

# **BGer 5A\_215/2017 vom 25. Oktober 2017**

Bundesgericht, 2017-10-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_215\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_215_2017)

FR: TF 5A\_215/2017 du 25 octobre 2017

IT: TF 5A\_215/2017 del 25 ottobre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein kantonale letztinstanzliche Entscheidung ( Art. 75 Abs. 1 BGG ) betreffend den persönlichen Verkehr zwischen dem Beschwerdegegner und dem Sohn der Parteien ( Art. 273 ZGB ). Die Angelegenheit unterliegt der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 6 BGG) und ist nicht vermögensrechtlicher Natur ( Art. 74 BGG ; Urteil 5A\_830/2010 vom 30. März 2011 E. 1.1). Die Beschwerdeführerin ist nach Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt. Die Beschwerdefrist gemäss Art. 100 Abs. 1 BGG ist eingehalten. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesgericht ist an den von den kantonalen Instanzen festgestellten Sachverhalt gebunden ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Diesbezüglich kann einzig vorgebracht werden, der Sachverhalt sei offensichtlich unrichtig festgestellt worden ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

Das Bundesgericht berücksichtigt keine Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem vorinstanzlichen Urteil entstanden sind (echte Noven). Unechte Noven werden berücksichtigt, soweit der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ; zum Ganzen vgl. zuletzt anstatt Vieler Urteil 5A\_627/2016 vom 28. August 2017 E. 2.2). Das vorinstanzliche Urteil datiert vom 14. Februar 2017 (vgl. Sachverhalt Bst. C.b). Aus dem Recht zu weisen ist damit insbesondere die vom Beschwerdegegner als Beilage zur Beschwerdeantwort eingereichte Kopie der Gefährdungsmeldung vom 30. April 2017, die als echtes Novum zu gelten hat. Ebenso nicht zu hören ist der Beschwerdegegner, soweit er selbst eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs durch die KESB behauptet und verschiedene andere Vorwürfe erhebt gegen teils namentlich genannte Mitarbeiter der KESB und auch gegen den Anwalt der Beschwerdeführerin. Die Ausführungen erfolgen zu spät und zielen am Gegenstand vorliegenden Verfahrens vorbei.

### **E. 3**

In rechtlicher Hinsicht hat das Bundesgericht freie Kognition ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Indes kommt den kantonalen Behörden bei der Regelung und Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ein Ermessen zu. Das Bundesgericht übt eine gewisse Zurückhaltung in der Überprüfung solcher Urteile ( BGE 131 III 209 E. 3 S. 210; 120 II 229 E. 4a S. 235). Es greift nur ein, wenn die kantonale Instanz von dem ihr zustehenden Ermessen falschen Gebrauch gemacht hat, das heisst, wenn sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat. Aufzuheben und zu korrigieren sind ausserdem Ermessensentscheide, die sich als im Ergebnis offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen ( BGE 135 III 121 E. 2 S. 123 f.; 132 III 97 E. 1 S. 99).

Verfassungsverletzungen und Verletzungen von kantonalem und interkantonalem Recht werden nur geprüft, wenn sie gerügt und gehörig begründet werden ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 135 II 384 E. 2.2.1 S. 389 ; 134 I 83 E. 3.2 S. 88 mit Hinweisen).

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung von Art. 314a Abs. 1 ZGB und Art. 12 KRK sowie eine mangelnde Sachverhaltsfeststellung, weil ihr Sohn nicht angehört worden sei. Sie habe bereits im kantonalen Verfahren eine Anhörung resp. Befragung des Kindes verlangt. Es sei von den Vorinstanzen sowohl dessen persönliches Recht auf Anhörung verletzt wie auch die Pflicht zur Abklärung des Sachverhalts nicht wahrgenommen worden. Sie macht damit Ansprüche geltend, die zumindest teilweise formeller Natur sind, d.h. die im Falle ihrer Begründetheit unabhängig vom Einfluss auf das Ergebnis zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führen würden. Diese Rügen sind vorab zu behandeln.

Nicht (mehr) Gegenstand dieses Verfahrens ist die Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Nicht-Zustellung der Stellungnahme des Beschwerdegegners und des Abklärungsberichts vor Urteilsfällung durch die KESB (vgl. Sachverhalt Bst. B.b). In diesem Punkt hat die Vorinstanz eine Gehörsverletzung, aber auch eine nachträgliche Heilung bejaht, was die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht nicht mehr thematisiert.

#### **E. 4.2**

Die Kindesanhörung wird für das Verfahren vor der Kindesschutzbehörde in Art. 314a ZGB und für eherechtliche Verfahren, in welchen die schweizerische Zivilprozessordnung anwendbar ist, in Art. 298 Abs. 1 ZPO geregelt. Art. 314a ZGB und Art. 298 Abs. 1 ZPO konkretisieren die Ansprüche aus Art. 29 Abs. 2 BV , Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 12 KRK (Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, Kinderrechtskonvention; SR 0.107). Die Beschwerdeführerin bringt nicht in rechtsgenügender Weise vor (E. 2), dass Art. 12 KRK über das Bundesrecht hinausgehende Rechte verleihen würde, weshalb auf den Vorwurf, die Vorinstanz verletze in diesem Punkt Völkerrecht, nicht einzutreten ist. Zu prüfen bleibt der Vorwurf, Art. 314a ZGB sei verletzt worden.

Die Anhörung des Kindes ist zum einen Ausfluss seiner Persönlichkeit und dient zum anderen der Sachverhaltsfeststellung. In seinem Leitentscheid zur Kindesanhörung ist das Bundesgericht davon ausgegangen, dass diese im Sinn einer Richtlinie ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich ist, wobei es nicht ausgeschlossen ist, je nach den konkreten Umständen auch ein etwas jüngeres Kind anzuhören, etwa wenn bei Geschwistern das jüngere kurz vor dem genannten Schwellenalter steht ( BGE 131 III 553 E. 1.2.3 S. 557). Während bei älteren Kindern der persönlichkeitsrechtliche Aspekt im Vordergrund steht und das Kind ein eigenes Mitwirkungsrecht hat, ist die Anhörung bei kleineren Kindern im Sinn eines Beweismittels zu verlangen ( BGE 131 III 553 E. 1.1 S. 554 f.). Soweit aber entsprechende Anträge vorhanden sind, besteht unter Vorbehalt der vom Gesetz genannten wichtigen Gründe eine Verpflichtung zur Durchführung der Anhörung ( BGE 131 III 553 E. 1.2.3 S. 557 und E. 1.4 S. 559; Urteile 5A\_43/2008 vom 15. Mai 2008 E. 4.1; 5A\_821/2013 vom 16. Juni 2014 E. 4; zuletzt zum Ganzen auch Urteil 5A\_2/2016 vom 28. April 2016 E. 2.3).

Unabhängig von der Anspruchsgrundlage des Anhörungsrechts kann eine mehrmalige Anhörung dort unterbleiben, wo sie einzig um der Anhörung willen stattfände, namentlich wenn sie für das Kind eine unnötige Belastung bedeuten würde, wie etwa bei akuten Loyalitätskonflikten, und überdies keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären ( BGE 133 III 553 E. 4 S. 554 f.; zuletzt Urteil 5A\_821/2013 vom 16. Juni 2014 E. 4, in: FamPra.ch 2014 S. 1115). Um eine solche Anhörung um der Anhörung willen zu vermeiden, besteht daher die Pflicht, ein Kind anzuhören, in der Regel nur einmal im Verfahren (Urteil 5A\_299/2011 vom 8. August 2011 E. 5.2, in: FamPra.ch 2011 S. 1026 [Kindesschutz, Besuchsrecht]) und zwar grundsätzlich nicht nur auf die einzelne Instanz gesehen, sondern einschliesslich Instanzenzug (vgl. Urteile 5A\_160/2011 vom 29. März 2011 E. 5.2.1, in: FamPra.ch 2011 S. 740 [Besuchsrecht]; 5A\_352/2009 vom 8. September 2009 [Ehescheidung]; so auch YVO BIDERBOST, in: Peter Breitschmid/Alexandra Rumo-Jungo, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, N. 4 zu Art. 314a ZGB ). Ein Verzicht auf eine erneute Anhörung setzt allerdings voraus, dass das Kind zu den entscheidrelevanten Punkten befragt worden und das Ergebnis der Anhörung noch aktuell ist ( BGE 133 III 553 E. 4 S. 555; Urteile 5A\_821/2013 vom 16. Juni 2014 E. 4, in: FamPra.ch 2014 S. 1115; 5A\_505/2013 vom 20. August 2013 E. 5.2.2; 5A\_138/2012 vom 26. Juni 2012 E. 4; alle mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 4.3**

Vorliegend wird im angefochtenen Urteil erwogen, dass gemäss Abklärungsbericht vom 10. August 2016 ein "Kontakt" mit dem Kind stattgefunden habe, ohne dass sich der Bericht dazu äussere, in welcher Art und Weise. Die Vorinstanz befand dann aber, auch wenn aus den Akten nicht hervorgehe, dass eine Kindesanhörung stattgefunden habe, so könne auf eine solche verzichtet werden, da es sowieso keinerlei Hinweise darauf gebe, dass die Gefährdungsmeldung begründet gewesen sei. Für die Beantwortung der Frage, ob zwischen den Kindseltern ein Konflikt bestehe, bedürfe es jedenfalls keiner Anhörung des Kindes. Diesbezüglich befinde sich dieses ohnehin in einem Loyalitätskonflikt, was die Durchführung einer Anhörung ausschliesse. An anderer Stelle kommt die Vorinstanz auf den Abklärungsbericht zurück, der erwähne, dass der Sohn auf den Loyalitätskonflikt und die ihm übertragene Verantwortung (wie der Kontakt zum Kindsvater zu geschehen habe) reagiere, indem er über körperliches Unwohlsein klage. Woher diese Feststellung kommt, ergründet die Vorinstanz nicht.

Der Blick in den Abklärungsbericht vom 10. August 2016 erhellt die Angelegenheit nicht weiter. Der knapp drei Seiten umfassende Bericht äussert sich weder zur Ausgestaltung des angeblichen "Kontakts" mit dem Kind, noch wird ersichtlich, aus welcher Quelle auf den grossen Loyalitätskonflikt und die vorgeschobenen körperlichen Beschwerden geschlossen wird. Der im Abklärungsbericht wiedergegebenen Auskunft des Hausarztes lässt sich nichts solches entnehmen. Die Schlussfolgerungen des Berichts (Empfehlung eines Beistands mit besonderen fachlichen Kenntnissen, sozialtherapeutische Familienbegleitung) werden in den Raum gestellt, ohne dass begründet wird, welche gewonnen Erkenntnisse dies rechtfertigen würden. Darüber hinaus befassen sich weder der Bericht noch das Urteil auch nur ansatzweise mit den von der Beschwerdeführerin geschilderten Gründen, die sie zur Gefährdungsmeldung bewogen haben sollen.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführerin beschrieb insbesondere Vorfälle, in denen der Sohn an Besuchswochenenden beim Vater mitten in der Nacht aus dem Schlaf gerissen und quasi verhört worden sei. Der Junge sei danach so traumatisiert gewesen, dass sie eine Zeit lang mit ihm bei den Grosseltern habe wohnen und bei sich zu Hause eine Alarmanlage habe installieren müssen, bis sich der Junge wieder sicher genug gefühlt habe. Er fürchte sich vor dem Vater und leide noch immer an Albträumen.

Der Beschwerdegegner bestreitet in der Vernehmlassung, dass sich solches ereignet habe. Die geschilderten Ereignisse hätten sich im Laufe der Eingaben der Beschwerdeführerin verändert. Dass die Beschwerdeführerin die wechselnden Angaben des Kindes als real übernommen habe, lässt ihn auf einen psychisch labilen Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin schliessen. Die geschilderte Situation habe nie stattgefunden und entspringe der Fantasie eines von Loyalitätskonflikt und Entfremdung gezeichneten achtjährigen Jungen.

#### **E. 4.5**

Angesichts der sich widersprechenden Aussagen der Kindseltern hätte nur das Kind darüber Auskunft geben können, ob und was passiert ist und inwiefern das Kindeswohl gefährdet ist.

Nach der bereits zitierten Lehre und Rechtsprechung (vgl. E. 4.2) steht das Recht des Kindes auf Anhörung nicht unter dem Vorbehalt, dass es sich nicht in einem Loyalitätskonflikt zwischen den Eltern befindet. Sonst würde das Anhörungsrecht zur blossen Hülle, sind Loyalitätskonflikte Trennungssituationen doch bis zu einem gewissen Ausmass inhärent. Sind die Voraussetzungen für eine Anhörung gegeben, ist die Abweisung eines Antrags auf Kindesanhörung allein aufgrund einer antizipierten Beweiswürdigung sodann unzulässig (Urteile 5A\_821/2013 vom 16. Juni 2014 E. 4, in: FamPra.ch 2014 S. 1115; 5A\_160/2011 vom 29. März 2011 E. 5.2.1; 5A\_536/2007 vom 24. Januar 2008 E. 2.1). Mit genau diesen Argumenten hat die Vorinstanz allerdings die Anhörung verweigert, womit sie gegen Bundesrecht verstossen hat.

Das vorliegend betroffene Kind war zum Zeitpunkt des Entscheids der Vorinstanz 8-jährig, womit das Alter einer Anhörung nicht entgegen gestanden hätte. Indem es nie angehört wurde, resp. es die Vorinstanz abzuklären unterliess, ob es rechtsgenügend angehört worden ist, wurde die Pflicht zur Kindesanhörung (E. 4.2) verletzt.

Indem die Vorinstanz dafür hielt, die Beschwerde sei von Beginn weg aussichtslos gewesen, obwohl sie das Kind nie dazu angehört hat (oder hat anhören lassen) und damit also nicht abgeklärt hat, ob die von der Mutter behaupteten Vorfälle stattgefunden haben und inwiefern dadurch die Befindlichkeit des Kindes beeinträchtigt worden ist, wurde sodann auch das Sachverhaltsermittlungselement des Anhörungsrechts verletzt.

In Gutheissung der Beschwerde ist die angefochtene Verfügung daher aufzuheben und die Sache zur Anhörung des Kindes und neuem Entscheid an die KESB sowie betreffend Kosten und Entschädigungen für das kantonale Beschwerdeverfahren an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen ( Art. 107 Abs. 2 BGG ). Die weiteren von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Rechtsverletzungen in der Sache sind demnach nicht zu prüfen ( BGE 135 I 187 E. 2.3. S. 191). Die Anhörung kann gemäss Art. 314a Abs. 1 ZGB durch die KESB oder eine beauftragte Drittperson vorgenommen werden. Findet die Anhörung im Rahmen eines anderen Verfahrens statt, ist sicherzustellen dass die Anhörung vorliegender Fragestellung angepasst erfolgt.

## **E. 5**

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren wird somit gegenstandslos.

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