

Andrea Büchler
Roland Fankhauser

HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER
ANDREA BÜCHLER
MICHELLE COTTIER

Zehnte Schweizer Familienrecht§Tage

9./10. September 2022
in Zürich



Stämpfli Verlag

Andrea Büchler / Roland Fankhauser
Zehnte Schweizer Familienrechtstage
9./10. September 2022 in Zürich

BAND 28

SCHRIFTENREIHE ZUM FAMILIENRECHT
COLLECTION DE DROIT DE LA FAMILLE

FAMPRA.ch

© Stämpfli Verlag AG Bern

SCHRIFTENREIHE ZUM FAMILIENRECHT
COLLECTION DE DROIT DE LA FAMILLE

FAMPRA.ch

HERAUSGEBERINNEN

Ingeborg Schwenzer
Andrea Büchler
Michelle Cottier

Andrea Büchler
Professorin an der Universität Zürich

Roland Fankhauser
Professor an der Universität Basel

Zehnte Schweizer Familienrecht§Tage

9./10. September 2022 in Zürich



Stämpfli Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

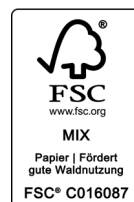
© Stämpfli Verlag AG Bern · 2023
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-4311-0

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-6638-6

printed in
switzerland



© Stämpfli Verlag AG Bern

Kindesschutz- und kinderrechtliche Instrumente in Konfliktsituationen: Vor- und Nachteile

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

Daniel Rosch, Prof. (FH) Dr. iur., dipl. Sozialarbeiter FH, systemischer Berater & Familientherapeut (DGSF), Hochschule Luzern, Soziale Arbeit

Carole Bruttin, MLaw, juristische Mitarbeiterin Willimann & Donghi Rechtsanwälte, nebenamtliche Ersatzrichterin, Bezirksgericht Horgen

Stichwörter: *Kindesrecht und Kindesschutzrecht, Verfahrensmaximen, Kriterien für die Zuteilung der elterlichen Sorge, der Obhut und die Festlegung des persönlichen Verkehrs, verfahrensrechtliche Instrumente im Kindesrecht und Kindesschutzrecht, Eingriffsschwelle, Anhörung, Gutachten, Mediation, interdisziplinäre Ansätze, Elternkurse, «Kinder aus der Klemme», sozialpädagogische Familienbegleitung.*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	144
II.	Kindesschutz im Eheschutzverfahren	144
III.	Kindesrecht / Kindesschutz	145
	1. Zuständigkeit für Kindesschutzfragen	145
	2. Offizial- und Untersuchungsmaxime	146
	3. Eingriffsschwellen und Überschneidungen	148
IV.	Kriterien aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Zuteilung von elterlicher Sorge, Obhut und die Festlegung des persönlichen Verkehrs	149
	1. Elterliche Sorge	150
	2. Zuteilung alleinige Obhut	150
	3. Alternierende Obhut	151
	4. Persönlicher Verkehr	153
V.	Kriterien und Instrumente des Kindesschutzes	157
VI.	Verfahrensrechtliche Instrumente	158
	1. Gutachten	159
	2. Anhörung	162
	3. Verfahrensbeistandschaft / Vertretung	164
	4. Mediationsversuch	164

VII. Persönlicher Verkehr nach Gewalterfahrungen – einige Hinweise	166
VIII. Interdisziplinäre Ansätze im Kindesrecht und Kindesschutzrecht	168
1. Methodische Überlegungen	168
a) Von Positionen zu Interessen («Harvard Prinzip»)	168
b) Von der Paarebene auf die Elternebene (Rollenbewusstsein)	168
c) Kindesorientierung als Lösungsmaßstab	169
2. Multifamilientherapeutische Ansätze	169
3. Weitere Instrumente	170
4. Allgemeine Anhaltspunkte für Vor- und Nachteile von kinder(schutz)rechtlichen Instrumenten	171

I. Einleitung

Die Erfahrung zeigt, dass es für rechtsanwendende Behörden und Gerichte zuweilen sehr herausfordernd sein kann, bei Kindeswohlgefährdungen das geeignete Instrument auszuwählen, um der Gefährdung angemessen zu begegnen. Stellen sich kindesschutzrechtliche Fragen innerhalb eines familienrechtlichen Verfahrens am Gericht, sind auch der «Rollenwechsel» der RichterIn oder des Richters und die unterschiedlichen Verfahrensmaximen zu beachten.

In der Praxis kommen bei ähnlichen Gefährdungslagen mitunter mehr oder weniger «routinemässig» bestimmte Instrumente zur Anwendung. Dabei unterscheidet sich die Praxis nicht nur zwischen den Kantonen, sondern auch zwischen Kindesschutzbehörden und Gerichten ziemlich deutlich, wie sich in der Diskussion im Arbeitskreis erneut gezeigt hat. Kindesschutzrechtliche Instrumente haben jedoch Vor- und Nachteile, Chancen und Grenzen und müssen jeweils spezifisch auf die individuelle Situation abgestimmt sein. Der Arbeitskreis 6 bot die Gelegenheit, diese Fragen zu beleuchten und mit den Teilnehmenden in einen Erfahrungsaustausch zu treten. Der folgende Beitrag zeigt die Instrumente im Sinne eines Überblicks auf und vertieft einzelne Fragen, die im Arbeitskreis diskutiert wurden.

II. Kindesschutz im Eheschutzverfahren

Anhand eines kantonalen Entscheids lässt sich die Problematik rund um den Übergang «familienrechtliches Verfahren» – «kindesschutzrechtliches Verfahren» in ihrer praktischen Bedeutung erfassen. Im konkreten Entscheid ging es um die Regelung des Getrenntlebens der Eltern von drei minderjährigen Töchtern.¹ Sie hatten zum Zeitpunkt der Einreichung des Eheschutzbegehrens bereits seit einigen Monaten getrennt gelebt, wobei die Töchter mit dem Vater zusammenwohnten und keinen

¹ OGer AG, 15.3.2022, ZSU.2021.256.

Kontakt zur Mutter hatten. Die Mutter beantragte die alleinige Obhut über die drei Töchter, eventualiter ein umfangreiches Kontaktrecht mit drei Betreuungstagen pro Woche. Der Vater beantragte ebenfalls die Obhut, die Regelung des Besuchsrechts der Mutter und «allfällige Unterhaltsbeiträge». Das Gericht hörte nur die älteren beiden Töchter an, wobei nicht weiter begründet wurde, weshalb auf die Anhörung des jüngsten Kindes verzichtet wurde. Beide angehörten Kinder berichteten dem Gericht von massiver, von der Mutter ausgehender physischer und psychischer Gewalt sowie sexuellen Grenzverletzungen. Aufgrund dieser Erfahrungen lehnten beide angehörten Kinder jeden weiteren Kontakt zur Mutter ab; insbesondere wurde angegeben, der Kontakt mit der Mutter berge die Gefahr der Retraumatisierung. Ein eingereichter Arztbericht für die älteste Tochter bestätigte eine psychiatrische und psychotherapeutische Behandlung mit entsprechender Medikation.

III. Kindesrecht / Kindesschutz

1. Zuständigkeit für Kindesschutzfragen

Im besprochenen Fall werden die (zuweilen auch fließenden) Grenzen zwischen der kindesrechtlichen Regelung der Kinderbelange (*in casu* insbesondere der elterlichen Sorge, der Obhut, des persönlichen Verkehrs und des Kindesunterhalts) und eigentlicher kindesschutzrechtlicher Problemstellungen und Fragen deutlich. Mag der Fall für ein Eheschutzgericht an einer eher extremen Seite des Spektrums zwischen Kindesrecht und Kindesschutz liegen, so ist er im Tätigkeitsbereich der Kindesschutzbehörden kaum eine Ausnahme.

Formell ist das Kindesschutzrecht (Art. 307 ff. ZGB) ein Teilbereich des Kindesrechts (Art. 252 ff. ZGB). Für beide Bereiche gilt, dass das Kindeswohl die oberste Maxime des Handelns ist.² Aufgrund von Art. 11 BV kommt dem Kindeswohl Verfassungsrang zu. Es bildet deshalb oberste Richtschnur aller Regelungen, die sich auf Kinder beziehen. Für Kindesschutzmassnahmen ist das Kindeswohl insofern von besonderer Bedeutung, als seine Gefährdung die Schwelle darstellt, welche staatliches Handeln rechtfertigt.³ Kindesschutzmassnahmen setzen also immer eine Kindeswohlgefährdung voraus.

Aufgrund der deutlichen Hinweise der Kinder auf massive Gewalterfahrungen war *in casu* offensichtlich eine Kindeswohlgefährdung abzuklären. Ist das Wohl des Kindes gefährdet, ist das Eheschutzgericht, welches mit dem Fall befasst ist, auch für die Ergreifung der erforderlichen Kindesschutzmassnahmen zuständig (sog.

² GERBER, Wann interveniert der Staat in Familien, Bern 2021, N 69 und 168 f.

³ St.GallerKomm/REUSSER/LÜSCHER, Art. 11 BV, N 8; vgl. auch BGE 132 III 359 = FamPra.ch 2006, 676; BGE 129 III 250, 255 f.

Kompetenzattraktion, Art. 315a Abs. 1 ZGB).⁴ Das Eheschutzgericht wechselt also gemäss der Zuständigkeitsordnung in Art. 315a ZGB gleichsam den Hut bzw. setzt sich einen zusätzlichen Hut auf und wird zusätzlich auch noch zu einer Kindeschutzbehörde. Ansonsten, d.h. ausserhalb von eherechtlichen Verfahren, ist regelmässig die Kindeschutzbehörde zuständig, erforderliche Kindeschutzmassnahmen zu treffen (Art. 315 Abs. 1 ZGB). Im Einzelnen kann die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Gericht und Kindeschutzbehörde schwierig sein, zumal sie teilweise nach wie vor vom Zivilstand abhängt.⁵ Darauf wird im Folgenden nicht näher eingegangen.

2. *Offizial- und Untersuchungsmaxime*

Für die Kindeschutzbehörde gelten andere Verfahrensbestimmungen als für das Gericht. In Kinderbelangen sind aber für beide die Offizial- und die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime massgebend.⁶ Für das Verfahren vor Gericht sind sie in Art. 296 ZPO, für das Verfahren vor der KESB in Art. 446 (i.V.m. Art. 314 Abs. 1) ZGB normiert. Das Gericht muss deshalb – genau wie die KESB – den Sachverhalt von Amtes wegen erforschen und ohne Bindung an die Parteianträge entscheiden (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO; Art. 446 Abs. 1 und 3 ZGB).⁷ In gleicher Weise ist die KESB nicht an den Inhalt der Gefährdungsmeldung gebunden, sondern bestimmt den Untersuchungsgegenstand im Einzelfall selbständig. Die Gefährdungsmeldung ist hierbei vorab Anlass für das Verfahren.⁸ Ebenfalls ist für beide der Grundsatz massgebend, dass das Recht von Amtes wegen anzuwenden ist (*iura novit curia*, Art. 57 ZPO; Art. 446 Abs. 4 ZGB).

Der sog. *uneingeschränkte* Untersuchungsgrundsatz verpflichtet die untersuchende Behörde oder das Gericht dazu, diejenigen Abklärungen zu veranlassen und zu treffen, die notwendig sind, um den massgeblichen Sachverhalt zu ermitteln,⁹ d.h. von sich aus alle notwendigen Beweise zu erheben. Dies gilt auch dann, wenn diese

⁴ TEWLIN, Die Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit zwischen Gericht und KESB in Kinderbelangen, recht 2021, 144, 152.

⁵ Vgl. dazu näher TEWLIN, recht 2021, 144, 152.

⁶ BaslerKomm/MAZAN/STECK, Art. 296 ZPO, N 3.

⁷ Die Offizialmaxime besagt, dass die Parteien nicht frei über den Gegenstand des Prozesses verfügen können; das Gericht oder die Behörde kann einer Partei mehr oder anderes zusprechen, als die Partei selbst verlangt hat und es/sie kann ohne Parteiantrag entscheiden, z.B. auch dann eine Kindesvertretung anordnen, wenn die Parteien keine solche beantragt haben. Die Parteien können also – anders als bei der Dispositionsmaxime – nicht über den Streitgegenstand verfügen und das Verfahren regelmässig nicht durch einen gerichtlichen Vergleich beenden; HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Diss. Zürich/Basel/Genf 2012, N 174.

⁸ HAURI/JUD/LÄTSCH/ROSCH, Abklärungen im Kindeschutz, Das Berner und Luzerner Abklärungsinstrument in der Praxis, Bern 2021, 42; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht – Grundlagen und Bundesrechtspflege, Basel 2021, N 981 ff.

⁹ HERZIG (Fn. 7), N 177.

von den Parteien nicht angeboten werden und wenn damit Kosten verbunden sind¹⁰ und erstreckt sich auch auf die Fragen, ob das Kind angehört und eine Kindesvertretung angeordnet werden¹¹ und ob die Parteien zu einem Mediationsversuch aufgefordert werden sollen.¹² Die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime erlaubt es, den Sachverhalt nach eigenem Ermessen und auch auf unübliche Art und Weise abzuklären und die notwendigen Beweise einzuholen, wobei selbstredend der Grundsatz der Verhältnismässigkeit einzuhalten ist, ist doch jedes staatliche Handeln daran gebunden.¹³

Beide, die KESB und das Gericht, sind demnach an die gleichen, inhaltlich identischen Verfahrensmaximen gebunden, wenn sie in Kinderbelangen entscheiden. Einzig bei der Frage, ob das Verfahren von Amtes wegen eingeleitet werden kann (KESB) oder nicht (Gericht) bestehen Unterschiede.¹⁴

Während die KESB ihre Verfahren ohnehin immer nach diesen Grundsätzen führt, muss das in einem eherechtlichen Verfahren befassende Gericht immer dann vom Verhandlungsgrundsatz¹⁵ bzw. vom eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz¹⁶ und von der Dispositionsmaxime¹⁷ zum uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz und der Officialmaxime wechseln, wenn Kinderbelange betroffen sind. Dies erfordert viel Flexibilität und eine gute Verfahrenkenntnis und führt zuweilen dazu, dass Gerichte von sich aus den rechtserheblichen Sachverhalt (zu) wenig aktiv abklären.¹⁸

¹⁰ BaslerKomm/MAZAN/STECK, Art. 296 ZPO, N 7 und 15.

¹¹ Kindesanhörung: Art. 314a Abs. 1 ZGB; Art. 298 Abs. 1 ZPO; Kindesvertretung: Art. 314a^{bis} ZGB; Art. 299 ZPO.

¹² Mediationsversuch: Art. 297 Abs. 2 ZPO; Art. 314 Abs. 2 ZGB.

¹³ BernerKomm/AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 298 ZGB, N 66; BICKEL, Antizipierte Beweiswürdigung, Bern 2021, N 747; vgl. auch zum pflichtgemässen Ermessen: BGer, 8.3.2019, 5C_1/2018, E. 5.2.

¹⁴ BaslerKomm/MAZAN/STECK, Art. 296 ZPO, N 3.

¹⁵ Verhandlungsmaxime: Nur die durch die Parteien behaupteten Tatsachen sind Gegenstand des Verfahrens, Abklärungen zur Erforschung des Sachverhalts durch das Gericht sind nicht zulässig; HERZIG (Fn. 7), N 170.

¹⁶ Der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz bzw. die beschränkte Untersuchungsmaxime hat v.a. soziale Gründe und soll die schwächere Partei stützen. Sie gilt z.B. im Eheschutzverfahren («das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest») im Unterschied zu «erforscht»; vgl. Art. 272 ZPO).

¹⁷ Nach der Dispositionsmaxime, die in der Regel für Zivilprozesse massgebend ist, entscheiden die Parteien über Gegenstand und Länge eines Verfahrens, ebenfalls liegt es in ihrer Hand überhaupt ein Verfahren einzuleiten oder eine Klage auch wieder zurückzuziehen; HERZIG (Fn. 7), N 170.

¹⁸ Vgl. Ziffer VI. zum Freibeweis.

3. Eingriffsschwellen und Überschneidungen

Neben den Verfahrensgrundsätzen im Kindesrecht und Kindesschutzrecht sind auch die unterschiedlichen Eingriffsschwellen zu beachten. Dahinter steht die Frage, welcher Massstab im Rahmen der Abklärung bzw. der Untersuchungsmaxime anzuwenden ist. Das führt nicht zuletzt auch zu unterschiedlichen «Kindeswohl»-Begriffen. In Anlehnung an die Terminologie von DETTENBORN¹⁹ wird von der «Best-Variante», der «Gut-genug-Variante» und der «Minimal-/Mindestvariante» gesprochen.²⁰

Die «Best-Variante» umschreibt die beste oder zumindest bestmögliche Variante für ein Kind. Das Optimum für ein Kind soll ermöglicht werden. Dieser Massstab findet sich selten im staatlichen Kindes(schutz)recht, am ehesten noch bei Abklärungen im Zusammenhang mit Adoptionen.²¹

Die «Gut-genug-Variante» begnügt sich demgegenüber mit einer günstigen entwicklungsförderlichen Relation von Bedürfnissen und Lebensbedingungen. Das Optimum steht nicht im Vordergrund, sondern eine günstige kindeswohlförderliche Entwicklung ist ausreichend. Dieser Massstab findet sich insbesondere in kindesrechtlichen Verfahren, etwa bei der Zuteilung der elterlichen Sorge und Obhut, aber auch beim persönlichen Verkehr. So zeigt es sich beim persönlichen Verkehr, dass es hier im Kern darum geht, den persönlichen Verkehr zwischen den Beteiligten zu ermöglichen. Das Optimum steht nicht im Vordergrund, sondern vielmehr die Schwelle, dass der persönliche Verkehr eine günstige kindeswohlförderliche Entwicklung für das minderjährige Kind garantieren soll.

Die «Minimal- oder Mindestvariante» wird vom Eingriffskontext geprägt. Kindesschutz ist dem Eingriffssozialrecht²² zuzuordnen. Es wird in grundrechtliche Positionen eingegriffen. Folglich haben sich die Behörden auch an der Grundrechtssystematik des Art. 36 BV zu orientieren.²³ Diese grundrechtlichen Bezüge beeinflussen auch den Massstab oder die Umschreibung des Kindeswohls. Der Staat darf nur soweit eingreifen, bis die Gefährdung ausreichend behoben ist. Es geht somit bei der «Mindestvariante» um eine Lösung, welche die Kindeswohlgefährdung oder die

¹⁹ Vgl. DETTENBORN, Kindeswohl und Kindeswille, Psychologische und rechtliche Aspekte, München 2021, 55 ff.

²⁰ Siehe zu den im folgenden Text ausgeführten Schwellen ausführlich GERBER (Fn. 2), N 96 ff.; ROSCH, Sechs ausgewählte Orientierungsgrössen in der Abklärung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, ZKE 2020, 299, 303 f.

²¹ KuKo/PFAFFINGER, Art. 264 ZGB, N 4; BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 264 ZGB, N 19.

²² Es wird in grundrechtliche Positionen eingegriffen, um sozialstaatliche Ziele im Einzelfall zu erreichen. «Hilfe durch Eingriff», vgl. ROSCH, in: ROSCH/FOUNTOULAKIS/HECK (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Recht und Methodik für Fachleute, Bern 2022, N 4 ff., 13 ff. (zit. Handbuch KESR).

²³ Vgl. BernerKomm/AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Vorbem. zu Art. 307-327c ZGB, N 256 f.

Schutzbedürftigkeit ausreichend abwendet, also dafür besorgt ist, dass die Gefährdungsschwelle nicht unterschritten wird. Bei Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307 ff. ZGB findet somit die «Mindestvariante» Anwendung.

Diese Varianten, Schwellen oder unterschiedlichen Kindeswohlbegriffe ermöglichen eine Orientierung im Rahmen der Untersuchungsmaximen. Es finden sich jedoch auch hier Mischformen und Diskussionsspielräume, die in der Theorie erst teilweise diskutiert wurden. So ist beispielsweise die Weisung oder Ermahnung nach Art. 273 Abs. 2 ZGB formal eine kindesrechtliche Massnahme, die im Kindeschutzrecht bei Art. 307 Abs. 3 ZGB wiederum Erwähnung findet. Soll Art. 273 Abs. 2 ZGB eine eigenständige Bedeutung zukommen, so müsste sie im Dienste der «Gut-genug-Variante» stehen – im Unterschied zu derselben Massnahme bei Art. 307 Abs. 3 ZGB, welche der «Mindestvariante» zuzuordnen wäre. Ähnliches müsste für die Schranken nach Art. 274 Abs. 2 ZGB, für die Weisung im Kindesvermögensrecht nach Art. 324 Abs. 2 ZGB oder aber auch allgemeiner für das Verhältnis des Kindesvermögensschutzes von Art. 324 f. ZGB zum Kindeschutz der Art. 307 ff. ZGB gelten. Inwiefern das Kindes(schutz)recht derart systematisch entwickelt wurde, wäre zu prüfen und ist wohl eher nicht anzunehmen. Vielmehr sind die erwähnten Varianten und Kindeswohlbegriffe gedankliche Konstrukte. Sie ermöglichen eine bessere Kategorisierung staatlichen Handelns im Kindeschutzbereich und binden dieses Handeln an eine Rechtfertigungspflicht. Immerhin dürfte im Grundsatz klar sein, dass die «Mindestvariante» dann zur Anwendung gelangt, wenn es um eigentliche Kindeschutzmassnahmen nach Art. 307 ff. ZGB geht, auch wenn es sich im Ausgangspunkt um die Regelung kindesrechtlicher Belange wie persönlicher Verkehr oder Kindesunterhalt handelt. Wird in diesen Belangen beispielsweise eine Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB notwendig, ist die «Mindestvariante» anwendbar.

IV. Kriterien aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Zuteilung von elterlicher Sorge, Obhut und die Festlegung des persönlichen Verkehrs

Bei Trennung oder Scheidung verheirateter und Trennung unverheirateter Paare mit Kindern stellen sich die Fragen nach der Zuteilung der elterlichen Sorge, der Obhut und der Regelung des persönlichen Verkehrs.²⁴ Ist das Kindeswohl gefährdet, sind zudem Kindeschutzmassnahmen erforderlich. Die Rechtsprechung hierzu ist

²⁴ Ebenfalls ist der Unterhalt für das Kind zu regeln. Dieses Themengebiet wurde jedoch zur Vermeidung von Überschneidungen mit anderen Arbeitskreisen vollständig ausgeklammert.

reichhaltig und differenziert. Die wichtigsten Kriterien für die Zuteilung der elterlichen Sorge, der Obhut und die Regelung des persönlichen Verkehrs werden im Folgenden kurz zusammengefasst.

1. *Elterliche Sorge*

Die elterliche Sorge wird bei einer Trennung oder Scheidung grundsätzlich beiden Elternteilen belassen. Die alleinige elterliche Sorge wird nur dann angeordnet, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Massgebend sind insbesondere folgende Kriterien:

- schwerwiegender und chronischer elterlicher Dauerkonflikt, bei welchem die Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit zwischen den Eltern anhaltend nicht mehr vorhanden ist
- negative Auswirkungen auf das Kindeswohl
- Erwartung, dass sich der Konflikt durch die Alleinzuteilung entschärft und sich dies positiv auf das Kindeswohl auswirkt (Verhältnismässigkeit).

Weil die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge auf Ausnahmefälle begrenzt werden soll, sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts übliche Meinungsverschiedenheiten und Auseinandersetzungen während einer Trennungsphase nicht ausreichend, um die alleinige elterliche Sorge zu begründen.²⁵

Die Alleinzuteilung ist allerdings dann zu prüfen, wenn sich das Kind in einem Loyalitätskonflikt befindet, wenn es von den Eltern instrumentalisiert wird, wenn keine Bindungstoleranz zum anderen Elternteil vorhanden ist oder wenn ein elterliches Zusammenwirken in Fragen, die das Kind betreffen, nicht mehr möglich ist und ständig das Gericht oder die KESB einbezogen werden müsste.²⁶

2. *Zuteilung alleinige Obhut*

Bei der alleinigen Obhut hat das Bundesgericht in einem mittlerweile etwas älteren Entscheid festgehalten, dass die Obhut demjenigen Elternteil zuzuteilen ist, «bei welchem Elternteil das Kind aller Wahrscheinlichkeit nach am besten aufgehoben sein wird, wo es die für seine körperliche und seelisch-geistige Entwicklung nötige Hinwendung und Wärme am ehesten finden kann und wo auch die Bereitschaft grösser ist, dem Kind den Kontakt zum anderen Elternteil zu ermöglichen».²⁷ Folgende Kriterien sind bei der Zuteilung der alleinigen Obhut zu prüfen:

²⁵ BGE 142 III 1, 6; BGE 141 III 472, 478.

²⁶ BGE 142 III 1, 7; BGE 141 III 472, 478.

²⁷ BGE 117 II 353, 355 (aus dem Jahr 1991); seitens der Rechtsvertretung der Mutter wurde noch mit der natürlichen Vorrangstellung der Mutter in Betreuungsaufgaben argumentiert, was das Bundesgericht aber bereits nicht mehr gestützt hat. Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung und für die heute geltenden Kriterien auch BGE 142 III 498, 499 f. (Entscheid über den Wegzug nach

- Erziehungsfähigkeit (wird grundsätzlich vermutet)²⁸, sofern bei beiden gleichwertig vorhanden:
- Stabilität der Betreuungsverhältnisse bzw. tatsächliche Betreuungssituation (Qualität und Kontinuität der bestehenden Betreuungssituation)
- Kooperationsfähigkeit der Eltern²⁹
- Persönliche Beziehung zwischen Elternteil und Kind (Bindung und echte Zuneigung)
- Wunsch und Wille des Kindes³⁰
- Geschwisterbeziehungen

Während die ältere Rechtsprechung noch speziell darauf achtete, ob beim Obhut innehabenden Elternteil die Möglichkeit zur persönlichen Betreuung bestand,³¹ so spielt dieses Kriterium heute praktisch nur noch dann eine Rolle, wenn spezifische Bedürfnisse des Kindes eine persönliche Betreuung notwendig erscheinen lassen oder wenn ein Elternteil selbst in den Randzeiten (d.h. morgens, abends und an den Wochenenden) nicht bzw. kaum zur Verfügung stünde; ansonsten ist von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen.³²

3. *Alternierende Obhut*

Die Rechtsprechung zur alternierenden Obhut ist mittlerweile sehr reichhaltig, zumal sie seit dem 1. Januar 2017 auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes jeweils speziell zu prüfen ist und auch gegen den Willen eines Elternteils angeordnet

Art. 301a ZGB, welcher nach den gleichen Kriterien erfolgt wie die Zuteilung der Obhut) und BGer, 18.8.2020, 5A_707/2019, E. 3.1.1.

²⁸ Die Erziehungsfähigkeit ist vorrangig zu prüfen, wird diese verneint, rücken die anderen Kriterien in den Hintergrund, vgl. hierzu BGer, 23.7.2012, 5A_157/2012, E. 3.3, FamPra.ch 2003, 1094, 1098.

²⁹ Das Kriterium der Bindungstoleranz wurde in verschiedenen Entscheiden diskutiert. Vgl. BGE 115 II 206, in welchem die Zuteilung der Obhut aufgrund mangelnder Bindungstoleranz verweigert wurde, und BGE 136 I 178, in welchem einem Elternteil trotz mangelnder Bindungstoleranz aus Gründen der Beziehung zwischen Elternteil und Kind sowie Stabilität der Verhältnisse die Obhut zugeteilt wurde.

³⁰ Vgl. dazu BGE 142 III 498, 500 f., das Kind wurde mit sechs Jahren zum Wegzug nach Spanien angehört, wobei es sich nach Meinung des Obergerichts und des Bundesgerichts wohl noch kein Bild über die vollständigen Auswirkungen eines Wegzugs machen könne. Ein abrupter Wechsel an einen nicht vertrauten Ort und ein Schulwechsel in eine fremde Sprache lägen jedoch nicht im Interesse des Kindes.

³¹ Vgl. etwa BGE 117 II 353, 355 f.

³² Vgl. BGE 144 III 481, 493 f.; BGer, 18.8.2020, 5A_707/2019, E. 3.1.1, vgl. auch die Würdigung dieses Entscheides durch STOLL/FANKHAUSER, Nr. 58 Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung Entscheid vom 21. September 2018 i.S. A. gegen B. – 5A_384/2018, Fampra.ch 2018, 1068, 1087 f.

werden kann (Art. 298 Abs. 2^{ter} ZGB).³³ Das Gericht hat gestützt auf die festgestellten Tatsachen eine Prognose darüber zu stellen, ob die alternierende Obhut als Betreuungslösung aller Voraussicht nach dem Wohl des Kindes entspricht.³⁴ Eine alternierende Obhut erfordert nicht in jedem Fall eine hälftige Betreuung, sondern sie wird angeordnet, wenn ein Elternteil massgeblich an der Betreuung des Kindes beteiligt ist, d.h. das Kind auch unter der Woche betreut, anstatt es nur übers Wochenende zu sich auf Besuch zu nehmen. In diesem Fall wird von «Betreuungsanteilen» und nicht mehr vom «persönlichen Verkehr» gesprochen.³⁵

Das Bundesgericht hat auch bei beeinträchtigter Kommunikationsfähigkeit zwischen den Eltern oder bei grösseren Konflikten die Möglichkeit, eine alternierende Obhut anzuordnen.³⁶ Auch eine grössere geographische Distanz zwischen den Eltern erschien nicht zwingend als Hinderungsgrund.³⁷ Gleichwohl ist in jedem Fall unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände spezifisch zu prüfen, ob die Regelung der alternierenden Obhut dem Wohle des Kindes entspricht; von der alternierenden Obhut als Regelfall zu sprechen, wäre jedenfalls verfrüht, wie Bundesrichter Schöbi anlässlich seines Referats an den Zehnten Familienrechtstagen ausführte.³⁸ Die Ablehnung der alternierenden Obhut dürfte aber u.E. zumindest begründungspflichtig

³³ Vgl. jüngst den Überblick in FamKomm/BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298 ZGB, N 7 ff.; Basler-Komm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 298 ZGB, N 4 ff.

³⁴ BGE 142 III 612, 615 f. Die Kriterien zur Anordnung der alternierenden Obhut sind E. 4.3 zu entnehmen; vgl. auch BGE 142 III 617, 621.

³⁵ Vgl. BGE 147 III 121, 123 f.; BGer, 13.7.2021, 5A_722/2020, E. 3.1.2; BGer, 26.11.2020, 5A_139/2020, E. 3.3.2; BGer, 14.7.2020, 5A_821/2019, E. 4.2 und BGer, 8.4.2019, 5A_373/2018, E. 3.1. In der Praxis wird zuweilen bereits bei einem Betreuungsverhältnis von 30% zu 70% von alternierender Obhut gesprochen, vgl. FamKomm/BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298 ZGB, N 6a.

³⁶ Vgl. BGer, 23.2.2012, 5A_768/2011: Abweisung der alternierenden Obhut trotz gleichwertiger Erziehungsfähigkeit und Betreuungsverhältnisse; BGer, 26.5.2015, 5A_46/2015: Ablehnung aufgrund mangelnder Fähigkeit zur Kommunikation und Kooperation und ablehnender Haltung des anderen Elternteils; BGer, 31.8.2021, 5A_67/2021: Ablehnung der alternierenden Obhut aufgrund mangelnder Beziehung, dennoch auf Mängel in der Begründung der Vorinstanz hingewiesen bezüglich Kommunikationsfähigkeit, Distanz der Wohnorte und Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung; BGer, 28.8.2021, 5A_100/2021: Ablehnung der alternierenden Obhut aufgrund erheblichem Elternkonflikt und dem Kindeswohl abträglichem Loyalitätskonflikt, ebenfalls Distanz der Wohnorte als einer alternierenden Obhut entgegenstehend erwähnt; BGer, 2.11.2016, 5A_72/2016 und BGer, 13.7.2021, 5A_722/2020: Gutheissung trotz Schwierigkeiten in der Kommunikation; BGer, 23.12.2016, 5A_191/2016: Rückweisung zur Abklärung des Sachverhalts aufgrund elterlichem Konflikt und möglichem Loyalitätskonflikt des Kindes; BGer, 13.11.2020, 5A_629/2019: Rückweisung zur Abklärung der alternierenden Obhut trotz erheblichem Elternkonflikt und Kommunikation mittels Beiständin und Büchlein; BGer, 20.5.2020, 5A_164/2019: Ablehnung der alternierenden Obhut aufgrund unregelmässiger Arbeit und mangelnder Struktur im Alltag.

³⁷ BGer, 13.11.2020, 5A_629/2019, E. 8.5, FamPra.ch 2021, 171, 179.

³⁸ Referat von Bundesrichter SCHÖBI anlässlich der Zehnten Schweizer Familienrechtstage, 10.9.2022, 9, mit Bezug auf WIDRIG, «Das Bundesgericht erhebt die alternierende Obhut zur Regel», sui generis 2021, 197 ff., und FANKHAUSER, @JurBSFankhauser, Tweet vom 2.12.2020; vgl.

sein. Zudem dürfte dem Kindeswille beim Entscheid über die alternierende Obhut ein erhebliches Gewicht zukommen, weil die Umsetzung von allen Beteiligten – und gerade vom Kind – mehr Einsatz erfordert als die alleinige Obhut.³⁹

4. *Persönlicher Verkehr*

Art. 273 Abs. 1 ZGB bestimmt, dass Eltern, denen die Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr haben. Damit sind alle Arten von Kontakt und Kommunikation angesprochen, also auch Telefongespräche, WhatsApp Nachrichten, Videoschaltungen wie Zoom etc.⁴⁰ Das Recht auf persönliche Beziehungen des Kindes zu beiden Eltern ist Teil der Persönlichkeitsrechte der Eltern und des Kindes.⁴¹ Es handelt sich um ein Pflichtrecht: die Elternteile und das Kind haben das Recht, Beziehungen zueinander zu unterhalten. Insbesondere dem Kind steht es gesetzlich zu, Beziehungen zu beiden Elternteilen zu pflegen (Art. 298 Abs. 2^{bis} ZGB). Gleichzeitig steht der besuchsberechtigten Elternteil auch in der Pflicht, das Recht auf Kontakt wahrzunehmen.⁴² Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts gilt das Kindeswohl, welches anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen ist.⁴³ Bei der Festsetzung des Besuchsrechts geht es nicht darum, einen gerechten Interessensausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern die Interessen der Eltern haben in den Hintergrund zu treten und der Entscheid hat sich an den Bedürfnissen des Kindes zu orientieren.⁴⁴ Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann das Besuchsrecht freilich auch gegen den Willen des Kindes oder des obhutsberechtigten Elternteils angeordnet und (mindestens grundsätzlich) auch durchgesetzt werden.⁴⁵

Auch der persönliche Verkehr hat allerdings die positive Entwicklung des Kindes zu fördern. Das Bundesgericht erwähnt in diesem Kontext wiederholt, dass die

die zugrundeliegenden Urteile BGer, 13.11.2020, 5A_629/2019, FamPra.ch 2021, 171, und BGer, 19.10.2020, 5A_367/2020, FamPra.ch 2021, 181; vgl. auch OGer ZH, 29.1.2021, PQ200074-O, E. 3.3.

³⁹ GERBER (Fn. 2), N 306.

⁴⁰ FamKomm/BÜCHLER, Art. 273 ZGB, N 6; vgl. ausführlich mit praktischen Hinweisen WIDER/PFISTER-WIEDERKEHR, Handbuch KESR (Fn. 22), N 782 ff.

⁴¹ BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 ZGB, N 3; FamKomm/BÜCHLER, Art. 273 ZGB, N 7.

⁴² FamKomm/BÜCHLER, Art. 273 ZGB, N 8.

⁴³ FamKomm/BÜCHLER, Art. 273 ZGB, N 25.

⁴⁴ BGE 142 III 612, 615.

⁴⁵ FamKomm/BÜCHLER, Art. 273 ZGB, N 7 ff. und N 25; BGE 130 III 585, 589 = FamPra.ch 2005; BGer, 8.4.2019, 5A_373/2018, E. 3.1.

Beziehung zu beiden Elternteilen für die Identitätsfindung bzw. die Persönlichkeitsentwicklung sehr wichtig und deshalb für das Kind von hohem Wert sei.⁴⁶ Es ist deshalb besonders vorteilhaft für das Kind, wenn es den Eltern gelingt, nach dem Ende ihrer Beziehung die Eltern- und Paarebene zu trennen und einen Weg zu finden, in für das Kind wichtigen Fragen zu kooperieren und dessen Beziehung zum anderen Elternteil zu unterstützen.⁴⁷

Lehnt das Kind den Kontakt zu einem Elternteil ab, ergeben sich deshalb besondere Herausforderungen. Das Bundesgericht hat sich in diesem Kontext verschiedentlich zum Stellenwert des Kindeswillens geäußert.⁴⁸ Es betont in ständiger Rechtsprechung, dass der Kindeswille lediglich eines von mehreren Elementen im Entscheid über den persönlichen Verkehr sein könne, mithin die Ausübung des Kontakts zum nicht obhutsberechtigten Elternteil nicht im Belieben des Kindes stehe, was insbesondere dann gelten müsse, wenn die Ablehnung des Kontakts vom anderen Elternteil beeinflusst werde.⁴⁹

Je älter das Kind wird, je mehr seine Fähigkeit, sich einen autonomen Willen zu bilden, ausreift und je konstanter es seinen Willen äussert, desto stärker ist sein Wille bei der Frage, was in seinem Wohl liegt, zu berücksichtigen. Das Bundesgericht geht ungefähr ab dem 12. Altersjahr von einer autonomen Willensbildung aus und verlangt, dass bei einer Verweigerung des Kontakts die Gründe dafür zu ermitteln sind und abzuklären ist, ob das Besuchsrecht das Kindeswohl gefährde. Die konstante und auf eigene Erfahrung gestützte Ablehnung des Kontakts eines urteilsfähigen Kindes muss in den Augen des Bundesgerichts respektiert werden.⁵⁰ Ein gegen den starken Widerstand des Kindes erzwungener Kontakt widerspreche nämlich dem Zweck des Besuchsrechts und dem Persönlichkeitsschutz des Kindes. Weil durch

⁴⁶ BGE 142 III 481, 496; BGE 130 III 585, 590; BGE 122 III 404, 407; erwähnt auch in: BGE 131 III 209, 211 f.; BGE 127 III 295, 298, FamPra.ch 2001, 836 ff.; BGE 123 III 445, 452; BGer, 18.11.2021, 5A_192/2021, E. 4.1; BGer, 17.8.2020, 5A_56/2020, E. 4.1; BGer, 15.6.2016, 5A_745/2015, E. 3.2.2.2; BGer, 11.3.2016, 5A_450/2015, E. 3.3, FamPra.ch 2016, 1036, 1051 f.; BGer, 22.9.2015, 5A_200/2015, E. 7.2.3.1, FamPra.ch 2016, 302, 305 f.; OGer ZH, 5.5.2022, LE210059, E. III.3.

⁴⁷ FamKomm/BÜCHLER, Art. 273, N 17.

⁴⁸ Vgl. unter vielen BGer, 17.8.2020, 5A_56/2020, E. 4.1 und 6.3.

⁴⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen von SIMONI, Kinder anhören und hören, ZVW 2009, 333, 339.

⁵⁰ Vgl. BGer, 18.11.2021, 5A_192/2021, E. 4.1; vgl. auch BGer, 22.9.2015, 5A_719/2013, E. 7.1 und 7.2.3.1: Anordnung eines minimalen Besuchsrechts, drei Jahre später Aufhebung des Besuchsrechts aufgrund Gefährdung des Kindeswohls infolge massivem Elternkonflikt in gerichtlichem Verfahren (BGer, 14.11.2017, 5A_528/2016); BGer, 22.9.2015, 5A_200/2015, FamPra.ch 2016, 302, Minimum von zwei Nachtesten festgelegt trotz ablehnendem Willen der Jugendlichen. Hinweis darauf, dass ihnen die Konsequenzen eines Kontaktabbruchs im Hinblick auf den Volljährigenunterhalt nicht bewusst seien. Diese Ansicht ist nicht zu stützen, denn die Umstände des Beziehungsabbruchs sind bei der Frage des Volljährigenunterhalts stets zu prüfen, vgl. BÜCHLER/ENZ, Der persönliche Verkehr, FamPra.ch 2018, 911, 927.

einen Kontaktabbruch aber jeweils auch die Persönlichkeitsrechte des besuchsberechtigten Elternteils betroffen sind, darf auf eine gerichtliche bzw. behördliche Regelung des Kontakts nicht ohne wichtige Gründe verzichtet werden.

Das Bundesgericht gesteht den entscheidenden Instanzen in der Frage der Regelung und Ausgestaltung des Besuchsrechts einen beträchtlichen Ermessensspielraum zu.⁵¹ Hat das Kind jedoch systematische Gewalt durch einen Elternteil erlebt, wurde der Verzicht auf eine Festlegung des persönlichen Verkehrs bereits wiederholt geschützt.⁵² Darauf wird zurückzukommen sein.⁵³

Gemäss aktueller Lehre und Praxis richten sich Häufigkeit und Dauer der Besuchskontakte im Weiteren nach dem Alter des Kindes, seiner bisherigen Bindung zum anderen Elternteil und nach der Häufigkeit der bisherigen Kontakte.⁵⁴ Ebenfalls von Relevanz ist die Distanz der Wohnorte, die Lebensgestaltung, die räumlichen Gegebenheiten und zeitlichen Verfügbarkeiten der Eltern sowie die Beziehung zwischen den Eltern.⁵⁵ Das Bundesgericht betont, dass sich die Ausgestaltung und Häufigkeit der Besuche nach den Umständen des Einzelfalls richten müsse. Der unbegründete Rekurs auf ein richtersübliches Minimalbesuchsrecht wäre jedenfalls eine unzulässige Ermessensunterschreitung.⁵⁶

Wird das Wohl des Kindes durch den Kontakt gefährdet, kann den Eltern das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wie auch der Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs verbieten indes dessen gänzliche Unterbindung, wenn die be-

⁵¹ BGer, 30.8.2017, 5A_353/2017, E. 4.1; BGer, 18.11.2021, 5A_192/2021, E. 5.1.1.

⁵² FamKomm/BÜCHLER, Art. 273 ZGB, N 20; vgl. dazu die Entscheide, die von einer Festlegung des Besuchsrechts abgesehen haben: aufgrund von Gewalterfahrungen BGer, 23.2.2011, 5A_716/2010, FamPra.ch 2011, 491; BGer, 23.5.2013, 5A_120/2013; BGer, 14.11.2017, 5A_528/2016; BGer, 18.11.2021, 5A_192/2021; im Weiteren aufgrund eines kontinuierlich geäusserten und autonom gebildeten Willens: BGer, 11.8.2022, 5A_217/2022 und BGer, 12.8.2015, 5A_367/2015, FamPra.ch 2015, 970; aufgrund der fast erreichten Volljährigkeit: BGer, 28.8.2015, 5A_926/2014.

⁵³ Vgl. unten Ziffer VII.

⁵⁴ Intensität der Beziehung: BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 ZGB, N 13.

⁵⁵ Vor allem für die Umsetzung und den Detaillierungsgrad: BGer, 8.12.2020, 5A_290/2020, E. 2.3, FamPra.ch 2021, 480, 483.

⁵⁶ Vgl. BGer, 8.12.2020, 5A_290/2020, E. 3.2, FamPra.ch 2021, 480, 484. Im Entscheid BGer, 2.11.2021, 5A_312/2021, FamPra.ch 2022, 251, nahm das Bundesgericht auch zum üblichen und einem minimalen Besuchsrecht in der Westschweiz Stellung. Das übliche Besuchsrecht umfasse bei Uneinigkeit der Eltern bei schulpflichtigen Kindern ein Kontaktrecht an jedem zweiten Wochenende sowie während der Hälfte der Schulferien pro Jahr. Werde ein Umgangsrecht in geringerem Umfang festgelegt, sei dies zu begründen (E. 3.3.2 f.). In der Deutschschweiz wird unter üblichem Besuchsrecht zwei Wochenenden und zwei bis drei Ferienwochen verstanden, bei Kleinkindern jedoch auch nur zwei Halbtage oder ein ganzer Tag; vgl. auch BGer, 11.3.2016, 5A_450/2015, E. 3.3, FamPra.ch 2016, 1036, 1051 f.

fürchteten nachteiligen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs durch die Anwesenheit einer Drittperson (sog. begleitetes Besuchsrecht) in Grenzen gehalten werden können. Das begleitete Besuchsrecht bezweckt, der Gefährdung des Kindes wirksam zu begegnen, Krisensituationen zu entschärfen und Ängste abzubauen sowie Hilfestellungen für eine Verbesserung der Beziehungen zwischen Kind und Eltern zu vermitteln. Das begleitete Besuchsrecht sollte allerdings nur als Übergangslösung in Betracht gezogen werden, weshalb es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur für eine begrenzte Dauer anzuordnen ist.⁵⁷ Der Entzug des Besuchsrechts soll nur ultima ratio angeordnet werden. Vorzuziehen ist, wenn möglich, eine vorübergehende Suspendierung.⁵⁸

Als Massnahme zur Verhinderung des gänzlichen Kontaktabbruchs werden bisweilen Erinnerungskontakte festgelegt. Das Instrument der Erinnerungskontakte soll dazu dienen, einem gänzlichen Kontaktabbruch und «pathogenen Spaltungsvorgängen» vorzubeugen. Das Bundesgericht schliesst sich der Auffassung an, dass mit Erinnerungskontakten keine «Beziehung» angeordnet wird, da es sich lediglich um ein moderiertes Gespräch von ca. 30 Minuten handelt, während dem sich der Elternteil und das Kind über die wichtigsten Ereignisse im Leben informieren und die Möglichkeit haben, Fragen zu stellen. Mit diesen kurzen Begegnungen werde dem Kind sozusagen ein «Zwang zur Realitätskontrolle» auferlegt.⁵⁹

Die Lehre sieht Erinnerungskontakte durchaus kritisch und sie werden in der Praxis eher selten angeordnet. Erinnerungskontakte könnten nämlich bereits im Vorfeld des Kontakts zu erheblichem Stresserleben und Wut bei den betroffenen Kindern führen und zuweilen müsse akzeptiert werden, dass sich in hochkonflikthaften Situationen nicht jede Eltern-Kind-Beziehung aufrechterhalten lasse.⁶⁰

Schliesslich rekuriert das Bundesgericht immer wieder auf das sog. Kontinuitätsprinzip als wichtige Leitplanke des persönlichen Verkehrs. Mit Trennungen gehe die Notwendigkeit einher, die bisherige familiäre Situation neu zu gestalten, zumal sich die bisherige Aufgabenteilung oftmals nicht auf unbestimmte Zeit so fortsetzen lasse. Unter dem Prinzip der Kontinuität sei den Parteien jedoch eine Übergangsfrist für die Anpassung an die neue Situation zu gewähren. Einerseits bräuchte jener

⁵⁷ Vgl. BGer, 2.9.2020, 5A_68/2020, E. 3.2 m.w.H.; Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts: BGer, 5.5.2022, 5A_848/2021, E. 3.2 f. (nicht bestätigte Gewaltvorwürfe); keine Begleitung angeordnet aufgrund mangelnder Kindeswohlgefährdung: BGer, 11.8.2022, 5A_217/2022, E. 5.

⁵⁸ FamKomm/BÜCHLER, Art. 274 ZGB, N 3.

⁵⁹ STAUB, Erinnerungskontakte bei urteilsfähigen Kindern aus psychologischer und juristischer Sicht, ZBJV 149/2013, 934, 939 und 946 f.

⁶⁰ FamKomm/SCHREINER, Anh. Psych, N 303 ff.; BÜCHLER/ENZ, FamPra.ch 2018, 911, 934 f., welche die Meinung vertreten, das Gericht könne Erinnerungskontakte anordnen, wenn dies im langfristigen Kindeswohl liege, aber von der Durchsetzung von Erinnerungskontakten sollte abgesehen werden, denn ein Kontakt gegen den Willen des Kindes könne in solch schwierigen Situationen ohne gelebte Beziehung auch zur Retraumatisierung führen.

Elternteil, der sich bisher überwiegend der Betreuung gewidmet habe, Zeit, um die Aufnahme oder die Ausdehnung der Erwerbstätigkeit umzusetzen, andererseits sei die Trennung eine Zeit des Umbruchs für die Kinder, welche Zeit bräuchten, die Veränderungen zu verarbeiten. «Eine gleichzeitig mit der Trennung einhergehende Umgestaltung des Betreuungsmodells würde sich deshalb schlecht mit dem Kindeswohl vereinbaren lassen» (E. 3.1), hielt das Bundesgericht unlängst fest.⁶¹

V. Kriterien und Instrumente des Kindesschutzes

Der persönliche Verkehr bietet eigenständige kindesrechtliche Schutzmassnahmen. Dazu gehören insbesondere die bereits oben erwähnten⁶² Ermahnungen und Weisungen gemäss Art. 273 Abs. 2 ZGB, der Anspruch, dass der persönliche Verkehr nach Art. 273 Abs. 3 ZGB geregelt wird und die Möglichkeit zur Beschränkung und dem Entzug des persönlichen Verkehrs nach Art. 274 Abs. 2 ZGB. Neben diesen kindesrechtlichen Instrumenten finden sich im Kindesschutzrecht die üblichen kindesschutzrechtlichen Massnahmen. Das sind die «geeigneten Massnahmen» nach Art. 307 Abs. 1 ZGB, die Ermahnungen und Weisungen nach Art. 307 Abs. 3 ZGB, die Erziehungsaufsicht nach Art. 307 Abs. 3 ZGB, die Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 ZGB, welche sich unterteilt in eine vertretungslose Beistandschaft mit Rat und Tat (Abs. 1), mit besonderen Befugnissen mit Vertretungskompetenzen (Abs. 2) und allenfalls zusätzlich unter Beschränkung der elterlichen Sorge (Abs. 2 i.V.m. Abs. 3). Zudem findet sich dort der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die angemessene Unterbringung durch die KESB nach Art. 310 ZGB und schliesslich der Entzug der elterlichen Sorge nach Art. 311 f. ZGB und die Einsetzung eines Vormundes nach Art. 327a-c ZGB.⁶³

Die Praxis verzichtet weitgehend auf Zwangsmassnahmen wie unmittelbare Vollstreckung, Aufenthaltsbestimmungsrechtsentzüge oder Entzug der elterlichen Sorge, weil diese zu Recht als im Regelfall nicht verhältnismässig angesehen werden.

Im Rahmen von Kindesschutzabklärungen werden in aller Regel folgende Aspekte des Familiensystems abgeklärt:

- Qualität Eltern-Kind-Beziehung, ggf. Geschwisterbeziehung
- Persönlichkeit der Eltern: Erziehungsfähigkeit, Betreuungsmöglichkeiten, Lebensverhältnisse
- Kontinuität der Lebensbedingungen
- Wille und Ressourcen des Kindes

⁶¹ Vgl. BGer, 8.4.2019, 5A_373/2018, E. 3.1.

⁶² Siehe oben Ziffer III.3 Eingriffsschwellen und Überschneidungen.

⁶³ Für die Voraussetzungen und Wirkungsweisen der Kindesschutzmassnahmen vgl. anstelle vieler: ROSCH/HAURI, Handbuch KESR (Fn. 22), N 1032 ff.

- Persönlichkeit des Kindes: Bedürfnisse und Bedarf des Kindes, Entwicklung, geistige/körperliche Fähigkeiten⁶⁴

Diese Aspekte werden bei einer fachkundigen Abklärung im Rahmen von forschungsbasierten Risiko- und Schutzfaktoren erhoben,⁶⁵ die im Regelfall von Sozialarbeitenden vorgenommen werden.

VI. Verfahrensrechtliche Instrumente

Zu den kindesrechtlichen und kindesschutzrechtlichen Instrumenten gehören u.a. auch die verfahrensrechtlichen Instrumente, die dem Gericht oder der Behörde zur Verfügung stehen. Einerseits hat das Gericht mittels Abnahme von Beweisen, wie beispielsweise Gutachten (Art. 183 ff. ZPO; vgl. auch Art. 446 Abs. 2 ZGB) oder Anhörungen (Art. 298 ZPO, Art. 314a ZGB), den Sachverhalt abzuklären und damit zu eruieren, welche Lösung in Anbetracht der Maxime des Kindeswohls anzuordnen ist. Andererseits kann auch die Einsetzung einer Kindervertretung oder die Aufforderung zum Mediationsversuch erwogen werden, um der bestmöglichen Lösung für das Kind zum Durchbruch zu verhelfen.

Es ist zu betonen, dass sowohl in kinderrechtlichen als auch in kindesschutzrechtlichen Verfahren der Freibeweis (Art. 168 Abs. 2 ZPO; im Gegensatz zum Katalog an Beweismitteln in Art. 168 Abs. 1 ZPO; Art. 446 Abs. 1 und 2 ZGB) gilt. Demnach kann das Gericht oder die Behörde auch auf unübliche Art und Weise Beweise abnehmen, beispielsweise Berichte und Stellungnahmen von Sozialhilfebehörden, Beistandspersonen, Heimleitenden, Lehrerinnen und Lehrer oder einer Erziehungsberaterin einholen, mündlich um Auskunft bitten oder unangekündigt einen Augenschein vornehmen.⁶⁶

Welche Beweise erhoben werden sollen, ist eine Ermessenfrage. Das Gericht oder die Behörde ist verpflichtet, die notwendigen Beweise von Amtes wegen einzuholen und nach freier Überzeugung zu würdigen. Bei sämtlichen Kinderbelangen ist die Abweichung von den gestellten Parteianträgen ebenso zulässig wie kostenverursachende Anordnungen gegen den ausdrücklichen Willen der beteiligten Parteien, sofern diese dem Kindeswohl dienlich sind.⁶⁷

⁶⁴ Siehe ausführlich SEIFERT/KREXA/KÜHNEL/BAREISS, Leitfaden zur Erstellung psychologisch-psychiatrischer Gutachten bei Fragen zum Kindeswohl, FamPra.ch 2015, 118 ff.; ROSCH, Bedeutung und Standards von sozialarbeiterischen Gutachten bzw. gutachtlichen Stellungnahmen in kindes(schutz)rechtlichen Verfahren, AJP 2012, 173, 180.

⁶⁵ Siehe hierzu ausführlich die altersspezifischen und mit Indikatoren versehenen sog. Ankerbeispiele bei HAURI/JUD/LÄTSCH/ROSCH (Fn. 8), 149 ff.

⁶⁶ BaslerKomm/MAZAN/STECK, Art. 296 ZPO, N 20.

⁶⁷ MAIER, Kostenfolgen in familienrechtlichen Prozessen, FamPra.ch 2019, 1192.

Die Parteien sind zur Mitwirkung verpflichtet. Sie haben aber keine Beweisführungslast, d.h. keine Obliegenheit, Beweismittel zu nennen und Beweis zu führen, um den Nachteil der Beweislosigkeit abzuwenden.⁶⁸ Die Beweisabnahme steht jedoch ebenfalls unter der *Maxime* des Kindeswohls und hat dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen; Abklärungen ohne überzeugende Gründe sind entsprechend zu unterlassen. Es sind nur, aber immerhin jene Beweise zu erheben, welche zur Erstellung des Sachverhalts notwendig sind.⁶⁹ Es ist u.E. deshalb nicht zulässig, davon auszugehen, dass die Kindeswohlgefährdung von den Parteien nicht habe bewiesen werden können.⁷⁰ Vielmehr ist es Aufgabe des Gerichts oder der Behörde, sich davon zu überzeugen, ob eine solche besteht oder nicht. In allen Fällen ist den Parteien als Ausfluss des rechtlichen Gehörs zudem Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.

1. Gutachten

Unter einem Gutachten versteht man eine fachliche Einschätzung einer sachverständigen Person (vgl. Art. 183 ff. ZPO). Ziel muss es sein, aufgrund des Gutachtens «der befassensten Instanz zu ermöglichen, die wesentlichen Rechtsfragen zu beantworten».⁷¹ Es ist daher im Vorfeld zu überlegen, auf welche Fragen eine Antwort gefunden werden muss und welche Stelle bzw. welche externe sachverständige Person dafür über die notwendigen Kompetenzen verfügt.⁷² Die Fragen müssen für die Profession der sachverständigen Person verständlich übersetzt werden. Dabei ist zu beachten, dass die Beantwortung rechtlicher Fragen Aufgabe des Gerichts oder der Behörde bleibt.⁷³ Es sollten deshalb nur Fragen nach den entscheidenderheblichen Tatsachen, nicht solche nach deren rechtlichen Gewichtung gestellt werden. Auch die mündliche Erstattung eines Gutachtens anlässlich einer Verhandlung ist zu prüfen.⁷⁴

Gutachten müssen insbesondere dann eingeholt werden, wenn die Eltern keine Lösung finden können oder die beantragte oder gelebte Regelung dem Kindeswohl widerspricht und das Gericht die Meinung einer sachverständigen Person benötigt, um einen rechtlichen Entscheid zu treffen. Bei der KESB sind externe Gutachten

⁶⁸ BaslerKomm/MAZAN/STECK, Art. 296 ZPO, N 12 f.

⁶⁹ BaslerKomm/MAZAN/STECK, Art. 296 ZPO, N 15 und 17.

⁷⁰ OGer AG, 15.3.2022, ZSU.2021.256, E. 3.5.1.

⁷¹ BGer, 27.3.2015, 5A_912/2014, E. 3.2.2.; vgl. auch ROSCH, AJP 2012, 173 ff.; FamKomm/SCHREINER, Anh. Psych, N 409.

⁷² FamKomm/SCHREINER, Anh. Psych, N 406, 410 ff.; MICHEL/GAREUS, Das Gutachten im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, FamPra.ch 2016, 874, 888 f.

⁷³ FamKomm/SCHREINER, Anh. Psych, N 404.

⁷⁴ Vgl. BÄHLER/SCHREINER/SCHWEIGHAUSER, Neue Formen des Miteinbezugs von psychiatrischen und psychologischen Sachverständigen in eherechtlichen Verfahren, FamPra.ch 2012, 538, 540.

notwendig, wenn das erforderliche Wissen nicht in der Fachbehörde vorhanden ist.⁷⁵ Je komplexer und schwieriger die Situation, desto eher wird die Abklärung mittels Gutachten benötigt, und bei konkreten Vermutungen, bspw. hinsichtlich einer psychischen Erkrankung eines Elternteils, ist in der Regel ebenfalls ein Gutachten einzuholen.⁷⁶ Ein Anspruch auf Einholung eines Gutachtens besteht hingegen nicht; vor allem dann, wenn der Sachverhalt klar und die Beweislage ausreichend ist, ist kein Gutachten notwendig. Ist aber bspw. ein kinderpsychologisches oder kinderpsychiatrisches Gutachten einziges taugliches Beweismittel, dann muss es auch eingeholt werden.⁷⁷ Insbesondere ist bei einer Kindeswohlgefährdung auch an die Möglichkeit zu denken, ein Gutachten über die Erziehungsfähigkeit eines oder beider Elternteile einzuholen.⁷⁸ Im Verhältnis zu allgemeinen Abklärungen (sog. Sozialabklärungen), die in der Regel von Sozialarbeitenden durchgeführt werden, muss sich ein expliziter Zusatznutzen aus einem Gutachten ergeben, wie z.B. dass testpsychologische Untersuchungen notwendig sind.

Gutachten werden in der Praxis nur verhältnismässig selten als Beweismittel genutzt. Das lässt sich wohl mit den Nachteilen von Gutachten erklären: Gutachten verlängern und verteuern das Verfahren, bergen zuweilen eine Stigmatisierungs- bzw. Retraumatisierungsgefahr (Anlegen von Akten, Wertungen, Kategorisierungen, Pathologisierung) und zudem können Gutachten für Kinder auch belastend sein, da sie erneut mit fremden Personen über eine schwierige Situation reden müssen. Zuweilen lassen sich die Antworten auf die Fragen, die mit einem Gutachten untersucht werden sollen, auch innerhalb einer Abklärung finden; diese kann ergebnis- oder interventionsorientiert ausgestaltet werden.⁷⁹

Neben den ergebnisorientierten Gutachten ist auf die interventionsorientierten Gutachten hinzuweisen. Ergebnisorientierte Gutachten bestehen aus einer Diagnose des bisherigen und momentanen Zustands einer Familie und daraus abgeleiteten Empfehlungen. Die interventionsorientierten Gutachten beinhalten neben der fachlichen Einschätzung auch eine Interventionsphase in Form einer Beratung oder Mediation, einer Psychoedukation oder einer (autonomen) Erprobungsphase, in welcher

⁷⁵ Vgl. ausführlich MICHEL/GAREUS, FamPra.ch 2016, 874, 888 f. m.w.H.; FamKomm/SCHREINER, Anh. Psych, N 404.

⁷⁶ MICHEL/GAREUS, FamPra.ch 2016, 874, 888; BGer, 27.3.2015, 5A_912/2014, E. 3.2.2 und 3.3.

⁷⁷ BGer, 12.5.2014, 5A_813/2013, E. 4.3; BGer, 13.11.2020, 5A_28/2020, E. 3.1; BaslerKomm/MAZAN/STECK, Art. 296 ZPO, N 18.

⁷⁸ BGer, 15.12.2020, 5A_343/2020, E. 5.3 f.; FamKomm/SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO, Art. 296 ZPO, N 20.

⁷⁹ Vgl. zur Frage nach der ausreichenden Beweislage und dem latenten Dilemma der Behörde zwischen eigener Absicherungstendenz bzw. «Absicherungsbedürfnis» und «Mut zur Beweislücke» zum Schutz der betroffenen Person: CANTIENI/ROSCHE, Erste Erfahrungen mit dem Erwachsenenschutzrecht, in: BÜCHLER/SCHWENZER (Hrsg.), Siebte Schweizer Familienrechtstage, 23./24. Januar 2014 in Basel, Bern 2014, 143, 150; auch MICHEL/GAREUS, FamPra.ch 2016, 874, 887, 892 f.

der Gutachter beratend, mediativ oder koordinierend in das Familiensystem eingreift. Bei dieser Form ist die Möglichkeit gegeben, bereits eine Lösung auszuprobieren und anschliessend zu analysieren; das Verfahren wird von den Beteiligten häufig als transparent wahrgenommen und der aktive Einbezug wird geschätzt. Das ist insbesondere auch für die Kinder wichtig, die sich manchmal überhaupt erst durch eine Erprobungsphase vorstellen können, was das Besuchsrecht im Alltag für sie bedeutet. Ausserdem kann mittels der Intervention allenfalls eine behördliche Massnahme des Kindesschutzes vermieden werden.⁸⁰

Während ergebnisorientierte Gutachten für rasche Entscheidungen geeignet sind, sind interventionsorientierte Gutachten bei Besuchsrechtskonflikten und hartnäckigen Sorgerechtsstreitigkeiten indiziert.⁸¹ Steht eine Kindeswohlgefährdung im Raum, rechtfertigt sich die Anordnung eines interventionsorientierten Gutachtens freilich nur, wenn ihr dadurch auch realistischerweise begegnet werden kann. Soll die Gefährdung lediglich bestätigt werden, ist das ergebnisorientierte Gutachten das geeignete Instrument. Bei Kindeswohlgefährdungen infolge langanhaltender eskalierter Konflikte, psychischer Erkrankung oder Persönlichkeitsstörungen eines Elternteils oder traumatisierender häuslicher Gewalt ist eine therapeutische Intervention oder allenfalls ein Parallelgutachten mit interdisziplinärer Konsensfindung die bessere Wahl.⁸²

Gutachten sind in einem bestimmten, förmlichen Verfahren anzuordnen und müssen gewissen formellen und materiellen Anforderungen genügen.⁸³ Im Rahmen des Freibewei- ses sind auch die Einholung von Stellungnahmen oder (Amts-)Berichten auf informelle Weise möglich. Es geht hier um die Einholung von Informationen (vgl. Art. 190 ZPO, Art. 446 Abs. 2 und Art. 448 Abs. 1 ZGB), zumeist jedoch um eine fachliche Einschätzung (sog. Sozialberichte), welche jedoch nicht im formellen Verfahren eingeholt werden und für die einholende Instanz nicht «gleich bindend»

⁸⁰ Vgl. dazu ROSCH, ZKE 2020, 299, 310 ff.; BRUTTIN, Gleich und doch anders: Partizipation von Kindern in familienrechtlichen Verfahren, in: HUSSMANN/NICKERSON/SANG BASTIAN/WUJOKHTSANG (Hrsg.), *Unter Gleichen*, APARIUZ 2021, 145, 157 f.; STAUB, Interventionsorientierte Gutachten als Handlungsalternative bei hochkonfliktigen Trennungs- und Scheidungsfamilien, ZKE 2010, 34, 37 ff.; KILDE, *Der persönliche Verkehr: Eltern – Kind – Dritte*, Diss. AISUF 348, Freiburg 2015, N 606.

⁸¹ STAUB, ZKE 2010, 34, 45; MICHEL/GARAEUS, FamPra.ch 2016, 874, 900.

⁸² KILDE (Fn. 80), 230; JABAT/BANHOLZER, Parallelgutachten mit interdisziplinärer Konsensfindung im zivilrechtlichen Kontext, FamPra.ch 2020, 126, 140 f. Wenn beispielsweise das Kind und ein Erwachsener begutachtet werden sollten, sind Gutachten, die zeitlich parallel laufen und die Ergebnisse des Erwachsenengutachtens in das Gutachten des Kindes einschliessen, möglich.

⁸³ Vgl. MICHEL/GAREUS, FamPra.ch 2016, 874 ff. Die Einholung eines Gutachtens und die Bestimmung des Gutachters sind bspw. mit verfahrensleitender Verfügung anzuordnen und die Unabhängigkeit des Gutachters muss gewährleistet sein. Die Parteien haben die Möglichkeit, Ausstandsgründe zu nennen oder eigene Vorschläge für einen Gutachter einzubringen und es wird ein Fragenkatalog erstellt, wobei die Parteien auch die Möglichkeit zu Ergänzungsfragen haben. Vgl. auch BaslerKomm/DOLGE, Art. 183 ZPO, N 7 f. und Art. 187 ZPO, N 9 ff.

sind.⁸⁴ Sozialberichte von Sozialarbeitenden enthalten regelmässig auch fachliche Einschätzungen, können aber auch in einem Bericht oder telefonisch angefordert werden. Hier sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung Abweichungen von der fachlichen Einschätzung allerdings zu begründen.⁸⁵

2. Anhörung

Art. 298 ZPO und Art. 314a ZGB verpflichten zur Anhörung des betroffenen Kindes durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson. Die Anhörung ist in geeigneter Weise persönlich durchzuführen, sofern nicht das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe dagegensprechen. Bei urteilsfähigen Kindern ist die Anhörung nach Ansicht des Bundesgerichts Teil der Persönlichkeitsrechte; bei urteilsunfähigen Kindern dient sie insbesondere der Feststellung des Sachverhalts und ist in diesem Fall regelmässig ab einem Alter von sechs Jahren durchzuführen.⁸⁶ Es besteht bei letzteren kein Anspruch auf Anhörung, grundsätzlich ist die Anhörung jedoch von Amtes wegen durchzuführen.⁸⁷ Urteilsfähige Kinder haben einen Anspruch auf Anhörung als Partizipationsrecht, der ihnen selbst zusteht, und sie können diese auch selbständig verlangen.⁸⁸

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Anhörung nur bei urteilsfähigen Kindern auch Ausfluss ihrer Persönlichkeitsrechte ist, wird in der Lehre kritisiert,⁸⁹ ebenso die starre Altersgrenze von sechs Jahren. Teilweise wird eine Anhörung bereits ab dem 4. oder 5. Lebensjahr gefordert, da sich Kinder bereits in diesem Alter einen autonomen Willen bilden könnten. Es sei notwendig, dass die anhörende Person bereit sei, das Kind als «Gesprächspartner mit einer eigenen Sichtweise und eigenen Informationsbedürfnissen»⁹⁰ anzuerkennen, zumal Bedürfnisse und Meinungen nicht deshalb weniger bedeutsam seien, weil sie eher emotional als rational

⁸⁴ Vgl. BGE 118 II 249, 252; BGer, 27.3.2015, 5A_912/2014, E. 3.3; vgl. zum Ganzen und zur Frage, unter welchen Voraussetzungen von Gutachten abgewichen werden darf auch ROSCH, AJP 2012, 173 ff.; über Gutachten, Abklärungsberichte etc.: ROSCH, ZKE 2020, 299, 310 ff.

⁸⁵ BGer, 27.3.2020, 5A_805/2019, E. 4.4.

⁸⁶ BGE 131 III 553, 557.

⁸⁷ Zur antizipierten Beweiswürdigung durch das Gericht: BGE 146 III 203, 207 f.

⁸⁸ BGE 131 III 553, 553 f.

⁸⁹ Vgl. SIMONI, ZVW 2009, 333, 336 f.; HERZIG (Fn. 7), Rz. 372 ff., Rz. 379; KILDE (Fn. 80), Rz. 120 ff.; BRUTTIN (Fn. 80), 145, 155.

⁹⁰ Vgl. dazu und ausführlich auch zu Informationsrechten nicht urteilsfähiger Kinder: COTTIER, Partizipationsrechte von Kindern in rechtlichen Verfahren: Juristische und rechtssoziologische Aspekte, Interview im Bericht der Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen (EKKJ), Kindern zuhören, Bern 2011, 19 ff.; COTTIER, Subjekt oder Objekt? Die Partizipation von Kindern in Jugendstraf- und zivilrechtlichen Kinderschutzverfahren, Schriftenreihe zum Familienrecht, Band 6, Diss. Bern 2006, 5.

begründet seien.⁹¹ Dem ist zuzustimmen: Kinder haben ein Recht auf gleiche und gerechte Behandlung im Verfahren, sie sind Träger der gleichen Persönlichkeitsrechte wie Erwachsene, auch wenn sie noch nicht alle Rechte auch selbständig ausüben können. Sie sind deshalb auch als Subjekte im Verfahren zu behandeln.

Kindesschutz- und kinderrechtliche Instrumente haben die Maxime des Kindeswohls als Weg und Ziel, die Wahrung des Kindeswohls ist Methode und Ergebnis zugleich. In strittigen Familienverhältnissen und hochkonflikthaften Familien wird die Sicht der Kinder zuweilen aber immer noch zu wenig berücksichtigt. Der Haltungswechsel der Fachpersonen, welche mit dem Kind interagieren, von der Objekt- zur Subjektstellung ist noch nicht vollzogen, wie verschiedene Studien aufzeigen. Leider werden noch immer viele betroffene Kinder in familienrechtlichen Verfahren vor allem vor Gericht nicht angehört, da teilweise Altersgrenzen von acht oder zehn Jahren für die Anhörung festgesetzt werden.⁹² Insbesondere zeigt sich das fehlende Bewusstsein über die Subjektstellung des Kindes auch in der geringen Gewichtung des Kindeswillens, auch wenn ihm weder absolute Geltung zukommen, noch dem Kind die Verantwortung für den Entscheid übergeben werden soll.⁹³

Das Bundesgericht berücksichtigt den Willen eines Kindes, welches den Kontakt zum besuchsberechtigten Elternteil ablehnt, nur zurückhaltend, insbesondere wenn das Kind vom obhutsberechtigten Elternteil beeinflusst wird.⁹⁴ Allerdings ist auch ein induzierter Wille für das Kind die psychische Realität.⁹⁵ Fachpersonen weisen in diesem Kontext insbesondere auf das Bedürfnis des Kindes nach Selbstwirksamkeit hin, d.h. nach der Erfahrung, mittels persönlicher Kompetenzen die eigenen Lebensumstände mitgestalten zu können. Insofern ist zu beachten, dass eine Anhörung nicht zu einer weiteren Wahrnehmung der eigenen Hilflosigkeit und des «nicht Gehörtwerdens» des Kindes verkommen darf.⁹⁶ Daneben hat das Gericht auch die

⁹¹ Vgl. ausführlich SIMONI, ZVW 2009, 333, 338.

⁹² Vgl. die viel beachtete Studie von BÜCHLER/SIMONI, Kinder und Scheidung, Zürich 2008, 54 ff.; im September 2020 ist eine weitere Studie erschienen, welche die weiterhin bestehende Problematik verdeutlicht: WEBER KHAN/HOTZ, Die Umsetzung des Partizipationsrechts des Kindes nach Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention in der Schweiz, Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR) zu den rechtlichen Grundlagen und zur Praxis in neun Kantonen in den Themenbereichen Familienrecht, Jugendstrafrecht, Kindesschutz, Bildung, Gesundheit und Jugendparlamente, Bern 2019, 7, 138.

⁹³ Vgl. hierzu DETTENBORN/WALTER, Familienrechtspsychologie, München 2016, 93: So viel Akzeptanz des Kindeswillens wie möglich, so viel staatlicher Eingriff wie nötig, um das Kindeswohl zu schützen.

⁹⁴ Vgl. hierzu BÜCHLER/ENZ, FamPra.ch 2018, 911, 919 ff.: Unterscheidung von reaktivem und induziertem Kindeswillen.

⁹⁵ BÜCHLER/MICHEL, Besuchsrecht und häusliche Gewalt, FamPra.ch 2011, 525, 458; STAUB, Kontaktwiderstände des Kindes nach der Trennung der Eltern: Ursache, Wirkung und Umgang, ZKE 2010, 349, 360 f.

⁹⁶ SIMONI, ZVW 2009, 333, 336.

Bedürfnisse des Kindes nach Sicherheit, Bindung oder Anerkennung zu berücksichtigen.⁹⁷

3. *Verfahrensbeistandschaft / Vertretung*

Die verfahrensleitende Instanz beurteilt nach Ermessen, ob eine Vertretung des Kindes notwendig ist; wenn ja, setzt sie eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person als Verfahrensbeistand ein. Besonders bei der ausserfamiliären Unterbringung oder bei unterschiedlichen Anträgen der Eltern hinsichtlich Kinderbelangen ist die Einsetzung einer Vertretung zu prüfen (Art. 314a^{bis} Abs. 2 ZGB, Art. 299 ZPO). Die Verfahrensbeistandschaft stärkt die Stellung von Minderjährigen als Rechtssubjekte in Verfahren; bei Urteilsfähigkeit sollte auf Antrag zwingend eine Vertreterin bestellt werden.⁹⁸

Trotz der weithin anerkannten Wichtigkeit ist das Institut des Kindesvertreters und der Kindervertreterin noch nicht ausreichend etabliert. Sowohl vor der KESB als auch vor Gericht wird nur in seltenen Fällen und meist nur bei komplexeren Verfahren eine Vertretung für das Kind bestellt.⁹⁹ Der Ausbau dieses Instituts wäre in Anbetracht der Stärkung der Subjektstellung des Kindes jedoch wünschenswert. In Fällen von systematischer psychischer oder physischer Gewalt und daraus resultierender Gefährdung des Kindeswohls ist die Einsetzung einer Vertretung u.E. unbedingt zu prüfen.

4. *Mediationsversuch*

Im Weiteren ist auch die Aufforderung zu einer Mediation möglich (vgl. Art. 297 Abs. 2 ZPO). Der Gesetzgeber hat der Mediation in familienrechtlichen Angelegenheiten mit Kinderbelangen besondere Bedeutung zugemessen. Auch die Anordnung einer «Mediation» als Kindesschutzmassnahme nach Art. 307 Abs. 3 ZGB ist zulässig und wurde vom Bundesgericht verschiedentlich geschützt, sogar vereinzelt in Fällen, in denen der Elternkonflikt eskaliert war.¹⁰⁰ Es vertritt nämlich

⁹⁷ Vgl. zur Bedürfnislage SIMONI, ZVW 2009, 333, 336; vgl. auch DETTENBORN/WALTER (Fn. 93), 72; COTTIER, Inter- und Transdisziplinarität in der Familienwissenschaft aus der Perspektive des Familienrechts, FamPra.ch 2012, 65, 68 f.

⁹⁸ Vgl. aber BGE 147 III 451, 455 f.: das Bundesgericht prüfte leider die Beschwerde des Kindes gegen die Ablehnung einer Vertretung mangels genügender Begründung des Kindes nicht (vgl. hierzu MEIER/HÄBERLI, Übersicht zur Rechtsprechung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Mai bis August 2021), ZKE 2021, 412, 432 (ÜR 134-21).

⁹⁹ Vgl. hierzu die Studie WEBER KHAN/HOTZ (Fn. 92), 138, 179, 214; ausführlich zur Debatte um die verschiedenen Aufgaben der Kindesvertretung: HERZIG, Die Rolle der Kindsvertretung, FamPra.ch 2020, 567, insbesondere 582 ff.

¹⁰⁰ Vgl. z.B. BGer, 9.12.2009, 5A_457/2009, E. 4, FamPra.ch 2010, 474, 476 ff.; m.w.H. GLOOR/UMBRIKHT LUKAS, Angeordnete Mediation, in: BÜCHLER/SCHWENZER (Hrsg.), Fünfte Schweizer

die Meinung, dass auch bei hochstrittigen Eltern die Anordnung einer Mediation sinnvoll sein kann, um die Eltern dazu anzuleiten und zu verpflichten, sich wieder an den Interessen und Rechten der Kinder zu orientieren.¹⁰¹ Wurde der Elternkonflikt allerdings bereits als zu schwer und verfahren eingeschätzt, erachtete das Bundesgericht eine Mediation nicht mehr als das geeignete Mittel. Im konkreten Fall war bereits ein Gutachten erstellt worden, welches feststellte, dass der Vater nicht mehr in der Lage war, überhaupt von seinem Standpunkt abzuweichen.¹⁰²

Ob eine Mediation im konkreten Einzelfall eine sinnvolle Massnahme ist, hängt oft auch damit zusammen, welche Erwartungen an die Mediation gestellt werden. Das Gericht hat sich die Möglichkeiten der Mediation bewusst zu machen. Es handelt sich dabei nicht um eine Therapie, welche tiefgreifende Verhaltensveränderungen ermöglicht. Es kann in komplexen Situationen in einer Mediation allenfalls nur darum gehen, für die Beteiligten erträgliche Lösungen zu suchen. Wird die Mediation mittels Weisung angeordnet, kann dies auch eine Entlastung für das Konflikt-

Familienrechtstage, 28./29. Januar 2010 in Basel, Bern 2010, 161, insbesondere 171 ff.; LUTZ/FRIGG, Angeordnete Mediation im zivilrechtlichen Kindesschutz, Forschungsbericht, Berner Fachhochschule Soziale Arbeit, August 2017. Hierzu steht jedoch der kürzlich ergangene Entscheid BGer, 13.7.2022, 5A_523/2022, E. 2, etwas quer in der Landschaft, in welchem das Bundesgericht ausführt, dass nicht die Mediation an sich als zulässige Weisung betrachtet werde, sondern nur die Mediation im Sinne einer «Gesprächstherapie». Es ist fraglich, wie diese Aussage einzuordnen ist, da das Bundesgericht in seiner bisherigen langjährigen Rechtsprechung die Anordnung einer (Gesprächs-)Therapie nicht für zulässig erachtet hat (vgl. auch BGer, 22.11.2017, 5A_522/2017, E. 4.7.3.2, und BGer, 20.2.2012, 5A_852/2011, E. 6, FamPra.ch 2012, 826). In der Literatur finden sich auch kritische Stimmen zum Nutzen der Zwangsmediation, vgl. u.a. KOSTKA, Vermittlungsverfahren und Kindeswohl, FamPra.ch 2009, 634, 637 ff.

¹⁰¹ Vgl. BGer, 9.12.2009, 5A_457/2009, E. 4.3, FamPra.ch 2010, 474, 477 f.: Anordnung der Mediation zur Verbesserung der Kommunikation zwischen den Eltern und zur Auflösung der Entfremdung der Kinder gegenüber dem nicht obhutsberechtigten Elternteil. In BGer, 22.11.2017, 5A_522/2017, E. 4.1 und 4.7 wurde die Mediation nach einem Kontaktabbruch geschützt, da die Tochter in einen Loyalitätskonflikt fiel und Ängste entwickelte, die aber gemäss den vom BGer geschützten Ausführungen der Vorinstanz nicht auf Tatsachen zurückzuführen waren. Vgl. auch OGer ZH, 15.6.2022, PQ220015, E. II.2 und II.5, wonach eine Mediation nach Art. 307 Abs. 3 ZGB möglich sei, wenn eine Kommunikation zwischen den Eltern kaum mehr möglich sei, die Anordnung verhältnismässig sei und aufgrund der konfliktbehafteten familiären Situation eine Kindeswohlgefährdung vorliege.

¹⁰² Vgl. BGer, 22.6.2011, 5A_72/2011, E. 2.2.2 und E. 3. Ebenfalls wurde in BGE 142 III 197, 201 f. keine Mediation angeordnet: Die Mutter widersetzte sich vehement jeglichem Kontakt zum Vater. Eine Sorge- und Obhutsunteilung sowie die gemeinsame elterliche Sorge standen aufgrund mangelnder Kooperation der Eltern, und da der Vater augenscheinlich nicht in der Lage war für die Tochter zu sorgen, ausser Frage; trotz missbräuchlichem Verhalten der Mutter wurde an der bestehenden Lösung keine Änderung vorgenommen, da diese am ehesten im Kindeswohl lag. Auch in BGer, 21.8.2018, 5A_883/2017, E. 3.3, FamPra.ch 2018, 1046, 1049 ff., wurde aus Praktikabilitätsgründen keine Mediation angeordnet, als die Mutter beantragte, für die Festlegung des Kontakts in den Ferien und an Feiertagen jeweils im vierten Quartal eine Mediation durchzuführen. Stattdessen wurde eine Beistandschaft angeordnet.

system bedeuten bzw. die erforderliche Rahmenbedingung bilden, damit sich die Eltern überhaupt darauf einlassen können. Grundsätzlich wird das Kriterium der Freiwilligkeit für die Durchführung einer Mediation als durchaus wichtig eingestuft, doch liegt es in der Natur der Sache, dass Mediationen, die als Kinderschutzmassnahme angeordnet werden, regelmässig nicht freiwillig besucht werden. Oftmals spricht sich zumindest eine Partei dagegen aus und bei starken Konflikten besteht auch kaum ein Wunsch zum vertieften Austausch zur Lösungsfindung. Ist jedoch eine minimale Einlassfähigkeit vorhanden («mal schauen, was es bringt», «für die Kinder»), muss von der Durchführung einer Mediation nicht notwendigerweise abgesehen werden.¹⁰³

VII. Persönlicher Verkehr nach Gewalterfahrungen – einige Hinweise

Der Stellenwert, den Gerichte und Behörden dem persönlichen Verkehr zwischen nicht obhutsberechtigtem Elternteil und Kind einräumen, erinnert zuweilen an ein Dogma, von dem praktisch nicht abgewichen werden darf und das sogar unter allerschwersten Bedingungen unbedingt aufrechterhalten werden muss. Dabei werden teilweise – und u.E. auch im eingangs besprochenen Fall – die Anforderungen der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime und des Officialprinzips nur ungenügend berücksichtigt. So ist es beispielsweise nicht zulässig, alleine auf die Eingaben der Parteien abzustellen, ohne in Fällen von offensichtlichen Kindeswohlgefährdungen eigene Abklärungen zu treffen und den rechtserheblichen Sachverhalt soweit abzuklären, um die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs tatsächlich kindeswohlgerecht vornehmen zu können, oder aber darauf zu verzichten.¹⁰⁴ Hierbei sind insbesondere auch sämtliche verfahrensrechtliche Instrumente, die vom Gesetz zur Verfügung gestellt werden, zu evaluieren und gegebenenfalls auszuschöpfen.

Jedenfalls kann der persönliche Verkehr nicht auf einem Dogma beruhen, sondern muss auf die Besonderheiten des Einzelfalls Rücksicht nehmen. Diese liegen im eingangs erwähnten Fall in den eigenen Erfahrungen systematischer Gewalt. Sie machen ein Abrücken vom Grundsatz des persönlichen Verkehrs «um jeden Preis» notwendig. Zur Veranschaulichung der speziellen Problematik und Gefährdung des Kindeswohls, wenn daran dennoch auch in solchen Fällen quasi «unbesehen» festgehalten wird, möchten wir auf die wichtigsten Punkte des Leitfadens «Kontakt nach häuslicher Gewalt?» eingehen.¹⁰⁵ Er hilft den rechtsanwendenden Behörden und Gerichten dabei, die Möglichkeiten und die konkrete Ausgestaltung des persönlichen

¹⁰³ Vgl. LUTZ/FRIGG (Fn. 100), 20 f.; KOSTKA, FamPra.ch 2009, 634, 647.

¹⁰⁴ So aber der Entscheid des OGer AG, 15.3.2022, ZSU.2021.256, E. 3.5.1.

¹⁰⁵ KRÜGER/REICHLIN, «Kontakt nach häuslicher Gewalt?», Leitfaden zur Prüfung und Gestaltung des persönlichen Verkehrs für Kinder bei häuslicher Gewalt, Schweizerische Konferenz gegen

Verkehrs nach Gewalterfahrungen zu evaluieren, das Wohl und die Bedürfnisse der Kinder in solchen Situationen besser zu schützen und auch der Gefahr von Entwicklungsbeeinträchtigungen und Retraumatisierungen Rechnung zu tragen.

Der Leitfaden bietet Hilfestellungen für Fachpersonen, welche mit Betroffenen interagieren und Entscheidungen über den persönlichen Verkehr zu treffen haben. Dazu werden wesentliche Informationen, die für die Entscheidung im Interesse des Kindes benötigt werden, erläutert. Ebenfalls wird die Interdisziplinarität gefördert, in dem der Leitfaden zum Ziel hat, Perspektiven jenseits einzelner Fachgebiete aufzuzeigen. Neben vielen Hintergrundinformationen zur Thematik der häuslichen Gewalt enthält der Leitfaden konkrete Fragebeispiele für Gespräche mit den verschiedenen Akteuren einer von Gewalt betroffenen Familienkonstellation.¹⁰⁶

Selbst wenn die Gefährdung nicht mehr besteht, ist die psychische Belastung, welcher das Kind durch das Miterleben der häuslichen Gewalt ausgesetzt war, nicht zu unterschätzen. Das Kind ist deshalb nach seinen Wünschen zu befragen und diese sind zu würdigen. Bei komplexen Situationen ist die Einholung eines kinderpsychiatrischen Fachgutachtens geboten.¹⁰⁷

Betreffend die Anordnung des persönlichen Verkehrs bietet der Leitfaden unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes eine Reihe von Eingriffsmöglichkeiten des Staates in das grundsätzliche Recht auf persönlichen Verkehr. Der persönliche Verkehr ist bei gefährdenden Situationen zur Wahrung des Kindeswohls durch Anordnung von Begleitmassnahmen auszugestalten, welche im Leitfaden ausführlich dargestellt und mit Checklisten ausgestaltet sind.¹⁰⁸ Zentral ist jeweils, wie das Kind mit der vorgesehenen Anordnung umgehen kann und wie hoch die Gefahr einer Retraumatisierung einzuschätzen ist, weshalb auch dem Willen des Kindes eine wichtige Rolle zukommen soll. Die Autoren des Leitfadens halten einmal mehr fest, dass ein gegen den starken Willen des Kindes festgesetztes Besuchsrecht sowohl dem Zweck des persönlichen Verkehrs als auch dem Persönlichkeitsrecht des Kindes widersprechen würde. Zu respektieren ist insbesondere, wenn Kinder bzw. Jugendliche aufgrund eigener Gewalterfahrung oder unlösbarer Loyalitätskonflikte den persönlichen Verkehr ablehnen.¹⁰⁹

häusliche Gewalt SKHG im Auftrag der Kantonalen Konferenz der Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) und der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) (Hrsg.), 2.11.2021, 5.

¹⁰⁶ KRÜGER/REICHLIN (Fn. 105), 7.

¹⁰⁷ KRÜGER/REICHLIN (Fn. 105), 24.

¹⁰⁸ KRÜGER/REICHLIN (Fn. 105), 27 f.

¹⁰⁹ KRÜGER/REICHLIN (Fn. 105), 26.

VIII. Interdisziplinäre Ansätze im Kindesrecht und Kindesschutzrecht

Ausgehend von einem fiktiven Besuchsrechtsfall mit hoher Uneinigkeit der Eltern und einem 15-jährigen Kind, das seinen Vater nicht sehen will, wurde eine Auswahl an interdisziplinären Ansätzen vorgestellt und mit den Teilnehmenden diskutiert.

1. Methodische Überlegungen

Grundlegende methodische Überlegungen im Umgang mit streitenden Paaren sind unter anderem folgende:

a) Von Positionen zu Interessen («Harvard Prinzip»)

Streitende Eltern beziehen zumeist Position und berufen sich dabei nicht selten auf das Kindeswohl. Der Vater äussert sich beispielsweise so, dass er das Kind nicht mehr am vereinbarten Besuchstag der Mutter übergeben möchte, weil das Kind immer «verstört» von den Besuchstagen zurückkehre. Das in den 1980er Jahren entstandene, von FISHER und URY entwickelte «Harvard Prinzip» für sachliches Verhandeln beruht darauf, die Interessen hinter den Positionen herauszuarbeiten und dabei konsensuale Lösungsmöglichkeiten aufgrund gemeinsamer Interessen der Beteiligten zu finden.¹¹⁰ Das gemeinsame Interesse der Eltern ist in aller Regel, dass sie das Beste für ihr Kind möchten. Bei obiger Position des Vaters würde die Fachperson auf die «guten Gründe» eingehen, weshalb der Vater das Kind nicht mehr der Mutter geben möchte und aufgrund dieser Gründe das Setting für das Besuchsrecht – unter Miteinbezug namentlich der Interessen des Kindes – allenfalls neu überdenken. Die Frage wäre also, wie das Besuchsrecht angesichts der genannten Interessen *für das Kind* ausgestaltet werden könnte.

b) Von der Paarebene auf die Elternebene (Rollenbewusstsein)

Vor Gericht und KESB streitende Eltern sind zumeist in Enttäuschungen auf der Paarebene verhaftet und können sich nur schwer davon lösen. Der Hintergrund ist die bittere Erfahrung, dass das gemeinsame Lebenskonzept «harmonische Familie mit Kindern» gescheitert ist. Diese Enttäuschung auf Paarebene wird zumeist auch auf die Elternebene transferiert («weil der Ehepartner die Beziehung beendet hat, soll er auch das Kind nicht sehen»). Der Ansatz versucht mit unterschiedlichen methodischen Interventionen das streitende Paar auf die Elternebene zu bringen, damit sie möglichst gemeinsam die Verantwortung für die Entwicklungsaufgaben des Kindes übernehmen können. Das geschieht mit einer kindesorientierten Gesprächsführung, z.B. indem der Vater direkt auch in seiner Rolle als Vater angesprochen wird.¹¹¹

¹¹⁰ Vgl. FISHER/URY/PATTON, Das Harvard Konzept – Die unschlagbare Methode für beste Verhandlungsergebnisse, München 2018.

¹¹¹ Vgl. WIDER/PFISTER-WIEDERKEHR, Handbuch KESR (Fn. 22), N 782 ff.

c) Kindesorientierung als Lösungsmassstab

Streitende Paare verleiten Behördenmitglieder, Richterinnen und Richter, Beistandspersonen, Psychologinnen und Psychologen und Sozialarbeitende teilweise wortgewaltig und laut dazu, das Hauptaugenmerk auf ihre Anliegen zu legen. Umso wichtiger ist es, die betroffenen Kinder immer wieder aktiv in das Gespräch einzubringen und diese als Massstab für die Lösungen zu nehmen. Wenn eine Mutter nicht mehr möchte, dass das Kind mit dem Vater in die Ferien geht, wäre nachzufragen, was das für das Kind bedeuten würde und inwiefern dies auch für das Kind eine gute Lösung wäre. Hier hilft eine systemisch allparteiliche Haltung. Alle Lösungsideen sind auf die Auswirkungen auf das Kind zu prüfen. Das ist in aller Regel jedoch nur möglich, wenn die Beratenden auch Gespräche mit dem Kind geführt haben.

Bis die Eltern bei der KESB oder bei Gericht vorstellig werden, haben sich zu meist schon chronifizierte Kommunikationsstrukturen gebildet. Solche sind regelmässig bereits automatisiert und symmetrisch («das eine Wort gibt das andere»). Chronifizierte Kommunikation ist schwierig aufzulösen. Oft werden multifamilientherapeutische Ansätze als hilfreich gesehen. Dabei wird mit mehreren Paaren gleichzeitig gearbeitet, welche nicht nur von den Beratenden, sondern auch gegenseitig voneinander lernen.

2. *Multifamilientherapeutische Ansätze*

In der Schweiz finden sich zwei gut beforschte familientherapeutische Ansätze. Das bekanntere ist das Programm «Kinder im Blick», das in den Regionen Zürich, Zentral-, Nordwestschweiz, Graubünden, Thurgau und Aargau durchgeführt wird.¹¹² Das zweite Programm «Kinder aus der Klemme» findet sich zurzeit einzig im Kanton Solothurn.¹¹³ Beide Konzepte zeichnen sich durch psychoedukative Elemente und Rollenspiele aus.

«Kinder aus der Klemme»

Im Unterschied zu «Kinder im Blick» ist «Kinder aus der Klemme» speziell für hochstrittige Eltern von VAN LAWICK und VISSER konzipiert worden. Daher wird es hier kurz vertiefter ausgeführt. «Kinder aus der Klemme» zeichnet sich ferner insbesondere dadurch aus, dass immer auch eine Kindergruppe gebildet wird, welche parallel zu den Elterngruppen stattfindet.

«Kinder aus der Klemme» arbeitet in der Regel gleichzeitig mit sechs Familien mit massiven Elternkonflikten in einem Gruppensetting unter Anleitung von mehreren Fachpersonen. Die Gruppenmitglieder helfen auch als Betroffene den anderen

¹¹² <https://www.kinderimblick.ch/> (29.10.2022).

¹¹³ <https://kadk.ch/> (29.10.2022).

Teilnehmenden. Das Programm arbeitet nicht nur mit den Eltern, sondern bezieht immer wieder das meinungsbildende Netzwerk (z.B. weitere Familienmitglieder, Freunde) mit in den Prozess ein. Diese sollen auf das konflikthafte Paar einwirken. Zudem wird wie erwähnt gleichzeitig mit getrennten Eltern- und Kindergruppen gearbeitet. Beide Gruppen werden getrennt durch Fachpersonen begleitet, Kinder und Eltern haben jedoch in den Pausen Kontakt zueinander und präsentieren gegen Ende des Programms gegenseitig auch Eindrücke ihrer Arbeit. Ziel der Arbeit ist mitunter, dass neue Narrative unter Miteinbezug des Netzwerks entwickelt und gleichzeitig destruktive Kommunikationsmuster aufgezeigt und verringert werden. Dazu gehört auch, dass die Eltern eine Erzählung bzw. ein Narrativ über ihre Trennungsgeschichte entwickeln, mit dem das Kind leben kann. Methodisch wird mit vielen systemischen, aber auch gestalttherapeutischen Ansätzen gearbeitet.¹¹⁴

3. Weitere Instrumente

Neben diesen multifamilientherapeutischen Ansätzen finden sich weitere, eher familienzentrierte Instrumente. Dazu gehören die bereits erwähnte (Pflicht-)Mediation, die angeordnete Beratung, die (Familien-)Therapie, der Familienrat¹¹⁵ und die sozialpädagogische Familienbegleitung.

Sozialpädagogische Familienbegleitung

In der kindesschutzrechtlichen Praxis besonders häufig ist die sozialpädagogische Familienbegleitung (SPF) anzutreffen. Mit ihr versucht eine Fachperson in der unmittelbaren Lebenswelt der Familie (zu Hause) Lösungen für das jeweilige Problem zu finden. Die SPF hat somit erklärenden, anleitenden und befähigenden Charakter. Aufgrund ihrer Vielseitigkeit wird sie auch als «generalistische Universalhilfe, mit der nahezu jede Problemlage bearbeitet werden kann» bezeichnet.¹¹⁶ Ihre Wirksamkeit ist bei Multiproblemfamilien belegt.¹¹⁷

Indikationen für einen gelingenden Einsatz der SPF werden in folgenden Aspekten gesehen:

¹¹⁴ Vgl. VAN LAWICK/VISSER, *Kinder aus der Klemme, Interventionen für Familien in hochkonflikt-haften Trennungen*, Heidelberg 2022; VAN DER ELST/WIERSTRA/VAN LAWICK, *Kinder aus der Klemme – Arbeitsbuch für Eltern*, Heidelberg 2020.

¹¹⁵ Vgl. hierzu HAURI/ROSCH, *Familienrat (Family Group Conference) im Spannungsfeld zwischen methodischen Ansprüchen, verfahrensrechtlichen Möglichkeiten und Persönlichkeitsschutz*, FamPra.ch 2018, 677 ff.

¹¹⁶ MÜLLER, *Sozialpädagogische Familienhilfe – aufsuchende familienbezogene Hilfen*, 4.5.2017, <https://www.sgbviii.de/files/SGB%20VIII/PDF/S174.pdf>, 4 (31.10.2022).

¹¹⁷ AL/STAMS/BEK/DAMEN/ASSCHER/VAN DER LAAN, *A meta-analysis of intensive family preservation programs: Placement prevention and improvement of family functioning*, *Children and Youth Services Review* 2012, 1472 ff.

- Kooperationsbereitschaft der Familie
- Herstellbare Passung zwischen Familie und Fachkraft
- Entwicklungspotential / stabilisierte familiäre Problematik, insbesondere einer akuten Situation
- Geklärtter Veränderungsauftrag und gesicherte Finanzierung
- Mögliche Integration ins Helfersystem
- Qualität der Ausgestaltung der sozialpädagogischen Familienbegleitung.¹¹⁸

4. *Allgemeine Anhaltspunkte für Vor- und Nachteile von kindes(schutz)rechtlichen Instrumenten*

Bei den verschiedenen kindes(schutz)rechtlichen Instrumenten stellt sich die Frage nach der individuellen Passung, d.h. danach, welches Instrument zu welcher Fallsituation passt. Hier finden sich wenig spezifische Forschungsergebnisse. Damit muss Rückgriff genommen werden auf allgemeine Kriterien, welche Anhaltspunkte für eine solche Passung bilden. Folgende Beurteilungskriterien werden vorgeschlagen:

- Zeitliche Möglichkeiten: Hier wird die Frage nach den zeitlichen Möglichkeiten, insbesondere der Dringlichkeit aufgeworfen, z.B. wie lange kann angesichts der konkreten Kindeswohlgefährdung noch mit beraterischen Mitteln gearbeitet werden?, Wann muss mit stärkeren Massnahmen eingegriffen werden?, etc.
- Zeitliche Sinnhaftigkeit: Damit wird das Augenmerk auf die Belastung für das Kind und die Familie gelegt, insb. bei zeitlich länger andauernden Interventionen. So sind beispielsweise interventionsorientierte Abklärungen zwar auf Konsens und Befähigung des Systems ausgerichtet, sie bedürfen aber in der Regel auch viel mehr Zeit. Damit wird das System länger unter staatliche Aufsicht und Abklärung gestellt als bei einer schnelleren entscheidungsorientierten Abklärung. Die Auswirkungen auf das System sind in den Entscheid miteinzubeziehen.
- Kostenfolgen: Interventionen kosten. Soweit sie von der Familie getragen werden müssen, stellt sich auch die Frage nach dem damit allenfalls verbundenen Widerstand oder dem zusätzlichen Kostendruck auf die Familie. Unter Umständen sind kostengünstigere, aber weniger wirksame Interventionen zu bevorzugen, soweit diese auch ausreichend zielführend sind.
- Interessen und Bedürfnisse des Kindes: Als Selbstverständlichkeit im Kinderschutz gilt, dass Kindeschutzmassnahmen dem Kind(eswohl) dienen sollen. Folglich ist auch zu prüfen, inwiefern die Interessen und Bedürfnisse des Kindes mit der Intervention beachtet werden.
- Hilfreich/Belastung für wen? Es ist – durchaus auch selbstkritisch – jeweils zu prüfen, für wen das Instrument oder die Intervention hilfreich ist bzw. eine Belastung ist. Was bedeutet sie für die einzelnen Familienmitglieder? Hierzu gehört

¹¹⁸ Vgl. METZGER/MASOUD TEHRANI, Indikation für die Sozialpädagogische Familienhilfe und Familienbegleitung, Zeitschrift für Sozialpädagogik 2021, 233 ff.

auch die Frage, inwiefern die Intervention auch für das Gericht oder die KESB dienlich ist.

- Wirkfaktoren: Soweit Wirkfaktoren wissenschaftlich belegt sind, sind solche selbstverständlich auch beizuziehen. Wie bereits erwähnt, ist das eher selten der Fall. Daher muss hier Rückgriff genommen werden auf Erfahrungswerte. Dazu gehören sicherlich die Frage nach der Kooperationsbereitschaft der Betroffenen, eine bestehende Entwicklungsperspektive und -möglichkeit der Familie, ein geklärtter Auftrag und eine gute Qualität der Leistung.¹¹⁹

Zusammenfassung: *Ausgehend von der Unterscheidung des Kindesrechts und des Kindesschutzrechts beleuchtet der Beitrag die Verfahrensmaximen und Zuteilungs- bzw. Entscheidungskriterien der beiden Gebiete, und enthält sodann eine Auswahl an Instrumenten, die zum Ziel haben, das Kindeswohl in familiären Konstellationen, die dieses gefährden, angemessen zu wahren. Insbesondere werden kindes(schutz-)rechtliche, verfahrensrechtliche und interdisziplinäre Instrumente im Kindes(schutz-)recht aufgezeigt.*

¹¹⁹ Vgl. METZGER/MASOUD TEHRANI, Zeitschrift für Sozialpädagogik 2021, 233, 246 ff.