

Die Besuchsrechtsbeistandschaft oder der Glaube an eine *dea ex machina*¹

von Kurt Affolter-Fringeli, lic. iur., Fürsprecher und Notar, Ligerz

Stichwörter: Besuchsrecht, Besuchsrechtsbeistand, Grundlagen der Mandatsführung, Hochkonflikthafte Situation, Interventionskonzept, Persönlicher Verkehr, Verhältnismässigkeit.

Mots-clés: Concept d'intervention, Curateur de droit de visite, Droit de visite, Principes du mandat, Proportionnalité, Relations personnelles, Situations hautement conflictuelles.

Parole chiave: Basi della gestione del mandato, Concetti d'intervento, Curatela del diritto di visita, Diritto di visita, Proporzionalità, Relazione personale, Situazioni di conflitto.

Die Besuchsrechtsbeistandschaft stellt eine unter verschiedenen Möglichkeiten dar, in konfliktuellen oder zu wenig vertrauenswürdigen Situationen eine kindesgerechte Umsetzung des persönlichen Verkehrs zwischen Minderjährigen und deren Elternteil ohne Obhut oder elterliche Sorge zu gewährleisten. Grundlage des Mandats bildet eine sorgfältige Situationsanalyse und Problemerkklärung, die realistische Aussicht, dass mit der Beistandschaft die familiäre Beziehungsgestaltung positiv beeinflusst werden kann, eine entsprechend klare Auftragserteilung an die Beistandsperson durch die KESB oder das Gericht, und ein konzeptionelles Vorgehen der Beistandsperson. Gelingt der Auftrag, resultiert für die Beteiligten ein hoher individueller Mehrwert und nachhaltig soziales Kapital. Für das im Zentrum der Massnahme stehende Kind ist dagegen mehr verloren als gewonnen, wenn sich die Beistandschaft als zusätzliches dauerndes Konfliktfeld manifestiert, weil die Betroffenen von der Beistandsperson Erfolge erwarten, die ausserhalb deren rechtlichen und methodischen Möglichkeiten liegen. Die Erkenntnis, mit einer Beistandschaft mehr Schaden als Nutzen anzurichten, muss zur Anpassung der Massnahme oder deren Aufhebung führen.

La curatelle de droit de visite ... ou la croyance en une *Dea ex machina*

Dans les situations conflictuelles ou trop peu fiables, la curatelle de surveillance des relations personnelles (ou curatelle de droit de visite) peut être un moyen de garantir une mise en œuvre conforme au bien de l'enfant des relations personnelles entre celui-ci et son parent privé de la garde ou de l'autorité parentale. Un tel mandat doit reposer sur une analyse détaillée de la situation et des problèmes, et sur une perspective réaliste de voir la curatelle influencer positivement sur l'organisation des relations familiales; la mission confiée au curateur par l'APEA ou le tribunal doit ensuite être clairement définie et le curateur doit agir sur la base d'un concept d'intervention qu'il aura élaboré. Si le mandat est couronné de succès, les personnes concernées en tireront un grand profit individuel et un «capital social» dont ils bénéficieront durablement. En revanche, l'enfant (qui est au centre de la mesure) aura plus à y perdre qu'à y gagner si la curatelle devient un champ conflictuel supplémentaire, parce que les personnes concernées attendent du curateur des résultats qui sont tout simplement hors de ses possibilités méthodologiques et juridiques. Si l'on en vient à réaliser que la mesure pourrait faire plus de tort que de bien, elle doit être adaptée ou levée.

¹ Leicht überarbeitete Fassung eines Referats anlässlich der Jahrestagung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sowie der Sozialen Dienste der Stadt Zürich vom 11. November 2014 im Kunsthaus Zürich.

La curatela del diritto di visita quale fede in una dea ex machina

La curatela del diritto di visita propone, fra le diverse possibilità disponibili per i casi di conflitto o di situazioni di diffidenza, una realizzazione dei rapporti personali dei figli minorenni con il genitore che non ne ha la custodia o l'autorità parentale. A sostegno del mandato deve esserci un' accurata analisi della situazione che evidenzi i problemi ai fini d'avere una realistica previsione che con la curatela i rapporti familiari possono essere influenzati positivamente e il relativo compito affidato al curatore dall'APMA o dal giudice abbia un concetto chiaro d'esecuzione del mandato. Quando il provvedimento soddisfa le aspettative ne risulta per i protagonisti un alto valore aggiunto e un durevole capitale sociale. Nel caso in cui la curatela si manifesta come motivo di ulteriori durevoli conflitti, in particolare quando negli interessati ha suscitato attese che oltrepassano le possibilità legali e metodiche del provvedimento, risulta per il figlio che sta al centro del rimedio, più un danno che un aiuto. Quando si costata che una curatela è causa di deterioramento nei rapporti fra i protagonisti, la misura deve essere riorientata o revocata.

Inhaltsübersicht

1. Einleitung	183
1.1. <i>Das Recht auf persönlichen Verkehr</i>	183
a) Rechtsanspruch	183
b) Schranken	183
c) Vollstreckung	184
1.2. <i>Behördliche Hilfestellungen zum persönlichen Verkehr</i>	185
1.3. <i>Zwei kritische Beispiele von Besuchsrechtsbeistands-Aufträgen</i>	188
a) Die Versuchung, Gerichtsurteile nachzubessern und Zuständigkeiten zu delegieren	188
b) Beistandschaft zwecks Beziehungsaufbaus	189
2. Die Besuchsrechtsbeistandschaft	189
2.1. <i>Möglichkeiten beistandschaftlicher Hilfe</i>	189
2.2. <i>Abgrenzungen zu den behördlichen Zuständigkeiten</i>	191
a) Die Beistandschaft ist kein Untersuchungsinstrument	191
b) Der Beistand verfügt über keine substanzielle Regelungsmacht	192
c) Die Definitionsmacht für den Auftrag liegt bei der KESB	192
d) Die Begründungspflicht für den Eingriff liegt bei der KESB	192
e) Der Beistand ist kein Vollstreckungsgehilfe	193
2.3. <i>Konfliktfelder in den zwei Beispielen von Besuchsrechtsbeistands-Aufträgen</i>	193
a) Beistandschaftliche Vermittlungsarbeit statt Behördenstreit	193
b) Mangelhafte Informationsbasis	194
3. Schlussfolgerung	195
3.1. <i>Elterliche Verantwortung</i>	195
3.2. <i>Sorgfalt von KESB und Gericht</i>	195
3.3. <i>Gesetzliche Interventionsmöglichkeiten des Besuchsrechtsbeistandes</i>	195
3.4. <i>Grenzen und Abgründe</i>	196

1. Einleitung

1.1. Das Recht auf persönlichen Verkehr

a) Rechtsanspruch

Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr². Dieser Anspruch fusst auf dem grundrechtlich verbürgten Schutz des Familienlebens.³ Wenngleich Grundrechte in erster Linie als subjektiver Anspruch des Einzelnen gegenüber dem Staat zu verstehen sind, haben Behörden dafür zu sorgen, dass diese Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden⁴. Das gilt im Besonderen für das Recht auf persönlichen Verkehr unter Kindern und deren Eltern: Wo sich die Beteiligten nicht einig sind, kann der rechtsuchende Elternteil bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) eine behördliche, also autoritativ festgelegte Regelung des persönlichen Verkehrs beantragen⁵.

Zur Ausübung des persönlichen Verkehrs gibt das Familienrecht – abgesehen von den pädagogischen Leitlinien zur Kindererziehung⁶ – zwei ethisch wie psychologisch motivierte Vorgaben: einerseits die Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung, die auf das gemeinschaftliche Wohl auszurichten sind⁷, andererseits die Auflage, alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum andern Elternteil beeinträchtigt oder die Aufgaben der erziehenden Person erschwert⁸. In der Praxis wird davon ausgegangen, dass aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen sehr wichtig ist und bei dessen Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann⁹.

b) Schranken

Wie jedes Grundrecht kann auch der persönliche Verkehr im Rahmen der Rechtsordnung eingeschränkt oder gar untersagt werden. Für diese Grundrechtsbeschränkungen hat der Gesetzgeber im Kindesrecht die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen geschaffen¹⁰. Wenn sich die Ausübung oder Nichtausübung des persönlichen Verkehrs für das Kind nachteilig auswirkt oder wenn es

² Art. 273 Abs. 1 ZGB; BGer 1C_219/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 2.3.

³ Art. 13 BV und Art. 8 EMRK; BGer 5A_661/2014 v. 27.03.2015 E. 3.1.

⁴ Art. 35 Abs. 3 BV.

⁵ Art. 275 ZGB.

⁶ Art. 301 und 302 ZGB.

⁷ Art. 272 ZGB, welche Pflicht von der Anwendungschance und nicht von der Durchsetzungschance lebt (BERNHARD SCHNYDER, Die Gemeinschaft von Eltern und Kindern, in: Das neue Kindesrecht, Bern 1978, 38; BK-HEGNAUER, Art. 272 N 8).

⁸ Art. 274 Abs. 1 ZGB.

⁹ BGer 5A_719/2013 vom 17.10.2014 E. 4.4; BGer 5A_830/2010 vom 30.03.2011 E. 5.5.; BGE 130 III 585 E. 2.2.2.

¹⁰ Art. 273 Abs. 2 und Art. 274 Abs. 2 und 3 ZGB i.V.m. Art. 5 Abs. 2 und 36 BV; BGer 5A_661/2014 v. 27.03.2015 E. 3.2.

aus anderen Gründen geboten erscheint, kann die KESB die Eltern, Pflegeeltern oder das Kind ermahnen und ihnen Weisungen erteilen. Falls durch den persönlichen Verkehr das Kindeswohl gefährdet wird, die Eltern den persönlichen Verkehr pflichtwidrig ausüben, sich nicht ernsthaft um das Kind kümmern, oder wenn andere wichtige Gründe vorliegen, kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr sogar verweigert oder entzogen werden, was allerdings nur als ultima ratio in Betracht zu ziehen ist¹¹.

c) Vollstreckung

Kein Recht hilft weiter, wenn es sich nicht durchsetzen lässt. Deshalb sieht die Zivilrechtsordnung auch vor, dass – wenn das Recht auf persönlichen Verkehr behördlich oder gerichtlich festgelegt worden ist – grundsätzlich auch ein Anspruch auf Vollstreckung besteht¹². Diese Vollstreckung ordnet auf Gesuch die KESB an, wenn sie die Regelung verfügt hat¹³. Wurde der persönliche Verkehr in einem gerichtlichen Verfahren¹⁴ geregelt, obliegt die Vollstreckungsverfügung dem Gericht¹⁵.

Allerdings ist bei Vollstreckungsmassnahmen zum persönlichen Verkehr immer in Erinnerung zu rufen, dass sich nie das Besuchsrecht als solches geschweige denn die innere Beziehung zwischen den Beteiligten vollstrecken lässt, sondern – wenn überhaupt – höchstens das für die Realisierung des Kontaktes nötige Verhalten der Verkehrsbelasteten oder -berechtigten, konkret die Übergabe des Kindes¹⁶. Es ist auch unrealistisch, den persönlichen Verkehr gegen den Willen und die innere Haltung des Besuchsberechtigten durchsetzen zu wollen, also beispielsweise einem ablehnenden Vater das Kind zwangsweise zuzuführen und dessen Anwesenheit und Betreuung aufzuzwingen¹⁷.

Das Besuchsrecht darf die körperliche, seelische und sittliche Entfaltung des Kindes nicht bedrohen¹⁸, weshalb sich die Vollstreckungsmassnahmen in der Regel in psychologischem Zwang (Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB oder von Ordnungsbussen nach Art. 343 Abs. 1 lit. b und c ZPO)

¹¹ BGer 5A_719/2013 vom 17.10.2014 E. 4.3; BGer 5A_341/2008 vom 23.12.2008 E. 4.1; BGE 122 III 404 E. 3b und 3c.

¹² Urteil des EGMR vom 15.01.2015, zusammengefasst von MEIER/HÄBERLI in ZKE 2/2015, 150, ÜR 3-15; BGer 5A_661/2014 v. 27.03.2015 E. 4.3.

¹³ Art. 450g Abs. 1 ZGB.

¹⁴ Eheschutz-, Ehetrennungs-, Ehescheidungs- oder Eheungültigkeitsverfahren oder gerichtliche Übertragung der elterlichen Sorge im Rahmen eines Vaterschaftsprozesses, Art. 298c in sinngemässer Anwendung von Art. 298b Abs. 3 ZGB.

¹⁵ Art. 267, 315 Abs. 2 und 5, 325 Abs. 2, 335 ff. ZPO, soweit nicht ergänzendes kantonales Recht anwendbar ist (Art. 450f ZGB).

¹⁶ BK-HEGNAUER, Art. 275 N 151; BSK ZGB I-AFFOLTER, Art. 450g N 32, 34.

¹⁷ BSK ZGB I-SCHWENZER/COITIER, Art. 275 N 17.

¹⁸ BGE 122 III 404 E. 3b; BGer 5C.293/2005 vom 06.04.2006 E. 3; 5A_505/2013 vom 20.08.2013 E. 2.3; BGE 107 II 301 E. 6, unter Hinweis auf Entscheidungen der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 4. März 1980 i.S. X gegen Bundesrepublik Deutschland, in EuGRZ 7/1980, S. 458; vom 13. März 1980 i.S. Y gegen Niederlande, in EuGRZ 7/1980, S. 487 E. 1; vom 16. Januar 1963 i.S. X gegen Niederlande, in Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme 6/1963, S. 267.

erschöpfen¹⁹. Auf eine Verschärfung des Strafrechts, welche die Vereitelung des Besuchsrechts generell unter Strafe stellen würde, hat der Gesetzgeber im Rahmen der neuesten Revision zur gemeinsamen elterlichen Sorge ausdrücklich verzichtet²⁰.

Mit diesen Feststellungen soll auch einmal mehr geklärt sein, dass die Vollstreckung des persönlichen Verkehrs nicht über einen Beistand führt²¹ und jene Betroffenen, die vom Beistand dies erwarten oder verlangen und dessen Eignung an seiner Vollstreckungskapazität messen, falsch liegen.

1.2. Behördliche Hilfestellungen zum persönlichen Verkehr

Grundsätzlich liegt es im Zuständigkeitsbereich der Eltern, sich über Ausmass und Gestaltung des persönlichen Verkehrs zu einigen. Das Gesetz verlangt im Unterschied zur Unterhaltsregelung²² nicht, dass eine Besuchsordnung behördlich oder gerichtlich festgelegt werden muss, um für das Kind gültig zu sein. Sofern das Kind aufgrund einer Fremdplatzierung nicht unter Obhut seiner Eltern steht, bildet der persönliche Verkehr Gegenstand der Unterbringungsregelung beziehungsweise des Pflegevertrages²³. Das funktioniert auch in der grossen Mehrheit der Fälle.

Werden sich die Beteiligten aber nicht einig, oder widerspricht deren Einigung dem Wohl des Kindes, liegt es im sachlichen Zuständigkeitsbereich der KESB, die erforderlichen Anordnungen zu treffen²⁴, sofern die Eltern unverheiratet sind oder das Kind behördlich fremdplatziert wurde. Verheiratete Eltern müssen sich, wenn sie keinen gemeinsamen Haushalt führen und in Kinderbelangen uneinig sind, grundsätzlich an das Gericht wenden²⁵. Die Kompetenzabgrenzungen zwischen KESB und Ehegericht sind nicht immer einfach²⁶, können im vorliegenden Zusammenhang aber nicht vertieft werden. Ganz generell gilt, dass die KESB für die Wahrung des Wohls des Kindes eine Garantenstellung überneh-

¹⁹ BK-HEGNAUER, Art. 275 N 158 ff.; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 275 N 19; CHRISTA BALLY, Die Anordnung des begleiteten Besuchsrechts aus der Sicht der Vormundschaftsbehörde, ZVW 1998, 14; RICHARD BLUM, Der persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind, Diss. 1983, 253; YVO BIDERBOST, Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB), 325 f.; HEINZ HAUSHEER, Die drittüberwachte Besuchsrechtsausübung (das sogenannte «begleitete» Besuchsrecht). Rechtliche Grundlagen, ZVW 1998, 17 ff.; MARIANNE HAMMER-FELDGES, Persönlicher Verkehr – Probleme der Rechtsanwendung für Vormundschaftsbehörden, Richter und Anwälte, ZVW 1993, 25 f.

²⁰ Hinter dem Verzicht auf eine Verschärfung von Art. 220 StGB steht die Einsicht, dass Besuchsrechtsstreitigkeiten regelmässig mit hohem emotionalem Aufwand ausgetragen werden. Zusätzliche Strafandrohungen trügen in diesem Fall kaum zur Vermeidung oder Vorbeugung von Konflikten bei. Zudem sei zu befürchten, dass unter einer Bestrafung eines Elternteils zumindest indirekt auch das Kind leide (BBl 2011, 9096 Ziff. 1.5.5.1).

²¹ BIDERBOST (Fn 19), 324.

²² Art. 287 ZGB.

²³ BGer 5C.103/2006 vom 27.07.2006; CYRIL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, N 19.15.

²⁴ Art. 275 ZGB.

²⁵ Art. 176 Abs. 3, Art. 133 ZGB; beachte allerdings die Dringlichkeitszuständigkeit der KESB nach Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB.

²⁶ PHILIPPE MEIER, Compétences matérielles du juge matrimonial et des autorités de tutelle – Considérations théoriques et quelques cas pratiques, RDT/ZVW 2007, 109 ff.; BSK ZGB I-BREITSCHEID, Art. 315–315b N 8.

men muss²⁷. So hält Art. 307 ZGB fest, dass die KESB die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes trifft, wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist und die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder dazu ausserstande sind. Was nun bezüglich des persönlichen Verkehrs behördlicherseits (oder von einem Gericht in eherechtlichen Verfahren) angeboten werden kann, lässt sich wie folgt zusammenfassen²⁸:

- Situationsabklärungen aufgrund einer Meldung, eines Antrags oder Gesuchs und Darlegung von Lösungsoptionen, welche ohne behördliche/gerichtliche Massnahmen zu Lösungen führen (Einvernehmen unter den Eltern, innerfamiliäre Unterstützung, Beizug einer freiwilligen Beratung etc.)²⁹,
- Aufforderung an die Eltern, im Rahmen des Abklärungsverfahrens einen Mediationsversuch zu unternehmen³⁰,
- Anordnung einer fachpsychologischen oder kinderpsychiatrischen Begutachtung, namentlich wenn es sich um eine hochkonfliktuelle Situation handelt³¹. Dabei kann es sich auch um ein interventionsorientiertes Gutachten handeln³²,
- Detaillierte behördliche Festlegung des persönlichen Verkehrs mit Bezug auf Besuchstage, Feiertage und Ferien, mit oder ohne Auflagen oder Modalitätsregelungen. Bei hochstrittigen Eltern bewährt sich eine möglichst detaillierte und klare Ordnung ohne offene Fragen (und damit ohne unnötiges Konfliktpotenzial), während bei einvernehmlichen Eltern offene Lösungen, die situationsangepasste Abweichungen ermöglichen, vorzuziehen sind,
- Ermahnungen oder Weisungen nach Art. 273 Abs. 2 ZGB an Eltern, Pflegeeltern (auch Stiefeltern!³³) und das Kind³⁴. Ob auch Dritte Adressaten von solchen Anordnungen sein können, ist umstritten, weil Kindesschutzmass-

²⁷ CYRIL HEGNAUER, Kindesrecht – ein weites Feld, in Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), Perspektiven des Familienrechts, Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2005 = ZVW 2006, 25 ff., 35 ff.; CHRISTOPH HÄFELI, Der zivilrechtliche Kindesschutz (Art. 307–317 ZGB) als Garant des Kindeswohls?, in: Claudia Kaufmann, Franz Ziegler (Hrsg.), Zürich/Chur 2003, 129 ff. passim.

²⁸ Zu den allgemeinen Möglichkeiten, positiv auf Besuchsrechtsstreitigkeiten einzuwirken, vgl. FamKomm-SCHREINER, Anh. Psych N 183 ff.

²⁹ Art. 446 i.V.m. Art. 314 ZGB; Art. 296 ZPO; im Eheschutzverfahren vgl. Art. 172 Abs. 2 und 176 Abs. 3 ZGB.

³⁰ Art. 314 Abs. 2 ZGB; Art. 297 Abs. 2 ZPO; MAX PETER/FRANZISKA GABAGLIO, Die Kindesinteressen fokussieren, ZVW 2007, 178 f.; LILO STAUB, Pflichtmediation: Mythos und Wirklichkeit, ZVW 2006., 124 ff.; BGer 5A_457/2009 vom 09.12.2009 E. 4.3: anstelle der nachdrücklichen Aufforderung zur Mediation (Art. 314 Abs. 2 ZGB), die grundsätzlich freiwillig bleibt (CHK-BIDERBOST, Art. 314 N 7) kann die KESB während der Dauer des Verfahrens gestützt auf Art. 307 Abs. 3 und Art. 273 Abs. 2 i.V.m. Art. 445 und 314 ZGB auch autoritativ die Mediation als vorsorgliche Massnahme anordnen.

³¹ Art. 446 Abs. 2 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB; Urteil Obergericht Zürich vom 10.06.2003, ZR 103/2004 S. 143.; FamKomm-SCHREINER, Anh. Psych N 317 ff.

³² LILO STAUB, Interventionsorientierte Gutachten als Handlungsalternative bei hochkonfliktigen Trennungs-/Scheidungsfamilien, ZKE 2010, 34 ff.

³³ HELMUT HENKEL, Die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307 rev. ZGB, 67; BIDERBOST (Fn 19), 17, 240; HEGNAUER, Grundriss, N 27.16; BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 307 N 19, CHK-BIDERBOST ZGB 307 N 6.

³⁴ Art. 273 Abs. 2 ZGB.

nahmen grundsätzlich die elterliche Sorge berühren³⁵. Unter die Weisungen fällt z.B. das Verbot, die Schweiz zu verlassen³⁶, gegebenenfalls mit der Auflage der Passhinterlegung³⁷, die Verpflichtung zur Führung von Gesprächen mit Beratungsstellen³⁸, der Besuch einer PAS-Therapie³⁹, die Verbindung der Besuche mit einer Spieltherapie⁴⁰, der Besuch eines Anti-Gewalt-Programms für Täter und Täterinnen häuslicher Gewalt⁴¹, die Drittüberwachung des Besuchsrechts («begleitetes Besuchsrecht»)⁴², wobei je nach Angebot und Bedarfslage sowohl die Begleitung während der gesamten Besuchsdauer durch eine Vertrauensperson als auch Besuche in institutionalisierten Begegnungstreffpunkten in Betracht fallen⁴³ sowie die Verpflichtung, das Kind psychologisch betreuen zu lassen⁴⁴,

- Anordnung einer Erziehungsaufsicht⁴⁵, mit welcher die Situation überwacht wird⁴⁶,
- die Anordnung einer Besuchsrechtsbeistandschaft mit allgemeinen (Art. 308 Abs. 1 ZGB) oder besonderen (Art. 308 Abs. 2 ZGB) Befugnissen, insbesondere der Begleitung und/oder Überwachung des Besuchsrechts, wobei in

³⁵ HENKEL (Fn 33), 66; Dritte können nach hier vertretener Auffassung nur dann Adressaten behördlicher Weisungen oder Ermahnungen sein, wenn ihnen vertraglich oder tatsächlich Aufgaben im Rahmen der elterlichen Sorge übertragen worden sind und sie damit – mit oder ohne behördliche Bewilligung – bei der Betreuung des Kindes eine vergleichbare Stellung einnehmen wie die Stief- oder Pflegeeltern (BK-HEGNAUER aArt. 283 N. 61 [altrechtlich]; a.M. BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 307 N 19, welcher alle Personen im Umfeld des Kindes inkl. Nachbarn und Freunde als Adressaten miteinschliesst; ebenso CR CC-MEIER, Art. 307 N 11, welcher solche Weisungen an die *Pflichten* [devoirs] dieser Dritten bindet; CHK-BIDERBOST, Art. 307 N 7 mahnt zur Vorsicht, schliesst Drittadressaten aber nicht aus. In die gleiche Richtung: KUKO-COTTIER, Art. 307 N 1; HEGNAUER, Grundriss, 27.16; JUSTIZ-, POLIZEI- UND FÜRSORGEDEPARTEMENT DES Kt. THURGAU in: ZVW 1978., 151 f.). In Zusammenhang mit dem persönlichen Verkehr können das auch Lebenspartner von Eltern sein, welche in die Familie integriert sind.

³⁶ Art. 301a Abs. 2 ZGB; MARIANNE HAMMER-FELDGES, Persönlicher Verkehr – Probleme der Rechtsanwendung für Vormundschaftsbehörden, Richter und Anwälte, ZVW 1993, 23.

³⁷ BGer 5A_830/2010 vom 30.03.2011 E. 5.5.

³⁸ BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 307 N 22; FamKomm-SCHREINER Anh. Psych N212 ff.; BGer 5A_852/2011 vom 20.02.2012 E. 6.; Urteil OGer LU vom 23.05.2002, LGVE 2002 I Nr. 8; FamPra.ch 2003, 191 f. Vgl. insbesondere die Angebote des Marie Meierhofer Instituts für das Kind, Zürich, wie die Methode KTI (**K**inder und **E**ltern in **T**rennung), beschrieben von Sabine Brunner im Jahresbericht des MMI 2010 unter dem Titel «Kinder und Eltern – getrennt».

³⁹ BGer 5A_615/2011 vom 05.12.2011 E. 4.3; BGer 5A_140/2010 vom 11.06.2010 E. 3.2.

⁴⁰ Urteil OGer ZH ZR 1968 Nr. 13.

⁴¹ THERES EGGER, Schlussbericht zu Beratungsarbeit und Anti-Gewalt-Programme für Täter und Täterinnen häuslicher Gewalt in der Schweiz, Bestandesaufnahme der Institutionen und ihrer Arbeit, im Auftrag der Fachstelle gegen Gewalt des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann, Mai 2008 (<http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00196/index.html?lang=de>).

⁴² BGer 5A_932/2012 vom 05.03.2013 E. 5 und 6; 5A_341/2008 vom 23.12.2008 E. 4.3; BGE 122 III 404; 5A_374/2010 vom 09.07.2010 E. 3; BALLY (Fn 19), ZVW 1998, 1 ff.; HAUSHEER (Fn 19), ZVW 1998, 17 ff.; STEFAN BLÜLLE, Begleitetes Besuchsrecht: Indikationen, Entscheidungsprozesse, Gestaltung, ZVW 1998, 45 ff.;

⁴³ BGer 5A_627/2007 vom 28.02.2008 E. 3.4, FamPra.ch 2008 S. 691 ff.

⁴⁴ BGer 5A_411/2014 vom 03.02.2015 E. 3.3.3.

⁴⁵ Art. 307 Abs. 3 ZGB.

⁴⁶ HENKEL (Fn 33), 77 ff.

der Regel ein Berufsbeistand oder eine Berufsbeiständin die Begleitung nicht selbst übernehmen kann, sondern geeignete Drittpersonen damit zu beauftragen sind⁴⁷,

- die Verweigerung oder der Entzug des persönlichen Verkehrs, wenn wichtige Gründe vorliegen und der Gefährdung des Kindeswohls nicht anders zu begegnen ist⁴⁸,
- die Anordnung der Vollstreckung des Besuchsrechts mit psychologischem Zwang (Androhung der Ungehorsamsstrafe gem. Art. 292 StGB oder von Ordnungsbussen nach Art. 343 Abs. 1 lit. b und c ZPO) oder ausnahmsweise manu militari⁴⁹.

1.3. Zwei kritische Beispiele von Besuchsrechtsbeistands-Aufträgen⁵⁰

- a) Die Versuchung, Gerichtsurteile nachzubessern und Zuständigkeiten zu delegieren

Das Eheschutzgericht regelt bezüglich zwei Kindern (4 und 8-jährig) das Besuchs- und Ferienrecht und errichtet eine Besuchsrechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB mit dem Auftrag an den Beistand, das Besuchsrecht zu überwachen und das Ferienrecht nach Bedarf zu reduzieren oder auszubauen. Die finanziell angeschlagenen Eltern hatten nach stundenlangen Gerichtsverhandlungen über Unterhalt und Zuweisung der familiären Wohnung angeblich aus Ermüdung der Besuchs- und Ferienregelung zugestimmt, obwohl die Mutter dem ausländischen Vater (Nordländer) vorwirft, ein desorganisiertes und intransparentes Leben zu führen und sie während der Ehe dauernd belogen und hintergangen zu haben. Unmittelbar nach ihrer Ernennung beantragt die Beiständin der KESB, das Ferienrecht zu sistieren, weil unklar sei, wo der Vater tatsächlich wohne, wo er mit seinen Kindern die Ferien verbringen wird (spricht vom nahen Osten, hat aber kein Geld) und wie er sich finanziere. Die KESB ist der Auffassung, das seien keine neuen Verhältnisse, sondern im Eheschutzverfahren bereits bekannte Tatsachen, weshalb die Mutter das Urteil hätte anfechten müssen, wenn sie damit nicht einverstanden war. Die Beiständin ist erzürnt ob der Haltung der KESB, weil sie das Kindeswohl in Gefahr sieht, sich verantwortlich fühlt, dass der Gerichtsentscheid sofort geändert wird und sich nicht zuständig erachtet, den persönlichen Verkehr (Ferienrecht) zu unterbinden. Anstatt die Eltern und das Kind einer Lösung näherzubringen droht ein Zusatzkonflikt im Helfersystem.

⁴⁷ ALBERT GULER, Ausgewählte Fragen zur Regelung des Besuchsrechts, ZVW 1984, 98 ff., 106; BK-HEGNAUER, Art. 275 N 128; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 273 N 25; BLÜLLE (Fn 42), ZVW 1998, 55.

⁴⁸ BGer 5A_114/2013 vom 18.02.2013; 5A_586/2012 vom 12.12.2012, zusammengefasst von MEIER/HÄBERLI in ZKE 2013, 108 ÜR 13-13; BGer 5C.45/2003 vom 04.03.2003.

⁴⁹ Vgl. Fn 19.

⁵⁰ Es handelt sich nicht um authentische Fälle, die Beispiele enthalten aber Elemente realer Vorkommnisse.

b) Beistandschaft zwecks Beziehungsaufbaus

Ein sechsjähriges Mädchen steht unter Besuchsrechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB, welche an eine neue KESB und damit eine neue Beiständin übertragen wurde. Der vorherige Beistand hatte keinerlei Kontakt zum Vater, dessen Aufenthaltsort ihm unbekannt war und bei dem es sich um einen abgewiesenen nordafrikanischen Asylbewerber handelt, welcher sich noch in der Schweiz aufhalten soll. Der Auftrag an die Nachfolgerin lautet, das Mädchen im Umgang mit dem Kontaktabbruch zum Vater zu unterstützen und zu prüfen, ob das Besuchsrecht zur Diskussion stehe und allenfalls begleitet ausgeführt werden könne. Die Beiständin kann sich soweit kundig machen, dass der Vater in U-Haft sei (Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz, gemäss der Mutter auch wegen diverser Einbrüche). Man könne davon ausgehen, dass er bis zum Gerichtsentscheid in U-Haft bleibe und vermutlich danach ausgeschafft werde. Aus dem Gefängnis hat der Vater eine Anfrage gestellt, ob es möglich wäre, seine Tochter zu sehen. Der Staatsanwalt bestätigt, dass einem Besuchsrecht nichts im Weg stehe, die Mutter damit jedoch einverstanden sein müsse. Die Mutter möchte nicht, dass ein Kontakt zwischen dem Vater und der Tochter besteht. Der Vater hat sich nun an die KESB gewandt um in Erfahrung zu bringen, wie es um sein Besuchsrecht steht. Auf Anfrage der KESB hat der Vater ausgesagt, dass er sich nicht mehr in U-Haft befinde, gemäss Aussage der Mutter, welche mit der Polizei in Kontakt ist, sei er jedoch nach wie vor in U-Haft. Die KESB hat ihm nun mitgeteilt, dass er sich direkt mit der Beiständin in Verbindung setzen soll, was dieser aber unterliess. Die Beiständin steht vor der Frage, wie die Sach- und Rechtslage aussieht betreffend Besuchsrecht, wenn der Vater im Gefängnis ist, und wie das Ganze aussieht, wenn man davon ausgehen kann, dass der Vater die Schweiz über kurz oder lang definitiv verlassen muss und dann mit Sicherheit erneut ein Kontaktabbruch stattfinden wird? Zudem befürchtet die Mutter aufgrund vergangener Vorfälle und Äusserungen des Vaters eine grosse Entführungsgefahr seitens des Vaters, welcher die Beiständin nicht noch Vorschub leisten möchte.

2. Die Besuchsrechtsbeistandschaft

2.1. Möglichkeiten beistandschaftlicher Hilfe

In seiner Dissertation von 1996 hat sich Yvo Biderbost bereits ausführlich den Möglichkeiten und Grenzen des Besuchsrechtsbeistandes angenommen⁵¹. Das gilt auch für Cyril Hegnauer in dessen fast gleichzeitig erschienenem Berner Kommentar⁵². Wo Eltern kooperativ sind und Hilfe annehmen, bietet sich dem Beistand ein Nährboden für professionelle Hilfe zum Schutz des Kindes, insbesondere in der Vermittlung von Lösungen zwischen den Beteiligten, in der Entkrampfung und Neutralisierung eines emotionsgeladenen Umgangs und allen-

⁵¹ BIDERBOST (Fn 19), 303 ff.

⁵² BK-HEGNAUER, Art. 275 N. 118–130.

falls in der Überwachung der Kontakte. Kritisch wird es, wenn das Kind als Faustpfand elterlicher Interessen missbraucht wird⁵³, wenn die Eltern im Beistand einen Verbündeten im gegenseitigen Machtkampf zu finden glauben, oder wo es Eltern an Reife, Verlässlichkeit und Verantwortungsbewusstsein fehlt und sich dies auf das Wohlbefinden des Kindes negativ auswirkt (Verunsicherung, Überforderung, Angst, fehlendes Vertrauen). Stellt der persönliche Verkehr oder dessen Fehlen eine Gefährdung des Kindeswohls dar, und bietet sich anstatt anderer Massnahmen⁵⁴ oder parallel dazu mit der Beistandschaft die Möglichkeit, diese Gefährdung zu mildern oder zu beheben⁵⁵, so stehen folgende Dienstleistungen des Beistandes im Vordergrund:

- Unterstützung mit Rat und Tat (Beratung auf Anfrage oder auf Vereinbarung, was Kooperationswille und Zugänglichkeit voraussetzt), womit sich die Besuchsrechtsbeistandschaft im Rahmen von Art. 308 Abs. 1 bewegt,
- Aufklärung über die Bedeutung der Elternschaft für das Kind und des Hintanstellens von Elternkonflikten («Eltern bleiben Eltern») sowie über die Auslösung bzw. Vermeidung von Loyalitätskonflikten für das Kind,
- Aufklärung über den Zusammenhang von Besuchskontakten und späterem Volljährigenunterhalt (Zumutbarkeitsprinzip⁵⁶),
- Vermittlung bei Streitfragen (Unterbreiten von Vorschlägen zu einem modus vivendi, «Brückenbauen», konzeptionelle Hilfe zur Anbahnung von Besuchskontakten, Beistand als «Relais-Station»),
- Überwachung des persönlichen Verkehrs,
- Beobachtung der Beziehungsentwicklung,
- Beratung bezüglich Aktivitäten während der Besuchszeit und Vermittlung geeigneter Angebote,
- Regelung von Modalitäten, die in der Besuchsordnung offen blieben und dem Beistand behördlich oder gerichtlich übertragen wurden (Abholen und Zurückführen des Kindes, Ort und genaue Zeit bei offener Regelung, Ausstattung mit Kleidern, Sportgeräten und Hygieneartikeln, Meiden konkreter nicht kindergerechter Örtlichkeiten etc.). Gegen den Widerstand der Inhaber der elterlichen Sorge kann sich ein Beistand allerdings höchstens durchsetzen, wenn die elterliche Sorge entsprechend beschränkt wurde, weil ohne diese Beschränkung offene Fragen vom Sorgeinhaber entschieden werden, solange keine behördlichen oder gerichtlichen Anordnungen bestehen⁵⁷. Wurden dem Beistand ausdrücklich Entscheidungskompetenzen zur Festle-

⁵³ BIDERBOST (Fn 19), 311.

⁵⁴ BK-HEGNAUER, Art. 275 N 107 ff.; FamKomm-SCHREINER, Anh. Psych N 183 ff.

⁵⁵ CYRIL HEGNAUER, Zum Verhältnis der Überwachung der Erziehung gemäss Art. 307 Abs. 3 und der Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB, ZVW 1978, 133 ff.; BIDERBOST (Fn 19), 327 f., und HEGNAUER (BK Art. 275 N 123) halten mit andern von ihnen zitierten Autoren die Beistandschaft als das «wirksamste Mittel zur sinnvollen Verwirklichung eines von irgendeiner Seite verweigerten Anspruchs auf persönlichen Verkehr».

⁵⁶ Art. 277 Abs. 2 ZGB; BGer 5A_719/2013 vom 17.10.2014 E. 4.4; BGer 5A_636/2013 vom 21.02.2014, zusammengefasst von MEIER/HÄBERLI in ZKE 2014, 348 UR 88-14; BGE 113 II 374, besprochen von BERNHARD SCHNYDER in ZBJV 1989, 82 ff. sowie von CYRIL HEGNAUER in ZVW 1988, 76 f.

⁵⁷ Art. 275 Abs. 3, 308 Abs. 3 ZGB; BK-HEGNAUER, Art. 275 N 17.

gung von Modalitäten übertragen, sind seine Anordnungen mit Beschwerde⁵⁸ anfechtbar.

- Vermittlung von Kursen für Scheidungskinder oder Scheidungsgruppen für Kinder,
- Begleitung des Besuchsrechts⁵⁹ (für professionelle Beistände in aller Regel zeitlich ausgeschlossen⁶⁰; für beigezogene Dritte bedarf es einer besonderen Finanzierungslösung. Ansonsten sind die begleiteten Besuchstreffpunkte in Betracht zu ziehen⁶¹).

Eine erfolgreiche Mandatsführung bedingt allerdings, dass die anordnende Behörde eine sorgfältige Problemanalyse vorgenommen und gestützt darauf die Beistandschaft als Lösungsoption nachvollziehbar begründet hat. Insbesondere sollten die anordnenden Behörden nicht eine erfolglose Massnahme an die nächste reihen. Beistände sollten auch nicht mit Aufgaben versehen werden, welche bei Fachstellen (KJPD, SPD, MMI etc.) besser aufgehoben sind. Liegt ein sorgfältig begründeter Anordnungsbeschluss vor, muss sich der Beistand nicht mehr ständig rechtfertigen, sondern er kann den Eltern seine Hilfsmöglichkeiten darlegen und ihnen sein Vorgehen und seine Rolle erklären. Ein konzeptioneller Einstieg in ein solches Mandat erlaubt es auch darzustellen, wo die Verantwortlichkeiten der Eltern und die Möglichkeiten und Grenzen des Beistandes liegen und was geschieht, wenn sich die Beistandschaft als untaugliches Mittel erweist, um das Glück des betroffenen Kindes zu mehren oder zumindest sein Leid zu mindern. Ein professioneller und transparenter, methodisch abgestützter Handlungsplan stellt die Arbeit mit Eltern und Kind auf realistische Grundlagen, lässt klare Ziele verfolgen, die von den anordnenden Behörden vorgegeben wurden, schützt vor falschen Erwartungen und lässt unnötigen neuen Stress über die Frage der Unfähigkeit des Beistandes vermeiden, wie man ihn zur Genüge und mittlerweile auch medial ausgeschlachtet, kennt. Das heisst aber auch, dass sowohl die Leistungen der KESB als auch der Beistände von hinreichender Qualität und auf einander abgestimmt sein müssen.

2.2. *Abgrenzungen zu den behördlichen Zuständigkeiten*

a) Die Beistandschaft ist kein Untersuchungsinstrument

Die Rechtsgrundlage der Aufgabenteilung zwischen Beistand und KESB bietet einerseits das materielle Recht des ZGB, andererseits das jeweils für den einzelnen Kanton geltende Verfahrensrecht, welches die Verfahrensinstruktion und Entscheidungsfindung festlegt. Man kann die Arbeit des KESB als Tätigkeit auf strategischer Ebene und jene der Mandatsträger als operative Umsetzung verstehen. Fundament jeden Mandats bildet wie erwähnt eine sorgfältige Situationsanalyse,

⁵⁸ Art. 419 i.V.m. Art. 314 ZGB.

⁵⁹ BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 308 N 14 ff.; FamKomm-SCHREINER, Anh. Psych N 224 ff.; BK-HEGNAUER, Art. 275 N 128.

⁶⁰ Vgl. Fn 47.

⁶¹ BSK ZGB I-BREITSCHMID Art. 308 N 15.

eine Problemerkklärung (Diagnose), das Prüfen der besten Lösungsoption und der sorgfältigen und für alle Beteiligten nachvollziehbaren Begründung der angeordneten Massnahme durch die KESB beziehungsweise das Gericht⁶². Zwar können Gericht und KESB einen Sozialdienst oder eine andere Fachstelle mit der Untersuchung beauftragen, oder sie können bei einer bereits bestehenden Beistandschaft den Beistand auch um seine fachliche Einschätzung oder Stellungnahme ersuchen (Amtsbericht). Hingegen wird das Wesen der Beistandschaft verkannt, wenn die KESB eine Beistandschaft anordnet mit dem Auftrag an den Beistand, die Situation abzuklären und der Behörde Bericht und Antrag zu stellen. Der Beistand ist kein Abklärungsorgan der KESB, sondern entweder Interessenvertreter des Kindes oder Berater und Unterstützer der Eltern bzw. des familiären Systems. Wird er von der KESB in eine falsche Rolle gedrängt, riskiert er seine Glaubwürdigkeit.

b) Der Beistand verfügt über keine substanzielle Regelungsmacht

Auf das hier zur Diskussion stehende Thema bezogen fällt die Regelung des persönlichen Verkehrs ausschliesslich in den Zuständigkeitsbereich der KESB oder des Ehegerichts⁶³. Ein Beistand hat nie die Möglichkeit, eine Besuchsordnung festzulegen oder abzuändern und damit in die Rechtsstellung der Eltern einzugreifen. Er kann allenfalls über Modalitäten entscheiden, wenn ihm entsprechende Befugnisse gestützt auf Art. 308 Abs. 2 ZGB übertragen wurden, wobei er auch diese nur durchzusetzen vermag, soweit seine Befugnisse mit einer Einschränkung der elterlichen Sorge (Art. 308 Abs. 3 ZGB) einhergehen⁶⁴. Wurden die Besuche an konkrete Bedingungen geknüpft (z.B. Vorhandensein einer eigenen Schlafmöglichkeit für das Kind), so kann der Beistand deren Erfüllung feststellen. Selbst wenn er über Modalitäten entscheiden darf, hat er aber keine Vollstreckungsmacht.

c) Die Definitionsmacht für den Auftrag liegt bei der KESB

Der Beistand hat darauf Bedacht zu nehmen, dass er für sein Handeln immer über eine hinreichende Legitimationsgrundlage verfügt⁶⁵. Die Eltern haben sich keine Einmischungen des Beistandes gefallen zu lassen, die nicht behördlich oder gerichtlich verfügt und damit transparent gemacht worden sind und gegen die sich die Betroffenen im Rechtsmittelverfahren gegebenenfalls auch hätten zur Wehr setzen können⁶⁶.

d) Die Begründungspflicht für den Eingriff liegt bei der KESB

Die dem strittigen Zivilprozess entlehnte Praxis gewisser Behörden, Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen nur zu begründen, wenn dies innert zehn

⁶² Art. 446 i.V.m. Art. 314 ZGB; KOKES-Praxisanleitung Rz. 1.131 ff. S. 43 ff.

⁶³ Art. 275 Abs. 1 und 2 ZGB; BK-HEGNAUER Art. 275 N 129.

⁶⁴ BGE 118 II 241 ff., BIDERBOST (Fn 19), 316; BK-HEGNAUER, Art. 275 N 17, 129.

⁶⁵ Art. 314 Abs. 3 ZGB.

⁶⁶ Art. 450 ZGB; Entscheid RR ST.GALLEN vom 15.01.1985 in ZVW 1985, 155 ff.

Tagen verlangt wird⁶⁷, ist sowohl aus rechtlicher, methodischer als auch psychologischer Sicht ein *no go*⁶⁸.

e) Der Beistand ist kein Vollstreckungsgehilfe

Verharrt ein besuchsrechtsbelasteter Elternteil trotz beistandschaftlicher Unterstützung, Vermittlung und Aufklärung auf seiner Weigerungshaltung, so muss sich der Besuchsberechtigte nicht gegen den Beistand richten, sondern bei der KESB bzw. dem Gericht die Vollstreckung verlangen. Ob dieser Weg erfolgversprechender sei, bleibt offen und verheisst in der Praxis wenig Gutes, es ist aber der letzte Weg, den ihm der Staat offerieren kann, wenn alle andern Hilfen (Beratung, Vermittlung, Aufklärung, Mediation, Unterstützung etc.) nicht zum Ziel geführt haben. Gegebenenfalls kann ihm die Beistandsperson noch helfen, das Fallieren der Beziehung nicht dem Kind zuzuschreiben, sondern den für die familiäre Situation hauptverantwortlichen Eltern, Trauerarbeit aufzunehmen und sein Herz offen zu halten für den Zeitpunkt, da das Kind selber das Bedürfnis zeigt, mit ihm in Kontakt zu treten und diesen gegebenenfalls sogar zu pflegen. Ein «emotionaler Verlustschein»⁶⁹ ist am Schluss solcher Bemühungen allemal gewinnbringender als der Zorn über seine Familienangehörigen, dem sich noch jener beifügt über die vermeintlich unfähigen Behörden und Fachstellen. Wie die Erfahrung zeigt, suchen «verlorene Kinder» oft früher oder später wieder den elterlichen Kontakt, und sei es auch nur, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, sich nicht ernstlich um einen zumutbaren Kontakt mit den unterhaltspflichtigen Eltern bemüht zu haben, womit sie ihres Volljährigenunterhalts verlustig gehen könnten⁷⁰.

2.3. *Konfliktfelder in den zwei Beispielen von Besuchsrechtsbeistands-Aufträgen*

a) Beistandschaftliche Vermittlungsarbeit statt Behördenstreit

Komplizierte und hochstrittige Situationen haben ein hohes Konfliktpotenzial in sich nicht nur bezüglich der beteiligten Familienangehörigen, sondern auch des Helfersystems. Wo mehrere Fachstellen und Fachbehörden zur Bewältigung einer Konfliktlage aufeinandertreffen, liegt es nahe, dass man unterschiedlicher Meinung ist und Erwartungen an die andern Beteiligten hat, die diese nicht erfüllen (können). Die Reaktion auf tatsächliche oder vermeintliche Fehlleistungen ist oft besonders akzentuiert, und die zu bewältigenden Konflikte eines Familiensystems übertragen sich eh man sich's versieht auf das Helfersystem, anstatt gelöst zu werden. Dieses Potenzial hat auch Beispiel 1 (Ziff. 1.3.a hievor), weil die Beistandin versucht, einen jungst im Einverständnis der Eltern gefällten

⁶⁷ Art. 239 ZPO.

⁶⁸ BGer 8D_4/2013 vom 19.03.2014 E. 3.2; 5A_27/2011 vom 21.02.2011 E. 3; KOKES-Praxisanleitung Rz. 1.201 und dort zitierte weitere Rechtsprechung.

⁶⁹ In Anlehnung an Art. 149 SchKG, womit eine Verbindlichkeit zwar nicht mehr unmittelbar eintreibbar, aber auch nicht endgültig untergegangen ist.

⁷⁰ Siehe Fn 56.

Gerichtsscheid durch die KESB nachzubessern, was diese aus rechtlichen Gründen verweigert. In diesem Fall hilft die Tatsache, dass mit einer Besuchsrechtsbeistandschaft die elterliche Verantwortung nicht auf die Behörde und den Beistand übergeht, sondern bei den Eltern bleibt. Mithin muss ihnen bewusst gemacht werden, dass das Glück des Kindes vom verantwortungsvollen Handeln der Eltern abhängig ist. In unserem Beispiel 1 hat es die Mutter in der Hand, dem Vater die Kinder nicht in die Ferien zu geben, wenn dieser nicht glaubhaft sicherstellen kann, dass während der Ferien für die Kinder gesorgt ist. Die Mutter kann mit andern Worten die Herausgabe der Kinder an einen Vater, der sich bisher als (tatsächlich oder angeblich) chronischer Lügner und unzuverlässiger Partner erwiesen hat, an Bedingungen stellen, welche das Wohl der Kinder garantieren. Ein Beistand kann in dieser Situation die Mutter in ihrer Verantwortung stärken und dem Vater helfen, vertrauensbildende Kautelen einzugehen, welche die Durchführung des Ferienrechts zum Wohl der Kinder sicherstellen. Lösungsorientiertes Vermitteln der Beistandin unter den Eltern verspricht hier grösseren Erfolg als ihr Streit mit den Behörden um die Abänderung eines Rechtstitels, den die Eltern selbst ausgehandelt hatten.

b) Mangelhafte Informationsbasis

Die von einem Vorgänger übernommene Beistandschaft des Beispiels 2 (Ziff. 1.3.b hievore) basiert auf einem diffusen, völlig ungesicherten Sachverhalt. Die Informationen, die sich der Nachfolgebeistand aus diversen Quellen zusammentragen muss, erlauben kein klares Bild, ob mit der Massnahme ein nachhaltiges Ziel verbunden sei. Ist der Vater im Gefängnis oder nicht, verfügt er über ein bekanntes Domizil oder nicht, wer ist mit dem Vater amtlich in Kontakt (Polizei, Gericht, Migrationsamt etc.), steht er vor einer Ausweisung oder nicht, gibt es eine vorbestehende Vater-Kind-Beziehung oder nicht, was sind die Gründe, dass der Vorgänger trotz seines klaren Auftrages nie Kontakte zum Vater hatte (Überlastung? Überforderung? Keine Kontaktadresse? Desinteresse des Vaters? Desinteresse des Beistandes)? Bevor eine KESB eine solche Massnahme bestätigt, übernimmt und einem Nachfolger überträgt, müsste sie sich alle erforderlichen Informationen beschaffen (Art. 446 ZGB) und die Betroffenen anhören (Art. 447 ZGB). Der KESB fällt es kraft ihrer Untersuchungskompetenz, ihren Möglichkeiten zur Einforderung der Amtshilfe und der Mitwirkungspflicht Dritter (Art. 448 ZGB) wesentlich leichter, Informationen zu beschaffen, als den Beiständen. Ein Auftrag an einen Beistand sollte auch im Massnahmenübertragungsverfahren erst dann erfolgen, wenn die nötigen Grundlagen des Mandates beschafft worden sind. Es ist nicht Auftrag der Beistandsperson, sich ihre Legitimation quasi selbst zusammenzutragen.

3. Schlussfolgerung

3.1. Elterliche Verantwortung

Die Eltern tragen – unter welchen familiären Konstellationen auch immer – die Hauptverantwortung für das Wohlergehen des Kindes. Selbst wenn ihnen die Sorge oder Obhut nicht zusteht, schulden Eltern und Kinder einander allen Beistand, alle Rücksicht und Achtung, die das Wohl der Gemeinschaft erfordert⁷¹. Fachliche Unterstützung und kinderschutzbehördliche Hilfe, insbesondere die Besuchsrechtsbeistandschaft bei hochkonfliktuellen Verhältnissen, lösen Erwartungen aus, dass mit dem Machtwort eines Aussenstehenden der «Gegner» sich beugt, dem eigenen Recht zum Durchbruch verholfen wird und das Problem sich dadurch löse. Beistandschaftliche Hilfe in Besuchsrechtsfragen ist aber kein Ersatz für elterliche Verantwortung, das muss den Eltern vermittelt werden. Ob sich ein verhärteter Konflikt löst oder zumindest entspannt, hängt nebst der professionellen Hilfe (Aufklärung, Beratung, Unterstützung, Entlastung) letztlich vom Verhalten der Eltern ab.

3.2. Sorgfalt von KESB und Gericht

Bei ihren Abklärungsarbeiten vor Anordnung einer Beistandschaft dürfen sich die Behörden und Gerichte nicht mit der Erkenntnis begnügen, dass Eltern und/oder ein Kind ein Problem haben, sondern es bedarf auch einer Problemerkklärung und einer Begründung, warum die Beistandschaft mit ihren gesetzlichen Möglichkeiten zur Lösung des Problems beitragen kann. «Die Eltern haben Streit, der Beistand wird's richten» war zwar eine Formel, die man aus den alten Behördenstrukturen und vor allem aus den multidisziplinären, d.h. nicht auf Familienrecht spezialisierten Zivilgerichten, in der Vergangenheit zur Genüge kannte. Die Beistandsperson ist aber keine *Dea ex machina*, sondern eine Berufsperson mit beschränkten rechtlichen und methodischen Instrumenten. Wo diese keine Antwort auf das Problem sein können, vermitteln KESB oder Gericht unredliche Versprechen, schaffen falsche Erwartungen und damit auch neue Opfer. Umgekehrt können KESB/Gericht und Beistandschaft dort, wo die Massnahme mit einer geeigneten Beistandsperson zur Lösung führt, hohen individuellen Mehrwert und in nachhaltiger Weise soziales Kapital schaffen, was Ziel und Zweck des Kindes- wie des Erwachsenenschutzes ist⁷².

3.3. Gesetzliche Interventionsmöglichkeiten des Besuchsrechtsbeistandes

Die Besuchsrechtsbeistandschaft kann der mandatsführenden Person allgemeine beraterische Aufgaben oder besondere Befugnisse vermitteln, wie sie unter Kap. 2.1. hievor beschrieben wurden. Der von Behörden und Gerichten um-

⁷¹ Art. 272 ZGB.

⁷² Präambel zur BV, «... dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl des Schwachen». Art. 307 und 388 ZGB, Art. 7 und 11 BV passim.

schriebene Auftrag bildet die Legitimationsgrundlage und den gesetzlichen Rahmen dafür, sich in die innerfamiliären Angelegenheiten einzumischen. Gegen diese Einmischung können sich Eltern rechtsstaatlich zur Wehr setzen, wenn sie sie für ungerechtfertigt oder unangemessen halten. Sind die Anordnungen rechtskräftig, hat sich die Beistandsperson daran zu halten und sich nicht eigene Aufträge zurechtzulegen, wie sie es für sinnvoll halten würde. Beistandschaftliche Unterstützung findet in diesem Sinne ihre Grenzen einerseits in der Rechtsstellung der Eltern und des Kindes, andererseits aber natürlich auch in der Empfänglichkeit und Zugänglichkeit der Dienstleistungsadressaten.

Die geeignete Beistandsperson vergewissert sich ihres konkreten Auftrags, legt sich ein Interventionskonzept zurecht, das sie den Beteiligten (Eltern, Kind) transparent vermittelt und mit ihnen so weit als möglich abstimmt⁷³, erläutert den Beteiligten ihre Unterstützungsmöglichkeiten, schürt keine Erwartungen, denen sie mit den Mitteln des Zivilgesetzbuches und noch so hoher Fachkunde nicht gewachsen sein kann, antizipiert mit den Eltern und gegebenenfalls dem urteilsfähigen Kind, welche Handlungsoptionen zum Erfolg, welche zum Abbruch der Unterstützung und welche allenfalls zu weiteren Anordnungen der KESB führen können, legt ihrem Handeln eine professionelle Methodik zugrunde und evaluiert das Mandat in angemessenen Intervallen (von 3–6 Monaten). Erweist sich die Massnahme als untauglich, ist sie unverhältnismässig und von der zuständigen Behörde entweder durch eine andere geeignete Massnahme zu ersetzen oder aufzuheben, denn nicht nur zu weit oder zu wenig weitgehende, sondern auch wirkungslose oder gar zusätzlich schadenstiftende Massnahmen sind ungesetzlich⁷⁴.

3.4. Grenzen und Abgründe

Weil nicht jeder Berufsbeistand in allen Fachbereichen Spezialist sein kann und auch nicht sein muss, hat die KESB bzw. das Gericht darauf Bedacht zu nehmen, dass eine geeignete Person mit dem nötigen Spezialwissen und genügend zeitlichen Kapazitäten eingesetzt wird⁷⁵.

Wo sich die Situation eines gefährdeten Kindes durch die Beistandschaft wegen nicht einigungsfähiger Eltern bei allem professionellen und verhältnismässigen Einsatz nicht verbessern lässt, ist die Gefahr gross, dass sich die Beistandschaft selbst zu einem zusätzlichen Problem- und Stressfaktor des betroffenen familiären Systems entwickelt, weil auch noch die Handlungen oder vermeintlichen Unterlassungen des Beistandes zu einem Streitthema werden. Mit einem zusätzlichen Konfliktklima ist dem Kind, dem die Massnahme zgedacht ist,

⁷³ Sinngemäss Art. 406 Abs. 1 und 301 Abs. 2 ZGB.

⁷⁴ Art. 5 und 36 BV; BIDERBOST (Fn 19), 179; HENKEL (Fn 33), 36; MARTIN STETTLER, L'impact du principe de proportionnalité sur la gradation et le champ d'application des mesures tutélaires, ZVW 1984, 44 f.; AFFOLTER, AJP 1998, 649 Ziff. 3.c; BSK ZGB I-AFFOLTER, Art. 414 N 1; BGer 5A_627/2011 vom 16.04.2012 E. 3.2; 5A_82/2011 vom 08.04.2011 E. 3.1; 5A_55/2010 vom 09.03.2010 E. 5.1; 5C.74/2003 vom 03.07.2003, E. 4.2.

⁷⁵ Art. 400 Abs. 1 ZGB.

nicht geholfen. Um eine Metapher zu bemühen: Anstatt das Feuer zu löschen, wird noch ein Brikett nachgeschoben. Wenn entsprechende Bemühungen nicht schon im Vorfeld der Beistandschaft erfolglos unternommen wurden, kann die KESB selbstverständlich die unter Kap. 1.2. erläuterten Alternativen prüfen und gegebenenfalls anordnen. «Äs muess öppis go, do chame doch nit zueluege» kann damit bedeuten, andere psychologische oder pädagogische Hilfen⁷⁶ anzufragen. Es kann andernfalls aber auch bedeuten, die Schranken des Machbaren anzuerkennen⁷⁷, die behördliche wie fachliche Machtlosigkeit auszuhalten, sich allenfalls mit einer Überwachung der Familiensituation (Art. 307 Abs. 3 ZGB) zu begnügen und es allenfalls bei einer autoritativen Festlegung des Besuchsrechts sein zu lassen, auch wenn sie sich nicht als durchsetzbar erweist⁷⁸. Selbstverständlich kann im (seltenen) Einzelfall das Scheitern der Beistandschaft aber auch zu schärferen behördlichen Eingriffen führen, konkret einer Um- oder Fremdplatzierung des Kindes oder eines behördlich verfügten Besuchsrechtsentzugs. Namentlich der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts oder gar der Sorge mit sanktionsmotivierter Neuzuteilung der Obhut ist erfahrungsgemäss aber kaum je eine bessere und schon gar keine legale Lösung, solange das Kind im Alltag gut betreut ist und sich den Umständen entsprechend gedeihlich entwickelt⁷⁹.

⁷⁶ FamKomm-SCHREINER, Anh. Psych N 212 ff., 307 ff.

⁷⁷ JOSEPH SALZGEBER, JOACHIM SCHREINER, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, FamPra.ch 2014, 88 ff., BGer 5A_719/2013 vom 17.10.2014 E. 4.5.

⁷⁸ BGer 5A_719/2013 vom 17.10.2014 E. 4.6.

⁷⁹ Urteil Kantonsgericht St. Gallen vom 17.01.2008, FamPra.ch 1/2008, 212; Urteil Obergericht Zürich vom 10.06.2003, ZR 103/2004, 137 ff.; FamKomm-SCHREINER, Anh. Psych N 284 ff.