



Kommentar zu: Urteil: [5A\\_232/2018](#) vom 30. April 2018  
Sachgebiet: Familienrecht  
Gericht: Bundesgericht  
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung  
dRSK-Rechtsgebiet: Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

## Eröffnung von KESB-Entscheiden mittels Beistandsperson

### Autor / Autorin

Kurt Affolter-Fringeli

### Redaktor / Redaktorin

Christoph Häfeli

*Wird der Entscheid über die Anordnung der Beistandschaft und die Ernennung einer Beistandsperson nicht der urteilsfähigen betroffenen Person von der KESB selbst direkt eröffnet, sondern die vorgesehene Beistandsperson beauftragt, den KESB-Entscheid «in geeigneter Form» der betroffenen Person zu eröffnen, beginnt die Rechtsmittelfrist für die betroffene Person erst zu laufen, wenn es der vorgesehenen Beistandsperson gelungen ist, den Adressaten zu erreichen. Was das Bundesgericht im vorliegenden Fall als sinnvolle Eröffnungsform erachtet, erweist sich in Tat und Wahrheit als Stolperstein eines wirksamen Erwachsenenschutzes und Gefahr für die Rechtssicherheit.*

### Sachverhalt

[1] Die KESB ordnete am 31. Oktober 2017 eine Begleit- und Vertretungsbeistandschaft an und ernannte A. zum Beistand. Dieser wurde von der KESB beauftragt, den Entscheid (über die Anordnung der Beistandschaft und die Ernennung des Beistandes) dem Betroffenen und dessen Mutter in geeigneter Form zu eröffnen. Nach der Schilderung der mit der Eröffnung beauftragten Beistandsperson sei die Verständigung mit dem gehörlosen und von der Familie abgeschirmten Beschwerdeführer nahezu ausgeschlossen gewesen. Die persönliche Übergabe des KESB-Entscheidungsschreibens sei nach mehrmaligen Versuchen zur Terminvereinbarung und kurzfristigen Terminabsagen seitens von Familienmitgliedern gescheitert, weshalb die Beistandsperson den Entscheid schliesslich am 9. Januar 2018 per Brief A-Plus an den Beschwerdeführer gesandt habe. Dieser reichte innert 30 Tagen beim zuständigen Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn Beschwerde ein, worauf das Verwaltungsgericht mit der Begründung, die Beschwerde sei verspätet, nicht eintrat. Dem widerspricht das Bundesgericht.

### Zusammenfassung der Erwägungen

[2] Das solothurnische Verwaltungsgericht hielt dem Beschwerdeführer entgegen, er habe nicht geltend gemacht, den Entscheid erst am 9. Januar 2018 empfangen zu haben, weshalb es bei der Berechnung der Beschwerdefrist auf das Datum abstellte, an welchem die Beistandsperson den Entscheid in Empfang nahm. Das Bundesgericht lässt diese Argumentation nicht gelten, weil die

KESB die Eröffnung ihres Entscheides an den Betroffenen der Vermittlung bzw. persönlichen Übergabe durch den Beistand anvertraut habe und damit (seiner Ansicht nach) angesichts der konkreten Umstände eine sinnvolle Eröffnungsform gewählt habe. Massgeblich für die Rechtsmittelfristberechnung sei damit das Datum, an welchem die betroffene (zu verbeiständende) Person den Entscheid erhalten habe und nicht die Inempfangnahme durch die (vorgesehene) Beistandsperson, was als Eintretensvoraussetzung von Amtes wegen abzuklären sei. Das Verfahren vor dem solothurnischen Verwaltungsgericht ist deshalb fortzusetzen und zunächst der Prüfung zu unterziehen, wann der Betroffene vom Entscheid der KESB Kenntnis erhielt.

## Kommentar

[3] Die Eröffnung eines Entscheides betrifft eine wesentliche Frage des rechtsgültigen Verfahrens. Eröffnung bedeutet, dass ein Entscheid einer betroffenen Person oder/und Stelle rechtsgültig zur Kenntnis gebracht wird, womit der Beginn einer allfälligen Rechtsmittelfrist fixiert wird. Dabei wird der Begriff «Eröffnung» in den für das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht massgeblichen Verfahrensordnungen des Bundes und der Kantone uneinheitlich verwendet. Zuweilen wird auch nur der Begriff «Mitteilung» oder «Zustellung» verwendet (während der Kt. Solothurn den Begriff Eröffnung in § 21 Verwaltungsrechtspflegegesetz [[VRG SO](#)] verwendet, findet sich bspw. für den Kt. ZH in § 59 Abs. 1 und 2 Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht [[EG KESR](#)] der Begriff Zustellung).

[4] Die Verantwortung, dass ein bei der KESB rechtshängig gewordenes Verfahren korrekt abläuft und verfassungskonform (Art. 29 Bundesverfassung [[BV](#)]) beendet wird, trägt allein die KESB (Art. 446 Abs. 4 Zivilgesetzbuch [[ZGB](#)]: «iura novit curia»; BSK ZGB I-AUER/MARTI, Art. 446 N 40 ff.; KOKES-Praxisanleitung Kinderschutzrecht, 2017, Rz. 5.86). Soweit die Kantone keine abweichenden Bestimmungen erlassen haben, gelten angesichts fehlender besonderer Verfahrensbestimmungen im ZGB (Art. 443-450e ZGB) gemäss Art. 450 f. ZGB sinngemäss die einschlägigen Vorschriften der Zivilprozessordnung ([ZPO](#)) (Art. 138 ff. zur Eröffnungsform und Art. 142 ff. zum Fristenlauf). Dabei hat sich zur Frage, auf welche Art ein Entscheid rechtsgültig eröffnet werden könne, eine umfangreiche Gerichtspraxis etabliert. Dies betrifft neben dem im üblichen Rahmen empfangsfähigen Entscheid (d.h. Adressaten, die über zugetragene Post problemlos erreichbar sind) auch Entscheide

- an Personen, die bei versuchter Zustellung nicht angetroffen wurden (Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, Urteil des Bundesgerichts [5A\\_325/2012](#) vom 15. Mai 2012; zur Siebentage-Regelung Urteil des Bundesgerichts [5A\\_2/2010](#) vom 17. März 2010),
- an Inhaber von Postfächern (Urteil des Bundesgerichts [5A\\_325/2012](#) vom 15. Mai 2012),
- an Personen, die der Post einen Nachsendeauftrag «postlagernd» erteilt haben (Urteil des Bundesgerichts [5P.425/2005](#) vom 20. Januar 2006, besprochen von Christoph Leuenberger in ZBJV 2008 S. 201 f.),
- an Personen, die der Post einen Postrückbehaltungsauftrag erteilt haben (Urteil des Bundesgerichts [5A\\_1052/2017](#) vom 10. Januar 2018; [BGE 134 V 49](#)),
- welche während der Gerichtsferien eröffnet werden, wobei die entsprechenden Regeln der ZPO über den Fristenstillstand den Umsetzungsbedürfnissen des Kindes- und Erwachsenenschutzes widersprechen und daher nicht Anwendung finden können (KOKES-Praxisanleitung ESR, Rz. 1.165, KOKES-Praxisanleitung Kinderschutzrecht, 2017, Rz. 5.91),
- welche während Abwesenheit der Betroffenen eröffnet werden, mit denen diese aber wegen eines hängigen Verfahrens zu rechnen hatten (Urteil des Bundesgerichts [5A\\_1052/2017](#) vom 10. Januar 2018).

Ausserdem können bei entsprechender technologischer Ausrüstungen Entscheide auch elektronisch eröffnet werden (Art. 139 ZPO, Art. 9 ff. [VeÜ-ZSSV](#)).

[5] Im Kanton Solothurn richtet sich die Eröffnung eines KESB-Entscheides gemäss § 145 Abs. 1 EG ZGB SO nach § 21 VRG SO:

- Die KESB stellt den am Verfahren beteiligten Personen den Entscheid mit schriftlicher

Begründung zu,

- Kindern, welche das 14. Altersjahr vollendet haben, ist der Entscheid persönlich zu eröffnen (Art. 301 lit. b ZPO)
- Bei Dringlichkeit kann die Eröffnung mündlich erfolgen. Sie ist ohne Verzug schriftlich zu bestätigen.
- Ist die Zustellung des Entscheides nicht möglich, so kann die Entscheidung amtlich publiziert werden (Art. 141 Abs. 1 lit. a- c ZPO).

Damit steht fest, dass den Betroffenen in aller Regel ein schriftlich begründeter Entscheid zuzustellen ist und Art. 239 ZPO im Kindes- und Erwachsenenschutz von wenigen Ausnahmen abgesehen keine Geltung haben kann (Urteil des Bundesgerichts [5A\\_670/2016](#) vom 13. Februar 2017, besprochen von MEIER/HÄBERLI in ZKE 2017 S. 254 ÜR 98-17). Auf welche Weise der Entscheid aber die Adressaten erreicht, lässt § 21 VRG SO offen. Da sich auch weder das ZGB noch das EG ZGB SO noch das VRG SO dazu äussern, finden gem. Art. 450 f. ZGB und § 145 Abs. 1 EG ZGB SO die Bestimmungen der ZPO sinngemäss Anwendung.

[6] Die ZPO kennt zur Zustellung gerichtlicher Verfügungen und Entscheide einen besonderen Abschnitt (Art. 136 ff.). Gemäss Art. 138 ZPO wird zur Form der Zustellung folgendes vorgegeben:

- Die Zustellung von Vorladungen, Verfügungen und Entscheiden erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Abs. 1),
- Sie ist erfolgt, wenn die Sendung von der Adressatin oder vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde. Vorbehalten bleiben Anweisungen des Gerichts, eine Urkunde dem Adressaten oder der Adressatin persönlich zuzustellen (Abs. 2),
- Sie gilt zudem als erfolgt bei einer eingeschriebenen Postsendung, die nicht abgeholt worden ist, am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch, sofern die Person mit einer Zustellung rechnen musste (Abs. 3 lit. a),
- bei persönlicher Zustellung, wenn die Adressatin oder der Adressat die Annahme verweigert und dies von der überbringenden Person festgehalten wird, am Tag der Weigerung (Abs. 3 lit. b),
- Andere Sendungen kann das Gericht durch gewöhnliche Post zustellen (Abs. 4).

[7] Die Möglichkeiten der Spruchbehörde, nach Art. 138 Abs. 1 ZPO «auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung» einen Entscheid zuzustellen, und nach Art. 138 Abs. 2 ZPO die Anweisung zu erlassen, dass ein Entscheid dem Adressaten/der Adressatin persönlich zuzustellen ist (und nicht bloss von einer angestellten oder im selben Haushalt lebenden Person empfangen werden darf), wirft die Frage auf, wer zu dieser Zustellung verpflichtet werden könne. Immerhin handelt es sich um einen Akt der Gerichtsbarkeit und bedarf entsprechender staatsorganisatorischer Grundlage, wenn der Überbringer nicht aufgrund einer spezialgesetzlichen Grundlage verpflichtet ist, den Überbringungsauftrag der KESB zu erfüllen (was in der Regel Gerichtsvollzieher und die Polizei sind). Eine Beistandsperson ist nie ein Vollstreckungsorgan oder der verlängerte Arm der KESB (KURT AFFOLTER-FRINGELI, Rollen und Verantwortlichkeiten bei behördlicher Fremdunterbringung eines Kindes, in: Fankhauser/Reusser/Geiser [Hrsg.], FS Thomas Geiser, S. 40). Dagegen schliesst Art. 138 ZPO nicht aus, dass die KESB ihre Entscheide der Beistandsperson als gesetzlicher Vertretung der verbeiständeten Person eröffnet und diese damit beauftragt, den Entscheid in geeigneter Form auch der verbeiständeten Person zu übermitteln. Deshalb scheint es mir, dass grundsätzlich gegen die Anordnung der KESB, einen Entscheid durch eine gesetzliche Vertretung (Beistand) der betroffenen Person zu übermitteln, von Gesetzes wegen nichts einzuwenden wäre. Das bedingt allerdings, dass die Beistandsperson tatsächlich rechtskräftig eingesetzt ist. Das ist sie regelmässig bei Entscheiden der KESB über die Entgegennahme des Inventars, bei Berichtsgenehmigungen, bei zustimmungsbedürftigen Geschäften nach Art. 416/417 ZGB oder bei Vermögensanlageentscheiden der KESB gemäss Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft ([VBVV](#)). Unter diesen Voraussetzungen ist mit dem Auftrag der KESB an die

Beistandsperson, den Entscheid der KESB der verbeiständeten Person in geeigneter Weise zur Kenntnis zu bringen, eine rechtsgenügende Eröffnung. Vorab gilt das zweifelsohne, wenn die verbeiständete Person urteilsunfähig ist und deshalb nur die Beistandsperson Eröffnungsadressat sein kann. Bei handlungsfähigen oder eingeschränkt handlungsfähigen Verbeiständeten, welche Anspruch auf eine eigene Eröffnung haben, kann die Übermittlung solcher Entscheide an sie durch die Beistandsperson zum Beistandsmandat gehören. Das Risiko der allenfalls von der Beistandsperson zu verantwortenden verzögerten Mitteilung und des damit allenfalls auch verzögerten Beginns einer Rechtsmittelfrist für die verbeiständete Person trägt bei dieser Eröffnungsform die KESB, weil die Mandatsführung keine Standards kennt, in welcher Frist sich eine Beistandsperson mit der betroffenen Person trifft und ihr gefällte Entscheide der KESB zur Kenntnis bringt. Würde eine Beistandsperson die Kommunikation mit der verbeiständeten Person sorgfaltspflichtwidrig vernachlässigen, und entstünde daraus Schaden, riskiert sie damit eine Verantwortlichkeitsklage i.S.v. Art. 454 ZGB.

[8] Anders verhält es sich, wenn der (künftigen) Beistandsperson der Auftrag erteilt wird, den Entscheid über die Anordnung der Beistandschaft und die Ernennung der Beistandsperson der betroffenen Person zu übermitteln, denn diesfalls ist sie mangels Rechtskraft des Entscheides noch nicht gesetzliche Vertretung. Weil die (vorgesehene) Beistandsperson auch kein Vollzugsorgan der KESB ist, hat sie grundsätzlich bei solchen Entscheiden auch keine Verpflichtung und keine Durchsetzungskompetenzen, eine Eröffnung vorzunehmen, womit die KESB Eröffnungsfehler riskiert. Diese Eröffnungsform ist den KESB daher nur zu empfehlen, wenn mit dem Entscheid den Anliegen der betroffenen urteilsfähigen Person entsprochen wurde oder erwartungsgemäss die betroffene Person zumindest den Entscheid akzeptieren wird oder wenn sie urteilsunfähig ist. Namentlich in strittigen Fällen wie jenem, der dem hier besprochenen Urteil zugrunde liegt, kann die KESB die Überbringung der Botschaft nicht der Beistandsperson überlassen. Erstens kann der Entscheid nicht in Rechtskraft erwachsen, solange er nicht in begründeter Form den Adressaten erreicht hat (Urteil des Bundesgerichts [5A\\_670/2016](#) vom 13. Februar 2017), was dem Schutzzweck des Erwachsenenschutzrechts und der Rechtssicherheit zuwiderläuft. Zweitens versetzt er die Beistandsperson schon von Anbeginn in einen Rollenkonflikt und reduziert deren Chancen, mit der verbeiständeten Person ein Vertrauensverhältnis aufbauen zu können (Art. 405/406 ZGB). Vielmehr müsste die KESB – obwohl dies gesetzlich so nicht gefordert ist, aber in der Praxis empfohlen wird – in derart strittigen Fällen den Entscheid nebst einer ordentlichen schriftlichen und eingeschriebenen Eröffnung mündlich den Betroffenen vermitteln, damit die betroffene Person von der (autoritativ anordnenden) KESB und nicht von der Beistandsperson den behördlichen Entscheid zur Kenntnis erhält und aufgrund der Erläuterungen der KESB verstehen kann, welche (ausführende und beschützende) Rolle die Beistandsperson haben wird (vgl. zum Kindesschutzverfahren auch Kokes-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, 2017, Rz. 3.83, 5.14, 5.85 und 21.20 f.).

Lic. iur. KURT AFFOLTER-FRINGELI, Fürsprecher und Notar, Institut für angewandtes Sozialrecht.

**Zitiervorschlag:** Kurt Affolter-Fringeli, Eröffnung von KESB-Entscheiden mittels Beistandsperson, in: dRSK, publiziert am 30. Mai 2018

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

