

Kindesvertretung; Kindesanhörung – Art. 314a und Art. 314a^{bis} ZGB.

Die Kindesvertretung bezweckt keine anwaltliche Interessenvertretung. Ein Kind kann daher in der Regel keine gewillkürte Vertretung beiziehen, zumal wenn es die Tragweite der prozessbezogenen Fragen selbst nicht zu überblicken vermag. Beantragt das Kind die Einsetzung einer bestimmten Kindesvertretung, haben die Behörden den subjektiven Kindeswillen näher abzuklären sowie sich zu vergewissern, dass die Person über die nötige Unabhängigkeit und Neutralität gerade gegenüber den Eltern verfügt (E. 1.2).

Eine Delegation der Kindesanhörung an eine Drittperson kann angebracht sein, wenn eine Fachperson aufgrund spezifischer Ausbildung und Erfahrung diesbezüglich eine erhöhte Fachkompetenz aufweist (E. 2.3.3). Eine Kindesvertretung vermag eine Kindesanhörung nicht zu ersetzen (E. 2.3.3.1). Es kann offengelassen werden, ob eine Delegation der Kindesanhörung an den Beistand per se unzulässig ist (E. 2.3.3.2).

Von einer Kindesanhörung kann abgesehen werden, sofern die Behörde zum Schluss gelangt, dass diese überhaupt keinen Erkenntniswert hätte, deren Ergebnisse mit Blick auf die Feststellung der konkret rechtserheblichen Tatsachen also von vornherein objektiv untauglich bzw. irrelevant sind (E. 2.3.3.3).

OGE 30/2025/6 und 30/2025/8 vom 22. August 2025

Veröffentlichung im Amtsbericht

Aus den Erwägungen

1.2. Auf Antrag des urteilsfähigen Kindes ist im gerichtlichen Verfahren ohne Weiteres eine Kindesvertretung anzuordnen (Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 46 Abs. 2 und 3 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [EG ZGB, SHR 210.100]). Eine Kindesvertretung ist in casu auch geboten, da der Rechtsstreit das Eltern-Kind-Verhältnis betrifft und die Verfahrenskonstellation eine Interessenkollision der Eltern nahelegt.

Hinsichtlich der Mandatierung von Rechtsanwältin A. als Kindesvertreterin wäre indes abzuklären gewesen, ob diese genügend Gewähr dafür bietet, dass dem Gericht ein umfassendes, elternunabhängiges und neutrales Bild der konkreten Situation vermittelt wird (vgl. BGE 142 III 153 E. 5.2.3.1 mit Hinweisen). Die KESB ernannte Rechtsanwältin A. in Anwendung von Art. 314a^{bis} ZGB als Kindesvertretung, nachdem diese ihre Einsetzung selbst beantragt hatte. Bezüglich ihrer Beauftragung beruft sich Rechtsanwältin A. auf Vollmachten der Kinder, welche sie

ins Recht legt. Diese Vollmachten der unmündigen Kinder sind – insbesondere im Hinblick auf die darin enthaltenen Verpflichtungen der Kinder – kritisch zu betrachten (Art. 13 Abs. 1 ZGB; Art. 67 Abs. 1 ZPO). Die Aufgaben der Kindesvertretung beschränken sich nämlich grundsätzlich auf die prozessbezogene Information, Kommunikation und Betreuung. Da die Tragweite von Fragen betreffend die elterliche Sorge auch für ein älteres Kind schwerlich überblickbar ist, stellt sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zudem kaum je die Frage, ob die Kindesvertretung auch "genuin anwaltliche Aufgaben" übernehmen muss respektive sich die Funktion der Kindesvertretung in Richtung einer "advokatorischen Interessenvertretung" erweitert. Daher kann ein Kind meist auch keine gewillkürte Vertretung (anstelle oder neben einer Kindesvertretung) beiziehen (BGE 142 III 153 E. 5.2.4 [zu Art. 299 ZPO]; vgl. ferner BGer 5A_424/2025 vom 16. Juli 2025 E. 3). Vorliegend fällt zudem ins Gewicht, dass der Beschwerdeführer 1 seinerseits die Einsetzung derselben Rechtsvertreterin für die Kinder beantragt hat und im Wesentlichen deckungsgleiche Anträge stellt. Es bestehen mithin gewisse Anhaltspunkte dafür, dass die Kinder bei der "Mandatierung ihrer Kindesvertretung" unter dem Einfluss des Beschwerdeführers 1 gestanden haben (vgl. dazu BGer 5A_424/2025 vom 16. Juli 2025 E. 3.2). Vor diesem Hintergrund wären die konkreten Umstände der Beauftragung und namentlich der subjektive Kindeswille im Hinblick auf die Vertretung genauer zu ermitteln gewesen. Ob die KESB die entsprechenden Abklärungen getroffen hat, lässt sich den Akten nicht entnehmen.

Aufgrund der nachfolgenden Erwägungen brauchen die vorstehend aufgeworfenen Fragen indes nicht abschliessend geklärt zu werden, zumal ein Anspruch formell-rechtlicher Natur zu beurteilen ist (Kindesanhörung) sowie diesbezüglich ausser Frage steht, dass die Beschwerdeführer 2 und 3 prozessfähig sind und insofern auch selbstständig Beschwerde erheben können (Art. 314a Abs. 3 ZGB). Die Beschwerdegegnerin 1 und die KESB bringen sodann keine Einwände gegen die Einsetzung von Rechtsanwältin A. vor. Für das Obergericht besteht infolgedessen kein Anlass, im Beschwerdeverfahren von Amtes wegen auf die Einsetzung von Rechtsanwältin A. als Kindesvertretung zurückzukommen.

2. Vorliegend ist umstritten, ob das Recht der Beschwerdeführer 2 und 3 auf Anhörung verletzt wurde.

2.1. In ihrem Beschluss vom 25. Februar 2025 hielt die KESB fest, dass die Beiständin am 25. September 2024 ein Gespräch mit den Beschwerdeführern 2 und 3 geführt habe, um ihre Wünsche und Bedürfnisse zu erfragen. Zudem seien die Beschwerdeführer 2 und 3 im Verfahren von einer Kindesvertreterin vertreten

gewesen, die die Interessen der Kinder ins Verfahren eingebracht habe. Entsprechend erübrige sich eine persönliche Anhörung (vgl. angefochtener Beschluss E. 6). Im Beschwerdeverfahren liess sich die KESB zu den Ausführungen der Kindesvertreterin nicht mehr vernehmen.

2.2. Die Kindesvertreterin rügt, dass die KESB das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer 2 und 3 verletzt, respektive den Sachverhalt unvollständig festgestellt habe, indem es von einer persönlichen Anhörung derselben absah. Eine Kindesanhörung habe sie in ihrer Eingabe vom 18. Oktober 2024 beantragt und wäre von der KESB ohnehin vom Amtes wegen durchzuführen gewesen. Die Ernennung einer Kindesvertreterin könne das Institut der Kindesanhörung durch die KESB nicht ersetzen. Gleiches gelte zudem für eine allfällige Anhörung durch die Beiständin, zumal davon auszugehen sei, dass es sich beim Gespräch mit den Kindern vom 25. September 2024 um ein solches gestützt auf den Aufgabenkatalog der Beistandsperson gehandelt habe und nicht um eine formelle Anhörung. Es finde sich denn auch kein Anhörungsprotokoll in den Akten, sondern nur eine Zusammenfassung des Gesprächs im Rechenschaftsbericht vom 24. Dezember 2024.

2.3.1. Nach Art. 314a Abs. 1 ZGB wird das Kind durch die Kindesschutzbehörde oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, soweit nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Im Protokoll der Anhörung werden nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse festgehalten. Die Eltern werden über diese Ergebnisse informiert (Art. 314a Abs. 2 ZGB). Art. 314a ZGB konkretisiert die Ansprüche aus Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 12 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, SR 0.107). Die Anhörung des Kindes ist zum einen Ausfluss seiner Persönlichkeit und dient zum andern der Sachverhaltsfeststellung. Während bei älteren Kindern der persönlichkeitsrechtliche Aspekt im Vordergrund steht und das Kind ein eigenes Mitwirkungsrecht hat, ist die Anhörung bei kleineren Kindern im Sinne eines Beweismittels zu verstehen, weshalb die Eltern sie aufgrund ihrer Parteistellung als Beweismittel beantragen können. Die Anhörung findet jedoch grundsätzlich unabhängig von Anträgen, d.h. von Amtes wegen statt. Soweit entsprechende Anträge vorhanden sind, besteht vorbehältlich der vom Gesetz genannten wichtigen Gründe umso mehr eine Verpflichtung, die Anhörung durchzuführen (vgl. BGE 146 III 203 E. 3.3.2; BGer 5A_960/2023 vom 3. Juli 2024 E. 2.3.1 [jeweils zu Art. 298 ZPO und mit Hinweisen]). Die Pflicht, ein Kind anzuhören, besteht i.d.R. nur einmal im Verfahren, und

zwar nicht nur auf die einzelne Instanz gesehen, sondern einschliesslich des Instanzenzugs (vgl. BGer 5A_625/2023 vom 7. August 2024 E. 3.4.1 [zu Art. 298 ZPO]).

2.3.2. Die KESB macht in ihrem Entscheid sowie im Beschwerdeverfahren nicht geltend, dass das Alter oder andere wichtige Gründe gegen die Anhörung der Beschwerdeführer gesprochen hätten. Entsprechendes ist aus den Akten auch nicht ersichtlich. Da die Anhörung eines Kindes nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich unabhängig von Anträgen, d.h. von Amtes wegen zu erfolgen hat, kann zudem offenbleiben, ob die Beschwerdeführer durch das Anbieten einer Parteibefragung in ihrer Eingabe vom 18. Oktober 2024 einen hinreichenden Antrag gestellt haben.

2.3.3. Die Anhörung des Kindes durch die Kindesschutzbehörde selbst und diejenige durch eine beauftragte Drittperson stehen nach dem Wortlaut des Art. 314a ZGB, welcher an Art. 144 Abs. 2 aZGB angelehnt ist (vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht] vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 ff., 7101 f.), grundsätzlich auf der gleichen Stufe. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll aber die entscheidende Behörde die Anhörung in der Regel selbst vornehmen und sie jedenfalls nicht systematisch an Dritte delegieren; ebenso wenig sollen aber die vom Gesetz gewährten Spielräume unnötig beschränkt werden (vgl. BGer 5A_625/2023 vom 7. August 2024 E. 3.4.1 [zu Art. 298 ZPO]; BGE 133 III 553 E. 4 [zu Art. 144 aZGB]). Eine Delegation der Kindesanhörung an eine Drittperson ist vor diesem Hintergrund aber vor allem dann angebracht, wenn eine Fachperson aufgrund spezifischer Ausbildung und Erfahrung diesbezüglich eine erhöhte Fachkompetenz aufweist.

2.3.3.1. In Bezug auf das Verhältnis zwischen der Kindesvertretung und der Anhörung eines Kindes ist zudem festzuhalten, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Anhörung des Kindes im formellen Sinne – entgegen einzelnen Lehrmeinungen – nicht zum Teil des Mandats der Kindesvertretung erklärt werden kann. Diese verfüge nämlich angesichts ihrer verfahrensrechtlichen Befugnisse und des Vertrauensverhältnisses zum Kind nicht über die erforderliche Unabhängigkeit, um das Kind anstelle der entscheidenden Behörde anzuhören (BGer 5A_92/2020 vom 25. August 2020 E. 3.4.4; vgl. auch BGE 142 III 153 E. 5.2.3.1 [zu Art. 298 ZPO] mit Hinweisen auf den entsprechenden Meinungsstand; Affolter-Fringeli/Vogel, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Art. 314a N. 84). Eine Kindesvertretung vermag daher eine Anhörung des Kindes nach Art. 314a Abs. 1 ZGB nicht zu ersetzen.

2.3.3.2. Ob das für die Kindesvertretung Gesagte auch für den Beistand gilt, ist nicht gänzlich geklärt (dafür Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 314a N. 86). Das Bundesgericht hat jedenfalls die Anhörung durch einen Erziehungsbeistand im Rahmen der Besuchsrechtsausübung als ungenügend eingestuft (vgl. BGE 133 III 553 E. 5 [zu Art. 144 aZGB]). Die Frage, ob aufgrund der ähnlich gelagerten Situation (Vertrauensverhältnis des Beistands zum Kind sowie andere Funktion des Beistands) die Delegation der formellen Kindesanhörung an den Beistand per se ausscheidet, kann offenbleiben. Einerseits ist eine formelle Delegation der Kindesanhörung an die Beiständin (selbst wenn sie grundsätzlich zulässig wäre) aus den Akten nicht ersichtlich, zumal sich eine solche der Telefonnotiz vom 23. September 2024 nicht hinreichend entnehmen lässt und sich der dort "erteilte Auftrag" ohnehin nicht auf alle im vorliegenden Verfahren relevanten Aspekte, namentlich die Zuteilung der elterlichen Sorge, bezieht. Andererseits lässt sich den Akten auch kein formelles Protokoll der Kindesanhörung entnehmen. Als solches kann namentlich auch nicht die periodische Berichterstattung der Beiständin für die Berichtsperiode November 2022 bis Oktober 2024 vom 24. Dezember 2024 angesehen werden, zumal sich auch der dort angeführte, sehr oberflächlich dargestellte Gesprächsinhalt nicht auf die Zuteilung der elterlichen Sorge bezieht. Schliesslich finden sich auch keine Hinweise in den Akten, dass einzelne Gesprächsinhalte nach den Wünschen der Kinder nicht hätten protokolliert werden sollen (vgl. dazu Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 314a N. 81). Damit fand indes keine Kindesanhörung im erforderlichen Sinne statt.

2.3.3.3. Im Lichte der vorstehenden Erwägungen stellt sich die Frage, ob die KESB aus einem anderen Grund auf eine Anhörung der Kinder verzichten durfte. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann auf eine Kindesanhörung verzichtet werden, sofern die entscheidende Behörde zum Schluss gelangt, dass eine Anhörung des Kindes bei der gegebenen Ausgangslage überhaupt keinen Erkenntniswert hätte, allfällige Ergebnisse aus der Kindesanhörung mit Blick auf die Feststellung der konkret rechtserheblichen Tatsachen also von vornherein objektiv untauglich bzw. irrelevant sind (sog. unechte antizipierte Beweiswürdigung). Die entscheidende Behörde muss dabei davon überzeugt sein, dass die Kindesanhörung keinen Erkenntniswert haben wird. Ansonsten ist selbst bei erheblichen Zweifeln grundsätzlich eine Anhörung durchzuführen (BGE 146 III 203 E. 3.3.2; BGer 5A_92/2020 vom 25. August 2020 E. 3.3.2). Vorliegend kann nicht von vornherein gesagt werden, dass aus der Anhörung der Kinder in offensichtlicher Weise kein Erkenntniswert resultieren kann. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Kinder durch die Kindesvertretung eine solche Anhörung wünschen. Angesichts dessen, dass die Beschwerdeführer 11 und 13 Jahre alt sind, ist zudem dem geschilderten

persönlichkeitsrechtlichen Aspekt der Kindesanhörung hinreichende Beachtung zu schenken (vgl. BGer 5A_92/2020 vom 25. August 2020 E. 3.4.1 und 3.4.5). Entsprechend kann auch nicht von einer antizipierten Beweiswürdigung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausgegangen werden.

2.3.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die KESB den Sachverhalt unrichtig festgestellt und das rechtliche Gehör der Beschwerdeführer 2 und 3 verletzt hat. Die Beschwerde ist insoweit begründet. Da ein wesentlicher Teil der Sachverhaltsermittlung betroffen ist und die Anhörung der Beschwerdeführer 2 und 3 insbesondere auch im Hinblick auf deren Rechtsbegehren (alleinige elterliche Sorge des Beschwerdeführers 1 und Verzicht auf ein Kontaktrecht der Beschwerdegegnerin 1) grundlegend erscheint, kann dieser Mangel im Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden. Der Beschluss der KESB vom 25. Februar 2025 ist daher aufzuheben und die Angelegenheit ist an die KESB zur Durchführung einer ordnungsgemässen Kindesanhörung und zur neuerlichen Entscheidung zurückzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt es sich, über die weiteren Anträge und Rügen der Beschwerdeführer 2 und 3 zu befinden.