

AR GVP 32/2020 Nr. 3785

Abgrenzung der Aufgaben des Beistandes und der Familienberatung (Art. 307 Abs. 3 und Art. 308 ZGB). Adressaten der Weisung nach Art. 307 Abs. 3 ZGB sind die Eltern und nicht die Familienberatung. Es ergeht kein Auftrag an die Letztere und die Familienberaterin kann keine Entscheide fällen. Demgegenüber hat der Beistand im Rahmen des Auftrages der KESB tätig zu werden. Wichtig ist, dass er nur ergänzend und komplementär zu den Eltern tätig wird. Wenn also die Eltern selbst eine Einigung finden, hat der Beistand keine Aktivitäten zu entfalten. Die Parteien müssen zwar - in Befolgung der Weisung - die Familienberatung besuchen. Ob dabei ein Ergebnis erzielt wird, ist aber offen. Wird im Rahmen der Familienberatung eine einvernehmliche Lösung gefunden und auch dokumentiert, wird der Beistand grundsätzlich nicht aktiv werden. Wird keine Lösung gefunden, wird der Beistand im Rahmen seines Auftrages aktiv. Vor diesem Hintergrund ist es nicht erforderlich, die Aufgaben von Familienberatung und Beistand behördlich festzulegen.

Urteil des Obergerichts, 2. Abteilung, 14.01.2020, O2K 18 10

Aus den Erwägungen:

3.2 Der Beschwerdeführer erachtet den angefochtenen Entscheid aufgrund des Sachverhalts und der Situation als unangemessen. Das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden habe im Entscheid vom 8. August 2017 eine detaillierte Betreuungsregelung getroffen und die Klärung der Details den Eltern mit Hilfe der Elternberatung überlassen. Sowohl der Beschwerdeführer als auch die Beschwerdegegnerin hätten anlässlich der Anhörung durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) geäußert, dass die Elternberatung gut klappe. Mit dem vorliegenden Entscheid habe die KESB nun eine Kompetenzüberschreitung geschaffen, die mit dem Subsidiaritätsprinzip nicht vereinbar sei. So sollten die Probleme hinsichtlich der gemeinsamen Kinder grundsätzlich durch die Eltern, allenfalls mit Hilfe der Elternberatung im Sinne einer Lösungsfindung geklärt werden. Erst wenn Gespräche nicht fruchten würden, solle der Beistand subsidiär in Rücksprache mit der Elternberatung in schlichtender und richtender Rolle seine Aufgaben wahrnehmen und eine einmal abgemachte Lösung allenfalls auch durchsetzen. Dies bedinge eine enge Zusammenarbeit zwischen Elternberatung und Beistand, mithin eine regelmässige Information der Elternberatung an den Beistand. Eine solche Zusammenarbeit sei momentan jedoch nicht möglich, zumal die Elternberatung erst am 5. November 2018 durch den Beistand selbst und nicht durch die KESB von der im Entscheid vom 4. Oktober 2018 erteilten Weisung erfahren habe. Dementsprechend sei der Entscheid unangemessen und die Subsidiarität der Beistandschaft und die Zusammenarbeit zwischen Elternberaterin und Beistand klar festzuhalten und zu regeln.

Die Unsicherheit hinsichtlich der Aufgabenteilung zwischen Beistandschaft und Familienberatung spiegle sich bei einem Vorfall im November/Dezember 2018 wieder, als es um den Abtausch von Wochenenden gegangen sei. Mit Blick auf das Vorgehen des Beistands werde in Frage gestellt, ob das Kindeswohl stets im Vordergrund stehe, zumal der Beistand im November 2018 für den Dezember 2018 zuerst eine Besuchsrechtsregelung vorgeschlagen habe, welche die Besuchszeit der Kinder beim Vater so eingeschränkt habe, dass die Kinder den Vater weniger gesehen hätten, als im Gerichtsentscheid vom 8. August 2017 abgemacht worden sei. Aufgabe des Beistands sei jedoch, „im Konfliktfall im Rahmen der gerichtlichen Regelung über den persönlichen Verkehr konkrete Modalitäten zur Umsetzung festzulegen“. Hier sei der Beistand dieser Pflicht offensichtlich nicht nachgekommen. Die Umschreibung der Aufgaben scheine mithin nicht vollends klar.

Das oben erwähnte Beispiel zeige deutlich, dass die Aufgaben des Beistands nicht genügend umschrieben seien. Gerade weil er nicht einmal den Gerichtsentscheid umsetze, seien die Aufgaben eben nicht klar. Gemäss dem Subsidiaritätsprinzip gehe es darum, dass die Elternberatung zuerst greife, bevor die härtere Massnahme - die Beistandschaft - einsetzen solle. Zudem sei seitens des Beistands und der Elternberatung ein Bericht einzuholen, wie sich die Situation seit der Einsetzung des Beistands gestalte.

Dass die Weisung - wie die Vorinstanz in der Stellungnahme meine - als Verstärkung der Bedeutung der Elternberatung zu verstehen sei, sei nicht verständlich. Belegt sei, dass die Elternberatung offenbar helfe und dies sei von der KESB zu beachten. Es sei nicht an ihr als Rechtsvertreterin, die Aufgaben der Elternberatung zu umschreiben. Die KESB müsste aufgrund ihrer Interdisziplinarität dazu in der Lage sein. Eine Subsidiarität der Beistandschaft gehe eben gerade nicht am Wesen der Beistandschaft vorbei. Grundsätzlich wichtig und richtig müsse es doch sein, dass die Eltern - soweit sie sich miteinander verständigen könnten, was hier mit Hilfe der Elternberatung meist der Fall sei - die Absprachen bezüglich der Kinder bilateral treffen könnten. Erst wenn die Elternberatung scheitere oder bei einer Problematik anstehe, solle der Beistand seine Rolle übernehmen. Dies mache Sinn, zumal es einerseits dem Prinzip der Subsidiarität folge und andererseits gemäss Aussage beider Eltern die Elternberatung bisher einigermassen gut funktioniert habe.

Die Beschwerdegegnerin äussert sich nicht zu dieser Problematik.

Die KESB beantragt, auf die Ziffern 1 und 1.1 des Rechtsbegehrens nicht einzutreten. Die Aufgaben und die Kompetenzen der Beistandsperson würden in Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids genügend umschrieben. Die Elternberatung habe die Eltern zu beraten. Der Beschwerde sei nicht zu entnehmen, welche Aufgaben überhaupt und allenfalls wie zu umschreiben wären. Wie der Entscheidungsbegründung zu entnehmen sei, sei die Weisung als Verstärkung der Bedeutung der Elternberatung zu verstehen, die eine Vorstufe einer freiwilligen Mediation darstelle. Die Ausführungen zur Subsidiarität und Koordination zwischen Elternberatung und Beistandschaft gingen grundlegend am Wesen einer Beistandschaft vorbei, insbesondere wenn die Meinung vertreten werde, die Beistandschaft sei subsidiär zur Elternberatung und der Beistand würde schlichten und vor allem „richten“.

Der Entscheid des Eheschutzrichters vom 8. August 2017 sieht folgende Betreuungsregelung vor:

- „3. Über die Betreuung der Kinder durch den Vater einigen sich die Eltern einvernehmlich und unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der Kinder. Für den Konfliktfall soll folgende Regelung gelten:
- a. Solange der Vater bei seinen Eltern wohnhaft ist, betreut er die Kinder jeden Mittwochnachmittag von 11.40 Uhr bis 18.00 Uhr und jeden Samstag von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr. Die Kinder kehren verpflegt zur Mutter zurück. Am Mittwoch holt der Vater L. bereits um 11.30 Uhr bei der Mutter ab.
 - b. Sobald der Vater über eine eigene Wohnung verfügt, betreut er die Kinder jeden Mittwochnachmittag von 11.40 Uhr bis 18.00 Uhr sowie jeweils an drei aufeinanderfolgenden Wochenenden grundsätzlich von Samstag 18.00 Uhr bis Sonntag 18.00. Über einen Abtausch der Betreuungstage des Vaters auf Freitag 18.00 Uhr bis Samstag 18.00 Uhr oder über ein früheres Abholen am Samstagmorgen um 10.00 Uhr einigen sich die Eltern unter Berücksichtigung aller Bedürfnisse einvernehmlich im Einzelfall. Am Mittwoch holt der Vater L. bereits um 11.30 Uhr bei der Mutter ab. Die Kinder kehren verpflegt zur Mutter zurück. Jedes vierte Wochenende verbringen die Kinder bei der Mutter.
 - c. Der Vater verbringt mit F. und A. vom 19. Juli 2017, 1400 Uhr, bis 26. Juli 2017, 17.00 Uhr, Ferien im Wallis. In den Herbstferien 2017 wird er mit den drei Kindern unter der Woche entweder drei aufeinanderfolgende Ferientage verbringen, falls er bis dahin über eine eigene Wohnung verfügt. Andernfalls verbringt er mit den Kindern drei Einzeltage Ferien. Die Mutter verbringt mit den Kindern zwischen dem 30. Juli 2017 und 13. August 2017 eine Woche Sommerferien und teilt das Datum dem Vater rechtzeitig mit.

- d. Beide Elternteile sind berechtigt, ab 1. Januar 2018 je vier Wochen Ferien jährlich mit den Kindern zu verbringen. Die Eltern koordinieren die Ferienplanung jeweils im Oktober für das folgende Jahr.
 - e. Die Kinder verbringen die Samichlausfeier vom 2. Dezember 2017 bei der Mutter und jene vom 9. Dezember 2017 beim Vater. Er holt die Kinder für die Feier bei ihm um 10.00 Uhr ab und bringt sie um 18.00 Uhr der Mutter wieder zurück. Entsprechendes gilt für die Samichlausfeiern in den Folgejahren.
 - f. Am 10. Februar 2018 nehmen die Kinder gemeinsam mit beiden Eltern an der Kinderfasnacht teil. Der Elternteil, bei dem sich die Kinder gerade befinden, bringt die Kinder zu diesem Anlass. Entsprechendes gilt für die Kinderfasnacht in den Folgejahren.
 - g. Die Kindergeburtstage verbringen alle drei Kinder zusammen zu Hause bei der Mutter. Dies gilt auch an den Betreuungswochenenden des Vaters. Er ist grundsätzlich berechtigt, am Geburtstagsfest zwischen 11.00 Uhr und 19.00 Uhr teilzunehmen. Die Details regeln die Eltern zusammen mit der Elternberatungsstelle (siehe unten Ziff. 5).
 - h. Die Kinder verbringen dieses Jahr die Zeit vom 24. bis 26. Dezember und vom 2. bis 3. Januar bei der Mutter. Vom 27. Dezember um 13.00 Uhr bis 1. Januar um 18.00 Uhr halten sich die Kinder beim Vater auf. Die Regelung für Weihnachten/Neujahr 2018 und 2019 regeln die Eltern mit der Elternberatungsstelle.
 - i. Die Kinder sind berechtigt, dem anderen Elternteil zu telefonieren, wann immer sie dies wünschen.
4. Die Ehegatten werden nach den Sommerferien 2017 eine Elternberatung in Anspruch nehmen mit dem Ziel, ihr Getrenntleben zum Wohl der Kinder möglichst konfliktfrei zu bewältigen. Nach Möglichkeit soll diese Elternberatung wieder bei M. in G. stattfinden. Falls dies nicht möglich sein sollte, verständigen sich die Ehegatten auf eine andere geeignete Elternberatungsstelle. Die Kosten der Elternberatung werden von beiden Ehegatten je hälftig getragen.“

Der Entscheid der KESB vom 4. Oktober 2018 lautet wie folgt:

- „1. Für F., A. und L. wird eine Beistandschaft nach Kindesschutzrecht (Art. 308 ZGB) angeordnet.
2. Die Beistandsperson hat die Aufgaben und Kompetenzen:
- a. Die Eltern und F., A. und L. im Rahmen der Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 Abs. 1 ZGB) angemessen zu beraten und zu unterstützen, insb. in den Bereichen Betreuung, Persönlichkeitsentwicklung, angemessene Erziehungsmethoden, gesundheitliche Entwicklung, Schule und Ausbildung, Förderung von Begabungen und Interessen.
 - b. Im Rahmen einer Beistandschaft mit besonderen Befugnissen (Art. 308 Abs. 2 ZGB):
 - 1. Die Eltern bei der Ausübung des persönlichen Verkehrs zwischen F., A. und L. und dem Vater zu beraten und zu unterstützen;
 - 2. Die Umsetzung der gerichtlichen Regelung des persönlichen Verkehrs zu unterstützen und auszuwerten;
 - 3. Im Konfliktfall im Rahmen der gerichtlichen Regelung über den persönlichen Verkehr konkrete Modalitäten zur Umsetzung festzulegen;
 - 4. Dem Vater auf Verlangen Auskunft über die Entwicklung von F., A. und L. zu erteilen;
 - 5. Sämtlichen an der Betreuung und Förderung von F., A. und L. Beteiligten als Ansprechperson zur Verfügung zu stehen.
3. Den Eltern von F., A. und L. wird die Weisung erteilt, die laufende Elternberatung bei M. in G. weiterzuführen und mindestens einmal im Monat aktiv wahrzunehmen (Art. 307 Abs. 3 ZGB).“

Auch wenn es im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist, können mehrere Massnahmen miteinander kombiniert werden, was in der Praxis häufig vorkommt. Zu beachten ist allerdings, dass sie in ihrer Summe nicht einem Entzug der elterlichen Sorge gleichkommen dürfen, ansonsten diese auch tatsächlich zu entziehen ist. Das Massnahmenpaket muss jedenfalls stets das richtige Mittel zur Verwirklichung des Ziels sein und in einem vernünftigen Verhältnis zu diesem stehen (CANTIENI/BLUM, in: Fountoulakis/Affolter-Fringeli/Biderbost/Steck [Hrsg.], Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2016, Rz. 15.27). Dabei ist es insbesondere Aufgabe der KESB, innerhalb der genannten Kategorien jene Detailmassnahme(n) zu definieren, mit welcher der Gefährdungslage im Einzelfall - mutmasslich - am besten zu begegnen ist. Wie der neu konzipierte Erwachsenenschutz ist auch der Kindesschutz vom Prinzip der Massschneiderei geleitet (KONFERENZ FÜR KINDES- UND ERWACHSENENSCHUTZ KOKES, Praxisanleitung Kindesschutzrecht, 2017, Rz. 2.15). Kombinationsmöglichkeiten eröffnen sich zwischen Art. 307, 308 und 310 ZGB. Sie sind mit Blick auf die im Einzelfall anzustrebende Individualisierung wichtig und deshalb bei Bedarf zu nutzen (*dieselbe*, a.a.O., Rz. 2.17).

Falls während einer laufenden Massnahme ein zusätzliches Verfahren angehoben wird, besteht die Gefahr dysfunktionaler paralleler Interventionen, zum Beispiel, wenn eine Mediation, ein Gutachten oder eine Verfahrensbeistandschaft angeordnet wird. Ohne klare schriftliche Regelung der jeweiligen Rollen und Aufgaben (verfahrensleitende Verfügung, möglichst mündliche Erläuterung) besteht die Gefahr, dass innerhalb des Helfersystems mit sich überschneidenden und teilweise auch überlagernden Zuständigkeiten oder bei den Verfahrensbeteiligten Konfusionen entstehen. Das drückt sich darin aus, dass sich Bemühungen von Erziehungsbeistand, Verfahrensbeistand, Mediator oder Gutachter durchkreuzen und sich gegensätzliche Hilfen installieren, die den Betroffenen und vor allem dem Kind mehr schaden als nützen. Behördlicher Kindesschutz kann so zur Risikofalle werden (*dieselbe*, a.a.O., Rz. 3.17).

Die Verfahrensinstruktion der KESB besteht in solchen Fällen nicht nur in der transparenten Festlegung des Vorgehens und der Abklärungsaufträge, sondern gegebenenfalls auch in der Klärung der Rollen bereits installierter Helfersysteme (namentlich Beistand, Therapeuten, sozialpädagogische Familienbegleitung). Es versteht sich von selbst, dass angesichts des autoritativ gesteuerten Abklärungsverfahrens (Art. 314 in Verbindung mit Art. 446 ZGB) auch diese Rollenklärungen autoritativ festgelegt werden müssen. Das können verfahrensleitende Verfügungen, gegebenenfalls aber auch vorsorgliche Massnahmen sein (*dieselbe*, a.a.O., Rz. 3.18). Weil Weisungen nach 307 Abs. 3 ZGB nur eine beschränkte Wirksamkeit zukommt und diese zur Behebung von Gefährdungen häufig nicht genügen, werden sie oft kombiniert mit einer Beistandschaft nach 308 ZGB (CHRISTOPH HÄFELI, Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Aufl. 2016, Rz. 40.10).

Vom Einholen eines Berichtes bei der Elternberatung und dem Beistand zur Entwicklung der Situation seit dessen Einsetzung kann mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen abgesehen werden. Ein solcher Bericht erübrigt sich auch deshalb, weil der Beistand und der Beschwerdeführer sich als Folge der - vermeintlich - unklaren Zuständigkeiten und Kompetenzen vor längerer Zeit je zurückgezogen haben.

Wenn in einem komplexen Verfahren verschiedene Massnahmen bestehen oder angeordnet werden, besteht in der Tat die Gefahr, dass sich die verschiedenen Helfersysteme überschneiden und so gegenseitig blockieren können. Der Beschwerdeführer will eine Hierarchie im Sinne der Subsidiarität der Beistandschaft im Verhältnis zur Familienberatung.

Die Weisung der Vorinstanz in Dispositiv-Ziffer 3 (Weiterführung der Elternberatung bei M.) stützt sich auf Art. 307 Abs. 3 ZGB. Es handelt sich um eine verbreitete und bekannte Weisung (AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Berner Kommentar, 2016, N. 36 zu Art. 307 ZGB). Sie ist zulässig (Urteil des Bundesgerichts 5A_457/2009 vom 9. Dezember 2009 E. 4). Adressat der Weisung sind die Eltern und nicht etwa die Familienberatung. Es

ergeht also kein Auftrag an die Familienberatung (vgl. *dieselben*, a.a.O., N. 79 zu Art. 307 ZGB). Ziel der Beratung ist die Erarbeitung von Lösungen für die Kinderbelange (WIDER/PFISTER-WIEDERKEHR, in: Rosch/Fountoulakis/

Heck [Hrsg.], Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, 2016, Rz. 819). Die Fachperson hat nur Beratungsfunktion (vgl. *dieselben*, a.a.O., Rz. 836). Die Familienberaterin kann also keine Entscheide fällen.

Demgegenüber richtet sich der Auftrag gemäss Dispositiv-Ziffer 2 an den Beistand. Dieser wird nur im Rahmen dieses Auftrages tätig. Wichtig ist, dass er nur ergänzend und komplementär zu den Eltern tätig wird (*dieselben*, a.a.O., Rz. 808; Urteil des Bundesgerichts 5A_883/2017 vom 21. August 2018 E. 3.3). Wenn also die Eltern selbst eine Einigung finden, hat der Beistand keine Aktivitäten zu entfalten.

Aus diesen allgemeinen Ausführungen ergibt sich vorliegend folgendes Verhältnis zwischen Familienberatung und Beistand: Die Parteien müssen zwar - in Befolgung der Weisung - die Familienberatung besuchen. Ob dabei ein Ergebnis erzielt wird, ist aber offen.

- Wird eine einvernehmliche Lösung gefunden und auch dokumentiert, wird der Beistand grundsätzlich nicht aktiv werden. In gewissem Sinne kann von einer Subsidiarität gesprochen werden. Es handelt sich dabei aber nicht um die vom Beschwerdeführer verlangte Subsidiarität gegenüber der „Familienberatung“, sondern um eine Subsidiarität gegenüber dem - erfolgreichen - *Ergebnis* der Familienberatung. Nur wenn eine Einschränkung der elterlichen Sorge nach 308 Abs. 3 ZGB angeordnet würde, könnte der Beistand auch gegen den übereinstimmenden Willen beider Elternteile Anordnungen treffen. Dies gilt insbesondere auch bezüglich der einzigen dem Beistand in casu eingeräumten Entscheidkompetenz (Festlegung der Modalitäten des persönlichen Verkehrs: vgl. Dispositiv-Ziffer 2 lit. b Ziff. 3; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, a.a.O., N. 102 zu Art. 308 ZGB). Eine solche Einschränkung hat die Vorinstanz im vorliegenden Fall nicht verfügt.
- Wird keine Lösung gefunden, wird der Beistand aktiv im Rahmen seines Auftrages.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht erforderlich, wie vom Beschwerdeführer in seinem Begehren 1.1 verlangt, die Aufgaben von Familienberatung und Beistand festzulegen. Die Aufgaben des Beistandes ergeben sich aus der angefochtenen Dispositiv-Ziff. 2. Die Aufgabe der Familienberatung folgt aus diesem Wort, was im Rahmen einer an die Eltern gerichteten Weisung genügt.

Abschliessend sei die folgende Bemerkung erlaubt: Nach Auffassung des Obergerichts handelt es sich vorliegend um einen klaren Fall von übersteigerten Erwartungen an die Möglichkeiten der staatlichen Organe (vgl. dazu *dieselben*, a.a.O., N. 107 zu Art. 308 ZGB; HÄFELI, a.a.O., Rz. 40.23 ff). Es ist leider anerkannt, dass in hochstrittigen Fällen - wie hier einer vorliegt - behördliche Anordnungen häufig wirkungslos sind (*derselbe*, a.a.O., Rz. 40.23).