

Der persönliche Verkehr

Unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswillens

Andrea Büchler, Prof. Dr., Professorin an der Universität Zürich

Benjamin V. Enz, MLaw, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand an der Universität Zürich

Stichwörter: *Persönlicher Verkehr, Anhörungsrecht des Kindes, Kindeswille, Kindeswohl.*

Mots clefs : *Relations personnelles, droit de l'enfant d'être entendu, volonté de l'enfant, bien de l'enfant.*

I. Einleitung

Trennungen und Scheidungen gehen mit einer Reorganisation des Familienlebens einher. Die Aufhebung der Hausgemeinschaft führt dazu, dass alltägliche Begegnungen zwischen Kindern und ihren Eltern, zum Beispiel morgens vor der Schule oder abends vor dem Ins-Bett-Gehen, nicht mehr stattfinden. Es gilt den persönlichen Verkehr, das heisst die Kontakte, die Besuchs- und Betreuungszeit zu regeln. Das ist mitunter herausfordernd, und die verschiedenen Beteiligten haben möglicherweise unterschiedliche Bedürfnisse und Interessen. Aufgabe der Eltern und dann der urteilenden Behörde ist es in diesem Fall, eine für die beteiligten Personen optimale Lösung zu finden, wobei das Kindeswohl die oberste Richtschnur für die Entscheidungsfindung bildet.¹ Ein zentrales Element im Entscheidungsprozess ist die Willensäußerung des betroffenen Kindes. Der Wille des Kindes entspricht nicht zwingend und regelmässig auch seinem Wohl. Die Behörden müssen beurteilen, inwieweit auf den geäußerten Willen des Kindes aufgrund seines Alters, seiner kognitiven Fähigkeiten oder etwa seiner Beeinflussbarkeit tatsächlich abgestellt werden kann. Das ist keine einfache Aufgabe. Dieser Beitrag geht der Bedeutung des Kindeswillens nach und analysiert insbesondere die Rechtsprechung bezüglich seines Einbezugs bei der Fest- und Durchsetzung des Kontaktes. Der Beitrag verzichtet mehrheitlich auf den vom Gesetzgeber unglücklich gewählten Begriff des «persönlichen Verkehrs» und

verwendet für den gleichen Sachverhalt die Begriffe «Besuchsrecht», «Umgangsrecht» oder «Kontakt».

II. Grundlagen

1. *Persönlicher Verkehr*

Art. 273 Abs. 1 ZGB statuiert den Anspruch des Elternteils, welchem die elterliche Sorge oder die Obhut² nicht zusteht, mit dem Kind einen angemessenen persönlichen Verkehr zu haben. Der Begriff «persönlicher Verkehr» meint jegliche Art von Kontakt und Kommunikation, welche derjenige Elternteil, der mit dem Kind nicht in häuslicher Gemeinschaft lebt, mit jenem pflegt.³ Der Anspruch auf Umgang ist sowohl ein Persönlichkeitsrecht der Eltern als auch eines des Kindes.⁴ Durch das Umgangsrecht soll unter anderem erreicht werden, dass das Kind trotz Trennung der Eltern weiterhin an den Ressourcen beider Elternteile teilhaben kann.⁵ Die «üblichen» Besuchsrechte, welche sich in der Gerichtspraxis herausgebildet haben, betragen in der französischen Schweiz zwei Wochenenden pro Monat und bis zu sechs Ferienwochen im Jahr und in der Deutschschweiz ebenfalls zwei Wochenenden pro

FamPra.ch 2018 - S. 913

Monat im Grundschulalter, im Vorschulalter hingegen lediglich zwei halbe oder ein ganzer Tag, und zwei bis drei Ferienwochen im Jahr.⁶

2. *Der Kindeswille und das Anhörungsrecht*

Bei der Regelung des Kontaktrechts kommt dem zuständigen Sachgericht ein grosser Ermessensspielraum zu.⁷ Das Kindeswohl stellt die oberste Richtschnur bei seiner Ausgestaltung dar.⁸ Es geht dabei nicht darum, einen Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden.⁹ Die Festsetzung des Kontaktrechts muss sich am konkreten Einzelfall orientieren.¹⁰ Neben objektiven Faktoren wie etwa dem Alter des

FamPra.ch 2018 - S. 914

Kindes und der Distanz zwischen den beiden Elternwohnungen gilt es insbesondere den Kindeswillen zu berücksichtigen.¹¹ Nach der Meinung des Kindes ist bereits bei der Festsetzung des Besuchsrechts zu fragen und nicht erst bei dessen Durchsetzung.¹² Aufgrund der starken Betroffenheit des Kindes in Belangen des persönlichen Verkehrs ist dieses wenn immer möglich und nach Rechtsprechung des Bundesgerichts¹³ spätestens nach Vollendung des sechsten Altersjahres durch die zuständige Behörde (Gericht oder Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde) oder durch eine beauftragte Drittperson anzuhören (Art. 314a Abs. 1 ZGB; Art. 298 ZPO; Art. 12 Abs. 2 UN-KRK).¹⁴ Die herrschende Lehre befürwortet bereits eine Anhörung ab dem dritten bis vierten Lebensjahr.¹⁵ Aus psychologischer Perspek-

FamPra.ch 2018 - S. 915

tive ist es jedenfalls wünschenswert, dass auch urteilsunfähige Kinder im behördlichen Verfahren eine echte Chance erhalten, ihre eigenen Anliegen, Ideen und Beobachtungen einzubringen und in angemessener Weise informiert zu werden.¹⁶ Es gibt allerdings Hinweise, dass die kantonale

Praxis den Forderungen der Lehre bis heute nicht konsequent nachkommt. Teils werden Kinder vor erstinstanzlichen Gerichten erst ab dem elften oder zwölften Altersjahr angehört.¹⁷ Eine andere Möglichkeit, den Kindeswillen zu ermitteln, ist das Erstellen eines kinderpsychiatrischen Gutachtens¹⁸ durch die Jugendhilfe oder die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde.¹⁹

Das Anhörungsrecht ist ein direkter Ausfluss des Persönlichkeitsrechts des Kindes.²⁰ Die Anhörung verfolgt zwei unterschiedliche Zwecke. Einerseits kommt dem Kind ein Mitwirkungsrecht um seiner Persönlichkeit willen zu.²¹ Das Kind soll als Subjekt im Verfahren wahrgenommen werden.²² Das Mitwirkungsrecht ist ein von

FamPra.ch 2018 - S. 916

der Urteilsfähigkeit unabhängiges höchstpersönliches Recht.²³ In einem familienrechtlichen Verfahren in Kinderbelangen ist ein Kind, abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmetatbeständen,²⁴ nach der herrschenden Lehre immer anzuhören.²⁵ Das Bundesgericht ist hingegen der Ansicht, dass bei urteilsunfähigen Kindern im kantonalen Verfahren regelmässig ein Antrag gestellt werden muss, da der Gehörsanspruch erst «ab dem Stadium der Urteilsfähigkeit den Charakter eines persönlichen Mitwirkungsrechts» erhalte.²⁶ Bei urteilsunfähigen Kindern steht es im Ermessen des Gerichts, eine Kindesanhörung zwecks Sachverhaltsfeststellung durchzuführen, soweit die Eltern keinen Antrag auf Anhörung stellen.²⁷ Andererseits dient die Kindesanhörung aufgrund des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes der Sachverhaltsfeststellung.²⁸ Ihr kommt hierbei die Funktion eines Beweismittels zu.²⁹ Je nach Alter des Kindes steht der eine oder der andere Zweck im Vordergrund.³⁰ Bei älteren Kindern steht der persönlichkeitsrechtliche Aspekt im Sinne eines Mitwirkungsrechts im Vordergrund, während bei kleineren Kindern die Anhörung vor allem ein Beweismittel sein kann.³¹ Dem Kind wird, wenn notwendig, oder bei vorhan-

FamPra.ch 2018 - S. 917

dener Urteilsfähigkeit zwingend auf Antrag,³² eine Vertreterin oder ein Vertreter bestellt (Art. 314a^{bis} ZGB; Art. 299 ZPO).³³

III. Verhältnis von Kindeswohl und Kindeswille

«Kindeswohl» ist ein objektiver Begriff und meint sehr allgemein formuliert «das körperliche, geistig-seelische, soziale, materielle, finanzielle und rechtliche Wohlergehen des einzelnen Kindes.»³⁴ Der Begriff des Kindeswohls ist keine absolute Grösse und ist stets auslegungsbedürftig und einzelfallabhängig.³⁵ Den Behörden dient das Kindeswohl als Leitmaxime bzw. Legitimationsgrundlage für Entscheide, welche das Kind betreffen.³⁶ Sie müssen das Kindeswohl in Bezug auf seine künftigen Entwicklungen und objektiv beurteilen.³⁷

Der Begriff «Kindeswille» meint hingegen das, was das minderjährige Kind aus subjektiver Perspektive möchte, also seine Wünsche, Bedürfnisse, Befürchtungen und Anliegen.³⁸ Nicht selten gibt das Kind seinen Willen ohne Begründung oder mit einer für erwachsene Personen nur schwer nachvollziehbaren Begründung kund.³⁹ Das hat mithin damit zu tun, dass Kinder einen eher kurzfristigen Zeithorizont haben und ihr Wille in ihrer momentanen emotionalen Verfassung gründet.⁴⁰

FamPra.ch 2018 - S. 918

Kindeswohl und Kindeswille sind nicht in jedem Fall deckungsgleich.⁴¹ Widerspricht der Kindeswille dem Kindeswohl, darf die zuständige Behörde sich nicht ausschliesslich an dem erstgenannten orientieren, da dem Kind ansonsten Schaden zugefügt werden könnte.⁴² Will etwa ein achtjähriges Mädchen bei seinem suchtkranken Vater wohnen, welcher sich aufgrund seiner Krankheit nicht ausreichend um das Kind kümmern kann, wirkt der Kindeswille selbstgefährdend.⁴³ Folglich kann der Kindeswille für die Regelung des Besuchsrechts nur ein, wenn auch ein sehr gewichtiges,⁴⁴ Kriterium bei der Beurteilung des Kindeswohls bilden.⁴⁵ DETTENBORN formuliert für die Praxis folgende Faustregel für die Abwägung zwischen Kindeswillen und -wohl: «Soviel Akzeptierung des Kindeswillens wie möglich, soviel staatlich reglementierter Eingriff wie nötig, um das Kindeswohl zu sichern.»⁴⁶

IV. Rechtliche und psychologische Komponenten

1. Mindestanforderungen an den Kindeswillen

DETTENBORN versteht den Kindeswillen als «die altersgemäss stabile und autonome Ausrichtung des Kindes auf erstrebte, persönlich bedeutsame Zielumstände».⁴⁷ Um den psychologischen Mindestanforderung zu genügen, muss er vier Merkmale aufweisen: Beim Kind muss erkennbar sein, dass es eine Vorstellung darüber hat, was sein soll (Zielorientierung). Diese Zielorientierung muss mit einer gewissen Entschiedenheit und Nachdrücklichkeit angestrebt (Intensität) und in unterschiedlichen

FamPra.ch 2018 - S. 919

Situationen und gegenüber verschiedenen Personen beibehalten werden (Stabilität). Als letztes Merkmal «sollte der Wille erkennbarer Ausdruck einer selbst initiierten Strebung des Kindes sein».⁴⁸

Im Alter zwischen drei und vier Jahren erwerben Kinder aus entwicklungspsychologischer Sicht die psychischen Fähigkeiten, um einen autonomen und stabilen Willen zu haben und gegen aussen kundtun zu können.⁴⁹ Der Wille muss nicht zwingend in Form einer kognitiven Leistung, insbesondere durch verbale Äusserungen, zum Ausdruck kommen, sondern er kann auch durch

nonverbale Verhaltensweisen, wie etwa indem Nähe gesucht oder gemieden wird, kundgetan werden.⁵⁰ Auch wenn der Wille eines kleinen Kindes noch stark emotional und situationsbezogen geprägt ist, darf ihm das Mitbestimmungsrecht nicht abgesprochen werden, denn emotionale Motive sind nicht zwingend weniger bedeutsam als rationale.⁵¹ Die oben erwähnten Merkmale des Kindeswillens sind unter anderem abhängig von der individuellen Entwicklung des Kindes.⁵² Je älter das Kind ist, je besser kann es zudem die Konsequenzen seiner Willensäußerungen abschätzen.⁵³ Der Kindeswille soll entsprechend der Ausprägung der vier Merkmale in die Entscheidungsfindung einfließen.⁵⁴

2. *Reaktiver und (eltern-)induzierter Kindeswille und Loyalitätskonflikte*

Im Folgenden wird dargestellt, wie es sich mit dem reaktiven, dem induzierten und dem mit Loyalitätskonflikten zusammenhängenden Kindeswillen verhält.

Entfremdet sich ein Kind von einem Elternteil, wird zwischen einem induziert entfremdeten Kind und einem reaktiv entfremdeten Kind unterschieden.⁵⁵ In beiden Fällen äussert das Kind negative Gefühle und Überzeugungen, wie etwa Hass oder Furcht, gegenüber einem Elternteil. Kann die Distanzierung mit realen negativen Erfahrungen erklärt werden, wie etwa Missbrauch, häusliche Gewalt, Suchtverhal-

FamPra.ch 2018 - S. 920

ten oder Vernachlässigung, ist von reaktiver Entfremdung die Rede. Der induzierte Kindeswille hingegen gründet nicht auf tatsächlichen Vorkommnissen, sondern auf einer massiven Drittbeeinflussung, meist durch den betreuenden Elternteil;⁵⁶ er stellt dennoch für das Kind eine psychische Realität⁵⁷ dar.⁵⁸ Eine strikte Unterscheidung zwischen reaktiver und induzierter Entfremdung ist häufig nicht möglich, und sie ist auch keinesfalls kategorialer Natur.⁵⁹

Beruhet die ablehnende Haltung des Kindes auf realen negativen Erfahrungen, ist seinem Willen in jedem Falle bei der Entscheidungsfindung im Hinblick auf seine psychische Entwicklung ein gewisses Gewicht einzuräumen.⁶⁰ Insbesondere sollten auch jüngere Kinder bei Hinweisen auf negative Erfahrungen, insbesondere Missbrauch und Gewalt, von der zuständigen Behörde angemessen angehört werden. Diese Äusserungen müssen bereits bei der Festsetzung des Besuchsrechts beachtet werden, sprich: Es ist ein Besuchsrecht mit Auflagen, wie etwa einer therapeutischen Behandlung des entsprechenden Elternteils, ein Besuchsrecht in geringerer Masse als üblich, ein begleitetes Besuchsrecht oder als ultima ratio ihr gänzlicher Verzicht in Erwägung zu ziehen.⁶¹ Vorsicht ist jedoch in jenen Fällen geboten, in welchen ein Elternteil ein vom Kind überwundenes reales Ereignis nach der Trennung in manipulativer Weise «reaktiviert» und dazu missbraucht, taktische Vorteile in Scheidungsstreitigkeiten zu erlangen.⁶²

Inwieweit ein induzierter Kindeswille bei der Regelung des Umgangsrechts berücksichtigt werden kann und darf, wird in der Literatur kontrovers diskutiert.⁶³

Angezweifelt wird insbesondere in Diskussionen um das «Parental Alienation Syndrom» (PAS)⁶⁴, ob Kinderaussagen in konflikthaften familiären Situationen überhaupt valide sein können, da Kinder bis zu einem gewissen Alter der Einflussnahme durch einen Elternteil «schutzlos ausgeliefert sind».⁶⁵ In der Literatur wurde jedoch bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass die Missachtung des induzierten Kindeswillens aus psychologischer Sicht problematisch ist.⁶⁶ Auch den induzierten Kindeswillen gilt es bei der Regelung und Umsetzung des Umgangsrechts ernst zu nehmen.⁶⁷ Hier wird zwar der Wille des beeinflussenden Elternteils zu dem kindseigenen, ist aber dennoch als Teil seiner Persönlichkeit als Tatsache zu betrachten und zu respektieren.⁶⁸ Hält nämlich ein Kind die Erwachsenenmeinung für seine eigene, stellt dies ebenfalls einen Willensbildungsprozess dar.⁶⁹ Inwieweit ein induzierter Kindeswille bei der Festsetzung des Besuchsrechts beachtet werden soll, hängt insbesondere von den konkreten kognitiven Fähigkeiten des Kindes ab. Der urteilenden Behörde soll es jedenfalls möglich sein, ein Umgangsrecht auch gegen

den induzierten Willen des Kindes festzusetzen,⁷⁰ jedoch stets in Begleitung von Kindeschutzmassnahmen.⁷¹

Problematisch hinsichtlich des Kindeswohls erscheint hingegen die zwangsweise Durchsetzung des Besuchsrechts entgegen dem induzierten Kindeswillen. Wird die Ambivalenzfähigkeit⁷² des Kindes überstrapaziert, wird sich das Kind oft dem Besuchsrecht nur deswegen widersetzen, weil es einer unangenehmen Situation ausweichen möchte.⁷³

Bei der Festlegung des Besuchsrechts sind insbesondere auch Loyalitätskonflikte zu berücksichtigen.⁷⁴ Loyalitäten sind «Gefühle der inneren Verpflichtung gegenüber persönlich bedeutsamen Menschen» und können den Kindeswillen beeinflussen.⁷⁵ Problematisch werden Loyalitätskonflikte insbesondere dann, wenn sie durch die Eltern nicht mehr zugelassen werden, was zur Verweigerung des Kontakts führen kann.⁷⁶ Loyalitätskonflikte sind sowohl bei der Festlegung als auch bei der Durchsetzung des Umgangsrechts zu berücksichtigen. Bei der Durchführung des festgelegten Besuchsrechts sollte das Kind in geeigneter Weise unterstützt, jedoch keinesfalls dazu gezwungen werden.⁷⁷

3. *Fähigkeit zur autonomen Willensbildung*

Art. 133 Abs. 2 ZGB gibt vor, dass der Wille des Kindes ein «wichtiger Umstand» für die Regelung des persönlichen Verkehrs (Art. 133 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) ist, das Kind jedoch nur «soweit tunlich»

anzuhören ist. Somit erfährt der Kindeswille im familienrechtlichen Verfahren eine «doppelte Schwächung».⁷⁸ Im Folgenden gilt es zu klären, wann es «tunlich» ist, das Kind in Belangen des persönlichen Verkehrs anzuhören bzw. ein Gutachten darüber zu verfassen, und wie die daraus gewonnenen Erkenntnisse in die Entscheidungsfindung miteinbezogen werden sollten.

Wann das Kind eine stabile Willensäußerung abgeben kann, wird grundsätzlich von der Urteilsfähigkeit abhängig gemacht.⁷⁹ Dieser Ansatz ist jedoch verfehlt, denn es geht im Kontext der Beziehungen zu seinen Eltern um die Fähigkeit des Kindes, einen autonomen Willen zu bilden und nicht um das vernunftgemässe Denken.⁸⁰ Das Kind ist dann zur autonomen Willensbildung fähig, wenn es in der Lage ist, die eigene Situation zu erkennen und trotz äusserer Einflüsse seine eigene Meinung zu bilden.⁸¹ Je konstanter und autonomer der geäusserte Wille und je selbstbewusster das Aussageverhalten, was grundsätzlich mit der Reife und dem Alter des Kindes korreliert,⁸² desto stärker kann die urteilende Behörde den Kindeswillen berücksichtigen.⁸³ Hierbei gilt es jedoch immer die Authentizität des vom Kind geäusserten Willens zu hinterfragen,⁸⁴ und auf das Kindeswohl zu achten.⁸⁵ Folglich sollte bei der Berücksichtigung des Kindeswillens bei der Regelung des Besuchsrechts nicht, wie es die Praxis pflegt,⁸⁶ danach unterschieden werden, ob ein Kind urteilsfähig ist oder nicht, sondern es sollte darauf abgestellt werden, inwieweit das Kind im konkreten Einzelfall in der Lage ist, einen autonomen Willen zu bilden und wie dieser bei der Gestaltung tatsächlich berücksichtigt werden kann. Auch sollte davon abgesehen werden, feste Altersgrenzen dafür zu

FamPra.ch 2018 - S. 924

setzen, ob das Kind angehört wird und ob es als «urteilsfähig» gilt.⁸⁷ Erkenntnisse aus der Entwicklungspsychologie legen nahe,⁸⁸ dem Kindeswillen in Fragen des persönlichen Verkehrs ab dem dritten Altersjahr Beachtung zu schenken.⁸⁹ So kann bereits ein vier- oder fünfjähriges Kind konkrete Vorstellungen über seine Wochenendplanung haben.⁹⁰ Hört man Kinder ab diesem Alter durch eine entsprechende Fachperson an, ist es der urteilenden Behörde möglich, sich ein persönliches Bild zu machen und ein zusätzliches Element bei der Sachverhaltsfeststellung und Entscheidungsfindung zu gewinnen.⁹¹ Das Bundesgericht hielt jüngst in allgemeiner Weise fest, dass «auch dem Wunsch des Kindes» Beachtung zu schenken ist, «selbst wenn es bezüglich der Frage der Betreuungsregelung (noch) nicht urteilsfähig ist».⁹²

Jedenfalls stärker als bei der Festsetzung des Besuchsrechts ist der Kindeswille bei dessen Durchsetzung zu gewichten. Gibt das Kind seine vehemente Weigerungshaltung durch einen autonom, konstant und selbstbewusst geäusserten Willen kund, so ist eine zwangsweise Durchsetzung⁹³ des festgesetzten Besuchsrechts nicht möglich, zumal dies mit dem Persönlichkeitsrecht des Kindes unvereinbar wäre.⁹⁴ Auch

FamPra.ch 2018 - S. 925

bei jüngeren Kindern ist die Ablehnungshaltung ernst zu nehmen.⁹⁵ Das Bundesgericht ist aber weiterhin der Ansicht, dass das Besuchsrecht nicht vom Willen des Kindes abhängen darf.⁹⁶ Es liegt jedoch auf der Hand, dass eine mit dem Kindeswohl vereinbare Ausübung des Besuchsrechts nicht möglich ist, wenn sich das Kind ernsthaft weigert.⁹⁷ In einer solchen Situation müssen andere Massnahmen, wie etwa die vorübergehende Sistierung des Besuchsrechts⁹⁸ oder andere Kindesschutzmassnahmen, geprüft werden, ohne dass das festgesetzte Umgangsrecht zwingend aufgehoben werden muss. Auch in Fällen, in welchen die Abneigung auf einem momentanen Unbehagen gründet, ist auf Vollstreckungsmittel zu verzichten. Um einen gänzlichen Kontaktabbruch zwischen dem Kind und dem besuchsberechtigten Elternteil zu verhindern, müssen kooperative Lösungen der Eltern oder Behörde zusammen mit dem Kind gefunden werden.⁹⁹

4. Absolute Geltung des Kindeswillens?

Um dem Kindeswillen stärkeres Gewicht zu verleihen, überlegt insbesondere FASSBIND¹⁰⁰, diesem ab dem vollendeten zwölften Altersjahr in Sachen elterlicher Sorge eine absolute Geltung, unter Vorbehalt einer daraus resultierenden Kindeswohlgefährdung,¹⁰¹ einzuräumen,¹⁰² spricht: dem Kind ein Vetorecht zuzugestehen¹⁰³. Damit müssten die urteilenden Behörden bei der Festsetzung des Umgangsrechts dem Kindeswillen ab dem zwölften Altersjahr grundsätzlich folgen.¹⁰⁴ Den Kindeswillen bei der Regelung und Durchsetzung des Besuchsrechts stärker zu beachten und einfließen zu lassen, ist grundsätzlich wünschenswert.¹⁰⁵ Dem Kind jedoch ab einem bestimmten Alter ein Vetorecht einzuräumen, ist nicht zielführend. Die mit

FamPra.ch 2018 - S. 926

der absoluten Geltung des Kindeswillens verliehene Verantwortung ist für das Kind enorm und wird es in vielen Fällen, insbesondere hinsichtlich bestehender Loyalitätskonflikte, überfordern.¹⁰⁶ Eine weitere Gefahr bildet der selbstschädigende Kindeswille¹⁰⁷, welcher beispielsweise vorliegt, wenn ein misshandeltes Kind trotzdem weiter ungeschützten und engen Kontakt mit dem misshandelnden Elter haben möchte.¹⁰⁸ Ein selbstschädigender Wille kann auch bei Jugendlichen vorliegen.¹⁰⁹ Folglich erscheint es als richtig, dass der Kindeswille ein wesentliches und gewichtiges Element bei der Entscheidungsfindung sein soll, aber nicht das einzige.¹¹⁰

V. Analyse der Rechtsprechung

1. Bei der Festsetzung des persönlichen Verkehrs

a) Allgemein

Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Festsetzung des persönlichen Verkehrs lassen sich insbesondere folgende allgemeine «Leitsätze» entnehmen: Auf den Willen und auf Wünsche des Kindes ist bei der Regelung des persönlichen Verkehrs stets Rücksicht zu nehmen,¹¹¹ der Entscheid darf jedoch nicht allein vom Kindeswillen abhängig gemacht werden.¹¹² Oberste Richtschnur für die Entscheidungsfindung ist

FamPra.ch 2018 - S. 927

immer das Kindeswohl.¹¹³ Das Wohl des Kindes beurteilt sich einerseits subjektiv mit Blick auf sein momentanes Befinden, andererseits objektiv mit Blick auf seine künftige Entwicklung.¹¹⁴ Mit zunehmendem Alter und zunehmender Reife des Kindes gewinnt sein Wille im Verhältnis zum objektivierten Kindeswohl an Beachtung.¹¹⁵ Ab dem zwölften Altersjahr ist dem Kind ein weitgehendes Mitbestimmungsrecht zu gewähren.¹¹⁶ Bildete der Wille des (urteilsfähigen) Kindes das einzige Entscheidkriterium, würde der Wille in unzulässiger Weise mit dem Kindeswohl gleichgesetzt, womit dem Kind insbesondere auch zu viel «Macht» gewährt würde und es so die Eltern mit dem Ausgang seiner Entscheidung erpressen könnte.¹¹⁷ Weiter sind sich auch urteilsfähige Kinder der psychologischen und rechtlichen Konsequenzen, insbesondere in Bezug auf den Volljährigenunterhalt nach Art. 277 Abs. 2 ZGB, ihrer Entscheidung nicht bewusst.¹¹⁸ Aus diesen allgemeinen Leitsätzen kann man ableiten, dass kein allgemeingültiges «Prüfschema» vorgibt, wie der Kindeswille in die Entscheidungsfindung bezüglich des persönlichen Verkehrs miteinzubeziehen ist. Entscheidend sind stets die Umstände des konkreten Einzelfalls.

b) Illustrative Einzelfallentscheidungen

Das Obergericht Zürich musste sich in einem kürzlich ergangenen Entscheid¹¹⁹ mit dem von der Vorinstanz festgelegten persönlichen Verkehr zwischen Vater und dem heute achtjährigen Kind auseinandersetzen. Der Vater war erwiesenermassen alkoholsüchtig und konsumierte regelmässig Cannabis. Er liess das Kind bei Besuchen stets nicht altersadäquate Videospiele spielen und erlaubte ihm einen regen TV-

FamPra.ch 2018 - S. 928

und Tablet-Konsum. Weiter ass er mit dem Kind regelmässig bei McDonald's. Der Führerschein wurde dem Vater aufgrund Fahrens unter Alkoholeinfluss entzogen. Die Anhörung des Kindes ergab, dass es sehr gerne zu seinem Vater ging und auch gerne dort übernachtete. Insbesondere das lange «Gamen» und die vielen McDonald's-Besuche sagten dem Kind zu. Das Bezirksgericht Dielsdorf gestattete dem Vater ein Besuchsrecht an jedem Mittwochnachmittag und an jedem zweiten Wochenende von Freitag bis Sonntag. Weiter legte es dem Vater die Pflicht auf, sich regelmässig einem Blutalkoholtests zu unterziehen. Das Obergericht Zürich stützte diese Regelung des persönlichen Verkehrs unter dem Vorbehalt, dass die Bluttestergebnisse weiterhin negativ blieben, ansonsten kämen weitere Übernachtungen nicht mehr infrage. Eine wesentliche Rolle spielte bei dieser Entscheidung, dass sich das Kind jeweils sehr auf die Besuche bei seinem

Vater freute, eine gute Beziehung mit ihm hatte und ausdrücklich den Wunsch äusserte, den Vater regelmässig zu sehen.¹²⁰

In einem weiteren Entscheid wies das Obergericht Zürich allgemein darauf hin, dass bei Jugendlichen im Alter von etwa vierzehn Jahren zuweilen auf eine Regelung des persönlichen Verkehrs verzichtet werden könne.¹²¹

Im Urteil 5A_367/2015 stellte das Bundesgericht in allgemeiner Weise klar, dass bei älteren Kindern der nachdrücklich und konstant geäusserte Wille zum persönlichen Verkehr bei der Entscheidfindung in den Vordergrund rücke.¹²² Das Bundesgericht verzichtete auf eine Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen den im Urteilszeitpunkt sechzehn- und fünfzehnjährigen Kindern und ihrem Vater. Beide Kinder hätten ihren Willen, auf eine bindende Regelung des persönlichen Verkehrs zu verzichten und diesen stattdessen selber und direkt bestimmen zu wollen, in einem konstanten und schlüssigen Aussageverhalten geäussert.¹²³ Weiter stünden auch das eingeholte Gutachten und die Äusserungen der Beiständin mit den Willensäusserungen der Jugendlichen im Einklang. Die Anordnung eines Besuchsrechts entgegen den geäusserten Wünschen der Jugendlichen sei nicht Erfolg versprechend. Da das Verhältnis zwischen dem Vater und den Kindern bereits seit Jahren stark gestört war, bestand tatsächlich gar nie eine klare Regelung des Besuchsrechts. Stattdessen hatten die zuständigen Behörden der Beiständin den Auftrag erteilt, alles vorzukehren, was der Kontaktaufnahme zwischen den Beteiligten dienlich ist. Diese Vorgehensweise erwies sich als erfolgreich.¹²⁴ Die Entscheidung des Bundesgerichts erscheint nachvollziehbar. Die Kinder wollen keinen gänzlichen Kontaktabbruch zum Vater, sondern möchten den Kontakt autonom bestimmen können. Diesen Wunsch äusserten sie in einer klaren und konstanten Weise und das Urteil respektiert diesen.

FamPra.ch 2018 - S. 929

Mit einer vergleichbaren Konstellation hatte sich das Bundesgericht im Urteil 5A_719/2013 zu befassen. Die im Urteilszeitpunkt zwölf- und dreizehnjährigen Kinder äusserten ihren Willen dahingehend, das Besuchsrecht aufgrund von Streitigkeiten zwischen den Eltern nicht verbindlich festzusetzen. Das Bundesgericht führte aus, dass den Willensäusserungen der Kinder in Anbetracht ihres Alters und des konstanten Aussageverhaltens Rechnung zu tragen sei. Es rief jedoch auch in Erinnerung, dass Kinder nicht in Eigenregie bestimmen können, ob und zu welchen Bedingungen sie Kontakt mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil haben möchten. Insbesondere bei Knaben sei der Vater als männliche Identifikationsfigur für die Entwicklung der Männlichkeit von grosser Bedeutung. Auch sei an den Volljährigenunterhalt nach Art. 277 Abs. 2 ZGB zu denken. Daher rechtfertige es der von den Kindern geäusserte Wille nicht, dem Vater den Umgang mit den Kindern gänzlich zu verweigern. Es sei höchstens eine gewisse Einschränkung des persönlichen Verkehrs im Vergleich zum Üblichen gerechtfertigt. Zur Bestimmung des Umfangs und der Modalitäten des persönlichen Verkehrs wies das Bundesgericht den Fall an die Vorinstanz zurück.¹²⁵

Im Januar 2016 kam der Fall erneut vor Bundesgericht.¹²⁶ Die Kinder waren im Urteilszeitpunkt vierzehn- bzw. fünfzehnjährig. Zwischen dem ersten und zweiten Rechtsgang gab es zwischen

den Kindern und dem Vater keine freiwilligen Kontakte. Seit Jahren kam es bei jedem Treffen, Besuch oder bei anderen Kontakten zu Streitigkeiten und Anschuldigungen. Weiter hatte der Vater gegen die Mutter inzwischen ein Strafverfahren eingeleitet, in welchem er die Kinder gar als Zeugen aufrufen wollte. Er machte darüber hinaus von jedem Treffen mit den Kindern Aufnahmen, welche er im Verfahren gegen die Mutter verwenden wollte. Das Bundesgericht hielt Folgendes fest: «Auch wenn die Söhne bis zum Erreichen ihrer Volljährigkeit nicht autonom bestimmen können, ob und zu welchen Bedingungen sie Umgang mit dem nicht sorge- oder obhutsberechtigten Elternteil haben möchten und der von ihnen geäußerte Wille nicht das alleinige Element bei der richterlichen Entscheidungsfindung sein kann, so muss diesem vorliegend doch entscheidende Bedeutung zukommen.»¹²⁷ Das Bundesgericht verzichtete folglich auf die autoritative Festsetzung eines Besuchsrechts, weil sich die Kinder bei ihrem Vater unwohl fühlten und befürchteten, dass weitere Besuche Folgekonflikte auslösen könnten. Das Kindeswohl würde der zwangsweisen Festsetzung eines Besuchsrechts entgegenstehen.¹²⁸ Auch dieser Entscheid ist gut nachvollziehbar. Im ersten Schritt versuchte das Bundesgericht mit einer Rückweisung an die Vorinstanz mit der Anweisung, das Besuchsrecht in einem geringeren Masse als üblich festzusetzen, den Kontakt

FamPra.ch 2018 - S. 930

zwischen den Kindern und dem Vater «zu retten». Da sich allerdings die Situation zuspitzte, wurde mit Blick auf das Wohl der Jugendlichen der persönliche Verkehr nicht mehr autoritativ angeordnet.

Im Urteil 5A_926/2014 hielt das Bundesgericht fest, dass für Jugendliche nahe der Volljährigkeit kein persönlicher Verkehr gegen ihren Willen festgesetzt werden soll. Der Jugendliche war im Urteilszeitpunkt siebzehn Jahre alt. Bei einem normal entwickelten Jugendlichen mit siebzehn Jahren komme es hierbei auch nicht auf die genauen Gründe der ablehnenden Haltung an. In diesem Alter könne ein Besuchsrecht ohnehin nicht mehr durchgesetzt werden. Der Jugendliche sei in Bezug auf die Frage des persönlichen Verkehrs urteilsfähig und sein Wohl verlange, auf eine autoritative Besuchsrechtsregelung zu verzichten.¹²⁹

Im Urteil 5A_716/2010 äusserte sich das Bundesgericht zur Berücksichtigung des Willens des Kindes, wenn er auf eigenen, konkreten Erfahrungen basiert. Der Vater von drei Kindern, zwölf-, vierzehn- und sechzehnjährig, war gegenüber der Kinder und ihrer Mutter regelmässig gewalttätig, stiess wiederholt Morddrohungen aus, attackierte diese mit Messern und übte massiven Psychoterror auf diese aus. Die Kinder verweigerten konstant den Kontakt zum Vater. Alleine die Ankündigung von Besuchen traumatisierte diese, was sich unter anderem in Form von Schlaf- und Konzentrationsstörungen, Haarausfall und Hautausschlägen äusserte. Der Wunsch von Kindern, welche Gewalterfahrungen dieses Ausmasses erlebt haben, sei zu respektieren. Daher stützte das Bundesgericht die Entscheidung des Obergerichts, kein Besuchsrecht festzusetzen.¹³⁰ Einen ähnlichen Fall hatte das Bundesgericht im Urteil 5A_120/2013 zu beurteilen und folgte auch hier dem Wunsch des damals zehnjährigen Kindes, das Gewalt erfahren hatte, zum Vater keinen Kontakt zu haben.¹³¹

Im Urteil 5A_200/2015 hatte sich das Bundesgericht mit der Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen zwei fast erwachsenen Jugendlichen (fünfzehn- und siebzehnjährig) und ihrem Vater zu

befassen. Bereits seit dem Jahr 2007 fanden zwischen den Parteien nur noch unregelmässige Kontakte statt. Der Umgang zwischen den Kindseltern gestaltete sich seit geraumer Zeit als hochproblematisch, was bei den Kindern einen enormen Loyalitätskonflikt auslöste. Die Vorinstanz setzte ein Besuchsrecht von zwei gemeinsamen Essen im Monat fest, wovon eines im Haus des Vaters und das andere im Haus der Mutter in deren Abwesenheit stattfinden sollten. Das Bundesgericht stützte in seinem Urteil dieses «ungewöhnliche Minimum»¹³² eines Besuchsrechts. Es hob jedoch hervor, dass auch urteilsfähige Kinder nicht in Ei-

FamPra.ch 2018 - S. 931

genregie bestimmen könnten, ob und zu welchen Bedingungen sie Umgang mit dem besuchsberechtigten Elternteil haben möchten.¹³³ Die Beziehung zu beiden Elternteilen sei aus kinderpsychologischer Sicht sehr wichtig und für die Identitätsfindung von entscheidender Bedeutung. Ebenfalls erwähnte es, dass selbst umfassend urteilsfähigen Kindern die Konsequenzen eines Kontaktabbruchs in Bezug auf den Volljährigenunterhalt nicht bewusst seien. In diesem Urteil berücksichtigte das Bundesgericht den klaren und konstant geäusserten Kindeswillen der beinahe erwachsenen Jugendlichen nur bedingt. Betrachtet man die zuvor dargestellten Urteile, erscheint es an dieser Stelle zumindest fraglich, weshalb nicht gänzlich auf eine Festsetzung des persönlichen Verkehrs verzichtet wurde. Das Argument des Volljährigenunterhalts mag grundsätzlich einleuchten. Ob die Leistungspflicht des Vaters nach Art. 277 Abs. 2 ZGB im Falle des Verzichts einer verbindlichen Regelung des persönlichen Verkehrs tatsächlich dahinfällt, ist jedoch nicht klar. Nach einem gewichtigen Teil der Lehre ist der Volljährigenunterhalt nicht von einem funktionierenden Besuchsrecht abhängig.¹³⁴ Auch nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss für die Unzumutbarkeit des Volljährigenunterhalts die Kontaktverweigerung ausschliesslich dem Kind vorzuwerfen sein; eine blossе Mitverantwortung reicht dafür nicht aus.¹³⁵ Insbesondere muss hierbei die Tatfrage, was genau zum Beziehungsabbruch zwischen dem unterhaltspflichtigen Elternteil und dem Kind geführt hat, berücksichtigt werden.¹³⁶ Im vorliegenden Fall entstand die ablehnende Haltung der Kinder insbesondere wegen des starken Loyalitätskonflikts. Weiter versuchten die Kinder den Kontakt zum Vater aufrechtzuerhalten. Diese Treffen wurden von den Kindern sistiert, weil der Vater ihrem persönlich geäusserten Wunsch nicht nachkam, das Verfahren auf Durchsetzung seines Rechts auf persönlichen Verkehr einzustellen.¹³⁷ Dem Vater kann folglich zumindest eine gewisse Mitverantwortung am Kontaktabbruch zugeschrieben werden.

FamPra.ch 2018 - S. 932

2. *Bei der Durchsetzung des persönlichen Verkehrs*

a) Allgemein

Die frühere Praxis rief den sorgeberechtigten Elternteil dazu auf, «den Willen der Kinder» in Bezug auf die Durchsetzung des festgesetzten persönlichen Verkehrs «zu brechen».¹³⁸ Heute steht die motivierende Vorbereitung der Kinder durch Eltern im Vordergrund.¹³⁹ Das Bundesgericht hält

allerdings daran fest, dass die Durchführung des Besuchsrechts nicht allein vom Kindeswillen abhängen und dass sie erst verweigert werden darf, wenn die ernstliche Gefahr besteht, dass das Besuchsrecht zweckwidrig ausgeübt und dadurch das Kindeswohl beeinträchtigt wird.¹⁴⁰ Auch aus Art. 8 EMRK kann nach Ansicht des Bundesgerichts kein Recht des Kindes abgeleitet werden, das Besuchsrecht zu verweigern.¹⁴¹ Theoretisch richtet sich die zwangsweise Durchsetzung des festgesetzten persönlichen Verkehrs gegen den allein sorge- oder obhutsberechtigten Elternteil,¹⁴² faktisch trifft dies jedoch immer auch das Kind. Weigert sich das Kind in ernsthafter Weise, ist eine kindeswohlkonforme Ausübung des Besuchsrechts wohl nicht möglich.¹⁴³ Jedenfalls darf das Besuchsrecht nicht zwangsweise durchgesetzt werden, wenn das Kind fähig ist, seinen Willen autonom zu bilden.¹⁴⁴

b) Illustrative Einzelfallentscheidungen

Im Urteil 5A_459/2015 hielt das Bundesgericht zunächst in allgemeiner Weise fest, dass der persönliche Verkehr mit Blick auf das Kindeswohl stets dann zu verweigern ist, wenn das Kind den Kontakt zum besuchsberechtigten Elternteil wiederholt und gestützt auf eigene Erfahrungen ablehnt. Im Falle eines solchen Widerstan-

FamPra.ch 2018 - S. 933

des wäre ein erzwungener Kontakt weder mit dem Zweck des persönlichen Verkehrs noch den Persönlichkeitsrechten des Kindes vereinbar.¹⁴⁵ Im konkreten Fall sprach es dem elfjährigen Kind die Urteilsfähigkeit in Bezug auf die Regelung des Besuchsrechts ab. Dem wiederholt geäußerten Willen schenkte das Bundesgericht keine entscheidrelevante Beachtung, da das Kind zu stark vom Willen der Mutter beeinflusst sei und seinen eigenen Willen so äussere, wie es die Mutter gerne möchte. Die Mutter behinderte den Kontakt des Kindes zum Vater stets und ging gar so weit, gegen den Vater Strafanzeige wegen Missbrauchs einzureichen, obschon seine Erziehungsfähigkeit unbestritten war. Da das Kind massiv unter den Besuchsrechtsstreitigkeiten litt, ordnete das Bundesgericht eine Beistandschaft zur Überwachung des Besuchsrechts an. Das Bundesgericht bestätigte die grundsätzliche Anordnung eines Besuchsrechts, machte dessen konkrete Ausgestaltung jedoch vom Erfolg der Familientherapie abhängig.¹⁴⁶ Dieser Entscheid des Bundesgerichts ist nachvollziehbar. Weil die Mutter die Beziehung zwischen dem Kind und dem Vater massiv beeinflusste, und weil der Vater unbestritten erziehungsfähig war, wäre hier eine Sistierung des Besuchsrechts alleine wegen der Verweigerungshaltung des Kindes wohl voreilig gewesen. Hätte allerdings die Situation angehalten und das Kind sich weiterhin strikt geweigert, den Kontakt zu pflegen, hätte man wohl auf die Durchsetzung des Besuchsrechts verzichten müssen.

Im Urteil 5A_120/2013 musste sich das Bundesgericht mit der nachträglichen Einräumung eines Besuchsrechts zwischen einem fünfzehnjährigen Kind und seinem Vater beschäftigen. Der Vater wurde im Jahr 2002 nach Algerien ausgeschafft und mit einem Einreiseverbot belegt. Zuvor wurde er aufgrund von Drohungen gegen seine Ehefrau und deren Familie zu mehreren Freiheitsstrafen verurteilt. Die vom Vater nachträglich beantragte Einräumung eines Besuchsrechts gewährte das Bundesgericht nicht. Einerseits stelle das Einreiseverbot ein wesentliches Hindernis für dessen Ausübung dar. Weiter sei keine Besserung des von Gewalt und Misstrauen geprägten

Verhältnisses zwischen den Kindseltern in Sicht; würde das Besuchsrecht gewährt, seien massive Spannungen vorprogrammiert. Dies wäre für das Kindeswohl genauso nachteilig wie der fehlende Kontakt zum Vater. Andererseits erachtete das Bundesgericht erzwungene Kontakte als abträglich für die Entwicklung des Kindes. Das Kind wünsche ausdrücklich keinen Kontakt zu seinem Vater. Eine Verpflichtung zu telefonischen oder brieflichen Kontakten sei ohnehin nicht durchsetzbar. Dem Kind stünde es überdies frei, den Vater jederzeit zu kontaktieren.¹⁴⁷

FamPra.ch 2018 - S. 934

Im Urteil 5C.170/2001 wurde das von der Vorinstanz festgesetzte Besuchsrecht zwischen den Kindern (zehn-, elf- und dreizehnjährig) und ihrem Vater vom Bundesgericht bestätigt. Das Besuchsrecht wurde von der Vorinstanz hinsichtlich des Kindeswohls bereits in einem restriktiven Umfang festgelegt, da die Kinder dem Vater gegenüber eine starke Abneigungshaltung zeigten. Da diese Abneigungshaltung jedoch stark von der Einstellung der Mutter beeinflusst war, sah die Vorinstanz davon ab, gänzlich auf die Regelung des Kontaktrechts zu verzichten. Das Bundesgericht wies in seinem Urteil aber darauf hin, dass eine mit dem Kindeswohl kompatible Durchführung der Kontakte erschwert sei, solange sich die Kinder ernsthaft weigerten, mit ihrem Vater zusammenzukommen.¹⁴⁸ Gegen das restriktiv festgelegte Besuchsrecht ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Es kann sein, dass sich die Kinder von der Mutter distanzieren, je älter sie werden, und den eigenen Willen revidieren. Wäre gänzlich auf die Festlegung eines Besuchsrechts verzichtet worden, erschiene der totale Beziehungsabbruch zum Vater um einiges wahrscheinlicher.¹⁴⁹ Auf die Durchführung ist dennoch zu verzichten, wenn die Kinder ernstlich und konstant den Kontakt verweigern.

VI. Erinnerungskontakte

1. Konzeption

Weigern sich ältere Kinder oder Jugendliche, den Kontakt mit dem besuchsberechtigten Elternteil zu pflegen und schlagen die gängigen Massnahmen fehl, wird in der Lehre als ultima ratio die Durchführung sogenannter Erinnerungskontakte diskutiert.¹⁵⁰ Das Kind und der besuchsberechtigte Elternteil befinden sich dabei an einem neutralen Ort und berichten einer Fachperson über die wichtigen Ereignisse der letzten Monate, sie berichten etwa über die Arbeit, Schule, Hobbies oder die aktuelle Wohnsituation.¹⁵¹ Das Gespräch wird durch die Fachperson moderiert; ein direkter Kontakt zwischen dem Kind und dem Elternteil muss sich nicht ergeben. Am Ende des Gesprächs wird dem Kind jeweils die Möglichkeit gegeben, Fragen direkt an seine Mutter oder seinen Vater zu richten.¹⁵² Pro Jahr werden zwischen zwei und vier Erinnerungsbegegnungen vorgeschlagen.¹⁵³ Ziel ist es, durch diese strukturierten und

FamPra.ch 2018 - S. 935

«beziehungsfreien» Begegnungen einen gänzlichen Kontaktabbruch zu vermeiden.¹⁵⁴
Grundsätzlich können Erinnerungskontakte bis zum 18. Altersjahr vorgesehen werden.¹⁵⁵

Ausgeschlossen sind Erinnerungskontakte dann, wenn vom besuchsberechtigten Elternteil Gewalt in physischer oder psychischer Art zu erwarten ist und wenn konkrete Entführungsgefahr besteht. Aufseiten des Kindes können weitere Gründe vorliegen, welche Erinnerungskontakte ausschliessen, wie etwa traumatische Erfahrungen mit dem Elternteil.¹⁵⁶

2. *Psychologische und rechtliche Perspektive*

Nach STAUB/KILDE stellen Erinnerungskontakte bei Kontaktverweigerung «eine minimale Voraussetzung zur Sicherung des Kindeswohls dar».¹⁵⁷ Erinnerungsbegegnungen würden die Möglichkeit erhalten, später die Beziehung wieder aufzunehmen, und es sei durch die regelmässige Konfrontation leichter, mit den unangenehmen Gefühlen umzugehen. Wichtig sei auch, dass die jugendliche Person ihr in der Kindheit erworbenes Bild von dem Elternteil überprüfen und dadurch seine Ablehnung gegen den Elternteil besser verstehen und gegebenenfalls revidieren könne.¹⁵⁸

STAUB/KILDE führen unterschiedliche Gründe auf, weshalb ein minimaler Kontakt zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind aus juristischer Sicht gewahrt werden müsse. Einerseits sei der persönliche Verkehr ein Grundrecht des Kindes, was sich zum einen aus Art. 8 EMRK und Art. 9 Abs. 3 UN-KRK und zum anderen auf Verfassungsstufe aus Art. 13 BV ergebe. Nach Art. 36 Abs. 4 BV sei der Kerngehalt des Grundrechts auf persönlichen Verkehr unantastbar. Der Kerngehalt wird «als Erhalt eines minimalen Kontakts bzw. zumindest das Vermitteln grundlegender Informationen zum Elternteil»¹⁵⁹ umschrieben. Der Kerngehalt könne zwar bereits durch schriftlichen Kontakt gewahrt werden, es bestünde jedoch immer eine Unsicherheit darüber, ob die Schriftstücke auch tatsächlich beim Adressaten ankommen. Weiter vermöchten auch Fotografien kein realitätsnahes Bild des Gegenübers zu verschaffen. Andererseits fliesse der Anspruch auf minimalen Kontakt aus den Informationsrechten, entweder als Ausfluss der elterlichen Sorge oder aus Art. 275a ZGB. Erinnerungsbegegnungen garantierten durch das direkte auditive Wahrnehmen dieses Informationsrecht. Als letzte Überlegung bringen sie die Pflicht zu gegenseitigem Beistand, Rücksicht und Achtung nach Art. 272 ZGB ins Spiel, ohne daraus

FamPra.ch 2018 - S. 936

jedoch eine konkrete Schlussfolgerung in Bezug auf einen Anspruch auf minimalen Kontakt des besuchsberechtigten Elternteils zu ziehen.¹⁶⁰

Nach STAUB/KILDE stellt das Institut der Erinnerungskontakte keine Alternative, sondern «vielmehr einen entwicklungsnotwendigen Ersatz zum Kontaktabbruch zwischen Eltern und Kinder dar, der [...] grundsätzlich vollstreckbar sein sollte».¹⁶¹ Es sei zwar richtig, dass direkter Zwang beim Umgangsrecht als verpönt gelte, er müsse aber möglich sein, damit der notwendige psychische

Druck aufrechterhalten werden könne. Kommt das Sachgericht zum Schluss, dass Erinnerungsbegegnungen im langfristigen Kindeswohl liegen, müsse das Vollstreckungsgericht von Amtes wegen prüfen, ob auch die Durchsetzung mit dem Kindeswohl vereinbar und die Massnahme verhältnismässig ist. Zuständig für die Durchsetzung sei die Kindesschutzbehörde. In Berücksichtigung des Kindeswohls erzwungene Erinnerungskontakte begründen die Autorinnen mit dem potenziellen psychologischen Nutzen dieser Zwangsmassnahme. Ein gänzlicher Kontaktabbruch sei grundsätzlich eine (Selbst-)Gefährdung des Kindeswohls, weshalb die Zwangsmassnahme gerechtfertigt sei. Erinnerungskontakte bedeuteten im Prinzip «keinen Zwang zur Beziehung, sondern Zwang zur Realitätskontrolle»^{162, 163}. Diese Ansicht hat das Obergericht Bern weitgehend übernommen:¹⁶⁴ Der Mutter einer sechzehn- und fünfzehnjährigen Tochter wurde die elterliche Sorge entzogen und der Kontakt war binnen zwei Jahren gänzlich abgebrochen. Gestützt auf ein Gutachten, das die Wiederaufnahme des Kontakts zwischen den Mädchen und der Mutter befürwortete, verpflichtete das Obergericht die Töchter zu je vier Treffen im Jahr à je 30 Minuten. Es begründete seine Entscheidung folgendermassen: «Die Verpflichtung zu solchen Erinnerungskontakten stellt jedenfalls keinen übermässigen Eingriff in den Willen des Kindes dar und ist deshalb zumutbar. [...] Das rechtlich geschützte Interesse des Elternteils an einem wenn auch nur minimalen Kontakt mit seinen Kindern ist in diesem Umfang zu respektieren.»¹⁶⁵ Die Frage, ob Erinnerungskontakte auch zwangsweise durchsetzbar sind, beantwortete das Obergericht zwar nicht, verwies aber auf STAUB/KILDE, und delegierte diese Entscheidung ans Vollstreckungsgericht.¹⁶⁶

Kritisch stehen SALZGEBER und SCHREINER Erinnerungskontakten gegenüber. Sie betonen insbesondere, dass diese erzwungenen Kontakte bereits Tage oder Wochen vor dem Treffen zu erheblichem Stresserleben der Kinder führen würden. Bei jüngeren Kindern hätte dies erhebliche Auswirkungen auf die psychische Verfassung und Alltagsbewältigung und bei älteren Kindern und Jugendlichen wären Ärger und

FamPra.ch 2018 - S. 937

Unverständnis das Resultat. Der Zwang zum Kontakt führe zu chronischem Stress, was ein erhebliches Entwicklungsrisiko für das Kind darstelle.¹⁶⁷ Weiter bestünde das Risiko, dass die Wut über die Erinnerungsbegegnungen auf den Umgangsberechtigten Elternteil projiziert werde und sich dieses Verhältnis dadurch weiter verschlechtere. Laufen die Treffen nicht gut, könne sich die bereits angespannte Eltern-Kind-Beziehung weiter zuspitzen. Erinnerungskontakte seien im Ergebnis eine Intervention, die ausschliesslich dem Interesse des besuchsberechtigten Elternteils diene. Man müsse akzeptieren, dass nach einer Trennung in Hochkonfliktfamilien nicht jede Eltern-Kind-Beziehung aufrechterhalten werden kann.

3. Würdigung

Aus rechtlicher Sicht vermag die zwangsweise Durchführung von Erinnerungskontakten nicht zu überzeugen. Auch bei einem gänzlichen Kontaktabbruch wird der Kerngehalt von Art. 36 Abs. 4 BV durch die Informationsrechte, welche entweder aus der elterlichen Sorge oder aus Art. 275a ZGB fliessen, gewahrt. Ein «Anspruch» auf persönlichen Kontakt beziehungsweise auf das

direkte auditive Wahrnehmen des Kindes ergibt sich aus diesen Informationsrechten nicht. Die zwangsweise Durchsetzung stellt einen massiven Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Kindes oder Jugendlichen dar. Es ist schwer vorstellbar, dass sich der Zwang positiv auf das Kindeswohl auswirkt.

Die blosser Festsetzung von Erinnerungskontakten hingegen ist grundsätzlich zu befürworten. Ist die Eltern-Kind-Beziehung derart zerrüttet, dass ein «normaler» persönlicher Umgang (zurzeit) undenkbar erscheint, können Erinnerungskontakte die letzte Alternative zum vollständigen Kontaktverlust sein. Bereits eine kleine Entspannung der Konfliktsituation – etwa durch blossen Zeitablauf oder dadurch, dass Drittpersonen mitwirken – kann das Kind dazu bewegen, freiwillig einen entsprechenden Termin wahrzunehmen. Erst bei einer solchen inneren Haltung des Kindes erscheint das Konzept der Erinnerungskontakte überhaupt als zielführend.

VII. Schluss

Von der Reorganisation des Familienlebens bei Trennungen und Scheidungen sind neben den Eltern auch die Kinder stark betroffen. Bei der Entscheidungsfindung, wie der Kontakt zwischen dem Kind und den Eltern geregelt werden soll, stellt der Kindeswille ein zentrales Element dar und es steht dem Kind um seiner Persönlichkeit willen zu, sich zu der Umgangsregelung zu äussern.

FamPra.ch 2018 - S. 938

Wird das Besuchsrecht festgelegt, ist dem Kind ab dem zwölften Altersjahrs ein weitgehendes Mitbestimmungsrecht zu gewähren. Aber auch bei urteilsfähigen Kindern darf gemäss dem Bundesgericht der Wille nicht das einzige Kriterium für die Festsetzung des Besuchsrechts sein, da sonst der Kindeswille in unzulässiger Weise mit dem Kindeswohl gleichgesetzt würde. Weiter wären die Kinder so allenfalls in der Lage, ihre Eltern mit Geschenkwünschen und dergleichen zu erpressen. Zudem seien sich auch urteilsfähige Kinder den psychologischen und rechtlichen Konsequenzen, insbesondere in Bezug auf den Volljährigenunterhalt nach Art. 277 Abs. 2 ZGB, nicht vollends im Klaren. Bisweilen handhabt das Bundesgericht es so, dass es bei ablehnender Haltung des Kindes zwar kein gerichtliches Besuchsrecht, im Hinblick auf die schicksalhafte Eltern-Kind-Beziehung aber ein minimales Besuchsrecht befürwortet.¹⁶⁸ Bei jüngeren Kindern setzt das Bundesgericht die Akzente etwas anders und misst ihren Äusserungen aufgrund der leichten Beeinflussbarkeit keine wesentliche Bedeutung zu, da diese «die mittel- und längerfristigen Folgen eines Kontaktabbruchs nicht abzuschätzen»¹⁶⁹ vermochten. Basiert der Kindeswille auf eigenen Erfahrungen, wie etwa Gewalt oder Missbrauch, räumt ihm das Bundesgericht allerdings eine starke Stellung ein.

Bei der zwangsweisen Durchsetzung des festgelegten Besuchsrechts gilt es dem Kindeswillen in hohem Masse Beachtung zu schenken. Eine sorgfältige Kindeswohlklärung ist dabei unumgänglich.¹⁷⁰ Wehrt sich das Kind ernsthaft gegen den Kontakt, ist eine Kindeswohlkonforme Ausübung eines solchen praktisch unmöglich. Jedenfalls ist eine zwangsweise Durchsetzung des Besuchsrechts gegen den Willen eines urteilsfähigen Kindes abzulehnen, zumal sie dem Persönlichkeitsrecht des Kindes widerspräche. Weigert sich ein Kind, den Kontakt mit dem besuchsberechtigten Elternteil wahrzunehmen, hat sich in der neueren Lehre und Rechtsprechung

das Konzept der sogenannten Erinnerungskontakte etabliert. Grundsätzlich spricht nichts dagegen, einen minimalen Kontakt zwischen dem besuchsberechtigtem Elternteil und dem Kind in Form von Erinnerungskontakten vorzusehen. Wenn das Kind sich diesen jedoch ernstlich widersetzt, ist von einer zwangsweisen Durchsetzung abzusehen, da eine solche mit dem Kindeswohl nicht vereinbar ist.

FamPra.ch 2018 - S. 939

Zusammenfassung: *Trennungen und Scheidungen gehen mit der Reorganisation des Familienlebens einher, womit unter anderem der persönliche Verkehr zu regeln ist. Der urteilenden Behörde kommt bei der Regelung des Kontaktrechts, welche sich am konkreten Einzelfall zu orientieren hat, ein grosser Ermessensspielraum zu. Es ist bereits bei der Festsetzung des Besuchsrechts nach der Meinung des Kindes zu fragen, denn das Kind hat, als direkter Ausfluss seines Persönlichkeitsrechts, ein Anhörungsrecht. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Kind spätestens nach Vollendung des sechsten Altersjahres, nach der herrschenden Lehre nach Vollendung des dritten Altersjahres, anzuhören. Je autonomer und konstanter der geäusserte Wille des Kindes und je selbstbewusster das Aussageverhalten, was grundsätzlich mit der Reife und dem Alter des Kindes korreliert, desto stärker kann die urteilende Behörde den Kindeswillen berücksichtigen. Nach dem Bundesgericht ist dem Kind ab dem zwölften Altersjahr ein weitgehendes Mitbestimmungsrecht zu gewähren. Der Kindeswille darf jedoch nicht das alleinige Entscheidungskriterium der urteilenden Behörde bilden. Wenn der Kindeswille vom Kindeswohl abweicht, darf nicht auf ihn abgestellt werden. Bei der Durchsetzung des Besuchsrechts gilt es den Kindeswillen, auch bei jüngeren Kindern, in hohem Masse zu berücksichtigen; eine mit dem Kindeswohl und dem Persönlichkeitsrecht des Kindes vereinbare Ausübung des Besuchsrechts ist nicht möglich, wenn sich das Kind ernsthaft weigert.*

Résumé : *Les séparations et les divorces vont de pair avec une réorganisation de la vie de famille, dans le cadre de laquelle il s'agit notamment de régler les relations personnelles. L'autorité qui se prononce dispose d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il s'agit d'aménager le droit aux contacts, mais cette réglementation doit se fonder sur les circonstances du cas concret. Il convient de demander son avis à l'enfant avant de fixer le droit de visite car l'enfant dispose d'un droit d'être entendu qui découle directement de son droit de la personnalité. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un enfant doit être auditionné au plus tard dès l'âge de six ans révolus, voire de trois ans révolus selon la doctrine dominante. Plus l'enfant exprime sa volonté de manière autonome et constante et plus il se montre sûr dans ses déclarations, ce qui est en principe lié à la maturité et à l'âge de l'enfant, plus l'autorité qui se prononce pourra prendre en compte cette volonté. Selon le Tribunal fédéral, tout enfant à partir de l'âge de douze ans doit bénéficier d'un large droit de co-décision. Néanmoins, la volonté de l'enfant ne saurait être le seul critère sur lequel s'appuie l'autorité pour rendre sa décision. Si la volonté de l'enfant s'écarte de son bien, elle ne doit pas constituer la base de la décision. En ce qui concerne la mise en œuvre du droit de visite, il convient de porter une grande attention à la volonté de l'enfant, même s'il s'agit d'enfants plus jeunes ; l'exercice d'un droit de visite compatible avec le bien et le droit de la personnalité de l'enfant n'est pas possible si ce dernier s'y oppose fermement.*

- 1 Statt vieler BGer, 27.6.2016, 5A_404/2015, E. 5.2.2; BGer, FamPra.ch 2016, 302, 305; BGer, 11.3.2016, 5A_450/2015, E. 2.7; BGer, 25.6.2015, 5A_985/2014, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2015, 447, 461; BGer, FamPra.ch 2015, 744, 747; BGer, 19.3.2013, 5A_50/2013, E. 6.1; BGer, FamPra.ch 2011, 740, 743; BGE 131 III 209, 212.
- 2 Nach geltendem Recht ist unter dem Begriff der Obhut ausschliesslich die faktische Obhut zu verstehen, vgl. hierzu ausführlich BÜCHLER/MARANTA, Das neue Recht der elterlichen Sorge – Unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, Jusletter vom 11.8.2014; FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 2 f.; KILDE, Das Verhältnis

- zwischen persönlichem Verkehr, Betreuung und Obhut bei gemeinsamer elterlicher Sorge, recht 2015, 235 f.; GEISER, Rechtsprechungs panorama Eherecht, AJP 2018, 100, 108; bestätigt durch die Rechtsprechung, vgl. BGer, FamPra.ch 2015, 975, 978 f.; OGer ZH, 4.3.2016, LY150026, E. 2.3a; a.A. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Aufl., Bern 2018, N 17.100.
- 3 Statt vieler BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 ZGB, N 2; FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 4; HandKomm Privatrecht/BREITSCHMID, Art. 273 ZGB, N 2. Zur Abgrenzung zum Betreuungsanteil siehe BÜCHLER/MARANTA, Jusletter vom 11.8.2014, N 14.
 - 4 BGer, 25.6.2015, 5A_985/2014, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2015, 447, 461; BGer, 6.7.2009, 5A_331/2009, E. 2.2.1; BGer, 18.3.2009, 5A_8/2009, E. 5.1; BGer, FamPra.ch 2007, 713, 715; BGer, 9.2.2007, 5C.11/2006, E. 5.1; BGE 123 III 445, 451; HandKomm Privatrecht/BREITSCHMID, Art. 273 ZGB, N 1; HINDERLING/STECK, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. Aufl., Zürich 1995, 439, 440; BernerKomm/HEGNAUER, Art. 273 ZGB, N 53 f.; BÜCHLER/MICHEL, Besuchsrecht und häusliche Gewalt, FamPra.ch 2011, 525, 528 f.; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 ZGB, N 3; a.M. BernerKomm/SPÜHLER/FREI-MAURER, Art. 156 ZGB, N 293.
 - 5 BGer, FamPra.ch 2015, 744, 747, mit Hinweis auf SÜNDERHAUF, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, Wiesbaden 2013, 46 ff.; vgl. auch BGer, 26.11.2008, 5A_409/2008, E. 3.2; BGer, FamPra.ch 2007, 721, 722; BGer, FamPra.ch 2007, 713, 715; BGer, 3.5.2007, 5C.10/2007, E. 3; BGer, 9.2.2007, 5C.11/2006, E. 5.1; BGer, FamPra.ch 2005, 393, 395; KGer SG, FamPra.ch 2007, 174, 176; FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 16; SIMONI, Beziehung und Entfremdung, FamPra.ch 2005, 772, 778 f.
 - 6 Siehe hierzu ausführlich SCHWEIGHAUSER, Die Vertretung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren – Anwalt des Kindes, Diss. Basel 1998, 27; BURGER-STUTZ, Die Kinderbelange unter altem und neuem Scheidungsrecht, Zürich 1999, 130, 131; HAMMER-FELDGES, Persönlicher Verkehr – Probleme der Rechtsanwendung für Vormundschaftsbehörden, Richter und Anwälte, ZVW 1993, 15, 16; FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 23; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 ZGB, N 15; BGer, 5.3.2015, 5A_79/2014, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2015, 295, 301; BGer, FamPra.ch 2015, 744, 747 f.; BGer, 24.10.2013, 5A_457/2013, E. 2.4; KGer GR, 16.2.2016, ZK1 15 152, E. 4; OGer AG, ZBJV 2015, 65, 70; OGer TG, RBOG 2014, 118, 125; VGer ZH, 12.2.2014, VB.2013.–471, E. 3.2; VGer ZH, 12.6.2013, VB.2013.–065, E. 4.3; KGer SG, 9.3.2012, FO.2011.18; KGer SG, FamPra.ch 2003, 706, 708; TA TI, FamPra.ch 2000, 320, 321; OGer AG, AGVE 1995, 17; KGer GR, PKG 1992, 9, 11.
 - 7 Statt vieler BGer, 11.3.2016, 5A_450/2015, E. 3.3; BGer, 24.10.2013, 5A_457/2013, E. 2.1; BGer, FamPra.ch 2013, 1045, 1048; BGer, 22.6.2011, 5A_72/2011, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2011, 493, 449; BGE 131 III 209, 210 f.; vgl. auch EGMR vom 21.12.2010 [Anayo gegen Deutschland]; im Urteil des EGMR vom 26.2.2004 [Görgülü gegen Deutschland] wurde festgehalten, dass durch die Ermessensausübung das Recht auf Familie nicht verletzt werden dürfe.
 - 8 Statt vieler BGer, 27.6.2016, 5A_404/2015, E. 5.2.2; BGer, FamPra.ch 2016, 302, 305; BGer, 11.3.2016, 5A_450/2015, E. 2.7; BGer, 25.6.2015, 5A_985/2014, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2015, 447, 461; BGer, FamPra.ch 2015, 744, 747; BGer 19.3.2013, 5A_50/2013, E. 6.1; BGer, FamPra.ch 2011, 740, 743; BGE 131 III 209, 212; vgl. EGMR vom 8.7.2003 [Sahin gegen Deutschland]; EGMR vom 15.11.2011 [Schneider gegen Deutschland], mit dem Hinweis, dass bei der Festlegung von Kontaktrechten die Rechte und Interessen aller involvierten Personen, also hier des rechtlichen sowie biologischen Vaters und des Kindes, angemessen bei der Entscheidung zu berücksichtigen seien.
 - 9 FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 25.
 - 10 BGer, 27.6.2016, 5A_404/2015, E. 5.2.2; BGer, 11.3.2016, 5A_450/2015, E. 2.7; BGer, FamPra.ch 2016, 493, 496 f.; BGer, 24.3.2015, 5A_694/2014, E. 4; BGer, FamPra.ch 2015, 744, 747; BGer, 17.10.2014, 5A_719/2013, E. 4.2; BGer 24.10.2013, 5A_457/2013, E. 2.1; BGer, FamPra.ch 2012, 212, 215; BGer, 22.6.2011, 5A_72/2011, E. 4.1; BGer, FamPra.ch 2011, 740, 743; BGer, 26.11.2008, 5A_409/2008, E. 3.2; BGer, 9.2.2007, 5C.11/2006, E. 5.1; BGer, FamPra.ch 2007, 713, 715; BGer, FamPra.ch 2006, 189, 190; EGMR vom 12.4.2011 [Gluhaković gegen Kroatien],

mit dem Hinweis, dass bei der Festlegung des Besuchsrechts auch die individuellen Umstände des Besuchsberechtigten, wie etwa sein Arbeitsplan, zu berücksichtigen seien; vgl. auch EGMR vom 15.11.2011 [Schneider gegen Deutschland]; BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder: Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 3. Aufl., Basel 2018, 241.

- 11 BGer, FamPra.ch 2016, 302, 305; BGer, 21.1.2016, 5A_528/2016, E. 5.1, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2016, 213, 221 f.; BGer, FamPra.ch 2009, 786, 789; BGer, FamPra.ch 2009, 249, 251; BGer, FamPra.ch 2008, 429, 430 f.; BGer, FamPra.ch 2006, 751, 752 f.; KGer GB, 16.2.2016, ZK1 13 111, E. 3b; FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 33; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 ZGB, N 11; KuKo ZGB/MICHEL/SCHLATTER, Art. 274, N 8; SCHREINER/SCHWEIGHAUSER, Besuchsrechtsfragen, in: SCHWENZER/BÜCHLER (Hrsg.), Fünfte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2010, 177, 182; SCHWEIGHAUSER, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 22.12.1997, L.X. c. M.F. (5P.421/1997), Staatsrechtliche Beschwerde, AJP 1998, 837 ff.; BRUNNER/SIMONI, Alltags- und Beziehungsgestaltung mit getrennten Eltern – Mitbestimmen und Mitwirken von Kindern aus psychologischer Sicht – Trennung und Scheidung: Übergänge im familialen Lebenslauf, FamPra.ch 2011, 349 ff.; VETTERLI, Das Recht des Kindes auf Kontakt zu seinen Eltern, FamPra.ch 2009, 23, 32 ff.; für Deutschland siehe etwa die Perspektive von VEIT, in: BAMBERGER/ROTH (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, §§ 1297–2385 BGB, Rom I-VO, Rom II-VO, EGBGB, 3. Aufl., München 2012, § 1684 BGB, N 30 (zit. Bamberger/Roth/BEARBEITERIN); BVerfG, NJW 2007, 1266, 1267; BGH, FamRZ 1980, 131, 132 f.
- 12 Statt vieler BGer, FamPra.ch 2008, 429 ff.; BRUNNER/SIMONI, FamPra.ch 2011, 349 ff.; KuKo ZGB/MICHEL/SCHLATTER, Art. 273, N 10; FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 33.
- 13 BGE 131 III 553, E. 1.2.2; BGer, 4.12.2017, 5A_457, E. 4.1.1; BGer, 28.4.2016, 5A_2/2016, E. 2.3; BGer, FamPra.ch 2006, 977, 978; BGer, 1.6.2005, 5C.63/2005, E. 1.2.3 mit Bemerkungen SCHWEIGHAUSER, FamPra.ch 2005, 958, 961 ff. Vgl. auch KuKo ZGB/COTTIER, Art. 314a, N 5; FamKomm Erwachsenenschutz/COTTIER, Art. 314a, N 20; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 275 ZGB, N 9; BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525, 548.
- 14 BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525, 548; KILDE, Der persönliche Verkehr: Eltern – Kind – Dritte, Diss. Zürich 2015, N 113 ff.; BernerKomm/HEGNAUER, Art. 275 ZGB, N 46; BaslerKomm/MICHEL/STECK, Art. 298 ZPO, N 3; FamKomm Scheidung/BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 133, N 12. Kritisch bezüglich der Altersbeschränkung KILDE, Anhörung des Kindes in familienrechtlichen Verfahren, in: EITEL/ZEITER (Hrsg.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts – Liber amicarum für Alexandra Rumo-Jungo, Zürich 2014, 205, 211 f.
- 15 BRUNNER/SIMONI, FamPra.ch 2011, 349, 354; FamKomm Erwachsenenschutz/COTTIER, Art. 314a, N 9, 20; HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Diss. Zürich 2012, N 380; BREITSCHMID, Kind und Scheidung der Elternehe: gemeinsame elterliche Sorge, Anhörung, Kindervertretung, in: STIFTUNG FÜR JURISTISCHE WEITERBILDUNG ZÜRICH (Hrsg.), Das neue Scheidungsrecht: Referate der Tagung vom 17./18. März 1999, Zürich/Basel/Genf 1999, 95, 123 ff.; SCHÜTT, Die Anhörung des Kindes im Scheidungsverfahren, Unter besonderer Berücksichtigung des psychologischen Aspekts, Diss. Zürich 2002, 174 ff. Zu den wichtigen Gründen, aufgrund welcher auf eine Kindsanhörung verzichtet werden darf, siehe etwa KILDE (Fn. 14.), N 128 ff.
- 16 Vgl. hierzu BRUNNER/SIMONI, FamPra.ch 2011, 349, 355; SIMONI, ZVW 2009, 333, 336 f. Siehe zur Kindesanhörung bei verschiedenen Altersstufen BÜCHLER/VETTERLI, (Fn. 10), 280 ff.
- 17 Vgl. hierzu ausführlich BÜCHLER/SIMONI, Kinder und Scheidung, Zürich 2009, 53 ff.; BEUCHAT/ZULIAN, A Genève: quelle sauvegarde de l'intérêt de l'enfant par l'établissement systématique d'un rapport d'évaluation sociale suite à une requête de séparation en accord complet d'époux ayant au moins un enfant mineur?, ZVW 2007, 65, 67; CRUCHON, L'audition de l'enfant dans les procédures de droit de la famille: quel impact sur le travail du juge?, Jusletter vom 26.8.2013, N 84 ff. Siehe ausführlich zur Kindesanhörung FamKomm Scheidung/BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 133, N 12.
- 18 Vgl. hierzu ausführlich FamKomm Scheidung/BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 133, N 17.

- 19 BGE 133 III 553, 555, E. 4; BGer, FamPra.ch 2014, 115, 117 f.
- 20 BGE 131 III 553; BGer, 5.11.2010, 5A_471/2010, E. 2.3; FamKomm Scheidung/SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO, Art. 298, N 8; BaslerKomm/MICHEL/STECK, Art. 298 ZPO, N 12; BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525, 548; BODENMANN/RUMO-JUNGO, Die Anhörung von Kindern aus rechtlicher und psychologischer Sicht, FamPra.ch 2003, 22, 24; BRÄM, Die Anhörung des Kindes aus rechtlicher Sicht, SJZ 1999, 309 f.; STAUBLI, Anhörung und Mitwirkung von Kindern und Jugendlichen in allen sie betreffenden Verfahren, insbesondere im Scheidungsverfahren, in: GERBER/HAUSAMMANN (Hrsg.), Kinderrechte – Kinderschutz, Rechtstellung und Gewaltbetroffenheit von Kindern und Jugendlichen, Neue Literatur zum Recht, Basel 2002, 91, 93; EGLI, Legitimation durch Verfahren – Der Weg ist das Ziel: Niklas Luhmanns These zu legitimierenden Wirkung von Gerichtsverfahren, Jusletter vom 23.3.2009.
- 21 Statt Aller FamKomm/SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO, Art. 298, N 8.
- 22 Vgl. Botschaft Scheidungsrecht, 173; BaslerKomm/MICHEL/STECK, Art. 298 ZPO, N 12; BRÄM, SJZ 1999, 309 f.; FamKomm/SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO, Art. 298, N 12; SCHWEIGHAUSER (Fn. 6), 123; FELDER, Die Meinung von Scheidungskindern zur Kindeszuteilung, Anhörung vor Gericht und Besuchsrechtsregelung – Befragung in Zürich, Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie 1989, 55, 57; MANAI, La réforme des droits de l'enfant dans la procédure de divorce, AJP 1997, 1191 ff.; BERGMANN/GUTDEUTSCH, Zur Anordnung der Kindesanhörung im Scheidungsverfahren ohne Sorgerechtsantrag, FamRZ 1999, 422; LEMP/BRAUNBEHRENS/EICHNER/RÖCKER, Die Anhörung des Kindes gemäss § 50b FGG, Köln 1987, 123.
- 23 BGE 131 III 553, 554, E. 1.1; BGer, 5.12.2011, 5A_402/2011, E. 5.1; BGer, 14.7.2011, 5A_397/2011, E. 2.2.
- 24 Zum Anhörungsverzicht siehe ausführlich FamKomm/SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO, Art. 298, N 27 ff.
- 25 SCHWEIGHAUSER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 298 ZPO, N 8; FamKomm/SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO, Art. 298, N 9; SCHWEIGHAUSER, AJP 1998, 837 f.; BRÄM, SJZ 1999, 309 f.; SILVA, L'audition de l'enfant dans le cadre de la procédure de divorce de ses parents, Jusletter vom 31.10.2011, N 46 ff.; SCHÜTT (Fn. 15), 51; BODENMANN/RUMO-JUNGO, FamPra.ch 2003, 22, 24; BaslerKomm/MICHEL/STECK, Art. 298 ZPO, N 12.
- 26 BGer, 6.8.2013, 5A_473/2013, E. 3.
- 27 Siehe hierzu etwa BGE 131 III 553, 554, E. 1.1; BGer, 21.10.2014, 5A_554/2014, E. 5.1.3; BGer, 6.8.2013, 5A_473/2013, E. 3; BGer, 21.8.2013, 5A_472/2013, E. 3; BGer, 4.2.2013, 5A_754/2013, E. 3. Implizit bestätigt in BGer, FamPra.ch 2016, 804, 807 ff.; BGer, 5.11.2010, 5A_471/2010; BGer, 15.5.2008, 5A_43, E. 4; BGer, 23.9.2005, 5C.209/2005, E. 3. Die Lehre kritisiert die bundesgerichtliche Rechtsprechung dahingehend, dass sie im Widerspruch zur internationalen Auslegung von Art. 12 UN-KRK steht, vgl. hierzu etwa ZERMATTEN, Schutz versus Mitsprache des Kindes? – Überlegungen zum Spannungsfeld zwischen Art. 3 und 12 der UNO-Kinderrechtskonvention (KRK), ZVW 2009, 315, 324; FamKomm/SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO, Art. 298, N 9; FamKomm Erwachsenenschutz/COTTIER, Art. 314a, N 8 m.w.N.
- 28 BGE 131 III 553, 554, E. 1.1; BGer, 14.7.2011, 5A_397/2011, E. 2.2; BGer, 8.8.2011, 5A_299/2011, E. 3; STECK/FELDER, Zusammenwirken von Behörden und Experten bei der Anhörung von Kindern in familienrechtlichen Verfahren, FamPra.ch 2003, 43, 45; BaslerKomm/MICHEL/STECK, Art. 298 ZPO, N 13.
- 29 BGE 131 III 553, 554 E. 1.1; BGer, 16.6.2014, 5A_821/2013, E. 4; BGer, 24.3.2014, 5A_869/2013, E. 2.2; BGer, 14.7.2011, 5A_397/2011, E. 2.2.
- 30 Zum Ganzen siehe BaslerKomm/MICHEL/STECK, Art. 298 ZPO, N 12 ff.
- 31 BGE 131 III 553, 554 f., E. 4; BGer, 4.12.2017, 5A_547/2017, E. 4.1.1.

- 32 BGer, 20.10.2016, 5A_751/2015, E. 5.1.1; BGer, 31.1.2014, 5A_744/2013, E. 3.2.3; BGer, 24.7.2013, 5A_153/2013, E. 3.1; BGer, 18.9.2012, 5A_465/2012, E. 4.1.2. FamKomm Scheidung/SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO, Art. 299, N 22 ff.: ab dem zehnten Altersjahr wird die Urteilsfähigkeit angenommen; BaslerKomm/MICHEL/STECK, Art. 299 ZPO, N 37. Ermessensspielraum hat das Gericht hierbei ausschliesslich bei der Frage, ob das Kind urteilsfähig ist oder nicht, vgl. hierzu BernerKomm/SPYCHER, Art. 299 ZPO, N 12.
- 33 Zur Vertretung des Kindes siehe ausführlich BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 10), 283 ff.
- 34 FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych., N 124 unter Verweis auf INVERSINI, Psychosoziale Aspekte des Kindeswohls, in: GERBER/HAUSAMMANN (Hrsg.), Kinderrechte – Kinderschutz, Basel 2002, 47 f.
- 35 Vgl. hierzu etwa FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych., N 124, 130; DETTENBORN, Kindeswohl und Kindeswille, Psychologische und rechtliche Aspekte, 4. Aufl., München/Basel 2014, 47, welcher den Begriff Kindeswohl als «definitive Katastrophe» bezeichnet; kritisch auch SIMONI, Kinder anhören und hören, ZVW 2009, 333, 334 f.
- 36 KILDE (Fn. 14), N 94, 111.
- 37 BGer, 31.8.2001, 5C.170/2001.
- 38 FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych., N 135; ferner DETTENBORN (Fn. 35), 61 f.
- 39 COESTER, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff: die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft, Habil. Frankfurt a.M. 1983, 279 f.; KILDE (Fn. 14), N 111.
- 40 Vgl. hierzu KILDE (Fn. 14), N 111.
- 41 COTTIER, Subjekt oder Objekt? Die Partizipation von Kindern in Jugendstraf- und zivilrechtlichen Kinderschutzverfahren: Eine rechtssoziologische Untersuchung aus der Geschlechterperspektive, Basel 2005, 11; TSCHÜMPERLIN, Die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Kindes (Art. 301 bis 303 ZGB), Diss. Freiburg 1989, 87; BRUNNER/SIMONI, FamPra.ch 2011, 349, 355; FamKomm Scheidung/BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 133, N 13; FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych., N 151 f; REMSCHMIDT/MATTEJAT, Die Beiträge der kinder- und jugendpsychiatrischen und entwicklungspsychologischen Forschung zur «Objektivierung» des Kindeswohlbegriffs, Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie 1996, 266, 267.
- 42 FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych., N 151; vgl. für Deutschland so auch Staudinger/RAUSCHER, § 1684 BGB, N 176; BVerG, FamRZ 2007, 1876; BVerG, FuR 2005, 421.
- 43 FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych., N 152.
- 44 BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 ZGB, N 11; FamKomm Scheidung/BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 133, N 13; FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 33 ff.; FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych., N 150; BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525, 548.
- 45 FamKomm Scheidung/BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 133, N 13; FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych., N 149; BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525, 548; BGer, FamPra.ch 2015, 970, 973; BGer, 7.10.2014, 5A_719/2013, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2014, 514, 523 f.; BGer, 6.7.2009, 5A_331/2009, E. 2.2.2; BGer, 15.4.2002, 5C.67/2002, E. 3b.
- 46 DETTENBORN/WALTER, Familienrechtspsychologie, 2. Aufl., München/Bern 2014, 93.
- 47 DETTENBORN (Fn. 35), 65.
- 48 Zum Ganzen siehe FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych., N 136; DETTENBORN/WALTER (Fn. 46), 84 ff.

- 49 BRUNNER/SIMONI, FamPra.ch 2011, 349, 354; DETTENBORN (Fn. 35), 89 ff.; FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych., N 137.
- 50 FREY, Kindesinteressen im Scheidungsverfahren aus familiensystematischer Sicht, AJP 2002, 1050, 1055; FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych., N 137.
- 51 Vgl. hierzu BRUNNER/SIMONI, FamPra.ch 2011, 349, 356 f.
- 52 Zum Ganzen siehe SIMONI, ZVW 2009, 333, 336 f.; BALLOF, Kinder vor dem Familiengericht, München/Basel 2004, 142; KOHNE, Der Wille des Kindes im familiengerichtlichen Verfahren, Norderstedt 2006, 52 f.
- 53 FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych., N 138.
- 54 DETTENBORN/WALTER (Fn. 46), 72; KILDE (Fn. 14), N 136.
- 55 STAUB, Kontaktwiderstände des Kindes nach der Trennung der Eltern: Ursache, Wirkung und Umgang, ZKE 2010, 349, 356 f.
- 56 Vgl. KILDE (Fn. 14), N 140.
- 57 BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525, 548.
- 58 Zum Ganzen siehe STAUB, ZKE 2010, 349, 360 f.
- 59 Auf diese Problematik wurde insbesondere im Rahmen der Diskussion um das höchst umstrittene «Parental Alienation Syndrom» (PAS) hingewiesen, vgl. hierzu etwa BRUNNER/SIMONI, FamPra.ch 2011, 349, 355 f.; SIMONI, FamPra.ch 2005, 772, 782 ff.
- 60 FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 20; BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525, 542 ff.; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 274 ZGB, N 11; OFK ZGB/MORDASINI-ROHNER, Art. 273, N 7; KuKo ZGB/MICHEL/SCHLATTER, Art. 274, N 8; Bamberger/Roth/VEIT, § 1684 BGB, N 43.
- 61 So auch die deutsche Rechtsprechung, vgl. etwa OLG Celle, FamRZ 1998, 973, in welchem das Umgangsrecht aufgrund der Angst des Kindes wegen eines erhärteten Verdachts auf sexuellen Missbrauch gänzlich ausgesetzt wurde; vgl. weitere Rechtsprechungshinweise bei Staudinger/RAUSCHER, § 1684 BGB, N 297.
- 62 Vgl. hierzu STAUB, ZKE 2010, 349, 357.
- 63 Vgl. etwa bei BRUNNER/SIMONI, FamPra.ch 2011, 349, 356; SCHREINER/SCHWEIGHAUSER/URWYLER, Arbeitskreis 3: Zivilrechtliche Kindesentführung – die Sicht der Praktiker, in: SCHWENZER/BÜCHLER (Hrsg.), Fünfte Schweizer Familienrechtstage, 28./29. Januar 2010 in Basel, Bern 2010, 99, 102; BALLOF (Fn. 52), 146 f.; COESTER (Fn. 39), 265 f.; STAUB, ZKE 2010, 349, 360; FASSBIND, Systematik der elterlichen Personensorge in der Schweiz, Diss. Basel/Genf/München 2006, 365. In der deutschen Literatur etwa Staudinger/RAUSCHER, § 1684 BGB, N 298.
- 64 Ausführlich zum PAS GARDNER, The parental alienation syndrome: Past, present and future. Das Parental Alienation Syndrome (PAS). Eine interdisziplinäre Herausforderung für scheidungs begleitende Berufe, Frankfurt a.M. 2003. Kritisch gegenüber dem PAS FEGERT, Parental alienation oder parental accusation syndrome? (Teil 1), Kind-Prax 2001, 3 ff.; FEGERT, Parental alienation oder parental accusation syndrome? (Teil 2), Kind-Prax 2001, 39 ff.; KOSTKA, Einfache Lösungen für komplexe Situationen? «PAS» und gemeinsames elterliches Sorgerecht – ein Bericht aus Deutschland, Die Praxis des Familienrechts, 4/2005, 802 ff.; SIMONI, FamPra.ch 2005, 772 ff.; BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525, 548; FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 274, N 12; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 ZGB, N 11.
- 65 Ausführlich diskutiert bei SIMONI, FamPra.ch 2005, 772, 782 ff. m.w.N.; vgl. auch BRUNNER/SIMONI, FamPra.ch 2011, 349, 355 f.

- 66 Hierzu BRUNNER/SIMONI, FamPra.ch 2011, 349, 355 f.; SIMONI, FamPra.ch 2005, 772, 782; SCHREINER/SCHWEIGHAUSER/URWYLER (Fn. 63), 99, 102; BALLOF (Fn. 52), 146 f.; COESTER (Fn. 39), 265 f.; BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525, 548. Vgl. jedoch STAUB, ZKE 2010, 349, 360.
- 67 BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525, 548; BRUNNER/SIMONI, FamPra.ch 2011, 349, 356; KILDE (Fn. 14), N 140; SCHREINER/SCHWEIGHAUSER/URWYLER (Fn. 63), 99, 102; BALLOF (Fn. 52), 146 f.; COESTER (Fn. 39), 265 f. Vgl. jedoch STAUB, ZKE 2010, 349, 360. Anders jedoch in der deutschen Rechtsprechung: Ein manipulierter Kindeswille ist grundsätzlich unbeachtlich, vgl. etwa BGH, FamRZ 2010, 1060, 1063; relativierend jedoch BVerG, 29.11.2012, 1 BvR 335/12, welcher festhält, dass der manipulierte Kindeswille dennoch beachtlich sei, wenn er sich für das Kind subjektiv zu einer psychisch ausgewegenen Realität entwickelt hat und somit aufgrund des Kindeswohls zu einem objektiv beachtlichen Faktor wird. So auch die deutsche Literatur, vgl. etwa Staudinger/RAUSCHER, § 1684 BGB, N 298 m.w.H.
- 68 KILDE (Fn. 14), N 140.
- 69 DETTENBORN/WALTER (Fn. 46), 82 f.; BALLOF (Fn. 52), 146 f.; KILDE (Fn. 14), N 140; a.A. FASSBIND (Fn. 63), 365.
- 70 So auch die deutsche Rechtsprechung, vgl. etwa BGH, FamRZ 1980, 131; OLG Düsseldorf, FamRZ 1994, 1277. Zustimmung Staudinger/RAUSCHER, § 1684 BGB, N 298. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung «hängt eine Regelung namentlich dann nicht ausschliesslich vom Willen des Kindes ab, wenn dessen Weigerungshaltung hauptsächlich vom Inhaber der Obhut beeinflusst wird.», BGer, 21.11.2017, 5A_522/2017, E. 4.6.3; vgl. auch BGer, 13.8.2013, 5A_459/2015, E. 6.2.2; BGer, FamPra.ch 2011, 740; BGer, FamPra.ch 2011, 491; BGer, FamPra.ch 2009, 513; BGer, FamPra.ch 2002, 389.
- 71 BGer, 23.12.2008, 5A_341/2008, E. 4.3; BGer, 25.2.2008, 5A_619/2007, E. 8.3; BGer, 15.4.2002, 5C.67/2002, E. 3.
- 72 Vgl. die Definition von STAUB, ZKE 2010, 349, 350: «Unter Ambivalenzfähigkeit wird die Fähigkeit eines gesunden Menschen verstanden, einer Sache oder einem Menschen gegenüber gleichzeitig positive *und* negative Gefühle zulassen zu können.»
- 73 Vgl. hierzu STAUB, ZKE 2010, 349, 351 f.; KILDE (Fn. 14), N 138.
- 74 FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 25; BGer, FamPra.ch 2002, 400, 404.
- 75 KILDE (Fn. 14), N 139.
- 76 Vgl. hierzu SIMONI/VETTERLI, Arbeitskreis 9: Besuchsrechtsprobleme, in: SCHWENZER/BÜCHLER (Hrsg.), Fünfte Schweizer Familienrecht§Tage, 28./29. Januar 2010 in Basel, Bern 2010, 245, 248 f.; STAUB, ZKE 2010, 349, 353.
- 77 Etwa durch Errichtung einer Beistandschaft, vgl. hierzu etwa BGer, 14.3.2017, 5A_656/2016: Die Mutter behauptete sexuelle Übergriffe des Vaters gegenüber der Tochter. Da diese Behauptung nicht bewiesen ist, wertete das Bundesgericht diese Situation als Loyalitätskonflikt. Die Tochter solle sich ein Bild ihres Vaters verschaffen, welches nicht ausschliesslich durch das von der Mutter behauptete Missbrauchsschema geprägt ist und sie dereinst umfassender informiert selber über den Kontakt zu ihrem Vater entscheiden kann.
- 78 KILDE (Fn. 14), N 141.
- 79 KILDE (Fn. 14), N 142.
- 80 FamKomm Scheidung/BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 133, N 13; KILDE (Fn. 14), N 150; ähnlich Bamberger/Roth/VEIT, § 1684 BGB, N 43.
- 81 BGE 131 III 334, 340, E. 5.1; BGer, FamPra.ch 2015, 751, 753.

- 82 BernerKomm/HEGNAUER, aArt. 275 ZGB, N 10; SUTTER/FREIBURGHANUS, Art. 133, N 19; KILDE (Fn. 14.), N 159 ff.; FASSBIND, Kindeswohl und Beachtung des Kindeswillens de lege lata und de lege ferenda, ZSR 2007 I, 179, 194; vgl. auch Bamberger/Roth/VEIT, § 1684 BGB, N 42; BVerfG, FamRZ 2008, 1737, 1738; OLG Saarbrücken, ZKJ 2011, 178, 179; OLG Nürnberg, FamRZ 2009, 1687.
- 83 BGE 124 III 90, 93, E. 3; BGE 122 III 401, 403, E. 2b; BGer, FamPra.ch 2015, 970, 973; BGer, 17.10.2014, 5A_719/2013, E. 4.4; KGer BL, 6.5.2015, 810 15 43. So im Ergebnis auch Staudinger/RAUSCHER, § 1684 BGB, N 299 m.w.H. insbesondere zur Rechtsprechung.
- 84 BGer, FamPra.ch 2011, 740, 743; BGer, 23.12.2008, 5A_341/2008, E. 4.3.
- 85 OGer ZH, 17.10.2011, LC100083, BGer, 29.2.2012, 5A_801/2011; FamKomm Scheidung/BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 133, N 13; Staudinger/RAUSCHER, § 1684 BGB, N 176; BVerfG, FamRZ 2007, 1876.
- 86 Vgl. etwa BGE 131 III 553, 554, E. 1.1; BGer, FamPra.ch 2016, 804, 807 ff.; BGer, 21.10.2014, 5A_554/2014, E. 5.1.3; BGer, 6.8.2013, 5A_473/2013, E. 3; BGer, 21.8.2013, 5A_472/2013, E. 3; BGer, 4.2.2013, 5A_754/2013, E. 3; BGer, 5.11.2010, 5A_471/2010; BGer, 15.5.2008, 5A_43, E. 4; BGer, 23.9.2005, 5C.209/2005, E. 3.
- 87 So auch KILDE (Fn. 14), N 152; BRUNNER/SIMONI, FamPra.ch 2011, 349, 354 f.; NUFER, Die Entwicklung des Kindes vom Vorschulalter bis zur Adoleszenz und die Bedeutung der Elternscheidung für das Kind, ZVW 1999, 210, 211 f.; ZIEGEHAIN, Emotionale und kognitive Faktoren, in: SALGO (Hrsg.), Verfahrenspflegschaft für Kinder und Jugendliche, Köln 2002, 106. Das Bundesgericht erachtet ein Kind frühestens mit 10½ Jahren als urteilsfähig bzgl. Fragen des persönlichen Verkehrs, BGer, 2.9.2005, 5C.51/2005, E. 2. Nach FASSBIND sei der Kindeswille «ab den neunten bis zehnten Altersjahr [...] tunlichst zu berücksichtigen», FASSBIND, ZSR 2007 I, 179, 195; vgl. auch Bamberger/Roth/VEIT, § 1684 BGB, N 43; Staudinger/RAUSCHER, § 1684 BGB, N 299; BGH, FamRZ 1984, 131, 133; OLG Nürnberg, FamRZ 2009, 1687, OLG München, OLGR 2008, 304 f., N 15.
- 88 Vgl. hierzu II.2.
- 89 Vgl. Nachweise in Fn. 15.
- 90 So KILDE (Fn. 14), N 150.
- 91 BGE 131 III 553, 556 f., E. 1.2.2; vgl. auch FELDER/NUFER, Die Anhörung des Kindes aus kinderpsychologischer Sicht, in: HAUSHEER (Hrsg.), Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, 211 f. [N 4.131]; SIMONI/VETTERLI, Partizipation von Kindern im Verfahren, in: SCHWENZER/BÜCHLER (Hrsg.), Vierte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2008, 139, 141; KILDE (Fn. 14), 205, 210; FASSBIND, ZSR 2007 I, 179, 195.
- 92 BGE 142 III 612, 616 E. 4.3. In dieser Entscheidung ging es um ein achtjähriges Kind.
- 93 Zu den direkten und indirekten Vollstreckungsmitteln vgl. KILDE (Fn. 14), N 506 ff.
- 94 FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 274, N 12; Commentaire Romand/LEUBA, Art. 275 CC, N 16; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 274 ZGB, N 13; BernerKomm/HEGNAUER, Art. 274 ZGB, N 33; HandKomm Privatrecht/BREITSCHMID, Art. 274 ZGB, N 6; KuKo ZGB/MICHEL/SCHLATTER, Art. 274, N 8; OFK ZGB/MORDASINI-ROHNER, Art. 275, N 11; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 2), N 17.144; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 5. Aufl., Zürich 2014, N 755; SUTTER-SOMM/KOBEL, Familienrecht, Zürich 2009, N 859; STAUB/KILDE, Erinnerungskontakte bei urteilsfähigen Kindern aus psychologischer und juristischer Sicht, ZBJV 2013, 934, 935 ff.; BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525, 550; HEGNAUER, Vormundschaftsbehörde und persönlicher Verkehr. Ein Überblick, ZVW 1998, 169, 177; BGer, 25.6.2015, 5A_985/2014, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2015, 447, 462; BGer, 23.5.2013, 5A_120/2013, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2013, 251, 261; BGer, FamPra.ch 2002, 389, 392; BGer, FamPra.ch 2002, 179, 182; BGer, FamPra.ch 2008, 429, 430 f.; TC FR, FamPra.ch 2002, 609, 610.

- 95 Statt aller BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 274 ZGB, N 13.
- 96 BGer, 27.6.2016, 5A_404/2015, E. 5.2.3; BGer, FamPra.ch 2013, 816, 819 f.; BGer, SJZ 1995, 78; BGE 120 II 177, 181; BGE 111 II 405, 406 f.; KGer SG, FamPra.ch 2007, 174, 175.
- 97 BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 274 ZGB, N 13; in diesem Sinne auch das deutsche Bundesverfassungsgericht BVerfG, FamRZ 2008, 845 ff. Zu den möglichen Konsequenzen einer zwangsweisen Durchsetzung für das Kind STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934 ff. Anderer Ansicht in Bezug auf Erinnerungskontakte STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 953. Zu Erinnerungskontakten siehe VI.
- 98 So insbesondere auch Staudinger/RAUSCHER, § 1684 BGB, N 293.
- 99 Staudinger/RAUSCHER, § 1684 BGB, N 304, weist darauf hin, dass bei der (unbegründeten) Weigerung des Kindes der Druck von den Schultern des Kindes genommen und auf die Schultern des sich falsch verhaltenden Elternteils gelegt werden soll.
- 100 FASSBIND, ZSR 2007 I, 179, 203 f.; FASSBIND (Fn. 63), 369 f.
- 101 Eine Entscheidung entgegen den Kindeswillen müssten von der urteilenden Behörde schriftlich begründet werden, siehe hierzu FASSBIND, ZSR 2007 I, 179, 203.
- 102 Vgl. hierzu sein Vorschlag de lege ferenda, FASSBIND, ZSR 2007 I, 179, 203.
- 103 Diese Terminologie verwendet KILDE (Fn. 14), N 153.
- 104 Zum Ganzen siehe FASSBIND, ZSR 2007 I, 179, 204.
- 105 So auch explizit KILDE (Fn. 14), N 153.
- 106 Vgl. hierzu STAUB, Scheidung der Eltern: Wie Jugendliche sie erlebt haben und darüber denken – eine empirische Untersuchung, ZVW 2007, 225, 234 f.
- 107 Psychische Traumatisierung kann zur defizitären Selbstbestimmungsfähigkeit führen, vgl. hierzu KILDE (Fn. 14), N 156 Fn. 329 unter Verweis auf DETTENBORN/WALTER (Fn. 46), 79.
- 108 KILDE (Fn. 14), N 156.
- 109 Vgl. hierzu ZITELMANN, Kindeswohl und Kindeswille im Spannungsfeld von Pädagogik und Recht, Münster 2001, 244 ff., 304 ff. Zum selbst gefährdenden Kindeswillen ausführlich DETTENBORN (Fn. 35), 86 ff.
- 110 So im Ergebnis auch Staudinger/RAUSCHER, § 1684 BGB, N 176.
- 111 So etwa BGer, FamPra.ch 2016, 302, 305; BGer, 21.1.2016, 5A_528/2016, E. 5.1, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2016, 213, 221 f.; BGer, FamPra.ch 2009, 786, 789; BGer, FamPra.ch 2009, 249, 251; BGer, FamPra.ch 2008, 429, 430 f.; BGer, FamPra.ch 2006, 751, 752 f.; KGer GB, 16.2.2016, ZK1 13 111, E. 3b.
- 112 So etwa BGer, 27.6.2016, 5A_404/2015, E. 5.2.5; BGer, 22.9.2015, 5A_200/2015, E. 7.2.3.1; BGer, 13.8.2015, 5A_459/2015, E. 6.2.2; BGer, 7.10.2014, 5A_719/2013, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2014, 514, 523 f.; BGer, 7.10.2014, 5A_719/2013, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2014, 514, 523 f.; BGer, FamPra.ch 2009, 513, 516; BGer, 6.7.2009, 5A_331/2009, E. 2.2.3; BGer, FamPra.ch 2008, 700, 702; BGer, 9.2.2007, 5C.11/2006, E. 5.2; BGer, FamPra.ch 2006, 189, 192 f.; BGer, FamPra.ch 2006, 186, 188 f.; BGer, FamPra.ch 2002, 603, 604; BGer, FamPra.ch 2002, 400, 404 KGer GB, 16.2.2016, ZK1 13 111, E. 3b. Siehe auch KuKo ZGB/MICHEL/SCHLATTER, Art. 274 ZGB, N 8; HandKomm Privatrecht/BREITSCHMID, Art. 274 ZGB, N 6; so auch nach der deutschen Rechtsprechung, vgl. etwa OLG Hamm, FamRZ 2011, 826; OLG Brandenburg, FamRZ 2010, 1923, 1924.

- 113 Statt vieler BGer, 22.11.2017, 5A_522/2017, E. 4.6.2; BGer, 9.11.2017; 5A_295/2017, E. 2; BGer, 27.6.2016, 5A_404/2015, E. 5.2.2; BGer, FamPra.ch 2016, 302, 305; BGer, 11.3.2016, 5A_450/2015, E. 2.7; BGer, 25.6.2015, 5A_985/2014, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2015, 447, 461; BGer, FamPra.ch 2015, 744, 747; BGer 19.3.2013, 5A_50/2013, E. 6.1; BGer, FamPra.ch 2011, 740, 743; BGE 131 III 209, 212.
- 114 BGer, 22.6.2011, 5A_72/2011, E. 4.1; BGer, FamPra.ch 2009, 513, 516; BGer, FamPra.ch 2002, 389.
- 115 BGer, 21.1.2016, 5A_528/2016, E. 5.1, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2016, 213, 221 f.; KuKo ZGB/MICHEL/SCHLATTER, Art. 273, N 10; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 ZGB, N 11; FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 33 ff.
- 116 BGE 133 III 146, 149 f.; BGer, 27.6.2016, 5A_404/2015, E. 5.2.5; BGer, FamPra.ch 2016, 302, 305. So auch die Lehre, vgl. etwa GEISER, Besprechung neuerer Entscheidungen auf dem Gebiet des Eherechts, AJP 2014, 1706, 1712; STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 936; BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525, 547 ff.; SIMONI/VETTERLI (Fn. 91), 139, 141 f.; VETTERLI, FamPra.ch 2009, 23, 32 f.; FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 274, N 10.
- 117 BGE 142 III 481, 492 f., E. 2.7; BGer, 29.11.2017, 5A_266/2017, E. 7.2; BGer, FamPra.ch 2015, 970, 973; BGer, 7.10.2014, 5A_719/2013, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2014, 514, 523 f.; a.A. BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 ZGB, N 11: Bei kategorischer Ablehnungshaltung urteilsfähiger Kinder in Bezug auf den persönlichen Verkehr sei dieser gänzlich auszuschliessen.
- 118 BGer, FamPra.ch 2016, 302, 306; BGer, FamPra.ch 2015, 970, 973 f.; BGer, 25.6.2015, 5A_985/2014, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2015, 447, 462; BGer, 7.10.2014, 5A_719/2013, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2014, 514, 523 f.; BGer, FamPra.ch 2013, 525, 528; BGer, FamPra.ch 2012, 496, 497.
- 119 OGer ZH, 26.9.2017, LE170001.
- 120 OGer ZH, 26.9.2017, LE170001, E. C.1 und C.3.4.
- 121 Zum Ganzen siehe OGer ZH, 21.7.2015, PQ150003, E. 4.1.
- 122 BGer, FamPra.ch 2015, 970, 974.
- 123 BGer, FamPra.ch 2015, 970, 974.
- 124 Zum Ganzen siehe BGer, FamPra.ch 2015, 970, 974 f.
- 125 Zum Ganzen siehe BGer, 7.10.2014, 5A_719/2013, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2014, 514, 523 f.
- 126 BGer, 21.1.2016, 5A_528/2016, E. 5.1, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2016, 213, 221 f.
- 127 BGer, 21.1.2016, 5A_528/2015, E. 5.2.
- 128 Vgl. hierzu BGer, 21.1.2016, 5A_528/2016, E. 5.1, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2016, 213, 222.
- 129 Zum Ganzen siehe BGer, 28.8.2015, 5A_926/2014, E. 4.
- 130 Zum Ganzen siehe BGer, FamPra.ch 2011, 491, 493 f.
- 131 Zum Ganzen siehe BGer, 23.5.2013, 5A_120/2013, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2013, 251, 260 f.
- 132 BGer, FamPra.ch 2016, 302, 306.
- 133 BGer, FamPra.ch 2016, 302, 306 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen.
- 134 So etwa BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 277 ZGB, N 19; KuKo ZGB/MICHEL/LUDWIG, Art. 277, N 5; SCHWANDER, Bemerkungen zu Bundesgericht, II. Zivilabteilung, Urteil vom 6.3.2003 i.S. A. c. B.

- (5C.260/2002) – Berufung, AJP 2003, 846, 848 ff.; HEGNAUER, Die Dauer der elterlichen Unterhaltspflicht, FS Keller, Zürich 1989, 19, 28, HEGNAUER, Bemerkung zu BGE 113 II 374 ff., ZVW 1988, 76 f. Anders jedoch BGE 129 III 375.
- 135 BGer, 25.1.2016, 5A_664/2015, E. 3.1; BGer, 29.5.2015, 5A_179/2015, E. 3.1 m. w. H.; BGer, 4.12.2012, 5A_503/2012, E. 3.3.2 und 4.2; BGer, 4.12.2008, 5A_563/2008, E. 5
- 136 BGer, 29.5.2015, 5A_179/2015, E. 3.3; OFK ZGB/GMÜNDER, Art. 277, N 6; KuKo ZGB/MICHEL/LUDWIG, Art. 277, N 5.
- 137 Zum Ganzen siehe BGer, FamPra.ch 2016, 302, 303 ff.
- 138 OGer ZH, ZR 1954, 203, 204.
- 139 FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 10; KGer GR, 28.10.2014, ZK1 14 15, E. 6d.
- 140 BGer, 27.6.2016, 5A_404/2015, E. 5.2.3; BGer, FamPra.ch 2013, 816, 819 f.; BGer, SJZ 1995, 78; BGE 120 II 177, 181; BGE 111 II 405, 406 f.; KGer SG, FamPra.ch 2007, 174, 175.
- 141 BGE 120 Ia 369, 376; zur Durchsetzung des Besuchsrechts gegen den Willen des Kindes vgl. KGer SG, FamPra.ch 2007, 174, 175,
- 142 BGE 118 II 392, 393.
- 143 BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 274 ZGB, N 13; FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 10; STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 935 ff.; TC FR vom 29.1.2002, FamPra.ch 2002, 609 ff.; BGE 126 III 219, 221 f.; 124 III 90, 93; BGer, FamPra.ch 2006, 751 ff.; BGer, FamPra.ch 2007, 713 ff.
- 144 FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 10; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 274 ZGB, N 11; BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525, 550 f.; ähnlich, soweit kein Zutun des sorge- bzw. obhutsberechtigten Elternteils erkennbar ist, HEGNAUER, ZVW 1998, 169, 177; Bamberger/Roth/VEIT, § 1684 BGB, N 60, mit dem Hinweis, dass in solchen Konstellationen eine Einschränkung oder ein Ausschluss des Umgangsrechts in Frage kommen; Staudinger/RAUSCHER, § 1684 BGB, N 176, wohl grundsätzlich zustimmend, jedoch mit dem Hinweis, dass zunächst der Versuch unternommen werden müsse, alle Hindernisse aus dem Weg zu räumen; BGer, 25.6.2015, 5A_985/2014, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2015, 447, 462.
- 145 Zum Ganzen siehe BGer, 25.6.2015, 5A_985/2014, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2015, 447, 462.
- 146 Zum Ganzen Entscheid siehe BGer, 25.6.2015, 5A_985/2014, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2015, 447, 461 ff.
- 147 Zum Ganzen Entscheid siehe BGer, 23.5.2013, 5A_120/2013, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2013, 251, 260 f.
- 148 Zum Ganzen siehe BGer, FamPra.ch 2002, 389, 392 f.
- 149 Vgl. hierzu auch BGer, FamPra.ch 2002, 179, 182.
- 150 STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 937 ff.; STAUB, (Fn. 73), 141, 158 f.; KILDE (Fn. 14), N 346 ff.; *kritisch* hierzu SALZGEBER/SCHREINER, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, FamPra.ch 2014, 66, 88 ff.; FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych., N 303 ff.
- 151 Vgl. hierzu KILDE (Fn. 14), N 348.
- 152 STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 938.
- 153 KILDE (Fn. 14), N 527.
- 154 STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 952 f.

- 155 STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 937.
- 156 STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 940; KILDE (Fn. 14), N 349.
- 157 STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 946.
- 158 Zum Ganzen siehe STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 946 ff.
- 159 STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 949.
- 160 Zum Ganzen siehe STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 948 ff.
- 161 STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 952.
- 162 STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 953.
- 163 Zum Ganzen siehe STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 952 f.
- 164 OGer BE, FamPra.ch 2014, 1098 ff.
- 165 OGer BE, FamPra.ch 2014, 1098, 1103 f.
- 166 OGer BE, FamPra.ch 2014, 1098, 1103.
- 167 SALZGEBER/SCHREINER, FamPra.ch 2014, 66, 88 ff.; FamKomm Scheidung/SCHREINER, Anh. Psych., N 303 ff.
- 168 BGer, FamPra.ch 2016, 302, 306; BGer, 7.10.2014, 5A_719/2013, m.Anm. MEIER/HÄBERLI, ZKE 2014, 514, 523 f.; BGer, FamPra.ch 2007, 713, 715 f.; vgl. auch FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 34; BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525, 549, 551.
- 169 BGer, FamPra.ch 2006, 757. Kritisch hierzu etwa BRUNNER, Kinder inmitten häuslicher Gewalt, in: Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF, Frauenfragen 2.2008, Häusliche Gewalt: eine Bestandsaufnahme, 78, 79; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 ZGB, N 11; FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 273, N 33 ff.
- 170 BernerKomm/HEGNAUER, Art. 275, N 154; FamKomm Scheidung/BÜCHLER, Art. 274, N 11; HEGNAUER, ZVW 1998, 169, 178; SCHWEIGHAUSER (Fn. 22), 30; STAUB/KILDE, ZBJV 2013, 934, 935; vgl. hierzu auch aus deutscher Perspektive Bamberger/Roth/VEIT, § 1684 BGB, N 58 ff.