

Fachanwalt für Familienrecht

Kindesschutz

Rechtliche Grundlagen, behördliches Verfahren und Vollstreckung


29. Oktober 2011

Kurt Affolter, Fürsprecher und Notar,
Institut für angewandtes Sozialrecht, Ligerz



Inhaltsübersicht


- Verfahrensrechtliche Grundlagen
 - 1.1 Internationale Konventionen und Bundesverfassung
 - 1.2 Bundeszivil- und Zivilprozessrecht
 - 1.3 Kantonales Recht
- Ausgewählte Verfahrensfragen
 - 2.1 Zuständigkeit der Kindesschutzbehörden
 - 2.2 Rechtshängigkeit
 - 2.3 Prozessfähigkeit des Kindes
 - 2.4 Vollstreckung und deren Schranken
- Materielle Kindesschutzbestimmungen
 - 3.1 Verfahrensbeistand
 - 3.2 Schranken des persönlichen Verkehrs
 - 3.3 Kindesschutzmassnahmen i.e.S.
 - 3.4 Angeordnete Mediation, Beratung, interventionsorientierte Gutachten
- Aufgaben und Kompetenzen des Beistandes
 - 4.1 Allgemeine Hinweise
 - 4.2 Besuchsbeistandschaft im Besonderen



1. Verfahrensrechtliche Grundlagen

Regelung Kinderbelange durch

<p>Gericht</p> <ul style="list-style-type: none">• Eherechtliche Verfahren<ul style="list-style-type: none">- Eheschutz- Ehetrennung- Ehescheidung- Eheungültigkeit• Eherechtliche Abänderungsverfahren<ul style="list-style-type: none">- Strittige elterliche Sorge- Strittige Unterhaltsbeiträge- Obhutsuteilung- Besuchsrecht, falls auch eS oder Unterhalt strittig	<p>Kindesschutzbehörde</p> <ul style="list-style-type: none">• Unverheiratete Eltern<ul style="list-style-type: none">- Alles• Eherechtliche Verfahren<ul style="list-style-type: none">- Dringlichkeit- Fortsetzung hängiges KSM-Verfahren• Eherechtliche Abänderungsverfahren<ul style="list-style-type: none">- Einvernehmliche Änderungen- Strittige Besuchsrechte
--	--



1.1 Internationale Konventionen und BV I

- **EMRK** (SR 0.101)
 - Art. 3 Verbot der Folter und erniedrigender Behandlung
 - Art. 5 lit. d) rechtfertigender Freiheitsentzug
 - Art. 6 Recht auf faires Verfahren
 - Art. 8 Achtung des Privat- und Familienlebens
 - Art. 13 Beschwerderecht
 - Art. 14 Diskriminierungsverbot
 - Art. 34 Individualbeschwerderecht



1.1 Internationale Konventionen und BV II

- **UKRK** (SR 0.107, i.K. CH: 26.3.1997)
 - Art. 3 Vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls bei allen das Kind betreffenden Massnahmen
 - Art. 9 Trennung Eltern-Kind nur mittels rechtsstaatlichem Verfahren und nach Anhörung
 - Art. 10 Beschleunigungsgebot für Familienzusammenführungen
 - Art. 12 Anhörung und Mitsprache Kind
 - Art. 16 Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen Eingriffe ins Privat- und Familienleben



1.1 Internationale Konventionen und BV III

- **UKRK** (SR 0.107)
 - Art. 25 Anspruch des untergebrachten Kindes auf regelmässige Überprüfung der Behandlung und Unterbringungsbelange
 - Art. 37 Schutz vor Folter oder anderer grausamer, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung und willkürlicher Freiheitsentziehung sowie Recht auf Zugang zu rechtskundigem Beistand



1.1 Internationale Konventionen und BV **IV**

- **Übereinkommen mit Bezug auf internationale Sachverhalte (Auszug)**
 - Haager Kindesschutzübereinkommen 1996 (HKsÜ, SR 0.211.231.011, i.K. 1.7.2009)
 - Erfasst im Unterschied zum MSA nicht nur das auf Schutzmassnahmen, sondern das auf die elterliche Verantwortung für das Kind anwendbare Recht
 - New Yorker Übereinkommen über die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen (SR 0.274.15, i.K. 4.11.1977)
 - Europäisches Sorgerechtsübereinkommen (ESÜ, SR 0.211.230.01, i.K. 1.1.1984)



1.1 Internationale Konventionen und BV **V**

- Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ, SR 0.211.230.02, i.K. 1.1.1984)
- Haager Minderjährigenschutzübereinkommen (MSA, SR 0.211.231.01)
 - Abgelöst durch HKsÜ, Geltung beschränkt auf Vertragsstaaten, die (noch) nicht dem HKsÜ beigetreten sind
 - Inhaltlich auf Kindesschutzmassnahmen beschränkt, worunter auch die Regelung des persönlichen Verkehrs fällt (BGer 5C.263/2005)
- Haager Adoptionsübereinkommen (HAÜ, SR 0.211.221.311, i.K. 1.1.2003)
- Diverse Übereinkommen zum Unterhaltsrecht (Übersicht vgl. Gauch/Stöckli, ZGB, 48. Aufl., S. 449)



1.1 Internationale Konventionen und BV **VI**

- **BV (SR 0.107)**
 - Art. 11 Besonderer Schutz von Kindern und beschränkte Handlungsunfähigkeit Urteilsfähiger
 - Art. 29 Anspruch auf Rechtsgleichheit, rechtliches Gehör und unentgeltliche Rechtspflege
 - Art. 29a Rechtsweggarantie



1.2. Bundeszivil- und Zivilprozessrecht

1.2. Bundeszivil- und Zivilprozessrecht

- IPRG (SR 291. i.K. 1.1.1989)
 - Art. 85 Abs. 1: Das HKsÜ ist als schweizerisches IPR anwendbar im Verhältnis zu denjenigen Nichtkonventionsstaaten des HKsÜ, die (auch) nicht dem MSA beigetreten sind.
- Personenrecht
 - Art. 19 Abs. 2 ZGB (nArt. 19c ZGB): Beschränkte Handlungsunfähigkeit Urteilsfähiger bezüglich höchstpersönlicher Rechte



1.2. Bundeszivil- und Zivilprozessrecht II

- Eherecht
 - Art. 109 Abs. 2 ZGB: Für die Wirkungen der gerichtlichen Ungültigerklärung der Ehe auf die Kinder gelten sinngemäss die Bestimmungen über die Scheidung.
 - Art. 133 ZGB: Kinderbelange bei Scheidung
 - » Official- und Untersuchungsmaxime
 - » Primat Kindeswohl
 - Art. 134 ZGB: Pflicht zur Neuregelung von Kinderbelangen bei veränderten Verhältnissen nach Massgabe des Kindeswohls



1.2. Bundeszivil- und Zivilprozessrecht III

- Kindesschutzrecht
 - Art. 315a und 315b ZGB: Während der Dauer eherechtlicher Verfahren oder Abänderungsverfahren (Eheschutz, -scheidung, -trennung, -ungültigkeit) ist das Gericht auch für Kindesschutzmassnahmen zuständig, das Verfahren richtet sich deshalb
 - Gemäss Art. 295 ZPO (e contrario) nach dem für das eherechtliche Verfahren massgebenden Verfahrensrecht
 - » Art. 219 ff. ZPO: Ordentliches Verfahren
 - » Art. 271 ff. ZPO: Summarisches Verfahren für Eheschutzmassnahmen und vorsorgliche Massnahmen (Art. 248 lit. d, 276 ZPO).



1.2. Bundeszivil- und Zivilprozessrecht **IV**

- Ausnahmen der gerichtlichen Zuständigkeit:
 - Weiterführung hängiger Verfahren durch KESB (Art. 315a Abs. 3 Ziff. 1 ZGB)
 - KESB kann rascher den nötigen Schutz sicherstellen (Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB)
- Art. 314 und 315 ZGB: Ausserhalb eherechtlicher Verfahren liegt die sachliche Zuständigkeit für Kindesschutzmassnahmen bei der KESB und richtet sich das Verfahren nach kantonalem Recht (ab 1.1.2013 nach nArt. 443 ff. ZGB)
- Gilt auch für die Durchsetzung elterlicher Sorge bei Unverheirateten (FamPra 3/2011 777)



1.2. Bundeszivil- und Zivilprozessrecht **V**

- Bundesrechtliche Minimalstandards für behördliche und gerichtliche Kindesschutzmassnahmeverfahren:
 - Offizial- und Untersuchungsmaxime (BGer 5A_149/2011 E. 2.4.1, Art. 307 ZGB, Art. 296 ZPO, nArt. 446 ZGB)
 - » Verweigerung eines Gutachtens kann willkürliche (antizipierte) Beweiswürdigung darstellen, verletzt aber nicht Recht auf Beweis nach ZGB 8 (BGer 5C.271/2006, ZVW 2007, 214; BGer 5C.257/2004, 5C.207/2004, ZVW 2005, 135 ff.)



1.2. Bundeszivil- und Zivilprozessrecht **VI**

- Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 307 ZGB)
 - » Die für den angestrebten Zweck geeignete Massnahme
 - » Ausschöpfen aller milderer Massnahmen nicht nötig (BGE 131 III 409)
- Rechtsanwendung von Amtes wegen (iura novit curia, BGE 128 II 145, Art. 57 ZPO, nArt. 446 Abs. 4 ZGB)



1.2. Bundeszivil- und Zivilprozessrecht

VII

- Anhörungsrecht des Kindes durch Behörde oder geeignete Drittperson (Art. 314 Ziff. 1 ZGB, nArt. 314a ZGB, Art. 298 ZPO)
 - » Rechtliches Gehör bedingt Kommunikation in sprachlicher und kultureller Hinsicht (Cottier ZVW 2007 S. 139 f.)
 - » Art. 314 Ziff. 1 ZGB gilt auch für die Regelung des persönlichen Verkehrs (BGE 127 III 295; 5P.276/2005, ZVW 2006, 100)



1.2. Bundeszivil- und Zivilprozessrecht

VIII

- » Alterslimiten von 6 resp. 11-13 Jahren sind nicht schematisch, sondern dem Entwicklungsstand des Kindes entsprechend anzuwenden (BGE 131 III 553 UR 59-05; 5C.209/2005, ZVW 2006, 98)
- » Ratio legis verlangt grundsätzlich Anhörung durch Gericht (bzw. Kinderschutzbehörde), Delegation im Interesse des Kindes möglich (BGE 5A_46/2007, ZVW 2007, 209)



1.2. Bundeszivil- und Zivilprozessrecht

IX

- Möglichkeit des Entzugs aufschiebender Wirkung der Beschwerde (Art. 314 Ziff. 2 ZGB)



1.2. Bundeszivil- und Zivilprozessrecht

IX

- Sinngemässe Anwendung der FFE (ab 1.1.2013: FU)-Bestimmungen bei Anstaltsunterbringung (ab 1.1.2013: Unterbringung in geschlossene Einrichtung oder psychiatrische Klinik).
- Vertretungsbeistand bei Interessenkollision der Eltern (Art. 306 Abs. 2 i.V.m. Art. 393 Ziff. 2 ZGB)
- Verfahrensvertreter „wenn nötig“ in eherechtlichen Verfahren (Art. 299 ff. ZPO; ab 1.1.2013 auch in behördlichen Verfahren, nArt. 314a^{bis} ZGB)



1.3. Kantonales Verfahrensrecht

1.3. Kantonales Verfahrensrecht (Art. 314 ZGB)

- Massgeblich für das Verfahren vor den KESB
- Je nach kantonaler Gesetzgebung
 - EG ZGB
 - VRPG
 - Vormundschaftsverordnungen u.ä.
 - Gebühren(ver)ordnungen
- Ab 1.1.2013: Erweiterte bundesrechtliche Minimalstandards (nArt. 443-450g ZGB)
- Ergänzende kantonale Bestimmungen (nArt. 450f ZGB), ansonsten ZPO CH als ergänzendes Recht



2. Ausgewählte Verfahrensfragen

2.1 Zuständigkeit der Kindesschutzbehörden

a) Sachliche Zuständigkeit

- **Vormundschaftsbehörde**
 - Für alle Anordnungen gemäss Art. 298 Abs. 2, 306 Abs. 2 i.V.m. Art. 392 Ziff. 2, 307-310 und 312, 318 Abs. 3, 320 Abs. 2, 324, 325, 368 ZGB
 - Für alle Anordnungen betreffend Gewährung und Schutz des persönlichen Verkehrs gemäss Art. 275, 273 Abs. 2 und 274 Abs. 2 ZGB
 - Einschränkungen des Rechts auf Information und Auskunft (Art. 275a Abs. 3 ZGB)
 - Anordnung Verfahrensbeistandschaft gem. Art. 6 Abs. 2 und 9 Abs. 3 BG-KKE
 - Anordnung Beistandschaft gem. Art. 17 BG-HAÜ



2.1 Zuständigkeit der Kindesschutzbehörden II

- **Vormundschaftliche Aufsichtsbehörde**
 - Entzug der elterlichen Sorge nach Art. 311 ZGB
 - Neuzuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach gemeinsamer Ausübung (Art. 298a Abs. 2 ZGB)
- **Kindesschutzbehörde (nArt. 440 Abs. 3 ZGB)**
 - Ab 1.1.2013: Keine Aufteilung der Spruchkompetenz mehr zwischen Kindesschutzbehörde und Aufsichtsbehörde, volle Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde für alle Massnahmen, soweit nicht das Gericht zuständig ist (Art. 315a und 315b ZGB), vgl. nArt. 298a Abs. 2, nArt. 311, nArt. 315 Abs. 1, nArt. 315b Abs. 2 ZGB.



2.1 Zuständigkeit der Kindesschutzbehörden III

- **Wenn keine Zuständigkeit des Gerichts vorliegt, d.h.**
 - Unverheiratete Eltern
 - Verheiratete und geschiedene Eltern, wenn kein eherechtliches Verfahren oder Abänderungsverfahren hängig ist (Art. 315a und 315b ZGB)
 - Eheschutz (Art. 172 ff. ZGB, 271 ff. ZPO)
 - Ehetrennung (Art. 117 f. ZGB, Art. 294 ZPO)
 - Ehescheidung (Art. 111 ff. ZGB, Art. 274 ff., 297-301 ZPO)
 - Eheungültigkeit (Art. 104 ff. ZGB, Art. 294 ZPO)
 - Bei einvernehmlicher Abänderung von Kinderbelangen Geschiedener (Art. 134 Abs. 3, 315b Abs. 2 ZGB)



2.1 Zuständigkeit der Kindesschutzbehörden IV

- Strittige und unstrittige Abänderung von Regelungen über den persönlichen Verkehr (Art. 134 Abs. 4, 315b Abs. 2 ZGB)
- **Wenn sich Zuständigkeiten des Gerichts und der KESB überlagern, d.h.**
 - Verheiratete Eltern, wenn vor eherechtlichem schon ein behördliches Verfahren hängig war oder Gericht nicht rechtzeitig handeln kann (Art. 315a Abs. 3 ZGB)



2.1 Zuständigkeit der Kinderschutzhörden V

- b) *Örtliche Zuständigkeit (Art. 315 ZGB)*
- Wohnsitz Kind (Art. 25 ZGB)
- Aufenthalt, wenn Kind bei Dritten untergebracht ist oder Dringlichkeit besteht
- Wohnsitz Priorität (BGE 129 I 419, ZVW 2003 S. 460 ff. , 465)
- Im internationalen Verhältnis
 - Gegenüber Konventionsstaaten keine perpetuatio fori, nach Aufenthaltswechsel ist neue Behörde für Anordnungen zuständig (Art. 5 Abs. 2 HKsÜ; BGE 123 III 411; 5C.263/2005, ZVW 2006, 107).
 - Wechsel während Rechtsmittelverfahren: Im Verhältnis zu Konventionsstaaten verliert die Appellationsinstanz ihre Zuständigkeit (BGE 132 III 586, ZVW 2006, 316)
 - Gegenüber Nichtkonventionsstaaten: perpetuatio fori (BGE 5A_665/2010, ZKE 2011, 145)



2.1 Zuständigkeit der Kinderschutzhörden VI

- Exkurs: Wohnsitz des Kindes**
- Regel: Wohnsitz Inhaber der elterlichen Sorge (eS)
 - Nur ein Elter mit eS: Immer dessen Wohnsitz, unabhängig von Obhutsrecht und Aufenthalt des Kindes
 - Bei gemeinsamer eS (geS) und gemeinsamem Wohnsitz: Wohnsitz der Eltern
 - Bei geS, getrenntem Wohnsitz und gemeinsamem oder beidseits entzogenem Obhutsrecht: Aufenthaltsort
 - Bei geS, getrenntem Wohnsitz und einem Obhutsberechtigten: Dessen Wohnsitz, auch bei anderem Aufenthalt des Kindes



2.1 Zuständigkeit der Kinderschutzhörden VII

- Exkurs: Wohnsitz des Kindes II**
- Bei geS, getrenntem Wohnsitz und beidseitig fehlendem Obhutsrecht: Aufenthalt
 - Kind unter Vormundschaft (Art. 368, nArt. 327a-327c ZGB): Sitz der Vormundschaftsbehörde, bei Kreisbehörden: Gewöhnliche Aufenthaltsgemeinde
 - Wird die eS entzogen (Art. 311, 312 ZGB), so befindet sich der Wohnsitz des zu bevormundenden Kindes am Wohnsitz der Eltern (wo das Verfahren geführt wurde)



2.1 Zuständigkeit der Kinderschutzhörden VIII

Exkurs: Wohnsitz des Kindes III

- Nach Tod des Inhaber der eS: Perpetuierung des bisherigen Wohnsitzes für kurze Zeit. Kind kann aber bei längerer Untätigkeit der KSB selbständigen Wohnsitz am Aufenthaltsort begründen.
- Ist Mutter minderjährig:
 - Keine direkte gesetzliche Anknüpfung möglich
 - Daher selbständiger Wohnsitz des Kindes (Lebensmittelpunkt)
 - Lebensmittelpunkt des Neugeborenen am Wohnsitz der minderjährigen Mutter
 - Vorübergehender Aufenthalt der Mutter (Heim) keine Anknüpfung (ausser bei Gefahr im Verzug, Art. 315 Abs. 2 ZGB)



2.2 Rechtshängigkeit

- Fixiert Beginn des Verfahrens und örtliche wie sachliche Zuständigkeit (Art. 315a Abs. 3 ZGB)
- Begründet Verfahrens- bzw. Prozessrechtsverhältnis
- Löst verfahrensrechtliche Minimalgarantien aus
 - Rechtliches Gehör inkl. Akteneinsicht (BV 29²)
 - Beweisanztragsrecht
 - Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung (BV 29¹)
 - Beurteilung innert angemessener Frist (BV 29¹)
 - Persönliche Anhörung des Kindes (Art. 314 Ziff. 1 ZGB; nArt. 314a ZGB)
 - Unentgeltliche Rechtshilfe bei gegebenen Voraussetzungen
 - Rechtsweggarantie (Art. 29a und 30 BV)



2.2 Rechtshängigkeit II

- Verpflichtet Behörde zu Durchführung und Abschluss des Verfahrens auch bei Wohnsitzwechsel (perpetuatio fori, ausser IPR, Art. 85 IPRG und Art. 5 Abs. 2 HKsÜ)
- Zeitpunkt:
 - Eingang eines Gesuchs oder Antrags bei der KESB
 - Eingang einer amtlichen Meldung
 - Eingang einer nicht offensichtlich unbegründeten privaten Meldung oder Anzeige
 - Eröffnung von Amtes wegen mittels konkreter Verfahrensschritte (superprovisorische Massnahmen, Einladung zur Anhörung, Aufträge zur Abklärung etc.)



2.2 Rechtshängigkeit

III

- Problem Abgrenzung Beratung – Verfahrensbeginn
 - Keine Rechtshängigkeit lösen i.d.R. aus:
 - » Anonyme Konsultation und Beratungen ohne Meldepflicht der Fragesteller und ohne Gefahr im Verzug (Fil rouge)
 - » Beratungen und Unterstützungen Sorgeberechtigter
 - » Aber: Immer Vorbehalt der Officialmaxime



2.3 Prozessfähigkeit des Kindes

- Ausgangslage: Beschränkte Handlungsfähigkeit urteilsfähiger Minderjähriger im Bereich höchstpersönlicher Rechte (Art. 11 Abs. 2 BV und Art. 19 Abs. 2 bzw. nArt. 19c Abs. 1 ZGB)
- Aktuelle BGer-Praxis inkonsistent wegen Art. 314a Abs. 2 ZGB (BGer 5A_503/2010, ZKE 2011, 329)
- Mit nArt. 314b Abs. 2 ZGB Dilemma behoben.
- Kasuistik:
 - BGE 120 Ia 369: Prozessfähigkeit eines 12-Jährigen bezüglich Vollstreckung des persönlichen Verkehrs
 - BGer 6P.121/2003 (ZVW 2003, 438): Beschwerde einer 14-Jährigen gegen provisorische jugendstrafrechtliche Einweisung



2.3 Prozessfähigkeit des Kindes

II

- Kasuistik (2):
 - BGer 5C.51/2005 (ZVW 2006, 98): Beschwerde eines 10 ½-Jährigen bezüglich Besuchsrecht
 - BGer 5P.319/2006 (ZVW 2007, 94): Beschwerde eines 13-Jährigen bezüglich Besuchsrecht
 - BGer 5P.41/2006 (ZVW 2006, 203): Beschwerde eines urteilsfähigen Minderjährigen gegen Entzug der Pflegekinderbewilligung seiner Pflegeeltern und dadurch bedingter Umplatzierung (in BGer 5A_94/2007 dagegen offen gelassen, ob Obhut zu den höchstpersönlichen Rechten des Kindes gehöre...)
 - BGer 5A_624/2010 (ZKE 2011, 327): Prozessfähigkeit des 13 ½-Jährigen in Fragen der Namensänderung.



2.3 Prozessfähigkeit des Kindes

III

- Kasuistik (3):
 - BGer 5A_503/2010: Keine Prozessführungsbefugnis einer 15 ½-Jährigen nach Art. 314a Abs. 2 ZGB, aber Prozessführungsbefugnis als 17-Jährige zur Klärung der Frage, ob sie im kantonalen Verfahren prozessführungsbefugt gewesen sei (ZKE 2011, 329)
 - Kein Eintreten auf Kindesbeschwerde, wenn Kind instrumentalisiert wird (Verstoss gegen Treu und Glauben, BGE 5P.407/2005, 5C.278/2005, ZVW 2006, 108)



2.3 Prozessfähigkeit des Kindes

IV

- Kasuistik (4):
 - Folgerung: Kind kann Parteistellung beanspruchen, sobald es urteilsfähig ist und höchstpersönliche Rechte geltend machen kann (Art. 19 Abs. 2 ZGB), soweit keine ausdrückliche Gesetzesvorschrift das Gegenteil bestimmt (wie Art. 314a ZGB).
 - Damit bleibt der Schutz urteilsunfähiger oder aus anderem Grund nicht prozessfähiger Kinder der Errichtung einer Vertretungs- oder Erziehungsbeistandschaft anheim gestellt (Art. 392 Ziff. 2 oder Art. 308 Abs. 2 ZGB), wenn die Eltern die Kinder sind genügend vertreten (Art.304 ZGB) oder nicht vertreten können (Art. 306 Abs. 2 ZGB).



2.4 Vollstreckung und deren Schranken

- Zuständigkeit zur Anordnung von Vollstreckungs-massnahmen
 - Behördlich angeordnete Kinderschuttmassnahmen: KESB.
 - Bei gerichtlich angeordneten Kinderschuttmassnahmen ist zu differenzieren
 - Wird KESB mit Vollzug betraut (Art. 315a ZGB), ordnet diese nötigenfalls den konkreten Vollzug an (z.B. Modalitäten zur Einweisung in Heim, Art. 307 ZGB, nArt. 450g ZGB)
 - Für Betroffene verbindliche Massnahme (z.B. Besuchsrechtsregelungen): Vollstreckungsverfügung durch Gericht (Art. 236 Abs. 3, 267 ZPO).
 - Durchsetzung elterlicher Sorge bei Unverheirateten (FamPra 3/2011 777)



2.4 Vollstreckung und deren Schranken II

- Voraussetzung:
 - Rechtskräftiges Urteil und Vollstreckung nicht aufgehoben (Art.336 Abs. 1 lit. a ZPO)
 - Noch nicht rechtskräftig, aber vorzeitig vollstreckbar von Gesetzes wegen (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO) oder durch Verfügung (Art. 314 Ziff. 2 ZGB; Art. 315 Abs. 2 ZPO).
- Massgebliches Vollstreckungskriterium: Kindeswohl
- Verhältnismässigkeitsgrundsatz von besonderer Bedeutung
 - Direkter Zwang nur beschränkt möglich wegen entgegenstehender Interessen der Betroffenen oder Kindeswohl (EGMR Urteile vom 2. November 2010, ZKE 2011, 140; 18.1.2007, ZVW 2007, 87)
 - Direkter physischer Zwang gegen Kind ist möglichst zu vermeiden (BGE 107 II 303; 111 II 409)



2.4 Vollstreckung und deren Schranken III

- Vollstreckungshilfen
 - Behördlicher Zwang gemäss kantonalen VRPG
 - Strafanordnung gemäss Art. 292 StGB
 - Gerichtlicher Zwang gemäss Art. 343 ZPO
 - eine Strafanordnung nach Artikel 292 StGB
 - eine Ordnungsbusse bis zu 5000 Franken
 - eine Ordnungsbusse bis zu 1000 Franken für jeden Tag der Nichterfüllung
 - Besuchsbeistände sind keine Vollstreckungshilfen!
 - Nicht verlängerter behördlicher Arm, sondern Beistand für das Kind
 - Vermittler, Organisator, Mediator, Berater



2.4 Vollstreckung und deren Schranken IV

- Für die Behörden und Gerichte gilt wie für die Eltern die Erziehungskonzeption von Art. 301 Abs. 1 und 2 ZGB:
 - Entscheide unter Vorbehalt der eigenen Handlungsfähigkeit des Kindes treffen
 - Der Reife entsprechende Freiheit der Lebensgestaltung gewähren
 - In wichtigen Angelegenheiten soweit tunlich auf Meinung des Kindes Rücksicht nehmen
- Ungerechtigkeit für eines der Eltern ist ein nicht immer vermeidbarer Begleiter („emotionaler Verlustschein“)
- Keine Scheu vor behördlichem Rückzug, wenn Verfahren und Prozesse der Nahrung eines feindseligen Klimas dienen, unter dem das Kind leidet oder nichts gewinnt.



3. Materielle Kindesschutzbestimmungen

3.1. Verfahrensbeistand

- Prozessbeistand des Kindes im Scheidungsverfahren (Art. 299 ZPO), „wenn nötig“
 - Wichtige Gründe
 - » Uneinigkeit der Eltern bezüglich eS, Obhut und BR
 - » Antrag der VB oder eines Elternteils
 - » Zweifel an Angemessenheit der gemeinsamen elterlichen Anträge bezüglich eS und BR
 - » Anlass zur Erwägung von Kindesschutzmassnahmen
 - Zwingend auf Antrag des Kindes
 - Kostentragung: Verfahrenskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO), Verteilung nach Art. 104 ff. ZPO



3.1. Verfahrensbeistand

II

- Verfahrensvertreter des Kindes wegen Verhinderung oder Interessenkollision der Eltern (Art. 306 Abs. 2 i.V.m. Art. 392 Ziff. 2 ZGB bzw. nArt. 306 Abs. 2 ZGB), namentlich
 - Anfechtung der Ehelichkeit der Vaterschaft (Art. 256 ZGB)
 - Erbteilungsverfahren mit Sorgeinhabern (Art. 607 ff. ZGB)
 - Kindesvertretung gegen vernachlässigende oder misshandelnde Eltern (z.B. Art. 219, 122, 123 StGB, BGer 1P.848/2005)
 - Kindesvertretung gegenüber hochkonfliktuellen Eltern
 - Unbegleitete minderjährige Asylbewerber (UMA)
- Verfahrensvertreter zur Feststellung der Vaterschaft (Art. 309 ZGB)
 - Primär zur Feststellung des väterlichen Kindesverhältnisses (allenfalls mittels Klage)
 - Sekundär zur Beratung und Betreuung der Mutter
 - Praxis: Karenzfrist von ca. 3 Monaten bis zur Anordnung



3.1. Verfahrensbeistand

III

- Verfahrensvertreter nach nArt. 314a^{bis} ZGB „wenn nötig“
 - Vergleichbar mit Prozessbeistand nach Art. 299 ZPO
 - Wichtige Gründe namentlich:
 - wenn Unterbringung des Kindes Gegenstand des Verfahrens bildet (Art. 310/314a ZGB bzw. nArt. 310/314b ZGB)
 - wenn unterschiedliche Anträge der Beteiligten bezüglich elterlicher Sorge oder wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs
 - Aber: Im Gegensatz zu Art. 299 Abs. 3 ZPO nicht zwingend, wenn Antrag des Kindes vorliegt
- Vertretungsbeistand nach Art. 308 Abs. 2 ZGB zur Interessenwahrung des Kindes, insbesondere Unterhaltsanspruch, Namensänderung etc
- Terminologie uneinheitlich (Kindesvertreter, Verfahrensvertreter, Prozessbeistand, Vertretungsbeistand, Paternitätsbeistand [Art. 309])



3.2. Schranken des persönlichen Verkehrs

- Schranken des persönlichen Verkehrs (Art. 273 Abs. 2 und 274 Abs. 2 ZGB)
 - Passhinterlegung (BGer 5C.247/2004)
 - Begleitung oder Aufsicht des BR (Besuchstreffpunkte)
 - Friedensbürgschaft Art. 66 StGB (BGer 5P.369/2004)
 - Auflage eines Therapiebesuchs (BGer 5P.263/2005, ZVW 2006, 100)
 - Auflage zum Besuch einer PAS-Therapie (BGer 5A_140/2010, ZVW 2010, 466)
 - Andere auf den persönlichen Verkehr bezogene Mahnungen oder Weisungen
 - Entzug oder Verweigerung des BR



3.3. Kinderschutzmassnahmen i.e.S.

3.3.1 Geeignete Kinderschutzmassnahmen (Art. 307 ZGB)

- Ermahnungen
- Weisungen (sh. dazu auch Art. 273 Abs. 2 ZGB)
- Erziehungsaufsicht, der Einblick und Auskunft zu erteilen ist
- Anordnung einer Gesprächstherapie (BGE 5P.316/2006, ZVW 2007, 94)
- Anordnung einer Mediation bei Besuchsrechtsstreitigkeiten
- Anordnung eines interventionsorientierten Gutachtens (Staub, ZKE 2010, 34)
- Auflage, das Kind nicht ins Ausland zu verbringen (BGE 136 III 353 E. 3.3)
- sämtliche Bereiche elterlichen Handelns unter Beachtung der Maximen der Subsidiarität, Komplementarität und Proportionalität (BGE 136 III 353 E. 3.3)



3.3. Kinderschutzmassnahmen i.e.S. II

3.3.2. Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB)

Drei Typen:

- Unterstützung mit Rat und Tat
- Besondere Befugnisse
- Besondere Befugnisse mit partieller Beschränkung elterlicher Sorge



3.3. Kindesschutzmassnahmen i.e.S. III

3.3.3 Aufhebung der elterlichen Obhut (Art.310 ZGB)

- Beinhaltet:
 - Entziehung des Obhutsrechts
 - Übergang der rechtlichen Obhut an die VB
 - Platzierung des Kindes und Übertragung der faktischen Obhut an Pflegeeltern/Heim (Art. 300 ZGB)
- Massnahme bei Erziehungsunfähigkeit, aber erwünschtem Einfluss auf Erziehungsentscheide (BGE 5C.207/2004, ZVW 2005, 135 f.; 5C.284/2005, ZVW 2006, 107 f.)



3.3. Kindesschutzmassnahmen i.e.S. IV

3.3.3 Aufhebung der elterlichen Obhut (2)

- Voraussetzungen (BGer 5A_254/2010)
- Kind in der elterlichen Obhut nicht so geschützt und gefördert, wie es für seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung nötig wäre
 - unerheblich, auf welche Ursachen die Gefährdung zurückzuführen ist
 - Anlagen oder Fehlverhalten des Kindes, der Eltern oder der weiteren Umgebung
 - unerheblich, ob die Eltern ein Verschulden an der Gefährdung trifft



3.3. Kindesschutzmassnahmen i.e.S. V

3.3.3 Aufhebung der elterlichen Obhut (3)

- Massnahme von Amtes wegen oder auf Antrag der Eltern oder des Kindes, wenn gemeinsamer Haushalt unzumutbar geworden ist und keine andere Option besteht (Art. 310 Abs. 2 ZGB)
- Variante: Rücknahmeverbot nach längerer Pflegedauer, wenn Entwicklung des Kindes gefährdet würde (Art. 310 Abs. 3 ZGB)
- Keine Möglichkeit der alternierenden Obhut ohne Einverständnis beider Eltern (BGE 5C.143/2006 und 5P.206/2006, ZVW 2007, 90 f.; 5A_495/2008, ZVW 2009, 131)



3.3. Kindesschutzmassnahmen i.e.S. VI

3.3.3 Aufhebung der elterlichen Obhut (4)

– Platzierung in Heim oder Anstalt (Art. 314a ZGB)

- » Art. 397e Ziff. 5 ZGB nur sinngemäss anwendbar, d.h. nur, wenn psychisch krankes Kind vermutlich der psychiatrischen Anstaltsversorgung bedarf (BGE 131 III 409, ZVW 2005, 278; 5C.294/2005, ZVW 2006, 203)
- » Begutachtung nicht zwingend bei milieu- und entwicklungsbedingten Schwierigkeiten (BGE 131 III 409, ZVW 2005, 278)
- » Abweichung von Art. 397f Abs. 3 ZGB: Für die Anhörung von Kindern gilt immer Art. 314 Ziff. 1 ZGB, Nachbesserung der Anhörung vor Rechtsmittelinstanz möglich (BGE 131 III 409, ZVW 2005, 278).



3.3. Kindesschutzmassnahmen i.e.S. VII

3.3.3 Aufhebung der elterlichen Obhut (5)

– Platzierung in Heim oder Anstalt (Art. 314a ZGB)

- » Anhörung des Kindes ersetzt Gutachten nicht (BGE 5C.294/2005, ZVW 2006, 203)
- » Kind, nicht aber Elter kann „wenn nötig“ Rechtsbeistand verlangen (Art. 397f Abs. 2 ZGB; BGE 5C.294/2005, ZVW 2006, 203)
- » Heim für Jugendstrafvollzug schliesst FFE-Eignung nicht aus (BGE 5C.258/2006, ZVW 2007, 95)



3.3. Kindesschutzmassnahmen i.e.S. VIII

3.3.4 Entzug der elterlichen Sorge

– Gegen den Willen der Eltern (Art. 311 ZGB):
Zuständig bis 31.12.2012: VAB, danach KSB

- » Strenge Anforderungen, ultima ratio
- » Eltern nicht von Verantwortlichkeit abkoppeln!
- » Unterschied langfristiges Kontaktverbot wegen Zuchthausstrafe zu vorübergehendem Kontaktunterbruch (BGE 5C.207/2004, ZVW 2005, 135 ff.)
- » Verzicht auf notwendige Begutachtung der Eltern ist Verstoß gegen Untersuchungsmaxime (a.a.O.)
- » Nichterfüllen elterlicher Pflichten genügt nicht (BGE 5C.284/2005, ZVW 2006, 107)



3.3. Kindesschutzmassnahmen i.e.S. IX

3.3.4 Entzug der elterlichen Sorge (2)

- Mit Einwilligung der Eltern (Art. 312 ZGB): VB
 - » Gesuch aus wichtigen Gründen
 - » Freigabe zur Adoption



3.3. Kindesschutzmassnahmen i.e.S. X

3.3.5 Schutz des Kindesvermögens (Art. 318, 324 und 325)

- » Weisungen
- » Periodische Rechnungsstellung
- » Hinterlegung
- » Sicherstellung
- » Kindesvermögensverwaltungsbeistandschaft (Art. 325 ZGB)



3.4. Angeordnete Mediation, Beratung, interventionsorientiertes Gutachten

- Wichtigstes Anwendungsgebiet: Besuchsrechtskonflikte
- Konkreter Auftrag an die Fachstelle, verbunden mit allen nötigen Modalitäten (Anmeldung durch Eltern oder Einladung durch Fachstelle, Häufigkeit, Zeithorizont etc)
- Verpflichtung, Einladungen der Fachstelle Folge zu leisten
- bei Bedarf: Androhung der Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB
- bei Bedarf: Anordnung des Einmischungsverbotes Dritter, Sanktionsdrohungen
- Aufforderung an die Fachstelle, Auswertungsbericht zu unterbreiten



3.4. Angeordnete Mediation, Beratung, interventionsorientiertes Gutachten II

- wenn eine kantonale Rechtsgrundlage besteht: Gebührenfestlegung.
- Falls vorgängig Einigung mit den Eltern: Bestätigung des Kostenverteilers (sonst Kosten der Fachstelle vorerst zulasten der anordnenden Behörde als Auftraggeberin).
- Bei Bedarf: Sistierung des Besuchsrechts.
- Wenn bereits eine Erziehungsbeistandschaft besteht: Klärung des Auftrages des Beistandes während der Dauer der angeordneten Zusatzmassnahme.
- Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde (Art. 314 Ziff. 2 ZGB).



4. Aufgaben und Kompetenzen des Beistandes

4.1 Allgemeine Hinweise

- „Besondere Befugnisse“ berühren den Aufgabenbereich der Eltern (Art. 301-304 ZGB)
- Schranken:
 - Eigene Freiheitsrechte und beschränkte Handlungsunfähigkeit des Kindes (Art. 301 Abs. 2 ZGB, Art. 305 ZGB)
 - Zuständigkeiten von KESB und Gericht (z.B. Art. 275 ZGB)
- Keine finanziellen Verwaltungsaufgaben im Rahmen von Art. 308 ZGB
 - Schutzmassnahmen der KESB für Kindesvermögen: Art. 318 Abs. 3 ZGB oder Art. 324 ZGB
 - Verwaltung des Kindesvermögens: Art. 325 ZGB (mit Wirkung des Entzugs der Verwaltungsbefugnis der Eltern)



4. Aufgaben und Kompetenzen des Beistandes II

- Beispiele von besonderem Befugnissen
 - Kontaktvermittlung Kind-Besuchsberechtigte/r (BGE 5C.137/2006, ZVW 2006, 314)
 - Übermittlung von Geschenken und Korrespondenz (BGE 5C.269/2006, ZVW 2007, 210)
 - Kontakt zur Schule (Art. 302 Abs. 3 ZGB)
 - Überwachung des persönlichen Verkehrs (Art. 308 Abs. 2, 273 Abs. 2 ZGB)
 - Vertretung des Kindes bei der Wahrung des Unterhaltsanspruchs (Art. 308 Abs. 2 ZGB)



4. Aufgaben und Kompetenzen des Beistandes III

4.2 Besuchsrechtsbeistandschaft im Besonderen

- Überwachung des persönlichen Verkehrs
- Überwachung des Informations- und Auskunftsanspruchs (Art. 275a ZGB)
- Beratung, Aufklärung, Vermittlung, Organisation
- Festlegen von Modalitäten (Holen/Bringen/Ausstattung)
- Keine Kompetenz zur Aufhebung der BR-Begleitung
- Keine Kompetenz zur Beauftragung eines psychiatrischen Gutachtens (ZVW 2004 S. 72 ff.)
- Keine Kompetenz zur Regelung des BR
- Nicht: Vollstreckungsorgan



Ende