



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Das „gerichtsübliche“ Besuchsrecht

**Betrachtungen zum angemessenen Besuchsrecht im Lichte
der Rechtsprechung und der jüngsten
Gesetzesentwicklungen**

Prof. Dr. Andrea Büchler, Universität Zürich



Einleitung

- Reorganisation des Familienlebens nach Trennung und Scheidung – Eltern-Kind-Kontakte verändern sich
- Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall: Eltern sollen Aufgabe trotz Auflösung der Paarbeziehung weiterhin gemeinsam übernehmen



Aspekte der Regelung: Grundlagen und Terminologie

- Art. 176 Abs. 3 (Eheschutz), Art. 133 (Scheidung), Art. 298b (nicht miteinander verheiratete Eltern)
- Elterliche Sorge: alleinige oder gemeinsame
- Obhut: alleinige oder alternierend
- Betreuungsanteile
- Persönlicher Verkehr
- Unklare Terminologie
- Verzicht auf das Konzept der Obhut?



Das Besuchsrecht: Rechtliche Grundlagen

- **Art. 9 Abs. 3 UN-KRK:**
Die Vertragsstaaten achten das Recht des Kindes, das von einem oder beiden Elternteilen getrennt ist, regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, soweit dies nicht dem Wohl des Kindes widerspricht.
- **Art. 273 Abs. 1 ZGB:**
Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr.
- **Art. 298 Abs. 2^{bis} ZGB:**
Es berücksichtigt beim Entscheid über die Obhut, den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile das Recht des Kindes, regelmässige persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen zu pflegen.
- Das Recht auf persönlichen Umgang steht den Eltern und dem Kind **um ihrer Persönlichkeit willen** zu
- Das Recht auf persönlichen Umgang ist **unverzichtbar und unübertragbar**



Das Besuchsrecht: Kinderpsychologische Grundlagen

- Grundsätzlich förderlich für Entwicklung, Selbstwertgefühl, Sozialverhalten und Leistungen des Kindes, wenn sich beide Elternteile aktiv an der Erziehung beteiligen.
- **Kleinkinder**
 - Können zeitliche Dimensionen nicht erfassen
 - Daher mehrere, über mehrere Stunden oder einen halben Tag dauernde Kontakte innerhalb von zwei Wochen
- **Kindergartenalter** (ca. 4–6 Jahre)
 - „ein Kontaktunterbruch von zwölf Tagen [...] noch als ‚ewig‘ erlebt wird“
- **Primarschulalter**
 - Kontinuierlicher Kontakt in fest vereinbarten Strukturen und individuellen Anpassungsmöglichkeiten
 - Auch spontane Kontakte und längere Ferienzeiten sollten möglich sein
- **Jugendalter** (ab 13 Jahren)
 - Individuelle Kontaktregelung aufgrund zunehmender autonomer Freizeitgestaltung



Das Besuchsrecht: Entwicklungen der Ausgestaltung

- **BGE 139 I 315, E. 2.3:**
Die Ausgestaltung des Besuchsrechts des nicht sorgeberechtigten Elternteils hat während der letzten Jahre eine erhebliche Entwicklung erfahren hat: Früher war ein persönlicher Kontakt entweder überhaupt nicht vorgesehen ("Zahlvaterschaft") oder nur in sehr beschränktem Masse möglich.
- **BGer vom 5. März 2015, 5A_79/2014, E. 4.2**
Die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs hat während der letzten Jahre eine erhebliche Entwicklung erfahren. Das Bundesgericht bezeichnete im Jahr 1974 ein Besuchsrecht von einem Tag pro Monat und zwei Wochen Ferien pro Jahr als gerichtsüblich. Heute hat sich demgegenüber die Auffassung durchgesetzt, dass die gelungene Regelung des Kontakts zum getrennt lebenden Elternteil für das Kind von grosser Bedeutung ist.
- **BGer vom 11. März 2016, 5A_450/2015, E. 3.3 (nicht publiziert in BGE 142 III 481)**
Immerhin hat der persönliche Verkehr in den vergangenen Jahren eine zunehmende Ausdehnung erfahren, wobei innerschweizerisch ein gewisses Gefälle dahingehend auszumachen ist, dass die Besuchsrechtsregelungen von Osten gegen Westen grosszügiger werden.



Das Besuchsrecht: Blick in die Praxis

- Erhebung - Methodische Vorgehensweise:
 - Analyse von Musterscheidungskonventionen
 - Analyse von Urteilen nach Sorgerechtsnovelle



Beispiele von Musterscheidungskonventionen: Kanton Uri

- Zunächst Hinweis auf individuelle Regelung bezüglich geteilter, hälftiger oder alternierender Obhut
- **Variante:** Die Mutter betreut das Kind/die Kinder vorwiegend
Es gilt mindestens ein Besuchs- und Ferienrecht wie folgt:
Der Vater ist berechtigt, das Kind/die Kinder auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, wie folgt:
 - **jeweils jedes zweite Wochenende (von Freitag Uhr bis Sonntag Uhr);** in den geraden Jahren das gesamte verlängerte Oster- und Pfingstwochenende sowie an Heiligabend und Weihnachten;
 - in den ungeraden Jahren das gesamte verlängerte Auffahrts- und Fronleichnamswochenende sowie über Silvester/Neujahr.
Ausserdem ist der Vater berechtigt, das Kind/die Kinder für die Dauer von **zwei/drei Wochen pro Jahr** auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen; bei schulpflichtigen Kindern sind die Ferien während den Schulferien zu beziehen.



Beispiele von Musterscheidungskonventionen: Kanton Schwyz

2. **(Bei alleiniger elterlicher Sorge eines Elternteils)**
 - a) Die Ehegatten beantragen übereinstimmend, die elterliche Sorge für die Kinder der Mutter / dem Vater zuzuteilen.
 - b) Den Kindern ... einerseits und dem Vater / der Mutter andererseits steht das Recht zu, jedes erste und dritte Wochenende eines jeden Monats von Samstag 09.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr miteinander zu verbringen. Überdies nimmt der Vater die Kinder jedes Jahr während zwei Wochen in den Sommerschulferien und einer Woche in den Herbst- oder Winterferien zu sich in die Ferien.
 - c) Kommt der Vater / die Mutter seiner/ihrer Aufgabe gemäss lit. b vorstehend nicht nach, so erhöht sich der monatliche Unterhaltsbeitrag an die Kinder um je Fr. ... pro Monat.
 - d) Die Mutter / Der Vater verpflichtet sich, den Vater / die Mutter vor wichtigen Entscheidungen hinsichtlich der Lebensgestaltung sowie Pflege und Erziehung jedes Kindes zu konsultieren sowie auf seine Meinung angemessen Rücksicht zu nehmen. Ausserdem verpflichtet sie/er sich, den Vater / die Mutter von wichtigen Anlässen (Schulbesuchstag, Elternabend, etc.) rechtzeitig in Kenntnis zu setzen und ihm / ihr jeweils Kopien der Schulzeugnisse der Kinder zukommen zu lassen.

Beispiele von Musterscheidungskonventionen: Kanton Schwyz

(**Oder**: bei gemeinsamer elterlicher Sorge:)

- a) Angesichts der nachfolgenden umfassenden Einigung über die Betreuungsanteile der Eltern und der nachstehenden Regelung über die Verteilung der Unterhaltskosten beantragen die Eltern dem Gericht, im Sinne von Art. 133 Abs. 3 ZGB, beiden Eltern die elterliche Sorge für die Kinder gemeinsam zu belassen.
- b) Beispiel 1: Die Ehegatten einigen sich darauf, dass die Ehefrau und Mutter die Betreuung der Kinder jeweils von Morgen nach Schulbeginn bis Mittwoch Abend 18.00 Uhr und der Ehemann jeweils von Mittwoch Abend 18.00 Uhr bis Freitag Abend 18.00 Uhr übernimmt und dass darüber hinaus jeder Elternteil wöchentlich alternierend die Betreuung von Freitag Abend 18.00 Uhr bis Montag Morgen Schulbeginn übernimmt. Der Vater wird mit den Kindern mindestens drei Wochen Ferien in den Sommerschulferien verbringen. Dieses Ferienbesuchsrecht ist mindestens zwei Monate im voraus zu vereinbaren. In den übrigen Ferien der Kinder übernimmt die Mutter die Betreuung der Kinder. Der Wohnsitz der Kinder ist bei der Mutter.

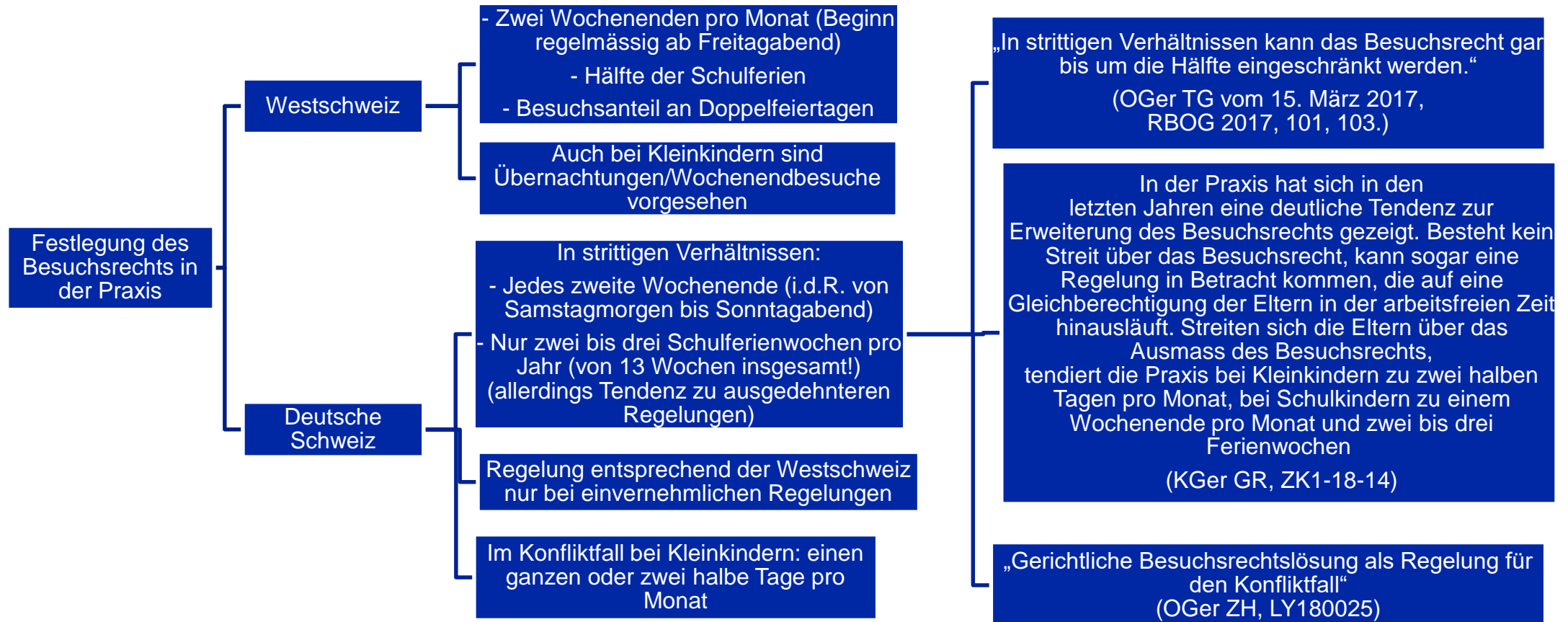
Beispiel 2: Die Kinder ... werden weiterhin bei der Mutter wohnen. Der Vater verbringt jedes 1. und 3. Wochenende von Freitag 19.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr mit seinen Kindern. Zusätzlich nimmt er die Kinder während zwei Wochen in den Sommerschulferien sowie während 1 Woche in den Herbst- oder Winterferien zu sich. Die Ausübung des Ferienbesuchsrechts ist mindestens zwei Monate im voraus anzukündigen.



Musterscheidungskonventionen

- Insgesamt zeigt sich, dass die Musterkonventionen, welche man auf den Homepages der Gerichte oder auf «admin.ch» findet,
 - so gut wie keine Besuchsrechtsregelung aufzeigen, die zwischen der Betreuung an jedem zweiten Wochenende und der alternierenden Obhut liegt.
 - ausser im Kanton Zug und neu auch im Kanton Zürich haben wir keine Musterkonvention gefunden, die dem nichtobhutsberechtigten Elternteil eine Variante vorschlägt, bei der das Kind auch noch an einem Tag unter der Woche von ihm betreut wird.

Übersicht über kantonale Rechtsprechung





Erkenntnisse aus den Untersuchungen

- Oft eingeschränkte, unflexible Festlegung des **Wochenendbesuchsrechts**
- **Übernachtungen bereits im Kleinkindalter** werden schweizweit unterschiedlich gehandhabt
- **Zusätzlich Kontakte unter der Woche** wären wünschenswert, sind jedoch nicht die Regel
- Grosse Divergenz bei **Ferienregelung**
- **Tendenz zu eingeschränkteren Besuchsrechtsregelungen bei fehlendem Einvernehmen** zwischen den Eltern



Problematik gerichtsblicher Besuchsrechte

- **Kindeswohl** als handlungsleitendes Element:
Das Kindeswohl muss so gut wie möglich den Bedürfnissen des Kindes entsprechen (BGer vom 11. März 2016, 5A_450/2015, E. 3.3 [nicht publiziert in BGE 142 III 481])

- Im Einzelfall zu berücksichtigende Elemente:
 - Alter des Kindes
 - Distanz zwischen den Wohnorten der Eltern
 - Freizeitgestaltung des Kindes
 - Arbeitszeiten des besuchsberechtigten Elternteils
 - Wille des Kindes
 - Verhältnis der Eltern untereinander
 - usw.

- Weiter Ermessensspielraum hinsichtlich Angemessenheit der entscheidenden



Problematik gerichtsblicher Besuchsrechte

- Für die Beurteilung des Einzelfalls kann von einem gewissen „Normalfall“ ausgegangen werden: was ist in der Regel sinnvoll und liegt im Wohl des Kindes? Dieser «Normalfall» orientierte sich bislang an einem traditionellen Familienmodell, das nach der Trennung auf Distanz fortgesetzt wird.
- Bundesgericht untersagt pauschale Verweise auf eine standardisierte kantonale oder regionale Praxis bei der Begründung von Kontaktregelungen: „mit der Pflicht zur Prüfung des Kindeswohls im Einzelfall nicht vereinbar ist, wenn für die Begründung eines Urteils einfach pauschal auf grob standardisierte Praxen verwiesen wird.“ (BGer vom 5. März 2015, 5A_79/2014, E. 4.2)
- Übliche Besuchsrechte erhellen lediglich den „Denkraum“, in welchem sich Gerichte bewegen.
- Keine sachliche Begründung für unterschiedliche Praxen bei Besuchsrechtsregelungen



Zwischenfazit

- Gerichtsübliche Besuchsrechte gibt es,
- sie sehen überall etwas anders aus,
- orientieren sich in der Deutschen Schweiz eher an einem „traditionellen Normalfall“,
- sie befinden sich sicher auch im Wandel,
- kommen meist in Konfliktsituationen zum tragen,
- ihre Berechtigung und Angemessenheit ist aber zweifelhaft.



Jüngste gesellschaftlichen und gesetzliche Entwicklungen

- Gesellschaftlicher Wandel: veränderter „Normalfall“?
- Veränderte Elternbilder in der Gesetzgebung: Ideal gleichberechtigter Elternschaft auch nach Trennung ≠ „Besuch“
- Alternierende Obhut zwar nicht als ideales Betreuungsmodell, aber Gesetzgeber bringt zum Ausdruck, dass beide Eltern trotz Trennung weiterhin im Alltag der Kinder präsent sein sollen
- Diesem Wandel trägt die Besuchsrechtspraxis nicht durchgehend Rechnung
 - Gemeinsame Elternschaft und Alltagspräsenz sollte auch im Rahmen des Besuchsrechts gewährleistet werden; Spielraum noch nicht ausgeschöpft
 - Grundkonzept „üblicher“ Besuchsrechte als eine Art Minimallösung darstellende Konfliktregelung lässt sich nicht mehr aufrechterhalten

Perspektivenwechsel: neuer „Normalfall“; möglichst gleichmässige Betreuung, „freie“ Zeit mit beiden Eltern teilen; Einschränkungen wären mit dem Kindeswohl zu begründen und erforderlich bei konkreter Kindeswohlgefährdung



Ausblick und Schluss

- Stärkung der Elternschaft im Sinne der gemeinsamen Erziehung verlief in verschiedenen Schritten
- Konsequenter weiterer Schritt: Das „Übliche“ bedarf der Überprüfung – im Sinne des Kindeswohls
- Annahme: alltagsbezogene, der Mitbetreuung dienende Kontakte zu beiden Elternteilen liegen im Interesse des Kindes
- Das Ziel muss sein, das Kindeswohl durch gemeinsame Elternschaft und durch eine enge Beziehung zwischen dem Kind und seinen beiden Eltern zu gewährleisten



Mit herzlichem Dank an:

Sandro Clausen, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter

Laura Frei, wissenschaftliche Mitarbeiterin

Präsentation unter:

<https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/alphabetical/buechler.html>