

Der minderjährige Zeuge im Zivilprozeß

Von

Andreas Findeisen



Duncker & Humblot · Berlin

Di 93/47

31/PG 465 F494

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Findeisen, Andreas:

Der minderjährige Zeuge im Zivilprozess / von Andreas

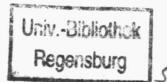
Findeisen. – Berlin : Duncker und Humblot, 1992

(Schriften zum Prozessrecht ; Bd. 111)

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 1991

ISBN 3-428-07545-5

NE: GT



5 878 443

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0582-0219

ISBN 3-428-07545-5

Vorwort

Der minderjährige Zeuge hat Rechtsprechung und Literatur bisher vorwiegend im Zusammenhang mit Strafverfahren beschäftigt. Dabei beschränkte sich der Blick für die Besonderheiten auf die Ausübung von Zeugnisverweigerungsrechten. Eine gesetzliche Regelung findet sich bezeichnenderweise nur in § 52 II StPO.

Der Minderjährigenschutz ist eine allgemein anerkannte Notwendigkeit. Der Schutz des Zeugen, der nicht nur Beweismittel, sondern auch Person mit eigenen Grundrechten ist, wird dagegen erst in jüngerer Zeit diskutiert und vom Gesetzgeber umgesetzt.

Die zweifache Schutzbedürftigkeit kindlicher und jugendlicher Zeugen wird nicht nur bei Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechtes relevant. Sie beeinflußt schon Entstehen und Inhalt der Zeugenpflichten und setzt sich in der Notwendigkeit eines vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens fort.

Die vorliegende Arbeit soll darlegen, inwieweit die Anforderungen des Minderjährigenschutzes die Rechte und Pflichten, die für erwachsene Zeugen konzipiert wurden, modifizieren. Dabei wird zunächst die Zeugeneignung und die gegenläufigen Beweisinteressen der Parteien behandelt; im zweiten Abschnitt wird die Stellung des Minderjährigen im Verfahren untersucht. Abschließend ist auf das vormundschaftsgerichtliche Verfahren einzugehen, das bei Beteiligung eines Sorgeberechtigten am Zivilverfahren durchzuführen ist.

Für die Anregung zu dem Gegenstand der Untersuchung bedanke ich mich bei Herrn Prof.Dr.E. Schumann, Universität Regensburg, der mich im Rahmen des Doktorandenseminars mit wertvollen Hinweisen unterstützte.

Regensburg, Mai 1992

Andreas Findeisen

Inhalt

Erster Abschnitt

Der Zeugenbeweisanspruch bei einem minderjährigen Zeugen

§ 1 Der Minderjährige	19
§ 2 Die Zeugnisfähigkeit	21
A. Gegenstand des Zeugenbeweises	21
B. Die gesetzliche Regelung der Zeugnisfähigkeit	22
§ 3 Die Beweisantrittung beim Zeugenbeweis	25
A. Der Beweisantrag	25
B. Die Ablehnung eines Beweisantrages wegen der Ungeeignetheit eines Zeugen	26
I. Gesetzliche Regelung in der Straf- und der Zivilprozeßordnung	26
1. Ablehnung von Beweisanträgen im Strafprozeßrecht	26
2. Keine Regelung in der Zivilprozeßordnung	27
II. Das "Recht auf Beweis" und der Standpunkt der Rechtsprechung	28
1. Beweisantrag und rechtliches Gehör	28
2. Entsprechende Anwendung des § 244 III StPO	30
III. Die Minderjährigkeit als Grund fehlender Eignung.....	31
1. Zeugeneignung und Beweismündigkeit	31
2. Der Einfluß natürlicher Grenzen der Wahrnehmungs- und Aussagefähigkeit	32
a) Bestimmung der Zeugeneignung im Schrifttum	32
b) Auswirkungen fehlender Zeugeneignung	33
c) Vermutungsregelung als Ausgleich zwischen Zeugenschutz und Beweisinteresse	34
IV. Glaubwürdigkeits- und Eignungsgutachten	37
C. Rechtsbehelfe gegen die Entscheidung über einen Beweisantrag	38
Ergebnis	39

*Zweiter Abschnitt***Die Stellung des Minderjährigen als Zeuge im Zivilprozeß**

§ 4 Die Ladung des minderjährigen Zeugen	41
A. Zweck und Inhalt der Ladung	41
B. Adressat der Ladung	42
I. Der Minderjährige als Ladungsadressat	42
II. Ladung der gesetzlichen Vertreter	43
1. Die entsprechende Anwendung des § 171 ZPO	43
2. Einsichtsfähigkeit als bestimmendes Merkmal	44
III. Stellungnahme	44
1. Der Minderjährige als alleiniger Ladungsadressat	44
2. Die Benachrichtigung der gesetzlichen Vertreter	45
3. Hinweispflicht der Parteien	47
C. Ordnungsmittel bei Nichterscheinen	48
I. Darstellung und Verwirkung der Ordnungsmittel	48
II. Die Verhängung von Ordnungsmitteln gegen einen Minderjährigen	49
1. Ordnungsmittel und Kostentragung	49
2. Die zwangsweise Vorführung	52
III. Ordnungsmittel gegen die gesetzlichen Vertreter	53
IV. Nachträgliche Entschuldigung gemäß § 381 ZPO	55
V. Beschwerde gegen die Verhängung von Ordnungsmitteln	56
Ergebnis	56
§ 5 Die Zeugnispflichten	59
A. Darstellung	59
I. Die Erscheinspflicht und das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Sorgeberechtigten	60
II. Die Aussagepflicht	62
1. Inhalt und Umfang der Aussagepflicht	62
2. Befreiung von der Aussagepflicht bei fehlender Verstandesreife	62
a) Die Ansicht von <i>Karl Peters</i>	62
b) Stellungnahme	63

III. Die Eidespflicht	64
B. Die Weigerungsrechte als Einreden gegen Zeugnispflichten	65
I. Rechtliche Einordnung	65
1. Die Zeugnisverweigerungsrechte	65
2. Das Eidesverweigerungsrecht	68
II. Gesetzliche Regelung in der Zivilprozeßordnung	69
1. Die Zeugenmündigkeit im geltenden Recht nach der Auffassung von <i>F. W. Bosch</i>	69
2. Stellungnahme	70
III. Gesetzliche Regelung in der Strafprozeßordnung, insbesondere § 52 II StPO	71
C. Die Ausübung von Zeugniszwang gegenüber einem minderjährigen Zeugen	74
I. Ordnungsmittel gemäß § 390 I ZPO	74
II. Die Erzwingungshaft nach § 390 II ZPO	75
1. Die Verhängung gegen einen schuldunfähigen Zeugen	75
2. Zwangsmittel gegen die gesetzlichen Vertreter	77
III. Die Beschwerde gegen die Verhängung von Ordnungsmitteln	77
Ergebnis	77
§ 6 Die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts im Zivilprozeß durch einen Minderjährigen	79
A. Einsichtsfähigkeit als Ausübungsvoraussetzung	79
B. Minderjährige mit ausreichender Verstandesreife	83
C. Minderjährige ohne ausreichende Verstandesreife	85
I. Wegfall des Zeugnisverweigerungsrechts wegen fehlendem Konflikteempfinden? ...	85
II. Beteiligung keines Elternteils am Verfahren	87
1. Zeugnisverweigerung und Zustimmungserfordernis	87
a) Personensorgerecht und Höchstpersönlichkeit der Zeugnisverweigerung	87
b) Aussagebereitschaft als Voraussetzung der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter	89
c) Zeitpunkt der Zustimmung	90
2. Zustimmungsbefugnis bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern	92
a) Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1628 BGB?	92
b) Vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen nach § 1666 BGB?	94

III. Beteiligung beider Elternteile am Verfahren	95
1. Ausschluß der gesetzlichen Vertreter	95
a) Darstellung des Streitstandes	95
b) Stellungnahme	96
2. Bestellung eines Pflegers durch das Vormundschaftsgericht	99
IV. Beteiligung eines Elternteils am Verfahren	99
1. Gemeinsame Sorgerechtsausübung beider Eltern	99
2. Sorgerechtsausübung durch einen Elternteil	101
D. Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts	104
I. Die Erklärung der Zeugnisverweigerung durch einen einsichtsfähigen Minderjährigen	104
II. Ausübung durch einen nicht Einsichtsfähigen	105
III. Ausschluß der nicht am Verfahren beteiligten gesetzlichen Vertreter bei konkreter Interessenkollision	106
Ergebnis	107
§ 7 Die Belehrung des minderjährigen Zeugen	109
A. Gesetzliche Regelung	109
I. Zweck der Belehrung	109
II. Belehrung der Ausübungsbefugten	110
1. Belehrung des Minderjährigen selbst	110
2. Belehrung der gesetzlichen Vertreter bei fehlender Einsichtsfähigkeit des Zeugen	112
B. Umfang der Belehrung	113
§ 8 Die Vernehmung des Minderjährigen durch das Gericht	115
A. Prozessuale Fürsorgepflicht des Gerichts	115
B. Die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens	116
I. Ausschluß der Öffentlichkeit	116
1. Voraussetzungen und prozessualer Anspruch auf Ausschließung	116
2. Beantragung durch den minderjährigen Zeugen	118
3. Antragsrecht der gesetzlichen Vertreter	118
4. Antragsrecht der am Verfahren beteiligten Sorgeberechtigten	118
5. Anwesenheitsrecht der nicht am Verfahren beteiligten gesetzlichen Vertreter	119

II. Ausschluß der Parteien	119
C. Durchführung der Vernehmung	121
I. Allgemeines	121
II. Das Fragerecht der Parteien	122
III. Wiederholte Vernehmung	124
Ergebnis	125
§ 9 Die Verwertung einer prozeßordnungswidrig gewonnenen Aussage	127
A. Abgrenzung	127
B. Die fehlerhafte Belehrung	128
I. Darstellung	128
II. Verfahrensrechtliche Folgen der Falschbelehrung	128
1. Nachholung der Belehrung	128
2. Verwertungsverbot	129
3. Heilung des Verfahrensfehlers	130
a) Parteiherrschaft und Prozeßökonomie	130
b) Rügeverzicht und Zeugenschutz	131
c) Stellungnahme	132
C. Verkenntung der Einsichtsfähigkeit und der Zustimmungsbefugnis	133
D. Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens	133
Ergebnis	135
§ 10 Zwischenstreit über das Vorliegen eines Zeugnisverweigerungsrechts und Rechts- mittel des Zeugen	137
A. Der Zwischenstreit über die Berechtigung der Zeugnisverweigerung	137
I. Gegenstand des Zwischenverfahrens	137
II. Die Durchführung des Zwischenverfahrens bei Beteiligung eines einsichtsfähigen Zeugen	139
1. Befugnis zur selbständigen Entscheidung	139
2. Die Prozeßfähigkeit Minderjähriger im Zwischenverfahren	139
a) Verpflichtungsfähigkeit und prozessuale "Wehrbefugnis"	139
b) Entscheidungsfähigkeit einsichtsfähiger Zeugen	140

III. Das Zwischenverfahren gegen einen nichteinsichtsfähigen Zeugen	142
1. Aussagepflicht trotz Aussageunwilligkeit und Zustimmungsverweigerung	142
2. Unzulässigkeit des Zwischenverfahrens wegen fehlendem Rechtsschutzbe- dürfnis ?	143
a) Rechtsschutzbedürfnis als Verfahrensvoraussetzung	143
b) Das Rechtsschutzbedürfnis und der Zweck des Zwischenverfahrens	144
B. Das Rechtsmittel der Beschwerde	146
I. Gegenstand der Beschwerde durch einen Zeugen	146
II. Die Einlegung der Beschwerde durch einen minderjährigen Zeugen	146
1. Der schuld- und einsichtsfähige Zeuge	146
2. Die Beschwerde des nicht einsichtsfähigen Minderjährigen	147
III. Beschwerderecht der gesetzlichen Vertreter	149
Ergebnis	150

Dritter Abschnitt

Das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht bei Verhinderung der gesetzlichen Vertreter

§ 11 Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts	151
A. Allgemeines	151
I. Zuständigkeit und Verfahren	151
II. Die Anrufung des Vormundschaftsgerichts	152
III. Auswirkungen auf den Zivilprozeß	154
B. Fürsorgebedürfnis als Voraussetzung der Pflegschaftsanordnung	154
I. Notwendigkeit der Pflegerbestellung	154
1. Fehlende Verstandesreife	154
2. Aussagebereitschaft des minderjährigen Zeugen	155
3. Rücknahme des Beweisantrages	156
II. Die vorsorgliche Bestellung eines Pflegers	157
III. Bindung des Vormundschaftsgerichts	158

C. Anhörung der Beteiligten	159
I. Rechtliches Gehör und Anhörung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ...	159
II. Anhörung des Minderjährigen	160
1. Gegenstand und Zweck der Anhörung	160
2. Die Durchführung der Anhörung	161
3. Absehen von der Anhörung gemäß § 50b III FGG	161
III. Anhörung der Eltern	162
IV. Die Beteiligung der Prozeßparteien am vormundschaftsgerichtlichen Verfahren ...	163
D. Auswahl des Pflegers durch das Vormundschaftsgericht	163
I. Die Person des Pflegers	163
II. Die Bestellung des Pflegers	165
E. Rechtsbehelfe	165
I. Beschwerde gegen die Anrufung des Vormundschaftsgerichts	166
II. Rechtsschutz gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts	166
1. Erinnerungsbefugnis bei abgelehnter Pflegerbestellung	166
2. Erinnerungsbefugnis bei angeordneter Pflegerbestellung	167
Ergebnis	168
§ 12 Die Rechtsstellung des Ergänzungspflegers	171
A. Entscheidungsbefugnisse	171
I. Allgemeines	171
II. Übertragener Wirkungskreis	172
B. Wirksamkeit der Entscheidung	172
C. Dauer der Pflegschaft	173
Ergebnis	174
Zusammenfassung	175
Literaturverzeichnis.....	177

Abkürzungen

aaO.	Am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	Am Ende
a.F.	Alte Fassung
Anm.	Anmerkung
BayEUG	Bayerisches Gesetz über das Erziehungs- und Unterrichtswesen
BB	Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CPO	Reichs-Civilprozessordnung
DAR	Deutsches Autorecht
DAV	Der Amtsvormund
DJZ	Deutsche Juristenzeitung

DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Einf.	Einführung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldthammers Archiv
GS	Großer Senat
JA	Juristische Arbeitsblätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
JurBüro	Das juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts
M.E.	Meines Erachtens
M.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungsreport
NStZ	Neue Strafrechtszeitschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Ämtliche Sammlung oberlandes- gerichtlicher Entscheidungen
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens

RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren in der ab 1.10.1988 geltenden Fassung
RKEG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung
Rn	Randnummer
RPfleger	Der deutsche Rechtspfleger
S.	Seite
s.	Siehe
StPO	Strafprozeßordnung
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht
Vgl.	Vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechtssammlung
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeßrecht

Der Zeugenbeweisantrag bei einem minderjährigen Zeugen

§ 1 Der Minderjährige

Der Begriff des Minderjährigen ist weder im Zivilprozeßrecht noch im Bürgerlichem Recht legal definiert. Allerdings bestimmt § 2 BGB den Eintritt der Volljährigkeit auf die Vollendung des 18. Lebensjahres. Im Umkehrschluß¹ kann daher jede natürliche Person vor Erreichen dieser Altersstufe als minderjährig bezeichnet werden.

Mit dieser Eingrenzung sind jedoch noch keine Feststellungen hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Stellung des Minderjährigen und hier insbesondere im Hinblick auf seine Position als Zeuge verbunden. Da es dabei stets um die Ausübung prozessualer Rechte und Pflichten geht², richtet sich die Beurteilung allein nach dem Prozeßrecht. Nur soweit dieses auf das materielle Recht verweist oder keine eigene Regelung enthält, kommt ein Rückgriff auf materiell-rechtliche Vorschriften in Betracht.

Nach der Legaldefinition des § 52 ZPO ist eine Person insoweit prozeßfähig, als sie sich selbständig durch Verträge verpflichten kann. Die Prozeßfähigkeit ist zugleich Voraussetzung für die Fähigkeit zur wirksamen Vornahme von Prozeßhandlungen³. Es handelt sich hier nicht um eine

¹Moritz, S. 41.

²So bleiben etwa nach materiellem Recht begründete Auskunftspflichten außer Betracht, weil diese unabhängig von der öffentlich-rechtlichen Zeugnispflicht bestehen und diese auch nicht beeinflussen.

³Rosenberg-Schwab, § 44 III 1 b; Stein-Jonas-Leipold, § 51 Rn 8; Thomas-Putzo, § 51 Anm. II; Zöller-Vollkommer, § 52 Rn 1 f. Zur Bedeutung der Prozeßhandlungsfähigkeit bei der Ausübung eines Zeugniserweigerungsrechtes s.u. § 5 B I 1.

eigenständige Bestimmung, da die Frage der Verpflichtungsfähigkeit nach Bürgerlichem Recht zu beantworten ist⁴. Demnach ist jeder voll Geschäftsfähige verpflichtungs- und damit auch prozeßfähig; umgekehrt ist jede nicht voll geschäftsfähige Person prozeßunfähig, da die ZPO keine beschränkte Prozeßfähigkeit kennt⁵.

Genießt ein Minderjähriger für einen speziellen Lebensbereich nach §§ 112, 113 BGB die volle Geschäftsfähigkeit bereits vor Vollendung des 18. Lebensjahres, so ist er innerhalb dieses Bereiches auch voll prozeßfähig⁶. Für gesetzliche Vertretung bleibt hier, auch soweit es Prozeßhandlungen betrifft, kein Raum⁷.

Als Minderjähriger wird im weiteren Verlauf daher jeder nicht voll Geschäftsfähige bezeichnet, mithin jede natürliche Person vor Vollendung des 18. Lebensjahres unter Ausschluß derer, die partiell einem bereits Volljährigen gleichstehen, soweit die Zeugenaussage mit diesem Bereich in Zusammenhang steht.

⁴Rosenberg-Schwab, § 44 I; Thomas-Putzo, § 52 Anm. 1.

⁵Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 51 Anm. 1; Rosenberg-Schwab, § 44 II 2; Stein-Jonas-Leipold, § 51 Rn 2 f. Zu den notwendigen Einschränkungen des § 52 ZPO wird noch im Zusammenhang mit der Zwischenstreitigkeit gem. §§ 387 f ZPO und der Beschwerdebefugnis einzugehen sein, dazu unten § 10.

⁶Dehmer, S. 64 ff; Kahlke, ZZP 100, 10, 13; Stein-Jonas-Leipold, § 52 Rn 4 ff; Thomas-Putzo, § 52 Anm. 1 b; Zölier-Vollkommer, § 52 Rn 4. Ebenso Grundmann, Der Minderjährige im Zivilprozeß, 1980, S. 18 ff - Grundmann spricht von relativer Prozeßfähigkeit; m.E. treffender wäre von partieller Prozeßfähigkeit zu sprechen (entsprechend wie bei der Geschäftsfähigkeit, vgl. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band: Das Rechtsgeschäft, § 13, 4 und 5). Wie hier Bruns, Rn 53.

⁷Schefold, AcP 94 (1903), 305 f.

§ 2 Die Zeugnisfähigkeit

A. Gegenstand des Zeugenbeweises

Der Zeuge ist eine am konkreten anhängigen Verfahren nicht als Partei beteiligte natürliche Person. Als Zeugen scheiden neben den Parteien auch die gesetzlichen Vertreter aus, die den Prozeß im Namen eines prozeßunfähigen Vertretenen führen¹.

Gegenstand des Zeugenbeweises sind eigene, außerhalb des Prozesses gemachte Wahrnehmungen über vergangene Tatsachen oder Zustände². Abzugrenzen ist der Zeuge vom sachverständigen Zeugen im Sinne des § 414 ZPO und vom Sachverständigen³.

Die Bedeutung des Zeugenbeweises wird sehr unterschiedlich beurteilt; die Gefahr bewußt und unbewußt unrichtiger oder unvollständiger Aussagen läßt die weit verbreitete Zurückhaltung bei der Beweiswürdigung zugunsten anderer, zuverlässigerer Beweismittel verständlich erscheinen⁴. Bei Aussagen minderjähriger Zeugen dürfte die Skepsis sogar noch zunehmen, je niedriger das Alter ist⁵. Umgekehrt kann aber nicht übersehen werden,

¹BGH, FamRZ 1964, 150 ff; *Lent*, ZZP 52, 14 ff; *Bergerfurth*, JZ 1971, Rn 182 b; *Rosenberg-Schwab*, § 123 II 1.

²BGH, DRiZ 1974, 27; *LG Bamberg*, VersR 1984, 49; *Rosenberg-Schwab*, § 123 I; *Stein-Jonas-Schumann*, Vor § 373 Rn 17; *Thomas-Putzo*, Vor § 373 Anm. 1; *Wieczorek*, § 373 Anm. A II; *Zöller-Stephan*, § 373 Rn 1.

³Dazu *Stein-Jonas-Schumann*, Vor § 373 Rn 17; *Bruns*, Rn 182 c.

⁴*Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, Übers. § 373 Anm. 1 C b a.E.; *Bull*, DRiZ 1972, 205; *Heusler*, AcP 62, 209, 304 ff (zum Recht vor 1879); *Knippel*, MDR 1980, 112, 113; *Musielak-Stadler*, Rn 43,44; *Reinicke*, MDR 1986, 630 ff; *Schneider*, MDR 1965, 14 ff; *Stein-Jonas-Schumann*, Vor § 373 Rn 21.

⁵*Döhring*, Die Erforschung des Sachverhaltes im Prozess, 1964, S. 85, 86 bezügl. Kinderaussagen; *Krönig*, Die Kunst der Beweiserhebung im Zivilprozeß, S. 82; *Prahn*, Die ärztlich-psychologische Beurteilung der Glaubwürdigkeit Minderjähriger und ihre Berücksichtigung im Gerichtsverfahren, 1972, S. 54 ff. Zur Entwicklung im Strafprozeß *Orlowsky*, S. 6 ff; *Als-*

daß der Zeuge das häufigste und damit das praktisch bedeutsamste Beweismittel ist⁶.

B. Die gesetzliche Regelung der Zeugnisfähigkeit

Die Zivilprozeßordnung kennt in den Vorschriften zum Zeugenbeweis keine Regelung, die eine wie auch immer geartete Eignungsvoraussetzung ausdrücklich normiert⁷. Lediglich § 393 ZPO nennt in Übereinstimmung mit § 455 II ZPO ein Mindestalter von 16 Jahren, mit dem die Eidesmündigkeit beginnt. Daraus leitet die Literatur nahezu einhellig und wohl in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung, in der das Problem - soweit ersichtlich - bisher kaum Niederschlag gefunden hat⁸, im Umkehrschluß ab, daß die ZPO keine zeugnisunfähigen Personen kennt. Von den Parteien und gesetzlichen Vertretern abgesehen ist daher jedermann unterschiedslos als Zeuge zugelassen⁹.

Als allgemeiner Grundsatz des Prozeßrechtes gilt somit, daß jedermanns Tatsachenkenntnisse für den Prozeß verwendet werden sollen und deshalb der Kreis der Personen, die als Zeugen vernommen werden können, nicht ohne zwingende Gründe eingeschränkt werden darf¹⁰. Dies ergibt sich auch daraus, daß jede gesetzliche Einschränkung der Zeugnisfähigkeit das Recht

berg/Nüse/Meyer, Der Beweisantrag im Strafprozeß, S. 701; Stern, DJZ 1908, 51 ff. Ferner auch unten § 3 B.

⁶Bull, DRiZ 1972, 205; Döhring, S. 21; Meyke, NJW 1989, 2032 f; Musielak-Stadler, Rn 59; K. Peters, Zeugenlüge, 1939, S. 273 ff; derselbe, Strafprozeß, § 44 III 1 a, b; Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 167 ff; ders. in MDR 1964, 14 ff.

⁷Anders z.B. noch bis 1969 das Bürgerliche Recht, das in § 2237 Nr. 1 BGB Minderjährige als Testamentszeugen ausschloß.

⁸Lediglich BGH VersR 1956; BGH VRS 33, 174 ff; zur Geeignetheit des Beweismittels unten § 3 B.

⁹Bruns, Rn 183 c; Grundmann, S. 89; Musielak-Stadler, Rn 60; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Übers, § 373 Anm. 2 A; Stein-Jonas-Schumann, Vor § 373 Rn 3; Zöller-Stephan, § 373 Rn 3.

¹⁰So BAG, JZ 1973, 58, 59.

der Parteien auf den Beweis beschränken und gegebenenfalls verletzen könnte¹¹.

Dieser Grundsatz ist Folge der Einführung der freien richterlichen Beweiswürdigung, die bereits im ersten Entwurf, dem sog. Hannoverschen Entwurf von 1866 zur Reichscivilprozessordnung enthalten war und die auch in das schließlich angenommene Gesetz von 1879 aufgenommen wurde¹². Die Freiheit der Beweiswürdigung setzte die Aufhebung der zahlreichen Beweisregeln voraus. Dies war, auch soweit sie die Zeugenaussagen Kinder und Jugendlicher betrafen, in den Beratungen der "Commission zur Schaffung einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten", die dem Hannoverschen Entwurf vorausgingen, umstritten. Die Befürworter einer wenigstens teilweisen Beibehaltung der Regelungen über den "testes inhabilis", zu dem auch Kinder und Unmündige gehörten, konnten sich jedoch nicht durchsetzen¹³. Der Versuch, die Zeugnisfähigkeit mit der Eidesfähigkeit zu verbinden, was eine Altersgrenze von 16 Jahren bedeutet hätte, scheiterte ebenfalls. Dem Richter sollte keine Quelle zur Erforschung der Wahrheit verschlossen bleiben.

Das Prinzip der freien Beweiswürdigung wird heute als eine der wichtigsten Errungenschaften der CPO angesehen. Diese Entwicklung zeigt, daß das Fehlen einer Regelung der Zeugnisfähigkeit nicht auf einer Regelungslücke beruht, sondern daß der historische Gesetzgeber eine bewußte Entscheidung getroffen hat, keinen Personenkreis nach abstrakt formulierten persönlichen Eigenschaften auszuschließen.

¹¹ So *Walter*, NJW 1988, 567 f, der in einem "a-priori-Ausschluß fragwürdiger Beweismittel" eine Verletzung des "Rechts auf Beweis" sieht; zu diesem Begriff auch unten § 3 B I.

¹² *Stein-Jonas-Schumann*, Einl. Rn 105.

¹³ So wurde die im Hannoverschen Entwurf als § 314 zunächst vorgeschlagene Regelung, als Zeugen dürften nicht zugelassen werden "[...] Kinder vor erlangter Fähigkeit, einen Eid oder diesem gleichstehende Versicherung abzuleisten [...]" nicht angenommen (bei *Schubert*, *Protocolle* Band 7 S. 2144). Die schließlich nach zweiter Lesung als § 329 CPO angenommene Vorschrift lautete: "Als unzulässige Zeugen sind auf Antrag oder von Amtswegen zu verwerfen: 1) Personen, welche zur Mittheilung ihrer Wahrnehmungen unfähig sind, oder welche zu der Zeit, auf welche sich ihre Aussage beziehen soll, zur Wahrnehmung der zu beweisenden Tatsache geistig oder körperlich unfähig waren. 2) [...]", abgedruckt bei *Schubert*, *Protocolle* Band 218. Zu der damals neuen Regelung *Schmidt*, *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, 1906, S. 63 und S. 475; *Wetzell*, *System des ordentlichen Civilprozesses*, 1878, S. 207. Zur historischen Entwicklung auch *Bosch*, S. 25 ff.

§ 3 Die Beweisantrittung beim Zeugenbeweis

A. Der Beweis Antrag

Der Zeugenbeweis wird nur auf Antrag einer Partei erhoben. Dies ist Ausdruck des Verhandlungsgrundsatzes im Zivilverfahren. Er besagt, daß es die Aufgabe der Parteien ist, dem Gericht den für die Entscheidung des Rechtsstreites notwendigen Tatsachenstoff zu unterbreiten¹. Diese Obliegenheit können die Parteien durch die gesetzlich vorgesehenen Beweismittel erfüllen.

In diesem Zusammenhang kommt es nicht auf die Frage an, ob es sich bei der Beweisführung um einen förmlichen Antrag oder lediglich um ein Beweiserbieten handelt; nachfolgend wird immer von Beweis Antrag gesprochen, wenn es um die von einer Partei veranlaßte Erhebung eines Beweises geht. Die beweispflichtige Partei² genügt der Last, wenn sie für eine behauptete beweisbedürftige Tatsache ein geeignetes, gesetzlich vorgesehenes Beweismittel anbietet.

Für den Zeugenbeweis ist die Beweisantrittung in § 373 ZPO geregelt. Danach hat die beweisführende Partei den Zeugen einschließlich seiner ladungsfähigen Anschrift und die Tatsachen, über die die Vernehmung erfolgen soll, zu benennen.

¹ *BVerfGE* 52, 131, 153. Auf die Besonderheiten in zivilrechtlichen Verfahrensarten mit Untersuchungsgrundsatz ist hier nicht einzugehen; vgl. dazu allg. *Bettermann*, ZZZ 91, 365, 89 ff; *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, Einf. § 284 Anm. 2; *Stein-Jonas-Schumann*, Vor § 128 Rn 75 ff und Rn 91 ff. Die dem Richter eingeräumte Möglichkeit, auch im Verfahren mit Beibringungsgrundsatz Beweis von Amts wegen erheben zu können (z.B. §§ 142 ff, § 287 I 3, § 358a, § 448 ZPO) kann ebenfalls unberücksichtigt bleiben, da die Zeugenvernehmung immer nur auf Parteiveranlassung angeordnet werden kann, *Habscheid*, ZZZ 96, 306, 309; *Schneider*, ZZZ 75, 173, 177; *Stein-Jonas-Leipold*, Vor § 128 Rn 78; *Teplitzky*, JuS 1968, 71, 73; *Wieczorek*, § 373 Anm. D.

² Vgl. *Stein-Jonas-Leipold*, § 284 Rn 29 ff; *Habscheid*, ZZZ 96, 306, 307 f. Zum Begriff der sog. formellen Beweislast *Goldchmidt*, ZPR, S. 133.

B. Die Ablehnung eines Beweisantrages wegen der Ungeeignetheit eines Zeugen

I. Gesetzliche Regelung in der Straf- und der Zivilprozeßordnung

1. Ablehnung von Beweisanträgen im Strafprozeßrecht

Im Strafverfahren soll der staatliche Strafanspruch auf der Grundlage des historisch wahren Sachverhaltes durchgesetzt werden³. Angesichts der weitreichenden Bedeutung des Verfahrens für den Angeklagten genießt die Aufklärung des tatsächlichen Geschehens einen hohen Stellenwert⁴. Die Beweisaufnahme wird nicht zuletzt deswegen von Amts wegen durchgeführt; nach § 244 II StPO hat sie sich auf alle für die Entscheidung bedeutsamen Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken⁵.

Trotz der umfassenden Aufklärungspflicht können auch in Strafsachen Beweisanträge zurückgewiesen werden. Es handelt sich um eine Einschränkung der Aufklärungspflicht mit Ausnahmecharakter; sie ist nur unter engen Voraussetzungen zulässig. So kann die Beweiserhebung gemäß § 244 III bis V, § 245 II StPO abgelehnt werden, wenn das Beweisbedürfnis fehlt, das beantragte Beweismittel ungeeignet oder nicht erreichbar ist, oder der Antrag nur mit dem Ziel der Prozeßverschleppung gestellt wird. Daneben rechtfertigen besondere Beweisverbote die Verwerfung eines Beweisantrages⁶.

³Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 6 Rn 5, 7 ff. In BVerfGE 57, 250, 275 wird darauf verwiesen, daß die Ermittlung des wahren Sachverhaltes ein zentrales Anliegen des Strafverfahrens sei, ohne das das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden könne.

⁴BVerfGE 57, 250, 275 und 279 = NJW 1981, 1719, 1723; BVerfGE 63, 45, 61 = NJW 1983, 1043, 1045; BVerfG, MDR 1984, 284.

⁵Zur Aufklärungspflicht des Strafrichters Kleinknecht/Meyer, § 244 Rn 10 ff; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 244 Rn 38 ff.

⁶Zu den Beweisverboten als Grenze der Wahrheitsforschung Kleinknecht/Meyer, Einl. Rn 50 ff.

Die Wahrheitserforschung genießt demnach im Strafprozeß nicht die absolute Priorität, sondern unterliegt im Interesse anderer Verfahrensziele Einschränkungen, vorrangig der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens⁷.

2. Keine Regelung in der Zivilprozeßordnung

Die Zivilprozeßordnung kennt keine den § 244 III, § 245 II StPO entsprechenden Regelungen. Daraus kann aber weder der Schluß gezogen werden, der Zivilrichter könne den Umfang der Beweisaufnahme im freien Ermessen bestimmen, noch umgekehrt, die Ablehnung von Beweisanträgen sei stets unzulässig.

Für den Zivilprozeß gilt, daß die Aufdeckung des tatsächlichen oder wirklichen Sachverhaltes nicht das primäre Ziel des Verfahrens ist; es genügt regelmäßig die "formelle Wahrheit"⁸. Die Parteien bestimmen im Rahmen des Verhandlungsgrundsatzes darüber, welcher tatsächliche Sachverhalt zur Grundlage der richterlichen Entscheidung gemacht wird.

Das Beweisrecht im Zivilprozeß wird durch die Rechtsprechung konkretisiert, soweit gesetzliche Vorschriften fehlen. Im folgenden soll auf die Möglichkeit der Zurückweisung von Beweisanträgen im Zivilverfahren eingegangen werden, wie sie von Literatur und Rechtsprechung entwickelt und anerkannt wurden. Im Anschluß ist zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen die Vernehmung eines minderjährigen Zeugen gerade wegen seines geringen Alters abgelehnt werden kann.

⁷Zum Strafverfahren BGHSt. 14, 358 f; 19, 326; Kleinknecht/Meyer, Einl. Rn 50; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 6 Rn 5. Ähnlich Schmidt-Aßmann in Maunz-Dürig, Art. 19 IV Rn 224, der die Grenzen der Beweiserhebung durch die Erfüllung des Rechtsschutzauftrages des Gerichtes gezogen sieht.

⁸Wach, Vorträge, S. 199 bezeichnet die materielle Wahrheit als ein erwünschtes, aber nicht verbürgtes Resultat des Zivilprozesses; Prozeßzweck sei sie nicht. Lenckner, NJW 1965, 321 meint, daß der Zivilprozeß die Wahrheit nicht um jeden Preis zutage bringen soll. Ähnlich auch Grunsky, Grundlagen, S. 4; Stein-Jonas-Schumann, Einl. Rn 21 f, der darauf hinweist, daß die Wahrheitsfindung nur Mittel zum Zweck ist. Anders aber z.B. E. Peters, ZZZ 76, 145 ff, der als Ziel sowohl des Straf- als auch des Zivilprozesses die Erforschung des "historisch wahren Sachverhaltes" bezeichnet. Bosch, DRiZ 1951, 107, 108 räumt der Sachverhaltsaufklärung grundsätzlich den Vorrang vor Individualinteressen ein, schränkt dies jedoch durch die Anerkennung von Zeugnis- und Untersuchungsverweigerungsrechten als Ausnahmen ein. Kritisch zum Grundsatz der "formellen Wahrheit" auch Gaul, AcP 168, 27, 49 ff, der aber ebenfalls feststellt, daß Wahrheitsfindung nicht Wahrheitsfindung um jeden Preis bedeute.

II. Das "Recht auf Beweis" und der Standpunkt der Rechtsprechung

1. Beweisantrag und rechtliches Gehör

Obwohl die Findung der materiellen Wahrheit kein eigenständiges Verfahrensziel ist, kann das Gericht - wie im Strafprozeß - über die Beweisanträge der Parteien nicht nach freiem Ermessen entscheiden. Nach Art. 103 I GG hat jedermann einen verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Anspruch umfaßt auch die Gewährleistung, ein rechtliches Begehren durch Tatsachenbehauptungen und Beweisangebote durchzusetzen⁹. Das Recht der Parteien, Beweisanträge zu stellen, effektuiert das rechtliche Gehör, indem es den Nachweis beweiserheblicher Tatsachen und damit die Durchsetzung des Rechts ermöglicht¹⁰.

In Übereinstimmung mit *Habscheid* läßt sich von einem "Recht auf Beweis" sprechen, das zur Rechtsschutzgewährung erforderlich ist¹¹. Der Anspruch auf rechtliches Gehör schließt die Möglichkeit ein, sich zum Sachverhalt zu äußern¹².

Die Zivilgerichte sind daher zur vollständigen Ausschöpfung aller angebotenen Beweise verpflichtet¹³. Die Ablehnung eines Beweisantrages stellt

⁹Waldner, S. 68 ff; Walter, S. 302; derselbe, NJW 1988, 567 f spricht hier vom Justizgewährleistungsanspruch, während Rosenberg, § 3 I als Grundlage des Beweisantragsrechts den Justizanspruch des Rechtssuchenden sieht, der seinerseits seine Stütze im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 GG findet. Praktische Unterschiede sind damit nicht verbunden, so daß auf die Auseinandersetzung über diese Begriffe hier nicht einzugehen ist.

¹⁰Dazu Söllner, S. 1 ff; derselbe, MDR 1988, 363 ff; Waldner, S. 68.

¹¹Habscheid, ZZZ 79, 452, 454 f; derselbe, ZZZ 96, 306, 307 ff; Walter, S. 298 ff. Schon das RG sprach von einem Recht der Partei, die einen Zeugen vorgeschlagen hat, "daß dieser nicht ohne Grund das Zeugnis weigere", RGZ 20, 378, 379. Ähnlich auch Rosenberg-Schwab, § 85 III 1; Schwab/Gottwald, Verfassung und Zivilprozeß, S. 56 ff, 59. Zum Strafverfahren Klein-knecht / Meyer, § 244 Rn 29.

¹²Grunsky, Grundlagen, S. 232 ff; Schmidt-Aßmann in Maunz-Dürig, Art. 103 Abs. I Rn 66 ff.

¹³Stein-Jonas-Leipold, § 284 Rn 51 unter Hinweis auf den Justizgewährungsanspruch und die Pflicht zur Wahrheitserforschung. Im Ergebnis übereinstimmend Söllner, S. 72 ff und 80 ff, der allerdings auf § 286 I ZPO zurückgreift, weil der Beweisantrag den Inhalt der Verhandlung bestimme; ähnlich Wieczorek, § 286 Anm. C; Thomas-Putzo, § 284 Anm. 2; Meyke, NJW 1989, 2032, 2035 und die in Fn 15 genannte Rechtsprechung.

eine Ausnahme dar, ohne daß dieser Grundsatz durch die Geltung des zivilprozessualen Beibringungsgrundsatzes eingeschränkt würde. Sie ist nur unter engen Voraussetzungen zulässig, um eine Entscheidung auf unvollständiger oder unrichtig ermittelter Tatsachengrundlage zu vermeiden¹⁴. Das Prozeßgericht ist zu einer genauen Prüfung verpflichtet, weil die Nichtberücksichtigung von zulässigen und begründeten Beweisanträgen die beweisführende Partei in ihrem durch Art. 103 I GG garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör beeinträchtigt¹⁵.

Anders als im Strafprozeß bedarf die Ablehnung eines Beweisantrages keiner gesonderten Beschlußfassung des Gerichtes¹⁶, sondern erfolgt in den Urteilsgründen. Die Nichtberücksichtigung der Beweisanretung muß dort allerdings begründet werden, da es sich um eine Belastung der beweispflichtigen und -führenden Partei handelt¹⁷. Die Verletzung der Begründungspflicht kann zur Aufhebung des Urteils führen, es sei denn, der Grund für die Ablehnung des Beweisantrages ergibt sich schon aus dem Urteil selbst, etwa wegen der fehlenden Beweisbedürftigkeit.

¹⁴Mes, S. 70 ff; *Schneider*, ZZZ 75, 173, 175; *Schönke*, FS für Rosenberg, S. 217; *E. Peters*, ZZZ 76, 145 f. Auch in *BVerfGE* 9, 89, 95 wird festgestellt, daß das rechtliche Gehör Voraussetzung für eine richtige Entscheidung ist.

¹⁵*BVerfGE* 42, 364, 367 m.w.N.; 50, 32, 35 f; 60, 247, 249; 60, 250, 252; 65, 305, 307; 69, 141, 143 f = NJW 1986, 833 in ständiger Rechtsprechung; *BGH FamRZ* 1964, 150, 152. Von der Ablehnung wegen fehlender Eignung des Beweismittels ist die Zurückweisung als Folge einer vorweggenommenen Beweiswürdigung abzugrenzen. Letztere ist stets unzulässig. Dazu auch *Habscheid*, ZZZ 96, 306, 308; *Söllner*, S. 94 ff; *Stein-Jonas-Leipold*, § 284 Rn 67 m.w.N.; *Thomas-Putzo*, § 284 Anm. 3 d; *Walter*, S. 310 ff; *Wieczorek*, § 286 Anm. C II a. Ebenso zum Strafprozeß *Kleinknecht/Meyer*, § 244 Rn 29 ff.

¹⁶*Musiak-Stadler*, JuS 1979, 721, 724; *Stein-Jonas-Leipold*, § 284 Rn 85; *Teplitzky*, JuS 1968, 71, 76. Die Ablehnung des Beweisantrages ist nicht der Nichtvernehmung infolge Zeugnisverweigerung gleichzusetzen. Über die Berechtigung zur Zeugnisverweigerung wird gemäß § 387 ZPO entschieden; dazu unten § 10 A.

¹⁷*Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 286 Anm. 3 B i; *Goldschmidt*, Der Prozeß, S. 455; *Schneider*, ZZZ 75, 173, 183 f; *Wieczorek*, § 286 Anm. D III a 1; *OLG Köln*, Jur. Büro 1969, 645. Einschränkend *BVerfGE* 42, 364, 368 wonach sich das Prozeßgericht nicht ausdrücklich mit jedem Vorbringen der Beteiligten in den Gründen befassen muß.

2. Entsprechende Anwendung des § 244 III StPO

Der *Bundesgerichtshof* greift zur Schließung der Gesetzeslücke auf § 244 III StPO zurück, an den sich auch der Zivilrichter anlehnen dürfe¹⁸. Für das Zivilprozeßrecht gilt damit ähnlich wie im Strafverfahren, daß die Ablehnung eines Beweisantrages aus rein beweisrechtlichen¹⁹ oder aus verfahrensrechtlichen²⁰ Gründen zulässig ist. Nicht geregelt, im Grundsatz jedoch auf der Grundlage der analogen Anwendung des § 244 III StPO anerkannt, ist die Behandlung ungeeigneter Beweismittel²¹. Es wird daher zu prüfen sein, ob das kindliche Alter eines Zeugen dessen Eignung als Beweismittel ausschließen und damit die Zurückweisung des Beweisantrages rechtfertigen kann.

Ein Zeuge, der bereits berechtigterweise von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, ist ebenfalls nicht mehr als geeignetes Beweismittel anzusehen²², es sei denn, es lägen Anhaltspunkte vor, daß der Zeuge nun nicht mehr auf das Weigerungsrecht zurückgreifen will.

¹⁸BGHZ 53, 245, 259 f "Anastasia"; BGH DRiZ 1959, 252; 1966, 381. Söllner, S. 232 ff nimmt ebenfalls die Analogiefähigkeit von § 244 III, IV StPO an. Kritisch dazu Schneider, ZZP 75, 173, 180.

¹⁹BGH, FamRZ 1964, 150 ff; Bruns, Rn 173 b; Rosenberg-Schwab, § 119 I; Schönke, FS für Rosenberg, S. 217, 220 f. Söllner, S. 113 ff; Stein-Jonas-Leipold, § 284 Rn 51 ff; Zöller-Stephan, Vor § 284 Rn 9 ff. So stellen fehlende Beweiserheblichkeit oder -bedürftigkeit Zurückweisungsgründe dar.

²⁰Dazu gehört auch die Ablehnung verspäteter Beweisanträge und die erleichterte Zurückweisung wiederholter Zeugenvernehmung nach § 398 ZPO.

²¹BGH, DRiZ 1974, 27; Rosenberg-Schwab, §§ 113 IV 2, 119 I; Söllner, S. 164 ff; Thomas-Putzo, § 284 Anm. 3.

²²BGHSt. 14, 358, 359; 32, 115, 123 zur Funktion der §§ 52, 53 StPO als Grenze der Aufklärungspflicht des Strafrichters; ferner BGH NJW 1983, 1571 und 1589; NJW 1986, 2261; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 244 Rn 188 m.w.N.; Kleinknecht/Meyer, Einl. Rn 18 verweist auf das Rechtsstaatsprinzip.

III. Die Minderjährigkeit als Grund fehlender Eignung

1. Zeugeneignung und Beweiswürdigung

Die Einführung der Reichscivilprozeßordnung von 1879 brachte die Abschaffung auch der Beweisregeln mit sich, die die Zeugnisfähigkeit von Kindern und Jugendlichen beschränkten²³. Als Folge davon ist bis in die heutige Zeit allgemein anerkannt, daß auch Minderjährige unabhängig von ihrem Alter und ihrem persönlichen Entwicklungsstand als Zeuge benannt und auch vernommen werden können²⁴.

Die Besonderheiten, die die Zeugenvernehmung eines Kindes, darunter auch solcher im Vorschulalter, mit sich bringt, werden nach dieser Ansicht erst im Stadium der Beweiswürdigung berücksichtigt. Der Beweiswert von Kinderaussagen wird jedoch allgemein als gering eingeschätzt²⁵, so daß sich die Vernehmung häufig nachträglich als nicht notwendig erweist.

Ob man deshalb von einer "Übersteigerung des Prinzips der Zeugnisfähigkeit für jedermann" sprechen kann²⁶, sei dahingestellt. Es ist jedoch nicht ernstlich zu bezweifeln, daß das Anliegen des Minderjährigenschutzes durch die skizzierte Auffassung nicht ausreichend berücksichtigt wird.

Neben der nur im jeweiligen Einzelfall in Betracht kommenden Möglichkeit der Zeugnisverweigerung ist zu prüfen, ob eine Vernehmung des Minderjährigen notwendig ist oder ob sie wegen der Gefährdung des Kindeswohls unterbleiben soll²⁷. Das Ziel ist, die Vernehmung kindlicher und ju-

²³Dazu oben § 2 B.

²⁴Anders wohl nur K. Peters, Gutachten, S. 116 f; derselbe, JR 1970, 308 f zum Strafverfahren. Peers will bei fehlender Einsichtsfähigkeit aus Gründen der Fürsorge und der Fairness ganz auf den Zeugen verzichten. Dazu unten § 5 A II 2.

²⁵Zu dem geringen Beweiswert und dem Bemühen, die Bedeutung des Zeugenbeweises zurückzudrängen etwa Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Übers. § 373 Anm. 1 C b a.E.; Knippel, MDR 1980, 112 f; Schneider, MDR 1965, 14; Schreiber, S. 16 ff. Bezüglich Kinderaussagen weiter einschränkend Döhring, S. 85 f; Prahm, S. 54 ff; Schimmack, JW 1924, 1667, 1668. Zum Strafverfahren K. Peters, Strafprozeß, § 44 III 1 a; Stern, DJZ 1908, 51, 52 f; ders., DJZ 1910, 1001, 1002.

²⁶Bosch, S. 54.

²⁷Auf diese Gefährdung, die im Strafprozeß in noch stärkerem Maß gegeben ist, weist bereits Römer, RdJB 1971, 205 ff hin. Zum Strafverfahren auch Mönkemöller, S. 423 ff. Mönkemöller, S. 318 f, hält umgekehrt im Zivilprozeß eine Schädigung kindlicher Zeugen aufgrund

gendlicher Zeugen nur ausnahmsweise und unter weitgehendem Ausschluß einer Gefährdung für ihre Entwicklung zuzulassen, ohne auf der anderen Seite aber die berechtigten Beweisinteressen der Prozeßparteien zu vernachlässigen.

2. Der Einfluß natürlicher Grenzen der Wahrnehmungs- und Aussagefähigkeit

a) Bestimmung der Zeugeneignung im Schrifttum

Eine verwertbare Aussage setzt voraus, daß der Zeuge die Beweistatsache wahrgenommen und sie in sein Gedächtnis aufgenommen hat; darüberhinaus muß er in der Lage sein, seine Beobachtung auch nach - je nach Länge des zwischen Wahrnehmung und Vernehmung liegenden Zeitraumes - längerer Zeit reproduzieren zu können²⁸. Diese Fähigkeiten können bei einem erwachsenem Zeugen regelmäßig unterstellt werden. Bei kindlichen Zeugen sind dagegen entwicklungsbedingte Einschränkungen zu beachten²⁹.

Die Bestimmung der Grenzen der Wahrnehmungs- und Aussagefähigkeit, sei es in Form allgemeiner Erfahrungssätze, sei es im Einzelfall, kann letztlich nur durch sachverständige Psychologen und Psychiater erfolgen. Übereinstimmende Altersgrenzen konnten bisher nicht bestimmt werden. So wird teilweise für eine untere Altersgrenze von sechs Jahren plädiert³⁰;

des verständnisvollen Zusammenwirkens aller Verfahrensbeteiligten für ausgeschlossen. Seine idealisierende Darstellung des Rechtsstreits in Zivilsachen ist jedoch mit der Prozeßwirklichkeit unvereinbar.

²⁸Stein-Jonas-Leipold, § 284 Rn 69, der die Vernehmung ausschließt, wenn der Zeuge "eindeutig noch zu jung war, um brauchbare Wahrnehmungen [...] machen zu können". Ferner Thomas-Putzo, § 284 Anm. 3 d; Wieczorek, § 286 Anm. C IV a 3; Söllner, MDR 1988, 363, 364. Das BAG stellte im Jahr 1966 fest, daß Beweisangebote nicht zu berücksichtigen sind, denen ein natürliches Hindernis entgegensteht. Ein natürliches Hindernis wurde auch bei fehlender Aussage- und Wiedergabefähigkeit des Zeugen angenommen, BAG, NJW 1966, 2426; Wieczorek, § 286 Anm. C IV a 3.

²⁹Für eine bessere Berücksichtigung aussagenpsychologischer Erkenntnisse bei der Beweiserhebung im Zivilprozeß Schneider, ZZP 75, 173, 193; ders. in Beweis und Beweiswürdigung, S. 167 f.

³⁰So Detterborn-Fröhlich-Szewczyk, Forensische Psychologie, S. 74.

andere nehmen an, daß bei normaler geistiger Entwicklung von Kindern unter viereinhalb bis fünf Jahren praktisch keine verwertbare Wiedergabe eines in der Vergangenheit liegenden Vorganges erwartet werden könne³¹. Unter günstigen Bedingungen sei aber auch die Aussage eines zwei- bis vierjährigen Kindes zuverlässig³².

Die aussagenpsychologischen Untersuchungen, auf denen diese Altersangaben basieren, wurden im Zusammenhang mit Kinderaussagen in Strafverfahren gemacht. Dabei konzentrierten sich die Erhebungen auf Sexualdelikte, in denen die Kinder als Opfer vernommen worden waren. Die unmittelbare physische und psychische Betroffenheit ist eine wesentliche Ursache für die Aufnahme in das Gedächtnis³³. Daher kann den Untersuchungsergebnissen für das Zivilverfahren allenfalls indizielle Wirkung zukommen, zumal die Beweistatsachen weder aus dem deliktischen Bereich stammen noch gerade für den kindlichen Zeugen von Bedeutung gewesen sein müssen³⁴.

b) Auswirkungen fehlender Zeugeneignung

Die Bedenken, die gegen die unbeschränkte Zeugeneignung anzumelden sind, beruhen darauf, daß die natürlichen Grenzen der Wahrnehmungs- und Aussagefähigkeit nicht hinreichend oder zu spät, nämlich erst nach erfolgter Beweisaufnahme im Rahmen der Beweiswürdigung beachtet werden. Der Schutz minderjähriger Zeugen ist aber nicht gewahrt, wenn die Aussage nach der Vernehmung als ungeeignetes Beweismittel unberücksichtigt

³¹Arntzen, DRiZ 1976, 20; zustimmend Kleinknecht/Meyer, Vor § 48 Rn 13.

³²Undeutsch, Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Aussagen, in: Forensische Psychologie, 1967, S. 69 ff.

³³Kleinknecht/Meyer, § 244 Rn 60; Musielak-Stadler, Rn 59 ff; Panhuysen, S. 44 f; Stern, DJZ 1908, 51, 53.

³⁴Ähnlich Schneider, Beweis und Beweiswürdigung, S. 181, wonach die Wahrnehmungsbereitschaft von der Bedeutung des Vorganges für den Zeugen abhängt. Die Wahrnehmung müsse persönlichkeitsadäquat sein. Dazu auch Schönke, FS für Rosenberg, S. 217, 221. Nach Alsberg/Nüse/Meyer, S. 603 f m.w.N. kann bei einem Kind die Wiedergabe eines Geschehens nicht erwartet werden, wenn dessen Wahrnehmung nicht nur einfache Überlegungen erfordert, wie etwa der Abschluß eines schwierigen Vertrages oder der Inhalt eines längeren Gesprächs.

bleibt. Hier kann nur die Zurückweisung des Beweisantrages Abhilfe schaffen.

Auf der anderen Seite stehen der Verwerfung des Antrages die berechtigten Beweisinteressen der Partei entgegen, der mit dem Beweisverlust auch ein Rechtsverlust droht. Die Schwierigkeit der Feststellung der Eignung kindlicher Zeugen führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Da aber sowohl der Minderjährigenschutz als auch das Beweisantragsrecht der Parteien hohen Stellenwert genießt, kommt es darauf an, den Konflikt in einer beiden Seiten gerecht werdenden Weise zu lösen.

c) Vermutungsregelung als Ausgleich zwischen Zeugenschutz und Beweisinteresse

Ein Ausgleich der gegenläufigen Interessen kann durch eine Vermutung fehlender Eignung bis zum Erreichen eines bestimmten Alters zugunsten des Kindes erreicht werden. Dieses Alter sollte bei sechs Jahren angesetzt werden. Dadurch wird der Minderjährigenschutz umfassend gewährleistet und der Tatsache Rechnung getragen, daß die Beweisthemen im Zivilprozeß über den deliktischen Bereich hinausgehen und aus der Sicht des Kindes "abstrakt" sein können. Die Interessen der Parteien bleiben gewahrt, denn sie können die Vermutung durch Darlegung der Umstände, die im Einzelfall trotz des geringen Alters eine verwertbare Aussage erwarten lassen, widerlegen³⁵. Als besondere Umstände sind z.B. unmittelbare körperliche Betroffenheit oder überdurchschnittliche Entwicklung denkbar; eine erhebliche Rolle spielt auch der zwischen Wahrnehmung und Vernehmung verstrichene Zeitraum³⁶.

³⁵Für den Strafprozeß so auch *Kleinknecht/Meyer*, § 244 Rn 60, wenngleich unter Zugrundelegung einer anderen Altersgrenze; vgl. oben Fn. 31.

³⁶BGH 1 StR 334/72 bei *Dallinger*, MDR 1973, 372; BGH 2 StR 260/82 bei *Spiegel*, DAR 1983, 203. Die Ablehnung ist danach zulässig, wenn nach "feststehender allgemeiner Lebenserfahrung" unmöglich ist, daß sich der Zeuge an die Beweistatsache erinnern kann. So hält der BGH in den genannten Urteilen die Ablehnung des Beweismittels als völlig ungeeignet bereits dann für rechtmäßig, wenn bis zur Vernehmung ein längerer Zeitraum verstrichen ist; bei einem für den Zeugen belanglosen Vorgang wurde bereits nach nur 1 1/2 Jahren angenommen, es sei hinreichend unwahrscheinlich, daß sich der Zeuge noch daran erinnern könne. Diese Entscheidungen dürften bezüglich des als ausreichend erachteten Zeitraumes nicht verallgemeinerungsfähig sein; einen Überblick über die strafrechtliche Rechtsprechung gibt *Alsberg/Nüse/*

Die Annahme einer widerlegbaren Vermutung ist dem Zivilprozeßrecht nicht fremd. Eine vergleichbare Problematik tritt beim "Zeugen vom Hörensagen"³⁷ und beim Indizienbeweis³⁸ auf. Hier wird die Ablehnung des Antrages auf Vernehmung eines derartigen Zeugen als zulässig angesehen, wenn der Beweisführer den Antrag nicht auf Verlangen des Gerichts über die Anforderungen des § 373 ZPO hinaus substantiiert³⁹. Ein sachlicher Unterschied zu einer widerlegbaren Vermutung besteht nicht, sieht man davon ab, daß es bei einem kindlichen Zeugen vor Vollendung des sechsten Lebensjahres keiner besonderen Aufforderung des Gerichts bedarf.

Die Einführung einer gesetzlichen Vermutungsregelung ist de lege ferenda aus Gründen der Rechtssicherheit zu befürworten⁴⁰. Bereits de lege lata rechtfertigt der gebotene Minderjährigenschutz erhöhte Anforderungen an einen diesbezüglichen Beweisanspruch. Bei sehr jungen Zeugen dürfte sich dies bereits aus dem verfassungsrechtlichen Übermaßverbot ergeben⁴¹. So können zum einen bei fehlender Eignung die Zeugenpflichten objektiv nicht erfüllt werden. Zum anderen ist die Belastung des kindlichen Zeugen mit der Erscheinens- und Aussagepflicht - sofern nicht schon a priori ungeeignet - unverhältnismäßig, wenn die Partei andere Beweismöglichkeiten hat. Voraussetzung wäre demnach die vorherige Ausschöpfung aller anderen im konkreten Fall zur Verfügung stehenden Beweismittel⁴². Die Belastung der beweispflichtigen Partei beschränkt sich dann auf die Einschrän-

Meyer, S. 615 ff. Kritisch auch Wieczorek, § 286 Anm. C II a, der die Ablehnung wegen des geringen Beweiswertes einer erst nach längerer Zeit erstatten Aussage für unzulässig hält.

³⁷Stein-Jonas-Schumann, § 373 Rn 1; Wieczorek, § 373 Anm. D I b 3; Bruns, Rn 87, der die Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen weitergehend auf die Fälle einschränken will, wenn kein Augenzeuge vorhanden ist.

³⁸BGHZ 53, 245, 261; DRiZ 1974, 27, 28.

³⁹Eine verstärkte Substantiierungslast ist auch bei einem Zeugenbeweis über innere Tatsachen anzunehmen. Der BGH verlangt vom Beweisführer die Darlegung der Umstände, aufgrund derer der Zeuge die in sein Wissen gestellte Kenntnis erlangt haben soll, BGH, NJW 1983, 2034, 2035 (insoweit nicht veröffentlicht in BGHZ 87, 227 ff).

⁴⁰So auch bereits Bosch, S. 45. Die dagegen geäußerten Bedenken von Orlowsky, S. 68 f überzeugen nicht, zumal er selbst an anderer Stelle, S. 78, Unsicherheiten und Unwägbarkeiten aufgrund der geltenden Regelung einräumen muß.

⁴¹Zur Geltung des Übermaßverbotes im Zivilprozeß Stein-Jonas-Schumann, Einl. Rn 511; ebenda, Vor § 373 Rn 35 m.w.N..

⁴²Ähnlich bei der Frage der Zulässigkeit von Glaubwürdigkeitsgutachten Stein-Jonas-Schumann, Vor § 373 Rn 39. Zum Strafprozeß wie hier auch Römer, RdJB 1971, 205, 208.

kung der Wahl der Beweismittel, wenn die Vernehmung eines Minderjährigen nur bei voraussichtlich prozeßentscheidender Bedeutung der Aussage zugelassen wird.

Auch nach der Ausschöpfung der anderen Beweismittel kann der Beweisanspruch noch verworfen werden, wenn eine Abwägung der Interessen der beweisführenden Partei und der des minderjährigen Zeugen zugunsten des letzteren ausfällt⁴³. Der Minderjährigenschutz gewinnt besonderes Gewicht, wenn es sich um eine Ehe- und Familiensache handelt; hier ist der jugendliche Zeuge zusätzlich über die Zeugenpflichten als solche in seinen familiären und verwandschaftlichen Beziehungen betroffen. Sein Schutz ist hier nicht allein durch die Einräumung eines Zeugnisverweigerungsrechtes zu gewährleisten, sondern bei kindlichen Zeugen auch durch die Zurückweisung des Beweisanspruches.

Die Entscheidung über die Zurückweisung der Beweisantretung wegen Benennung eines minderjährigen Zeugen steht grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts⁴⁴.

⁴³So im Ergebnis auch *Wieczorek*, § 286 Anm. C IV a 3, der in Ehesachen Kinderaussagen "um der Kinder willen" nicht erlauben will; *Schönke*, FS für Rosenberg, S. 221. Nach *Stern*, DJZ 1910, 1002, 1003 sollten Kinderaussagen in Bagatellsachen (im Strafverfahren) durch die Einräumung eines besonderen Zeugnisverweigerungsrechtes verhindert werden. Der Schutzbedürftigkeit des Zeugen ist aber durch die Einräumung von Zeugnisverweigerungsrechten nicht ausreichend Rechnung getragen, da sie nur die Aussagepflicht, nicht aber die Erscheinungspflicht endgültig aufhebt. Auch bliebe denkbar, daß über die Berechtigung zur Zeugnisverweigerung ein Zwischenstreit geführt wird, wodurch der Schutz wieder in Frage gestellt wäre. In diesem Zusammenhang auch *Stein-Jonas-Schumann*, Vor § 373 Rn 33. Zum Zeugnisverweigerungsrecht des minderjährigen Zeugen unten § 6.

⁴⁴*OLG Köln*, Jur.Büro 1969, 645. Gegen die Annahme eines Ermessensspielraumes bei der Ablehnung von Beweisansprüchen *Teplitzky*, JuS 1968, 71, 73 - die Bindung der Entscheidung an enge Voraussetzungen schließt jedoch einen Entscheidungs- und Beurteilungsspielraum des Richters nicht aus.

IV. Glaubwürdigkeits- und Eignungsgutachten

Der Ablehnung eines Zeugenbeweisantrages kann auch nicht durch einen gesonderten Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens über die Eignung des Zeugen begegnet werden. Zum einen ist kein Zeuge zur Mitwirkung, sondern allenfalls zur Duldung entsprechender Untersuchungen verpflichtet⁴⁵, zum anderen handelte es sich bei einem derartigen Antrag um einen bloßen Beweisermittlungsantrag, dem nachzukommen das Gericht zumindest im Rahmen des Beibringungsgrundsatzes grundsätzlich nicht verpflichtet ist⁴⁶.

Die Einwilligung in eine Begutachtung zur Feststellung der Zeugeneignung oder der Glaubwürdigkeit ist vom Zeugen zu erklären. Fehlt ihm die Fähigkeit, die Bedeutung seiner Einwilligung zu verstehen und danach zu handeln, entscheiden die gesetzlichen Vertreter kraft ihres Personensorgerechts⁴⁷. Die Vorschriften des materiellen Rechts über die Geschäftsfähigkeit sind nicht anwendbar, weil es sich nicht um eine rechtsgeschäftliche, sondern um eine prozessuale Erklärung handelt; die Einwilligung ist deshalb wie der Verzicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht zu behandeln⁴⁸.

⁴⁵Kritisch *Dippel*, FS für Tröndle, S. 599, 621 ff.; *Löwe-Rosenberg-Dahs*, § 81 c Rn 8 f.; *Stein-Jonas-Schumann*, Vor § 373 Rn 37 ff, 40 Fn 66; *Panhuisen*, S. 81 ff zum Glaubwürdigkeitsgutachten; *Musielak-Stadler*, Rn 102 ff.

⁴⁶Vgl. *Goldschmidt*, Der Prozeß, S. 445 Fn 2339; derselbe, ZPR, S. 136; *Stein-Jonas-Leipold*, § 284 Rn 40. Im Strafverfahren ist dagegen grundsätzlich die Einschränkung durch § 244 IV StPO zu beachten; dazu *BGHSt.* 3, 27, 29 f.; 3, 52 ff.; 13, 297, 300; *BGH*, NStZ 1981, 400; 85, 420; *Kleinknecht/Meyer*, § 244 Rn 74. Der *BGH* vertritt die Auffassung, daß das erkennende Gericht im Regelfall selbst ausreichende Sachkenntnis besitzt, um die Glaubwürdigkeit zu beurteilen, nur in Ausnahmefällen wie etwa eigentümlicher Wesensart des Zeugen komme daher eine Untersuchung durch einen Sachverständigen in Betracht. Für den Fall der Zeugeneignung gilt grundsätzlich dasselbe, da es auch dort letztendlich um die Beweiskraft einer erstatteten oder noch zu erstattenden Aussage geht.

⁴⁷Ebenso *Löwe-Rosenberg-Dahs*, § 81 c Rn 8, 43 f m.w.N. zum Strafverfahren.

⁴⁸Vgl. unten § 6. Im Strafprozeßrecht ergibt sich dies aus der Verweisung des § 81 c III 2 StPO auf § 52 II 2 StPO. Da der Schutz des kindlichen Zeugen von der Verfahrensart unabhängig zu gewährleisten ist, besteht kein Grund, im Zivilprozeß die Einwilligung in die Begutachtung und den Verzicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht ungleich zu behandeln.

C. Rechtsbehelfe gegen die Entscheidung über einen Beweisantrag

Soweit das Gericht einem Beweisantrag auf Vernehmung eines kindlichen Zeugen nachkommt und entsprechend den §§ 358 ff ZPO einen Beweisbeschluß faßt, kommen gegen diesen Beschluß wegen § 355 II ZPO keine Rechtsmittel in Betracht. Die Zivilprozeßordnung kennt keine selbständige Entscheidung über die Erheblichkeit einer Tatsache, die Beweisbedürftigkeit und die -last in Form eines Beweisinterlokutes⁴⁹. Dies gilt auch für die Frage der Zulässigkeit und der Geeignetheit des Beweismittels selbst. Für den Zeugen ergibt sich dies darüberhinaus auch aus dem Umstand, daß seine Zeugenpflichten durch persönliche Eigenschaften im Grundsatz nicht aufgehoben werden und daher kein subjektives Recht auf eine bestimmte Ermessensausübung seitens des Gerichts angenommen werden kann.

Der Gegner des Beweisführers hat allerdings die Möglichkeit, einen Zwischenstreit über die Zulässigkeit der Beweiserhebung zu führen. Umgekehrt hat auch der Beweisführer diese Möglichkeit, wenn das Gericht seinen Antrag erkennbar nicht berücksichtigt. Das Gericht entscheidet in diesen Fällen durch Zwischenurteil gemäß § 303 ZPO⁵⁰. Das Zwischenurteil ist jedoch keine selbständige Entscheidung, sondern Teil des Endurteils; selbständige Rechtsbehelfe scheiden daher aus⁵¹. Beruht die Sache auf einem nach Ansicht der Parteien unvollständig aufgeklärten Sachverhalt, was die Verwertung der Aussage eines ungeeigneten Zeugen einschließen kann, stehen somit nur Berufung und Revision zur Verfügung⁵².

⁴⁹Bruns, Rn 175; Mühl, ZZP 66, 165 ff; Rosenberg-Schwab, § 119 IV 2 c.

⁵⁰Bruns, Rn 173 a; Goldschmidt, Der Prozeß, S. 451; Rosenberg-Schwab, § 58 III 1 a; Stein-Jonas-Schumann, § 359 Rn 5.

⁵¹Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 359 Anm. 3; Stein-Jonas-Schumann, § 359 Rn 6. Anders bei Entscheidungen des beauftragten oder ersuchten Richters (§ 366 ZPO), worauf in diesem Zusammenhang aber nicht einzugehen ist, da bei einer Beschwerde gegen dessen Entscheidung das Prozeßgericht entscheidet und insofern wieder das Gesagte gilt; Wieczorek, § 366 Anm. B II.

⁵²LG Traunstein, FamRZ 1964, 97; Stein-Jonas-Leipold, § 284 Rn 52 zur Revision.

Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß grundsätzlich jeder Minderjährige als Zeuge vernommen werden kann, das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen aber ungeeignete Beweisanträge verwerfen darf. Bei Kindern unter sechs Jahren ist zu vermuten, daß die Eignung fehlt. Die Parteien haben gegenüber der Zurückweisung keine gesonderte Anfechtungsmöglichkeit, können aber die Vermutung fehlender Zeugeneignung bei Kindern im Vorschulalter widerlegen. Die Widerlegung setzt voraus, daß der Beweisantrag durch Angaben über besondere Umstände substantiiert wird, aufgrund derer erwartet werden kann, daß das Kind über die Beweistatsache doch eine verwertbare Aussage machen kann.

Die Stellung des Minderjährigen als Zeuge im Zivilprozeß

§ 4 Die Ladung des minderjährigen Zeugen

A. Zweck und Inhalt der Ladung

Nach § 377 II ZPO muß ein Zeuge, dessen Vernehmung das Prozeßgericht durch einen entsprechenden Beweisbeschluß angeordnet hat, von Amts wegen geladen werden. Eine Ausnahme gilt für den gestellten, d.h. einen bereits von der Partei zur mündlichen Verhandlung mitgebrachten Zeugen¹. Die Ladung erfolgt in der Regel formlos, sofern das Gericht nicht ausnahmsweise die förmliche Zustellung angeordnet hat².

Die Ladung ist die Aufforderung an den Zeugen, am angegebenen Gerichtsort zu erscheinen; sie konkretisiert damit die vorher nur als allgemeine staatsbürgerliche Zeugenpflicht bestehende Erscheinspflicht³ auf das Erscheinen zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort. Die Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechtes suspendiert die Erscheinspflicht nach Maßgabe des § 386 III ZPO zumindest vorläufig⁴.

¹*Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 377 Anm. 1 A; *Stein-Jonas-Schumann*, § 377 Rn 2. Bis 1976 war dies in § 357a ZPO gesetzlich geregelt; nach dieser Vorschrift konnten Zeugen und Sachverständige sofort vernommen werden, sofern sie zur Stelle waren oder unverzüglich gestellt werden konnten.

²Die förmliche Zustellung kann insbes. angeordnet werden, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, der Zeuge werde sich seiner Erscheinspflicht entziehen. Aufgrund des sicheren Nachweises des Zugangs der Ladung lassen sich in diesem Fall Ordnungsmittel zügiger verhängen, *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 377 Anm. 1 C.

³*Bruns*, Rn 184 a; näher zu den Zeugenpflichten unten § 5 A.

⁴ Zum Zeugnisverweigerungsrecht unten § 6.

Der notwendige Inhalt der Ladung ergibt sich aus § 377 II ZPO. Danach muß die Ladung neben der Bezeichnung der Parteien, des Gerichts und des Gegenstands der Vernehmung auch einen Hinweis auf die Folgen eines unentschuldigten Fernbleibens enthalten. Der Zeuge soll dadurch in die Lage versetzt werden, sich auf seine Aussage vorzubereiten⁵. Darüberhinaus ist eine ordnungsgemäße Ladung Voraussetzung für die Ausübung staatlicher Zwangsmaßnahmen, mit denen das unentschuldigte Fernbleiben des Zeugen sanktioniert wird.

B. Adressat der Ladung

Bei einem Minderjährigen als Zeugen stellt sich die Frage, ob er selbst Adressat der Ladung ist oder ob statt seiner die Ladung an die gesetzlichen Vertreter zu richten ist.

I. Der Minderjährige als Ladungsadressat

Da der Minderjährige selbst Zeuge ist und das Gericht nicht notwendigerweise Kenntnis vom Alter des Zeugen hat⁶, ergibt sich schon daraus die Notwendigkeit, die Ladung an den Minderjährigen persönlich zu richten. Damit ist jedoch noch nicht entschieden, ob die Ladung des Minderjährigen allein bereits ausreicht⁷ oder ob die Beteiligung der Eltern geboten ist, wenn etwa der Geladene der Aufforderung gar nicht folgen kann. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn der minderjährige Zeuge, der noch im Vorschulalter sein kann, an einem nicht am Wohnort befindlichem Gericht vernommen werden soll.

⁵Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 377 Anm. 2; Stein-Jonas-Schumann, § 377 Rn 9; Thomas-Putzo, § 377 Anm. 1.

⁶Dazu noch unter § 4 B III.

⁷So aber Schimmack, JW 1924, 1667, der de lege ferenda allenfalls erweiterte Möglichkeiten der Ersatzzustellung in Betracht ziehen will.

II. Ladung der gesetzlichen Vertreter

1. Die entsprechende Anwendung des § 171 ZPO

Die Durchführung der Ladung des minderjährigen Zeugen ist nicht unumstritten. So wird teilweise erwogen, § 171 I, III ZPO heranzuziehen. Nach dieser Vorschrift erfolgt die Zustellung bei einem nicht prozeßfähigen Adressaten an mindestens einen der gesetzlichen Vertreter. Die Vorschrift regelt unmittelbar nur die Zustellung an eine prozeßunfähige Partei, nicht aber an den Zeugen. Es käme daher allenfalls eine entsprechende Anwendung in Betracht⁸, da eine spezielle Regelung zum Zeugenrecht nicht besteht. Dagegen spricht jedoch zum einen, daß § 171 ZPO gerade auf die Parteieigenschaft abstellt und für die förmliche Zustellung eine Regelung trifft, die bei der Zeugenladung nur ausnahmsweise anzuordnen ist. Darüberhinaus stellt § 171 ZPO als entscheidendes Kriterium auf die Prozeßfähigkeit ab und entscheidet je nach Vorliegen dieser Eigenschaft über die Frage des Zustellungsadressaten. Auf die Prozeßfähigkeit kommt es aber bei der Ladung des Zeugen nicht an, weil auch der Prozeßunfähige zeugnisfähig und damit zeugnispflichtig ist⁹. Eine analoge Anwendung des § 171 ZPO ist daher abzulehnen, zumal sie keine differenzierenden Lösungen zulassen würde, wie sie im Hinblick auf den durchaus unterschiedlichen Entwicklungsstand der Minderjährigen und der damit zusammenhängenden Rechtsposition geboten ist¹⁰.

Das gesetzliche Vertretungsrecht der Eltern nach § 1629 I BGB ist als Grundlage für die ausschließliche Zustellung der Ladung an die gesetzlichen Vertreter ebenfalls nicht geeignet, da es sich nicht um die Entgegennahme einer Willenserklärung handelt¹¹.

⁸So offenbar *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 377 Anm. 1 C a.E.; auch *Skupin*, MDR 1965, 865, 866 nimmt an, daß die Erziehungsberechtigten Ladungsadressaten sind, weil sie auch für das Erscheinen des Kindes verantwortlich seien.

⁹Ebenso *Wieczorek*, § 380 Anm. A I b 1.

¹⁰Gegen eine undifferenzierte Analogie auch *Stein-Jonas-Schumann*, § 377 Rn 3.

¹¹Die Entgegennahme der Ladung, durch die die öffentlich-rechtliche Erscheinungspflicht konkretisiert wird, wäre eher als amtsähnliche Handlung anzusehen, unter der die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht ohne Befugnis der Eltern zu einer eigenen Willensentschließung verstanden wird; dazu *Soergel-Strätz*, § 1629 Rn 7.

2. Einsichtsfähigkeit als bestimmendes Merkmal

Als vermittelnde Lösung wird vorgeschlagen, die Frage des Adressaten der Ladung von der Einsichtsfähigkeit des zu ladenden Minderjährigen abhängig zu machen. Dieser Auffassung zufolge ist derjenige, der bereits in der Lage ist, Inhalt und Bedeutung der Ladung zu verstehen und ihr Folge zu leisten, stets selbst zu laden. In den übrigen Fällen, insbesondere bei sehr jungen Zeugen, die ohne Begleitung ihrer gesetzlichen Vertreter oder sonstiger Erwachsener nicht am Gerichtsort erscheinen können, hat die Ladung der gesetzlichen Vertreter, regelmäßig der Eltern, zu erfolgen¹². Letzteres soll nach dieser Ansicht auch bei Zweifeln über die Einsichtsfähigkeit gelten; nach Vollendung des 14. Lebensjahres könne ein Zeuge in der Regel bereits selbst geladen werden¹³.

III. Stellungnahme

1. Der Minderjährige als alleiniger Ladungsadressat

Die Zustellung allein an die gesetzlichen Vertreter berücksichtigt die eigenständige prozessuale Rechtsstellung des Minderjährigen nicht hinreichend. Andererseits besteht die Gefahr, daß die Ladung des Minderjährigen selbst zumindest dann ihren Zweck verfehlt, wenn der Jugendlichen ihre Bedeutung nicht erkennen und der Aufforderung zum Erscheinen nachkommen kann. Dieser Konflikt scheint durch die zuletzt genannte, vermittelnde Ansicht sachgerecht gelöst zu werden, da sie eine Beteiligung der gesetzlichen Vertreter nur insoweit vorsieht, als sie zum Schutz des Minderjährigen erforderlich ist und im übrigen auf die selbständige Zeugenstellung des Minderjährigen abstellt.

Zweifelhaft ist jedoch die Praktikabilität dieses eher theoretischen Lösungsansatzes. Die Verknüpfung der Frage des richtigen Adressaten der Ladung und gegebenenfalls des Zustellungsempfängers mit der Einsichtsfä-

¹²So Stein-Jonas-Schumann, § 377 Rn 3; ähnlich für die StPO Kleinknecht-Meyer, § 48 Rn 7.

¹³Stein-Jonas-Schumann, § 377 Rn 3.

higkeit des Zeugen belastet bereits die Ladung mit praktisch schwierigen Abgrenzungsproblemen. Die Einsichtsfähigkeit kann stets nur individuell bestimmt werden, sieht man von den eindeutigen Bereichen am untersten und oberen Rand der Altersskala ab. Ohne unmittelbaren Eindruck des Gerichts von der Persönlichkeit des Zeugen ist dieses regelmäßig nicht in der Lage, die Entwicklung und die Reife des Zeugen zu beurteilen. Die Möglichkeit zur persönlichen Beurteilung durch das Gericht soll durch die Ladung aber erst vorbereitet werden¹⁴. Diese Schwierigkeiten werden noch verstärkt, wenn berücksichtigt wird, daß die Beweisantretung durch die Benennung des Zeugen einschließlich der ladungsfähigen Anschrift und des Beweisthemas geschieht. Sonstige Angaben und hier insbesondere des Alters des Zeugen sind nicht erforderlich¹⁵.

Die Schwierigkeiten können nicht gänzlich vermieden werden, doch sollte ein Weg gewählt werden, der den praktischen Bedürfnissen am weitesten entgegen kommt. Von daher erscheint es angemessen, die Ladung stets an den Minderjährigen selbst zu richten. Nur dieser unterliegt den Zeugenpflichten und ihm steht auch die Entscheidungsbefugnis zu, ob er den Pflichten Folge leisten will, wenn ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht¹⁶.

2. Die Benachrichtigung der gesetzlichen Vertreter

Die Ladung des Zeugen ist um die Benachrichtigung der gesetzlichen Vertreter zu ergänzen, sobald dem Gericht bekannt wird, daß der Zeuge minderjährig ist. Dies erfolgt am zweckmäßigsten durch die Ladung zu Händen der gesetzlichen Vertreter¹⁷ oder einem nachträglichen Hinweis mit gesondertem Schreiben. Die Eltern sind im Rahmen ihres Personensorge-

¹⁴Ähnlich *Löwe-Rosenberg-Gollwitzer*, § 214 Rn 3; *Skupin*, MDR 1965, 865, 866.

¹⁵Anderes gilt nach hier vertretener Auffassung für Zeugen vor Vollendung des sechsten Lebensjahres; vgl. oben § 3 B III 2 b. Die Ablehnung eines Beweisantrages setzt allerdings voraus, daß das Gericht Anlaß zu Zweifeln an der Eignung des Zeugen hat. Diese Zweifel werden häufig auf einem unmittelbaren Eindruck von der Zeugenpersönlichkeit beruhen.

¹⁶Zur Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechts durch einen Minderjährigen unten § 6 B, C.

¹⁷Auch *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 377 Anm. 1 C; *Zöller-Stephan*, § 377 Rn 1, empfehlen die Ladung zu Händen der gesetzlichen Vertreter als zweckmäßig. Für die StPO *KMR-Paulus*, § 48 Rn 13; *Löwe-Rosenberg-Dahs*, § 48 Rn 10.

rechts nach § 1626 II BGB verpflichtet dafür Sorge zu tragen, daß der Minderjährige seinen Zeugenpflichten, hier also zunächst der Erscheinspflicht, nachkommt¹⁸. Dazu müssen sie jedoch Kenntnis von der Ladung haben, was wiederum die Ladung zu Händen der gesetzlichen Vertreter voraussetzt.

Dies gilt grundsätzlich auch, wenn die Eltern selbst Partei des Prozesses und Beweisführer sind. Nur wenn im Einzelfall eine Interessenkollision zu befürchten ist, etwa wenn im Scheidungsverfahren der Eltern das gemeinsame Kind von dem Elternteil als Zeuge benannt wurde, der das Sorgerecht in tatsächlicher Weise nicht ausübt, kann die Bestellung eines Ergänzungspflegers bereits für die Ladung des Minderjährigen erforderlich werden¹⁹.

Voraussetzung ist, daß dem Gericht überhaupt Anhaltspunkte für die Minderjährigkeit des Zeugen vorliegen, was bei Zweifeln durch Rückfragen an die beweisführende Partei zu klären ist²⁰.

¹⁸OLG Hamm, NJW 1965, 1613; Skupin, MDR 1965, 865, 867. Das OLG Saarbrücken, MDR 1974, 859, 860 = NJW 1974, 1959, 160 hält die Eltern für berechtigt, ihr Kind von der Hauptverhandlung fernzuhalten, wenn anderenfalls Entwicklungs- oder Erziehungsschäden drohen. Nur unter diesen Voraussetzungen stehe der Zeugenvernehmung ein Hindernis entgegen; kein Hindernis bestehe, wenn die Eltern mangels ausreichendem Grund gezwungen werden können, das Kind zur Verhandlung zu bringen. Das OLG Saarbrücken setzt sich mit der Frage, ob und wie die Eltern bei unberechtigter Weigerung gezwungen werden können, gerade nicht auseinander. Zur Mitwirkungspflicht der Eltern unten § 4 C III.

¹⁹Soweit aufgrund der Interessenskollision Anlaß zu der Besorgnis besteht, ein Elternteil werde das Kind davon abhalten oder daran hindern, der Aufforderung der Ladung nachzukommen, sind die zur Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes bei Beteiligung eines oder beider Elternteile dargelegten Grundsätze entsprechend heranzuziehen; dazu unten § 6 C III, IV.

²⁰Das ergibt sich aus §§ 139, 278 III ZPO und dem Rechtsgedanken des § 356 ZPO. Ist das Gericht in diesem Punkt seiner Aufklärungspflicht nicht nachgekommen, tritt keine Präklusion ein; Stein-Jonas-Leipold, § 296 Rn 73; Thomas-Putzo, § 296 Anm. 1 g; Wieczorek, § 373 Anm. D II.

3. Hinweispflicht der Parteien

Der Beweisführer ist aufgrund seiner Prozeßförderungspflicht²¹ gehalten, entsprechende Angaben von sich aus zu machen und gegebenenfalls die Vermutung fehlender Zeugeneignung bei Kindern unter sechs Jahren²² zu widerlegen. Unterläßt die beweisführende Partei die erforderlichen Angaben und erreicht die Ladung deshalb ihren Zweck nicht, etwa weil das Gericht nur den Minderjährigen selbst geladen hat und die gesetzlichen Vertreter davon keine Kenntnis hatten oder sie sich nicht verpflichtet fühlten, das Kind zum Termin zu bringen, so geht dies prozessual zu Lasten der Partei. Voraussetzung ist allerdings, daß der Beweisführer die erforderlichen Umstände, aus denen sich seine besondere Erklärungspflicht ergibt, selbst kannte oder kennen mußte. Nur bei schuldhaften Verstößen gegen prozessuale Pflichten kommen entsprechende Sanktionen in Betracht²³. Dabei ist zu unterscheiden, ob der Zeuge bereits verspätet benannt wurde, oder ob er zwar rechtzeitig, aber im oben genannten Sinne unvollständig benannt wurde. Im ersten Fall kann der Beweisantrag nach Maßgabe des § 296 II ZPO als präkludiert zurückgewiesen werden²⁴. Anderenfalls muß dem Beweisführer seitens des Gerichts eine Frist gesetzt werden, binnen derer er sich über die Unvollständigkeit zu erklären hat²⁵; nach erfolglosem Ablauf der Frist kann der Beweisantrag gemäß § 356 ZPO verworfen werden.

Der Fall des unterbliebenen Hinweises auf das jugendliche Alter durch die Partei ist daher gleich dem Fehlen einer ladungsfähigen Anschrift oder

²¹Sie ergibt sich auch aus § 282 I ZPO und gebietet den Parteien, ihre Beweismittel frühzeitig und umfassend anzubieten, *Stein-Jonas-Leipold*, § 282 Rn 19. Die Parteien entsprechen der Prozeßförderungspflicht nicht durch unvollständige Beweisanträge; ähnlich *LG Frankfurt*, NJW-RR 1986, 143. Zum Verhältnis von Prozeßförderungspflicht und Präklusion auch *Franke*, NJW 1986, 3049, 3053; *Kallweit*, S. 24 ff. Kritisch zu dem Begriff der Prozeßförderungspflicht *Leipold*, ZJP 93, 237 ff.

²²Vgl. oben § 3 B III 2 c.

²³So setzt die Präklusion verspäteten Vorbringens als Einschränkung des rechtlichen Gehörs stets die schuldhafte Verletzung prozessualer Obliegenheiten voraus; *BGH*, NJW 1989, 227 f; *Franke*, NJW 1986, 3049 ff m.w.N.; *Kallweit*, S. 66 ff; *Leipold*, ZJP 93, 237 ff; *Schwab/Gotwald*, Verfassung und Zivilprozeß, S. 61 f;

²⁴*Stein-Jonas-Leipold*, § 296 Rn 45; *Stein-Jonas-Schumann*, § 356 Rn 1.

²⁵Aus Gründen der Rechtsklarheit über den Lauf der Frist muß die Fristsetzung förmlich zugestellt werden, *BGH*, NJW 1989, 227 f; dazu auch *BVerfG*, NJW 1984, 1026

der Beweisantretung durch den Zeugen "N.N."²⁶ zu behandeln. Hier wie dort kann der Zeuge wegen eines Unterlassens der beweisführenden Partei nicht zum Termin geladen werden, was die Gefahr der Verzögerung des Verfahrens schafft.

C. Ordnungsmittel bei Nichterscheinen

I. Darstellung und Verwirkung der Ordnungsmittel

Erscheint der Zeuge trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht, ist er nach § 380 ZPO von Amts wegen²⁷ zur Tragung der durch sein Ausbleiben verursachten Kosten zu verurteilen und mit Ordnungsmitteln zu belegen.

Als Ordnungsmittel ist in erster Linie die Verhängung eines Ordnungsgeldes vorgesehen, das gemäß Art. 6 EGStGB zwischen fünf und eintausend DM liegen kann. Zugleich ist ersatzweise für den Fall, daß das Ordnungsgeld nicht beigetrieben werden kann, eine Ordnungshaft zwischen einem Tag und sechs Wochen anzudrohen²⁸. Bei wiederholtem Ausbleiben sieht § 380 II ZPO darüberhinaus die zwangsweise Vorführung des Zeugen vor. Die Verurteilung in die durch das Ausbleiben verursachten Kosten steht neben der Verhängung der genannten Ordnungsmittel.

Neben einer formal ordnungsgemäßen Ladung setzt die Verhängung von Zwangsmaßnahmen voraus, daß die Ladung statthaft war; dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn der Zeuge bereits von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat²⁹. Dagegen kann die fehlende Eignung

²⁶Zum Zeugen "N.N." und der nachträglichen Bezeichnung von Zeugen *Rixecker*, NJW 1984, 2135 f; *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 356 Anm. 1 A b; *Stein-Jonas-Leipold*, § 296 Rn 45; *Thomas-Putzo*, § 296 Anm. 2 b; *BGH*, NJW 1989, 227 f.

²⁷*Bergerfurth*, JZ 1971, 84, 86; *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 380 Anm. 1 C a; *Zöller-Stephan*, § 380 Rn 3.

²⁸Art. 7 EGStGB; *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 380 Anm. 1 C c.

²⁹Vgl. § 386 III ZPO, wonach der Zeuge nach schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärter Zeugnisverweigerung nicht zum Termin zu erscheinen braucht. Ferner *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 380 Anm. 1 A; *Wieczorek*, § 380 Anm. A II c.

des Zeugen allein nicht schon zur Unstatthaftigkeit der Ladung führen, da das Gericht durch die Ladung gerade zu erkennen gegeben hat, daß ein Fall fehlender Eignung nicht vorliegt. Anderenfalls wäre bereits der Beweisantrag verworfen worden und die Ladung unterblieben. Bereits verhängte Maßnahmen sind nach Maßgabe des § 381 ZPO wieder zurückzunehmen, wenn der Zeuge sein Fernbleiben ausreichend entschuldigt.

II. Die Verhängung von Ordnungsmitteln gegen einen Minderjährigen

1. Ordnungsmittel und Kostentragung

Der Minderjährige ist stets selbst Adressat der Ladung und der damit verbundenen Aufforderung, vor Gericht zu erscheinen. Die Erscheinungspflicht ist höchstpersönlicher Natur³⁰, so daß zunächst an die Verhängung von Ordnungsmitteln gegen den Jugendlichen selbst zu denken ist.

Die Verhängung von Ordnungsmitteln gegen Minderjährige wurde nach einer früher vertretenen Auffassung ohne Einschränkung für zulässig erachtet. Begründet wurde dies damit, daß es sich bei den Folgen unentschuldigter Fehls nicht um eine Strafe für kriminelles Unrecht, sondern lediglich um eine Ordnungsstrafe handele³¹. Dementsprechend konnte auch ein strafunmündiger Minderjähriger mit einer Ordnungsstrafe belegt werden, es sei denn, im Einzelfall entfiel der Schuldvorwurf, etwa weil die Eltern das Kind am Erscheinen vor Gericht hinderten³².

Gegen diese Meinung wurde eingewendet, die Verhängung eines Ordnungsgeldes ziehe wegen der regelmäßig vorliegenden Vermögenslosigkeit des Kindes den Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe nach sich, was dem Willen des Gesetzgebers widerspreche³³. Dabei ist aber zu beachten, daß es sich nicht nur um ein Problem der Vollstreckbarkeit handelt, sondern um die Frage der Zulässigkeit der Verhängung von Ordnungsmitteln überhaupt.

³⁰Zu den Zeugenpflichten näher unten § 5 A.

³¹RG GA 59, 131 f; Renner, Das Recht 1917, 378, 379; OLG Köln, NJW 1978, 2515, 2516.

³²So etwa aus neuerer Zeit OLG Hamm, NJW 1965, 1613.

³³Skupin, MDR 1965, 865, 866; LG Bremen, NJW 1970, 1429 f.

Richtigerweise kann die Unterscheidung zwischen Kriminalstrafe und Ordnungsunrecht nicht mehr als allein maßgeblich angesehen werden. Auch bei den in § 380 ZPO vorgesehenen Maßnahmen handelt es sich um eine Sanktion repressiven Charakters für pflichtwidriges Verhalten³⁴. Die Sanktion setzt regelmäßig Vorwerfbarkeit und diese wiederum Schuldfähigkeit voraus³⁵. Das Verschulden als Voraussetzung für die Verurteilung in Ordnungsmittel ergibt sich auch aus § 381 ZPO, wonach bei genügender Entschuldigung des Zeugen die Pflichtwidrigkeit entfällt. Bei einem minderjährigen Zeugen ist die Schuldfähigkeit positiv festzustellen³⁶.

Der Gesetzgeber hat im Bereich des Strafrechts und des Jugendstrafrechts sowie des Ordnungswidrigkeitenrechts eine Vermutung normiert, wonach Jugendliche unter 14 Jahren nicht schuldfähig sind. Obwohl die Zivilprozeßordnung keine eigene Regelung dieser Frage enthält, entspricht es allgemeiner Überzeugung, die Schuldfähigkeit wegen des strafähnlichen Charakters der Ordnungsmittel ebenfalls dieser Altersgrenze zu unterwerfen³⁷. Die Deliktsfähigkeit nach Bürgerlichen Recht ist demgegenüber kein geeigneter Ansatzpunkt, weil § 828 BGB nur die zivilrechtliche Haftung und den Schadensausgleich gegenüber Dritten betrifft, jedoch keinen Strafcharakter besitzt³⁸.

³⁴So auch *Schneider*, NJW 1979, 987, 988 unter Hinweis auf die "Parallelwertung in der Laiensphäre", die in beiden Fällen eine Bestrafung erblicke. *Brehm*, NJW 1976, 1730, 1731 stellt (bei Ordnungsmitteln nach § 890 ZPO) auf dieselbe Wirkung beim Betroffenen ab. Ebenso *OLG Hamm*, NJW-RR 1987, 765, 766.

³⁵Ähnlich zu den Ordnungsmitteln nach § 890 ZPO auch *BVerfGE* 20, 223, 331; 58, 159, 162, wonach der Grundsatz "nulla poena sine culpa" Verfassungsrang genießt und für alle Strafarten mit Sühnecharakter gilt. Ferner *Brehm*, NJW 1974, 1730 f. Zur Abgrenzung von Ordnungs- und Zwangsmitteln unten § 5 C.

³⁶*Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 380 Anm. 1 C c.

³⁷*Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, ebenda; *Stein-Jonas-Schumann*, § 380 Rn 15; *Zöller-Stephan*, § 380 Rn 7; *Musielak-Stadler*, Rn 76. *Wieczorek*, § 380 Anm. A I und A II c 2, hält es unter Hinweis auf § 107 BGB für bedenklich, Minderjährige über sieben Jahre mit Ordnungsgeld oder Ersatzordnungshaft zu belegen. Die Bezugnahme auf die Vorschriften des materiellen Rechts über die Geschäftsfähigkeit ist jedoch abzulehnen, da § 380 ZPO keine rechtsgeschäftliche oder rechtsgeschäftsähnliche Haftung betrifft. Ebenso im Strafprozeß *Kleinknecht-Meyer*, § 51 Rn 15; *Löwe-Rosenberg-Dahs*, § 51 Rn 2; *Skupin*, MDR 1965, 865, 866 f; *LG Bremen*, NJW 1970, 1430 zur StPO. Anders aber bei den Kosten.

³⁸*MünchKomm-Mertens*, Vor §§ 823 - 853 Rn 41; *Erman-Drees*⁷, Vor § 823 Rn 48 ff. Einschränkung *Erman-Schiemann*⁸, ebenda Rn 12 ff.

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, daß gegen einen schuldunfähigen Minderjährigen, mithin vor Vollendung des 14. Lebensjahres, keine Ordnungsmittel verhängt werden können. Nach Vollendung des 14. Lebensjahres kommen Ordnungsgeld und Ordnungshaft in Betracht, wenn der Zeuge im Einzelfall die notwendige Verstandesreife hatte, die Bedeutung der Ladung und die Folgen seines Ausbleibens zu verstehen. Fehlt es hieran, kann auch dem bereits älteren Minderjährigen kein Schuldvorwurf gemacht werden.

Nach § 381 ZPO entfällt bei hinreichender Entschuldigung auch die Verpflichtung, die durch das Ausbleiben verursachten Kosten zu tragen³⁹. Auch insoweit kommt es daher auf Verschulden an. Die Schuldfähigkeit ist als Fähigkeit zu verstehen, die Folgen eigenen Verhaltens vorherzusehen und entsprechend dieser Einsicht zu handeln. Sie ist bezüglich der Ordnungsmittel und der Kostentragungspflicht vom Gericht von Amts wegen getrennt zu prüfen. Es ist nicht auszuschließen, daß der Minderjährige zwar eine Bestrafung, nicht aber die Verurteilung in die Kosten als Folge seines Ausbleibens verstehen konnte⁴⁰.

Da die Auferlegung der Kosten keine Sanktion für pflichtwidriges Verhalten darstellt, sondern ein Ausgleich für die vom Zeugen verursachten Mehrkosten des Verfahrens, die sonst den Parteien zur Last fielen, ist m.E. daran zu denken, die Verantwortung des Minderjährigen insoweit nicht entsprechend § 19 StGB zu regeln, sondern analog der deliktischen Haftung nach Bürgerlichem Recht. Nach § 828 II BGB kommt die Auferlegung der Kosten damit bereits mit Vollendung des 7. Lebensjahres in Betracht, wenn der Minderjährige zur Zeit der Ladung die Fähigkeit zu der Einsicht hatte, daß sein Verhalten zusätzliche Kosten verursacht und ihm auch im übrigen ein Schuldvorwurf im Sinne des § 828 II BGB gemacht werden kann.

³⁹Zu den Kosten gehören z.B. Reisekosten der Parteien und gerichtliche Kosten zur Überprüfung eines Entschuldigungsgrundes; *Bergerfurth*, JZ 1971, 84, 86; *Wieczorek*, § 380 Anm. B II a 1.

⁴⁰*Stein-Jonas-Schumann*, § 380 Rn 15.

2. Die zwangsweise Vorführung

Zu klären bleibt, ob trotz der im Einzelfall unzulässigen Verhängung von Ordnungsmitteln, wenigstens die zwangsweise Vorführung des Zeugen gemäß § 380 II ZPO angeordnet werden kann. Bedeutung gewinnt dies insbesondere, wenn die gesetzlichen Vertreter bereits zu erkennen gegeben haben, daß sie das Kind nicht zum Termin bringen werden.

Für den Strafprozeß, der in § 51 StPO eine ähnliche Regelung enthält, wird die zwangsweise Vorführung eines Schuldunfähigen für zulässig erachtet. Die Vorführung stelle keine Ahndung eines Gesetzesverstoßes dar, sondern diene lediglich dazu, das Erscheinen des Zeugen sicherzustellen⁴¹.

Dagegen spricht jedoch, daß auch die sonstigen Ordnungsmittel das Ziel verfolgen, den Zeugen zum Erscheinen anzuhalten. Darüberhinaus ist nach § 380 II ZPO die zwangsweise Vorführung anders als im Strafprozeß erst nach erfolgloser Verhängung eines Ordnungsmittels zulässig. Bei einem Minderjährigen, der noch nicht schuldfähig ist, könnte die Vorführung daher nur angeordnet werden, wenn zuvor ein offensichtlich unzulässiges Ordnungsmittel verhängt würde. Die besondere Eingriffsintensität gerade der zwangsweisen und gegen den Willen der Eltern durchgeführten Vorführung⁴² erfordert den besonderen Schutz des Minderjährigen. Dem kann nur dadurch Rechnung getragen werden, die Einsichtsfähigkeit auch gerade im Hinblick auf diese Folge des Ausbleibens als Voraussetzung zu fordern. Die Vorführung ist daher nur rechtmäßig, wenn der Zeuge im strafrechtlichen Sinne schuldfähig ist und hinreichende Verstandesreife zum Zeitpunkt des Vernehmungstermins hatte.

⁴¹Löwe-Rosenberg-Duhs, § 51 Rn 2; Kleinknecht-Meyer, § 51 Rn 20; Günter, JA 1979, 428. OLG Düsseldorf, FamRZ 1973, 547 hält die zwangsweise Vorführung einer nach damaligem Recht noch Minderjährigen für zulässig; zu dieser Entscheidung auch unten § 5 A I.

⁴²Skupin, MDR 1965, 865, 866 weist darauf hin, daß für das Kind regelmäßig die Entscheidung der Eltern maßgebend sein wird, ob es zur Vernehmung erscheint oder nicht, so daß die zwangsweise Vorführung gegen den Willen der Eltern oder sogar gegen deren Widerstand erfolgen müßte.

III. Ordnungsmittel gegen die gesetzlichen Vertreter

Die gesetzlichen Vertreter sind im Rahmen ihres Sorgerechts nach § 1626 II BGB verpflichtet, den Minderjährigen zum Erscheinen vor Gericht zu veranlassen und ihn gegebenenfalls selbst zum Termin zu bringen⁴³. Dies gilt auch, wenn die gesetzlichen Vertreter selbst nicht als Zeugen oder Partei geladen sind, sondern nur aus Zweckmäßigkeitserwägungen neben dem Zeugen über dessen Ladung in Kenntnis gesetzt wurden⁴⁴.

Soweit der Minderjährige nicht mit Ordnungsmitteln belegt werden kann, weil ihm noch die notwendige Einsichtsfähigkeit fehlt, wurde vereinzelt erwogen, statt dessen die gesetzlichen Vertreter Zwangsmaßnahmen zu unterwerfen, wenn sie schuldhaft ihre Pflichten verletzen⁴⁵. Da § 380 ZPO jedoch nur Sanktionen gegen den Zeugen vorsieht, fehlt für eine Bestrafung der gesetzlichen Vertreter eine gesetzliche Grundlage⁴⁶.

Auch die Verpflichtung der gesetzlichen Vertreter, im Rahmen ihres Personensorgerechts das Kind zum Erscheinen anzuhalten, kann keine Ordnungsmittel rechtfertigen⁴⁷. Es handelt sich nicht um eine prozessuale Pflicht gegenüber den Parteien oder dem Gericht, sondern nur um eine Verpflichtung gegenüber dem Kind. Daher kann die Einhaltung dieser Pflicht nicht mit Mitteln erzwungen werden, die gerade für die prozessualen Zeugenpflichten vorgesehen sind.

Das *OLG Saarbrücken* hat in einem Strafverfahren infolge der Weigerung der Sorgeberechtigten, den kindlichen Zeugen zum Termin mitzubringen, ein nicht zu beseitigendes Hindernis im Sinne des § 251 I Nr. 2 StPO angenommen⁴⁸. Das Gericht ist daher im Ergebnis ebenfalls von der Unzulässig-

⁴³Skupin, MDR 1965, 865, 867; *OLG Saarbrücken*, MDR 1974, 859, 860 = NJW 1974, 1959 f.

⁴⁴Zum Adressaten der Ladung oben § 4 B.

⁴⁵So z.B. Bosch, S. 57; Grundmann, S. 98 jedoch ohne Begründung.

⁴⁶*OLG Hamm*, NJW 1965, 1613; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 380 Anm. 1 C c; Stein-Jonas-Schumann, § 380 Rn 15; Zöller-Stephan, § 380 Rn 7. Zur StPO Kleinknecht/Meyer, § 51 Rn 1; Löwe-Rosenberg-Dahs, § 51 Rn 4; Skupin, MDR 1965, 865, 867;

⁴⁷*OLG Hamm*, NJW 1965, 1613.

⁴⁸*OLG Saarbrücken*, MDR 1974, 859, 860 = NJW 1974, 1959, 1960; dazu auch Kleinknecht / Meyer, § 251 Rn 7.

keit des Zeugenzwangs gegen die gesetzlichen Vertreter ausgegangen, denn nur dann kann ein nicht zu beseitigendes Hindernis angenommen werden.

Unabhängig von Sanktionen nach § 380 ZPO soll aber die Möglichkeit bestehen, nach § 1666 BGB vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen bis hin zu einer Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts anzuregen⁴⁹. *Skupin* begründet dies damit, daß die grundlose oder sachlich nicht gerechtfertigte Weigerung der Eltern, das Kind als Zeuge vernehmen zu lassen, häufig auf eine "staatsfeindliche Beeinflussung" des Kindes schließen lasse⁵⁰.

Dagegen ist jedoch einzuwenden, daß § 1666 BGB dem Schutz des Kindes vor mißbräuchlicher Sorgerechtsausübung und Versagen der Eltern dient⁵¹. Soweit diese Voraussetzungen im Einzelfall gegeben sind, mag ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichtes gerechtfertigt sein. Es kann aber nicht schon immer dann ein Fall des Mißbrauchs oder des Versagens angenommen werden, wenn die Eltern nicht für das Erscheinen des geladenen Kindes sorgen⁵². Staatliche Eingriffe in das Erziehungsrecht der Eltern, auch in Gestalt vormundschaftsgerichtlicher Maßnahmen, sind ferner nur zulässig, um Schäden für das Kind abzuwenden⁵³. Der Einsatz des Vormundschaftsgerichtes zur mittelbaren Sanktionierung der Eltern wegen Verletzung ihrer Mitwirkungspflichten ist daher abzulehnen.

Die Erscheinenspflicht des strafunmündigen Minderjährigen ist somit nicht strafbewehrt, insbesondere kann das Erscheinen vor Gericht nicht erzwungen werden⁵⁴. Es handelt sich um eine "lex imperfecta", was jedoch als Folge des Minderjährigenschutzes von den Betroffenen, insbesondere der beweisführenden Partei hinzunehmen ist.

⁴⁹*Skupin*, MDR 1965, 865, 868.

⁵⁰*Skupin*, ebenda. Zur Aufsicht des Vormundschaftsgerichtes nach § 1666 BGB allgemein *Beitzke*, § 31 I; *Gernhuber*, § 49 VIII 3 bis 5 und unten § 6 C II 2.

⁵¹*Soergel-Strätz*, § 1666 Rn 16 ff; *MünchKomm-Hinz*, § 1666 Rn 20 ff.

⁵²Zum Verhältnis zwischen Erscheinenspflicht und Aufenthaltsbestimmungsrecht näher unten § 5 A I.

⁵³*BVerfGE* 24, 119, 144 f. *Erman-Michalski*, § 1666 Rn 1 unter Hinweis, darauf, daß die Vorschrift dem Schutz des Kindes, nicht der Besserung der Eltern diene.

⁵⁴Zu den Sanktionen bei Verletzung der sonstigen Zeugenpflichten, insbesondere § 390 ZPO unten § 5 C.

IV. Nachträgliche Entschuldigung gemäß § 381 ZPO

Die Verhängung von Ordnungsmitteln unterbleibt, bereits verhängte Ordnungsmittel sind wieder aufzuheben, wenn der Zeuge sein Fernbleiben genügend entschuldigt und die Gründe glaubhaft macht⁵⁵.

Da gegen den schuldunfähigen Zeugen die Verhängung von Ordnungsmitteln stets unzulässig ist, kommt es auf seine Gründe für das Fernbleiben regelmäßig nicht an. Wurden dennoch Ordnungsmittel verhängt, sind sie von Amts wegen⁵⁶ wieder aufzuheben. Entsprechendes gilt für den bereits strafmündigen Zeugen, der nicht die erforderliche Verstandesreife hatte, die Ladung zu verstehen. Er ist auch dann als entschuldigt anzusehen, wenn die gesetzlichen Vertreter die Möglichkeit der Aufklärung hatten, sie davon aber keinen Gebrauch machten. Anderenfalls würde der Minderjährige aufgrund einer Sorgerechtsverletzung der Eltern mit Ordnungsmitteln belegt.

Der strafmündige Zeuge mit ausreichender Verstandesreife ist einem Volljährigen gleichzustellen, so daß insoweit keine Besonderheiten auftreten⁵⁷. Da das Gericht die Entschuldigungsgründe von Amts wegen zu beachten hat, wenn Umstände für deren Vorliegen gegeben sind und hier auch solche Umstände zu berücksichtigen sind, die dem Gericht von dritter Seite zur Kenntnis gebracht werden⁵⁸, kommt es auf die Vertretungsmacht der Eltern oder ihre Verhinderung im Einzelfall nicht an.

⁵⁵Neben der Entschuldigung hat der Betroffene auch die Möglichkeit der Beschwerde nach § 380 III ZPO; *Stein-Jonas-Schumann*, § 381 Rn 14; *Zöller-Stephan*, § 381 Rn 4. Dazu unten § 10 B.

⁵⁶*Stein-Jonas-Schumann*, § 381 Rn 3.

⁵⁷Die Gleichstellung gilt allerdings auch hinsichtlich der Einlegung der Beschwerde nach § 380 III ZPO; zur Beschwerde allgemein unten § 10 B II 1.

⁵⁸*Stein-Jonas-Schumann*, § 381 Rn 3.

V. Beschwerde gegen die Verhängung von Ordnungsmitteln

Nach § 380 III ZPO findet gegen Gerichtsbeschlüsse, durch die ein Zeuge in Ordnungsgeld, -haft oder die Kosten verurteilt wird, die einfache Beschwerde statt. Im Zusammenhang mit dem Zeugenbeweis sind Beschwerdemöglichkeiten ferner in § 387 III, § 390 III ZPO vorgesehen. Unterschiede liegen hier jeweils nur im Hinblick auf den Beschwerdegegenstand vor; die Rechtsstellung des Minderjährigen im Beschwerdeverfahren soll daher im Zusammenhang mit dem Zwischenstreit nach §§ 387, 388 ZPO dargestellt werden⁵⁹.

Ergebnis

Adressat der Zeugenladung ist regelmäßig der Zeuge selbst, also auch der minderjährige Zeuge. Nur wenn dem Gericht Anhaltspunkte für die Minderjährigkeit des Zeugen überhaupt vorliegen, erfolgt die Ladung zu Händen der gesetzlichen Vertreter oder durch gesonderte Mitteilung, wenn die Minderjährigkeit dem Gericht erst nach der Ladung, aber vor der Vernehmung bekannt wird. Nur so ist sichergestellt, daß die Ladung ihren Zweck erreichen kann. Auf die Einsichtsfähigkeit des Zeugen hinsichtlich Inhalt und Bedeutung der Ladung braucht das Gericht nicht zu achten.

Erreicht die Ladung ihren Zweck nicht, weil die beweisführende Partei es unterlassen hat, auf das Alter des Zeugen hinzuweisen, geht dies zu ihren Lasten.

Ordnungsmittel können nur dem Jugendlichen auferlegt werden, der zur Zeit der Ladung bereits das 14. Lebensjahr vollendet hat und darüberhinaus die geistige Reife besitzt, seine Erscheinungspflicht und gegebenenfalls die jeweiligen Folgen unentschuldigten Fernbleibens zu begreifen und entsprechend zu handeln. Dies gilt im besonderen Maße für die zwangsweise Vor-

⁵⁹Unter § 10.

führung. Die Kostentragungspflicht entsteht wegen der fehlenden Straffunktion bereits mit Deliktsfähigkeit analog § 828 II BGB.

Die gesetzlichen Vertreter sind aufgrund ihres Sorgerechts verpflichtet, das Kind zur Verhandlung zu bringen oder sonst sein Erscheinen zu gewährleisten. Verstöße der Eltern hiergegen können jedoch nicht nach § 380 ZPO geahndet werden.

§ 5 Die Zeugnispflichten

A. Darstellung

Die Zeugnispflicht ist ein öffentlich-rechtliches Gebot, das sich aus der Pflicht zum Erscheinen vor Gericht, zur Erstattung einer wahrheitsgemäßen und vollständigen Aussage sowie gegebenenfalls zur Eidesleistung zusammensetzt¹. Sie ist nicht ausdrücklich geregelt, wird aber vom Gesetz vorausgesetzt. Dies ergibt sich schon aus der Existenz gesetzlich geregelter Zeugnisverweigerungsrechte und der Möglichkeit, bei Verstößen gegen Zeugnispflichten Ordnungs- und Zwangsmittel zu verhängen². Sie dienen dem Schutz der Rechtsordnung und sind darüberhinaus höchstpersönlicher Natur³. Nach dem Gesagten treffen diese Pflichten jedermann, also auch den Minderjährigen, sofern er nur ordnungsgemäß geladen wurde und nicht von der deutschen Gerichtsbarkeit befreit ist⁴.

¹RGZ 20, 378 ff; *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, Übers. § 373 Anm. 3 A; *Bruns*, Rn 184; *Goldschmidt*, Der Prozeß, S. 109; *Niese*, S. 142 f; *R. Schmidt*, S. 478 f; *Stein-Jonas-Schumann*, Vor § 373 Rn 31; ebenda, Einl. Rn 236. Der Hinweis, es handele sich um eine staatsbürgerliche Pflicht ist dagegen ungenau und führt nicht darüber hinweg, daß es sich um eine prozessuale Pflicht handelt, weil sie stets nur innerhalb eines Prozesses besteht; dazu *Lent*, ZZP 67, 344, 353 f.

²Vgl. dazu *Gebhardt*, S. 45.

³BGHZ 48, 324; *Rosenberg-Schwab*, § 123 III; *Stein-Jonas-Schumann*, Vor § 373 Rn 17.

⁴*Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, Übers. § 373 Anm 3 A; *Rosenberg-Schwab*, § 123 III.

I. Die Erscheinspflicht und das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Sorgeberechtigten

Die Erscheinspflicht besagt, daß der Zeuge an dem in der Ladung bestimmten Termin vor Gericht anwesend zu sein hat. Bei einem minderjährigen Zeugen stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, in welchem Verhältnis die Pflicht zum Erscheinen an einem bestimmten Ort und einer bestimmten Zeit zu dem in § 1631 I BGB geregelten Aufenthaltsbestimmungsrecht der gesetzlichen Vertreter steht, mit anderen Worten, ob die gesetzlichen Vertreter ihre Zustimmung zum Erscheinen des Minderjährigen erteilen müssen bzw. sie versagen können⁵. In einem vergleichbaren Fall, der ein Strafverfahren und hier die Teilnahme der nach damaligem Recht mit 19 Jahren noch minderjährigen Zeugin an einem auswärtigem Ortstermin betraf, war vom Ausgangsgericht den Eltern, die ihre Zustimmung nicht erteilt hatten, das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Dauer der Reise entzogen und auf einen Pfleger übertragen worden. Das *OLG Düsseldorf* rügte diese Maßnahme als nicht notwendig, da zumindest bei ausreichender geistiger Reife das Erscheinen des aussagebereiten Minderjährigen auch ohne Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes erzwungen werden könne⁶. Eine Begründung enthält die Entscheidung nicht, obgleich ihr im Ergebnis zuzustimmen ist.

Die Pflicht zum Erscheinen wird gemäß § 386 III ZPO nur durch die Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechtes zumindest vorläufig suspendiert⁷. Bei der Entscheidung über die Ausübung des Weigerungsrechtes sind die gesetzlichen Vertreter jedoch nur in Ausnahmefällen beteiligt. Demgegenüber würde ein Rückgriff auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht, das seiner Intention nach nicht den kurzfristigen Aufenthaltsort, sondern Wohnsitz und -ort meint⁸, zu einer dem Sinn und Zweck des Zeugnisverweigerungs-

⁵*Skupin*, MDR 1965, 865 ff hält das Aufenthaltsbestimmungsrecht auch im Zusammenhang mit Untersuchungen nach § 81c StPO für bedeutsam.

⁶*OLG Düsseldorf*, FamRZ 1973, 547 f.

⁷*Bruns*, Rn 184 a; *Niese*, S. 143.

⁸*MünchKomm-Hinz*, § 1631 Rn 18; *Soergel-Strätz*, § 1631 Rn 17; *Staudinger-Donau*, § 1631 Rn 315. Soweit ersichtlich wurde der Konflikt zwischen Erscheinspflicht und Aufenthaltsbestimmungsrecht der Eltern mit Ausnahme des genannten Urteils des *OLG Düsseldorf* bisher nicht problematisiert.

rechtes und der gesetzlichen Zeugenpflichten des Minderjährigen widersprechenden Beteiligung der Eltern in jedem Fall führen.

Das Aufenthaltsbestimmungsrecht leitet sich aus dem Recht der elterlichen Sorge gemäß § 1626 BGB ab. Das Sorgerecht der Eltern besteht jedoch nicht unbeschränkt⁹, zumal es auch nicht in vollem Umfang, sondern lediglich in seinem Kernbereich an der Grundrechtsgarantie des Art. 6 II GG teilnimmt, der seinerseits auch verfassungsimmanente Schranken unterliegt¹⁰. Die Schranken ergeben sich dabei nicht nur aus der Zielsetzung der elterlichen Sorge selbst, sondern auch aus dem Verhältnis zu anderen, gleichrangigen Rechtsgütern. So enthält beispielsweise die - landesrechtlich normierte - Schulpflicht¹¹ eine öffentlich-rechtliche Pflicht, hinter der das elterliche Bestimmungsrecht zurücktritt¹².

Die Zeugenpflicht ist ebenfalls eine öffentlich-rechtliche Pflicht, die dem hochrangigen öffentlichen Interesse an der Rechtspflege dient. Dies rechtfertigt eine Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes. Die Eltern sind nicht nur zur Duldung verpflichtet, sondern sie haben das ordnungsgemäß geladene Kind¹³ zum tatsächlichen Erscheinen anzuhalten und gegebenenfalls zum Termin mitzubringen¹⁴.

⁹Beitzke, § 27 IV 1 nimmt es als geradezu selbstverständlich an, daß das elterliche Recht der Aufenthaltsbestimmung gegenüber öffentlich-rechtlichen Aufenthaltspflichten zurücktritt.

¹⁰BVerfGE 24, 119, 143 zu den Schranken des Art. 6 II GG; Maunz in Maunz-Dürig, Art. 6 Rn 24 b und Rn 26.

¹¹Z.B. Art. 35 IV 2 BayEUG: "Er (der Schüler) hat insbesondere die Pflicht, die Schule zu besuchen und sich am Unterricht zu beteiligen." und Art. 54 BayEUG: "Die Erziehungsberechtigten sind verpflichtet, um die gewissenhafte Erfüllung der schulischen Pflichten ... besorgt zu sein ...".

¹²Maunz in Maunz-Dürig, Art. 7 Rn 21 g; Erman-Michalski, § 1631 Rn 5.

¹³Zur Ladung oben § 4.

¹⁴OLG Hamm, NJW 1965, 1613; OLG Saarbrücken, MDR 1974, 859; Skupin, MDR 1965, 865, 876. Zur Verhängung von Ordnungsmitteln gegen die Eltern, die das Kind am Erscheinen hindern s.o. § 4 C III.

II. Die Aussagepflicht

1. Inhalt und Umfang der Aussagepflicht

Die eigentliche Zeugnispflicht ist unzweifelhaft die Pflicht zur wahrheitsgemäßen und vollständigen Aussage; sie umfaßt die Beantwortung aller Fragen zu dem in der Ladung gem. § 377 II Ziff. 2 ZPO benannten Beweisthema sowie gem. § 395 II ZPO Fragen zu den persönlichen Verhältnissen des Zeugen¹⁵. Soweit es bei der Ausübung eines Zeugenrechts auf eine bestimmte geistige Reife ankommt, wird das erkennende Gericht¹⁶, das die Beweisaufnahme durchführt, nicht umhin kommen, gegebenenfalls durch geeignete Fragen festzustellen, ob bei einem Minderjährigen diese Voraussetzung vorliegt. Das Gericht ist hierbei aber gerade in den Fällen, in denen Zweifel an der Verstandesreife des Zeugen bestehen, durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Pflicht zur Wahrung der Menschenwürde¹⁷ zur Zurückhaltung bei der Prüfung der geistigen Fähigkeiten verpflichtet.

2. Befreiung von der Aussagepflicht bei fehlender Verstandesreife

a) Die Ansicht von Karl Peters

Die Aussagepflicht wird durch die Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechtes zunächst vorläufig, bei Verzicht der Parteien auf den Zeugen oder nach rechtskräftiger Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Weigerung endgültig aufgehoben¹⁸. Zum Strafprozeßrecht hat Karl Peters die Ansicht entwickelt, die Vernehmung eines Zeugen sei gänzlich ausgeschlossen, wenn dem Zeugen die für die Lösung der Konfliktslage durch wirksamen Verzicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht erforderliche Verstandes-

¹⁵Bruns, Rn 184 b, c; Rosenberg-Schwab, § 123 V.

¹⁶BGHSt 14, 159, 160; BayObLG NJW 1967, 206, 209.

¹⁷Vgl. allgemein Stein-Jonas-Schumann, Vor § 373 Rn 35; derselbe, § 395 Rn 3. Zur Durchführung der Vernehmung unter Berücksichtigung des Zeugen- und Minderjährigenschutzes vgl. unten § 8 B, C.

¹⁸Zur Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes vgl. § 6.

reife fehle¹⁹. Danach käme es bei einem nicht einsichtsfähigen minderjährigen Zeugen²⁰ nicht auf die wirksame Ausübung eines Weigerungsrechtes an, weil bereits bei Vorliegen der Weigerungsvoraussetzungen eine dauerhafte Befreiung von der Aussagepflicht gegeben wäre.

Peters begründet seine Meinung damit, daß eine Zustimmung der gesetzlichen Vertreter nicht möglich sei, weil ihre Interessen an einer Aussage denen des Kindes völlig entgegengesetzt sein können und die als Folge der Aussage drohenden seelischen Belastungen des Zeugen nicht von Dritten auferlegt werden dürfen. Die gerichtliche Fürsorgepflicht gebiete daher den Verzicht auf das Beweismittel²¹. Dafür spricht nach *Peters* auch die Vermeidung praktischer Schwierigkeiten bei der Bestimmung der zur Zustimmungserteilung befugten gesetzlichen Vertreter sowie der Ausschluß der Gefahr einer Beeinflussung der Aussage²².

b) Stellungnahme

Der dargestellten Ansicht kann nicht beigetreten werden. Der Strafgesetzegeber hat durch die Einführung des § 52 II StPO nunmehr entschieden, daß eine Zeugenvernehmung auch bei Verstandesunreife nicht ipso iure ausgeschlossen ist. Die Bedenken, die sich aus der Beeinflussungsmöglichkeit des Zeugen ergeben, können das Beweisinteresse nicht aufwiegen. Dies gilt ebenso im Zivilprozeß.

Darüberhinaus ist die Argumentation von *Peters* insoweit bedenklich, als er die Fürsorgepflicht in der Form des Verzichts auf das Beweismittel nur weigerungsberechtigten Zeugen zugute kommen lassen will. Das Fürsorgebedürfnis beruht in erster Linie auf der Unreife des Minderjährigen. Zwar wirkt sich die Entscheidungsunreife nur dann aus, wenn eine Entscheidung zu treffen ist. Dies ist wiederum nur bei gegebenem Zeugnisverweigerungsrecht der Fall. Angesichts der Tatsache, daß gegen schuldunfähige Minder-

¹⁹K. *Peters*, Gutachten, S. 115 ff; derselbe, JR 1970, 308 f. Ähnlich will *Moritz*, S. 412 auf die Ladung und damit auch auf die Vernehmung solcher Zeugen verzichten. *Hauser*, S. 68 f hält in Zivilverfahren einen Verzicht auf Kinder als Beweismittel für denkbar.

²⁰Zur Einsichtsfähigkeit als Ausübungsvoraussetzung unten § 6 A.

²¹K. *Peters*, JR 1970, 308 f.

²²K. *Peters*, Gutachten, S. 116 f.

jährige Ordnungs- und Zwangsmittel nicht verhängt werden dürfen²³, besteht rein faktisch ein Entscheidungsspielraum bei jedem dieser Zeugen. Darüberhinaus läßt der Verzicht auf das Beweismittel keine Möglichkeit zur Prüfung offen, ob der Schutz des Minderjährigen nicht auf andere Weise gewahrt werden kann, ohne die Parteien übermäßig in ihrem rechtlichen Gehör und Beweismöglichkeiten einzuschränken²⁴.

Zum anderen geht auch die Annahme fehl, daß die seelischen Belastungen dem Zeugen nicht von Dritter Seite auferlegt werden dürfen. Diese Gefahr besteht nicht, weil die Zustimmung der Eltern weder Aussagepflicht noch Aussagezwang des Kindes²⁵ begründet. Die Einverständniserklärung der Eltern hat daher nur bei fortdauernder Aussagebereitschaft des Kindes Auswirkungen.

Es ist daher festzuhalten, daß die fehlende Verstandesreife die Aussagepflicht nicht berührt. Eine Befreiung tritt erst mit wirksamer Zeugnisverweigerung ein. Dies gilt im übrigen auch dann, wenn das Gericht wegen fehlender Zeugeneignung bereits den Beweisantrag auf Vernehmung des Zeugen abgelehnt hat²⁶. Mangels Ladung des Zeugen konkretisieren sich die Zeugnispflichten gar nicht, so daß es keiner Befreiung von der Aussagepflicht bedarf.

III. Die Eidespflicht

Unter den Voraussetzungen des § 391 ZPO ist jeder Zeuge auch verpflichtet, seine Aussage zu beeiden oder zumindest nach § 484 ZPO eidesgleich zu bekräftigen²⁷.

Anders als die Zeugnisfähigkeit und die Zeugeneignung ist die Eidesfähigkeit ausdrücklich gesetzlich geregelt. Nach § 393 ZPO dürfen Personen,

²³Vgl. unten § 5 C.

²⁴Zu denken ist hier insbesondere an die nichtöffentliche Vernehmung unter Ausschluß auch der Parteien; vgl. unten § 8 B, C.

²⁵BGHSt 14, 159, 160; 21, 303, 306; OLG Stuttgart, FamRZ 1965, 515, 516; Staudinger-Donau, § 1626 Rn 75; Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 7; ferner unten § 5 C I.

²⁶Im Einzelnen dazu oben § 3 B.

²⁷Zöller-Stephan, § 391 Rn 1.

die nicht die Verstandesreife besitzen, die Bedeutung des Eides zu verstehen sowie generell alle Minderjährigen vor Vollendung des 16. Lebensjahres nicht vereidigt werden²⁸.

Sofern diese Ausnahmen nicht gegeben sind, liegt die Vereidigung im Ermessen des Gerichts²⁹. Erst mit der Anordnung entsteht die Eidespflicht im konkreten Fall. Die Beeidigung erfolgt stets nach Erstattung der Aussage, da die Zivilprozeßordnung nur noch den Nacheid kennt³⁰.

B. Die Weigerungsrechte als Einreden gegen Zeugnispflichten

I. Rechtliche Einordnung

1. Die Zeugnisverweigerungsrechte

Das Zeugnisverweigerungsrecht läßt sich als eine Art prozessuale Einrede qualifizieren³¹, deren Geltendmachung die Möglichkeit einer Befreiung von Erscheinens-, Aussage- und Eidespflicht schafft. Die Befreiung tritt daher nicht bereits bei Vorliegen der objektiven Voraussetzungen der §§ 383 ff ZPO ein, sondern erst, wenn der Zeuge eine entsprechende Erklärung, die den Erfordernissen des § 386 ZPO zu entsprechen hat, abgibt.

Orlowsky vertritt die Ansicht, daß die Erklärung über die Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechtes wegen des öffentlich-rechtlichen Charakters

²⁸Eine inhaltlich übereinstimmende Regelung enthält § 60 Nr. 1 StPO für das Strafverfahren. Infolge der Einschränkung der Eidesfähigkeit entfallen größtenteils die Probleme, die sich im Zusammenhang mit der selbständigen Ausübung des Zeugnisverweigerungsrecht und der Belehrung des Minderjährigen ergeben. Dazu auch unten § 5 B I 2.

²⁹*Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 391 Anm. 2 D; *Stein-Jonas-Schumann*, § 391 Rn 1, 6 f; *Thomas-Putzo*, § 391 Anm. 1.

³⁰Zum Nacheid auch *Rosenberg-Schwab*, § 123 VI; *Stein-Jonas-Schumann*, § 392 Rn 1; ferner unten § 5 B I 2.

³¹*Niese*, S. 143 f; *Rosenberg-Schwab*, § 123 V 2. *Goldschmidt*, ZPR, § 47 2 b bezeichnet das Zeugnisverweigerungsrecht als Beweishindernis; ähnlich auch *E. Peters*, ZZP 77, 444, 459, der von einer "Rechtswohltat für den Zeugen" spricht.

der Zeugenpflichten eine ebenfalls öffentlich-rechtliche Willenserklärung sei³². Damit sind jedoch keine weiteren Schlußfolgerungen verbunden, die eine Beantwortung der offenen Fragen gestatten, die sich im Zusammenhang mit einem minderjährigen Zeugen stellen. Offen bleibt nach dieser Ansicht auch, nach welchem Recht die Ausübungserklärung in anderen Rechtswegen, etwa im Zivilprozeß oder im Verwaltungsverfahren zu beurteilen wäre.

Die Qualifizierung als öffentlich-rechtliche Willenserklärung erschwert den Blick darauf, daß es sich um ein rein prozessuales Problem handelt³³, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Minderjähriger ein Zeugnisverweigerungsrecht wirksam selbständig ausüben kann.

Das Zeugnisverweigerungsrecht hat auch keinen Doppelcharakter in dem Sinne, daß es sich um eine materiell-rechtliche und prozessuale Handlung zugleich handelt³⁴. Soweit damit die Vorstellung verbunden ist, daß neben den prozessualen Voraussetzungen weitere Ausübungsvoraussetzungen vorliegen müssen, liegt darin eine gesetzlich nicht geregelte und sachlich nicht gerechtfertigte Einschränkung des Zeugnisverweigerungsrechts³⁵.

Problematischer ist der Hinweis, daß die Geltendmachung eines Zeugnisverweigerungsrechts im Prozeß eine Prozeßhandlung darstelle³⁶. Danach müßten die Prozeßhandlungsvoraussetzungen vorliegen, um die Einrede gegen die Zeugenpflichten wirksam erheben zu können. Dazu gehören unter anderem die Partei- und die Prozeßfähigkeit³⁷. Bei konsequenter Betrachtung

³²Orlowsky, S. 47 zur StPO.

³³Dies gilt auch für die Feststellung, daß das Prozeßrecht als solches öffentliches Recht ist, da sich daraus ebenfalls keine konkreten Folgen ableiten und begründen lassen; ähnlich *Stein-Jonas-Schumann*, Einl. Rn 95.

³⁴So aber *Niese*, S. 53 u. 142 f und *Orlowsky*, S. 47 ff, die dies durch die Bezeichnung als "doppelfunktionelle Prozeßhandlung" zum Ausdruck bringen.

³⁵Allgemein zum Doppelcharakter von Prozeßhandlung und materiell-rechtlicher Handlung *Stein-Jonas-Leipold*, Vor § 128 Rn 254 ff, der eine Kumulation verschiedener Voraussetzungen ablehnt; ebenso *Rosenberg-Schwab*, § 63 I a.E.

³⁶So *Bosch*, S. 39; *Gebhardt*, S. 79; *E. Schmidt*, JR 59, 369 f (zur StPO). Zum Begriff der Prozeßhandlung allgemein *Rosenberg-Schwab*, § 63 IV; *Stein-Jonas-Leipold*, Vor § 128 Rn 157 ff m.w.N.; *OLG Stuttgart*, NJW 1971, 2237, 2239.

³⁷*Bosch*, S. 40; *Grundmann*, S. 11; *Stein-Jonas-Leipold*, Vor § 128 Rn 183; *Thomas-Putzo*, Einl. III 2; *Zöller-Vollkommer*, Vor § 50 Rn 17 ff.

tung könnte ein Minderjähriger nie ein Zeugnisverweigerungsrecht selbständig geltend machen, weil ihm regelmäßig die Prozeßfähigkeit fehlt³⁸.

Diese Konsequenz wird jedoch weder von der Literatur noch von der Rechtsprechung gezogen³⁹. Die Prozeßfähigkeit als Ausübungsvoraussetzung würde dem Wesen des Zeugnisverweigerungsrechtes als höchstpersönliche Entscheidung nicht gerecht, weil die Folgen der Entscheidung über Aussage oder Verweigerung und der damit verbundene Gewissenskonflikt von dem Erreichen der Prozeßfähigkeit unabhängig sind⁴⁰. Im übrigen definiert § 51 ZPO Prozeßfähigkeit als Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen. Dies spricht ebenfalls gegen eine Erstreckung dieser Voraussetzungen auf Dritte, soweit sie keine parteiähnliche Stellung inne haben⁴¹.

Nach Meinung von *Bosch* wird der Zeuge durch die Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechtes aber Verfahrensbeteiligter im weiteren Sinne⁴². Der Minderjährige sei insoweit teilprozeßfähig. Die von *Bosch* zum Vergleich herangezogenen Vorschriften betreffen jedoch Situationen, in denen der Minderjährige tatsächlich Beteiligter ist. Dies gilt etwa für die minderjährige Ehefrau im Eherechtsstreit oder für Streitigkeiten des Minderjährigen im Zusammenhang mit einem Lebensbereich im Sinne der §§ 112, 113 BGB⁴³. Die bloße Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechtes macht den Zeugen demgegenüber noch nicht zum Verfahrensbeteiligten, sie soll seine Mitwirkung am Verfahren, d.h. hier an der Beweisaufnahme gerade verhindern. Etwas anderes kommt allenfalls dann in Betracht, wenn über die Weigerung des Zeugen ein Zwischenstreit geführt wird. In diesem Verfahren ist der Zeuge Beteiligter⁴⁴.

³⁸Zur Prozeßfähigkeit und zum Begriff des Minderjährigen s. oben § 1.

³⁹Auch das Gesetz stellt in § 52 II StPO auf die Einsichtsfähigkeit, nicht aber auf sonstige prozessuale Voraussetzungen ab. Zur Erklärung des Zeugen im Strafverfahren, aussagen zu wollen, wie hier K. Peters, JR 1970, 308.

⁴⁰Zum Charakter des Zeugnisverweigerungsrechtes als höchstpersönliches Recht OLG Düsseldorf, FamRZ 1973, 547; Orlowsky, S. 59 ff; Soergel-Strätz, § 1629 Rn 18; Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 2.

⁴¹Zöller-Stephan, Vor § 128 Rn 17.

⁴²*Bosch*, S. 39. Zum Versuch *Bosch's*, für den Beginn der Zeugenmündigkeit eine feste Altersgrenze zu begründen, vgl. unten § 5 B II 1.

⁴³Gegen die Annahme einer prozessualen Teiljährigkeit auch Moritz, S. 411 f.

⁴⁴Stein-Jonas-Leipold, Vor § 128 Rn 167. Zum Zwischenstreit über das Zeugnisverweigerungsrecht unten § 10 A.

Auf die Beurteilung der Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechtes als Prozeßhandlung sollte m.E. verzichtet werden. Sie ist ähnlich der Qualifizierung als öffentlich-rechtliche Willenserklärung hier ohne tatsächlichen Erkenntniswert und kann zu dem Mißverständnis führen, die Prozeßhandlungsfähigkeit als notwendige Voraussetzung der Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes anzusehen. Die Prozeßhandlungsfähigkeit ist aber nur bei Prozeßhandlungen im engeren Sinne, also solcher der Parteien erforderlich. Der Begriff der Prozeßhandlung sollte daher von vorneherein auf Handlungen der Parteien und des Gerichts beschränkt bleiben und allenfalls auf Personen mit parteiähnlicher Stellung, etwa dem Zeugen im Zwischenstreit über sein Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 387, 388 ZPO erstreckt werden⁴⁵. Auf Prozeßhandlungsfähigkeit kommt es daher bei der Erklärung über die Zeugnisverweigerung nicht an.

2. Das Eidesverweigerungsrecht

Es ist anerkannt, daß die Eidesleistung unter denselben Voraussetzungen verweigert werden kann, die auch zur Zeugnisverweigerung berechtigen⁴⁶. Damit ist grundsätzlich die selbständige Eidesverweigerung gemeint, weil bei Verweigerung bereits der Aussage eine Beeidigung gar nicht vorgenommen werden könnte⁴⁷. Die selbständige Eidesverweigerung ist gesetzlich nicht geregelt⁴⁸, doch ergibt sich ihre Zulässigkeit aus § 390 I ZPO und aus § 63 StPO⁴⁹.

⁴⁵Dies entspricht auch im wesentlichen dem Gebrauch des Begriffs im Schrifttum, *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, Grundz. § 128 Anm. 5 B; *Zöller-Stephan*, Vor § 128 Rn 17. Noch enger *Thomas-Putzo*, Einl. III 1, wonach Prozeßhandlungen nur Handlungen der Parteien, der Nebenintervenienten und deren Vertreter sind. Handlungen des Gerichtes wären damit ebenfalls keine Prozeßhandlungen.

⁴⁶BGHZ 43, 368; *Stein-Jonas-Schumann*, § 392 Rn 6; *Zöller-Stephan*, § 391 Rn 1.

⁴⁷Anders nur beim Voreid, der aber bereits im Jahre 1909 aus der ZPO gestrichen wurde; dazu *Bruns*, Rn 186 a.

⁴⁸Bis 1933 galt in § 393 Satz 1 Nr. 3 und 4 ZPO die Regelung, daß Zeugen, denen nach § 383 I Nr. 1 bis 3, § 384 Nr. 1 und 2 ZPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zustand, von dem sie jedoch keinen Gebrauch gemacht haben, den Eid verweigern konnten. Darüberhinaus hatten diejenigen, die am Ausgang des Verfahrens ein rechtliches Interesse hatten, ebenfalls ein Eidesverweigerungsrecht. Allerdings konnte das Gericht nach § 393 Satz 2 ZPO trotz der Weigerung die Beeidigung anordnen. Diese Regelung wurde durch das "Gesetz zur Änderung des

Die Eidesverweigerung kommt nur bei gegebener Eidespflicht in Betracht, mithin nur bei Minderjährigen nach Vollendung des 16. Lebensjahres und hinreichender Verstandesreife im Sinne des § 393 ZPO. Eine besondere Darstellung des Eidesverweigerungsrechts neben dem Zeugnisverweigerungsrecht erübrigt sich daher, weil bei Vorliegen der Eidespflicht gleichzeitig die Voraussetzungen für eine Gleichstellung des Minderjährigen mit einem Volljährigen vorliegen⁵⁰. Auch hinsichtlich der rechtlichen Einordnung kann mangels grundlegender Unterschiede auf die entsprechenden Ausführungen beim Zeugnisverweigerungsrecht verwiesen werden⁵¹.

II. Gesetzliche Regelung in der Zivilprozeßordnung

1. Die Zeugenmündigkeit im geltenden Recht nach der Auffassung von F. W. Bosch

Das Recht zur Verweigerung einer Zeugenaussage ist in den §§ 383 ff ZPO abschließend⁵² geregelt. Eine besondere Regelung über die Ausübung dieses Rechts durch Minderjährige enthalten diese Vorschriften nicht. Diese Gesetzeslücke⁵³ betrifft neben dem Zeugnisverweigerungsrecht selbst auch die nach § 383 II ZPO zwingend vorgeschriebene Belehrung des Zeugen.

Einen Versuch zur Schließung der Regelungslücke hat F.W. Bosch in seiner 1963 erschienenen Monographie "Grundsatzfragen des Beweisrechts"

Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" vom 27.10.1933 zugunsten der heute geltenden Fassung geändert. Die Änderung erfolgte, weil die Beeidigung überhaupt in das Ermessen des Gerichts gestellt wurde, während zuvor ein Zeuge nur ausnahmsweise unbeeidigt bleiben durfte. Eine Abschaffung des Eidesverweigerungsrechts war durch die Gesetzesänderung somit nicht beabsichtigt; dazu Rosenberg, ZZZ 58, 283, 311 ff.

⁴⁹Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 391 Anm. 2 C; Stein-Jonas-Schumann, § 392 Rn 6.

⁵⁰Zur Gleichstellung s.u. § 6 B.

⁵¹Oben § 5 B I 1.

⁵²Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Einf. Vor §§ 383-389 Anm. 1; Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 13, 16; Thomas-Putzo, § 383 Anm. 1; Wieczorek, § 383 Anm. A.

⁵³Bosch, S. 36; ebenso Orlowsky, S. 10 zur StPO vor 1974.

unternommen. Seiner Ansicht nach kann jeder Zeuge nach Vollendung des 14. Lebensjahres die Rechte und Pflichten eines Zeugen selbständig wahrnehmen. Mit diesem Alter setze die Zeugenmündigkeit ein, der Minderjährige sei dann insoweit auch prozeß- und prozeßhandlungsfähig⁵⁴. Die genannte Altersgrenze, die er als "Zeugendiskretionsalter" bezeichnet, hält *Bosch* bereits de lege lata für verbindlich⁵⁵. Er begründet dies mit einer von ihm angenommenen besonderen Bedeutung des Erreichens dieses Lebensalters, die er durch eine Analogie zu Vorschriften aus dem Gesetz zur religiösen Kindererziehung (§ 5 RKEG - Religionsmündigkeit), dem Bürgerlichem Recht (§ 1751 II BGB a.F., jetzt § 1746 BGB - Zustimmung zum Adoptionsvertrag), dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 59 FGG - Beschwerdebefugnis) und nicht zuletzt dem Strafrecht (§§ 1, 3 JGG - Strafmündigkeit) nachzuweisen versucht⁵⁶.

2. Stellungnahme

Die Thesen *Boschs* haben viel Beachtung, aber kaum Zustimmung gefunden, soweit es um die Verbindlichkeit der Altersgrenze für die Zeugenmündigkeit bereits im geltenden Recht geht⁵⁷. Zum einen, so die Gegenargumentation, handele es sich bei der genannten Altersgrenze um eine willkürlich gezogene, für die es im Gesetz keinen Anhaltspunkt gebe⁵⁸. Zum anderen obliege es allein dem Gesetzgeber, eine für das Prozeßrecht nicht unwichtige Altersgrenze festzulegen⁵⁹. Das gilt umso mehr, als der Gesetzgeber für das Strafverfahrensrecht nun eine entsprechende gesetzliche Regelung geschaffen hat, dabei aber gerade keine feste Altersgrenze festgelegt wurde⁶⁰. Den gleichen Bedenken muß auch die Ansicht *Donaus* begegnen, der unter Berufung auf die Eidesmündigkeit nach § 393 ZPO und die

⁵⁴*Bosch*, S. 47.

⁵⁵*Ebenda*, S. 58.

⁵⁶*Ebenda*, S. 46 ff.

⁵⁷Ablehnend z.B. *Lenckner*, NJW 1965, 959 f; *Orlowsky*, S. 67 f; *Staudinger-Donau*, § 1626 Rn 75.

⁵⁸*Bruns*, ZZP 77, 318; *Rosenberg-Schwab*, § 123 V 3 Fn 24; *Staudinger-Donau*, § 1626 Rn 55 Fn 2.

⁵⁹*OLG Stuttgart*, FamRZ 1965, 515, 516; *Grundmann*, S. 92; *Hampel*, FamRZ 1964, 124, 128; *MünchKomm-Hinz*, § 1626 Rn 46.

⁶⁰Zu § 52 II StPO unten § 5 B III.

Zulässigkeit der Vernehmung der minderjährigen Partei gemäß § 455 II ZPO für eine Altersgrenze von 16 Jahren plädiert, ab der die Rechte eines Zeugen selbständig ausgeübt werden dürfen⁶¹.

Die besondere und vom Gesetzgeber in anderen Bereichen durchaus anerkannte Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen⁶² läßt es, trotz der Ablehnung der eben dargestellten Meinungen, erforderlich erscheinen, auch den Minderjährigen als Zeugen stärker zu schützen. Nur so kann der Gewissenskonflikt, vor dem jedes Zeugnisverweigerungsrecht schützen will, in einer die verschiedenen Interessen berücksichtigenden Weise zum Ausgleich gebracht werden.

III. Gesetzliche Regelung in der Strafprozeßordnung, insbesondere § 52 II StPO

Auf die Zeugnisverweigerungsrechte, die in der Strafprozeßordnung geregelt sind, soll hier nur im Zusammenhang mit § 52 II StPO eingegangen werden. Diese Vorschrift wurde im Jahre 1974 durch das 9. Strafrechtsänderungsgesetz neu geschaffen⁶³. Es stellt sich die Frage, ob eine analoge Anwendung auf den Zivilprozeß möglich und zweckmäßig ist. Darüberhinaus ist aber die Entwicklung der Rechtsprechung kurz darzustellen, da die hier deutlich gewordenen Gegensätze und Konflikte auch im Zivilverfahren von Bedeutung sind.

Nach § 52 II StPO darf ein aussagebereiter Minderjähriger, dem die zum Verständnis der Bedeutung des Zeugnisverweigerungsrechtes erforderliche Verstandesreife fehlt, nur dann als Zeuge vernommen werden, wenn auch die gesetzlichen Vertreter der Vernehmung zustimmen. Die Zustimmung-

⁶¹So *Staudinger-Donau*, § 1626 Rn 75; dazu auch unten B II 2.

⁶²Der Minderjährigenschutz im Prozeßrecht ist im Vergleich zum materiellen Recht lückenhaft, *Dehmer*, S. 11 ff, 14 ff. *Moritz*, S. 42 ff weist auf den anthropologischen Ursprung des Gedankens der besonderen Schutzbedürftigkeit hin. Die Schutzbedürftigkeit rechtfertigt nach *BVerfGE* 24, 119, 144 die Anerkennung der Verantwortung der Eltern und der damit verbundenen Rechte. Erst die Schutz- und Hilfsbedürftigkeit macht das Institut der elterlichen Sorge, aber auch das "Wächteramt des Staates" erforderlich.

⁶³BGBI. I, S. 3393 vom 9.12.1974.

befugnis der gesetzlichen Vertreter entfällt, wenn auch nur einer von ihnen selbst Beschuldigter des Strafverfahrens ist. In diesem Fall ist gemäß § 1909 BGB ein Ergänzungspfleger zu bestellen, dessen Entscheidung die der Eltern ersetzt⁶⁴. Hat der Minderjährige dagegen die erforderliche Verstandesreife, ist er nach überwiegender Meinung, die sich auf einen Umkehrschluß aus § 52 II 1 StPO stützt, zur selbständigen Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts befugt⁶⁵.

Die besondere Schutzbedürftigkeit von Minderjährigen, auch im Zusammenhang mit der Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechts, war keineswegs von Anfang an selbstverständlich. So hielt das *Reichsgericht* in seiner ersten Entscheidung zu diesem Problem⁶⁶ die Belehrung des jugendlichen Zeugen für erforderlich und ausreichend. Auf das Verständnis des Minderjährigen bezüglich seines Zeugnisverweigerungsrechts sollte es nicht ankommen, solange nur der Pflicht ordnungsgemäßer Belehrung genügt war. Diese Rechtsprechung hielt das *Reichsgericht* in einer weiteren Entscheidung aufrecht, in der es den Einwand der Revision zurückwies, ein beschränkt Handlungs- und Zeugnisfähiger könne eine Erklärung über die Nichtausübung des Zeugnisverweigerungsrechts nicht rechtsverbindlich abgeben. Zur Begründung wurde angeführt, es komme lediglich auf die gesetzlich geforderte Belehrung an; ein ausdrücklicher Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht sei im übrigen nicht erforderlich⁶⁷.

Auch der *Bundesgerichtshof* lag zunächst auf dieser Linie, nachdem er wegen der Höchstpersönlichkeit des Zeugnisverweigerungsrechts und der Qualifizierung der Ausübung als Prozeßhandlung eine Vertretung des Minderjährigen für ausgeschlossen hielt⁶⁸. Erst in einer weiteren Entscheidung im Jahre 1958 änderte sich die Rechtsprechung. Nach Auffassung des *Bundesgerichtshofs* soll § 52 I StPO dem Zeugen die Möglichkeit geben, den Konflikt, einen Familienangehörigen durch eine wahrheitsgemäße Aussage zu belasten oder aber die Unwahrheit sagen zu müssen, durch Verweigerung der Aussage zu lösen; nur auf diese objektive Konfliktslage komme es

⁶⁴Kleinknecht/Meyer, § 52 Rn 20; KMR-Paulus, § 52 Rn 24; Löwe-Rosenberg-Dahs, § 52 Rn 32.

⁶⁵Löwe-Rosenberg-Dahs, § 52 Rn 22 m.w.N.; zur Gleichstellung des Minderjährigen mit ausreichender Verstandesreife mit einem Volljährigen auch unten § 6 B.

⁶⁶RGSt 4, 398 v. 14.7.1881.

⁶⁷RGSt 12, 403, 404 v. 17.9.1885.

⁶⁸BGH 5 StR 394/54 v. 30.11.1954 zit. bei BayObLG NJW 67, 206, 207.

an⁶⁹. Hat der Zeuge nicht die Verstandesreife, die Konfliktslage zu begreifen, so müsse er bei der Entscheidung durch einen vom Vormundsschaftsgericht zu bestellenden Ergänzungspfleger vertreten werden. Nur dieser Vertreter sei dann über das Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren, da sich die Vertretung auch darauf erstrecke⁷⁰. In der Folgezeit wurde die Judikatur des *Bundesgerichtshofs* differenzierter. Als wesentliche Ergänzung war die Feststellung anzusehen, ein Minderjähriger ohne ausreichende Verstandesreife dürfe auch trotz Zustimmung der gesetzlichen Vertreter das Zeugnis verweigern⁷¹. Damit wurde anerkannt, daß die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter keine Aussagepflicht zu Lasten des Minderjährigen begründen kann, wenn diesem die Aussagebereitschaft fehlt. Der Anerkennung einer eigenen Entscheidungsbefugnis auch des unreifen Zeugen korrespondierte konsequenterweise eine eigene Pflicht zur Belehrung des Zeugen selbst⁷². In einer weiteren Entscheidung machte der *Bundesgerichtshof* noch einmal deutlich, daß der gesetzliche Vertreter nicht an Stelle des kindlichen Zeugen handelt⁷³.

Die Änderung des § 52 II StPO stellt sich nach alledem als Abschluß einer durch die Rechtsprechung begonnenen Entwicklung dar, in der immer stärker versucht wurde, die Interessen der Rechtsordnung an einer möglichst umfassenden Verwertung aller zugänglichen Beweismittel einerseits, die des Minderjährigenschutzes anderseits auszugleichen⁷⁴ und dem Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts gerecht zu werden.

Für den Zivilprozeß fehlt eine entsprechende Regelung noch und auch bei Zugrundelegung einer aus der Sicht des Zeugen vergleichbaren Konflikts- und Interessenlage erscheint es fraglich, ob der Rückgriff auf die strafprozessuale Regelung allein ausreichend ist, auch im Zivilprozeß zu einer befriedigenden Lösung zu gelangen. Zweifel ergeben sich zum einen daraus, daß die ZPO weitergehende Weigerungsmöglichkeiten einräumt⁷⁵,

⁶⁹BGH GS St. 12, 235, 239 f v. 8.12.1958.

⁷⁰BGHSt 12, 235, 242.

⁷¹BGHSt 14, 159, 160 v. 2.3.1960.

⁷²BGHSt 21, 303, 306 v. 19.9.67. Zur Belehrung im einzelnen s. unten § 7.

⁷³BGHSt 23, 221, 222 v. 27.1.1970.

⁷⁴Zu den sich gegenüberstehenden Aspekten *Orlowsky*, S. 5 ff.

⁷⁵E. *Peters*, ZZZ 77, 444, 449 f erklärt dies damit, daß dem Gesetzgeber die Wahrheitsfindung im Strafprozeß besonders vordringlich erschien. Im einzelnen unten § 6.

zum anderen an den unterschiedlichen Konfliktlagen der sonstigen Verfahrensbeteiligten und der für Straf- und Zivilprozeß jeweils unterschiedlichen Gewichtung der Verfahrensziele, die auch in differierenden Beweisverfahren Ausdruck findet⁷⁶.

C. Die Ausübung von Zeugniszwang gegenüber einem minderjährigen Zeugen

I. Ordnungsmittel gemäß § 390 I ZPO

Bei unberechtigter Zeugnis- oder Eidesverweigerung durch den erschienenen⁷⁷ Zeugen kommt gemäß § 390 I ZPO die Auferlegung der dadurch verursachten Kosten sowie die Verhängung von Ordnungsgeld und -haft in Betracht. Unberechtigt ist die Zeugnisverweigerung, wenn der Zeuge überhaupt keinen oder keinen ernsthaften oder einen bereits rechtskräftig für unerheblich erklärten Grund angibt bzw. den Grund nicht glaubhaft macht⁷⁸.

Die Verurteilung erfolgt, ohne daß es eines hierauf gerichteten Antrags bedarf, mithin von Amts wegen⁷⁹. Im übrigen gilt für die erstmalige Verhängung von Ordnungsmitteln aufgrund § 390 I ZPO dasselbe, wie für Maßnahmen nach § 380 ZPO⁸⁰.

⁷⁶Die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrecht ist wegen der besonderen Bedeutung des Problems in § 6 gesondert dargestellt.

⁷⁷Die Folgen des Nicht-Erscheinens sind ausschließlich in § 380 ZPO geregelt; dazu oben § 4 C. Zum Verhältnis von § 380 ZPO und § 390 ZPO *Wieczorek*, § 390 Anm. A I a.

⁷⁸*Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 390 Anm. 2 A.

⁷⁹*Stein-Jonas-Schumann*, § 390 Rn 5.

⁸⁰Ebenda. Zu § 380 ZPO oben § 4 C II.

II. Die Erzwingungshaft nach § 390 II ZPO

Nach allgemeiner Ansicht sind die genannten Ordnungsmittel von der Verhängung der Erzwingungshaft im Sinne des § 390 II ZPO zu unterscheiden. Der maßgebliche Differenzierungsgrund wird darin gesehen, daß es sich bei der Erzwingungshaft nicht um eine Ordnungsstrafe mit echtem Strafcharakter handelt, sondern um ein Beugemittel⁸¹. Die Vorschriften der §§ 904 ff ZPO sind auf die Beugehaft anwendbar.

Voraussetzung für die Anordnung der Zwangshaft ist neben der wiederholt unberechtigten Zeugnis- bzw. Eidesverweigerung ein Antrag der beweisführenden Partei⁸². Nicht notwendig ist, daß das verhängte Ordnungsmittel im Sinne des § 390 I ZPO bereits vollstreckt wurde⁸³.

1. Die Verhängung gegen einen schuldunfähigen Zeugen

Die Unterscheidung zwischen Ordnungs- und Zwangsmitteln gewinnt Bedeutung bei der Frage, ob sie auch gegen einen Minderjährigen ausgesprochen werden dürfen. Für Ordnungsmittel als Folge unentschuldigter Fernbleibens nach § 380 ZPO ist dies zu verneinen, soweit der Minderjährige schuldunfähig oder nicht einsichtsfähig ist. Dies gilt für alle Ordnungsmittel, also auch solche nach § 390 I ZPO.

Die Verhängung der Erzwingungshaft gegen Jugendliche ist weder in der Literatur noch, soweit ersichtlich, in der Rechtsprechung angesprochen⁸⁴.

⁸¹Stein-Jonas-Schumann, § 390 Rn 11; Wieczorek, § 390 Anm. B IV; Zöller-Stephan, § 390 Rn 7 spricht von Zwangsmaßregel; Pastor, S. 4 ff zu §§ 888, 890 ZPO, wo die Unterscheidung in gleicher Weise getroffen wird. Ähnlich auch BVerfGE 43, 101, 105 (zu § 96 OWiG) wonach die Erzwingungshaft mit keinerlei Unwerturteil verbunden sei, sondern den Betroffenen vielmehr dazu mahnen solle, seine Pflicht zu erfüllen.

⁸²Der Antrag kann unter den Voraussetzungen des § 399 ZPO auch von der gegnerischen Partei gestellt werden. In Entmündigungsverfahren ist ein Antrag stets entbehrlich; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 390 Anm. 4; Stein-Jonas-Schumann, § 390 Rn 7 f.

⁸³Thomas-Putzo, § 390 Anm. 2.

⁸⁴Soweit überhaupt Äußerungen im Zusammenhang mit Minderjährigen vorliegen, beziehen sie sich auf Ordnungsmittel.

Allenfalls wird von der Unzweckmäßigkeit von Beugemitteln gegen Minderjährige gesprochen⁸⁵.

Sowohl die Aussage als auch die Eidesleistung sind höchstpersönliche Handlungen; es bietet sich daher ein Vergleich mit § 888 ZPO an. Nach dieser Vorschrift wird ein Titel auf Vornahme einer nicht vertretbaren Handlung vollstreckt, indem der sich weigernde Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und Zwangshaft angehalten wird⁸⁶. Die Möglichkeit der Verhängung gegen einen minderjährigen Schuldner wird damit gerechtfertigt, die Erzwingungsmaßnahme beziehe sich auf die geschuldete Handlung, und diese sei keine Prozeßhandlung⁸⁷.

Obgleich auch die vom Zeugen vorzunehmenden Handlungen keine Prozeßhandlungen sind⁸⁸, kann eine Verhängung von Erzwingungshaft gegen einen Schuldunfähigen oder nicht Einsichtsfähigen nicht überzeugen. Sowohl die Ordnungs- als auch die Zwangsmittel sind eine Folge der Nichterfüllung gesetzlicher Zeugenpflichten. Ihre Verhängung ersetzt weder das Erscheinen noch die Aussage des Zeugen; sie sollen diesen vielmehr dazu veranlassen, seinen Zeugenpflichten noch nachzukommen. Gegenüber dieser Funktion der Sanktionsmittel kann die Unterscheidung von Ordnungs- und Zwangsmitteln anhand ihres Straf- oder Beugecharakters keine grundlegende Bedeutung erlangen⁸⁹.

Für eine Gleichstellung bezüglich der Schuld- und Einsichtsfähigkeit spricht auch, daß nach § 390 II ZPO Voraussetzung für die Anordnung der Erzwingungshaft die vorherige Verhängung von Ordnungsmitteln ist. Letztere ist jedoch nur bei einsichtsfähigen Minderjährigen zulässig⁹⁰.

⁸⁵So etwa *Lenckner*, NJW 1965, 959, 960.

⁸⁶Auch hier handelt es sich um reine Beugemaßnahmen ohne Strafcharakter, *OLG Hamm*, NJW-RR 1988, 1087, 1088; *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 888 Anm. 3 B a ("andersartige Rechtsnachteile"); *Brehm*, NJW 1976, 1730; *Zöller-Stöber*, § 888 Rn 7.

⁸⁷In dieser Weise etwa *Stein-Jonas-Münzberg*, § 888 Rn 43, nach dessen Ansicht es im Rahmen des § 888 ZPO nicht auf Verschulden ankommt. Danach wäre die Verhängung auch gegen Schuldunfähige zulässig. Inkonsequent ist es aber, dennoch auf die Einsichtsfähigkeit in die Bedeutung des Zwangs- und Ordnungsmittels abzustellen, weil Schuldfähigkeit die Einsichtsfähigkeit voraussetzt; *Thomas-Putzo*, § 888 Anm. 3 c aa a.E.; *Zöller-Stöber*, ebenda (Fn 86).

⁸⁸Dazu oben § 5 B I 1.

⁸⁹So wohl auch *Grunsky*, S. 25 zu § 888 ZPO.

⁹⁰Oben § 5 C I und § 4 C I.

2. Zwangsmittel gegen die gesetzlichen Vertreter

Nach hier vertretener Auffassung hat die Unterscheidung zwischen Ordnungs- und Zwangsmitteln keine Auswirkungen auf die Frage, ob sie gegen Minderjährige verhängt werden können. Dasselbe gilt im Zusammenhang mit der Frage, ob an Stelle des Zeugen gegen die gesetzlichen Vertreter Zeugniszwang ausgeübt werden darf. Mangels gesetzlicher Regelung fehlt die Rechtsgrundlage für Sanktionen gegen die Eltern⁹¹.

III. Die Beschwerde gegen die Verhängung von Ordnungsmitteln

Die Verhängung von Ordnungsmitteln ist durch den Zeugen gemäß § 390 III ZPO mit dem Rechtsmittel der Beschwerde anfechtbar. Die Besonderheiten, die sich aus der Minderjährigkeit des Zeugen und gegebenenfalls Beschwerdeführers ergeben sind im Zusammenhang mit den weiteren Rechtsschutzmöglichkeiten dargestellt⁹²

Ergebnis

Die Zeugenpflicht besteht aus der Pflicht zum Erscheinen, zur Aussage und zur Eidesleistung. Es handelt um eine prozessuale Pflicht, der jeder Zeugniskfähige unterworfen ist.

Die Erscheinspflicht schränkt das Aufenthaltsbestimmungsrecht der gesetzlichen Vertreter ein, ohne daß eigene Maßnahmen des Prozeß- oder des Vormundschaftsgerichts erforderlich wären. Die Aussagepflicht besteht bei einem Minderjährigen anders als die Eidespflicht unabhängig von seiner Einsichtsfähigkeit in ein Zeugnisverweigerungsrecht.

⁹¹Im einzelnen oben § 4 C III zur Verhängung von Ordnungsmitteln nach § 380 ZPO gegen die gesetzlichen Vertreter.

⁹²Zur Beschwerde s.u. § 10 B.

Das Zeugnisverweigerungsrecht ist eine Art prozessuale Einrede des Zeugen. Mit seiner Qualifizierung als öffentlich-rechtliche Willenserklärung oder als Prozeßhandlung können keine besonderen Ausübungsvoraussetzungen verbunden werden. Eine gesetzliche Zeugenmündigkeit kennt die Zivilprozeßordnung nicht.

Die Ausübung von Zeugniszwang gegen schuldunfähige Minderjährige ist unzulässig. Schuldfähigkeit setzt die Vollendung des vierzehnten Lebensjahres und die Reife voraus, die Ordnungs- und Zwangsmaßnahmen als Folgen des eigenen pflichtwidrigen Verhaltens zu verstehen. Zwangsmaßnahmen gegen die gesetzlichen Vertreter entbehren der gesetzlichen Grundlage.

§ 6 Die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts im Zivilprozeß durch einen Minderjährigen

A. Einsichtsfähigkeit als Ausübungsvoraussetzung

Voraussetzung für die selbständige Entscheidung, als Zeuge aussagen zu wollen oder von einem Weigerungsrecht Gebrauch machen zu wollen, ist nach allgemeiner Überzeugung und der überwiegend strafgerichtlichen Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs*, daß der Minderjährige die Einsichtsfähigkeit in den Zweck des ihm zustehenden Zeugnisverweigerungsrechts besitzt. Eine früher vertretene Ansicht, wonach es auf die Einsichtsfähigkeit nicht ankomme, weil umgekehrt auch die Zeugenpflicht ohne diese Voraussetzung besteht¹, ist heute unabhängig von der Prozeßart nach der dargestellten Rechtsprechung nicht mehr vertretbar.

Die herrschende Ansicht führt dazu, daß die Eltern im Fall gegebener Einsichtsfähigkeit von der Mitwirkung ausgeschlossen sind. Sie können also weder die Aussage verhindern oder erzwingen noch sind sie selbst über das Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren. Das wirft die Frage auf, ob nicht umgekehrt das elterliche Sorgerecht gem. §§ 1626 ff BGB zu einer Beteiligung der gesetzlichen Vertreter zwingt².

Der Konflikt zwischen der elterlichen Sorge und dem Selbstbestimmungsrecht des Kindes hat in der Literatur und der Rechtsprechung breiten Raum eingenommen³; im vorliegenden Zusammenhang sollen lediglich die Grundpositionen kurz dargelegt werden.

Ausgangspunkt muß das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen sein, dem als eigenständige Rechtspersönlichkeit ein entsprechendes allge-

¹E. Schmidt, JR 1959, 369, 370.

²Ähnlich BayObLG NJW 1967, 206, 208 = FamRZ 1966, 644, 646; Orlowsky, S. 73 ff.

³Gernhuber, Familienrecht, § 49 VI; Moritz, S. 57 ff jeweils m.w.N.

meines Persönlichkeitsrecht mit Grundrechtsrang zukommt⁴. Dieses Persönlichkeitsrecht, abgeleitet aus Art. 2 I GG⁵, umfaßt auch das Zeugnisverweigerungsrecht als subjektives Recht des Betroffenen⁶. Das *Bundesverfassungsgericht* und Teile der Literatur nehmen an, daß dem Selbstbestimmungsrecht des Kindes in der Person der Eltern ein Gegenrecht aus Art. 6 I GG, nämlich das Recht der elterlichen Sorge und Erziehung erwächst⁷ und daher eine Abwägung kollidierender Grundrechte unter Berücksichtigung des jeweiligen Schutzzweckes zu erfolgen hat⁸. Dagegen steht die Auffassung *Gernhubers*, das Persönlichkeitsrecht des Kindes enthalte die elterliche Gewalt, da diese die Entfaltung der Persönlichkeit in Lebensphasen sichere, die selbstverantwortliche Entscheidungen noch nicht zulassen⁹. Einer Entscheidung bedarf die Streitfrage hier nicht, denn die praktische Bedeutung der Auseinandersetzung ist gering. Maßgeblich ist die Übereinstimmung der verschiedenen Ansichten, wonach die Selbstbestimmung des Minderjährigen durch das Sorgerecht der Eltern nur eingeschränkt ist, solange und soweit dies nach dem Entwicklungsstand und zur Förderung des Wohls des Kindes geboten ist. Erlaubt der Entwicklungsstand des Minderjährigen eigenverantwortliche Entscheidungen, ist er dazu somit grundsätzlich berechtigt¹⁰. Sobald die Verstandesreife vorliegt, ein eigenes Recht zu verstehen und verantwortlich auszuüben, tritt daher, zumindest in personensorgerechtlichen Fragen¹¹, die Entscheidungskompetenz der gesetzlichen Vertreter zurück¹².

⁴*Bosch*, FamRZ 1959, 160 u. 203; *Krüger*, FamRZ 1956, 329, 333. Zur Fähigkeit Minderjähriger, Träger von Grundrechten zu sein und zur Grundrechtsmündigkeit als Ausübungsbeschränkung *Hohm*, NJW 1986, 3107, 3108 ff.

⁵*Gernhuber*, FamRZ 1962, 89, 91 ff.

⁶*OLG Stuttgart*, FamRZ 1965, 515; *Erman-Michalski*, § 1626 Rn 21.

⁷Dazu *BVerfG* DAV 1989, 149 ff.

⁸*BVerfG*, FamRZ 1986, 871, 874 = NJW 1986, 3129, 3130; *Moritz*, JA 1981, 186 f.

⁹*Gernhuber*, FamRZ 1962, 89, 92 f. Ebenso aus neuerer Zeit *OLG Karlsruhe*, NJW 1989, 2398 f.

¹⁰Dies ergibt sich schon aus § 1626 II BGB, wonach die Eltern die wachsende Fähigkeit und das verantwortungsbewußte Handeln des Kindes berücksichtigen und fördern sollen; es handelt sich eine immanente, nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegende Einschränkung des elterlichen Sorgerechts.

¹¹*BGHZ* 29, 33, 36 f; ähnlich *BVerfGE* 72, 155, 170 ff; *MünchKomm-Hinz*, § 1629 Rn 1a.

¹²Im Ergebnis ähnlich entscheidet die h.M. im Strafrecht zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Jugendlicher wirksam auf ein strafrechtlich geschütztes Rechtsgut verzichten kann. Ein Verzicht kann selbständig geäußert werden, wenn der Betroffene die aus-

Bezogen auf das Zeugnisverweigerungsrecht soll die erforderliche Einsichtsfähigkeit vorliegen, wenn der Minderjährige aufgrund seiner geistigen und intellektuellen Fähigkeiten und Entwicklung zu erkennen in der Lage ist, daß der angeklagte Angehörige etwas Unrechtes getan hat, daß ihm dafür Strafe droht und daß die eigene Aussage möglicherweise zu der Bestrafung beitragen kann¹³. Für den Bereich des Zivilprozesses dürfte die so verstandene, an strafprozessualen Erfordernissen orientierte Definition der Einsichtsfähigkeit jedoch nicht genügen, da die potentiellen Konfliktslagen, derentwegen die ZPO ein Zeugnisverweigerungsrecht einräumt, nicht nur in den auch gefühlsmäßig zu erfassenden Kategorien von Recht und Unrecht zu erfassen sind. Dies beruht zum einen an der praktisch unbegrenzten Zahl der denkbaren Interessenskonflikte, die im Einzelfall hinter einem Rechtsstreit stehen mögen, zum anderen an den der StPO unbekannten Zeugnisverweigerungsrechten wie z.B. dem des § 384 Ziff. 1 ZPO, der den Zeugen vor der Gefahr vermögensrechtlicher Schäden durch die Erfüllung der Aussagepflicht bewahren will¹⁴. Nachdem das Postulat hinreichender Einsichtsfähigkeit für die selbständige Ausübung des Weigerungsrechts als Sicherung einer verantwortungsbewußten Entscheidung gedacht ist¹⁵, sollte es für den Zivilprozeß genügen, daß der Minderjährige im Einzelfall versteht, daß seine Aussage ihm selbst oder einem Angehörigen zum Nachteil geraten kann und die Prozeßordnung ihn daher von seiner Zeugenpflicht freistellt, sofern er dies zur Vermeidung eines Gewissenskonfliktes wünscht¹⁶. Die Konsequenz dieser Ansicht ist allerdings, daß die Frage der Einsichtsfähigkeit nicht abstrakt, sondern im Einzelfall und gerade im Hinblick auf den geltend gemachten Grund der Weigerung zu überprüfen ist, da es ohne weiteres denkbar ist, daß der Minderjährige zwar die Konfliktsituation durch Belastung eines engsten Familienangehörigen durch seine Aussage versteht, nicht aber die drohende Gefahr eines unmittelbaren Vermögensschadens zu begreifen vermag. Kann die Verstandesreife nicht soweit festgestellt werden, daß sie zur Überzeugung des Gerichts vorliegt, ist im Zwei-

reichende Verstandesreife besitzt, die Folgen zu übersehen. Zur Begründung wird auf das Selbstbestimmungsrecht des Kindes verwiesen; dazu *Lesch*, NJW 1989, 2309, 2310 ff m.w.N.

¹³BGHSt 12, 235, 239 f; 14, 159, 161 f.

¹⁴Zu § 384 Ziff. 1 ZPO *Stein-Jonas-Schumann*, § 384 Rn 3 f.

¹⁵*Orlowsky*, S. 53 (zur StPO).

¹⁶*OLG Stuttgart*, FamRZ 1965, 515, 517.

fel von der Unreife des Zeugen auszugehen¹⁷. Die Beteiligung der Eltern kann dann zwar im Einzelfall einen Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Kindes darstellen, doch ist dies gerade im Interesse des Minderjährigen eher hinzunehmen, als der unwirksame Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht mit seinen unabsehbaren Folgen im umgekehrten Fall.

Die Feststellung der geistigen Reife ist Aufgabe des erkennenden Gerichts, das die Beweisaufnahme und damit auch die Zeugenvernehmung durchführt¹⁸. Dabei muß die Verstandesreife positiv festgestellt werden¹⁹, weil sich das Gericht selbst von den das Verfahren und dessen Zulässigkeit betreffenden Voraussetzungen überzeugen muß²⁰. Eine Übertragung der Entscheidung dieser Teilfrage auf das Vormundschaftsgericht kommt daher nicht in Betracht²¹.

Feste Altersgrenzen, an Hand derer eine bestimmte Verständnisreife zumindest zu vermuten wäre und die den Vorteil zusätzlicher Rechtssicherheit für alle Beteiligten hätte, werden somit de lege lata weder von der Rechtsprechung noch von der Literatur²² anerkannt; die Anforderungen werden von der Rechtsprechung nicht allzu hoch angesetzt²³, auch wenn vielfach im Schriftum der Hinweis zu finden ist, die Altersgrenze von 14 Jahren sei als Indiz für ausreichende Reife brauchbar²⁴, ohne allerdings nach dem geltend gemachten Weigerungsgrund zu differenzieren.

¹⁷OLG Stuttgart, ebenda (Fn 16); Schimansky, FS f. Pfeiffer, S. 297, 305.

¹⁸BayObLG, NJW 1967, 206, 209 = FamRZ 1966, 644, 647; Schneider, JurBüro 1970, 1021 f. Zum Strafverfahren RGSt 33, 393, 394; BGHSt 14, 159, 160. Im Strafprozeß kann die Prüfung auch während der Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft oder der Polizei erfolgen, OLG Stuttgart, OLGZ 1985, 385, 386 = FamRZ 1985, 1154, 1155.

¹⁹So RGSt 47, 297 zur Eidespflicht nach § 60 Ziff. 1 StPO. Auch im Zivilprozeß ist eine exakte Beurteilung notwendig, weil durch die Nicht-Hinzuziehung der gesetzlichen Vertreter eine Gefährdung des Zeugen nicht ausgeschlossen werden kann. Umgekehrt kann bei irrtümlicher Verneinung der Verstandesreife durch die Zustimmungsverweigerung der Eltern das Recht der Parteien auf Beweis verletzt werden; dazu auch unten § 9 C III.

²⁰BayObLG NJW 1967, 206, 209 = FamRZ 1966, 644, 647.

²¹BayObLG, ebenda (Fn 20). Zum vormundschaftsgerichtlichen Verfahren unten § 11.

²²Mit Ausnahme von Bosch, S. 47 (14 Jahre) und Staudinger-Donau, § 1626 Rn 75 (16 Jahre); dazu oben § 5 B II 1.

²³Das läßt sich allerdings nur aus der Zulassung auch sehr junger Zeugen schließen; beispielhaft RG GA 59, 131, das auch bei Zeuginnen im Alter von 3 1/2 und 4 1/2 Jahren erst nach der Vernehmung prüfen will, ob ausreichende Verständisfähigkeit vorliegt. Ähnlich auch Bosch, S. 47 Fn 140.

B. Minderjährige mit ausreichender Verstandesreife

Hat der minderjährige Zeuge die Fähigkeit bereits in ausreichendem Maße entwickelt, seine Zeugenpflichten sowie ein etwaiges Weigerungsrecht zu verstehen, d.h. die sich dahinter verbergende und je nach geltend gemachtem Weigerungsgrund differierende Konfliktsituation zu begreifen und in verantwortlicher Weise zu lösen, ist er nach ganz überwiegender Auffassung einem bereits volljährigem Zeugen gleichzustellen²⁵. Der Umstand der Minderjährigkeit hat danach keine Auswirkung auf die prozessuale Stellung des Zeugen. Der Minderjährige entscheidet daher allein über die Ausübung eines Zeugenisverweigerungsrechts; die gesetzlichen Vertreter sind weder an der Belehrung noch an der Willensbildung beteiligt.

Für den Strafprozeß wurde vor dem Inkrafttreten des § 52 II StPO in der heutigen Fassung eine abweichende Meinung vertreten, wonach auch in diesem Fall die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter erforderlich sei²⁶. Die Aussagebereitschaft des Minderjährigen sollte nach dieser Auffassung allein nicht ausreichen, da aus Gründen des Minderjährigenschutzes die elterliche Sorge, die der Fürsorge zum Wohl des Kindes diene, keine Einschränkung erlaube, mithin eine Beteiligung der Eltern auch hier geboten sei. Zur Begründung wurde ausgeführt, daß der Minderjährige im Zweifel nicht in der Lage sei, den Interessenkonflikt wirklich zu überschauen²⁷. Darüberhinaus müsse die elterliche Sorge als Regulativ der möglichen Unsicherheiten bei der Feststellung der geistigen Reife des Zeugen dienen²⁸.

Für den Zivilprozeß wird eine Beteiligung der Eltern auch beim einsichtsfähigen Jugendlichen nur noch insoweit erwogen, als es sich um das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 384 Nr. 1 ZPO handelt, da hier keine persönlichen, sondern nur vermögensrechtliche Erwägungen für die Aussagever-

²⁴OLG Stuttgart, FamRZ 1965, 515, 517; Grundmann, S. 92; MünchKomm-Hinz, § 1626 Rn 46. Weiter Schneider, JurBüro 1970, 1021, der bis zum achten Lebensjahr fehlende Reife annimmt.

²⁵Erman-Michalski, § 1626 Rn 21; Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 5.

²⁶Orlowsky, S. 73 ff.

²⁷Orlowsky, S. 75 ff. Ähnlich für den Zivilprozeß Bruns, Rn 185 d; derselbe, ZZP 77, 318.

²⁸Orlowsky, S. 78.

weigerung maßgeblich seien und diese der Vermögenssorge zuzurechnen seien, für die die gesetzliche Vertreter offenbar uneingeschränkt zuständig sein sollen²⁹.

Diese Ansichten dürften jedoch heute nicht mehr vertretbar sein³⁰ und sind im übrigen auch nicht sachgerecht, da sie inkonsequent die zunächst bejahte Einsichtsfähigkeit wieder in Frage stellen, weil die Folgen einer Aussage bei gegebenem Weigerungsgrund unübersehbar sind³¹. Darüberhinaus bleibt die Frage unbeantwortet, wodurch die Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts noch gerechtfertigt ist, wenn mangels Schutzbedürftigkeit der Grund der Einschaltung der gesetzlichen Vertreter entfallen ist. Schwerer wiegt die Befürwortung der Beteiligung der Eltern bei dem Weigerungsrecht aus § 384 Nr. 1 ZPO mit der genannten Begründung, doch spricht dagegen, daß nicht die Wahrung von Vermögensinteressen im Vordergrund steht, sondern die Vermeidung eines Gewissenskonfliktes. Die Entscheidung über die Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechtes ist daher unabhängig vom Weigerungsgrund immer eine personenrechtliche Frage³², so daß das Argument letztlich nicht greift. Auch die angeführten praktischen Erwägungen zwingen m.E. nicht zu einer anderen Beurteilung; konzidiert man praktische Schwierigkeiten bei der Prüfung der Verständnisreife eines jugendlichen Zeugen, sollte man diese durch eine generelle Regelung der Zeugenmündigkeit lösen, nicht aber durch eine vom Einzelfall abhängige Beteiligung der Eltern. Von daher erscheint die von der Praxis durchgeführte Gleichstellung des Minderjährigen mit einem Volljährigen als sachgerechtere Lösung.

²⁹*Staudinger-Donau*, § 1626 Rn 75 a.E.. Ähnlich *Bosch*, S. 48 f.

³⁰Ebenso für die *StPO Löwe-Rosenberg-Dahs*, § 52 Rn 22.

³¹So aber *Orlowsky*, S. 76.

³²*OLG Stuttgart*, NJW 1971, 2237, 2238; *MünchKomm-Hinz*, § 1626 Rn 47; *Schaub*, FamRZ 1966, 134, 135.

C. Minderjährige ohne ausreichende Verstandesreife

I. Wegfall des Zeugnisverweigerungsrechts wegen fehlendem Konfliktsempfinden ?

Es ist der Sinn des Zeugnisverweigerungsrechts, den Zeugen vor einem Gewissenskonflikt zwischen Aussage und Verletzung eigener, als schutzwürdig anerkannter Interessen, sei es der Schutz der Familienbande im Fall des § 383 I Nr. 3 ZPO, seien es vermögensrechtliche Interessen wie bei § 384 Nr. 1 ZPO zu bewahren. Daher erscheint es zunächst naheliegend, die Ausübung des Weigerungsrechts davon abhängig zu machen, daß der Gewissenskonflikt subjektiv auch als solcher empfunden wird³³.

Soweit eine derartige Einschränkung früher erörtert wurde, ist sie heute nicht mehr vertretbar, da sie einseitig auf das Zeugnisverweigerungsrecht als Einrede im ausschließlichen Interesse des - bei fehlendem Konfliktsempfinden nicht schutzbedürftigen - Zeugen abstellt³⁴. Diese Ansicht würde zum einen auf Bedenken stoßen, weil die bloße Unkenntnis oder auch die Unfähigkeit zur Kenntnisnahme ebensowenig Anlaß bietet, das gesetzlich normierte Recht entfallen zu lassen, wie sachfremde Erwägungen bei der Entscheidung über die Wahrnehmung des Rechts. Darüberhinaus muß berücksichtigt werden, daß die Zeugnisverweigerungsrechte auch objektive Zwecke neben dem Schutz des Zeugen verfolgen, nämlich die Vermeidung einer von vornherein mit geringem Beweiswert belasteten Aussage³⁵. Es besteht ein öffentliches Interesse daran, nur solche Beweispersonen unbedingt

³³Zu der weitergehenden Ansicht, nach der von der Verstandesreife nicht nur die selbständige Zeugnisverweigerung, sondern auch das Bestehen der Aussagepflicht abhängt oben § 5 A II 2.

³⁴Z.B. *Schimmack*, JW 1924, 1667 f. *Bruns*, Rn 185 d, will wegen des fehlenden inneren Konfliktes nur auf die gesetzlichen Vertreter abstellen.

³⁵*BayObLG*, NJW 1967, 206, 209 = *FamRZ* 1966, 644, 647; *Hahn*, Materialien I, S. 312; *Hampel*, *FamRZ* 1974, 53, 54 f; *Stein-Jonas-Schumann*, § 383 Rn 1. E. *Peters*, *ZZP* 76, 145, 161 weist unter Bezug auf die Motive darauf hin, daß der Zweck der Zeugnisverweigerungsrechte auch der Schutz der Rechtspflege vor falschen Zeugnissen ist. Zum Strafprozeß *Orlowsky*, S. 46; BGHSt. 12, 235, 239. A.A. *KMR-Paulus*, Vorbem. § 48 Rn 82 m.w.N.; *BGHSt GS* 11, 213, 216 zu § 52 II StPO.

zur Wahrheitsfindung heranzuziehen, die nicht aufgrund typischer, d.h. einzelfallunabhängiger Konfliktsituationen die Gefahr erheblicher Voreingenommenheit in sich bergen. Hinzu treten weitere objektive Schutzzwecke neben den Genannten, was insbesondere bei dem Zeugnisverweigerungsrecht zum Schutz von Berufsgeheimnissen deutlich wird. Die Möglichkeit der Aussageverweigerung soll hier auch das als sozial wichtig anerkannte Vertrauensverhältnis zwischen Weigerungsberechtigtem und Dritten, etwa Arzt und Patient, schützen³⁶.

Die objektiven Seiten des Zeugnisverweigerungsrechts würden vernachlässigt, wollte man ihre Ausübung zusätzlich von einem Konflikteempfinden oder anderen subjektiven Voraussetzungen abhängig machen, zumal diese Voraussetzungen dann nicht ohne Grund auf Minderjährige beschränkt werden könnten.

Festzuhalten bleibt somit, daß auch derjenige grundsätzlich zeugnisverweigerungsberechtigt ist, der nicht die notwendige Einsichtsfähigkeit besitzt, zu verstehen, weshalb er dies darf. Zu klären bleibt, wie das Recht in diesen Fällen ausgeübt wird. Im Folgenden wird danach zu unterscheiden sein, ob die gesetzlichen Vertreter, im Regelfall die Eltern, an dem Verfahren, in dem der Minderjährige als Zeuge aussagen soll, selbst als Partei beteiligt sind oder nicht, da sich danach die Frage bemißt, wem gegebenenfalls das Recht zur Vertretung zusteht.

³⁶BGH, NJW 1964, 449, 450 zu § 383 I Nr. 5 a.F., jetzt Nr. 6. Lenckner, NJW 1965, 321, 322. Ähnlich E. Peters, ZZZ 76, 145, 162; Rupp, Gutachten, S. 199 f; Habscheid, ZZZ 96, 306, 317 ff begründet die Zeugnisverweigerungsrechte ebenfalls auch objektiv als Ausprägungen verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen.

II. Beteiligung keines Elternteils am Verfahren

1. Zeugnisverweigerung und Zustimmungserfordernis

a) Personensorgerecht und Höchstpersönlichkeit der Zeugnisverweigerung

Soll der Minderjährige in einem Prozeß als Zeuge aussagen, in dem keiner seiner Eltern als gemeinsame gesetzliche Vertreter beteiligt sind, entspricht es allgemeiner Meinung, die Entscheidung über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes den Eltern zuzuweisen³⁷. Grundlage dieser Zuweisung ist die elterliche Sorge im Sinne des §§ 1626, 1629 I BGB, wonach beide Elternteile das Kind gemeinsam vertreten. Im folgenden wird von diesem Regelfall ausgegangen; ist nur ein Elternteil sorgeberechtigt, so entscheidet er allein.

Die Zulässigkeit der Vertretung begegnet Bedenken weder im Hinblick auf die materiell-rechtliche Seite der Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes durch öffentlich-rechtliche Willenserklärung, noch im Hinblick auf ihre Einordnung als Prozeßhandlung³⁸. Fraglich ist aber, ob nicht der höchstpersönliche Charakter der Gewissensentscheidung³⁹ einer Übertragung auf einen Vertreter entgegen steht.

Einen allgemeinen Rechtssatz des Inhaltes, bei höchstpersönlichen Geschäften sei Vertretung grundsätzlich unzulässig, gibt es nicht⁴⁰. Dement-

³⁷OLG Stuttgart, NJW 1971, 2237, 2238; Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 7.

³⁸BayObLG, NJW 1967, 206, 208 = FamRZ 1966, 644, 646; Bosch, S. 39; E. Schmidt, JR 1959, 369, 370. Dazu auch oben § 5 B I 1.

³⁹Bosch, S. 50 f; Hampel, FamRZ 1964, 125, 128. K. Peters, Gutachten, S. 115 f zu § 52 StPO.

⁴⁰Soergel-Leptien, Vor § 164 Rn 89, 93; a.A. Flume, § 13, 10. Flume hält die Vornahme höchstpersönlicher Rechtsgeäfte durch den gesetzlichen Vertreter bei Geschäftsunfähigen für ausgeschlossen, während der beschränkt Geschäftsfähige in Einzelfällen eine wirksame rechtsgeschäftliche Erklärung abgeben könne, wenn die gesetzlichen Vertreter zustimmen. Zumindest für das Prozeßrecht kann dieser Ansicht - auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß es hier auf Geschäftsfähigkeit nicht ankommt - nicht gefolgt werden. Es ist nicht einzusehen, dem geschäftsunfähigen Minderjährigen das Recht zur Zeugnisverweigerung ganz zu nehmen, weil es sich um eine höchstpersönliche Handlung handelt; der Gedanke des Minderjährigenschutzes würde dadurch geradezu ins Gegenteil verkehrt. Im Ergebnis ebenso BayObLG, NJW 1967, 206, 208 f = FamRZ 1966, 644, 646.

sprechend wird § 52 II 2 StPO analog auf den Zivilprozeß angewendet, so daß der nicht einsichtsfähige Minderjährige nur mit Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter aussagen darf, aber nicht muß⁴¹. Diese Vorschrift wird als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens angesehen, der von der Verfahrensart unabhängig ist⁴². Grundsätzlich wird damit die Entscheidungsbefugnis über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes in die Hand der gesetzlichen Vertreter gelegt; um jedoch bei fehlender Aussagebereitschaft des Minderjährigen nicht zu einem Aussagezwang zu kommen, wird auch dem nicht einsichtsfähigem Jugendlichen das Recht zugestanden, trotz Zustimmung der gesetzlichen Vertreter die Aussage zu verweigern. Begründet wird dies mit der Unzulässigkeit von Beugemitteln gegenüber Minderjährigen⁴³, dem geringen Beweiswert einer erzwungenen Aussage⁴⁴, mit der Notwendigkeit, einen Gewissenskonflikt des Minderjährigen zu verhindern⁴⁵ oder - allgemeiner - mit dem Persönlichkeitsrecht des Minderjährigen, dessen Schutz es verbiete, gegen seinen Willen zur Aussage gezwungen zu werden⁴⁶.

Im Ergebnis ist diesen Auffassungen zuzustimmen, da sie der Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen und dem Grundsatz vom Vorrang des Kindeswohls gegenüber den Interessen der Eltern⁴⁷ in wohl ausreichendem Maße Rechnung tragen. Allerdings scheint die Annahme, der Minderjährige werde bei fehlender Einsichtsfähigkeit von den Eltern vertreten, dem Zeugnisverweigerungsrecht als Gewissensentscheidung nicht gerecht zu werden⁴⁸. Überzeugender ist es m.E. von der Unvertretbarkeit einer Gewissensentscheidung auszugehen⁴⁹ und damit die Entscheidungsbefugnis grund-

⁴¹*BayObLG*, ebenda (Fn 40); *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, Einf. vor §§ 383 - 391 Rn 3; *Bruns*, Rn 185 d; *Erman-Michalski*, § 1626 Rn 20; *Grundmann*, S. 91; *MünchKomm-Hinz*, § 1626 Rn 46; *RGRK-Wenz*, § 1626 Rn 20; *Stein-Jonas-Schumann*, § 383 Rn 6 f; *Wieczorek*, § 383 Anm. A IV a; *Zöller-Stephan*, § 383 Rn 4.

⁴²*Soergel-Strätz*, § 1629 Rn 18.

⁴³*So Lenckner*, NJW 1965, 959, 960; *OLG Stuttgart*, FamRZ 1965, 515, 516.

⁴⁴*Grundmann*, S. 93; *Erman-Michalski*, § 1626 Rn 20; *OLG Stuttgart*, FamRZ 1965, 517.

⁴⁵*Stein-Jonas-Schumann*, § 383 Rn 7; *Orlowsky*, S. 70 (zur StPO vor 1974).

⁴⁶*Erman-Michalski*, § 1626 Rn 21; *Staudinger-Donau*, § 1626 Rn 75.

⁴⁷*BVerfGE* 61, 358, 378 = FamRZ 1982, 1179, 1181; FamRZ 1986, 871, 874 = NJW 1986, 3129, 3130.

⁴⁸Zweifelnd auch *Bosch*, S. 50 f; *Hanack*, JZ 1971, 126; *Weber*, MDR 1962, 169 ff.

⁴⁹*Hampel*, FamRZ 1964, 125, 128; ähnlich *Soergel-Strätz*, § 1629 Rn 22.

sätzlich dem Minderjährigen selbst zuzusprechen⁵⁰. Nur aus Gründen der Schutzbedürftigkeit des Rechtsträgers, der eine Gewissensentscheidung möglicherweise gerade nicht zu treffen vermag, tritt neben die eigenständige Entscheidung des Zeugen, auch wenn sie auf sachfremden Erwägungen beruht, das Erfordernis der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter hinzu. Das Zustimmungsrecht der Eltern ergibt sich daher nicht aus § 1629 I BGB, sondern ist Ausfluß des Personensorgerechts aus § 1626 I BGB⁵¹.

b) Aussagebereitschaft als Voraussetzung der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter

Bei fehlender Aussagebereitschaft braucht die Zustimmung der Eltern nicht eingeholt zu werden, da es dann an der Schutzbedürftigkeit des Kindes fehlt, das nur vor den unbedachten Folgen einer Aussage, nicht aber vor den Folgen einer Aussageverweigerung geschützt werden soll. Das bedeutet im übrigen zugleich, daß erst die Aussagebereitschaft des Minderjährigen festzustellen ist, bevor die gesetzlichen Vertreter gefragt werden⁵². Damit wird auch die Gefahr gemindert, daß der Minderjährige meint, schon allein aufgrund der Zustimmung seiner Eltern zur Aussage verpflichtet zu sein, eine Gefahr, der durch die eigene Belehrung auch gerade über diesen Punkt⁵³ sonst nur unzureichend entgegen getreten würde.

⁵⁰Ebenso Gernhuber, FamRZ 1962, 89, 95 Fn 48 zu § 52 StPO a.F.; Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 9 Fn 9; OLG Düsseldorf, FamRZ 1973, 547 f. Für das Strafverfahren hat der BGH ebenfalls angenommen, ein Amtsvormund handle insoweit nicht an Stelle des Zeugen, BGHSt 23, 221, 222. Der BGH gab damit seine in BGHSt 12, 235, 242 geäußerte Rechtsansicht auf.

⁵¹LG Mannheim, FamRZ 1974, 158; Schaub, FamRZ 1966, 134, 135 nimmt ähnlich an, daß die Vertretung des Minderjährigen "im Willen" in den Bereich der Vertretung in persönlichen Angelegenheiten handelt.

⁵²Grundmann, S. 93. Entsprechend bei der Bestellung eines Ergänzungspflegers; dazu unten § 11 ff.

⁵³BGHSt 21, 303, 306. Zur Belehrung vgl. unten § 7.

c) Zeitpunkt der Zustimmung

Der Schutz des Minderjährigen gebietet, die Vernehmung erst vorzunehmen, wenn zum die Notwendigkeit der Zustimmung durch die gesetzlichen Vertreter festgestellt ist, die sich aus fehlender Einsichtsfähigkeit und gleichzeitiger Aussagebereitschaft ergibt und die Zustimmung auch erklärt wurde. Eine nur nachträgliche Beteiligung der Eltern erspart dem Jugendlichen im Zweifel nicht eine prozeßrechtswidrige Vernehmung bei nachträglicher Zustimmungsverweigerung. Die nachträgliche Beteiligung kommt daher nur in Betracht, wenn das Gericht die Notwendigkeit der Beteiligung anfänglich verkannt hat. In diesem Fall muß der Minderjährige aber noch aussagebereit sein oder an seiner bereits geleisteten Aussage festzuhalten bereit sein⁵⁴.

Ungeklärt ist aber, ob die gesetzlichen Vertreter nach einer zu Unrecht erfolgten Vernehmung des Minderjährigen nachträglich die Zustimmung verweigern und die Aussage damit unverwertbar machen können.

Zunächst ist bei der unterbliebenen Einholung der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter fraglich, ob nach erstatteter Aussage durch den Minderjährigen überhaupt noch ein Bedürfnis für die Beteiligung der Eltern besteht. Dies ist jedoch zu bejahen, da die Beteiligung der Eltern dem Schutz des Minderjährigen vor für ihn nicht absehbaren Folgen seiner Aussage dient und die Schutzbedürftigkeit nach der Aussage nicht entfallen ist, wenn die Aussage nach einer Zustimmungsverweigerung nicht mehr verwertet werden darf. Von einem derartigen Verwertungsverbot⁵⁵ ist auszugehen, da im Falle des § 383 I Nr. 3 ZPO die Belastung der engen familiären Beziehung nicht schon mit der Aussage, sondern erst mit deren Verwertung im Verfahren und im Urteil vollendet ist⁵⁶. Aus demselben Grund wird man für die Aussage des Minderjährigen das Vorliegen einer eindeutigen Zustimmung durch die gesetzlichen Vertreter auch noch nach der Aussage verlangen müssen, eine bloße Duldung genügt m.E. nicht⁵⁷.

⁵⁴So auch *BGHSt* 23, 221, 223 f., der als weiteres Argument anführt, der Jugendliche könne nicht darüber belehrt werden, daß er trotz Zustimmung der gesetzlichen Vertreter nicht aussagen müsse, wenn die Zustimmung zur Zeit der Aussage noch gar nicht eingeholt ist. Ähnlich *Schimansky*, FS f. Pfeiffer, S. 297, 305.

⁵⁵Dazu allgemein unter § 9.

⁵⁶Ebenso *Habscheid*, ZJP 96, 306, 320 f.

⁵⁷Im Strafverfahren wird die nachträgliche Genehmigung der Aussage durch die gesetzlichen

Die Verweigerung der Zustimmung kommt nach dem Gesagtem nur bei Aussagebereitschaft des Minderjährigen in Betracht. Die Zeugnisverweigerung ist keine Prozeßhandlung⁵⁸. Auch die Zustimmungsverweigerung ist wegen ihrer Nähe zur Zeugnisverweigerung nicht als Prozeßhandlung im engeren Sinne zu qualifizieren. Obwohl daher keine Prozeßhandlung der Eltern vorliegt, kommen die bürgerlichrechtlichen Vorschriften über Einwilligung und Genehmigung nicht zur Anwendung⁵⁹. Der Fall der nachträglichen Zustimmungsverweigerung ist einer nachträglichen Zeugnisverweigerung entsprechend zu behandeln, da hier wie dort eine Abwägung der Interessen durch den bzw. die Ausübungsbefugten gegen eine Aussage stattgefunden hat und diese Entscheidung zu respektieren ist.

Das Zeugnisverweigerungsrecht kann bis zum Ende der Vernehmung ausgeübt werden⁶⁰, bis zu diesem Zeitpunkt kann daher auch nachträglich die Zustimmung verweigert werden, sofern die gesetzlichen Vertreter selbst über ihr Recht belehrt wurden. Eine erst nach Abschluß der Vernehmung erteilte Zustimmung vermag dagegen keine Wirkung mehr zu entfalten. Der Verzicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht ist innerhalb der mündlichen Verhandlung und unter unmittelbarem Eindruck der Konfliktsituation zu erklären⁶¹. Dasselbe hat für die Erteilung des Einverständnisses mit der Aussage zu gelten, weil sie rechtlich dieselbe Wirkung wie der mit der Aussagebereitschaft einhergehende Verzicht auf das Weigerungsrecht hat.

Vertreter ebenfalls für zulässig erachtet, *Kleinknecht/Meyer*, § 52 Rn 19; *KMR-Paulus*, § 52 Rn 23; *Löwe-Rosenberg-Dahs*, § 52 Rn 26. Dagegen verweist der BGH darauf, daß der Zeuge nicht darüber belehrt werden könne, daß er trotz der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter nicht auszusagen brauche, wenn diese ihre Zustimmung noch gar nicht erklärt haben, *BGHSt* 23, 221, 222 f. Dies kann nicht überzeugen, zumal sich die Zustimmungsbedürftigkeit unter Umständen erst während der Vernehmung und damit nach der Belehrung des Minderjährigen herausstellen kann. In einem derartigen Fall ist auch im Strafprozeß von der Verwertbarkeit der Aussage auszugehen, wenn die Eltern nachträglich zustimmen und der Zeuge an seiner Aussage festhält.

⁵⁸Zur Gegenansicht vgl. oben § 5 B I 1.

⁵⁹*Soergel-Leptien*, Vor § 182 Rn 17, der aber in Einzelfällen eine Anwendung für möglich hält.

⁶⁰*Stein-Jonas-Schumann*, § 383 Rn 19; *Thomas-Putzo*, § 383 Anm. 1; *Wieczorek*, § 383 Anm. B I.

⁶¹*K. Peters*, Gutachten, S. 121 zum Strafverfahren.

2. Zustimmungsbefugnis bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern

a) Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1628 BGB?

Soweit beide Eltern das Sorgerecht gemeinsam inne haben⁶², üben sie die Zustimmungsbefugnis zur Aussage des nicht einsichtsfähigen Minderjährigen gemeinsam aus. Allerdings stellt sich die Frage, ob eine Vernehmung des Kindes zulässig ist, wenn die Eltern sich trotz des Einigungsgebotes nach § 1627 Satz 2 BGB⁶³ nicht auf Zustimmung oder Verweigerung verständigen können.

Nachdem es keine Entscheidungsprärogative zugunsten eines Elternteiles gibt⁶⁴, käme entweder eine Entscheidung des Vormundschaftsgerichts oder die Durchsetzung des sich weigernden Elternteiles in Betracht⁶⁵.

Das Gesetz sieht bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern gemäß § 1628 BGB eine Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes nur dann vor, wenn es sich um eine Angelegenheit von erheblicher Bedeutung für das Kind handelt. Der Begriff der erheblichen Bedeutung ist unbestimmt⁶⁶; gleichwohl kann die Entscheidung über die Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechtes diese Voraussetzung erfüllen⁶⁷. Dies wäre beispielsweise denkbar, wenn mittelbar erhebliche Vermögensinteressen des Kindes von dem Ausgang des Rechtsstreites berührt werden⁶⁸. Das Vormundschaftsge-

⁶²Zum Problem der Ausübung nur durch einen Elternteil vgl. auch unten § 6 C IV 2.

⁶³Diese Vorschrift bezeichnet *Gernhuber*, § 50 II 2 als eine der trivialsten Aussagen des BGB.

⁶⁴Nach § 1628 I BGB a.F. konnte der Vater bei Meinungsverschiedenheiten allein entscheiden; er hatte auf die Auffassung der Mutter lediglich Rücksicht zu nehmen.

⁶⁵Die zweite Alternative wird vertreten von *Bosch*, S. 52; *Grundmann*, S. 96; *Stein-Jonas-Schumann*, § 383 Rn 9.

⁶⁶*Gernhuber*, § 50 II 4 unter Hinweis auf die praktischen Schwierigkeiten einer Regelung, die Eingriffe in das Sorgerecht in Ausnahmefällen zuläßt.

⁶⁷*Gernhuber*, § 49 VI 7; a.A. *Grundmann*, S. 96 ohne zwingende Begründung. Das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechtes, auf das *Grundmann* abstellt, ist notwendige Voraussetzung für die Beteiligung der gesetzlichen Vertreter an der Entscheidung und sagt über die tatsächliche Bedeutung des Gewissenskonfliktes für das Kind nichts aus.

⁶⁸Soweit ersichtlich wurde die Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechtes bisher nicht unter dem Gesichtspunkt betrachtet, ob bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern das Vormundschaftsgericht angerufen werden kann. Anerkannt ist dies aber bei Differenzen der

richt darf jedoch selbst bei Annahme einer Angelegenheit von erheblicher Bedeutung nur auf Antrag eines Elternteiles im Rahmen des § 1628 BGB tätig werden⁶⁹. Das Tätigwerden des Vormundschaftsgerichtes wäre daher in der Hand der antragsberechtigten Eltern. Eine Verpflichtung zur Anrufung des Vormundschaftsgerichtes besteht nicht. Der Rechtsstreit, in dem das Kind als Zeuge aussagen soll, würde dadurch mit einer erheblichen Unsicherheit belastet, solange unklar ist, ob die Eltern sich noch einigen oder ein Antrag im Sinne des § 1628 BGB gestellt wird. Damit besteht zugleich die Gefahr, daß das Verfahren verzögert wird, weshalb § 1628 BGB als Lösung unbefriedigend bleibt⁷⁰.

Der Notwendigkeit der schnellen Klärung der Entscheidung der Eltern und damit der Zulässigkeit der Vernehmung des minderjährigen Zeugen wird Rechnung getragen, wenn die Weigerung *eines* Elternteiles ausreicht. Der Schutz des Minderjährigen ist gewahrt, wenn die Vernehmung und Aussage im Zweifel unterbleibt. Im Ergebnis setzt sich somit der zustimmungsverweigernde Elternteil durch. Zu diesem Ergebnis gelangt im übrigen auch, wer die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts nicht als erhebliche Angelegenheit im Sinne des § 1628 BGB einordnet, denn in solchen Angelegenheiten minderer Bedeutung setzt sich stets der weigernde Elternteil durch⁷¹. Ferner spricht die Kontrollfunktion der Beteiligung der gesetzlichen Vertreter für die Annahme eines Vetorechtes jedes Ehegatten⁷². Als praktische Erwägung ist zu berücksichtigen, daß die Frage der Zulässigkeit der Vernehmung nicht noch zusätzlich mit der im Einzelfall schwierigen Abgrenzungsfrage, ob eine erhebliche Angelegenheit vorliegt, belastet wird.

Eltern über die Anlage größeren Kindesvermögens, so MünchKomm-Hinz, § 1628 Rn 11; Soergel-Strätz, § 1628 Rn 9.

⁶⁹Erman-Michalski, § 1628 Rn 4; MünchKomm-Hinz, § 1628 Rn 4; Soergel-Strätz, § 1628 Rn 8.

⁷⁰Auch Bosch, S. 52 hält die Belastung und die Verzögerung des Rechtsstreites für beachtlich. Zustimmend Orlowsky, S. 150 f.

⁷¹Gernhuber, § 50 II 4; MünchKomm-Hinz, § 1628 Rn 12.

⁷²So Orlowsky, S. 152 f.

b) Vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen nach § 1666 BGB?

Ein amtswegiges Einschreiten des Vormundschaftsgerichts kommt allenfalls nach Maßgabe des § 1666 I, II BGB in Betracht. Die bloße Meinungsverschiedenheit der Eltern genügt nicht, es muß eine pflichtwidrige, nicht notwendig schuldhafte Gefährdung des Kindeswohles hinzutreten⁷³. Geht man davon aus, daß sich im Zweifel die Zustimmungsverweigerung durchsetzt, stellt sich die Frage, ob gerade das Unterbleiben der Vernehmung trotz Aussagebereitschaft des Kindes einschließlich der Verwertung der Aussage im Urteil die Eingriffsvoraussetzungen des § 1666 BGB erfüllen kann. Angesichts der hohen Anforderungen, die insbesondere an die Gefährdung des Kindeswohles gestellt werden⁷⁴, ist dies nur in seltenen Fällen denkbar. Dennoch ist dies im Einzelfall stets zu prüfen⁷⁵ und gegebenenfalls ein Ergänzungspfleger zu bestellen, der an Stelle der sich nicht einigenden Eltern entscheidet.

Die Ersetzung der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter durch die vormundschaftsgerichtliche Entscheidung ohne Bestellung eines Pflegers ist gemäß § 1666 II BGB möglich. In Anbetracht der Tatsache, daß im Laufe der Vernehmung weitere Entscheidungen eines Sorgeberechtigten notwendig werden können, etwa im Zusammenhang mit einem Zwischenstreit nach § 387 III ZPO erscheint dies jedoch nicht zweckmäßig. Entweder ist dann nachträglich ein Pfleger zu bestellen oder das Vormundschaftsgericht muß erneut entscheiden. Auf jeden Fall ist die mögliche Beschleunigung des Verfahrens zweifelhaft und gering.

⁷³Gernhuber, § 49 VIII 3, 4.

⁷⁴Vgl. etwa Erman-Michalski, § 1666 Rn 8 ff; MünchKomm-Hinz, § 1666 Rn 29 ff; Soergel-Strätz, § 1666 Rn 32 wonach eine erhebliche Schädigung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls mit ziemlicher Sicherheit zu erwarten sein muß. Einschränkend bei der Frage der Zustimmungsbefugnis zur Aussage des Minderjährigen auch Roestel, NJW 1967, 967 f.

⁷⁵RGRK-Wenz, Vor § 1626 Rn 36; ebenda, § 1666 Rn 6.

III. Beteiligung beider Elternteile am Verfahren

1. Ausschluß der gesetzlichen Vertreter

a) Darstellung des Streitstandes

Sind beide Elternteile am Verfahren als Partei beteiligt, sei es, daß sie gemeinsam klagen oder verklagt werden, sei es, daß sie sich beispielsweise im Scheidungsverfahren gegenüberstehen, ändert sich zunächst nichts an der festgestellten eigenen Entscheidungsbefugnis des minderjährigen Zeugen. Ebenso unzweifelhaft ist wegen der sich aufdrängenden Gefahr einer Interessenkollision, daß die gesetzlichen Vertreter infolge ihrer Verfahrensbeteiligung bei der Zustimmung zur Aussage des Kindes ausgeschlossen sind⁷⁶. Die Einzelheiten sind jedoch nach wie vor ungeklärt.

Im wesentlichen werden hierzu zwei Auffassungen vertreten, die in ihren unterschiedlichen Auswirkungen stark voneinander abweichen. Nach einer vorwiegend von der Rechtsprechung vertretenen Meinung kann den Eltern durch das Vormundschaftsgericht die gesetzliche Vertretungsmacht durch die Bestellung eines Ergänzungspflegers analog den § 1629 II 3, § 1796 BGB entzogen werden⁷⁷. Die Gegenmeinung nimmt dagegen keine Entziehung der Vertretungsmacht, sondern in analoger Anwendung der § 1629 II 1, § 1795 I Nr. 3 BGB den Ausschluß der Eltern kraft Gesetzes an⁷⁸. Nach der

⁷⁶Gernhuber, § 51 IV 1; Soergel-Strätz, § 1629 Rn 18; Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 10. Das OLG Frankfurt, MDR 1987, 151, 152 hält die Frage des Ausschlusses für unerheblich, weil der Pfleger keinen Entscheidungsspielraum habe und im Interesse des Kindes stets das Zeugnisverweigerungsrecht ausüben müßte. Eine Verallgemeinerung dieser Feststellung liefe darauf hinaus, bei kindlichen Zeugen bei Vorliegen eines Zeugnisverweigerungsrechts auf den Zeugen zu verzichten. Dies entspricht im Ergebnis der Auffassung von K. Peters; dazu oben § 5 A II 2 a.

⁷⁷BayObLG, NJW 1967, 206, 209 = FamRZ 1966, 644, 647; OLG Stuttgart, NJW 1971, 2237, 2239 f; OLG Hamm, OLGZ 1972, 157, 158; LG Mannheim, FamRZ 1974, 158; LG Frankfurt, FamRZ 1974, 378, 379; Bosch, S. 54; Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 10; Zöller-Stephan, § 383 Rn 4;

⁷⁸OLG Stuttgart, FamRZ 1965, 515, 517; wohl auch OLG Zweibrücken, FamRZ 1980, 911; Gernhuber, § 51 IV 1 Fn 3; Grundmann, S. 94 f zum Scheidungsrechtsstreit; Hampel, FamRZ 1964, 125, 128; MünchKomm-Hinz, § 1626 Rn 50; Schaub, FamRZ 1966, 134, 136 zur StPO vor 1974; Schneider, JurBüro 1970, 1021, 1022; Soergel-Damrau, § 1795 Rn 8; ebenda, § 1629 Rn 18; Staudinger-Donau, § 1626 Rn 75. Unklar Roestel, NJW 1967, 967 f.

erstgenannten Auffassung entfällt die Zustimmungsbefugnis daher erst mit der konstitutiv wirkenden Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes; der Beschluß des Vormundschaftsgerichtes wird gemäß § 16 I FGG mit der Bekanntmachung gegenüber den Eltern wirksam. Die Unterschiede beider Auffassungen werden deutlich, wenn man bedenkt, daß die Vernehmung des aussagebereiten Minderjährigen nur nach der vorher erklärten eindeutigen Zustimmung der gesetzlichen Vertreter zulässig ist⁷⁹. Geht man daher von der Verhinderung der gesetzlichen Vertreter von Anfang an aus, so bedeutet dies, daß vor der Vernehmung des Minderjährigen immer die Bestellung eines Ergänzungspflegers gem. § 1909 I BGB und damit die Durchführung des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens abgewartet werden müsste.

b) Stellungnahme

Die insbesondere vom *OLG Stuttgart*⁸⁰ zum Strafprozeß vertretene Anwendung der § 1629 II 3, § 1796 BGB nimmt für sich in Anspruch, eine Verzögerung des Verfahrens durch die Einschaltung des Vormundschaftsgerichtes zu vermeiden. Darüberhinaus besteht nach dieser Ansicht nur dann ein konkreter Interessenskonflikt zwischen den gesetzlichen Vertretern und dem aussagebereiten Kind, wenn die Zustimmung verweigert wird⁸¹. Eine abstrakte Gefährdung der Kindesinteressen, wie sie nach § 1795 I Nr. 3 BGB vorliegen müßte⁸², wird damit für den vorliegenden Fall abgelehnt. Als weiteres Argument ließe sich anführen, daß ein gesetzlicher Ausschluß der Vertretungsmacht nur in den in § 1795 I BGB enumerierten Fällen vorgese-

⁷⁹*OLG Stuttgart*, OLGZ 1985, 385, 388 = FamRZ 1985, 1154, 1155; oben § 6 C II 1 c. Daran ändert auch die Möglichkeit nachträglicher Genehmigung durch die gesetzlichen Vertreter nichts, weil diese nur dann wirksam werden kann, wenn die Aussagebereitschaft fortbesteht und am Inhalt der Aussage festgehalten wird.

⁸⁰AaO (Fn 77).

⁸¹Ebenda. Das Argument des *LG Frankfurt*, FamRZ 1974, 378, 379, der Ausschluß der Eltern kraft Gesetzes sei mit der Unschuldsvermutung des Strafverfahrens unvereinbar, kann auf den Zivilprozeß nicht übertragen werden.

⁸²*Bosch*, S. 53 stellt darauf ab, daß § 1795 I Nr. 3 BGB einen Rechtsstreit zwischen Sorgeberechtigten und Kind voraussetze und dies erst bei einem Zwischenstreit gemäß § 387 ZPO gegeben sein könne. Eine analoge Anwendung zieht *Bosch* nicht in Betracht. MünchKommSchwab, § 1795 Rn 1; *Soergel-Damrau*, § 1795 Rn 1; *Schwab*, Rn 452.

hen ist; der Anwendungsbereich der Vorschrift soll aus Gründen der Rechtssicherheit nicht in extensiver Analogie erweitert werden⁸³.

Im Schriftum wird dieser Meinung zu Recht entgegen gehalten, daß schon die prozessuale Beteiligung der Eltern unter dem Gesichtspunkt der Interessenkollision und dem Rechtsgedanken des § 181 BGB ihren Ausschluß ex lege und von Anfang an geboten sein läßt⁸⁴. In diesen Fällen ist von einer dem Regelungszweck des § 1795 BGB entsprechenden abstrakten Gefährdung der Kindesinteressen auszugehen, da nicht, wie vom *OLG Stuttgart* angenommen, nur die Zustimmungsverweigerung eine Interessenkollision offenbart, sondern bei jeder Entscheidung der Eltern denkbar ist, die sich nicht am objektiv zu bestimmenden Kindeswohl orientiert. Die Zustimmungsbefugnis dient gerade dem Schutz des aussagebereiten Minderjährigen, da er die Folgen seiner Aussage für sich selbst oder seine Angehörigen nicht überblicken und daher keine verantwortliche Entscheidung über sein Zeugnisverweigerungsrecht treffen kann. Es kommt daher nicht auf den formalen Gegensatz zwischen Zustimmungsverweigerung und Aussagebereitschaft an, sondern auf die Abwägung zwischen den Folgen einer Aussage und einer Aussageverweigerung. Danach kann aber die Zustimmung der Eltern den objektiv verstandenen Interessen des Kindes ebenso widerstreiten wie eine Zustimmungsverweigerung.

Auch die Gefahr der Verzögerung des Zivilprozesses durch die regelmäßig erforderliche vormundschaftsgerichtliche Entscheidung kann keine andere Beurteilung rechtfertigen. Die Verzögerung ist eine unmittelbare und notwendige Folge des Minderjährigenschutzes und daher von den Beteiligten hinzunehmen⁸⁵. Im übrigen kann auch die gegenteilige Ansicht die nachträgliche Anrufung des Vormundschaftsgerichts nicht in jedem Fall vermeiden. Stellt sich nach Abschluß der Vernehmung ein erheblicher Interessenkonflikt zwischen kindlichem Zeugen und zustimmenden Eltern

⁸³MünchKomm-Schwab, ebenda (Fn 82).

⁸⁴Gernhuber, § 49 VI 7; § 51 IV 1. Für die Anwendung der § 1629 II 1, § 1795 I Nr. 3 BGB im Strafverfahren vor der Einführung des § 52 II StPO Orlowsky, S. 166 ff. Schimansky, FS f. Pfeiffer, S. 297, 299 sieht in der Neufassung des § 52 II StPO eine Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten dieser Ansicht - im Ergebnis zu Recht.

⁸⁵So auch Bosch, S. 54. Nach BVerfG, FamRZ 1986, 871, 874 = NJW 1986, 3129, 3130 ist bei einer Kollision des Eltern- und des Kindesinteresses stets den Interessen des Kindes der Vorrang einzuräumen. Der nachgeordnete Rang der Eltern kommt m.E. auch darin zum Ausdruck, daß sie im Interesse des Kindes Einschränkungen in ihrem Recht auf Beweis hinnehmen müssen. Im Verhältnis zu Dritten gilt dies ebenfalls.

heraus, müßte auch nach der Gegenansicht ein Ergänzungspfleger bestellt werden. Erst nach dessen Zustimmung könnte die Aussage bei noch fort-dauernder Aussagebereitschaft des Zeugen verwertet werden. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß es nach der Vollendung der Aussage am Fürsorgebedürfnis und damit an einer Voraussetzung für die partielle Entziehung der elterlichen Sorge fehle, weil der Interessenkonflikt sonst regelmäßig ohne Auswirkungen bliebe. Das Argument der Verfahrensbeschleunigung greift daher nicht; es rechtfertigt insbesondere keine Verkürzung des notwendigen Schutzes des minderjährigen Zeugen.

Für den gesetzlichen Ausschluß der Eltern spricht auch die Übereinstimmung mit der strafprozessualen Regelung in § 52 II 2 StPO, die ebenfalls den automatischen Ausschluß der gesetzlichen Vertreter anordnet⁸⁶. Eine entsprechende Handhabung im Zivilprozeß ist sachlich gerechtfertigt und vermeidet im übrigen Differenzen zwischen Adhäsionsverfahren und normalem Zivilprozeß⁸⁷.

Desweiteren führt die entsprechende Anwendung des § 1796 BGB nicht zu größtmöglichem Schutz des Minderjährigen, weil die Gefahr nicht vermieden wird, daß der Minderjährige zunächst, gestützt auf die Zustimmung der Eltern, aussagt, die Aussage im nachhinein aber durch die Zustimmungsverweigerung des später bestellten Pflegers unverwertbar wird. Die Belastung des Kindes durch die Vernehmungssituation läßt sich nicht rückgängig machen.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die gesetzlichen Vertreter im Fall der eigenen Beteiligung an dem Verfahren von der Zustimmungsbefugnis entsprechend den §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 3 BGB ausgeschlossen sind und immer ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist.

Eine Genehmigung der Zustimmung der ausgeschlossenen Eltern durch den Pfleger ist nicht ohne weiteres möglich; die §§ 184, 185 BGB sind im Prozeßrecht nicht entsprechend heranzuziehen⁸⁸. Wie bei der nachträglichen Zustimmung durch die nicht beteiligten gesetzlichen Vertreter muß auch hier der Wille des Kindes hinzutreten, an der einmal gemachten Aussage festhalten zu wollen⁸⁹.

⁸⁶Löwe-Rosenberg-Dahs, § 52 Rn 32.

⁸⁷Vgl. unten § 6 C IV.

⁸⁸Soergel-Leptien, Vor § 182 Rn 17.

⁸⁹Vgl. oben § 6 C II 1 c.

2. Bestellung eines Pflegers durch das Vormundschaftsgericht

Das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht wird im dritten Abschnitt dieser Untersuchung dargestellt. Soweit im folgenden von der Entscheidung des Ergänzungspflegers die Rede ist, wird davon ausgegangen, daß der Pfleger wirksam bestellt wurde. Seine Entscheidung tritt an die der Eltern, die diese als gesetzliche Vertreter sonst in der entsprechenden Situation treffen könnten.

IV. Beteiligung eines Elternteils am Verfahren

Die letzte zu behandelnde Fallgruppe betrifft die Beteiligung nur *eines* Elternteiles am Verfahren. Im Regelfall üben beide Eltern das Sorgerecht gemeinsam aus, § 1626 I 1, §§ 1627, § 1629 I 2 BGB. Dennoch sind Fälle denkbar, in denen das Sorgerecht bereits vor dem Zivilverfahren, in dem ein Elternteil beteiligt ist, nur einem Ehegatten zustand. Es ist daher zu differenzieren, je nach dem, ob der beteiligte Elternteil zugleich alleiniger Sorgerechtsinhaber ist, ob dem anderen Teil das Sorgerecht ausschließlich zusteht oder ob, wie im genannten Regelfall, beide Eltern gemeinsam sorgeberechtigt sind.

1. Gemeinsame Sorgerechtsausübung beider Eltern

Auch hier gilt, daß der Grundsatz der Gesamtvertretung wegen der Gefahr der Interessenkollision nicht zum Tragen kommen kann, mithin zumindest der am Prozeß beteiligte Elternteil nicht befugt ist, die erforderliche Zustimmung zur Aussage des minderjährigen Zeugen zu erteilen oder zu versagen. Offen ist allerdings, ob die Zustimmungsbefugnis auf den nicht beteiligten Ehegatten übergeht, ob also dessen Vertretungsmacht analog § 1680 II 2 BGB zur Alleinvertretungsmacht erstarkt, sofern für ihn nicht zusätzliche Ausschlußgründe vorliegen⁹⁰, oder ob auch hier, wie die Gegen-

⁹⁰BayObLG, NJW 1967, 206, 209 = FamRZ 1966, 644, 647; OLG Stuttgart, NJW 1971, 2237, 2239 f; LG Frankfurt, FamRZ 1974, 378, 379; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Einf. §§ 383-

ansicht annimmt, analog § 52 II 2 StPO ein Ausschluß beider Elternteile anzunehmen ist⁹¹.

Die Annahme eines Erstarkens der Gesamt- zur Alleinvertretungsmacht oder besser Alleinzuständigkeit des nicht Beteiligten bedeutet eine Abweichung von der Rechtslage im Strafprozeß, in dem immer beide Eltern ausgeschlossen sind. Eine entsprechende Regelung im Zivilprozeß ist zwar nicht allein schon mit dem Argument zu begründen, der Lückenhaftigkeit der Zivilprozeßordnung sei anders nicht zu begegnen, zumal § 52 II 2 StPO in seinen Auswirkungen noch nicht als abschließend geklärt angesehen werden kann⁹². Für die Zweckmäßigkeit einer gleichartigen Handhabung spricht aber neben familienrechtlichen Erwägungen auch die Vermeidung eines kaum lösbaren Widerspruchs zur Rechtsfolge im Adhäsionsverfahren. In diesem Verfahren können nach §§ 403 ff StPO vermögensrechtliche Ansprüche, die auf einer Straftat beruhen, im Strafverfahren geltend gemacht und entschieden werden. Die Entscheidung über den Schadensersatzanspruch folgt strafprozessualen Regelungen, insbesondere soweit es die Beweisaufnahme betrifft⁹³. Dementsprechend käme § 52 II 2 StPO uneingeschränkt zur Anwendung. Würde derselbe Anspruch in einem gesondertem Zivilverfahren geltend gemacht, so könnte nach der dargestellten Meinung der nicht beteiligte Ehegatte der Vernehmung eines kindlichen Zeugen zustimmen, im Adhäsionsverfahren müßte zuerst ein Pfleger bestellt werden. Eine sachliche Rechtfertigung für diese unterschiedliche Zustimmungsbeugnis ist unbeschadet der geringen praktischen Bedeutung des Adhäsionsverfahrens⁹⁴ nicht ersichtlich.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind bei Beteiligung beider Eltern die gesetzlichen Vertreter von Anfang an und kraft Gesetzes von der Vertretung ausgeschlossen⁹⁵, weil wegen der Beteiligung eine abstrakte Gefährdung der vorrangig schutzwürdigen Kindesinteressen gegeben ist. Die

389 Anm. 3; *Stein-Jonas-Schumann*, § 383 Rn 10; *Wieczorek*, § 383 Anm. A IV a; *Zöller-Stephan*, § 383 Rn 4; ebenso wohl auch *Grundmann*, S. 95 f; *MünchKomm-Hinz*, § 1626 Rn 48.

⁹¹*Bosch*, S. 55; *Ernan-Holzhauser*, § 1909 Rn 4; *Gernhuber*, § 49 VI 7; *Schoene*, NJW 1972, 930; *Soergel-Strätz*, § 1629 Rn 18. Unklar *Erman-Michalski*, § 1626 Rn 20.

⁹²Vgl. dazu auch unten § 6 C IV 2 zur Frage der teleologischen Reduktion der Vorschrift.

⁹³*Löwe-Rosenberg-Wendisch*, § 404 Rn 8.

⁹⁴Ebenda, Vor § 403 Rn 8 f.

⁹⁵Oben, § 6 C III 1.

§ 1629 II 1, § 1795 I BGB sind entsprechend anwendbar. Gerade für den Anwendungsbereich dieser Vorschriften entspricht es aber allgemeiner Überzeugung, daß die Interessen des Kindes auch dann gefährdet sind, wenn die Vertretungsmacht auf den nicht beteiligten Ehegatten übergeht, besonders wenn zwischen den Eltern gutes Einvernehmen herrscht. In diesem Fall soll daher auch der Unbeteiligte von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen sein⁹⁶. Begründet wird dies mit dem Wortlaut des § 1629 II 1 BGB, der beide Elternteile nennt und einem Umkehrschluß aus § 1678 BGB, der in den Fällen des § 1795 BGB keine Sorgerechtsausübung durch den nicht ausgeschlossenen Ehegatten vorsieht⁹⁷.

Für die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes durch den Minderjährigen bedeutet dies, daß auch bei Beteiligung nur *eines* Elternteiles ein Ergänzungspfleger nach § 1909 BGB bestellt werden muß. Dessen Entscheidung ersetzt die der ausgeschlossenen gesetzlichen Vertreter. Das Verfahren entspricht dem bei Beteiligung beider Elternteile, so daß auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann⁹⁸.

2. Sorgerechtsausübung durch einen Elternteil

Die oben erwähnte Frage nach dem Erstarken der Gesamtvertretung zur Alleinvertretung bzw. alleinigen Zuständigkeit des nicht beteiligten Ehegatten kann sich naturgemäß nur stellen, wenn beide Eltern das Sorgerecht gemeinsam ausüben. Soweit dies nicht der Fall ist⁹⁹, bestehen keine Besonderheiten. Es muß aber unterschieden werden, ob der Sorgerechtsinhaber oder der ausgeschlossene Elternteil am Verfahren beteiligt ist.

⁹⁶*BayObLG*, NJW 1976, 168; *BGH*, NJW 1972, 1708; *OLG Zweibrücken*, FamRZ 1980, 911 f; MünchKomm-Hinz, § 1629 Rn 18; *RGRK-Wenz*, § 1626 Rn 24; *Schwab*, Rn 453; *Soergel-Strätz*, § 1629 Rn 25. Aus diesem Grund kann auch dem Vorschlag von *Bosch*, S. 55, der einen Teilausschluß nur des beteiligten Ehegatten in Erwägung zieht und den unbeteiligten Elternteil zusammen mit dem Ergänzungspfleger entscheiden lassen will, nicht gefolgt werden. Wie hier im Strafverfahren bei Anklage gegen einen Elternteil *Schaub*, FamRZ 1966, 134, 135 f; *Roestel*, RdJB 1971, 218, 219 f.

⁹⁷*Soergel-Strätz*, § 1629 Rn 25.

⁹⁸Oben § 6 C III.

⁹⁹Etwa weil ein Ehegatte aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen, die von dem anhängigen Zivilverfahren, in dem das Kind als Zeuge aussagen soll, unabhängig sind, verhindert ist und das Sorgerecht daher gem. §§ 1673 ff BGB ruht; allgemein dazu *Gernhuber*, § 55.

Der alleinige Sorgerechtsinhaber, der zugleich Partei des Prozesses ist, kann die Zustimmung oder die Ablehnung zu der Aussage des Kindes als Zeuge nicht erklären. Der Interessenkonflikt und die daraus folgende Gefährdung des Kindeswohles ist in gleicher Weise gegeben, als wären beide sorgerechtsberechtigte Eltern am Prozeß beteiligt¹⁰⁰.

Im umgekehrten Falle fehlt es an einer vergleichbaren Konfliktsituation, weil Zustimmungsbefugnis und Prozeßbeteiligung nicht in einer Person zusammentreffen. In Übereinstimmung mit der Rechtslage im Strafverfahren ist der nichtbeteiligte Elternteil zur Entscheidung über die Aussage des Kindes befugt.

Schimansky vertritt zu § 52 II 2 StPO die Meinung, die Einschränkung des Ausschlusses beider Ehegatten auf die Fallgestaltung, daß beiden Eltern das Sorgerecht gemeinsam zusteht, beruhe auf einem Redaktionsversehen und sei eine gesetzgeberische Fehlleistung¹⁰¹. Die Gefahr der Interessenkollision beruhe nicht auf der Verteilung des Sorgerechts, sondern auf der ehelichen Bindung der Ehegatten. Deshalb habe der Strafgesetzgeber einen falschen Ansatzpunkt gewählt, als er in § 52 II 2 StPO an die gesetzliche Vertretung angeknüpft habe¹⁰². Nach dieser Auffassung ist § 52 II StPO im Wege der teleologischen Reduktion so auszulegen, daß, entsprechend dem Grundgedanken des § 1629 II 1, § 1795 I Nr. 3 BGB, unabhängig von der Verteilung des Sorgerechts immer beide Eltern von der Zustimmungsbefugnis ausgeschlossen sind¹⁰³.

Die vorgestellte Argumentation ist auf das Zivilverfahren an sich ohne weiteres übertragbar. Gleichwohl kann ihr nicht gefolgt werden. Der Kritik an § 52 II 2 StPO ist zuzugeben, daß die Gefährdung des Kindeswohls nicht von der Frage abhängt, ob Gesamt- oder Alleinvertretung vorliegt, sondern auf der engen familiären Beziehung der Eltern untereinander und gegen-

¹⁰⁰Vgl. dazu oben § 6 C III.

¹⁰¹*Schimansky*, FS f. Pfeiffer, S. 297, 298 ff; KMR-Paulus, § 52 Rn 25.

¹⁰²*Schimansky*, ebenda, S. 297, 300 ff.

¹⁰³Auf die weitergehende Streitfrage, ob ein Ausschluß der Eltern auch anzunehmen sei, wenn Beschuldigter nicht der Ehegatte, sondern ein naher Verwandter des alleinigen Sorgerechtsinhabers ist, braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht näher eingegangen werden, weil nach hier vertretener Ansicht schon bei Beteiligung eines Elternteiles ohne gemeinsames Sorgerecht kein automatischer Ausschluß angenommen werden kann. Zur Rechtslage bei gemeinsamer Sorgerechtsausübung oben § 6 C IV 1.

über dem Kind¹⁰⁴. Dennoch ist eine teleologische Reduktion contra legem und gegen den eindeutigen Wortlaut weder im Strafverfahren noch im Zivilverfahren erforderlich¹⁰⁵.

Der Ausschluß des beteiligten Ehegatten von der Zustimmungsbefugnis beruht auf der abstrakten Gefährdung des Kindeswohls durch die stets gegebene Interessenkollision. Diese abstrakte Gefährdung kann nicht in gleichem Maße angenommen werden, wenn von vornherein nur der Elternteil zur Zustimmung bzw. Verweigerung derselben befugt ist, der am Verfahren nicht unmittelbar beteiligt ist. Auch kann gerade die Tatsache, daß nur ein Elternteil sorgeberechtigt ist, dazu führen, daß keine Interessenkollision wahrscheinlich ist. So kann bei einem Rechtsstreit des geschiedenen oder getrenntlebenden Ehegatten¹⁰⁶ die familiäre Beziehung bereits mehr oder weniger gelockert sein und somit eine abstrakte Gefährdung der Kindesinteressen durch die Entscheidungsbefugnis des sorgeberechtigten Elternteiles nicht unterstellt werden. Durch eine teleologische Reduktion des § 52 II 2 StPO und die entsprechende Anwendung der so verstandenen Vorschrift im Zivilprozeß würde der Grund der besonderen Sorgerechtsregelung unberücksichtigt bleiben, obwohl sie notwendig Auswirkungen auf die familiären Beziehungen hat, die nach der Ansicht *Schimanskys* gerade entscheidend sind.

Das schließt im Einzelfall eine Interessenkollision nicht aus; der Schutz des Minderjährigen verlangt aber m.E. hier erst bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichtes¹⁰⁷. Im Ergebnis

¹⁰⁴Ähnlich auch *Roestel*, RdJB 1971, 218, 220, der eine Art "Gesamthaftung" der Eltern annimmt.

¹⁰⁵Auch die wohl überwiegende Ansicht zum Strafprozeß lehnt eine Reduktion des § 52 II 2 StPO ab; *Kleinknecht/Meyer*, § 52 Rn 20; *Löwe-Rosenberg-Dahs*, § 52 Rn 32 jeweils m.w.N.; *Rieß*, NJW 1975, 81, 83 Fn 42 erwägt eine Reduktion allenfalls bei anderen Verwandten als Beschuldigte, hält den Gesetzestext ansonsten aber für eindeutig. Offen gelassen in *BGH* NStZ 1988, 17 f.

¹⁰⁶Nach §§ 1671, 1672 BGB kann das Sorgerecht auf einen Elternteil übertragen werden, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist; daran hat die Entscheidung BVerfGE 61, 358 ff = FamRZ 1982, 1179, durch die § 1671 IV 1 BGB für verfassungswidrig erklärt wurde, nichts geändert; dazu *MünchKomm-Hinz*, § 1671 Rn 4; *Soergel-Strätz*, § 1671 Rn 1, 18 f. Das Zeugnisverweigerungsrecht des Kindes nach § 383 I Nr. 3 ZPO wird durch die Scheidung der Eltern nicht berührt, da das Verwandtschaftsverhältnis fortbesteht.

¹⁰⁷Auch *Schimansky*, FS f. Pfeiffer, S. 297, 302, räumt ein, daß der Schutz des Minderjährigen durch die Möglichkeit der Entziehung des Sorgerechts hinreichend gewahrt ist, wenn - im Strafverfahren - Beschuldigter nicht der Ehegatte, sondern ein naher Verwandter ist. Den

bedeutet dies, daß der Sorgerechtsinhaber zur Entscheidung über die Zeugenaussage des Kindes zuständig bleibt, bis daß Vormundschaftsgericht analog den § 1629 II 3, § 1796 BGB das Sorgerecht insoweit auf einen Ergänzungspfleger überträgt.

D. Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts

I. Die Erklärung der Zeugnisverweigerung durch einen einsichtsfähigen Minderjährigen

Jedes Zeugnisverweigerungsrecht muß gemäß § 386 I ZPO entweder schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle oder mündlich im Vernehmungstermin durch Erklärung geltend gemacht werden¹⁰⁸. Eine Beachtung des Zeugnisverweigerungsrechtes von Amts wegen kommt nicht in Betracht, da es in der Entscheidung des Zeugen liegt, ob er die prozessuale Einrede geltend macht oder aussagt.

Die Erklärung über die Zeugnisverweigerung muß auch den oder die Weigerungsgründe enthalten, die glaubhaft zu machen sind; insoweit ist der Zeuge im Rahmen der Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage wenigstens verpflichtet, die Umstände, aus denen er sein Weigerungsrecht ableitet, zu offenbaren¹⁰⁹.

Grund sieht er darin, daß die Entscheidung über das Zeugnisverweigerungsrecht in einem staatlich geordnetem Verfahren und meist in Anwesenheit eines Richters erfolge. Da dies aber immer der Fall ist, weil die Zeugnisverweigerung stets gegenüber dem Gericht erklärt werden muß, kann dieses Argument die differenzierende Haltung *Schimanskys* nicht begründen.

¹⁰⁸Kommen mehrere Zeugnisverweigerungsrechte in Betracht, so genügt die Angabe eines Grundes. Hinsichtlich des (noch) nicht geltend gemachten Umstandes tritt keine Verwirkung oder Präklusion ein, *Stein-Jonas-Schumann*, § 386 Rn 6 m.w.N.. Dies ist insbesondere von Bedeutung, wenn der minderjährige Zeuge die erforderliche Einsichtsfähigkeit nur bezüglich eines Zeugnisverweigerungsrechtes besitzt. Die gesetzlichen Vertreter sind dann nach der erfolglosen Geltendmachung der Zeugnisverweigerung durch das Kind nicht an der Erhebung anders begründeter Zeugnisverweigerungsrechte, etwa nach § 384 Nr. 1 ZPO, gehindert, indem sie dennoch die Zustimmung verweigern und die Gründe für das Zeugnisverweigerungsrecht glaubhaft machen.

¹⁰⁹*Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 386 Anm. 1; *Stein-Jonas-Schumann*, § 386 Rn 1 Fn 4.

Beim minderjährigen Zeugen ist auch hier grundsätzlich danach zu unterscheiden, ob die notwendige Verstandesreife vorliegt, sich von dem Zeugnisverweigerungsrecht eine genügende Vorstellung machen zu können. Sind die geistigen Fähigkeiten bereits hinreichend entwickelt, so ist die Minderjährigkeit kein wesentlicher Faktor, da hier eine Gleichstellung zum voll Geschäftsfähigen gerechtfertigt ist¹¹⁰. Die Gleichstellung ergreift auch das Verfahren zur Ausübung des Rechtes, wie es in § 386 ZPO geregelt ist, es sei denn, die Einsichtsfähigkeit läge nur hinsichtlich des Aussageverweigerungsrechtes vor, nicht aber in Bezug auf die vom Zeugen vorzunehmenden Verfahrenshandlungen, die zur Herbeiführung der Befreiung von den Zeugenpflichten notwendig sind. Ein derartiger Fall erscheint jedoch kaum denkbar, da die Entscheidung über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes komplexer Natur ist, während die Art der Geltendmachung im Verfahren demgegenüber keine besonderen geistigen Fähigkeiten erfordert. Darüberhinaus bestehen hier keine Bedenken gegen eine Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter, die insoweit keine eigene Entscheidung treffen.

II. Ausübung durch einen nicht Einsichtsfähigen

Der nicht einsichtsfähige Minderjährige darf nur aussagen, wenn er hierzu bereit ist und die gesetzlichen Vertreter oder bei deren Verhinderung der Ergänzungspfleger der Aussage zustimmt. Dieser Zeuge kann somit als Beweismittel entweder wegen fehlender Aussagebereitschaft oder wegen fehlender Zustimmung ausfallen.

Fehlt lediglich die Zustimmung zur Aussage des selbst aussagebereiten Zeugen, so spricht nichts dagegen, daß der Minderjährige bei Abgabe der Erklärung im Sinne des § 386 I ZPO von dem gesetzlichen Vertreter bzw. dem Pfleger vertreten wird und dieser auch die tatsächlichen Gründe, aus denen das Weigerungsrecht abgeleitet wird, darlegt und glaubhaft macht. Die Geltendmachung ist nicht mit der Entscheidung über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes identisch, insbesondere handelt es sich nicht um eine höchstpersönliche Handlung.

¹¹⁰Vgl. oben § 6 B.

Sind die Eltern nicht am Verfahren beteiligt und besteht daher nicht die abstrakte Gefahr einer Interessenkollision, können sie den Minderjährigen auch bei fehlender Aussagebereitschaft bei der Erklärung und der Glaubhaftmachung vertreten; auf ihre Zustimmung oder Ablehnung kommt es dann nicht an.

III. Ausschluß der nicht am Verfahren beteiligten gesetzlichen Vertreter bei konkreter Interessenkollision

Etwas anders ist jedoch der Fall zu beurteilen, wenn dem Minderjährigen von Anfang an die Aussagebereitschaft fehlt und die Eltern am Verfahren beteiligt sind. Ein Ergänzungspfleger, dem die Entscheidungsbefugnis über die Zustimmung übertragen wird, darf dann nicht bestellt werden, weil eine Vernehmung gegen den erklärten Willen des weigerungsberechtigten Minderjährigen auch mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters auf keinen Fall in Betracht kommt. Eine Interessenkollision und die mögliche Gefährdung der Kindesinteressen ist dann ausgeschlossen; damit entfällt aber auch die Rechtfertigung für den Ausschluß der Eltern und die teilweise Übertragung des Personensorgerechts auf einen Pfleger¹¹¹. Da wegen der fehlenden Einsichtsfähigkeit eine verantwortliche Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes ebensowenig wie die Glaubhaftmachung der maßgeblichen Umstände erwartet werden kann, andererseits die auf der Höchstpersönlichkeit einer Gewissensentscheidung beruhenden Bedenken hier nicht Platz greifen, sind die Eltern als gesetzliche Vertreter zur Abgabe der erforderlichen Erklärung berufen, wenn die Aussagebereitschaft von Anfang an fehlt. Die Schutzbedürftigkeit des Kindes ist in diesen Fällen geringer, da der Minderjährige nur vor den Folgen einer Aussage, nicht vor denen der Aussageverweigerung geschützt werden soll.

Eine Gefährdung der Interessen des Kindes durch die zustimmungsbefugten Eltern ist jedoch in der Form denkbar, daß diese - etwa beim Aussageverweigerungsrecht gem. § 384 Nr. 1 ZPO - die maßgeblichen Umstän-

¹¹¹So im Ergebnis (Pflegerbestellung erst zulässig, wenn Aussagebereitschaft festgestellt) *OLG Hamm*, *OLGZ* 1972, 157; *LG Mannheim*, *FamRZ* 1974, 158; *OLG Stuttgart*, *OLGZ* 1985, 385, 386 = *FamRZ* 1985, 1154, 1155. Dazu auch unten § 11 B I.

de nicht hinreichend glaubhaft machen und damit mittelbar zu einem prozeßrechtswidrigen Aussagezwang beitragen könnten. Diese Gefahr ist jedoch mit der Gefährdung des Minderjährigen bei gegebener Aussagebereitschaft nicht vergleichbar; daher genügt es m.E. in einem solchen Fall, den Eltern die Personensorge und damit die Zustimmungsbefugnis zu belassen, bis aufgrund konkreter Umstände die Entziehung der Vertretungsmacht und Übertragung auf einen Ergänzungspfleger analog §§ 1629 II 3, 1796 BGB möglich ist.

Bei Beteiligung nur eines Elternteils steht dann bis zu einer konstitutiv wirkenden Entscheidung des Vormundschaftsgerichts die Entscheidungsbefugnis ebenfalls beiden Eltern zu; das Vormundschaftsgericht kann bei Vorliegen einer Interessenkollision gem. § 1680 I BGB die alleinige Vertretungsbefugnis auf den unbeteiligten Ehegatten oder einen Ergänzungspfleger übertragen¹¹².

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß die Eltern bezüglich der Erklärungshandlung im Sinne des § 386 ZPO den nicht einsichtsfähigen Jugendlichen vertreten, es sei denn, wegen der Beteiligung der Eltern und der anfänglichen oder im Laufe des Verfahrens festgestellten Aussagebereitschaft des Zeugen wurde analog §§ 1629 II 1, 1795 I Nr. 3 BGB ein Ergänzungspfleger bestellt. Bei fehlender Aussagebereitschaft von Anfang an kommt die Entziehung der Vertretungsmacht durch die Bestellung eines Ergänzungspflegers nur bei konkreter Interessensgefährdung nach Maßgabe der §§ 1629 II 3, 1796 BGB in Betracht.

Ergebnis

Steht dem Minderjährigen ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, so wird es wegen der Höchstpersönlichkeit dieses Rechts stets vom Betroffenen selbst ausgeübt.

Eine Einschränkung der eigenen Entscheidungsbefugnis des Minderjährigen ist nur dort gerechtfertigt, wo dem Zeugen die notwendige Einsichtsfähigkeit fehlt, den Konflikt zwischen Aussage, Aussagepflicht und eigenen

¹¹²MünchKomm-Hinz, § 1680 Rn 1, 7; Soergel-Strätz, § 1629 Rn 26, 38.

Interessen, derentwegen die Zivilprozeßordnung ein Zeugnisverweigerungsrecht einräumt, zu begreifen. Der Schutz des Minderjährigen gebietet hier, den aussagebereiten Zeugen nur dann einzuvernehmen, wenn die gesetzlichen Vertreter, also im Regelfall die Eltern, dem zustimmen. Soweit das Sorgerecht nur einem Elternteil zusteht, genügt dessen Zustimmung. Der nicht aussagebereite Zeuge darf, ungeachtet der subjektiven Motivation für die Weigerung, auch mit Zustimmung der Eltern nicht gegen seinen Willen vernommen werden.

Die Zustimmungsbefugnis der Eltern entfällt, wenn beide Elternteile oder auch nur einer von ihnen selbst an dem Verfahren beteiligt ist, in dem der Jugendliche aussagen soll. Hier muß analog den § 1629 II 1, § 1795 I Nr. 3 BGB ein Ergänzungspfleger bestellt werden, sobald die Aussagebereitschaft des nicht einsichtsfähigen Zeugen festgestellt wird. Die Entscheidung des Pflegers tritt dann an die der Eltern; ein Aussagezwang wird auch hier nicht begründet.

Die Erklärung der Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts gem. § 386 I ZPO erfolgt beim einsichtsfähigen Minderjährigen durch diesen selbst; allerdings ist eine Vornahme durch den gesetzlichen Vertreter mangels Höchstpersönlichkeit der Erklärungshandlung möglich. Beim nicht einsichtsfähigen Zeugen erfolgt die Erklärung durch die Eltern oder bei deren Ausschluß durch den Pfleger. Die Bestellung eines Pflegers nur für die Erklärung und die Glaubhaftmachung des Zeugnisverweigerungsrechtes kann erforderlich sein, wenn aufgrund konkreter Umstände eine Gefährdung der Interessen des Kindes zu befürchten ist, also auch wenn die Eltern am Verfahren nicht beteiligt sind oder wenn der Minderjährige von Anfang an nicht aussagebereit ist.

§ 7 Die Belehrung des minderjährigen Zeugen

A. Gesetzliche Regelung

I. Zweck der Belehrung

Nach § 383 II ZPO ist ein Zeuge, der wegen seiner engen verwandtschaftlichen oder persönlichen Beziehungen zu mindestens einer der Parteien die Aussage verweigern darf, über sein Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren. Die Pflicht zur Belehrung steht nicht zur Disposition der Parteien, des Gerichts oder des Zeugen; es handelt sich um eine zwingende Vorschrift.

Durch die Belehrung soll dem in der Regel rechtsunkundigen Zeugen der Grund und der Umfang seines Weigerungsrechtes deutlich gemacht werden. Nur die Kenntnis seines Rechts ermöglicht ihm eine verantwortliche Entscheidung durch die Abwägung des Für und Wider einer Aussage¹.

In den übrigen Fällen berechtigter Zeugnisverweigerung, also den § 383 I Nr. 4 bis 6, § 384 ZPO ist keine Belehrung vorgeschrieben. Da aber auch bei dem hier angesprochenen weigerungsberechtigten Personenkreis nicht ohne weiteres ausreichende Rechtskenntnisse unterstellt werden können, ist eine Belehrung des Zeugen auch ohne gesetzliche Anordnung als zulässig zu erachten². Davon ist die Frage zu trennen, ob das Unterlassen einer zwar sachgerechten und zweckmäßigen, aber rechtlich nicht vorgeschriebenen

¹Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 383 Anm. 4.

²Ebenda (Fn 1), § 384 Anm. 1; E. Peters, ZZP 76, 145, 162 Fn 77; Thomas-Putzo, § 384 Anm. 1; Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 103; ebenda § 384 Rn 19; Zöller-Stephan, § 384 Rn 1.

Belehrung gegebenenfalls der Verwertung einer Zeugenaussage entgegenstehen könnte³.

Für den prozeß- und prozeßhandlungsunfähigen Zeugen fehlt eine spezielle Regelung über die Belehrung ebenso, wie das Gesetz zur Folge einer fehlerhaften Belehrung schweigt. Bei einem Minderjährigen ist daran zu denken, daß die besondere Schutzbedürftigkeit eine Belehrung auch in den durch § 383 II ZPO nicht erfaßten Fällen gebietet. Hier ist insbesondere an das Aussageverweigerungsrecht nach § 384 Ziff. 1 ZPO zu denken ist. Die Belehrung ist dort mehr als nur "nobile officium" des Gerichts⁴, auch wenn eine Unterlassung keinen Gesetzesverstoß im Sinne des § 550 ZPO⁵ darstellt und damit kein Rechtsmittel zu begründen vermag. So kann das Gericht aufgrund seiner prozessualen Fürsorgepflicht gegenüber dem Zeugen zur Belehrung verpflichtet sein, wenn sich zu Beginn oder während der Vernehmung Anhaltspunkte ergeben, daß die Voraussetzungen eines Aussageverweigerungsrechtes nach § 384 ZPO vorliegen⁶.

II. Belehrung des Ausübungsbefugten

1. Belehrung des Minderjährigen selbst

Grundsätzlich ist der Zeuge selbst zu belehren, da er nur so in die Lage versetzt wird, die höchstpersönliche Entscheidung über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes zu treffen. Bei einem genügend Einsichtsfähigen reicht daher regelmäßig dessen alleinige Belehrung aus, da er auch allein entscheidet⁷.

³Zur Verwertbarkeit einer Zeugenaussage bei Mängeln der Beweiserhebung unten § 9.

⁴Gottwald, BB 1979, 1780, 1781.

⁵OLG Köln, RPfleger 1985, 494; Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 103.

⁶Musielak-Stadler, Rn 86. Für den Bereich des § 53 StPO, der ebenfalls keine Belehrungspflicht enthält, ist anerkannt, daß das Gericht bei offensichtlicher Unkenntnis des Zeugen von seinem Weigerungsrecht aufgrund seiner Fürsorgepflicht zur Belehrung verpflichtet ist, vgl. Kleinknecht/Meyer, § 53 Rn 44; Löwe-Rosenberg-Dahs, § 53 Rn 59.

⁷Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 101; Löwe-Rosenberg-Dahs, § 52 Rn 45. Zur Gleichstellung mit erwachsenen Zeugen oben § 6 B.

Bei fehlender Einsichtsfähigkeit sollte nach der früheren Rechtsprechung des *Reichs-* und des *Bundesgerichtshofes* die Belehrung der gesetzlichen Vertreter ausreichen⁸. Dies war jedoch nur die Konsequenz der Ansicht, die die gesetzlichen Vertreter allein über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes entscheiden lassen wollte und daher für die Belehrung auch des Minderjährigen keinen Anlaß sah⁹. Nachdem nun anerkannt ist, daß auch der nicht Einsichtsfähige nicht gegen seinen Willen zur Aussage gezwungen werden kann, ist die alleinige Belehrung der gesetzlichen Vertreter nicht mehr ausreichend¹⁰. Geht man wie hier davon aus, daß der Minderjährige unabhängig von seinen geistigen Fähigkeiten immer selbst zur Rechtsausübung befugt ist und deshalb keine Vertretung vorliegt, ergibt sich schon daraus die Notwendigkeit der Belehrung des Minderjährigen selbst¹¹.

Als praktische Erwägung für diese Ansicht mag sprechen, daß die Belehrung des Zeugen, sofern sie nicht bereits schriftlich mit der Ladung, sondern erst während der mündlichen Verhandlung erfolgt, geeignet ist, dem Gericht die Prüfung der Einsichtsfähigkeit überhaupt erst zu ermöglichen. Der Richter kann während der Belehrung durch geeignete Fragen feststellen, ob der Zeuge sie versteht¹². Daraus ergibt sich im übrigen auch, daß in der Regel erst der Zeuge selbst und nur im Anschluß daran gegebenenfalls die gesetzlichen Vertreter zu belehren sind. Die Belehrung nach § 377 III, IV ZPO ist dagegen unzweckmäßig, es sei denn, man belehrt die Eltern immer vorsorglich über ihr Zustimmungsgeschäft.

⁸BGHSt 12, 235, 242; Roestel, RdJB 1971, 218, 219. Bereits Schimmack, JW 1924, 1667 war der Meinung, daß "bei der Belehrung von Kindern über das Zeugnisverweigerungsrecht meist wenig oder nichts herauskommt." Die Konsequenz Schimmacks, auf die Belehrung der gesetzlichen Vertreter überhaupt zu verzichten, ist nach heutiger Auffassung mit dem Minderjährigenschutz unvereinbar. Zum Zivilprozeß heute noch Bruns, Rn 185 d.

⁹Bosch, S. 49 stellt darauf ab, daß das Gericht darauf vertrauen dürfe, daß die gesetzlichen Vertreter das Für und Wider einer Aussage abgewogen haben.

¹⁰BGHSt 21, 303, 306; 23, 221, 223; NJW 1979, 1722; NStZ 1991, 295 = MDR 1991, 553; ebenfalls zum Strafprozeß Denger, ZRP 1991, 48, 50. Zur Entwicklung im Strafprozeß oben § 5 B III. Nach der Änderung des § 52 II, III StPO kann die frühere Ansicht nicht mehr aufrecht erhalten werden.

¹¹So im Ergebnis auch Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Einf. vor §§ 383-389 Anm. 3; Grundmann, S. 94; Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 102; OLG Stuttgart, FamRZ 1965, 515, 516.

¹²Orlowsky, S. 171.

2. Belehrung der gesetzlichen Vertreter bei fehlender Einsichtsfähigkeit des Zeugen

Anders ist die Rechtslage bei einem nicht ausreichend einsichtsfähigen Minderjährigen zu beurteilen. Dieser bedarf zu einem wirksamen Verzicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht stets der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter; bei deren Ausschluß muß der Ergänzungspfleger sein Einverständnis zur Vernehmung erklären¹³. Die Verweigerung der Zustimmung zur Aussage des aussagebereiten Jugendlichen kommt der Zeugnisverweigerung nahe, ohne damit identisch zu sein, weil dieselbe Rechtsfolge eintritt, nämlich die Befreiung des Minderjährigen von seinen Zeugenpflichten.

Das Zustimmungserfordernis beruht auf der besonderen Schutzbedürftigkeit gerade des nicht einsichtsfähigen Jugendlichen. Nur durch die Belehrung der zustimmungsbefugten Personen ist gewährleistet, daß die Interessen des aussagebereiten, aber weigerungsberechtigten Jugendlichen durch sachgerechte Überlegungen gewahrt werden¹⁴.

Das Recht zur Verweigerung der Eidesleistung ist hinsichtlich der Belehrung entsprechend den dargelegten Grundsätzen zu behandeln. Eine Belehrung der gesetzlichen Vertreter ist aber dann entbehrlich, wenn die Beeidigung wegen fehlender Eidesfähigkeit sowieso zu unterbleiben hat¹⁵.

¹³Dazu oben § 6 C III. Im folgenden ist nur von den gesetzlichen Vertretern oder den Eltern die Rede, da für einen nach Maßgabe der oben dargestellten Grundsätze zu bestellenden Ergänzungspfleger jeweils entsprechendes gilt.

¹⁴BGH, NJW 1979, 1722 zu § 52 III StPO; Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 102.

¹⁵Zur Eidespflicht s.o. § 5 A III; zum Eidesverweigerungsrecht § 5 B I 2.

B. Umfang der Belehrung

Nach dem Gesagten ergeben sich hinsichtlich des Umfanges der Belehrung des jugendlichen Zeugen keine Besonderheiten, soweit dieser dem volljährigen Zeugen gleichgestellt ist¹⁶.

Bei der Belehrung eines noch nicht einsichtsfähigen Zeugen ist jedoch der geistige Entwicklungsstand des Jugendlichen angemessen zu berücksichtigen und auf die Verständnismöglichkeit abzuheben¹⁷. Neben der Belehrung über das Recht zur Aussageverweigerung ist der Minderjährige darauf hinzuweisen, daß die bloße Zustimmung der gesetzlichen Vertreter ihn allein nicht zur Aussage verpflichtet¹⁸. Es ist daher deutlich zu machen, daß der Minderjährige bei gegebenem Weigerungsgrund, der hier praktisch nur auf verwandschaftlichen Beziehungen im Sinne des § 383 I Nr. 3 ZPO beruhen kann, keinesfalls zur Aussage verpflichtet ist. Der Gefahr, daß der Zeuge sich durch eine Einverständniserklärung der Eltern irrig zur Aussage verpflichtet sieht, obwohl er anfänglich nicht aussagebereit war, wird begegnet, wenn die Verstandesreife und die Aussagebereitschaft des Kindes vor jeder Einbeziehung der gesetzlichen Vertreter festgestellt werden. Die Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht trotz Zustimmung der Eltern behält ihren Sinn dann hauptsächlich für Fälle, in denen die Aussagebereitschaft erst später im Lauf der Vernehmung wegfällt.

Ist die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter erforderlich, sind diese über ihr Zustimmungsverweigerungsrecht zu belehren. Inhaltliche Abweichungen in der Belehrung sind wegen der Nähe zur Zeugnisverweigerung selbst nicht geboten. Dies gilt entsprechend, soweit ein Ergänzungspfleger bestellt wurde.

¹⁶Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 101.

¹⁷Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 383 Anm. 4.

¹⁸BGHSt 21, 303, 305; NStZ 1984, 43; NStZ 1991, 295 = MDR 1991, 553Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Einf. vor §§ 387-389 Anm. 3; Schneider, JurBüro 1970, 1021; Stein-Jonas-Schumann, § 383 Rn 102.

§ 8 Die Vernehmung des Minderjährigen durch das Gericht

A. Prozessuale Fürsorgepflicht des Gerichts

Der Zeuge ist der einzige Verfahrensbeteiligte im weiteren Sinne, der echten Rechtspflichten unterliegt¹. Die Parteien treffen lediglich Obliegenheiten, deren Verletzung zwar Rechtsnachteile nach sich ziehen, deren Erfüllung aber nicht erzwungen werden kann.

Dem besonderen Pflichtenstatus des Zeugen entspricht eine besondere prozessuale Fürsorgepflicht des Gerichts². Sie findet im Gesetz etwa in Aufklärungs- und Belehrungspflichten Ausdruck, beschränkt sich aber nicht darauf. Unabhängig von dem Bestehen oder der Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechtes ist der Zeuge in der Vernehmung der Gefahr entwürdigender Behandlung durch das Gericht, der Parteien oder deren Vertreter ausgesetzt³, der sich gerade ein minderjähriger Zeuge kaum entziehen kann.

Die Fürsorgepflicht verpflichtet das Gericht, Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Zeugen zu unterlassen und solche der Parteien zu unterbinden⁴. Im folgenden soll der Frage nachgegangen werden, wie ein minder-

¹Bosch, DRiZ 1951, 107, 108; Stein-Jonas-Schumann, Einl. Rn 236; ebenda, Vor § 373 Rn 33.

²Der Begriff der Fürsorgepflicht des Gerichts findet vorwiegend in der strafprozessualen Literatur Verwendung, vgl. etwa Kleinknecht/Meyer, Einl. Rn 155 ff; KMR-Paulus, § 241a Rn 2, wonach § 241a StPO eine Konkretisierung der Fürsorgepflicht gegenüber besonders schutzwürdigen Zeugen darstellt; dazu auch unten § 8 C II. K. Peters, Strafprozeß, § 42 IV 2 spricht von einem "Recht auf angemessene Behandlung" des Zeugen. Im Zivilprozeß ist sie aber ebenfalls anerkannt, so etwa bei Bettermann, ZZP 91, 365, 390 (zu § 139 ZPO); Musielak-Stadler, Rn 86 (zu § 384 ZPO); Stein-Jonas-Schumann, Vor § 373 Rn 42. Das BVerfG nimmt ausdrücklich eine Fürsorgepflicht des Gerichts an, deren Grundlage das Rechtsstaatsprinzip und das rechtliche Gehör nach Art. 20 III, Art. 103 I GG ist, BVerfGE 52, 131, 154.

³Stein-Jonas-Schumann, Vor § 373 Rn 35.

⁴Verletzungen des Persönlichkeitsrechts und der Ehre drohen insbesondere, wenn über die

jähriger Zeuge über ein bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht hinaus durch die Gewährleistung eines fairen Verfahrens⁵ geschützt werden kann.

B. Die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens

I. Ausschluß der Öffentlichkeit

1. Voraussetzungen und prozessualer Anspruch auf Ausschließung

Nach § 169 Satz 1, §§ 170, 171 GVG sind die Verhandlungen vor dem Prozeßgericht mit Ausnahme von Familien-, Kindschafts- und Entmündigungssachen grundsätzlich öffentlich⁶. Das Gericht kann aber, sofern die Öffentlichkeit in den genannten Ausnahmefällen nicht schon kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, das Publikum nach § 172 Nr. 4, § 171b GVG ausschließen, um Jugendliche zu schützen.

Voraussetzung eines entsprechenden gerichtlichen Beschlusses ist entweder, daß der Zeuge zur Zeit der Vernehmung das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder daß das Interesse des Zeugen am Schutz seines persönlichen Lebensbereiches vorrangig gegenüber dem Interesse der Öffentlichkeit ist. Unerheblich ist dagegen, ob durch den Ausschluß der Öffentlichkeit eine größere Gewähr der Richtigkeit der Aussage erwartet werden kann; § 172 Nr. 4, § 171b GVG schützen allein den zu Vernehmenden⁷ vor Eingrif-

Glaubwürdigkeit des Zeugen gestritten wird; dementsprechend hat das Gericht in diesen Situationen eine erhöhte Fürsorgepflicht, *Stein-Jonas-Schumann*, § 395 Rn 3.

⁵Das Gebot des fairen Verfahrens gilt nicht nur für die Parteien, sondern auch für sonstige Beteiligte und hier insbesondere für Zeugen, *BVerfGE* 38, 105, 112; 52, 131, 154. Zur Bedeutung dieses Grundsatzes für den Zivilprozeß allgemein *Stein-Jonas-Leipold*, Vor § 128 Rn 65 ff. *Leipold* spricht von einer verfassungsrechtlichen Generalklausel, die die Durchführung des Verfahrens gestaltet. Ferner *Schumann*, *ZZP* 96, 137, 166 ff zur Bedeutung für die Parteien.

⁶Vgl. dazu auch Art. 6 Abs. I MRK BGBl. 1952 II/S. 685 und Art. 90 Bay. Verf.; *Rosenberg-Schwab*, § 23 IV. Kritisch zum Öffentlichkeitsgrundsatz *Grunsky*, *Grundlagen*, S. 224.

⁷Dazu *Musielak-Stadler*, Rn 96; *Zöller-Gummer*, § 172 GVG Rn 13. Der Gesichtspunkt, daß

fen in seinen persönlichen Lebensbereich⁸. Dem Gericht steht bei der Beurteilung der Frage, ob diese Gefahr besteht und die Voraussetzungen der Ausschließung vorliegen, ein Beurteilungsspielraum zu, der nicht überprüfbar ist.

Die Parteien haben keinen Anspruch auf eine bestimmte Entscheidung des Gerichts, da ihr Schutz durch die genannten Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht bezweckt ist. Demgegenüber hat der betroffene Zeuge einen prozessualen Anspruch auf Ausschluß der Öffentlichkeit, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen⁹. Dies ergibt sich für den Schutz des Persönlichkeitsrechts auch aus § 171b II GVG, wonach die Öffentlichkeit bei überwiegendem Geheimhaltungsinteresse auf Antrag des Betroffenen ausgeschlossen werden muß¹⁰. Der Anspruch hat aber nur die ermessensfehlerfreie Prüfung durch das Gericht zum Inhalt.

Die Geltendmachung des Anspruchs ist nicht an das Vorliegen eines Zeugnisverweigerungsrechtes gebunden¹¹. Die Nichtöffentlichkeit soll jeden Zeugen schützen; bei Beschränkung des geschützten Personenkreises auf weigerungsberechtigte Zeugen liefe der Anspruch weitgehend leer, denn mit

die Gegenwart fremder Personen die Aussagebereitschaft kindlicher Zeugen hemmt und der Ausschluß der Öffentlichkeit in diesen Fällen überhaupt erst die Vernehmung ermöglicht, kann dabei nicht übersehen werden. Maßgeblich für die Entscheidung des Gerichts muß aber der Schutz des Zeugen, nicht das mittelbare Beweisinteresse der Parteien bleiben. Zum Ganzen aus vernehmungpsychologischer Sicht *Arntzen*, Vernehmungspsychologie, S. 34 ff; *Römer*, RdJB 1971, 205 ff. Für das Strafverfahren wird auch die Meinung vertreten, die Aussageunwilligkeit eines Zeugen vor der Öffentlichkeit stelle eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung dar und rechtfertige daher den Ausschluß nach § 172 Nr. 1 GVG, so *RGS* 30, 244, 245 f; 64, 385, 386; *Dippel*, FS f. Tröndle, S. 599, 615. Dagegen *BGHSt* 9, 280, 283; *Kleinknecht/Meyer*, § 172 GVG Rn 6.

⁸*Zöller-Gummer*, § 171b GVG Rn 4 ff.

⁹*Grunsky*, Grundlagen, S. 225; *Wieczorek*, § 172 GVG Anm. B I d. Die gegenteilige Auffassung von *Baumbach-Lauterbach-Albers*, § 172 GVG Anm. 2 dürfte nach der Einführung des § 171b I 2, II GVG nicht mehr aufrecht zu erhalten sein. Diese Vorschrift räumt den Betroffenen eine weitgehende Dispositionsbefugnis über die Anwesenheit der Öffentlichkeit ein, *Rieß/Hilger*, NStZ 1987, 204, 207 f.

¹⁰§ 171b GVG wurde durch das Opferschutzgesetz BGBl. 1886 I 2496 mit Wirkung zum 1.4.1987 aufgenommen. Die Vorschrift soll den Schutz aller Prozeßbeteiligten vor Bloßstellung stärken, *Baumbach-Lauterbach-Albers*, § 171b GVG Anm. 1. Zum Opferschutzgesetz, das in seinen Auswirkungen nicht auf das Strafverfahren beschränkt ist, auch *Weigend*, NJW 1987, 1170 ff; *Rieß/Hilger*, NStZ 1987, 145 ff und 204 ff.

¹¹Nach *Wieczorek*, § 172 GVG Anm. B II a können Zeugen nur über ihr Zeugnisverweigerungsrecht den Ausschließungsanspruch geltend machen.

der Ausübung des Weigerungsrechtes wird die Gefährdung der schutzwürdigen Interessen des Zeugen in der Regel entfallen.

2. Die Beantragung durch den minderjährigen Zeugen

Der Minderjährige kann den Antrag nach § 171b II GVG selbst stellen. Auf die Einsichtsfähigkeit und Verstandesreife kommt es nicht an. Die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter aus Gründen des Minderjährigenschutzes ist nicht erforderlich, da der Ausschluß der Öffentlichkeit keine negativen Auswirkungen zu Lasten des Zeugen erwarten läßt.

3. Antragsrecht der gesetzlichen Vertreter

Von der Zustimmungsbedürftigkeit ist die Frage zu unterscheiden, ob die gesetzlichen Vertreter selbst den Antrag stellen können, wenn sie weder Partei noch Zeuge sind.

Da es sich nicht um eine höchstpersönliche Entscheidung handelt, steht einem Antrag auf Ausschluß der Öffentlichkeit durch die Eltern nichts entgegen. Grundlage des Antragsrechts ist das Personensorgerecht¹². Die für die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts durch Erklärung gegenüber dem Gericht entwickelten Grundsätze können hier entsprechend herangezogen werden¹³. Da das Prozeßgericht die Möglichkeit hat, die Öffentlichkeit von Amts wegen auszuschließen, wird allerdings eine Pflegerbestellung nur für den Antrag nach § 171b GVG nicht in Betracht kommen.

4. Antragsrecht der am Verfahren beteiligten Sorgeberechtigten

Die gesetzlichen Vertreter können den Antrag auf Ausschluß der Öffentlichkeit nicht für das Kind stellen, da ihnen das Personensorgerecht durch die Bestellung eines Ergänzungspflegers auch insoweit entzogen wird¹⁴.

¹²Wieczorek, ebenda.

¹³Oben § 6 D.

¹⁴Vgl. oben § 6 C; die dort entwickelten Grundsätze gelten bei Beteiligung mindestens eines Elternteiles stets, weil dann immer auch das Zeugnisverweigerungsrecht des Angehörigen

Auswirkungen hat der Ausschluß der Eltern jedoch nicht, weil sie nicht gehindert sind, im eigenen Namen zu handeln.

5. Anwesenheitsrecht der nicht am Verfahren beteiligten gesetzlichen Vertreter

Der Ausschluß betrifft stets die gesamte Öffentlichkeit¹⁵, da es mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens nicht zu vereinbaren wäre, nur bestimmten Personen oder Personengruppen den Zutritt zu versagen oder zu gewähren¹⁶. Eine Anordnung des Gerichts, die Öffentlichkeit mit Ausnahme der gesetzlichen Vertreter auszuschließen, wäre daher in dieser Form nicht zulässig.

Gleichwohl kann die Anwesenheit der Eltern bei der Vernehmung erforderlich sein, etwa wenn ihre Zustimmung zur Aussage des Kindes erforderlich ist oder die Anwesenheit die Aussagebereitschaft des Zeugen fördert. Das Gericht kann den Eltern die Anwesenheit in nichtöffentlicher Verhandlung, mithin also nach Ausschluß der Öffentlichkeit, durch besonderen Beschluß gemäß § 175 II 1 GVG gestatten¹⁷.

II. Ausschluß der Parteien

Die Parteien sind grundsätzlich berechtigt, an der Beweisaufnahme teilzunehmen, § 357 I ZPO¹⁸. Von einem Ausschluß der Öffentlichkeit gemäß §§ 170 ff GVG sind sie nicht betroffen; eine Ausnahme stellt die Entfernung als sitzungspolizeiliche Maßnahme nach § 177 GVG dar. Das Anwesenheitsrecht der Parteien gilt in jedem Stadium des Verfahrens und

nach § 383 I Nr. 3 ZPO gegeben ist. Zum Umfang der Entziehung des Sorgerechts vgl. unten § 12 A.

¹⁵Zum Ausschluß der Parteien s.u. § 8 B II.

¹⁶Zöller-Gummer, § 169 GVG Rn 5. Eine Ausnahme gilt nur für sitzungspolizeiliche Maßnahmen aufgrund der §§ 175 ff GVG.

¹⁷Nach Baumbach-Lauterbach-Albers, § 175 GVG Anm. 3 entscheidet das Gericht in "ganz freiem Ermessen". Dem kann nicht gefolgt werden, weil das Gericht eine Abwägung der Interessen des Zeugen und der der Öffentlichkeit vorzunehmen hat; diese Abwägung erfolgt im pflichtgemäßen Ermessen. Vgl. auch Stein-Jonas-Leipold, Vor § 128 Rn 67, der darauf hinweist, daß nur die pflichtgemäße Ermessensausübung verfahrensfehlerfrei sein kann.

¹⁸Zur Bedeutung des Anwesenheitsrechts Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 357 Anm. 1; Stein-Jonas-Schumann, § 357 Rn 1 ff.

dient der Verwirklichung des rechtlichen Gehörs¹⁹. Es ermöglicht den Parteien, durch Fragen, Einwände und Vorhaltungen Einfluß auf die Beweisaufnahme und damit auch auf das Beweisergebnis zu nehmen. Die Verletzung dieses Rechts, das in den §§ 285, 357 ZPO Ausdruck gefunden hat, führt zur Unverwertbarkeit des so ermittelten Beweisergebnisses²⁰.

Unter besonderen Umständen kann jedoch die Anwesenheit der Parteien während der Vernehmung mit schutzwürdigen Interessen des Zeugen kollidieren. Diese Gefahr besteht bei einem minderjährigen Zeugen insbesondere, wenn die Eltern selbst Partei des Verfahrens sind; ihre bloße Anwesenheit kann negativen Einfluß auf das Kind haben und die Aussage verfälschen²¹. Im Strafverfahren ist in § 247 Satz 2 StPO die Möglichkeit vorgesehen, den Angeklagten während der Vernehmung eines noch nicht sechzehnjährigen Zeugen aus dem Sitzungssaal zu entfernen. Die Vorschrift dient dem Schutz des kindlichen Zeugen.

Die Zivilprozeßordnung kennt keine entsprechende Vorschrift. Nachdem eine Gefährdung des Kindeswohls aber auch im Zivilverfahren nicht ausgeschlossen werden kann, mithin eine vergleichbare Situation besteht, ist die Gesetzeslücke durch die analoge Anwendung des § 247 StPO zu schließen²². Der Ausschluß einer oder beider Parteien ist nur zum Schutz des Zeugen, nicht zur Erzielung eines "richtigen" Beweisergebnisses zulässig²³.

¹⁹Waldner, S. 74.

²⁰Stein-Jonas-Leipold, § 285 Rn 1. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt auch bei einem vor der Beweisaufnahme erklärten Verzicht des Beweisführers vor, weil dies mit der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens nicht vereinbar wäre. Ein nachträglicher Verzicht und Heilung gemäß § 295 I ZPO ist damit jedoch nicht ausgeschlossen, Baumgärtel, FS für Habscheid, S. 1, 6 f; Stein-Jonas-Leipold, Vor § 128 Rn 51.

²¹Arntzen, Vernehmungspsychologie, S. 37 f empfiehlt, Kinder nicht in Gegenwart der Eltern über Sexualdelikte zu vernehmen, um Hemmungen des Zeugen abzubauen. Im Zivilprozeß sind solche Hemmungen weniger zu erwarten, wenn es um Beweisthemen geht, die das Kind nicht in seinem Schamgefühl betreffen. Es kann daher nur im Einzelfall entschieden werden, ob die Eltern im Interesse des Kindes während der Vernehmung anwesend sein sollen. Ähnlich zum vormundschaftsgerichtlichen Verfahren Jansen, § 12 Rn 97; vgl. dazu auch unten § 11.

²²Ebenso Stein-Jonas-Schumann, § 357 Rn 22; Wieczorek, § 357 Anm. B III; Zöller-Stephan, § 357 Rn 5. Zweifeld Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 357 Anm. 1 A, der die §§ 177 ff GVG als abschließende Regelung ansieht.

²³Kleinknecht/Meyer, § 247 Rn 11; KMR-Paulus, § 247 Rn 17; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 247 Rn 23; Weigend, NJW 1987, 1170, 1171 f. Auch Art. 6 I 2 MRK nennt die Interessen von Jugendlichen als zulässigen Ausschließungsgrund. Die Vorschrift ist auch für das Zivilverfahren anwendbar, Kleinknecht/Meyer, Rn 1 zu Art. 6 MRK (Anhang A4).

Das Gericht entscheidet über den Ausschluß der Parteien nach pflichtgemäßem Ermessen. Angesichts der hohen Bedeutung des Anwesenheitsrechts für die Parteien sind konkrete Anhaltspunkte für eine erhebliche Beeinträchtigung oder Gefährdung des physischen oder psychischen Wohls des Kindes zu fordern²⁴. Der alleinige Umstand, daß die Eltern Prozeßparteien sind, rechtfertigt die Annahme einer hinreichenden Gefährdung des Kindeswohls selbst dann nicht, wenn der Zeuge vom Prozeßgegner benannt wurde und mit einer für die Eltern ungünstigen Aussage gerechnet werden muß. Auch hier müssen zusätzliche Verdachtsmomente hinzutreten. Zu denken wäre insbesondere an die Bedrohung oder Einschüchterung des Kindes oder den Versuch, den Zeugen zu einer unrichtigen Aussage zu veranlassen.

Nach Abschluß der Vernehmung sind die gesetzlichen Vertreter analog § 247 Satz 2 StPO wieder zuzulassen und über den Inhalt der Aussage zu unterrichten²⁵.

C. Durchführung der Vernehmung

I. Allgemeines

Nach § 395 I ZPO beginnt die Vernehmung mit der Ermahnung des Zeugen zur Wahrheit und bei Eidesfähigkeit im Sinne des § 393 ZPO mit dem Hinweis auf die Möglichkeit der Vereidigung. Soweit ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht oder im Laufe der Vernehmung ein Aussageverweigerungsrecht in Betracht kommt, ist der Zeuge zu belehren²⁶. Um die Erforderlichkeit der Beteiligung der gesetzlichen Vertreter und gegebenenfalls der Anrufung des Vormundschaftsgerichtes feststellen zu können, muß das Prozeßgericht vor der Vernehmung zur Sache die Aussagebereitschaft und die geistige Reife prüfen²⁷. Erst danach kann die eigentliche Verneh-

²⁴Ähnlich zum Strafverfahren *Kleinknecht/Meyer*, § 247 Rn 11.

²⁵*Stein-Jonas-Schumann*, § 357 Rn 22; *Zöller-Stephan*, § 357 Rn 5.

²⁶Zur Belehrung oben § 7.

mung, zunächst zur Person und im Anschluß daran zum Beweisthema durchgeführt werden, §§ 396, 397 ZPO.

Die Vernehmung soll einerseits das für die Entscheidung des Rechtsstreits relevante Wissen des Zeugen ausschöpfen²⁸, ohne ihn auf der anderen Seite zu überfordern oder in seiner personalen Würde zu verletzen²⁹. Dazu gehört auch die strikte Vermeidung einer dem kindlichen Alter des Zeugen nicht angemessenen Sprache³⁰ und das Stellen von diskriminierenden, einschüchternden oder suggestiven Fragen³¹. Die allgemeinen Erkenntnisse der Vernehmungspsychologie sind zu berücksichtigen, wobei für die Einzelheiten auf die einschlägige Literatur verwiesen werden kann³². Im vorliegenden Zusammenhang soll lediglich auf zwei Fragen eingegangen werden, die die Rechtsstellung des minderjährigen Zeugen unmittelbar berühren.

II. Das Fragerecht der Parteien

Den Parteien steht nach Maßgabe des § 397 II ZPO das Recht zu, mit Erlaubnis des Vorsitzenden Richters selbst unmittelbar Fragen an den Zeugen zu richten³³. Die Gestattung unmittelbarer Fragen durch die Parteien steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts; das Fragerecht der Prozeßbevollmächtigten besteht ohne diese Einschränkung.

²⁷Vgl. zur Zustimmungsbefugnis der gesetzlichen Vertreter und der Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung oben § 6 C II 1.

²⁸*Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 286 Anm. 3 A a; ebenda, § 397 Anm. 2; *Zöller-Stephan*, § 397 Rn 4.

²⁹*BVerfGE* 38, 105, 114 f; zur Bedeutung der Grundrechte des Zeugen und einer "verfassungsnahen" Zeugenvernehmung *Stein-Jonas-Schumann*, Vor § 373 Rn 35 m.w.N.; v. *Lanze-nauer*, *DRiZ* 1966, 223, 224.

³⁰*Michaelis*, in: *Arntzen*, *Vernehmungspsychologie*, S. 43; *Müller-Luckmann*, *RdJB* 1971, 217 f; *Musielak-Stadler*, Rn 93.

³¹Zur besonderen Beeinflussbarkeit kindlicher Zeugen bereits *Stern*, *DJZ* 1908, 51, 53 f.

³²Vgl. dazu etwa *Arntzen*, *Psychologie der Zeugenaussage*; derselbe, *Vernehmungspsychologie*; *Krönig*, S. 31 ff; *Müller-Luckmann*, *RdJB* 1971, 217 f; *K. Peters*, *Strafprozeß*, § 44 mit zahlreichen Nachweisen; *Schneider*, *Beweis und Beweismittel*³, insbesondere S. 166 ff, 178 ff, 181 ff; weitere Nachweise bei *Stein-Jonas-Schumann*, Vor § 373 Rn 1; ebenda, § 396 Rn 1.

³³*Stein-Jonas-Schumann*, § 397 Rn 2.

Im Strafverfahren ist das Fragerecht des Angeklagten und seiner Verteidiger demgegenüber eingeschränkt. Nach § 241a StPO darf ein Zeuge, der das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, nur vom Vorsitzenden Richter befragt werden, es sei denn, ein Nachteil für das Wohl des Zeugen ist durch eine direkte Befragung nicht zu befürchten.

Vorrangiger Zweck der genannten Regelung ist der größtmögliche Schutz kindlicher und jugendlicher Zeugen vor den Belastungen einer gerichtlichen Vernehmung³⁴. Da dieses Ziel auch im Zivilverfahren gilt, andererseits die Zivilprozeßordnung keine Vorschriften enthält, die den Besonderheiten Rechnung tragen, die sich bei der Vernehmung Minderjähriger ergeben können, kommt m.E. die entsprechende Anwendung des § 241a StPO in Betracht. Eine unverhältnismäßige Einschränkung der Rechte der Parteien ist damit nicht verbunden, weil die Möglichkeit unangetastet bleibt, dem Zeugen Fragen über das Gericht vorlegen zu lassen. Auf der anderen Seite wird die Gefahr einer negativen Beeinflussung und Gefährdung des Kindeswohles verringert, weil das Prozeßgericht auf diese Weise Fragen nach Form und Inhalt kontrollieren und sie gegebenenfalls nur in abgewandelter Form zulassen kann³⁵.

³⁴Kleinknecht/Meyer, § 241a Rn 1; KMR-Paulus, § 241a Rn 2; Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 241a Rn 1.

³⁵Die Frage, ob das Gericht die Vorlegung einer Frage wegen ihres Inhaltes im Rahmen des § 241a StPO verweigern kann, ist in der strafrechtlichen Literatur umstritten. Es wird vertreten, die Vorschrift lasse lediglich die Anpassung der Frage in eine dem Alter des Zeugen angemessene Form zu, KMR-Paulus, § 241a Rn 6. Aus der Verweisung des § 241a II StPO auf § 241 II StPO ergibt sich aber die Zurückweisungsmöglichkeit bezüglich aller ungeeigneten Fragen; ungeeignet sind Fragen, die nach Form oder Inhalt dem Entwicklungsstand des jugendlichen Zeugen nicht entsprechen, Löwe-Rosenberg-Gollwitzer, § 241a Rn 2 ff, 5. Für den Zivilprozeß ist die Entscheidungsbefugnis des Prozeßgerichts in § 397 III ZPO normiert. Nach dieser Vorschrift sind unzulässige Fragen abzulehnen, Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 397 Anm. 2; Stein-Jonas-Schumann, § 397 Rn 8; v. Lanzénauer, DRiZ 1966, 223, 224; Zöller-Stephan, § 397 Rn 4. Unzulässig sind nach Form oder Inhalt zur Klärung der Beweisfrage ungeeignete Fragen.

III. Wiederholte Vernehmung

Eine weitere Frage betrifft die Zulässigkeit wiederholter oder nachträglicher Vernehmungen über dasselbe Beweisthema gemäß § 398 ZPO³⁶. Grundsätzlich soll die Aussage in einer einmaligen Vernehmung gewonnen und fixiert werden. Jede Wiederholung der Vernehmung stellt eine besondere Belastung des Zeugen dar, die ihm nur ausnahmsweise zugemutet werden darf³⁷. Eine Ausnahme ist gegeben, wenn die erste Vernehmung infolge verfahrensfehlerhafter Durchführung nicht verwertbar ist³⁸.

Die Frage der fehlerfreien Neuvernahme kann deswegen nicht ohne weiteres bejaht werden, weil jede weitere Vernehmung eine zusätzliche Belastung des minderjährigen Zeugen darstellt³⁹. Das Verwertungsverbot, das dem Schutz des Zeugen dient, wirkt sich bei unbeschränkter Zulässigkeit der wiederholten Vernehmung entgegen seiner Zweckbestimmung zum Nachteil des Zeugen aus. Hier besteht ein Konflikt zwischen Zeugenschutz und Beweisinteressen der Parteien.

Jede neuerliche Vernehmung des Zeugen gemäß § 398 ZPO setzt einen besonderen Anlaß voraus⁴⁰. Ausreichend ist neben der Unverwertbarkeit der Aussage die Erwartung, ein Zeuge wolle seine Aussage ändern oder verzichte nun auf sein Zeugnisverweigerungsrecht⁴¹.

³⁶Eine wiederholte Vernehmung liegt nur vor, wenn sich die erneute Vernehmung auf dasselbe Beweisthema bezieht. Auf die Zeugenvernehmung in der Berufung ist nicht einzugehen, da die Minderjährigkeit des Zeugen hier keine Besonderheiten gegenüber dem erstinstanzlichen Verfahren aufwirft.

³⁷Vgl. zum Strafverfahren Nr. 19 I RiStBV, wonach die mehrmalige Vernehmung von Kindern und Jugendlichen wegen der damit verbundenen seelischen Belastung dieser Zeugen nach Möglichkeit zu vermeiden ist. Dazu auch *Denger*, ZRP 1991, 48, 49 f.; *Dippel*, FS f. Tröndle, S. 599, 609; *Römer*, RdJB 1971m 205, 207; *Stern*, DJZ 1910, 1002, 1003.

³⁸*Stein-Jonas-Schumann*, § 398 Rn 2 und 5; *Zöller-Stephan*, § 398 Rn 5. Im einzelnen dazu § 9.

³⁹*Römer*, RdJB 1971, 205, 207 weist zum Strafverfahren darauf hin, daß vielfache Befragungen und Vernehmungen bei einem Kind häufig mehr Schaden anrichten, als das deliktische Geschehen gegenüber dem Kind selbst. Er fordert daher zutreffend die Reduzierung der Zahl der Vernehmungen und deren "Komprimierung" auf das unbedingt notwendige Maß; ebenso *Denger*, ZRP 1991, 48, 49 f.

⁴⁰*Stein-Jonas-Schumann*, Einl. Rn 254; ebenda, § 398 Rn 5.

⁴¹*Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 398 Anm. 2 b, aa; *Schneider*, S. 194; *Wieczorek*, § 398 Anm. B II b; *Zöller-Stephan*, § 398 Rn 5.

Diese Grundsätze gelten auch für die wiederholte Vernehmung eines minderjährigen Zeugen. Nachdem das Gericht durch die erste Vernehmung bereits zu erkennen gegeben hat, daß es den Zeugen für geeignet hält, besteht für eine Beweiseinschränkung durch Zulassung nur einer einmaligen Vernehmung keine gesetzliche Grundlage. Soweit sich der Beweisführer darauf beruft, der Minderjährige oder die zustimmungsbefugten Eltern seien jetzt aussage- oder zustimmungsbereit, hat er dies näher darzulegen⁴². Die Anforderungen an die Darlegungslast sollten im Interesse des Minderjährigenschutzes nicht zu gering angesetzt werden⁴³. Die bloße Behauptung eines Sinneswandels genügt nicht, zumal die Aussagebereitschaft eines Kindes bei gerichtlicher Vernehmung jederzeit wieder entfallen kann.

Ergebnis

Der Schutz insbesondere minderjähriger Zeugen ist durch die Gewährung von Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechten im Einzelfall nur unzureichend sichergestellt. Das Gericht ist zur Fürsorge verpflichtet. Das bedeutet insbesondere, den Zeugen vor Beeinträchtigungen seines grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechtes zu bewahren und ein faires Verfahren zu gewährleisten.

Als Schutzmaßnahmen kommen bei Zeugen vor Vollendung des sechzehnten Lebensjahres der Ausschluß der Öffentlichkeit und der Parteien in Betracht; § 247 Satz 2 StPO findet entsprechende Anwendung. Den gesetzlichen Vertretern kann die Anwesenheit gestattet werden, wenn dies im Interesse des Kindes liegt.

Die Durchführung der Vernehmung obliegt entsprechend § 241a StPO dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts oder dem Einzelrichter. Die unmittelbare Befragung durch die Parteien oder deren Bevollmächtigte ist nur zuzulassen, wenn Gefährdungen des Kindeswohls nicht zu befürchten sind.

⁴²Zur Darlegungslast bei angeblich unvollständiger erster Vernehmung *OLG Schleswig*, OLGZ 1980, 58, 59.

⁴³Die erhöhte Darlegungslast findet ihre Entsprechung in den höheren Anforderungen bei einem Beweisantrag auf Vernehmung eines noch nicht sechs Jahre alten Zeugen; vgl. oben § 3 B III 2 c.

Eine wiederholte Vernehmung ist nach Maßgabe des § 398 ZPO zulässig. Die Partei, die die erneute Vernehmung beantragt, ist gehalten, den Anlaß dafür im Einzelnen darzulegen.

§ 9 Die Verwertung einer prozeßordnungswidrig gewonnenen Aussage

A. Abgrenzung

Eine Zeugenaussage kann, wie jedes der gesetzlich vorgesehenen Beweismittel, materiell rechtswidrig oder unter Verletzung prozessualer Vorschriften gewonnen werden. In beiden Fällen stellt sich die Frage, ob die Aussage zur Urteilsfindung herangezogen werden darf. Gleichwohl ist zwischen beiden Möglichkeiten zu unterscheiden, was in der Literatur häufig nicht beachtet wird; dort wird vorwiegend die materiell-rechtliche Rechtswidrigkeit behandelt¹. Diese kann beim Zeugenbeweis etwa gegeben sein, wenn der Zeuge durch seine Aussage gegen bürgerlich-rechtliche oder strafrechtliche Vorschriften verstößt oder die Aussage selbst durch rechtswidrige Nötigung des Zeugen beeinflußt wird².

Die Stellung und der Schutz des minderjährigen Zeugen werden allein durch seine prozessualen Rechte und Pflichten bestimmt. Im vorliegenden Zusammenhang ist daher nur auf die Verletzung prozessualer Vorschriften oder eine sonst fehlerhafte Beweisaufnahme und ihre Folgen einzugehen.

¹Vgl. etwa *Dilcher*, AcP 158, 469 ff, 497 f; *Habscheid*, FS für Peters, S. 840, 854 ff m.w.N.; *Kaissis*, S. 8 ff; *E. Peters*, ZZP 76, 145 ff; *Wais*, S. 84 ff; *Werner*, NJW 1988, 993 ff.

²Dazu *Musielak-Stadler*, Rn 32 f; *Wais*, S. 109 f.

B. Die fehlerhafte Belehrung

I. Darstellung

Die gesetzliche Belehrungspflicht³ ist verletzt, wenn der Zeuge oder die Zustimmungsbefugten nicht oder nicht vollständig über ihr Recht zur Zeugnis- bzw. Zustimmungsverweigerung aufgeklärt werden⁴. Dies kann insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn sich erst während der Vernehmung herausstellt, daß die Verstandesreife des jugendlichen Zeugen doch nicht für eine selbständige Entscheidung hinreicht. Hier müssen sowohl die gesetzlichen Vertreter⁵ als auch der Minderjährige noch einmal belehrt werden.

II. Verfahrensrechtliche Folgen der Falschbelehrung

1. Nachholung der Belehrung

Die fehlerhafte Zeugenbelehrung stellt einen Mangel des Beweisverfahrens dar. Er kann beseitigt werden, indem die Belehrung nachgeholt wird

³Im folgenden geht es nur um die Belehrung nach § 383 II ZPO. Die fehlerhafte Belehrung in den übrigen Fällen aufgrund der Fürsorgepflicht stellt keinen Gesetzesverstoß im Sinne des § 550 ZPO dar. Die Aussage ist in diesen Fällen daher stets verwertbar; *OLG Köln*, RPfleger 1985, 494; *Stein-Jonas-Schumann*, § 383 Rn 103. Anders *Wais*, S. 100, der eine Verletzung der richterlichen Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO annimmt. Zur Belehrung selbst vgl. oben § 7.

⁴Eine fehlerhafte Belehrung liegt daher immer dann vor, wenn das Gericht den Ausschluß der gesetzlichen Vertreter analog § 1629 II 1, § 1795 I Nr. 3 BGB verkennt. Die Belehrungspflicht bezieht sich auch auf den in diesen Fällen zu bestellenden Ergänzungspfleger. Zur Falschbelehrung vgl. BGH bei *Dallinger*, MDR 1974, 16; *Habscheid*, ZZP 96, 306, 320; *Waldner*, S. 68 f. Zur StPO *Kleinknecht/Meyer*, § 52 Rn 32.

⁵*Orlowsky*, S. 181 ist der Auffassung, die Verletzung der Mitwirkungsbefugnisse der gesetzlichen Vertreter sei nicht revisibel, da sie nur dem Schutz des Zeugen, nicht des Angeklagten dienen. Anders *Löwe-Rosenberg-Dahs*, § 52 Rn 56. Auf den Zivilprozeß kann diese Argumentation nicht übertragen werden.

und der Zeuge an seiner einmal gemachten Aussage festhält⁶. Entsprechendes gilt, wenn die gesetzlichen Vertreter nachträglich auf ihr Recht zur Zustimmungsverweigerung verzichten und auch das Kind weiterhin aussagebereit ist⁷.

Umgekehrt darf die Aussage nicht mehr verwertet werden, wenn der Zeuge oder die Eltern nach der Belehrung erklären, nunmehr von ihrem Weigerungsrecht Gebrauch machen zu wollen. Dieser Fall ist der vorherigen Belehrung gleichzustellen⁸.

2. Verwertungsverbot

Das unter Verletzung zwingender Verfahrensvorschriften gewonnene Beweisergebnis darf, sofern keine fehlerfreie Neuvernahme stattgefunden hat, für die Entscheidungsfindung nicht herangezogen werden. Es entspricht allgemeiner Überzeugung, daß die Aussage des nicht ordnungsgemäß belehrten Zeugen unverwertbar ist⁹.

Diese Rechtsfolge ergibt sich aus dem Verbot der Beeinflussung des Zeugen in seiner Entschließungsfreiheit¹⁰. Für das Strafverfahren folgt das aus § 136a, § 69 III StPO; es handelt sich um allgemeine Rechtsgedanken, die auch auf den Zivilprozeß anwendbar sind¹¹. Unerheblich ist, ob die feh-

⁶BGH, NJW 1985, 1470 f; E. Peters, ZZZ 76, 145, 161 Fn 72; Wiczorek, § 383 Anm. D I c.

⁷Vgl. oben § 6 C II 1 c.

⁸Dies gilt auch für das Strafverfahren, Kleinknecht/Meyer, § 52 Rn 32; Löwe-Rosenberg-Dahs, § 52 Rn 52 f; ebenda, Schäfer, Einl. Kapitel 14 Rn 22 ff; K. Peters, Gutachten, S. 115; E. Schmidt, JR 1959, 369, 372. Zum Zivilprozeß vgl. die nachfolgend Genannten.

⁹BGH, NJW 1985, 1158, 1159 = VersR 1984, 458 f; NJW 1985, 1470 f; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, aaO, § 383 Anm. 6; Bruns, Rn 185 c; Habscheid, ZZZ 96, 306, 320; E. Peters, ZZZ 76, 145, 160 Fn 66; Rosenberg-Schwab, § 113 IV 2; Stein-Jonas-Leipold, § 284 Rn 18; ebenda, Schumann, § 383 Rn 100; Thomas-Putzo, § 295 Anm. 1 a; ebenda, § 383 Anm. 4; Wais, S. 94 ff; Wiczorek, § 383 Anm. D I c; Zöller-Stephan, § 383 Rn 21.

¹⁰Nach RGSt 48, 269, 270; 57, 63, 65 führt die falsche Belehrung des Zeugen im Strafverfahren nur dann zur Unverwertbarkeit, wenn die Entschließungsfreiheit tatsächlich eingeschränkt wurde. Im Zweifel muß aber zum Schutz des Zeugen von einer Beeinflussung ausgegangen werden; BayObLGZ 56, 389, 391; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 383 Anm. 6; Niese, S. 146; E. Peters, ZZZ 76, 145, 160 ff sieht den Grund, neben dem Schutz der Familienbande, auch in der Vermeidung falscher Zeugnisse; K. Peters, Gutachten, S. 127; Wais, S. 113.

¹¹Maunz in Maunz-Dürig, Art. 2 Rn 34 ff weist darauf hin, daß jede Täuschung des Zeugen

lerhafte Belehrung wissentlich erteilt wurde, denn das Verwertungsverbot tritt auch bei unvorsätzlicher Falschbelehrung ein¹².

3. Heilung des Verfahrensfehlers

a) Parteiherrschaft und Prozeßökonomie

Die Parteien des Zivilprozesses bestimmen über die tatsächlichen Grundlagen des Rechtsstreites. Sie können auf Beweismittel verzichten oder bereits gestellte Beweisanträge zurücknehmen. Dem trägt § 295 I ZPO Rechnung, indem hinsichtlich Verfahrensvorschriften im Parteiinteresse Verletzungsfolgen nur eintreten, wenn die Parteien nicht auf die Einhaltung dieser Vorschriften verzichten¹³. Zu den Verfahrensvorschriften gehören auch die Regelungen über die Durchführung der Beweisaufnahme einschließlich der Belehrung von Zeugen.

Neben dem Gedanken des Verzichts durch die Parteien soll § 295 I ZPO den schnellen und sicheren Prozeßgang verwirklichen und Prozeßökonomie fördern¹⁴. Die Parteien sind aufgrund der Rügeobliegenheit gehalten, ihnen bekannte oder infolge Fahrlässigkeit unbekannt gebliebene Fehler bis zur nächsten mündlichen Verhandlung geltend zu machen.

zugleich dessen Persönlichkeitsrecht verletzt. Im Ergebnis ebenso Bruns, Rn 185 d, wenn der Zeuge fälschlich belehrt wird, ihm stehe kein Zeugnisverweigerungsrecht zu.

¹²Kleinknecht/Meyer, § 52 Rn 35; ebenda, § 136a Rn 13 f; Löwe-Rosenberg-Hanack, § 136a Rn 42.

¹³BGH, NJW 1964, 449, 450; Hagen, JZ 1972, 505, 509; Musielak-Stadler, Rn 58; Stein-Jonas-Leipold, § 295 Rn 1. Gemeint ist stets der nachträgliche Verzicht, Baumgärtel, FS für Habscheid, S. 1, 6 f.

¹⁴BGH, NJW 1985, 1158, 1159 = VersR 1984, 458 f; Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 295 Anm. 2 C a.

b) Rügeverzicht und Zeugenschutz

Die hier nur kurz dargestellte Ansicht stellt die Einhaltung der zeugenschützenden Verfahrensgewährleistungen zur Disposition der Parteien.

Die unrichtige Belehrung erschwert es dem Zeugen bis hin zu einer ungewollten Nichtausübung, eine verantwortliche Entscheidung über sein Zeugnisverweigerungsrecht zu treffen. Die Folgen sind mit der Vernehmung nicht beendet, sondern setzen sich mit der Verwertung der Aussage fort¹⁵. Die Verwertung wird durch Rügeverzicht und -unterlassung, also durch prozessuales Verhalten der Parteien ermöglicht. Angesichts der großen Bedeutung, die dem Schutz des Persönlichkeitsrechts des Zeugen zukommt¹⁶, erscheint zumindest zweifelhaft, ob Parteiherrschaft und Prozeßökonomie eine hinreichende Grundlage für die weitergehende Belastung des Zeugen bieten können.

Das *Bundesverfassungsgericht* hat in seiner Entscheidung vom 8.10.1974¹⁷ darauf hingewiesen, daß es mit Art. 2 I, Art. 1 I GG nicht vereinbar sei, den Zeugen zum bloßen Objekt des Verfahrens zu machen. Im einzelnen führt es aus: "Das Recht des Zeugen, in dem Konflikt zwischen Aussage- und Wahrheitspflicht und der Gefahr eigener Belastung bestimmte Angaben zu verweigern, wird in Frage gestellt, wenn man ihn auf die vom Ermessen anderer Verfahrensbeteiligter abhängige Belehrung verweisen und auf seine laienhafte Entscheidung ohne sachverständige Hilfe beschränken, den im allgemeinen rechtsunkundigen Zeugen also letztlich den Reaktionen anderer Verfahrensbeteiligter ausliefern würde." Der grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsbereich des Zeugen sei Einwirkungen durch das Verfahrensrecht und seiner Anwendung durch die Verfahrensbeteiligten entzogen.

¹⁵Denger, ZRP 1991, 48 ff; Habscheid, ZZP 96, 306, 320; derselbe, FS für Peters, S. 840, 858 ff; E. Peters, ZZP 76, 145, 161.

¹⁶Die Zeugnisverweigerungsrechte beruhen auf einer Abwägung verfassungsrechtlich geschützter Interessen zugunsten des Zeugen. Im Gegenzug wird das rechtliche Gehör der Parteien eingeschränkt; BVerfGE 33, 367, 375 (zu § 53 StPO); Schmidt-Aßmann in Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. IV Rn 225.

¹⁷BVerfGE 38, 105, 114 f. Die Entscheidung betrifft Verfassungsbeschwerden gegen Beschlüsse des Bundesdisziplinargerichts, durch die Rechtsbeiständen von Zeugen die Anwesenheit während der Vernehmung verweigert wurde. Die Feststellungen des BVerfG zur Rechtsstellung des Zeugen im Verhältnis zu anderen Verfahrensbeteiligten sind jedoch von den Besonderheiten dieses Verfahrens unabhängig und daher verallgemeinerungsfähig.

c) Stellungnahme

Eine verfassungskonforme Auslegung des Prozeßrechts kann bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichtes* im Rahmen des § 295 I ZPO die mittelbar durch ein Verhalten der Parteien drohenden Einwirkungen zu Lasten des Zeugen nicht außer acht lassen. So darf der Zeugen nicht nur als bloßes Beweismittel gesehen werden, weil so die Gefahr besteht, ihn als bloßes Objekt des Verfahrens zu behandeln.

Der verfassungsrechtlich garantierte Schutz des Zeugen schließt aber nicht aus, diesem Schutz dienende prozessuale Regelungen der Herrschaft der Parteien zu unterwerfen. Unter § 295 II ZPO fallen nur Vorschriften, die ausschließlich im Interesse der Öffentlichkeit liegen¹⁸. Das allgemeine Interesse an einer ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens genügt nicht, da sonst nahezu jeder Verfahrensverstoß unheilbar wäre.

Das Prozeßrecht legt die Kontrolle über die Einhaltung der im jeweiligen Parteiinteresse liegenden Vorschriften in die Hand der Beteiligten und belastet sie zugleich mit der Rügeobliegenheit. Die Verfahrensvorschriften sollen nicht um ihrer selbst willen eingehalten werden, sondern nur soweit dies im Interesse der Parteien und zur Findung einer sachgerechten Entscheidung erforderlich ist¹⁹. Die Heilung setzt den Rügeverzicht beider Parteien voraus²⁰ und bietet allein dadurch die Gewähr einer zweckmäßigen Verfahrensdurchführung. Der Schutz des Zeugen findet nur mittelbar statt. Dies genügt aber, weil der Persönlichkeitsschutz des Zeugen nicht dazu führen kann, ihm eine über seine prozessuale Funktion hinausgehende Einflußmöglichkeit auf das Verfahren einzuräumen.

¹⁸*Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 295 Anm. 3 A; *Baumgärtel*, ZZZ 69, 89, 111; *Musielak-Stadler*, Rn 58; *Rosenberg-Schwab*, § 68 I 2; *Stein-Jonas-Leipold*, § 295 Rn 4; *Zöller-Stephan*, § 295 Rn 4.

¹⁹Vgl. *Schmidt-Aßmann* in *Maunz-Dürig*, Art. 19 Abs. IV Rn 240 f zur Verfassungsmäßigkeit der von ihm als "Rügemodell" bezeichneten Fehlerfolge; *Zöller-Stephan*, § 295 Rn 1; ebenda, § 296 Rn 2.

²⁰Es handelt sich um einen vom Gericht begangenen Verfahrensfehler, den beide Parteien rügen können, *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, aaO, § 295 Anm. 2 A; *Rosenberg-Schwab*, § 68 II 1; *Stein-Jonas-Leipold*, § 295 Rn 1, 18.

C. Verkenntung der Einsichtsfähigkeit und der Zustimmungsbefugnis

Die Feststellung der Verstandesreife und die Einholung der Zustimmung der gesetzlichen Vertreter dienen dem Schutz des minderjährigen Zeugen. Die Schutzbedürftigkeit ist umso mehr gegeben, je weniger die Fähigkeit vorliegt, selbständige Entscheidungen treffen zu können.

Verkennt das Gericht die Einsichtsfähigkeit oder hält es beide oder einen Elternteil zu Unrecht für befugt, dem Verzicht des Kindes auf sein Zeugnisverweigerungsrecht zuzustimmen, ist die so gewonnene Aussage nicht verwertbar. Wie bei der unrichtigen Belehrung kann der Verfahrensfehler aber durch Neuvernahme oder nach Maßgabe des § 295 I ZPO geheilt werden.

Heilung und Rügeverzicht der Parteien sind nicht erforderlich, wenn das Prozeßgericht zu Unrecht von einem Ausschluß der Eltern ausgeht und einen Ergänzungspfleger bestellen läßt²¹. Die Bestellung durch das Vormundschaftsgericht schränkt das elterliche Sorgerecht im Umfang der auf den Pfleger gemäß § 1630 I BGB übertragenen Aufgaben auch dann ein, wenn die Bestellung rechtswidrig ist²². Auswirkungen auf den Zivilprozeß sind daher mit dem Eingriff in das elterliche Sorgerecht nicht verbunden²³.

D. Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens

Der Zeuge hat gemäß § 171b II GVG einen prozessualen Anspruch auf Ausschluß der Öffentlichkeit, wenn die Vernehmung Umstände betrifft, die zum persönlichen Lebensbereich des Aussagepflichtigen gehören²⁴. Umgekehrt kann der Zeuge aber auch der Ausschließung der Öffentlichkeit widersprechen, § 171b I 2 GVG.

²¹Dazu im Einzelnen unten § 11.

²²BGHZ 33, 195, 201; MünchKomm-Goerke, § 1909 Rn 55. Etwas anderes gilt nur, wenn die Vormundschaftsgerichtliche Entscheidung ausnahmsweise nicht nur rechtswidrig, sondern nichtig ist.

²³Nach BGHZ 41, 303, 309 f gebietet nur die Rücksichtnahme auf die Belange des Pfleglings die Herbeiführung einer korrigierenden Entscheidung des Vormundschaftsgerichts.

²⁴Vgl. oben § 8 B.

Der rechtswidrige Ausschluß der Öffentlichkeit wird von der h.M. als wesentlicher Verfahrensmangel angesehen, der nicht dem Rügeverzicht des § 295 I ZPO zugänglich ist²⁵. Dem ist zuzustimmen, weil es sich bei den betreffenden Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht um Normen handelt, die das Interesse der Parteien, sondern öffentliche Interessen schützen sollen²⁶. Es ist daher nur ergänzend darauf hinzuweisen, daß bereits die Verletzung prozessualer Rechte des Zeugen dieses Ergebnis rechtfertigt, ohne daß es eines Rückgriffs auf das öffentliche Interesse bedarf. Da die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens aber auch dann verletzt sind, wenn die Voraussetzungen der §§ 171b, 174 GVG verkannt wurden, ohne daß überhaupt interessierte Zuhörer anwesend waren²⁷, liegt immer sowohl eine Verletzung der Interessen der Öffentlichkeit als auch des Zeugen vor.

Die gerichtliche Entscheidung, die das fehlerhafte Verfahren abschließt, ist mit den Rechtsmitteln der Berufung und der Revision angreifbar. Eine Beschwerdemöglichkeit Dritter oder eines Zeugen kennt das Gesetz nicht. Der Schutz des Zeugen bei einer Verletzung seines Anspruch auf nicht-öffentliche Vernehmung ist nicht mit einer Sanktionsandrohung belegt, wenn die Prozeßparteien auf die Einlegung eines Rechtsmittels verzichten. Der Verzicht hätte dann eine ähnliche Wirkung wie ein unzulässiger Rügeverzicht.

Die fehlende Rügemöglichkeit des Zeugen verletzt diesen nicht in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör²⁸. Nach § 174 I GVG muß über den Öffentlichkeitsausschluß mündlich verhandelt werden; dabei sind die Beteiligten anzuhören. Beteiligte im Sinne des § 174 I GVG sind nicht nur die Prozeßparteien, sondern auch der betroffene Zeuge²⁹. Die dem Zeugen damit ein-

²⁵Bruns, Rn 163 b; Stein-Jonas-Leipold, § 295 Rn 6; ebenda, Vor § 128 Rn 130. Aus der Rechtsprechung RGZ 157, 341, 347. Anders Zöller-Stephan, § 295 Rn 5, nach dem nur der vorherige Verzicht auf die Öffentlichkeit unwirksam sei.

²⁶Die fehlerhafte Behandlung der Parteiöffentlichkeit stellt demgegenüber einen verzichtbaren Verfahrensmangel dar, weil keine öffentlichen Interessen betroffen sind; BGH, LM Nr. 7 zu § 295 ZPO.

²⁷Stein-Jonas-Leipold, Vor § 128 Rn 130.

²⁸Das OLG Stuttgart, ZZP 70, 382, 383 f ließ die Frage offen, ob einem Rechtsanwalt ein eigenes Beschwerderecht bei fehlerhaftem Ausschluß der Öffentlichkeit zusteht, weil es nur Berufung und Revision als statthaftes Rechtsmittel ansah.

²⁹Baumbach-Lauterbach-Albers, § 174 GVG Anm. 1 A; Zöller-Gummer, § 174 GVG Rn 1

geräumte Gelegenheit zur Stellungnahme genügt den Anforderungen an das rechtliche Gehör³⁰. Der Ausschluß der Anfechtbarkeit der Entscheidung des Gerichts nach § 171b III GVG ist daher nicht zu beanstanden.

Ergebnis

Die Verletzung von Minderjährigenschutzvorschriften oder zeugenschützenden Regeln führt stets zur Unverwertbarkeit der Aussage. Dazu gehören die unterlassene oder unrichtige Belehrung des Zeugen und des Zustimmungsbefugten, die Nichthinziehung der gesetzlichen Vertreter und die verfahrenswidrige Beteiligung der Eltern trotz ihrer Verhinderung. Die rechtswidrige Bestellung eines Ergänzungspflegers hat auf die Verwertbarkeit der mit dessen Zustimmung gewonnenen Aussage keine Auswirkungen.

Der Verfahrensfehler kann durch fehlerfreie Neuvernahme oder durch Heilung im Wege des Rügeverzichts und der Rügeunterlassung nach § 295 I ZPO geheilt werden. Dies gilt auch für Mängel, die zugleich das Persönlichkeitsrecht des Zeugen verletzen.

Die Verletzung des Anspruchs auf Ausschluß der Öffentlichkeit kann von dem Zeugen nicht angefochten werden. Den Parteien stehen die allgemeinen Rechtsmittel offen.

hält die formlose Anhörung der Auskunftsperson für ausreichend, wobei unklar bleibt, ob eine Anhörungspflicht seitens des Gerichts besteht.

³⁰Vgl. allgemein *Waldner*, S. 59 ff.

§ 10 Zwischenstreit über das Vorliegen eines Zeugnisverweigerungsrechts und Rechtsmittel des Zeugen

A. Der Zwischenstreit über die Berechtigung der Zeugnisverweigerung

I. Gegenstand des Zwischenverfahrens

Erklärt der Zeuge vor oder während der Vernehmung unter Angabe des Grundes¹, daß er die Aussage verweigert, kann zwischen der beweisführenden Partei und dem Zeugen ein Zwischenstreit geführt werden. Dabei stehen sich das Zeugnisverweigerungsrecht und der Anspruch der Partei auf Ablegung des Zeugnisses gegenüber². Ziel des Verfahrens ist, die Berechtigung des Zeugen zur Aussageverweigerung aufgrund des behaupteten Grundes³ verbindlich festzustellen. Dieselbe Situation entsteht, wenn die gesetzlichen Vertreter erklären, daß sie mit einer Vernehmung ihres minderjährigen Kindes nicht einverstanden sind.

¹Der Grund der Zeugnisverweigerung muß gemäß § 386 I ZPO glaubhaft gemacht werden. Unterbleibt die Begründung gänzlich, so wird kein Zwischenstreit geführt, sondern direkt Zeugniszwang nach § 390 ZPO ausgeübt, *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 387 Anm. 1; *Zöller-Stephan*, § 387 Rn 2.

²So bereits *RGZ* 20, 378, 379 f.

³Das Zwischenurteil, daß gemäß § 387 III ZPO zu erfolgen hat, enthält nur über den jeweils konkret behaupteten Weigerungsgrund eine verbindliche Entscheidung; eine Präklusion des Zeugen mit etwaigen weiteren Zeugnisverweigerungsgründen findet nicht statt, *Stein-Jonas-Schumann*, § 386 Rn 6; ebenda, § 387 Rn 4; *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 387 Anm. 3. Einschränkend *Bosch*, *DRiZ* 1951, 137, 138, der (beim Untersuchungsverweigerungsrecht) "in freier Handhabung der gesetzlichen Bestimmungen" nur ein einmaliges Nachschieben von Gründen für zulässig erachtet, ohne dies weiter zu begründen.

Die Zuständigkeit für die Entscheidung liegt bei dem Prozeßgericht⁴. Erforderlich ist jedoch ein Antrag des Beweisführers⁵. Wird der Antrag nicht gestellt, so liegt darin regelmäßig ein Verzicht auf den Zeugen⁶. Nach Maßgabe des § 399 ZPO kann bei einem Verzicht des Beweisführers auch der Beweisgegner eine Entscheidung über die Zeugnisverweigerung herbeiführen, wenn der Zeuge erschienen ist. Parteien des Zwischenverfahrens sind der Beweisführer und gegebenenfalls der Beweisgegner⁷ auf der einen Seite, andererseits der Zeuge⁸.

Die Entscheidung wird gemäß § 387 III ZPO nach Anhörung der Beteiligten⁹ durch Zwischenurteil getroffen, gegen das der jeweils Unterlegene mit der sofortigen Beschwerde vorgehen kann¹⁰.

⁴Dies gilt auch bei einer Vernehmung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter, § 389 ZPO; *Wieczorek*, § 387 Anm. A.

⁵*Zöller-Stephan*, § 387 Rn 2. A.A. *Baumbaeh-Lauterbach-Hartmann*, § 387 Anm. 2; *Stein-Jonas-Schumann*, § 387 Rn 2, wonach das Prozeßgericht von Amts wegen tätig wird. Dagegen spricht aber, daß bei Untätigkeit des Beweisführers, auch nach den zuletzt Genannten, aufgrund der Dispositionsmöglichkeit des Beweisführers im Zweifel ein Verzicht der Partei auf den Zeugen vorliegt und ein Zwischenstreit dann entbehrlich ist.

⁶So bereits *Meyer*, ZZP 17, 459, 460 f zu § 339 CPO; *BGH*, NJW 1964, 449, 450; *NJW-RR* 1987, 445; *Niese*, S. 143; *Stein-Jonas-Schumann*, § 387 Rn 8; *Wieczorek*, § 387 Anm. A II a 1; *Zöller-Stephan*, § 387 Rn 2. *Baumbaeh-Lauterbach-Hartmann*, § 387 Anm. 1; *BGH*, LM Nr. 9 zu § 295 ZPO stellen auf § 295 I ZPO ab, ohne daß dies zu unterschiedlichen Ergebnissen führt.

⁷*Bruns*, Rn 185 f; *Stein-Jonas-Schumann*, § 387 Rn 8. Die Beteiligung des Beweisgegners hat keine Auswirkungen auf die Stellung des Zeugen im Zwischenverfahren. Im folgenden wird daher nur vom Beweisführer gesprochen.

⁸*Bruns*, ebenda (Fn 7); *Baumbaeh-Lauterbach-Hartmann*, § 387 Anm. 2; *Lent*, ZZP 52, 14, 24; *Niese*, S. 143; *Wieczorek*, § 387 Anm. B I.

⁹Da die Entscheidung die Rechtsstellung des Zeugen unmittelbar berührt, ist seine Anhörung vor Erlass einer Entscheidung wegen des auch für den Zeugen gebotenen rechtlichen Gehörs notwendig, *Waldner*, S. 221.

¹⁰*OLG Frankfurt*, MDR 1983, 236 zur Beschwerde des Zeugen.

II. Die Durchführung des Zwischenverfahrens bei Beteiligung eines einsichtsfähigen Zeugen

1. Befugnis zur selbständigen Entscheidung

Der einsichtsfähige minderjährige Zeuge kann über die Geltendmachung eines Zeugnisverweigerungsrechts selbständig entscheiden. Die gesetzlichen Vertreter haben prozessual keine Möglichkeit, den Entschluß des Jugendlichen zu kontrollieren oder abzuändern, auch wenn sie dies im Interesse des Minderjährigen für erforderlich halten¹¹. Das Prozeßgericht ist daher auch nicht verpflichtet, die Stellungnahme der Eltern einzuholen, ob sie mit der Vernehmung des Kindes einverstanden sind¹².

Es stellt sich aber die Frage, ob die Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter nicht spätestens im Stadium des Zwischenverfahrens notwendig wird. Die Bedeutung dieser Frage ergibt sich daraus, daß der Minderjährige trotz der Verstandesreife nicht prozeßfähig im Sinne der §§ 51, 52 ZPO ist und er selbst keine Prozeßhandlungen vornehmen könnte.

2. Die Prozeßfähigkeit Minderjähriger im Zwischenverfahren

a) Verpflichtungsfähigkeit und prozessuale "Wehrbefugnis"

Nach § 52 ZPO liegt die Prozeßfähigkeit vor, soweit nach materiellem Recht die Fähigkeit gegeben ist, sich selbst zu verpflichten. Es handelt sich nach allgemeiner Ansicht um eine Verweisung auf die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit¹³. Die Prozeßfähigkeit ist nicht nur eine Zulässigkeits-, sondern auch eine Prozeßhandlungsvorausset-

¹¹Dazu im einzelnen oben § 6 B.

¹²Die gleichwohl erklärte Zustimmungsverweigerung der gesetzlichen Vertreter ist unbeachtlich, weil bereits eine wirksame Zeugnisverweigerung vorliegt.

¹³Baumbach-Lauterbach-Hartmann, § 52 Anm. 1; Grunsky, Grundlagen, S. 251 ff, 254; Rosenberg-Schwab, § 44 I. Dagegen hält Zöller-Vollkommer, § 52 Rn 2 die Verweisung des § 51 ZPO für gegenstandslos, weil § 52 ZPO eine eigenständige Regelung enthält. Die ZPO regelt aber die Verpflichtungsfähigkeit gerade nicht, so daß es doch des Rückgriffs auf das materielle Recht bedarf.

zung¹⁴. Die Verweisung des § 52 ZPO ist insoweit zu eng, als es im vorliegenden Zusammenhang nicht um die Wahrnehmung materiellrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten geht, sondern um die Ausübung einer prozessualen Befugnis. Bei strikter Anwendung der genannten Vorschriften müßte auch der verstandesreife Minderjährige durch die Eltern oder einen Pfleger vertreten werden, obwohl er zur Ausübung des streitgegenständlichen Zeugnisverweigerungsrechtes gerade nicht der Mitwirkung Dritter bedarf.

Die Prozeßfähigkeit wird als verfahrensrechtliche Ausprägung bürgerlich-rechtlicher Handlungsfähigkeit¹⁵ und als "Wehrbefugnis aus materiellrechtlicher Rechtsgüterzuordnung" verstanden¹⁶. Die Verpflichtungsfähigkeit verliert bei dieser Definition ihre Bedeutung, weil es auf die Handlungsbefugnis ankommt. Entscheidend ist nicht die rechtsgeschäftliche Verpflichtungsfähigkeit, sondern die Fähigkeit, ein Recht selbständig ausüben zu können¹⁷. Diese Fähigkeit kann zwar ihrerseits von einem bestimmten Alter abhängen, aber auch von anderen Voraussetzungen bestimmt sein. Ob dies der Fall ist, richtet sich nicht nach dem Entstehungsgrund, sondern dem jeweiligen Rechtsgebiet, dem das betreffende Recht zuzuordnen ist. Bei einer zivilprozessualen Befugnis kommt es daher nicht auf die Geschäftsfähigkeit im Sinne der §§ 104 ff BGB an, wenn das Prozeßrecht eine eigene Regelung der Ausübungsbefugnis enthält.

b) Entscheidungsfähigkeit einsichtsfähiger Zeugen

Die eigenständige Geltendmachung des Zeugnisverweigerungsrechtes setzt voraus, daß der Zeuge die geistige Reife und Einsichtsfähigkeit besitzt, den Konflikt zwischen Aussagepflicht und Belastung eigener oder fremder

¹⁴Grundmann, S. 5 m.w.N.; ebenda, S. 11 f.

¹⁵BVerfGE 28, 243, 254; 51, 405, 407; Bruns, Rn 53; Rosenberg-Schwab, § 44 I spricht von prozessualer Handlungsfähigkeit. Ähnlich auch Fehnmann, S. 43 ff.

¹⁶Kahlke, ZZP 100, 10 f. Grunsky, Grundlagen, S. 253, 254 stellt unter Hinweis auf § 1025 I ZPO fest, daß das Gesetz materiellrechtliche und prozessuale Verfügungsbefugnis parallel behandelt.

¹⁷Grunsky, Grundlagen, S. 252 f; Kahlke, ZZP 100, 10, 15. Zweifelnd Fehnmann, S. 47 ff, deren Bedenken gegen eine Verallgemeinerung darauf beruhen, daß den Eltern nicht jede Einflußmöglichkeit entzogen werden dürfe. Diese Gefahr besteht nicht, wenn den Eltern ergänzend das Recht eingeräumt wird, neben dem Kind selbst als gesetzliche Vertreter im Namen des Kindes Rechtsmittel einlegen zu können; dazu unten § 10 B III.

Interessen einer nahestehenden Partei in verantwortlicher Weise zu lösen. Soweit diese Fähigkeit gegeben ist, wird der minderjährige Zeuge einem Volljährigen gleichgestellt. In einem Zwischenverfahren ist er selbst prozeßfähig¹⁸, ohne daß es der Einwilligung oder Genehmigung der gesetzlichen Vertreter bedarf. Auf die Prozeßfähigkeit im Sinne der §§ 51, 52 ZPO kommt es dagegen nicht an¹⁹.

Im Ergebnis entspricht die Prozeßfähigkeit im Zwischenverfahren damit der Ausübungsbefugnis des Zeugnisverweigerungsrechtes, das Gegenstand des Zwischenstreites ist²⁰. Die Ausübungsbefugnis enthält die Prozeß- und Prozeßhandlungsfähigkeit des Zeugen, ohne daß Dritte beteiligt werden müssen²¹.

Eine Beeinträchtigung des notwendigen Minderjährigenschutzes ist dadurch nicht zu befürchten. Die Verstandesreife des Zeugen befähigt ihn zur eigenverantwortlichen Entscheidung und vermindert zugleich seine Schutzbedürftigkeit. Auch hat der Gesetzgeber in anderen Fällen zu erkennen gegeben, daß trotz jugendlichen Alters eine im Verhältnis zur Regelung der §§ 51, 52 ZPO vorverlagerte Prozeßfähigkeit möglich ist²².

¹⁸Im Ergebnis ebenso *Bosch*, S. 39 f und S. 55 f, der aber ohne Rücksicht auf die Entscheidungsreife auf die feste Altersgrenze des 14. Lebensjahres abstellt; wie hier *Grundmann*, S. 93; *Lent*, ZJP 52, 14, 24; *Stein-Jonas-Schumann*, § 387 Rn 2. Ferner *Zöller-Stephan*, § 387 Rn 3, der jedoch nicht nach der Einsichtsfähigkeit differenziert.

¹⁹Zur Prozeßfähigkeit im Zusammenhang mit der Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechts durch Prozeßhandlung des Zeugen auch oben § 5 B I 1.

²⁰Ähnlich wird die Fähigkeit eines Minderjährigen zur Einlegung einer Verfassungsbeschwerde mit der Grundrechtsmündigkeit, verstanden als Ausübungsbefugnis, begründet, ohne daß es auf eine - im Bundesverfassungsgerichtsgesetz nicht geregelte - Prozeßfähigkeit ankäme, *BVerfGE* 1, 87, 88; 51, 405, 407 f m.w.N.; NJW 1986, 3129 ff; *Fehrmann*, S. 51 ff; *Hohm*, NJW 1986, 3107, 3108 ff; *Kahlke*, ZJP 100, 10, 15.

²¹Vgl. auch oben § 6 A, B. *Kahlke*, ZJP 100, 10, 17 f verweist darauf, daß im Streit über die Prozeßfähigkeit auch die Menschenwürde, der Anspruch auf rechtliches Gehör und der Grundsatz des fairen Verfahrens die Prozeßfähigkeit begründen können. Diese Gesichtspunkte haben über den Zulassungsstreit hinaus Bedeutung, weil es sich um allgemeine Grundsätze handelt, die in jedem Verfahren zu beachten sind. Die Prozeßfähigkeit ist eine Einschränkung der Handlungsfreiheit und nur gerechtfertigt, wo sie zum Schutz des Verfahrensbeteiligten geboten ist.

²²So sind in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen in Ehesachen und Eheanfechtungsverfahren gemäß §§ 607, 640b ZPO prozeßfähig. Diese Ausnahmen von dem Grundsatz, daß die Prozeßfähigkeit der Verpflichtungsfähigkeit entspricht, beruhen auf der höchstpersönlichen Natur der jeweiligen Verfahrensgegenstände, *Baumbach-Lauterbach-Albers*, § 607 Anm. 1; *Grundmann*, S. 31 ff; *Thomas-Putzo*, § 607 Anm. 1; *Zöller-Vollkommer*, § 52 Rn 5.

III. Das Zwischenverfahren gegen einen nicht einsichtsfähigen Zeugen

1. Aussagepflicht trotz Aussageunwilligkeit oder Zustimmungsverweigerung

Die Aussagepflicht entfällt weder durch das kindliche Alter des Zeugen, noch durch die Unfähigkeit zum wirksamen Verzicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht²³. Dies gilt auch für die Zustimmungsverweigerung der Eltern, die nur dann prozessuale Wirkung auf die Zeugenpflichten hat, wenn das behauptete Zeugnisverweigerungsrecht tatsächlich besteht und die gesetzlichen Vertreter nicht ausgeschlossen sind.

Solange die Aussagepflicht besteht, der Zeuge aber nicht vernommen werden kann, weil er oder die Eltern sich weigern, besteht für den Beweisführer ein erhebliches Interesse an einer richterlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Verweigerung²⁴.

Anders als beim einsichtsfähigen Minderjährigen kann die Prozeßfähigkeit hier nicht abweichend von §§ 51, 52 ZPO behandelt werden, weil der wirksame Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht von der Zustimmung der Eltern abhängt. Der Zeuge muß sich daher im Zwischenverfahren vertreten lassen. Die Vertretung ist Aufgabe der gesetzlichen Vertreter, die in Ausübung ihres Personensorgerechts handeln²⁵. Sind die Eltern selbst am Verfahren beteiligt, sind sie insoweit von der Vertretung ausgeschlossen. Die Zuständigkeit ist dann auf den Ergänzungspfleger übergegangen, der in diesen Fällen regelmäßig vor der Vernehmung des kindlichen Zeugen zu bestellen ist²⁶.

²³Vgl. zur gegenteiligen Auffassung von K. Peters oben § 5 A II 2.

²⁴Das Interesse des Beweisführers an einer Überprüfung besteht bei jedem Zeugen, weil die unberechtigte Zeugnisverweigerung seine Beweismöglichkeiten und damit das rechtliche Gehör im Sinne des Art. 103 I GG einschränkt. Bei kindlichen Zeugen vor Vollendung des sechsten Lebensjahres ist diese Einschränkung von besonderer Bedeutung, weil schon die Ladung des Zeugen davon abhängig ist, daß der Beweisführer alle anderen Beweismittel bereits ausgeschöpft hat und die Aussage des Kindes voraussichtlich prozeßentscheidend ist. Dazu im Zusammenhang mit der Zeugeneignung oben § 3 B III.

²⁵Wieczorek, § 387 Anm. B I a. Ebenso Bosch, S. 56 f allgemein für Minderjährige vor Vollendung des 14. Lebensjahres.

²⁶Zum Umfang der Zustimmungsbefugnis des Pflegers s.u. § 12 A.

Die Durchführung des Zwischenverfahrens erscheint aber aus einem anderen Grunde problematisch. Der unreife Zeuge ist regelmäßig nicht schuldfähig, sei es, weil er das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, sei es, weil er die rechtlichen Folgen seines Handelns nicht überblicken kann. Die Verhängung von Ordnungs- und Zwangsmitteln ist deshalb unzulässig, so daß die Erfüllung der Zeugenpflichten nicht erzwungen werden kann²⁷. Damit stellt sich die Frage nach dem Zweck eines Zwischenverfahrens, weil die rechtskräftige Entscheidung über das Nichtbestehen eines Weigerungsrechtes ihrerseits Voraussetzung für die Ausübung von Zeugniszwang nach § 390 I, II ZPO ist.

2. Unzulässigkeit des Zwischenverfahrens wegen fehlendem Rechtsschutzbedürfnis?

a) Rechtsschutzbedürfnis als Verfahrensvoraussetzung

Das Rechtsschutzbedürfnis soll als Verfahrensvoraussetzung gewährleisten, daß nur solche Streitigkeiten durch die Gerichtsbarkeit entschieden werden müssen, die tatsächlich einer Entscheidung bedürfen²⁸. Es handelt sich um eine allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung, die bei jeder Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe vorliegen muß²⁹. Dabei ist auf die Interessen der Parteien und auf die der Allgemeinheit abzustellen³⁰.

Das Rechtsschutzbedürfnis hat der Gesetzgeber explizit nur für Feststellungsklagen und für Klagen auf künftige Leistung in den §§ 256 bis 259 ZPO kodifiziert³¹. Es besteht Einigkeit darüber, daß das Rechtsschutzbedürfnis

²⁷Dazu oben § 4 C III zur Verhängung von Ordnungsmitteln gegen den ordnungsgemäß geladenen Minderjährigen und § 5 C II 1 zum Zeugniszwang bei Verletzung der Aussagepflicht.

²⁸Stein-Jonas-Schumann, Vor § 253 Rn 101; Stephan, S. 19 ff und S. 32 ff spricht von prozesualem Interesse als Bestandteil des Rechtsschutzbedürfnisses; so auch schon Schönke, S. 24.

²⁹Baumbach-Lauterbach-Hartmann, Grundz. § 253 Anm. 5 A. Das Rechtsschutzbedürfnis ist eine allgemeine Prozeßvoraussetzung und in jedem Stadium des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen, BGH, NJW 1981, 875, 876.

³⁰Wieser, S. 30 ff.

³¹Das Feststellungsinteresse im Sinne der genannten Vorschriften ist ein Unterfall des

nur in Ausnahmefällen nicht gegeben ist, so das es stets einer Prüfung im Einzelfall bedarf, wenn es verneint werden soll³².

b) Das Rechtsschutzbedürfnis und der Zweck des Zwischenverfahrens

Gegen die Durchführung eines Zwischenverfahrens unter Beteiligung eines schuldunfähigen Zeugen könnten Bedenken einmal unter dem Gesichtspunkt erhoben werden, der Minderjährigenschutz verbiete die "unnötige" Inanspruchnahme des Zeugen, zum anderen könnte die fehlende Sanktionsmöglichkeit auch im Falle einer Verurteilung dem Rechtsschutzbedürfnis³³ entgegenstehen.

Das Gebot des Minderjährigenschutzes, dem auch das Prozeßrecht unterliegt, entspricht es, die Verfahrensbeteiligung kindlicher und jugendlicher Zeugen auf das notwendige Maß zu reduzieren. Dies führt nicht dazu, Minderjährige als ungeeignete Zeugen gänzlich auszuschließen. Es besteht daher auch kein schutzwürdiges Interesse, vor einem Zwischenverfahren geschützt zu werden, weil bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Prozeßgerichts nicht zu Lasten des Beweisführers von der Wirksamkeit der Weigerung ausgegangen werden kann.

Ein überwiegendes Schutzinteresse des Minderjährigen kann auch deswegen nicht angenommen werden, weil der Schutz innerhalb des Verfahrens hinreichend gewährleistet werden kann. Hier ist insbesondere auf die Nichtöffentlichkeit der Verhandlung, gegebenenfalls unter Beiziehung der Eltern zu verweisen³⁴. Der Schutz *vor* dem Verfahren wäre eine unverhältnismäßige Beschränkung der Rechte des Beweisführers, wenn hinreichender Schutz *im* Verfahren erreicht werden kann.

Rechtsschutzbedürfnisses; beide Begriffe können daher nicht synonym verwendet werden; dazu *Stein-Jonas-Schumann*, Vor § 253 Rn 102 Fn 166.

³²*Stephan*, S. 28 m.w.N. Letztlich ist dies darauf zurückzuführen, daß die Inanspruchnahme einer gesetzlich vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeit nicht ihrerseits noch einer zusätzlichen Legitimation bedarf.

³³Das Verfahren nach § 387 ZPO dient lediglich der Feststellung, ob die Zeugnisverweigerung rechtmäßig ist oder nicht. Es ist daher ein Feststellungsinteresse auf Seiten des Beweisführers zu fordern, das sich im Regelfall schon aus dem drohenden Beweismittelverlust ergibt, jedoch durch gegenstehende Zeugenschutzinteressen überwogen sein kann.

³⁴Dazu oben § 8 B, C.

Die rechtskräftige Entscheidung im Zwischenverfahren ist eine Voraussetzung für die Ausübung von Zeugniszwang. Dieser funktionelle Zusammenhang bedeutet aber nicht, daß der Zweck des Zwischenstreits ausschließlich darin gesehen werden könnte, die Sanktionsmöglichkeiten zu eröffnen³⁵.

Im übrigen betreffen die Maßnahmen nach § 390 I, II ZPO die zwangsweise Vollstreckung der Zeugenpflichten, während das Zwischenverfahren zunächst nur deren Feststellung bezweckt. Die fehlende Vollstreckungsmöglichkeit ist aber regelmäßig kein Verfahrenshindernis und ohne Auswirkungen auf das Rechtsschutzbedürfnis³⁶. Dies gilt selbst dann, wenn mit einer freiwilligen Erfüllung der Zeugenpflichten nicht gerechnet werden kann³⁷. Ein zeitlich nachfolgendes Verhalten des Prozeßgegners, hier des Zeugen oder seiner gesetzlichen Vertreter kann nicht zur Zulässigkeitsvoraussetzung erhoben werden³⁸. Ebenso müssen Umstände unberücksichtigt bleiben, die - wie die Schuldfähigkeit des Zeugen - erst bei Verhängung oder Vollstreckung von Ordnungs- und Zwangsmitteln geprüft werden. Es ist somit festzuhalten, daß das Zwischenverfahren auch gegen einen Minderjährigen zulässig ist und der - allgemeine - Gedanke des Rechtsschutzbedürfnisses keine Einschränkungen fordert.

³⁵Das Rechtsschutzbedürfnis ist im Zusammenhang mit dem Prozeßzweck zu sehen und kann entfallen, wenn der Zweck nicht mehr erreicht werden kann. Vgl. dazu *Schönke*, S. 24 ff, 31 ff; *Stein-Jonas-Schumann*, Vor § 253 Rn 117; *Thomas-Putzo*, Vor § 253 Anm. III A 1 m; *Wieser*, S. 135 ff.

³⁶*Schönke*, S. 37 f; *Stein-Jonas-Schumann*, Vor § 253 Rn 117; *Stephan*, S. 52 f.

³⁷Dies wird vorwiegend dann der Fall sein, wenn das Kind nicht aussagewillig ist. Fehlt es dagegen lediglich an der Zustimmung der Eltern, so kann bei fortdauernder Aussagebereitschaft mit der Vernehmung begonnen werden, wenn die Entscheidung im Zwischenverfahren rechtskräftig geworden ist.

³⁸Vgl. *Baumgärtel*, ZZP 67, 423, 429 f, der darauf hinweist, daß nur prozessuale Gründe für das Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses maßgeblich sein können.

B. Das Rechtsmittel der Beschwerde

I. Gegenstand der Beschwerde durch einen Zeugen

Die Beschwerde kann sich zum einen nach § 380 III, § 390 III ZPO gegen die Verhängung von Ordnungs- und Zwangsmitteln richten, wenn der Zeuge der Erscheinens- oder Aussagepflicht nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist. Zum anderen ist eine Beschwerdemöglichkeit gegen eine Zwischenentscheidung des Prozeßgerichts gemäß § 387 III ZPO vorgesehen, wenn dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht abgesprochen wurde. Letztere ist als sofortige Beschwerde innerhalb einer zweiwöchigen Frist zulässig, § 577 ZPO.

Gegenstand der Beschwerde ist jeweils eine gerichtliche Entscheidung. Beschwerdegegner ist jedoch nicht das Gericht, sondern stets der Beweisführer³⁹. Die Beschwerde nach § 380 III, § 390 III ZPO hat gemäß § 572 I ZPO aufschiebende Wirkung. Auf die Durchführung des Beschwerdeverfahrens im Einzelnen soll hier nicht eingegangen werden. Die Darstellung beschränkt sich auf die Einlegung der Beschwerde durch einen Minderjährigen.

II. Die Einlegung der Beschwerde durch einen minderjährigen Zeugen

1. Der schuld- und einsichtsfähige Zeuge

Erfüllt ein Zeuge seine gesetzlichen Pflichten nicht, so ist die Verhängung von Ordnungs- und Zwangsmitteln zulässig⁴⁰. Voraussetzung ist Schuldfähigkeit und schuldhaftes Verletzung der Zeugenpflichten.

Auch wenn kein Zeugnisverweigerungsrecht besteht, ist der Minderjährige in diesen Fällen einem volljährigem Zeugen gleichzustellen. Diese

³⁹ Baumbach-Lauterbach-Albers, Übers. § 567 Anm. 1.

⁴⁰ Vgl. oben § 4 C II; § 5 C I, II.

Gleichstellung betrifft auch das Recht zur Einlegung einer Beschwerde. Der Minderjährige ist als prozeßfähig anzusehen⁴¹; wie beim Zwischenstreit entscheidet die alleinige Ausübungsbefugnis und die damit verbundene Rechtsstellung. Diese Rechtsstellung kann auch nicht davon abhängig gemacht werden, ob im Einzelfall ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht oder nicht, zumal ein Aussageverweigerungsrecht nach § 384 Nr. 1 ZPO im Laufe der Vernehmung entstehen kann. Es genügt daher, wenn der Minderjährige ein Zeugnisverweigerungsrecht selbständig ausüben könnte, um ihn bezüglich aller mit der Zeugenstellung zusammenhängenden prozessualen Handlungen als prozeßfähig anzusehen.

2. Die Beschwerde des nicht einsichtsfähigen Minderjährigen

Demgegenüber ist fraglich, ob der noch nicht einsichtsfähige Zeuge gegen die - regelmäßig zu Unrecht ergangenen - Ordnungsmaßnahmen selbst mit dem Rechtsmittel der Beschwerde vorgehen kann, oder ob er hierzu der Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter bedarf.

Die fehlende Entscheidungsfähigkeit hat zugleich zur Folge, daß er im Zwischenverfahren nicht prozeßfähig ist⁴². Für das Beschwerderecht ergäbe sich daraus, daß es nur den gesetzlichen Vertretern zusteht. Diese könnten allein die Rechte des Kindes kraft ihres Sorgerechts wahren.

Dagegen bestehen jedoch Bedenken, weil der Ausschluß des Beschwerderechts zunächst dessen Rechtsschutzmöglichkeiten verkürzt. Im Regelfall wirkt sich dies nicht aus, weil die gesetzlichen Vertreter die Interessen des Kindes wahrnehmen; zwingend ist dies jedoch nicht, wie die Möglichkeit einer Interessenkollision zeigt. Daher erscheint der Ausschluß der Beschwerdebefugnis des Minderjährigen durch den Gedanken erhöhter Schutzbedürftigkeit und der deswegen eingeräumten elterlichen Sorge für sich allein nicht gerechtfertigt.

Das Recht auch eines nicht Prozeßfähigen zur selbständigen Einlegung von Rechtsmitteln ist in Literatur und Rechtsprechung unter engen Voraussetzungen und mit unterschiedlichen Begründungen anerkannt. So gilt ein

⁴¹Ebenso *Bosch*, S. 56 unter Berufung auf die Beschwerdebefugnis Minderjähriger nach § 59 FGG. Zum Vergleich mit der Situation im Strafverfahren vgl. unten § 10 B II 2.

⁴²Oben § 10 A III 1.

Prozeßunfähiger als prozeßfähig, soweit im Verfahren gerade über die Prozeßfähigkeit gestritten wird⁴³. Diese Vorverlagerung der Prozeßfähigkeit⁴⁴ schließt die Einlegung von Rechtsmitteln ein, wenn damit ein erstinstanzliches Urteil gerade mit der Begründung angegriffen wird, es habe wegen der fehlenden Prozeßfähigkeit kein Sachurteil ergehen dürfen⁴⁵. Der Grund für die Abweichung von der gesetzlichen Regelung, die in den genannten Fällen zur Abweisung der Klage und Zurückweisung der Rechtsmittel führen würde, wird im Schutz des Prozeßunfähigen⁴⁶ und in der Gewährung des rechtlichen Gehörs⁴⁷ gesehen. Das *Bundesverfassungsgericht* sieht darin einen allgemeinen Grundsatz unserer Rechtsordnung⁴⁸, weshalb man davon ausgehen kann, daß die Ausnahmen von der gesetzlich geregelten Prozeßfähigkeit im Sinne der §§ 51, 52 ZPO auf ähnliche Fallgestaltungen anwendbar sind.

Dafür spricht auch, daß ein Prozeßunfähiger als prozeßfähig angesehen wird, wenn er sich mit Rechtsmitteln gegen die Vollstreckung aus einem gerade wegen der fehlenden Prozeßfähigkeit zu Unrecht ergangenen Titel zur Wehr setzt⁴⁹. Die Beschwerde richtet sich zwar nicht gegen einen Voll-

⁴³BGH, NJW 1957, 989 f; *Rosenberg-Schwab*, § 44 IV 2; *Zöller-Vollkommer*, § 50 Rn 8 zum sogenannten Zulassungsstreit. Es handelt sich hier um das Problem der "doppelrelevanten Tatsachen", die sowohl im Rahmen der Zulässigkeits- als auch der Begründetheitsprüfung von Bedeutung sind. Die fehlende Prozeßfähigkeit des Minderjährigen im Sinne der §§ 51 f ZPO steht zwar fest, nicht aber die Ausübungsbefugnis bezüglich des Zeugnisverweigerungsrechts. Die Ausübungsbefugnis wird daher bei der Zulässigkeit zunächst fingiert; stellt sich bei der Frage der Begründetheit heraus, daß der Minderjährige nicht die notwendige Einsichtsfähigkeit besitzt, wird seine Beschwerde als unzulässig zurückgewiesen. Vgl. zur Behandlung der "doppelrelevanten Tatsachen" *Stein-Jonas-Schumann*, Vor § 355 Rn 32 m.w.N..

⁴⁴Auch nach *Wacke*, FS der Universität Köln, S. 325, 355 ff handelt es sich um fingierte Prozeßfähigkeit.

⁴⁵BGHZ 18, 184, 190; FamRZ 1972, 35; *Baumbach-Lauterbach-Albers*, Grundz. § 511 Anm. 2 C; ebenda, § 567 Anm. 2 C; *Stein-Jonas-Leipold*, § 56 Rn 16; *Zöller-Vollkommer*, § 56 Rn 13.

⁴⁶*Grundmann*, S. 46 f zum Minderjährigenschutz; *Hager*, ZZZ 97, 174, 178 ff. Den Schutzgedanken betont im Ergebnis auch *Röhl*, JZ 1956, 309 ff, der deshalb ein eigenes Beschwerde-recht des Entmündigten oder Pfleglings gegen die Entmündigung bzw. Pflegschaft annimmt.

⁴⁷So etwa zum Zulassungsstreit *Wacke*, FS der Universität Köln, S. 325, 357; *Kahlke*, ZZZ 100, 10, 17 f; *Stein-Jonas-Leipold*, § 56 Rn 16 unter Hinweis auf die Vollständigkeit des Rechtsschutzes.

⁴⁸BVerfGE 10, 302, 306; ebenso BGHZ 35, 1, 11 ff.

⁴⁹Dazu *Hager*, ZZZ 97, 174, 178 ff.

streckungstitel; die Ordnungsmaßnahme belastet den Betroffenen aber nicht minder, weil er der Gefahr der Beitreibung ausgesetzt ist.

Da etwaige Ordnungs- und Zwangsmittel gerade wegen der fehlenden Schuldfähigkeit unzulässig sind, ist in entsprechender Anwendung dieser Grundsätze auch der Minderjährige selbst beschwerdeberechtigt.

Die eigene Beschwerdebefugnis ist auch nicht deshalb abzulehnen, weil sie sich zum Nachteil des Minderjährigen auswirken könnte, wenn dieser zu einer sachgerechten Wahrnehmung seiner Rechte im Beschwerdeverfahren nicht in der Lage ist. Zum einen ist das Prozeßgericht oder das Beschwerdegericht schon von Amts wegen verpflichtet, die Sanktionsfolge aufzuheben, ohne daß es umfangreicher Beweiserhebungen bedarf. Die fehlende Schuldfähigkeit beruht im Regelfall darauf, daß der Zeuge das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, was ohne weiteres feststellbar ist. Zum anderen schließt die Beschwerdebefugnis des kindlichen Zeugen die Beschwerde durch die gesetzlichen Vertreter nicht aus⁵⁰.

III. Beschwerderecht der gesetzlichen Vertreter

Nach § 298 I StPO kann der gesetzliche Vertreter eines Beschuldigten selbständig Rechtsmittel zugunsten des Verurteilten einlegen. Der gesetzliche Vertreter handelt dabei nicht im Namen des Beschuldigten; er übt vielmehr ein eigenes Recht aus⁵¹. Die gleichzeitige Einlegung desselben Rechtsmittels durch den Beschuldigten wird dadurch nicht ausgeschlossen⁵²; sie hat lediglich zur Folge, daß das Rechtsmittelgericht zur Prüfung aller vorgebrachten Beschwerdegründe verpflichtet ist. Das Strafprozeßrecht anerkennt somit eine eigene Beschwerdebefugnis auch des minderjährigen Beschuldigten, ohne diese von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig zu machen. Für den Zeugen fehlt auch in der Strafprozeßordnung eine entsprechende Regelung⁵³. Eine abweichende Behandlung der Rechtsbehelfsbefugnis ist aber nicht gerechtfertigt, weil bei der Beschwerde des minder-

⁵⁰Im Ergebnis ähnlich *Fehrmann*, S. 48 f zum Verwaltungsverfahren.

⁵¹*Kleinknecht/Meyer*, § 298 Rn 1; *Löwe-Rosenberg-Gollwitzer*, § 298 Rn 3.

⁵²*Kleinknecht/Meyer*, § 298 Rn 2; *Löwe-Rosenberg-Gollwitzer*, § 298 Rn 4.

⁵³§ 304 II StPO betrifft nur die Zeugenbeschwerde als solche, ohne auch für den Minderjährigen eine Regelung zu treffen.

jährigen Zeugen im Zivilprozeß die relevanten Umstände von Amts wegen zu prüfen sind. Die Prüfungspflicht des Zivilgerichts unterscheidet sich daher insoweit nicht von der des Strafrichters.

Können daher sowohl der Minderjährige als auch die gesetzlichen Vertreter Beschwerde einlegen, kommt es auf die Gefahr widersprüchlicher Prozeßhandlungen nicht an. Das Prozeßgericht ist schon von sich aus zur Aufhebung von unzulässigen Ordnungs- und Zwangsmitteln verpflichtet und hat daher alles tatsächliche Vorbringen zu berücksichtigen.

Ergebnis

Im Zwischenverfahren zur Feststellung der Rechtmäßigkeit der Zeugnisverweigerung ist der Minderjährige selbst prozeßfähig, wenn er die Verstandesreife besitzt, über den Verzicht auf das Weigerungsrecht wirksam entscheiden zu können. Fehlt dem Zeugen diese Fähigkeit, so muß er in dem Verfahren nach § 387 ZPO von den Eltern oder einem Ergänzungspfleger vertreten werden, weil er nicht prozeßfähig im Sinne der §§ 51, 52 ZPO ist.

Soweit dem Zeugen ein Beschwerderecht zusteht, kann sie unabhängig von der Verstandesreife und Einsichtsfähigkeit von dem Minderjährigen selbst eingelegt werden. Bei fehlender Reife können daneben die Inhaber des Personensorgerechts die Beschwerde für den kindlichen Zeugen einlegen.

Dritter Abschnitt

Das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht bei Verhinderung der gesetzlichen Vertreter

§ 11 Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts

A. Allgemeines

I. Zuständigkeit und Verfahren

Die Anrufung des Vormundschaftsgerichtes während des laufenden Zivilrechtsstreites dient der Bestellung eines Ergänzungspflegers für den noch minderjährigen Zeugen. Dabei wird in den folgenden Ausführungen im wesentlichen auf die Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechts des minderjährigen Zeugen abgestellt, weil dies den wichtigsten Bereich der prozessualen Befugnisse des Zeugen bildet.

Das Verfahren richtet sich gemäß § 1915 I BGB nach den für die Vormundschaft geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Rechts und des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit¹. Sachlich zuständig ist das Vormundschaftsgericht². Die funktionelle Zuständigkeit liegt bei dem Rechtspfleger, da die Entscheidung gemäß § 3 Nr. 2 a i.V.m. § 14 Nr. 4 RPflG nicht dem Richter vorbehalten wurde³.

¹ MünchKomm-Goerke, § 1915 Rn 5; Soergel-Damrau, § 1909 Rn 19.

² Keidel/Kuntze, § 37 Rn 1.

³ Nachfolgend wird unabhängig von der funktionellen Zuständigkeit vom Vormundschaftsgericht gesprochen.

Das elterliche Sorgerecht wird durch die Bestellung des Pflegers nicht berührt, wenn die gesetzlichen Vertreter infolge eigener Beteiligung am Zivilprozeß kraft Gesetzes verhindert sind⁴. Die Beteiligung der Eltern und die dadurch bedingte Interessenkollision ersetzt nicht die Notwendigkeit, daß die Pflegschaft ein Fürsorgebedürfnis voraussetzt⁵. Das Fürsorgebedürfnis soll staatliche Eingriffe in das elterliche Sorgerecht ohne rechtlichen Grund verhindern; die Notwendigkeit des Eingriffs ist dabei jedoch stets aus der Sicht des Kindes zu beurteilen.

II. Die Anrufung des Vormundschaftsgerichts

Das Vormundschaftsgericht ist vom Prozeßgericht über die Notwendigkeit der Bestellung eines Pflegers in Kenntnis zu setzen. Die Mitteilungspflicht ergibt sich aus § 50 I FGG, weil die Zeugenvernehmung und damit die Beweisaufnahme nur mit Zustimmung des Ergänzungspflegers ordnungsgemäß fortgesetzt werden kann⁶.

Dagegen kann die Anzeige der Prozeßparteien oder der Eltern, auch sofern identisch, das Vormundschaftsgericht nicht zur Bestellung eines Pflegers veranlassen. Die Vorschrift des § 1909 II BGB ist insoweit restriktiv anzuwenden. Die genannte Regelung soll die frühzeitige Einschaltung des Vormundschaftsgerichts im Interesse des Pflegebedürftigen gewährleisten⁷. Die Anzeigepflicht setzt jedoch voraus, daß eine Pflegschaft erforderlich ist;

⁴Zur Anwendung der § 1629 II 1, § 1795 I Nr. 3 BGB und der Gegenansicht vgl. oben § 6 C. Nach der Gegenansicht müßte man eine Konstitutivwirkung der vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung annehmen. Das Vormundschaftsgericht müßte dann durch gesonderten Beschluß zunächst die elterliche Sorge entziehen, MünchKomm-Goerke, § 1909 Rn 56. Sind die Eltern nicht aufgrund ihrer Prozeßbeteiligung, sondern nach Maßgabe des § 1666 BGB ausgeschlossen, so ist gemäß § 14 Nr 8 RPfG der Vormundschaftsrichter zuständig; Soergel-Damrau, § 1909 Rn 19.

⁵Erman-Holzhauser, § 1909 Rn 11; Schaub, FamRZ 1966, 134, 135; Soergel-Damrau, § 1909 Rn 10. Weitergehend OLG Stuttgart, RPfeger 1982, 183, 184; dazu unten Fn 16.

⁶Die Mitteilungspflicht besteht über den Wortlaut des § 50 I FGG hinaus auch dann, wenn die Anordnung der Pflegschaft zur Durchführung des Verfahrens erforderlich ist, Keidel/Kuntze, § 50 Rn 2.

⁷MünchKomm-Goerke, § 1909 Rn 5.

die Erforderlichkeit, die sich aus dem Fürsorgebedürfnis ergibt⁸, kann mit verbindlicher Wirkung nur vom Prozeßgericht, nicht vom Vormundschaftsgericht oder Dritten festgestellt werden.

Ernennt das Vormundschaftsgericht dennoch auf Antrag eines Prozeßbeteiligten für den Zeugen einen Pfleger, so wird den gesetzlichen Vertretern die Zustimmungsbefugnis im Rahmen des dem Pfleger übertragenen Aufgabenbereichs entzogen. Der Beschluß des Vormundschaftsgerichts hat dann konstitutive Wirkung, es sei denn, er wäre aus anderen Gründen nichtig⁹. Die Pflegerbestellung, deren Rechtmäßigkeit das Prozeßgericht nicht überprüfen darf¹⁰, hat auf das Zivilverfahren allerdings nur Auswirkungen, wenn auch das Prozeßgericht zu der Überzeugung gelangt, daß ein Fürsorgebedürfnis besteht. Nur dann ist der kindliche Zeuge zu einer selbständigen Ausübung seiner prozessualen Befugnisse nicht in der Lage¹¹. In diesem Fall muß das Prozeßgericht aber eine Überprüfung der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts herbeiführen. Die Fürsorgepflicht gegenüber dem Zeugen verbietet es, von der Wirksamkeit der Pflegerbestellung ungeachtet ihrer Rechtmäßigkeit auszugehen¹².

⁸Dazu sogleich unter § 11 B.

⁹Die (nur) rechtswidrige Pflegschaftsanordnung ist aufhebbar, aber wirksam, *BGHZ* 41, 303, 309 = *NJW* 1964, 1855 f; *BGH* bei Holtz, *MDR* 1987, 448.

¹⁰*Soergel-Damrau*, § 1909 Rn 20; § 1915 Rn 5 a.E..

¹¹Sieht das Prozeßgericht trotz der - rechtswidrigen - Pflegerbestellung wegen der Zustimmungsverweigerung der Eltern von der Vernehmung ab, so kann darin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Beweisführers liegen.

¹²*BGHZ* 41, 303, 309 f = *NJW* 1964, 1855 f zur Bestellung eines Prozeßpflegers für eine Partei. Die grundlegenden Erwägungen der Entscheidung treffen gleichermaßen für den Zeugen zu, denn der *BGH* begründet sein Urteil mit dem tiefen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen, den die Anordnung einer Pflegschaft darstellt.

III. Auswirkungen auf den Zivilprozeß

Für die Dauer des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens kann der Zivilprozeß fortgesetzt werden, soweit die Beweisaufnahme nicht gerade die Vernehmung des jugendlichen Zeugen erfordert. Die Vernehmung eines minderjährigen Zeugen sollte jedoch stets erst angeordnet werden, wenn alle anderen zugänglichen Beweismittel erschöpft wurden, ohne zu einer Überzeugungsbildung des Gerichts zu führen¹³. In diesem Fall ist die Vernehmung des Minderjährigen entscheidend für die Fortführung des Verfahrens.

Da die Vernehmung zur Sache erst nach der wirksamen Zustimmung des Pflegers erfolgen darf, muß die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts abgewartet werden. Das Prozeßgericht hat die Möglichkeit, das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 148 ZPO auszusetzen¹⁴. Dagegen haben die Parteien die Möglichkeit der Beschwerde gemäß § 252 ZPO¹⁵.

B. Fürsorgebedürfnis als Voraussetzung der Pflegschaftsanordnung

I. Notwendigkeit der Pflegerbestellung

1. Fehlende Verstandesreife

Ein Ergänzungspfleger ist immer nur dann zu bestellen, wenn der Minderjährige die prozessualen Befugnisse eines Zeugen nicht eigenständig wahrnehmen kann und die Eltern an der Ausübung des Sorgerechts gehindert sind¹⁶. Der Hauptanwendungsfall betrifft die Ausübung eines Zeugnis-

¹³Dazu oben § 3 B III 2 c.

¹⁴Zur analogen Anwendung des § 148 ZPO BGHZ 41, 303, 310 = NJW 1964, 1855 f; Thomas-Putzo, § 148 Anm. 3; Zöller-Stephan, § 148 Rn 10.

¹⁵Zur Beschwerdemöglichkeit wegen faktischem Verfahrensstillstand durch den Beweisbeschluß, den minderjährigen Zeugen zu vernehmen, unten § 11 E I.

¹⁶Zu weitgehend OLG Stuttgart, RPfeger 1982, 183 f, wonach das Fürsorgebedürfnis allein

verweigerungsrechts, daneben können auch Entscheidungen über die Mitwirkung an Glaubwürdigkeits- und Eignungsgutachten¹⁷, die Einlegung von Rechtsbehelfen¹⁸ oder im Zusammenhang mit einem Zwischenverfahren¹⁹ notwendig werden.

Das Prozeßgericht muß vor Beginn der Vernehmung zur Sache feststellen, ob der Minderjährige zur selbständigen Rechtsausübung in der Lage ist²⁰. Eine Vernehmung in der Hoffnung, in ihrem Verlauf werde sich die Verstandesreife und damit die Wirksamkeit des Verzichts auf das Weigerungsrecht herausstellen, genügt nicht. Schon aufgrund seiner Fürsorgepflicht²¹ ist das Gericht gehalten, durch gezielte Fragen die Entscheidungsfähigkeit und Reife des minderjährigen Zeugen für jede Befugnis festzustellen. Es darf nicht davon ausgehen, daß aufgrund des Alters eine Vermutung für oder gegen die Reife der Beweisperson spreche²².

2. Aussagebereitschaft des minderjährigen Zeugen

Das Fürsorgebedürfnis setzt neben der erwähnten Verstandesunreife voraus, daß der kindliche Zeuge von sich aus aussagebereit ist²³. Er ist bei fehlender Reife zwar nicht zum rechtswirksamen Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht in der Lage; umgekehrt wird das Kind aber weder durch die Zustimmung der Eltern noch der des Pflegers zur Aussage verpflichtet.

schon dadurch begründet wird, daß über ein Recht des unreifen Kindes entschieden werden müsse. Die Entscheidung berücksichtigt nicht, daß auch der Unreife über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts entscheiden kann und nur der Verzicht auf das Recht der Zustimmung Dritter bedarf.

¹⁷Dazu oben § 3 B IV.

¹⁸Siehe bei § 10 B.

¹⁹Vgl. oben § 10 A III.

²⁰BayObLG, NJW 1967, 206, 209 = FamRZ 1966, 644, 647; LG Mannheim, MDR 1971, 663 = FamRZ 1974, 158; OLG Hamm, OLGZ 1972, 157, 158; OLG Stuttgart, FamRZ 1985, 1154, 1155 = OLGZ 1985, 385, 387 zum Strafverfahren. MünchKomm-Hinz, § 1626 Rn 50; Schneider, JurBüro 1970, 1021, 1022; Soergel-Damrau, § 1795 Rn 8.

²¹Zur Fürsorgepflicht s.o. § 8 A.

²²MünchKomm-Goerke, § 1909 Rn 50 verweist darauf, daß die Ergänzungspflegschaft nicht ohne weiteres, daß heißt ohne vorherige Feststellung der Verstandesreife angeordnet werden dürfe. Dazu auch unten § 11 A II.

²³LG Memmingen, MDR 1982, 145; OLG Stuttgart, FamRZ 1985, 1154, 1155 = OLGZ 1985, 385, 387 f; MünchKomm-Hinz, § 1626 Rn 50.

Daraus ergibt sich, daß bei fehlender Aussagewilligkeit auch bei Zustimmung des Pflegers keine Gewähr besteht, daß es zu einer Aussage kommt. Bei anfänglicher und fortdauernder Aussageverweigerung bedarf es daher keiner Entscheidung des Vormundschaftsgerichts.

Einschränkend ist die Zulässigkeit der Pflegerbestellung zu bejahen, wenn die Aussagebereitschaft erst im Verlauf des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens entfällt. Zwar fehlt dann zugleich das Fürsorgebedürfnis, doch ist die Bestellung des Pflegers aus Zweckmäßigkeitsgründen vorzunehmen. Nur so kann eine weitere Verzögerung des Zivilverfahrens vermieden werden, wenn es zu einem weiteren Sinneswandel des Kindes kommt. Dies gilt umso mehr, wenn die Anhörung des Betroffenen gemäß § 50b FGG bereits stattgefunden hat und die Sache vor dem Vormundschaftsgericht ohne weitere Belastung des Kindes entscheidungsreif ist.

3. Rücknahme des Beweisantrages

Bei Zurücknahme des Beweisantrages durch die beweisführende Partei besteht für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts kein Bedürfnis mehr, es tritt Erledigung des Verfahrens ein²⁴. Eines Antrages einer Partei oder des Prozeßgerichtes bedarf es nicht; das Vormundschaftsgericht stellt die Erledigung lediglich von Amts wegen formlos fest²⁵. Dasselbe gilt, wenn das Prozeßgericht den Beweisantrag wegen fehlender oder nicht nachgewiesener Zeugeneignung verwirft²⁶. Auch dann fehlt für die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts das Interesse, weil es zu einer Vernehmung als Zeuge nicht mehr kommen wird.

²⁴Zur Erledigung im FGG-Verfahren allgemein *Keidel/Kohl*, § 19 Rn 88.

²⁵*Keidel/Kohl*, § 19 Rn 91. Die Kosten des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens können nach Maßgabe des § 13a FGG den Prozeßparteien auferlegt werden; dazu *Keidel/Zimmermann*, § 13a Rn 44.

²⁶Vgl. § 3 B III.

II. Die vorsorgliche Bestellung eines Pflegers

Die Anrufung des Vormundschaftsgerichts während des laufenden Zivilprozesses führt zwangsläufig zu einer Verzögerung des Verfahrens. Um dies zu vermeiden, wird erwogen, bereits vorsorglich einen Pfleger bestellen zu lassen, wenn eindeutig die Verstandesreife fehlt oder die Eltern unzweifelhaft rechtlich verhindert sind²⁷.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß jede vorsorgliche Pflegschaftsordnung einen sachlich nicht gerechtfertigten Eingriff in die Rechte der betroffenen Eltern, aber auch des Kindes darstellt, wenn sich nachträglich herausstellt, daß kein Fürsorgebedürfnis bestand²⁸. Das Vormundschaftsgericht muß den Minderjährigen vor seiner Entscheidung anhören²⁹. Bereits diese Anhörung ist eine Belastung des Kindes, denn durch sie wird es zumindest mittelbar mit dem Rechtsstreit konfrontiert. Darüberhinaus ist zu bedenken, daß für die genannte Altersgrenze keine ausreichenden Erfahrungssätze vorliegen. Es kommt vielmehr auf die Konfliktsituation und die Fähigkeit des Kindes an, mit ihr umzugehen. Auf eine Prüfung im Einzelfall kann daher nicht zugunsten einer Vermutung verzichtet werden.

Zu Beginn des Zivilprozesses und der Beweisaufnahme ist nicht absehbar, ob es zu einer Vernehmung des Kindes kommen wird; als frühester Zeitpunkt der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts käme daher der Beweisbeschluß des Prozeßgerichts in Betracht. Aber auch dann ist noch ungeklärt, ob das Kind aussagebereit ist oder ob das Prozeßgericht nicht die Verstandesreife bejaht. Auf dieser Grundlage ist ein Eingriff weder in das Sorgerecht der Eltern noch in das Selbstbestimmungsrecht des Kindes gerechtfertigt, die drohende Prozeßverzögerung zu verhindern. Die Möglich-

²⁷So diejenigen, die bis zu einem bestimmten Alter die Unreife unterstellen. Vgl. etwa MünchKomm-Hinz, § 1626 Rn 50, wonach bei einem sieben- bis zehnjährigen Kind die Unreife unterstellt werden könne. Ähnlich auch LG Mannheim, FamRZ 1974, 158 = MDR 1971, 663.

²⁸OLG Stuttgart, FamRZ 1965, 515, 517 hin; OLG Hamm, OLGZ 1972, 157, 159; OLG Stuttgart, FamRZ 1985, 1154, 1155 = OLGZ 1985, 385, 387. Ferner MünchKomm-Goerke, § 1909 Rn 50.

²⁹Zum Verfahren im Einzelnen unten § 11 C.

keit bei Prozeßbeginn, daß es im Laufe des Verfahrens zu einem Fürsorgebedürfnis kommen könnte, genügt somit nicht^{30,31}.

III. Bindung des Vormundschaftsgerichts

Das Vormundschaftsgericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob das Fürsorgebedürfnis besteht³². Für die Bestellung eines Ergänzungspflegers zur Wahrnehmung prozessualer Befugnisse des Zeugen muß dieser Grundsatz jedoch eingeschränkt werden.

Das Vorliegen der Aussagebereitschaft ist vom Vormundschaftsgericht nicht zu prüfen, denn selbst bei Aussageunwilligkeit vor dem Vormundschaftsgericht wird - nur für diesen Fall vorsorglich - ein Pfleger bestellt. Es kommt allein darauf an, daß der Minderjährige vor dem Prozeßgericht zur Auskunft bereit war.

Auch eine Überprüfung der Verstandesreife ist dem Vormundschaftsgericht verwehrt³³. Die Feststellung, daß der Minderjährige keinen wirksamen Verzicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht erklären kann und die Eltern als Sorgerechtsinhaber kraft Gesetzes verhindert sind, ist Teil der Beweisaufnahme. Diese erfolgt ausschließlich vor dem Prozeßgericht³⁴, nicht dem Vormundschaftsgericht. Letzteres ist daher an die Feststellungen des Prozeßgerichts gebunden³⁵.

Könnte das Vormundschaftsgericht den Antrag auf Bestellung eines Ergänzungspflegers zurückweisen, weil der Zeuge nach seiner Ansicht den

³⁰Allgemein zur Ablehnung vorsorglich angeordneter Pflegschaften *Erman-Holzhauer*, § 1909 Rn 11; *MünchKomm-Goerke*, § 1909 Rn 59; *Soergel-Damrau*, § 1909 Rn 10.

³¹Verweigert der dennoch bestellte Pfleger die Zustimmung und unterbleibt die Vernehmung deshalb, so ist der Beweisführer in seinem rechtlichen Gehör verletzt.

³²*Keidel/Kuntze*, § 37 Rn 1.

³³So zum Strafverfahren *OLG Hamm*, OLGZ 1972, 157, 158 f; *LG Memmingen*, MDR 1982, 145; *OLG Stuttgart*, FamRZ 1985, 1154, 1155 = OLGZ 1985, 385, 386; *Kleinknecht/Meyer*, § 52 Rn 20; *Löwe-Rosenberg-Dahs*, § 52 Rn 32 a.E.. Für den Zivilprozeß *Bosch*, S. 53; *Gernhuber*, § 49 VI 7; *Soergel-Strätz*, § 1629 Rn 18; *Soergel-Damrau*, § 1795 Rn 8 a.E..

³⁴Darunter ist im vorliegenden Zusammenhang auch der ersuchte und der beauftragte Richter zu verstehen, die auf Veranlassung des Zivilrichters tätig werden.

³⁵Im Ergebnis ebenso *MünchKomm-Goerke*, § 1909 Rn 50 und die in Fn 33 Genannten.

Gewissenskonflikt bereits versteht und zu lösen im Stande ist³⁶, würde es in die Beweisaufnahme eingreifen. Das Prozeßgericht wäre nämlich seinerseits nicht an die Auffassung des Vormundschaftsgerichts gebunden, dürfte aber umgekehrt nicht entgegen seiner Überzeugung den kindlichen Zeugen ohne Einverständnis eines zustimmungsbefugten Dritten vernehmen³⁷.

Praktisch würde die verbindliche Prüfung durch das Vormundschaftsgericht auf Bedenken stoßen, weil die konkrete Konfliktsituation, in der sich das Kind befindet, vom Zivilrichter besser beurteilt werden kann. Er kennt den bisherigen Verfahrensablauf und das bis dahin gezeigte Verhalten des Kindes und der Eltern und kann auf dieser Grundlage urteilen, ob der Zeuge von der Bedeutung des Zeugnisverweigerungsrechts eine hinreichende Vorstellung entwickelt hat.

C. Anhörung der Beteiligten

I. Rechtliches Gehör und Anhörung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Der Anspruch auf rechtliches Gehör besteht in jedem gerichtlichem Verfahren, mithin auch in denen der freiwilligen Gerichtsbarkeit³⁸. Dies gilt auch, wenn der Rechtspfleger an Stelle des Gerichts handelt³⁹. Von der Gewährung des Gehörs ist die Anhörung der Beteiligten zu unterscheiden, die der Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen im Rahmen der Amtsermitt-

³⁶So nur *Schaub*, FamRZ 1966, 134, 136, die eine Bindung des Prozeßgerichts an die vormundschaftsgerichtliche Beurteilung des Fürsorgebedürfnisses annimmt.

³⁷Dazu *Schimansky*, FS für Pfeiffer, S. 297, 305 f, der im Zusammenhang mit § 52 II StPO zutreffend darauf hinweist, daß dann im Ergebnis die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts an Stelle der der Eltern und des Pflegers tritt, was eine sachliche Prüfung über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts gerade ausschließt.

³⁸*BVerfGE* 19, 49, 51 zum Beschwerdeverfahren; *BGH*, FamRZ 1989, 271; *Bumiller/Winkler* § 12 Rn 9; *Keidel/Amelung*, § 12 Rn 106 ff, 110 f; *MünchKomm-Hinz*, ErgBd., Vor §§ 50a ff, Rn 5, 9. .

³⁹*Eickmann*, RPfleger 1982, 449, 450.

lung gemäß § 12 FGG dient⁴⁰. Bei den gesetzlich normierten Anhörungspflichten der §§ 50 a, b FGG steht das rechtliche Gehör im Vordergrund, weil es um Eingriffe in die Rechte der Betroffenen geht⁴¹.

II. Anhörung des Minderjährigen

1. Gegenstand und Zweck der Anhörung

Nach § 50b FGG⁴² hat das Vormundschaftsgericht das Kind anzuhören, wenn die Personen- oder die Vermögenssorge betroffen ist und die Neigungen, Bindungen oder der Wille des Kindes für die Entscheidung von Bedeutung sind⁴³. Dasselbe gilt, wenn die Anhörung zur Feststellung des Sachverhaltes notwendig ist. Nach Vollendung des vierzehnten Lebensjahres ist das Kind stets persönlich anzuhören⁴⁴.

Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts muß den Belangen des Kindes Rechnung tragen⁴⁵. Die Bindungen und Interessen des Kindes, die bei der Entscheidung über das Zeugnisverweigerungsrecht bedeutsam sein können, sind auch vom Vormundschaftsgericht zu berücksichtigen, weil die Entscheidung durch die Auswahl eines bestimmten Pflegers beeinflusst werden kann.

⁴⁰Zur Abgrenzung *Keidel/Amelung*, § 12 Rn 104 f.

⁴¹So *Keidel/Amelung*, § 12 Rn 159 f, der von einem "Recht auf Anhörung" spricht; *LG Mannheim*, RPfleger 1963, 413 f mit Anmerkung *Keidel*. Anders aber *BayObLG*, FamRZ 1980, 1150, 1151 m.w.N., ohne daß es im vorliegenden Zusammenhang auf den Meinungsstreit ankommt.

⁴²Eingeführt durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18.7.1979, BGBl. I 1061.

⁴³Die Entscheidung über ein Zeugnisverweigerungsrecht ist auch in den Fällen des § 384 Nr. 1 ZPO Teil der Personensorge; dazu § 6 B.

⁴⁴In der Literatur ist umstritten, ob die Differenzierung des Gesetzgeber in zwei verschiedenen Altersgruppen sachgerecht ist, weil die Erforschung des begründeten Kindeswillens in jedem Fall notwendig sei, eine richtige Entscheidung zu treffen; zum Meinungsstand *Moritz*, S. 401 ff m.w.N.; de lege lata ist von den unterschiedlichen Anhörungspflichten auszugehen.

⁴⁵*BVerfGE* 55, 171, 182 = FamRZ 1981, 124, 126 = NJW 1981, 217; *Prestien*, RdJB 1988, 431, 435 f.

2. Die Durchführung der Anhörung

Die Anhörung hat mündlich zu erfolgen; bei der Ausgestaltung im übrigen besteht ein weiter Gestaltungsspielraum des Vormundschaftsgerichtes. So kann sie im Sitzungssaal, im Amtszimmer des Rechtspflegers oder außerhalb des Gerichtsgebäudes in einer dem Kind vertrauten Umgebung durchgeführt werden⁴⁶. Entscheidend ist das Wohl des Kindes, das auch den Ausschluß der Eltern während der Anhörung rechtfertigt⁴⁷.

Da das Kind von zwei Verfahren betroffen ist und bei Beteiligung der Eltern vor allem in familienrechtlichen Streitigkeiten die Gefahr besteht, daß es in den Streit der Eltern hineingezogen wird, liegt eine rasche Anhörung regelmäßig in seinem Interesse.

3. Absehen von der Anhörung gemäß § 50b III FGG

Die Anhörung des Kindes kann ausnahmsweise unterbleiben, wenn schwerwiegende Gründe eine nachhaltige und gravierende Beeinträchtigung des Kindes befürchten lassen⁴⁸. Die Interessen der Parteien des Zivilprozesses an einer schnellen Erledigung des Verfahrens scheiden aus.

Stellt bereits die Anhörung im Rahmen des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens eine so ernsthafte Beeinträchtigung des Kindeswohls dar, wird in der Regel auch die Vernehmung des minderjährigen Zeugen vor dem Prozeßgericht eine entsprechende Belastung mit sich bringen. Das Prozeßgericht ist dann zu einer sorgfältigen Prüfung verpflichtet, ob nicht der Beweisantrag wegen fehlender Zeugeneignung zurückzuweisen ist⁴⁹.

⁴⁶Eschweiler, RdJB 1988, 440, 441; Keidel/Kuntze, § 50b Rn 13; Keidel/Amelung, § 12 Rn 166; Moritz, S. 405 f; Prestien, ebenda, S. 436 f; BVerfGE, ebenda (Fn 45).

⁴⁷Keidel/Kuntze, § 50b Rn 18; Jansen, § 12 Rn 93 ff, 96. Eine Verletzung der Rechte der Eltern liegt darin nicht, weil die Kindesinteressen vorrangig sind und die Eltern zudem ein eigenes Anhörungsrecht nach § 50a FGG haben, Moritz, S. 408 f.

⁴⁸Dazu Keidel/Kuntze, § 50b Rn 26 f m.w.N..

⁴⁹Vgl. dazu oben § 3 B III.

III. Anhörung der Eltern

Neben der Anhörung des Mündels ordnet § 50a FGG auch die der Eltern an. Ziel ist sowohl die Einräumung des rechtlichen Gehörs, als auch Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen. Die Anhörung der sorgeberechtigten Eltern ist zwingend⁵⁰. Da die Art und Intensität der Beziehung zwischen Eltern und Kind festgestellt werden soll, ist die persönliche, also mündliche Anhörung vorgeschrieben.

Nicht sorgeberechtigte Eltern oder Elternteile sind nur anzuhören, wenn davon eine Aufklärung zu erwarten ist. Die aufzuklärende Frage ist im vorliegenden Zusammenhang, wer als Pfleger in Betracht kommt. Da das Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 383 I Nr. 3 ZPO durch die verwandtschaftliche Beziehung begründet wird und unabhängig vom Sorgerecht besteht, ist die Anhörung auch des nicht sorgeberechtigten Elternteiles regelmäßig sachdienlich. Dies gilt auch dann, wenn der nach § 50a II FGG Anzuhörende nicht Partei des Zivilrechtsstreites ist. Das Weigerungsrecht soll den Zeugen vor einem familiären Konflikt und der damit verbundenen persönlichen Belastung schützen. Um dem Vormundschaftsgericht und anschließend dem Ergänzungspfleger eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen, ist die Untersuchung der familiären Situation erforderlich. Die Anhörung der Eltern ist dazu wohl in der Regel geeignet.

Die Anhörung sollte daher nur unterbleiben, wenn Gründe des Kindeswohls dies nahelegen. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Anhörung des Kindes verwiesen werden⁵¹.

⁵⁰Zwar ist § 50a I FGG als Sollvorschrift formuliert, doch ist dem Vormundschaftsgericht dadurch kein Ermessen eingeräumt, *Keidel/Kuntze*, § 50a Rn 10.

⁵¹Oben § 11 C II 3. Die § 50a III, § 50b III FGG stimmen inhaltlich überein, *Keidel/Kuntze*, § 50b Rn 26.

IV. Die Beteiligung der Prozeßparteien am vormundschaftsgerichtlichen Verfahren

Am Verfahren zur Bestellung eines Pflegers sind nur die Eltern und das Kind als unmittelbar Betroffene beteiligt. Soweit am Zivilprozeß ein Dritter als Partei teilnimmt, hat er im Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht kein Anhörungsrecht⁵². Zum materiell Beteiligten würde der Dritte nur, wenn er durch die zu erwartende oder bereits ergangene Entscheidung des Vormundschaftsgericht unmittelbar in seinen Rechten und Pflichten betroffen würde⁵³.

D. Auswahl des Pflegers durch das Vormundschaftsgericht

I. Die Person des Pflegers

Die Auswahl einer bestimmten Person zum Ergänzungspfleger kann für die zu treffende Entscheidung von erheblicher Bedeutung sein, sie im Einzelfall sogar vorwegnehmen. So kann bei einem Rechtsstreit zwischen den Eltern die Übertragung der Zustimmungsbefugnis auf einen Verwandten der väterlichen oder mütterlichen Linie bereits die Zustimmung bedeuten, wenn die persönlichen Bindungen des Pflegers an die Prozeßparteien eine sachgerechte Abwägung der Kindesinteressen erschweren oder verhindern⁵⁴. Das Vormundschaftsgericht kann daher durch die Auswahl des Pflegers Einfluß ausüben und hat dies bei seiner Entscheidung zu bedenken. Umgekehrt schließt die Beteiligung der Sorgeberechtigten am Zivilverfahren ein elterliches Benennungsrecht gemäß § 1776 BGB aus⁵⁵.

⁵²Vgl. *Eickmann*, Rpfleger 1982, 449, 450. Von einer gesetzlichen Regelung der Anhörung Dritter über die Amtsermittlung des § 12 FGG hinaus wurde bewußt abgesehen; dazu *MünchKomm-Hinz*, ErgBd, Anhang nach § 1693 Vor §§ 50a ff Rn 3.

⁵³*Keidel/Reichert*, § 6 Rn 18.

⁵⁴*OLG Stuttgart*, NJW 1971, 2237, 2240; *Erman-Holzhauser*, § 1916 Rn 2; *Hampel*, FamRZ 1964, 125, 128.

⁵⁵Allgemein *MünchKomm-Goerke*, § 1916 Rn 3.

Die Auswahlentscheidung erfolgt nach Maßgabe des § 1915 I BGB i.V.m. §§ 1779 ff BGB⁵⁶. Es ist die Person zu wählen, welche dem Wohl des Kindes am besten dienen kann⁵⁷. Die Bestellung des Jugendamtes ist gemäß § 1791 b I BGB nur zulässig, wenn eine geeignete Einzelperson nicht zur Verfügung steht⁵⁸. Für die Entscheidung über die Wahrnehmung prozessualer Befugnisse des Kindes gilt dies ebenfalls, so daß vorrangig Angehörige und Verwandte in Betracht kommen⁵⁹. Dabei ist jedoch besonders darauf zu achten, daß der Pfleger zu einer unbefangenen und am Kindeswohl orientierten Entscheidung fähig ist, die mit den Interessen eines oder beider Elternteile kollidieren kann⁶⁰.

Bestehen daran Zweifel oder würde die Ermittlung einer geeigneten Person aus dem Verwandtschaftskreis unverhältnismäßig viel Zeit in Anspruch nehmen, so ist einer Bestellung des Jugendamtes der Vorzug zu geben⁶¹. Dies darf jedoch nur im Interesse des Kindes erfolgen. So kann das Kindeswohl gebieten, das Zivilverfahren nicht weiter zu verzögern, weil es sonst für längere Zeit im ungewissen ist, ob es noch zu einer Aussage kommen wird. Auch besteht die Möglichkeit, daß das Kind außerprozessual stärker in den Konflikt der Eltern hineingezogen wird.

⁵⁶§ 1916 BGB steht nicht entgegen, weil diese Vorschrift nur die Berufung, nicht die Auswahl des Pflegers betrifft, *OLG Stuttgart*, RPfleger 1982, 183, 184. Ebenso *Erman-Holzthauer*, § 1916 Rn 2; *MünchKomm-Goerke*, § 1916 Rn 5, wonach die §§ 1779 ff BGB zumindest analog anwendbar sind.

⁵⁷*Wesche*, RPfleger 1988, 453, 455; *OLG Braunschweig*, RPfleger 1989, 237, 238.

⁵⁸*Wesche*, ebenda (Fn 57) hält die Sachbearbeiter des Jugendamtes in der Regel nicht zu einer Betreuung in der Lage und daher für weniger geeignet.

⁵⁹*OLG Stuttgart*, RPfleger 1982, 183, 184; *FamRZ* 1985, 1154, 1155 = *OLGZ* 1985, 385, 386; *MünchKomm-Schwab*, § 1779 Rn 6. Anders dagegen *Erman-Holzthauer*, § 1915 Rn 2; *Schoene*, *NJW* 1972, 930, 932, nach denen § 1779 II 3 BGB hinter Abs. II Satz 1 zurücktritt. Kritisch auch *OLG Braunschweig*, RPfleger 1989, 237 f, das darauf hinweist, daß weder Verwandtschaft noch Schwägerschaft etwas über die Eignung zum Vormund aussagen.

⁶⁰*MünchKomm-Goerke*, § 1915 Rn 4. *Prestien*, *RdJB* 1988, 431, 438 empfiehlt bei Familiensachen die Hinzuziehung eines Familienberaters als "quasi Sachverständigen" und die Bestellung eines Juristen als "Verfahrenspfleger".

⁶¹Ähnlich *MünchKomm-Goerke*, § 1915 Rn 16. Die Verzögerung kann auch auf den weitergehenden Anhörungspflichten bei der Bestellung eines Verwandten oder Verschwägerten beruhen, § 1779 III BGB.

II. Die Bestellung des Pflegers

Mit der Bestellung wird die Ausübung einzelner, vom Vormundschaftsgericht zu bestimmender Angelegenheiten der Personensorge auf den Ergänzungspfleger übertragen. Ein besonderes Verfahren zur Bestellung sehen die § 1915 I, § 1789 BGB nicht vor⁶².

Die Bestellung erfolgt durch einen "mitwirkungsbedürftigen Hoheitsakt"⁶³. Sie wird nach § 16 I FGG mit Bekanntgabe wirksam. Sofern es sich um eine natürliche Person handelt, ist ihre persönliche Anwesenheit und die Erklärung erforderlich, das Amt treu und gewissenhaft führen zu wollen. Im Falle der Bestellung des Jugendamtes genügt gemäß § 1791 b II BGB eine schriftliche Verfügung⁶⁴.

E. Rechtsbehelfe

Die Anrufung des Vormundschaftsgerichts greift in die Rechte und Interessen der Betroffenen ein. So werden die Eltern in ihrem Personensorgerecht, das Kind in seinem Selbstbestimmungsrecht und die Prozeßparteien in ihrem Interesse an einem zügigen Fortgang des Verfahrens berührt. Die Parteien können darüberhinaus mittelbar durch die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts oder des Ergänzungspflegers in ihrem Recht auf Beweis betroffen werden. Es soll daher auf die möglichen Rechtsschutzmöglichkeiten eingegangen werden.

⁶²§ 1789 Satz 2 BGB ist eine bloße Ordnungsvorschrift, deren Nichteinhaltung auf die Wirksamkeit der Bestellung keinen Einfluß hat; MünchKomm-Schwab, § 1789 Rn 2.

⁶³Erman-Holzhauser, § 1789 Rn 1; MünchKomm-Schwab, ebenda (Fn 62), Rn 1.

⁶⁴Für die Vereinsvormundschaft gilt nach § 1791a II BGB dasselbe, doch dürfte die Vorschrift für die Bestellung eines Pflegers für einen minderjährigen Zeugen keine praktische Bedeutung haben.

I. Beschwerde gegen die Anrufung des Vormundschaftsgerichts

Die mit der Einschaltung des Vormundschaftsgerichts zwangsläufige Verzögerung des Zivilverfahrens kann von den Parteien entsprechend dem Rechtsgedanken des § 252 ZPO mit der einfachen Beschwerde angegriffen werden⁶⁵. Sie ist jedoch nur begründet, wenn das Prozeßgericht die Notwendigkeit der Pflegerbestellung offensichtlich verkennt; gerade bei der Beurteilung der Verstandesreife besteht ein Spielraum des Zivilrichters, der für das Beschwerdegericht nicht uneingeschränkt überprüfbar ist.

II. Rechtsschutz gegen die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts

1. Erinnerungsbefugnis bei abgelehnter Pflegerbestellung

Lehnt der Rechtspfleger die Bestellung eines Ergänzungspflegers ab, so ist dagegen die Rechtspflegererinnerung des § 11 RPflG statthaft. Erinnerungsbefugt ist jeder, der an der Anordnung der Pflugschaft ein rechtliches Interesse hat; § 57 I Nr. 3 FGG ist gemäß § 11 IV RPflG entsprechend anwendbar⁶⁶. Beschwerft ist durch die Ablehnungsentscheidung etwa der Beweisführer, dem der Verlust des Beweismittels droht.

Problematisch bleibt die Frage, ob auch dem Prozeßgericht die Rechtsmittelbefugnis zukommt, wenn das Vormundschaftsgericht in Verneinung seiner eingeschränkten Prüfungskompetenz⁶⁷ das Fürsorgebedürfnis verneint und deshalb den Antrag zurückweist.

Für einen Zeugen im Zivilverfahren wurde diese Frage bisher offenbar noch nicht erörtert. Bei einer prozeßunfähigen Partei wurde dagegen die

⁶⁵Dies ergibt sich aus der praktisch verfahrensaussetzenden Wirkung eines Beschlusses, mit dem das Prozeßgericht die Vernehmung des minderjährigen Zeugen von der Zustimmung eines Pflegers abhängig macht. Dazu *Baumbach-Lauterbach-Hartmann*, § 359 Anm. 3; *Stein-Jonas-Schumann*, § 359 Rn 5 m.w.N.; *Zöller-Stephan*, § 252 Rn 1.

⁶⁶*Jansen*, § 57 Rn 42; *Keidel/Kahl*, § 19 Rn 59. Zum Begriff des rechtlichen Interesses *Keidel/Kuntze*, § 57 Rn 3, 15.

⁶⁷Vgl. oben § 11 B III.

Beschwerdebefugnis des Zivilrichters überwiegend abgelehnt⁶⁸. Dies hat auch zu gelten, wenn der Pfleger nicht für eine Partei, sondern einen Zeugen bestellt werden soll. Das Prozeßgericht verfolgt keine eigenen Interessen mit der Pflugschaftsanordnung⁶⁹. Es ist an die Feststellungen des Vormundschaftsgerichts bezüglich des Fürsorgebedürfnisses nicht gebunden. Die Vernehmung des nach Meinung des Prozeßgerichts zustimmungsbedürftigen Zeugen kann daher auch nicht unter Berufung auf die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts erfolgen. Mangels wirksamen Verzichts auf das Zeugniserweigerungsrecht hat die Vernehmung zu unterbleiben.

Die Bestellung eines Pflegers durch das Prozeßgericht analog § 57 ZPO kommt gleichfalls nicht in Betracht. Zum einen handelt es sich um eine eng auszulegende Ausnahmenvorschrift, die dem Beklagtenchutz dient⁷⁰. Zum anderen ist die Umgehung der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts nur bei Gefahr im Verzug zulässig, was bei der Zeugenvernehmung regelmäßig schon deswegen nicht der Fall ist, weil die Vorschrift der Partei des Zivilprozesses nicht das Risiko nehmen soll, das die Benennung eines kindlichen Zeugen mit sich bringt.

2. Erinnerungsbefugnis bei angeordneter Pflugschaft

Die Anordnung der Pflugschaft kann gemäß § 11 RPfG ebenfalls mit der Erinnerung angefochten werden. Erinnerungsbefugt sind nur die Sorgerechtsinhaber und das Kind, sofern es das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, § 59 III FGG⁷¹. Die Prozeßparteien sind als solche nicht beschwert, da

⁶⁸Begründet wird die ablehnende Haltung mit dem fehlenden rechtlichen Interesse des Gerichts, so etwa Jansen, § 57 Rn 12; Keidel/Kuntze, § 57 Rn 18a. Anders nur Pickel, NJW 1965, 338, 339 für die Sozialgerichtsbarkeit unter Hinweis auf die Besonderheiten dieses Verfahrens, insbesondere § 72 I SGG. Dagegen aber LG München I, FamRZ 1974, 47 ff.

⁶⁹Das Bestreben, den Rechtsstreit erledigen zu können, ist kein rechtliches Interesse im Sinne des § 57 I Nr. 3 FGG, Jansen, § 57 Rn 12. Dasselbe gilt für die Beschwerdebefugnis nach § 57 I Nr. 9 FGG, die eine besondere persönliche Beziehung zwischen Beschwerdeführer und dem Kind voraussetzt, Jansen, § 57 Rn 27; Keidel/Kuntze, § 57 Rn 37; LG München I, FamRZ 1974, 47, 48. Die rein prozessual begründete Fürsorgepflicht des Prozeßgerichts gegenüber dem Zeugen genügt dafür nicht, da sie auf das Verfahren beschränkt ist.

⁷⁰Kritisch gegenüber einer ausweitenden Analogie Stein-Jonas-Leipold, § 57 Rn 2.

⁷¹Soergel-Damrau, § 1909 Rn 20; MünchKomm-Goerke, § 1909 Rn 91.

sich lediglich die Person des Zustimmungsbefugten ändert, ohne die Zustimmungsbefähigung zu berühren.

Gegen die Auswahl des Pflegers besteht ein Beschwerderecht nur nach Maßgabe des § 11 I, IV RPflG i.V.m. § 57 I Nr. 9 FGG⁷². Zu beachten ist, daß das Vormundschaftsgericht bei der Auswahl einen Ermessensspielraum hat und nur ein Ermessensfehler die Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung begründet⁷³.

Aufschiebende Wirkung kommt der Erinnerung nicht zu, da es an den besonderen Voraussetzungen des § 24 I FGG fehlt. Dies bedeutet, daß mit der wirksamen, wenn auch gegebenenfalls rechtswidrigen Bestellung und der Zustimmung des Pflegers der Zeugen vernommen werden kann. Die nachträgliche Aufhebung der Bestellung durch den Rechtspfleger, den Vormundschaftsrichter oder das Beschwerdegericht hat keine Auswirkungen auf die Verwertbarkeit der Aussage.

Ergebnis

Das Prozeßgericht stellt mit verbindlicher Wirkung fest, ob ein Fürsorgebedürfnis besteht und ein Ergänzungspfleger für den Minderjährigen bestellt werden muß. Ein Fürsorgebedürfnis besteht, wenn eine prozessuale Befugnis nicht vom Zeugen allein ausgeübt werden kann und die Sorgeberechtigten rechtlich verhindert sind. Beim Zeugnisverweigerungsrecht muß daneben Aussagebereitschaft des Kindes vorliegen.

Das Vormundschaftsgericht trifft durch den Rechtspfleger die Entscheidung über die Auswahl eines geeigneten Pflegers. Die vorsorgliche Bestellung eines Pflegers ist unzulässig.

Die Parteien haben gegen die Anrufung des Vormundschaftsgerichts die Möglichkeit der einfachen Beschwerde analog § 252 ZPO, wenn das Prozeßgericht das Verfahren entsprechend § 148 ZPO aussetzt oder dem Beschluß, einen Pfleger bestellen zu lassen, praktisch verfahrensaussetzende Wirkung zukommt.

⁷²Soergel-Damrau, § 1909 Rn 20; Soergel-Strätz, § 1630 Rn 3.

⁷³MünchKomm-Schwab, § 1779 Rn 4; dazu auch oben § 11 D I.

Das Prozeßgericht ist an eine ablehnende Entscheidung des Vormundschaftsgerichts nicht gebunden und hat keine Erinnerungsbefugnis. Lehnt das Prozeßgericht deshalb die Vernehmung des Zeugen ab, können die Parteien gemäß § 11 IV RPflG, § 57 I Nr. 3 FGG Erinnerung einlegen.

Die Auswahl des Pflegers kann nur von den Sorgeberechtigten und gemäß § 59 III FGG von dem Kind angegriffen werden.

§ 12 Die Rechtsstellung des Ergänzungspflegers

A. Entscheidungsbefugnisse

I. Allgemeines

Das Vormundschaftsgericht überträgt mit der Bestellung die Erledigung bestimmter personensorgerichtlicher Angelegenheiten auf den Pfleger. Zugleich wird das Sorgerecht der gesetzlichen Vertreter insoweit gemäß § 1630 I BGB eingeschränkt.

Die praktisch wichtigste Angelegenheit im vorliegenden Zusammenhang ist die Befugnis, der Vernehmung des Kindes zuzustimmen oder von einem Weigerungsrecht Gebrauch zu machen. Das Vormundschaftsgericht sollte den Kreis der übertragenen Aufgaben aber nicht auf diese Entscheidung beschränken¹, um Verzögerungen des Verfahrens zu vermeiden. Fallen vor dem Prozeßgericht weitere Entscheidungen an, die der Zustimmung des Pflegers bedürfen, müßte sonst das Vormundschaftsgericht erneut angerufen werden². Ähnlich der Pflegschaft zur Führung eines bestimmten Rechtsstreits ist dem Ergänzungspfleger die Wahrnehmung aller prozesualen Befugnisse des minderjährigen Zeugen in einem genau zu bezeichnenden Rechtsstreit zu übertragen.

¹So aber offenbar in dem vom *BayObLG*, NJW 1967, 206, 207 = FamRZ 1966, 644 ff entschiedenen Fall.

²Nach *Roestel*, NJW 1967, 967, 968; derselbe, RdJB 1971, 218, 220 ist mit der Entziehung der Zustimmungsbefugnis zum Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht nicht zugleich über die Zustimmung zur psychologischen Begutachtung entschieden. Danach müßte das Vormundschaftsgericht darüber neu befinden und gegebenenfalls wieder einen Pfleger bestellen.

II. Übertragener Wirkungskreis

Der Ergänzungspfleger wirkt mit, wenn der minderjährige Zeuge ein Recht nicht oder nicht selbständig ausüben kann. Darunter fallen neben dem Verzicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht die Entscheidung über die Mitwirkung an einer psychologischen Glaubwürdigkeits- und Eignungsgutachtung³. Desweiteren ist der Pfleger zur Entgegennahme gerichtlicher Erklärungen zuständig, so etwa der Ladung⁴ und der Belehrung⁵.

Wird das Recht zur Zeugnisverweigerung von den Parteien in Abrede gestellt oder der Minderjährige mit unzulässigen Ordnungs- und Zwangsmitteln belegt, vertritt der Pfleger ihn im Zwischen- und Beschwerdeverfahren, soweit der Zeuge zur selbständigen Rechtswahrung noch nicht in der Lage ist⁶.

B. Wirksamkeit der Entscheidung

Die Erklärungen des Pflegers haben unmittelbar prozessuale Auswirkungen. Das Prozeßgericht hat sie in gleicher Weise zu berücksichtigen, wie die Entscheidungen rechtlich nicht verhinderter Eltern.

Die nachträgliche Aufhebung der Pflegschaft durch das Vormundschaftsgericht berührt die Rechtshandlungen des Pflegers nicht. Zwar regelt § 32 FGG nur die fortbestehende Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Handlungen⁷. Um die Gefahr der nachträglichen Unverwertbarkeit der Zeugen aussage und die damit verbundene Einflußnahme des Vormundschaftsge-

³Dazu oben § 3 B IV.

⁴Zur Ladung des Minderjährigen siehe § 4 B III 2. Die Mitwirkung des Pflegers bei der Ladung ist notwendig, weil der Pfleger wie die gesetzlichen Vertreter verpflichtet ist, das Kind zum Termin mitzubringen. Es handelt sich aber nicht um eine prozessuale Pflicht, die deshalb auch nicht mit den Zwangsmitteln des Prozeßrechts erzwungen werden kann, § 4 C III.

⁵Vgl. § 7 A II 2.

⁶Oben § 10 A III 1 und § 10 B II 2, III.

⁷Keidel/Reichert, § 32 Rn 1.

richts auf das Zivilverfahren zu vermeiden, ist § 32 FGG zumindest analog anzuwenden⁸. Die Aufhebung der Pflegschaft wirkt daher nur ex nunc.

C. Dauer der Pflegschaft

Die Pflegschaft endet gemäß § 1918 I BGB mit dem Erreichen der Volljährigkeit des Zeugen und nach § 1919 BGB mit der Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht⁹. Letzteres kann etwa der Fall sein, wenn im Rechtsstreit ein Parteiwechsel stattfindet und dadurch die Gefahr einer Interessenkollision entfällt¹⁰.

Die Pflegschaft endet dagegen nicht mit dem Abschluß der Vernehmung des weigerungsberechtigten Kindes; § 1918 III BGB ist nicht anwendbar. Der Wirkungskreis des Pflegers umfaßt nicht nur eine einzelne Befugnis, sondern einen Kreis von Angelegenheiten¹¹. Die Zuständigkeit des Pflegers erschöpft sich daher nicht in der einmaligen Zustimmung zur Vernehmung.

⁸Im Ergebnis ebenso *BayObLG*, NJW 1967, 206, 207 = FamRZ 1966, 644, 645. § 32 FGG soll die Sicherheit des Rechtsverkehrs schützen und drückt daher einen allgemeinen Rechtsgedanken aus, der auf die vorliegende Sachlage ebenfalls anwendbar ist.

⁹Nach *Schoene*, NJW 1972, 930, 932 vertritt der Pfleger das Kind bis zum Erreichen der notwendigen Verstandesreife. Der Wegfall des Fürsorgebedürfnisses führt jedoch nicht zur Beendigung der Pflegschaft, sondern schafft die Voraussetzungen ihrer Aufhebung; *Erman-Holzhauser*, § 1919 Rn 2. Für den Zivilprozeß ist die Aufhebung in diesem Fall aber bedeutungslos, weil der Pfleger nur Kontrollfunktion hat und der Minderjährige mit Erreichen der Verstandesreife einem volljährigen Zeugen gleichgestellt wird. Er entscheidet dann bereits allein wirksam über den Verzicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht.

¹⁰Der Wegfall der rechtlichen Verhinderung der gesetzlichen Vertreter ist Aufhebungsgrund, MünchKomm-Goerke, § 1919 Rn 12.

¹¹Anders MünchKomm-Goerke, § 1918 Rn 20; *Soergel-Damrau*, § 1918 Rn 4, die aber als übertragene Angelegenheit ausschließlich die Entscheidung über ein Zeugnisverweigerungsrecht sehen. Wie hier *BayObLG*, NJW 1967, 206, 207 = FamRZ 1966, 644, 645.

Ergebnis

Der Ergänzungspfleger tritt an die Stelle der ausgeschlossenen gesetzlichen Vertreter und nimmt deren Kontrollbefugnisse wahr. Die Entscheidungen des Pflegers bleiben auch nach Aufhebung der Pflegschaft wirksam.

Die Pflegschaft endet mit Erreichen der Volljährigkeit und mit ihrer Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht. Die Aufhebung erfolgt bei Wegfall des Fürsorgebedürfnisses.

Zusammenfassung

Der historische Gesetzgeber hat bewußt darauf verzichtet, bei Kindern und Jugendlichen die Zeugeneignung einzuschränken. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung darf aber nicht zur Mißachtung der natürlichen Grenzen der Wahrnehmungs- und Aussagefähigkeit führen.

Das rechtliche Gehör der Parteien und die Beweiserhebungspflicht des Gerichts erstreckt sich nicht auf ungeeignete Beweismittel. Minderjährige sind vor Erreichen des sechsten Lebensjahres als regelmäßig ungeeignet anzusehen. Sie sind nur zu laden und zu vernehmen, wenn der Beweisführer die Vermutung der fehlenden Eignung widerlegt.

Für die prozessuale Stellung des minderjährigen Zeugen ist die Verstandesreife entscheidend. Auf die Prozeßfähigkeit im Sinne der §§ 50 ff ZPO kommt es nur im Zwischen- und Beschwerdeverfahren an, wenn der Minderjährige auf der Passivseite beteiligt ist.

Besitzt der kindliche Zeuge die Fähigkeit, eine Befugnis zu verstehen und eine verantwortliche Entscheidung auszuüben, wird er einem Volljährigen gleichgestellt. Soweit eine eigenverantwortliche Ausübung aufgrund des Alters und der Entwicklung ausgeschlossen ist, sind die gesetzlichen Vertreter hinzuzuziehen. Ihre Mitwirkung beschränkt sich auf die Kontrolle des Kindeswillens, soweit höchstpersönliche Entscheidungen zu treffen sind. Dies gilt insbesondere für die Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechts.

Die gesetzlichen Vertreter sind kraft Gesetzes ausgeschlossen, wenn einer von ihnen selbst als Partei am Verfahren beteiligt ist. Das Prozeßgericht muß bei dem Vormundschaftsgericht die Bestellung eines Ergänzungspflegers veranlassen, wenn eine Vernehmung des Kindes nicht aus anderen Gründen wie fehlender Aussagebereitschaft ausgeschlossen ist. Das vormundschaftsgerichtliche Verfahren richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des FGG.

Literaturverzeichnis

Alsberg, Max: Der Beweisantrag im Strafprozeß, begründet von Max Alsberg, fortgeführt von Karl-Heinz Nüse; 5. völlig neu bearbeitete Auflage von Karlheinz Meyer, Köln, Berlin, Bonn, München 1983.

Arntzen, Friedrich: Psychologie der Zeugenaussage, Göttingen 1970.

- Untere Grenze der Zeugeneignung, DRiZ 1976, 20.

- Vernehmungspsychologie - Psychologie der Zeugenaussage, München 1978.

Baumbach, Adolf: Zivilprozeßordnung, fortgeführt von Wolfgang Lauterbach, nunmehr verfaßt von Jan Albers und Peter Hartmann, 49. Auflage, München 1991.

Baumgärtel, Gottfried: "Geheimverfahren" im Zivilprozeß zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nach Schweizer Vorbild?, in: Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag S. 1 ff, herausgegeben von Walter F. Lindacher, Bielefeld 1989 (zitiert: FS f. Habscheid).

- Beweisrechtliche Studien, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln S. 165 ff, Köln, Berlin, Bonn, München 1989 (zititiert: FS der Universität Köln).

- Treu und Glauben im Zivilprozeß, ZZP 86, 353 ff (1973).

- Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZP 69, 89 ff (1956).

Beitzke, Günther: Familienrecht, 23. Auflage, München 1983.

Bergerfurth, Bruno: Das Ausbleiben des Zeugen im Zivilprozeß, JZ 1971, 84 ff.

Bettermann, Karl-August: Hundert Jahre Zivilprozeßordnung - Das Schicksal einer liberalen Kodifikation, ZZP 77, 365 ff (1978).

Bosch, Friedrich Wilhelm: Anmerkung zu BGH 5 StR 533/58, FamRZ 1959, 158.

- Anmerkung zu BGH VI ZR 266/57, FamRZ 1959, 200.

- Die Pflicht zur Duldung von Untersuchungen gemäß § 372a ZPO 1950, DRiZ 1951, 137 ff.

- Grundsatzfragen des Beweisrechts, Bonn 1963.

- Von der richtigen Grenzziehung zwischen Pflicht und Freiheit, DRiZ 1951, 107 ff.

Brehm, Wolfgang: § 890 ZPO n.F.: Sprachregelung oder sachliche Änderung? NJW 1976, 1730 f.

Bruns, Rudolf: Grundsatzfragen des Beweisrechts, ZZP 77, 318 ff (1964).

- Zivilprozeßrecht, 2. Auflage München 1979.

Bull, Hans-Joachim: Von der Bequemlichkeit, einem Zeugen zu glauben, DRiZ 1972, 205 f.

Bumiller, Ursula: Freiwillige Gerichtsbarkeit: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, erläutert von Ursula Bumiller, Karl Winkler, 4. Auflage, München 1987 (zitiert: Bumiller/Winkler).

- Dehmer*, Hans: Probleme des Minderjährigenschutzes im Zivilprozeß, Freiburg im Br. 1977.
- Denger*, Burkhard: Kinder und Jugendliche als Zeugen im Strafverfahren wegen sexuellen Mißbrauchs in der Familie und deren Umfeld, ZRP 1991, 48 ff.
- Detterborn*, Harry / *Fröhlich*, Hans / *Szewczyk*, Hans: Forensische Psychologie, Berlin (Ost) 1984.
- Dilcher*, Hermann: Die prozessuale Verwendungsbefugnis, AcP 1958, 469 ff (1959).
- Dippel*, Karlhans: Zur Behandlung von Aussagen kindlicher und jugendlicher Zeugen, in: Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, S. 599 ff, herausgegeben von Hans-Heinrich Jeschek und Theo Vogler, Berlin, New York 1989 (zitiert: FS f. Tröndle).
- Döhring*, Erich: Die Erforschung des Sachverhaltes im Prozeß, Berlin 1964.
- Eickmann*, Dieter: Das rechtliche Gehör in Verfahren vor dem Rechtspfleger, RPfleger 1982, 449 ff.
- Erman*, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Recht, herausgegeben von Harm Peter Westermann unter Mitwirkung von Klaus Küchenhoff, 8. Auflage, Münster 1989 (zitiert: *Erman-Bearbeiter*).
- Eschweiler*, Peter: Scheidungskinder vor Gericht, RdJB 1988, 440 ff.
- Fehrmann*, Ursula: Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter, Berlin 1983.
- Flume*, Peter: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band: Das Rechtsgeschäft, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York 1975.
- Franke*, Dietrich: Rechtliches Gehör und Präklusion - Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1986, 3049 ff.
- Frohn*, Hans Georg: Rechtliches Gehör und richterliche Entscheidung, Berlin 1989.
- Gamp*, Lothar: Die Ablehnung von rechtswidrig erlangten Beweismitteln im Zivilprozeß, DRiZ 1981, 41 ff.
- Gaul*, Hans Friedhelm: Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168, 27 (1968).
- Gebhard*, Hans-Rainer: Das Zeugnisverweigerungsrecht der Presse im Zivilprozeß, Bad Godesberg 1973.
- Gernhuber*, Joachim: Elterliche Gewalt heute - Eine grundsätzliche Betrachtung, FamRZ 1962, 89 ff.
- Familienrecht, 3. Auflage, München 1980.
- Göppinger*, H. / *Witter* H. (Hrsg): Handbuch der forensischen Psychologie, Berlin, Heidelberg, New York 1972.
- Goldschmidt*, James: Der Prozeß als Rechtslage - Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925; Neudruck der Ausgabe Aalen 1962 (zitiert: Der Prozeß).
- Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Berlin 1932 (zitiert: ZPR).
- Gottwald*, Peter: Zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozeß, BB 1979, 1780 ff.
- Grundmann*, Martin: Der Minderjährige im Zivilprozeß, Bochum 1980.
- Grunsky*, Wolfgang: Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage, Bielefeld 1974 (zitiert: Grundlagen).

- Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts, 4. Auflage, Tübingen 1987 (zitiert: Grundzüge).

Günter, Hans Helmut: Einführung in das Recht des Zeugenbeweises, JA 1979, 427 ff.

Habscheid, Walter: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.12.1965 - VII ZR 149/63, ZZZ 79, 452 ff (1966).

- Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozeßrecht, in: Gedächtnisschrift Hans Peters S. 840 ff, Berlin, Heidelberg, New York 1967 (zitiert: FS f. Peters).

- Das Recht auf Beweis, ZZZ 96, 306 ff (1983).

Hagen, Horst: Formzwang und Formzweck im Zivilprozeß, JZ 1972, 505 ff.

Hager, Johannes: Die Rechtsbehelfsbefugnis des Prozeßunfähigen, ZZZ 97, 174 ff (1984).

Hahn, Carl: Die gesamten Materialien zur Zivilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 30. Januar 1877, Berlin 1880 (zitiert: Materialien).

Hampel, Herbert: Die Weigerungsrechte der minderjährigen Beweisperson im Strafprozeß, FamRZ 1974, 53 ff.

- Grundsatzfragen des Beweisrechts, FamRZ 1964, 125 ff.

Hanack, Ernst-Walter: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Strafverfahrensrecht, JZ 1971, 126 ff.

Hauser, Robert: Der Zeugenbeweis im Strafprozeß mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974.

Hellwig, Albert: Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen, 4. Auflage, Stuttgart 1951.

Heusler, A.: Die Grundlagen des Beweisrechts, AcP 62, 209 ff (1879).

Hohm, Karl-Heinz: Die Grundrechtsträgerschaft und "Grundrechtsmündigkeit" Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung, NJW 1986, 3107 ff.

Jansen, Paul: FGG - Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Nebengesetzen und bundes- und landesrechtlichen Ergänzungs- und Ausführungsvorschriften, Band I, 2. Auflage, Berlin 1969.

Jarass, Hans D.: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857 ff.

Kahlke, Gerhard: Zur Beschaffenheit der Prozeßfähigkeit, ZZZ 100, 10 ff (1987).

Kaissis, Athanassios: Die Verwertbarkeit materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß, Frankfurt a.M., Bern, Las Vegas 1978.

Kallweit, Uwe: Die Prozeßförderungspflicht der Parteien und die Präklusion verspäteten Vorbringens nach der Vereinfachungsnovelle vom 3.12.1976, Frankfurt a.M., Bern, New York 1983.

Keidel, Theodor: Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A, 12. neubearbeitete Auflage, München 1987 (zitiert: Keidel/Bearbeiter).

Kleinknecht, Theodor: Strafprozeßordnung, 39. Auflage fortgeführt von Karlheinz Meyer, München 1989 (zitiert: Kleinknecht/Meyer).

- Kleinknecht/Müller/Reitberger*, KMR Kommentar zur Strafprozeßordnung, 7. Auflage neu bearbeitet von Hermann Müller, Walter Sax, Rainer Paulus, Frankfurt 1988 (zitiert: *KMR-Bearbeiter*).
- Knippel, Siegmund*, Zeugenbeweis ist schlechter Beweis, MDR 1980, 112 f.
- Krönig, Ernst*, Die Kunst der Beweiserhebung im Zivilprozeß, 2. Auflage, Hamburg 1947.
- Krüger, Hildegard*, Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 1956, 329 ff.
- Lanzenauer, v. Rainer Haehling*, Das Fragerecht der Parteien im Zivilprozeß, DRiZ 1966, 223 f.
- Leipold, Dieter*, Prozeßführungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZJP 93, 237 ff (1980).
- Lenckner, Theodor*, Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, NJW 1965, 321 ff.
- Grundsatzfragen des Beweisrechts, NJW 1965, 959 f.
- Lent, Friedrich*, Zeugenvernehmung einer nicht parteidfähigen Prozeßpartei, ZJP 52, 14 ff (1927).
- Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozeß, ZJP 67, 344 ff (1954).
- Lesch, Heiko*, Die strafrechtliche Einwilligung beim HIV-Antikörpertest an Minderjährigen, NJW 1989, 2309 ff.
- Löwe-Rosenberg*, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, 24. Auflage herausgegeben von Peter Riess, Berlin, New York 1988 (Zitiert: *Löwe-Rosenberg-Bearbeiter*).
- Maunz-Dürig*, Kommentar zum Grundgesetz, 2. Auflage, München 1987 (Zitiert: *Bearbeiter in Maunz-Dürig*).
- Mes, Peter*, Der Rechtsschutzanspruch, Mühlheim 1970.
- Meyer, H.*, Das Verfahren bei Zeugnisverweigerung, ZJP 17, 459 ff (1882).
- Meyke, Rolf*, Die Funktion der Zeugenaussage im Zivilprozeß, NJW 1989, 2032 ff.
- Mönkemöller, Otto*, Psychologie und Psychopathologie der Aussage, Heidelberg 1930.
- Moritz, Heinz Peter*, Die (zivil-)rechtliche Stellung der Minderjährigen und Heranwachsenden innerhalb und außerhalb der Familie, Berlin 1989.
- Möglichkeit wirksamen Widerspruchs der Eltern gegen einen Schwangerschaftsabbruch bei der minderjährigen Tochter, JA 1981, 189 ff.
- Mühl, Otto*, Beweisbeschluß und Beweisinterlokt, ZJP 66, 165 ff (1953).
- Müller-Luckmann, Elisabeth*, Zur Befragung des Kindes im Strafprozeß. RdJB 1971, 217 f.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Kurt Rebmann und Franz Jürgen Säcker, 2. Auflage München 1987, insbesondere *Hinz*, Manfred zu §§ 1626 ff, *Schwab*, Dieter zu §§ 1795 ff und *Goerke*, Paula zu §§ 1909 ff (zitiert: *Münch-Komm-Bearbeiter*).
- Musielak, Hans-Joachim Stadler, Max*, Grundfragen des Beweisrechts, München 1984.
- Niese, Werner*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, Göttingen 1950.

- Orlowsky, Wedigo*: Die Weigerungsrechte der minderjährigen Beweisperson im Strafprozeß, Tübingen 1973.
- Panhuysen, Ursula*: Die Untersuchung des Zeugen auf seine Glaubwürdigkeit - Ein Beitrag zur Stellung des Zeugen und Sachverständigen im Strafprozeß, Berlin 1964.
- Pastor, Wilhelm*: Die Unterlassungsvollstreckung nach § 890 ZPO - Die Zwangsvollstreckung von Unterlassungspflichten, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1976.
- Peters, Egbert*: Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß, ZZP 76, 145 ff (1963).
- Zeugnisverweigerung als Beweisgrund, ZZP 77, 444 ff (1964).
- Peters, Karl*: Anmerkung zum Urteil des BGH 1 StS vom 27.10.70 - 1 StR 591/69, JR 1970, 307 ff.
- Beweisverbote im deutschen Strafverfahren, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag 1966, Band I, Teil 3 A, S. 91 ff, München, Berlin 1966 (zitiert: Gutachten).
- Strafprozeß, 3. Auflage Heidelberg, Karlsruhe 1981 (zitiert: Strafprozeß).
- Zeugenlüge und Prozeßausgang, Bonn 1939.
- Petersen, Julius*: Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 5. Auflage, Lahr 1904.
- Pickel, Harald*: Die Bestellung eines Pflegers für prozeßunfähige Beteiligte im sozialgerichtlichen Verfahren, NJW 1965, 338 ff.
- Prahm, Hayo*: Die ärztlichpsychologische Glaubwürdigkeit Minderjähriger, Göttingen 1972.
- Prestien, Hans-Christian*: Die Stellung des Kindes im Rechtsstreit der Erwachsenen - Die gerichtliche Anhörung nach § 50b FGG aus der Sicht des Praktikers, RdJB 1988, 431 ff.
- Reinicke, Gerhard*: Die Krise der freien Beweiswürdigung oder Über die Schwierigkeit, einem Zeugen nicht zu glauben, MDR 1986, 630 ff.
- Renner, Georg*: Kann ein jugendlicher Zeuge nach § 50 StPO zu einer Strafe verurteilt werden? Das Recht 1917, 378 f.
- RGRK*, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12. Auflage, 63. Lieferung §§ 1626 - 1637, Berlin, New York 1989 (zitiert: RGRK-Bearbeiter).
- Rieß, Peter*: Der Hauptinhalt des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG), NJW 1975, 81 ff.
- Rieß, Peter / Hilger, Hans*: Das neue Strafverfahrensrecht - Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz 1987, NSTz 1987, 145 ff, 204 ff.
- Rixecker, Roland*: Vermeintliche Randprobleme der Beschleunigung des Zivilprozesses, NJW 1984, 2135 ff.
- Röhl, Hellmut*: Prozeßfähigkeit Geisteskranker, JZ 1956, 309 ff.
- Römer, Wilhelm*: Kinder und Jugendliche als Zeugen in Sittlichkeitsprozessen, RdJB 1971, 205 ff.
- Roestel, Günther*: Das verletzte Kind als Zeuge im Strafprozeß, RdJB 1971, 218 ff.
- Das Zeugnisverweigerungsrecht des Kindes im Strafverfahren gegen einen Angehörigen, NJW 1967, 967 f.

- Rosenberg, Leo*: Das neue Zivilprozeßrecht nach dem Gesetz vom 27. Oktober 1933 (RGBl. I, 780), ZZZ 58, 283 ff (1934).
- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl-Heinz*: Zivilprozeßrecht, 14. Auflage, München 1986.
- Rußmann, Helmut*: Die Zeugenvernehmung im Zivilprozeß, DRiZ 1985, 41 ff.
- Rupp, Hans Heinrich*: Beweisverbote im Strafprozeß in verfassungsrechtlicher Sicht, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag 1966, Band I, Teil 3 A, München, Berlin 1966.
- Schaub, Dora*: Zur Strafverfahrensproblematik bei minderjährigen Zeugen und Beschuldigten aus vormundschaftsrichterlicher Sicht, FamRZ 1966, 134 ff.
- Schefold*: Die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit des Minderjährigen und das elterliche Vertretungsrecht, AcP 94, 305 ff (1903).
- Schimansky, Herbert*: Der Ausschluß des nicht beschuldigten Elternteils nach § 52 Abs. 2 Satz 2 StPO, in: Festschrift für Gerd Pfeiffer, herausgegeben von Otto Friedrich Freiherr von Gamm, Peter Raisch und Klaus Tiedemann, Köln, Berlin, Bonn, München 1988 (zitiert: FS f. Pfeiffer).
- Schimmack*: Kinder und Jugendliche als Zeugen im Strafverfahren, JW 1924, 1667.
- Schmidt, Eberhard*: Kritische Anmerkungen zum Beschluß des Großen Senates für Strafsachen vom 8.12.1958 betreffend das Untersuchungsverweigerungsrecht nach StPO § 81c, JR 1959, 369 ff.
- Schmidt, Richard*: Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, 2. Auflage, Leipzig 1906.
- Schneider, Egon*: Anmerkung zum Beschluß des OLG Köln vom 10.10.77 - Az: 16 W 111/77, NJW 1979, 987 f.
- Aussageverweigerung im Zivilprozeß, JurBüro 1970, 1021 ff.
 - Beweis und Beweiswürdigung, 3. Auflage, München 1978.
 - Die Ablehnung von Beweisanträgen im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, ZZZ 75, 173 ff (1962).
 - Vernehmungskunst und Protokollierungstechnik, MDR 1965, 14 ff.
- Schoene, Heiko*: Das Zeugnisverweigerungsrecht des Kindes und das gesetzliche Vertretungsrecht der Eltern, NJW 1972, 930 ff.
- Schönke, Adolf*: Der Umfang der Beweisaufnahme im Zivilprozess, in: Festgabe für Leo Rosenberg, S. 217 ff, München, Berlin 1949 (zitiert: FS f. Rosenberg).
- Zivilprozeßrecht, 9. Auflage fortgeführt von Horst Schröder und Werner Niese, neu bearbeitet von Kurt Kuchinke, Karlsruhe 1969.
- Schreiber, Rupert*: Theorie des Beweiswertes für Beweismittel im Zivilprozeß, Berlin, Heidelberg, New York 1968.
- Shubert, Werner*: Protocolle der Commission zur Berathung einer allgemeinen Zivilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten, Hannover 1864, neu herausgegeben von Werner Schubert, Frankfurt a.M. 1985 (zitiert: Protocolle).
- Schumann, Ekkehard*: Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, ZZZ 96, 137 ff (1983).
- Schwab, Dieter*: Familienrecht, 5. Auflage, München 1989.

- Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter*: Verfassung und Zivilprozeß, in: Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung - Die Generalberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht, Würzburg 1983, herausgegeben von Walter Habscheid, Bielefeld 1983.
- Seuffert, Lothar*: Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, 2. Auflage, Nördlingen 1883.
- Skupin, Karl-Heinz*: Die Folgen beim Ausbleiben eines kindlichen oder jugendlichen Zeugen im Strafverfahren, MDR 1965, 865 ff.
- Söllner, Rainer*: Der Beweisantrag im Zivilprozeß, Erlangen, Nürnberg 1972.
- Zur Bedeutung der Erfahrungssätze bei der Ablehnung von Beweisanträgen, MDR 1988, 363 ff.
- Soergel, Hans Theodor*: Bürgerliches Gesetzbuch, neu herausgegeben von Wolfgang Siebert, Jürgen F. Bauer, 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1988 (zitiert: *Soergel-Bearbeiter*).
- Staudinger, Julius v.*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Günther Beitzke, 11. Auflage, Berlin 1966 (zitiert: *Staudinger-Bearbeiter*).
- Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, bearbeitet von Wolfgang Grunsky, Dieter Leipold, Wolfgang Münzberg, Peter Schlosser, Ekkehard Schumann, 20. Auflage, Tübingen 1988 (zitiert: *Stein-Jonas-Bearbeiter*).
- Stephan, Bodo*: Das Rechtsschutzbedürfnis, Berlin 1967.
- Stern, William*: Kinder und Jugendliche als Zeugen, DJZ 1910, 1001 ff.
- Zur Psychologie der Kinderaussagen, DJZ 1908, 51 ff.
- Teplitzky, Otto*: Der Beweisantrag im Zivilprozeß und seine Behandlung durch die Gerichte, JuS 1968, 71 ff.
- Thomas, Heinz / Putzo, Hans*: Zivilprozeßordnung, 15. Auflage, München 1987.
- Trankell, Arne*: Der Realitätsgehalt von Zeugenaussagen, Göttingen 1971.
- Undeutsch, Udo*: Forensische Psychologie, herausgegeben von Udo Undeutsch, Göttingen 1967.
- Wach, Adolf*: Vorträge über die Reichsivilprozessordnung, 2. Auflage, Bonn 1896.
- Wacke, Andreas*: Logische Paradoxien in antiker und moderner Jurisprudenz, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, S. 325 ff, Köln, Berlin, Bonn, München 1989 (zitiert: FS der Universität Köln).
- Wais, Edgar*: Die Verwertbarkeit fehlerhaft erzielter Beweisergebnisse und rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozeß, Tübingen 1966.
- Waldner, Wolfgang*: Aktuelle Probleme des rechtlichen Gehörs im Zivilprozeß, Erlangen 1983.
- Walter, Gerhard*: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 3.11.87 - IV ZR 95/87, NJW 1988, 567 f.
- Freie Beweiswürdigung, Tübingen 1979.
- Weber*: Die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes im Strafprozeß durch einen Stellvertreter, MDR 1962, 169.

Weigend, Thomas: Das Opferschutzgesetz - kleine Schritte zu welchem Ziel?, NJW 1987, 1170 ff.

Werner, Olaf: Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel, NJW 1988, 993 ff.

Wetzell, Georg: System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Auflage, Leipzig 1878.

Wieczorek, Bernhard: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, 2. Auflage, Berlin, New York 1976.

Wieser, Eberhard: Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß, Bielefeld 1971.

Zöller, Richard: Zivilprozeßordnung, 16. Auflage bearbeitet von Reinhold Geimer, Köln 1990 (zitiert: *Zöller-Bearbeiter*).

Lebenslauf

Geboren am 21.2.1962 in Ulm; verheiratet.

1981 Abitur am Ignaz-Kögler-Gymnasium in Landsberg am Lech.

Sommersemester 1982 bis Wintersemester 1986/87 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg.

Vom 1.12.1987 bis 31.3.1989 Zivildienst am Klinikum rechts der Isar der Technischen Universität München.

Referendarausbildung vom 1.4.1989 bis 15.1.1992.

Seit 7.2.1992 als Regierungsrat z.A. beim Bayerischen Staatsministerium der Finanzen.