

Titel	Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren
Buchautoren	Christophe A. Herzig
Jahr	2012
Herausgeber	Peter Gauch
Serie/Reihe	AISUF Band/Nr. 318
ISBN	978-3-7255-6609-9
Verlag	Schulthess Juristische Medien AG

§ 7 Das Recht auf Anhörung

I. Rechtsgrundlagen

1. Völkerrecht

- 368 Völkerrechtliche Grundlage des Anhörungsrechts bildet Art. 12 UN-KRK. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung müssen die Vertragsstaaten dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das **Recht** zusichern, diese **Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äussern**. Und sie müssen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife berücksichtigen. Zu diesem Zweck wird gemäss Abs. 2 dem Kind insbesondere Gelegenheit gegeben, in allen es berührenden Gerichts- und Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden. Diese Bestimmung der UN-KRK stellt einen **direkt anwendbaren Rechtssatz** dar. Mithin ist sie in der Schweiz unmittelbar anwendbar (self-executing).⁵²⁸
- 369 Die Rechtsprechung sowie die herrschende Lehre setzen für Art. 12 UN-KRK die Urteilsfähigkeit des Kindes i.S.v. Art. 16 ZGB voraus. Danach muss das Kind also fähig sein, sich in der konkreten Frage in einem konkreten Fall eine eigene Meinung zu bilden (vgl. zur Urteilsfähigkeit N 22 ff. und

N 102 ff.).⁵²⁹ Dies wird aus dem Passus „...das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden...“ abgeleitet. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes in seinem Kommentar zu Art. 12 UN-KRK festgehalten hat, dass dieser Passus nicht als Einschränkung verstanden werden darf. Vielmehr ist darunter

⁵²⁸ Vgl. BGer 6B_538/2009 E. 5.1; BGE 124 III 90 (91 f.) E. 3a; Rumo-Jungo/Spescha, S. 1105; Schütt, S. 28; Freiburghaus, HK zu Art. 144 ZGB, N 3; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 25, N 41; Freiburghaus-Arquint, Kinderrechte – Kinderschutz, S. 20; Staubli, S. 92. Eine staatsvertragliche Bestimmung ist dann direkt anwendbar, wenn die Bestimmung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheids zu bilden. Die Norm muss folglich justiziabel, die Rechte und Pflichten des Einzelnen zum Inhalt haben, und Adressat der Norm müssen die rechtsanwendenden Behörden sein (vgl. dazu BGE 124 III 90 [91] E. 3a; 118 Ia 112 [117] E. 2b; Silva, N 23).

⁵²⁹ Vgl. BGE 131 III 553 (554), E. 1.1; Pfänder Baumann, Komm.-ZPO zu Art. 298 ZPO, N 1 m.w.H. und N 13; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 5; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 2.

die Pflicht für jeden Vertragsstaat zu verstehen, für sämtliche Kinderbelange zu evaluieren, ob das Kind fähig ist, eine eigene Meinung zu bilden. Der Staat muss von der Vermutung ausgehen, dass das Kind fähig ist, sich in der fraglichen Angelegenheit seine eigene Meinung zu bilden. Weiter hebt der Kommentar hervor, dass keine Altersbegrenzung für das Anhörungsrecht i.S.v. Art. 12 UN-KRK besteht und fordert die Konventionsstaaten auf, weder gesetzliche noch praktische Alterslimiten vorzusehen. Er präzisiert, dass bereits Kinder in sehr jungen Jahren in der Lage sind, sich eine Meinung zu bilden, auch wenn sie diese noch nicht verbal ausdrücken können. Deshalb ist auch die non-verbale Kommunikation (z.B. Spiel, Körpersprache, Mimik, Zeichnung), durch die sich sehr junge Kinder ausdrücken können, zu berücksichtigen. Und es ist auch nicht nötig, dass das Kind über sämtliche Aspekte der es betreffenden Angelegenheit Bescheid weiss.⁵³⁰

- 370 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Art. 12 UN-KRK entgegen der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre **nicht die Urteilsfähigkeit** i.S.v. Art. 16 ZGB **voraussetzt**.

151

2. Bundesrecht

- 371 Die Kindesanhörung im eherechtlichen Verfahren ist in der ZPO (Art. 298 ZPO; N 398 ff.), diejenige im Kindesschutzverfahren im ZGB (Art. 314a nZGB; N 412 ff.) sowie diejenige für das Kindesentführungsverfahren (Rückführungsverfahren) im BG-KKE (Art. 9 Abs. 2 BG-KKE) geregelt. Die Bestimmungen sind weitestgehend identisch (vgl. N 413 und N 414).

II. Höchstpersönliches Recht

- 372 Die Anhörung ist Ausfluss der Persönlichkeit des Kindes und mithin ein **höchstpersönliches Recht** (Art. 19c Abs. 1 nZGB, Art. 305 Abs. 1 nZGB; Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO; vgl. N 46 ff. und N 68 ff.).⁵³¹ Sie bezweckt die Respektierung der Persönlichkeit des Kindes, welches durch ein Verfahren unmittelbar betroffen ist, weshalb die Urteilsfähigkeit keine Voraussetzung der Anhörung bildet. Das Kind soll als vollwertiges und gleichberechtigtes Subjekt wahrgenommen werden und entsprechend Einfluss auf Situationen haben, von denen es selber betroffen ist.⁵³²
- 373 Dieses **Recht steht sowohl dem urteilsfähigen als auch dem urteilsunfähigen Kind zu**.⁵³³ Da es sich um ein höchstpersönliches Recht handelt, kann das urteilsfähige⁵³⁴ Kind (vgl. N 22 ff. und N 102 ff.) dieses Recht selber wahrnehmen (persönliches Mitwirkungsrecht⁵³⁵) und eine Nichtanhörung anfechten (vgl. Art. 298 Abs. 3 ZPO; Art. 314a Abs. 3 nZGB; Art. 19c

152

⁵³⁰ Observation générale n° 12 (2009), S. 7 f., http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_fr.pdf (besucht am 16.11.2011); vgl. auch Krappmann, S. 38 ff.

⁵³¹ BGE 131 III 553 (554) E. 1.1; Schütt, S. 50; Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 24; vgl. auch Staubli, S. 93 sowie BGer 5A_402/2011 E. 5.1.

⁵³² Vgl. Staubli, S. 93; Steck/Schweighauser, S. 804.

⁵³³ Rumo-Jungo, Anhörung, S. 1579; Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 24; Schweighauser, FamKomm zu Art. 298 ZPO, N 8.

⁵³⁴ Das Kind muss urteilsfähig sein bezüglich Inhalt und Wesen der Anhörung (Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 24 FN 15).

⁵³⁵ Der Gehörsanspruch ist bei urteilsfähigen Kindern ein persönliches Mitwirkungsrecht (BGE 131 III 553 [554] E. 1.1; vgl. auch Leuenberger/Uffer-Tobler, N 11.255).

Abs. 1 nZGB und Art. 67 Abs. 3 lit. a ZPO).⁵³⁶ Beim Anhörungsrecht handelt es sich um ein **absolut** (=vertretungsfeindliches) **höchstpersönliches Recht**: Der gesetzliche Vertreter kann zwar die Kindesanhörung verlangen, dabei handelt es sich jedoch lediglich um einen für das Gericht unverbindlichen Antrag⁵³⁷. Das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe können gegen eine Anhörung sprechen (vgl. Art. 298 Abs. 1 ZPO). Das Gericht muss diesbezüglich einen Entscheid im Interesse des Kindes fällen.⁵³⁸ Mithin kann der gesetzliche Vertreter dieses Recht nicht für das urteilsunfähige Kind wahrnehmen, sondern diesbezüglich bloss einen Antrag auf Kindesanhörung stellen.⁵³⁹

- 374 Da das urteilsfähige Kind die Verweigerung der Anhörung anfechten kann (vgl. N 547 ff.; Art. 298 Abs. 3 ZPO, Art. 314a Abs. 3 nZGB), muss ihm der **Entscheid** (prozessleitende Verfügung), in welchem die Nichtanhörung festgehalten ist, **eröffnet** werden (vgl. N 501 ff.). Dabei ist kein vorausgehender Antrag des Kindes auf Anhörung vorausgesetzt, da grundsätzlich alle Kinder auch ohne Antrag anzuhören sind (vgl. Art. 298 Abs. 1 ZPO, Art. 314a nZGB). Verzichtet das (urteilsfähige) Kind jedoch von sich aus auf die Anhörung und liegt eine eindeutige Willenshaltung vor (N 105), muss das Gericht keine prozessleitende Verfügung erlassen.⁵⁴⁰

153

III. Psychologische Bedeutung

- 375 Die Psychologie liefert triftige Argumente für die Kindesanhörung. Erkenntnisse aus der Praxis und Ergebnisse aus der Forschung haben zunehmend deutlich gemacht, dass Erfahrungen der eigenen Wirksamkeit („Kontrollmöglichkeiten“) **für das Wohlbefinden, die Gesundheit und die psychische Entwicklung des Kindes von grosser Bedeutung** sind.⁵⁴¹ „Dies zeigen u.a. die zahlreichen Untersuchungen zum Phänomen der Resilienz, also zur Frage, was insbesondere Kinder unter widrigen Umständen stärkt und ihnen erlaubt, sich trotz Gefährdungen gesund zu entwickeln.“⁵⁴² Dabei ist entscheidend, ob und wie die eigenen Lebensumstände (mit -)gestaltet werden können. Die Erfahrung der eigenen Wirksamkeit führt zur Stärkung der Widerstandskraft und begünstigt die Bewältigung widriger Umstände. Deshalb ist es elementar, das Kind als Subjekt zu behandeln und eine komplette Fremdbestimmung zu vermeiden.⁵⁴³
- 376 Das Kind soll nicht bloss passiv angehört werden, vielmehr soll mit dem Kind geredet und ihm interessiert (aktiv) zugehört werden. Auf diese Weise wird in Erfahrung gebracht, wie es dem Kind wirklich geht, was es beschäftigt und was für Bedürfnisse es hat.⁵⁴⁴ Die Anhörung führt bei einem Kind i.d.R. nicht zu einer Belastung im eigentlichen Sinn, sondern zu einer sog. vorübergehenden Anspannungsreaktion. Diese Reaktion ist mit der Prüfungsangst vergleichbar und bei älteren Kindern sogar etwas höher als bei jüngeren. Die **Anspannung** nimmt zwar unmittelbar vor der Anhörung zu, nach der Anhörung **nimmt** sie jedoch **sofort wieder ab** und fällt vier Wochen später unter das Ausgangsniveau.⁵⁴⁵

154

⁵³⁶ Vgl. Rumo-Jungo, Anhörung, S. 1579; Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 24; Levante, Kindesinteressen, S. 42; Schütt, S. 51 und 81 ff.; BGE 131 III 553 (554) E. 1.1.

⁵³⁷ Da die Anhörung auch der Sachverhaltsermittlung dient, können die Eltern die Anhörung des Kindes aufgrund ihrer Parteistellung als Beweismittel anrufen (BGE 131 III 553 [554] E. 1.1).

⁵³⁸ Vgl. Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 24 f.

⁵³⁹ Gleicher Meinung: Schütt, S. 50 f. Anderer Meinung: Rumo-Jungo, Anhörung, S. 1589.

⁵⁴⁰ Steck/Schweighauser, S. 807; vgl. auch BGer 5A_402/2011 E. 5.1.

⁵⁴¹ Simoni, S. 336; Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 22 f.; vgl. auch Simoni/Vetterli, S. 143 f.; Schreiner, FamKomm, N 105.

⁵⁴² Simoni, S. 336.

⁵⁴³ Vgl. Simoni, S. 336; Fegert, S. 49 f.

⁵⁴⁴ Vgl. Peter, FamPra.ch 12, S. 645.

⁵⁴⁵ Karle, S. 663.

IV. Sinn und Zweck der Anhörung

- 377 Das urteilende Gericht (bzw. die Kindesschutzbehörde) soll sich durch die Kindesanhörung ein ungefiltertes und **unmittelbares Bild über die Wünsche und Bedürfnisse des Kindes** machen.⁵⁴⁶ Das Anhörungsrecht ist ein höchstpersönliches Recht des Kindes, das respektiert werden muss, und dem Kind soll das Gefühl vermittelt werden, dass es ernst genommen wird und dass seine Wünsche und Bedürfnisse in die Entscheidungsfindung mit einfließen. Dadurch wird ihm aufgezeigt, dass es Subjekt und nicht bloss Objekt im Verfahren ist. Auch ist die Anhörung ein wichtiges Erkenntnismittel für das Gericht sowie die Kindesschutzbehörde. Art. 298 ZPO (bzw. Art. 314a nZGB) „konkretisiert einerseits die aus Art. 12 UN-KRK fließenden konventionsrechtlichen Garantien und setzt andererseits den Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör sowie den in diesem Bereich geltenden Untersuchungsgrundsatz um“.⁵⁴⁷
- 378 Die Kindesanhörung ermöglicht der Richterin bzw. dem Richter sowie der Kindesschutzbehörde, das Verfahren und den Kontext, in den die Anhörung einzuordnen ist, dem Kind zu erklären und es **über seine Rechte** – z.B. das Vertretungsrecht (N 421 ff.) – **aufzuklären**.⁵⁴⁸ Dem Kind wird durch das persönlichkeitsbezogene Mitwirkungsrecht die Möglichkeit eingeräumt, z.B. über die Scheidung, wie es sie erlebt, zu sprechen. Dies kann für das Kind eine Entlastung bedeuten, und auch allfällige Schuldgefühle können dem Kind genommen werden.⁵⁴⁹ Die Anhörung dient nicht dem Ausfragen über die Eltern des Kindes, und das Gericht (aber auch die Anwältinnen und Anwälte) muss die Eltern – die vielfach noch skeptisch gegenüber dem Institut der Anhörung eingestellt sind – diesbezüglich aufklären und den Eltern auch

155

klar machen, dass die Anhörung für ein Kind auch eine Entlastungsmöglichkeit darstellt (vgl. N 375).⁵⁵⁰

V. Schwellenalter

- 379 Für das urteilende Gericht bzw. für die urteilende Behörde stellt sich die zentrale Frage, ab welchem Alter ein Kind angehört werden sollte. Einerseits dient die Anhörung unabhängig vom Alter des Kindes der von Amtes wegen vorzunehmenden Ermittlung des Sachverhalts⁵⁵¹ und andererseits der Wahrung des höchstpersönlichen Rechts des (urteilsfähigen und urteilsunfähigen) Kindes.⁵⁵² Wie oben dargelegt, hat die Kindesanhörung auch aus psychologischer Sicht positive Auswirkungen auf das Kindeswohl. All diese Gründe zeigen auf, dass das Kind nicht erst angehört werden sollte, sobald es urteilsfähig ist, sondern bereits zuvor. So hat auch das Bundesgericht festgehalten, dass das Schwellenalter für die Anhörung von der kinderpsychologischen Erkenntnis, dass formallogische Denkopoperationen erst ab ungefähr elf bis dreizehn Jahren möglich sind und auch die sprachliche Differenzierungs- und Abstraktionsfähigkeit erst ab ungefähr diesem Alter entwickelt ist, zu unterscheiden ist

⁵⁴⁶ Schütt, S. 41; Baltzer-Bader, S. 46; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 11; Schweighauser, FamKomm zu Art. 298 ZPO, N 11.

⁵⁴⁷ BGer 5C.316/2006 E. 2 (nicht publizierte Erwägung von BGE 133 III 553); vgl. auch Schweighauser, FamKomm zu Art. 298 ZPO, N 12; Steck/Schweighauser, S. 805; Baltzer-Bader, S. 46 f.

⁵⁴⁸ Vgl. Steck/Schweighauser, S. 805; Krappmann, S. 36.

⁵⁴⁹ Vgl. für die psychologischen Aspekte der Anhörung auch N 375 f.

⁵⁵⁰ Vgl. Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 13 f.; Schweighauser, FamKomm zu Art. 298 ZPO, N 13 f.; Baltzer-Bader, S. 50; vgl. ferner auch Staubli, S. 95.

⁵⁵¹ BGE 131 III 553 (554) E. 1.1; vgl. auch Reusser, Stellung der Kinder, N 4.75; Staubli, S. 93 f.

⁵⁵² Vgl. Rumo-Jungo, Anhörung, S. 1579; Freiburghaus, HK zu Art. 144 ZGB, N 2; Simoni/Vetterli, S. 141; Schütt, S. 50 f.; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 8; ferner auch Reusser, Stellung der Kinder, N 4.75 (für letztere steht jedoch bei urteilsunfähigen Kindern nur die Sachverhaltsermittlung in Frage).

(vgl. N 102 ff.). Die **Anhörung setzt** demnach **keine Urteilsfähigkeit** i.S.v. Art. 16 ZGB voraus.⁵⁵³

- 380 Bereits kleine Kinder können sich äussern, und eine Anhörung des Kindes ist aus psychologischer Sicht bereits recht früh möglich.⁵⁵⁴ Als Richtlinie kann die Altersgrenze bei altersgerecht entwickelten Kindern, gestützt auf entwicklungspsychologische Studien und klinische Erfahrung, **um das dritte**

156

bis vierte Altersjahr herum gesetzt werden. Bei fortgeschrittenem Entwicklungsstand des Kindes und spezifischen Qualifikationen seitens der anhörenden Person, kann ein Kind bereits früher angehört werden.⁵⁵⁵

- 381 Das Bundesgericht hat zwar in einem Entscheid die Altersschwelle auf das vollendete sechste Altersjahr als Richtlinie festgelegt, doch dabei explizit festgehalten, dass auch die Anhörung eines jüngeren Kindes nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Dies ist z.B. der Fall, wenn von mehreren Geschwistern das jüngste kurz vor dem genannten Schwellenalter steht.⁵⁵⁶ Und in einem anderen Urteil hat es festgehalten, dass Alterslimiten nicht schematisch anzuwenden sind, sondern auf den jeweiligen Entwicklungsstand des Kindes abzustellen ist.⁵⁵⁷ Die derzeit noch vielerorts bestehenden Altersgrenzen von zehn oder elf Jahren sind jedenfalls deutlich zu hoch angesetzt und müssen entsprechend gesenkt werden.⁵⁵⁸

VI. Aus- und Weiterbildung der Anhörungspersonen

- 382 Gezielte Weiter- und Ausbildungsmöglichkeiten für Gerichtspersonen, aber auch für andere Fachpersonen, welche mit dem Institut der Anhörung in Kontakt kommen, sind unabdingbar. Die Anhörungspersonen selber sehen eine derartige Weiterbildung meist als eine Notwendigkeit an, und es konnte festgestellt werden, dass sich eine solche positiv auf die Anhörungsquote auswirkt. Durch professionelle Weiterbildungsangebote kann einerseits das Verständnis für Sinn und Zweck einer Kindesanhörung gefördert werden und andererseits können den anhörenden Personen eine geeignete Art und

157

Weise der Durchführung der Anhörung und Kompetenzen im Umgang mit Kindern vermittelt werden.⁵⁵⁹ Wünschenswert wäre die Verankerung der Aus- und Weiterbildungspflicht in einem Bundesgesetz. Von der Pflicht wären sämtliche Behördenmitglieder, die Entscheidungen über Kinderbelange treffen, sowie Personen, die Kindesanhörungen oder Kindesvertretungen durchführen, erfasst.⁵⁶⁰

VII. Einladungspraxis als zentrales Element

- 383 Ein zentrales Element für eine erfolgreiche Kindesanhörung bildet bereits die Einladungspraxis der Behörden. Die **Haltung des Kindes** gegenüber der Kindesanhörung, und damit auch seine Teilnahmebereitschaft, ist entscheidend **vom**

⁵⁵³ BGE 131 III 553 (556) E. 1.2.2.

⁵⁵⁴ Vgl. Simoni, S. 336; Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 26.

⁵⁵⁵ Vgl. Dettenborn/Walter, S. 76; Karle, S. 662; Klein, Kommentar zu § 159 FamFG, N 6; Balloff, S. 168; vgl. ferner auch Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 26 f.; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 25 N 43; Bericht ZPO, 123. In Deutschland werden Kinder durchschnittlich ab dem vierten Lebensjahr angehört (Karle, S. 656). Bei einer Anhörung von Kindern unter drei oder vier Jahren handelt es sich bei der Anhörung um eine Beobachtung der Interaktion zwischen Kind und Eltern. Vom Kind kann man sich auf diese Weise ein Bild machen (Balloff, S. 168).

⁵⁵⁶ BGE 131 III 553 (557) E. 1.2.3.

⁵⁵⁷ BGer 5C.149/2006 E. 1.2.

⁵⁵⁸ Vgl. Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 30.

⁵⁵⁹ Vgl. Büchler/Simoni, N 121; Baltzer-Bader, S. 56.

⁵⁶⁰ Aeschlimann, S. 149.

Informationsstand des Kindes **abhängig**. Die wichtigste Informationsquelle sollten grundsätzlich die Eltern sein, doch kann es vorkommen, dass das Einladungsschreiben des Gerichts der einzige Weg ist, auf dem das Kind über sein Anhörungsrecht aufgeklärt wird.⁵⁶¹

- 384 Das Kind sollte zu einem bereits festgelegten Anhörungstermin eingeladen werden.⁵⁶² Das Einladungsschreiben⁵⁶³ muss mithin kinder- und altersgerecht verfasst sein und umfassend über die Belange, die das Kind betreffen, aufklären. Es sollte dem Einladungsbrief **keine Verzichtserklärung** beigelegt werden, da dadurch sehr viele Kinder auf die Anhörung verzichten, weil sie von der Situation überfordert sind und allenfalls durch einen Elternteil beeinflusst werden. Vielmehr sollte die Verzichtserklärung im persönlichen Gespräch und ohne Beisein der Eltern durch das Gericht entgegengenommen werden (vgl. N 409).⁵⁶⁴ Untersuchungen zur Einladungspraxis ergaben, dass bei Einladungen mit einem Terminvorschlag in 67% der Fälle eine Anhörung

158

stattfind. Wurde die Einladung hingegen mit einer vorgefertigten Verzichtserklärung verschickt, erschienen bloss 8% der Kinder zur Anhörung.⁵⁶⁵

- 385 Die Behörden müssen sich der Auswirkungen ihrer Einladungspraxis bewusst und entsprechend sensibilisiert sein, damit ihre Einladungspraxis optimiert werden kann.

VIII. Modalitäten der Anhörung

1. Art und Weise der Anhörung

- 386 Die Anhörung des Kindes muss **alters- und kindergerecht** durchgeführt werden. Die Art und Weise der Anhörung ist deshalb vom Entwicklungsstand des Kindes abhängig. Das Gericht soll sich durch die Anhörung ein möglichst ungefiltertes Bild von den Neigungen, Wünschen, Ängsten, Bindungen und von der Qualität seiner Beziehungen zu den Eltern und Geschwistern machen können. Dafür muss die anhörende Person behutsam vorgehen und Einfühlungsvermögen sowie Flexibilität besitzen.⁵⁶⁶ Eine inquisitorische Befragung, insbesondere ein Ausfragen über die Eltern, ist unerwünscht. Zudem ist der Wunsch des Kindes, auf gewisse Fragen keine Antwort geben zu wollen, zu respektieren. Die Anhörung soll im Rahmen eines **natürlichen Gesprächs** erfolgen. Das Kind wird dabei über das Verfahren informiert und über seine Rechte aufgeklärt, es kann Fragen stellen und seine eigenen Wünsche äussern.⁵⁶⁷

159

- 387 Den **Wünschen des Kindes kommt umso grössere Bedeutung zu, je reifer es ist**.⁵⁶⁸ Bezüglich der Zuteilung der elterlichen Sorge müssen kleinere Kinder nicht unbedingt nach konkreten Zuteilungswünschen gefragt werden. Ab dem zehnten Altersjahr kann

⁵⁶¹ Vgl. Bächler/Simoni, N 117 f. und N 120; Simoni/Vetterli, S. 140.

⁵⁶² Vgl. Bächler/Simoni, N 120; Simoni/Vetterli, S. 140.

⁵⁶³ Vgl. die Musterbriefe an die Kinder, aussenstehende Begleitpersonen und an die Eltern bei Schütt, S. 266 ff.; ferner auch die Mustereinladung bei Staubli, S. 96.

⁵⁶⁴ Schütt, S. 75 ff.; vgl. auch Simoni/Vetterli, S. 140.

⁵⁶⁵ Simoni/Vetterli, S. 140.

⁵⁶⁶ Vgl. Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 21; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 18; vgl. ferner auch Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 25, N 43; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zu Art. 144 ZGB, N 15 und 18; Rumo-Jungo, Anhörung, S. 1586; vgl. auch die *unterschiedlichen Phasen der Anhörung* (Begrüssungssituation, Beziehungsaufbau zum Kind, eigentliche Durchführung der Anhörung, Verabschiedung) und die *geeignete Weise der Anhörung* (u.a. Verhalten der anhörenden Partei) bei Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 34 ff. bzw. S. 31 f. sowie ferner der Leidfaden zur Kindesanhörung bei Baltzer-Bader, S. 58 f.

⁵⁶⁷ Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 18; vgl. auch Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 22 und zur *Anhörung von ausländischen Kindern* Widmer Rolf, Anhörung von ausländischen Kindern in einem Scheidungsverfahren, in: Hausammann Christina/Jenni Gerber Regula (Hrsg.), Kinderrechte – Kinderschutz, Basel/Genf/München, S. 103 ff.

⁵⁶⁸ BGer 5C.52/2005 E. 4.1; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 19.

ein Kind jedoch in der Regel stets direkt zu seinen Wünschen betreffend elterliche Sorge und persönlichen Verkehr (Besuchsrecht) befragt werden (vgl. dazu ausführlich N 102 ff.). Doch können je nach Reife des Kindes auch jüngere Kinder (gerade durch eine Fachperson) dazu befragt werden (vgl. N 129).⁵⁶⁹

- 388 Bei der Anhörung ist in jedem Fall wichtig, dass gewisse Grundsätze eingehalten werden. Dazu gehört, dass die Rahmenbedingungen so ausgestaltet sind, dass das Kind sich frei und ungezwungen äussern kann und aktionsfähig bleibt. Das Gericht oder die anhörende Drittperson muss bezüglich Anhörungszweck, Ablauf und Folgen für das Kind für Transparenz sorgen. Es muss klargestellt werden, dass die Entscheidung nicht dem Kind obliegt, sondern vom Gericht gefällt wird. Es muss zum Ausdruck kommen, dass die **Meinung des Kindes ein Baustein unter anderen in der Meinungsbildung** des Gerichts ist. Die kindlichen Wahrnehmungs- und Denkweisen müssen berücksichtigt werden, und dem Kind soll möglichst die Initiative bei der Beantwortung der Fragen gelassen werden. Weiter soll dem Kind der grösstmögliche Freiraum bei der Formulierung seiner Antworten gelassen werden, was das Stellen von offenen Fragen gebietet. Und schliesslich muss die Behörde auf die besondere Belastung des Kindes durch das Verfahren (z.B. durch den Trennungs- und Scheidungsprozess) im Allgemeinen und die spezifische, unangenehme Situation im Besonderen Rücksicht nehmen. Das

160

Gericht und die Kindesschutzbehörde sollen die Aussagen des Kindes seinem Alter entsprechend würdigen und gewichten.⁵⁷⁰

- 389 Besonders erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang die von Simoni/Vetterli vorgeschlagene besondere Vorgehensweise bei komplexen Konflikten: Sie schlagen für **schwer lösbare**, aber noch nicht ganz hoffnungslose **Streitsachen** ein Vorgehen in drei Schritten vor. Am Anfang steht das Elterngespräch, bei dem die Eltern bezüglich der Kinderbelange sensibilisiert („wachgerüttelt“) werden. Danach folgt eine Kindersitzung, in der die Kinder angeregt werden, ihre Wünsche und Einfälle zu sammeln. Den Abschluss bildet dann eine Familienkonferenz, bei der die Kinder ihren Eltern die gesammelten Ideen vorstellen. Den Erwachsenen bleibt es dann überlassen, diese in eigener Verantwortung umzusetzen.⁵⁷¹

2. Setting

- 390 „Die Anhörung erfordert einen Rahmen, der es dem Kind ermöglicht, sich frei und ohne Angst oder Scham zu äussern.“⁵⁷² Die physische Umgebung spielt dabei eine wichtige Rolle, und der Gerichtssaal ist deshalb kein geeigneter Anhörungsort. Trotzdem sollte die Anhörung wenn immer möglich in den Räumlichkeiten des Gerichts (z.B. im Büro der RichterIn oder des Richters) bzw. der Behörde durchgeführt werden und nicht zuhause beim Kind, in der Schule oder anderen Orten, die zur Privatsphäre des Kindes gehören.⁵⁷³ Von noch grösserer Bedeutung als die physische Umgebung ist für das Kind die Atmosphäre, die durch die anhörende Person geschaffen wird. Das Kind soll spüren, dass sich die Person für es interessiert, ihm Raum und Zeit gibt, sich auszusprechen und seine Interessen und Meinungen darzustellen.

161

⁵⁶⁹ Vgl. dazu BGer 5A_482/2007 E. 3.1; Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 33 f. (äussern sich nicht zu einer möglichen Altersgrenze, sondern sprechen sich generell für das Ansprechen der Zuteilungsfrage aus, wobei sie auf S. 40 festhalten, dass das Bundesgericht entschied, dass Zuteilungswünsche des Kindes nur dann zu berücksichtigen seien, wenn es sich dabei „auf Grund des Alters und der Entwicklung des Kindes um einen gefestigten Entschluss handle“ [vgl. BGE 124 III 90 [93] E. 3b; 122 III 401 [402] E. 3]); Schütt, S. 203 ff.; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 19; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 22.

⁵⁷⁰ Vgl. Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 34 und S. 40.

⁵⁷¹ Vgl. ausführlich dazu Simoni/Vetterli, S. 145 ff.

⁵⁷² Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 37; vgl. dazu auch Klein, Kommentar zu § 159 FamFG, N 16 f.

⁵⁷³ Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 38; vgl. auch Schütt, S. 158 ff.; Staubli, S. 95; Silva, N 112 f.

Die anhörende Person sollte sich **mindestens eine halbe Stunde** Zeit nehmen.⁵⁷⁴

- 391 Bei der Anhörung sollten die **Eltern** und auch andere Bezugspersonen sowie die **Anwälte** (einschliesslich der Kindesvertreter) **nicht dabei** sein, da damit psychische Druckmittel und potentielle Loyalitätskonflikte verhindert werden.⁵⁷⁵ Kleinere Kinder können gegebenenfalls auch von einer Vertrauensperson⁵⁷⁶, die von beiden Eltern möglichst unabhängig ist, begleitet werden. Während der eigentlichen Anhörung ist diese Bezugsperson jedoch nicht dabei.⁵⁷⁷ Im Interesse des (sehr jungen) Kindes kann das Gericht (bzw. die Kindesschutzbehörde) aber ausnahmsweise die Anwesenheit der Eltern oder einer Erziehungsbeiständin oder eines Erziehungsbeistandes (Art. 308 ZGB) bzw. des Kindesvertreters gestatten.⁵⁷⁸
- 392 Sind mehrere **Geschwister** anzuhören, so müssen sie grundsätzlich zunächst einmal **getrennt** angehört werden, damit sich das Kind möglichst ungezwungen äussern kann und sie sich nicht gegenseitig beeinflussen.⁵⁷⁹ Eine gemeinsame Anhörung der Geschwister kann ausnahmsweise nützlich sein, damit die Geschwisterdynamik beobachtet werden kann und sie sich gegenseitig unterstützen können.⁵⁸⁰
- 393 Die Anhörung sollte nicht durch ein Gerichtskollegium durchgeführt werden, sondern durch eine **Einzelrichterin oder einen Einzelrichter**. Die Anwesenheit einer Gerichtsschreiberin oder eines Gerichtsschreibers ist nicht ausgeschlossen und kann sich je nach Umständen sogar aufdrängen (z.B. eine Frau bei der Anhörung eines Mädchens durch einen Richter).⁵⁸¹

162

Die Eltern haben keinen Anspruch, vor der Anhörung mit den Kindern sprechen zu können.⁵⁸²

3. Zeitpunkt der Anhörung

- 394 Das Kind sollte im Scheidungsverfahren, im Eheschutzverfahren und im Scheidungsabänderungsverfahren sowie im Kindesschutzverfahren **möglichst kurz vor dem Entscheidungszeitpunkt** angehört werden.⁵⁸³ Mehrmalige Anhörungen sind wenn immer möglich zu vermeiden.⁵⁸⁴ Unter Umständen ist jedoch eine zweite Anhörung geboten, so wenn z.B. zwischen dem Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (Art. 276 ZPO) und dem Scheidungsurteil viel Zeit verstrichen ist. Wurde das Kind in einem frühen Stadium des Verfahrens durch eine Fachperson begutachtet und haben sich die Umstände seither wesentlich verändert, muss das Gericht – unabhängig von der beweisrechtlich relevanten Frage, ob ein Ergänzungsgutachten erforderlich ist – auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen und gegebenenfalls nach Rücksprache mit der Fachperson darüber entscheiden, ob und in welcher Form eine erneute Anhörung durchgeführt werden soll.⁵⁸⁵

⁵⁷⁴ Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 38; vgl. betreffend Wichtigkeit der Atmosphäre und Ort auch Sutter/Freiburghaus, Kommentar zu Art. 144 ZGB, N 22; betreffend Ort ferner auch Rumo-Jungo, Anhörung, S. 1585.

⁵⁷⁵ Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 39; vgl. auch Schütt, S. 155 ff.; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 23; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 21; Rumo-Jungo, Anhörung, S. 1585 f.

⁵⁷⁶ Z.B. ein Elternteil eines guten Schulfreundes, ein Nachbar, ein Beistand (Art. 308 Abs. 2 ZGB) oder auch ein Kindesvertreter.

⁵⁷⁷ Schütt, S. 155 f.

⁵⁷⁸ Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 21; Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 39.

⁵⁷⁹ Rumo-Jungo, Anhörung, S. 1585; Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 39.

⁵⁸⁰ Vgl. Baltzer-Bader, S. 49.

⁵⁸¹ Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 20; vgl. auch Silva, N 81.

⁵⁸² BGER 5A_647/2008 E. 4.3.1.

⁵⁸³ Vgl. Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 22.

⁵⁸⁴ Vgl. BGER 5A_397/2011 E. 2.4; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 22.

⁵⁸⁵ Vgl. Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 22.

- 395 Bei der **Scheidung auf gemeinsames Begehren** muss das Gericht die Anhörung in der Regel vor der Anhörung der Eltern durchführen, da bei letzterer die Scheidung auch ausgesprochen wird. Denkbar ist jedoch auch, dass das Gericht die Anhörung des Kindes nach der Anhörung der Eltern durchführt, sofern der Entscheid erst im Anschluss daran den Eltern schriftlich eröffnet wird. Sind bereits im vorsorglichen Massnahmeverfahren Kinderfragen strittig, sollte das Kind vor dem definitiven Entscheid der Instruktionsrichterin bzw. des Instruktionsrichters angehört werden.⁵⁸⁶

163

- 396 Die Dringlichkeit einer **superprovisorischen Massnahme** kann dazu führen, dass in seltenen Fällen nicht genügend Zeit für die Vorbereitung einer kindgerechten Anhörung zur Verfügung steht. Die Anhörung sollte dann aber möglichst rasch, jedenfalls vor weiteren Anordnungen, nachgeholt werden.⁵⁸⁷
- 397 Die Anhörung ist eine Methode der Sachverhaltsermittlung. Das bedeutet, dass sie **naturgemäss im erstinstanzlichen Verfahren** vorzunehmen ist. In der zweiten Instanz kann eine weitere Anhörung geboten sein, sie ist jedoch nicht in jedem Fall erforderlich. So ist auf die weitere Anhörung zu verzichten, wenn die Ergebnisse der erstinstanzlichen Anhörung nicht streitig sind, keine Zweifel darüber bestehen, dass diese korrekt und umfassend vorgenommen wurde, und das Kind keine weitere Anhörung beantragt. Vor dem Bundesgericht ist keine Anhörung durchzuführen, da dieses grundsätzlich nicht über Tatsachenkognition, sondern nur über Rechtskognition verfügt.⁵⁸⁸ Stellt das Bundesgericht aber fest, dass die Anhörung nicht in geeigneter Weise erfolgte und damit Bundesrecht verletzt ist und dass die Behebung dieses Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann, wird es das angefochtene Urteil aufheben und den Fall für die Anhörung an die Vorinstanz zurückweisen (Art. 97 i.V.m. Art. 95 BGG).⁵⁸⁹

IX. Im eherechtlichen Verfahren im Besonderen

1. Vorbemerkungen

- 398 Die **überwiegende Mehrheit der Kinder** wird im Scheidungsverfahren ihrer Eltern **noch immer nicht angehört**.⁵⁹⁰ Nur etwa ein Drittel aller betroffenen

164

Kinder werden im Ehescheidungsverfahren ihrer Eltern zu einer Anhörung eingeladen und davon wiederum nur ein Drittel tatsächlich angehört (tot. ca. 10%).⁵⁹¹ Dabei schreibt das Bundesrecht vor, dass die Anhörung die Regel ist und die Nichtanhörung die Ausnahme darstellt.⁵⁹² Auch gibt es keinen Grund, auf die Anhörung zu verzichten, wenn sich die Eltern bezüglich Kinderbelange im eherechtlichen Verfahren einig sind.⁵⁹³ Dem gesetzgeberischen Willen, der höchsten richterlichen Rechtsprechung und dem persönlichkeitsrechtlichen Aspekt der Kindesanhörung sowie

⁵⁸⁶ Vgl. Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 26 f.; Steck/Schweighauser, S. 805.

⁵⁸⁷ Rumo-Jungo, Anhörung, S. 1582; Schütt, S. 137.

⁵⁸⁸ Rumo-Jungo, Anhörung, S. 1587.

⁵⁸⁹ Vgl. für eine Rückweisung BGer 5C.63/2005 Ziff. 1 vom Urteilsdispositiv (nicht publiziert in BGE 131 III 553).

⁵⁹⁰ Büchler/Simoni, N 301; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 3; vgl. auch Cottier/Häfeli, S. 113.

⁵⁹¹ Büchler/Simoni, N 117; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 1; vgl. auch Simoni/Vetterli, S. 139. Etwa 8% der 7–12 Jährigen und 19% der 12–18 Jährigen werden angehört (Quelle: Simoni/Vetterli, S. 139). Vgl. dazu auch die Medienmitteilungen vom 17. und 18. November 2011 der Eidgenössischen Kommission für Kinder- und Jugendfragen (EKKJ) sowie den einschlägigen Bericht dazu, abrufbar unter: <<http://www.ekkj.admin.ch/content.php?ekkj-1-1>> (besucht am 18.11.2011).

⁵⁹² Vgl. Art. 298 Abs. 1 ZPO; Art. 144 Abs. 2 aZGB (inhaltlich stimmen Art. 144 Abs. 2 aZGB und Art. 298 Abs. 1 ZPO überein, vgl. dazu auch Botschaft ZPO, 7367; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 4).

⁵⁹³ Rumo-Jungo/Spescha, S. 1108.

den psychologischen Erkenntnissen bezüglich der Erfahrung der eigenen Wirksamkeit (vgl. dazu N 368 ff.) wird mit diesen tiefen Quoten nur ungenügend Rechnung getragen.⁵⁹⁴

2. Inhalt der Kindesanhörung

A. Allgemeines

- 399 Kinder sind von den Scheidungsverfahren ihrer Eltern, aber auch von anderen eherechtlichen Verfahren unmittelbar betroffen (vgl. N 140 ff.). Ein Miteinbezug der Kinder drängt sich auf, wenn man ihre Persönlichkeit ernst

165

nehmen möchte.⁵⁹⁵ Die Anhörung des Kindes hat grundsätzlich in **allen eherechtlichen Verfahren** (Art. 271–294 ZPO) stattzufinden:⁵⁹⁶

im Eheschutzverfahren (Art. 271 lit. a ZPO, Art. 172–179 ZGB)

im Scheidungsverfahren (Art. 274 ff., Art. 285 ff., Art. 290 ff., inkl. vorsorgliche Massnahmen, Art. 276 ZPO)

im Eheungültigkeits- und Ehetrennungsverfahren (Art. 294 ZPO)

in allen entsprechenden Abänderungs- und Ergänzungsverfahren

- 400 Jedes Kind ist anzuhören, wenn es durch das eherechtliche Verfahren berührt wird. Mithin ist ausgehend vom Sinn und Zweck der Regelung ein Antrag auf Kindesanhörung nicht notwendige Voraussetzung für die Anhörung.⁵⁹⁷ Das Gericht hat aufgrund der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime **von Amtes wegen zu prüfen, ob eine Anhörung** durchzuführen ist. Das Gericht muss aufgrund der Untersuchungsmaxime stets prüfen, ob ein Ausnahmetatbestand vorliegt und von der Anhörung im konkreten Fall abzusehen ist. Der gemeinsame Antrag der Eltern, der Antrag eines Elternteils oder der Kindesvertretung, dass eine Anhörung durchzuführen oder von der Anhörung abzusehen sei, ist aufgrund der anwendbaren Officialmaxime (Art. 296 Abs. 3 ZPO; N 174) für das Gericht nicht bindend.⁵⁹⁸ Das Gericht darf nicht auf die Anhörung verzichten, nur weil diese seiner Ansicht nach keinen entscheidenden Einfluss auf den Verfahrensausgang hat.⁵⁹⁹

- 401 Auch ein Kind, das aus einer früheren Beziehung einer der Prozessparteien stammt, kann anhörungsberechtigt sein. Eine Anhörung drängt sich auf,

166

wenn das Kind zum Stiefelternteil oder zu seinem Halbgeschwister eine intensive Beziehung pflegt, die auch nach einer Trennung oder Scheidung auf Wunsch eines der Kinder oder des Stiefelternteils fortbestehen soll.⁶⁰⁰

⁵⁹⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Schweighauser, FamKomm zu Art. 298 ZPO, N 3.

⁵⁹⁵ Vgl. zum Ganzen Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 7; vgl. auch Steck/Schweighauser, S. 804.

⁵⁹⁶ Vgl. Steck, BaK zu Art. 297 ZPO, N 9 und zu Art. 298 ZPO, N 3; Bächler/Simoni, N 117; Anmerkung: Es kann sich auch eine Anhörung im Vollstreckungsverfahren aufdrängen, vgl. dazu BGer 5A_388/2008 (bei dem sich die Situation komplett verändert hatte und einige Zeit verstrichen war).

⁵⁹⁷ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 9; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 7; Steck/Schweighauser, S. 804 f.; vgl. aber abweichende bundesgerichtliche Rechtsprechung: BGer 5A_43/2008 E. 4.1; 5C.209/2005 E. 3.1; BGE 131 III 553 (557) E. 1.2.4, wobei BGer 5A_402/2011 E. 5.2 in die entgegengesetzte Richtung zu gehen scheint.

⁵⁹⁸ Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 7; vgl. auch Rumo-Jungo/Spescha, S. 1108.

⁵⁹⁹ BGer 5A_402/2011 E. 5.2; 5A_214/2008 E. 3.2; Steck/Schweighauser, S. 805.

⁶⁰⁰ Vgl. Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 8; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 10; Steck/Schweighauser, S. 805; BGer 5A_214/2008 E. 2.5.

B. Die Anhörung durch das Gericht oder die beauftragte Drittperson

- 402 Gemäss Art. 298 Abs. 1 ZPO wird das Kind durch das Gericht (Grundsatz; N 403) oder durch eine beauftragte Drittperson persönlich angehört (Ausnahme; N 404 f.).

a) Grundsatz: Anhörung durch das Gericht

- 403 Der Wortlaut von Art. 298 Abs. 1 ZPO könnte den Anschein erwecken, dass das Gericht und die beauftragte Drittperson auf der gleichen Stufe stehen. Dies ist jedoch nicht Sinn und Zweck der Bestimmung. Der Vorteil der Unmittelbarkeit spricht klar für die direkte Anhörung durch das Gericht. Auch das Bundesgericht hat klargemacht, dass das **urteilende Gericht die Anhörung i.d.R. selbst vornehmen muss** und nicht systematisch an Dritte delegieren darf.⁶⁰¹ Wird das Kind im Verfahren durch eine Kindesvertreterin oder einen Kindesvertreter vertreten, ersetzt die Anhörung der Vertreterin bzw. des Vertreters nicht die Kindesanhörung durch das Gericht.⁶⁰²

167

b) Ausnahme: Delegation der Anhörung an eine Drittperson

- 404 Die Delegation der Anhörung an eine Drittperson stellt die Ausnahme dar, kann jedoch **bei besonderen Verhältnissen** geboten sein.⁶⁰³ So drängt sich eine Delegation z.B. bei kleinen Kindern⁶⁰⁴ oder bei Vorliegen von spezifischen Belastungssituationen auf, um wiederholte Anhörungen zu vermeiden und dem Kind unzumutbare Belastungen zu ersparen (z.B. bei besonders akuten Loyalitätskonflikten).⁶⁰⁵ Für die Entscheidungsfindung kann es je nach Umständen aber durchaus sinnvoll sein, wenn die Richterin oder der Richter der Anhörung durch die Fachperson beiwohnt.⁶⁰⁶ Das Gericht entscheidet über die Delegation nach freiem Ermessen, wobei die gesamten Umstände zu würdigen sind (Art. 4 ZGB) und zu berücksichtigen ist, dass die Delegation den Ausnahmetatbestand darstellt.⁶⁰⁷
- 405 Als zu beauftragende Drittpersonen eignen sich vor allem Fachpersonen (z.B. Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter mit entsprechenden Fachkenntnissen, Psychologinnen und Psychologen, Kinderpsychiaterinnen und Kinderpsychiater⁶⁰⁸). Fremdsprachige Kinder sind sinnvollerweise durch eine Fachperson anzuhören, welche die Muttersprache des Kindes spricht.⁶⁰⁹ Die Drittperson muss **unabhängig** und **qualifiziert** sein, und eine Delegation an den Erziehungsbeistand (Art. 308 ZGB) oder

⁶⁰¹ Vgl. BGE 133 III 553 (554) E. 4; 127 III 295 (297) E. 2a; BGer 5A_350/2009 E. 3.2; 5A_46/2007 E. 2.1; 5P.345/2005 E. 2.1; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 9; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 15 f. und N 18; Staubli, S. 94; ferner auch Freiburghaus, HK zu Art. 144 ZGB, N 8. *In einem neueren Entscheid scheint das Bundesgericht diesen Vorrang etwas zu relativieren*, indem es festhält, dass zwar keine systematische Delegation erfolgen soll, doch seien ebenso wenig die vom Gesetz gewährten Spielräume unnötig zu beschränken (BGer 5A_397/2011 E. 2.4).

⁶⁰² Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 17.

⁶⁰³ Das Gericht muss aufgrund der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime prüfen, ob diese besonderen Verhältnisse vorliegen (vgl. N 175 ff.).

⁶⁰⁴ Die Delegation wird bei Kindern unter fünf Jahren in der Regel befürwortet (vgl. Pfänder Baumann, Komm.-ZPO zu Art. 298 ZPO, N 2).

⁶⁰⁵ Vgl. BGer 5A_397/2011 E. 2.4; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 11; Steck/Schweighauser, S. 805 f.; vgl. auch Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 19.

⁶⁰⁶ Vgl. Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 19; Steck/Schweighauser, S. 805 f.

⁶⁰⁷ Vgl. Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 11; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 18.

⁶⁰⁸ Vgl. BGer 5C.247/2004 E. 6.3.2.

⁶⁰⁹ Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 11.

⁶¹⁰ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO; N 20; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 12 f.; Steck/Schweighauser, S. 806; vgl. auch Freiburghaus, HK zu Art. 144 ZGB, N 10; Vouilloz, ZPO, N 144.

die Kindesvertreterin ist nicht erlaubt.⁶¹⁰ Die Fachperson muss das Kind zu den entscheidungsrelevanten Punkten

168

befragen, und das Ergebnis der Anhörung muss bei der Entscheidungsfindung aktuell sein.⁶¹¹

C. Die Ausnahmen von der Pflicht zur Anhörung

- 406 Gemäss Art. 298 Abs. 1 ZPO muss von einer Anhörung abgesehen werden, wenn das **Alter** des Kindes (N 407) **oder andere wichtige Gründe** (N 408 f.) dagegen sprechen. Diese Ausnahmen wurden zum Schutz des Kindes im Gesetz verankert, und es handelt sich dabei um eine Generalklausel. Im Gesetz wurde bewusst keine Altersgrenze festgeschrieben, und auch was unter „andere wichtige Gründe“ zu verstehen ist, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen.⁶¹² Was darunter zu verstehen ist, ist folglich gemäss Art. 4 ZGB nach objektiver Würdigung aller Umstände nach Recht und Billigkeit zu entscheiden. Als Richtschnur dient dabei das Kindeswohl.⁶¹³

a) Das Alter des Kindes

- 407 Die Altersschwelle kann als **Richtschnur** um das **dritte bis vierte Altersjahr** festgelegt werden (vgl. ausführlich dazu N 379 ff.).

b) Andere wichtige Gründe

- 408 Ist die Anhörung für das Kind aufgrund der gesamten Umstände unzumutbar, ist von ihr abzusehen. Mithin wird keine Anhörung durchgeführt, wenn eine **übermässige Belastung und Gefährdung des Kindeswohls** (Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität) dadurch verursacht würde.⁶¹⁴ Dabei können gegebenenfalls Abklärungen durch eine Fachperson Aufschluss darüber geben, ob auf eine Anhörung verzichtet werden sollte.⁶¹⁵

169

- 409 Die **Weigerung des Kindes** muss das Gericht akzeptieren, sofern der geäusserte Verzicht wirklich dem Willen des Kindes entspricht und eine eindeutige Willenshaltung vorliegt (vgl. N 105). Eine Durchsetzung der gerichtlichen Anordnung mittels Zwangsmitteln ist ausgeschlossen.⁶¹⁶ Der Kommentar des UN-Ausschusses für die Rechte des Kindes hat zu Art. 12 UN-KRK explizit festgehalten, dass es sich beim Anhörungsrecht um ein Recht und nicht um eine Pflicht handelt.⁶¹⁷ Die Verzichtserklärung sollte i.d.R. durch das Gericht im persönlichen Gespräch und ohne Beisein der Eltern entgegengenommen werden, denn nur so ist gewährleistet, dass der Verzicht auf dem freien Willen des Kindes beruht (vgl. N 383 ff.).⁶¹⁸

⁶¹¹ BGer 5A_397/2011 E. 2.4; BGE 133 III 553 (554 f.) E. 4; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 12.

⁶¹² Vgl. Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 14; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 28.

⁶¹³ Vgl. Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 14.

⁶¹⁴ BGE 131 III 553 (558 f.) E. 1.3.1–1.3.3; 124 III 90 (93 f.) E. 3c; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 16.

⁶¹⁵ Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 16.

⁶¹⁶ Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 17; vgl. auch Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 31; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, § 25, N 43.

⁶¹⁷ Observation générale n° 12 (2009), S. 7, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_fr.pdf> (besucht am 16.11.2011); vgl. auch Krappmann, S. 34.

⁶¹⁸ Schütt, S. 77; vgl. ferner Büchler/Simoni, N 120 (die Erklärung der Eltern, wonach ihr Kind auf die Anhörung verzichte, ist unzulässig).

3. Das Anhörungsprotokoll

- 410 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage des Inhalts des Anhörungsprotokolls wurde in Art. 298 Abs. 2 ZPO kodifiziert.⁶¹⁹ Gemäss dieser Bestimmung werden im Protokoll der Anhörung **nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse festgehalten**. Die Eltern, gegebenenfalls die Kindesvertreterin sowie der Beistand werden über diese Ergebnisse informiert. Mithin muss kein Wortprotokoll geführt werden.⁶²⁰ Der Inhalt des Protokolls kann und muss grundsätzlich mit dem Kind besprochen werden (vgl. N 222 ff.).⁶²¹ Der Anspruch der Eltern auf rechtliches Gehör wird gewahrt, wenn die Eltern über das Ergebnis der Anhörung, nicht aber über die Einzelheiten des

170

Gesprächsinhalts informiert werden und sie vor dem Endentscheid dazu Stellung nehmen können.⁶²²

- 411 Das Gericht sollte zu Beginn der Anhörung nicht absolute Vertraulichkeit zusichern, denn dann müsste es konsequenterweise sogar auf das Protokoll verzichten. Das Gericht muss aber das Kind darüber informieren, dass sich der Entscheid nicht auf nicht protokollierte Aussagen stützen kann. Zudem ist denkbar, dass gewisse Aussagen, auf ausdrücklichen Wunsch des Kindes hin (vgl. N 105), nicht protokolliert werden.⁶²³

X. Im Kindesschutzverfahren im Besonderen

- 412 Gemäss Art. 314a Abs. 1 nZGB wird das Kind **durch die Kindesschutzbehörde** oder durch eine **beauftragte Drittperson** in geeigneter Weise persönlich angehört, soweit nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Abs. 2 dieser Bestimmung hält fest, dass im Anhörungsprotokoll nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse festgehalten werden, und dass die Eltern über diese Ergebnisse informiert werden. Gemäss Abs. 3 kann das urteilsfähige Kind die Verweigerung der Anhörung mit Beschwerde anfechten.
- 413 Art. 314a nZGB entspricht Art. 298 ZPO ausser, dass nicht das Gericht oder eine durch dieses beauftragte Drittperson, sondern die Kindesschutzbehörde oder eine durch diese beauftragte Drittperson die Anhörung durchführt. Folglich kann sinngemäss auf die **Ausführungen zur Kindesanhörung im eherechtlichen Verfahren** verwiesen werden (N 398 ff.).⁶²⁴

171

XI. Im Kindesentführungsverfahren im Besonderen

- 414 Sofern nicht das Alter des Kindes oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen, hört das Gericht das Kind in geeigneter Weise persönlich an oder beauftragt damit eine Fachperson (Art. 9 Abs. 2 BG-KKE). Für die Auslegung dieser Bestimmung finden die Ausführungen zur Anhörung des Kindes in eherechtlichen Verfahren sinngemäss

⁶¹⁹ Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 23; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 33; Botschaft ZPO, 7367; vgl. ferner BGE 122 I 53 ff. (55) E. 4a; Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 39 f.

⁶²⁰ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 33; vgl. ferner auch Vouilloz, ZPO, N 145. Vgl. für den Inhalt des Protokolls auch Felder/Nufer, N 4.134 f.

⁶²¹ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 34; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 23. Vgl. dazu die Protokollierung bei jüngeren Kindern bei Felder/Nufer, N 4.135.

⁶²² Vgl. BGE 122 I 53 (55) E. 4a; 119 Ia 260 (263) E. 6d; Bodenmann/Rumo-Jungo, S. 39 f.; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 24; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 33.

⁶²³ Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 34; Steck/Schweighauser, S. 806; vgl. auch Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 23.

⁶²⁴ Die Botschaft nZGB hält fest, dass Art. 314a Abs. 1 nZGB betreffend die Anhörung des Kindes die Regelung von Art. 144 Abs. 2 aZGB, der für das Scheidungsverfahren galt, übernimmt. Vgl. zum Anhörungsrecht im Kindesschutzverfahren auch Cottier, Subjekt oder Objekt?, S. 94 ff.

Anwendung (vgl. N 398 ff.).⁶²⁵ Für die Anhörung wird somit auch **nicht** im Zusammenhang mit Kindesentführungen die **Urteilsfähigkeit** des Kindes i.S.v. Art. 16 ZGB **vorausgesetzt**. Insbesondere ist das Kind nicht erst dann anzuhören, wenn es sich der Rückführung widersetzt und ein Alter und eine Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen (vgl. Art. 13 Abs. 2 HKÜ, N 372 ff. sowie N 375).

- 415 Beantragt ein urteilsfähiges Kind die Anhörung, so muss die Behörde diesem Antrag nachkommen. Es kann gleich wie im eherechtlichen Verfahren die Verweigerung der Anhörung anfechten (vgl. N 547 ff.; Art. 298 Abs. 3 ZPO).
- 416 Die Anhörung muss das Gericht **von Amtes wegen** vornehmen. Möchte das Gericht ausnahmsweise die Anhörung nicht selbst vornehmen, so muss es eine „Fachperson“ beauftragen. Das Gericht hat einen Experten zu bestellen, von dessen Kompetenzen es sich hat überzeugen können.⁶²⁶

172

XII. Zusammenfassung

- 417 **Völkerrechtliche Grundlage** des Anhörungsrechts bildet Art. 12 UN-KRK. Bundesrechtlich ist das Anhörungsrecht für eherechtliche Verfahren in Art. 298 ZPO, für das Kindesschutzverfahren in Art. 314a nZGB sowie für das Kindesentführungsverfahren (Rückführungsverfahren) in Art. 9 Abs. 2 BG-KKE statuiert.
- 418 Das Recht auf Anhörung ist ein **höchstpersönliches Recht** des Kindes. Das Kind ist durch ein familienrechtliches Verfahren mit Kinderbelangen unmittelbar betroffen. Die Anhörung bezweckt die Respektierung seiner Persönlichkeit. So muss es für die Anhörung insbesondere nicht urteilsfähig sein. Und es soll als vollwertiges und gleichberechtigtes Subjekt wahrgenommen werden und entsprechend Einfluss auf Situationen haben, von denen es selber betroffen ist.
- 419 Durch die Anhörung kann das Kind Erfahrungen der eigenen Wirksamkeit machen, welche für das Wohlbefinden, die Gesundheit und die psychische Entwicklung des Kindes von grosser Bedeutung sind. Das urteilende Gericht bzw. die Kindesschutzbehörde soll sich durch die Kindesanhörung ein **ungefiltertes und unmittelbares Bild über die Wünsche und Bedürfnisse des Kindes** machen können.
- 420 Als **Richtlinie** kann die **Altersgrenze** um das **dritte bis vierte Altersjahr** herum gesetzt werden.

⁶²⁵ Vgl. Botschaft BG-KKE, 2626. Die in der Rechtsprechung aufgestellte Altersschwelle für die Anhörung von elf oder zwölf Jahren scheint deutlich zu hoch angesetzt (vgl. BGE 133 III 146). Auch für die Anhörung im Rückführungsverfahren ist keine Urteilsfähigkeit des Kindes vorauszusetzen. Das Recht auf Anhörung steht auch dem urteilsunfähigen zu und es kann bereits relativ früh angehört werden (vgl. N 379 ff.).

⁶²⁶ Vgl. Bucher, Kindesentführungen: Neuigkeiten, S. 3 f.; Jametti Greiner, Komm.-ZPO zu Art. 302 ZPO, N 150.