

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A_232/2016

Urteil vom 6. Juni 2016

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte
E.A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Simon Lichtensteiger,
Beschwerdeführer,

gegen

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Weinfelden.

Gegenstand
Bestellung des Kinderanwalts,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 10. Februar 2016.

Sachverhalt:

A.
A.A. _____ und B.A. _____ haben die gemeinsamen Kinder C.A. _____ (geb. 1999),
D.A. _____ (geboren 2001) und E.A. _____ (geboren 2004). Bei der Scheidung im September
2010 wurde die elterliche Sorge über die Kinder der Mutter zugeteilt.

B.
Im Oktober 2013 entzog die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Weinfelden (KESB) der Mutter
das Obhutsrecht über die Kinder und platzierte diese in Pflegefamilien, wobei sie seit September
2014 alle drei in der gleichen Pflegefamilie untergebracht sind. Das Besuchsrecht des Vaters wurde
einstweilen sistiert und die KESB erteilte den Eltern auch Weisungen. Weiter errichtete die KESB
eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 ZGB, unter gleichzeitiger Weiterführung der Beistandschaft
nach Art. 308 Abs. 2 ZGB, und ordnete gestützt auf Art. 314a bis Abs. 1 ZGB eine Kindesvertretung
an, unter Beauftragung von Rechtsanwalt F. _____ mit der Vertretung der Kinder für das laufende
und nachfolgende Verfahren betreffend Obhutsentzug.
Von November 2013 bis Mai 2014 führte der Kinder- und Jugendpsychiatrische Dienst (KJPD) eine
multisystemische Therapie mit dem Ziel durch, die Beziehung zwischen der Mutter und den Kindern
zu verbessern und diese möglichst schnell in deren Obhut zurückzuführen sowie die
Erziehungskompetenzen beider Elternteile zu verbessern; die Therapie wurde vorzeitig abgebrochen,
weil eine Rückführung der Kinder zur Mutter nicht möglich war.
Mit Eingabe vom 27. Januar 2015 beantragte Rechtsanwalt F. _____, die Kindesvertretung sei
aufzuheben und er aus dem Amt zu entlassen, weil die Kinder nun definitiv in der Pflegefamilie
G. _____ untergebracht seien und sich die Situation gemäss Einschätzung des Beistandes
entspannt habe, so dass auch aus seiner Sicht keine weiteren Massnahmen notwendig seien.
Auf Antrag des Beistandes entzog die KESB dem Vater am 19. Februar 2015 superprovisorisch das
Besuchsrecht. Nach Anhörung der Eltern installierte sie am 11. März 2015 im Sinn einer
vorsorglichen Massnahme ein begleitetes Besuchsrecht.
Im April 2015 wurde die Tochter aufgrund einer schweren depressiven Episode mit akuter Suizidalität
für zwei Wochen fürsorgerisch untergebracht.

Am 11. Juni 2015 beauftragte die KESB den KJPD Münsterlingen, das Befinden der drei Kinder sowie die Erziehungsfähigkeit der Eltern abzuklären und Fragen zum persönlichen Verkehr zu beantworten; das Gutachten wurde am 29. Oktober 2015 erstattet.

Am 1. Oktober 2015 hob die KESB die Kindesvertretung auf und entliess Rechtsanwalt F. _____ aus dem Amt.

Mit Schreiben vom 23. November 2015 teilte der jüngste Sohn E.A. _____ der KESB mit, dass er bei seinem Vater wohnen möchte. Er wolle nicht mehr bei der Pflegefamilie G. _____ bleiben und hätte gerne einen Rechtsvertreter, der anders als Rechtsanwalt F. _____ auf ihn höre.

Mit Schreiben vom 4. Dezember 2015 informierte Rechtsanwalt Simon Lichtensteiger die KESB, dass E.A. _____ ihn mit der Wahrung seiner Interessen beauftragt habe; gleichzeitig ersuchte er um Akteneinsicht.

Mit Entscheid vom 17. Dezember 2015 wies die KESB das Gesuch von E.A. _____ um Anordnung einer Kindesvertretung und das Gesuch von Rechtsanwalt Simon Lichtensteiger um Akteneinsicht ab.

Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Obergericht des Kantons Thurgau mit Entscheid vom 10. Februar 2016 ab.

C.

Gegen diesen Entscheid hat Rechtsanwalt Simon Lichtensteiger für E.A. _____ am 24. März 2016 eine Beschwerde erhoben mit den Begehren um Anordnung einer Kindesvertretung, um Einsetzung seiner Person als Kindesvertreter und um unentgeltliche Rechtspflege. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt, aber die kantonalen Akten beigezogen.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist der kantonal letztinstanzliche Entscheid über die Anordnung einer Kindesvertretung auf dem Gebiet des Kinderschutzes; dagegen steht die Beschwerde in Zivilsachen grundsätzlich offen (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 6, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG).

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist Rechtsanwalt Lichtensteiger nicht eingesetzter Kindesvertreter im Sinn von Art. 314a bis ZGB (Vertretungsbeistandschaft) und erbringt er auch nicht den Nachweis, dass er gewillkürter vertraglicher Vertreter wäre. Dies würde konsequenterweise bedeuten, dass auf die von ihm im Namen von E.A. _____ eingereichte Beschwerde mangels eines Vertretungsverhältnisses nicht einzutreten wäre. Indes ist die Vertretungsfrage gerade der Gegenstand der Beschwerde und hat auch das Obergericht zu allen Vorbringen in der kantonalen Beschwerde materiell Stellung genommen. Entsprechend rechtfertigt es sich, auch vorliegend in gleicher Weise zu verfahren.

2.

Rechtsanwalt Lichtensteiger macht geltend, E.A. _____ sei von der KESB nicht angehört worden. Analog zur Praxis bei klassischen Gehörsrügen (vgl. BGE 135 I 187 E. 2.2 S. 190; 137 I 195 E. 2.2 S. 197; Urteil 5A_1026/2015 vom 8. März 2016 E. 3) ist auch die Frage der mündlichen Anhörung angesichts der formellen Aspekte vorweg zu prüfen (vgl. AUER/MARTI, Basler Kommentar, N. 37 zu Art. 447 ZGB).

Das Kantonsgericht hat festgehalten, dass die KESB das Besuchsrecht zwischen Vater und Sohn mit Entscheid vom 11. März 2015 nur vorsorglich geregelt habe, weil sie für die definitive Regelung zuerst das Gutachten des KJPD Münsterlingen habe abwarten wollen. Dieses sei am 26. Oktober 2015 erstattet worden. Zu Recht warte die KESB aber mit der Anhörung zu, bis das vorliegende Beschwerdeverfahren betreffend Anordnung einer Kindesvertretung abgeschlossen sei, weil erst dann feststehe, ob den Kindern das rechtliche Gehör in Anwesenheit eines Rechtsvertreters zu gewähren sei.

Angesichts der obergerichtlichen Begründung fehlt es von der Sache her an einem tauglichen Beschwerdeobjekt: Gegenstand des vorliegend angefochtenen obergerichtlichen Entscheides ist der KESB-Entscheid vom 17. Dezember 2015. Im Zusammenhang mit der vorsorglichen Besuchsrechtsregelung, über welche die KESB am 11. März 2015 entschieden hat, könnte vorliegend keine fehlende Anhörung mehr gerügt werden; ohnehin hatte aber die KESB die Kinder diesbezüglich am 24. Februar 2015 in Einzelgesprächen angehört (vgl. Entscheid vom 11. März 2015 S. 1 Ziff. 6). Was sodann den noch zu fällenden definitiven Entscheid bezüglich des Besuchsrechts anbelangt, wird - entsprechend der Ankündigung der KESB im Entscheid vom 17. Dezember 2015 und der Feststellung im vorliegend angefochtenen Entscheid des Obergerichtes - eine Anhörung erst noch stattfinden. Es ist keine Rechtsverletzung ersichtlich, wenn die KESB damit zuwarten will, bis im Rahmen der Erledigung des vorliegenden Verfahrens betreffend Kindesvertretung

klar ist, ob E.A. _____ bei dieser Anhörung von einem Vertreter begleitet wird oder nicht. Soweit in der Beschwerde auf die Begründung der KESB im Entscheid vom 17. Dezember 2015 sowie das Schreiben der KESB an E.A. _____ vom 29. Februar 2016, wonach ihm und den Geschwistern in einem Gespräch die Möglichkeit zur Äusserung zu den zukünftig geplanten Massnahmen gegeben werde, hingewiesen und in diesem Zusammenhang behauptet wird, dies illustriere, dass die KESB die Kinder gar nicht anhören, sondern ihnen bereits geplante Massnahmen aufoktroyieren wolle, ist Folgendes festzuhalten: Wie gesagt ist das obergerichtliche Urteil und nicht der Entscheid der KESB das Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens (vgl. Art. 75 Abs. 1 BGG). Sodann wurde das Schreiben vom 29. Februar 2016 zeitlich nach dem obergerichtlichen Entscheid verfasst, weshalb es ein echtes Novum darstellt, welches nicht berücksichtigt werden kann (BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 344; 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123). Ohnehin aber dokumentieren die Entscheiderwägungen und das Schreiben der KESB nichts anderes als die Feststellung im vorliegend angefochtenen Urteil des Obergerichtes, wonach die KESB vor Erlass des Hauptentscheides in der Besuchsrechtsfrage bzw. generell im Zusammenhang mit weiteren Massnahmen die Kinder anhören will.

Eine Verletzung des Anhörungspflicht im Sinn von Art. 314a bis ZGB ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich. Keine weitergehenden Ansprüche ergeben sich ferner aus den als verletzt angerufenen Verfassungs- und Staatsvertragsbestimmungen.

3.

In der Sache selbst hat das Obergericht erwogen, die KESB habe die Kindesvertretung ursprünglich als notwendig erachtet und mit Entscheid vom 21. November 2013 angeordnet, unter Einsetzung von Rechtsanwalt F. _____. Mit Entscheid vom 1. Oktober 2015 habe sie diesen auf dessen eigene Anregung hin wiederum aus dem Amt entlassen. Dieser Entscheid sei allen drei Kindern - auch E.A. _____ - zugestellt worden und unangefochten in Rechtskraft erwachsen. E.A. _____ mache geltend, dass er bei seinem Gesuch am 23. November 2015 urteilsfähig gewesen sei. Würde dies zutreffen, so wäre er auch am 1. Oktober 2015 urteilsfähig gewesen. Es werde aber weder im Gesuch noch in der Beschwerde ausgeführt, inwiefern sich die Situation in den wenigen dazwischen liegenden Wochen derart verändert haben soll, dass nunmehr wieder eine Vertretung nötig wäre; solche Veränderungen seien denn auch nicht ersichtlich. Bereits aus diesem Grund sei sein Gesuch abzuweisen. Im Übrigen sei die vorgebrachte Begründung für die angebliche Notwendigkeit einer Kindesvertretung - in der Pflegefamilie würden 14 Kinder betreut, obwohl nur 8 Plätze bewilligt seien, und weder die Pflegekinder- und Heimaufsicht noch die KESB würden sich um den Missstand kümmern - unbegründet. Beide Behörden seien den Hinweisen nachgegangen und die Pflegekinder- und Heimaufsicht habe mit der Pflegefamilie auch ein Gespräch geführt und nochmals die Räumlichkeiten inspiziert. Es seien dabei keine negativen Beobachtungen gemacht worden. Die Bewilligung sei ursprünglich für 8 Plätze ausgestellt worden; für die zusätzliche Aufnahme von vier Geschwistern habe es eine temporäre Stellenaufstockung mit ausgewiesenen Fachleuten gegeben. Nach Weiterplatzierung der vier Geschwister sei zur Diskussion gestanden, ob die zusätzlichen Stellen wieder abgebaut oder ob eine Bewilligung für 14 Plätze eingeholt werden solle. Inzwischen verfüge die Pflegefamilie über 14 bewilligte Plätze. Ein Missstand sei somit nicht ersichtlich und daraus könne keine Notwendigkeit einer Kindesvertretung abgeleitet werden.

Zum ersten Punkt (veränderte Sachlage) wird in der Beschwerde vorgebracht, E.A. _____ sei urteilsfähig in Bezug auf die Wahl eines Vertreters, was aber nicht heisse, dass er die Bedeutung der Entlassung des früheren Vertreters habe abschätzen können, zumal er ja mit der Entlassung von Rechtsanwalt F. _____ einverstanden gewesen sei. Diese Ausführungen nehmen nicht auf die Entscheidungsbegründung Bezug und genügen somit den Begründungsanforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG nicht (vgl. BGE 140 III 115 E. 2 S. 116 m.w.H.). Die Kernerwägung des Obergerichtes ist, dass im Gesuch von E.A. _____ und jedenfalls in der anwaltlich verfassten Beschwerde darzutun gewesen wäre, inwiefern wenige Wochen nach Entlassung des Kindesvertreters eine erneute Vertretung geboten sei.

Was den zweiten Punkt (materielle Notwendigkeit einer Vertretung) anbelangt, wird einfach die Behauptung erneuert, in der Pflegefamilie seien 14 Kinder platziert, obwohl nur 8 Pflegeplätze bewilligt seien, und es würden Missstände herrschen; auch hier setzt sich die Beschwerde mit den obergerichtlichen Erwägungen nicht in der erforderlichen Weise auseinander.

4.

Subsidiär hat das Obergericht festgehalten, dass entgegen der Auffassung von E.A. _____ die Neuregelung des persönlichen Verkehrs nicht zwingend die Anordnung einer Kindesvertretung bedinge. Gemäss Art. 314a bis Abs. 2 ZGB habe diesbezüglich eine Prüfungspflicht bestanden und die KESB habe diese pflichtgemäss wahrgenommen (die Erwägungen der KESB gingen dahin, dass

aufgrund des inzwischen vorliegenden Gutachtens des KJPD Münsterlingen eine weitere Fremdplatzierung der Kinder unabdingbar sei und die von E.A._____ gewünschte Unterbringung beim Vater mit dem Kindeswohl nicht zu vereinbaren wäre, weshalb voraussichtlich lediglich noch das Besuchsrecht definitiv zu regeln und hierfür keine Vertretung notwendig sei). Es sind nach dem Obergericht keine Anhaltspunkte vorhanden, aus denen die Notwendigkeit einer erneuten Vertretung zu folgern wäre, zumal E.A._____ auch einen Beistand habe, welcher seine Interessen wahrnehme.

Sowohl Art. 314a bis Abs. 1 ZGB als auch Art. 299 Abs. 1 ZPO halten fest, dass das Gericht wenn nötigeine Vertretung des Kindes anordnet. Selbst in den Fällen von Art. 314a bis Abs. 2 ZGB bzw. Art. 299 Abs. 2 ZPO hat das Gericht weder automatisch einen Kindesvertreter zu bezeichnen noch ist es verpflichtet, hierüber eine formelle Entscheidung zu treffen; vielmehr handelt es sich um eine Möglichkeit, die im Ermessen des Gerichtes liegt (Urteile 5A_465/2012 vom 18. September 2012 E. 4.1.2; 5A_744/2013 vom 31. Januar 2014 E. 3.2.3; 5A_976/2014 vom 30. Juli 2015 E. 2.5.2.3; 5A_400/2015 vom 25. Februar 2016 E. 2.3). Im Unterschied zu Art. 299 Abs. 3 ZPO besteht im Anwendungsbereich von Art. 314a bis ZGB auch dort kein Zwang zur Anordnung einer Kindesvertretung, wo ein urteilsfähiges Kind die Vertretung verlangt. Das Parlament hat einen im Nationalrat gestellten Minderheitsantrag auf Einfügung eines Abs. 2bis, wonach auf Antrag des urteilsfähigen Kindes die Vertretung anzuordnen sei (AB 2008 N 1541), sowie einen Einzelantrag auf eine verbindlichere Formulierung, wonach die Vertretung "in der Regel" anzuordnen sei (AB 2008 N 1541), nach eingehender Beratung abgelehnt (AB 2008 N 1543) und der im Ständerat eingebrachten Formulierung von

Art. 314a bis ZGB (AB 2007 S 842) zugestimmt. Nach dem expliziten Willen des Parlaments bleibt es mithin im Anwendungsbereich von Art. 314a bis ZGB bei der Generalklausel, so dass die KESB nach pflichtgemäsem Ermessen über die Kindesvertretung zu entscheiden hat, sei es auf Antrag oder von Amtes wegen (BIDERBOST, Handkommentar zum schweizerischen Privatrecht, N. 2 zu Art. 314a bis ZGB). Der Hinweis in der Beschwerde auf Art. 299 Abs. 3 ZPO geht mithin ebenso an der Sache vorbei wie das Vorbringen, ohne Vertretung mangle es an einer wirksamen Beschwerde im Sinn von Art. 13 EMRK; gleiches gilt für den in keinem Konnex mit der vorliegenden Frage stehenden Hinweis auf die politische Aufarbeitung der "Verdingkinder".

Soweit Rechtsanwalt Lichtensteiger geltend macht, er sei gar nicht als Kindesvertreter im Sinn von Art. 314a bis ZGB (Vertretungsbeistandschaft) aufgetreten, sondern als gewillkürter vertraglicher Vertreter von E.A._____, ist Folgendes festzuhalten: Als Verfahrensrecht anwendbar sind vorliegend die Regeln der Zivilprozessordnung (Art. 314 Abs. 1 und Art. 450f ZGB i.V.m. § 42 Abs. 1 EGZGB/TG). Somit setzt die vertragliche Mandatierung eines Rechtsanwaltes grundsätzlich Prozessfähigkeit voraus (Art. 68 Abs. 1 ZPO) und diese ihrerseits die zivilrechtliche Handlungsfähigkeit im Sinn von Art. 13 ZGB (vgl. Art. 67 Abs. 1 ZPO), d.h. die Urteilsfähigkeit und die Volljährigkeit des Mandanten, welche gemäss Art. 14 ZGB mit dem zurückgelegten 18. Altersjahr eintritt. Es ist zwar denkbar, dass ein urteilsfähiges Kind im Zusammenhang mit höchstpersönlichen Rechten im Sinn Art. 19c ZGB vertraglich einen Anwalt mandatiert (vgl. z.B. BGE 120 Ia 369 E. 1 S. 371). Soweit aber der Gesetzgeber die Kindesvertretung spezialgesetzlich geregelt hat (Art. 314a bis ZGB und Art. 299 ZPO sowie ferner Art. 9 Abs. 3 BG-KKE), stellt die vertragliche Vertretung (anstelle oder neben der gesetzlichen Kindesvertretung) den Ausnahmefall dar (vgl. zur Publ.

bestimmtes Urteil 5A_52/2015 vom 17. Dezember 2015 E. 5.2.4). Rechtsanwalt Lichtensteiger müsste deshalb aufzeigen, inwiefern es vorliegend um die Wahrung von Rechten im Sinn von Art. 19c ZGB ginge, welche über das Institut der gesetzlichen Vertretung hinaus eine vertragliche Mandatierung möglich und im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege erforderlich machen würde. Insofern kann die - von der KESB verneinte und vom Obergericht offen gelassene - Frage der Urteilsfähigkeit von E.A._____ weiterhin offen bleiben.

5.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen sind die weiteren Rügen gegenstandslos. Dabei geht es zum einen um die Rüge von Rechtsanwalt Lichtensteiger, die KESB habe ihm im Entscheid vom 17. Dezember 2015 die Akteneinsicht verweigert mit der Begründung, er sei nicht gültiger Vertreter von E.A._____. Weil dies nach dem Gesagten zutrifft, stösst die Rüge ins Leere. Im Übrigen könnte ohnehin nicht der Entscheid der KESB, sondern einzig derjenige des Obergerichtes das Anfechtungsobjekt des bundesgerichtlichen Verfahrens bilden (vgl. Art. 75 Abs. 1 BGG). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die KESB mit Schreiben vom 7. Dezember 2015 vorab informell auf das am 4. Dezember 2015 gestellte Akteneinsichtsgesuch von Rechtsanwalt Lichtensteiger reagiert und festgehalten hat, die Akten würden sich beim Obergericht befinden. Dass Rechtsanwalt Lichtensteiger beim Obergericht Einsicht verlangt hätte und diese verweigert worden wäre, wird weder aufgezeigt noch überhaupt geltend gemacht. Auch aus diesem Grund wäre auf die Rüge, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK seien verletzt, nicht einzutreten.

Zum anderen geht es um die Subeventualerwägung des Obergerichtes, wenn schon wäre naheliegend, wiederum Rechtsanwalt F. _____ als Kindesvertreter einzusetzen, welcher die konkreten Verhältnisse kenne und auf solche Fälle spezialisiert sei, während die Einsetzung von Rechtsanwalt Lichtensteiger von vornherein nicht in Frage kommen könnte, weil er zuerst vom Vater von E.A. _____ angefragt worden sei und E.A. _____ mit der Suche nach einem Anwalt vorab dem Wunsch des Vaters entsprochen habe, wie seinen Aussagen gegenüber den Ärzten anlässlich der kinderpsychiatrischen Begutachtung entnommen werden könne. Die hiergegen vorgebrachte Rüge (das Gegenteil treffe zu und im Übrigen bestehe ein freies Wahlrecht des Kindes in Bezug auf die Person des Vertreters) ist nach dem Gesagten gegenstandslos und sie wäre im Übrigen auch inhaltlich unzutreffend. Zwar können Wünsche des Kindes in Analogie zu Art. 401 Abs. 1 ZGB nach Möglichkeit berücksichtigt werden (BIDERBOST, a.a.O., N. 4 zu Art. 314a bis ZGB). Indes geht es bei der Vertretungsbeistandschaft nicht um eine vertragliche Mandatierung, sondern um eine behördliche Einsetzung, bei welcher zum einen das Gesetz fachliche Voraussetzungen an den Vertreter stellt und zum anderen auch allfällige Interessenkollision im Dreiecksverhältnis Eltern-Kind-Vertreter zu berücksichtigen sind (vgl. BIDERBOST, a.a.O., N. 4 zu Art. 314a bis ZGB).

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, muss sie als von Anfang an aussichtslos betrachtet werden, weshalb es an den materiellen Voraussetzungen für die verlangte unentgeltliche Rechtspflege fehlt (Art. 64 Abs. 1 BGG). Es rechtfertigt sich aber, auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten (Art. 66 Abs. 1 BGG), wie dies bereits das Obergericht getan hat.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, der KESB Weinfelden und dem Obergericht des Kantons Thurgau schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. Juni 2016

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli