



**Universität
Zürich** ^{UZH}

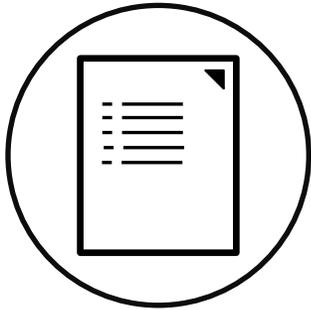
Rechtswissenschaftliches Institut

Übungen im Familienrecht

Kinderschutz und Kinder(verfahrens)rechte

Prof. Dr. iur. Walter Boente

Der Kinderschutz – im Rückblick



Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Erster Teil: Das Personenrecht

Zweiter Teil: Das Familienrecht

Erste Abteilung: Das Eherecht

Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft

Siebenter Titel: Die Entstehung des Kindesverhältnisses

Achter Titel: Die Wirkungen des Kindesverhältnisses

Erster Abschnitt: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder

Zweiter Abschnitt: Die Unterhaltspflicht der Eltern

Dritter Abschnitt: Die elterliche Sorge

A. Grundsätze ...

B. Inhalt

C. Kinderschutz

Vierter Abschnitt: Das Kindesvermögen

Fünfter Abschnitt: Minderjährige unter Vormundschaft

Neunter Titel: Die Familiengemeinschaft

Dritte Abteilung: Der Erwachsenenschutz

„Kindesschutz“ durch das Kind selbst

„Kinderschutz“ durch die Eltern

„Kindesschutz“ durch den Staat

Franziska (7 Jahre)

Vater und Mutter von Franziska (7 Jahre) sind seit vier Jahren geschieden. Franziska steht weiterhin unter der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter, jedoch unter alleiniger Obhut der Mutter.

Das Verhältnis zwischen den Eltern ist zunehmend angespannt. Grund hierfür ist nicht zuletzt die Frage, ob Franziska gegen Masern geimpft werden soll. Während sich der Vater für eine Impfung ausspricht, möchte die Mutter von einer Masernimpfung absehen.

Nachdem der Vater die Mutter mehrmals vergeblich gebeten hat, mit Franziska zum Impfen zu gehen, möchte er nicht länger zuwarten. Er macht gegenüber der Kinderschutzhbehörde geltend, durch die Nichtimpfung sei Franziska gefährdet. Die Kinderschutzhbehörde solle der Mutter die Weisung erteilen, mit Franziska zur Masernimpfung zu gehen.

Wie wir die Kinderschutzhbehörde entscheiden?

Franziska (7 Jahre)

- Einwilligung in medizinische Massnahme als Rechts(geschäfts)handlung
- „(Selbst-)Fürsorgerecht“ von Franziska?

4. Höchstpersönliche Rechte

Art. 19c. ¹ Urteilsfähige handlungsunfähige Personen üben die Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, selbstständig aus; vorbehalten bleiben Fälle, in welchen das Gesetz die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorsieht.

² Für urteilsunfähige Personen handelt der gesetzliche Vertreter, sofern nicht ein Recht so eng mit der Persönlichkeit verbunden ist, dass jede Vertretung ausgeschlossen ist.

- „(Für-)“Sorgerecht der Eltern von Franziska?

A. Grundsätze

Art. 296. ¹ Die elterliche Sorge dient dem Wohl des Kindes.

² Die Kinder stehen, solange sie minderjährig sind, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge von Vater und Mutter. ...

B. Inhalt

I. Im Allgemeinen

Art. 301. ¹ Die Eltern leiten im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen. ...

Franziska (7 Jahre)

- Alleinige Entscheidung durch den Vater, Art. 301 Abs. 1^{bis} Ziff. 1 ZGB?

„Gemäss Art. 301 Abs. 1 ZGB leiten die Eltern im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen. Nach Absatz 1^{bis} der zitierten Norm kann der Elternteil, der das Kind betreut, allein entscheiden, wenn die Angelegenheit alltäglich oder dringlich ist (Ziff. 1) oder der andere Elternteil nicht mit vernünftigen Aufwand zu erreichen ist (Ziff. 2). **Vor Bundesgericht ist unbestritten, dass die Frage der Impfung als medizinischer Eingriff keine im Sinne von Art. 301 Abs. 1^{bis} Ziff. 1 ZGB alltägliche, sondern eine grundlegende Entscheidung ist, die keinem Elternteil allein zufällt** (so auch CANTIENI/WYSS, in: Rosch et al. [Hrsg.], Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, 2. Aufl., 2018, S. 340; COPMA Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes [Hrsg.], Droit de la protection de l'enfant, Guide pratique, 2017, S. 300).“ ([BGer 5A 789/2019 vom 16. Juni 2020, E. 6.2.1](#))

Franziska (7 Jahre)

- Besonderes Verfahren bei Uneinigkeit der Eltern?

„Von keiner Seite wird sodann die vorinstanzliche Erkenntnis in Abrede gestellt, wonach das Zivilgesetzbuch kein besonderes Verfahren für den Fall vorsieht, da sich die Eltern in einer wichtigen und gemeinsam zu fällenden Entscheidung der elterlichen Sorge nicht einigen können, und ein behördlicher Entscheid in einer solchen Angelegenheit nur in Frage kommt, wenn die Weiterführung des bisherigen Zustands oder der elterliche Konflikt als solcher einer Gefährdung des Kindeswohls gleichkommt, so dass die Voraussetzungen für die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen erfüllt sind (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Diese Beurteilung der Gesetzeslage liegt auf der Linie der bundesrätlichen Erläuterungen von Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB (Botschaft zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Elterliche Sorge] vom 16. November 2011, BBI 2011 9106). Sie entspricht auch der vorherrschenden Meinung im Schrifttum (MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6. Aufl., 2019, S. 860; ... HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Aufl., 2018, S. 422 ff. ...). ... Unterschiedliche Auffassungen über Erziehungsfragen sind als Teil der Lebenswirklichkeit bei gemeinsam ausgeübtem Sorgerecht im Prinzip hinzunehmen ... Nach dem Willen des Gesetzgebers stehen die Eltern in der Pflicht, alle Kinderbelange gemeinsam zu regeln, ohne dass ein Elternteil einen irgendwie gearteten Vorrang oder Stichentscheid für sich in Anspruch nehmen kann (Botschaft, a.a.O.). Dies ergibt sich aus der Grundüberzeugung, dass die Familien- bzw. Elternautonomie in Bezug auf alle Kinderbelange gegenüber staatlichen Interventionen Vorrang geniessen soll“ ([BGer 5A 789/2019 vom 16. Juni 2020, E. 6.2.1 und 6.2.3](#))

Franziska (7 Jahre)

- Kindeschutzmassnahmen?

„Zu prüfen bleibt, ob das Wohl der minderjährigen Kinder der Streitparteien im Sinne von Art. 307 Abs. 1 ZGB gefährdet ist, wenn eine behördliche Entscheidung über die Frage der Masernimpfung unterbleibt und es daher mit dem Status quo – dem Verzicht auf den Impfschutz gegen die Masern – sein Bewenden hat.“ (BGer 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020, E. 6.2.1)

I. Geeignete Massnahmen

Art. 307. ¹ Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die Kindeschutzbehörde die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes.

² Die Kindeschutzbehörde ist dazu auch gegenüber Kindern verpflichtet, die bei Pflegeeltern untergebracht sind oder sonst ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft der Eltern leben.

³ Sie kann insbesondere die Eltern, die Pflegeeltern oder das Kind ermahnen, ihnen bestimmte Weisungen für die Pflege, Erziehung oder Ausbildung erteilen und eine geeignete Person oder Stelle bestimmen, der Einblick und Auskunft zu geben ist.

Franziska (7 Jahre)

- Kindeswohlgefährdung?

„Die Anordnung von Kindeschutzmassnahmen im Sinne von Art. 307 ff. ZGB setzt die Gefährdung des Kindeswohls voraus (‚Ist das Wohl des Kindes gefährdet...‘ [Art. 307 Abs. 1 ZGB]). Das Kindeswohl gilt als oberste Maxime des Kindesrechts ([BGE 142 III 612](#) E. 4.2 S. 615; [141 III 328](#) E. 5.4 S. 340 mit Hinweisen). Dazu gehören – in einer positiven und nicht abschliessenden Beschreibung – die Förderung der Entwicklung in geistiger, körperlicher und seelischer Hinsicht (vgl. Art. 302 Abs. 1 ZGB), ein Umfeld von Kontinuität und Stabilität, die Möglichkeit einer inneren Bindung des Kindes an die Beziehungspersonen, eine positive Beziehung zu den Eltern bzw. nach Trennung oder Scheidung zu beiden Elternteilen, die Haltung zur Gestaltung der Beziehung zum anderen Elternteil und die Achtung des Willens des Kindes und seines Selbstbestimmungsrechts ... Entsprechend ist das Wohl des Kindes gefährdet, sobald nach den Umständen die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des körperlichen, sittlichen oder geistigen Wohls des Kindes vorauszusehen ist (CYRIL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., 1999, S. 206). Die Gefährdung kann nur in jedem einzelnen Fall unter Berücksichtigung der Gesamtheit aller Umstände bestimmt werden. Die (objektiv fassbare) Gefahr einer Beeinträchtigung muss einigermaßen konkret sein, auch wenn regelmässig prognostische Elemente miteinzubeziehen sind. Nicht erforderlich ist, dass sich die Gefahr bereits verwirklicht hat. In diesem Sinne ist auch der gesetzliche Kindeschutz Präventivmassnahme und hat sich vom Grundsatz ‚in dubio pro infante‘ leiten zu lassen ... Dabei ist unerheblich, worauf die Gefährdung zurückzuführen ist. Die Ursachen können in den Anlagen oder in einem Fehlverhalten des Kindes, der Eltern oder der weiteren Umgebung liegen. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Eltern ein Verschulden an der Gefährdung trifft“ ([BGer 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020, E. 6.2.2](#)).

Franziska (7 Jahre)

- Kindeswohlgefährdung (Fortsetzung)?

„... Grundüberzeugung, dass die Familien- bzw. Elternautonomie in Bezug auf alle Kinderbelange gegenüber staatlichen Interventionen Vorrang geniessen soll ... In diesem Sinn wäre auch eine von beiden gemeinsam sorgeberechtigten Eltern getroffene Entscheidung, ihr Kind nicht gegen die Masern zu impfen, grundsätzlich zu respektieren. Unter welchen Voraussetzungen sich die zuständige Behörde zum Schutz des Kindes trotzdem über eine solch gemeinsame elterliche Entscheidung hinwegsetzen könnte, braucht an dieser Stelle nicht erörtert zu werden. Denn zur Beurteilung steht nicht ein übereinstimmend erklärter Verzicht auf die Masernimpfung, sondern der Fall, da die Eltern über die Durchführung dieser Massnahme entzweit sind. Wie verschiedene Autoren zutreffend betonen, gefährdet eine Meinungsverschiedenheit zwischen den Eltern das Kindeswohl jedenfalls dann, wenn sich ein Entscheid aufgrund der Sachlage als notwendig erweist. Zu denken ist an die Fälle, in denen anhaltende Konflikte über Entscheidungen dazu führen, dass z.B. der Schutz der Gesundheit des Kindes nicht mehr sichergestellt ist, die Einschulung in den obligatorischen Schulunterricht nicht erfolgen kann, die Weiterführung der Ausbildung gefährdet ist oder die Berufswahl aufgrund der Blockade nicht getroffen werden kann ... Der Schutz der Gesundheit des Kindes ist nicht nur Teil, sondern geradezu Voraussetzung für die gedeihliche Entwicklung des Kindes ... Ihm kommt deshalb eine besondere Stellung zu. Zu den Gefährdungen des körperlichen Wohls des Kindes werden in der Literatur neben körperlichen Misshandlungen und sexuellem Missbrauch auch mangelnde Körper- und Gesundheitspflege, ungenügende Gesundheitsvorsorge, fehlende Hygiene bei Bekleidung und Wohnung, Fehlernährung, die Verweigerung ärztlicher oder medikamentöser Heilbehandlung, Genitalbeschneidungen und mangelnder Schutz vor Suchtstoffen gezählt ... Auch die Verweigerung präventiver Eingriffe wird als Gefährdung des körperlichen Wohls aufgeführt ...“ ([BGer 5A 789/2019 vom 16. Juni 2020, E. 6.2.3](#))

Franziska (7 Jahre)

- Kindeswohlgefährdung (Fortsetzung)?

„[Es wäre eine] ... Fehlüberlegung, soweit [man] ... aus dem Fehlen eines gesetzlichen Impfblogatoriums den (Umkehr-) Schluss zieht, dass der Verzicht auf die Masernimpfung das Wohl der betroffenen Kinder (losgelöst von der konkreten Gefahr einer Epidemie oder eines auffällig gehäuften Auftretens der Infektionskrankheit in deren Wohngebiet) nicht gefährdet ... **Ob das Wohl des Kindes im *privatrechtlichen* Sinn von Art. 307 Abs. 1 ZGB gefährdet ist, bestimmt sich allein nach Massgabe der *privaten* Situation des Kindes. Demgegenüber orientieren sich die Voraussetzungen, unter denen eine Impfung (auf eidgenössischer oder kantonaler Ebene) für obligatorisch erklärt werden kann, nicht an der *individuellen* Situation einer (minderjährigen) Einzelperson, sondern an der Gefährdung von *Bevölkerungs- oder Personengruppen* (s. Art. 6 Abs. 2 Bst. d und Art. 22 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen [Epidemiengesetz, EgG...]). So setzt die "besondere Lage" (Art. 6 EpG), angesichts derer der Bundesrat eine Impfung für obligatorisch erklären kann (Art. 6 Abs. 2 Bst. d EpG), unter anderem voraus, dass wegen des Ausbruchs und der Verbreitung einer übertragbaren Krankheit eine erhöhte Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr, eine besondere Gefährdung der öffentlichen Gesundheit oder schwerwiegende Auswirkungen auf die Wirtschaft oder auf andere Lebensbereiche zu befürchten sind (Art. 6 Abs. 1 Abs. a Ziff. 1-3 EpG). Allein der Umstand, dass mit Bezug auf eine übertragbare Krankheit – insbesondere mangels einer erhöhten Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr – eine Impfung nicht für obligatorisch erklärt, sondern von der eidgenössischen Gesundheitsbehörde lediglich empfohlen wird, bedeutet nicht, dass es sich auch mit dem Kindeswohl verträgt, auf die Impfung gegen die fragliche Infektionskrankheit zu verzichten.“ ([BGer 5A 789/2019 vom 16. Juni 2020, E. 6.2.4](#))**

Franziska (7 Jahre)

- Kindeswohlgefährdung (Fortsetzung)?

„allein aus der (unbestrittenen) Erkenntnis, dass in der Umgebung des Wohnorts der Kinder weder eine Masernepidemie noch ein Masernausbruch besteht, [kann] ... nicht gefolgert werden, dass eine "abstrakte" Gefahr einer Masernerkrankung keine Kinderschutzmassnahme rechtfertigt ... Die Unterscheidung zwischen abstrakter und konkreter Gefährdung bzw. die (sinngemässe) Überlegung ..., dass eine rein hypothetische Gefährdung den Tatbestand von Art. 307 Abs. 1 ZGB nicht erfüllt ..., eignet sich nicht zur Beurteilung der Frage, ob der Verzicht auf eine Impfung das Kindeswohl gefährdet.

Schutzimpfungen sind naturgemäss darauf angelegt, bereits die abstrakte Möglichkeit einer Ansteckung mit der als gefährlich eingestuften Krankheit auszuschalten oder wenigstens auf ein Minimum zu reduzieren. Sie finden ihren Sinn und ihre Rechtfertigung gerade darin, dass der Einzelne das Risiko einer Erkrankung (und befürchtete Komplikationen oder Folgen der Krankheit) kaum noch zu beherrschen vermag und ein hinreichender Impfschutz möglicherweise nicht mehr rechtzeitig erreicht werden kann, wenn sich die Ansteckungsgefahr in Gestalt einer Epidemie oder eines Krankheitsausbruchs konkretisiert hat. Entsprechend kommt es mit Blick auf die Frage, ob der Verzicht auf die Impfung das Kindeswohl im Sinn von Art. 307 Abs. 1 ZGB gefährdet, auch nicht darauf an, dass die betroffenen Kinder "gesundheitlich vorbelastet" sind und aus diesem Grund "erhöhten gesundheitlichen Risiken" ausgesetzt wären, wie die Vorinstanz argumentiert.“ ([BGer 5A 789/2019 vom 16. Juni 2020, E. 6.2.5](#))

Franziska (7 Jahre)

- Kindeswohlgefährdung (Fortsetzung)?

„Wer losgelöst von einer besonderen Zwangslage auf den Impfschutz für seine minderjährigen Kinder verzichtet, setzt diese zwar nicht unmittelbar den gesundheitlichen Risiken aus, die mit einer Masernerkrankung verbunden wären. Er nimmt aber jedenfalls die Unwägbarkeiten in Kauf, die eine konkrete Gefahrenlage für seine (gesunden) Kinder mit sich bringt. Gemäss den Informationen der Fachbehörden sind Masern eine hochansteckende Krankheit. Infizierte Personen übertragen Masernviren bereits vor Auftreten des typischen Hautausschlags während der Prodromalphase mit nur milden, unspezifischen Erkältungssymptomen. Masern haben bei praktisch allen Erkrankten eine ausgeprägte Schwächung der zellulären Immunität zur Folge. Diese temporäre Schwächung des Immunsystems ist so ausgeprägt und anhaltend, dass bei Kindern während zwei bis drei Jahren nach einer Masernerkrankung eine erhöhte Sterblichkeit durch Infektionskrankheiten insgesamt beobachtet wurde. In rund 10 % der Fälle führen Masern zu verschiedenen, teils schweren Komplikationen, wie etwa einer akuten Mittelohrentzündung (7-9 % der Erkrankten) oder einer Lungenentzündung (1-6 % der Erkrankten). Fieberkrämpfe sind häufig. Eine akute Enzephalitis tritt bei 1-2 pro 1000 Fällen auf. Die subakute sklerosierende Panenzephalitis (SSPE) ist eine unheilbare, stets letale Spätkomplikation (s. Bundesamt für Gesundheit und Eidgenössische Kommission für Impffragen, Richtlinien und Empfehlungen, Empfehlungen zur Prävention von Masern, Mumps und Röteln, März 2019, S. 5 und 7 f. mit zahlreichen Hinweisen; s. auch TARR/GALLMANN/HEININGER, Masern in der Schweiz, Erkennung und Impfberatung, in: Schweiz Med Forum, 2008, S. 868 ff.).“ ([BGer 5A 789/2019 vom 16. Juni 2020, E. 6.2.4](#))

Franziska (7 Jahre)

- Kindeswohlgefährdung (Fortsetzung)?

„Angesichts dieser gesundheitlichen Risiken und Gefahren, denen ein Kind ohne Impfschutz gegen Masern ausgesetzt ist, erträgt die Frage, ob eine Masernimpfung durchzuführen ist oder nicht, unter den Eltern keine Pattsituation. Dies ergibt sich aus der besonderen Stellung, die dem Schutz der Gesundheit des Kindes als Grundvoraussetzung für eine möglichst gute Entwicklung zukommt ... Können sich die sorgeberechtigten Eltern über diese Massnahme zum Schutz der Gesundheit des Kindes nicht einigen, liegt mithin ein Anwendungsfall von Art. 307 Abs. 1 ZGB vor. Das bedeutet, dass die zuständige Behörde berufen ist, in dieser Frage anstelle der Eltern zu entscheiden. Dabei hat sie in pflichtgemässer Ausübung ihres Ermessens alle für die Beurteilung wesentlichen Elemente in Betracht zu ziehen. Empfiehlt das BAG als fachkompetente eidgenössische Behörde die Durchführung der Masernimpfung, so soll diese Empfehlung für den Entscheid der Behörde Richtschnur sein. Eine Abweichung davon ist nur dort am Platz, wo sich die Masernimpfung aufgrund der besonderen Umstände des konkreten Falles nicht mit dem Kindeswohl verträgt. Allein die vorinstanzliche Feststellung, dass die aktuell grössten Masernausbrüche nicht die Wohnregion der Kinder der Parteien betreffen, schliesst die beschriebene Gefährdung des Kindeswohls nicht aus. Entgegen der Beurteilung des Kantonsgerichts ist die behördliche Anordnung der Masernimpfung als Kindesschutzmassnahme deshalb grundsätzlich angezeigt.“ ([BGer 5A 789/2019 vom 16. Juni 2020, E. 6.2.4](#))

Franziska (7 Jahre)

- Kindeswohlgefährdung (Fortsetzung)?

„Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, der das gesamte Kindesschutzrecht beherrscht, verlangt sodann, dass die verfügte Massnahme zur Abwendung der Kindeswohlgefährdung geeignet und erforderlich ist (vgl. Art. 389 Abs. 2 i.V.m. Art. 440 Abs. 3 ZGB). Damit darf der Gefahr insbesondere nicht durch eine der weniger einschneidenden Massnahmen nach Art. 307 ZGB vorgebeugt werden können ... Dass die streitige Impfung nicht geeignet und erforderlich wäre, um die minderjährigen Kinder nachhaltig gegen eine Masernerkrankung zu schützen, bzw. dass die Kinder auch mit einer mildereren Massnahme dauerhaft vor einer Ansteckung geschützt werden könnten, ist nicht ersichtlich. Daran ändert auch die pauschale, nicht weiter belegte Behauptung der Beschwerdegegnerin nichts, wonach Ansteckung, Herdenimmunität und Antikörper-Theorie ‚bei genauer Betrachtung bei weitem nicht derart bewiesen und/oder aussagekräftig‘ seien ‚wie immer behauptet‘. Auch soweit die Beschwerdegegnerin die Verhältnismässigkeit der Masernimpfung unter dem Blickwinkel allfälliger Nebenwirkungen in Frage stellen will, begnügt sie sich mit einem allgemeinen Hinweis darauf, dass die Rückmelderate von Nebenwirkungen nach Impfungen "nachweislich bei 5-10%" liege, weshalb sich keine verlässlichen Hochrechnungen machen liessen und die Dunkelziffer hoch sei. Dass allfällige schwere unerwünschte Impferscheinungen (‚UIE‘) von ihrem Auftreten her in einem nicht hinnehmbaren Verhältnis zur Häufigkeit schwerer Komplikationen einer Masernerkrankung stehen, ist mit derlei unspezifischen Einwendungen nicht dargetan. Schliesslich lässt sich der präventive Schutz der Impfung zur Verhinderung von Masern auch nicht durch die Injektion von Immunglobulinen erreichen. Wie sich aus den einschlägigen Publikationen der Fachbehörden ergibt, ist die Wirkungsdauer von Immunglobulinen zeitlich begrenzt; deren Verabreichung ist eine Notfallmassnahme für ungeschützte Personen mit hohem Komplikationsrisiko, für die eine aktive Immunisierung kontraindiziert ist und die Kontakt zu einer an Masern erkrankten Person in der Ansteckungsphase hatten (s. Stellungnahme der Ständigen Impfkommission [STIKO] am Robert Koch Institut, Fachliche Anwendungshinweise zur Masern-Postexpositionsprophylaxe bei Risikopersonen, ...). Vorbehalten bleibt freilich der Fall, da die Verabreichung von Masernimpfstoffen aufgrund besonderer konkreter Umstände medizinisch kontraindiziert ist“ ([BGer 5A 789/2019 vom 16. Juni 2020, E. 6.2.7](#); vgl. auch [BGer 5A 118/2022 vom 15. März 2022](#))

Franziska (7 Jahre) – Zusammenfassung

Carla (8 Jahre)

Vater und Mutter von Carla (8) sind unverheiratet und hatten Ende 2014 nur kurze Zeit zusammengelebt. Carla wohnt von ihrem Vater getrennt mit ihrer Mutter in einer Dreizimmerwohnung in der Stadt. Der Vater bezahlt regelmässig Unterhalt für Mutter und Kind. Carla besucht die Unterstufe der Primarschule (zweite Klasse). In der Schule fällt auf, dass Carla in letzter Zeit immer dieselben, ungewaschenen Kleider trägt, dass sie ungepflegt ist und kein Znüni mehr dabei hat. Die Mutter wirkt ebenfalls ungepflegt, wenn sie Carla abholt. Sie verweigert Gespräche und macht teilweise einen verwirrten Eindruck. Seit einigen Wochen ist Carla auch nicht mehr auf dem Spielplatz anzutreffen.

Auf Nachfrage beim Vater erklärt dieser, die Mutter von Carla lasse ihn nicht mehr in die Wohnung, wenn er zu seinen Besuchen das Kind abhole oder nach Hause bringe. Die Fensterläden seien immer geschlossen und Carlas Mutter wirke auf ihn verstört. Auch vermutet der Vater, dass sich die Mutter einer Sekte zugewandt habe.

Wie weiter?

Carla (8 Jahre)

2015

- Mutter und Vater von Carla leben kurz zusammen, **unverheiratet**

2023

- **Carla wohnt von ihrem Vater getrennt mit ihrer Mutter** in einer Dreizimmerwohnung in der Stadt;
- Vater bezahlt regelmässig Unterhalt für Mutter und Kind
- Carla besucht Unterstufe der Primarschule (zweite Klasse)
- in **Schule** fällt auf:
 - Carla trägt immer dieselben, ungewaschenen Kleider; ungepflegt; kein Znüni mehr; seit einigen Wochen nicht mehr auf Spielplatz anzutreffen;
 - Mutter wirkt ebenfalls ungepflegt; verweigert Gespräche; teilweise einen verwirrten Eindruck;
- Nachfrage beim **Vater**:
 - Mutter von Carla lasse ihn nicht mehr in Wohnung, wenn er Kind abhole oder nach Hause bringe;
 - Fensterläden immer geschlossen;
 - Carlas Mutter wirke auf ihn verstört;
 - vermutet, Mutter habe sich einer Sekte zugewandt.

...

Wie weiter?

Carla (8 Jahre)

C. Kinderschutz ...

VI. Verfahren ...

5. Melderechte

Art. 314c. ¹ Jede Person kann der Kinderschutzbehörde Meldung erstatten, wenn die körperliche, psychische oder sexuelle Integrität eines Kindes gefährdet erscheint.

² Liegt eine Meldung im Interesse des Kindes, so sind auch Personen meldeberechtigt, die dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen. Diese Bestimmung gilt nicht für die nach dem Strafgesetzbuch an das Berufsgeheimnis gebundenen Hilfspersonen.

6. Meldepflichten

Art. 314d. ¹ Folgende Personen, soweit sie nicht dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen, sind zur Meldung verpflichtet, wenn konkrete Hinweise dafür bestehen, dass die körperliche, psychische oder sexuelle Integrität eines Kindes gefährdet ist und sie der Gefährdung nicht im Rahmen ihrer Tätigkeit Abhilfe schaffen können:

1. Fachpersonen aus den Bereichen Medizin, Psychologie, Pflege, Betreuung, Erziehung, Bildung, Sozialberatung, Religion und Sport, die beruflich regelmässig Kontakt zu Kindern haben;
2. wer in amtlicher Tätigkeit von einem solchen Fall erfährt.

² Die Meldepflicht erfüllt auch, wer die Meldung an die vorgesetzte Person richtet.

Näher hierzu: https://www.kokes.ch/application/files/4515/5533/1616/Merkblatt_Melderechte-Meldepflichten_Version_Maerz_2019_definitiv.pdf

Carla (8 Jahre)

Zur Zusammenarbeit KESB und Schulen, Grundsätze und Leitfaden sowie einer Vorlage zur Gefährdungsmeldung:

- https://kesb-zh.ch/wp-content/uploads/2019/03/leitfaden_zusammenarbeit_schulen_kesb.pdf
- [https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/portal/Deutsch/Kindes-und_Erwachsenenschutzbehoerde/Formulare%20und%20Merkblaetter/Meldung%20Kindeschutz%20\(Formular%20handschriftlich%20auf%20c3%bc3%bcllbar\).pdf](https://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/portal/Deutsch/Kindes-und_Erwachsenenschutzbehoerde/Formulare%20und%20Merkblaetter/Meldung%20Kindeschutz%20(Formular%20handschriftlich%20auf%20c3%bc3%bcllbar).pdf)

Gefährdungsmeldung Kinderschutz

Bitte füllen Sie diesen Fragebogen so vollständig wie möglich aus. Sie helfen uns damit, die Situation einzuschätzen.

Betroffenes Kind/betroffene Kinder

(Vorname, Name, Geburtsdatum oder Altersangabe, allenfalls Schulklasse)

Klicken Sie hier, um Text einzugeben.

Betroffene Eltern:

Mutter

Name

Klicken Sie hier, um Text einzugeben.

Vorname

Klicken Sie hier, um Text einzugeben.

Geburtsdatum

Klicken Sie hier, um ein Datum einzugeben.

Carla (8 Jahre)

1. Zuständigkeit

1.1 Sachliche Zuständigkeit

In der Sache geht es um Kindesschutzmassnahmen → Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde, Art. 307 Abs. 1 ZGB (i.V.m. Art. 315 Abs. 1 ZGB).

1.2 Örtliche Zuständigkeit

Art. 315 Abs. 1 ZGB → Kindesschutzbehörde am Wohnsitz des Kindes, Art. 25 Abs. 1 Hs. 1 ZGB

Carla (8 Jahre)

2. Verfahren der Kindesschutzbehörde

- Die Bestimmungen über das Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde sind sinngemäss anwendbar (Art. 314 Abs. 1 ZGB).
- Die Kindesschutzbehörde **erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen** (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 446 Abs. 1 ZGB), sie **wendet das Recht von Amtes wegen an** (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 446 Abs. 4 ZGB), sog. **Offizial- und Untersuchungsmaxime**.
- Insbesondere **Erforschung des (rechtlich) massgeblichen Sachverhalts (im Rahmen eines sog. Abklärungsverfahrens)**:
 - Situation von Kind und Mutter?
 - Auffälligkeiten in der Schule? Eindrücke von Lehrpersonen, anderen Familienangehörigen, evtl. Nachbarn, Tagesmutter, Hort, Arzt u.a.? Gibt es Probleme im finanziellen Bereich, obwohl der Vater Unterhalt bezahlt? Hat sich die Mutter tatsächlich einer Sekte zugewandt? Wenn ja: Welcher? Grundsätzlich Religionsfreiheit (Art. 15 BV). Wie war die Situation vor der Sektenzugehörigkeit? Welche Auswirkungen hat die Zugehörigkeit zu dieser Sekte auf die Mutter-Kind-Beziehung bzw. auf das Kind?

Carla (8 Jahre)

2. Verfahren der Kindesschutzbehörde [Fortsetzung]

- Anhörung der Mutter, Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 447 ZGB
- Anhörung des Vaters, Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 447 ZGB
- Anhörung von Carla?
 - Art. 314a Abs. 1 ZGB: „Kind wird ... in geeigneter Weise persönlich angehört, soweit nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen“
 - Anhörung von Kindern nach [BGer 5A 914/2018 vom 18.12.2019](#) ([auch 5A 723/2019 vom 4.5.2020](#), [BGE 146 III 203 E. 3.3.2](#)):

„Die Anhörung des Kindes ist zum einen Ausfluss seiner Persönlichkeit und dient zum anderen der Sachverhaltsfeststellung. In seinem Leitentscheid ist das Bundesgericht davon ausgegangen, dass die Anhörung 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 Kind kurz vor dem genannten Schwellenalter steht ([BGE 131 III 553 E. 1.2.3](#)). 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](#)).“
- Prüfung Kindesverfahrensvertretung, Art. 314a^{bis} ZGB (dazu der folgende Fall)

Carla (8 Jahre)

3. Recht und Rechtsfolgen

- Kindeswohlgefährdung (Art. 307 Abs. 1 ZGB)? Besteht eine Gefährdung des Kindeswohls? Wenn ja, inwiefern?
- Wie könnte einer solchen Gefährdung entgegengewirkt werden? Besondere Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes.
 - [allenfalls Aufforderung zu Mediationsversuch, Art. 314 Abs. 2 ZGB.]
 - Ist Mutter kooperativ? Allenfalls Herstellung Kontakt zu Beratungsstellen. Benötigt Mutter Unterstützung im Alltag (z.B. sozialpädagogische Familienbegleitung, Psychiatrispitem) – und nimmt diese an?
 - Wenn Gefährdung des Kindeswohls nur wirksam begegnet werden kann, indem Kind nicht mehr bei der Mutter lebt, zu prüfen, ob Mutter bereit, Kind freiwillig in fremde Obhut oder Obhut des Vaters zu geben. Ansonsten Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts (Art. 310 Abs. 1 ZGB) zu prüfen, hier mit Platzierung beim Vater?
 - Zu prüfen, welcher Platzierungsort Kindeswohl am besten gerecht wird. Platzierung beim Vater, wenn guter Kontakt und bereit, Kontakt mit Mutter aufrechtzuerhalten, zu fördern; wenn er (aufgrund seiner heutigen Lebenssituation, ggf. inkl. Partnerin) in der Lage ist, Carla zu betreuen und ihren Bedürfnissen gerecht zu werden.
 - Evtl. kurzfristig eher Pflegeeltern (u.U. die Familie eines „Klassenspännli“) geeignet.
 - Entzug der elterlichen Sorge gem. Art. 311 f. ZGB ultima ratio, wenn keine mildere Massnahme

Carla (8 Jahre) – Zusammenfassung

Josef (9 Jahre)

Die Eltern von Josef (9 Jahre) haben sich auseinandergeliebt und leben bereits seit drei Jahren in getrennten Haushalten. Josefs Mutter möchte sich nun scheiden lassen. Im Scheidungsverfahren streiten die Eltern über die Zuteilung der elterlichen Sorge für Josef und stellen jeweils unterschiedliche Anträge. Während die Mutter das alleinige Sorgerecht anstrebt, wünscht der Vater das gemeinsame Sorgerecht beider Eltern.

Wie verfährt das Gericht in Hinblick auf Josef?

Im Hintergrund: Allgemeine Verfahrensgarantien

Art. 29 BV. Allgemeine Verfahrensgarantien. ¹ Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.

² Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.

³ Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Art. 298 ZPO. Anhörung des Kindes. ¹ Das Kind wird durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen.

² Im Protokoll der Anhörung werden nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse festgehalten. Die Eltern und die Beiständin oder der Beistand werden über diese Ergebnisse informiert.

³ Das urteilsfähige Kind kann die Verweigerung der Anhörung mit Beschwerde anfechten.

- zur Anhörung siehe Fall „Carla (8 Jahre)“

Das Kind als Partei – im Unterhaltsprozess

D. Klage.

Art. 279 ZGB. ¹ Das Kind kann gegen den Vater oder die Mutter oder gegen beide klagen auf Leistung des Unterhalts ...



Partei

Art. 306 ZGB. ... ³ Bei Interessenkollision entfallen von Gesetzes wegen die **Befugnisse der Eltern** in der entsprechenden Angelegenheit.



Partei

1. Kapitel: Partei- und Prozessfähigkeit

Art. 66 ZPO. Parteifähigkeit. Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist oder von Bundesrechts wegen als Partei auftreten kann.

Art. 67 ZPO. Prozessfähigkeit. ¹

Prozessfähig ist, wer handlungsfähig ist.

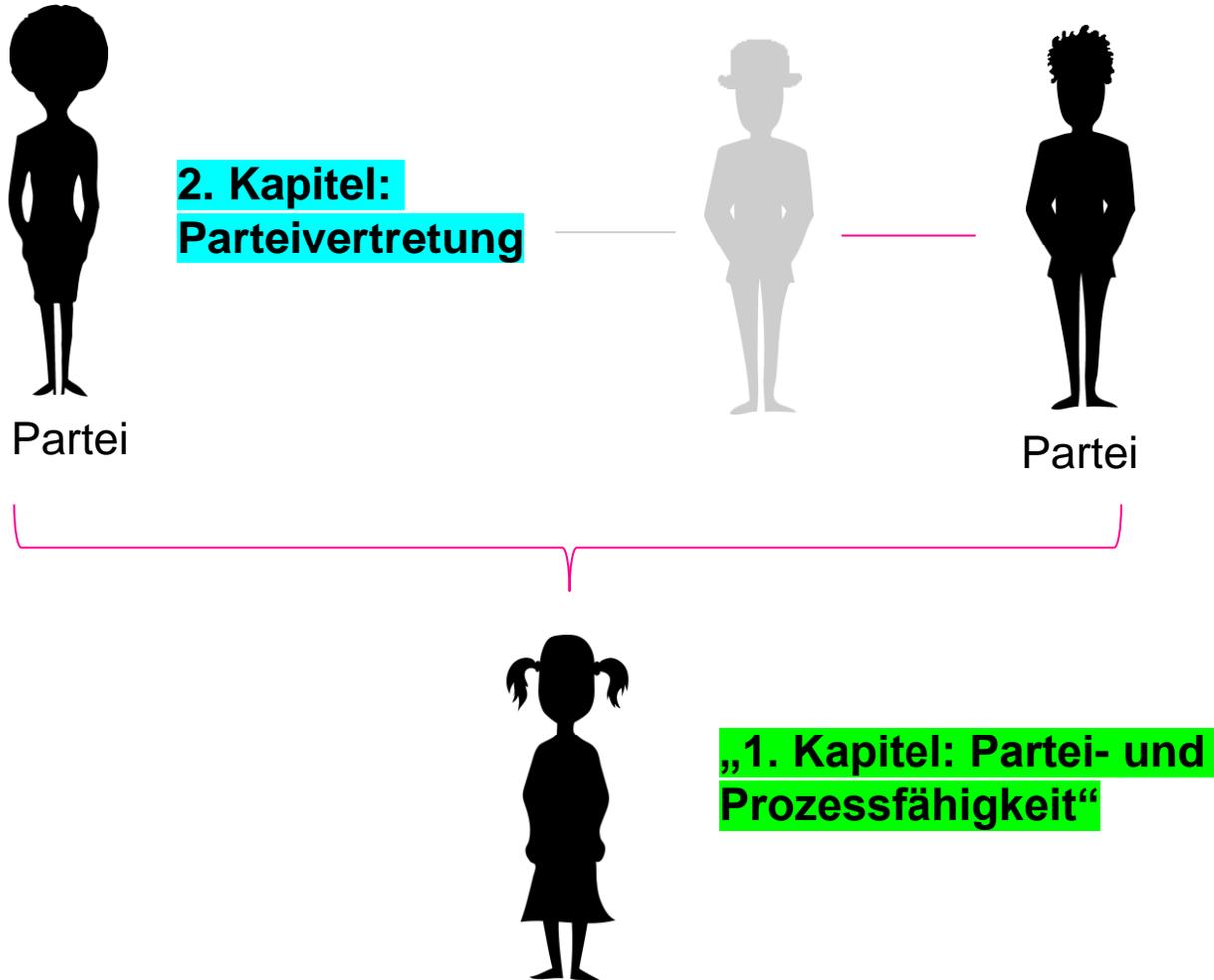
² Für eine handlungsunfähige Person handelt ihre gesetzliche Vertretung.

2. Kapitel: Parteivertretung

Art. 68 ZPO. Vertragliche Vertretung.

¹ Jede prozessfähige Partei kann sich im Prozess vertreten lassen. ...

Kinder als „Partei eigener Art“ – im Scheidungsverfahren



Art. 299 ZPO. Anordnung einer Vertretung des Kindes. ¹ Das Gericht ordnet wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beiständin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person.

² Es prüft die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn:

a. die Eltern unterschiedliche Anträge stellen bezüglich:

1. der Zuteilung der elterlichen Sorge,
2. der Zuteilung der Obhut, ...

Art. 300 ZPO. Kompetenzen der Vertretung.

Die Vertretung des Kindes kann Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen, soweit es um folgende Angelegenheiten geht:

- a. die Zuteilung der elterlichen Sorge;
- b. die Zuteilung der Obhut; ...

„1.“, „2.“ ... oder „3.“?

Das Kind als „Partei“? – am Beispiel des Sorgerechtsprozesses

„Betrifft der Rechtsstreit im Scheidungsverfahren das Kind-Eltern-Verhältnis, beeinflusst der Rechtsstreit naturgemäss die Art und Weise, wie die Eltern das Wohl ihres Kindes definieren ... Das Gericht erhält daher eine besondere Verantwortung für das Kindeswohl im Scheidungsverfahren. Für Kinderbelange gilt denn auch einerseits die strenge Untersuchungsmaxime, die ... ein aktives richterliches Erforschen des Sachverhalts einfordert (Art. 296 Abs. 1 ZPO; ...), andererseits die Officialmaxime, wonach die richterliche Rechtsgestaltung nicht an Parteianträge gebunden ist (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Somit sind die Rechte und Interessen des Kindes im Scheidungs- und Eheschutzverfahren seiner Eltern stets von Amtes wegen in die Entscheidung einzubeziehen ... Das Gericht kann das Kindeswohl aber nicht immer ausschliesslich gestützt auf die eigene Wahrnehmung formulieren, gewichten und umsetzen ...

Die einschlägigen Lebensverhältnisse sind nur zuverlässig festzustellen, wenn die Beteiligten daran mitwirken (Art. 160 ZPO;...). Ist dies nun aber in bestimmten Verfahrenssituationen von den Eltern nicht mehr ohne Einschränkung zu erwarten, so muss eine Drittperson die Verhältnisse abklären und zuhanden des Gerichts beschreiben ... Ebenfalls in Vertretung der gleichsam befangenen Eltern bedarf es einer Instanz, welche die Kommunikation zwischen Kind und Gericht gewährleistet und dem Kind die mit dem Prozess einhergehenden Vorgänge erklärt ... Das Gesetz umschreibt typische Verfahrens- und Interessenkonstellationen, welche unter diesen Aspekten nach einer Kindesvertretung rufen: Die Einsetzung eines Verfahrensbeistandes ist insbesondere dann zu prüfen, wenn die Eltern über die Obhut bzw. elterliche Sorge oder über wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs streiten oder erhebliche Zweifel darüber bestehen, ob ihre gemeinsamen Anträge angemessen sind, wenn die Kindesschutzbehörde oder ein Elternteil die Vertretung beantragen oder wenn der Erlass von Kindesschutzmassnahmen erwogen wird (Art. 299 Abs. 2 ZPO)“ ([BGE 142 III 153 E. 5.1.1](#))

Das Kind als „Partei“? – am Beispiel des Sorgerechtsprozesses

„[Es] ... ist fraglich, ob sich die Kindesvertretung grundsätzlich an einem objektivierten oder subjektiven Kindesinteresse auszurichten habe ... In der Doktrin werden unterschiedliche Meinungen vertreten. Die eine Lehrmeinung betont, massgeblich sei – auch mit Blick etwa auf die Bedeutung innerer Loyalitätskonflikte, einer möglichen Umkehr der Rollenwahrnehmung (Parentifizierung) und kindlicher Schuldgefühle – vorab das *objektivierte ("wohlverstandene") Interesse des Kindes*; bei dessen Verfolgung müsse freilich auf eine abweichende Meinung des Kindes Rücksicht genommen werden ... Für andere Autoren ist die Ermittlung und Umsetzung des objektivierten Kindeswohls Aufgabe des Gerichts; für den Kindesbeistand stehe die umfassende, sorgfältige und altersgerechte Abklärung der *subjektiven Meinung des Kindes* im Vordergrund ...

... Zu klären ist diese Streitfrage anhand des Umstandes, dass das Kind im Scheidungsprozess seiner Eltern weder Nebenpartei noch Gegenpartei ist ... Etwas anderes ist auch aus Art. 12 Abs. 2 KRK nicht abzuleiten ... Vielmehr erlangt das **Kind gleichsam eine prozessuale Stellung eigener Art** Das Kind wird somit nur in formeller, nicht aber materieller Hinsicht als Partei begriffen. **Damit liegt nahe, dass der Prozessbeistand im eherechtlichen Verfahren nicht in erster Linie subjektive Standpunkte zu vertreten, sondern das objektive Kindeswohl zu ermitteln und zu dessen Verwirklichung beizutragen hat. Eine im eigentlichen Sinn anwaltliche, auf den subjektiven Standpunkt des Vertretenen fokussierte Tätigkeit ist nicht angezeigt“** (BGE 142 III 153 E. 5.2.1 f.)

