Das Kind als Subjekt im Verfahrensrecht

Vortrag bei der Herbsttagung der ARGE Familienrecht im DAV am 30. September 2022 in Leipzig

Referent:
Prof. Mallory Völker
Präsidialrichter am Saarländischen Oberlandesgericht
Stellvertr. Vorsitzender des 6. Zivilsenats – Familiensenat I
Honorarprofessor für Recht an der HTW Saar

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

1

Grobgliederung

- Einleitende Worte
- Völkerrechtlicher, europarechtlicher und verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt
- Das Kind als Rechtssubjekt im einfachen Verfahrensrecht – eine Reise durch den nationalen Instanzenzug
- Die unterbliebene oder mangelhafte Kindesanhörung als Anerkennungshindernis nach der Brüssel IIb-Verordnung
- Schlusswort

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

2

Einleitende Worte

- Ein herzliches **Dankeschön**
  - dem Geschäftsführenden Ausschuss der ARGE Familienrecht für die Einladung, zu Ihnen zu sprechen, und
  - Im Vorgriff Ihnen – den Teilnehmern – für die Fragen, die Sie mir während oder im Anschluss an meinen Vortrag stellen werden; hierzu möchte ich Sie ausdrücklich einladen!
- Aus Zeit- und auch ansonsten naheliegenden Gründen beschränke ich meine Ausführungen auf **Kindschaftssachen**.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

3

Völkerrecht: Art. 12 UNKRK

Berücksichtigung des Kindeswillens

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.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

4

„Triple p“

- *Provision (Recht auf Grundversorgung)*
- *Protection (Schutz vor Gewalt und Ausbeutung) and*
- **Participation (Recht auf Beteiligung)!**

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

5

Europarecht

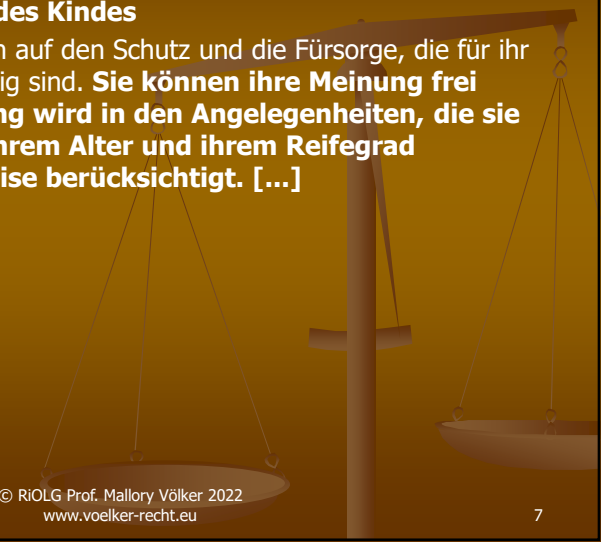
- EU-Grundrechtecharta
- Brüssel IIb-Verordnung

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

6

EU-Grundrechtecharta

- **Artikel 24 - Rechte des Kindes**
- 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 den Angelegenheiten, die sie betreffen, in einer ihrem Alter und ihrem Reifegrad entsprechenden Weise berücksichtigt. […]**

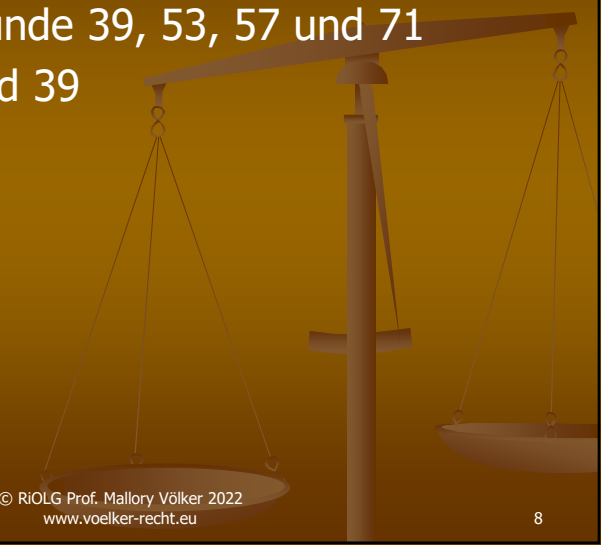


© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

7

Brüssel IIb-Verordnung

- Erwägungsgründe 39, 53, 57 und 71
- Art. 21, 26 und 39



© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

8

Erwägungsgrund 39

- In Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung nach dieser Verordnung sowie in Rückgabeverfahren nach dem Haager Übereinkommen von 1980 sollte dem **Kind**, das von diesen Verfahren betroffen und **fähig** ist, **sich seine eigene Meinung zu bilden**, im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs grundsätzlich eine **echte und wirksame Gelegenheit zur Meinungsäußerung** gegeben werden und sollte diese **Meinung bei der Bewertung des Kindeswohls gebührend berücksichtigt** werden. Die Gelegenheit für das Kind, im Einklang mit Artikel 24 Absatz 1 der Charta und Artikel 12 des VN-Kinderrechtsübereinkommens seine Meinung frei zu äußern, spielt bei der Anwendung dieser Verordnung eine wichtige Rolle.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

9

- Nach der Verordnung sollte es **allerdings weiterhin Sache der Mitgliedstaaten** sein, in den nationalen Rechtsvorschriften und Verfahren festzulegen, **wer das Kind anhört und wie das Kind angehört wird**. Somit sollte es nicht das Ziel dieser Verordnung sein, festzulegen ob das Kind von dem Richter persönlich oder von einem speziell geschulten Sachverständigen angehört werden sollte, der dem Gericht anschließend Bericht erstattet, oder ob die Anhörung des Kindes im Gerichtssaal oder an einem anderen Ort oder auf anderem Wege erfolgen sollte. Außerdem hat das Kind zwar nach wie vor das Recht, angehört zu werden, doch stellt seine Anhörung keine absolute Verpflichtung dar, sondern muss unter Berücksichtigung des Kindeswohls beurteilt werden, beispielsweise in Fällen, die mit Vereinbarungen zwischen den Parteien verbunden sind.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

10

- Wenn es auch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs gemäß Artikel 24 der Charta und der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 nicht erforderlich ist, dass das Gericht des Ursprungsmitgliedstaats die Meinung des Kindes in jeder Rechtssache durch eine Anhörung einholt, und diesem Gericht somit ein **Ermessensspielraum** bleibt, so geht aus der Rechtsprechung jedoch auch hervor, dass das Gericht bei der Entscheidung, dem Kind eine Gelegenheit zur Anhörung zu geben, verpflichtet ist, **alle für die Durchführung einer derartigen Anhörung angemessenen Vorkehrungen** zu treffen, wobei dem Kindeswohl und den Umständen jedes Einzelfalls Rechnung zu tragen ist, damit die **Wirksamkeit dieser Bestimmungen sichergestellt** ist und dem **Kind eine echte und wirksame Gelegenheit zur Meinungsäußerung** gegeben wird.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

11

- Das Gericht des Ursprungsmitgliedstaats sollte soweit möglich und stets unter Berücksichtigung des Kindeswohls alle Mittel, die ihm im nationalen Recht zur Verfügung stehen, sowie die **speziellen Instrumente der internationalen justiziellen Zusammenarbeit** einsetzen, gegebenenfalls einschließlich derjenigen der Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates *(= EU-BeweisVO)*.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

12

Erwägungsgrund 53

- Wenn es nicht möglich ist, eine Partei oder ein **Kind persönlich anzuhören**, und die entsprechenden technischen Mittel verfügbar sind, könnte das Gericht unbeschadet anderer Rechtsakte der Union in Erwägung ziehen, eine Anhörung mittels **Videokonferenz** oder einer **anderen Kommunikationstechnologie** durchzuführen, außer wenn in Anbetracht der besonderen Umstände des Falles die Verwendung solcher Technologien dem fairen Ablauf des Verfahrens nicht dienlich wäre.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

13

Erwägungsgrund 57

- Was die einem Kind gebotene Gelegenheit zur Meinungsäußerung anbelangt, so sollte es Sache des **Ursprungsgerichts** sein, über die angemessene Art und Weise der Anhörung des Kindes zu entscheiden. Daher sollte es **nicht möglich** sein, die **Anerkennung einer Entscheidung einzig und allein aus dem Grund zu versagen, dass das Ursprungsgericht die Anhörung des Kindes auf andere Weise vorgenommen hat als dies ein Gericht im Mitgliedstaat der Anerkennung tun würde**. Der Mitgliedstaat, in dem die Anerkennung geltend gemacht wird, sollte diese nicht versagen, wenn eine der in dieser Verordnung zugelassenen Ausnahmen von diesem besonderen Ablehnungsgrund Anwendung findet.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

14

- Diese Ausnahmen wirken sich dahingehend aus, dass es **nicht möglich sein sollte**, dass ein Gericht in dem **Vollstreckungsmitgliedstaat** die Vollstreckung einer Entscheidung **einzig und allein** aus dem Grund versagt, dass dem **Kind keine Gelegenheit zur Meinungsäußerung** gegeben worden ist, wobei das Kindeswohl berücksichtigt wurde, sofern das Verfahren nur das **Vermögen des Kindes** betroffen hat und sofern es in Anbetracht des Verfahrensgegenstandes nicht erforderlich war, ihm diese Gelegenheit zu geben, **oder** sofern es **schwerwiegende Gründe** gab, wobei **insbesondere** die **Dringlichkeit des Falls** zu berücksichtigen ist. Derartige schwerwiegende Gründe könnten beispielsweise vorliegen, wenn eine **unmittelbare Gefahr für die körperliche und seelische Unversehrtheit oder das Leben des Kindes** besteht und jede weitere Verzögerung das Risiko bergen könnte, dass diese Gefahr wirklich eintritt.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
15

15

Erwägungsgrund 71

- **Obwohl** die in dieser Verordnung vorgesehene Verpflichtung, dem **Kind Gelegenheit zur Meinungsäußerung** zu geben, **nicht für öffentliche Urkunden und Vereinbarungen gelten** sollte, sollte das **Recht des Kindes auf Meinungsäußerung** nach Artikel 24 der Charta und nach Artikel 12 des in nationale Rechtsvorschriften und Verfahren umgesetzten VN-Kinderrechtsübereinkommens weiter **Anwendung finden**. Der Umstand, dass dem Kind keine Gelegenheit zur Meinungsäußerung gegeben wurde, sollte nicht automatisch einen Grund für die Versagung der Anerkennung und der Vollstreckung von öffentlichen Urkunden und Vereinbarungen in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung darstellen.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
16

16

Art. 21 – Recht des Kindes auf Meinungsäußerung

(1) Bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit nach Abschnitt 2 geben die Gerichte der Mitgliedstaaten im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften und Verfahren dem Kind, das fähig ist, sich seine eigene Meinung zu bilden, eine **echte und wirksame Gelegenheit**, diese Meinung **direkt oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle** zu äußern.

(2) Gibt das Gericht im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften und Verfahren einem Kind Gelegenheit zur Meinungsäußerung gemäß diesem Artikel, so misst es der **Meinung des Kindes entsprechend seinem Alter und seiner Reife gebührendes Gewicht** bei.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
17

17

Art. 26 – Recht des Kindes auf Meinungsäußerung im Rückgabeverfahren

- Artikel 21 dieser Verordnung gilt **auch für Rückgabeverfahren nach dem Haager Übereinkommen von 1980**.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
18

18

Artikel 39 – Gründe für die Versagung der Anerkennung von Entscheidungen in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung

- *(1) Die Anerkennung einer Entscheidung in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung **wird** abgelehnt, [...]*
- (2) Die **Anerkennung** einer Entscheidung in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung **kann abgelehnt** werden, wenn sie **ergangen** ist, **ohne** dass dem **Kind**, das fähig ist, sich seine eigene Meinung zu bilden, **Gelegenheit zur Meinungsäußerung** gemäß Artikel 21 gegeben wurde, **außer** wenn
- a) das Verfahren **nur das Vermögen des Kindes** betraf und sofern es in Anbetracht des Verfahrensgegenstandes nicht erforderlich war, ihm diese Gelegenheit zu geben; oder
- b) es **schwerwiegende Gründe** gab, wobei **insbesondere die Dringlichkeit** des Falls zu berücksichtigen ist.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

19

Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt: BVerfG FamRZ 1981, 124; 1986, 871

- Wegen seiner sich aus **Art. 6 Abs. 2 S. 2 und Art. 2 Abs. 1 GG** ergebenden **Schutzpflichten** hat der Staat für sorgerechtliche Verfahren **auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht normative Regelungen** zu schaffen, die eine **hinreichende Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung des betroffenen Kindes garantieren**
- Von Verfassungs wegen ist also dem Kind selbst eine **Subjektstellung im Verfahren** gewährleistet, zumal es einen **eigenen Anspruch auf rechtliches Gehör** hat (Art. 103 Abs. 1 GG)
- Diese Subjektstellung wird wiederum **im einfachen Recht ausbuchstabiert**

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

20

Das Kind als Rechtssubjekt im „einfachen“ Verfahrensrecht

- Am Übersichtlichsten lassen sich m.E. die sich stellenden verfahrensrechtlichen Fragen im Wege einer **„Reise durch den Instanzenzug“** darstellen. Daher:
- Das Kind
  - vor dem Familienrichter am **AG**
  - vor dem Familiensenat des **OLG**
  - vor dem Familiensenat des **BGH**
  - vor dem **BVerfG**

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
21

21

Das Kind vor dem Familiengericht

- Förmliche Beteiligtenstellung des Kindes
- Verfahrensfähigkeit des Kindes
- Verfahrensbeistand des Kindes
- Kindesanhörung
- Exkurs: Beweiserhebung im Kindschaftsverfahren
- Bekanntmachung der Endentscheidung

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
22

22

Förmliche Beteiligtenstellung des Kindes

- Ausgangspunkt: § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG: „...diejenigen, deren Recht durch das Verfahren unmittelbar betroffen wird,...“ – das ist in aller Regel auch das Kind
- Exkurs: Vorgeburtliche Verfahrenseinleitung?!

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

23

Vorgeburtliche Maßnahmen

- **Vorgeburtliche Sorgerechtseingriffe** sind ausgeschlossen, weil die elterliche Sorge erst mit der Geburt überhaupt entsteht (Völker/Clausius, § 1 Rn. 179 m.w.N.)
- Ob ein solcher Sorgerechtsentzug unter der **aufschiebenden Wirkung** der Geburt des Kindes angeordnet werden kann, ist obergerichtlich umstritten (dafür: OLG Hamm FamRZ 2020, 1355; a.A. OLG Frankfurt FamRZ 2018, 190; Völker/Clausius, § 1 Rn. 179 m.w.N., arg. unzulässige Vorratsentscheidung) und **höchstrichterlich noch nicht geklärt**
  - Dagegen spricht, dass nicht **völlig sicher prognostizieren** lässt, ob das Kind überhaupt lebend zur Welt kommen und wie sich – dies unterstellt – die Gefährdungslage für das Kind im Zeitpunkt seiner Geburt darstellen wird
  - Dafür könnte sprechen, dass der BGH das Gebrauchmachen von aufschiebenden Bedingungen auch im Kindschaftsrecht bereits bei **Umgangsvereinbarungen** zwischen Eltern gebilligt hat (BGH FamRZ 2010, 1060 Rz. 53: unter der aufschiebenden Bedingung der Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts in einem Auswanderungsfall)

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

24

- Soweit ersichtlich ist allerdings unstreitig, dass ein **Kindesschutzverfahren** nach §§ 1666, 1666a BGB **bereits vor der Geburt des Kindes eingeleitet** werden kann; insbesondere kann ein **Erörterungstermin** nach § 157 FamFG durchgeführt werden – und dem Kind in diesem Rahmen schon ein **Verfahrensbeistand** bestellt werden.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

25

Verfahrensfähigkeit des Kindes

- Die **Beteiligtenstellung** gibt dem Kind zwar Anspruch auf Teilhabe am Verfahren (insbesondere auf rechtliches Gehör), aber noch **kein Recht, unmittelbar und selbst** Verfahrenshandlungen vorzunehmen; hierfür muss das **Kind verfahrensfähig** sein.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

26

Praktische Bedeutung

- Ein verfahrensfähiges Kind kann bzw. muss selbst
  - einen **Rechtsanwalt beauftragen** und um V**erfahrenskostenhilfe nachsuchen**
  - **Akteneinsicht** begehren
  - Schriftsätze, Stellungnahmen und **Sachverständigengutachten** zugeleitet erhalten (siehe – zu §§ 1631b BGB, § 167 III FamFG ausdrücklich – BGH FamRZ 2012, 1556); vorbehaltlich § 164 S. 2 FamFG analog
  - zu **Erörterungsterminen** geladen werden
  - einem **Vergleich**, der gerichtlich gebilligt werden soll, zustimmen
  - **mitwirken und wahre Angaben** machen (§ 27 FamFG)

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

27

§ 9 Abs. 1 FamFG

Verfahrensfähig sind

1. [...]
2. *die nach bürgerlichem Recht beschränkt Geschäftsfähigen, soweit sie für den Gegenstand des Verfahrens nach bürgerlichem Recht als geschäftsfähig anerkannt sind [das sind etwa die Fälle der §§ 112, 113 BGB],*
3. die nach bürgerlichem Recht beschränkt Geschäftsfähigen, **soweit sie das 14. Lebensjahr vollendet haben und sie in einem Verfahren, das ihre Person betrifft, ein ihnen nach bürgerlichem Recht zustehendes Recht geltend machen,**
4. diejenigen, die aufgrund dieses [...] Gesetzes dazu bestimmt werden.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

28

Verfahrensfähigkeit jedenfalls, wenn gegenständlich ist

- nach § 9 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. **§ 167 Abs. 3 FamFG ab** einem **Kindesalter von 14 Jahren** im Verfahren auf **geschlossene Unterbringung** oder **freiheitsentziehende Maßnahmen** bzw. deren Genehmigung (vgl. auch BGH FamRZ 2013, 115)
- nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG insbesondere
  - die Widerspruchsrechte nach **§ 1671 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bzw. Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB**
  - die Einwilligung zur Annahme als Kind gemäß **§ 1746 Abs. 1 S. 3 BGB**
  - das Umgangsrecht nach **§ 1684 Abs. 1 BGB**
  - das Widerspruchsrecht bei der Auswahl des Vormunds gemäß **§ 1778 Abs. 1 Nr. 5 BGB**
  - das Antragsrecht im Rahmen des Austauschs eines Vormunds nach **§ 1887 Abs. 2 S. 2 BGB**
  - *(Zu weiteren Normen siehe etwa Köhler ZKJ 2018, 50, 51)*

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

29

Verfahren nach § 1666 BGB?!

- **BGH** FamRZ 2021, 1402: **nein. Zentrale Argumente:**
  - § 1666 BGB **kein bürgerlich-rechtlicher Anspruch**, sondern nur Eingriffsbefugnis des Staates im Rahmen seines Wächteramts
  - **Wortlaut**: Kind muss **aktiv** ein Recht **geltend machen**, das ihm nach **bürgerlichem Recht (selbst)** zusteht
  - **Systematik**: Weil **Ausnahmeregelung**, ist sie **enger auszulegen** als etwa § 59 Abs. 1 FamFG, der auch subjektive Rechte öffentlich-rechtlicher Natur umfasst; außerdem § 60 FamFG, der dem 14 Jahre alten Kind ein umfassendes Beschwerderecht gewährt; **andernfalls würde die Ausnahme zur Regel**
  - **Sinn und Zweck**: (Nur) Verfahrensrechtliches Korrelat zwecks Herstellung der **notwendigen Akzessorietät zwischen materiellem und Verfahrensrecht**
  - **Subjektstellung des Kindes** und dessen wirksame Vertretung im Verfahren wird ausreichend **durch das Institut der Verfahrensbeistandschaft gewährleistet**

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

30

Umgangsrechte aus § 1685 Abs. 1 und 2 oder aus § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB

- Die vom BGH gegebene Begründung lässt sich insbesondere auf die Umgangsrechte nach **§ 1685 Abs. 1 und 2 sowie § 1686a Abs. 1 Nr. 1 BGB** übertragen; denn das **Kind** hat auch hier – anders als beim Umgangsrecht aus § 1684 Abs. 1 BGB – gerade **keinen** (**eigenen**) materiell-rechtlichen **Anspruch** auf Umgang. Auch § 1626 Abs. 3 S. 2 BGB rechtfertigt – da lediglich Vermutung, aber keine Anspruchsnorm – keine andere Sicht.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
31

31

Verfahrensbeistand

- Institut, das der verfassungsrechtlich gebotenen **Subjektstellung** des Kindes Rechnung trägt und eine verlässliche Vertretung seiner – auch subjektiven – Interessen gewährleistet.
- **Neuregelung der §§ 158 ff. FamFG**
- Insbesondere aktuelles Sonderproblem: **Abberufung** des Verfahrensbeistandes

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
32

32

§ 158 Abs. 1 FamFG n.F.

- (1) Das Gericht hat dem minderjährigen Kind in Kindschaftssachen, die seine Person betreffen, einen **fachlich und persönlich geeigneten Verfahrensbeistand** zu bestellen, soweit dies zur Wahrnehmung der Interessen des Kindes erforderlich ist. Der Verfahrensbeistand ist **so früh wie möglich** zu bestellen.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
33

33

§ 158 Abs. 2 FamFG n.F.

- (2) Die Bestellung ist **stets erforderlich**, wenn eine der folgenden Entscheidungen in Betracht kommt:
  - 1. die **teilweise oder vollständige Entziehung der Personensorge nach den §§ 1666 und 1666a** des Bürgerlichen Gesetzbuchs,
  - 2. der **Ausschluss des Umgangsrechts nach § 1684** des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder
  - 3. eine **Verbleibensanordnung nach § 1632 Abs. 4 oder § 1682** des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
34

34

§ 158 Abs. 3 FamFG n.F.

- (3) Die Bestellung ist **in der Regel erforderlich**, wenn
  - 1. das **Interesse** des Kindes zu dem seiner gesetzlichen Vertreter in **erheblichem Gegensatz** steht,
  - 2. eine **Trennung** des Kindes von der Person erfolgen soll, in deren **Obhut** es sich befindet,
  - 3. Verfahren die **Herausgabe des Kindes** zum Gegenstand haben oder
  - 4. eine **wesentliche Beschränkung des Umgangsrechts** in Betracht kommt.

  Sieht das Gericht in den genannten Fällen von der Bestellung eines Verfahrensbeistands ab, ist dies **in der Endentscheidung zu begründen**.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

35

§ 158 Abs. 4 und 5 FamFG n.F.

- (4) Die **Bestellung endet** mit der Aufhebung der Bestellung, mit Rechtskraft der das Verfahren abschließenden Entscheidung oder mit dem sonstigen Abschluss des Verfahrens. Das **Gericht hebt die Bestellung auf**, wenn
  - 1. der **Verfahrensbeistand dies beantragt** und einer Entlassung **keine erheblichen Gründe entgegenstehen** oder
  - 2. die Fortführung des Amtes die **Interessen des Kindes gefährden** würde.
- (5) Die Bestellung eines Verfahrensbeistands oder deren Aufhebung sowie die Ablehnung einer derartigen Maßnahme sind **nicht selbständig anfechtbar**.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

36

Fehlerhaft unterlassene Verfahrensbeistandsbestellung

- Hier liegt grundsätzlich ein **schwerer Verfahrensfehler** vor, der die Aufhebung und Zurückverweisung rechtfertigen kann
- **Streitig** ist allerdings, **ob** hierfür ein **Antrag** nach § 69 Abs. 1 S. 3 FamFG **erforderlich** ist (so etwa OLG Saarbrücken FamRZ 2022, 471) oder nicht (dann unter Anwendung von § 69 Abs. 1 S. 2 FamFG; so etwa OLG Frankfurt FamRZ 2021, 1817 mit dem Argument, dass dem Verfahrensbeistand gegenüber, der hätte bestellt werden müssen, dann noch keine Entscheidung in der Sache ergangen sei); siehe zum Streitstand m.w.N. etwa Menne FamRB 2022, 59.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
37

37

Exkurs: § 69 Abs. 1 S. 2 FamFG bei Anwendung eines falschen Sachrechts

- Im Rechtssinne „**in der Sache noch nicht entschieden**" ist auch, wenn das Erstgericht sich infolge der zwar zur Begründetheit des Antrags gehörenden, jedoch aus seiner Sicht **vorrangigen** Frage des **anwendbaren Rechts** an einer Befassung mit der Sache auf dem Boden des zutreffender Weise heranzuziehenden Sachrechts gehindert gesehen hat (OLG Saarbrücken ZEV 2020, 624 m.w.N.; ebenso OLG Saarbrücken 6 UF 168/20 vom 26.1.2021, n.v.).

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
38

38

Abberufung des Verfahrensbeistandes

- Ein Verfahrensbeistand kann also durch das Gericht von seinen Aufgaben insbesondere dann **entbunden** werden, wenn er zur Ausübung der Verfahrensbeistandschaft **nicht (oder nicht mehr) geeignet** ist.
- Siehe dazu – zum alten Recht einen umfassenden Überblick über diese Problematik gebend – *Menne*, Wie bekomme ich den Verfahrensbeistand wieder los?, FF 2020, 276; Splitt, Die Aufhebung der Bestellung zum Verfahrensbeistand, FamRB 2020, 331; *Völker/Clausius, § 5 Rn. 41*; **zur neuen Rechtslage** siehe etwa Vogel, FamRB 2022, 200; ders., FF 2022, 143

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

39

Grundsätze

- Von dieser – eng begrenzten – **Abberufungskompetenz** kann das Gericht selbstredend auf nachvollziehbaren **Antrag des Verfahrensbeistandes** Gebrauch machen, etwa wenn dieser aufgrund einer Erkrankung, Schwangerschaft, Umzug an einen weit entfernten Ort oder Erreichens der Rentenaltersgrenze seine Tätigkeit niederlegen möchte.
- Gleiches mag auch heute noch kann im Einzelfall in Zeiten einer **Pandemie** gelten, wenn der Verfahrensbeistand geltend macht, er gehöre einer Risikogruppe an, jedenfalls, wenn er sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen kann.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

40

Fortsetzung

- Zu berücksichtigen ist dabei jedoch, dass die Auswechslung eines Verfahrensbeistandes dem **Beschleunigungsgebot** des § 155 Abs. 1 FamFG zuwiderliefe, da sich ein neuer Verfahrensbeistand erst einarbeiten müsste. Aus letzterem Grund – und weil ansonsten für den neuen Verfahrensbeistand ebenfalls eine Vergütung entstünde – sollte das Gericht gründlich prüfen, ob dem Wunsch nicht erst nach Erlass der instanzbeendenden Entscheidung entsprochen werden sollte.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

41

Gewichtiges Fehlverhalten

- Ansonsten kommt seine Entlassung nur dann infrage, wenn er durch **gewichtiges Fehlverhalten** auffällt oder evident eine sachgerechte Wahrnehmung der Kindesinteressen unterlässt.
- Dabei ist aber besonders zu berücksichtigen, dass der Verfahrensbeistand lediglich dem Interesse des Kindes verpflichtet ist, das er einseitig, **unabhängig und engagiert** zu vertreten sowie im Verfahren zur Geltung zu bringen hat. Anders als beispielsweise ein Sachverständiger ist er nicht zur Neutralität verpflichtet. Er ist zudem nicht weisungsgebunden und unterliegt nicht der Aufsicht des Gerichts (siehe auch – zum neuen Recht – KG FamRZ 2022, 212)

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

42

Fortsetzung

- Dass sich aus diesem Status bisweilen Konflikte mit anderen Verfahrensbeteiligten ergeben können, liegt in der Natur der Sache und kann deshalb auch nicht als Beleg für eine vermeintlich nicht ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung herangezogen werden. Vielmehr ist zu beachten, dass ein Verfahrensbeistand, der im Falle eines Konfliktes mit anderen Verfahrensbeteiligten mit seiner Entlassung rechnen müsste, an der ordnungsgemäßen und unabhängigen Ausübung seines Amtes gehindert sein könnte. Er kann nach alledem grundsätzlich **nicht wegen der bloßen Art und Weise**, in der er seine Tätigkeit ausübt, entlassen werden.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

43

Einzelfälle – nein

- So kann eine Entlassungsbitte eines anderen Beteiligten z.B. **nicht** darauf gestützt werden, dass der Verfahrensbeistand bei seiner Tätigkeit (angeblich) die fachlichen Standards des Berufsverbands, dem er angehört, nicht beachtet habe oder es unterlassen haben soll, zur Erstellung des schriftlichen Berichts für das Familiengericht auch einen Hausbesuch bei einem Elternteil zu machen, in dessen Haushalt das Kind nicht lebt.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

44

Einzelfälle – ja

- Hingegen kommt eine Entlassung in Betracht, wenn der Verfahrensbeistand einen **Elternteil angezeigt hat** und hierdurch unüberbrückbare Differenzen entstanden sind, so dass der – mit erweitertem Aufgabenkreis bestellte – Verfahrensbeistand seine Aufgabe, Gespräche mit den Eltern zu führen, nicht mehr erfüllen kann. Gleiches kann im Einzelfall gelten, wenn es ihm nicht gelingt, ein **Vertrauensverhältnis** zum – bereits älteren – Kind aufzubauen; hier ist allerdings besonders sorgfältig zu prüfen, ob dies nicht auf einer massiven Beeinflussung durch einen Elternteil beruht. Auch eine erst nachträglich festgestellte **Vorbefasstheit** des Verfahrensbeistandes in anderer Rolle kann ein Entpflichtungsgrund sein.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

45

Fortsetzung

- Ebenso, wenn der Verfahrensbeistand offenkundig die Kindesinteressen missachtet und lediglich **massiv die Interessen eines Elternteils verfolgt**. Eine Entlassung ist ferner denkbar, wenn der Verfahrensbeistand offensichtlich seiner **Verpflichtung zur Mitwirkung im Verfahren** nicht nachkommt, etwa völlig untätig oder Anhörungsterminen wiederholt unentschuldigt fernbleibt oder sich entgegen dem Wunsch des Kindes weigert, an dessen Anhörung teilzunehmen – alles sicherlich sehr seltene Fälle.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

46

Rechtliches Gehör

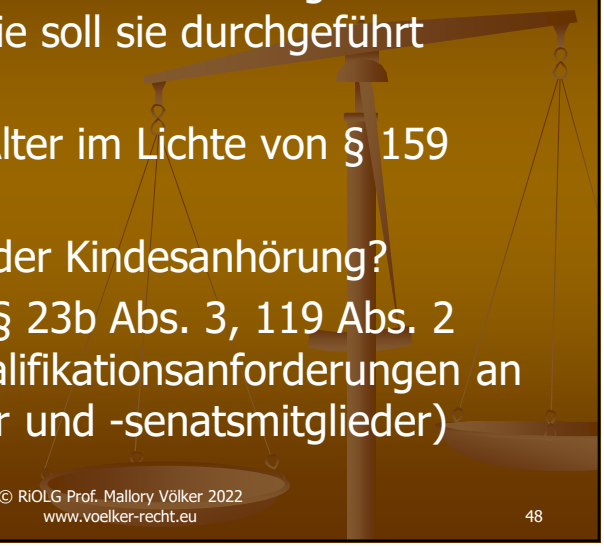
- Stets muss allen Beteiligten vor der Entlassung des Verfahrensbeistandes **rechtliches Gehör** gewährt werden.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
47

47

Kindesanhörung

- Wer ist bei der Kindesanhörung anwesend? Wie soll sie durchgeführt werden?
- Ab welchem Alter im Lichte von § 159 FamFG n.F.?
- Absehen von der Kindesanhörung?
- Hinweis auf §§ 23b Abs. 3, 119 Abs. 2 GVG n.F. (Qualifikationsanforderungen an Familienrichter und -senatsmitglieder)



© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
48

48

Anwesenheit

- Wer **anwesend** ist, steht im **Ermessen des Richters**
  - Hat das Kind keinen Verfahrensbeistand, so ist der **Richter** mit dem Kind **allein**.
  - Hat das Kind einen **Verfahrensbeistand**, so **soll** dieser **teilnehmen** (§ 159 Abs. 4 S. 3 FamFG). Dies geschieht nahezu ausnahmslos und ist sehr sinnvoll.
  - **Kein Anspruch der Eltern auf Teilnahme** oder Videoübertragung! (BVerfG FamRZ 2019, 1437)
- **Gestaltung** der Anhörung steht ebenfalls im richterlichen Ermessen. Weiterführend und aktuell hierzu etwa Bublath/Kannegießer/Salzgeber, NZFam 2021, 477

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

49

§ 159 FamFG n.F.

- (1) Das Gericht **hat das Kind** persönlich anzuhören und sich einen persönlichen Eindruck von dem Kind zu verschaffen.
- (2) Von der persönlichen Anhörung und der Verschaffung eines persönlichen Eindrucks nach Absatz 1 kann das Gericht **nur absehen**, wenn
- 1. ein **schwerwiegender Grund** dafür vorliegt,
- 2. das **Kind offensichtlich nicht in der Lage** ist, seine Neigungen und seinen Willen kundzutun,
- 3. die **Neigungen, Bindungen und der Wille** des Kindes für die Entscheidung **nicht von Bedeutung** sind und eine persönliche Anhörung auch nicht aus anderen Gründen angezeigt ist oder
- 4. das **Verfahren ausschließlich** das **Vermögen des Kindes** betrifft und eine persönliche Anhörung nach der Art der Angelegenheit nicht angezeigt ist.
- **Satz 1 Nummer 3** ist **in Verfahren nach den §§ 1666 und 1666a** des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die die Person des Kindes betreffen, **nicht anzuwenden**. Das Gericht hat sich in diesen Verfahren einen **persönlichen Eindruck von dem Kind auch dann** zu verschaffen, wenn das Kind **offensichtlich nicht in der Lage ist, seine Neigungen und seinen Willen kundzutun**.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

50

Bestandsaufnahme und Ausblick zur n.F.

- Grundsätzlich ist die Kindesanhörung und die Verschaffung eines persönlichen Eindrucks vom Kind gemäß § 159 Abs. 1 FamFG jetzt – dem Wortlaut nach – **altersunabhängig** vorgeschrieben, und zwar **auch im einstweiligen Anordnungsverfahren** (dazu OLG Saarbrücken FamRZ 2022, 963)
- **Nicht jeder Verstoß gegen § 159 FamFG** ist auch **automatisch ein Verfassungsverstoß** (BVerfG FamRZ 2022, 694 – telefonische Kindesanhörung; BVerfG 1 BvR 580/22 v. 13.7.22 – Absehen von der Kindesanhörung im Beschwerdeverfahren nach § 68 Abs. 5 Nr. 1 FamFG im Verfahren nach § 1696 Abs. 2 BGB) – *honni soit qui mal y pense...*
- Pflicht zur Kindesanhörung besteht **auch im vereinfachten schriftlichen Verfahren nach § 155a FamFG**, nachdem diese Vorschrift insoweit keine Ausnahme macht (siehe jüngst wieder OLG Brandenburg 13 UF 150/21 v. 13.1.22, juris).

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

51

Vermerk über die Kindesanhörung

- Der **wesentliche Inhalt der Anhörung** muss in der **Sitzungsniederschrift oder** in einem gesonderten **Aktenvermerk** (§ 28 Abs. 4 FamFG) wiedergegeben werden. Fehlt es hieran, so genügt auch die Wiedergabe des Anhörungsergebnisses im **tatbestandlichen Teil des Beschlusses**, wenn es dort **vollständig, im Zusammenhang und frei von Wertungen** des Gerichts dargestellt wird. Nur auf diese Weise wird dem Rechtsmittelgericht ermöglicht nachzuprüfen, ob die Feststellungen ohne Rechtsfehler zustande gekommen sind, insbesondere der Inhalt der Anhörung vollständig und ohne Widersprüche gewürdigt worden ist (BGH FamRZ 2008, 251; 2001, 907; OLG Saarbrücken 6 UF 20/12 v. 31.5.12, juris).

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

52

Absehen von der Kindesanhörung – § 159 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FamFG n.F.: Schwerwiegender Grund? Dazu BGH FamRZ 2019, 115

- **„schwerwiegender Grund“:** Das ist regelmäßig der Fall, wenn die Anhörung des Kindes zu einer **erheblichen** Beeinträchtigung seiner körperlichen oder seelischen Gesundheit führen würde.
- Hier ist ein **sehr strenger Maßstab** anzulegen!
- Um die Frage beantworten zu können, ob die persönliche Anhörung des Kindes unterbleiben kann, muss vom Richter eine **Interessenabwägung** vorgenommen werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, inwieweit es möglich ist, durch die **Auskunft anderer Verfahrensbeteiligter**, wie etwa des Verfahrensbeistands, des Umgangs- bzw. Ergänzungspflegers oder eines Mitarbeiters des Jugendamts, zu erfahren, welche Lösung dem Kindeswohl entspricht.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

53

BGH FamRZ 2021, 303
BGH FamRZ 2021, 138

- Auch in Zeiten der **Corona-Pandemie** kann in einem **Betreuungsverfahren** **nur unter den engen Voraussetzungen** des § 278 IV iVm § 34 II FamFG und damit **lediglich ausnahmsweise** von der gemäß § 278 I 1 FamFG erforderlichen **persönlichen Anhörung des Betroffenen abgesehen** werden. Aus dem den anhörenden Richtern und sonstigen an der Anhörung zu beteiligenden Personen zu gewährenden **Gesundheitsschutz** folgen ebenfalls **keine weitergehenden Möglichkeiten, von der persönlichen Anhörung abzusehen**.
- *Nichts anderes dürfte damit grundsätzlich in Kindschaftssachen gelten!*

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

54

Absehen von der Kindesanhörung – § 159 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 FamFG

- Abgesehen werden kann weiterhin – in anderen als Kindesschutzverfahren – von der Anhörung von **Säuglingen**, **Kleinstkindern** und ggf. auch Kindern mit solchen erheblichen **Behinderungen oder Erkrankungen**, die dazu führen, dass sie ihre Neigungen und Bindungen offensichtlich nicht kundtun können.
- In **Kindesschutzverfahren** nach § 1666 BGB (und **m.E. auch** in den **entsprechenden Änderungsverfahren** nach § 1696 Abs. 2 BGB) muss sich das Gericht wegen § 159 Abs. 2 S. 2 und S. 3 FamFG **mindestens** einen **persönlichen Eindruck** vom Kind verschaffen, egal ob das Kind seine Neigungen und seinen Willen kundzutun in der Lage ist und ob es auf die Neigungen, Bindungen und den Willen des Kindes ankommt.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
55

55

Begründung des Absehens!

- Nach § 159 Abs. 3 S. 1 FamFG muss das **Absehen** von der Kindesanhörung in der Endentscheidung **(tragfähig) begründet** werden.
- Ansonsten liegt grundsätzlich ein schwerer Verfahrensfehler vor, der die Aufhebung und Zurückverweisung rechtfertigen kann (§ 69 Abs. 1 S. 3 FamFG; dazu etwa OLG Saarbrücken FamRZ 2022, 963; OLG Frankfurt 1 UF 240/21 v. 12.7.22)

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
56

56

Ersuchter Richter

- Im besonderen Ausnahmefall sogar Anhörung durch einen **ersuchten Richter** eines weit entfernten Amtsgerichts (BVerfG FamRZ 2020, 1579) denkbar, aber sehr restriktiv zu verstehen!

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
57

57

Qualifikationsanforderungen an den Familienrichter und -senatsmitglieder (§§ 23b Abs. 3, 119 Abs. 2 GVG n.F.)

- **§ 23b Abs. 3 S. 3-5 GVG n.F.:** Richter in Familiensachen sollen über **belegbare Kenntnisse** auf den Gebieten des Familienrechts, **insbesondere** des **Kindschaftsrechts**, des **Familienverfahrensrechts** und der für das Verfahren in Familiensachen notwendigen Teile des **Kinder-und Jugendhilferechts** sowie über **belegbare Grundkenntnisse der Psychologie**, **insbesondere** der **Entwicklungspsychologie** des Kindes, und der **Kommunikation mit Kindern** verfügen. Einem Richter, dessen Kenntnisse auf diesen Gebieten nicht belegt sind, dürfen die Aufgaben eines Familienrichters nur zugewiesen werden, wenn der Erwerb der Kenntnisse alsbald zu erwarten ist. Von den Anforderungen nach den Sätzen 3 und 4 kann bei Richtern, die nur im Rahmen eines Bereitschaftsdiensts mit der Wahrnehmung familiengerichtlicher Aufgaben befasst sind, abgewichen werden, wenn andernfalls ein ordnungsgemäßer und den betroffenen Richtern zumutbarer Betrieb des Bereitschaftsdiensts nicht gewährleistet wäre.
- **Verweisung** hierauf in **§ 119 Abs. 2 GVG n.F.** für die **Familiensenate**.
- Hierzu Lies-Benachib, FF 2021, 430.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
58

58

Exkurs: Beweiserhebung im Kindschaftsverfahren

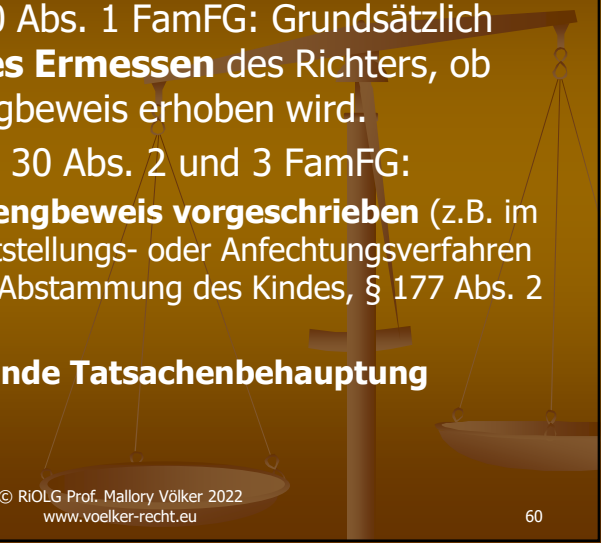
- Allgemein
- **Kind** als **Zeuge**?
- Spezifische Instrumente

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
59

59

Allgemein: Förmliche Beweisaufnahme vs. Freibeweis

- §§ 29 Abs. 1, 30 Abs. 1 FamFG: Grundsätzlich **pflichtgemäßes Ermessen** des Richters, ob Frei- oder Strengbeweis erhoben wird.
- **Ausnahmen**: § 30 Abs. 2 und 3 FamFG:
  - **im Gesetz Strengbeweis vorgeschrieben** (z.B. im Vaterschaftsfeststellungs- oder Anfechtungsverfahren hinsichtlich der Abstammung des Kindes, § 177 Abs. 2 S. 1 FamFG)
  - **fallentscheidende Tatsachenbehauptung**



© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
60

60

Ausschluss der Vernehmung des Kindes als Zeuge in Kindschaftssachen

- Eine **Sonderregelung in Kindschaftssachen** findet sich in **§ 163a FamFG**: « Eine Vernehmung des Kindes als Zeuge oder als Beteiligter findet nicht statt. »
- ***Umkehrschluss**: In anderen Verfahren (z.B. Scheidung, Wohnungszuweisung, Gewaltschutz) kommt eine Zeugenstellung des Kindes in Betracht…*

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
61

61

Bekanntmachung der Endentscheidung

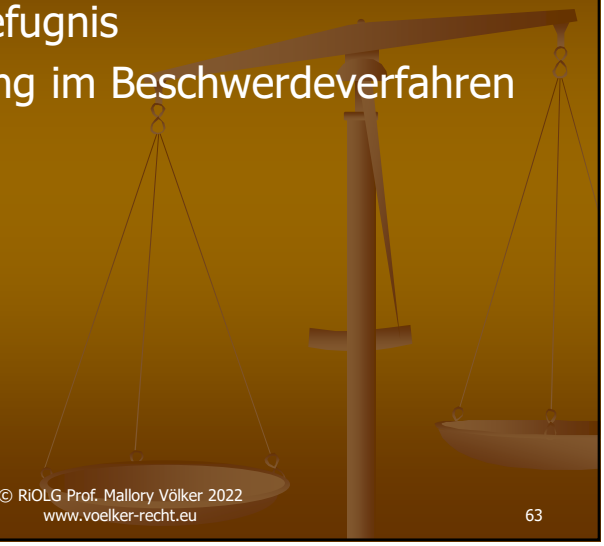
- **Unabhängig von seiner Verfahrensfähigkeit** muss dem mindestens 14 Jahre alten Kind aber **stets** auch selbst die **Endentscheidung bekannt gemacht** werden (§ 164 FamFG)

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
62

62

Das Kind vor dem OLG

- Beschwerdebefugnis
- Kindesanhörung im Beschwerdeverfahren

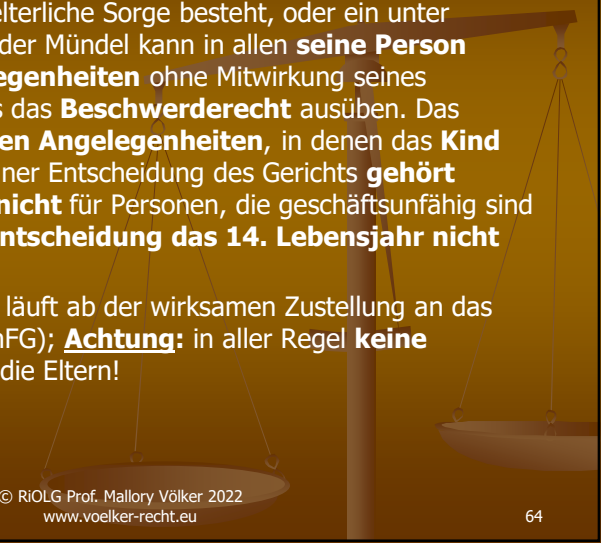


© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

63

Beschwerdebefugnis (§ 60 FamFG)

- Ein **Kind**, für das die elterliche Sorge besteht, oder ein unter Vormundschaft stehender Mündel kann in allen **seine Person betreffenden Angelegenheiten** ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters das **Beschwerderecht** ausüben. Das Gleiche gilt in **sonstigen Angelegenheiten**, in denen das **Kind** oder der Mündel vor einer Entscheidung des Gerichts **gehört** werden soll. Dies **gilt nicht** für Personen, die geschäftsunfähig sind oder **bei Erlass der Entscheidung das 14. Lebensjahr nicht vollendet** haben.
- Die **Beschwerdefrist** läuft ab der wirksamen Zustellung an das Kind selbst (§ 164 FamFG); **Achtung:** in aller Regel **keine Ersatzzustellung** an die Eltern!



© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

64

Kindesanhörung im Beschwerdeverfahren

- Neuerungen seit 1. Juli 2021

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
65

65

§ 68 Abs. 4 FamFG n.F.

- (4) [S. 1...] S. 2 und 3: Zudem kann das Beschwerdegericht die **persönliche Anhörung des Kindes** durch **Beschluss** einem seiner Mitglieder als **beauftragtem Richter** übertragen, wenn es dies **aus Gründen des Kindeswohls** für **sachgerecht** hält **oder das Kind offensichtlich nicht in der Lage ist, seine Neigungen und seinen Willen kundzutun**. **Gleiches gilt** für die Verschaffung eines **persönlichen Eindrucks** von dem Kind.
- Schon nach alter Rechtslage Berichterstatteranhörung **verfassungsrechtlich unbedenklich** (BVerfG FamRZ 2015, 1093)

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
66

66

Absehen von Anhörungen im Beschwerdeverfahren

- Die Voraussetzungen von **§ 68 Abs. 3 S. 2 FamFG** sind insbesondere dann erfüllt, wenn die erstinstanzliche Anhörung des Kindes nur kurze Zeit zurückliegt, sich nach dem Akteninhalt keine neuen entscheidungserheblichen Tatsachen oder rechtlichen Gesichtspunkte ergeben, das Beschwerdegericht das in den Akten dokumentierte Ergebnis der erstinstanzlichen Anhörung nicht abweichend werten will und es auf den persönlichen Eindruck des Gerichts vom Kind nicht ankommt (BVerfG FamRZ 2020, 1579).

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

67

§ 68 Abs. 4 S. 1, Abs. 5 FamFG n.F.

- (4) (S. 1) Das Beschwerdegericht kann die Beschwerde durch Beschluss einem seiner Mitglieder zur Entscheidung als **Einzelrichter** übertragen; § 526 der Zivilprozessordnung gilt mit der Maßgabe entsprechend, dass eine Übertragung auf einen Richter auf Probe ausgeschlossen ist. [...]
- (5) Absatz 3 Satz 2 und Absatz 4 Satz 1 **finden keine Anwendung**, wenn die Beschwerde ein **Hauptsache**verfahren betrifft, in dem eine der folgenden Entscheidungen in Betracht kommt:
- 1. die **teilweise oder vollständige Entziehung der Personensorge** nach den **§§ 1666 und 1666a** des Bürgerlichen Gesetzbuchs,
- 2. der **Ausschluss des Umgangsrechts** nach § 1684 des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder
- 3. eine **Verbleibensanordnung** nach § 1632 Abs. 4 oder § 1682 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

68

Fortsetzung

- Diese Neuerungen **korrespondieren** mit den bereits zuvor in § 158 Abs. 2 Nr. 2 bzw. Nr. 5 FamFG enthaltenen Regelbeispielen – und jetzt in § 158 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 FamFG n.F. geregelten Muss-Vorschriften – für die Bestellung eines **Verfahrensbeistands** und wollen der **besonderen Grundrechtsrelevanz** und *Tragweite von Entscheidungen* in derartigen Sachverhaltskonstellationen gerecht werden.
- Eine mündliche Erörterung soll in den genannten Verfahren daher nur noch unterbleiben können, wenn die **Beschwerde als unzulässig verworfen** wird (§ 68 Abs. 2 FamFG) oder der Beschwerdesenat die angefochtene Entscheidung **aufhebt und** die Sache an das Familiengericht **zurückverweist** (§ 69 Abs. 1 S. 2 bzw. 3 FamFG) oder im **einstweiligen Anordnungsverfahren** (siehe dazu etwa Ernst, FamRZ 2021, 993, 999)
- Gleiches gilt im **HKÜ-Verfahren** (OLG Saarbrücken 6 UF 105/21 v. 9.8.2021).

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

69

Kritik

- Diese Neuregelung ist indessen m.E. deutlich zu **kritisieren**. Denn auch Beschwerden gegen Beschlüsse, in denen erstinstanzlich Maßnahmen der genannten Art angeordnet worden sind, können – unbeschadet der mit diesen Maßnahmen verbundenen erheblichen Grundrechtseingriffe – offensichtlich aussichtslos sein. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber in den genannten Verfahren zugleich die Übertragung der Beschwerde auf den Einzelrichter ausgeschlossen hat. Diese – zu begrüßende – Neuerung wirkt bereits ausreichend qualitätssichernd.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

70

Fortsetzung

- Der Zwang zu einer mündlichen Erörterung führt dann lediglich zu einer weiteren **Verfahrensverzögerung** – oft zu Lasten des Kindes, dessen Situation weiter in der Schwebe bleibt – und bindet unnötig personelle und damit auch finanzielle **Ressourcen**, zumal der Umstand, dass zwingend mündlich zu erörtern ist, Rechtsmittel anwaltlich vertretener Beteiligter – auch vor **verfahrenskostenhilfe-** und gebührenrechtlichem Hintergrund – geradezu provozieren könnte.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

71

VKH nur wegen Anhörungspflicht?

- Trotz der bekannten Anforderungen, die der Anspruch auf **Rechtsschutzgleichheit** aus Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG vorgibt, welcher zugleich einer **Beweisantizipation enge Grenzen** setzt, ist es m.E. in klaren Fällen, die nach alter Rechtslage zweifelsfrei „vom grünen Tisch" aus entschieden worden wären, auch verfassungsrechtlich unbedenklich, VKH dann zu verweigern, wenn sich die **Anhörungen** nach Aktenlage **gleichsam** als „**Förmelei**" darstellen und eine **Erfolgsaussicht** auch **nicht ansatzweise** vorausgesagt werden kann.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

72

Das Kind vor dem BGH

- Auch der **Verfahrensbeistand** muss sich bei der Einlegung einer im Interesse des Kindes erhobenen Rechtsbeschwerde **durch einen beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt** vertreten lassen (§ 10 Abs. 4 S. 1 FamFG; BGH FamRZ 2019, 1077; ZKJ 2019, 265; eingehend zur Problematik Dürbeck ZKJ 2019, 262)
- Gleiches gilt für das ausnahmsweise **verfahrensfähige Kind**
- **Stets ausgenommen Befangenheits- und VKH-Verfahren**

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

73

Das Kind vor dem BVerfG

- Exkurs: Zur Verfassungsbeschwerde in Kindschaftssachen siehe – mit Diktatbausteinen – Völker/Clausius, § 15
- Prozessfähigkeit des Kindes
- Verfassungsbeschwerdebefugnis
  - des Jugendamts
  - des Verfahrensbeistandes

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

74

Prozessfähigkeit des Kindes im Verfassungsbeschwerdeverfahren

- Kind **unter 14 Jahren stets nein** (BVerfG FamRZ 2021, 104)
- Kind **ab 14 Jahren**
  - **im Unterbringungsverfahren ja** (arg. § 167 Abs. 3 FamFG), BVerfG FamRZ 2021, 1725;
  - Ansonsten m.E. **ja, sofern** die oben dargestellten Voraussetzungen von **§ 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG** vorliegen und soweit der Minderjährige keinen effektiven Grundrechtsschutz durch seine(n) gesetzlichen Vertreter erlangen kann (vgl. BVerfG FamRZ 2021, 104 m.w.N.)

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

75

Keine Verfassungsbeschwerdebefugnis des Jugendamts, aber des Verfahrensbeistandes

- Das **Jugendamt** kann vermittels **Verfassungsbeschwerde Rechte des Kindes weder im Wege der Prozessstandschaft** geltend machen (BVerfG FamRZ 2021, 512*; dort hatte das Familiengericht von Maßnahmen nach §§ 1666, 1666a BGB abgesehen*);
  - denn es besteht die Möglichkeit der Anregung der Bestellung eines **Ergänzungspflegers** für das Verfassungsbeschwerdeverfahren beim Familiengericht;
  - außerdem kann der **Verfahrensbeistand** des Kindes für dieses Verfassungsbeschwerde einlegen (siehe dazu BVerfG FamRZ 2018, 1092; 2017, 524) –
- **noch kann das Jugendamt sich auf eigene Rechte aus Art. 6 II GG** berufen – denn aus dem **Wächteramt** des Staates kann **kein subjektives Recht des Jugendamts** hergeleitet werden.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

76

Die unterbliebene oder mangelhafte Kindesanhörung als Anerkennungshindernis nach der Brüssel IIb-Verordnung

- Exkurs: Zum selben Anerkennungshindernis nach der Brüssel IIa-VO siehe Völker/Steinfatt, FPR 2005, 415 (strenge Anwendung); Schlauß FPR 2006, 228 (mildere Sicht)
- REMINDER: Art. 39 Brüssel IIb-VO
- Bedeutung der Reform

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
77

77

Artikel 39 – Gründe für die Versagung der Anerkennung von Entscheidungen in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung

- *(1) Die Anerkennung einer Entscheidung in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung **wird** abgelehnt, [...]*
- (2) Die **Anerkennung** einer Entscheidung in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung **kann abgelehnt** werden, wenn sie **ergangen** ist, **ohne** dass dem **Kind**, das fähig ist, sich seine eigene Meinung zu bilden, **Gelegenheit zur Meinungsäußerung** gemäß Artikel 21 gegeben wurde, **außer** wenn
- a) das Verfahren **nur das Vermögen des Kindes** betraf und sofern es in Anbetracht des Verfahrensgegenstandes nicht erforderlich war, ihm diese Gelegenheit zu geben; oder
- b) es **schwerwiegende Gründe** gab, wobei **insbesondere die Dringlichkeit** des Falls zu berücksichtigen ist.

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu
78

78

Bedeutung der Reform

- Jetzt nicht mehr Muss-, sondern Kann-Versagung der Anerkennung
- Maßgeblich nicht mehr die Anhörungsstandards des ersuchten Staats, sondern diejenigen des Ursprungsstaats, aus dem der Titel stammt

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

79

Schlusswort

VIELEN DANK !

© RiOLG Prof. Mallory Völker 2022
www.voelker-recht.eu

80