

# **BGer 5A 471/2010 vom 5. November 2010**

Bundesgericht, 2010-11-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_471\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_471_2010)

FR: TF 5A 471/2010 du 5 novembre 2010

IT: TF 5A 471/2010 del 5 novembre 2010

## **Regeste**

Vorladung zur Kinderanhörung | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Anfechtungsobjekt im Verfahren 5A\_471/2010 ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid, mit welchem im Rahmen der Regelung des persönlichen Verkehrs die Anhörung des betroffenen Kindes angeordnet wird. Dabei scheint es sich vorderhand noch nicht um ein eigentliches Kindesschutzverfahren, sondern vielmehr lediglich um ein Besuchsrechtsverfahren zu handeln. So oder anders fällt die Anordnung in den Anwendungsbereich der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 1 bzw. Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 7 BGG). Der Entscheid des Kantonsgerichts betrifft eine Vorladung zur Kindesanhörung. Er ist somit nicht ein End-, sondern ein selbständig eröffneter Zwischenentscheid (vgl. Urteil 5A\_93/2009 vom 13. Mai 2009 E. 2). Dieser kann - von hier nicht gegebenen weiteren Ausnahmen abgesehen ( Art. 92 und 93 Abs. 1 lit. b BGG ) - nur dann mit Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann ( Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ). Dabei muss es sich um einen Nachteil rechtlicher Natur handeln, der sich auch mit einem späteren günstigen Entscheid nicht gänzlich beseitigen lässt ( BGE 134 III 188 E. 2.1 S. 190). Die Erfüllung dieser Voraussetzung ist in der Beschwerde darzutun ( BGE 133 III 629 E. 2.3.1 S. 632; 134 III 426 E. 1.2 S. 429). Die Beschwerdeführerin beruft sich diesbezüglich auf das Kindeswohl und eine Gehörsverletzung. Darauf wird im Einzelnen zurückzukommen sein (E. 2 und 3).

### **E. 1.2**

Die Mutter erhebt überdies eine Rechtsverweigerungsbeschwerde, mit welcher sie wiederum die angebliche Verweigerung des rechtlichen Gehör und die Notwendigkeit der Kindesanhörung thematisiert (Verfahren 5A\_472/2010). Gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern eines anfechtbaren Entscheides kann gemäss Art. 94 BGG Beschwerde in Zivilsachen geführt werden. Unter diese Bestimmung fällt indes nur die formelle Rechtsverweigerung, d.h. wenn die Behörde ein Gesuch trotz Zuständigkeit nicht an die Hand nimmt und behandelt. Hingegen kann bloss noch materielle Rechtsverweigerung gegeben sein, sobald die Behörde eine ablehnende Verfügung oder einen ablehnenden Entscheid erlässt. Damit liegt ein Anfechtungsobjekt vor, welches nach Massgabe der einschlägigen Bestimmungen anfechtbar ist (Urteil 1C\_433/2008 vom 16. März 2009 E. 1.4 m.w.H.). Vorliegend stellt sich die Frage, inwieweit es nicht um eine solche materielle Rechtsverweigerung geht, hat doch die Vormundschaftsbehörde nicht den von der Mutter mehrmals verlangten Vorabentscheid über die Notwendigkeit einer Kindesanhörung gefällt, sondern direkt eine neue - und vorliegend auch angefochtene (dazu

E. 1.1) - Vorladungsverfügung getroffen. Mit dieser konkreten Anordnung hat die Vormundschaftsbehörde von der Sache über den mehrmals geäusserten Standpunkt der Mutter, die Kindesanhörung sei unnötig und schädlich und im Übrigen müsse ihr vorab das rechtliche Gehör gewährt werden, her im verneinenden Sinn entschieden.

### **E. 1.3**

Die Frage, ob eine formelle oder eine materielle Rechtsverweigerung vorliegt - rechtslogisch ist bei identischen Vorbringen aufgrund des gleichen Sachverhalts nicht beides gleichzeitig gegeben sein -, kann aber letztlich insofern offen gelassen werden, als die Verfahren 5A\_471/2010 und 5A\_472/2010 aufgrund der Kongruenz von Sachverhalt und Thematik ohnehin antragsgemäss zu vereinigen sind.

### **E. 1.4**

Bei der Beschwerde in Zivilsachen sind in rechtlicher Hinsicht alle Rügen gemäss Art. 95 f. BGG zulässig und das Bundesgericht wendet in diesem Bereich das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), was heisst, dass es behauptete Rechtsverletzungen ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) mit freier Kognition prüft. Die Verletzung von Grundrechten prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Das bedeutet, dass klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen ist, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen ( BGE 133 III 393 E. 6 S. 397; 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254). Nicht einzutreten ist daher auf die behaupteten Verstösse gegen Art. 6 und Art. 8 EMRK sowie Art. 10 Abs. 2, Art. 11 und Art. 13 Abs. 1 BV , ohne dass die Beschwerdeführerin im Einzelnen aufzeigt, welche Ansprüche sie aus welcher Bestimmung ableitet und inwiefern diese verletzt sein sollen.

### **E. 1.5**

Nach Art. 105 Abs. 1 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich ( BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252), ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 135 I 19 E. 2.2.2 S. 22). Wird eine willkürliche Feststellung von Tatsachen geltend gemacht, ist neben der Erheblichkeit der gerügten Tatsachenfeststellung für den Ausgang des Verfahrens klar und detailliert darzutun, inwiefern diese offensichtlich unhaltbar sein soll, d.h. mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehe, auf einem offenkundigen Versehen beruhe oder sich sachlich in keiner Weise rechtfertigen lasse und der angefochtene Entscheid deshalb an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ( BGE 133 III 393 E. 7.1 S. 398; 134 II 244 E. 2.2 S. 246). Die Beschwerdeführerin rügt in mehrfacher Hinsicht offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellungen. Sie behauptet zwar, dass die gerügten Feststellungen für den Ausgang des Verfahrens entscheidend seien, unterlässt es aber aufzuzeigen, inwiefern der Ausgang des Verfahrens davon betroffen sein soll. Soweit das Bundesgericht gestützt auf die Akten gewisse Feststellungen nicht von Amtes wegen ergänzt bzw. korrigiert ( Art. 105 Abs. 2 BGG ), ist deshalb auf die Rügen nicht einzutreten.

### **E. 2**

Mit Bezug auf die Anordnung der Kindesanhörung ist nach dem in E. 1.1 Gesagten ein nicht wieder gutzumachender Nachteil darzulegen.

### **E. 2.1**

Soweit sich die Mutter auf ihr "unangefochtenes, alleiniges und uneingeschränktes Sorgerecht" beruft, kann sie von vornherein keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil begründen, muss doch dieser beim Kind selbst eintreten.

### **E. 2.2**

Wenn die Mutter geltend macht, aufgrund "eines seit Jahren vorliegenden Fehlverhaltens des Kindsvaters" würde ein persönlicher Kontakt das Kindeswohl beeinträchtigen und deshalb dürfe nicht nur kein Besuchsrecht eingeräumt werden, sondern auch weder ein telefonischer noch ein brieflicher Kontakt bestehen, überspielt sie, dass es vorliegend nicht um die Festsetzung von Art und Umfang des persönlichen Verkehrs, sondern einzig und allein um die Frage der Anhörung geht.

### **E. 2.3**

Die Mutter ist freilich auch der Meinung, bereits die bloße Anhörung wäre äusserst schädlich. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung droht allerdings durch die Anhörung als solche in aller Regel kein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinn von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (Urteil 1B\_180/2010 vom 4. Juni 2010 E. 3.2). Vorliegend ist denn auch weder dargetan noch ersichtlich, inwiefern das inzwischen elfjährige, normal entwickelte und gesunde Mädchen einen unheilbaren Schaden nehmen soll, zumal die Anhörung durch eine geschulte Fachperson geplant ist. Eine Schädigungsgefahr ergibt sich insbesondere auch nicht aus dem - im Übrigen sehr stark Partei ergreifenden - Schreiben von Dr. B.\_\_\_\_\_ (bei welcher die Mutter Betreuung gesucht hat), wonach es aus kindespsychiatrischer Sicht wenig Sinn mache, wenn eine Anhörung gegen den Willen der Hauptbezugsperson und gegen den Willen des Kindes erzwungen werde: Die Anhörung soll genau die Feststellung des wirklichen Kindeswillens ermöglichen, der zwar nie völlig frei vom Einfluss eines Elternteils entstanden sein wird, aber vom manipulierten und damit unbeachtlichen Kindeswillen abzugrenzen ist (vgl. BGE 131 III 334 E. 5.1 S. 340).

### **E. 2.4**

Im Übrigen kommt die Vormundschaftsbehörde mit der geplanten Anhörung in löblicher Weise ihren Pflichten nach, gilt doch für alle Kinderbelange die *Offizialmaxime* und insbesondere der Untersuchungsgrundsatz ( BGE 128 III 411 E. 3.2 S. 412), was bedeutet, dass die Behörde sämtliche relevanten Umstände von Amtes wegen abzuklären bzw. zu erforschen hat. Dabei sind die Kinder in geeigneter Weise durch das Gericht bzw. die Behörde oder durch eine beauftragte Drittperson persönlich anzuhören, soweit nicht ihr Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen ( Art. 144 Abs. 2 ZGB ). Diesbezüglich hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Anhörung grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Lebensjahr erfolgt ( BGE 131 III 553 E. 1.2.3 S. 557) und dass sie einerseits Ausfluss der Persönlichkeit des Kindes ist, andererseits aber auch der Sachverhaltsermittlung dient und deshalb keine Urteilsfähigkeit des Kindes erforderlich ist ( BGE 131 III 553 E. 1.1 S. 553). An der Sache vorbei geht deshalb das Vorbringen der Mutter, das Kind sei bis mindestens zum 12. Lebensjahr gar nicht fähig, sich eine Meinung über den Vater zu bilden, zumal es diesen nicht kenne. Je nach Alter geht es gar nicht um konkrete Wünsche des Kindes, sondern in erster Linie darum, dass sich die Behörde ein persönliches Bild machen kann und über ein zusätzliches Element bei der Sachverhaltsfeststellung und Entscheidungsfindung verfügt ( BGE 131 III 553 E. 1.2.2 S. 557). Aus diesem Grund ist auch das Vorbringen nicht einschlägig, einer Anhörung der Tochter

bedürfe es nicht, "da sämtliche sachrelevanten Tatsachen für einen Entscheid bereits bekannt seien". Im Übrigen kann vorliegend ohnehin einzig der nicht wieder gutzumachende Nachteil im Zusammenhang mit der Anhörung geprüft werden. Ein solcher ist nach dem Gesagten nicht ersichtlich; im Gegenteil kann die Anhörung dem Kind bei seiner weiteren Entwicklung nur zum Vorteil gereichen, ist doch für die Orientierung und Identitätssuche ein Kontakt zu beiden Elternteilen wichtig ( BGE 130 III 585 E. 2.2.2 S. 590) und werden sich diese Fragen für das Kind bei fortgesetztem Unterbinden jeglichen Kontaktes in Zukunft umso intensiver stellen. Sodann liegt auf der Hand, dass sich der von der Mutter angesprochene Loyalitätskonflikt des Kindes - worüber es keine Feststellungen gibt, sondern wozu eben gerade die Anhörung dient - wenn schon nicht aus dieser Anhörung, sondern aufgrund der Vereinnahmung bzw. Instrumentalisierung des Kindes im Rahmen des unbewältigten elterlichen Konfliktes ergibt.

### **E. 2.5**

Nach dem Gesagten ist kein nicht wieder gutzumachender Nachteil für das Kind im Zusammenhang mit der Anhörung ersichtlich, weshalb die Beschwerde insoweit unbegründet ist.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ), weil sie entgegen ihrem ausdrücklichen Antrag vor dem Erlass der Vorladungsverfügung zur Frage der Kindesanhörung bzw. der Notwendigkeit derselben nicht angehört worden sei.

#### **E. 3.1**

Das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt ( BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88).

#### **E. 3.2**

Vorab ist festzuhalten, dass der Anordnung der Kindesanhörung eine langwierige Korrespondenz zwischen Behörde und Mutter vorausging, in welcher sich diese stets energisch gegen jegliche Kontakte stellte. Am 6. Februar 2009 fand eine allgemeine Anhörung der Mutter durch den Präsidenten der Vormundschaftsbehörde statt, wobei diese die Unterschrift auf dem betreffenden Gesprächsprotokoll verweigerte. Mit Schreiben vom 20. März 2009 stellte sie sich, nunmehr vertreten durch einen Anwalt, mit Nachdruck auf den Standpunkt, dass generell keine Anhörung des Kindes stattfinden dürfe. Mit anwaltlichem Schreiben vom 27. April 2009 verlangte sie, dass vorgängig über die Notwendigkeit der Kindesanhörung zu befinden sei. Diese Position bekräftigte sie in weiteren eigenen Schreiben an die Vormundschaftsbehörde. Unabhängig von der Frage, ob es rechtslogisch überhaupt ein rechtliches Gehör (der Mutter) zum rechtlichen Gehör (des Kindes) geben kann, ist jedenfalls vor dem soeben geschilderten Hintergrund keine Gehörsverletzung ersichtlich: Die Mutter hatte ihren Standpunkt, wonach keine Kindesanhörung stattfinden dürfe und jedenfalls vorab über deren Notwendigkeit zu entscheiden sei, mehrmals dargetan und die Vormundschaftsbehörde war deshalb nicht gehalten, sie im Zusammenhang mit der Vorladung noch einmal zu eben diesem Punkt nach ihrer Meinung zu fragen.

#### **E. 3.3**

Darüber hinaus ist einmal mehr klarzustellen, dass es im vorliegenden Verfahren nicht um die Frage geht, in welchem Umfang und in welcher Form der Vater persönlichen Verkehr mit seiner Tochter aufnehmen bzw. ausüben kann, sondern nur und ausschliesslich um die Anhörung des Kindes. Die Anordnung der Anhörung als solche stellt aber keinen Entscheid im Sinne der in E. 3.1 zitierten Rechtsprechung dar, sondern eine prozessleitende Verfügung, welche bezweckt, im Rahmen der vorliegend anwendbaren Untersuchungsmaxime den entscheiderelevanten Sachverhalt zu ermitteln. Welche Abklärungen notwendig sind, entscheidet die mit der Prozessleitung befassete Behörde nach pflichtgemässen Ermessen. Werden dabei konkrete Verfügungen getroffen, können diese im Rahmen der einschlägigen Rechtsmittelordnung angefochten werden, was vorliegend auch geschehen ist.

#### **E. 3.4**

Soweit auf die Gehörsrüge überhaupt eingetreten werden kann, ist sie nach dem Gesagten jedenfalls unbegründet.

#### **E. 4**

Nur der Vollständigkeit halber sei die Mutter mit Blick auf den materiellen Hintergrund der Anhörung darauf hingewiesen, dass der persönliche Verkehr als Pflichtrecht ausgestaltet ist, indem der Elternteil, dem das Sorge- oder Obhutsrecht nicht zusteht, und das unmündige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr haben ( Art. 273 Abs. 1 ZGB ). Bei dessen Ausgestaltung steht zwar das Kindeswohl im Vordergrund ( BGE 131 III 209 E. 5 S. 212), aber dem Kind - und insbesondere dem Sorgerechtsinhaber - kommt kein eigentliches Selbstbestimmungsrecht zu ( BGE 100 II 76 E. 4b S. 82 ff.). Sodann entspricht es kinderpsychologischer Erkenntnis, dass in der Entwicklung des Kindes eine Beziehung zu beiden Elternteilen sehr wichtig ist ( BGE 130 III 585 E. 2.2.2 S. 590). Der Mutter sei in diesem Sinn nahegelegt, im Dreieck der Beteiligten zwischen ihrem eigenen Verhältnis zum Kindsvater und demjenigen des Kindes zum Vater zu trennen und im Interesse des Kindes sowie zur Vermeidung von Massnahmen im Sinn von Art. 273 Abs. 2 oder von Art. 307-311 ZGB endlich ihren Kooperationspflichten nachzuleben, einerseits im Verhältnis zur Behörde, andererseits aufgrund ihrer gesetzlichen Pflicht, alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil beeinträchtigt ( Art. 274 Abs. 1 ZGB ), auch gegenüber dem Vater.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Höhe richtet sich gemäss Art. 65 Abs. 2 BGG unter anderem nach der Art der Prozessführung, die sich vorliegend an der Grenze zur Mutwilligkeit bewegt. Die Mutter sei deshalb mit Blick auf weitere Verfahren auch darauf hingewiesen, dass bei mutwilliger Prozessführung Ordnungsbussen an Partei und Vertreter auferlegt werden können ( Art. 33 Abs. 2 BGG ). Der Vater musste lediglich zum Gesuch um aufschiebende Wirkung Stellung nehmen. Er war dabei nicht anwaltlich vertreten, so dass keine Drittkosten entstanden sind, und er hat keinen eigenen Aufwand geltend gemacht. Entsprechend ist keine Parteientschädigung geschuldet.