

Titel	<b>Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren</b>
Serie/Reihe	<b>AISUF - Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 318</b>
Buchautoren	<b>Christophe A. Herzig</b>
Jahr	<b>2012</b>
Seiten	<b>219-242</b>
Herausgeber	<b>Peter Gauch</b>
ISBN	<b>978-3-7255-6609-9</b>
Verlag	<b>Schulthess Juristische Medien AG</b>

## § 11 Rechtsmittel in prozessualen Fragen

- 533 Die üblichen Rechtsmittelvorschriften gelten grundsätzlich auch für Klagen von Kindern. Aus diesem Grund richtet sich der Fokus in dieser Arbeit auf Rechtsmittel in prozessualen Fragen, welche im Zusammenhang mit Kinderbelangen von besonderer Bedeutung sind: Es sind dies die Anfechtung eines Entscheids über die **Prozessfähigkeit** und die **örtliche Zuständigkeit** (beides Prozessvoraussetzungen; N 536 ff.), die Geltendmachung der Verletzung der **Offizial- und Untersuchungsmaxime** (N 544 f.) sowie die Anfechtung bei Verweigerung der **Kindesanhörung und -vertretung** (N 547 ff.).
- 534 Grundsätzlich ist das Rechtsmittel schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 311 bzw. 321 ZPO). Im Zusammenhang mit einem Kind oder Jugendlichen dürfen allerdings an die Eingabe des Rechtsmittels **keine hohen formalen Anforderungen** gestellt werden. Vielmehr muss dem Kind analog zur vereinfachten Klage neben der schriftlichen Klageeinreichung auch die Möglichkeit zugestanden werden, das Rechtsmittel mündlich bei Gericht zu Protokoll zu geben (vgl. Art. 244 ZPO). Zudem genügt eine rudimentäre Begründung des Rechtsmittels (z.B. die Erklärung eines Jugendlichen, dass er im eherechtlichen Verfahren seiner Eltern nicht angehört wurde).

### I. Entscheid über die Prozessfähigkeit oder örtliche Zuständigkeit

#### 1. Allgemeines

- 535 Sowohl die Prozessfähigkeit (und Parteifähigkeit) als auch die örtliche Zuständigkeit sind Prozessvoraussetzungen. Das Gericht prüft in der Regel die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen. Die Prozessvoraussetzungen

(Sachentscheids- oder Sachbeurteilungsvoraussetzungen) müssen vorliegen, damit der eingeklagte Anspruch auch beurteilt wird.<sup>762</sup> Mithin geht es um die Frage, ob das Gericht auf die Klage eintritt oder nicht.

<sup>762</sup> Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 11 N 1 ff.

- 536 Kommt das urteilende Gericht bei seiner Prüfung zum Schluss, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlt, trifft es folglich einen **Nichteintretensentscheid**<sup>763</sup>. Fällt ein erstinstanzliches kantonales Gericht einen Nichteintretensentscheid, so stellt dieser Entscheid einen erstinstanzlichen Endentscheid dar, welcher grundsätzlich mit der Berufung angefochten werden kann (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Das Verfahren wird durch einen solchen Endentscheid formell beendet.<sup>764</sup> In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist hingegen die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000 beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Wird die Streitwertgrenze nicht erreicht, so ist die Beschwerde zulässig (Art. 319 lit. a ZPO).
- 537 Kommt das urteilende Gericht jedoch zum Schluss, dass sämtliche Prozessvoraussetzungen gegeben sind, so tritt es auf die Klage ein. Dabei fällt es in der Regel nur dann einen eigenständigen **Zwischenentscheid**<sup>765</sup> – mit dem das Vorhandensein einer Prozessvoraussetzung bejaht wird –, wenn die betreffende Prozessvoraussetzung unter den Parteien strittig ist.<sup>766</sup> Unterliegt jedoch der Streitgegenstand der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime, gilt diese Maxime auch bei der Prüfung der Prozessvoraussetzungen (vgl.

---

221

- N 202 ff.).<sup>767</sup> Da in familienrechtlichen Angelegenheiten mit Kinderbelangen die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung kommt (vgl. N 175 ff.), unterliegt in diesen Verfahren auch die Prüfung der Prozessvoraussetzungen dieser Maxime. Das Gericht hat mithin in Prozessen, bei denen komplexere Zuständigkeitsfragen oder Fragen bezüglich der Prozessfähigkeit eines Kindes (vgl. N 102 ff. und N 155 ff.) aufgeworfen werden könnten, gegebenenfalls einen Zwischenentscheid zu fällen.
- 538 Fällt ein erstinstanzliches kantonales Gericht einen Zwischenentscheid, in dem es das Vorhandensein einer Prozessvoraussetzung vorfrageweise bejaht, kann dieser Entscheid wie der Nichteintretensentscheid mit der Berufung (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO) oder gegebenenfalls mit der Beschwerde (vgl. N 536; Art. 319 lit. a ZPO) angefochten werden. Der Zwischenentscheid ist selbständig anzufechten, und eine spätere Anfechtung zusammen mit dem Endentscheid ist grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 237 Abs. 2 ZPO).<sup>768</sup>
- 539 Ein Entscheid – Nichteintretensentscheid oder Zwischenentscheid – des erstinstanzlichen Gerichts über die **Prozessfähigkeit** (oder Parteifähigkeit) ist demnach in der Regel mit **Berufung** (Art. 308 ZPO) bei der Rechtsmittelinstanz innert dreissig Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides beziehungsweise seit der

---

<sup>763</sup> Mit einem solchen Entscheid wird nicht in der Sache selber geurteilt, so dass dem geltend gemachten Anspruch auch keine materielle Rechtskraft zukommt. Deshalb kann dieselbe Klage jederzeit erneut erhoben werden. Umstritten ist jedoch, ob der Entscheid bezüglich der beurteilten Prozessvoraussetzungen in materielle Rechtskraft erwächst. Würde man dies verneinen, so könnte dieselbe Klage vor demselben Gericht erneut erhoben werden, ohne dass sich an den äusseren Sachumständen etwas geändert hat. Das Bundesgericht hat jedoch entschieden, dass die Prozessentscheide ebenfalls in Rechtskraft erwachsen (BGE 134 III 467 [469] E. 3), vgl. dazu Meier, ZPO, S. 231 f.

<sup>764</sup> Vgl. OGer ZH, ZR 110/2011, S. 128; Spühler, BaK zu Art. 308 ZPO, N 4; Zürcher, ZPO-Komm. zu Art. 60 ZPO, N 26 und 29.

<sup>765</sup> Das Gericht kann einen Zwischenentscheid fällen, wenn durch abweichende oberinstanzliche Beurteilung sofort ein Endentscheid herbeigeführt werden kann (Zeit- oder Kostenersparnis, vgl. Art. 237 Abs. 1 ZPO).

<sup>766</sup> Meier, ZPO, S. 232.

<sup>767</sup> Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 11 N 6.

<sup>768</sup> Vgl. Meier, ZPO, S. 468; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 26 N 9; Zürcher, ZPO-Komm. zu Art. 60 ZPO, N 29.

nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung<sup>769</sup> (vgl. Art. 239 ZPO) anzufechten (Art. 311 ZPO).<sup>770</sup> Handelt es sich hingegen um eine vermögensrechtliche Streitigkeit und beträgt der Streitwert weniger als CHF 10'000, ist der Entscheid mit Beschwerde anzufechten (Art. 308 Abs. 2 i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO; ebenfalls innert dreissig Tagen [Art. 321 ZPO]).

---

222

- 540 Gegen letztinstanzliche kantonale Gerichtsentscheide steht die **Beschwerde in Zivilsachen** (vgl. Art. 72 ff. BGG<sup>771</sup>) offen, mit der die Verletzung von Bundesrecht vor dem Bundesgericht gerügt werden kann.<sup>772</sup>

## 2. Örtliche Zuständigkeit im Besonderen

- 541 Wird ein zwingender Gerichtsstand (vgl. N 256 ff.) nicht beachtet, sind nach der Art der Verletzung **unterschiedliche Rechtsfolgen** zu beachten:<sup>773</sup>

Parteivereinbarungen, in welchen die Parteien von einem zwingenden Gerichtsstand abweichen, sind nichtig und somit unwirksam (Art. 19 und 20 OR). Dies gilt unabhängig davon, ob die Nichtigkeit geltend gemacht wurde, vielmehr hat das angerufene Gericht die Unwirksamkeit von Amtes wegen zu beachten. An die Stelle der nichtigen Vereinbarung tritt die zwingende Gerichtsstandsnorm.

Ein von einem unzuständigen Gericht gefälltes Urteil ist trotz amtswegiger Prüfung der Zuständigkeit nicht nichtig. Wird kein Rechtsmittel erhoben, kann es in Rechtskraft erwachsen und vollstreckt werden. Die Unzuständigkeitseinrede (bei der Vollstreckung) entfällt in einem solchen Fall.

- 542 Der Entscheid des erstinstanzlichen Gerichts über die **örtliche Zuständigkeit** ist mit Berufung bei der Rechtsmittelinstanz innert dreissig Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung<sup>774</sup> (vgl. Art. 239 ZPO) anzufechten (Art. 311 ZPO). Beträgt der Streitwert in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit hingegen weniger als CHF 10'000, so ist der Entscheid mit

---

223

Beschwerde anzufechten (Art. 308 Abs. 2 i.V.m. Art. 319 lit. a ZPO, dies ebenfalls innert dreissig Tagen [Art. 321 ZPO]).

- 543 Wird auf die Klage wegen (örtlicher oder sachlicher) Unzuständigkeit des Gerichts nicht eingetreten und reicht der Kläger bzw. die Klägerin diese innert Monatsfrist beim zuständigen Gericht ein, so bleibt die Rechtshängigkeit der Klage erhalten (Art. 63 ZPO).<sup>775</sup>

---

<sup>769</sup> Eine schriftliche Begründung ist nachzuliefern, falls eine Partei dies innert zehn Tagen seit der Eröffnung des Entscheides verlangt. Wird keine Begründung verlangt, so gilt dies als Verzicht auf die Anfechtung des Entscheides mit Berufung (Art. 239 Abs. 2 ZPO).

<sup>770</sup> Vgl. N 536 f.; Meier, ZPO, S. 231 f.; Stachelin/Schweizer, ZPO-Komm. zu Art. 67 ZPO, N 25 und Art. 66 ZPO, N 29 ff.

<sup>771</sup> Vgl. für die Streitwertgrenze Art. 74 BGG (CHF 30'000 es sei denn Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung).

<sup>772</sup> Vgl. Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 44 ff.

<sup>773</sup> Vgl. zum Ganzen Infanger, BaK zu Art. 9 ZPO, N 32 ff.

<sup>774</sup> Eine schriftliche Begründung ist nachzuliefern, falls eine Partei dies innert zehn Tagen seit der Eröffnung des Entscheides verlangt. Wird keine Begründung verlangt, so gilt dies als Verzicht auf die Anfechtung des Entscheides mit Berufung (Art. 239 Abs. 2 ZPO).

<sup>775</sup> Zürcher, ZPO-Komm. zu Art. 60 ZPO, N 30.

## II. Verletzung der Offizial- oder Untersuchungsmaxime

- 544 Im Rechtsmittelverfahren kann die Verletzung der Untersuchungs- und Offizialmaxime vor den kantonalen Gerichten unter zwei Gesichtspunkten mit Berufung (Art. 308 ff. ZPO) bzw. mit Beschwerde (Art. 319 ff. ZPO) angefochten werden: Berufungs- bzw. Beschwerdegründe sind die unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhalts bei der Berufung (Art. 310 lit. a und b ZPO) bzw. die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts bei der Beschwerde (Art. 320 lit. a und b ZPO).<sup>776</sup>
- 545 Zu beachten ist, dass in **vermögensrechtlichen Angelegenheiten** die Berufung gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000 beträgt.<sup>777</sup> Dies kann z.B. gerade für die selbständige Unterhaltsklage des Kindes von Bedeutung sein.
- 546 Gegen letztinstanzliche kantonale Gerichtsentscheide steht die **Beschwerde in Zivilsachen** (vgl. Art. 72 ff. BGG<sup>778</sup>) offen, mit der die Verletzung von Bundesrecht vor dem Bundesgericht gerügt werden kann.<sup>779</sup>

---

224

## III. Verweigerung der Kindesanhörung oder Kindesvertretung

### 1. Kindesanhörung

#### A. Im eherechtlichen Verfahren

- 547 Das urteilsfähige Kind hat in eherechtlichen Verfahren einen unbedingten Anspruch auf Anhörung durch das Gericht (vgl. N 368 ff.). Diesen Anspruch können ihm auch seine Eltern nicht verwehren. Wird dem urteilsfähigen Kind die Ausübung dieses höchstpersönlichen Rechts verwehrt, kann es ein Rechtsmittel einlegen.<sup>780</sup> Das urteilsfähige Kind kann die Verweigerung mit **Beschwerde** anfechten (Art. 298 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 319 lit. b Ziffer 1 ZPO [Beschwerde in den vom Gesetz bestimmten Fällen]; Art. 12 UN-KRK). Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz **innert zehn Tagen** seit der Zustellung der prozessleitenden Verfügung einzureichen (Art. 321 Abs. 2 ZPO). Dabei ist die angefochtene prozessleitende Verfügung beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hält (Art. 321 Abs. 3 ZPO). Unterlässt hingegen das Gericht die Anhörung und trifft darüber keinen förmlichen Entscheid, liegt eine Rechtsverzögerung bzw. Rechtsverweigerung vor. Gegen diese steht die Beschwerdemöglichkeit nach Art. 319 lit. c ZPO offen, und die Beschwerde kann jederzeit eingereicht werden (Art. 321 Abs. 4 ZPO).<sup>781</sup>
- 548 Der Beschwerde kommt keine aufschiebende Wirkung zu (Art. 325 Abs. 1 ZPO), es sei denn die Rechtsmittelinstanz schiebt die Vollstreckung auf (Abs. 2; vgl. aber FN 786).<sup>782</sup>
- 549 Das Gericht muss jeweils für den **konkreten Einzelfall prüfen**, ob das Kind in Bezug auf die Ausübung des Beschwerderechts wegen Verweigerung der Anhörung **urteilsfähig** ist oder nicht (vgl. N 102 ff.). Der Gesetzgeber hat

---

<sup>776</sup> Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 41.

<sup>777</sup> Vgl. Spühler, BaK zu Art. 308 ZPO, N 7 und Art. 319 ZPO, N 1.

<sup>778</sup> Vgl. für die Streitwertgrenze Art. 74 BGG (CHF 30'000 es sei denn Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung).

<sup>779</sup> Vgl. Steck, BaK zu Art. 296 ZPO, N 44 ff.

<sup>780</sup> Vgl. Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 25; Rumo-Jungo, Anhörung, S. 1589; vgl. ferner auch BGE 131 III 553 (554) E. 1.1.

<sup>781</sup> Vgl. Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 29; Steck/Schweighauser, S. 807.

<sup>782</sup> Jeandin, CPC-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 19.

bewusst auf die Urteilsfähigkeit verwiesen und keine Altersgrenze ins Gesetz aufgenommen. Mithin kann das Gericht nicht unter Verweis auf Art. 301 ZPO – nach welchem der Endentscheid dem Kind erst ab vollendetem vierzehnten Altersjahr zu eröffnen ist (vgl. dazu aber N 501 ff.) – das Beschwerderecht erst ab vollendetem vierzehnten Altersjahr gewähren. Dies gilt umso mehr, als das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Kindesanhörung wohl elf- bis dreizehnjährigen Kindern durchaus Urteilsfähigkeit attestiert.<sup>783</sup> In der Regel wird ein zehnjähriges Kind die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit i.S.v. Art. 298 Abs. 3 ZPO erfüllen (vgl. N 116 ff.).

- 550 Das Beschwerderecht setzt voraus, dass dem urteilsfähigen Kind der Entscheid, in welchem die **Nichtanhörung** festgehalten ist, **begründet eröffnet** werden muss.<sup>784</sup> Dabei ist nicht notwendig, dass das urteilsfähige Kind einen Antrag auf Anhörung gestellt hat, da gemäss Art. 298 Abs. 1 ZPO grundsätzlich alle Kinder (ab dem vollendeten dritten Altersjahr) anzuhören sind (vgl. N 379 ff.). Verzichtet hingegen das urteilsfähige Kind von sich aus auf die Anhörung (vgl. N 374), muss der Entscheid über die Nichtanhörung nicht eröffnet werden.<sup>785</sup>
- 551 Wird die **Beschwerde** des Kindes **gutgeheissen**, ist die Anhörung entweder als Folge der Rückweisung (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO) durch die erste Instanz nachzuholen oder gegebenenfalls in einem bereits hängigen Rechtsmittelverfahren über die Hauptsache von der zweiten Instanz durchzuführen.<sup>786</sup>
- 552 **Bestätigt** hingegen die Rechtsmittelinstanz die **Nichtanordnung** der Anhörung, ist in Bezug auf das Kind der Beschwerdeentscheid als Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG zu qualifizieren. Mithin kann das betroffene Kind diesen

Entscheid beim Bundesgericht mit Beschwerde in Zivilsachen anfechten (Art. 72 Abs. 1 BGG).<sup>787</sup>

- 553 Beantragt ein **Elternteil** (oder auch der Rechtsvertreter bzw. der Beistand) die Kindesanhörung (für das gegebenenfalls urteilsunfähige Kind) und wird diese vom Instruktionsrichter oder von der Instruktionsrichterin abgelehnt, kann bzw. muss der beantragende Elternteil diese prozessleitende Verfügung gestützt auf Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO mit der Beschwerde anfechten und die Nichtanhörung rügen können.<sup>788</sup> Zudem können die Eltern die unterlassene Anhörung im Rahmen der Anfechtung des Endentscheids geltend machen, sofern sie keinen Antrag gestellt haben.<sup>789</sup>

<sup>783</sup> BGE 131 III 553 (556 f.) E. 1.2.2; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 38.

<sup>784</sup> Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 29; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 37.

<sup>785</sup> Vgl. Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 37.

<sup>786</sup> Vgl. Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 27 f. Das Gericht sollte das *Verfahren* während des Rechtsmittelverfahrens bezüglich Kinderbelange *sistieren* (vgl. N 558; Art. 126 ZPO).

<sup>787</sup> Vgl. Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 27 f; Steck/Schweighauser, S. 808. Wird die Anhörung als Kindesschutzmassnahme sui generis betrachtet, ist auch eine Anfechtung gestützt auf Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 7 bzw. (neu) Ziff. 6 BGG denkbar. Im Zusammenhang mit der UN-KRK gilt es neuerdings auch das (geplante) *Individualbeschwerderecht* bei Kinderrechtsverletzungen nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs zu beachten.

<sup>788</sup> Vgl. Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 298 ZPO, N 39; Rumo-Jungo, Anhörung, S. 1589; ferner auch Gasser/Rickli, ZPO-KK zu Art. 299 ZPO, N 5 (zur Beschwerde bei Nichtanordnung der Kindesvertretung). Die prozessleitende Verfügung ist gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO mit Beschwerde anfechtbar, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender (rechtlicher oder tatsächlicher) Nachteil droht. Dabei handelt es sich um einen *unbestimmten Rechtsbegriff*, der vom Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens konkretisiert werden muss (vgl. Freiburghaus/Afheldt, ZPO-Komm. zu Art. 319 ZPO, N 13 ff.).

<sup>789</sup> Vgl. Schweighauser, FamKomm zu Art. 298 ZPO, N 41.

## B. Im Kindesschutzverfahren

- 554 Analog zu Art. 298 Abs. 3 ZPO kennt auch das Kindesschutzrecht ein **Beschwerderecht des urteilsfähigen Kindes**. Dieses Beschwerderecht ist in Art. 314a Abs. 3 nZGB verankert. Gemäss dieser Bestimmung kann das urteilsfähige Kind die Verweigerung der Anhörung mit der Beschwerde anfechten. Dabei stellt sich die Frage nach der Beschwerdefrist. Gemäss der Botschaft handelt es sich bei der Nichtanordnung um einen Zwischenentscheid, auf den die Bestimmungen der **ZPO sinngemäss anwendbar** sind, soweit das kantonale Recht keine Regelung trifft (vgl. Art. 450f nZGB).<sup>790</sup>

---

227

Mithin muss das urteilsfähige Kind bei analoger Anwendbarkeit der ZPO die Verweigerung der Anhörung mit Beschwerde **innert zehn Tagen** seit der Zustellung der prozessleitenden Verfügung anfechten (Art. 321 Abs. 2 ZPO<sup>791</sup>). Unterlässt die Behörde hingegen die Anhörung eines urteilsfähigen Kindes und trifft sie darüber keinen förmlichen Entscheid, liegt eine Rechtsverzögerung bzw. Rechtsverweigerung vor<sup>792</sup>. In derartigen Fällen kann eine Beschwerde jederzeit eingereicht werden (Art. 450a Abs. 2 i.V.m. 450b Abs. 3 nZGB).

- 555 Die Ausführungen, welche zur Anfechtung der Nichtanhörung des Kindes in eherechtlichen Verfahren gemacht wurden, gelten sinngemäss auch für das Anfechtungsrecht im Kindesschutzverfahren (vgl. N 547 ff.; für die Anfechtung vor Bundesgericht vgl. Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 7 bzw. [neu] Ziff. 6 BGG [unmittelbarer Zusammenhang mit Zivilrecht auf dem Gebiet des Kindesschutzes]).

## 2. Kindesvertretung

### A. Im eherechtlichen Verfahren

- 556 Das urteilsfähige Kind, welches einen Antrag auf Anordnung der Kindesvertretung stellt, kann die Nichtanordnung mit **Beschwerde** anfechten (Art. 319 lit. b. Ziffer 1 i.V.m. Art. 299 Abs. 3 Satz 2 ZPO). Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz **innert zehn Tagen** seit der Zustellung der prozessleitenden Verfügung einzureichen (Art. 321 Abs. 2 ZPO).<sup>793</sup> In der Regel wird ein zehnjähriges Kind die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit i.S.v. Art. 299 Abs. 3 ZPO erfüllen (vgl. N 116 ff.).

---

228

- 557 Unterlässt hingegen das Gericht die Anordnung der Kindesvertretung trotz des Antrags des urteilsfähigen Kindes und trifft darüber keinen förmlichen Entscheid, liegt eine Rechtsverzögerung bzw. Rechtsverweigerung vor. Gegen diese steht die Beschwerdemöglichkeit nach Art. 319 lit. c ZPO offen, und die Beschwerde kann jederzeit eingereicht werden (Art. 321 Abs. 4 ZPO).<sup>794</sup>
- 558 Während des Rechtsmittelverfahrens muss das Gericht das **eherechtliche Verfahren sistieren**, soweit Kinderbelange betroffen sind (vgl. Art. 126 ZPO).<sup>795</sup>

---

<sup>790</sup> Botschaft nZGB, 7084.

<sup>791</sup> I.V.m. Art. 314a Abs. 3 nZGB (Beschwerderecht) und 314 Abs. 1 nZGB (Verweis auf die Bestimmungen des Verfahrens vor der Erwachsenenschutzbehörde) sowie Art. 450f nZGB (subsidiäre sinngemässe Anwendung der Schweizerischen Zivilprozessordnung).

<sup>792</sup> Vgl. Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 29.

<sup>793</sup> Van de Graaf, KUKO zu Art. 299 ZPO, N 9 f.; Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 29. Der Beschwerde kommt i.d.R. keine aufschiebende Wirkung zu (vgl. Art. 325 ZPO).

<sup>794</sup> Vgl. Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 29.

<sup>795</sup> Sutter/Freiburghaus, Kommentar zu Art. 146/147 ZGB, N 22; Van de Graaf, KUKO zu Art. 299 ZPO, N 11; Schweighauser, ZPO-Komm. zu Art. 299 ZPO, N 38. Andernfalls müssten bei Gutheissung der Beschwerde wesentliche Teile des Prozesses (vgl. Art. 300 ZPO) wiederholt

- 559 Der Beschwerdeentscheid der kantonalen Rechtsmittelinstanz ist als Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG zu qualifizieren und kann entsprechend beim Bundesgericht mit der **Beschwerde in Zivilsachen** angefochten werden (Art. 72 Abs. 1 BGG).<sup>796</sup>
- 560 Auch den **Eltern des Kindes** steht ein Beschwerderecht zu, welches sich jedoch auf Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO stützt. Allenfalls können sie auch bei der Anfechtung des Endentscheids die Verweigerung der Anordnung der Vertretung rügen (vgl. N 553).<sup>797</sup>

---

229

## B. Im Kindesschutzverfahren

- 561 Bedauerlicherweise fehlt im Kindesschutzrecht eine analoge Bestimmung zum Beschwerderecht im eherechtlichen Verfahren (Art. 299 Abs. 3 ZPO; vgl. N 471). Trotzdem steht das Beschwerderecht dem urteilsfähigen Kind offen, da für Zwischenentscheide – soweit das kantonale Recht keine Regelung trifft – aufgrund von Art. 450f nZGB (subsidiäre, sinngemässe Anwendbarkeit der Schweizerischen Zivilprozessordnung) die Bestimmungen der **ZPO sinngemäss** zur Anwendung gelangen.<sup>798</sup> Mithin kann das urteilsfähige Kind analog zu den Bestimmungen der ZPO die Nichtanordnung mit Beschwerde anfechten (Art. 319 lit. b Ziffer 1 i.V.m. Art. 299 Abs. 3 Satz 2 ZPO<sup>799</sup>; vgl. N 556). Die Beschwerde ist bei der Rechtsmittelinstanz **innert zehn Tagen** seit der Zustellung der prozessleitenden Verfügung einzureichen (Art. 321 Abs. 2 ZPO).
- 562 Die Kantone können das Beschwerderecht des urteilsfähigen Kindes nicht ausschliessen, da das urteilsfähige Kind einen absoluten Anspruch auf die Kindesvertretung hat (vgl. N 421 ff.). Es wäre wünschenswert, dass der Bundesgesetzgeber das Beschwerderecht de lege ferenda explizit im Kindesschutzrecht verankert.
- 563 Unterlässt die Behörde die Anordnung der Kindesvertretung trotz entsprechendem Antrag des urteilsfähigen Kindes und erlässt sie keinen förmlichen Entscheid, liegt eine Rechtsverzögerung bzw. Rechtsverweigerung vor.<sup>800</sup> In derartigen Fällen kann die Beschwerde jederzeit eingereicht werden (Art. 450a Abs. 2 i.V.m. 450b Abs. 3 nZGB).

---

230

---

werden.

<sup>796</sup> Vgl. Schweighauser, FamKomm zu Art. 299 ZPO, N 25. Allenfalls Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 7 bzw. (neu) Ziff. 6 BGG [Kindesvertretung als Kindesschutzmassnahme sui generis]. Im Zusammenhang mit der UN-KRK gilt es neuerdings auch das (geplante) *Individualbeschwerderecht* bei Kinderrechtsverletzungen nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs zu beachten.

<sup>797</sup> Vgl. Pfänder Baumann, Komm.-ZPO zu Art. 299 ZPO, N 7; Gasser/Rickli, ZPO-KK zu Art. 299 ZPO, N 5. Die prozessleitende Verfügung ist gemäss Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO mit Beschwerde anfechtbar, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender (rechtlicher oder tatsächlicher) Nachteil droht. Dabei handelt es sich um einen *unbestimmten Rechtsbegriff*, der vom Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens konkretisiert werden muss (vgl. Freiburghaus/Afheldt, ZPO-Komm. zu Art. 319 ZPO, N 13 ff.).

<sup>798</sup> Botschaft nZGB, 7084. Für die *Beschwerde an das Bundesgericht* gilt Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 7 bzw. (neu) Ziff. 6 BGG (unmittelbarer Zusammenhang mit Zivilrecht auf dem Gebiet des Kindesschutzes).

<sup>799</sup> I.V.m. Art. 314 Abs. 1 (Verweis auf die Bestimmungen des Verfahrens vor der Erwachsenenschutzbehörde) und Art. 450f nZGB (subsidiäre, sinngemässe Anwendbarkeit der Schweizerischen Zivilprozessordnung).

<sup>800</sup> Vgl. Steck, BaK zu Art. 298 ZPO, N 29.

#### IV. Zusammenfassung

- 564 Ein **Entscheid** – Nichteintretensentscheid oder Zwischenentscheid – des erstinstanzlichen Gerichts **über die Prozessfähigkeit** (oder Parteifähigkeit) oder **örtliche Zuständigkeit** ist in der Regel mit Berufung bei der Rechtsmittelinstanz innert dreissig Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung anzufechten. Handelt es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit und beträgt der Streitwert weniger als CHF 10'000, ist der Entscheid hingegen mit Beschwerde anzufechten. Gegen letztinstanzliche kantonale Gerichtsentscheide steht die Beschwerde in Zivilsachen offen.
- 565 Im Rechtsmittelverfahren kann die **Verletzung der Untersuchungs- und Officialmaxime** vor den kantonalen Gerichten mit Berufung bzw. mit Beschwerde (wenn der Streitwert bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten unter CHF 10'000 liegt) angefochten werden. Gegen letztinstanzliche kantonale Gerichtsentscheide steht die Beschwerde in Zivilsachen offen, mit der die Verletzung von Bundesrecht vor dem Bundesgericht gerügt werden kann.
- 566 Das urteilsfähige Kind kann die **Verweigerung der Anhörung** sowie die **Nichtanordnung der Kindesvertretung** im eherechtlichen Verfahren und im Kindesschutzverfahren mit Beschwerde innert zehn Tagen seit Zustellung der prozessleitenden Verfügung anfechten.

---

231

### § 12 Psychologische Gutachten in Kinderrechtsfragen

- 567 In diversen Kinderrechtsfragen sind psychologische Gutachten denkbar, so insbesondere für Sorgerechts- bzw. Obhutsstreitigkeiten sowie Besuchsrechtsstreitigkeiten. Ein Gutachten (vgl. Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO und Art. 183 ff. ZPO sowie Art. 446 Abs. 2 nZGB) kann sich vor allem in **hochgradigen Elternkonflikten** („Eskalationsspirale“) aufdrängen.<sup>801</sup> Diese Fälle machen etwa fünf Prozent aller Scheidungsfälle aus. Für alle Beteiligten und insbesondere für die Kinder stellen diese Eskalationsfälle eine grosse psychische Belastung dar.<sup>802</sup> Aber auch wenn die **Urteilsfähigkeit oder Prozessfähigkeit eines Kindes** geprüft werden soll, kann ein Gutachten erforderlich sein (vgl. N 102 ff. und N 158).
- 568 Kommt das Gericht (bzw. die Kindesschutzbehörde) zum Schluss, dass es eine Gutachterin bzw. einen Gutachter beiziehen möchte, erteilt es den Auftrag, ihm die gestellten Fragen in der Regel in einem schriftlichen Bericht (allenfalls mündlich im Verfahren) zu beantworten. Das Gutachten stellt lediglich aber immerhin eine **Entscheidungs- und Klärungshilfe** für die Richterinnen und Richter (bzw. für die Behörde) dar. Das Gutachten zeigt dem Gericht (bzw. der Kindesschutzbehörde) das „Für und Wider“ auf und ermöglicht diesem die Tragweite seines Entscheides besser abschätzen zu können. Es würdigt die gutachtliche Stellungnahme nach eigenem Ermessen.<sup>803</sup>

---

<sup>801</sup> Vgl. BGer 5C.319/2001 E. 2; Gartenhof/Hartman-Hilter/Loebel/Normann/Salzgeber/Schmid/Weber von Koslowski, S. 287 und S. 290.

<sup>802</sup> Schreiner/Schweighauser/Staubli, S. 128; vgl. auch Staub, ZKE 65, S. 36.

<sup>803</sup> Schreiner/Schweighauser/Staubli, S. 128 und S. 133. Vgl. zur Glaubhaftigkeit (Glaubwürdigkeit) kindlicher Aussagen (z.B. im Zusammenhang mit sexuellen Übergriffen; Glaubhaftigkeitsgutachten) z.B. Gundelfinger, Die Glaubwürdigkeit kindlicher Aussagen, in: Jenni Gerber Regula/Hausammann Christina (Hrsg.), Kinderrechte – Kinderschutz, Basel/Genf/München 2002, S. 115 ff.; Niehaus Susanna, Begutachtung der Glaubhaftigkeit von Kinderaussagen, FamPra.ch 11 (2010), S. 315 ff; Köhnken Günter, Die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Kinderaussagen, in: Heer Marianne/Pfister-Liechti Renate (Hrsg.), Schriften

- 569 Ein Gutachten im **Kindesschutzrecht** wird in der Regel dann in Auftrag gegeben, wenn das Kindeswohl ernsthaft gefährdet ist und die Kindesschutzbehörde oder das Gericht betreffend geeignete Massnahmen eine gutachterliche Stellungnahme einholen will.<sup>804</sup>
- 570 Leitmaxime und damit **oberstes Prinzip** für die sachverständige Person **beim Erstellen eines Gutachtens** ist das **Kindeswohl**.<sup>805</sup>

## I. Gutachten aus richterlicher (behördlicher), parteilicher und Sachverständigensicht

### 1. Allgemeines

- 571 Das Gericht (bzw. die Kindesschutzbehörde) muss sich gerade in hochstrittigen Fällen **aufgrund der Offizial- und uneingeschränkten Untersuchungsmaxime** in jedem Einzelfall die **Frage stellen, ob es ein Gutachten in Auftrag geben möchte**. Für die Beantwortung dieser Frage sind die jeweilige Sachverhaltskonstellation und die aufgeworfenen Fragen (z.B. Zuteilung der elterlichen Sorge/Obhut, Fragen des persönlichen Verkehrs, Urteilsfähigkeit oder Prozessfähigkeit des Kindes, Art der Kindesschutzmassnahme bzw. Gefährdung des Kindeswohls), die durch das Gutachten beantwortet werden sollen, mitentscheidend. Die Richterin bzw. der Richter wird in der

Regel vor der Einholung eines Gutachtens bereits diverse Beweise abgenommen haben. Namentlich wird das Gericht die Parteien zum Sachverhalt befragt sowie eine Kindesanhörung (vgl. N 398 ff.) durchgeführt haben, und gegebenenfalls liegt ein Bericht der Kindesschutzbehörde oder des Hausarztes vor. Danach stellt sich je nach Fall die Frage, ob ein Gutachten noch nötig ist und eingeholt werden sollte. Diese Frage muss durch die Richterin bzw. den Richter im pflichtgemässen Ermessen beantwortet werden. Ergibt eine antizipierte Beweiswürdigung (vgl. N 191 f.), dass die Entscheidungsgrundlage bereits genügend ist für die Beurteilung der noch offenen Fragen, so kann das Gericht auf die Beauftragung einer fachkundigen Person verzichten.<sup>806</sup> Auch praktische Überlegungen, insbesondere die Kosten und die Zeit, die ein Gutachten verschlingt, sind mit einzubeziehen. Der Fall kann eine möglichst schnelle Klärung der Situation bedingen, in der keine Zeit für die Erstellung eines Gutachtens bleibt, welche in der Regel mehrere Monate in Anspruch nimmt (vgl. N 217 ff.). Gegebenenfalls muss das Gericht für die Dauer der Erstellung des Gutachtens provisorische Regelungen aufstellen und der fachkundigen Person einen zeitlichen und/oder finanziellen Rahmen für das Abfassen des Gutachtens setzen. Bei jüngeren Kindern kann wegen der langen Dauer der Erstellung des Gutachtens die gutachterliche Stellungnahme bereits wieder überholt sein. Das Kindeswohl gebietet im Rahmen der Begutachtung eine enge Zusammenarbeit zwischen den Gerichten, der Anwaltschaft sowie dem Gutachter bzw. der Gutachterin in familienrechtlichen Belangen.<sup>807</sup>

---

der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter, SWR/Bd. 4; Das Kind im Straf- und Zivilprozess, Bern 2002 sowie Kling Vera, Glaubhaftigkeitsgutachten: Standards und Fehler, in: Heer Marianne/Pfister-Liechti Renate (Hrsg.), Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter, SWR/Bd. 4; Das Kind im Straf- und Zivilprozess, Bern 2002.

<sup>804</sup> Vgl. zum Gutachten im Kindesschutzrecht Aebi/Braun/Oswald/Hool/Inversini/Kreis, S. 63 ff. und zum allgemeinen Vorgehen in der gutachterlichen Tätigkeit Aebi/Hesse/Inversini/Mathys/Rüedi, S. 3 ff.

<sup>805</sup> Vgl. Aebi/Hesse/Inversini/Mathys/Rüedi, S. 4 und S. 7 ff.; Schreiner, Fam-Komm, N 357; vgl. dazu und zum Begriff Kindeswohl Aebi/Braun/Oswald/Hool/Inversini/Kreis, S. 14 ff.

<sup>806</sup> Vgl. BGer 5C.10/2007 E. 5.2.1.3; BGE 114 II 200 (201) E. 2b. In einem solchen Fall wird die Untersuchungsmaxime nicht verletzt.

<sup>807</sup> Schreiner/Schweighauser/Staubli, S. 131 und S. 137.



- 572 Gemäss Art. 183 Abs. 1 ZPO kann das Gericht<sup>808</sup> **auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen** bei einer oder mehreren sachverständigen Personen ein Gutachten einholen. Es hat aber vorgängig die Parteien anzuhören. Gemäss Abs. 2 gelten für die Sachverständigen die gleichen Ausstandsgründe wie für Gerichtspersonen (vgl. Art. 47 ff. ZPO). Verfügt das Gericht über eigenes Fachwissen, so muss es dieses offenlegen, damit die Parteien dazu Stellung nehmen können (Abs. 3).

---

234

## 2. Fragestellungen an die fachkundige Person

- 573 Der richtigen Fragestellung kommt eine grosse Bedeutung zu, da sie für ein für das Gericht und die Parteien befriedigendes Resultat entscheidend ist. Namentlich könnten die Fragen an die fachkundige Person folgendermassen lauten:<sup>809</sup>
- Wie wird die Erziehungsfähigkeit<sup>810</sup> des Vaters und der Mutter des Kindes beurteilt?
- Ist der jeweilige Elternteil grundsätzlich fürsorge- und erziehungsbereit?<sup>811</sup>
- Wie ist die Beziehung des Kindes zum Vater und wie zur Mutter?<sup>812</sup>
- Eignet sich besser der Vater oder die Mutter als alleinerziehende Person? (u.a. Arbeitszeiten und Arbeitsbelastung der Eltern<sup>813</sup>)
- Wie wirken sich die unterschiedlichen Wohnsituationen, samt allfälliger Fremdbetreuung auf das Kind aus? Welche Auswirkungen hat das Umfeld des Vaters, welche das Umfeld der Mutter auf das Kind?<sup>814</sup> (z.B.

---

235

- Schul<sup>815</sup>- und Betreuungssystem, religiöse Aspekte, ethnische Aspekte<sup>816</sup>)
- Zu welchem Elternteil hat das Kind die engere Beziehung?
- Wie wichtig sind die Beziehungen unter den Geschwistern?
- Wie wäre bei den verschiedenen Zuteilungsmöglichkeiten das Besuchsrecht zu regeln?
- Drängen sich flankierende Massnahmen auf?

---

<sup>808</sup> Vgl. Art. 446 Abs. 2 nZGB im Zusammenhang mit der Kindesschutzbehörde.

<sup>809</sup> Vgl. zum Ganzen Schreiner/Schweighauser/Staubli, S. 132; ferner auch Felder/Bürgin, S. 629 ff. und Aebi/Braun/Oswald/Hool/Inversini/Kreis, S. 57 ff.

<sup>810</sup> Vgl. zum Ganzen Felder/Bürgin, S. 630 ff.; Aebi/Braun/Oswald/Hool/Inversini/Kreis, S. 27 ff. und 58 sowie Art. 301 ff. ZGB. Dazu gehören Grundkenntnisse über die psycho-physische Entwicklung eines Kindes, altersgerechte Förderung und Forderung, vor Überforderung schützen, Bedürfnisse der Kinder erkennen und altersgemäss auf sie eingehen können, Spannungszustände des Kindes als Überforderung zu anerkennen. Erziehungsfähige Eltern betreuen ihre Kinder in körperlicher Hinsicht (namentlich Gesundheitserhaltung und -förderung, Behandlung von einfachen Verletzungen und Krankheiten), in emotionaler Hinsicht (namentlich dem Kind Schutz vor emotionaler Überforderung oder Überflutung durch Angst, Wut und Stress, dazu gehört auch das Vermitteln von klar überschaubaren Grenzen des Erlaubten), in kognitiver und in sozialer Hinsicht (namentlich sollten altersentsprechende Erfahrungsmöglichkeiten angeboten werden).

<sup>811</sup> Vgl. ausführlich dazu Aebi/Braun/Oswald/Hool/Inversini/Kreis, S. 24 und S. 58.

<sup>812</sup> Vgl. dazu Aebi/Braun/Oswald/Hool/Inversini/Kreis, S. 29 ff.

<sup>813</sup> Vgl. dazu Felder/Bürgin, S. 635.

<sup>814</sup> Vgl. dazu Aebi/Braun/Oswald/Hool/Inversini/Kreis, S. 31 f.

<sup>815</sup> Vgl. dazu Felder/Bürgin, S. 636 f. Je grösser die schulischen Probleme des Kindes – sei es in sozialer oder leistungsmässiger Hinsicht –, desto wichtiger ist in der Regel die Kontinuität für das Kind.

<sup>816</sup> Vgl. zu den ethnischen und religiösen Aspekten Felder/Bürgin, S. 637. Möchte ein Elternteil mit dem Kind in sein Herkunftsland ziehen? Ist ein Elternteil Mitglied einer Sekte? Werden die Kinder zu religiösen Übungen gezwungen? Wird ihnen der Kontakt zu Gleichaltrigen ausserhalb der religiösen Gemeinschaft eingeschränkt oder verboten? Wird die gesunde Entwicklung durch solche Faktoren negativ beeinflusst?

Gibt es allfällige physische und psychische Beeinträchtigungen der Eltern, die Auswirkungen auf die Erziehungs- und Beziehungsfähigkeit der Eltern haben?<sup>817</sup>

Gibt es spezielle Bedürfnisse der Kinder, die unter Umständen besondere Ansprüche an die Erziehungsfähigkeit der Eltern stellen?

Wurden und werden die Kinder beeinflusst? Sind sie bezüglich der Kindszuteilung urteilsfähig?<sup>818</sup>

---

236

Ist das Kind bezüglich der in Frage stehenden Angelegenheit urteilsfähig?

Ist das Kindeswohl gefährdet und welche Massnahmen drängen sich auf?

### 3. Auftrag

#### A. Allgemeines

574 Das Gericht (bzw. die Kindesschutzbehörde) muss die sachverständige Person **instruieren** und ihr die abzuklärenden Fragen **schriftlich oder mündlich** in der Verhandlung stellen (Art. 185 Abs. 1 ZPO). Es gibt den Parteien Gelegenheit, sich zur Fragestellung zu äussern und Änderungs- oder Ergänzungsanträge zu stellen (Abs. 2). Ferner muss es der sachverständigen Person die notwendigen Akten zur Verfügung stellen und eine Frist für die Erstattung des Gutachtens bestimmen (Abs. 3).

575 Das Gericht muss sich überlegen, ob es der fachkundigen Person den Auftrag erteilen möchte, die bestehenden Daten und Aussagen lediglich zu überprüfen und/oder neue Daten zu erheben. Soll die Gutachterin oder der Gutachter die erhobenen Daten kommentieren und interpretieren? Sollen Empfehlungen abgegeben werden? Wie umfangreich sollte ungefähr das Gutachten sein? Wie viel Zeit darf das Erstellen in Anspruch nehmen? Gegebenenfalls kann die sachverständige Person z.B. bei der Frage des persönlichen Verkehrs (Besuchsrecht) mit dem Kind und seinen Eltern bereits gewisse Lösungsansätze ausprobieren und dem Gericht Rückmeldungen erstatten und Empfehlungen abgeben. Auch sollte das Gericht zusammen mit der Gutachterin bzw. dem Gutachter die genaue Vorgehensweise besprechen.<sup>819</sup>

#### B. Entscheidungsorientiertes versus lösungsorientiertes Gutachten

576 Das Gericht (bzw. die Kindesschutzbehörde) muss sich überlegen, ob sich im konkreten Einzelfall ein sog. entscheidungsorientiertes (klassisches) Gutachten oder doch eher ein lösungsorientiertes (interventionorientiertes) Gutachten

---

237

aufdrängt. Für Fälle, bei denen möglichst schnell eine Entscheidung gefällt werden muss, um Gefahren abzuwenden sowie weiteren Schaden für das Kind und seine Eltern zu verhindern, drängt sich ein entscheidungsorientiertes Gutachten auf. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn beide Eltern unmissverständlich und vehement darlegen,

---

<sup>817</sup> Vgl. dazu Felder/Bürgin, S. 632.

<sup>818</sup> Vgl. dazu Felder/Bürgin, S. 638. Die Urteilsfähigkeit bezüglich der Kindszuteilung ist an das Entwicklungsstadium des Kindes gebunden (vgl. N 102 ff.). Ist das Kind in der Lage, seine eigenen Bedürfnisse jetzt und in Zukunft zu erfassen und gleichzeitig zu beurteilen, wie die beiden Eltern diese Bedürfnisse auch erfüllen können, so ist diesem Wunsch wenn immer möglich Folge zu leisten, sofern das Kind die Zuteilung an denjenigen Elternteil wünscht, der eigentlich, gemessen an den anderen Kriterien, für die Übernahme der elterlichen Sorge eher weniger in Frage käme. In der Praxis ist es selten, dass ein Jugendlicher klar die Zuteilung an denjenigen Elternteil wünscht, der für die fachkundige Person überhaupt nicht in Frage kommt. Es gibt jedoch jüngere, bezüglich der Kindszuteilung nicht urteilsfähige Kinder, die unter dem Einfluss eines manipulierenden Elternteils stehen, welche Zuteilungswünsche äussern, die nicht im Interesse des Kindeswohls sind.

<sup>819</sup> Schreiner/Schweighauser/Staubli, S. 132 f. und S. 137.

dass sie sich nur einem gerichtlichen Entscheid beugen und jegliche Vermittlungsarbeit kategorisch ablehnen. Besteht demgegenüber noch ein Verhandlungsspielraum zwischen den Eltern, sollte dieser in der Regel im Interesse der betroffenen Kinder ausgelotet werden. Bei diesen Konstellationen sollte das Gericht ein lösungsorientiertes Gutachten in Auftrag geben.<sup>820</sup>

577 Die beiden Arten von Gutachten können wie folgt umschrieben werden:<sup>821</sup>

Das **entscheidungsorientierte Gutachten** bedient sich einer selektionsorientierten Vorgehensweise. Es hat die Ermittlung des „besseren Elternteils und der besseren sozialen Rahmenbedingungen“ zum Ziel (Methode: Status-Diagnostik). Es erhebt den Ist-Zustand als Grundlage für die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen (Prüfung der „elterlichen, sozialen Qualitäten/Bindungen/Kinderwille“ etc.). Nach der Erhebung erfolgt die Auswertung anhand von Bewertungskriterien gemäss den anerkannten, aktuellen psychologischen Erkenntnissen. Die Stellungnahme beruht auf der Gesamtbetrachtung und der Abwägung und Gewichtung der einzelnen Beurteilungskriterien. Die Ergebnisse des Gutachtens sollten in der Regel dem Kind und den Eltern mündlich mitgeteilt und in einem umfassenden schriftlichen Bericht dem Gericht (bzw. der Kindesschutzbehörde) abgegeben werden.

Das **lösungsorientierte Gutachten** verwendet demgegenüber eine modifikations- bzw. prozessorientierte Vorgehensweise. Es hat zum Ziel, einen kindsorientierten Konsens zwischen den Eltern unter Einbezug des Kindes zu erarbeiten. Wird kein Konsens erzielt, so sind Empfehlungen abzugeben. Es kombiniert die Methoden der Verlaufsdagnostik und Konfliktlösungsintervention. Die fachkundige Person überprüft fortwährend den Konsensfindungsprozess und die Ergebnisse der Konsensfindung.

---

238

Das Kind und die Eltern sollten über die Stellungnahme mündlich orientiert werden. Wurde ein Konsens erzielt, wird in der Regel ein kurzer schriftlicher Bericht an das Gericht (bzw. die Kindesschutzbehörde) genügen. Kommt jedoch kein Konsens zustande, da die Konsensfindungsbemühungen scheitern, sollte ein ausführlicher schriftlicher Bericht abgegeben werden.

578 Staub kritisiert die entscheidungsorientierte Begutachtung im Rahmen von Scheidungen und Trennungen, indem sie anführt, dass bisher nicht belegt werden konnte, dass durch diese Form der Begutachtung Wirkungen auf Seiten der Kinder erzielt werden konnten, die ohne Empfehlungen einer Gutachterin oder eines Gutachters nicht auch erreicht worden wären. Falls es eine Verhaltensänderung auf der Elternebene geben sollte, sei dies auf die Tatsache zurückzuführen, dass jede Abklärung einen Interventionscharakter habe. Weiter setzt sie sich für die interventionsorientierte Begutachtung ein, da diesem Konzept die Tatsache zugrunde liegt, dass erst eine Thematisierung der Paarebene die Voraussetzungen dafür schafft, dass es den Ex-Partnern gelingt, sich lediglich noch auf der Elternebene auseinanderzusetzen. In diesem Zusammenhang werden die Diagnostik, die Beratung und die Intervention im Sinn eines mediativen Vorgehens kombiniert.<sup>822</sup> Ihre Ausführungen sprechen dafür, dass die Behörden **vermehrt auf lösungsorientierte Gutachten setzen**.<sup>823</sup>

---

<sup>820</sup> Vgl. Schreiner/Schweighauser/Staubli, S. 134 f.

<sup>821</sup> Vgl. dazu Schreiner/Schweighauser/Staubli, S. 134 f.; vgl. ferner auch Staub, ZKE 65, S. 36 ff. und S. 43 f.

<sup>822</sup> Staub, ZKE 65, S. 37 f. Auch Schreiner, FamKomm, N 359 sowie Gartenhof/Hartman-Hilter/Loebel/Normann/Salzgeber/Schmid/Weber von Koslowski, S. 287 scheinen sich grundsätzlich für die lösungsorientierten Gutachten auszusprechen.

<sup>823</sup> Vgl. für das nötige Vorgehen der sachverständigen Person Staub, ZKE 65, S. 37 ff.; Aebi/Hesse/Inversini/Mathys/Rüedi, S. 6, 13, 18 und insbesondere S. 22 ff. und 29 ff. und Aebi/Braun/Oswald/Hool/Inversini/Kreis, S. 22 ff. und 38 ff. sowie ferner auch Schreiner, FamKomm, N 335 ff. Zu Beginn des Gutachtensprozesses steht die Diagnostik, danach folgt die Beratung (Aufklärung) und im Anschluss daran die eigentliche Interventionsphase.

- 579 Beim lösungsorientierten Gutachten stellt sich die Frage nach der Abgrenzung zur Zwangstherapie bzw. zur Pflichtmediation und nach der **gesetzlichen Grundlage**, auf welche sich die Anordnung einer lösungsorientierten Begutachtung abstützen kann. Die Interventionsphase beim lösungsorientierten Gutachten wird als eine Art Kombination von Begutachtung und

---

239

Pflichtmediation beschrieben, dabei aber seine eigenständige Konzeption betont.<sup>824</sup> Weist die lösungsorientierte Begutachtung tatsächlich im konkreten Einzelfall Elemente der Pflichtmediation oder Zwangstherapie auf, so kann das Gericht bzw. die Kindesschutzbehörde das Gutachten nicht alleine gestützt auf die allgemeine (Gutachten-)Bestimmung von Art. 183 ZPO bzw. Art. 446 Abs. 2 nZGB anordnen. Vielmehr muss sich das lösungsorientierte Gutachten auch auf eine gesetzliche Bestimmung abstützen, welche die Pflichtmediation bzw. eine Zwangstherapie ermöglicht. Diese gesetzliche Bestimmung ist sowohl für das eherechtliche Verfahren<sup>825</sup> als auch im Kindesschutzverfahren in Art. 307 Abs. 3 ZGB enthalten (Kindesschutzmassnahme; vgl. N 721). Mithin kann das Gericht im eherechtlichen Verfahren bzw. die Kindesschutzbehörde das lösungsorientierte Gutachten gestützt auf Art. 183 ZPO i.V.m. Art. 307 Abs. 3 ZGB<sup>826</sup> bzw. Art. 446 Abs. 2 nZGB<sup>827</sup> i.V.m. Art. 307 Abs. 3 ZGB anordnen.

### C. Qualitätssicherung

- 580 Das Gutachten muss gewisse Standards erfüllen, insbesondere:<sup>828</sup>
- Unabhängigkeit/Allparteilichkeit
  - Verwendung anerkannter psychologischer Methoden und Theorien
  - Transparenz der Vorgehensweise und der dem Gutachten zugrunde gelegten Methoden
  - Nachvollziehbarkeit, innere Logik, Schlüssigkeit sowie Praxistauglichkeit
- Wurde die Möglichkeit einer interventions- bzw. lösungsorientierten Begutachtung auch wirklich ausgeschöpft?
- Beantwortung sämtlicher Fragen, die das Gericht (bzw. die Kindesschutzbehörde) gestellt hat

---

240

## II. Gutachten aus der Sicht der Kindesvertretung bzw. des Anwalts

- 581 Die **Beantragung eines Gutachtens drängt sich** für die Kindesvertretung bzw. den Anwalt **relativ selten auf**. Falls ein Gutachten notwendig ist, wird das Gericht in der Regel dieses anordnen (müssen) oder aber die (häufig) involvierten Kinderschutzorgane werden das Gutachten beantragen. Auch sind die Kosten und die Zeit (vgl. N 217 ff.) wichtige zu berücksichtigende Faktoren.<sup>829</sup>

---

<sup>824</sup> Vgl. Staub, ZKE 65, S. 38 f.

<sup>825</sup> I.V.m. Art. 315a ZGB.

<sup>826</sup> I.V.m. Art. 315a ZGB.

<sup>827</sup> I.V.m. Art. 314 Abs. 1 nZGB.

<sup>828</sup> Vgl. zum Ganzen Schreiner/Schweighauser/Staubli, S. 136 sowie Schreiner, FamKomm, N 365.

<sup>829</sup> Schreiner/Schweighauser/Staubli, S. 129.



## 1. Notwendigkeit eines Antrags

- 582 Unterlässt das Gericht die Beauftragung einer fachkundigen Person und wird auch sonst kein Gutachten beantragt, so drängt sich gegebenenfalls der Antrag durch den Kinderanwalt auf.<sup>830</sup>

Wenn ein erhärteter Verdacht auf Missbrauch (sexuell, körperlich oder emotional) besteht. Zuvor sollte jedoch mit einer fachkundigen Person Rücksprache genommen werden.

Wenn hochstrittige Auseinandersetzungen vorliegen, sofern Erfolgsaussichten bestehen.

Wenn eine vollständige Verweigerungshaltung einer Partei vorliegt, so kann z.B. im Kontext der Besuchsrechtsregelung ein Gutachten als Erklärungshilfe (für den besuchsberechtigten Elternteil) oder als Entlastung der eigenen Klienten (die verweigernde Person) dienen.

- 583 Die Kindesvertretung erhält mittels Antrag auf ein Gutachten eine Ansprechpartnerin/einen Ansprechpartner mit kinderpsychologischen Fertigkeiten. Dies kann sich je nach Umständen aufdrängen, doch genügt vielfach auch der Antrag auf eine therapeutische Begleitung des Kindes (gestützt auf Art. 307 ZGB), gegebenenfalls kombiniert mit einem Bericht z.B. zur Besuchsrechtsausübung

---

241

zuhanden des Gerichts. Die Kindesvertretung muss gerade die Zeitkomponente besonders beachten, da die Erstellung eines Gutachtens relativ viel Zeit in Anspruch nehmen und die Erstreckung des Verfahrens für das Kind eine grosse psychische Belastung bedeuten kann (vgl. N 217 ff.).<sup>831</sup> Damit die Behörden bereits bei der Auswahl und Beauftragung des Gutachters auf die Wünsche des Kindesanwalts eingehen können, muss dieser bereits im Vorfeld Fragen und Überlegungen im Interesse des Kindes im Hinblick auf das Erstellen des Gutachtens möglichst präzise formulieren und in das Verfahren einbringen.<sup>832</sup>

## 2. Prüfungspflicht

- 584 Wird ein Gutachten erstellt, so muss sichergestellt werden, dass die sachverständige Person sämtliche für ihre Arbeit notwendigen Informationen erhält. Die Kindesvertretung bzw. der Anwalt müssen das Gutachten prüfen und zwar auf:<sup>833</sup>

Vollständigkeit (Wurden die relevanten Faktoren berücksichtigt? Wurden die gestellten Fragen beantwortet?)

Widersprüchlichkeit (Gibt es Widersprüche, die auch ein psychologischer Laie erkennen kann?)

Parteilichkeit (Ist die fachkundige Person bei ihrer Beurteilung neutral? Gibt es vielleicht eine problematische Vorbefassung?)

- 585 Für die Beurteilung bzw. Nachbereitung des Gutachtens kann sich in komplexen Fällen der Beizug von fachkundigen Personen aufdrängen.<sup>834</sup>

---

242

---

<sup>830</sup> Vgl. zum Ganzen Schreiner/Schweighauser/Staubli, S. 129 f.

<sup>831</sup> Vgl. Schreiner/Schweighauser/Staubli, S. 129 f.

<sup>832</sup> Zitelmann, S. 46.

<sup>833</sup> Vgl. zum Ganzen Schreiner/Schweighauser/Staubli, S. 130 f.

<sup>834</sup> Schreiner/Schweighauser/Staubli, S. 130 f.



### III. Zusammenfassung

- 586 In diversen Kinderrechtsfragen sind psychologische Gutachten denkbar, so insbesondere für Sorgerechts- bzw. Obhutsstreitigkeiten sowie Besuchsrechtsstreitigkeiten und Kinderschutz. Ein Gutachten (vgl. Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO und Art. 183 ff. ZPO) kann sich vor allem in **hochgradigen Elternkonflikten** („Eskalationsspirale“) aufdrängen. Diese Fälle machen etwa fünf Prozent aller Scheidungsfälle aus. Aber auch wenn die **Urteilsfähigkeit** oder **Prozessfähigkeit eines Kindes** geprüft werden soll, kann ein Gutachten erforderlich sein.
- 587 Das Gericht bzw. die Kinderschutzbehörde muss **aufgrund der Offizial- und uneingeschränkten Untersuchungsmaxime** in jedem Einzelfall **prüfen, ob ein Gutachten erforderlich** ist. Wird ein Gutachten in Auftrag gegeben, muss sich das Gericht bzw. die Kinderschutzbehörde genau überlegen, welche Fragen es durch die sachverständige Person beantwortet haben möchte. Zudem muss die Wahl getroffen werden, ob ein entscheidungsorientiertes oder ein lösungsorientiertes Gutachten angezeigt ist. Wird ein lösungsorientiertes Gutachten in Auftrag gegeben und weist es Elemente der Pflichtmediation oder Zwangstherapie auf, so kann das Gericht im eherechtlichen Verfahren bzw. die Kinderschutzbehörde das Gutachten gestützt auf Art. 183 ZPO i.V.m. Art. 307 Abs. 3 ZGB (i.V.m. Art. 315a ZGB) bzw. Art. 446 Abs. 2 nZGB (i.V.m. Art. 314 Abs. 1 nZGB) i.V.m. Art. 307 Abs. 3 ZGB anordnen.