

Katja Lerch\*

## Kindesvertretung im eherechtlichen Prozess – sinnvoll oder unnötig?

**Stichworte:** Kindesvertretung im eherechtlichen Prozess, Anwalt des Kindes, Aufgaben des Kindsvertreters nach Art. 299 ZPO, Elternkonflikte, hochkonfliktäre Scheidung, Kindesschutzmassnahmen

### 1. Rechtliche Grundlage versus Rechtspraxis

Dass es rechtliche Vertretungen von Kindern in zivilprozessualen Verfahren über Kinderbelange gibt, dürfte den meisten im Familienrecht tätigen Anwälten nicht erst seit der Einführung der Schweizerischen ZPO und insbesondere von Art. 299 f. ZPO bekannt sein. Immerhin wurden die gesetzlichen Grundlagen für die Bestellung von Kindsvertretern in Scheidungsverfahren mit der grundlegenden Scheidungsrechtsrevision im Jahre 2000 geschaffen.<sup>1</sup> Allerdings wurde von der Möglichkeit der Bestellung eines Kindsvertreters – abgesehen von einigen wenigen löblichen Ausnahmen – bis anhin von den meisten Gerichten nur mit äusserster Zurückhaltung Gebrauch gemacht. Häufig wird noch heute selbst in hochstrittigen Scheidungsverfahren und trotz Vorliegens entsprechender Anträge einer Partei auf die Bestellung eines Kindsvertreters verzichtet.<sup>2</sup> Ermöglicht wird eine derartige Zurückhaltung durch die gesetzliche Grundlage, welche bis heute den Gerichten einen grossen Ermessensspielraum einräumt für die Beurteilung der Frage, ob im konkreten Fall eine Kindsvertretung zu bestellen ist oder darauf verzichtet werden kann.

So sprach Art. 146 aZGB noch von der Anordnung einer solchen «aus wichtigen Gründen» und auch in Art. 299 ZPO ist lediglich die Rede von einer Anordnung «wenn nötig», je unter Aufführung diverser exemplarischer Fallkonstellationen. Selbst bei Vorliegen einer dieser Konstellationen hat das Gericht jedoch lediglich die Notwendigkeit einer Anordnung zu prüfen und es ist nicht per se schon von einer Notwendigkeit auszugehen.<sup>3</sup> Nur wenn das urteilsfähige Kind selbst den Antrag auf Bestellung eines Rechtsbeistandes platziert, ist das Gericht gezwungen, einen Kindsvertreter zu bestellen. Wobei in diesem Fall vom Gericht immer noch die Frage der Urteilsfähigkeit des Kindes im Hinblick auf die Mandatierung eines Anwaltes geprüft und allenfalls der Anspruch mangels Vorliegens derselben verneint werden kann.

### 2. Gründe für fehlende Gerichtspraxis

Auch wenn die anfängliche Skepsis der Rechtspraxis gegenüber den Kindsvertretern langsam in einigen Regionen der Schweiz am Schwinden ist, so besteht sie doch noch in nicht unerheblichem Masse. So werden von Seiten der Rechtspraktiker nicht selten Bedenken hinsichtlich der Vorstellung geäussert, dass ein Rechtsbeistand von einem unmündigen Kind instruiert werden soll, obwohl dieses kaum die Bedeutung des eigentlichen Mandates ermessen könne.

Vielleicht liegt in dieser Unvorstellbarkeit für manchen Juristen ein wesentlicher Grund für die fehlende Gerichtspraxis. Vielleicht aber auch darin, dass befürchtet wird, ein dritter Anwalt erschwere das Verfahren nur noch zusätzlich, ohne dass er in genügend wirksamer Weise instruiert und damit auch nicht in der Lage sein könne, einen sinnvollen Beitrag zur Lösung des Rechtsstreits zu leisten.

Die tiefverborgene Grundangst von Behörden vor unserer Standesgilde spürt man denn aufs Eindrücklichste, wenn man als Anwalt in vormundschaftlichen Kindesschutzmassnahmen, die einen Jugendlichen betreffen, den Antrag auf Bestellung als unentgeltlicher Rechtsbeistand platziert – eine Vorgehensweise, die noch bis zur Einführung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes die fehlende gesetzliche Grundlage für die Bestellung eines Kindsvertreters in diesen Verfahren ermöglicht.<sup>4</sup> Da werden Anträge abgewiesen, weil eine solche Rechtsvertretung unnötig sei, da ja Kindesschutzbehörden per se dem Kindeswohl verpflichtet seien, oder es werden seitenlange Darlegungen gebracht über die Frage der Zurechnungsfähigkeit eines Jugendlichen hinsichtlich der in Frage stehenden Kindesschutzmassnahme, nur um darzutun, dass dieser konkrete Jugendliche auch nicht urteilsfähig für die Mandatierung eines Anwalts im konkreten Verfahren sei.<sup>5</sup>

Aufgrund dieser fehlenden Praxis zur Einsetzung von Prozessbeiständen herrscht noch mancherorts grosses Unwissen über die Kernaufgabe eines Kindsvertreters nach Art. 299 ZPO und über Sinn und Zweck sowie Möglichkeiten dieses Instituts. Wird ausnahmsweise doch einmal ein Kindsvertreter von einem Gericht eingesetzt, begegnet er meist entweder grossen Abwehrhaltungen, verbunden mit Misstrauen und Angst von Seiten der Parteien, oder aber er sieht sich konfrontiert mit übersteigerten Er-

\* Lic. iur., M.C.J., Fachanwältin SAV Familienrecht, Partnerin bei Lerch & Lerch Rechtsanwälte, Bubikon, [www.lerchlaw.com](http://www.lerchlaw.com), und Aktivmitglied des Vereins Kinderanwaltschaft Schweiz, [www.kinderanwaltschaft.ch](http://www.kinderanwaltschaft.ch).

1 Art. 146 f. aZGB.

2 Siehe dazu auch Auswertung der Umfrage zum Scheidungsrecht bei Richter/innen und Anwält/innen sowie Mediatoren/Mediatorinnen, erstellt durch das Institut für Politikstudien Interface, Luzern, im Auftrag des Bundesamtes für Justiz, Mai 2005, S. 164 ff.

3 BGer 5C\_210/2000 vom 27. 10. 2000, E. 2/b; BGer 5P\_173/2001 E. 2/a.

4 BGE 120 Ia 369; ab 01.01.2013 Art. 314a nZGB.

5 Siehe dazu exemplarisch den Entscheid des Schwyzer Regierungsrates vom 17. 1. 2012 in ZKE 2012 S. 157 ff.

wartungen von allen Verfahrensbeteiligten und den Behörden. Nicht selten werden auch Anliegen an ihn herangetragen, die gar nicht zu seinem Aufgabenkreis gehören.

Im Nachfolgenden wird daher versucht, aus der rein subjektiven Sicht der Verfasserin diesen diffusen Ängsten, Zweifeln und Unsicherheiten zu begegnen und in Form von Aufklärung darzulegen, wie sinnvoll und hilfreich die Bestellung eines Kindesvertreters für alle Verfahrensbeteiligten sein kann und worin die eigentlichen Aufgaben eines solchen Vertreters liegen.

### 3. Aufgabe des Kindesvertreters nach Art. 299 f. ZPO

Art. 146 aZGB sprach noch davon, dass das Gericht im Scheidungsverfahren die Vertretung des Kindes im Prozess durch einen Beistand anordne, wenn wichtige Gründe vorliegen. Aufgrund dieser Formulierung war klar, dass die Aufgabe des Beistandes die Vertretung des Kindes im Scheidungsprozess beinhaltet, mithin dessen rechtliche Vertretung, wie dies auch die Anwälte der Parteien für diese tun. Auch wenn Art. 146 aZGB direkt nur auf den Scheidungsprozess anwendbar war, wurden gleichwohl auf dieser gesetzlichen Grundlage in gewissen Fällen auch Kindesvertretungen in Eheschutzverfahren angeordnet. Art. 299 ZPO ist nun mittlerweile auf sämtliche eherechtlichen Verfahren direkt anwendbar, so dass ein Kindesvertreter mit der rechtlichen Vertretung eines Kindes in sämtlichen eherechtlichen Prozessen beauftragt werden kann.

Der Kindesvertreter darf jedoch lediglich Anträge über die Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge, der Regelung des persönlichen Verkehrs und der Anordnung allfälliger Kindesschutzmassnahmen stellen sowie in diesem Bereich Rechtsmittel einlegen.<sup>6</sup> Diese Aufzählung ist abschliessend, weshalb der Kindesvertreter z.B. keine Anträge hinsichtlich Unterhaltsfragen stellen darf und auch nicht muss.<sup>7</sup>

Nicht Aufgabe des Kindesvertreters ist sodann der ganze Bereich, welcher den von den Vormundschaftsbehörden im Rahmen von Kindesschutzmassnahmen eingesetzten Beiständen nach Art. 308 ZGB auferlegt wird, wie Besuchskontakte herzustellen, solche zu überwachen, Eltern mit Fragen in der Erziehung beizustehen oder darüber zu entscheiden, ob der Vater dem Kind zum Geburtstag eine PlayStation schenken darf oder nicht. Aufgabe des Kindesvertreters ist es auch nicht, kinderpsychologische oder -psychiatrische Abklärungen zu tätigen oder entsprechend ähnlich gelagerte Berichte zu erstellen, auch wenn an die Person des Kindesvertreters nebst den rechtlichen auch vertiefte Kenntnisse und Erfahrungen im fürsorgerischen Bereich verlangt werden.<sup>8</sup>

Der Kindesvertreter nach Art. 299 ZPO ist und bleibt der (Rechts-)Anwalt des Kindes und nichts anderes. Genau gleich wie andere Parteivertreter ist er für die Wahrung der rechtlichen Interessen seines Mandanten im eherechtlichen Prozess zuständig.

Gleich wie ein anderer Parteivertreter ist er deshalb auch an das Berufsgeheimnis gebunden und darf Vertraulichkeiten, die ihm von seinem Klienten – dem Kind – zur Kenntnis gebracht wurden, nicht ohne dessen Einwilligung weiter geben. Selbstredend hat der Kindesvertreter daher keine Aktennotizen von seinen Gesprächen mit seinem Klienten in irgendwelche parteiöffentlichen Akten einzubringen, es sei denn, sein Klient wünsche dies explizit.

### 4. Ganz gewöhnlicher Anwalt?

Speziell an der Kindesvertretung ist sicherlich, dass der Anwalt nicht einem mündigen Klienten gegenübersteht, der vollumfänglich eigene Verantwortung für seine Handlungen tragen kann und der auf eigene Initiative zum Anwalt gekommen ist, weil er rechtlichen Rat und Beistand suchte. Vielmehr wird in der Regel der Kindesvertreter ohne Wunsch und Dazutun des Kindes für dieses bestellt.<sup>9</sup> Der Kindesvertreter muss daher erst einmal das Vertrauen des Kindes gewinnen und ihm in einem ersten Schritt darlegen, was überhaupt seine Aufgabe ist. Sodann trifft den Kindesvertreter insofern eine weitergehende Fürsorgepflicht als einen normalen Parteivertreter, als dass er dafür besorgt zu sein hat, dass er durch sein eigenes Auftreten und Handeln nicht den Bedürfnissen des Kindes entgegen handelt, er mithin gegenüber seinem Klienten kindesgerecht auftritt und es nicht dadurch nachteilige Erfahrungen macht. Gefällt z.B. einem mündigen Klienten die Einrichtung der Kanzlei nicht oder fühlt er sich im Gespräch mit seinem Rechtsvertreter nicht wohl, steht es ihm jederzeit frei, sich einen anderen Anwalt zu suchen. Weder sein Rechtsvertreter noch er werden dadurch einen Schaden erleiden – abgesehen vielleicht vom entgangenen künftigen Gewinn des Anwaltes. Fühlt sich hingegen das Kind von seinem Kindesvertreter nicht ernst genommen oder verängstigt es das Kind, wenn es in der hektischen Anwaltskanzlei seines Vertreters längere Zeit im Wartezimmer zu warten hat, nur um dann mit ihm in einer völlig unpassenden Umgebung ein Gespräch zu führen, das es sowohl hinsichtlich der Länge als auch des Inhaltes überfordert, dürfte das Erlebnis für das Kind ein zusätzlicher Belastungsfaktor in einer an sich schon kindeswohlgefährdenden familiären Situation bedeuten. Dies gilt es zu vermeiden. Der Kindesvertreter wird sich daher vor der ersten Kontaktaufnahme mit dem Kind intensiver mit der Frage auseinandersetzen, wie und wo er das erste Gespräch mit dem Kind führt. Eingehende Aktenkenntnis vor dem ersten Gespräch ist dafür absolut unerlässlich, unter Umständen auch weitergehende Abklärungen bei den Parteien und/oder im Umfeld des Kindes. Aus diesem Grund macht denn auch die Voraussetzung der zusätzlichen Anforderungen an den beruflichen Background des Kindesvertreters Sinn.<sup>10</sup>

6 Art. 300 ZPO.

7 Statt vieler: Ivo Schwander, in: Myriam A. Gehri/Michael Kramer (Hrsg.), ZPO-Kommentar, Art. 300 N 4.

8 So Art. 147 Abs. 1 aZGB und Art. 299 Abs. 1 ZPO.

9 Dass Jugendliche selbst einen Anwalt mandatieren und über diesen einen selbständigen Antrag auf Bestellung eines Kindesvertreters einreichen, ist in eherechtlichen Prozessen erfahrungsgemäss äusserst selten und kommt eher in Kindesschutzverfahren vor den Vormundschaftsbehörden vor, respektive v.a. bei Obhutsentzügen und Platzierungsentscheiden.

10 Art. 299 Abs. 1 ZPO.

## 5. Vorteile einer Kindsvertretung

Gleich wie «normale» Parteivertreter ist aber auch der Kindesvertreter in der Lage – und sollte diese Möglichkeiten in der Regel nutzen –, mit allen Verfahrensbeteiligten Vergleichsgespräche zu führen, je nach Alter des Kindes aktiv mit seinem Klienten nach konkreten Lösungen zu suchen und seinen Klienten in einem Entwicklungsprozess hinsichtlich der rechtlichen Regelung seines künftigen familiären Status zu begleiten. Gerade in diesem Punkt liegt ein grosser Nutzen des eingesetzten Kindesvertreters, der häufig zu einer erheblichen Beschleunigung des Verfahrens und Entspannung der Situation in Kinderbelangen führen kann. Ich habe selbst mehrfach erlebt, dass Eltern – und ihre Parteivertreter – von ihren völlig blockierten Standpunkten abgekommen sind und sich auf einen guten Lösungsvorschlag einlassen konnten, wenn ihnen der Kindesvertreter darlegte, was die eigentlichen Bedürfnisse des Kindes sind. Ein Kindesvertreter begegnet den Eltern und ihren Parteivertretern auf Augenhöhe und nicht wie das Gericht autoritativ. Dies ermöglicht, dass die Eltern die vom Kindesvertreter geäusserten Bedürfnisse des Kindes nicht als autoritativen Entscheid des Gerichtes aufnehmen, sondern als Hilferuf ihres eigenen Kindes, um dessen Wohl sie ja im Grunde genommen besorgt sind und deshalb so verbissen kämpfen. Anders als das Kind selbst ist jedoch der Kindesvertreter in der Lage, die Bedürfnisse des Kindes frei von jeglichen Loyalitätskonflikten den Eltern in objektiver Form zu schildern und dabei auch sein fachliches Wissen im psychosozialen Bereich einfließen zu lassen. Dies erhöht meist die Akzeptanz seines Vorschlages bei den Eltern und seinen Vertretern.

Hilfreich bei der Suche nach einer für das Kind optimalen Lösung ist sodann die Erfahrung des Kindesvertreters hinsichtlich allfälliger künftiger Konfliktpotentiale in Kinderbelangen und Vermeidung derselben durch entsprechende Vorkehrungen im zu erarbeitenden Lösungsvorschlag. Der Kindesvertreter ist insbesondere durch seine Position in der Lage, mit allen involvierten Parteien zum Teil in anderer Umgebung als der Parteivertreter oder das Gericht Gespräche zu führen und so die konkrete Familie umfassender mit ihren speziellen Ecken und Kanten zu erfassen. Auch wird sich das Kind ihm gegenüber meist mehr öffnen als gegenüber dem Gericht bei der Kinderanhörung, da das Setting anders ist und der Anwalt nur für die Interessen des Kindes einzustehen hat. Das Gericht ist demgegenüber die autoritative Entscheidungsinstanz, eine Tatsache, deren sich häufig nicht nur die Parteien, sondern auch die Kinder bei der Kinderanhörung bewusst sind.

So kann der Kindesvertreter häufig die eigentlichen grundlegenden Streitpunkte sowie die Bedürfnisse der Kinder besser erkennen und entsprechende Schutzmassnahmen einbauen. Dabei ist erhebliche Kreativität gefragt, was sicherlich nicht einfach ist, aber diesen Aufgabenbereich auch sehr interessant macht. Jede Familie und jedes Kind ist individuell und hat seine eigenen Bedürfnisse. So kann es sein, dass ein Kind z.B. regelmässige Besuche bei den Grosseltern oder bei der Patentante braucht, um sich von den Streitigkeiten der Eltern zu erholen, weshalb ein solches Besuchsrecht einzubauen ist. Im anderen Fall kann es demgegenüber vielleicht sinnvoll sein, die exakten Ferienwochen beim Vater gleich wie die Festtagsregelungen bereits in der Konvention zu fixieren, um künf-

tige Streitigkeiten zwischen den Eltern und Aushebelungsmanöver durch irgendwelche fadenscheinigen Vorwände eines Elternteils hinsichtlich der anzusetzenden Ferienbesuche schon von vornherein zu verunmöglichen. Der Kreativität sind hier eigentlich fast keine Grenzen gesetzt. Es braucht lediglich ein Erkennen der konkreten Kernprobleme und etwas Mut zur Umsetzung von teils aussergewöhnlichen Lösungen. Es ist manchmal erstaunlich, was für gute Lösungsvorschläge die Kinder selbst erarbeiten, wenn man ihr Vertrauen gewinnen kann und ihnen zuhört, frei von irgendwelchen Normgedanken und blockiert durch standardisierte Gerichtspraxen.

## 6. Anwalt des Kindes – Hüter des Kindeswohls?

Gerne vergessen geht die Tatsache, dass der Kindesvertreter auch berechtigt ist, bei Bedarf Kindesschutzmassnahmen zu beantragen.<sup>11</sup> Ist ein Kindesvertreter in diesem Bereich durch häufige interdisziplinäre Zusammenarbeit mit den für den Vollzug von angeordneten Kindesschutzmassnahmen zuständigen Fachstellen erfahren, kann durch seine Bestellung ein allfälliger Bedarf an solchen Massnahmen unter Umständen frühzeitig erkannt werden. Der Kindesvertreter hat dabei die Möglichkeit, den Erlass von geeigneten Kindesschutzmassnahmen als vorsorgliche Massnahme zu beantragen, so dass deren Vollzug bereits in einem relativ frühen Verfahrensstadium möglich wird. Unter Umständen kann dadurch eine zunächst kindeswohlgefährdende hochkonfliktäre Trennung der Eltern innert nützlicher Zeit entspannt werden, so dass der für das Kind durch die Trennung verursachte Schaden langfristig in Grenzen gehalten werden kann. Dabei ist dieses Recht auf Antragstellung für Kindesschutzmassnahmen nicht zu verwechseln mit dem Vollzug derselben, welcher nach Erlass der entsprechenden Massnahme durch das Gericht von einem von der Vormundschaftsbehörde nach Art. 308 ZGB zu ernennenden Beistand vorgenommen wird.

Das Spektrum der möglichen Kindesschutzmassnahmen ist gross und beinhaltet keineswegs nur die Anordnung von begleiteten Besuchen, Obhutsentzügen oder Erziehungsberatung. Vielmehr besteht z.B. die Möglichkeit der Erteilung einer Weisung an die Eltern zur Trennungs- oder Nachscheidungsberatung bei geeigneten Fachpersonen, selbst wenn sich die Eltern erst im Eheschutzverfahren befinden und die Trennung durch dieses Verfahren selbst erwirkt wird. Eine solche Beratung kann deeskalierend wirken oder zumindest den Eltern das Erlernen von Umgangsformen im Konflikt ermöglichen, die das Kind nicht schädigen. Häufig erkennen Eltern in ihrer Verstrickung im Streit nicht, inwieweit sie durch ihr eigenes Verhalten zur Eskalation desselben beitragen – Schuld hat immer nur der andere Elternteil! Meist sind sie sich auch nicht der schädigenden Auswirkung ihres Verhaltens für die Entwicklung des Kindes bewusst. Mittels angeordneter Beratung kann ihnen dies aufgezeigt und bewusst gemacht werden.

Denkbar ist auch die Anordnung einer Psychotherapie für das Kind zwecks Verarbeitung der bisher erlebten Streitigkeiten seiner

11 Art. 300 lit. c ZPO.

Eltern, so z.B. wenn das Kind mit Schuldgefühlen auf den bisherigen Elternkonflikt reagiert hat. In einigen Kantonen bestehen mittlerweile auch Gruppentherapien für Scheidungskinder bei geeigneten Fachstellen, so z.B. beim Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst des Kantons Zürich oder der Familien-, Paar- und Erziehungsberatung in Basel. Stellt sich heraus, dass die Eltern v.a. bei der Übergabe des Kindes bei Besuchskontakten vor dem Kind streiten, weil z.B. nicht die passenden Schuhe eingepackt wurden oder der eine Elternteil 5 Minuten zu spät zum vereinbarten Ort gekommen ist, so kann es auch Sinn machen, wenn die Begleitung des Kindes beim Übergang von einem zum anderen Elternteil anlässlich der Besuchskontakte durch eine sozialpädagogische Familienbegleitung angeordnet wird. Die ultima ratio für vollumfänglich begleitete Besuchskontakte braucht es in einem solchen Fall bei weitem nicht. Auch hier ist wiederum Mut zu kreativen Lösungen für die Verbesserung der Situation der Kinder gefragt und es wäre wünschenswert, wenn die oberen Instanzen bei einer allfälligen Anfechtung einer angeordneten Kindesschutzmassnahme durch einen Elternteil inskünftig die Massnahmen etwas mehr aus dem Blickwinkel des Nutzens für das Kind als aus dem Blickwinkel der Rechte der Eltern sehen würden.

Die Möglichkeit der Beantragung solcher Massnahmen durch den Kindesvertreter und damit verbunden seine Pflicht, die Frage der Notwendigkeit eines solchen Antrages zu prüfen, ist sicherlich keine übliche Anwaltsaufgabe und stürzt den Kindesvertreter auch immer wieder in ein Dilemma. So kann es z.B. sein, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit die Notwendigkeit der Einsetzung eines Erziehungsbeistandes erkennt, sich sein in der pubertären Ablösung befindlicher Klient dafür aber keineswegs begeistert, weil er die durch das Erziehungsmanko seiner Eltern gewonnene Freiheit genießt und für seine kurzfristigen Interessen ausnützt. Manchmal kommt es auch vor, dass Kinder Wünsche und Vorstellungen hinsichtlich der künftig zu gestaltenden Kinderbelange haben, die sich entweder hinsichtlich der noch vor ihnen stehenden Entwicklung bald ändern dürften oder die nicht zu ihrem langfristigen Wohl sind. Der Kindesvertreter sieht sich in beiden Fällen mit der Situation konfrontiert, dass er einerseits einen klar geäusserten Willen seines Klienten vor sich hat, der andererseits – so zumindest aus der Sicht des Kindesvertreters – nicht oder nicht vollumfänglich dem langfristigen Wohl seines Klienten entspricht. Als Parteivertreter eines Mündigen würde er dieses Dilemma wohl dadurch auflösen, dass er entweder seinen Klienten schriftlich auf die selbstschädigende Handlung hinweist, um seine eigene Haftung zu reduzieren, oder das Mandat niederlegt. Als gerichtlich bestellter Kindesvertreter kann er weder das eine noch das andere tun, es sei denn, das Vertrauensverhältnis zu seinem Klienten wäre durch den Konflikt derart grundlegend gestört, dass er das Kind nicht mehr rechtsgenügend vertreten kann.

Jeder, der sich schon mit Kindesvertretungen befasst hat, kennt daher die seit Jahren geführten Diskussionen der Fachpersonen über Kindeswillensvertretungen gegen Kindeswohlvertretungen. Auch wenn die meisten erfahrenen Kindesvertreter sich heute wohl als mehrheitlich subjektive Willensvertreter sehen, kommen sie in ihrem Alltag nicht umhin, sich mit dem Dilemma zu befassen

und sowohl den geäusserten Kindeswillen als auch das Kindeswohl zu berücksichtigen. Dazu kommt, dass es nicht in allen Fällen einfach ist, den wirklichen Willen des Kindes sorgfältig abzuklären, so z.B. wenn die Kinder in einem grossen Loyalitätskonflikt stecken oder aufgrund ihres Alters noch gar nicht in der Lage sind, einen eindeutigen Willen zu bilden oder zu äussern. Die Standards für Kindesverfahrensvertretungen des Vereins Kinderanwaltschaft Schweiz sehen daher vor, dass Aktivmitglieder ihres Vereins bei der Ausübung von Kindsvertretungen im Verfahren einerseits den subjektiven Willen des Kindes umfassend und differenziert darzulegen haben, andererseits aber auch das objektive Interesse des Kindes, soweit es sich nicht mit dessen subjektivem Willen deckt, benennen sollen und bei bestehenden Konflikten zwischen Kindeswillen und Kindeswohl wenn möglich weitere Abklärungen zu beantragen und nach vermittelnden Lösungen zu suchen haben.<sup>12</sup>

## 7. Kosten-/Nutzenrechnung

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass grundsätzlich die Aufgabe des Kindesvertreters gleich jener eines Parteivertreters ist, er mithin nicht nur Anträge in Kinderbelangen zu stellen und allfällige Rechtsmittel einzulegen hat, sondern er im Interesse seines Klienten umfassend anwaltlich tätig zu werden hat und dabei ruhig auch nach kreativen Lösungen suchen darf. Gelingt ihm diese Aufgabe, kann er unter Umständen hochstrittige Eltern zu einer vernünftigen Lösung hin führen und die Situation etwas beruhigen. Dass damit allerdings ein nicht geringer Aufwand verbunden ist, weiss jeder, der schon einmal eine Schlussabrechnung eines aktiven Kindesvertreters gesehen hat.

Nun kann man sich mit Fug hinsichtlich der durch solchen Aufwand anfallenden zusätzlichen Verfahrenskosten fragen, ob sich dies lohnt oder einfach nur für den Kindesvertreter von finanziellem Interesse ist, zumal gerade in langjährigen hochkonfliktären Scheidungen die Eltern meist irgendwann in der unentgeltlichen Rechtspflege landen und der Kindesvertreter alsdann aus der Staatskasse bezahlt wird.

Dass Kinder unter hochkonfliktären Trennungen leiden, dürfte jedermann bekannt sein; ebenso dass Folgen solchen Leidens Entfremdung von einem Elternteil, Verhaltensauffälligkeiten in der Schule oder im sozialen Umfeld sein können. Weniger allgemein bekannt sind die möglichen Langzeitfolgen von länger andauernden Konflikten unter den Eltern. So besteht einerseits ein erhöhtes Risiko der betroffenen Kinder für psychische Probleme im Erwachsenenalter in Form von Selbstwertstörungen, Depressionen, Suchtverhalten, Beziehungsunfähigkeit etc.<sup>13</sup> Andererseits weisen neuere Studien auch darauf hin, dass Erleben von

12 Standards für Kinderverfahrensvertretungen des Vereins Kinderanwaltschaft Schweiz, Stand 24.5.2012, Art. 2.3.

13 GUY BODENMANN, Folgen der Scheidung für die Kinder aus psychologischer Sicht, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonaz (Hrsg.), Kind und Scheidung, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 73 ff.; LISELOTTE STAUB/WILHELM FELDER, Scheidung und Kindeswohl, Bern 2004, S. 46 ff.; BÄRBEIL BAUERS, Psychische Folgen von Trennung und Scheidung für Kinder, in: Klaus Menne/HerbertSchilling/Matthias Weber (Hrsg.), Kinder im Scheidungskonflikt: Beratung von Kindern und Eltern bei Trennung, München 1997, S. 41 ff.

dauernder Auseinandersetzung bei Scheidung/Trennung der Eltern sowie Parentifizierung im Kindesalter genau gleich wie Erfahrungen von körperlicher Gewalt und sexueller Ausbeutung ein erhöhtes Risiko für chronische Krankheiten wie Diabetes, COPD und koronare Herzkrankheiten im Erwachsenenalter in sich bergen.<sup>14</sup> Das Erleben von langfristig hochkonfliktärer Trennung der Eltern steht damit hinsichtlich allfälliger Langzeitfolgen für die Kinder auf gleicher Stufe wie Kindsmisshandlungen.

Was für Kosten diese Folgen für das Gesundheitswesen respektive den Staat haben, dürfte wohl in keinem Verhältnis zum vergleichsweise geringen Aufwand eines kreativ tätigen Kindesvertreters stehen. Natürlich erscheint es etwas vermessen, behaupten zu wollen, die Bestellung eines Kindesvertreters in strittigen Scheidungen verhindere, dass die Scheidung eskaliere und Folgen von langfristig hochkonfliktären Scheidungen für das Kind

nach sich ziehe. Selbstverständlich kann auch ein Kindesvertreter den Grundcharakter der Eltern nicht ändern. Häufig ist er aber, sofern frühzeitig bestellt, in der Lage, für das Kind den Konflikt etwas zu entschärfen und die Folgen der Streitigkeiten abzumildern. So hege ich zumindest heute noch die Hoffnung, im einen oder anderen Fall etwas zur Verbesserung der Situation der von mir vertretenen Kinder in der Trennung ihrer Eltern getan zu haben.

Aus diesem Grund möchte ich alle Gerichte und die künftige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ermuntern, weniger Zurückhaltung bei der Bestellung von Kindesvertretern zu üben und im einen oder anderen Fall das Experiment der Bestellung eines Kindesvertreters in einem möglichst frühen Verfahrensstadium zu wagen. Ich bin überzeugt, dass die Erfahrungen in der Regel für alle Beteiligten positiv ausfallen werden und sich langfristig der zusätzliche finanzielle Aufwand lohnt. ■

14 Medical Tribune, 45. Jahrgang, Nr. 23, S. 24 f.

Catherine Berger-Meier\*

## Offene Unterhaltsbeiträge in der güterrechtlichen Auseinandersetzung

**Stichworte:** Unterhaltsforderung, güterrechtliche Auseinandersetzung, Rechtsmissbrauch, Hinzurechnung, Tilgung durch Auflösung des Güterstands

*Ein Beitrag zur Berücksichtigung offener Forderungen zwischen Ehegatten bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung – Die Behandlung ausstehender Unterhaltsbeiträge im Besonderen.*

### 1. Die Knacknuss

#### 1.1 Aus der Sicht der Klientin: kein Problem

Der Scheidungsprozess der Klientin ist hängig. Die Ehegatten hatten während des Zusammenlebens nicht schlecht gelebt. Jetzt, zwei Jahre nach der Trennung, sind die Verhältnisse eng geworden. Das rechtskräftige Eheschutzurteil verpflichtete den Ehemann zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen für die Frau und die beiden minderjährigen, bei der Mutter lebenden gemeinsamen Kinder. Die Ehefrau geht einem Teilzeiterwerb nach. Der Ehemann bezahlte die Unterhaltsbeiträge nur schleppend oder teilweise. Die Ehegatten stehen unter dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung. Im Zeitpunkt der güterrechtlichen Auseinandersetzung sind Unterhaltsbeiträge in Höhe von CHF 40 000.– offen. Die Klientin ist es müde, über alles und jedes zu streiten, sie will nur noch die Scheidung, eines ist gemäss ihrer Ansicht jedoch glasklar: Die offenen CHF 40 000.– will sie von ihrem Noch-Mann. Diese Unterhaltsbeiträge schuldet er ihr.

\* Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Familienrecht, Mediatorin SAV, Rheinfelden. [www.berger-rohrer.ch](http://www.berger-rohrer.ch)

#### 1.2 Aus der Sicht der Anwältin: mehrere Problemstellungen

Gemäss Art. 205 Abs. 3 ZGB *regeln* die Ehegatten bei der Auflösung des Güterstandes ihre gegenseitigen Schulden. Damit gibt der Gesetzgeber die Notwendigkeit der Entflechtung der Vermögen beider Ehegatten im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zum Ausdruck.<sup>1</sup> Die Regelung der Schulden zwischen den Ehegatten ist somit Teil der güterrechtlichen Auseinandersetzung, welche grundsätzlich in vier Schritten durchgeführt wird: Trennung des Vermögens von Mann und Frau, Berechnung des Vorschlags mit Berücksichtigung allfälliger Mehrwertanteile, Bestimmung der Beteiligung am Vorschlag und Erfüllung der Ansprüche.<sup>2</sup> Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes ist der Tag der Einreichung des entsprechenden Begehrens, d.h. im vorliegenden Fall des Scheidungsbegehrens (Art. 204 Abs. 2 ZGB). Für exakt diesen Zeitpunkt ist somit der Bestand des Vermögens der Ehegatten, im Falle der Errungenschaftsbeteiligung der Bestand von Errungenschaft und Eigengut jedes Ehegatten, festzustellen (Art. 207 Abs. 1 ZGB).

In Bezug auf vorhandene Schulden ist zu klären, welche Schulden im Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes *bestanden*. Da-

1 HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, 1992, N 67 zu Art. 205 ZGB.

2 HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs, 4. Auflage, Bern 2010, N 12.165 ff.