

## **BGE 144 III 442**

Bundesgericht (BGE), 2014-12-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_144 III 442](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_144_III_442)

FR: ATF 144 III 442

IT: DTF 144 III 442

### **Regeste**

Regeste Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 310 Abs. 1 und 3 ZGB; Ausnahme vom Grundsatz der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen; Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und Fremdplatzierung eines Kindes zur Aufrechterhaltung der bestehenden Wohnsituation. Voraussetzungen, unter denen im Kindeschutzverfahren die kantonale Beschwerdeinstanz ausnahmsweise auf die Durchführung einer publikumsöffentlichen Verhandlung verzichten darf (E. 2). Kriterien für den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts, wenn das Kind nach dem Tod des hauptbetreuenden Elternteils nicht beim überlebenden Elternteil untergebracht werden soll (E. 4.1-4.3).

### **Erwägungen**

#### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK geltend, weil das Verwaltungsgericht keine öffentliche Verhandlung durchgeführt habe. Wie sich dem angefochtenen Urteil entnehmen lässt und nicht bestritten ist, hat der Beschwerdeführer bereits im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine öffentliche Verhandlung beantragt. Das Verwaltungsgericht wies diesen Antrag ab und führte einzig eine nicht öffentliche Instruktionsverhandlung durch. Dem vorinstanzlichen Urteil lässt sich sodann nicht entnehmen, dass vor der KESB eine öffentliche Verhandlung stattgefunden hätte. Damit stellt sich die Frage von vornherein nicht, ob der Konventionsgarantie durch eine solche Verhandlung bereits Rechnung getragen wurde.

#### **E. 2.2**

Mit dem aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK fliessenden Anspruch auf eine (publikums-)öffentliche Verhandlung setzte sich das Bundesgericht im Zusammenhang mit Kindeschutzmassnahmen bereits im Entscheid BGE 142 I 188 in grundsätzlicher Hinsicht auseinander. Der Entscheid betraf einen altrechtlichen Obhutsentzug - dieser entspricht dem hier strittigen Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts ( BGE 142 III 612 E. 4.1, BGE 142 III 617 E. 3.2.2 ) - und die Fremdplatzierung von drei Kindern. Dabei hielt das Bundesgericht fest, die Pflicht, eine öffentliche Verhandlung durchzuführen, gelte nicht absolut. Zunächst könnten die Parteien - explizit oder stillschweigend - auf eine solche Verhandlung verzichten. Wie in jenem Fall trifft dies vorliegend jedoch nicht zu. Sodann seien Ausnahmen zulässig, wobei sich eine Reihe von Gründen, aus welchen keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werden muss, bereits aus dem Wortlaut von Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergebe. Familienrechtliche Angelegenheiten, in denen sich Familienmitglieder, jedenfalls aber Private gegenüberstünden, würden grundsätzlich in die Ausnahmekategorie des "Schutzes des Privatlebens der Prozessparteien" fallen (mit Hinweis auf das Urteil des EGMR B. und P. gegen Vereinigtes Königreich Nr. 36337/97 und 35974/97 vom 24. April 2001, Recueil CourEDH 2001-III S. 405 § 38). Stehe

demgegenüber eine familienrechtliche Angelegenheit im weiteren Sinne in Streit, in welcher sich nicht Private gegenüberstünden, sondern der Staat und ein Privater, wie dies bei einem Obhutsentzug und der Fremdplatzierung eines Kindes der Fall sei, könne die Öffentlichkeit nicht pauschal unter dem BGE 144 III 442 S. 445 Hinweis auf den "Schutz des Privatlebens" ausgeschlossen werden; der Ausschluss bedürfe einer besonderen Begründung (mit Hinweis auf das Urteil des EGMR Moser gegen Österreich Nr. 12643/02 vom 21. September 2006 § 97; zum Ganzen BGE 142 I 188 E. 3.1.1).

### **E. 2.3**

Ausgehend von dieser Entscheidung bejahte das Verwaltungsgericht vorliegend einen über den Schutz des Privatlebens hinausgehenden besonderen Grund, der es rechtfertige, die Öffentlichkeit vom Verfahren auszuschliessen: Es seien die Interessen einer besonders verletzlichen Jugendlichen zu berücksichtigen, die erst kürzlich ihre Mutter verloren habe und sich in einem belastenden Loyalitätskonflikt zwischen den Interessen ihres Vaters und ihrem eigenen Interesse am Verbleib am bisherigen Wohnort befinde. Wie die Verfahrensbeiständige ausführe, belaste das Verfahren B. stark und es sei "in keinem Fall in [deren] Sinn [...], wenn ihre Geschichte an die Öffentlichkeit gezogen würde". Der Schutz des Privatlebens und die Interessen der Jugendlichen seien daher höher zu gewichten als die Interessen des Beschwerdeführers an der Kontrolle des Verfahrens durch die Öffentlichkeit. Auch die KESB verweist auf die Verletzlichkeit von B. Das Kind sei bereits durch den Tod der Mutter schwer getroffen und solle nun nicht öffentlich gegen den Kindsvater auftreten müssen, um die bisherige Wohnsituation beibehalten zu können. Ausserdem bringe die KESB vor, dass sich im Verfahren "materiell" B. und ihr Vater und damit zwei Privatpersonen gegenüberstehen würden. Letzteres macht auch B. geltend. Sie weist ausserdem darauf hin, der Beschwerdeführer habe nicht dargetan, dass "die Öffentlichkeit der Verhandlung am Ablauf oder gar am Urteil des Verwaltungsgerichts etwas geändert hätte". Dies sei denn auch nicht der Fall.

### **E. 2.4**

Der Beschwerdeführer verweist demgegenüber auf die Bedeutung öffentlicher Verfahren im Bereich des Kindesschutzes. "Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden [würden sich] gerne hinter dem Amtsgeheimnis verstecken und [nicht] zu ihren familienfeindlichen Entscheiden [...] stehen wollen". Gerade bei strittigen Entscheiden sei sicherzustellen, dass keine "Geheimjustiz stattfind[e]" und der Anspruch auf ein faires Verfahren eingehalten werde. Richtig sei, dass der Ausschluss der Öffentlichkeit einer besonderen Begründung bedürfe. An einer solchen fehle es: Die Tochter sei ein altersgerecht entwickeltes und intelligentes Mädchen. Sie sei in ihrer Gesundheit nicht beeinträchtigt und zeige keine Verhaltensauffälligkeiten. Auch allfällige Belastungen der Tochter durch das BGE 144 III 442 S. 446 Verfahren seien nicht vor dem Hintergrund des Kindeswillens zu sehen, sondern unter dem Aspekt, ob aus gesundheitlichen Gründen ein Anspruch auf Schutz der Privatsphäre vor der Öffentlichkeit bestehe, was nicht der Fall sei. In Kindesschutzverfahren spielten Loyalitätskonflikte sodann immer eine Rolle, sodass die Öffentlichkeit nicht ausgeschlossen werden könne, weil ein solcher Konflikt bestehe. Ansonsten sei in keinem Fall mehr eine öffentliche Verhandlung durchzuführen. Die Tochter befinde sich zudem einzig in einem Konflikt zwischen den Interessen des Vaters und denjenigen der Schwester, die den "Kampf ihrer verstorbenen Mutter gegen den Beschwerdeführer fortsetz[e]". Auch der Verlust der Mutter begründe keine besondere Schutzwürdigkeit von B. Ein solch trauriger Schicksalsschlag könne von Jugendlichen, "die

in der Regel starke Lebensgeister" hätten, überwunden werden.

### **E. 2.5**

Nicht zu überzeugen vermag die Einschätzung der KESB und von B., wonach eine familienrechtliche Angelegenheit vorliege, in der sich zwei Familienmitglieder gegenüberstehen: Zwar ist insoweit eine besondere Situation gegeben, als zu entscheiden ist, ob B. künftig bei ihrem Vater leben wird oder weiterhin im Umfeld der verstorbenen Mutter. Diese Konstellation gleicht einem Streit zwischen den Eltern um die Betreuung eines Kindes. Ausserdem entspricht die strittige Massnahme den Wünschen der Tochter, womit auch ein Konflikt zwischen den Interessen des Kindes und denjenigen des Vaters gegeben ist. Dennoch steht formal der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die Unterbringung des Kindes nach Art. 310 ZGB und damit eine (hoheitliche) Kindesschutzmassnahme in Streit (vgl. dazu hinten E. 4.1-4.3). Die strittige Massnahme hat denn auch zur Folge, dass das Recht, über den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen, auf die Behörde übergeht (zum alten Recht aber nach wie vor massgebend: BGE 128 III 9 E. 4a; Urteil 5A\_736/2014 vom 8. Januar 2015 E. 2.2; vgl. weiter Urteile 5A\_550/2016 vom 3. Februar 2017 E. 4.2; 5A\_402/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Berner Kommentar, 2016, N. 13 zu Art. 310/314b ZGB mit Hinweisen). Zudem traf die KESB auch Massnahmen im Zusammenhang mit der Beistandschaft. Diese sind zwar nicht mehr zu beurteilen, unterstreichen aber den hoheitlichen Charakter der vorliegenden Angelegenheit. Damit steht eine familienrechtliche Angelegenheit im weiteren Sinn in Streit und es ist eine besondere Begründung notwendig, damit auf eine öffentliche Verhandlung verzichtet werden kann. Die Öffentlichkeit kann BGE 144 III 442 S. 447 nicht pauschal mit Hinweis auf den "Schutz des Privatlebens" ausgeschlossen werden.

### **E. 2.6**

Ob ein solch besonderer Grund gegeben ist, beurteilt sich, wie immer beim Entscheid über das Absehen von der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung, aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls (vgl. Urteile des EGMR Ramos Nunes de Carvalho e SA gegen Portugal Nr. 55391/13, 57728/13 / 74041/13 vom 21. Juni 2016 § 93; Nikolova und Vandova gegen Bulgarien Nr. 20688 04 vom 17. Dezember 2013 § 68; Diennet gegen Frankreich Nr. 18160/91 vom 26. September 1995 § 34; WILLIAM A. SCHABAS, The European Convention on Human Rights, A Commentary, 2015, S. 288). Bei der im Rahmen dieses Entscheids vorzunehmenden Gewichtung und Abwägung der massgebenden Umstände (ausführlich: GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 24 Rz. 89 ff. S. 522 f., mit Hinweis auf das Urteil des EGMR Campbell und Fell gegen Vereinigtes Königreich Nr. 7819/77 und 7878/77 vom 28. Juni 1984 § 87; FRANK MEYER, in: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Karpenstein/Mayer [Hrsg.], 2. Aufl. 2015, N. 68 zu Art. 6 EMRK) steht dem Sachgericht ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Das Bundesgericht überprüft dessen Entscheid daher nur mit Zurückhaltung (vgl. BGE 142 III 336 E. 5.3.2). Vor diesem Hintergrund ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden: Der für B. unstrittig einschneidende Tod ihrer Mutter liegt noch nicht lange zurück. Damit ist die Einschätzung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, wonach das Kind eines besonderen Schutzes bedarf und ihm die mit einer öffentlichen Verhandlung verbundenen Belastungen zu ersparen sind. Zumal das vorliegende Verfahren durch das Versterben von C. veranlasst wurde, mit diesem also in einem unmittelbaren Zusammenhang steht, und

damit mit einer besonders hohen Belastung des Kindes verbunden ist. Dies vermag der Beschwerdeführer mit dem pauschalen Hinweis auf die "in der Regel starken Lebensgeister" von Jugendlichen von vornherein nicht in Frage zu stellen. Entgegen dem Beschwerdeführer ist sodann zu berücksichtigen, dass B. sich den einander widersprechenden Interessen ihrer engsten Angehörigen ausgesetzt sieht und sie selbst sich den Wünschen des Vaters widersetzt. Die sich hieraus ergebende Spannungslage erhöht die für das Kind mit einer öffentlichen Verhandlung verbundenen Belastungen nochmals. Das für den Ausschluss der Öffentlichkeit sprechende Interesse der betroffenen BGE 144 III 442 S. 448 Jugendlichen ist in Art. 6 Ziff. 1 EMRK sodann explizit als ein den Ausschluss einer öffentlichen Verhandlung rechtfertigendes Interesse anerkannt (vgl. etwa Urteil B. und P. gegen Vereinigtes Königreich, a.a.O., § 38). Unter diesen Umständen kommt entgegen dem Beschwerdeführer der unbestrittenen Tatsache, dass B. gesundheitlich nicht beeinträchtigt ist, es sich bei ihr vielmehr um eine "sympathische, intelligente, vernünftige und reife Jugendliche" handelt, keine entscheidende Bedeutung zu. Der Beschwerdeführer verweist demgegenüber zwar grundsätzlich zu Recht auf das in Art. 6 Ziff. 1 EMRK zum Ausdruck kommende Prinzip der Justizöffentlichkeit und namentlich auf die damit verbundene Absage an jede Form einer der öffentlichen Kontrolle entzogenen Geheimjustiz (vgl. dazu Urteile des EGMR Malofeyeva gegen Russland Nr. 36673/04 vom 30. Mai 2013 § 105; Kharbrova gegen Russland Nr. 18498/04 vom 2. Oktober 2012 § 48; vgl. auch BGE 143 I 194 E. 3.1 mit Hinweisen). Diesem Prinzip kommt grundsätzlich zwar zentrale Bedeutung zu. Der Beschwerdeführer legt indessen nicht dar, weshalb es vorliegend entscheidendes Gewicht hätte. Ganz im Gegenteil: Zwar ist eine hoheitlich auftretende Behörde an dem Verfahren beteiligt. Dennoch steht eine familienrechtliche Angelegenheit (im weiteren Sinne) in Streit und obliegt der Behörde die Wahrung des Kindeswohls (vgl. Art. 307 Abs. 1 ZGB). Damit kommt dem Grundsatz der Justizöffentlichkeit und namentlich dem Aspekt der Kontrolle der Justiz eine andere Bedeutung zu, als dies etwa in einem Strafverfahren der Fall ist, das gänzlich andere Ziele verfolgt (vgl. dazu BGE 143 I 194 E. 3; jüngst Urteil 1B\_87/2018 vom 9. Mai 2018 E. 3.2; allgemein zur Funktion des Strafrechts vgl. GÜNTER STRATENWERTH, Allgemeiner Teil: Die Straftat, 4. Aufl. 2011, § 2 S. 31 ff.). Der Grundsatz der Justizöffentlichkeit vermag damit die Interessen von B. an einem Ausschluss der Öffentlichkeit nicht zu überwiegen.

## **E. 2.7**

Nach dem Ausgeführten hat das Verwaltungsgericht den ihm zukommenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten und ist es nicht zu beanstanden, dass es auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung verzichtete. Die Beschwerde erweist sich insoweit als unbegründet. Damit ist auch von vornherein nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht den Beschwerdeführer und die Tochter nicht im Rahmen einer derartigen Verhandlung persönlich anhörte, wie BGE 144 III 442 S. 449 Ersterer dies für den Fall der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz beantragt. (...)

## **E. 4.1**

In der Sache strittig ist der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts über B. und deren Unterbringung bei E. Die Vorinstanz stützte sich in ihrer Entscheidung neben Art. 310 Abs. 1 ZGB massgeblich auf Abs. 3 dieser Bestimmung, was der Beschwerdeführer kritisiert. Einschlägig sei allein Art. 310 Abs. 1 ZGB. So oder anders sei die getroffene Massnahme aber nicht rechtmässig. Damit sind vorab die gesetzlichen Grundlagen zu klären und ist nachfolgend zu prüfen, ob diese korrekt angewandt worden sind. Gemäss Art. 307 Abs. 1

ZGB trifft die Kindesschutzbehörde die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes, wenn dessen Wohl gefährdet ist und die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder sie dazu ausserstande sind. Kann der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden, so hat die Kindesschutzbehörde es den Eltern oder, wenn es sich bei Dritten befindet, diesen wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen ( Art. 310 Abs. 1 ZGB ). Hat ein Kind längere Zeit bei Pflegeeltern gelebt, so kann die Kindesschutzbehörde den Eltern seine Rücknahme untersagen, wenn diese die Entwicklung des Kindes ernstlich zu gefährden droht ( Art. 310 Abs. 3 ZGB ).

#### **E. 4.2**

Bei Scheidung der Ehe zwischen C. und dem Beschwerdeführer am 8. Dezember 2014 - für die Regelung des Kindesverhältnisses war die auf den 1. Juli 2014 in Kraft getretene Fassung des Gesetzes (AS 2014 357 ff.) massgebend (vgl. Art. 12 Abs. 1 SchlT ZGB ) - belies das Gericht die elterliche Sorge bei beiden Elternteilen (vgl. Art. 296 Abs. 2 und Art. 298 Abs. 1 ZGB ). Die faktische Obhut über die Tochter, d.h. deren tägliche Betreuung, Pflege und laufende Erziehung (vgl. BGE 142 III 612 E. 4.1), übertrug es der Mutter. Das Recht, über den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, verblieb als Teil der elterlichen Sorge ( Art. 301a Abs. 1 ZGB ; vgl. BGE 144 III 10 E. 4) damit bei beiden Elternteilen und steht dem Beschwerdeführer seit dem Tod der Mutter alleine zu (vgl. Art. 297 Abs. 1 ZGB ; Urteil 5A\_684/2014 vom 3. Dezember 2014 E. 2.1, in: FamPra.ch 2015 S. 239). Wie das Verwaltungsgericht richtig erkennt, stellt sich unter diesen Umständen die Frage nach dem Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts, wenn die heutige BGE 144 III 442 S. 450 Wohnsituation von B. erhalten und verhindert werden soll, dass der Beschwerdeführer die Tochter zu sich nimmt. Betroffen ist damit der Regelungsgehalt von Art. 310 ZGB (vgl. dazu Urteil 5A\_402/2016 vom 16. Januar 2017 E. 3; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O., N. 11 ff. zu Art. 310/314b ZGB). Zutreffend erkennt das Verwaltungsgericht weiter, dass der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 Abs. 1 ZGB nicht nur dann möglich ist, wenn ein Kind entsprechend dem Gesetzeswortlaut den sorgeberechtigten Eltern weggenommen und neu untergebracht werden soll, sondern auch dann, wenn der Entzug verhindern soll, dass eine bestehende Pflegelösung rückgängig gemacht wird (vgl. Urteil 5A\_550/2016 vom 3. Februar 2017 E. 3.3 mit Hinweis auf PETER BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 5. Aufl. 2014, N. 3 zu Art. 310 ZGB ). Mit Blick auf das Kindeswohl, dessen Wahrung sämtliche Kindesschutzmassnahmen bezwecken ( Art. 307 Abs. 1 ZGB ; Urteil 5A\_65/2017 vom 24. Mai 2017 E. 3.5), spielt dabei keine Rolle, wie die aufrechtzuerhaltende Betreuungssituation entstanden ist. Erfasst wird folglich auch der vorliegende Fall, in dem nach dem Tode des betreuenden Elternteils sichergestellt werden soll, dass das Kind in seinem bisherigen Umfeld bleibt und nicht zum überlebenden Elternteil zurückkehrt. Das Verwaltungsgericht erwägt sodann zu Recht, dass die für den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts vorausgesetzte Gefährdung des Kindeswohls in diesen Fällen nicht an der bestehenden Situation zu messen ist, die aufrechterhalten werden soll. Vielmehr ist zu prüfen, ob das Wohl des Kindes durch die neu in Aussicht genommene Betreuungsregelung gefährdet würde. Hierbei sind, da die Beendigung der früheren Betreuungslösung in Frage steht, die Kriterien von Art. 310 Abs. 3 ZGB zu beachten (Urteil 5A\_550/2016 vom 3. Februar 2017 E. 4.2; in der vorliegenden Situation die Anwendung von Art. 310 Abs. 3 ZGB bejahend auch AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O., N. 7 zu Art. 297 ZGB ; CYRIL HEGNAUER, Elterliche Sorge bei Tod eines geschiedenen Elters, Art. 134 Abs. 3 ZGB , ZVW 55/2000 S. 57 ff., 59).

### E. 4.3

Damit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz über den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Beschwerdeführers unter Anwendung der Kriterien von Art. 310 Abs. 3 ZGB entschieden hat. Fraglich bleibt, ob der Umzug von B. zum Beschwerdeführer die Entwicklung des Kindes ernstlich zu gefährden droht, wie es diese Bestimmung voraussetzt. BGE 144 III 442 S. 451 Hierbei ist nach der Rechtsprechung entscheidend, ob die seelische Verbindung zwischen dem betroffenen Elternteil und dem Kind intakt ist und ob dessen Erziehungsfähigkeit und Verantwortungsbewusstsein eine Übertragung der faktischen Obhut unter Beachtung des Kindeswohls rechtfertigen. Es gilt, den Anspruch des Elternteils auf persönliche Betreuung gegen das Interesse des Kindes an einer stabilen Beziehung und geeigneten Förderung abzuwägen ( BGE 111 II 119 E. 5 und 6; Urteil 5A\_980/2015 vom 26. Januar 2016 E. 2.1 mit zahlreichen Hinweisen). In die Abwägung einzubeziehen sind namentlich auch der Wunsch des betroffenen Kindes, dessen Alter sowie die bisherige Dauer der bestehenden Pflegelösung (Urteil 5A\_88/2015 vom 5. Juni 2015 E. 4.3.2, in: FamPra.ch 2015 S. 992). Unerheblich ist, auf welchen Ursachen die Gefährdung des Kindes im Falle seiner Rückplatzierung beruht. Sie kann in den Anlagen oder in einem Fehlverhalten des Kindes oder des Elternteils oder auch in der weiteren Umgebung gründen. Desgleichen spielt keine Rolle, ob den Elternteil ein Verschulden trifft (Urteil 5A\_88/2015 vom 5. Juni 2015 E. 4.3.1 mit Hinweis, in: FamPra.ch 2015 S. 992). Bei der Beurteilung der Situation steht dem Sachgericht ein Ermessen im Sinne von Art. 4 ZGB zu, welches das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung überprüft (vgl. statt vieler Urteil 5A\_707/2017 vom 22. Februar 2018 E. 5.1; zum Prüfungsmassstab vgl. BGE 142 III 336 E. 5.3.2). 4.4-4.6 [Zusammenfassung: In der Folge gelangt das Bundesgericht zum Schluss, dass der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Beschwerdeführers ebenso wenig zu beanstanden ist wie die Unterbringung von B. bei E.]

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.