

Ausgewählte Entscheid im Kindesrecht und Kindes- und Erwachsenenschutz- recht 2021/2022 Ein Anhaltspunkt für die Praxis?



Prof. Dr. iur. Margot Michel

Lehrstuhl für Privatrecht, Rechtsvergleichung, Tierschutzrecht und Rechtsphilosophie, Universität Zürich

Prof. Dr. Margot Michel ist Inhaberin des Lehrstuhls für Privatrecht, Rechtsvergleichung, Tierschutzrecht und Rechtsphilosophie an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Sie hat im Schnittbereich von Kinderschutzrecht und Medizinrecht doktriniert und Erfahrungen im Rechtsdienst einer kantonalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gesammelt. 2013 folgte sie einem Ruf der Universität Bern und wechselte anschliessend an die Universität Zürich. Ihre Forschungs- und Publikationsschwerpunkte liegen unter anderem in den Gebieten des Familienrechts, des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts und des Medizinrechts.



Ausgewählte Entscheide im Kindesrecht und Kindes- und Erwachsenenschutzrecht 2021/2022 ein AnHaltsPunkt für die Praxis?

10. Luzerner Tagung zum Kindes- und Erwachsenenenschutz

Prof. Dr. iur. Margot Michel

Lehrstuhl für Privatrecht, Rechtsvergleichung, Tierschutzrecht und Rechtsphilosophie



BGer 5A_874/2020 (22.06.2021) – Wirksamkeit Vorsorgeauftrag

- Betagte Betroffene: Vorsorgeauftrag mit umfassender Sorge durch Tochter A; bei Ausführung des Vorsorgeauftrags durch A Konflikte mit Tochter B und Ehemann
- **KESB:** Wiederholte Gefährdungsmeldungen an die KESB; KESB verneinte zunächst Handlungsbedarf; prüfte die Angelegenheit ein paar Jahre später erneut und befand nun, die betroffene Person sei nicht urteilsfähig gewesen bei Errichtung; deshalb: Errichtung einer Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung und Entzug des Zugriffs auf alle Konti; Einsetzung eines Berufsbeistandes
- **Beschwerdeinstanz:** Vorsorgebeauftragte A legte gegen diesen Entscheid Beschwerde ein; Beschwerdeinstanz bejahte zwar Urteilsfähigkeit bei Errichtung des VA, verneinte jedoch dessen Wirksamkeit mangels Eignung der Beschwerdeführerin als vorsorgebeauftragte Person
- **BGer:** Beauftragte Person ist nicht einzusetzen, wenn dadurch die Interessen der betroffenen Person gefährdet werden; über die Eignung der beauftragten Person ist prognostisch aufgrund von objektiv feststellbaren Kriterien zu entscheiden; Gefährdung kann sich auch aus den Umständen ergeben; in dem Fall ist die fachliche und persönliche Eignung der Beauftragten alleine nicht ausreichend; Massstab der Beurteilung ist die Gefährdung der Interessen der auftraggebenden Person
-> Nichtvalidierung geschützt mangels Eignung der beauftragten Person



BGer 5A_615/2021 (7.12.2021) – Validierung Vorsorgeauftrag

- Betagte Betroffene: Demenzerkrankung; Vorsorgeauftrag mit umfassender Sorge durch Ehemann; Vorsorgeauftrag tritt bereits kurz nach Errichtung in Kraft; Ehemann beabsichtigt, die betroffene Person aus dem Heim wieder nach Hause zu holen
- **KESB:** setzt vorsorglich Vertretungsbeistandschaft für Bereich Wohnen ein; verweigert nach Abklärungen und Anhörung die Validierung des Vorsorgeauftrags und erweitert die Aufgaben der eingesetzten Vertretungsbeiständin (Finanzen, Administration, Gesundheit, Wohnen); Entzug Zugriff auf alle Konten (Ausnahme: Konto zur freien Verfügung); Ehemann legt gegen die Nichtvalidierung des Vorsorgeauftrags Beschwerde ein
- **BGer:** Bestätigung der Rechtsprechung von 5A_874/2020; Interessengefährdung bejaht und Nichtvalidierung bestätigt; Interessengefährdung lag hier darin, dass der Ehemann die betroffene Person entgegen den Rat des Heimes und der Spitex nach Hause nehmen wollte; dies entspreche seinen persönlichen Bedürfnissen und nicht den Bedürfnissen der betroffenen Person, die vorher zuhause zweimal notfallmässig hospitalisiert werden musste; auch Anhörung der betroffenen Person ergab Wunsch nach Verbleib im Heim (diesbezüglich Urteilsfähigkeit bejaht); Entzug der Vertretungskompetenz im Bereich Finanzen wurde mit der Saldierung zweier gemeinsamer Konti mit je 100'000.- begründet (Überweisung des Geldes auf ein nur auf den eigenen Namen lautendes Konto).



BGer 5A_546/2020 und 5A_547/2020 (21.06.2021) – kein gesetzliches Vertretungsrecht der Ehefrau

- Betagter Betroffener mit Demenzerkrankung; Zerwürfnis mit eigenen Kindern im Zusammenhang des Eingehens einer neuen Ehe Anfang 2019; Urteilsfähigkeit hinsichtlich administrativer und finanzieller Belange im Zeitpunkt der Eheschliessung strittig
- Gefährdungsmeldung und Eröffnung Erwachsenenschutzverfahren; im Mai 2019 Umzug zur Ehefrau
- **KESB**: ordnete Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung an ohne Einschränkung der Handlungsfähigkeit; Vormerkung, dass die Ehefrau kein gesetzliches Vertretungsrecht (ZGB 374) habe
- **1. Instanz** hob Entscheid der KESB auf, **2. Instanz** setzte Beistandschaft wieder ein und bestätigte das Nichtbestehen des gesetzlichen Vertretungsrechts; verpflichtete Beiständin, die Kinder über Gesundheit des Vaters und Kontakte mit Dritten zu orientieren
- **BGer**: Zivilgericht ist hinsichtlich Urteilsfähigkeit nicht an die Einschätzung des Zivilstandsamtes gebunden; sachliche Relativität der Urteilsfähigkeit bedeutet auch, dass Betroffener für Heirat urteilsfähig sein konnte, aber nicht für administrative und finanzielle Belange; Einholung eines Gutachtens für Errichtung Beistandschaft nicht zwingend; Verpflichtung zur Information über Gesundheitszustand und Kontakte verletzt Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Beistandschaft bestätigt, Informationsverpflichtung aufgehoben



BGer 5A_221/2021 (7.12.2021) – Vertretungsbeistandschaft auf Vorrat

- Ehe zwischen A und B (Betroffener); beide Ehegatten betagt, wohnen nicht zusammen; B leidet offenbar an Demenzerkrankung
- Wiederholte Gefährdungsmeldungen der Spitex; A möchte B nicht in einem Altersheim unterbringen
- **KESB:** Verfahrensbeistandschaft im Verfahren; schliesslich Errichtung Vertretungsbeistandschaft für Suche nach geeigneter Wohnform (und damit Einschränkung der Vertretungsbefugnis der Ehefrau nach ZGB 374); Begründung: Interessenkollision zwischen A und B, denn A ist nicht einverstanden damit, dass B in ein Heim ziehen würde
- **Beschwerde:** strittig, ob Vertretungsbeistandschaft «auf Vorrat» angeordnet infolge drohender Verwehrlosung in Verletzung der Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismässigkeit; 24-Stunden-Betreuung zu Hause würde genügen
- **BGer:** bestätigt Einsetzung einer Vertretungsbeistandschaft; keine Verletzung der Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismässigkeit: Ehegatten hätten genug Zeit gehabt, sich selbst um eine alternative Wohnmöglichkeit zu kümmern; Interessenkollision zwischen A und B bejaht, da B eine Betreuungslösung wünsche und A sich dem widersetze



BGer 5A_640/2021 (13.10.2021) – Gutachten bei FU-Beschwerde

- Entscheid ist zur Publikation vorgesehen
- Fürsorgerische Unterbringung eines 40jährigen Mannes mit psychischer Erkrankung; OGer BE verzichtete im Beschwerdeverfahren auf Einholung eines ärztlichen Gutachtens; Verweis auf bisherige «Berner Praxis», die auf die Einholung eines Gutachtens bei ärztlichen FUs verzichtet, da Beschwerdeinstanz ebenfalls über medizinisches Fachwissen verfüge (Fachrichter)
- **BGer:** bejahte virtuelles Rechtsschutzinteresse trotz zwischenzeitlicher Beendigung der FU; stellt klar, dass «Berner Praxis» nicht mit der Rsp. des BGer vereinbar ist; BGer verlangt in ständiger Rechtsprechung die Einholung eines Gutachtens im Beschwerdeverfahren der FU wegen psychischer Störung; dies gilt explizit auch für ärztliche FU; medizinischer Sachverstand (d.h. Fachrichter) in der Beschwerdeinstanz vermag die Anforderung an ein unabhängiges Gutachten nicht zu erfüllen, so bereits EGMR i.S. D.N. gegen die Schweiz vom 29. März 2001 (veröffentlicht in: Recueil CourEDH 2001-III 21 und VPB 65/ 2001 Nr. 122 S. 1311), der Auslöser der jetzigen Rsp. ist



BGer 5A_128/2021 (19.04.2021) – Anforderungen an das Gutachten bei FU-Beschwerde

- Betroffener mit schwerer Suchterkrankung; seit längerem fürsorglich untergebracht; Verlängerung FU bzw. Entlassungsgesuch
- **VGer:** holte kein Gutachten ein, das sich zur Alkoholabhängigkeit als psychische Störung i.S.v. ZGB 426 I äussert; erachtete FU auch wegen Gefahr der schweren Verwahrlosung als gerechtfertigt
- **BGer:** wiederholt Anforderungen an Gutachten bei Überprüfung einer FU wegen psychischer Störung (ZGB 450e III) durch Beschwerdeinstanz: Gutachten muss zum Gesundheitszustand und zu den Auswirkungen von gesundheitlichen Störungen hinsichtlich der Gefahr einer Selbst- oder Fremdgefährdung oder Verwahrlosung Auskunft geben; Frage des Behandlungs- und/oder Betreuungsbedarfs klären; bei Bejahung: Folgen des Unterbleibens der Behandlung/Betreuung konkret thematisieren; Unerlässlichkeit der Behandlung/Betreuung klären; Frage der glaubwürdigen Krankheitseinsicht behandeln; Frage, ob geeignete Einrichtung zur Verfügung steht beantworten



BGer 5A_128/2021 (19.04.2021) – Anforderungen an das Gutachten bei FU-Beschwerde, Fortsetzung

- **BGer:** Bei der Überprüfung der FU wegen psychischer Störung muss gestützt auf ein unabhängiges Gutachten entschieden werden (ZGB 450e III); Fachrichter erfüllen die Anforderungen an einen unabhängigen Sachverständigen nicht
- auf frühere Gutachten, namentlich der KESB, darf zwar abgestellt werden; wenn dies getan wird, muss der Gutachter aber darüber Auskunft geben, ob und inwiefern sich zwischenzeitlich Veränderungen zu vorherigen Gutachten ergeben haben; entscheidend ist Aktualität des Gutachtens
- es ist zulässig, das Gutachten mündlich an der Verhandlung zu erstatten, es muss aber jedenfalls mit Fragen und Antworten protokolliert werden
- ob das Gutachten den Anforderungen genügt, ist eine Rechtsfrage, die das BGer frei überprüft; hier Anforderungen an Gutachten nicht erfüllt; Ausführungen zur Gefahr der schweren Verwahrlosung genügten Anforderungen an eigenständige SV-Feststellung und Verhältnismässigkeit nicht; Rückweisung: neuer Entscheid nach Einholung eines Gutachtens



BGer 5A_1021/2021 (17.12.2021) – Zwangsernährung

- Betroffene junge Frau, schwerste Anorexie seit 11. Lebensjahr; mehrfache FU; Vertretungsbeistandschaft mit Aufgabe, für gesundheitliches Wohl und hinreichende medizinische Betreuung zu sorgen
- FU mit Ziel der Gewichtszunahme in Spital (Verlängerungen); dennoch weitere Gewichtsabnahme, Verweigerung der Behandlung; lebensbedrohlicher Zustand
- Anordnung der Zwangsernährung nach ZGB 434; dagegen legt Betroffene Beschwerde ein
- **BGer:** befasste sich mit Frage der Verhältnismässigkeit der Zwangsernährung; Zweifel in der Fachliteratur am Nutzen der Massnahme können für sich alleine noch keine Unverhältnismässigkeit begründen, da die Studienlage dünn ist; jedenfalls muss nicht zugewartet werden, bis akute Lebensgefahr eintritt, da Gesetz ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden genügen lässt; Patientin urteilsunfähig und nicht krankheitseinsichtig; Verhältnismässigkeit bejaht, weil grundsätzliche Lebensgefahr gegeben und Behandlungsgefahren mit entsprechenden Massnahmen minimiert werden sollten (Überwachung, zeitliche Begrenzung auf max. 12 Wochen, nur begrenzte, vorübergehende Fixierung im schlimmsten Fall; Urteilsunfähige müssen auch vor Selbstschädigung geschützt werden)



EGMR Entscheide Nr. 44101/18 (Plazzi c. Suisse, 08.02.2022) und 69444/17 (Roth c. Suisse, 08.02.2022) – Wegzug ins Ausland, aufschiebende Wirkung Beschwerde

- In beiden Fällen zogen Müttern mit den Kindern ins Ausland; KESB bewilligte den Wegzug ins Ausland nach ZGB 301a II lit. a und entzog der Beschwerde die aufschiebende Wirkung; in der Folge erklärten sich die schweizerischen Gerichte gegen die Beschwerde für nicht zuständig, da der Umzug ins Ausland bereits erfolgt war
- **BGer:** hatte anerkannt, dass der Beschwerde gegen die erlaubende Verfügung bei Dringlichkeit die aufschiebende Wirkung entzogen werden dürfe; kein Verstoss gegen Rechtsweggarantie und Anspruch auf wirksame Beschwerde (BGE 143 III 193; 5A_948/2017)
- **EGMR:** Entzug der aufschiebenden Wirkung verstösst gegen Anspruch auf faires Verfahren (EMRK 6); durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung blieb den Vätern die Überprüfung der KESB-Entscheidung durch ein Gericht verwehrt
- Vgl. bereits BGE 144 III 469 (18. September 2018)



BGer 5A_644/2021 (18.03.2022) – Ausstandsverfahren vor der KESB

- Kind A (10 Jahre): gemeinsame elterliche Sorge; Eltern wurde Aufenthaltsbestimmungsrecht bereits im Alter von 2 Jahren entzogen; A lebt bei Pflegefamilie; ADHS Diagnose; keine Einigkeit in Bezug auf Medikamente; Beiständin beantragt KESB Einschränkung der elterlichen Sorge in Bezug auf Medikation der ADHS; Mutter beantragt Ausstand des Behördenmitglieds B und Abweisung des Antrags auf Einschränkung der elterlichen Sorge
- **KESB:** Abweisung Ausstandsbegehren und Einschränkung der elterlichen Sorge nach Antrag und unter Mitwirkung von B; Mutter reicht Beschwerde ein; Beschwerde wird abgewiesen
- **BGer:** Ausstand von Behördenmitgliedern der KESB ist nicht im ZGB geregelt; EMRK 6 Ziff. 1 und BV 30 I: verpönter Anschein der Befangenheit kann sich immer dann ergeben, wenn eine bestimmte Gerichtsperson in einem früheren Verfahren mit einer konkreten Streitsache schon einmal befasst war; KESB ist Gericht im konventions- und verfassungsrechtlichen Sinn
-> KESB hätte ordentliches Ausstandsverfahren durchführen müssen (ohne Behördenmitglied B), da Ausstandsgesuch nicht offensichtlich unzulässig oder missbräuchlich
- Garantie eines unabhängigen und unparteiischen Gerichts ist formeller Natur; Verletzung führt unabhängig von den Erfolgsaussichten sowohl zur Aufhebung des Entscheids über den Ausstand als auch zur Aufhebung des Entscheids in der Hauptsache



BGer 5A_1006/2021 (16.12.2021) – Besuchsrecht, Stellenwert Wille des Kindes, Erinnerungskontakte

- 15jähriger Sohn (S) verweigert Kontakt zum Vater; Gericht ordnete «Erinnerungskontakte» an (ca. 2 pro Jahr); jeweils 30-60 Minuten, moderiert durch Beistandsperson
- Erinnerungskontakt: Instrument, um einem gänzlichen Kontaktabbruch und «pathogenen Spaltungsvorgängen» vorzubeugen
- **Beschwerdeinstanz:** Erinnerungskontakte geschützt, da S keine konkreten und nachvollziehbaren Gründe für ablehnende Haltung nennen konnte; persönlicher Verkehr stehe nicht im Belieben des Kindes; Kindeswille komme zwar vorliegend aufgrund des Alters entscheidende Bedeutung zu; wurde berücksichtigt, indem nur Erinnerungskontakte und kein eigentliches Besuchsrecht vorgesehen wurde
- **BGer:** bekräftigt Grundsatz, wonach bei älteren Kindern ein konstant und mit nachvollziehbarer Begründung geäußertes Wille zunehmend beachtlich wird; vorliegend berücksichtigt, da kein Besuchsrecht; Erinnerungskontakte bezwecken keine gelebte Beziehung und sind deshalb kein «Zwang zur Beziehung»; grosses Ermessen der kantonalen Sachinstanzen; auch umgekehrter Schluss wäre haltbar, wenn konstante Weigerungshaltung nachvollziehbar und von Erinnerungskontakten keine positive Förderung der Einstellung zum anderen Elternteil zu erwarten ist
- Vgl. auch BGer, 5A_647/2020 (16.02.2021) mit Hinweisen auf Fachliteratur



BGer 5A_192/2021 (18.11.2021) – Besuchsrecht, Stellenwert Wille des Kindes, Erinnerungskontakte

- Besuchsrecht nach häuslicher Gewalt; Besuche werden durch urteilsfähige Kinder abgelehnt
- **BGer:** Kindeswille ist eines der Kriterien zur Beurteilung bei Besuchsrechten, ist aber nicht allein ausschlaggebend, insb. wenn die Ablehnung vom anderen Elternteil beeinflusst wird
- Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen kommt grosse Bedeutung zu und kann für die Identitätsfindung wichtig sein
- Gewicht des Kindeswillens ist abhängig von der Fähigkeit zur autonomen Willensbildung (i.d.R. ab 12 Jahren) und der Konstanz des geäusserten Willens
- Bei Verweigerung des Kontakts müssen Gründe ermittelt und abgeklärt werden, ob das Besuchsrecht das Kindeswohl gefährdet
- Konstante und auf eigene Erfahrung gestützte Ablehnung des urteilsfähigen Kindes muss respektiert werden: kein Besuchsrecht mit Rücksicht auf das Kindeswohl; Kontakt gegen Widerstand läuft Zweck des persönlichen Verkehrs und den Persönlichkeitsrechten des Kindes zuwider



BGE 147 III 457 (26.06.2021) – Steueranteil im Barbedarf des Kindes

- Im konkreten Fall war kein Steueranteil im Bedarf der Kinder berechnet worden.
- **BGer:** bei guten finanziellen Verhältnissen – d.h. wenn nicht nur das betriebsrechtliche, sondern das familienrechtliche Existenzminimum berücksichtigt werden kann – ist im Rahmen des familienrechtlichen Existenzminimums des Kindes auch ein Steueranteil einzusetzen.
- **Steuern:** Kindesunterhaltsbeiträge werden zum Einkommen des Elternteils gerechnet, der die Leistung entgegennimmt.
- Sofern die Kindesunterhaltsbeiträge beim Steuerschuldner *effektiv* zu höheren Steuern führen, ist ein Steueranteil **im Barbedarf** des Kindes zu berücksichtigen.
-> kein Steueranteil im Betreuungsunterhalt, weil der bei guten finanziellen Verhältnissen (familienrechtliches Existenzminimum) bereits einen Posten «Steuern» enthält!
- **Methode der Berechnung:** Einkünfte des Kindes, welche vom Elternteil versteuert werden müssen (insb. Barunterhalt, Familienzulagen) ins Verhältnis setzen zu den vom Elternteil insgesamt zu versteuernden Einkünften (eigene Einkünfte + Barunterhalt + Betreuungsunterhalt, weiteres); Beispiel: Einkünfte des Kindes machen 20% des steuerlich relevanten Haushaltseinkommens aus -> Steuerschuld ausrechnen; 20% davon werden im Barbedarf des Kindes eingerechnet



5A_118/2022 (15.03.2022) – Weisung der KESB zum Impfen

- Kind K (5) unter gemeinsamer elterlicher Sorge; unter Obhut der Mutter; Eltern uneinig betreffend Impfungen; Vater gelangt an KESB (Familiengericht AG); KESB erteilt Mutter strafbewehrte Weisung gemäss ZGB 307 III, C gegen Diphtherie, Tetanus, Masern, Mumps, Röteln und Pneumokokken zu impfen; dagegen Beschwerde der Mutter; Abweisung Beschwerde durch Beschwerdeinstanz
- **BGer:** Bestätigung der Rechtsprechung im Masernentscheid: KESB muss sich bei ihrer Entscheidung an den Empfehlungen des BAG orientieren und kann nur dann davon abweichen, wenn sich die Impfung aufgrund der besonderen Umstände des konkreten Falles nicht mit dem Kindeswohl verträgt
- Zudem: Mutter hatte Ausstandsbegehren gegen diejenigen Richter des BGer gestellt, welche an BGE 143 III 313 mitgewirkt hatten (wohl richtig: BGE 146 III 313, Masernentscheid, 16.06.2020). Abgewiesen: Ein Ausstandsbegehren kann nicht institutionell gestellt werden; vielmehr sind substanziiert vorgetragene Ausstandsgründe in Bezug auf konkrete Personen vorzubringen; hier betraf der frühere Grundsatzentscheid eine analoge Situation und diente der Vorinstanz als Orientierungshilfe bei der Entscheidung; kein Ausstandsgrund gegeben



KG FR 603 2021 102 / 603 2021 114 (29.07.2021) – Corona Impfung bei Jugendlichen, KG FR

- Kanton FR erlaubt Jugendlichen zwischen 12 und 15, sich gegen Corona impfen zu lassen
- Beschwerde gegen Impfkampagne; Antrag, dass Impfung nur mit Einwilligung der Eltern möglich sei
- **KGer**: verneint Rechtsschutzinteresse, da keine direkte Betroffenheit vorliege, da keine Impfpflicht bestehe, sondern nur Empfehlung;
- Inhaltlich: in der Sache urteilsfähige Jugendliche sind befugt, selbst über medizinische Angelegenheiten zu entscheiden (Art. 19c ZGB)