

Art. 308 ZGB, Beistandschaft. *Auch nach Aufhebung von Art. 309 ZGB ist dem Kind einer unverheirateten Mutter ein Beistand zu bestellen, wenn es die Interessen des Kindes erfordern - hier die Suche nach dem bisher unbekanntem Vater.*

Die Mutter gibt den Behörden keinen Vater ihres Kindes bekannt. Sie wehrt sich aber auch gegen die Beistandschaft, die sie als für eine unverheiratete Mutter diskriminierend und als Einmischung in ihr Intimleben empfindet.

(Erwägungen des Obergerichts:)

1.1 Für den am 3. Juni 2012 als Sohn von J. A. geborenen Kevin¹ A. errichtete die Vormundschaftsbehörde (die Vorläuferin der heutigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde) Zürich am 4. Dezember 2012 eine Beistandschaft. Sie ernannte Heidi W. von der Elternberatungsstelle zur Beiständin und erteilte ihr den Auftrag, das Kind bei der Wahrung seiner Interessen gegenüber dem Vater zu vertreten und nötigenfalls die Klage auf Feststellung der Vaterschaft und auf Unterhaltszahlungen einzuleiten. J. A. focht das beim Bezirksrat an und bringt nun den abweisenden Entscheid vor das Obergericht.

1.2 Der Hintergrund des Disputes und die massgebenden Verhältnisse präsentieren sich, im Wesentlichen nach den Angaben von J. A. und den von ihr eingelegten Unterlagen wie folgt:

J. A. stammt aus einer wohlhabenden Familie, hat entsprechende Anwartschaften und verfügt auch selber über Vermögen in unbekannter Höhe. Offenbar lebte sie zu einem früheren Zeitpunkt mit Luca Q. zusammen (sie seien "kein Paar mehr und beide Single", mit welchem sie zwei Töchter hat, L., geboren 2007, und M. geboren 2009. J. A. war früher berufstätig, ursprünglich zu 100%, dann zu 60%, hat aber diese Tätigkeit zugunsten der Familie aufgegeben. Sie lebt mit ihren drei Kindern in einer geräumigen Wohnung in der Zürcher Altstadt. Wer der Vater von Kevin ist, gibt seine Mutter nicht preis, wobei bei ihren entsprechenden Äusserungen nicht immer klar ist, ob sie es nicht sagen kann oder nicht sagen will. Kevin ist offenbar ein gesunder kleiner Junge, dem es nach einem

¹ Name geändert

kurzen kinderärztlichen Attest, den punktuellen Feststellungen der Behörde bei der mündlichen Anhörung und den schriftlichen Äusserungen einerseits Luca Q.s als auch einer Freundin der Mutter, Myriam ..., an nichts fehlt. Im besonderen erklärt Luca Q., dass er Kevin wie sein leibliches Kind liebe, dass er im Rahmen seiner nicht bescheidenen Möglichkeiten auch finanziell für ihn Sorge, und dass er ihn "in einer allfälligen Erbplanung" wie seine Töchter behandeln wolle.

2. Der Entscheid des Bezirksrates ging dem Vertreter der Mutter Kevins am 10. Juni 2013 zu; die am 10. Juli 2013 zur Post gegebene Beschwerde wahrt die Frist von Art. 450b Abs. 1 ZGB, welche auch für den kantonalen Weiterzug analog gilt.

Die Akten der Vormundschafts- resp. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und die des Bezirksrates wurden beigezogen.

Ein Kostenvorschuss war nicht zu erheben (§ 60 Abs. 1 in Verbindung mit § 73 EG KESR).

Der Antrag, es sei der aufschiebende Wirkung zu erteilen, war angesichts von Art. 450c ZGB obsolet.

3. Vormundschaftsbehörde und Bezirksrat stützen die Errichtung der Beistandschaft auf Art. 309 ZGB, welcher mit einem gewissen Schematismus die Verbeiständung eines (jeden) ausserehelich geborenen Kindes vorsieht. Die Mutter erachtet eine Beistandschaft als unnötig, im Lichte der neuen Gesetzgebung als nicht angebracht und überdies für sie nicht zumutbar.

3.1 Der Bezirksrat weist an sich mit Recht darauf hin, dass Art. 309 ZGB zur Zeit noch in Kraft steht. Es steht den Behörden und Gerichten nicht zu, geltendes Recht zu missachten, auch wenn es als nicht mehr zeitgemäss betrachtet wird. Allerdings heisst das nicht, dass eine Bestimmung gleichsam sklavisch angewendet werden müsste. Insbesondere kann sich aus dem allgemeinen Grundsatz der Verhältnismässigkeit allen staatlichen Handelns ergeben, dass eine Anordnung ohne jeden Zweifel sinn- und zwecklos wäre - dann ist nicht diese Anordnung geboten, sondern im Gegenteil der Verzicht auf sie. Das kann man hier

herleiten aus dem System des Gesetzes, welches in Abs. 3 die Möglichkeit der Aufhebung der Beistandschaft vorsieht, wenn innert zweier Jahre die Vaterschaftsklage nicht angehoben worden ist (insbesondere, wenn keine Aussicht besteht, einen potentiellen Beklagten ausfindig zu machen). Der ebenfalls universelle Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben kann sodann ergeben, dass die mit einer Anordnung verbundene Belastung einer Person so unverhältnismässig grösser wäre als der (vielleicht noch höchst unsichere) Nutzen für eine andere, dass auch das den Verzicht auf die Anordnung nahe legt und rechtfertigt.

Das Parlament hat am 21. Juni 2013 unter dem Titel "Elterliche Sorge" das ZGB geändert und dabei namentlich den Art. 309 aufgehoben. Die Änderung wurde am 2. Juli 2013 veröffentlicht, und die Referendumsfrist wird am 10. Oktober 2013 aller Wahrscheinlichkeit nach ungenutzt ablaufen. Der Bundesrat hatte in der Botschaft ausgeführt, das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht setze darauf, nur noch wirklich nötige Massnahmen anzuordnen, und der Umstand, dass eine unverheiratete Frau ein Kind gebäre, indiziere nicht per se eine Gefährdung dieses Kindes (BBI 2011, 9095). Ursprünglich war geplant gewesen, Art. 309 ZGB so zu ändern, dass eine Beistandschaft nur auf Verlangen der Mutter errichtet werde; zu Recht kritisierte das BSK ZGB II-Breitschmid (4. Aufl. 2010) Art. 309 N. 4, da es um die *Interessen des Kindes* geht, und nicht - oder nur ausnahmsweise - um diejenigen der Mutter. So wird in Art. 308 ZGB auch der Abs. 1 unverändert bleiben ("Erfordern es die Verhältnisse, ernennt die Kindesschutzbehörde dem Kind einen Beistand, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt."), und Abs. 2 lautet neu: "Sie kann dem Beistand besondere Befugnisse übertragen, namentlich ... die Vertretung des Kindes bei der Feststellung der Vaterschaft, bei der Wahrung seines Unterhaltsanspruches und anderer Rechte". Nach wie vor ist also ein Beistand zu ernennen, wenn es die Interessen des Kindes (nicht nur, aber durchaus auch:) einer nicht verheirateten Mutter erfordern.

Daraus ergibt sich, dass der in der Berufung herausgestrichene Gegensatz von geltendem und kommandem Recht so nicht besteht oder praktisch unbedeu-

tend ist. Es kommt darauf an, ob die wohl verstandenen Interessen von Kevin A. die Errichtung einer Beistandschaft verlangen.

3.2 Üblicherweise stehen finanzielle Aspekte im Vordergrund: ohne bekannten Vater keine Vereinbarung oder kein Urteil auf Unterhalt, ohne einen solchen Titel keine Bevorschussung der Alimente. J. A. verweist darauf, dass Kevin diesbezüglich nicht schutzbedürftig sei: sie selbst sei wohlhabend genug, um ihn zu unterhalten, von ihren Eltern habe sie ein respektables Erbe zu erwarten, und auch der Vater ihrer Töchter beteilige sich an der Finanzierung von Kevins Unterhalt. Das mag sein (auch wenn konkrete Zahlen nicht offen gelegt werden), und es ist für Kevin erfreulich. Allerdings: der Vater der Töchter von J. A. scheint sich zur Zeit sehr (persönlich und finanziell) um die ganze Familie zu kümmern. Das ist freilich eine un-gesicherte Sicherheit. Eine bindende Verpflichtung zum Unterstützen Kevins hat der Partner nicht abgegeben. Wie er Kevin "in einer allfälligen Erbplanung" wie seine Töchter behandeln will, bleibt vage. Auch ist unbekannt, wie sich die Mittel von J. A. und ihren Eltern zusammensetzen. Die Literatur ist zu Recht zurückhaltend mit der Annahme, dass bei ausserordentlich günstigen Verhältnissen, welche vorliegend aufgrund der Akten jedenfalls im heutigen Zeitpunkt (noch) nicht gesichert sind, eine formelle Regelung des Unterhalts entbehrlich sei (Breitschmid a.a.O. N. 8). Immerhin kann das Kind falls erforderlich bis zum Abschluss seiner Ausbildung (Art. 277 ZGB) noch auf Unterhalt klagen, und unter diesem Aspekt mag man in Verhältnissen wie sie hier J. A. schildert auf eine formelle Regelung mit dem Vater verzichten - allerdings eben nur, wenn der Vater als der potentiell später zu Belangende bekannt ist, und daran fehlt es im Fall von Kevin gerade. Die Ermittlung der Vaterschaft liegt demnach im wohl verstandenen Interesse Kevins.

3.3 Es kommt hinzu, worauf ebenfalls schon der Bezirksrat hingewiesen hat, dass Kevin um seiner selbst willen das Recht hat, seinen leiblichen Vater zu kennen. Seine Mutter hat die bestimmte Pflicht, ihn früher oder später darüber aufzuklären, dass der Vater seiner Schwestern nicht sein leiblicher Vater ist. Dann wird er fragen, wer es denn sonst sei. Ob er mit ihm in Kontakt treten will, wie eng er die Beziehung gestalten will, wird ihm zu überlassen sein, so bald er alt genug

ist, sich darüber eine Meinung zu bilden. Die Entscheidung kann er aber nur treffen, wenn sie ihm überhaupt möglich ist, und das setzt das Wissen über die Person des Vaters voraus.

3.4 J. A. wehrt sich gegen die Beistandschaft, weil diese Anordnung für sie eine grosse Belastung darstellen würde, massiv in ihre Privatsphäre eingriffe und eine Desavouierung ihrer Person und ihres Lebensstils bedeutete. Damit setzt die Mutter freilich ihre Annehmlichkeit vor das Wohl ihres Kindes. Die Umstände der Zeugung gehen zunächst niemanden etwas an, auch keine Behörde und kein Gericht. Wenn die Kenntnis der näheren Umstände dazu führen könnte, dass Kevin seinen Vater kennen darf, muss die Mutter das aber hinnehmen, auch wenn es für sie unangenehm sein mag.

Auch unter diesem Aspekt bleibt die Errichtung der Beistandschaft geboten.

3.5 Die Frage nach der Beistandschaft entscheidet sich also daran, ob der Erfolg, das Ausfindig-Machen von Kevins Vater, praktisch völlig ausgeschlossen ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass J. A. sich im Verfahren unterschiedlich äusserte:

Der Vormundschaftsbehörde gegenüber sagte sie einerseits, sie wisse nicht, wer der Vater sei und *könne* keine Informationen über ihn ausfindig machen. Andererseits erklärte sie, sie *wolle* keine Angaben machen, wann wo und wie sie den Mann damals getroffen habe, das sei ihre private Angelegenheit. Später schrieb sie, der Vater sei nicht bekannt, und sie werde dazu "keine weiteren Ausführungen geben"; Fragen, die in die Intimität einer Person gehen, seien nicht angebracht. Die Bemühungen der Behörde empfand sie als "feindselig". In der persönlichen Anhörung vermerkte sie auf dem Protokoll: "Ich sehe keine Anhaltspunkte, wie man die Vaterschaft feststellen könnte". In der Zusammenfassung durch die Behörde erscheint wieder das Nebeneinander von "keine Angaben machen zu können" und "nicht bereit, nähere Angaben über ihre damaligen Lebensumstände zu machen" (VB-act. 9). Dem Bezirksrat liess sie - nunmehr durch ihren Anwalt - mitteilen, sie *könne* keine Angaben machen, und daher werde die Zusammenar-

beit mit der Beiständin erfolglos bleiben. Im Wesentlichen kopierte der Anwalt diese Argumente dann auch für die Berufung an die Kammer.

Es steht demnach keineswegs fest, dass J. A. keine Angaben dazu machen *kann*, wo und wie sie den Vater Kevins getroffen hat, vielmehr scheint deutlich, dass sie es nicht *will*. Wie bereits ausgeführt, handelt sie damit dem Interesse ihres Kindes zuwider, auch wenn sie durch ihren Anwalt das Gegenteil beteuern lässt mit der Behauptung, die Errichtung der Beistandschaft würde ihr Familienleben stören und das Wohl Kevins gefährden. Es geht darum, dass J. A. erkennen kann, dass ihre Annehmlichkeit des Sich-nicht-Erinnerns letztlich die Persönlichkeit ihres Kindes tangiert. Es geht darum, aufgrund der heute wohl noch recht zuverlässig einzugrenzenden Empfängniszeit den Kontakt zum Vater Kevins zu rekonstruieren. Wie das gehen könnte, ist heute Spekulation. Nur beispielhaft liesse sich aber denken, dass J. A. bestimmte Orte wie ein Restaurant oder einen Club wieder aufsuchte, und dass der Vater - auch wenn es vielleicht Zufall wäre - dort auftauchte. Oder dass damals ein Bekannter oder eine Bekannte beim Kennenlernen zugegen war und noch einen Hinweis geben könnte.

Angesichts der widersprüchlichen Signale der Mutter bleibt es mindestens möglich, dass der Vater gefunden werden könnte, wenn sie nur wollte. Auch wenn dafür nur eine Möglichkeit und keine Sicherheit, vielleicht nicht einmal eine Wahrscheinlichkeit besteht, ist die Errichtung der Beistandschaft im Interesse des Kindes geboten. Die Berufung ist daher abzuweisen, und die Errichtung der Beistandschaft ist zu bestätigen.

4. Die unterliegende Berufungsklägerin trägt die Kosten (Art. 106 ZPO).

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 5. August 2013
Geschäfts-Nr.: PQ130023-O/U

BGer 5A_645/2013 vom 6. Dezember 2013
weist eine dagegen erhobene Beschwerde ab