

RA Dr. iur. Silvan Fahrni  
Camp Fahrni Rechtsanwälte  
Dufourstrasse 107  
8008 Zürich

## **Durchsetzung des Besuchsrechts - ein Leitfaden**

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	III
1. Einleitung und Problematik.....	1
2.1 Ratschläge der Behörden.....	4
2.2 Mediation.....	5
2.3 Anordnung eines Gutachtens.....	6
2.4 Mahnungen und Weisungen .....	7
2.5 Besuchsbeistandschaft.....	10
2.6 Indirekte Zwangsvollstreckung.....	11
2.7 Direkte Zwangsvollstreckung.....	12
2.8 Strafrechtliche Bestimmungen.....	15
2.9 Verweigerung des nachehelichen Unterhalts.....	17
2.10 Obhutswechsel.....	19
3. Schlussbemerkungen.....	20

## Literaturverzeichnis

Affolter-Fringeli Kurt, Die Besuchsrechtsbeistandschaft oder der Glaube an eine dea ex machina, Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE) 3/2015, 181-197

Banholzer Karin/Diehl Regula/Heierli Andreas/Klein Anne/Schweighauser Jonas, „Angeordnete Beratung“ – ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht, Die Praxis des Familienrechts (FAMPRA.ch) 1/2012, 112-125

BK ZGB, Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar Zivilgesetzbuch (Art. 296-327c ZGB), Bern 2016 (zit.: BK-Affolter-Fringeli/Vogel)

BK ZPO, Hausherr Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar Zivilprozessordnung II (Art. 150-352 ZPO), Bern 2012 (zit.: BK ZPO II-BearbeiterIn)

BSK StGB, Niggli Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strafrecht II (Art. 111-392 StGB), 2. Auflage, Basel 2007 (zit.: BSK StGB II-BearbeiterIn)

BSK ZGB I, Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 6. Auflage, Basel 2015 (zit.: BSK ZGB I-BearbeiterIn)

BSK ZPO, Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilprozessordnung, Basel 2010 (zit.: BSK ZPO-BearbeiterIn)

FamKomm Scheidung, Schwenzer Ingeborg (Hrsg.), 2. A., Bern 2010, (zit. FamKomm-BearbeiterIn)

Michel Margot/Gareus Ines, Das Gutachten im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, Die Praxis des Familienrechts (FAMPRA.ch) 4/2006, 875-916

Simoni Heidi, Beziehung und Entfremdung, Die Praxis des Familienrechts (FAMPRA.ch) 4/2005, 773-801

Vetterli Rolf, Das Recht des Kindes auf Kontakt zu seinen Eltern, Die Praxis des Familienrechts (FAMPRA.ch) 1/2009, 24-39

## 1. Einleitung und Problematik

Art. 273 Abs. 1 ZGB hält fest, dass Eltern, denen die elterliche Sorge oder die Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr haben. Dieser Anspruch leitet sich aus der Bundesverfassung (Art. 13 und 14) sowie der EMRK (Art. 8) und der UN-Kinderrechtskonvention (Art. 9 Abs. 3) ab.<sup>1</sup>

Dieser Anspruch wird meist durch das Gericht oder eine Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) in Form eines Besuchsrechts festgelegt, auch wenn das Recht auf persönlichen Verkehr weiter geht, indem es zusätzlich das Recht umfasst, telefonisch, schriftlich oder bei zufälligen Begegnungen miteinander zu kommunizieren.<sup>2</sup> Es handelt sich sowohl um ein Recht als auch um eine Pflicht,<sup>3</sup> welche im Interesse des Kindes ausgeübt werden sollen. In der Praxis kann die Ausübung des Besuchsrechts an der Weigerung des anderen Elternteils scheitern, das Kind zwecks Ausübung des Besuchsrechts herauszugeben.

Die Kinderpsychologie ist sich einig, dass es dem Wohl des Kindes dient, mit beiden Elternteilen Kontakt zu haben.<sup>4</sup> In hochstrittigen Trennungskonstellationen werden Streitereien aber oft ohne Rücksicht auf das Wohl der Kinder ausgetragen. In aller Regel ist es dem besuchsrechtsverweigernden Elternteil nicht bewusst, dass durch dieses Verhalten dem Kind geschadet wird.<sup>5</sup> Oft wird seitens des besuchsrechtsverweigernden Elternteils argumentiert, dass Ruhe in das zerrissene Familiensystem einkehren soll und das Kind durch die Besuche immer wieder aufgewühlt werde.<sup>6</sup> Bisweilen wird aber auch klare Kritik an der Erziehungsfähigkeit des besuchsrechtsberechtigten Elternteils geäußert, welcher die erzieherischen Bemühungen des obhutsberechtigten Elternteils gefährden würde.<sup>7</sup> Eine Durchsetzung des Besuchsrechts ist nicht möglich, falls sich das urteilsfähige Kind selbst gegen die Ausübung des Besuchsrechts weigert. Oft ist in solchen Konstellationen aber unklar, ob die Weigerung dem ungetrübten Willen des Kindes entspricht oder nicht vielmehr das Resultat von Manipulationen des

---

<sup>1</sup> Auch wenn Grundrechte in erster Linie als subjektiver Anspruch gegenüber dem Staat zu verstehen sind, haben Behörden dafür zu sorgen, dass Grundrechte bei entsprechender Eignung auch unter Privaten wirksam werden; AFFOLTER-FRINGELI, ZKE 3/2015, 181.

<sup>2</sup> BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 N 2; FAMKOMM-BÜCHLER/WIRZ, Art. 273 N 2; VETTERLI, FamPra 1/2009, 25.

<sup>3</sup> FAMKOMM-BÜCHLER/WIRZ, Art. 273 N 4 mit Hinweisen auf die Literatur.

<sup>4</sup> FAMKOMM-BÜCHLER/WIRZ, Art. 273 N 14 mit Hinweisen auf die Literatur.

<sup>5</sup> Zu den Gründen vgl. FAMKOMM-SCHREINER, Anh. Psych N 267.

<sup>6</sup> Vgl. FAMKOMM-SCHREINER, Anh. Psych N 267.

<sup>7</sup> Vgl. FAMKOMM-SCHREINER, Anh. Psych N 267.

besuchsrechtsbelasteten Elternteils darstellt. In beiden Fällen ist der Obhutsinhaber darauf hinzuweisen, dass er in geeigneter und positiver Weise auf das Kind im Hinblick auf die Ausübung des Besuchsrechts hinzuwirken hat. Eine konstante Verweigerung des Besuchsrechts leitet in aller Regel einen Entfremdungsprozess ein und eine Nichtsanktionierung dieses Verhaltens kann dazu führen, dass sich der verweigernde Elternteil in der Nichtgewährung des Besuchsrechts bestätigt fühlt.<sup>8</sup> Mit anhaltender Verweigerung des Besuchsrechts gestalten sich Besuche dann in der Regel immer problematischer und das Kind zeigt vor oder nach den Besuchen (vermeintliche) Auffälligkeiten, was den Obhutsinhaber noch weiter in seiner Auffassung bestärken wird, dass sich die Ausübung des Besuchsrechts auf das Kind schädlich auswirken kann.

Bis anhin scheiterte es am Willen des Gesetzgebers, griffige Instrumente zur Durchsetzung des Besuchsrechts zu schaffen. Neue Strafbestimmungen bzw. eine Erweiterung der bestehenden Strafbestimmungen scheiterten zuletzt daran, dass diese nach Ansicht des Gesetzgebers nicht zur Vermeidung oder Vorbeugung von Konflikten beitragen und bei einer Bestrafung des Elternteils auch das Kind leiden würde.<sup>9</sup> Bei der Durchsetzung von Unterhaltsforderungen, für welche taugliche rechtliche Instrumente bereits bestehen und welche mit Konsequenz auch strafrechtlich verfolgt werden, finden diese Überlegungen aber nicht Eingang in die Argumentation, zumal es sich beim betroffenen Elternteil in der Regel um denjenigen handelt, welcher die Obhut nicht innehat.

Wenn sich ein Recht nicht durchsetzen lässt, ist es jedoch nutzlos und besteht nur auf dem Papier. Grundsätzlich ist das Besuchsrecht einer zivilprozessualen Zwangsvollstreckung zugänglich. Zuständig für die Zwangsvollstreckung ist entweder das Gericht oder die KESB, je nachdem, wer die Besuchsrechtsreglung verfügt hat. Es bestehen zudem die Möglichkeiten flankierender Massnahmen oder des indirekten oder direkten Zwangs. Dabei ist in Erinnerung zu rufen, dass sich nicht das Besuchsrecht als solches vollstrecken lässt, sondern in der Praxis nur die Übergabe des Kindes.<sup>10</sup> In der Praxis laufen Vollstreckungsmassnahmen aber regelmässig ins Leere, da in aller Regel nur indirekte Vollstreckungsmassnahmen angeordnet werden. Eine indirekte Vollstreckung mittels psychologischem Zwang ist in aller Regel für die

---

<sup>8</sup> BGE 5A 457/2009 E. 4.3 mit Hinweisen auf die Literatur.

<sup>9</sup> Vgl. BBL 2011, 9096.

<sup>10</sup> AFFOLTER-FRINGELI, ZKE 3/2015, 184.

besuchsrechtsbelastete Person zu wenig entscheidend. Die Praxis geht bis anhin davon aus, dass eine direkte Zwangsvollstreckung (Abholen des Kindes durch eine Behörde) das Kindeswohl beeinträchtigen würde. Damit offenbart sich auch das grosse Dilemma: Das Besuchsrecht wird im Hinblick auf das Kindeswohl festgesetzt, zumal in Praxis und Forschung anerkannt ist, dass das Verhältnis zu beiden Elternteilen für das Kind sehr wichtig ist.<sup>11</sup> Geht es in der Folge bei einer Verweigerung des Besuchsrechts um dessen Durchsetzung, wird eine direkte Vollstreckung wiederum aufgrund einer Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl verneint.

In der Folge sollen im Sinne eines Leitfadens die verschiedenen Möglichkeiten einer Durchsetzung des Besuchsrechts aufgezeigt werden.

Dabei wird zuerst auf Massnahmen hingewiesen, welche bereits vor Festsetzung des Besuchsrechts durch das Gericht oder eine Behörde ergriffen werden können, falls bereits zu diesem Zeitpunkt Probleme im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts absehbar sind. Meines Erachtens sollte in Fällen, in welchen sich Probleme mit der Ausübung des Besuchsrechts abzeichnen, möglichst früh Massnahmen ergriffen werden, um die Situation bereits von Anfang an zu entschärfen.

Eine möglichst frühe Intervention durch die Behörden rechtfertigt sich auch zur Vermeidung eines möglichen Parental Alienation Syndroms (PAS), welches sich in einem späten Stadium manifestieren kann. Nach dieser Theorie können - vereinfacht ausgedrückt - starke und dauerhafte Manipulationen des obhutsberechtigten Elternteils beim Kind ein Entfremdungssyndrom auslösen, wonach es die Besuchskontakte selbst verweigert und den besuchsrechtsberechtigten Elternteil als Feind ansieht.<sup>12</sup> Die Verfechter dieser Lehrmeinung befürworten je nach Ausprägung des PAS massive Interventionen gegen den besuchsrechtsverweigernden Elternteil von Strafen über Obhutsumteilung bis hin zur Fremdplatzierung.<sup>13</sup> Die Kritik an der Theorie des PAS und dessen Konsequenzen zielen vor allem dahin gehend, dass bei diesem Konzept eine einseitige Schuldzuweisung an den obhutsberechtigten Elternteil erfolgt und allfällige Ursachen der ablehnenden Haltung beim Kind selbst unberücksichtigt lassen.<sup>14</sup> So besteht die Möglichkeit, dass auch das Kind von sich aus einen Loyalitätskonflikt

---

<sup>11</sup> AFFOLTER-FRINGELI, ZKE 3/2015 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

<sup>12</sup> Vgl. dazu SIMONI, FamPra 4/2005, 784; FAMKOMM-SCHREINER, Anh. Psych N 272ff; VETTERLI, FamPra 1/2009, 36.

<sup>13</sup> Vgl. dazu mit Hinweisen FAMKOMM-SCHREINER, Anh. Psych N 275ff; besonders kritisch dazu VETTERLI, FamPra 1/2009, 36.

<sup>14</sup> Vgl. dazu mit Hinweisen FAMKOMM-SCHREINER, Anh. Psych N 280ff.

dadurch beendet, dass es das Bild der Eltern in eine ausschliesslich gute und eine ausnahmslos böse Seite aufspaltet, um wenigstens mit einem Teil in Harmonie leben zu können.<sup>15</sup> Das Konzept des PAS und dessen „Behandlung“ stellt ein Extrem dar und enthält auch einen starken Bestrafungscharakter. Insbesondere vorübergehende angeordnete Fremdplatzierungen mit anschliessendem Obhutswechsel sind meines Erachtens mit dem Kindeswohl nur schwer vereinbar. Auf der anderen Seite erscheinen jedoch auch die aktuell vorhandenen gesetzlichen Möglichkeiten zu Vermeidung eines PAS nur ungenügend bzw. werden in der Praxis nicht durchgesetzt.

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf Fälle, in denen sich die Ausübung des Besuchsrechts durch den Berechtigten auf das Kind nicht nachteilig auswirkt.

## **2.1 Ratschläge der Behörden**

Gemäss Art. 446 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB besteht die Möglichkeit, dass die KESB oder im Rahmen eines eherechtlichen Verfahrens das Gericht den Eltern im Sinne von Ratschlägen Lösungswege in Bezug auf die Regelung des Besuchsrechts aufzeigt. Sowohl die KESB als auch das Gericht haben aufgrund der auf Kinderbelange anwendbaren Official- und Untersuchungsmaxime Probleme in Bezug auf das Besuchsrecht von sich aus abzuklären. Eine diesbezüglich proaktive Haltung des Gerichts oder der KESB erscheint vor allem dann sinnvoll und auch notwendig, falls sich bereits in diesem Verfahrensstadium abzeichnet, dass es bei der Durchsetzung des Besuchsrechts zu Problemen kommen könnte. Wird das Besuchsrecht bereits während eines Gerichtsverfahrens verweigert, kann der besuchsrechtsberechtigte Elternteil das Gericht darauf aufmerksam machen und damit entsprechende Ratschläge des Gerichts an den besuchsrechtsbelasteten Elternteil erwirken. Dadurch wird die Behörde bereits zu einem frühen Zeitpunkt auf die Problematik sensibilisiert, kann auf die Parteien einwirken und auch die spätere Anordnung von allfälligen Durchsetzungsmassnahmen dürfte dadurch vereinfacht sein.

---

<sup>15</sup> VETTERLI, FamPra 1/2009, 36.

## 2.2 Mediation

Die KESB oder das Gericht können aufgrund von Art. Art. 314 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 297 Abs. 2 ZPO in geeigneten Fällen die Eltern zu einem *Mediationsversuch* auffordern. Es handelt sich dabei um ein Zwischenverfahren im Rahmen eines bereits laufenden Prozesses im Sinne von Art. 213 ff. ZPO, welches das Hauptverfahren sistiert (Art. 214 Abs. 3 ZPO). Eine solche Mediation empfiehlt sich, wenn sich bereits während des Trennungs- oder Scheidungsverfahrens abzeichnet, dass die Ausübung des Besuchsrechts Probleme bereiten wird. Im Gegensatz zum Wortlaut von Art. 214 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht eine Mediation *empfehlen* kann, spricht Art. 297 Abs. 2 ZPO von einer gerichtlichen *Aufforderung* zu einem Mediationsversuch.<sup>16</sup> Die Mediation bleibt aber trotz Aufforderung dazu freiwillig und kann nicht verbindlich angeordnet werden.<sup>17</sup> Der Mediator wird nicht gerichtlich eingesetzt und die Organisation und Durchführung der Mediation ist Sache der Parteien (Art. 215 ZPO). Diese Freiwilligkeit und allfällige organisatorische Hindernisse stellen in der Praxis oft ein Hindernis dar. Werden die finanziell bedürftigen Parteien vom Gericht in Bezug auf die Thematik des Besuchsrechts zu einer Mediation aufgefordert oder wird eine solche empfohlen, ist diese im Gegensatz zu anderen gerichtlich empfohlenen Mediationen kostenlos (vgl. Art. 218 ZPO). Diese privilegierte Behandlung ist darauf zurückzuführen, dass insbesondere bei Fragen des Besuchsrechts die Aufrechterhaltung der Kommunikation zwischen den Parteien als äusserst wichtig erachtet wird.<sup>18</sup> Da die Kinderbelange der Disposition der Parteien entzogen sind, muss eine entsprechende Vereinbarung, welche die Modalitäten des Besuchsrechts thematisiert, gerichtlich genehmigt werden.<sup>19</sup>

Art. 307 Abs. 3 ZGB geht noch weiter und eröffnet der KESB oder dem Gericht die Möglichkeit, eine Mediation *anzuordnen*.<sup>20</sup> Die angeordnete Mediation unterscheidet sich von der freiwilligen in der noch konsequenteren Orientierung an den Interessen und Rechten des Kindes, weshalb diese Möglichkeit auch unter der Marginalie Kindesschutz eingeordnet ist. Dabei werden hochstrittige Eltern, welche sich aufgrund ihrer Ängste und Verletzungen hauptsächlich von ihren Erwachseneninteressen leiten lassen, mit den Interessen und Bedürfnissen ihrer Kinder konfrontiert. Auch bei einer

<sup>16</sup> Vgl. auch FAMKOMM-SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO Art. 297 ZPO N 8, wonach in Bezug auf Kinderbelang bewusst eine autoritativere Formulierung gewählt wurde.

<sup>17</sup> FAMKOMM-SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO Art. 297 N 8 mit Hinweisen auf die Literatur.

<sup>18</sup> Vgl. Bot. Rev. ZPO, 7337.

<sup>19</sup> Vgl. auch FAMKOMM-SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO Art. 297 N 12.

<sup>20</sup> Vgl. dazu und in der Folge BGE 5A 457/2009 E. 4.3.

angeordneten Mediation wird die Mitwirkung der Eltern vorausgesetzt. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>21</sup> wird erwähnt, dass die Mitwirkung zu einer Mediation gerichtlich durchgesetzt werden kann, wenn ein Elternteil nicht mitmacht, wobei offen gelassen wird, mit welchen Mitteln. Möglich ist allenfalls indirekter Zwang mittels Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB.

Der Vollständigkeit halber ist auch noch auf Art. 214 ZPO hinzuweisen, wonach das Gericht jederzeit eine Mediation *empfehlen* kann. Sind die Fronten bereits verhärtet und empfiehlt das Gericht nicht von sich aus eine Mediation, kann eine solche am Erfordernis des gemeinsamen Antrags im Sinne von Art. 214 Abs. 2 ZPO scheitern. Ist ein Elternteil mit der Durchführung einer Mediation nicht einverstanden, erscheint es sinnvoll, keinen eigenen expliziten Antrag auf Durchführung einer Mediation zu stellen, sondern indirekt darauf hinzuwirken, dass das Gericht von sich aus eine Mediation empfiehlt. Dadurch kann der reaktive Abwehreffekt bei der Gegenpartei abgeschwächt werden, welcher das Phänomen beschreibt, wonach ein Vorschlag als unattraktiver eingestuft wird, wenn er von der Gegenpartei stammt. Rührt derselbe Vorschlag von einer neutralen Stelle, steht man diesem offener gegenüber.<sup>22</sup>

### 2.3 Anordnung eines Gutachtens

Gemäss Art. 446 Abs. 2 i.V.m. 314 Abs. 1 ZGB können die KESB oder das Gericht das Gutachten einer sachverständigen Person einholen. Die Möglichkeit eines psychologischen bzw. psychiatrischen Gutachtens kann in Betracht gezogen werden, wenn es den Eltern innert angemessener Frist nicht möglich sein wird, in Bezug auf die Regelung und Ausübung des Besuchsrechts zu einer Lösung zu kommen und sich die familiäre Situation in psychologischer bzw. psychiatrischer als sehr komplex und schwierig darstellt.<sup>23</sup> Es wird zwischen *entscheidungsorientierten Gutachten* und *interventionsorientierten Gutachten*<sup>24</sup> unterschieden.

Beim *entscheidungsorientierten Gutachten* bleibt die Rolle des Gutachters gegenüber den Eltern weitgehend passiv. Es handelt sich dabei um eine Momentanalyse der familiären Situation. Dabei werden während der Dauer der Begutachtung den Eltern

<sup>21</sup> BGE 5A 457/2009 E. 4.3.

<sup>22</sup> Vgl. BK ZPO II-PETER, Art. 214 N 13.

<sup>23</sup> Vgl. FAMKOMM-SCHREINER, Anh. Psych N 319; MICHEL/GAREUS, FamPra 4/2016, 889.

<sup>24</sup> Vgl. zum interventionsorientierten Gutachten FAMKOMM-SCHREINER, Anh. Psych N 267.

keine Ratschläge erteilt. Das Resultat der Begutachtung erfolgt im Sinne von Empfehlung an die KESB bzw. das Gericht.

Beim *interventionsorientierten Gutachten*, welches aufwendiger als das entscheidungsorientierte Gutachten ist und auch länger dauert, werden aktiv mit den Beteiligten Handlungsoptionen erörtert und festgelegt. Die Eltern werden vom Gutachter beraten, mit dem Ziel, eine Besuchsvereinbarung zu erzielen, welche während des Verfahrens auch erprobt und wieder abgeändert werden kann. Die Grenze zwischen einem interventionsorientierten Gutachten und einer angeordneten Mediation ist fließend.

Die Anordnung eines Gutachtens kann durch die Parteien beantragt werden. Die Anordnung der Begutachtung erfolgt insbesondere bei Uneinigkeit der Parteien in Form einer verfahrensleitenden Verfügung und kann mit einem Rechtsmittel angefochten werden (vgl. Art. 183 ZPO).

In Bezug auf die alleinige Frage der Durchsetzung eines Besuchsrechts stellt ein Gutachten aufgrund dessen Zeitdauer in der Regel keinen praktikablen Weg dar. Eine Pflichtmediation oder die Anordnung einer Therapie scheint zweckmässiger.<sup>25</sup> Im Rahmen eines Gerichtsverfahren ist die zeitnahe behördliche Festsetzung des Besuchsrechts in Kombination mit einer Besuchsbeistandschaft zu bevorzugen.<sup>26</sup>

## 2.4 Mahnungen und Weisungen

Art. 307 Abs. 3 ZGB postuliert ein allgemeines Mahnungs- und Weisungsrecht der Kindesschutzbehörde in Bezug auf Kinderbelange. Art. 273 Abs. 2 ZGB wiederholt und spezifiziert das Mahnungs- und Weisungsrecht in Bezug auf die Ausübung bzw. Nichtausübung des persönlichen Verkehrs. Auch wenn letztere Bestimmung vor dem Hintergrund von Art. 307 Abs. 3 ZGB als obsolet betrachtet werden könnte, kann daraus geschlossen werden, dass der Gesetzgeber diesen Möglichkeiten in Bezug auf die Ausübung des Besuchsrechts eine gewisse Nachdrücklichkeit verleihen wollte. Es

---

<sup>25</sup> Vgl. MICHEL/GAREUS, FamPra 4/2016, 889.

<sup>26</sup> vgl. FAMKOMM-SCHREINER, Anh. Psych N 267, wonach eine rasche richterliche Entscheidung und eine konsequente Umsetzung der Verfügung wesentlich schneller ein aufgewühltes und nicht mehr entscheidungsfähiges Familiensystem beruhigen kann.

handelt sich dabei um flankierende Massnahmen zur Ausübung des Besuchsrechts.<sup>27</sup> Sollte der besuchsrechtsberechtigte Elternteil Mahnungen oder Weisungen als erfolgsversprechend erachten, kann er solche beim Gericht oder der KESB beantragen.

Die Literatur ist sich uneinig, ob sich Art. 273 Abs. 2 ZGB lediglich an den besuchsberechtigten<sup>28</sup> oder auch an den die Obhut ausübenden Elternteil<sup>29</sup> richtet. Meines Erachtens sind gemäss dieser Bestimmung auch Mahnungen und Weisungen gegenüber dem Obhutsinhaber möglich. Der Wortlaut von Art. 273 Abs. 2 ZGB beschränkt sich nicht auf den besuchsberechtigten Elternteil und auch die erwähnte Nichtausübung des persönlichen Verkehrs beschränkt sich nicht auf ihn.

Die Behelfe Mahnungen und Weisungen sind nicht scharf voneinander zu trennen und lassen sich auch kombinieren.<sup>30</sup>

*Mahnungen* sollen dem besuchsrechtsverweigernden Elternteil die Mängel und Risiken des eigenen Verhaltens aufzeigen und haben empfehlenden Charakter,<sup>31</sup> weshalb sie bei einer beharrlichen Verweigerung des Besuchsrechts wenig Erfolg versprechen und lediglich formell ein Verhalten missbilligen. Die Mahnung verfolgt primär ein psychologisches Ziel, indem behördliche Präsenz, Aufsicht und auch Interventionswille bekundet werden, wenn die Mahnung ohne positive Wirkung bleibt.<sup>32</sup> Sollte der Verweigerung des Besuchsrechts ein eigener Entscheid des urteilsfähigen Kindes zugrunde liegen, stellt sich die Frage, ob die Mahnung gegenüber dem Kind selbst ausgesprochen werden sollte, was nach dem Wortlaut des Gesetzes möglich ist.<sup>33</sup>

Mit einer *Weisung* kann ein Elternteil zu einem behördlich bestimmten Tun, Unterlassen oder Dulden verpflichtet werden.<sup>34</sup> Inhalt einer *Weisung* kann alles sein, womit einer Gefährdung des Kindeswohls begegnet wird und kann als präventive Massnahme einer Entfremdung vorbeugen. Bei einer ungerechtfertigten Verweigerung des Besuchsrechts lautet die an den besuchsrechtsbelasteten Elternteil gerichtete Weisung dahin gehend, dem besuchsberechtigten Elternteil die Ausübung des Besuchsrechts zu ermöglichen. Es besteht auch die Möglichkeit der Weisung an beide

---

<sup>27</sup> BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 N 22.

<sup>28</sup> Vgl. BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 N 22 ff.

<sup>29</sup> FAMMKOMM BÜCHLER/WIRZ, Art. 273 N 32.

<sup>30</sup> BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 307 N 19.

<sup>31</sup> BSK ZGB I -BREITSCHMID, Art. 207 N 21.

<sup>32</sup> Vgl. BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 307 N 33.

<sup>33</sup> Vgl. auch BSK I-BREITSCHMID, Art. 307 N 19.

<sup>34</sup> Vgl. BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 307 N 34.

Eltern, sich einer Mediation oder Beratung – insbesondere einer PAS-Therapie – zu unterziehen.<sup>35</sup> Eine entsprechende Weisung kann und sollte auch mit der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB verbunden werden.<sup>36</sup>

Lässt sich bereits vorab sagen, dass sich der besuchsrechtsverweigernde Elternteil von einer Mahnung oder Weisung nicht beeindrucken lässt und diese Massnahmen somit untauglich und wirkungslos sind, ist davon abzusehen.<sup>37</sup> Wird eine Mahnung oder Weisung ausgesprochen, wird in aller Regel zugewartet, ob diese Massnahmen Wirkungen entfalten. Ist dies nicht der Fall, geht unter Umständen wiederum viel Zeit verloren, während welcher das Besuchsrecht nicht ausgeübt werden kann.

Der wenig verbindliche Charakter von Mahnungen bzw. Weisungen kann durch eine von Art. 307 Abs. 3 ZGB umfasste *Erziehungsaufsicht* verstärkt werden, welche die Einhaltung der Massnahmen überwacht. Im Unterschied zu einem Beistand nach Art. 308 ZGB, welcher die Eltern mit Rat und Tat unterstützt, beschränkt sich die Erziehungsaufsicht auf Überwachung und Kontrolle.<sup>38</sup>

Sollte die Ausübung eines behördlich festgelegten Besuchsrechts konstant verweigert werden, besteht auch als Übergangslösung die Möglichkeit der *Weisung eines begleiteten Besuchsrechts*.<sup>39</sup> Das begleitete Besuchsrecht soll als Zwischenlösung dem Obhutsinhaber allfällige Ängste nehmen. Auch wenn sich diese Weisung an den besuchsberechtigten Elternteil richtet, mag sie als kurze Zwischenlösung opportun erscheinen, damit ein regelmässiges Besuchsrecht wieder etabliert werden kann.<sup>40</sup> Für den besuchsberechtigten Elternteil ist diese Lösung aber insbesondere deshalb nachteilig, weil mit einem begleiteten Besuchsrecht immer der Vorwurf mitschwingt, dass das Kind mit dem besuchsberechtigten Elternteil nicht alleine gelassen werden kann. Der Übergang zwischen einem begleiteten Besuchsrecht und einer Beistandschaft ist fliessend. Unter einem begleiteten Besuchsrecht wird die Ausübung der Besuchskontakte in Anwesenheit einer oder mehrerer Drittpersonen verstanden.<sup>41</sup> Falls sich die Eltern nicht einvernehmlich auf die Ausübung des Besuchsrechts an

---

<sup>35</sup> Vgl. BGE 5A\_140/2010 E. 3.2; vgl. zur Anordnung der angeordneten Beratung BANHOLZER et al., FamPra 1/2012, 115ff.

<sup>36</sup> BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 N. 23; vgl. auch BGE 5A 5A 140/2010 E. 3.2.

<sup>37</sup> Vgl. BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 307 N 35.

<sup>38</sup> Vgl. BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 308 N 16.

<sup>39</sup> Vgl. zum begleiteten Besuchsrecht FAMKOMM- BÜCHLER/WIRZ, Art. 274 N 19 f.

<sup>40</sup> Anderer Ansicht FAMKOMM-BÜCHLER/WIRZ, Art. 274 N. 21 mit Hinweis auf die Literatur, wonach das begleitete Besuchsrecht eine Alternative zum Entzug des Besuchsrechts darstellt und keine Alternative zum ordentlichen Besuchsrecht.

<sup>41</sup> BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 N 25.

einem bestimmten Ort unter Anwesenheit Dritter einigen können, ist mit der Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts die Ernennung eines Beistandes gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB verbunden.<sup>42</sup>

## 2.5 Besuchsbeistandschaft

Die Anordnung einer Besuchsbeistandschaft kann entweder im Rahmen eines eherechtlichen Verfahrens bereits durch das Gericht (Art. 315a ZGB) oder durch die KESB (Art. 308 Abs. 2) erfolgen. Eine Besuchsbeistandschaft ist anzuordnen, wo erhebliche das Kindeswohl gefährdende Auseinandersetzungen zu erwarten sind,<sup>43</sup> wie z.B. bei einer konstanten Verweigerung des Besuchsrechts.

Der Besuchsbeistand kann auf die Einhaltung der gerichtlich oder behördlich verbindlich festgelegten Besuchsordnung hinwirken und die Eltern mit Rat und Tat unterstützen.<sup>44</sup> Die Aufgabe eines Beistandes besteht in erster Linie darin, auf die Konfliktvermeidung bei der Besuchsrechtsausübung hinzuwirken und die Einzelheiten der Durchführung der Besuchskontakte zu bestimmen.<sup>45</sup> Die Aufgabe eines Beistandes besteht darin, auf einen massnahmelosen Normalzustand hinzuwirken.<sup>46</sup> Wenn die Ausübung des Besuchsrechts nach wie vor verweigert wird, hat der besuchsrechtsberechtigte Elternteil nicht den Beistand anzugehen, sondern er muss bei der KESB bzw. dem Gericht die Vollstreckung verlangen.<sup>47</sup> Die Beistandsperson selbst ist kein Vollstreckungsorgan.<sup>48</sup> Im Rahmen der behördlichen Vollstreckung kann der Beistand dann aber damit beauftragt werden, ein Kind dem Besuchsberechtigten zuzuführen oder bei der Übergabe anwesend zu sein.<sup>49</sup>

Wesentlich erscheint in der Praxis, dass der Beistand nicht nur im Hintergrund agiert, sondern persönlich und auch vor Ort darauf hinwirkt, dass das Besuchsrecht ausgeübt werden kann und dies auch an Wochenenden. Zu denken ist dabei an die Anwesenheit

<sup>42</sup> FAMKOMM-BÜCHLER/WIRZ, Art. 274 N 21 mit Hinweisen auf die Literatur und Rechtsprechung; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 N 25.

<sup>43</sup> BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 308 N 14 mit Hinweisen auf die Literatur und Rechtsprechung.

<sup>44</sup> Eine Anpassung oder gar Neufestlegung durch einen Beistand ist nicht möglich; vgl. BGE 146/2004 E. 4.2.

<sup>45</sup> FAMKOMM-BÜCHLER/WIRZ, Art. 274 ZGB N 25.

<sup>46</sup> BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 308 N 16.

<sup>47</sup> AFFOLTER-FRINGELI, ZKE 3/2015, 193.

<sup>48</sup> VGL. BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 308 N 92.

<sup>49</sup> Diese Aufgaben können vom Beistand auch an geeignete Drittpersonen delegiert werden; vgl. BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 308 N 14.

bei der Übergabe des Kindes. In der Praxis zeigt sich oft, dass Beistände zwar im Vorfeld der Besuchszeiten persönlich oder telefonisch auf die Obhutsinhaber einwirken, am betreffenden Tag die Übergabe des Kindes aber dennoch verweigert wird mit einer vorgeschobenen Begründung, zum Beispiel dass das Kind krank sei.

Zulässig ist die Ermächtigung des Beistandes durch das Gericht oder die KESB, Drittpersonen mit der Überwachung der Übergabe des Kindes zu beauftragen.<sup>50</sup> In Bezug auf die Durchsetzung eines Besuchsrechts kann es sinnvoll sein, wenn ein Beistand eine Vertrauensperson des Kindes und beider Elternteile dazu beizieht, bei der Übergabe des Kindes anwesend zu sein oder dieses dem besuchsberechtigten Elternteil zuzuführen.

Eine wichtige Aufgabe des Beistandes in Bezug auf das Besuchsrecht kann auch darin bestehen, bei einer zu offenen gerichtlich festgelegten Besuchsrechtsregelung die genauen Zeiten und Orte der Übergaben festzulegen.<sup>51</sup> In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass bei einer möglichen Verhinderung des Besuchsrechts durch die obhutsberechtigte Person bereits im Trennungs- bzw. Scheidungsverfahren darauf zu achten ist, dass die Besuchsrechtsmodalitäten möglichst präzise festgelegt werden, um zukünftiges Streitpotenzial zu minimieren.

In manchen Fällen kann eine Beistandschaft aber auch kontraproduktiv sein. So können zerstrittene Eltern einen Beistand aus Bequemlichkeit dazu missbrauchen, bei Kindsübergaben sich nicht persönlich begegnen zu müssen.<sup>52</sup>

## 2.6 Indirekte Zwangsvollstreckung

Bei der Zwangsvollstreckung im Sinne von Art. 343 Abs. 1 ZPO handelt es sich um indirekten Zwang und nicht um eine direkte Realvollstreckung. Bei der Durchsetzung von Besuchsrechten geniesst der Vollstreckungsrichter ein erhebliches Ermessen.<sup>53</sup> Die Vollstreckung wird dabei durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingeschränkt, welcher verlangt, dass die eingesetzten Mittel zur Erreichung des Zwecks geeignet und

---

<sup>50</sup> Es handelt sich dabei um Hilfspersonen des Beistandes; vgl. dazu und in der Folge BGE 5C 146/2004, E. 4.2f.

<sup>51</sup> Vgl. BK-AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 308 N 102.

<sup>52</sup> BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 308 N 17; allgemein kritisch zur Beistandschaft VETTERLI, FamPra 1/2009, 38f.

<sup>53</sup> BGE 5A 746/2013 E. 2.1 mit Hinweisen auf die Literatur; Entscheidung des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 10. April 2015, S. 6.

erforderlich sind und dass der Eingriffszweck zur Eingriffswirkung verhältnismässig ist.<sup>54</sup> Der in Art. 343 Abs. 1 ZPO aufgeführte Massnahmekatalog ist nach herrschender Lehre abschliessend, wobei auch einzelne Zwangsmassnahmen miteinander verbunden werden können.<sup>55</sup> In Bezug auf die indirekte Durchsetzung des Besuchsrechts kommen als Massnahmen nur die Strafandrohung nach Art. 292 StGB (Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO) sowie die Ordnungsbussen (Art. 343 Abs. 1 lit. b und c ZPO) in Betracht.

In der Praxis ist vor allem die Strafandrohung nach Art. 292 StGB relevant, wenn sich der besuchsrechtsbelastete Elternteil der Ausübung des Besuchsrechts in grundsätzlicher Weise widersetzt.<sup>56</sup> Es ist zulässig, die Strafandrohung nach Art. 292 StGB bereits direkt in die in einem Gerichtsentscheid enthaltene Besuchsrechtsregelung aufzunehmen,<sup>57</sup> was sich insbesondere in einem Scheidungsurteil anerbietet, falls bereits während der Trennungszeit die Ausübung des Besuchsrechts verweigert wurde. Ansonsten ist der Vollstreckungsrichter auf entsprechenden Antrag hin nachträglich für die Androhung der Ungehorsamsstrafe im Sinne von Art. 292 StGB zuständig.

Zuständig für die Bestrafung bei einer beharrlichen Verweigerung des Besuchsrechts ist der Strafrichter. Art. 292 StGB ist eine Übertretung (vgl. Art. 103 ff. StGB), welche von Amtes wegen verfolgt wird. Eine Verletzung von Art. 292 StGB wird der Praxis aber nur auf Anzeige hin verfolgt.<sup>58</sup> Als Übertretung gemäss Art. 103 StGB ist der Ungehorsam gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB mit Busse (Art. 106 StGB) bedroht, deren Höchstbetrag sich auf CHF 10'000.00 beläuft.<sup>59</sup>

In der Praxis wird die Strafe trotz Androhung nur selten vollstreckt. Der zweistufige Gang zuerst zum Vollstreckungs- und hernach zum Strafrichter ist für den besuchsrechtsberechtigten Elternteil mühsam. Zudem muss der Strafrichter überprüfen, ob die besuchsrechtsbelastete Partei das Besuchsrecht schuldhaft verweigert hat. Bei schwersten Konflikten zwischen den Elternteilen schrecken zudem auch zu bezahlende Bussen nicht davon ab, das Besuchsrecht weiter zu verweigern, zumal in solchen

---

<sup>54</sup> Entscheid des Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 10. April 2015, S. 6. mit Verweis auf ZK-STAEHELIN, Art. 343 ZPO N 11.

<sup>55</sup> BK ZPO II-KELLERHALS, Art. 343 N 9.

<sup>56</sup> BGE 107 II 301 E. 5.

<sup>57</sup> Vgl. BGE 127 IV 119 E. 2b.

<sup>58</sup> Vgl. BK ZPO II-KELLERHALS, Art. 343 N 30f.

<sup>59</sup> Vgl. BK ZPO II-KELLERHALS, Art. 343 N 32.

Fällen nicht nur der besuchsberechtigte Elternteil, sondern auch die Behörden als Feind angesehen werden.

## 2.7 Direkte Zwangsvollstreckung

Besuchsrechte sind einer Zwangsvollstreckung, auch einer direkten Realvollstreckung zugänglich (vgl. Art. 338ff. ZPO).<sup>60</sup> Für die Vollstreckung eines Besuchsrechts hat der Berechtigte beim Vollstreckungsrichter die Übergabe des Kindes nach den im Urteil festgelegten Modalitäten wie Zeitpunkt und Dauer zu verlangen,<sup>61</sup> was voraussetzt, dass das Besuchsrecht in einer Weise konkretisiert ist, dass es bestimmt ist oder ohne Weiteres bestimmt werden kann.<sup>62</sup>

Im Allgemeinen herrscht immer noch die Meinung vor, dass auf direkten Zwang verzichtet werden sollte.<sup>63</sup> Beim direkten Zwang stellt sich die Frage, gegen wen sich dieser richtet; gegen die Mutter oder das Kind? In rechtlicher Hinsicht hat sich der direkte Zwang immer gegen die obhutsberechtigte Person zu wenden, welche die Ausübung des Besuchsrechts verweigert.<sup>64</sup> Faktisch richtet sich der Zwang aber gegen das Kind selbst, weshalb auf die Anwendung von direktem Zwang gegenüber urteilsfähigen Kindern verzichtet werden sollte.<sup>65</sup> Bei Kleinkindern sollte direkter Zwang nicht per se ausgeschlossen werden, zumal sie diesen nicht so wahrnehmen wie ein urteilsfähiges Kind.<sup>66</sup> Die Problematik bei der Vollstreckung des Besuchsrechts durch direkten Zwang liegt darin, wie dieser ohne eine Gefährdung des Kindeswohls gehandhabt werden kann. Die Vorstellung von direktem Zwang, dass das Kind den Armen der Mutter mithilfe der Polizei entrissen und dem Vater übergeben wird, widerspricht dem Kindeswohl. Vielmehr verhält es sich in der Praxis<sup>67</sup> so, dass das Kind vom behördlichen Eingreifen möglichst wenig bis gar nichts direkt mitbekommen sollte und diese Vorgänge im Hintergrund ablaufen. Die obhutsberechtigte Person hingegen, welche das Besuchsrecht verweigert, ist über den konkreten Ablauf des direkten Zwangs aufzuklären, auch wenn dies die konkrete Gefahr birgt, dass aufgrund der

---

<sup>60</sup> BGE 5A 764/2013 E. 2.1 mit Hinweis auf BK ZPO II-KELLERHALS, Art. 343 ZPO N 100 sowie die bisherige Judikatur.

<sup>61</sup> BGE 118 II 392 E. 4a; BGE 5C 105/2003 E. 2.2.

<sup>62</sup> BGE 5C 105/2003 E. 2.2.

<sup>63</sup> BGE 107 II 301 mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung; VETTERLI, FamPra 1/2009, 35f.

<sup>64</sup> VETTERLI, FamPra 1/2009, 36.

<sup>65</sup> BGE 5A 764/2013 E. 2.1.

<sup>66</sup> anderer Ansicht VETTERLI, FamPra 1/2009, 35, wonach direkter Zwang gegenüber dem Kind ausgeschlossen ist.

<sup>67</sup> Vgl. dazu und in der Folge <http://www.kisos.ch/vollstreckung.php>.

Vorankündigung das Besuchsrecht wieder vereitelt wird, z.B. durch Verbringung des Kindes an einen anderen Ort. Da im Vorfeld des direkten Zwangs in der Regel bereits eine Besuchsbeistandschaft angeordnet wurde, klärt der Beistand sinnvollerweise auch das Kind, sofern das Alter es zulässt, über den Ablauf der Übergabe auf. Ab Kindergartenalter findet in der Praxis keine Übergabe zwischen den Elternteilen statt, sondern das Kind wird direkt beim Kindergarten, der Schule etc. abgeholt.<sup>68</sup>

Der konkrete Ablauf gestaltet sich in der Regel so, dass der in der Regel bereits vorhandene Beistand frühzeitig den Ablauf der Übergabe mit Polizei bespricht.<sup>69</sup> Die Polizei teilt in der Folge den Vollstreckungsauftrag dem verweigernden Elternteil mit. Am Tag der Vollstreckung geht der besuchsberechtigte Elternteil mit der Polizei zum Wohnort der Kinder. Die Polizei in Zivil klärt dort den verweigernden Elternteil über die Konsequenzen einer weiteren Verweigerung auf (z.B. Obhutswechsel). Der besuchsberechtigte Elternteil ist bei diesem Gespräch nicht anwesend. Es wird zu keinem Zeitpunkt seitens der Polizei irgendeine Form von Gewalt angewendet. Verweigert der obhutsberechtigte Elternteil nach wie vor die Herausgabe des Kindes, wird seitens der Polizei ein Rapport erstellt. Aufgrund dieses Rapports erfolgt in der Regel eine Anzeige der Polizei wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung aufgrund von Art. 292 StGB. Bereits oben wurde argumentiert, dass die Ausfällung einer Busse aufgrund dieser Bestimmung bei einer beharrlichen Verweigerung in der Regel nur wenig beeindruckt. Immerhin dürften die Polizeirapporte als taugliche Beweismittel bei der Frage einer allfälligen Obhutsumteilung dienen.

Im besten Fall wird dem besuchsrechtsverweigernden Elternteil nach der ersten Vollstreckung bewusst, dass das Besuchsrecht tatsächlich vollstreckbar ist, eine Vollstreckung für das Kind eine Belastung sein kann und diese in der Zukunft nicht mehr zugemutet werden soll und vor allem, dass die Ausübung des Besuchsrechts dem Kind nicht schadet.<sup>70</sup>

Obwohl der Vollstreckungsrichter grundsätzlich nur für die Vollstreckung des gerichtlich umschriebenen und rechtskräftig festgesetzten Besuchsrechts zuständig ist und die Besuchsrechtsregelung nicht materiell überprüfen kann, gibt es dazu Ausnahmen. So wurde vom Bundesgericht beispielsweise akzeptiert, dass ein Vollstreckungsrichter im

---

<sup>68</sup> Vgl. dazu und in der Folge <http://www.kisos.ch/vollstreckung.php>.

<sup>69</sup> Vgl. <http://www.kisos.ch/vollstreckung.php>.

<sup>70</sup> Vgl. dazu <http://www.kisos.ch/vollstreckung.php>.

Fall eines mehrjährigen Kontaktabbruchs und der dadurch hervorgerufenen Entfremdung zwischen Vater und Tochter nicht einfach die Vollstreckung angeordnet hat, sondern das Besuchsrecht vorerst entsprechend reduziert hat, um der Entfremdung Rechnung zu tragen.<sup>71</sup> Obwohl der Eingriff des Vollstreckungsrichters in das materielle Recht in diesem Fall im Hinblick auf das Kindeswohl wohl gerechtfertigt war, sollte dies nur in absoluten Ausnahmefällen geschehen. Für eine Abänderung des Besuchsrechts bleibt der Sachrichter zuständig. Aus demselben Grund ist es auch unzulässig, wenn ein Vollstreckungsrichter die Vollstreckung des Besuchsrechts dauerhaft verweigert, da dies einer materiellen Abänderung gleichkommt. Demgegenüber wird eine Suspendierung der Vollstreckung „zur Zeit“ als gerechtfertigt erachtet, wenn ein Abänderungsverfahren hängig ist, was ein gewisses Missbrauchspotenzial zu Gunsten des besuchsrechtsverweigernden Elternteil eröffnet.<sup>72</sup>

Wurde das Besuchsrecht durch ein Gericht festgelegt, ist für die Behandlung des Vollstreckungsgesuchs das Gericht im summarischen Verfahren am Wohnsitz des besuchsrechtsverweigerenden Elternteils oder am Ort des Gerichts, welches den damaligen Entscheid gefällt hat, zuständig (vgl. Art. 339 ZPO). Letzterer Gerichtsstand anbietet sich insbesondere, weil das mit dem Erkenntnisverfahren befasste Gericht mit der kritischen Besuchsrechtssituation möglicherweise schon vertraut ist.<sup>73</sup> Die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach dem kantonalen Recht. In aller Regel hat der Gesuchsteller für das Vollstreckungsverfahren einen Kostenvorschuss für die Gerichtskosten zu bezahlen, welche nicht nur die Kosten für das Verfahren vor dem Vollstreckungsrichter umfassen, sondern auch jene für die Durchführung der Vollstreckungsmassnahme.<sup>74</sup> Vorbehalten bleibt die unentgeltliche Rechtspflege (vgl. Art. 117 ZPO), wobei zu beachten ist, dass die im Entscheidverfahren gewährte unentgeltliche Rechtspflege nicht ohne Weiteres auch für das Vollstreckungsverfahren gilt; vielmehr muss der Gesuchsteller ein erneutes Gesuch stellen.<sup>75</sup>

Wurde das Besuchsrecht durch die KESB geregelt, ist diese auch für dessen Vollstreckung zuständig (vgl. Art. 450 lit. g ZGB).

---

<sup>71</sup> Vgl. BGE 5A 338/2008 E. 3, wonach in einem solchen Verfahren auch das Kind anzuhören ist.

<sup>72</sup> Vgl. BGE 107 II 301 E. 7.

<sup>73</sup> Vgl. BK ZPO II-KELLERHALS, Art. 339 N 17.

<sup>74</sup> BSK ZPO-DROESE, Art. 339 N 19.

<sup>75</sup> BSK ZPO-DROESE, Art. 339 N 20.

## 2.8 Strafrechtliche Bestimmungen

Gemäss Art. 220 StGB wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer eine minderjährige Person dem Inhaber des Rechts zur Bestimmung des Aufenthaltsortes entzieht oder sich weigert, sie ihm zurückzugeben.

Es wird davon ausgegangen, dass nur derjenige Elternteil Täter sein kann, welchem die Obhut nicht zugewiesen wurde.<sup>76</sup> Noch im Vorentwurf (VE-ZGB 2009) schlug der Bundesrat vor, Art. 220 Abs. 2 StGB neu zu fassen, wonach auch derjenige Elternteil unter Strafe gestellt wird, welcher das Besuchsrecht vereitelt.<sup>77</sup> Dieser Vorschlag wurde in der Folge nicht berücksichtigt, unter anderem mit dem Argument, dass Strafandrohungen kaum zur Vorbeugung und Vermeidung von Konflikten beitragen würden, da bei einer Bestrafung eines Elternteils indirekt auch das Kind leiden würde.<sup>78</sup> Dieses Argument ist meines Erachtens wenig stichhaltig, da ansonsten auch Art. 217 StGB (Vernachlässigung von Unterhaltspflichten) aus dem Strafgesetzbuch verbannt werden müsste, zumal Unterhaltspflichten bereits auf zivilprozessualen bzw. betriebsrechtlichem Weg einfacher durchsetzbar sind als das Besuchsrecht.

Auch der jetzige Wortlaut von Art. 220 StGB schliesst aber meines Erachtens den Elternteil, welcher die Obhut innehat und das Besuchsrecht vereitelt, nicht grundsätzlich als Täter aus.<sup>79</sup> Das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist ein Teilbereich der elterlichen Sorge, welche in der Regel beiden Eltern gemeinsam zusteht, und nicht dem Inhaber der elterlichen Obhut alleine. Insbesondere auch unter Berücksichtigung der künftig anzustrebenden alternierenden Obhut stellt sich die Frage, wer das Recht zur Bestimmung des Aufenthaltsortes im Sinne von Art. 220 StGB innehat. Auch bei fehlender gemeinsamer elterlicher Sorge kann man sich auf den Standpunkt stellen, dass der besuchsrechtsberechtigte Elternteil während seiner Betreuungszeit über den Aufenthaltsort des Kindes entscheidet. Wenn ihm dieses Besuchsrecht im Sinne des Aufenthaltsbestimmungsrechts während seiner Betreuungszeit vom anderen Elternteil vereitelt wird, wäre eine Subsumierung unter den Tatbestand von Art. 220 StGB ebenfalls möglich.

---

<sup>76</sup> Vgl. BSK StGB II-ECKERT, Art. 220 N 13.

<sup>77</sup> BBl 2011 9091.

<sup>78</sup> BBl 2011 9096.

<sup>79</sup> Bejahend zu Art. 220 aStGB BGE 98 IV 37.

Gemäss Art. 219 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer seine Fürsorge- oder Erziehungspflicht gegenüber einer minderjährigen Person verletzt oder vernachlässigt und sie dadurch in ihrer körperlichen oder seelischen Entwicklung gefährdet. Die Strafbestimmung richtet sich unter anderem an Eltern und wohl in erster Linie an denjenigen Elternteil, unter dessen Obhut das Kind steht. Nach der Literatur umfasst die Fürsorge die Befriedigung verschiedenster Bedürfnisse des Kindes wie Nahrung, Kleider, Unterkunft, Zuneigung, Liebe sowie das Fördern in diversen Bereichen wie zum Beispiel Sport, Musik oder Kunst.<sup>80</sup> Der Kontakt mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil dürfte auch zu den Bedürfnissen eines Kindes gehören. Die Verweigerung der Besuchsrechtsausübung durch den obhutsberechtigten Elternteil wird aber bis anhin weder von Lehre<sup>81</sup> noch der Rechtsprechung<sup>82</sup> als Beispiel einer Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht im Sinne von Art. 219 aufgeführt. Eine Bestrafung unter diesem Titel würde dem Grundsatz „nulla poena sine lege“ widersprechen, da Art. 219 StGB die Verhaltenspflichten zu wenig definiert und dessen Anwendung auf „krasse Fälle“ beschränkt sein sollte. Dieser Auffassung kann nicht vollends gefolgt werden, zumal dann auch die anderen oben erwähnten Verhaltensweisen nicht unter Art. 219 StGB subsumiert werden dürften.

## 2.9 Verweigerung des nachehelichen Unterhalts

Der nacheheliche Unterhalt kann gemäss Art. 125 Abs. 3 ZGB ausnahmsweise versagt oder gekürzt werden, wenn dieser offensichtlich unbillig wäre. Die Aufzählung in Art. 125 Abs. 3 ZGB ist nicht abschliessend und kann auf Fälle erweitert werden, in welchen die Leistung von nachehelichem Unterhalt als rechtsmissbräuchlich erscheint.<sup>83</sup>

Grundlage des Anspruchs eines Elternteils auch nacheheliche Unterhaltsleistungen ist der Gedanke der nachehelichen Solidarität. Auch Art. 274 Abs. 1 ZGB, wonach die Eltern alles zu unterlassen haben, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil erschwert, fusst auf dem Gedanken der nachehelichen Solidarität. Bei einer grundlosen beharrlichen Verweigerung oder Erschwerung der Ausübung des

---

<sup>80</sup> BSK StGB II-ECKERT, Art. 219 N 8.

<sup>81</sup> BSK StGB II-ECKERT, ART. 219 N 8.

<sup>82</sup> Entscheid des Luzerner Obergerichts vom 22.4.2010 (LGVE 2010 Nr. 43).

<sup>83</sup> Urteil der zivilrechtlichen Abteilung des Obergerichts des Kantons Zug vom 14. September 2010.

Besuchsrechts bereits während der Trennungszeit erscheint die Verpflichtung zur Leistung nahehehlicher Unterhaltsbeiträge unbillig.<sup>84</sup> Auch in Deutschland, wo mit § 1579 Nr. 6 BGB eine zu Art. 125 Abs. 3 ZGB ähnliche Unterhaltsregelung existiert, hat der Bundesgerichtshof erläutert, dass eine schwerwiegende fortgesetzte und schuldhaftere Vereitelung des Besuchsrechts zu einem Ausschluss oder einer Herabsetzung des nahehehlichen Unterhalts führen kann.<sup>85</sup>

Als Argumente gegen eine Verknüpfung von nahehehlichem Unterhalt und Besuchsrecht sprechen, dass ein Besuchsrecht unabhängig und auch ohne nahehehlichen Unterhalt festgesetzt wird. Zudem deutet die Unverrechenbarkeit von Unterhaltsforderungen gemäss Art. 125 Ziff. 2 OR auf die Unantastbarkeit des nahehehlichen Unterhalts hin. Schliesslich kann auch als Argument ins Feld geführt werden, dass eine Verweigerung des nahehehlichen Unterhalts dem Kindeswohl schadet, das dem obhutsberechtigten Elternteil weniger Geld zur Verfügung steht.

Für eine Verweigerung des nahehehlichen Unterhalts bei einer schuldhaften und beharrlichen Verweigerung des Besuchsrechts spricht, dass es wohl eines der griffigen und genügend schmerzhaften Instrumente ist, um den obhutsberechtigten Elternteil zu einer Herausgabe des Kindes zu bewegen. Zudem wird mit der Einführung des Betreuungsunterhalts per 1.1.2017 der nahehehliche Unterhalt in der Regel zu Gunsten des Betreuungsunterhalts gekürzt, sodass der für das Kind angedachte Unterhalt diesem auch bei einer Verweigerung des nahehehlichen Unterhalts immer noch zukommt und die Kürzung des nahehehlichen Unterhalts weniger ins Gewicht fällt wie früher. Gerade vor diesem Hintergrund wäre meines Erachtens in schwerwiegenden Fällen eine Verweigerung des nahehehlichen Unterhalts durchaus in Betracht zu ziehen. Bei einer schuldhaften und beharrlichen Verweigerung des Besuchsrechts bereits während des Trennungsverfahrens bietet Art. 125 Abs. 3 ZGB demnach grundsätzlich eine genügende gesetzliche Grundlage, die Forderung auf nahehehlichen Unterhalt abzuweisen oder von der Bedingung der Gewährung der Ausübung des Besuchsrechts abhängig zu machen.

---

<sup>84</sup> Vgl. Urteil der zivilrechtlichen Abteilung des Obergerichts des Kantons Zug vom 14. September 2010, welches im betreffenden Kontext die Forderung nach einem nahehehlichen Unterhaltsbeitrag nach Art. 125 ZGB „nicht nur als unbillig, sondern als geradezu krass rechtsmissbräuchlich“ bezeichnet; BGH, 14.01.1987 - IVb ZR 65/85, wobei in diesem Urteil eine Aufhebung des nahehehlichen Unterhalts mangels schuldhaftem Verhalten der Mutter abgelehnt und auf die grundsätzliche Unabhängigkeit zwischen Unterhalt und Besuchsrecht hingewiesen wurde.

Sollte sich erst nach der Scheidung eine Verweigerung des Besuchsrechts abzeichnen, würde Art. 129 Abs. 1 ZGB meines Erachtens eine genügende gesetzliche Grundlage bilden, den gerichtlich festgesetzten nachehelichen Unterhalt nachträglich aufzuheben oder für eine bestimmte Zeit einzustellen. Insbesondere die Sistierung des nachehelichen Unterhalts bis zum Zeitpunkt, an welchem das Besuchsrecht ausgeübt werden kann, dürfe ein probates Mittel für die Durchsetzung des Besuchsrechts darstellen. Demgegenüber scheint die Lehre bis anhin de der Ansicht zu sein, dass nur wirtschaftliche Gründe für eine Herabsetzung, Aufhebung oder Sistierung im Sinne von Art. 129 ZGB in Frage kommen.<sup>86</sup>

Zuständig für die Behandlung des Antrags auf Verweigerung des nachehelichen Unterhalts ist das Gericht.

## 2.10 Obhutswechsel

Bei einer andauernden grundlosen Verweigerung des Besuchsrechts besteht als ultima ratio die Möglichkeit der Umteilung der Obhut auf den bis anhin besuchsberechtigten Elternteil.<sup>87</sup> Auf die Möglichkeit einer Fremdplatzierung wird an dieser Stelle nicht eingegangen, da sie dem Kindeswohl in aller Regel abträglich ist. Bei einer Obhutsumteilung sind in Bezug auf die Berücksichtigung des Kindeswohls meines Erachtens vor allem die tatsächlichen Betreuungsmöglichkeiten des neuen Obhutsinhabers realistisch ins Auge zu fassen. In der Rechtsprechung wird jedoch die Auffassung vertreten, dass ein Obhutswechsel allenfalls unabhängig von den persönlichen Betreuungsmöglichkeiten zu dem Elternteil erfolgen kann, welcher die bessere Gewähr dafür bietet, den Kontakt des Kindes zu beiden Elternteilen aufrechtzuerhalten.<sup>88</sup> Der Strafcharakter, welcher bei einer Umteilung der elterlichen Obhut stets unbewusst mitschwingt, darf grundsätzlich keine Rolle spielen.<sup>89</sup> Bei einer ungerechtfertigten und beharrlichen Verweigerung des Besuchsrechts ist die Erziehungsfähigkeit des obhutsberechtigten Elternteils aber infrage zu stellen und ein Obhutswechsel in Betracht zu ziehen.<sup>90</sup> Insbesondere die Verfechter des PAS-Syndroms sehen in einem Obhutswechsel ein probates Mittel, um die Beziehung

---

<sup>86</sup> FAMKOMM-SCHWENZER, Art. 129 20; BSK ZGB I-SPYCHER/GLOOR, Art. 129 N 6.

<sup>87</sup> Art 315a ZGB i.V.m mit Art. 134 und Art. 179 ZGB.

<sup>88</sup> BGE 5P 83/2006 E. 4.1.

<sup>89</sup> Dazu kritisch FAMKOMM SCHREINER, Anh. Psych N 285.

<sup>90</sup> BGE 5A 905/2011 E. 2.2; BGE 5P 27/2000 E. 3.

zwischen Kind und dem bis anhin lediglich besuchsrechtsberechtigten Elternteils wieder herzustellen.

Zuständig für die Behandlung eines Antrags auf Wechsel der Obhut ist das Gericht (Art. 134 Abs. 3 u. 4 ZGB i.V.m. Art. 284 ZPO), falls die Eltern verheiratet waren und die Frage der Obhut in einem Scheidungsurteil oder Eheschutzentscheid geregelt wurde. Falls das Kindeswohl aufgrund einer anhaltenden Verweigerung des Besuchsrechts nicht mehr gewahrt ist und ein Entscheid nicht in absehbarer Zeit gefällt werden kann, ist eine Umteilung der Obhut auch im Rahmen vorsorglicher Massnahmen in einem Abänderungsprozess möglich.<sup>91</sup> Bei nicht verheirateten Paaren ist die KESB für den Antrag auf Wechsel der Obhut zuständig (vgl. Art. 315 ZGB). Das Gericht ist jedoch auch bei unverheirateten Paaren zuständig, wenn die Frage der Obhut im Rahmen eines Unterhaltsprozesses zu behandeln ist (Art. 298 lit. d Abs. 3 ZGB).

### **3. Schlussbemerkungen**

Obenstehende Ausführungen zeigen auf, dass grundsätzlich verschiedene rechtliche Instrumente bestehen, um ein Besuchsrecht durchzusetzen, sowohl durch flankierende Massnahmen als auch durch direkten als auch indirekten Zwang.

Es ist bereits zu einem frühen Zeitpunkt wichtig, dem obhutsberechtigten Elternteil aufzuzeigen, dass allfällige Ängste unberechtigt sind und das Kindeswohl durch die Ausübung des Besuchsrechts nicht gefährdet wird. Dies gehört auch zu den Aufgaben der KESB oder des Gerichts. Es erscheint wesentlich, bei einer anhaltenden Verweigerung nicht zu lange Zeit verstreichen zu lassen, bis Massnahmen beantragt werden. Ist bereits voraussehbar, dass milde Massnahmen wie Mahnung oder Weisungen keinen Erfolg versprechen, ist darauf zu verzichten und es ist eine einschneidendere, aber selbstverständlich immer verhältnismässige Massnahme zu beantragen. Neben flankierenden Massnahmen begnügen sich Behörden in aller Regel aber mit Durchsetzungsversuchen in Form von indirektem Zwang und auch dort selten mit Konsequenz, indem die angedrohten Bussen Theorie bleiben. Vor dem direkten Zwang scheuen sich die Behörden mit dem Argument der Unvereinbarkeit mit dem Kindeswohl, obwohl auch das Besuchsrecht im Hinblick auf das Kindeswohl festgelegt

---

<sup>91</sup> Vgl. BGE 5P.83/2006, E. 4.3.

wurde. Eine konsequentere Praxis in Bezug auf die direkte Vollstreckung wäre bei noch nicht urteilsfähigen Kindern wünschenswert. Ansonsten besteht die Gefahr, dass der Entfremdungsprozess dermassen weit fortschreitet, dass eine Wiederherstellung der Beziehung des Kindes zum besuchsrechtsberechtigten Elternteil nur noch mit den selten mit dem Kindeswohl verträglichen Methoden zur Behandlung eines vermuteten PAS-Syndroms angegangen werden kann. Bei einer beharrlichen Weigerung des besuchsrechtsbelasteten Elternteils scheint auch eine Missbilligung des Verhaltens mit den Mitteln des Strafrechts wenig erfolgsversprechend, da die eigene Wahrnehmung über die Gründe der Verweigerung vermeintlich übergesetzliche Züge annehmen kann. Finanzielle Massnahmen wirken in der Regel einschneidend. Auch wenn diese Möglichkeit bis anhin ein Schattendasein fristete, sollte die Möglichkeit der Verweigerung oder Sistierung nahehelichen Unterhalts vermehrt in Betracht gezogen werden. Das in diesem Zusammenhang bis anhin oft gehörte Argument, dass mit einer Kürzung der finanziellen Mittel auch dem Kind weniger Geld zur Verfügung steht, wird mit der Änderung des Unterhaltsrechts per 1.1.2017 dahin gehend relativiert, dass der naheheliche Unterhalt zu Gunsten des Betreuungsunterhalts für das Kind nun kleiner ausfällt und der Unterhaltsanspruch des Kindes von einer Verweigerung bzw. Sistierung nicht berührt würde. In diesem Zusammenhang müsste aber auch die herrschende Lehre überdacht werden, wonach eine nachträgliche Abänderung bzw. Sistierung des nahehelichen Unterhalts im Sinne von Art. 129 Abs. 1 ZGB lediglich bei einer Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse möglich ist und eine andauernde Verweigerung des Besuchsrechts eine Abänderung des nahehelichen Unterhalts nicht rechtfertigt.