

Bei Entscheidungen, die regelmässig den rechtlichen Eltern vorbehalten bleiben, insbesondere solche betreffend Ausbildung, Gesundheit oder Beruf, sind *Pflegeeltern anzuhören* (Art. 300 Abs. 2), zumal sie allenfalls die Interessen und Neigungen des Kindes gut kennen. Den Pflegeeltern steht auch gegenüber Behörden und Gerichten ein Anhörungsrecht zu. Von Bedeutung kann ein solches etwa bei der Regelung der elterlichen Sorge in einem Scheidungsverfahren oder bei der Anordnung von Kinderschutzmassnahmen sein.

Pflegeeltern sind nicht unterhaltspflichtig. Im Gegenteil haben sie grundsätzlich Anspruch auf ein angemessenes Pflegegeld (Art. 294 Abs. 1), das von den Sorgeberechtigten oder vom Gemeinwesen zu entrichten ist. Die Unentgeltlichkeit des Pflegeverhältnisses kann allerdings vereinbart werden oder sich aus den Umständen ergeben und wird gar vermutet, wenn Kinder von nahen Verwandten oder zum Zweck der späteren Adoption aufgenommen werden (Art. 294 Abs. 2).

Zurzeit arbeitet das Parlament an einer neuen gesetzlichen Grundlage für die Kinderbetreuung. Eine Kinderbetreuungsverordnung und die auf 2012 in Kraft gesetzte Adoptionsverordnung (AdoV) sollen die Pflegekinderverordnung ablösen.

#### ■ Lesenswert

BIDEROBOST, Zu Besuch bei ..., in: RUMO-JUNGO/PICHONNAZ (Hrsg.), Kind und Scheidung, Zürich/Basel/Genf 2006, 147 ff.; BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI, Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag, FamPra.ch 2007, 207 ff.; SCHWENZER, Elterliche Sorge – Die Sicht des Rechts von aussen auf das Innen, FamPra.ch 2005, 12 ff.; RUMO-JUNGO, Unterhalt für mündige Kinder: aktuelle Fragen, recht 2010, 69 ff.; STUTZ, Kinderkosten in der Schweiz, FamPra.ch 2009, 899 ff.; SIMONI, Beziehung und Entfremdung, FamPra.ch 2005, 772 ff.; SPYCHER/BÄHLER, Berechnung des Kindesunterhalts, in: RUMO-JUNGO/PICHONNAZ (Hrsg.), Kind und Scheidung, Zürich/Basel/Genf 2006, 209 ff.; VETTERLI, Das Recht des Kindes auf Kontakt zu seinen Eltern, FamPra.ch 2009, 23 ff.

## Kindesschutz

### 1. Vom Kinderhandel zum Kindesschutz

Bis tief ins 19. Jahrhundert hinein gab es in der Schweiz noch kein Vormundschaftsweisen, sondern nur eine Armenfürsorge. In den Städten reagierte man auf das mit der Industrialisierung hervorgerufene Massenelend, indem man herumstreunende Kinder in Waisenhäusern sammelte, wo sie sich manchmal zu viert ein Bett teilten, in feuchten Räumen arbeiteten, selten nach draussen kamen, an typischen Anstaltskrankheiten litten und erschreckend häufig starben. An diesen Zuständen änderte sich selbst dann wenig, als in Deutschland nach einem grossen Waisenhausstreit Hunderte solcher Einrichtungen geschlossen wurden. Auf dem Lande ging man anders, aber nicht minder grausam vor, um Kinder, die von ihren Eltern nicht unterhalten werden konnten, loszuwerden. Die Kinder wurden «verdingt», das heisst, auf Märkten an diejenigen versteigert, welche das geringste Kostgeld verlangten. Auf diese Weise wurden noch kurz nach dem Jahrhundertwechsel allein im Kanton Bern rund zehntausend Kinder als kleine Bauernknechte und Dienstmägde ausgebeutet.

Das Zivilgesetzbuch bewirkte ab 1912 zwar einen Umbruch, aber noch keine eindeutige Wende zum Besseren. Es orientierte sich an der damaligen deutschen Reformpädagogik, die ein Recht des Kindes auf Erziehung zur Tüchtigkeit und zugleich eine staatliche Aufsicht über das elterliche Erziehungsverhalten forderte. Fortan konnte die Vormundschaftsbehörde bei Pflichtwidrigkeit der Eltern geeignete Vorkehrungen treffen (aArt. 283) und bei Gefährdung des Kindes zu dessen Wegnahme schreiten (aArt. 284). Schlüsselwort war die *Verwahrlosung*, wofür sich zwei Deutungsmuster herausbildeten – im moralischen Sinne als minderwertigkeit der Eltern und im eugenischen Sinne als Erbbelastung der Kinder.

Unter dem einen Aspekt machten sich die Behörden daran, die Kindererziehung planmässig zu überwachen. So prüften etwa in der Stadt Zürich Fürsorgerinnen mit weissen Handschuhen bei unangemeldeten Hausbesuchen in Arbeiterfamilien, ob die Kinder nach bürgerlichen Familiennormen aufgezogen wurden, und empfahlen sonst die Unterbringung an einem Pflegeplatz. Jugendliche, die sich nicht konform verhielten, konnten ohne Gerichtsurteil, oft sogar ohne vorherige Anhörung «administrativ versorgt», also kurzerhand in Anstalten eingewiesen werden. Junge Männer wurden wegen Arbeitsscheu in Erziehungsanstalten gesteckt. Jungen Frauen wurde unsittliches Benehmen vorgeworfen und

dafür genügte mitunter schon eine ledige Schwangerschaft. Weil es für sie aber keine Erziehungsheime gab, wurden sie regelmässig in der einzigen schweizerischen Frauenstrafanstalt Hindelbank zusammen mit Kriminellen eingesperrt. Diese Praxis der administrativen Versorgung wurde erst 1981 gestoppt, als die Schweiz Bestimmungen über die fürsorgliche Freiheitsentziehung zu erlassen.

Unter dem anderen, offen rassistischen Gesichtspunkt schickte sich das mit dem Staat eng verbundene und von diesem subventionierte «Hilfswerk für die Kinder der Landstrasse» der Pro Juventute an, das sogenannte Übel der Vagantität auszurotten, also die eigenständige Kultur des fahrenden Volkes zu vernichten. Bis 1973 wurden zu diesem Zweck mehrere Hundert jenseitige Kinder in Nacht- und Nebelaktionen von ihren Eltern getrennt, an geheim gehaltene, möglichst weit entfernte Orte verfrachtet und zur Adoption frei gegeben.

Die an sich gut gemeinte Aufforderung zum Schutz von Kindern schlug manchenorts um in eine Stigmatisierung von Armut und eine Diffamierung von Minderheiten. Sie verführte zu einem masslos überheblichen, zutiefst intoleranten und im Kern unmenschlichen Umgang mit Familien. Kinder wurden zu heimatlosen Wesen und Jugendliche zu rechtlosen Anstaltsinsassen gemacht. Das muss als Lehrstück im kollektiven Gedächtnis haften bleiben, weil sonst nicht auszuschliessen ist, dass wieder einmal ähnlich katastrophale Fehler begangen werden.

Das Kindesrecht wurde im Jahre 1978 neu gefasst. Im Zentrum steht seither das Wohl des Kindes und nicht das Fehlverhalten der Eltern. Der Kinderschutz beschränkt sich nicht mehr auf den drastischen Eingriff der Kindeswegnahme; er umfasst eine Reihe fein abgestufter Massnahmen, welche grundsätzlich das Ziel verfolgen, die elterliche Kompetenz wiederherzustellen. Das Gesetz stellt damit eine taugliche Anleitung dar, mangelhaft blieb sein *Vollzug*. Wie lässt sich ein ernsthaftes Risiko für ein Kind überhaupt erkennen? Die Aufdeckung erfolgte meist eher zufällig aufgrund von Gefährdungsmeldungen. Neu wird ein allgemeines Melderecht statuiert (nArt. 443 Abs. 1 zusammen mit nArt. 314 Abs. 1) und eine Meldepflicht für Personen eingeführt, die in amtlicher Funktion von einem Hilfsbedarf erfahren (nArt. 443 Abs. 2). Welche Massnahme ist auf ein gefährdetes Kind zugeschnitten? Dieser Entscheid wurde bisher in den meist lokal organisierten Vormundschaftsbehörden getroffen, welche gewöhnlich mit Laien besetzt waren und im Nebenamt geführt wurden. Nun schreibt das Bundesrecht den Kantonen vor, den Erwachsenenschutz einer Fachbehörde zu übertragen. Diese hat zugleich die Aufgaben der Kindesschutzbehörde (nArt. 440 Abs. 3) und das scheint problematisch, weil dafür andere fachliche Kompetenzen gefragt sind. Wo kann schliesslich ein Kind untergebracht werden? Dafür gab es bislang zu wenige qualitativ ausreichende Betreuungsangebote, und ausgewählt wurde oft nicht das relativ beste, sondern das günstigste. Die Pflegekinderverordnung (PAVO), welche die Aufsicht fast vollständig an die Kantone delegierte, soll deshalb von einer

Kinderbetreuungsverordnung mit klaren Vorgaben abgelöst werden. Der erste Entwurf wollte allerdings nicht nur die von den Behörden angeordnete Fremdplatzierung, sondern auch die von den Eltern selbst veranlasste Drittbetreuung regeln. Diese ausgedehnte Bewilligungspflicht wurde in der Vernehmlassung als «Lizenz zum Kinderhüten» angeprangert. Nun fordert eine Motion, das Gesetz (Art. 316 Abs. 1) zu ergänzen und die Kinderbetreuung im Familien- und Bekanntenkreis sowie die gesamte Tagespflege von der staatlichen Aufsicht auszunehmen und ganz in die elterliche Eigenverantwortung zu stellen. Dabei bliebe aber freilich ein grosser Teil der Pflegekinder schutzlos.

## 2. Die Leitlinie des Kindeswohls

Die Eltern tragen die Hauptverantwortung für das Kind (Art. 301 Abs. 1). Erst wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist und sie nicht selbst dagegen vorgehen, sind Massnahmen zu dessen Schutz zu treffen (Art. 307 Abs. 1). Die Erziehungsaufgabe wird also vorrangig den Eltern zugewiesen in der Annahme, dass ihnen das Kind mehr am Herzen liegt als jeder anderen Person oder Institution. Damit nimmt es das Gesetz in Kauf, dass allenfalls nicht das volle Begabungs- und Entwicklungspotenzial des Kindes ausgeschöpft wird. Dem Staat fällt gewissermassen nur die Rolle eines Ausfallbürgen zu, wenn die Eltern minimale Erwartungen enttäuschen. Die nachhaltige Störung des Kindeswohls bildet die Grenze der Elternrechte. Dabei handelt es sich um einen *unbestimmten Rechtsbegriff*. Es darf nun nicht einfach jedem einzelnen Entscheidungsträger überlassen werden, aus der persönlichen Lebensanschauung und nach dem eigenen Erziehungsideal zu erklären, was Kinder brauchen, denn gerade das macht den Begriff missbrauchsanfällig.

Das Kindeswohl wird namentlich in der UN-Kinderrechtskonvention genauer umschrieben. Daraus lassen sich wenigstens sechs «basic needs» ableiten, nämlich die Grundbedürfnisse des Kindes nach Ernährung und Versorgung, Erhaltung der Gesundheit, Schutz vor Gefahren, Zuwendung und Liebe, stabiler Bindung sowie Vermittlung von Wissen und Erfahrungen. Lebenswichtig für das Kind ist es insbesondere, dass die Betreuungspersonen seine Existenz sichern, seine körperliche Integrität wahren und seine Persönlichkeit achten. Sind diese elementaren Bedingungen nicht erfüllt, so muss man von aktiver *Misshandlung* oder passiver *Vernachlässigung* sprechen. Physische Gewalt ist zwar leichter erkennbar, psychische Gewalt in der Form feindseliger Ablehnung oder fortwährender Herabsetzung aber genauso schädlich. Freilich reagieren nicht alle Kinder gleich. Manche ertragen Belastungen schwer, andere entwickeln sich trotzdem positiv. Es geht deshalb immer auch darum, Schutz- und Risikofaktoren gegeneinander abzuwägen und nicht nur auf das Elternhaus zu blicken, sondern das ganze Umfeld einzubeziehen.



### 3. Die Grenze der Verhältnismässigkeit

Das Kindeswohl ist zwar Eingriffsvoraussetzung und Entscheidungsmassstab zugleich. Das reicht aber nicht aus, um in einer Bilanz für das Kind die beste oder zumindest die am wenigsten schädliche Alternative zu bestimmen. Das staatliche Handeln wäre immer noch zu sehr von freiem Ermessen und damit von Beliebigkeit geprägt. Die eine Einschränkung ergibt sich aus dem **Elternprimat**: Der Staat soll erst einspringen, wenn die Erziehungskompetenz der Eltern nicht genügt, und nur das tun, was es braucht, um dieses Defizit auszugleichen. Die andere Beschränkung folgt aus dem **Verhältnismässigkeitsprinzip** mit seinen drei Teilgehalten der **Eignung**, der **Erforderlichkeit** und der **Ausgewogenheit**: Der Staat soll so wenig wie möglich, aber auch so viel als nötig eingreifen und eben gerade das richtige Mittel zur Verfolgung des Ziels wählen. Die Anwendung dieses öffentlich-rechtlichen Grundsatzes drängt sich auf, weil der formell im Zivilrecht geordnete Kindesschutz materiell hoheitlichen Charakter hat. Der Kindesschutz richtet sich somit nach insgesamt fünf Leitsätzen:

|                          |                                                                                                                                                                                                        |
|--------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Subsidiarität:</b>    | Schutzmassnahmen sind erst angebracht, wenn die Eltern nicht von sich aus handeln und auch nicht freiwillig Hilfe annehmen.                                                                            |
| <b>Komplementarität:</b> | Die Massnahme soll die noch vorhandenen elterlichen Fähigkeiten ergänzen und nicht verdrängen.                                                                                                         |
| <b>Qualität:</b>         | Die Massnahme muss sich zur Förderung des Kindeswohls eignen.                                                                                                                                          |
| <b>Quantität:</b>        | Die Massnahme muss zum Schutz des Kindes erforderlich sein, darf nicht über das Notwendige hinausgehen und hat zu unterbleiben, wenn ein milderer Eingriff einen annähernd gleichen Erfolg verspricht. |
| <b>Proportionalität:</b> | Die im Einzelfall zu befürchtenden Risiken müssen in einem vernünftigen Verhältnis zum erhofften Nutzen stehen.                                                                                        |

### 4. Die Stufenfolge der Massnahmen

Der Kindesschutz umfasst vier nach ihrer Schwere abgestufte Eingriffe in die elterliche Erziehungsverantwortung: die geeigneten Massnahmen (Art. 307), die Beistandschaft (Art. 308 und 309), die Aufhebung der Obhut (Art. 310) sowie die Entziehung der elterlichen Sorge (Art. 311 und 312). Mehrere Massnahmen können zwar miteinander **kombiniert** werden, sollen in ihrer Summe aber doch nicht einem Entzug des **Sorgerechts** gleichkommen. Der Verlust des letzten symbolischen

Rests elterlicher Befugnisse kann dazu führen, dass Eltern sich innerlich vom Kind abwenden, und das sollte wenn immer möglich vermieden werden.

#### Kontaktverbot

Ein Kind war von seinem Vater aufs Schlimmste gequält, ja regelrecht gefoltert worden. Der Vater wurde zu einer langjährigen Freiheitsstrafe mit anschliessender Landesverweisung verurteilt. Die Mutter wurde hingegen vom Vorwurf einer passiven Mittäterschaft freigesprochen. Sie durfte aber mit dem Kind, das in einer ihr unbekannten Pflegefamilie untergebracht war und von einem Beistand begleitet wurde, keinen Kontakt aufnehmen, weil man befürchtete, dass es bei jeder Begegnung mit der Herkunftsfamilie in sein schweres Trauma zurückfallen könnte. Gleichwohl wies das Gericht einen Antrag der Vormundschaftsbehörde auf Entziehung der praktisch inhaltsleer gewordenen elterlichen Sorge ab. Das Kind habe zwei Bedürfnisse, die nicht gegeneinander ausgespielt werden könnten – einerseits müsse es wissen, wohin es gehöre, und andererseits sollte es einmal erfahren, woher es komme. Das eine Anliegen sei mit dem gut geschützten Aufenthalt an einem beständigen Pflegplatz erfüllt, das andere wäre jedoch gefährdet, wenn der dünne Faden zur Mutter ganz abreißen würde.

Bundesgericht, FamPra.ch 2005, 407

#### 4.1 Geeignete Massnahmen

Das Gesetz nennt zuerst drei relativ zurückhaltende, aber auch nicht besonders wirksame Mittel der Einflussnahme auf die biologischen oder sozialen Eltern, bei denen das Kind sich aufhält: die Ermahnung, die Weisung und die Aufsicht (Art. 307 Abs. 3). Das sind jeweils punktuelle Anordnungen, die im gesamten Bereich elterlichen Handelns – gewissermassen von der Säuglingspflege bis zur Berufswahl – einen einzelnen auffälligen Mangel herausgreifen und ein konkretes Tun oder Unterlassen verlangen. Dabei unterscheidet sich die Weisung von der Ermahnung nur durch ihren verbindlicheren Tonfall. Die Erziehungsaufsicht grenzt sich von der Erziehungsbeistandschaft dadurch ab, dass die Funktion der Stelle, welcher Einblick oder Auskunft zu geben ist, eher in einer passiven Beobachtung besteht als in einer aktiven Beteiligung.

#### 4.2 Beistandschaft

Die **Erziehungsbeistandschaft** stellt die weitaus häufigste Kindesschutzmassnahme dar. Sie ist in sich wiederum dreifach abgestuft – angefangen bei Rat und Hilfe, je nachdem ergänzt mit besonderen Befugnissen und notfalls verbunden mit einer Begrenzung der elterlichen Sorge. In der Grundform (Art. 308 Abs. 1) ist die Beistandschaft als kontinuierliche und partnerschaftliche Erziehungsbegleitung zu verstehen. Die Beistandin soll eine Vertrauensperson für die Eltern und auch eine Ansprechperson für das Kind sein. Damit ist jedoch ihre Rolle nicht klar umrissen: Bleibt sie nun eine blosser Gehilfin der Eltern, die sich mit ihnen stets absprechen muss, oder wird sie – wie gelegentlich postuliert – zur eigenständigen Miterzieherin des Kindes, die in alltäglichen Angelegenheiten und dringlichen

Fällen für dieses handeln darf? Die Zuweisung besonderer Aufgaben (Art. 308 Abs. 2) bedeutet keine Beschränkung des Mandats, sondern die Bestimmung eines Tätigkeitsschwerpunkts. Das kann neben der gesetzlich erwähnten Wahrung eines Unterhaltsanspruchs etwa die Förderung einer aussergewöhnlichen Begabung, die Suche nach einer Lehrstelle, die Einleitung einer Therapie oder die Zustimmung zu einer Operation betreffen. Der Beistand erhält dabei Vertretungsmacht, welche aber mit der elterlichen Vertretungsbefugnis konkurriert. Besteht akute Gefahr, dass die Eltern seine Absichten durchkreuzen, so wird ihnen die Entscheidungsmöglichkeit in der umstrittenen Frage genommen (Art. 308 Abs. 3).

Daneben gibt es noch zwei Sonderformen, nämlich die Beistandschaft zur Überwachung des persönlichen Verkehrs und die Beistandschaft zur Feststellung der Vaterschaft. Der Sinn der «*Besuchsrechts-Beistandschaft*» (Art. 308 Abs. 2, am Ende) wird im Gesetz ungeschickt wiedergegeben. Der Beistand sollte keine Kontrollinstanz sein, sondern ein Kontaktpfleger. In der Praxis ist er aber vor allem ein Vollzugsgehilfe der Behörden, welcher die einmal festgelegte Besuchsordnung durchzusetzen hat (BGE 118 II 241). Der Zweck der obligatorischen «*Äusserlichen-Beistandschaft*» (Art. 309) ist unverständlich geworden. Hier schwingt noch immer die alte bürgerliche Moral mit, welche die ledige Mutterschaft als Fehltritt und die uneheliche Geburt als Makel betrachtete. Geplant ist nun, die Amtspflicht zur Nachforschung nach dem Vater aufzuheben und nur das Recht der unverheirateten Mutter stehen zu lassen, bei Bedarf die Mitwirkung eines Beistands in Anspruch nehmen zu können.

#### 4.3 Aufhebung der Obhut

Als Obhut wird einerseits das Elternrecht bezeichnet, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, und andererseits der reale Zustand, in Gemeinschaft mit dem Kind zu leben. Weil gewöhnlich beides zusammengehört, bedeutet die Aufhebung der Obhut nicht nur eine Aushöhlung der rechtlichen Verantwortung, sondern zugleich einen Abbruch der gelebten Beziehung. Bestehen bleiben wohl die übrigen Entscheidungsbefugnisse der Eltern, ihr Umgangsrecht und ihre nun in Geld zu erfüllende Unterhaltspflicht. Die Trennung ist aber für beide Seiten ein traumatisches Erlebnis – für das Kind ein Verlust von Liebe und Identität, für die Eltern ein Ausfall von Lebenssinn. Es handelt sich um einen besonders tiefen Eingriff in das als Menschenrecht geschützte Familienleben (Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK), der nur aus gewichtigen Gründen statthaft ist und den späteren Zugang zum Kind nicht unnötig behindern darf (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 1988, 591). Klare Indikationen für einen Obhutsentzug sind die grobe oder wiederholte körperliche Misshandlung und der sexuelle Missbrauch. Anlass dazu kann aber auch eine faktische Einschränkung der Erziehungsmöglichkeit oder eine destruktive Erziehungshaltung geben. Gute Erziehung besteht im Wesentlichen darin, dem Kind ein beständiges Klima der Wärme zu verschaffen

und ihm zugleich klare Grenzen zu setzen. Schwere Erziehungsmängel zeigen sich vor allem in den Extrempositionen einer vollständigen Behütung oder weitgehenden Gleichgültigkeit und erst recht in einem unberechenbar schwankenden Verhalten, welches ein Kind zwingt, sich immer wieder neu auf seine Eltern einzustellen.

#### Überfütterung

Ein 11-jähriger Bub hatte in den letzten anderthalb Jahren 17 Kilo zugenommen und wog nun bereits neunzig Kilo. Er ass schon zum Frühstück Wurstbrot mit Mayonnaise und trank noch immer aus einem Schoppen. Die Vormundschaftsbehörde entzog die Mutter vorsorglich die Obhut und wies den Sohn zur Abklärung und Behandlung in das Kinderspital ein. Die Massnahme war angezeigt, weil die Mutter mit dem Kind in eine symbiotischen Beziehung lebte und ihm jede Kraft nahm, sich zu einem selbständigen Wesen zu entwickeln.

Bundesgericht, FamPra.ch 2002, 624

Die Aufhebung der Obhut umfasst die Wegnahme des Kindes und seine Unterbringung an einem geeigneten Platz (Art. 310 Abs. 1). Liegt die Schwierigkeit in familiären Milieu, ist die Platzierung in einer Pflegefamilie vorzuziehen, ergibt sich die Erschweris vor allem aus der Konstitution des Kindes, bietet sich eher ein Heimaufenthalt an. Wird das Kind in eine geschlossene Einrichtung oder eine psychiatrische Klinik eingewiesen, so sind die Bestimmungen des Erwachsenenschutzes über die fürsorgliche Unterbringung sinngemäss anwendbar (nArt. 314 Abs. 1). Dabei kann das urteilsfähige Kind selbst das Gericht anrufen (nArt. 314 Abs. 2).

Die Aufhebung der Obhut fällt leichter, wenn die Eltern oder das urteilsfähige Kind einen solchen Antrag stellen (Art. 310 Abs. 2). Dafür genügt einseitige Ablehnung des gemeinsamen Wohnens aber nicht. Vorausgesetzt ist eine nicht mehr anders zu bewältigende Beziehungsstörung. Das trifft namentlich bei schweren Konflikten zwischen Eltern und heranwachsenden Kindern zu. Adoleszenz ist ein notwendiger Prozess der Ablösung vom Elternhaus. Manche Eltern haben jedoch Mühe damit, dass die Kinder sich von ihnen distanzieren. Sie bekunden fortwährendes Misstrauen, worauf Jugendliche mit zunehmender Grenzüberschreitungen reagieren, was wiederum eine Verschärfung der elterlicher Kontrolle bewirkt. Daraus kann ein eskalierender Machtkampf entstehen, der sich schliesslich nur noch mit einer räumlichen Entflechtung befrieden lässt. Der Kindesschutz verwandelt sich hier in eine Art beiderseitigen Persönlichkeitsschutz und ermöglicht eine Ordnung des Getrenntlebens im Eltern-Kind-Verhältnis. Da kann insbesondere heissen, dass die Kindesschutzbehörde es einer fast volljährigen Jugendlichen gestattet, eine eigene Unterkunft zu beziehen. Eltern und Kind dürfen sich zwar auch selber auf eine Beendigung ihrer Hausgemeinschaft einigen. Solche Abmachungen scheitern aber mitunter an der Kostenfrage.

Hat ein Kind längere Zeit bei Pflegeeltern gelebt, so kann die Kindesschutzbehörde den leiblichen Eltern die *Rücknahme* verweigern (Art. 310 Abs. 3)



und das entspricht im Ergebnis einem Obhutsentzug. Professionelle Pflegeeltern wissen, dass ihre Rolle nicht permanent ist und halten ihre Gefühle pflichtgemäss zurück, was das Kind allerdings auch verunsichern kann. Privatpersonen, denen ein Kind auf Zusehen hin anvertraut wurde, binden sich hingegen im täglichen Zusammenleben an dieses und erwidern seine spontane Zuneigung. Sie werden mit der Zeit faktisch zu Adoptiveltern, die aber rechtlich nicht abgesichert sind. Die «natürlichen» Eltern haben dann keinen absoluten Vorrang mehr. Es kommt nicht mehr allein auf die Blutsverwandtschaft an, sondern auch auf eine dem Kind vertraute Wahlverwandtschaft. Zu fragen ist danach, welche Bindung sich als die intensivere und stabilere erweist, und das hängt sowohl von der Qualität des Pflegeverhältnisses wie von seiner Dauer ab. Massgebend dafür ist das kindliche Zeitempfinden. Ein jüngerer Kind wird abwesende Eltern vielleicht schon nach einigen Monaten als Fremde betrachten, ein älteres mag ihr Bild auch nach mehreren Jahren noch in sich tragen.

#### Mutter kontra Grossmutter

Ein Kind lebte zusammen mit seinen unverheirateten Eltern im Hause der Grossmutter väterlicherseits. Nach drei Jahren verliess die Mutter die Wohngemeinschaft. Kurz darauf versuchte sie, das Kind zu sich zu holen, was ihr von der Vormundschaftsbehörde verwehrt wurde, weil die Grossmutter inzwischen zum psychosozialen Elternteil geworden sei. Das Bundesgericht hob den Beschluss auf, weil eine Mutter, die ihr Kind vorübergehend nicht selbst betreute, aber die Beziehung zu ihm stets aufrecht erhielt, nicht sollte befürchten müssen, es gleich ganz zu verlieren.

Bundesgericht, BGE 111 II 119

#### 4.4 Entziehung der elterlichen Sorge

Mit dem Verlust des Sorgerechts büssen Eltern sämtliche Bestimmungsbefugnisse ein. Das Kindesverhältnis dauert aber anders als bei der Adoption (Art. 267 Abs. 2) fort, und deshalb fällt weder die Unterhaltspflicht noch das Informations- und Kontaktrecht dahin. Kann die elterliche Verantwortung nicht dem anderen Elternteil überlassen oder übertragen werden, so erhält das Kind einen Vormund (Art. 311 Abs. 2). Dieser tritt in die volle Elternposition ein (nArt. 327c Abs. 1) und das Kind hat ihm gegenüber die gleiche Rechtsstellung wie im Verhältnis zu den Eltern (nArt. 327b).

Die elterliche Sorge entfällt von Gesetzes wegen, solange die Eltern selbst minderjährig oder umfassend verbeistanden sind (Art. 296 Abs. 2). Sie darf im Sinne eines strikten *Übermassverbots* erst entzogen werden, wenn mildere Massnahmen erfolglos geblieben sind oder von vornherein aussichtslos wären (Art. 311 Abs. 1). Der Entzug gilt, wenn nicht ausdrücklich das Gegenteil bestimmt wurde, für alle Kinder, auch für erst später geborene (Art. 311 Abs. 3).

Die elterliche Sorge ist zu entziehen, wenn Eltern sich auf Dauer nicht hinreichend um das Kind kümmern. Es handelt sich entweder um objektives *Unver-*

*mögen*, das vor allem in ständiger Ortsabwesenheit, psychischer Krankheit und Suchtverhalten wurzeln kann (Art. 311 Abs. 1 Ziff. 1), oder um subjektive *Unwilligkeit*, Verantwortung für das Kind zu übernehmen (Art. 311 Abs. 1 Ziff. 2). Zu beantworten sind jeweils vier Fragen: Ist das körperliche, seelische oder geistige Wohl des Kindes erheblich gefährdet? Geht dieses Entwicklungsrisiko auf ein Handeln oder Unterlassen der zuständigen Elternperson zurück? Ist sie auch in Zukunft nicht fähig oder nicht bereit, die Gefahr abzuwenden? Erscheint schliesslich der schwerste Eingriff in die Eltern-Kind-Beziehung als «ultima ratio» notwendig und unvermeidlich?

#### Vater tötet Mutter

Ein Ehepaar hatte zwei Kleinkinder im Alter von 2 und 3 Jahren. Der Ehemann brachte die Partnerin um und verbüsste dafür eine Freiheitsstrafe, die frühestens in neun Jahren endete. Das Bundesgericht hielt es für notwendig, dem Vater die elterliche Sorge zu entziehen, weil er während der langen Haft die Verantwortung für die Kinder nicht aus Distanz ausüben und ihren schulischen Werdegang nicht begleiten könne. Zudem stelle die vorsätzliche Tötung des anderen Elternteils eine besonders gravierende Verletzung elterlicher Pflichten dar.

Bundesgericht, BGE 119 II 9

Die Eltern können selbst um Entzug des Sorgerechts ersuchen (Art. 312). Sie dürfen ihre Verantwortung für das Kind aber nicht ablegen wie ein unbequemes Gewand, sondern müssen einen wichtigen Grund anführen, weshalb sie die elterliche Sorge nicht mehr ausüben vermögen, oder erklären, dass sie diese mit der Einwilligung in eine Blanko-Adoption nach Art. 265a Abs. 3 unwiderruflich aufgeben.

#### 5. Die Zuständigkeiten

Grundsätzlich ist die Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes umfassend zuständig für Schutzmassnahmen (Art. 315), das heisst für die Anordnung, die Abänderung oder Aufhebung und stets auch für den Vollzug. Diese Generalzuständigkeit wird während der Dauer eines Eheschutz- oder Scheidungsverfahrens unterbrochen durch eine Attraktion aller Entscheidungskompetenzen beim *Gericht* (Art. 315a Abs. 1). Dieses soll aus dem Gesamtzusammenhang heraus beurteilen, was zur Gestaltung der Beziehungen zwischen Eltern und Kind alles erforderlich ist, und kann dabei auch bestehende Massnahmen der neuen Situation anpassen (Art. 315a Abs. 2). Immerhin werden zwei Vorbehalte zugunsten der Kindesschutzbehörde angebracht: Sie darf ein bereits angehobenes Verfahren weiterführen (Art. 315a Abs. 3 Ziff. 1) und dringlich handeln, falls das Gericht dazu voraussichtlich nicht rechtzeitig instande wäre (Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2). Bei einer Veränderung der Verhältnisse kommt es vor allem darauf an, ob die Eltern über Kinderbelange streiten oder sich einig sind. Auseinandersetzungen zwischen

den Eltern müssen, abgesehen von Konflikten über den persönlichen Umgang, prinzipiell vor Gericht ausgetragen werden. Wird es auch nur in einem einzelnen Punkt angerufen, so ist es zugleich für eine Neuordnung des Kindesschutzes zuständig (Art. 315b Abs. 1). Im Übrigen bleibt die Abänderung nach der Grundregel Sache der Kindesschutzbehörde (Art. 315b Abs. 2). Sie ist namentlich befugt, auf Wunsch beider Eltern das alleinige Sorgerecht vom einen auf den anderen zu übertragen oder die gemeinsame Sorgerecht zu begründen (Art. 134 Abs. 3), eine gerichtlich angeordnete Schutzmassnahme zu mildern oder ganz aufzuheben, wenn der Grund dazu inzwischen weggefallen ist, und umgekehrt auch zu verschärfen, wenn ein Bedürfnis dafür erst jetzt entstanden ist. Die Kindesschutzbehörde darf hingegen nicht einem Elternteil die gerichtlich zugewiesene elterliche Sorge entziehen, kann aber immerhin beim Gericht in diesem Sinne Antrag stellen (Art. 134 Abs. 1).

Auch das Jugendstrafrecht enthält einen Schutzauftrag. Es knüpft zwar an deliktisches Handeln an, will aber Jugendliche, deren Entwicklung gefährdet ist, möglichst nicht bestrafen, sondern erziehen. Die Schutzmassnahmen im Jugendstrafgesetz stimmen mit denjenigen des Zivilgesetzbuchs praktisch überein: Die Aufsicht (Art. 12 JStG) ist die Kopie der Erziehungsaufsicht, die persönliche Betreuung (Art. 13 JStG) das Abbild der Erziehungsbeistandschaft und die Unterbringung Jugendlicher bei Privatpersonen oder in offenen und geschlossenen Einrichtungen (Art. 15 JStG) das Gegenstück zur Aufhebung der elterlichen Obhut. Damit wächst allerdings der Abstimmungsbedarf, weil ja nicht zwei Instanzen unabhängig voneinander gleichartige Mittel anwenden können. Das Zivilrecht fordert die Kantone auf, die Zusammenarbeit in der Jugendhilfe zu sichern (Art. 317). Das Strafrecht präzisiert das in mehrfacher Hinsicht (Art. 20 JStG): Die Strafbehörde kann der Zivilbehörde Massnahmen beantragen, für die sie selbst nicht kompetent ist, oder ihr ausnahmsweise Massnahmen übertragen, für die sie allein verantwortlich wäre. Im Gegenzug kann auch die Kindesschutzbehörde auf Massnahmen verzichten und der Jugendstrafbehörde vorschlagen, an ihrer Stelle tätig zu werden.

#### ■ Lesenswert

FEIGERT, Kindeswohl – Definitionsdomäne der Juristen oder der Psychologen?, in: Dreizehnter Deutscher Familiengerichtstag, Bielefeld 2000, 33 ff.; GÜLER, Die Beistandschaft nach Art. 308 ZGB, ZVW 1995, 51 ff.; DERS., Die Aufhebung der elterlichen Obhut (Art. 310 und 314a ZGB), ZVW 1996, 121 ff.; HÄFELI, Der Kindesschutz im schweizerischen Recht, in: GERBER JENNI/HAUSAMANN (Hrsg.), Kinderrechte – Kinderschutz, Basel 2002, 61 ff.; MÄDER/RUDIN, Verdingkinder in der Schweiz – soziale und rechtliche Aspekte, FamPra.ch 2010, 568 ff.

## Kinder im Verfahren

### 1. Kinderrechte und Elternpflichten

Nach der UN-Kinderrechtskonvention soll ein Kind, das fähig ist, eine eigene Meinung zu fassen, sich in allen es berührenden Angelegenheiten frei äussern dürfen und erwarten können, dass sein Wille angemessen berücksichtigt wird (Art. 12 Abs. 1 UN-KRK). Dafür muss es an sämtlichen Verfahren, von denen es betroffen ist, beteiligt werden (Art. 12 Abs. 2 UN-KRK). In diesem harten Kern ist die Konvention «self-executing», sie lässt sich also unmittelbar anwenden (BGE 124 III 90). Garantiert wird aber nur ein Anhörungsrecht urteilsfähiger Kinder und kein Vertretungsrecht.

Die Schweiz hat die Stellung der Kinder im Verfahren genauer umschrieben. Die Zivilprozessordnung hält die Gerichte an, in sämtlichen Fällen, in denen Kinderbelange zu regeln sind, das Gespräch mit den Eltern aufzunehmen und sie allenfalls zu einem Mediationsversuch aufzufordern (Art. 297 ZPO), das Kind soweit möglich anzuhören (Art. 298 ZPO) und ihm wenn nötig eine Vertretung zu bestellen (Art. 299 ZPO). Das Zivilgesetzbuch richtet sich künftig nach diesem Vorbild und erteilt den Kindesschutzbehörden gleichartige Anweisungen (nArt. 297 ff.). Dahinter steht der Gedanke, dass das betroffene Kind nicht nur ein einziges Mal in Erscheinung treten soll, sondern im gesamten Verfahren präsent sein muss – virtuell im Elterngespräch, direkt bei der Kindesanhörung und allenfalls indirekt über einen Kindesanwalt.

Das Gericht soll die Eltern zunächst darin unterstützen, dass sie ihre gemeinsame Aufgabe, für das Kindeswohl zu sorgen, wieder autonom erfüllen können. Solange die Eltern um das Kind streiten, nehmen ihre persönlichen Motive, es für sich zu beanspruchen und dem anderen nicht zu gönnen, so breiten Raum ein, dass ihre Erwachsenenfähigkeit, sich in das Kind einzufühlen, verdrängt wird. Dieser Erwachsenenstatus soll wieder «wachgerüttelt» werden. Dafür muss den Eltern begreiflich gemacht werden, was sie dem Kind antun, wenn sie in ihrem Konflikt verharren. Die Zivilprozessordnung ermächtigt die Gerichte, zerstrittene Eltern nachdrücklich zu einer Mediation aufzufordern. Das Bundesgericht ist weitergegangen und gestattet es den Behörden, Eltern im Sinne einer Weisung nach Art. 307 zu einer Mediation zu verpflichten und sie auf diese Art mit den kindlichen Bedürfnissen zu «konfrontieren» (FamPra.ch 2010, 474). Das ist freilich keine echte Mediation, bei der die Beteiligten in eigener Verantwortung und ohne



Einmischung von aussen eine Lösung finden sollen, sondern ein Stück Aufklärung. Es geht in einer solchen Pflichtberatung auch nicht um einen Zwang zum Konsens, sondern nur um ein Obligatorium des Nachdenkens.

## 2. Die Anhörung

Kinder reagieren je nach Alter unterschiedlich auf eine Auseinandersetzung zwischen den Eltern:

### *Kleinkindalter*

Kleinkinder identifizieren sich mit der Familie und sehen sich im Mittelpunkt. Sie glauben, für den Streit zwischen Mutter und Vater verantwortlich zu sein, weil sie gerade «böse» waren, und haben bei der Trennung der Eltern Angst, verlassen zu werden.

### *Mittlere Kindheit*

Kinder im Alter ab etwa 7 Jahren orientieren sich nicht mehr allein an den Eltern, sondern auch an Lehrkräften und Kameraden. Dabei entwickeln sie ihr Denken und entfalten ihr Gewissen. Zugleich erleben sie das Hier und Jetzt aber noch ganz intensiv. Bei der Trennung der Eltern fühlen sie sich traurig und hilflos. Sie wollen es beiden recht machen und geraten in einen tiefen Zwiespalt, wenn die Eltern ihren Konflikt fortsetzen. Manchmal kümmern sie sich dann vor allem um den aus ihrer Sicht unschuldigen Elternteil und lehnen den anderen ab.

### *Jugendalter*

Jugendliche im Alter von über 12 Jahren lösen sich allmählich von den Eltern. Sie können nachvollziehen, dass zwei Erwachsene verschiedene Sichtweisen haben, und verstehen, dass es wichtig ist, sich dazu eine eigene Meinung zu bilden. Damit sind sie im rechtlichen Sinne urteilsfähig geworden. Trotzdem empfinden sie bei der Auflösung der Familie oft heftigen Schmerz und haben mitunter das Gefühl, von den Eltern betrogen worden zu sein.

Das Bundesgericht verlangt diesen Entwicklungsstufen folgend, dass grundsätzlich alle Kinder ab dem vollendeten 6. Altersjahr anzuhören seien (BGE 131 III 553), und zwar in der Regel vom Richter persönlich und nicht von einer beauftragten Fachperson (BGE 127 III 295). Die erstinstanzlichen Gerichte halten sich aber nicht an solche Richtlinien. Eine Untersuchung zeigte, dass nur jedes zehnte Kind bei der Scheidung seiner Eltern angehört wurde.

Der Kindesanhörung wird eine doppelte Natur zugeschrieben: Sie gilt als Ausdruck der Persönlichkeit des Kindes und zugleich als Erkenntnishilfe für das Gericht. Die Anhörung ist kein Selbstzweck (BGE 133 III 553), sie soll die Entscheidung in den Fragen der elterlichen Sorge und des persönlichen Umgangs erleichtern. So werden je nach Nützlichkeit zwei Kategorien von Kindern unterschieden: die Jugendlichen, deren Aussagen ein eigentliches Beweismittel darstellen, und die Schulkinder, deren Angaben nur einen beschränkten Erkenntniswert haben (BGE 131 III 553). Die Kindesanhörung kann aber nicht zum Beweis eines Erwachsenenstandpunktes dienen, sie muss einen anderen Sinn erhalten. Wenn die Eltern sich schon auf ein Betreuungsmodell geeinigt haben, ist die Anhörung eine Offerte an das Kind, sich an der Neugestaltung des Familienlebens zu beteiligen. Falls die Eltern anhaltend um ein Kind kämpfen, kann die Anhörung zum Katalysator für eine positive Entwicklung werden. Die Kindersorgen sprechen die tieferen Gefühle der Eltern an und die Kinderfantasien wecken ihre kreativen Kräfte. Das Kind hat in jeder Situation ein Partizipationsrecht, aber keine Mitwirkungspflicht. Auch eine Stimmenthaltung, mit der es die Verantwortung ganz den Erwachsenen zuschiebt, ist eine Stellungnahme, die respektiert werden muss. Es wäre ethisch nicht vertretbar, stattdessen ein kinderpsychologisches Gutachten einzuholen, um mit Hilfe projektiver Tests bewusst verschwiegene oder unbewusst verdrängte Neigungen zu einem Elternteil aufzuspüren. Auch damit würde man dem Kind die Stellung als Verfahrenssubjekt nehmen und es zum Objekt elterlicher Besitzansprüche machen.

Die Begegnung mit dem Kind muss mit den Eltern vorbesprochen werden. An der Anhörung selbst können aber weder sie noch ihre Anwälte teilnehmen. Geschwister sollen in der Regel zuerst getrennt und danach noch gemeinsam angehört werden. Auf den Ort der Anhörung kommt es nicht so sehr an. Es darf nur nicht die Familienwohnung sein, weil für ein Kind das Eindringen eines fremden Menschen in seine Privatsphäre viel beängstigender wäre als der zusammen mit einer vertrauten Person angetretene Gang in das Gerichtshaus. Wesentlich ist hingegen, dass die Richterin oder der Richter das Kind persönlich empfängt, sich vorstellt und sich mit ihm gemeinsam an einen Tisch setzt. Danach kann die Anhörung eines Kindes im Grundschulalter etwa so ablaufen:

### *Kontaktphase*

Zuerst soll ein Kontakt zum Kind hergestellt werden. Dafür holt man es dort ab, wo es gerade ist, zum Beispiel so: «Ich kann mir denken, dass es für dich nicht einfach gewesen ist, hierher zu kommen. Wie hast du dir das Gericht denn vorgestellt?» Üblicher sind zwar Erkundigungen nach Schule und Freizeit. Daraus wird aber rasch ein Anbiederungsversuch, und das passt nicht zur Situation im Gericht. Es handelt sich im Umgang mit Kindern vielmehr darum, ehrlich zu sein und das zu tun, was in der Luft liegt.

Man sollte deshalb die richterliche Aufgabe kurz und klar umschreiben: «Du weisst ja, dass deine Eltern sich scheiden lassen. Ich will ihnen dabei behilflich sein und muss vielleicht für sie entscheiden. Das fällt mir noch schwer. Ich möchte deshalb auch dich kennenlernen und von dir hören, wie das für dich ist.»

#### Informationsphase

Nun soll das Kind berichten können – zuerst von seinem Alltag, dann von seiner Position in der Familie und seinem Befinden. Dafür gibt man jeweils mit einer einfachen W-Frage den Anstoss und lässt das Kind ausreden, erkundigt sich nicht nach den Gründen und verzichtet auch darauf, die Antworten zu kommentieren oder gar zu kritisieren. Für ein ängstliches oder schüchternes Kind kann man stellvertretend typische Gefühle ausdrücken: «Ich kenne viele Kinder, die nicht wussten, wie es nach der Trennung weitergeht, und sich Sorgen machten, ob sie einen Elternteil verlieren. Sag doch mal, wie es dir geht!»

#### Lösungsphase

Danach soll das Kind möglichst vielfältige Ideen für eine Neuordnung der Familie entwickeln und das fällt ihm gewöhnlich leicht, weil es im Gegensatz zu den Erwachsenen noch keine Schere im Kopf hat. Man kann dem Kind etwa zwei Zukunftsbilder vorlegen und es einladen, beide auszumalen: «Angenommen, du wohnst eine Weile beim Papa, was würde dir bei ihm gefallen?» «Vorausgesetzt, du lebst eine Zeit bei Mama, was würde dir bei ihr behagen?» Man kann Fragen auch zirkulär, gewissermassen um die Ecke herum stellen: «Du kennst sicher andere Kinder, die an zwei Orten zu Hause sind – wie machen die das wohl?» Am besten kommen freilich meistens die Märchenfragen an: «Wenn du einen Zauberstab hättest ...?» «Wenn du drei Wünsche tun könntest ...?» Man darf dem Kind versprechen, dass seine Vorschläge ernst genommen werden, sollte es aber auch daran erinnern, dass oft nicht alle Wünsche in Erfüllung gehen.

#### Formulierungsphase

Zuletzt kann man das Kind am Vorgang der Protokollierung beteiligen: «Ich schreibe nun einmal auf, was ich von dir gehört habe, und du schaust gut hin, ob das auch stimmt!» Vielleicht zeigt sich dabei, dass das Kind etwas vertraulich behandelt haben möchte. Dann macht man kein grosses Geheimnis daraus, sondern nimmt ihm die Verantwortung ab. «Du kannst das ruhig für dich behalten, du hast es ja mir erzählt!»

Das heisst allerdings nicht, dass der *Vertrauensschutz* dem Informationsbedürfnis der Eltern, welches immerhin Teil ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör bildet, stets vorgeht. Je jünger ein Kind ist, desto mehr muss es in seiner natürlichen Unbefangenheit auch dann geschützt sein, wenn es selbst nicht erkennt, was es mit einer unvorsichtigen Bemerkung anrichten könnte. Je älter es wird, umso eher darf man erwarten, dass es seine Meinung nicht nur klar äussern, sondern auch gegenüber den Eltern zu vertreten vermag.

#### Geheimniskrämerei

Ein 15-jähriger Jugendlicher trug dem Instruktionsrichter im Scheidungsverfahren der Eltern seinen Wunsch vor, dem Vater zugeteilt zu werden. Darauf stellte ihn der Richter vorsorglich in die Obhut des Vaters und begründete das in aller Kürze so: Der Sohn habe überzeugend dargelegt, dass er lieber beim Vater als bei der Mutter sein wolle, und dieser feste Wille sei in seinem Alter zu beachten. Das Bundesgericht wies eine Beschwerde der Mutter wegen Gehörsverweigerung ab und stellte fest, es genüge, wenn den Eltern das Ergebnis der Anhörung mitgeteilt werde. Der Inhalt des Gesprächs brauche ihnen nicht eröffnet zu werden und damit sei ein Protokoll «überflüssig». Mit einer solchen extremen Zurückhaltung wird möglicherweise die Chance für eine einvernehmliche Lösung vergeben. Trotzdem ist dieses Urteil nun zum Vorbild für die gesetzliche Lösung geworden (vgl. Art. 298 Abs. 2 ZPO).

Bundesgericht, BGE 122 I 53

### 3. Die Vertretung

In drei beispielhaft aufgezählten Fällen spricht eine gesetzliche Vermutung dafür, dass ein Kind im Prozess einen Beistand benötigt, nämlich dann, wenn die Eltern unvereinbare Standpunkte beziehen, wenn die Kindesschutzbehörde es empfiehlt oder wenn das Gericht selbst an der Angemessenheit gemeinsamer Elternanträge zweifelt (Art. 299 Abs. 2 ZPO). In einem einzigen Fall besteht die gesetzliche Pflicht, einen Beistand einzusetzen, nämlich dort, wo ein urteilsfähiges Kind das beantragt (Art. 299 Abs. 3 ZPO). Freilich werden Jugendliche über ihre Rechte zu wenig informiert und schon gar nicht dazu motiviert, diese auch auszuüben. Wichtigster Anlass zur Anordnung einer Prozessbeistandschaft bleibt der *chronische Elternkonflikt*, in dem das Kind als eigenständige Person überhaupt nicht mehr wahrgenommen wird. Allerdings erhofft sich die Justiz in einer so verfahrenen Situation oft keinen hilfreichen Beitrag mehr, sondern befürchtet nur eine weitere Komplikation, weshalb der Auftritt eines Kindesanwalts vor Gericht bisher eine seltene Ausnahme geblieben ist.



#### Unerwünschte Gehilfenschaft

In einem heftigen Zuteilungsstreit wurden zwei Kinder je drei Mal angehört. Dabei liess das jüngere Kind keine Neigung erkennen, während das ältere und schon urteilsfähige Kind erklärte, dass es künftig in Ruhe gelassen werden möchte. Das Gericht lehnte den Antrag des Vaters auf Bestellung einer Kindesvertretung ab, weil er damit nicht das Kindeswohl fördern, sondern bloss seine eigenen egoistischen Ziele verfolgen und den Prozess verschleppen wolle.

Obergericht Luzern, FamPra.ch 2003, 223

Das Gericht hat als Prozessbeistand eine in fürsorgerrischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person zu wählen (Art. 299 Abs. 1 ZPO). Weil kaum jemand gleichermassen besondere *soziale Kompetenzen* wie fundierte *juristische Kenntnisse* mitbringt, wäre ein aus einem Sozialpädagogen und einer Rechtsanwältin gebildetes «Tandem» am besten geeignet. Diese Idee hat sich aber bislang erst recht nicht durchsetzen können. Verlangt ist jedenfalls eine zusätzliche fachliche Qualifikation, eine institutionelle Unabhängigkeit, die eine enge Verflechtung mit den Behörden oder eine Kombination der Kindesvertretung mit einer Erziehungsbeistandschaft (nach Art. 308) ausschliesst, und eine finanzielle Selbstständigkeit, die bedingt, dass die Entschädigung aus der Gerichtskasse geleistet und zu den Verfahrenskosten geschlagen wird (Art. 95 Abs. 1 lit. e ZPO).

Die Kindesvertreterin hat die Aufgabe, für das Kind zu handeln, an seiner Stelle Erklärungen abzugeben und Rechtsmittel zu ergreifen, soweit es um die Zuteilung der elterlichen Sorge, die Grundzüge des persönlichen Verkehrs oder den Kindesschutz, aber nicht nur um den Kindesunterhalt geht (Art. 300 ZPO). Nicht geklärt wird damit, wie diese Rolle zu verstehen ist – als *anwaltliche* oder *patronale Interessenswahrung*. Soll der Kindesvertreter parteilich sein und die Sichtweise des Kindes übernehmen, oder soll er neutral sein und dem Kindeswohl verpflichtet bleiben? In Wirklichkeit ist das kein Gegensatz, aber eine Reihenfolge. Die Kindesvertreterin ist zuallererst Begleiterin des Kindes, Übersetzerin seines Willens und Verstärkerin seiner Stimme. Allerdings kann sie das dem Kind nur anbieten und nicht aufdrängen. Unter Umständen beschränkt sich die Tätigkeit auf eine angemessene Information des Kindes, eine Kontrolle des Verfahrens und eine behutsame Vermittlung. Dabei gilt es, zu den Eltern gleichmässige Distanz zu halten und sich auch vom Kind abzugrenzen, für das man nicht eigene «Rettungsideen» entwickeln oder gar ersatzweise elterliche Verantwortung übernehmen darf.

#### 4. Die Information

Das Urteil in Kinderbelangen soll nicht nur den Eltern, sondern ab dem 14. Geburtstag auch den Kindern selbst «eröffnet» werden (Art. 301 lit. b ZPO). Das würde in einer wörtlichen Interpretation bedeuten, dass das Gericht ihnen den Urteilspruch zu übergeben und allenfalls später eine Begründung nachzuliefern hätte (vgl. Art. 239 ZPO). Man stelle sich einmal vor, welche Konsequenzen das für die Eltern-Kind-Beziehung hätte, wenn ein pubertierendes Kind im Einzelnen über elterliche Persönlichkeitsdefizite und Erziehungsschwächen orientiert würde. Die Bestimmung muss nach ihrem Zweck ausgelegt werden und daraus folgt, dass das Gericht den Jugendlichen im Gespräch oder mit einem Brief in altersgerechter Sprache mitteilen soll, was sie persönlich betrifft. Das genügt, weil Kinder ja nicht selbst gegen die Eltern prozessieren können. Es bleibt dem Kindesvertreter vorbehalten, Berufung zu erheben (Art. 300 ZPO).

##### ■ Lesenswert

BODENMANN/RUMO-JUNGO, Die Anhörung von Kindern aus rechtlicher und psychologischer Sicht, FamPra.ch 2003, 22 ff.; FIGDOR, Was brauchen Familien in der Krise?, in: SCHWENZER/BÜCHLER (Hrsg.), Fünfte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2010, 21 ff.; SIMONI/VETTERLI, Partizipation von Kindern im Verfahren, in: SCHWENZER/BÜCHLER (Hrsg.), Vierte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2008, 139 ff.; STECK/SCHWEIGHAUSER, Die Kinderbelange in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, FamPra.ch 2010, 800 ff.