



Kommentar zu: Urteil: [5A_723/2019](#) vom 4. Mai 2020
Sachgebiet: Familienrecht
Gericht: Bundesgericht
Spruchkörper: II. zivilrechtliche Abteilung
dRSK-Rechtsgebiet: Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

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

Ringens um angemessenen persönlichen Verkehr

Vom Wert und Unwert des Prozessierens um familiäre Beziehungsgestaltung

Autor / Autorin

Kurt Affolter-Fringeli

Redaktor / Redaktorin

Christoph Häfeli

Mit dem Argument, die Anliegen des Kindes seien den entscheidenden Behörden und Gerichten bekannt und in deren Anordnungen eingeflossen, kann nicht auf die Anhörung verzichtet werden. Recht haben bedeutet in der familiären Beziehungsgestaltung noch lange nicht immer, auch Gutes zu tun.

Sachverhalt

[1] Ein 56-jähriger Vater streitet sich mit der 44-jährigen Mutter ihrer zwei gemeinsamen 8- und 12-jährigen Kinder um ein adäquates Besuchsrecht. Die Eltern waren nie miteinander verheiratet und leben seit sieben Jahren getrennt. Die elterliche Sorge wurde schon vor vier Jahren nach einem ebenfalls bis vor Bundesgericht ausgetragenen Streit ([5A_89/2016](#) vom 2. Mai 2016) allein der Mutter zugeteilt, nachdem die Kommunikation zwischen den Eltern blockiert war und sich der chronifizierte Konflikt auf verschiedene Lebensbereiche der Kinder erstreckte, in welchen sich gemeinsame Entscheide als nicht möglich erwiesen. Darunter litt vor allem der Sohn in hohem Masse (diagnostizierte psychische Störung).

[2] Ab Mai 2015 kam dem Kindsvater ein 14-tägiges Besuchsrecht am Wochenende zu. Im Dezember 2016 sistierte die KESB den persönlichen Verkehr der Kinder mit dem Vater vorübergehend und ordnete ab dem 1. Januar 2017 für ein halbes Jahr ein begleitetes Besuchsrecht von monatlich drei Stunden an. Am 26. Oktober 2017 und am 16. März 2018 verlängerte die KESB das begleitete Besuchsrecht um jeweils sechs Monate. In dieser Zeit war es dem Kindsvater ausserdem verboten, ausserhalb der Besuchszeiten mit den Kindern oder der Kindsmutter Kontakt aufzunehmen oder Dritte mit einer Kontaktaufnahme zu beauftragen.

[3] Mit Entscheid vom 11. Dezember 2018 sistierte die KESB jeglichen persönlichen Verkehr zwischen dem Vater und den Kindern für die Dauer von mindestens zwölf Monaten und ordnete stattdessen quartalsweise Erinnerungskontakte an. Ausserdem wies sie den Vater unter Strafandrohung nach Art. 292 [StGB](#) an, den Kontakt zu den Kindern in jeglicher Form (direkt oder indirekt) zu unterlassen. Weiter hielt die KESB fest, Anträge auf Wiederaufnahme des Kontaktrechts würden erst wieder geprüft, wenn der Kindsvater nachweise, dass er sich nachhaltig und seit mindestens vier Monaten einer Therapie unterziehe, um seine Rolle am Elternkonflikt zu beleuchten und zu verstehen und sich bewusst zu werden, auf welche Weise er das Kindeswohl schützen könne. Sodann ernannte die KESB eine neue Beistandsperson und legte deren Aufgabenbereich neu fest.

[4] Die väterliche Beschwerde vor dem kantonalen Verwaltungsgericht blieb erfolglos. Vor Bundesgericht verlangt der Vater ein Besuchsrecht alle zwei Wochen von Freitagmittag, 12.00 Uhr, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr, ein Ferienrecht für seine Kinder von mindestens 4 Wochen pro Jahr und das Recht, mindestens einmal pro Woche mit den Kindern zu telefonieren. Eventualiter sei die Sache zur Bestellung eines Kinderanwalts, zur Anhörung der Kinder durch eine unabhängige Fachperson, der Anordnung einer Mediation, der Anhörung einer sachverständigen Zeugin und zu neuer Entscheidung an die KESB zurück zu weisen. Subeventualiter sei die Sache zur Bestellung eines Kinderanwalts, zur Anhörung der Kinder durch eine unabhängige Fachperson, zur Anordnung einer Mediation, zur Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung mit Anhörung einer sachverständigen Zeugin und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subsubeventualiter sei die Sache zur Einholung eines systemischen Gutachtens unter Einbezug der Kinder zur Beurteilung der Anteile der Eltern an der Besuchsrechtsstreitigkeit, deren Erziehungsfähigkeit und der Umsetzung eines dem Kindeswohl entsprechenden Besuchs-, Ferien- und Kontaktrechts an die Vorinstanz zurück zu weisen.

[5] Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut und weist die Sache zur Anhörung der Kinder und zum neuen Entscheid über den persönlichen Verkehr an das Verwaltungsgericht zurück.

Erwägungen des Bundesgerichts

Beschwerdelegitimation des Vaters

[6] Unstrittig ist der Vater zur Beschwerde hinsichtlich der Regelung des persönlichen Verkehrs befugt. Das Bundesgericht liess dagegen wie bereits im Entscheid [5A_278/2016](#) vom 6. Juni 2016 die Frage offen und erachtet es zumindest als fraglich, ob ein Elternteil ohne elterliche Sorge hinsichtlich der *verweigerten Vertretung der Kinder durch einen Kinderanwalt* beschwerdebefugt sei. Die Interessenwahrung liege am sorgeberechtigten Elternteil oder einer Kindesvertretung, überdies stünde den Eltern entgegen Art. 299 Abs. 2 Bst. b [ZPO](#) für die Kindesvertretung nach Art. 314a^{bis} [ZGB](#) kein Antragsrecht zu (E. 1.1 und 4.1).

Neue Tatsachen und Beweismittel

[7] Das Bundesgericht ruft die unterschiedlichen Regeln zum Novenrecht im kantonalen Beschwerdeverfahren und im Verfahren vor Bundesgericht in Erinnerung. Wenn das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (was für das kantonale Kindesschutzverfahren gilt), so berücksichtigt es neue Tatsachen und Beweismittel bis zum Schluss des Beweisverfahrens (§ 145 [EG ZGB SO](#) i.V.m. § 31^{bis} [VRG](#)) beziehungsweise bis zur Urteilsberatung (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Demgegenüber können vor dem Bundesgericht, welches seinem Urteil grundsätzlich den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde legt (Art. 105 Abs. 1 [BGG](#)), neue Tatsachen und Beweismittel nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 BGG). Hiervon erfasst sind unechte Noven, also Tatsachen, die im bisherigen Verfahren bereits hätten vorgebracht werden können, aber nicht vorgebracht wurden. Echte Noven, d.h. Tatsachen, die erst entstanden sind, nachdem vor der Vorinstanz keine neuen Tatsachen und Beweismittel mehr vorgetragen werden konnten, sind im Verfahren vor Bundesgericht demgegenüber grundsätzlich unbeachtlich (E. 1.4.).

Rechtsbegehren und Begründungspflicht

[8] Der angefochtene kantonale Gerichtsentscheid umfasste mehrere Themen (Besuchsrechtssistierung, Anordnung von Erinnerungskontakten, Therapieauflagen, Kontaktverbot, Bestimmung einer neuen Beistandsperson und deren Aufgabenbereich, Abweisung eines Gesuchs um Protokollberichtigung, prozessleitende Anordnungen). Der Beschwerdeführer verlangte die Aufhebung des gesamten angefochtenen Urteils, beschränkte sich in seiner Begründung aber nur auf einen Teilbereich des Urteils, weshalb das Bundesgericht auf die nicht begründeten Anfechtungspunkte nicht eintrat (E. 1.5.).

Anspruch an Willkür rügen

[9] Zur Begründung, die gerichtliche Beschwerdeinstanz habe den entscheiderelevanten Sachverhalt qualifiziert fehlerhaft, d.h. willkürlich oder unter Verletzung einer anderen bundesrechtlichen Norm festgestellt (Art. 95 BGG), genügt nicht, seine eigene Sicht der Dinge in appellatorischer Weise vorzutragen. Daher tritt das Bundesgericht nach dem strengen Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG) nur auf klar und detailliert erhobene und, soweit möglich,

belegte Rügen ein. Das gilt namentlich auch für die Beweiswürdigung als Tatfrage (E. 1.3., 1.4., 2.1., 2.2.).

Anwendbarkeit der ZPO auf das (nichtstrittige) Kindesschutzverfahren

[10] Gemäss Art. 1 Abs. 1 ZPO ist die Zivilprozessordnung auf das Kindesschutzverfahren nicht (direkt) anwendbar, sondern – soweit die Kantone nichts anderes bestimmen – gemäss Art. 450f ZGB lediglich sinngemäss (E. 3.2.).

Anspruch auf öffentliche Verhandlung

[11] Gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 [EMRK](#) besteht grundsätzlich Anspruch auf eine (publikums-) öffentliche Verhandlung. Zwar sieht die EMRK selbst als Ausnahmetatbestand den Schutz des Privatlebens vor, und auch nach (dem gemäss Art. 1 Abs. 1 ZPO und Art. 450f ZGB nicht direkt anwendbaren) Art. 54 Abs. 4 ZPO sind familienrechtliche Verfahren nicht öffentlich. Der Ausschluss der Öffentlichkeit bedarf allerdings immer einer besonderen Begründung (BGE [144 III 442](#) E. 2.2; [142 II 182](#) E. 3.1.1) und beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Das Bundesgericht schützte im vorliegenden Fall die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Abwägung zwischen dem Grundsatz der Justizöffentlichkeit und dem Schutzbedarf der Kinder. Der Vater bediente sich zur Durchsetzung seiner Interessen Methoden, welche dem Schutz des Kindeswohls (Art. 307 ZGB) widersprachen. Gewichtet wurden namentlich die Versuche des Vaters, seine Kinder im Kampf gegen die Mutter zu instrumentalisieren und zu manipulieren, seine Hetzkampagnen gegen die Schutzbehörden, der von ihm ausgehende Einbezug der Presse und die Gefahr, dass bei einer öffentlichen Verhandlung mit einem grossen Presseaufgebot zu rechnen wäre und im Gerichtssaal mit KESB-kritischen Personen gegen die Mutter Stimmung gemacht würde und die Kinder noch mehr unter Druck gerieten (E.3.2. und 3.3.).

Notwendigkeit der Kindesvertretung

[12] Die anwaltliche Vertretung der Kinder erwies sich im vorliegenden Verfahren deshalb nicht als notwendig, weil die Mutter als alleinige Inhaberin der elterlichen Sorge die Interessen der Kinder zu vertreten vermochte und sich zwischen den Interessen der Mutter und jenen der Kinder keine Kollision ergab. Ein Zusatznutzen durch eine weitere Vertretung liess sich deshalb nicht ausmachen. Bestätigt hat das Bundesgericht, dass die zur Überwachung des Besuchsrechts eingesetzte Beiständin zur Vertretung der Kinder nicht berufen wäre (E. 4.4., so schon in BGer [5A_400/2015](#) vom 25. Februar 2016 E. 2.3.).

Anhörung des Kindes

[13] Die Kinder waren im vorinstanzlichen Verfahren etwa 7 und 11 Jahre alt. Nach Feststellung des Verwaltungsgerichts sei (einzig) das ältere Kind vor etwas mehr als vier Jahren im Rahmen einer Begutachtung und das jüngere Kind gar nie durch die Behörden angehört worden. Dennoch habe die Sichtweise der Kinder zur konkreten Fragestellung des Besuchsrechts detailliert Eingang in das Verfahren gefunden. Nach Ansicht des Bundesgerichts wäre das Verwaltungsgericht grundsätzlich gehalten gewesen, die Kinder von Amtes wegen anzuhören. Dazu habe umso mehr Anlass bestanden, als ein entsprechender Antrag vorlag. Entgegen der Vorinstanz liege kein Grund vor, um (ausnahmsweise) auf die Anhörung zu verzichten. Vorab dürfe diese nicht mit der Begründung ausgeschlossen werden, der Standpunkt der Kinder habe bereits Eingang in das Verfahren gefunden, worin eine antizipierte Beweiswürdigung liegt (zum Begriff der antizipierten Beweiswürdigung vgl. BGE [143 III 297](#) E. 9.3.2). Es könne somit keine Rede davon sein, dass die vor Jahren erfolgte Anhörung heute noch aktuell sei. Die beantragte Anhörung lasse sich folglich auch nicht gestützt auf die Rechtsprechung ablehnen, wonach zur Vermeidung unzumutbarer Belastungen Anhörungen um der Anhörung willen zu vermeiden sind. In diesem Punkt drang der Beschwerdeführer durch (E. 5.).

Zuständige Instanz nach Rückweisung

[14] Dem Bundesgericht stellte sich die Frage, ob die Sache zur Anhörung der beiden Kinder an die KESB oder ans Verwaltungsgericht zurückzuweisen sei, denn das Bundesgerichtsgesetz sieht beide Optionen vor (Art. 107 Abs. 2 BGG). Das Bundesgericht entschied sich für die Vorinstanz, weil diese die sich noch stellenden Fragen mit voller Kognition beurteilen kann (Art. 450a ZGB), und womit über die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs zwischen Vater und Kindern baldmöglichst Klarheit geschaffen werden soll (E. 5.5.).

Beurteilung des Ausstandsbegehrens

[15] Dieses bezog sich für den Fall der Rückweisung auf einzelne Mitglieder des Verwaltungsgerichts und fiel daher nicht in den Zuständigkeitsbereich des Bundesgerichts (E. 5.4.).

Verletzung der Untersuchungsmaxime

[16] Mit dem Verzicht auf die Anhörung der Kinder verletzte KESB und Vorinstanz die Untersuchungsmaxime, wogegen der Beizug eines angeblich veralteten Gutachtens aus dem Jahre 2015 deshalb nicht zu beanstanden war, weil der Beschwerdeführer damit keine willkürliche Feststellung des Sachverhalts nachzuweisen vermochte (E. 6.2.). Einzutreten war auch nicht auf die Rüge, die Gutachtensperson sei befangen gewesen, weil sie unverzüglich vorzubringen wäre (E. 6.2.).

Ohne Therapie kein neues Verfahren?

[17] Dem Bundesgericht erscheint die Verknüpfung der Anhandnahme weiterer Gesuche mit dem Besuchen einer Therapie mit Blick auf die allgemeinen Verfahrensgarantien und insbesondere das Verbot der Rechtsverweigerung und den Anspruch auf rechtliches Gehör als problematisch (Art. 29 Abs. 1 und 2 [BV](#)). Weil der Beschwerdeführer diesbezüglich keine grundrechtlichen Rügen vorbrachte, trat das Bundesgericht nicht weiter auf die Sache ein. Die Anrufung einer Persönlichkeitsverletzung traf ins Leere, weil Art. 28 ZGB einzig auf die Beziehung unter Privaten, nicht jedoch auf diejenige zwischen Privaten und dem Staat, wie sie hier in Frage steht, Anwendung findet (E. 6.3.1.).

Mediation statt Therapie

[18] Das Begehren des Beschwerdeführers, anstelle einer ihm auferlegten Therapie eine Mediation unter den Eltern anzuordnen, wurde vom Bundesgericht nicht geschützt, weil der Beschwerdeführer ohne hinreichende Begründung von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abwich und es ihm nicht gelang, das den Kinderschutzbehörden zustehende Ermessen (Art. 307 ZGB) als rechtsfehlerhaft erscheinen zu lassen.

Ablehnung einer sachverständigen Zeugin

[19] Das Verwaltungsgericht wies den Antrag ab auf Anhörung einer sachverständigen Zeugin. Dem Beschwerdeführer gelang es nicht darzulegen, welche Normen dadurch verletzt worden sein sollen und inwiefern diese Anhörung am Beweisergebnis etwas geändert hätte, weshalb das Bundesgericht auch auf diesen Punkt nicht eintrat.

Kommentar

[20] Das bundesgerichtliche Urteil liest sich wie ein kleines Vademecum für sorgfältiges Prozessieren vor Bundesgericht oder anders gesagt, worauf sich beim «Gang nach Lausanne» die nötige Sorgfalt konzentrieren muss. Es geht dabei nicht allein um handwerkliche Fragen der Prozessvertretung, sondern letztlich um die Frage, wie Kinderschutz auf juristischer Ebene effizient und effektiv (d.h. möglichst rasch, direkt wirksam und ohne weitere innerfamiliäre Kollateralschäden) umgesetzt werden kann und wie nicht zielführende Vorbringen vermeidbar wären. Eltern mit unversöhnlichen Standpunkten, welche über Jahre hinweg ihre Konflikte vor Behörden und Gerichten oder gar einer breiteren Öffentlichkeit (z.B. soziale Medien und Presse) austragen, bieten in einer entscheidenden Lebensphase ihrer Kinder, nämlich deren Jugend- und Entwicklungsjahren, schlechte Vorbilder und Referenzen und zementieren ein familiäres Klima, welches in krassem Gegensatz steht zu den in Art. 301 und 302 ZGB verankerten Erziehungspostulaten, die das Kindeswohl (und Glückseligkeit) der Kinder allem voranstellen. Das müssen sich auch die Anwält*innen der Eltern vor Augen halten.

[21] Der Vater wird sich nach diesem bundesgerichtlichen Verdikt die Frage stellen müssen, welche begünstigenden Erfolgsfaktoren er seinen Kindern für die Zukunft bieten will. Weder empörte Wutbürger, die er für seine Sache gegen die KESB und das Verwaltungsgericht mobilisieren könnte, noch sensationshungrige Presseleute werden für das dramatische familiäre Klima Besserung bringen. Eltern, welche ihre Beziehungsanliegen mit solchen Methoden wie dieser Vater in die Öffentlichkeit tragen, bestärken die Schutzbehörden darin, vulnerablen Familienmitgliedern erst recht besonderen Schutz zu bieten und erhöhte

Aufmerksamkeit zu schenken. Nicht selten stellen sich Eltern mit dem Ruf nach publizitätswirksamer Unterstützung zu ihrem Nachteil und zum Nachteil ihrer Kinder vor der Öffentlichkeit bloss.

[22] Das Bundesgericht liefert in E. 3.2. einen weiteren Beitrag zur Kontroverse, *wieweit die ZPO auf das Kindesschutzverfahren anwendbar sei*. Direkt ist sie es nicht, weil sich Art. 1 Abs. 1 ZPO auf streitige Zivilsachen, gerichtliche Anordnungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, gerichtliche Angelegenheiten des SchKG und die Schiedsgerichtsbarkeit beschränkt. Auch nach Art. 450f ZGB ist sie es nur *sinngemäss*, soweit die Kantone nichts anderes bestimmen. Im hier interessierenden Urteil ging es um den Ausschluss der Öffentlichkeit in einem Kindesschutzverfahren, welchen das Bundesgericht mit der Vorinstanz unter den gegebenen Umständen mit unzweideutiger Begründung schützte. Beachtung verdient der Grundsatz aber ebenso, wenn sich manche KESB unter direkter Berufung auf Art. 239 ZPO unzulässigerweise legitimiert fühlen, auf die Begründung eines Massnahmenentscheides verzichten zu dürfen.

[23] Die Kindesanhörung lässt sich immer noch schwer durchsetzen, was bedauerlich und im vorliegenden Fall zweifelsohne darauf zurückzuführen ist, dass die KESB und die Vorinstanzen in Anbetracht der langen Leidensgeschichte und der hohen Belastung der betroffenen Kinder diese vor einer weiteren Beteiligung am Konflikt verschonen wollten. Das Bundesgericht hat dies korrigiert, was zu begrüßen ist. Hoffentlich vermögen die nachzuholende Kindesanhörung und die von den Kindern geäußerten Wünsche und Vorstellungen nach familiärer Beziehungsgestaltung mehr zu bewirken als die bisher wenig zielführende Konfliktpflege.

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

Zitiervorschlag: Kurt Affolter-Fringeli, Ringen um angemessenen persönlichen Verkehr, in: dRSK, publiziert am 31. Juli 2020

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch