



<b>Fall-Nr.:</b>	KES.2015.1
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	24.02.2015
<b>Entscheiddatum:</b>	24.02.2015

### **Entscheid Kantonsgericht, 24.02.2015**

**Art. 298 Abs. 1 ZPO: Eine Kindesanhörung hat in allen familienrechtlichen Verfahren zu erfolgen und ist grundsätzlich zwingend (Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 24. Februar 2015, KES.2015.1).**

Aus den Erwägungen:

1. Die Mutter rügt insbesondere, die Vorinstanz habe keine Kinderanhörung vorgenommen, obschon sie bereits vor Vorinstanz eine solche beantragt habe (...).

Die Vorinstanz begründet die fehlende Kinderanhörung (im Massnahmeverfahren) damit, dass sie das Kind im Hauptverfahren anhören werde und es nicht der Belastung einer mehrfachen Anhörung habe aussetzen wollen (...).

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

Eine Kindesanhörung hat in allen familienrechtlichen Verfahren zu erfolgen (BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 3). Sie dient nicht nur der Sachverhaltsfeststellung, sondern ist, als Ausfluss aus dem Persönlichkeitsrecht (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 8; Steck, Die Kinderbelange in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, FamPra.ch 2010, 800, 804; Bodenmann/Rumo-Jungo, Die Anhörung von Kindern aus rechtlicher und psychologischer Sicht, FamPra.ch 2003, 22, 24), vor allem ein persönliches Mitwirkungsrecht des Kindes, welches diesem einen besonderen Anspruch auf rechtliches Gehör verleiht (BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 5).



Begründet wird der Einbezug des Kindes damit, dass es vom Verfahren direkt betroffen bzw. unmittelbar berührt und seine Persönlichkeit ernst zu nehmen sei (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 7; BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 8). Dem Kind soll gezeigt werden, dass seine Wünsche und Bedürfnisse wahrgenommen und in die Entscheidung mit einfließen werden (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 12).

Die Pflicht zur Anhörung gilt als generelle Maxime und ist grundsätzlich zwingend (BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 5, 7). Sie darf weder unterbleiben, wenn sie nach Auffassung des Gerichts keinen entscheidenden Einfluss auf den Ausgang des Verfahren erwarten lässt (BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 8; Steck, Die Kinderbelange in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, FamPra.ch 2010, 800, 805), noch, wenn eine Kindesvertretung eingesetzt wurde (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 17; BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 13). Eine Kindesanhörung hat selbst dann zu erfolgen, wenn Kinderbelange 'nur' in einem vorsorglichen Massnahmeverfahren betroffen sind (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 27). Im anschliessenden Hauptverfahren ist dann unter Umständen ein zweites Gespräch vorzunehmen, namentlich, wenn inzwischen viel Zeit verstrichen ist (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 27). Dabei ist unbestritten, dass eine Anhörung nicht vor einem Richterkollegium, sondern durch eine Einzelperson, allenfalls mit Beizug eines Gerichtsschreibers, zu erfolgen hat (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 16; BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 20). Nach überwiegender Meinung, der mit Blick auf die in Kinderbelangen geltenden Officialmaxime beizupflichten ist, ist für eine Kindesanhörung sodann nicht einmal ein Antrag nötig (BernerKomm ZPO/Spycher, Art. 209 ZPO, N 10; Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 9; BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 7; FamKomm Scheidung/Schweighauser, Anh. ZPO, Art. 298 ZPO, N 9).

3. Auf eine Kindesanhörung kann nur in Ausnahmefällen verzichtet werden, nämlich erstens, wenn das Kind noch zu jung ist und zweitens, wenn andere wichtige Gründe gegen eine Anhörung sprechen.



Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt die Altersgrenze (für eine Anhörung) bei sechs Jahren (BGE 131 III 553, E. 1.2; Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 29; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 11.256). Ab diesem Alter sind grundsätzlich sämtliche Kinder anzuhören.

Wegleitend für die sonstigen wichtigen Gründe ist das Kindeswohl (BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 14). Solche werden zum Beispiel in einer strikten Weigerung des Kindes, einer sichtlich grossen Belastung oder seiner gesundheitlichen Situation gesehen (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 11.257). Der wichtige Grund hat also in der Person des Kindes zu liegen (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 31). Die Anhörung muss dem Kind nach den gesamten Umständen zumutbar sein, d.h. keine Gefährdung für seine physische oder psychische Gesundheit bedeuten (BaslerKomm ZPO/Steck, Art. 298 ZPO, N 16). Unnötige Belastungen durch wiederholte Anhörungen sind zu vermeiden (BGE 133 III 553, E. 4; Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 31). Vor einer erneuten Befragung sind demnach der erhoffte Gewinn durch neue Erkenntnisse und die Belastung des Kindes sorgfältig gegeneinander abzuwägen (BGE 133 III 553, E. 4; Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 298 ZPO, N 27).

4. Hier sprechen weder das Alter des Kindes noch andere wichtige Gründe gegen eine Kindesanhörung. Die Anhörung vor der KESB (...) geschah zudem bereits (...), als K erst zwei Tage bei der Pflegefamilie weilte. Inzwischen hat er sich eingelebt und es ist geraume Zeit verstrichen. Die damalige Anhörung war also bereits zum Verfügungszeitpunkt der (Vorinstanz) nicht mehr aktuell.

Die Kindesanhörung gehört zum verfahrensrechtlichen Mindeststandard (BGE 131 III 409, E. 4.4.3). Die Unterlassung stellt eine formelle Rechtsverweigerung dar; sie verletzt den Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör, auch wenn es nicht als Partei am Verfahren beteiligt, sondern als Person davon betroffen ist. Die formelle Natur des Anspruchs bewirkt grundsätzlich, dass eine Verfügung, in der dieser missachtet wurde, aufgehoben werden muss. Die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs wäre nur ein unvollkommener Ersatz. Wohl ist es möglich, eine Kindesanhörung im



Rechtsmittelverfahren nachzuholen, wenn sie wegen zeitlicher Dringlichkeit unterblieb (BGE 131 III 413, E. 4.4.2; BGer 5C.149/2006, E. 1.3). Hier erschiene das aber als wenig sachgerecht, weil K im Hauptverfahren ohnehin anzuhören ist, damit die (Vorinstanz) einen persönlichen Eindruck (von ihm) gewinnen und er sich ins Verfahren einbringen kann. Eine mehrfache Anhörung durch verschiedene Personen (...) soll K aber möglichst erspart bleiben.

Es liegt ein schwerwiegender Verfahrensmangel vor und der Sachverhalt erscheint zugleich in wesentlichen Teilen als unvollständig (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Schweighauser, ZPO Komm., Art. 318 ZPO, N 35, 37). Der angefochtene Entscheid wird somit aufgehoben und die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.