

2.4.2. Kindesrecht/Droit de la filiation

Weisungen im Kindes(schutz)recht: Aufs Gewand kommt's an!

Besprechung von BGer, 5A_375/2023, 21.11.2023 (zur Publikation vorgesehen)

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_375/2023 vom 21. November 2023 (zur Publikation vorgesehen), A. gegen B. und Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde U., Weisung an Kindsmutter.



DANIEL ROSCH*

Weisungen können im Kindesrecht, im Kindesschutzrecht und auch im Rahmen des Verfahrens erlassen werden. Wird statt einer verfahrensrechtlichen Handlung eine Weisung im Rahmen eines Endentscheidendes angeordnet, läuft die rechtsanwendende Stelle Gefahr, dass einer Beschwerde Erfolg beschieden ist und sich diverse weitere rechtliche Fragen stellen. Das Bundesgericht hatte vorliegend eine Weisung an die Kindesmutter zu beurteilen, die angewiesen wurde, das Kind professionell über den Kindsvater aufklären zu lassen, damit danach allenfalls der persönliche Verkehr geregelt werden kann. Die Urteilsbesprechung beleuchtet die Weisungen im Rahmen ihres unterschiedlichen rechtlichen Kontextes.

I. Sachverhalt

M. und V. sind die nicht miteinander verheirateten, getrennt lebenden Eltern von K., der 2012 geboren wurde. Die Mutter M. ist alleinsorgeberechtigt; der Vater V. wurde wegen schwerer Sexualdelikte verurteilt und befindet sich seit 2015 im Strafvollzug, zurzeit in einer Justizvollzugsanstalt im Kanton Aargau. Unter anderem hat er K.s Halbschwester H., welche 2001 geboren wurde, vergewaltigt.

V. stellte im Jahre 2016 bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) ein Gesuch um Wiederaufnahme des persönlichen Verkehrs zu K. Die KESB räumte ihm mit Entscheid vom 13. Januar 2017 ein begleitetes

Besuchsrecht ein und errichtete für K. eine Beistandschaft. Den Antrag der Mutter betreffend eine Einschätzung von K. durch die Kinder- und Jugendpsychiatrie W. (KJP) im Hinblick auf die Umsetzung des Besuchsrechts wies die KESB ab. M. erhob daraufhin Beschwerde beim Kantonsgericht Basel-Landschaft. Noch während des laufenden Beschwerdeverfahrens verzichtete V. auf das Besuchsrecht, worauf die KESB ihren Entscheid vom 13. Januar 2017 in Wiedererwägung zog und mit Entscheid vom 8. Mai 2017 sowohl das begleitete Besuchsrecht als auch die Beistandschaft aufhob.

V. beantragte mit Schreiben vom 18. November 2021 bei der KESB erneut, dass er Kontakt mit K. wünsche. M.s Anwältin hielt in ihrer Stellungnahme gegenüber der KESB fest, dass sie sich entschieden gegen jeglichen Kontakt des Vaters mit K. wehre und das Gesuch abzuweisen sei. V. hielt mit Schreiben vom 5. April 2022 an seinem Antrag fest.

Die KESB teilte den Kindeseltern mit Schreiben vom 10. Juli 2022 mit, dass die Mutter voraussichtlich angewiesen werde, K. durch die KJP über seinen Vater aufklären zu lassen, um ihm die Möglichkeit zu geben, sich mit seinem Vater auseinanderzusetzen, und damit diesem allenfalls ein Besuchsrecht eingeräumt werden könne. V. erklärte sein Einverständnis mit diesem Entscheid. M. teilte ihrerseits mit, dass sie einen Kontakt zwischen dem Vater und K. nach wie vor kategorisch ablehne und es ihre Sache sei, zu beurteilen und einzuschätzen, wie viel sie K. über seinen Vater erzählen wolle.

Mit Entscheid vom 19. Oktober 2022 erteilte die KESB folgende Weisung (Ziffer 1):

«Zum Wohle und im Interesse von K. [...] wird die Kindsmutter gestützt auf Art. 273 Abs. 2 ZGB angewiesen, ihren Sohn durch die Kinder- und Jugendpsychiatrie (KJP) über seinen Vater aufklären zu lassen, um ihm die Möglichkeit zu geben, sich mit seinem Vater auseinander zu setzen, damit zu einem späteren Zeitpunkt dem Kindsvater allenfalls ein Kontaktrecht eingeräumt werden kann. Die Kindsmutter wird angewiesen, sich bis am 30.11.2022 bei Dr. E. KJP für eine Terminvereinbarung zu melden.»

Überdies ersuchte die KESB die KJP um Mitteilung, falls die Kindsmutter dieser Weisung nicht Folge leisten sollte (Ziffer 2).

M. legte daraufhin beim zuständigen Kantonsgericht Basel-Landschaft Beschwerde ein und beantragte, die KESB anzuweisen, von der Anordnung einer Aufklärung von K. über seinen Vater durch die KJP abzusehen. V., der als Beigeladener Gelegenheit zur Stellungnahme erhielt, liess sich nicht vernehmen. In der Folge wies das Kan-

* DANIEL ROSCH, Prof. (FH) Dr. iur., dipl. Sozialarbeiter FH, systemischer Berater und Familientherapeut (DGSF), systemischer Kinder- und Jugendlichentherapeut (hsi), MAS Nonprofit-Management, Hochschule Luzern Soziale Arbeit; teilselbständiger Berater in Bern (www.danielrosch.ch).

tonsgericht die Beschwerde im Entscheid KGer BL 810 22 259 vom 15. März 2023 ab.¹

Mit Beschwerde vom 17. Mai 2023 rief M. das Bundesgericht an. Sie stellte das Begehren, das Urteil des Kantonsgerichts aufzuheben, und hielt in der Sache an ihrem vor der Vorinstanz gestellten Begehren (s.o.) fest. Für das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren ersuchte sie um unentgeltliche Rechtspflege. Ihrem Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, entsprach der Präsident der II. zivilrechtlichen Abteilung mit Verfügung vom 13. Juni 2023.

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde mit Urteil BGer 5A_375/2023 vom 21. November gut und hob das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 15. März 2023 sowie die Ziffern 1 und 2 des KESB-Entscheidunges vom 19. Oktober 2022 auf.

Der Bundesgerichtsentscheid ist zur Publikation vorgesehen.

II. Erwägungen

A. Zulässigkeit des Rechtsmittels

In einem ersten Schritt prüfte das Bundesgericht die Zulässigkeit des Rechtsmittels und bejahte, dass eine Weisung nach Art. 273 Abs. 2 ZGB eine Zivilsache ohne Vermögenswert sei, das Kantonsgericht Basel-Landschaft ein oberes Gericht sei, das als letzte kantonale Instanz auf Rechtsmittel hin geurteilt habe, und dass der angefochtene Entscheid die Beschwerdeführerin M. in ihren schutzwürdigen Interessen treffe. Zudem sei die streitige Weisung nicht derart in das in Gang gesetzte Besuchsrechtsverfahren eingebettet, dass sie als selbständig eröffnete Zwischenentscheid gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG gelten müsste. Das Bundesgericht beurteilt die Weisung an die Beschwerdeführerin zur Aufklärung über den Vater durch die KJP (anstelle der sonst üblichen Anhörung von K. gemäss Art. 275 Abs. 1 i.V.m. Art. 314a Abs. 1 und Art. 446 Abs. 1/2 ZGB) als separates eigenständiges Verfahren, zu dessen Gunsten die weitere Prüfung des Gesuchs des Beschwerdegegners V. einstweilen zurückgestellt bleiben soll. So wurde bisher auch der persönliche Verkehr zwischen K. und V. von der KESB weder geprüft noch angeordnet. Zudem stellte das Kantonsgericht klar, dass die besagte Aufklärung unabhängig vom Streit um

das Besuchsrecht für K.s Persönlichkeitsentwicklung sehr wertvoll sei. Daraus schliesst das Bundesgericht, dass es sich um einen Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG handelt.

B. Weisung an die Mutter zur Aufklärung über den Vater durch die KJP

1. Das Kantonsgericht

a. Kindeswohlgefährdung

Das Kantonsgericht verwies in seinem Urteil zunächst darauf, dass das Besuchsrecht in erster Linie dem Kindeswohl dienen müsse, seine Regelung jedoch nicht allein vom Willen des Kindes abhängen dürfe, sondern im Einzelfall zu klären sei, weshalb das Kind gegenüber dem besuchsberechtigten Elternteil eine Abwehrhaltung einnehme und ob die Ausübung des Besuchsrechts das Interesse des Kindes tatsächlich beeinträchtigen könnte. In der Folge machte sich das Kantonsgericht daran zu prüfen, ob bereits die Aufklärung von K. über seinen Vater als Vorstufe zu einem allfälligen späteren begleiteten Besuchsrecht eine Kindeswohlgefährdung darstelle.

In weiteren Ausführungen stellte die Vorinstanz klar, dass sich das zu beurteilende Aufklärungsverfahren noch weit weg von der tatsächlichen Anordnung bzw. Umsetzung von persönlichen Kontakten befinde, weshalb die Beurteilung des Kindeswohls anhand anderer Kriterien vorzunehmen sei und eine Kindeswohlgefährdung nur sehr zurückhaltend angenommen werden dürfe. Dies gelte umso mehr, als je nach Ergebnis des Aufklärungsverfahrens nicht zwangsläufig zwischen direkten physischen Kontakten oder gar keinem persönlichen Kontakt entschieden werden müsse und die konkrete Ausgestaltung eines Besuchsrechts zahlreiche Abstufungen und Varianten zulasse, was K. im Rahmen einer professionellen Aufklärung aus neutraler Perspektive erklärt und aufgezeigt werden könne. Die von der Beschwerdeführerin zitierten Bundesgerichtsentscheide hielt das Kantonsgericht für nicht einschlägig, da diese Sachverhalte betrafen, die nicht mit den tatsächlichen Gegebenheiten des konkreten Falls verglichen werden könnten. Die Beurteilung der Rechtmässigkeit und Angemessenheit einer professionellen Aufklärung eines urteilsunfähigen Kindes hänge vielmehr von eigenen Kriterien ab und es würden sich andere Fragen stellen als bei der gerichtlichen Überprüfung der Ausgestaltung eines bereits verfügbaren Besuchsrechts.

b. Präventive Aufklärung

Das Kantonsgericht hielt ferner fest, dass früher oder später der Moment kommen werde, in welchem sich K. im

¹ Internet: https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/gerichte/rechtsprechung/kantonsgericht_rs/rechtsgebiet/kindes-und-erwachsenenschutzrecht/downloads-1/2023-03-15_vv_4.pdf/@/download/file/2023-03-15_vv_4.pdf (Abruf 1.2.2024).

Rahmen seiner Persönlichkeitsentwicklung mit der Tatsache auseinandersetzen müsse, dass er einen Vater mit einer sehr schwierigen Vorgeschichte habe. Auch werde K. mit zunehmendem Alter eigene Beziehungen ausserhalb des mütterlichen Haushalts aufbauen. Er werde zwangsläufig auf seine Vergangenheit angesprochen und damit auch mit der Beziehung zu seinem Vater konfrontiert werden. Die unbestrittenermassen schwierige und herausfordernde Auseinandersetzung mit der eigenen Abstammung würde durch einen jetzigen Aufklärungsverzicht «lediglich aufgeschoben aber keinesfalls aufgehoben». Ausserdem sei die «professionelle psychologische Aufklärung» unabhängig vom Ausgang des Besuchsrechtsstreits für K.s «nachhaltige Persönlichkeitsentwicklung sehr wertvoll».

c. Urteilsunfähigkeit und Interesse von K.

Das Kantonsgericht hielt zudem fest, dass der (im Urteilszeitpunkt) zehnjährige K. im Hinblick auf die sich stellenden Fragen und insbesondere für die Erfassung der daraus langfristig resultierenden Konsequenzen sowohl für seine Beziehung zu seinem Vater als auch für seine eigene Identitätsfindung und Persönlichkeitsentwicklung nicht urteilsfähig sei. Daran ändere auch sein aktenkundiger eigenhändig geschriebener Brief an die Rechtsvertreterin nichts.

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die professionelle Aufklärung zum jetzigen Zeitpunkt «klar im Interesse von K.» liege und der Wahrung des Kindeswohls diene. Anders zu entscheiden, würde bedeuten, K. zu verunmöglichen, sich ein eigenes Bild über seinen Vater zu machen, und in seinem Kopf das Vaterbild des «behinderten Psychopathen» zu zementieren. Die KESB habe deshalb zu Recht die professionelle Aufklärung von K. angeordnet. Abschliessend rief das Kantonsgericht der Beschwerdeführerin ihre elterliche Mitwirkungspflicht in Erinnerung und ermahnte sie, im Interesse ihres Sohnes die notwendigen Abklärungs- und Aufklärungsschritte der KESB zu unterstützen beziehungsweise zumindest zu tolerieren und nicht aktiv dagegen zu arbeiten. Sollte sich dies nicht als möglich erweisen, würde die KESB zur Durchsetzung der behördlich verfügbaren Aufklärung weitere Kindesschutzmassnahmen prüfen müssen.

2. Die Beschwerdeführerin M.

a. Verletzung der Interessenabwägung und der Verhältnismässigkeit im Rahmen von Art. 273 Abs. 2 ZGB

Die Beschwerdeführerin M. rügte eine Verletzung von Art. 273 Abs. 2 ZGB. Das Kantonsgericht sei bei der In-

teressenabwägung und der Prüfung der Verhältnismässigkeit zu wenig auf die individuelle Situation eingegangen und habe die Gefährdung der Entwicklung von K. durch die Konfrontation mit der brutalen Realität bezüglich der schwerwiegenden Delikte seines Vaters gegenüber seiner Familie unterschätzt. Der Sachverhalt sei nicht sorgfältig erhoben worden, indem lediglich die Kriterien für die Beurteilung des Besuchsrechtes aufgeführt worden seien, dann aber verkannt worden sei, dass die Prüfung derselben zwingend zu einem anderen Schluss führen müsste. Zudem würden die in ihrer kantonalen Beschwerde gemachten Ausführungen, wonach die Aufklärung von K. in seinem jetzigen Alter eine hohe Belastung sei und seine normale Entwicklung weit mehr gefährde als in irgendeiner Weise positiv beeinflusse, überhaupt nicht gewürdigt. Die Beschwerdeführerin verwies darauf, dass die Aufklärung im heutigen Zeitpunkt K. nicht helfen werde und dass die Vorinstanz verkenne, dass dem sorge- und obhutsberechtigten Elternteil bei der Einschätzung des Kindeswohls ein weiter Ermessensspielraum zustehe. Sie werde alles daransetzen, dass K. so normal und so unbelastet wie möglich aufwachsen könne; der entsprechende Ermessensspielraum werde ihr durch das Gesetz zugestanden und dürfe ihr von der Vorinstanz nicht beschnitten werden.

b. Präventive Aufklärung bei Urteilsunfähigkeit?

Des Weiteren fügte die Beschwerdeführerin an, dass es keinen Grund gebe, weshalb eine Auseinandersetzung mit dem Vater bzw. mit dessen Vorgeschichte zu einem Zeitpunkt erfolgen müsse, in welchem K. gemäss Kantonsgericht «nicht urteilsfähig» sei. Die Überlegung der Vorinstanz, dass die Beschäftigung mit der eigenen Abstammung im Falle eines Verzichtes der Aufklärung lediglich aufgeschoben und nicht aufgehoben würde, sei nicht ausreichend, um die Aufklärung als verhältnismässig zu beurteilen. Zudem wisse K., dass sein Vater im Gefängnis sei und die Inhaftierung mit der Familie zu tun habe; ihn mit Details zu belasten oder ihm gar einen baldigen Kontakt in Aussicht zu stellen und zuzumuten, sei seiner Persönlichkeitsentwicklung «mit Sicherheit nicht förderlich».

In der Folge äusserte sich die Beschwerdeführerin dazu, dass im vorliegenden Falle die Voraussetzungen für eine Verweigerung des persönlichen Verkehrs aufgrund von Art. 274 Abs. 2 ZGB erfüllt seien und dass die Drohung, dass allenfalls weitere Kindesschutzmassnahmen ergriffen würden, ein Missbrauch und eine Überschreitung des Ermessens im Rahmen von Art. 273 Abs. 2 ZGB sei.

3. Das Bundesgericht

a. Grundlagen: Art. 273 Abs. 2 und Art. 307 Abs. 3 ZGB

Das Bundesgericht hielt zunächst fest, dass Art. 273 Abs. 2 ZGB die Kindesschutzbehörde ermächtige, Eltern zu ermahnen und ihnen Weisungen zu erteilen, wenn sich die Ausübung oder Nichtausübung des persönlichen Verkehrs für das Kind nachteilig auswirke und wenn eine Ermahnung oder eine Weisung aus anderen Gründen geboten sei. Diese Befugnis entspreche gemäss der Botschaft vom 15. November 1995² Art. 307 Abs. 3 ZGB. Laut dieser Bestimmung könne die Kindesschutzbehörde bei Gefährdung des Kindeswohls Ermahnungen und Weisungen aussprechen. In der Folge zählte das Bundesgericht beispielhaft auf, was alles im Rahmen von Art. 273 Abs. 2 ZGB als Weisung in Frage kommen kann. Bei Weisungen gehe es immer darum, dass das Kindeswohl eine besondere Ausgestaltung des Besuchsrechts erfordere und hierzu ein konkretes Tun, Unterlassen oder Dulden behördlich verfügt werde.³

Daraus schloss das Bundesgericht, dass Art. 273 Abs. 2 ZGB als staatliche Massnahme eine Gefährdung des Kindeswohls voraussetze; diese müsse auch verhältnismässig sein. In der Folge legte das Bundesgericht die Definition und die Grundsätze der Kindeswohlgefährdung und die Aspekte der Verhältnismässigkeitsprüfung⁴ dar.

b. Art. 273 Abs. 2 ZGB als gesetzliche Grundlage in casu?

Nach Auffassung des Bundesgerichts kann sich die umstrittene Weisung gar nicht auf Art. 273 Abs. 2 ZGB stützen. Bei der Weisung nach Art. 273 Abs. 2 ZGB gehe es darum, den persönlichen Verkehr im Interesse des Kindeswohls mit Rücksicht auf (besondere) konkrete Umstände auszugestalten, um tatsächlichen oder befürchteten elterlichen Defiziten bei der Umsetzung der Kontakte entgegen-

genzuwirken. Art. 273 Abs. 2 ZGB knüpfe somit an eine behördliche Regelung des persönlichen Verkehrs, welche im vorliegenden Fall gerade nicht erfolgt sei. Mangels einer Regelung könnten somit auch keine Weisungen zur Umsetzung dieser Regelung erfolgen. Art. 273 Abs. 2 ZGB falle als gesetzliche Grundlage ausser Betracht. Folglich entscheide über die Ausübung und der Umfang des persönlichen Verkehrs gemäss Art. 275 Abs. 3 ZGB diejenige Person, welcher die elterliche Sorge und Obhut zustehe,⁵ in casu M. Das gelte umso mehr, als die Vorinstanz eine professionelle Aufklärung unabhängig vom Ausgang der Frage nach dem Besuchsrecht für K.s nachhaltige Persönlichkeitsentwicklung als «sehr wertvoll» erachte. Eine derart vom persönlichen Verkehr entkoppelte Weisung könne erst recht nicht in Frage kommen.

c. Art. 307 Abs. 3 ZGB als gesetzliche Grundlage in casu?

In der Folge prüfte das Bundesgericht, ob sich die Weisung auf Art. 307 Abs. 3 ZGB stützen liesse. Voraussetzung sei, wie erwähnt, eine Kindeswohlgefährdung und dass die Eltern von sich aus nicht für Abhilfe sorgen würden oder dazu ausserstande seien (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Das Bundesgericht rügte die Vorinstanz, weil diese nicht die Kindeswohlgefährdung als Voraussetzung für eine Kindesschutzmassnahme, i.e. die Weisung, prüfe, sondern ob die Aufklärung von K. über seinen Vater und damit die Weisung selbst eine Kindeswohlgefährdung darstelle. Damit bringe das Kantonsgericht bundesrechtswidrig die Rechtsfolge – die Massnahme, mit der die Kindesschutzbehörde auf eine Gefährdungslage reagiere – und den Tatbestand – die Gefährdung des Kindeswohls als gesetzliche Voraussetzung für behördliches Einschreiten – durcheinander. Zudem bleibe die eigentliche Ausgangsfrage auf der Strecke, nämlich inwiefern K.s Wohl gefährdet sei, wenn es beim Status quo bleibe, das Kind also (bis auf Weiteres) nichts über seinen Vater und dessen Vorgeschichte wisse. Diesbezüglich fänden sich im Entscheid kaum konkrete Tatsachenfeststellungen. Hier bleibe unklar, weshalb eine Zementierung der Vorstellung von V. als «behinderte[m] Psychopathen» nicht im «langfristigen Kindeswohl» stehe bzw. ob K. ein solches Bild überhaupt habe, aber auch weshalb K. gerade jetzt über seinen Vater aufgeklärt werden müsse.

Gemäss dem Bundesgericht wäre vorliegend zunächst zu prüfen, ob K. überhaupt schon die Reife erreicht hat, die eine Konfrontation mit den Gründen für die Inhaftierung seines Vaters und eine Auseinandersetzung mit die-

² Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung), BBl 1996 I 1 ff. (zit. Botschaft Kindesrecht), 159.

³ KUKO ZGB-MICHEL/SCHLATTER, Art. 273 N 17 und 20, in: Andrea Büchler/Dominique Jakob (Hrsg.), Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. A., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-Verfasser); SIMONE GERBER, Kindesschutzmassnahmen im «niederschweligen» Bereich – Möglichkeiten und Grenzen, ZKE 2019, 275 ff., 279.

⁴ DANIEL ROSCH, Kindes- und Erwachsenenschutz als Teil des Eingriffssozialrechts, in: Daniel Rosch/Christiana Fountoulakis/Christoph Heck (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, 3. A., Bern 2022, N 13 ff., N 23.

⁵ KUKO ZGB-MICHEL/SCHLATTER (FN 3), Art. 275 N 1.

sen Fakten voraussetzt. Solange die Reife nicht erreicht sei, könne der Verzicht auf die Aufklärung auch nicht als Kindeswohlgefährdung erscheinen. Dies thematisiere das Kantonsgericht gerade nicht. Vielmehr unterstelle es stillschweigend und ohne konkrete Erklärung, dass der Zeitpunkt für eine Aufklärung gekommen sei, was lediglich abstrakt damit begründet werde, dass K. früher oder später ohnehin mit seiner Abstammung konfrontiert sein werde. Damit habe es den Sachverhalt nicht genügend abgeklärt und sich über Einwände der Beschwerdeführerin hinweggesetzt, wonach eine Aufklärung für K. noch zu früh sei.

Damit wäre vorliegend der Entscheid zur Vervollständigung des Sachverhaltes an die KESB zurückzuweisen.

d. Verhältnismässigkeit

Das Bundesgericht wies demgegenüber den Entscheid nicht an die Vorinstanz zurück, weil der Weisung das Verhältnismässigkeitsprinzip im Wege stünde. Das Kantonsgericht komme aufgrund der falschen Methodik gar nicht dazu, den Eingriff in die Elternrechte auf die Verhältnismässigkeit hin zu prüfen. Anlass für dieses Verfahren sei das Begehren von V. gewesen, mit K. Kontakt aufzunehmen, wogegen sich M. gewehrt habe. Damit gehe es um einen Antrag um Regelung des persönlichen Verkehrs, was zur Folge habe, dass die Situation abgeklärt und das Kind angehört werden müsse. Allein mit der Weisung an die Mutter sei dies nicht geschehen. Zudem sei nicht gesichert, dass die Aufnahme des persönlichen Kontakts seitens des Vaters überhaupt in Frage komme. Solange es daran fehle, sei eine Involvierung von K. nicht notwendig. Daneben sei auch die Delegation im Rahmen der Weisung eine Delegation an eine Partei im Verfahren, womit diese einerseits in einen gravierenden Interessenkonflikt gerate und sich andererseits angesichts der von V. an H. verübten Sexualstraftaten erhebliche Zweifel an der Zumutbarkeit des Eingriffs ergäben.

e. Weisung und Berufsgeheimnis Dritter

Darüber hinaus ist die Weisung an die KJP, dass diese der KESB Mitteilung erstatten müsse, falls die Beschwerdeführerin der Weisung nicht Folge leiste, nach Ansicht des Bundesgerichtes nicht möglich. Damit würden die Ärztinnen und Ärzte das strafrechtlich geschützte Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB verletzen, soweit die Klientenschaft nicht einwillige oder die Ärzte und Ärztinnen vom Berufsgeheimnis nicht entbunden würden. Unter das Berufsgeheimnis falle auch die Information, wer in Behandlung sei bzw. wie i.c. die angeordnete Aufklärung verlaufen sei.

III. Anmerkungen

Der Entscheid des Bundesgerichtes beleuchtet verschiedene zentrale und komplexe Fragestellungen im Kontext von Kindesrecht und Kinderschutz. Die Argumentation des Bundesgerichtes ist teilweise besser vor dem Hintergrund des Entscheides des Kantonsgerichtes zu verstehen. Daher wird dieser in den Anmerkungen verschiedentlich miteinbezogen.

A. Weisungen im Kindesrecht und Kinderschutz als identische Massnahmen?

Art. 273 Abs. 2 ZGB wird aus der Entstehungsgeschichte in die Nähe der Weisung von Art. 307 Abs. 3 ZGB gestellt. Dies ergibt sich letztlich aus der Botschaft zum Gesetz, welche darauf hinweist, dass sich die Weisung nach Art. 273 Abs. 2 ZGB bereits aus Art. 307 Abs. 3 ZGB ableiten lasse.⁶ Einigkeit besteht darin, dass in beiden Artikeln von Weisungen gesprochen wird, welche dieselben (Rechtsfolge-)Wirkungen zeitigen. Die wohl überwiegende Meinung geht (teilweise implizit) davon aus, dass damit auch die Voraussetzungen, insbesondere die Kindeswohlgefährdung, dieselben sein müssten.⁷ So äussert sich auch das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid in E. 3.3.3 und noch deutlicher in BGer, 5A_103/2018, 6.11.2018, E. 4.2.2: «Jede Kindesschutzmassnahme setzt eine Gefährdung des Kindeswohls voraus und muss verhältnismässig sein (Art. 307 Abs. 1 ZGB [...]). Dasselbe gilt für Massnahmen im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht (Art. 273 Abs. 2 und Art. 274 Abs. 2 ZGB; [...]).»

Demgegenüber könnte die unterschiedliche systematische Einordnung darauf hinweisen, dass der Kontext und damit die Voraussetzungen nicht dieselben sind.⁸ Selbst-

⁶ Botschaft Kindesrecht (FN 2), 159.

⁷ Am deutlichsten: KUKO ZGB-MICHEL/SCHLATTER (FN 3), Art. 273 N 18. In dieselbe Richtung wohl auch GISELA KILDE, *Der persönliche Verkehr: Eltern – Kind – Dritte, Zivilrechtliche und interdisziplinäre Lösungsansätze*, Diss. Freiburg 2015, 169; PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, *Droit de la filiation*, 6. A., Genf/Zürich/Basel 2019, 649 N 1000; KURT AFFOLTER/URS VOGEL, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die elterliche Sorge / der Kinderschutz, Das Kindesvermögen, Minderjährige unter Vormundschaft*, Art. 296–327c ZGB, Bern 2016 (zit. BK-AFFOLTER/VOGEL), Art. 307 ZGB N 35; demgegenüber eher funktional auf die «korrekte Ausübung» des persönlichen Verkehrs ausgerichtet: PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/ALEXANDRA JUNGO, *Die Wirkungen des Kindesverhältnisses*, in: Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 15. A., Zürich/Genf 2023, 498 N 40.

⁸ Vgl. hierzu BGE 141 III 472 E. 4.5 f.

verständlich sind sämtliche kindesrechtlichen Bestimmungen vom Grundsatz des Kindeswohls durchtränkt. Unterschiede sind jedoch in Bezug auf die Schwelle auszumachen, die letztlich zu unterschiedlichen Kindeswohlbegriffen führt.⁹ So zeichnet sich das Kindesschutzrecht gemäss Art. 307 ff. ZGB massgeblich durch die Mindest- oder Minimalvariante aus. Diese wird vom Eingriffskontext geprägt (sog. Eingriffssozialrecht¹⁰) und besagt, dass der Staat nur so weit eingreifen darf, bis die Gefährdung ausreichend behoben ist. Eine Lösung ist ausreichend, welche die Kindeswohlgefährdung ausreichend abwendet, also dafür besorgt ist, dass eine minimale Gefährdungsschwelle nicht unterschritten wird.¹¹ Demgegenüber gilt im Kindesrecht, ausserhalb des Kindesschutzrechts, im Grundsatz die sog. «Gut-genug-Variante». Es geht hier um eine günstige, entwicklungsförderliche Relation von Bedürfnis und Lebensbedingungen.¹² Sie muss kindeswohlförderlich sein. Es ist jedoch zu beachten, dass diese Kategorisierungen keine starren Grössen sind, es Überschneidungen gibt und der Gesetzestext (wohl) nicht derart systematisch konzipiert wurde.¹³

Aus dieser Perspektive kann abgeleitet werden, dass es sehr wohl Unterschiede zwischen der Weisung nach Art. 273 Abs. 2 und jener nach Art. 307 Abs. 3 ZGB gibt. Art. 307 ZGB ist im Grundsatz der Mindestvariante verpflichtet, Art. 273 Abs. 2 ZGB der Gut-genug-Variante. Daraus ergeben sich unterschiedliche Eingriffsschwellen. Kindesrecht basiert stärker auf der Uneinigkeit der Eltern und weniger auf einer Kindeswohlgefährdung im Sinne des Kindesschutzes, auch wenn eine Uneinigkeit selbstredend zu einer Kindeswohlgefährdung führen kann.¹⁴ Der Wortlaut von Art. 273 Abs. 2 ZGB ist auch offener und funktionaler formuliert. Weisungen sind zu erteilen, wenn

sich die Ausübung oder Nichtausübung des persönlichen Verkehrs für das Kind nachteilig auswirkt oder wenn sie aus anderen Gründen geboten sind. Es geht hier um die Ermöglichung des persönlichen Verkehrs, der kindeswohlförderlich ausgestaltet sein muss. Art. 307 ZGB bezieht sich demgegenüber – wie nota bene auch Art. 274 Abs. 2 ZGB¹⁵ – explizit auf eine Kindeswohlgefährdung.¹⁶

Das Kantonsgericht¹⁷ wie das Bundesgericht gehen beide davon aus, dass die Kindeswohlgefährdung bei Art. 273 und jene bei Art. 307 ZGB identisch sind.¹⁸ Das Kantonsgericht argumentiert demgegenüber stärker mit dem Wortlaut von Art. 273 Abs. 2 ZGB. Weisungen sind zu erlassen, wenn sich die (Nicht-)Ausübung des persönlichen Verkehrs für das Kind nachteilig auswirkt. Dabei verliert es – wie das Bundesgericht zutreffend aufzeigt – die Fragestellung. Es wäre zu prüfen, ob sich die Nichtaufklärung von K. im Hinblick auf den persönlichen Verkehr auf ihn nachteilig auswirkt und nicht – wie es das Kantonsgericht und die KESB geprüft haben –, ob bereits die Aufklärung von K. eine Kindeswohlgefährdung darstellt.¹⁹ Damit gerät die gesamte folgende Argumentation des Kantonsgerichts in Schiefelage, auch wenn einige Argumente im Rahmen von Art. 273 Abs. 2 ZGB Gewicht hätten. Hinzu kommt, dass das höchste Baselbieter Gericht im Zuge seiner Prüfung an einigen Stellen wenig hergeleitete und unklare Aussagen trifft, welche schwierig einzuordnen sind.²⁰ Ein zentraler Punkt verbleibt ebenfalls unerwähnt und damit ungeklärt, wie das Bundesgericht zu Recht feststellt: Weshalb gerade jetzt der geeignete Zeitpunkt für eine solche Aufklärung von K. ist, wird weder begründet noch irgendwo erwähnt. Dies wäre jedoch zentral, um eine solche Weisung zu legitimieren. Gleiches gilt für die Überlegungen der Beschwerdeführerin und die Risiken, die sich mit einer Aufklärung ergeben. Diese mangelnde individuell-konkrete Abwägung kritisiert das Bundesgericht zu Recht.

⁹ MARGOT MICHEL/DANIEL ROSCH/CAROLE BRUTTIN, Kindesschutz- und kinderrechtliche Instrumente in Konfliktsituationen: Vor- und Nachteile, in: Andrea Büchler/Roland Fankhauser (Hrsg.), Zehnte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2023, 143 ff., 148 f.

¹⁰ Siehe ROSCH (FN 4), N 13 ff.

¹¹ Vgl. SIMONE GERBER, Wann interveniert der Staat in Familien?, Eintritts- und Eingriffsschwellen im Kindesschutz und im Kindesrecht, Bern 2021, 57 f.; HARRY DETTENBORN, Kindeswohl und Kindeswille, Psychologische und rechtliche Aspekte, 5. A., München 2017, 57, der von «Gefährdungsabgrenzung» spricht; ANDREA HAURI/ANDREAS JUD/DAVID LÄTSCH/DANIEL ROSCH, Abklärungen im Kindesschutz, Das Berner und Luzerner Abklärungsinstrument in der Praxis, Bern 2021, 7, 11 f.; DANIEL ROSCH, Sechs ausgewählte Orientierungsgrössen in der Abklärung im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, ZKE 2020, 299 ff., 303 f.

¹² DETTENBORN (FN 11), 55 ff.; GERBER (FN 11), 58; HAURI ET AL. (FN 11), 11.

¹³ GERBER (FN 11), 58 f.; MICHEL/ROSCH/BRUTTIN (FN 9), 149.

¹⁴ GERBER (FN 11), 115, 123.

¹⁵ Vgl. hierzu KILDE (FN 7), 159.

¹⁶ Ebenso: GERBER (FN 11), 104.

¹⁷ KGer BL, 810 22 259, 15.3.2023, E. 4.1 und 4.3.

¹⁸ Interessant erscheint, dass das Bundesgericht trotz dieser Identität beide Rechtsgrundlagen separat prüft (E. 3.4.1 f.), was dennoch darauf hindeuten könnte, dass das Bundesgericht hier einen Unterschied im Sinne von unterschiedlichen Eingriffsschwellen sieht. Ansonsten hätte es beide Rechtsgrundlagen zusammen prüfen können.

¹⁹ Vgl. KGer BL, 810 22 259, 15.3.2023, E. 7.2 i.f.

²⁰ Z.B. bei E. 7.6. Hinsichtlich dessen, dass noch kein persönlicher Kontakt zwischen K. und V. besteht: «Im vorliegenden Verfahrensstadium ist die Beurteilung des Kindeswohls anhand anderer Kriterien vorzunehmen und eine Kindeswohlgefährdung darf nur sehr zurückhaltend angenommen werden.»

Der Entscheid des Kantons- wie des Bundesgerichts hätte nach hier vertretener Auffassung mit einem Bezug auf den Kindes(schutz)rechtlichen Kontext und dessen Bedeutung an Klarheit gewonnen und würde auch prägnantere Vorgaben für die Rechtspraxis ermöglichen.

B. Regelung des persönlichen Verkehrs als Voraussetzung von Art. 273 Abs. 2 ZGB

Das Kantonsgericht betont mehrfach, dass im vorliegenden Verfahrensstadium der persönliche Verkehr gerade noch nicht geregelt sei. Es geht vorliegend somit nicht um Weisungen für eine Situation, in der der persönliche Verkehr sich zum Nachteil des Kindes gestaltet, sondern um *ein Anbahnen* des persönlichen Verkehrs. Diese Weisung zum Anbahnen des persönlichen Verkehrs subsumiert das Kantonsgericht unter Art. 273 Abs. 2 ZGB. Dies rügt das Bundesgericht zu Recht. Voraussetzung für Art. 273 Abs. 2 ZGB ist, dass bereits der persönliche Verkehr geregelt ist und zu dessen Kindeswohlförderlicher Durchführung Weisungen erlassen werden können. So ist auch die «Nichtausübung des persönlichen Verkehrs» gemäss Art. 273 Abs. 2 ZGB so zu verstehen, dass es bereits eine Regelung des persönlichen Verkehrs gibt, diese aber nicht ausgeübt und somit umgesetzt wird. Es geht hier nicht um Situationen, in denen der persönliche Verkehr überhaupt noch nicht geregelt ist. Folge davon ist auch, wie das Bundesgericht zu Recht feststellt, dass die sorgeberechtigte M. aufgrund von Art. 275 Abs. 3 ZGB für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs verantwortlich bleibt.

Das Kantonsgericht dürfte sich dieser Problematik wohl bewusst gewesen sein. Es argumentiert, dass der Entzug des persönlichen Verkehrs *ultima ratio* sei und dieser im Rahmen von Art. 274 Abs. 2 ZGB nur angeordnet werden dürfe, wenn der persönliche Verkehr Kindeswohlgefährdend sei und keine milderen Massnahmen greifen würden.²¹ Wohl im Sinne von *a maiore ad minus* äussert es sich dahingehend, dass im vorliegenden Verfahrensstadium «nicht zwangsläufig zwischen den Extremen direkter physischer Kontakt oder gar kein persönlicher Kontakt entschieden werden muss. Vielmehr lässt die konkrete Ausgestaltung eines Besuchsrechts eine Vielzahl von verschiedenen Abstufungen und Varianten zu [...]»²² Das Kantonsgericht sieht damit, dass es zwar für eine Weisung nach Art. 273 Abs. 2 ZGB der Regelung des persönlichen Verkehrs bedürfte, dies im vorliegenden Falle aber noch gar nicht möglich ist und dass es gleichzeitig

zur Einschätzung der Auswirkungen eines möglichen persönlichen Verkehrs auf K. einer Aufklärung über den Vater bedarf im Sinne eines Anbahnens des persönlichen Verkehrs. Es sieht daher möglicherweise Art. 273 ZGB als mildere Massnahme im Kontext von Art. 274 Abs. 2 ZGB. Jedoch gilt auch im Rahmen von Art. 274 Abs. 2 ZGB selbstredend, dass bereits der persönliche Verkehr geregelt wurde.

Demgegenüber scheint die relativ starre Abfolge, welche das Bundesgericht vorschlägt, wenig erfolgversprechend. Das Bundesgericht erwartet zunächst eine Abklärung, ob der persönliche Verkehr möglich ist, und danach den Entscheid über den persönlichen Verkehr mit allenfalls darauffolgenden Weisungen. Es beachtet damit zu wenig, dass im Rahmen einer Abklärung die Interaktion ein wesentlicher Bestandteil von möglichen Lösungen und damit des Ergebnisses ist bzw. sein kann.²³ Im Rahmen eines solchen Abklärungsprozesses wäre K. zwingend miteinzubeziehen und würde damit mit der Person des Vaters automatisch konfrontiert werden. Gerade dies sieht das Kantonsgericht bzw. die KESB und möchte dieses Anbahnen möglichst professionell gestalten.

Bundesgerichtskonform wäre hier gewesen, wenn die KESB den persönlichen Verkehr im Sinne einer möglicherweise angemessenen Regelung angeordnet und zur Umsetzung ein stufenweises Vorgehen im Sinne der Anbahnung anberaunt hätte; dies im Wissen darum, dass wohl über diese Anbahnung sich die Regelung oder der persönliche Verkehr überhaupt noch wesentlich verändern wird. Die KESB hat hier darauf verzichtet. Mit einer solchen «hypothetischen» Regelung ist zudem in der Regel mehr Schaden angerichtet, weil gerade Eltern in einem – wie hier – schwer chronifizierten Konflikt damit neuer Anlass zum Streiten geboten wird.

Andererseits hätte die KESB diese Weisung im Rahmen des Abklärungsverfahrens als verfahrensleitende Verfügung anordnen können. Sie hätte gemäss Art. 446 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 314e ZGB die KJP mit dem «Anbahnungsprozess» beauftragen²⁴ und gleichzeitig die Mutter allenfalls anweisen können, das Kind zur KJP zu bringen und es wiederum abzuholen. Dann wäre im Rahmen des Anbahnungsversuches mutmasslich ersichtlich geworden, wie der persönliche Verkehr angemessen ausgestaltet werden könnte. Hierhin würde in einem Abklärungsverfahren zur Regelung des persönlichen Ver-

²¹ KGer BL, 810 22 259, 15.3.2023, E. 7.6 und E. 4.3.

²² KGer BL, 810 22 259, 15.3.2023, E. 7.6.

²³ HAURI ET AL. (FN 11), 17 ff.; ROSCH (FN 11), 308 f., 304 ff.

²⁴ Mit einer Beauftragung der KJP bestünden zudem auch keine Schwierigkeiten hinsichtlich des Informationsaustausches zwischen KESB und KJP (siehe hierzu unten D.).

kehr ein solcher Schritt auch hingehören. Als separater Endentscheid taugt die zur Diskussion stehende Weisung nicht und bewirkt – wie hier geschehen – offenkundig, dass die Gerichte in formeller und argumentatorischer Hinsicht tendenziell kreativ werden müssen.

C. Verhältnismässigkeit

Das Bundesgericht äussert sich an verschiedener Stelle des Entscheides über die Verhältnismässigkeit und betrachtet diese teilweise als deutlich verletzt. Auch wenn der Kantonsgerichtsentscheid für die Interpretation beigezogen wird, erscheint es letztlich nicht ganz klar, weshalb diese Intervention für das Bundesgericht derart deutlich unverhältnismässig erscheint.

Das Bundesgericht bekräftigt jedenfalls zu Recht, dass Kindes(schutz)rechtliche Massnahmen, die in die Elternrechte bzw. die Rechte von Minderjährigen eingreifen, jeweils spezifisch auf die Verhältnismässigkeit hin zu prüfen sind, und zwar im geforderten Dreischritt der Eignung, der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit. Diese Prüfung hat sich im Entscheid niederzuschlagen.

Ebenfalls zutreffend erscheint, dass die Verantwortung für die Abklärung bei der KESB liegt und diese nicht den Eltern – trotz bestehender Mitwirkungspflichten – überantwortet werden darf. Wie soeben aufgezeigt wäre wohl mit einer verfahrensleitenden Verfügung mit einer Weisung an die Mutter, K. zu bringen und zu holen, die Verhältnismässigkeit gewahrt.

D. Weisung und Berufsgeheimnis Dritter

Interessant erweisen sich zudem die Ausführungen des Bundesgerichts zum Berufsgeheimnis im Rahmen von Weisungen. Die Weisung an M., K. beim KJP über seinen Vater aufzuklären, wurde kombiniert mit der Bitte an die KJP, die KESB zu informieren, falls M. der Weisung nicht Folge leisten sollte. Das Bundesgericht weist hier darauf hin, dass Ärztinnen und Ärzte aufgrund ihres Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB keine derartige Meldung machen dürften, es sei denn, diese könnten sich vom Berufsgeheimnis entbinden lassen.

Zunächst wäre zu klären, ob die KJP überhaupt Adressatin einer Weisung im Kindes(schutz)recht sein kann. Wie oben aufgezeigt besteht in Bezug auf das Instrument der Weisung eine besondere Nähe zwischen Art. 273 Abs. 2 und Art. 307 Abs. 3 ZGB. Sie sind inhaltlich weitgehend gleichgelagert. Art. 307 Abs. 3 ZGB umschreibt den Adressatenkreis, der auch für Art. 273 Abs. 2 ZGB gilt: Die Kindesschutzbehörde kann «insbesondere Eltern,

Pflegeeltern oder dem Kind» Anweisungen geben. Dazu können auch Stiefeltern gehören.²⁵ Umstritten ist jedoch, ob auch weitere Dritte angewiesen werden können, wie Nachbarn und Freunde, Verwandte etc.²⁶ Dies ist abzulehnen, weil das Kindes(schutz)recht primär Sorgeberechtigte adressiert und allenfalls Personen, welche die Wirkung des Kindesverhältnisses beschlagen, aber nicht das Verhalten Dritter.²⁷ Solche Dritte können dann ausnahmsweise Adressatinnen sein, wenn diesen vertraglich,²⁸ ex lege²⁹ oder tatsächlich Aufgaben im Rahmen der elterlichen Sorge übertragen worden sind.³⁰ Folglich kann die KJP vorliegend nicht Adressatin der Weisung sein. Dies hat die KESB berücksichtigt, indem sie die KJP einzig um Mitteilung «ersucht». Das Ersuchen um Mitteilung reicht jedoch selbstredend für eine Entbindung des Berufsgeheimnisses nicht aus.

Die KESB könnte einerseits eine geeignete Person oder Stelle nach Art. 307 Abs. 3 ZGB bestimmen, welcher Einblick und Auskunft zu geben wäre (sog. Erziehungsaufsicht). Aber auch hier stösst die Stelle bzw. Person an die Grenze der Schweigepflicht Dritter. Dritte unter Schweigepflicht müssen nicht per se einer Erziehungsaufsicht Auskunft geben. Es gelten auch hier die allgemeinen datenschutzrechtlichen Regeln, und zwar auch dann, wenn die KJP selbst als Erziehungsaufsicht eingesetzt würde. Hier wäre zudem darauf hinzuweisen, dass die Anordnung einer Erziehungsaufsicht der Zustimmung der betroffenen Person oder Stelle bedarf.³¹

Andererseits könnte die KESB auch die Sorgeberechtigten bzw. das urteilsfähige Kind anweisen, die Einwilligung zur Entbindung des Berufsgeheimnisses zu erteilen. Dabei ist zu beachten, dass nach hier vertretener Auffassung eine allgemeine Entbindung des Berufsgeheimnisses nicht zulässig wäre, da sie zu stark in die Persönlichkeitsrechte eingreifen würde; hingegen könnte sie im Rahmen einer Interessenabwägung zulässig sein, soweit es einzig darum geht, ob Kontakt aufgenommen wurde. Hinzu kommt jedoch im vorliegenden Kontext, dass bei Ärztinnen und Ärzten der KJP die Höchstpersönlichkeit von me-

²⁵ BK-AFFOLTER/VOGEL (FN 7), Art. 307 ZGB N 74.

²⁶ So insbesondere BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 307 N 19, in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2022.

²⁷ BK-AFFOLTER/VOGEL (FN 7), Art. 307 ZGB N 79.

²⁸ Z.B. die Heimleiterin.

²⁹ Z.B. im Rahmen von Art. 300 ZGB.

³⁰ BK-AFFOLTER/VOGEL (FN 7), Art. 307 ZGB N 79.

³¹ Vgl. DANIEL ROSCH/ANDREA HAURI, Zivilrechtlicher Kinderschutz, in: Daniel Rosch/Christiana Fountoulakis/Christoph Heck (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute. 3. A., Bern 2022, N 1000 ff., N 1041.

dizinischen Massnahmen einer solchen Weisung entgegenstehen dürfte. Folglich könnte die KESB einzig darauf hinweisen, dass – um weiter eingreifende Massnahmen zu vermeiden – sie auf eine diesbezügliche Einwilligung angewiesen wäre. Damit wird wiederum gleichzeitig die Frage aufgeworfen, inwiefern eine solche Einwilligung überhaupt noch als «Akt wirklicher Selbstbestimmung»³² zu sehen ist. Insofern ist zu konstatieren, dass das Bundesgericht zwar diese Thematik zu Recht kritisch beleuchtet, aber dies einige Folgefragen (nicht nur für die Praxis) aufwirft.

Demgegenüber würde eine verfahrensleitende Verfügung mit dem Auftrag an die KJP im Rahmen von Art. 446 Abs. 2 ZGB (siehe oben III.B. i.f.) die Fragestellung *rechtlich* entschärfen. Mit einem solchen Auftrag würde das Rechtsverhältnis zwischen der KESB und der KJP begründet, worin auch Informationsrechte und -pflichten statuiert werden können. Damit wäre hier ein Austausch möglich. Zu bedenken ist jedoch, dass die KJP solche Pflichten im Rahmen der Arbeitsaufnahme mit der Klientenschaft transparent machen muss, was je nach Ausgestaltung der Informationspflichten Auswirkungen auf den Erfolg der Intervention hat. Als Grundsatz kann gelten: «Je mehr Informationen die KESB insb. über den Inhalt und das Geschehen rückgemeldet haben möchte, desto vorsichtiger und zurückhaltender werden die Involvierten sein.» Im Wissen darum, dass die KESB «mithört», ist der für Veränderungen notwendige vertrauliche Raum beeinträchtigt und damit in der Regel auch die Erfolgchancen der Intervention. Folge davon ist aus Betroffenen­sicht, dass das Risiko, sich wirklich auf einen Veränderungsprozess einzulassen, angesichts der Rahmenbedingungen zu gross ist und dies oft (aktiven oder passiven) Widerstand³³ auslöst. Diese Schwierigkeiten werden in anderen Rechtsbereichen vom Gesetzgeber vorausschauend geregelt. So sieht z.B. die Zivilprozessordnung im Mediationsverfahren vor, dass der Inhalt der Mediation gemäss Art. 216 ZPO vertraulich ist und nicht im Verfahren verwendet werden darf. Die genannten Überlegungen wären auch ohne explizite gesetzliche Regelung für eine gelingende Praxis zu berücksichtigen.

IV. Fazit

Der Entscheid des Bundesgerichts behandelt Weisungen im Kindesrecht gemäss Art. 273 Abs. 2 ZGB und im Kindesschutzrecht gemäss Art. 307 Abs. 2 ZGB, sowie deren Voraussetzungen und Wirkungen hinsichtlich des Berufsgeheimnisses. Von den Rechtswirkungen her sind die beiden Weisungen identisch. Demgegenüber ist der kindesrechtliche Kontext im Unterschied zum kindeschutzrechtlichen Kontext insofern bedeutsam, als die Frage nach der Eingriffsschwelle eine andere ist. Daraus entstehen auch unterschiedliche Kindeswohlbegriffe. Mit dieser Unterscheidung hätte der Entscheid mehr Klarheit in Bezug auf die Einordnung und Bedeutung gewonnen. Ansonsten zeichnet sich der Entscheid vor allem dadurch aus, dass die KESB die «Weisungen» im falschen Verfahrens­stadium wählte. Anstatt das Verfahren mit einer Weisung als Endentscheid abzuschliessen, hätte die KESB im Rahmen des Abklärungsverfahrens eine verfahrensleitende Verfügung mit einem Auftrag an die KJP und einer Weisung an die Mutter erlassen sollen. Somit ist eine Weisung nicht eine Weisung; der rechtliche Kontext oder eben das rechtliche (Verfahrens-)Gewand ist entscheidend. Auf dieses kommt es im vorliegenden Fall besonders an.

³² MARIO M. PEDRAZZINI/NIKLAUS OBERHOLZER, Grundriss des Personenrechts, 4. A., Bern 1993, 125.

³³ Siehe zur Reaktanz und zu daraus folgenden aktiven und passiven Widerstandsmöglichkeiten: PATRICK ZOBRIST/HARRO DIETRICH KÄHLER, Soziale Arbeit in Zwangskontexten, Wie unerwünschte Hilfe erfolgreich sein kann, 3. A., München 2017, 98 ff.; DANIEL ROSCH, Kindes- und Erwachsenenschutz als Berufsfeld der Sozialen Arbeit, in: Daniel Rosch/Christiana Fountoulakis/Christoph Heck (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, 3. A., Bern 2022, N 117 ff., N 123 ff.