

Sachverhalt:

Der erstinstanzliche Eheschutzrichter entschied über die strittige Obhutszu-
teilung zweier Kinder im Alter von fast fünf und sechs Jahren ohne deren persön-
lichen Anhörung. Der nicht obhutsberechtigte Elternteil erhob Rekurs gegen die-
sen Entscheid, mit der Begründung, es wäre unerlässlich gewesen, einen Bericht
des Jugendsekretariats oder des Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienstes
des Kantons Zürich einzuholen, bevor über die Zuteilung der elterlichen Obhut
entschieden wird. Der obhutsberechtigte Elternteil war hingegen der Ansicht, dass
eine Anhörung der Kinder im Eheschutzverfahren nicht vorgesehen sei. Zudem
sei aufgrund des jungen Alters der Kinder eine Anhörung nicht durchführbar. Das
Obergericht entschied, die Kinder durch eine Gerichtsdelegation (Instruktions-
richter, jur. Sekretär) anzuhören.

Aus den Erwägungen:

«2. a) Haben die Ehegatten unmündige Kinder, so trifft der Richter nach den
Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Mass-
nahmen (Art. 176 Abs. 3 ZGB); er kann namentlich die elterliche Sorge einem El-
ternteil alleine zuweisen (Art. 297 Abs. 2 ZGB) oder - im Sinne eines geringeren
Eingriffs - die Obhut übertragen. Was den Kontakt zwischen den Kindern und dem
nicht obhutsberechtigten Elternteil betrifft, sind die von der Rechtsprechung und
Lehre für die Scheidung entwickelten Grundsätze sinngemäss auch im Ehe-
schutzverfahren anzuwenden (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art. 169-
180 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1997, Art. 176 N 101). Dies gilt entsprechend auch für
die bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften im Scheidungsverfahren - so die
Untersuchungsmaxime (Art. 145 Abs. 1 ZGB) und insbesondere die Pflicht zur
Anhörung der Kinder (Art. 144 Abs. 2 ZGB): Sind über diese Anordnungen zu
treffen, sind sie in geeigneter Weise durch das Gericht oder durch eine beauf-
tragte Drittperson persönlich anzuhören, soweit nicht ihr Alter oder andere wichti-
ge Gründe dagegen sprechen. Diese Pflicht ergibt sich im Übrigen auch aus
Art. 12 des Übereinkommens über die Rechte der Kinder vom 20. November
1989, für die Schweiz in Kraft getreten am 26. März 1997, SR 0.107 (BGE 124 III

90 ff. (92) E. 3a) (Urteil der II. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 27. August 2001 i.S. A. gegen B. [Dossiernummer 5P.112/2001] E. 4a).

Das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und würdigt die Beweise nach freier Überzeugung (Art. 145 Abs. 1 ZGB). Nötigenfalls zieht es Sachverständige bei und erkundigt sich bei der Vormundschaftsbehörde oder einer in der Jugendhilfe tätigen Stelle (Art. 145 Abs. 2 ZGB). Zwar bleibt das Sammeln des Prozessstoffes auch in Bezug auf die Kinderbelange primär Sache der Parteien. Das Gericht hat jedoch diejenigen Sachverhaltsabklärungen von Amtes wegen vorzunehmen, die ihm notwendig erscheinen. Ob zur Erforschung des Sachverhaltes ein kinderpsychologisches Gutachten anzuordnen sei und ob sich allenfalls dessen Ergänzung aufdrängt, entscheidet das Gericht nach pflichtgemäsem Ermessen. In der Regel ist auf das Hilfsmittel des Gutachtens nur bei schwerwiegenden Problemfällen zurückzugreifen (Urteil der II. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 1. März 2002 i.S. E.A. gegen H.A. [Dossiernummer 5C.319/2001] E. 2 m.w.H.)

b) Die Anhörung der Kinder erfolgt immer dann, wenn Anordnungen über Kinder zu treffen sind (Art. 144 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 ZGB). Das Gesetz legt keine Altersgrenze fest, ab welcher eine Anhörung zwingend vorzunehmen ist. Die Beurteilung, ob das Alter gegen eine Anhörung spricht, liegt damit im Ermessen des Gerichts. Zum Zwecke der Sachverhaltsdarstellung kann aber durchaus auch die Anhörung urteilsunfähiger oder (noch) beschränkt urteilsfähiger Kinder erforderlich sein, weil sich daraus Hinweise auf die Eltern-Kind-Beziehung ergeben können. Hingegen kann sich nur ein urteilsfähiges Kind eine eigene Meinung über die künftige Ausgestaltung seiner Beziehung zu beiden Elternteilen bilden (Rumo-Jungo, Die Anhörung des Kindes unter besonderer Berücksichtigung verfahrensrechtlicher Fragen, in: AJP/PJA 1999, S. 1581). Die Anhörung des Kindes dient vorab der Sachverhaltsermittlung. Beim urteilsfähigen Kind ist sie gleichzeitig persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht (Urteil der II. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 16. November 2001 i.S. E.A. gegen M.A. [Dossiernummer 5P.290/2001] E. 2b m.w.H.)

Untersuchungen haben bestätigt, dass eine Anhörung auch bei Kleinkindern sinnvoll sein kann. Auch durch Beobachtung des Kindes kann der Richter wesentliche Erkenntnisse für seinen Entscheid gewinnen. Soweit der Richter sich von der Anhörung Erkenntnisse für den Entscheid erhoffen kann, muss eine Anhörung stattfinden. Dies ist sicherlich dann der Fall, wenn sich das Kind, unbesehen seines Alters, eine eigene Meinung bilden kann. Ausgehend von diesen Prämissen sollten Kinder ab acht Jahren immer angehört werden, es sei denn, es liegen wichtige Gründe vor, die einen Verzicht indizieren. Bei jüngeren Kindern liegt es im Ermessen des Instruktionsrichters, ob sie angehört werden sollen bzw. ob allenfalls eine kinderpsychologisch geschulte Drittperson für die Befragung beizuziehen ist (Schweighauser, in: Schwenzer, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel/Genf/München 2000, Art. 144 ZGB N 19 m.w.H.). Auf jeden Fall bleibt es dem Gericht unbenommen, auch kleine Kinder anzuhören, wobei das Alter des Kleinkindes bei der Würdigung des Ergebnisses einer solchen Anhörung selbstverständlich immer zu berücksichtigen ist. Peter Breitschmid (in: Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, S. 124) bejaht ab einem Alter von drei Jahren (d.h. dem Spracherwerb) gar generell einen persönlichkeitsrechtlichen Anspruch des Kindes, angehört zu werden; ein Ermessensspielraum komme dem Gericht insofern nur noch bezüglich der Modalitäten, wie und von wem dieser Informationsaustausch im Einzelfall zu erfolgen habe, zu (Schweighauser, a.a.O., Art. 144 ZGB N 20 m.w.H.). Thomas Sutter und Dieter Freiburghaus (in: Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 144 N 36) gehen hingegen davon aus, dass erst etwa beim zehn Jahre alten, durchschnittlich entwickelten Kind von einem persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsrecht ausgegangen werden könne. Nur bei besonders guter Entwicklung könne dies auch schon früher der Fall sein.

Das Bundesgericht hat nicht ausgeschlossen, dass bereits ein sechsjähriges Kind anzuhören ist. Im konkreten Fall wurde die unterbliebene Anhörung vor allem deswegen gutgeheissen, weil das knapp sechsjährige Kind bislang keinen Kontakt zu seinem leiblichen Vater hatte und sich daher keine eigene Meinung darüber bilden konnte, ob die Kontaktaufnahme mit dem Vater im Rahmen eines eng begrenzten Besuchsrechts in seinem Interesse liege (BGE 124 III 90 ff. [93 f.] E. 3c).

c) Gemäss Art. 144 Abs. 2 ZGB werden Kinder angehört, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. So kann etwa auf eine Anhörung des Kindes aus wichtigen Gründen verzichtet werden, wenn es sich weigert, denn eine Anhörung gegen seinen expliziten Willen käme einer Missachtung seiner Persönlichkeit gleich, oder wenn es durch die Anhörung gesundheitlich beeinträchtigt wird. Für letzteren Fall kann schon genügen, dass sich die Befragung auf das Kind psychisch nachteilig auswirkt. Ob wichtige Gründe vorliegen, beurteilt der Richter gestützt auf Art. 4 ZGB nach Ermessen (Urteil der II. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 1. März 2002 i.S. E.A. gegen H.A. [Dossiernummer 5C.319/2001] E. 4; Urteil der II. Zivilabteilung des schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Februar 2002 i.S. A. gegen B. [Dossiernummer 5C.9/2002] E. 2a m.w.H.).

Durch die Kindesanhörung soll es dem urteilenden Gericht ermöglicht werden, sich unmittelbar und ungefiltert über die Wünsche und Bedürfnisse des Kindes ein eigenes Bild zu machen. Es erhält dadurch ein für seinen Entscheid sehr wesentliches, unmittelbares Erkenntnismittel. Gleichzeitig soll dem Kind gezeigt werden, dass seine Bedürfnisse und Wünsche ernst genommen werden und in die Entscheidungsfindung miteinfließen. Dem Kind wird vermittelt, dass es nicht Objekt im Verfahren seiner Eltern ist, sondern als hauptbeteiligte Person auf den Entscheid Einfluss nehmen kann. Dies führt beim Kind oftmals zu einer starken Entlastung (Schweighauser, a.a.O., Art. 144 ZGB N 7 m.w.H.).

Gemäss Art. 144 Abs. 2 ZGB muss das Kind durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson persönlich angehört werden. Ausgehend vom Sinn und Zweck der Anhörung muss diese grundsätzlich durch eine Gerichtsperson erfolgen. Die Möglichkeiten, unmittelbar mit dem Kind zu kommunizieren, ohne dass eine andere Instanz dazwischen geschaltet wird, bildet das zentrale Moment des Instituts. Der Entscheid, wem die Kinder zugeteilt werden und wie der persönliche Umgang geregelt wird, obliegt allein dem Richter. Es ist daher sachgerecht, wenn dieser sich ein eigenes Bild macht, sich beim Kind informiert und mit ihm das Gespräch führt. Die Befragung durch eine beauftragte Drittperson stellt daher die Ausnahme dar. Durch die Delegation an die Fachperson geht das zen-

trale Moment der Anhörung - das Kind kann sich beim Entscheidgremium Gehör verschaffen und das Gericht kann sich ein eigenes Bild machen - gerade verloren. Sie kann nur bei besonderen Verhältnissen (z.B. bei sehr kleinen Kindern bei Vorliegen von besonderen Belastungssituationen u.Ä.) angezeigt sein. Verschiedene Kreise weisen darauf hin, dass durchaus auch Kleinkinder mit Gewinn durch eine Gerichtsperson angehört werden können, wobei es sich dann eher um eine Anschauung respektive eine Beobachtung handelt (Schweighauser, a.a.O., Art. 144 ZGB N 8 f. m.w.H.; vgl. auch BGE 127 III 295 ff. (296 f.) E. 2a [Pra 90 Nr. 193]).

Das Ziel der Anhörung besteht darin, dass sich das Gericht ein Bild über das Kind, seine Person und seine Interessen, sowie über die Eltern-Kind-Beziehung verschaffen kann. Wenn immer möglich, soll dieses Bild aufgrund eigener Feststellungen zustande kommen. Im Vordergrund steht der persönliche Eindruck der entscheidenden Person(en). Daher soll die Delegation der Anhörung an Drittpersonen grundsätzlich nur bei Vorliegen bestimmter Gründe erfolgen (Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1583).

3. a) Gegenwärtig sind die Kinder X. sechseindrittel Jahre und Y. fünfeindrittel Jahre alt. (...)

Im vorliegenden Verfahren sind die Tatsachendarstellungen der Parteien völlig diametral. Die Kinder lebten seit ihrer Geburt im ehelichen Haushalt und sollten in der Lage sein, die alltäglichen Geschehnisse in ihrer Sprache zu beschreiben. Aufgrund der unter Ziff. 2 ausgeführten Lehre und Rechtsprechung ist es somit sinnvoll, trotz ihres jungen Alters zum Zweck der Sachverhaltsfeststellung die beiden Kinder anzuhören, weil sich daraus Hinweise auf die Eltern-Kind-Beziehung ergeben könnten. Zudem können die Kinder nützliche Hinweise über ihre Interessen und Gefühlslage geben. Hingegen ist darauf hinzuweisen, dass Kinder in diesem Alter nicht über hinreichende emotionale und kognitive Reife verfügen, um über Fragen der Kindeszuteilung eine überdauernde, eigene Meinung zu bilden. Die Befragung wird lediglich der Sachverhaltsermittlung dienen. Das junge Alter von X. und Y. wird selbstverständlich bei der Würdigung des Ergebnisses zu berücksichtigen sein.

b) Wie unter Ziff. 2 lit. c ausgeführt, muss die Kinderanhörung grundsätzlich durch eine Gerichtsperson erfolgen. Durch Beobachtung der Kinder kann der Richter wesentliche Erkenntnisse für seinen Entscheid gewinnen. Besondere Verhältnisse, aufgrund derer die Anhörung vorliegend an eine Fachperson delegiert werden müsste, sind nicht ersichtlich. Insbesondere scheint die Entwicklung der Kinder nicht ernsthaft gefährdet zu sein. (...)

c) Wesentlich ist, dass die Anhörung altersgerecht vorgenommen wird. Der Ausgestaltung der Anhörung ist daher besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Soll mit den Kindern ein (möglichst) ungezwungenes Gespräch geführt werden, so muss auch die Gesprächsumgebung kindergerecht sein. Das Kind muss sich - wenn immer möglich - wohl fühlen und durch die Umgebung nicht eingeschüchtert werden (Rumo-Jungo, a.a.O., S. 1585).»