie, 5. Aufl. 2009, S. 27 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Fn 2.

Auch in anderen Teilen des Rechts, wie im beispielsweise dem Sozialrecht ist der Begriff des Kindeswohls präsent.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 2015 ist das Buch *Kinderrechte und Kindeswohl* von *Friederike Wapler* erschienen, welches sich dem Kindeswohlbegriff aus öffentlich-rechtlicher Sicht nähert, jedoch dabei auch die Entwicklung im Zivilrecht in den Blick nimmt.<sup>12</sup>

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.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> Aus pädagogischer Sicht wurde das Thema zudem 2001 von *Maud Zitlmann* beleuchtet.<sup>15</sup>

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“

<sup>9</sup> Siehe bspw. § 8a SGB VIII.

<sup>10</sup> *Coester*, Kindeswohl, (Fn 3).

<sup>11</sup> *Katharina Parr*, Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB, 2005.

<sup>12</sup> *Friederike Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015.

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

<sup>14</sup> *Harry Dettenborn*, Kindeswohl und Kindeswille, 4. Aufl. 2014.

<sup>15</sup> *Maud Zitlmann*, 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.<sup>16</sup> 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,<sup>17</sup> jedoch ist der Begriff des Kindeswohls in vielen familienrechtlichen Normen des BGB als entscheidender Faktor verankert.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Elmar Herrler, NZFam (2015), 597 ff.

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

<sup>18</sup> 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?<sup>19</sup>

Heute werden meist einzelne Aspekte, wie etwa die Bindung zu einem Elternteil herausgestellt, die für das Kindeswohl relevant sein sollen.<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup> 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).

<sup>19</sup> *Herrler*, NZFam (2015), 597 ff.

<sup>20</sup> *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.

<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

## II. Kindeswille

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

Nach der heute herrschenden Meinung kann der Kindeswille als eines dieser Kriterien gelten, welche entscheidende Bedeutung für die Bestimmung des Kindeswohls erlangen können.<sup>25</sup> 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?<sup>26</sup>

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.<sup>27</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat 2009 in einem Beschluss festgestellt, ein Kind mache durch die Äußerung seines Willens „von *seinem Recht zur Selbstbestimmung Gebrauch*“.<sup>28</sup> Das Kind sei somit in seiner „*Individualität als Grundrechtsträger*“ zu berücksichtigen.<sup>29</sup> 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).

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

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

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

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

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille, (Fn 14), S. 61.

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

<sup>29</sup> 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 einstufte, war in den letzten 70 Jahren ein umstrittener Punkt. Kind im Sinne des BGB ist eine minderjährige Person.<sup>30</sup> Eine Unterscheidung zwischen Kind und Jugendlichem 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.<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> 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

---

<sup>30</sup> Staudinger-Coester 2016, § 1671 BGB, Rn 7.

<sup>31</sup> MüKo-Hennemann, 7. Aufl. 2017, § 1671 BGB, Rn 63.

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

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

<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> 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.

<sup>35</sup> *Martine Segalen; Annette Roeder*, Die Familie, 1990, S. 227 ff.

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

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

<sup>38</sup> *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.<sup>39</sup> Im Jahr 1985 waren es 103.210.<sup>40</sup> Für die Zeit vor 1985 gibt es keine Zahlen, sondern nur die Anzahl von Scheidungsurteilen. Diese lag 1950 beispielsweise bei 84.674.<sup>41</sup> 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

---

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

<sup>40</sup> Ebd.

<sup>41</sup> Ebd.