

Besuchsrecht und häusliche Gewalt

Zivilrechtliche Aspekte des persönlichen Verkehrs nach Auflösung einer von häuslicher Gewalt geprägten Beziehung

Andrea Bächler, Prof. Dr., Universität Zürich Margot Michel, Dr. iur., Universität Zürich

Stichwörter: Häusliche Gewalt, persönlicher Verkehr, Besuchsrecht, Kinderschutz, Kindeswohl, Auflagen, Weisungen, Bedingungen, Beistandschaft, Besuchsrechtsbeistandschaft, begleitetes Besuchsrecht, Entzug des Besuchsrechts, Wille des Kindes.

Mots clefs : Violence domestique, relations personnelles, droit de visite, protection de l'enfant, bien de l'enfant, obligations, instructions, conditions, curatelle, curatelle de droit de visite, droit de visite surveillé, retrait du droit de visite, volonté de l'enfant.

I. Einleitung

Das Zürcher Gewaltschutzgesetz definiert den Begriff der *häuslichen Gewalt* als Verletzung oder Gefährdung der körperlichen, sexuellen oder psychischen Integrität einer Person in einer bestehenden oder aufgelösten familiären oder partnerschaftlichen Beziehung. Die körperliche oder psychische Integrität kann dabei durch Ausübung oder Androhung von Gewalt oder durch mehrmaliges Belästigen, Auflauern oder Nachstellen verletzt oder gefährdet werden. ¹ Allgemeiner gesprochen erfasst der Begriff der häuslichen Gewalt jede Verletzung der körperlichen oder seelischen Integrität einer Person, die unter Ausnutzung eines Machtverhältnisses durch die strukturell stärkere Person zugefügt wird. ² Kennzeichnend für die verschiedenen Erscheinungsformen häuslicher Gewalt ist die enge soziale Beziehung zwischen Täter und Opfer. ³ Aus strafrechtlicher Sicht umfassen die verschiedenen Erscheinungsformen häuslicher Gewalt Straftatbestände wie Tötlichkeit, einfache und schwere Körperverletzung, Gefährdung des Lebens, versuchte oder vollendete Tötung, Drohung, Nötigung, Freiheitsberaubung sowie Delikte gegen die sexuelle

Integrität. ⁴ Körperliche Gewalt kann durch Schlagen, Treten, Stossen, Würgen, durch das Einsetzen von Waffen oder etwa das Nachwerfen von Gegenständen ausgeübt werden. ⁵ Unter den Begriff der psychischen Gewalt fallen neben Drohungen und Nachstellen (Stalking ⁶) auch permanente Beleidigungen und Beschimpfungen, Demütigungen und Einschüchterungen, ⁷ das Einsetzen von Kindern als Druckmittel (Entführungsdrohungen, Drohung, die Kinder wegzunehmen) sowie das Blossstellen in der Öffentlichkeit. ⁸

Die Problematik der häuslichen Gewalt betrifft Kinder und Jugendliche in hohem Mass.⁹ Es sind nicht nur diejenigen Kinder und Jugendlichen von häuslicher Gewalt betroffen, die Misshandlungen am eigenen Leib erfahren, sondern auch diejenigen, die Zeuge häuslicher Gewalt in der Familie, insbesondere gegenüber einem Elternteil, werden.¹⁰ In 30 bis 60 Prozent der Fälle überschneiden sich die beiden Gruppen, das heisst, Kinder, die Zeuge von Gewalt in der Partnerschaft werden, erleben auch selbst Misshandlungen.¹¹ Beide Formen von Gewalterfahrungen verursachen ähn-

FamPra.ch–2011– 527

liche Beeinträchtigungen der kindlichen Entwicklung.¹² Studien zeigen, dass 10 bis 30 Prozent aller Kinder und Jugendlichen im Laufe ihrer Kindheit häusliche Gewalt miterleben.¹³ Die Gewaltschutzstatistik des Kantons Zürich offenbart, dass im Jahr 2010 in 51 Prozent der Fälle, in welchen nach einer polizeilichen Intervention wegen häuslicher Gewalt Schutzanordnungen getroffen wurden, Haushalte mit Kindern betroffen waren.¹⁴ Auf nationaler Ebene wird die Mitbetroffenheit von Kindern in Fällen von Gewalt in Ehe und Partnerschaft bislang nicht statistisch erfasst.¹⁵ Die Problematik wurde jedoch auf die politische Agenda gesetzt.¹⁶ Gegenwärtig wird vom Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) in Beantwortung eines Postulats ein Bericht ausgearbeitet, der Massnahmen diskutieren soll, wie Kinder besser vor Gewalt in der Familie geschützt werden können.¹⁷ Der Schweizerische Nationalfonds unterstützt zudem das Forschungsprojekt «Betwixt and Between – Negotiating Gender and Generation in Child protection services – the Case of Domestic violence», eine ethnografische Studie über die Praxis der Jugendhilfe bei häuslicher Gewalt.¹⁸

Die *Auflösung* einer von Gewalt überschatteten Ehe oder Partnerschaft wirft aus rechtlicher Perspektive die Frage nach einer angemessenen Regelung des persönlichen Umgangs mit gemeinsamen Kindern auf. Die bisherige Rechtsprechung sah die Gefährdung des Kindeswohls durch häusliche Gewalt mit der Trennung als beendet an und mass der Aufrechterhaltung des Kontakts zwischen Eltern und Kind einen sehr hohen Stellenwert zu. In jüngerer Zeit wächst allerdings das Bewusstsein dafür, dass das Miterleben von Gewalt Auswirkungen auf die Eltern-Kind-Beziehung hat, denen im Rahmen der Ausgestaltung des Besuchsrechts nach Trennung der Elternbeziehung Rechnung zu tragen ist.

Der folgende Beitrag diskutiert die im Rahmen des Kindeswohls zu berücksichtigenden Aspekte bei der Regelung des persönlichen Umgangs nach häuslicher Gewalt und analysiert die verschiedenen rechtlichen Möglichkeiten einer Kindeswohl-

FamPra.ch–2011– 528

gerechten Besuchsrechtsregelung. Dabei geht es um Fälle der Gewaltausübung gegen einen Elternteil. Fälle, in denen sich die Ausübung physischer Gewalt primär gegen das Kind richtet, sind nicht Thema dieses Beitrags. In einem ersten Teil widmet sich der Aufsatz in grundsätzlicher Weise dem Recht auf persönlichen Umgang von Eltern und Kind, grenzt die Zuständigkeiten

von Gericht und Vormundschaftsbehörden beziehungsweise Kindesschutzbehörden ¹⁹ ab und fasst die allgemeinen Voraussetzungen für eine besondere Ausgestaltung beziehungsweise Einschränkung des Besuchsrechts zusammen. Sodann wird untersucht, inwiefern das Kindeswohl es gebietet, von den Möglichkeiten, die Ausübung des Besuchsrechts nach Vorfällen häuslicher Gewalt durch Auflagen oder Bedingungen einzuschränken, Gebrauch zu machen. Besonderes Augenmerk wird auf Bedeutung und Stellenwert des Kindeswillens im Zusammenhang mit der Zuspreehung beziehungsweise Ausübung des Besuchsrechts gelegt. Der Aufsatz schliesst mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.

II. Das Recht auf persönlichen Umgang

Art. 273 Abs. 1 ZGB verankert einen gegenseitigen Anspruch des minderjährigen Kindes und des nicht sorge- oder obhutsberechtigten Elternteils auf «*angemessenen persönlichen Verkehr*». Wir werden im Beitrag nicht den unpassenden Ausdruck des persönlichen Verkehrs, sondern für den gleichen Sachverhalt die Begriffe «persönlicher Umgang» oder «Besuchsrecht» verwenden. Es handelt sich beim Recht auf persönlichen Umgang um ein unübertragbares und unverzichtbares Recht sowohl des Kindes (Art. 9 Abs. 3 UN-KRK) als auch des nicht sorge- oder obhutsberechtigten Elternteils, das ihnen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und einhelliger Lehrmeinung *um ihrer Persönlichkeit willen* zusteht. ²⁰ Das Recht auf persönlichen Umgang setzt ein rechtliches Kindesverhältnis voraus. ²¹ Als sogenanntes *Pflichtrecht* bildet das Recht auf persönlichen Umgang Teil des Anspruchs auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK. ²² Es umfasst nicht nur das tatsächliche Zusammensein mit dem Kind anlässlich regelmässiger Besuche, sondern

FamPra.ch-2011- 529

auch telefonische oder schriftliche Kontakte, ²³ mithin die umfassende Kommunikation zwischen Kind und nicht sorge- oder obhutsberechtigtem Elternteil. ²⁴

Der regelmässige Kontakt zu beiden Elternteilen wird heute als wichtiges Element in der Persönlichkeits- und Identitätsentwicklung des Kindes verstanden. ²⁵ Dementsprechend dient das Recht auf persönlichen Umgang in erster Linie den Interessen des Kindes ²⁶ und findet seine Schranke dort, wo seine Ausübung das Kindeswohl gefährdet (Art. 274 Abs. 2 ZGB). ²⁷ Allfällige elterliche Interessen müssen gegenüber dem Kindeswohl zurückstehen. ²⁸

Liegt keine behördliche Anordnung vor, befindet in erster Linie der sorgeberechtigte Elternteil über den persönlichen Umgang des Kindes (Art. 275 Abs. 3 ZGB). Vor der Zuteilung der elterlichen Sorge im Scheidungsverfahren beziehungsweise bei gemeinsamer elterlicher Sorge entscheidet der obhutsberechtigte Elternteil. ²⁹ Die Eltern und das Kind ³⁰ haben Anspruch auf die Regelung des Besuchsrechts (Art. 273 Abs. 3 ZGB).

III. Zuständigkeit zur Regelung des Besuchsrechts

1. Kompetenzaufteilung zwischen Gericht und Vormundschaftsbehörde

Das *Gericht* ist zuständig für die Festlegung des Besuchsrechts, wenn es in einem Eheschutzverfahren das Getrenntleben ordnet (Art. 176 Abs. 3 ZGB) und wenn es in einem Scheidungs- oder Trennungsverfahren die Folgen bestimmt (Art. 133 Abs. 1, Art. 118 Abs. 2 ZGB). Muss das Gericht aufgrund einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse gestützt auf Art. 134 ZGB über eine Neuzuteilung der elterlichen Sorge oder über eine Änderung des Unterhaltsbeitrages für das minderjährige Kind befinden, regelt es nötigenfalls auch das Besuchsrecht neu (Art. 134

FamPra.ch–2011– 530

Abs. 4 ZGB).³¹ In den übrigen Fällen – insbesondere bei unverheirateten Eltern³² – ist die *Vormundschaftsbehörde* beziehungsweise die *Kindesschutzbehörde* zuständig zum Erlass von Anordnungen über den persönlichen Umgang (Art. 275 Abs. 1 ZGB). Die örtliche Zuständigkeit liegt bei der Vormundschafts- beziehungsweise Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes und – aus prozessökonomischen Gründen – auch am Aufenthaltsort des Kindes, sofern diese gleichzeitig Kindesschutzmassnahmen getroffen hat oder trifft (Art. 275 Abs. 1 ZGB).³³

2. Abänderung von Besuchsrechtsregelungen

Die Besuchsrechtsregelung ist anzupassen, wenn sie aufgrund einer Veränderung der Verhältnisse nicht mehr angemessen erscheint.³⁴ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich die der Regelung zugrunde gelegte Prognose über die Auswirkungen des persönlichen Umgangs zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind als unrichtig erweist und das Festhalten an der getroffenen Regelung zu einer Kindeswohlgefährdung führen würde.³⁵

Die Kompetenzaufteilung zwischen Gericht und Vormundschaftsbehörde bei der Abänderung *gerichtlich* erlassener Regelungen zum persönlichen Umgang hat im Einzelfall Fragen aufgeworfen.³⁶ Bis zum Inkrafttreten des neuen Scheidungsrechts am 1. Januar 2000 stand es in der alleinigen Kompetenz des Gerichts, gerichtlich erlassene Regelungen über den persönlichen Umgang abzuändern.³⁷ Das geltende Recht nimmt demgegenüber eine *Kompetenzaufteilung* vor zwischen Gericht und Vormundschaftsbehörde: Danach ist es in der Regel Aufgabe der Vormundschaftsbehörde, gerichtliche Anordnungen betreffend den persönlichen Umgang abzuändern (Art. 134 Abs. 4 i.V.m. Art. 275 Abs. 1 ZGB; Art. 179 Abs. 1 ZGB).³⁸ Die Vormundschaftsbehörde ist deshalb grundsätzlich auch in streitigen Fällen befugt, über die Änderung des Besuchsrechts zu entscheiden (beispielsweise ein begleitetes Besuchsrecht aufzuheben oder anzuordnen³⁹), sofern nicht gleichzeitig über die Änderung der elterlichen Sorge oder des Unterhaltsbeitrages für das minderjährige Kind

FamPra.ch–2011– 531

zu befinden (Art. 134 Abs. 4 ZGB) ⁴⁰ oder ein Eheschutz- oder Scheidungsverfahren hängig ist (Art. 176 Abs. 3 ZGB; Art. 133 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 275 Abs. 2 ZGB). In diesen letzteren Fällen besteht nämlich eine Annexzuständigkeit des Gerichts.

Allenfalls kommt bei Kindeswohlgefährdung eine vorübergehende Sistierung des Besuchsrechts durch die mit dem *Vollzug* betraute Vormundschafts- beziehungsweise Kindesschutzbehörde in Betracht, wie das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 2010 ausführt:

«Die Vollzugsbehörde ist an das Gerichtsurteil grundsätzlich gebunden, d.h. sie darf die rechtskräftige Besuchsrechtsregelung weder abändern noch aufheben. Indessen kann sie – aufgrund ihrer sog. Dringlichkeitszuständigkeit gemäss Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB, (...) den Vollzug vorübergehend (ganz oder teilweise) sistieren, wenn das Kindeswohl ernstlich gefährdet würde. Es geht jedoch nicht an, den Vollzug über längere Zeit zu verweigern, weil über eine dauerhafte Änderung der Besuchsrechtsordnung wiederum das Sachgericht zu entscheiden hat. Diese Grundsätze gelten für das im Scheidungsurteil festgesetzte Besuchsrecht (...), aber auch für den Vollzug einer Besuchsrechtsordnung, die sich auf Eheschutzmassnahmen stützt (Urteile 5A_547/2007 E. 5.1; 5A_627/2007 E. 3.1). (...) Vor dem Hintergrund, dass ein rechtskräftiger Eheschutzentscheid vorliegt und nunmehr das Scheidungsverfahren hängig ist, haben die vormundschaftlichen Organe (...) ihre Zuständigkeit überschritten, wenn sie das angeordnete Besuchsrecht durch einen neuen Entscheid in der Sache ersetzt haben. Hingegen dürfte der Vollzug des Besuchsrechts vorübergehend sistiert werden, soweit zwingende Gründe dies erheischen. Weil über eine dauerhafte Änderung der Besuchsrechtsordnung das Sachgericht zu entscheiden hat, kommt eine «vorübergehende Sistierung» primär für die Zeitspanne in Frage, bis der zuständige Richter die sich gegebenenfalls aufdrängende Neuregelung vornehmen kann. (...) Weil aber die Sistierung aufgrund der blossen Dringlichkeitszuständigkeit nicht quasi ad infinitum aufrecht erhalten werden darf, wären beim Scheidungsrichter für die Dauer des Scheidungsverfahrens vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 137 ZGB zu verlangen, soweit ein Vollzug des mit obergerichtlichem Eheschutzentscheid angeordneten Besuchsrechts für alle oder einzelne (...) Kinder nach wie vor ausgeschlossen sein sollte.» ⁴¹

Im Vorentwurf zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom Januar 2009 ⁴² hat der Bundesrat im Interesse einer einfacheren und kohärenteren Lösung vorgeschlagen, die strittige Abänderung der Besuchsregelung wiederum in jedem Fall dem Gericht zu übertragen. Damit wäre die Kindesschutzbehörde nur noch zuständig für die Regelung des Besuchsrechts in nicht strittigen Fällen, während bei Uneinigkeit das

FamPra.ch–2011– 532

Gericht für die Regelung des Besuchsrechts zuständig wäre. ⁴³ Mit dem Entwurf und der dazugehörigen Botschaft ist demnächst zu rechnen.

Im *Vollstreckungsverfahren* darf die Besuchsrechtsregelung grundsätzlich nicht abgeändert werden, zumal der zu vollstreckende Entscheid keiner materiellen Prüfung unterworfen werden kann. ⁴⁴ Haben sich die Verhältnisse dauerhaft geändert, ist eine Entscheidung der zuständigen Behörde erforderlich. Während der Dauer des Abänderungsverfahrens darf das Vollstreckungsgericht allerdings die Vollstreckung des Besuchsrechts suspendieren. ⁴⁵

3. Kompetenz zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen

Das mit dem Scheidungs- oder Trennungverfahren befasste Gericht ist auch zuständig für den Erlass der nötigen *Kindesschutzmassnahmen* (Art. 315a Abs. 1 ZGB; Art. 315a nZGB) sowie

für die Abänderung bereits bestehender Kindesschutzmassnahmen. ⁴⁶ In diesem Fall ist die Vormundschafts- beziehungsweise Kindesschutzbehörde grundsätzlich nur zuständig für den Vollzug. Allerdings bleibt auch in diesem Fall die Kompetenz erhalten, die zum Schutz des Kindes *sofort* notwendigen Massnahmen anzuordnen, wenn das Gericht sie voraussichtlich nicht rechtzeitig treffen kann (Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB; Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 nZGB). ⁴⁷ Ist kein eherechtliches Verfahren beim Gericht hängig, ist die Vormundschaftsbehörde zuständig für den Erlass der geeigneten Kindesschutzmassnahmen (Art. 307 Abs. 1 ZGB; Art. 307 Abs. 1 nZGB).

Gerichtlich angeordnete Kindesschutzmassnahmen dürfen – mit Ausnahme der Dringlichkeitszuständigkeit nach Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB – nicht von der Vormundschafts- beziehungsweise Kindesschutzbehörde abgeändert werden, wenn ein eherechtliches Verfahren (Scheidungs- oder Trennungsverfahren oder Verfahren zur Abänderung des Scheidungsurteils) hängig ist. In diesem Fall ist das Gericht zuständig (Art. 315b Abs. 1 ZGB; Art. 315b Abs. 1 nZGB). In allen anderen Fällen ist jedoch die Vormundschafts- beziehungsweise Kindesschutzbehörde zur Abänderung gerichtlich angeordneter Kindesschutzmassnahmen zuständig (Art. 315b Abs. 2 ZGB; Art. 315b Abs. 2 nZGB). ⁴⁸

FamPra.ch–2011– 533

IV. Ausgestaltung des Besuchsrechts

Für die Regelung des persönlichen Umgangs im Scheidungsverfahren verweist Art. 133 Abs. 1 ZGB ausdrücklich auf die Ordnung von Art. 273 bis 275a ZGB. Folglich sind für das Scheidungsgericht bei der Regelung des Besuchsrechts die gleichen Grundsätze massgebend wie für die Vormundschafts- beziehungsweise Kindesschutzbehörde.

Der persönliche Umgang ist von der zuständigen Behörde so auszugestalten, dass das Kindeswohl bestmöglich gewahrt wird. ⁴⁹ Dabei handelt es sich um einen *Ermessensentscheid* (Art. 4 ZGB). ⁵⁰ Es müssen folglich im Einzelfall alle für das Kindeswohl konkret massgebenden Umstände berücksichtigt werden. ⁵¹ Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen ⁵² und würdigt die Beweise nach freier Überzeugung (Art. 157 ZPO). Es gilt der uneingeschränkte ⁵³ Untersuchungs- und Officialgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). ⁵⁴ Dies bedeutet, dass das Gericht selbst zur Vornahme der nötigen Abklärungen *verpflichtet* ist. ⁵⁵ Die Eltern und das Kind sind anzuhören (Art. 297 f. ZPO). ⁵⁶ Das Gericht kann insbesondere ein Sachverständigengutachten in Auftrag geben oder einen Sozialbericht einholen. ⁵⁷ In kindesrechtlichen Angelegenheiten gilt der Freibeweis (Art. 168 Abs. 2 ZPO). ⁵⁸ Erscheint die Begutachtung als einziger tauglicher Beweis, ist sie anzuordnen. ⁵⁹ Zwar ist das Gericht in der Würdigung der vorgelegten Beweismittel frei, es darf aber in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe vom Gutachten abweichen und muss Abweichungen begründen. ⁶⁰ Holt das Gericht trotz einem erhöhten beziehungsweise qualifizierten Abklärungsbedarf kein Gutachten ein, liegt darin ein Verstoss gegen die Untersuchungsmaxime. ⁶¹ Das Gericht muss auch prüfen, ob eine Kindesvertretung (Art. 299 ZPO) anzuordnen ist.

Umfang und Modalitäten des Besuchsrechts sind relativ detailliert und grundsätzlich auch auf Dauer zu regeln, was die Berücksichtigung der aktuellen und – im Rahmen des Möglichen – der prognostizierten zukünftigen Situation (zum Beispiel Anpassung des Umfangs des Besuchsrechts an das Alter des Kindes) erfordert.⁶² Bei späterer Veränderung der Verhältnisse ist das Besuchsrecht anzupassen. Mit Blick auf die Dynamik von Besuchskontakten⁶³ rechtfertigt es sich allerdings, an die Wesentlichkeit der Veränderung nicht allzu strenge Anforderungen zu stellen, womit der persönliche Umgang ohne allzu grosse Schwierigkeiten an die aktuellen Bedürfnisse angepasst werden kann.⁶⁴

V. Einschränkungen des Besuchsrechts im Allgemeinen

1. Gefährdung des Kindeswohls

Das Recht auf persönlichen Umgang kann für eine gewisse Zeit oder dauerhaft durch die Anordnung besonderer Massnahmen eingeschränkt werden, wenn seine Ausübung das Kindeswohl gefährdet.⁶⁵ Möglich ist auch die Sistierung für eine bestimmte Dauer oder – als *ultima ratio* – der endgültige Entzug.⁶⁶ Eine *Kindeswohlgefährdung* liegt vor, «sobald nach den Umständen die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des körperlichen, sittlichen oder geistigen Wohls des Kindes vorauszusehen ist. Nicht erforderlich ist, dass diese Möglichkeit sich schon verwirklicht hat.»⁶⁷ Die Beeinträchtigung des Kindeswohls muss allerdings aufgrund von konkreten Vorfällen und Umständen ernstlich zu befürchten sein;⁶⁸ die blosser Möglichkeit einer abstrakten Gefährdung zum Beispiel in Form eines schlechten Einflusses auf das Kind reicht nicht aus.⁶⁹ Die Ursache der Gefährdung spielt grundsätzlich keine Rolle.⁷⁰

2. Grundsatz der Verhältnismässigkeit

Einschränkungen des Rechts auf persönlichen Umgang müssen dem Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* Rechnung tragen.⁷¹ Sie müssen folglich *geeignet* sein, der Gefährdung des Kindeswohls wirksam zu begegnen, und sie müssen *erforderlich* sein, das heisst, sie dürfen nicht über das notwendige Mass hinaus in das Recht auf persönlichen Umgang eingreifen. Das bedeutet auch, dass eine eingriffsintensivere Massnahme zu unterbleiben hat, wenn eine mögliche mildere Massnahme annähernd den gleichen Erfolg verspricht.⁷² Zudem verlangt der Grundsatz der Proportionalität, dass die Stärke des Eingriffs in das Recht auf persönlichen Umgang in einer vernünftigen Relation zu Ausmass und Begründetheit der befürchteten Kindeswohlgefährdung steht.⁷³

3. Entzug des Besuchsrechts

Art. 274 Abs. 2 ZGB sieht die Möglichkeit vor, das Besuchsrecht zu verweigern oder zu entziehen, «wenn die Eltern den persönlichen Verkehr pflichtwidrig ausüben, wenn sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert haben oder wenn andere wichtige Gründe vorliegen». Der Entzug des Besuchsrechts ist eine Kindesschutzmassnahme ⁷⁴ und erfordert triftige und das Kindeswohl nachhaltig gefährdende Gründe. ⁷⁵ Ein Entzug kann sich etwa aufdrängen bei Vernachlässigung, physischer oder psychischer Misshandlung, Verdacht auf sexuellen Missbrauch, Gefahr der Entführung des Kindes, Gefährdung durch eine ansteckende Krankheit und selten auch bei gravierenden Spannungen zwischen den Eltern, welche das Kind stark belasten und in unlösbare Loyalitätskonflikte stürzen. ⁷⁶ Das Bundesgericht betont in konstanter Rechtsprechung, dass die Verweigerung oder der Entzug des Rechts auf persönlichen Umgang nur dann in Betracht komme, wenn der Gefährdung des Kindeswohls nicht anders – beispielsweise durch die besondere Ausgestaltung des Besuchsrecht oder durch dessen Einschränkung mittels Auflagen – begegnet werden könne. ⁷⁷ Andernfalls würde die gänzliche Unterbindung des Besuchsrechts im Widerspruch stehen zu Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs und das Persönlichkeitsrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzen. ⁷⁸

FamPra.ch–2011– 536

4. Ermahnungen, Weisungen, Kindesschutzmassnahmen

Art. 273 Abs. 2 ZGB spricht in Konkretisierung von Art. 307 ZGB ⁷⁹ der Vormundschaftsbehörde die Kompetenz zu, das Kind oder die Eltern zu ermahnen und ihnen Weisungen zu erteilen, wenn sich die Ausübung oder Nichtausübung des persönlichen Umgangs für das Kind nachteilig auswirkt. *Weisungen* sind rechtlich verbindliche Verpflichtungen zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen ⁸⁰ und können mit der Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB verbunden werden. ⁸¹ Es kommen aber auch weitere Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307 ZGB in Betracht, die je nach Zuständigkeit vom Gericht oder von der Vormundschafts- beziehungsweise Kindesschutzbehörde angeordnet werden können. ⁸² Zudem ist die Aufzählung möglicher Massnahmen in Art. 307 Abs. 3 ZGB nicht abschliessend. ⁸³ Die Kann-Vorschrift in Art. 307 ZGB räumt dem Gericht beziehungsweise der Vormundschafts- beziehungsweise Kindesschutzbehörde einen grossen Ermessenspielraum ein, ⁸⁴ weshalb alle Massnahmen angeordnet werden können, die geeignet sind, die Kindeswohlgefährdung zu beheben, sofern der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet wird.

Lehre und Rechtsprechung anerkennen ein breites Spektrum möglicher Anordnungen und Auflagen für den Fall, dass zwar die Voraussetzungen für den Entzug des Besuchsrechts nach Art. 274 ZGB nicht gegeben sind, das Kindeswohl aber dennoch eine besondere Ausgestaltung des Besuchsrechts erfordert. Infrage kommen beispielweise die Verpflichtung zur periodischen Berichterstattung an die Behörden, ⁸⁵ die Anordnung, dass die Übergabe des Kindes an einem

bestimmten Ort (zum Beispiel im Hause der Grosseltern) stattzufinden und dass das Kind während der Besuchstage auch dort zu übernachten habe, das Verbot, mit dem Kind Auslandsreisen zu unternehmen, oder Anweisungen, dass bestimmte Aktivitäten durch den Besuchsberechtigten zu unterlassen sind oder bestimmte Personen nicht mit dem Kind getroffen werden dürfen.⁸⁶ Möglich ist auch die Verpflichtung, das Besuchs-

FamPra.ch–2011– 537

recht an einem bestimmten Ort wahrzunehmen, zum Beispiel an einem sogenannten Besuchstreffpunkt. Der besuchsberechtigte Elternteil kann verpflichtet werden, sich in Bezug auf das Besuchsrecht und dessen Ausübung beraten zu lassen.⁸⁷ Das Bundesgericht erachtete auch die Anordnung einer Therapie oder Pflichtberatung gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB im Zusammenhang mit der Regelung des Besuchsrechts für zulässig.⁸⁸ Als verhältnismässig beurteilte das Bundesgericht weiter die Anordnung einer Therapie mit dem Ziel, Vorschläge für eine Wiederaufnahme des Kontakts zwischen Vater und Töchtern zu erarbeiten.⁸⁹ Auch die durch das Scheidungsgericht angeordnete Verpflichtung der Mutter zur Teilnahme an einer Gesprächstherapie erachtete das Bundesgericht nicht notwendigerweise als unzulässige Einschränkung der persönlichen Freiheit, sofern diese für die Wahrung des Kindeswohls erforderlich sei.⁹⁰ Gemäss Art. 297 Abs. 2 ZPO hat das Gericht die Möglichkeit, die Eltern zu einem Mediationsversuch aufzufordern, wenn es Anordnungen über das Kind zu treffen hat. Eine analoge Bestimmung ist im neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht vorgesehen: Art. 314 Abs. 2 nZGB räumt der Kindesschutzbehörde die Kompetenz ein, in geeigneten Fällen die Eltern zu einem Mediationsversuch aufzufordern. Diese Massnahme kommt allerdings bei von Gewalt geprägten Elternbeziehungen aufgrund des Machtungleichgewichts nicht oder nur mit äusserster Zurückhaltung und unter Einhaltung entsprechender Rahmenbedingungen in Betracht.⁹¹

5. Begleitetes Besuchsrecht

Erfordert das Kindeswohl die Anwesenheit einer Drittperson während der Ausübung des Besuchsrechts, so ist ein *begleitetes Besuchsrecht* anzuordnen und der Kontakt im Einzelfall so auszugestalten, dass sowohl dem Kindeswohl als auch dem

FamPra.ch–2011– 538

Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen wird.⁹² Beim begleiteten Besuchsrecht handelt es sich um eine Kindesschutzmassnahme,⁹³ die je nach Zuständigkeit im konkreten Fall vom Scheidungs- oder Trennungsgesicht oder von der Vormundschafts- beziehungsweise Kindesschutzbehörde angeordnet werden kann, nicht jedoch vom Beistand nach Art. 308 ZGB.⁹⁴ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt die Anordnung einen schweren Eingriff in das Recht auf persönlichen Umgang dar, der erst dann infrage kommt, wenn das Besuchsrecht andernfalls mit Blick auf die schwerwiegende Gefährdung des Kindeswohls nach Art. 274 Abs. 2 ZGB entzogen werden müsste.⁹⁵ Das begleitete Besuchsrecht ist damit keine Alternative zum

gewöhnlichen Besuchsrecht, sondern zum völligen Entzug desselben. Die Anordnung des begleiteten Besuchsrechts kann mit der Bestellung eines Beistands nach Art. 308 Abs. 2 ZGB verbunden werden. ⁹⁶

Die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts soll auch in Gefahrensituationen einen minimalen persönlichen Umgang zwischen Kind und Elternteil erlauben. Die Massnahme kommt zum Beispiel beim Verdacht auf sexuellen Missbrauch, Suchterkrankungen oder Gewalttätigkeit infrage. ⁹⁷ Die Begleitung der Besuche muss allerdings ein absehbares Ende haben und soll nicht wesentlich länger als ein Jahr dauern; nach dieser Zeit ist die Anordnung zu überprüfen. ⁹⁸ Hat sich das begleitete Besuchsrecht bewährt, kann es behutsam in einen freieren Kontakt überführt werden. Bewährt es sich nicht und sendet das Kind deutliche Signale von Unwohlsein aus, so ist mitunter der Kontakt besser ganz aufzugeben. ⁹⁹ Steht von vornherein fest, dass ein unbegleitetes Besuchsrecht nicht infrage kommt, ist das Besuchsrecht zu entziehen. ¹⁰⁰

Die Aufgaben und Kompetenzen des Beistands müssen im Auftrag genau umschrieben werden. ¹⁰¹ Im Allgemeinen beschränken sie sich auf die Vermittlung bei sich konkret ergebenden Schwierigkeiten, während die grundlegenden Modalitäten der Besuchsrechtsausübung von der zuständigen Behörde festgelegt werden müs-

FamPra.ch–2011– 539

sen. ¹⁰² Der Beistand soll anhaltende Auseinandersetzungen zwischen den Eltern schlichten und ihnen Termine wie Modalitäten vorschlagen oder allenfalls vorschreiben. ¹⁰³ Das geht aber nicht so weit, dass er eine Umgangsordnung gleich selbst erlassen oder nach Belieben abändern dürfte. ¹⁰⁴ Insbesondere kann der Beistand ein von der zuständigen Behörde zugesprochenes Besuchsrecht nicht eigenmächtig suspendieren, einschränken oder die angeordnete Überwachung der Besuche aufheben. ¹⁰⁵

Es ist nach Rechtsprechung und Lehre zulässig, das Recht auf persönlichen Umgang aufgrund des ernsthaften *Verdachts* einer Kindeswohlgefährdung einzuschränken, bis der Verdacht abgeklärt ist. ¹⁰⁶ Im Ermessen der zuständigen Behörde liegt die Entscheidung, ob der Verdacht sich so weit begründen lässt, dass sich der Eingriff in das Recht auf persönlichen Umgang mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip rechtfertigen lässt. ¹⁰⁷ Zu berücksichtigen ist dabei, dass das begleitete Besuchsrecht die Alternative zum Entzug des Besuchsrechts darstellt und nicht etwa die Alternative zu einem unbegleiteten Besuchsrecht. Da es sich um einen starken Eingriff in das Recht auf persönlichen Umgang handelt, sind nach Lehre und Rechtsprechung strenge Anforderungen an Erheblichkeit und Eindeutigkeit der Gefährdung zu stellen. ¹⁰⁸ Andererseits geht es nur um eine vorübergehende Anordnung, die aufgrund der mit dem Verdacht einhergehenden Spannungen durchaus im Kindeswohl liegen kann, bis der Verdacht erhärtet oder entkräftet ist.

VI. Besuchsrecht nach häuslicher Gewalt im Speziellen

1. Kindeswohlgefährdung durch Miterleben von Gewalt

Das Wohl des Kindes ist anerkanntermassen nicht nur dann gefährdet, wenn das Kind selbst Opfer von physischer oder psychischer Gewalt wird, sondern auch dann, wenn es das Ausüben von Macht, Gewalt und Drohung gegen einen Elternteil direkt oder indirekt, sei dies, indem es die Gewalt hört oder die Verletzungen sieht, miter-

FamPra.ch–2011– 540

lebt. ¹⁰⁹ Das Miterleben von häuslicher Gewalt ist für die betroffenen Kinder emotional belastend und führt häufig zu sozialen Auffälligkeiten wie Unruhe, Ängstlichkeit, Aggressivität oder Niedergeschlagenheit. Auch die kognitive Entwicklung kann durch das Miterleben von häuslicher Gewalt beeinträchtigt werden, was Auswirkungen auf die schulische Leistungsfähigkeit hat. ¹¹⁰ Relativ häufig treten posttraumatische Belastungsstörungen auf. ¹¹¹ Empirische Untersuchungen zeigen zudem, dass das Miterleben häuslicher Gewalt im Kindesalter Problemlösungsmuster prägt und eigenes Gewalthandeln oder Gewalterleben im Erwachsenenalter beeinflussen kann. ¹¹² Die Mitbetroffenheit von häuslicher Gewalt ist auch ein Risikofaktor für Jugendgewalt. ¹¹³

Die kantonalen Gewaltschutzgesetze tragen der durch das Miterleben von häuslicher Gewalt verursachten Gefährdung des Kindeswohls Rechnung und sehen teils zwingend, teils nach Ermessen die Meldung an die Vormundschaftsbehörde vor. Gemäss § 15 des zürcherischen Gewaltschutzgesetzes hat die Polizei die angeordneten Schutzmassnahmen der zuständigen Vormundschaftsbehörde mitzuteilen, wenn Minderjährige im Haushalt der gefährdeten oder gefährdenden Person leben. Auf Anfrage werden auch die polizeilichen und hafrichterlichen Akten der Vormundschaftsbehörde zugestellt. Anfang Januar 2010 startete im Kanton Zürich das dreijährige Pilotprojekt «KidsCare», das sich der Situation von Kindern als Mitbetroffenen von häuslicher Gewalt annimmt und Gesprächsangebote macht. ¹¹⁴ Stellen die Polizistinnen oder Polizisten bei einer Intervention wegen häuslicher Gewalt fest, dass Kinder betroffen sind, bitten sie die gefährdete Person um deren Einwilligung zur Benachrichtigung von KidsCare. Wird die Einwilligung verweigert, so teilen sie dies der Vormundschaftsbehörde im Rahmen der Gefährdungsmeldung mit.

FamPra.ch–2011– 541

Mit der Trennung der Eltern ist die Gefährdung des Kindeswohls häufig nicht beendet, ¹¹⁵ im Gegenteil geht mit der Trennung mitunter das Risiko einer Gewalteskalation einher. ¹¹⁶ Die Kontakte zwischen den Eltern anlässlich der Übergabe der Kinder können eine wiederkehrende Gefahr für Gewalthandlungen darstellen, die in den Kindern Ängste hervorrufen oder wachhalten kann. ¹¹⁷ Zudem ist die Beziehung des Kindes zum Gewalt ausübenden Elternteil oftmals durch Gefühle wie Angst, Hass oder durch Loyalitätskonflikte belastet. ¹¹⁸ Nicht von der Hand zu weisen ist weiter die Gefahr der Gewaltausübung gegen das Kind, bestätigen doch Studien die erhöhte Gefahr von Kindesmisshandlungen durch Elternteile, die bereits Gewalt gegen die Partnerin ausgeübt haben. ¹¹⁹

In kindesschutzrechtlichen Zusammenhängen müssen grundsätzlich nicht die Gewaltvorfälle gegen einen Elternteil nachgewiesen werden, sondern die daraus resultierende *Kindeswohlgefährdung*, also eine Folge der Gewalt. ¹²⁰ Aufgrund der uneingeschränkten Untersuchungs- und Officialmaxime (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO) ist das Gericht verpflichtet, den entscheiderelevanten Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und die nötigen Beweismittel zu erheben. ¹²¹ Das Gericht kann dazu die Akten der Vormundschaftsbehörde oder Arztzeugnisse einsehen sowie Auskünfte von Kindergärtnerinnen und Lehrern einholen. ¹²² Zudem kann ein kinderpsychiatrisches oder kinderpsychologisches Sachverständigengutachten in Auftrag gegeben werden. ¹²³ Das Gericht ist zur Einholung eines Gutachtens nicht verpflichtet, ¹²⁴ allerdings ist ein solches Vorgehen in Fällen von Trennungen nach häuslicher Gewalt sehr zu empfehlen ¹²⁵ und in der Regel unumgänglich, wenn es strittig ist, ob ein Be-

FamPra.ch–2011– 542

suchsrecht mit Blick auf das Kindeswohl überhaupt zu rechtfertigen ist. ¹²⁶ Während der Abklärungen darf die Ausübung des Besuchsrechts unter Beachtung der Verhältnismässigkeit eingeschränkt oder ausgesetzt werden. ¹²⁷

2. Ausgestaltung des Besuchsrechts nach Vorkommnissen häuslicher Gewalt

a) Persönlicher Umgang, Kindeswohl und Kontaktverbote

Nach Vorfällen häuslicher Gewalt kann nach Inkrafttreten des Verweises in Art. 172 Abs. 3 ZGB auf Art. 28b ZGB auch das Eheschutzgericht Massnahmen zum Schutz vor Gewalt, Drohungen und Nachstellungen treffen. Möglich ist zum Beispiel ein Kontaktverbot ausserhalb der Besuchszeiten, um die Belastung für den obhutsberechtigten und gewaltbetroffenen Elternteil und die Kinder zu minimieren. ¹²⁸

Das Bundesgericht qualifizierte in einem Entscheid aus dem Jahr 2007 die Auferlegung eines vollständigen Kontaktverbots zwischen einem Elternteil und dem minderjährigen Kind als schweren staatlichen Eingriff in das Recht auf Familienleben (Art. 13 Abs. 1 BV). ¹²⁹ Ein solcher sei nur dann zulässig, wenn er auf einer formell-gesetzlichen Grundlage beruhe, im öffentlichen Interesse liege und verhältnismässig sei. Im Übrigen müsse der Kerngehalt des Grundrechts unangetastet bleiben (Art. 36 BV). Im zürcherischen Gewaltschutzgesetz, auf das sich das auferlegte Kontaktverbot *in casu* stützte, erblickte das Bundesgericht eine genügende formell-gesetzliche Grundlage. Auch anerkannte es, dass gesetzliche Massnahmen zum Schutz und zur Sicherheit von Personen, die durch häusliche Gewalt betroffen sind, im öffentlichen Interesse liegen. Indes beurteilte das Bundesgericht das Kontaktverbot im konkreten Fall als unverhältnismässig, obwohl es auf drei Monate begrenzt war und der betroffene Elternteil Handgreiflichkeiten auch gegen die Kinder zugegeben hatte:

«(...) ist die Anordnung eines gänzlichen Kontaktverbotes – von konkreten Gefährdungshinweisen abgesehen – nicht im Interesse des Kindes an der Aufrechterhaltung seiner Beziehung zum Elternteil, mit dem es nicht zusammenlebt. Der Haftrichter hätte die Frage milderer Massnahmen in Betracht ziehen müssen. Dadurch hätte der Gefahr einer erneuten körperlichen Gewaltausübung des Beschwerdeführers gegen seine Kinder sowie der Gefahr einer Entführung

oder eines Untertauchens mit den Kindern (soweit die Drohung des Beschwerdeführers überhaupt in diesem Sinne zu verstehen ist) im vorliegenden Fall wirksam begeg-

FamPra.ch–2011– 543

net und der Gesetzeszweck ebenfalls erreicht werden können. Die Anordnung eines vollständigen Kontaktverbots für die Maximaldauer von drei Monaten stellt im vorliegenden Fall eine unverhältnismässige Massnahme dar und verletzt das Recht des Beschwerdeführers auf Achtung des Familienlebens.» ¹³⁰

Fachleute beurteilen allerdings die Anordnung von Massnahmen wie zum Beispiel eines Kontaktverbotes zum Schutz des gewaltbetroffenen Elternteils bei gleichzeitiger Zusprechung des Besuchsrechts an den gewaltausübenden Elternteil als problematisch. In solchen Konstellationen bestehe die konkrete Gefahr, dass die Wahrnehmung des Besuchsrechts durch den Gewalt ausübenden Elternteil zu einer Gefährdung des gewaltbetroffenen Elternteils führe. ¹³¹ Der oben zitierte Entscheid des Bundesgerichts erstaunt insbesondere auch deshalb, weil Handgreiflichkeiten gegen die Kinder zugegeben worden waren und das Kontaktverbot nur die Zeit bis zur Regelung des Besuchsrechts durch das Eheschutzgericht hätte überbrücken sollen. ¹³²

In einem Entscheid aus dem Jahr 2009 befasste sich das Bundesgericht mit der Anordnung eines unbegleiteten Besuchsrechts trotz dem Erlass von Massnahmen zum Schutz vor häuslicher Gewalt nach Art. 28b ZGB. In diesem Entscheid anerkannte es den Konnex zwischen Gewaltausübung in der Elternbeziehung und Gefährdung des Kindeswohls:

«Wie bei der Aufhebung des Besuchsrechts wird für die Anordnung begleiteter Besuche verlangt, dass konkrete Anzeichen für eine Gefährdung der Kinder bestehen. Die abstrakte Gefahr eines schlechten Einflusses auf die Kinder genügt für die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts nicht. Bei Gewalt, Drohung oder Nachstellungen kann das Opfer die Anordnung verschiedener Massnahmen zu seinem Schutz verlangen. Dabei muss die Gewalt eine gewisse Intensität aufweisen, sodass das Opfer einen Eingriff in seine physische, psychische, sexuelle oder soziale Integrität befürchten muss. Eine Entscheidung, in der einerseits ein unbegleitetes Besuchsrecht verfügt wird und gleichzeitig Massnahmen nach Art. 28b ZGB angeordnet werden, erscheint widersprüchlich, denn die Anordnung eines Annäherungsverbots impliziert auch eine Gefahr für betroffene Kinder.» ¹³³

Häusliche Gewalt kann den *Entzug oder die Verweigerung des Besuchsrechts* nach Art. 274 Abs. 2 ZGB rechtfertigen, wenn der daraus resultierenden Kindeswohlgefährdung nicht anders begegnet werden kann. ¹³⁴ Nach bundesgerichtlicher

FamPra.ch–2011– 544

Rechtsprechung ist diese Kindesschutzmassnahme allerdings mit Blick auf die Persönlichkeitsrechte des nicht obhutsberechtigten Elternteils, das Interesse des Kindes an Kontakt zu beiden Elternteilen und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nur dann zulässig, wenn sich die Belastungen für das Kind durch die Ausübung des Besuchsrechts nicht in einem vertretbaren Rahmen halten lassen. ¹³⁵ Zunächst seien andere Formen des Umgangs, besonders in Form eines begleiteten Besuchsrechts oder der Anordnung von Auflagen, in Erwägung zu ziehen. ¹³⁶

Neuere Fachmeinungen betonen hingegen, dass Besuchskontakte zwischen Gewalt ausübendem Elternteil und Kind, nachdem das Kind häusliche Gewalt miterlebt hatte, keineswegs

immer im Kindeswohl liegen. ¹³⁷ KINDLER führt aus, dass nach Vorkommnissen häuslicher Gewalt die Erziehungsfähigkeit des Gewalt ausübenden Elternteils einer genaueren Abklärung bedürfe. Häufig sei nämlich die Beendigung der Partnerschaft nicht ausreichend zum Schutz der beteiligten Kinder und es brauche angemessene Hilfen beziehungsweise Schutzmassnahmen im Zusammenhang mit der Regelung des Umgangs. ¹³⁸ In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass das Ausüben von häuslicher Gewalt unter Inkaufnahme der Mitbetroffenheit von Kindern eine Verletzung der Fürsorge- und Erziehungspflicht nach Art. 219 StGB darstellen kann. ¹³⁹ Dabei handelt es sich um ein Offizialdelikt, das von Amtes wegen verfolgt werden muss. Auch FEGERT kritisiert aus kinder- und jugendpsychiatrischer Perspektive eindringlich die zu einseitige Betonung des Kontakterhalts nach massiver häuslicher Gewalt in der deutschen Rechtsprechung:

«Aus kinder- und jugendpsychiatrischer/psychotherapeutischer Sicht offensichtlich ist das Schutzbedürfnis von Kindern mit schweren Anpassungsstörungen und posttraumatischen Belastungsstörungen, welche aus der häuslichen Gewaltsituation resultierten. Hier ist es durch eine pauschale Überbewertung des Kontakterhalts auch zu misshandelnden, Gewalt ausübenden oder gar missbrauchenden Elternteilen in den letzten Jahren zu schweren, sekundären Traumatisierungen von Kindern gekommen. Das Kindeswohl ist immer ein zu Recht unbestimmter, mehrdimensionaler Begriff, der nicht allein auf eine Formel wie «Kontakt und Umgang mit beiden leiblichen Eltern entspricht immer dem Kindeswohl» reduziert werden kann. Gerade weil ehemalige Gewaltbeziehungen sich häufig in juristischen Auseinandersetzungen fortsetzen und schon das fantasierte Wiederauftauchen des gewalttätigen Elternteils erneute Aktualisierungen der posttraumatischen Belastungen mit sich bringen kann, mit Alpträumen, Schlafstörungen etc., sollte hier eine differenzierte Erwägung aller möglichen Einflussfaktoren erfolgen. Wallerstein (2002) zeigte in ihrer Nachuntersuchung, dass alle Kinder aus ihrer Untersuchung, die zum Umgang gegen ihren Willen gezwungen wurden, im Erwachse-

FamPra.ch–2011– 545

nenalter den Kontakt zum erzwingenden Elternteil abgebrochen hatten. (...) Bei allen Kindern, die (...) Anpassungsstörungen oder traumatisch bedingte Belastungsstörungen aufweisen, ist eine erneute, wiederholte Exposition der betroffenen Kinder gegenüber dem Verursacher des Traumas stets kritisch zu sehen. Es braucht sehr viele gute Argumente, eine solche Exposition im Sinne einer Ausnahme dennoch zu befürworten.» ¹⁴⁰

Die jüngere juristische Doktrin mahnt mit Blick auf diese Forschungsergebnisse denn auch zu Recht zu Zurückhaltung bei der Gewährung von (begleiteten) Besuchsrechten in Fällen von erwiesener häuslicher Gewalt oder begründetem Verdacht auf sexuellen Missbrauch. ¹⁴¹ In diesen Fällen kann am Vorrang des Erhalts der Beziehung zum nicht sorgeberechtigten Elternteil nicht festgehalten werden. ¹⁴² Das Kind soll nicht immer wieder mit seinen Ängsten konfrontiert werden. Insbesondere gilt es, eine erneute Traumatisierung des Kindes unbedingt zu vermeiden, weshalb auch kein begleitetes Besuchsrecht gewährt werden soll, solange die konkrete Gefahr der Gewaltausübung gegen den obhutsberechtigten Elternteil oder das Kind besteht. ¹⁴³ Wird dennoch ein begleitetes Besuchsrecht eingeräumt, muss sichergestellt sein, dass das Kind den Ort des Besuchskontakts als angstfreien Raum erleben kann, in dem die Grenzen sicher sind und gewahrt bleiben. Dies bedingt, dass der begleitete Besuchskontakt durch qualifiziertes Personal ausgeführt wird und stark interventiv angelegt ist. ¹⁴⁴ Mit Blick auf die psychischen Belastungen der von häuslicher Gewalt betroffenen Kinder reicht es nämlich nicht aus, nur die physische Sicherheit des Kindes zu garantieren. ¹⁴⁵ Von besonderer Bedeutung ist zudem die Prognose: Die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts ist nur dann sinnvoll, wenn die Aussicht besteht, dass es nach Ablauf einer gewissen Zeitdauer in ein unbegleitetes Besuchsrecht überführt werden kann. ¹⁴⁶

Zeigt sich, dass eine Kindeswohlgerechte Ausgestaltung des Besuchsrechts nicht möglich ist ¹⁴⁷ beziehungsweise dass auch ein begleitetes Besuchsrecht nicht im Inte-

FamPra.ch–2011– 546

resse des Kindes liegen würde, darf kein Besuchsrecht eingeräumt werden; ¹⁴⁸ diesfalls besteht mit Blick auf die übergeordneten Kindesinteressen kein Entscheidungsspielraum, wie das Bundesgericht in einem jüngsten Entscheid vom 23. Februar 2011 festgehalten hat. ¹⁴⁹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass mit der seelischen Gesundheit des Kindes ein so hochwertiges Rechtsgut auf dem Spiel steht, dass es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung «keiner besonders grossen Wahrscheinlichkeit [der] Verletzung [bedarf], um statt blosser Beschränkung eine vollständige Aufhebung des Besuchsrechts zu rechtfertigen». ¹⁵⁰

b) Möglichkeiten zur Wahrung des Kindeswohls

Um der Gefährdung des Kindeswohls zu begegnen, kann das Gericht im eherechtlichen Verfahren respektive die Vormundschaftsbehörde alles Nötige vorkehren (Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB), wobei sie nicht an die gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Massnahmen gebunden sind, soweit Kinderbelange betroffen sind. ¹⁵¹ Im Vordergrund steht immer das Kindeswohl, weshalb alle Massnahmen angeordnet werden können, die zu dessen (langfristiger) Sicherstellung geeignet, erforderlich und verhältnismässig scheinen. ¹⁵² Infrage kommt neben der Erteilung von Weisungen und der Anordnung eines begleitetes Besuchsrechts auch der Erlass von Auflagen oder das Abhängigmachen der Besuchsrechtsausübung von der Erfüllung von Bedingungen, wobei ein Beistand im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB mit der Aufgabe betraut werden kann, deren Einhaltung zu überprüfen. ¹⁵³ Indessen ist der Beistand nicht befugt, solche Anordnungen selbst zu erlassen. ¹⁵⁴ Bis zur Erfüllung der Bedingung darf die Ausübung des Besuchsrechts sistiert werden. Dieser Zeitraum gibt auch dem Kind Gelegenheit, mit der – allenfalls professionell unterstützten– Verarbeitung der Erlebnisse zu beginnen. ¹⁵⁵ In der Fachliteratur wird die Verknüpfung des Besuchsrechts mit solchen konkreten Auflagen beziehungsweise Bedingungen wie dem Besuch von Lernprogrammen gegen Gewalt in Ehe und Partnerschaft, der Verbesserung der Erziehungskompetenz sowie der Beendigung der Gewaltausübung gegen den anderen Elternteil dringend empfohlen. ¹⁵⁶

FamPra.ch–2011– 547

Als mögliche Weisungen, die von der zuständigen Behörde im Zusammenhang mit der Ausgestaltung des Besuchsrechts erlassen werden können, kommen etwa die Teilnahme an einem Lernprogramm gegen Gewalt ¹⁵⁷ oder der Besuch einer Einzeltherapie, Erziehungs- ¹⁵⁸ oder Suchtberatung in Betracht. ¹⁵⁹ Hält sich der besuchsberechtigte Elternteil nicht an die Auflagen oder erfüllt er die Bedingungen nicht, kommt als Sanktion und *ultima ratio* der Entzug des Besuchsrechts aufgrund von Art. 274 Abs. 2 ZGB in Betracht, jedoch – mit Blick auf die persönliche Freiheit des Betroffenen – in der Regel nicht die zwangsweise Durchsetzung der Bedingung.

VII. Bedeutung des Kindeswillens

Bei der Festsetzung des Besuchsrechts ist das Kind wenn immer möglich und nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung spätestens ab einem Alter von sechs Jahren ¹⁶⁰ durch das Gericht, eine beauftragte Drittperson oder bei entsprechender Zuständigkeit durch die Vormundschafts- beziehungsweise Kindesschutzbehörde anzuhören (Art. 298 ZPO; Art. 12 Abs. 2 UN-KRK; Art. 314a nZGB), denn es ist ohne Zweifel unmittelbar und aufs Stärkste von der Regelung betroffen. ¹⁶¹ Das Recht auf Anhörung fliesst aus dem Persönlichkeitsrecht des Kindes. ¹⁶² Wenn nötig und auf Antrag des urteilsfähigen Kindes zwingend, ¹⁶³ ordnet das Gericht die Vertretung

FamPra.ch–2011– 548

des Kindes durch eine Beiständin oder einen Beistand an (Art. 299 ZPO). Die Errichtung einer Prozessbeistandschaft sollte bei Kindern, die Zeugen wurden von häuslicher Gewalt, immer erwogen werden. ¹⁶⁴ Die Vertretung des Kindes kann in Bezug auf wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen (Art. 300 lit. b ZPO).

Auf die Meinung des Kindes ist bei der Ausgestaltung des persönlichen Umgangs und auch bereits bei der Frage, ob überhaupt ein Besuchsrecht eingeräumt werden soll, *Rücksicht* zu nehmen (vgl. Art. 133 Abs. 2; Art. 301 Abs. 2 ZGB). ¹⁶⁵ Die Bedeutung des sogenannten Kindeswillens gegenüber dem objektiv bestimmten Kindeswohl wächst mit zunehmendem Alter und zunehmender Reife des Kindes. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass «Kindeswille» einen Willen meint, der gewissen psychologischen Mindestanforderungen genügt, der – neben den Merkmalen der Zielorientierung, Intensität und Stabilität – «erkennbarer Ausdruck einer selbst initiierten Strebung des Kindes» ist. ¹⁶⁶ Im Fokus steht das Kind, das sich von einem Elternteil entfremdet hat. Zu unterscheiden ist zwischen dem induziert entfremdeten Kind und dem reaktiv entfremdeten Kind, das sich vor dem Hintergrund realer Negativerfahrungen, zum Beispiel häuslicher Gewalt, von einem Elternteil distanziert hat, ¹⁶⁷ wobei die Unterscheidung keineswegs kategoriieller Natur ist und wohl selten leichtfällt. Auch ein induzierter Kindeswille stellt für das Kind eine psychische Realität dar und ist deshalb zwingend im Rahmen des Kindeswohls zu berücksichtigen. ¹⁶⁸

Ab einem Alter von vier bis sechs Jahren ist es aus entwicklungspsychologischer Perspektive sinnvoll, den nicht ausschliesslich kognitiv beziehungsweise rational ¹⁶⁹ verstandenen Kindeswillen zu explorieren. ¹⁷⁰ Rechtliche Urteilsfähigkeit in Besuchs-

FamPra.ch–2011– 549

rechtsbelangen wird in der Regel spätestens ab einem Alter von zwölf Jahren angenommen. ¹⁷¹ Schon vorher können jedoch Kinder in sinnvoller Weise bei der Regelung des Besuchsrechts partizipieren. ¹⁷²

Das Bundesgericht vertritt die Meinung, dass bei ablehnender Haltung der Kinder zwar kein gerichtsbliches Besuchsrecht anzuordnen sei, den Kindern aber angesichts der schicksalhaften Eltern-Kind-Beziehung gleichwohl die Anordnung eines minimalen Besuchsrechts zugemutet werden könne. ¹⁷³ Das Besuchsrecht dürfe nicht allein vom Willen des Kindes abhängen, ¹⁷⁴ weil das Kindeswohl nicht nur subjektiv mit Blick auf das momentane Befinden des Kindes zu beurteilen sei, sondern objektiv und mit Blick auf seine künftige Entwicklung. ¹⁷⁵ Den Äusserungen von jüngeren Kindern misst das Bundesgericht keine ausschlaggebende Bedeutung zu, da diese die mittel- bis längerfristigen Folgen eines Kontaktabbruchs nicht abzuschätzen vermöchten:

«Je älter ein Kind ist, desto mehr ist bei der Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs seiner Meinung Rechnung zu tragen. Allgemein ist bei der Zuteilung der elterlichen Sorge ein Kind ab dem 12. Altersjahr urteilsfähig. Bei der Frage des Besuchsrechts dürfte die Urteilsfähigkeit schon in einem etwas tieferen Alter vorhanden sein. Indem in casu das Kind erst ca. 10 Jahre alt ist, kann seinen Äusserungen kein ausschlaggebendes Gewicht zukommen, da das Kind die mittel- und längerfristigen Folgen eines solchen Abbruchs des Kontakts nicht abzuschätzen vermag.» ¹⁷⁶

Fachleute stehen dieser Position kritisch gegenüber. Als problematisch wird die Missachtung des Kindeswillens insbesondere dann beurteilt, wenn das Gericht nach der Trennung einer Beziehung, die von häuslicher Gewalt geprägt war, die Gefährdung als behoben ansieht und die psychische Belastung des Kindes, die mit dem Zeugnis der Gewaltausübung einherging und -geht, nicht in genügendem Masse berücksichtigt. ¹⁷⁷ Es wird darauf hingewiesen, dass zum ohnmächtigen Miterleben der Gewalt gezwungene Kinder häufig sehr stark an die Eltern gebunden seien, weshalb jeder Abgrenzungsversuch gegen den misshandelnden Elternteil als ein wichtiger Schritt anerkannt werden müsse. ¹⁷⁸ Immerhin anerkennt das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung, dass einem Vater, dessen Kinder seinen Gewalttätigkeiten ausge-

FamPra.ch-2011- 550

setzt waren und die deshalb den Kontakt mit ihm ablehnten, kein Besuchsrecht zugestanden werden könne. Ob, wann und in welchem Rahmen die bereits älteren Kinder bereit seien, allenfalls wieder Kontakt zum Vater aufzunehmen, müsse ihnen überlassen bleiben; für die Anordnung einer Beistandschaft zur Kontakthanbahnung bestehe jedenfalls kein Raum. ¹⁷⁹ Die Ablehnung des Kontakts aufgrund eigener Erfahrungen sei zu respektieren. ¹⁸⁰ Das Bundesgericht betont in seinen Entscheidungen, dass jeweils im Einzelfall zu prüfen sei, weshalb das Kind sich weigere, das Besuchsrecht wahrzunehmen und ob dieses tatsächlich im Widerspruch zum Kindeswohl stehe. ¹⁸¹ Daraus folgt, dass das Bundesgericht dem auf eigenen Erfahrungen basierenden Kindeswillen doch eine starke Stellung einräumt. ¹⁸²

Bei einem *urteilsfähigen* Kind, welches das Besuchsrecht kategorisch und unbeeinflusst ablehnt, hält das Bundesgericht den Ausschluss des Besuchsrechts für angemessen, «weil ein gegen den starken Widerstand erzwungener Besuchskontakt mit dem Zweck des Umgangsrechts im Allgemeinen ebenso unvereinbar ist wie mit dem Persönlichkeitsrecht des Kindes». ¹⁸³

Auch bei *urteilsunfähigen* Kindern ist mit Blick auf das Kindeswohl von einem gegen den starken Widerstand erzwungenen Kontakt abzusehen. ¹⁸⁴ Allenfalls kann ein Besuchsrecht auch nur für den Fall festgelegt werden, dass eine gewisse Entspannung eintritt. Allerdings ist in

diesem Fall im Interesse des Kindeswohls der Verzicht auf die zwangsweise Durchsetzung des Besuchsrechts ausdrücklich in die Regelung aufzunehmen. ¹⁸⁵ Denn gegen ein sich dem Besuchsrecht widersetzendes Kind darf schon aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes kein körperlicher oder psychischer Zwang angewendet werden, zumal auch der besuchsverpflichtete Elternteil nur dazu ermahnt (Art. 273 Abs. 2 ZGB), aber nicht gezwungen werden kann. ¹⁸⁶

FamPra.ch–2011– 551

Spätestens ab zwölf Jahren ist Kindern ein weitgehendes Mitbestimmungsrecht über das Besuchsrecht zu gewähren. ¹⁸⁷ Mit Eintritt der *Urteilsfähigkeit in Besuchsrechtsbelangen* entscheidet das Kind mit Blick auf Art. 19 Abs. 2 ZGB alleine über die Ausübung oder Nichtausübung des Besuchsrechts; ab diesem Zeitpunkt geht sein Selbstbestimmungsrecht vor. ¹⁸⁸ Da auch die Rechtsposition des nicht obhutsberechtigten Elternteils betroffen ist, ¹⁸⁹ steht dies der gerichtlichen Festsetzung eines Besuchsrechts nicht grundsätzlich entgegen. Allerdings verbieten die Persönlichkeitsrechte des Kindes dessen Durchsetzung gegen seinen Willen. Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Einräumung eines Besuchsrechts bei Mitbetroffenheit von häuslicher Gewalt je nach Ausmass der Traumatisierung mitunter bereits gegen das objektive Kindeswohl verstösst. ¹⁹⁰

Zusammenfassung: *Werden Kinder Zeugen von häuslicher Gewalt, ist ihr Wohl gefährdet. Zahlreiche Untersuchungen belegen, dass das Miterleben von Gewalt in der Elternbeziehung Auswirkungen auf die psychische Gesundheit der betroffenen Kinder zeitigt. Dieser Problematik ist bei der Ausgestaltung von Besuchsrechten nach Trennung gewaltbelasteter Elternbeziehungen Rechnung zu tragen. Zu berücksichtigen ist, dass das Kindeswohl auch dann, wenn das Kind selber nicht direkt von körperlicher Misshandlung betroffen war, sorgfältig abgeklärt werden muss. In diesen Fällen kann am Vorrang des Kontakterhalts zwischen Eltern und Kind nicht unbesehen festgehalten werden. Vielmehr ist im Einzelfall zu klären, wie eine kindeswohlgerechte Ausgestaltung des Besuchsrechts aussehen könnte. Sicherzustellen sind auf jeden Fall die körperliche, aber auch geistig-seelische Sicherheit des Kindes, der Schutz vor weiteren Traumatisierungen. Solange die Gefahr einer erneuten Gewaltausübung gegen den sorgeberechtigten Elternteil oder das Kind besteht, ist kein Besuchsrecht, auch kein begleitetes, anzuordnen. Zur Sicherstellung des Kindeswohls können dem Gewalt ausübenden Elternteil gestützt auf Art. 307 ZGB Auflagen gemacht werden. Infrage kommt beispielsweise die Anordnung eines Gewaltlernprogramms, einer Therapie oder einer Suchtberatung mit dem Ziel, eine kindeswohlgerechte Ausübung des Besuchsrechts sicherzustellen. Erweisen sich solche Massnahmen aufgrund der starken Traumatisierung des Kindes durch das Gewalterleben von vornherein als aussichtslos oder führen sie nicht zum Erfolg, ist das Besuchsrecht mit Blick auf das Kindeswohl zu entziehen.*

FamPra.ch–2011– 552

Résumé : Lorsque les enfants sont témoins de violences domestiques, leur bien-être est mis en péril. De nombreuses recherches attestent que le fait de vivre la violence au sein des relations parentales a des répercussions sur la santé psychique des enfants touchés. Il convient de tenir compte de ce problème dans le cadre de l'aménagement des droits de visite après la séparation de parents ayant vécu des relations violentes. Il faut soigneusement clarifier le bien de l'enfant, même si ce dernier n'a pas été directement touché par la maltraitance physique. Dans ces cas, on ne peut pas accorder sans autre la priorité au maintien du contact entre les parents et l'enfant.

Il convient bien plus, dans le cas particulier, de se demander comment aménager un droit de visite qui respecte le bien de l'enfant. Il faut dans tous les cas assurer la sécurité physique et psychique de l'enfant et le préserver d'autres traumatismes. Tant qu'il y a un risque de nouvelles violences à l'encontre du parent qui a la garde ou de l'enfant, il ne faut pas octroyer de droit de visite, pas même s'il est surveillé. Afin de garantir le bien de l'enfant, des obligations peuvent être imposées au parent violent en vertu de l'art. 307 CC. Il peut s'agir par exemple d'un programme d'apprentissage en matière de violence, d'une thérapie ou d'une consultation pour dépendance dans le but de garantir un exercice du droit de visite respectueux du bien de l'enfant. Si de telles mesures s'avèrent dès le départ vaines, en raison du profond traumatisme vécu par l'enfant suite aux violences, ou si elles ne sont pas couronnées de succès, il convient de retirer le droit de visite pour le bien de l'enfant.

- 1 § 2 Gewaltschutzgesetz (GSG) des Kantons Zürich vom 19. Juni 2006, LS 351.
- 2 BÜCHLER, Gewalt in Ehe und Partnerschaft. Polizei-, straf- und zivilrechtliche Interventionen am Beispiel des Kantons Basel Stadt, Diss. Basel/Genf/München 1998, 3 ff.
- 3 IST Interventionsstelle gegen Häusliche Gewalt des Kantons Zürich, Manual 2011, Kapitel 1: Häusliche Gewalt – eine reine Privatsache, 101/1 (einsehbar unter http://www.ji.zh.ch/internet/justiz_inneres/de/themen/ist/Veranstaltungen1.html [8.4.2011]).
- 4 Und weitere Delikte; ausführlich dazu IST, Manual 2011, Kapitel 5: Strafverfahren und Häusliche Gewalt, einsehbar unter http://www.ji.zh.ch/internet/justiz_inneres/de/themen/ist/Veranstaltungen1.html (8.4.2011), 501/1, sowie RAE, Tatort Familie – strafrechtliche Delikte im Kreis der Familie und in der Partnerschaft, [FamPra.ch](http://www.fampra.ch) 2009, 579, 585 ff.
- 5 EGGER/ SCHÄR MOSER, Gewalt in Paarbeziehungen. Ursachen und in der Schweiz getroffene Massnahmen, hrsg. vom Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG, September 2008, 5; IST, Manual 2011, Kapitel 1 (Fn. 3), 103/1.
- 6 Zu Stalking vgl. die Broschüre der Stadtpolizei Zürich, abrufbar unter <http://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/pd/Deutsch/Stadtpolizei/Grafik%20und%20Foto/Ueber%20uns/Region%20West/Formulare%20und%20Merkbleatter/Stalking%20Ohne%20Gewalt%20leben.pdf> (8.4.2011), sowie HRUBESCH-MILLAUER/ VETTERLI, Häusliche Gewalt: die Bedeutung des Artikels 28b ZGB, [FamPra.ch](http://www.fampra.ch) 2009, 535, 539.
- 7 EGGER/ SCHÄR MOSER (Fn. 5), 6.
- 8 Berliner Initiative gegen Gewalt an Frauen (BIG e.V.), Begleiteter Umgang bei häuslicher Gewalt, 5. Aufl., Juli 2010, 5; IST, Manual 2011, Kapitel 1 (Fn. 3), 103/1.
- 9 Häusliche Gewalt kommt in Partnerschaften mit Kindern häufiger vor als in solchen ohne Kinder; vgl. KAVEMANN, Zusammenhänge zwischen Gewalt gegen Frauen und Gewalt gegen Kinder – Der Blick der Forschung, in: KAVEMANN/ KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, Wiesbaden 2007, 13, 15 ff.; Studien zeigen, dass häusliche Gewalt oftmals während der Schwangerschaft oder der Kleinkindphase erstmals auftritt; EGGER/ SCHÄR MOSER (Fn. 5), 25 mit Hinweisen; zu Ursachen und Risikofaktoren bei Gewalt in Paarbeziehungen vgl. den Bericht des Bundesrates über Gewalt in Paarbeziehungen. Ursachen und in der Schweiz getroffene Massnahmen, vom 13. Mai 2009, einsehbar unter <http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00196/index.html?lang=de> (16.4.2011).
- 10 SEITH, Häusliche Gewalt aus Sicht von Kindern und Jugendlichen, Zusammenfassung der Resultate, www.nfp52.ch; vgl. bereits BÜCHLER (Fn. 2), 22 f.
- 11 SEITH, «Weil sie dann vielleicht etwas Falsches tun» – zur Rolle von Schule und Verwandten für von häuslicher Gewalt betroffene Kinder aus Sicht von 9–17 Jährigen, in: KAVEMANN/ KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, Wiesbaden 2006, 103, 105.

- 12 BRUNNER, Kinder inmitten häuslicher Gewalt, in: Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF, Frauenfragen 2.2008, Häusliche Gewalt: eine Bestandesaufnahme, 78, 79, vertieft dazu unten, VI.1.
- 13 SEITH (Fn. 11), 103, 105 m.w.H.
- 14 IST, Manual 2011, Kapitel 5 (Fn. 4), 501/1.
- 15 Stiftung Kinderschutz Schweiz, Vorschlag für ein Nationales Kinderschutzprogramm NKP 2010–2020, Endbericht, Teil IV: Materialien zum Kapitel «Mitbetroffenheit von Kindern und Jugendlichen bei häuslicher Gewalt» des Expertinnen- und Expertenberichts, Bern, 31. Dezember 2009, einsehbar unter http://kinderschutz.ch/nkp/de/NKP_Endbericht_Teil_IV_Neue_Medien_d.pdf (22.3.2011), 11.
- 16 Ein Überblick über die derzeit laufenden Projekte zur Unterstützung der von häuslicher Gewalt mitbetroffenen Kinder und Jugendlichen findet sich im Teil IV des Vorschlags für ein Nationales Kinderschutzprogramm NKP 2010–2020 (Fn. 15), 15 ff.
- 17 Beantwortung des Postulats Fehr (07.3725). Informationen dazu finden sich unter http://www.bsv.admin.ch/themen/kinder_jugend_alter/00066/index.html?lang=de (15.4.2011).
- 18 Informationen dazu unter <http://www.phzh.ch/dotnetscripts/ForschungsDB/read.aspx?idpr=359> (11.3.2011).
- 19 Mit Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts am 1. Januar 2013 (AS 2011 725, 767) werden sich auch im Kinderschutz einige Änderungen ergeben. Die heutigen Vormundschaftsbehörden werden professionalisiert und neu Kinderschutzbehörden heissen. Auf weitere Änderungen durch das neue Recht wird im jeweiligen Zusammenhang hingewiesen. Die entsprechenden Bestimmungen werden mit nZGB gekennzeichnet.
- 20 BGE 123 III 445, 451; BGer, 6.7.2009, 5A_331/2009 E. 2.2.1; BGer, 18.3.2009, 5A_8/2009 E. 5.1; FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 273 ZGB, N 3; HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999, N 19.05; BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 3.
- 21 BGE 127 III 295, 298; BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 7.
- 22 Vgl. BGE 120 Ib 1, 4 f.; EGMR, FamPra.ch 2005, 93 ff. mit Anmerkungen SCHWENZER.
- 23 BÜCHLER/ VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder. Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, Basel 2007, 234; BernerKomm/ HEGNAUER, Art. 273 ZGB, N 10.
- 24 VETTERLI, Das Recht des Kindes auf Kontakt zu seinen Eltern, FamPra.ch 2009, 23, 24.
- 25 BGer, 26.11.2008, 5A_409/2008 E. 3.2; BGer, 6.3.2007, 5C_269/2006 E. 2.2, FamPra.ch 2007, 721, 722; BGE 123 III 445, 451; BGE 122 III 404, 406 f.; vgl. MEIER/ STETTLER, Droit de la filiation, 4. Aufl., Genève/Zürich/Bâle 2009, N 688; SUTTER-SOMM/ KOBEL, Familienrecht, Zürich/Basel/Genf 2009, N 846; BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 6.
- 26 BGE 127 III 295, 298; BGE 123 III 445, 451; HAUSHEER/ GEISER/ AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2010, N 10.156.
- 27 HEGNAUER (Fn. 20), N 19.05; MEIER/ STETTLER (Fn. 25), N 689.
- 28 BGE 123 III 445, 451; BGE 130 III 585, 587 f.
- 29 BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 275 ZGB, N 2; FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 275 ZGB, N 2.

- 30 Der Wortlaut von Art. 279 Abs. 3 ZGB ist zu eng und steht im Widerspruch zu Art. 9 Abs. 2 und Art. 12 UN-KRK; BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 29; FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 273 ZGB, N 34 f.
- 31 Dazu sogleich, III. 2.
- 32 Vgl. FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 275 ZGB, N 4; FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 134 mit Art. 315a/b ZGB, N 40.
- 33 FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 275 ZGB, N 5.
- 34 HAUSHEER/ GEISER/ AEBI-MÜLLER (Fn. 26), N 10.174; BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 10; BernerKomm/ HEGNAUER, Art. 273 ZGB, N 121.
- 35 BGE 111 II 405, 408; FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 134 mit Art. 315a/b ZGB, N 29.
- 36 Ausführlich zur bisweilen schwierigen Abgrenzung der Zuständigkeiten MEIER, Compétences matérielles du juge matrimonial et des autorités de tutelle – Considérations théoriques et quelques cas pratiques, ZVW 2007, 109 ff.
- 37 Dies galt für alle eherechtlichen Verfahren; vgl. dazu MEIER/ STETTLER (Fn. 25), N 749.
- 38 BÜCHLER/ VETTERLI (Fn. 23), 236.
- 39 FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 275 ZGB, N 18.
- 40 Vgl. FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 275 ZGB, N 16; HÄFELI, Wegleitung für vormundschaftliche Organe, 4. Aufl., Zürich 2005, 90; HAUSHEER/ GEISER/ AEBI-MÜLLER (Fn. 26), N 10.173; SUTTER-SOMM/ KOBEL (Fn. 25), N 605; HÄFELI, Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten von Gerichten und vormundschaftlichen Behörden zur Regelung von Kinderbelangen, ZVW 1999, 224.
- 41 BGer, 26.2.2010, 5A_805/2009 E. 4.3 und 4.5, FamPra.ch 2010, 470, 473.
- 42 Vorentwurf einer Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) und des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Art. 220 StGB) vom Januar 2009, einsehbar unter http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/gesellschaft/ref_gesetzgebung/ref_elterlichesorge.html (12.4.2011).
- 43 Bericht zum Vorentwurf einer Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) und des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Art. 220 StGB), Januar 2009, einsehbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/elterlichesorge/vn-ber-d.pdf> (12.4.2011), 24.
- 44 BGer, 22.8.2008, 5A_388/2008 E. 3.
- 45 BGE 107 II 301, 305; HAUSHEER/ GEISER/ AEBI-MÜLLER (Fn. 26), N 10.174; FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 274 ZGB, N 17; vgl. auch BGer, 22.8.2008, 5A_388/2008 E. 3.
- 46 FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 134 mit Art. 315a/b ZGB, N 30; FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 275 ZGB, N 10.
- 47 Dazu MEIER, ZVW 2007, 109, 118 ff.; BaslerKomm/ BREITSCHMID, Art. 315–315b ZGB, N 9.
- 48 Vgl. MEIER, ZVW 2007, 109, 120 ff.
- 49 FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 273 ZGB, N 21.
- 50 SUTTER-SOMM/ KOBEL (Fn. 25), N 848.
- 51 BGE 122 III 404, 408; zum Begriff des Kindeswohls und den zu berücksichtigenden Faktoren ausführlich BIDERBOST, Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB), Diss. Freiburg 1996, 128 ff.

- 52 Dazu Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBI 2006 7221, 7366.
- 53 Dazu SCHWEIGHAUSER, Art. 296 ZPO, N 9, 12, in: SUTTER-SOMM/ HASENBÖHLER/ LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/Basel/Genf 2010.
- 54 Vgl. schon BGE 122 III 404, 408.
- 55 SCHWANDER, Kommentar zu Art. 296 ZPO, N 3, in: GEHRI/ KRAMER (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2010.
- 56 Zur Kindesanhörung unten, VII.
- 57 BÜCHLER/ VETTERLI (Fn. 22), 236; vgl. auch MEIER/ SETTLER (Fn. 25), N 717; SCHWEIGHAUSER (Fn. 53), Art. 296 ZPO, N 14.
- 58 Botschaft ZPO (Fn. 52), 7366.
- 59 FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 133 ZGB, N 12.
- 60 BGer, 24.10.2008, 5A_591/2008 E. 3.2, FamPra.ch 2009, 241, 242; BGer, 10.6.2009, 5A_170/2009 E. 2.2.1.
- 61 BGer, 22.1.2009, 5A_742/2008 E. 4.3, FamPra.ch 2009, 509, 512 f.
- 62 BGE 122 III 404, 408; MEIER/ SETTLER (Fn. 25), N 702; SUTTER-SOMM/ KOBEL (Fn. 25), N 853.
- 63 BGE 120 II 229, 233.
- 64 FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 133 mit 315a/b ZGB, N 29a.
- 65 Vgl. BGE 122 III 404, 407 f.; BIDERBOST, Zu Besuch bei ..., in: RUMO-JUNGO/ PICHONNAZ (Hrsg.), Kind und Scheidung, Zürich/Basel/Genf 2006, 147, 157.
- 66 BGE 122 III 404, 407; BÜCHLER/ VETTERLI (Fn. 22), 238.
- 67 HEGNAUER (Fn. 20), N 27.14; BernerKomm/ HEGNAUER, Art. 274 ZGB, N 23 ff.
- 68 FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 274 ZGB, N 8; MEIER/ SETTLER (Fn. 25), N 714; ausführlich zur Kindeswohlgefährdung BIDERBOST (Fn. 51), 132 ff.
- 69 BGE 122 III 404, 408; BGer, 25.8.2006, 5P.131/2006 E. 3; vgl. auch BIDERBOST (Fn. 51), 132 ff., 169 f.
- 70 Vgl. BIDERBOST (Fn. 51), 137; BernerKomm/ HEGNAUER, Art. 274 ZGB, N 25.
- 71 Zu diesem Grundsatz BÜCHLER/ VETTERLI (Fn. 22), 245 f.; BIDERBOST (Fn. 65), 147, 157; BIDERBOST (Fn. 51), 187 ff.
- 72 Vgl. BÜCHLER/ VETTERLI (Fn. 22), 246; BIDERBOST (Fn. 51), 147, 157.
- 73 BIDERBOST (Fn. 51), 191 ff.
- 74 BGE 122 III 404, 407.
- 75 BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 274 ZGB, N 5.
- 76 BGer, 6.7.2009, 5A_331/2009 E. 2.2.1, FamPra.ch 2009, 786, 788; BÜCHLER/ VETTERLI (Fn. 22), 238.
- 77 BGE 122 III 404, 407 f.; bestätigt in BGer, 5A_398/2009 E. 2.1, FamPra.ch 2010, 221, 222.

- 78 [BGE 122 III 404, 407 f.](#); [BGer, 6.7.2009, 5A_331/2009](#), E. 2.2.1, [FamPra.ch 2009, 786, 788](#).
- 79 [BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 22](#); [HEGNAUER \(Fn. 20\), N 19.28](#).
- 80 [HÄFELI \(Fn. 40\), 135](#); [BaslerKomm/ BREITSCHMID, Art. 307 ZGB, N 22](#).
- 81 [BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 23](#); [FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 273 ZGB, N 33](#); [Art. 292 StGB](#) lautet: Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.
- 82 Vgl. die Kompetenzaufteilung in [Art. 315 ff. ZGB](#) und dazu oben, III. 3.
- 83 Vgl. [HÄFELI \(Fn. 40\), 135 f.](#), der als Beispiele für weitere Möglichkeiten die Beratung durch die Vormundschaftsbehörde oder die Vermittlung einer Fachberatung bei einer Institution des freiwilligen Kinderschutzes nennt; vgl. auch [BaslerKomm/ BREITSCHMID, Art. 307 ZGB, N 19](#).
- 84 [BGer, 9.12.2009, 5A_457/2009 E. 4.3](#), [FamPra.ch 2010, 474, 477](#); [BaslerKomm/ HONSELL, Art. 4 ZGB, N 6 f.](#)
- 85 [BaslerKomm/ BREITSCHMID, Art. 307 ZGB, N 22](#).
- 86 [FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 273 ZGB, N 32](#) mit Hinweisen.
- 87 [OGER LU, FamPra.ch 2003, 191](#).
- 88 [BGer, 5A_457/2009 E. 4.3](#), [FamPra.ch 2010, 474, 477](#); vgl. auch [MEIER/ STETTLER \(Fn. 25\), N 728, 1132](#); zum Entscheid der Vorinstanz die zustimmenden Bemerkungen von [GLOOR, FamPra.ch 2009, 256, 264](#).
- 89 [BGer, 27.9.2005, 5P.263/2005 E. 2.3](#).
- 90 [BGer, 10.1.2007, 5P.316/2006 E. 4.2](#).
- 91 Ausführlich zum Besuchsrecht nach häuslicher Gewalt sogleich, VI; differenziert zur Möglichkeit der Mediation auch bei häuslicher Gewalt allerdings [STAUB, Pflichtmediation im Kinderschutz – Möglichkeiten und Grenzen. Ein Kommentar zum Urteil des Zürcher Obergerichts vom 14. Mai 2007 \(NX070006/U\), ZVW 2008, 432, 436 f.](#); ebenfalls zu Chancen und Risiken der Mediation in Konfliktsituationen mit Gewalt [MATEFI, Mediation bei häuslicher Gewalt?, FamPra.ch 2003, 260, 264 ff.](#); zur notwendigen Differenzierung zwischen hochstrittigen Beziehungen zwischen Eltern und von Gewalt geprägten Elternbeziehungen [SCHÜLER/ LÖHR, Begleiteter Umgang bei häuslicher Gewalt – Chance oder Verlegenheitslösung?, in: KAVEMANN/ KREYSSIG \(Hrsg.\), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, 273, 274 ff.](#)
- 92 Zu möglichen Formen vgl. [FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 274 ZGB, N 20](#).
- 93 [BGE 122 III 404, 405](#); [BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 25](#); [FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 275 ZGB, N 11](#).
- 94 Vgl. [HEGNAUER \(Fn. 20\), N 19.30](#).
- 95 [BGE 122 III 404, 408](#); [FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 274 ZGB, N 21](#).
- 96 [Bernerkomm/ HEGNAUER, Art. 275 ZGB, N 118 ff.](#)
- 97 Vgl. [BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 26](#).
- 98 [BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 27](#).

- 99 BÜCHLER/ VETTERLI (Fn. 23), 237 f.; vgl. auch BGE 119 II 201, 205, wonach ein Besuchsrecht, das über Jahre hinaus nur unter Aufsicht ausgeübt werden kann, das seelische Gleichgewicht beeinträchtigt und deshalb dem Kindeswohl eindeutig abträglich ist.
- 100 BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 27.
- 101 BGE 118 II 241, 242; vgl. BernerKomm/ HEGNAUER, Art. 275 ZGB, N 121.
- 102 BGE 118 II 241, 242; HEGNAUER (Fn. 20), N 19.30; im Einzelnen zu den Aufgaben des Beistandes BIDERBOST (Fn. 51), 314 ff.
- 103 Vgl. HÄFELI (Fn. 40), 138.
- 104 BGE 118 II 241, 242; bestätigt in BGer, 1.9.2004, 5C.146/2004 E. 4.2; HEGNAUER (Fn. 20), N 19.30; BIDERBOST (Fn. 51), 316 ff.; kritisch dazu VETTERLI, FamPra.ch 2009, 23, 38.
- 105 MEIER/ STETTLER (Fn. 25), N 728, FN 1617.
- 106 Vgl. BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 27; FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 274 ZGB, N 12; BGE 120 II 229, 232 ff.; BGE 119 II 201, 204 ff.
- 107 Vgl. BIDERBOST (Fn. 51), 153 f.
- 108 BIDERBOST (Fn. 51), 154; bejaht in BGE 119 II 201, 203 ff.
- 109 So bereits BÜCHLER (Fn. 2), 22 f.; Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Leitfaden zum Umgang mit Kindern bei Häuslicher Gewalt, März 2005, 1 ff.; HARTWIG, Auftrag und Handlungsmöglichkeiten der Jugendhilfe bei häuslicher Gewalt, in: KAVEMANN/ KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, 167, 173; ausführlich KINDLER, Partnergewalt und Beeinträchtigungen kindlicher Entwicklung: Ein Forschungsüberblick, in: KAVEMANN/ KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, 13, 36 ff., insb. 46 ff., sowie STRASSER, «In meinem Bauch zitterte alles.» Traumatisierung von Kindern durch Gewalt gegen die Mutter, in: KAVEMANN/ KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, 53 ff.; BRUNNER (Fn. 12), 78 f.
- 110 Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Leitfaden (Fn. 109), 2 mit zahlreichen Hinweisen.
- 111 BIG, Begleiteter Umgang bei häuslicher Gewalt (Fn. 8), 6; vgl. auch die Beispiele bei SEITH, Kinder und häusliche Gewalt – Herausforderungen für Behörden und Fachstellen, CHSS 5/2006, 249, 250.
- 112 EGGER/ SCHÄR MOSER (Fn. 5), 18; BIG, Begleiteter Umgang bei häuslicher Gewalt (Fn. 8), 6.
- 113 Bericht des Bundesrates «Jugend und Gewalt. Wirksame Prävention in den Bereichen Familie, Schule, Sozialraum und Medien», vom 20.5.2009, einsehbar unter http://www.bsv.admin.ch/themen/kinder_jugend_alter/00071/index.html?lang=de (15.4.2011), 36 f.
- 114 Informationen zu diesem Projekt unter <http://www.pinocchio-zh.ch/cms/pages/projekt-kidscare.php> (14.4.2011).
- 115 Dazu KAVEMANN (Fn. 9), 13, 22 ff.; Der Trennungsprozess ist in gewaltbelasteten Beziehungen oft besonders gefährlich; SEITH (Fn. 11), 103, 105; EGGER/ SCHÄR MOSER (Fn. 7), 26.
- 116 BIG, Begleiteter Umgang bei häuslicher Gewalt (Fn. 8), 5; IST, Manual 2011, Kapitel 1 (Fn. 3), 105/3; BÜCHLER, Zivilrechtliche Interventionen bei Gewalt in Lebensgemeinschaften, FamPra.ch 2000, 583, 585 f.
- 117 KAVEMANN (Fn. 9), 13, 22 ff.; Stiftung Kinderschutz Schweiz, Teil IV des Vorschlags für ein Nationales Kinderschutzprogramm NKP 2010–2020 (Fn. 15), 8 f.
- 118 Vgl. Polizei- und Militärdirektion Bern, Leitfaden (Fn. 109), 9.

- 119 Dazu KINDLER (Fn. 109), 36, 45; KAVEMANN (Fn. 9), 13, 15 ff.
- 120 IST, Manual 2011, Kapitel 1 (Fn. 3), 113/1.
- 121 Dazu bereits oben, IV.
- 122 CABERNARD/ VETTERLI, Die Anrufung des Zivilgerichts bei häuslicher Gewalt. Ein Beitrag zur Umsetzung des st. gallischen Polizeigesetzes, FamPra.ch 2003, 589, 604 f.
- 123 BGE 122 III 404, 408 f.
- 124 FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 133 ZGB, N 12; FamKomm Scheidung/ SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO, Art. 296 ZPO, N 18 ff.; vgl. bereits oben, IV.
- 125 Vgl. ZITELMANN, Kindeswohl und Kindesrechte in Gerichtsverfahren bei häuslicher Gewalt, in: KAVEMANN/ KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, 147, 151; KNECHT, Die Bedeutung von häuslicher Gewalt im Kontext von vormundschaftlichen Massnahmen, Referat anlässlich der Fachtagung vom 29. November 2006, Departement für Justiz und Sicherheit Thurgau, einsehbar unter http://www.djs.tg.ch/documents/Referat_Die_Bedeutung_von_haeuslicher_Gewalt_im_Kontext_von_vormundschaftlichen_Massnahmen_.pdf (25.5.2011), 8.
- 126 BGE 122 III 404, 408 f.; vgl. auch BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 275 ZGB, N 9; vgl. auch oben, IV.
- 127 MAIER, Aktuelles zu Eheschutzmassnahmen, Scheidungsgründen und Kinderbelangen anhand der Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, AJP 2008, 72, 89.
- 128 Vgl. CABERNARD/ VETTERLI, FamPra.ch 2003, 589, 604 f.; ausführlich auch FamKomm Scheidung/ VETTERLI, Art. 176 ZGB, N 22a.
- 129 BGer, 19.10.2007, 1C_219/2007 E. 2.3, FamPra.ch 2008, 172, 175.
- 130 BGer, 19.10.2007, 1C_219/2007 E. 2.5, FamPra.ch 2008, 172, 176.
- 131 Ausführlich KAVEMANN (Fn. 9), 13, 23 ff. Die Gefahr ist keineswegs hypothetisch: vgl. SCHÜLER/ LÖHR (Fn. 91), 273, 275 (mit Hinweisen), wonach ein Teil der Tötungsdelikte nach Trennungen nach häuslicher Gewalt gerade bei der Übergabe der Kinder stattfinden; weiter BRUNNER (Fn. 12), 78, 79.
- 132 BGer, 19.10.2009, 1C_219/2007 E. 2.5, FamPra.ch 2008, 172, 176.
- 133 BGer, 3.9.2009, 5A_377/2009 Regeste, FamPra.ch 2010, 209.
- 134 BGE 122 III 404, 407; BGer, 7.4.2000, 5C.22/2000 E. 2b, FamPra.ch 2000, 546, 549; FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 274 ZGB, N 12; das Besuchsrecht kann bei zeitlicher Dringlichkeit gestützt auf Art. 274 Abs. 2 ZGB auch vorsorglich entzogen werden; SUTTER-SOMM/ KOBEL (Fn. 25), N 848.
- 135 BGE 122 III 404, 407 f.
- 136 BGE 122 III 404, 407 f.
- 137 Vgl. SEITH, Interventionen für Kinder bei häuslicher Gewalt, Referat anlässlich der Kantonalen Fachtagung Häusliche Gewalt; Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern, Leitfaden (Fn. 109), 9; KINDLER (Fn. 109), 36, 47.
- 138 KINDLER (Fn. 109), 36, 45.
- 139 So Stiftung Kinderschutz Schweiz, Teil IV des Vorschlags für ein Nationales Kinderschutzprogramm NKP 2010–2020 (Fn. 15), 9 f.

- 140 FEGERT, Die Frage des Kindeswohls nach Trennung der Eltern in Fällen häuslicher Gewalt aus kinderpsychiatrischer Sicht, in: KAVEMANN/ KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, 157, 164; kritisch auch SCHÜLER/ LÖHR (Fn. 91), 273, 274 ff., die dezidiert für eine Differenzierung zwischen hochstrittigen Elterntrennungen und Trennungen nach Vorfällen von häuslicher Gewalt votieren.
- 141 FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 273 ZGB, N 15a; BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 274 ZGB, N 11; vgl. BGer, 26.2.2008, 5A_699/2007 E. 3, FamPra.ch 2008, 695, 697 ff.; für Deutschland RABE, Rechtlicher Schutz für Kinder vor häuslicher Gewalt, in: KAVEMANN/ KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, 125, 137 f.
- 142 BGer, 7.4.2000, 5C.22/2000 E. 2, FamPra.ch 2000, 546, 548 ff.
- 143 KNECHT (Fn. 125), 8; BIG, Begleiteter Umgang bei häuslicher Gewalt (Fn. 8), 13.
- 144 KINDLER/ SALZGEBER/ FICHTNER/ WERNER, Familiäre Gewalt und Umgang, FamRZ 2004, 1241, 1251.
- 145 BIG, Begleiteter Umgang bei häuslicher Gewalt (Fn. 8), 16.
- 146 Vgl. bereits oben, V. 5.
- 147 Zu konkreten Möglichkeiten der Ausgestaltung unten, VI.2.b.
- 148 BGE 119 II 201, 207.
- 149 BGer, 23.2.2011, 5A_716/2010 E. 4.
- 150 BGE 119 II 201, 206.
- 151 CABERNARD/ VETTERLI, FamPra.ch 2003, 589, 594; vgl. auch VETTERLI, Beschränkter Schutz in der Ehe?, AJP 2005, 295, 300.
- 152 Vgl. oben, V. 4.
- 153 BernerKomm/ HEGNAUER, Art. 275 ZGB, N 127; CABERNARD/ VETTERLI, FamPra.ch 2003, 589, 594.
- 154 Vgl. oben, V.5.
- 155 Vgl. Polizei- und Militärdirektion Bern, Leitfaden (Fn. 109), 9; KNECHT (Fn. 125), 8; BIG, Begleiteter Umgang bei häuslicher Gewalt (Fn. 8), 13.
- 156 Stiftung Kinderschutz Schweiz, Teil IV des Vorschlags für ein Nationales Kinderschutzprogramm NKP 2010–2020 (Fn. 15), 8 f.; so auch BIG, Begleiteter Umgang bei häuslicher Gewalt (Fn. 8), 8 f., 17.
- 157 Vgl. etwa zu sozialen Trainingskursen zur väterlichen Verantwortung nach häuslicher Gewalt BECKMANN/ HAFNER, Fathering after violence – Evaluation von Sozialen Trainingskursen in Deutschland und internationale Konzepte für Gruppenarbeit zum Abbau von Gewalt gegen Frauen; in: KAVEMANN/ KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, 400, 407 ff.; vgl. den Überblick über die verschiedenen Angebote bei der Eidgenössischen Fachstelle gegen Gewalt FGG, einsehbar unter <http://www.ebg.admin.ch/themen/00009/00089/index.html?lang=de> (16.4.2011), sowie EGGER, Beratungsarbeit und Anti-Gewalt-Programme für Täter und Täterinnen häuslicher Gewalt in der Schweiz, Schlussbericht im Auftrag der Fachstelle gegen Gewalt, Mai 2008, einsehbar unter <http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00196/index.html?lang=de> (16.4.2011).
- 158 Vgl. BGer, 9.12.2009, 5A_457/2009 E. 4.

- 159 Vgl. etwa CABERNARD/ VETTERLI, FamPra.ch 2003, 589, 601 f.; in ungefähr einem Viertel der Fälle häuslicher Gewalt ist Alkohol ein die Gewalt begünstigender Faktor; vgl. IST, Manual 2011, Kapitel 1 (Fn. 3), 101/1.
- 160 BGer, 1.6.2005, 5C.63/2005 E. 1.2.3 mit Bemerkungen SCHWEIGHAUSER, FamPra.ch 2005, 961 ff.; MEIER/ STETTLER (Fn. 25), N 747; BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 275 ZGB, N 9.
- 161 BÜCHLER/ VETTERLI (Fn. 23), 236; HEGNAUER (Fn. 20), N 19.14; HAUSHEER/ GEISER/ AEBI-MÜLLER (Fn. 26), N 17.42; BernerKomm/ HEGNAUER, Art. 275 ZGB, N 46; zur Verweigerung der Anhörung bei einem knapp sechsjährigen Kind, das den Vater nicht kannte: BGE 124 III 90, 92.
- 162 FamKomm Scheidung/Schweighauser, Anh. ZPO, Art. 298 ZPO, N 8; SCHWANDER, Kommentar zu Art. 298 ZPO, N 3 in: GEHRI/ KRAMER (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Zürich 2010.
- 163 Vgl. dazu FamKomm Scheidung/ SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO, Art. 299 ZPO, N 22 ff.: Urteilsfähigkeit ungefähr ab dem zehnten Altersjahr.
- 164 Vgl. Stiftung Kinderschutz Schweiz, Teil IV des Vorschlags für ein Nationales Kinderschutzprogramm NKP 2010–2020 (Fn. 15), 8.
- 165 BÜCHLER/ VETTERLI (Fn. 23), 236; HEGNAUER (Fn. 20), N 19.14; BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 11; BGE 124 III 90, 93 mit Hinweisen; BGer, 22.4.2009, 5A_92/2009 E. 5.1.2, FamPra.ch 2009, 786, 789; BGer, 16.11.2007, 5A_107/2007 E. 3, FamPra.ch 2008, 429 ff.
- 166 FamKomm Scheidung/ SCHREINER, Anh. Psych. N 127.
- 167 STAUB, Kontaktwiderstände des Kindes nach der Trennung der Eltern: Ursache, Wirkung und Umgang, ZKE 2010, 349, 355 ff.
- 168 Auf die aus psychologischer Sicht problematische Missachtung des induzierten Kindeswillens wurde insbesondere im Rahmen der Diskussion über das fachlich höchst umstrittene «Parental Alienation Syndrom» (PAS) wiederholt hingewiesen. Vgl. hierzu 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, 355 f.; SIMONI, Beziehung und Entfremdung, FamPra.ch 2005, 772, 782 ff.; FamKomm Scheidung/ VETTERLI, Art. 176 ZGB, N 3; vgl. jedoch STAUB (Fn. 167), 349, 360.
- 169 Vgl. BRUNNER/ SIMONI, FamPra.ch 2001, 349, 356 f.
- 170 FamKomm Scheidung/ SCHREINER, Anh. Psych. N 128; vgl. zur Frage der adäquaten Altersgrenzen für die Realisierung von Partizipationsrechten auch BRUNNER/ SIMONI, FamPra.ch 2011, 349, 354 f., 358.
- 171 BGer, 6.4.2006, 5C.293/2005 E. 4.2; bestätigt in BGer, 16.11.2007, 5A_107/2007 E. 3, FamPra.ch 2008, 429 ff., und BGer, 22.4.2009, 5A_92/2009 E. 5.1.2, FamPra.ch 2009, 786, 789.
- 172 Vgl. FamKomm Scheidung/ SCHREINER, Anh. Psych. N 104.
- 173 BGer, 21.2.2007, 5C.298/2006 E. 2.3, FamPra.ch 2007, 713, 715 f.
- 174 BGer, 6.7.2009, 5A_331/2009 E. 2.2.2 ff.; BGer, 23.12.2008, 5A_341/2008 E. 4.3, FamPra.ch 2009, 513, 516; vgl. auch BGer, 6.7.2009, 5A_331/2009 E. 2.2.3; BGE 127 III 295, 298; MEIER/ STETTLER (Fn. 25), N 691.
- 175 BGer, 23.12.2008, 5A_341/2008 E. 4.3, FamPra.ch 2009, 513, 516.
- 176 BGer, 6.4.2006, 5C.293/2005 E. 4.2, FamPra.ch 2006, 757.
- 177 Vgl. BRUNNER (Fn. 12), 78, 79 ; vgl. auch BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 11.

- 178 ZITELMANN (Fn. 125), 147, 154.
- 179 BGE 126 III 219, 221 f.
- 180 BGE 126 III 219, 221; bestätigt in BGer, 3.1.2006, 5C.250/2005 E. 3.2.
- 181 BGE 127 III 295, 298; BGE 111 II 405, 408.
- 182 Vgl. hierzu auch BGer, 9.12.2009, 5A_457/2009 E. 3.2, in welchem das Bundesgericht zum Schluss kommt, dass man die Meinung der Kinder deshalb nicht berücksichtigen könne, weil aufgrund der andauernden Manipulationen und Beeinflussungen die «wahre Meinung» gar nicht mehr eruiert werden könne; ähnlich die Argumentation in BGer, 23.12.2008, 5A_341/2008 E. 4.3.
- 183 BGer, 3.1.2006, 5C.250/2005 E. 3.2, FamPra.ch 2006, 751, 752; vgl. auch BGE 126 III 219, 221 f.; BGer, 16.11.2007, 5A_107/2007 E. 3.3; BernerKomm/ HEGNAUER, Art. 274 ZGB, N 33; HAUSHEER/ GEISER/ AEBI-MÜLLER (Fn. 26), N 17.40; MEIER/ STETTLER (Fn. 25), N 724.
- 184 So auch BIG, Begleiteter Umgang bei häuslicher Gewalt (Fn. 8), 17.
- 185 Für gänzlichen Ausschluss BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 11.
- 186 BÜCHLER/ VETTERLI (Fn. 23), 237; BaslerKomm/ SCHWENZER, Art. 274 ZGB, N 13; HAUSHEER/ GEISER/ AEBI-MÜLLER (Fn. 26), N 10.159; SUTTER/ FREIBURGHaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 133 ZGB, N 27; ausführlich zur Problematik der zwangsweisen Durchsetzung FamKomm Scheidung/ BÜCHLER/ WIRZ, Art. 274 ZGB, N 15.
- 187 SIMONI/ VETTERLI, Partizipation von Kindern im Verfahren, in: SCHWENZER/ BÜCHLER (Hrsg.), Vierte Schweizer Familienrecht§Tage, 139, 141 f.
- 188 A.M. BGer, 9.12.2009, 5A_457/2009 E. 3.2, wonach selbst dem urteilsfähigen Kind in Besuchsrechtsbelangen kein Selbstbestimmungsrecht zustehe.
- 189 BGE 111 II 405, 407.
- 190 Dazu oben, VI. 1. und 2.