



## Abänderung des gerichtlich angeordneten persönlichen Verkehrs durch die VB

### Sachverhalt

Im Zusammenhang mit einem Strafverfahren, das gegen eine durch die Vormundschaftsbehörde A. nach Art. 308 Abs. 1 + 2 ZGB ernannte Beiständin angehoben wurde, gelangen wir mit der Anfrage an Sie, sich aus fachlicher Sicht im Bereich des Vollzugs von Besuchsrechtsfragen zur Vorgehensweise der Beiständin zu äussern.

Dem laufenden Strafverfahren liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Mit Verfügung des Bezirksgerichts A. vom 3. März 2008 wurde in einem Eheschutzverfahren das Besuchsrecht für die Dauer des Getrenntlebens festgelegt und dem am 30.6.2007 geborenen Kind der Eltern eine Beiständin nach Art. 308 Abs. 1 + 2 ZGB beigegeben. Das Besuchsrecht war dabei entgegen dem Wunsch und den Bedenken der Mutter unbegleitet angeordnet worden. Das Gericht versuchte jedoch die praktische Umsetzung des Besuchsrechts insofern zu ermöglichen, dass eine Erziehungsbeistandschaft angeordnet wurde. Die eingesetzte Erziehungsbeiständin sollte sich dabei um die konkrete Ausgestaltung des Besuchsrechts kümmern und zwischen den Ehepartnern vermitteln.

Diese Verfügung wurde von der Ehefrau angefochten. Sie beantragte in der Appellation, dass das Besuchsrecht in Begleitung durchgeführt werden solle.

In der Folge bestätigte das Kantonsgericht mit Urteil vom 22.7.2008 die Verfügung, u.a. mit den Argumenten, dass der (offenbar gegebene) momentane Zustand der Entfremdung nicht als Grund vorgebracht werden könne für eine unverhältnismässige Beschränkung des Besuchsrechts und dass für die offensichtlichen Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Besuchsrecht ein Beistand eingesetzt worden sei (vgl. Urteil vom 22.7.2008 S. 6 f.).

In der Folge erhielt die Beiständin im Oktober 2008 von der Vormundschaftsbehörde A. den Auftrag, das gerichtlich angeordnete Besuchsrecht des Vaters gegenüber seinem 16 Monate alten Kind sukzessive umzusetzen und zu überwachen. Eine Kopie dieses Auftrages legen wir Ihnen bei.

Die Beiständin lud beide Eltern zum Gespräch und schlug diesen vor, dass die ersten paar Besuchskontakte des Vaters begleitet erfolgen sollen. Dies mit dem Ziel, dass der Vater den Umgang mit dem von ihm seit 12 Monaten nicht mehr gesehenen Kind einüben kann und die Beiständin sich von seinem altersadäquaten Umgang vergewissern kann. Vorgeschlagen wurden Besuchskontakte am Arbeitsort der Beiständin bzw. in einer Institution, die begleitete Besuchskontakte anbietet. Die Beiständin erachtete es aufgrund des Alters des Kindes (16 Monate), dem fehlenden Kontakt zum Vater während 12 Monaten sowie aufgrund von zu diesem Zeitpunkt neu im Raum stehenden Vorwürfen betreffend häusliche Gewalt und Drohungen für fachlich indiziert, das vom Gericht verfügte unbegleitete Besuchsrecht die ersten paar Male in begleitetem Rahmen sukzessive aufzubauen.



Dies lehnte der Vater kategorisch ab. Er reichte eine Aufsichtsbeschwerde ein und verlangte den Wechsel der Beiständin. Gegen den abweisenden Entscheid des kantonalen Vormundschaftsamtes erhob er Beschwerde beim Kantonsgericht. Dieses entschied mit Urteil vom 9.12.2009, dass dem Antrag auf Wechsel der Beiständin zufolge Zerrüttung stattzugeben sei.

Aufgrund der Erwägungen des Kantonsgerichtes, wonach die Beiständin nicht befugt gewesen sei, das zivilrechtliche Urteil abzuändern und entsprechend auch nicht befugt gewesen sei, über das gerichtlich festgelegte Besuchsrecht neu zu befinden, wurde vom Vater Strafanzeige gegen die Beiständin wegen Amtsmissbrauchs erhoben, was zum eingangs erwähnten und nun gegen unsere Mitarbeiterin geführten Strafverfahren führte.

Es ist dabei den Strafverfolgungsbehörden bereits klar, dass der subjektive Tatbestand des Amtsmissbrauchs mit Sicherheit nicht erfüllt ist (auch das Kantonsgericht hielt fest, dass die Sichtweise und die Handlungen der Beiständin für das Gericht nachvollziehbar seien).

Der Vormundschaftsbehörde A. liegt jedoch viel daran, dass das Strafverfahren auch wegen des fehlenden objektiven Tatbestandes eingestellt wird. Dies auch weil sich für uns in der Praxis grundsätzliche Fragen stellen. Weder das Kantonsgericht noch die Strafuntersuchungsbehörden scheinen gegenwärtig über die Praxis bei der Umsetzung eines angeordneten unbegleiteten Besuchsrechtes, das es gemäss Anordnung der Vormundschaftsbehörde sukzessive umzusetzen gilt, ausreichende Kenntnisse zu haben. Den Stellungnahmen der Vormundschaftsbehörde und des kantonalen Vormundschaftsamtes (1. vormundschaftliche Aufsichtsbehörde) wurde zudem bis dato zu wenig Beachtung geschenkt, weshalb wir uns nun an Sie wenden.

## Fragen

1. Hat ein gerichtlich verfügtes Besuchsrecht des Vaters in jedem Falle von Beginn weg unbegleitet stattzufinden, auch wenn die Beiständin aufgrund der sich im konkreten Zeitpunkt des Besuchsrechtvollzugs bietenden Ausgangslage (Kleinkind, lange Abwesenheit des Vaters, zudem neu aufgekommener Verdacht auf häusliche Gewalt und Drohungen, Vater soeben aus Polizeigewahrsam entlassen) aus Gründen des Kindesschutzes und des Kindeswohles Bedenken hat? Welche Handlungsmöglichkeiten hat sie in diesem Fall?
2. Hat ein gerichtlich verfügtes Besuchsrecht des Vaters in jedem Falle von Beginn weg unbegleitet stattzufinden, wenn die Beiständin aufgrund der vom Gericht vollends vorhergesehenen Schwierigkeiten (gänzlich unveränderte Verhältnisse) aus Gründen des Kindesschutzes und des Kindeswohles Bedenken hat? Welche Handlungsmöglichkeiten hat sie in diesem Fall?
3. Ist es zulässig und/oder üblich, Besuchsrechtstage, die vom Gericht ohne Begleitung festgelegt worden sind, auch ohne Zustimmung des Besuchsberechtigten zu Beginn in begleitetem Rahmen stattfinden zu lassen, sofern dies ein-



zig im Hinblick auf den sukzessiven Aufbau der unbegleiteten Besuchstage geschieht?

4. Ändert eine Beiständin mit der in Ziffer 3 beschriebenen Vorgehensweise den Besuchsrechtsentscheid eines Gerichtes?
5. Wie beurteilen Sie die Vorgehensweise der Beiständin aus fachlich-methodischer Sicht?

### Erwägungen

1. Amtsmissbrauch gemäss Art. 312 StGB setzt voraus, dass ein Beamter, seine Amtsgewalt missbraucht, um sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen oder einem andern einen Nachteil zuzufügen. Dies setzt auf der subjektiven Seite Vorsatz voraus und zudem die Absicht, sich oder einem andern einen Vorteil zu verschaffen, resp. einem andern einen Nachteil zuzufügen, der vorliegend wohl kaum gegeben sein dürfte. Damit liegt kein strafbares Verhalten vor. Welches Verhalten alles unter Amtsmissbrauch fällt, ist in Lehre und Praxis wenig klar; es reicht in jedem Falle nicht jeder Missbrauch eines Amtes (Stratenwerth, BT II, § 56 N 9 ff.).
2. Im Grundsatz ist dem Urteil des Kantonsgerichts beizupflichten, dass bei einer unveränderten Situation die Regelung des Persönlichen Verkehrs nicht unmittelbar und ohne dass sich die Situation verändert hat durch die Vormundschaftsbehörde abgeändert werden darf. Das Gericht hat im Rahmen seiner umfassenden Abklärungsmöglichkeiten und –verpflichtung (Art. 176 Abs. 4 i.V.m. Art. 273 ff. ZGB) einen Sachentscheid gefällt. Es gilt die Offizial- und Untersuchungsmaxime (Blum, der persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind, Diss. ZH 1983, S. 114). Dabei hatten die beteiligten Parteien ausreichend Möglichkeiten ihre Sicht der Dinge einzubringen. Darum wäre es unbillig, wenn die Vormundschaftsbehörde unmittelbar nachdem der Sachentscheid ergangen ist und ohne dass sich die Verhältnisse verändert haben, einen neuen Sachentscheid fällt, weil sie die Situation anders bewertet. Das Bundesgericht bestätigt diese Auffassung in BGer 5A.805/2009 mit der Ausnahme dass der Vollzug des Besuchsrechts vorübergehend sistiert werden darf, „soweit zwingende Gründe dies erheischen. Weil über eine dauerhafte Änderung der Besuchsrechtsordnung das Sachgericht zu entscheiden hat, kommt eine "vorübergehende Sistierung" primär für die Zeitspanne in Frage, bis der zuständige Richter die sich gegebenenfalls aufdrängende Neuregelung vornehmen kann“ (BGer 5A.805/2009 E. 4.5).
3. In Bezug auf die Aufgabenteilung zwischen dem Organ, welches den persönlichen Verkehr anordnet, und der Erziehungsbeiständin hat das zuständige Organ die Dauer und die Häufigkeit sowie weitere Modalitäten des persönlichen Verkehrs im Einzelfall festzulegen. Innerhalb dieser Anordnung hat die Erziehungsbeiständin sodann den Vollzug zu veranlassen, indem sie vermittelt, Modalitäten definiert und den persönlichen Verkehr überwacht (Blum, der persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind, S. 133 ff.). Im Einzelfall ist es nicht immer einfach, genau abzugrenzen, „was gerade noch in die Kompetenz des Beistandes passt und was einer überschreitenden Eigenmächtigkeit gleichkommt“ (Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, Diss. FR 1996, S. 317). Gemäss Biderbost sind dem Beistand



gewisse Eigenkompetenzen zuzugestehen. Dies gilt für alle Situationen, welche die Rahmenordnung (insb. Dauer und Häufigkeit) nicht betreffen. Laut Stettler dürfte es dem Beistand jedoch gewiss nicht leicht fallen, „das für den wirkungsvollen Schutz der Kindesinteressen Nötige vorzukehren und sich dabei streng an den Grundsatz zu halten, dass die getroffene Besuchsrechtsregelung nicht angetastet werden darf (Stettler, SPR, S. 503). Der Beistand kann im Rahmen des Anordnungsbeschlusses auch den Ort der Besuche festlegen (inkl. Orte, wo begleitete Besuchstage stattfinden) oder auch festlegen, wer daran teilnehmen darf, wenn das Kindeswohl solche Anordnungen erfordert. Ebenso kann der Beistand Anordnungen für einen ganz bestimmten Besuch erteilen; gegen den Willen der Inhaber der elterlichen Sorge ist dies gegebenenfalls nur im Rahmen von Art. 308 Abs. 3 ZGB möglich (Biderbost, S. 318).

4. Als Grundsatz kann somit festgehalten werden, dass sich der Erziehungsbeistand wenn immer möglich im Rahmen des Anordnungsbeschlusses zu bewegen hat. Gemäss der zitierten Autoren scheint diese Abgrenzung en détail nicht immer sehr einfach zu sein. Als Ausnahme zu diesem Grundsatz ist es möglich, dass der Beistand bei zwingenden Gründen das Besuchsrecht sistieren kann. Hier wird sodann auf vorsorgliche oder superprovisorische Massnahmen durch die VB verzichtet und dem Beistand diese Aufgabe übertragen.

Die anordnenden Behörden regeln den persönlichen Verkehr als eine auf Dauer, resp. bis zum Scheidungsverfahren angelegte Regelung (BGE 119 II 201 für die Scheidung, relativiert in BGE 120 II 229). Dabei finden sich oftmals kaum Bestimmungen über die (Wieder-) Aufnahme des Kontaktes zu dem besuchsberechtigten Elternteil (Ausnahme BGE 5C.243/2005, wobei auch hier unklar ist, wie lange diese Übergangsphase dauert; in BGE 120 II 229 wurde sie auf 7 Jahre befristet). Gerade bei Kleinkindern und Säuglingen ist es unbestritten, dass für diese ein Beziehungsaufbau zu fremdgewordenen oder fremden Personen sukzessive zu erfolgen hat. Soweit das Gericht explizit von einem begleitetem Besuchsrecht abgesehen hat, kann in jedem Falle der Erziehungsbeistand ein solches nicht anordnen. Die Kindesmutter kann allenfalls den kindeswohlgefährdenden Kontakt verweigern, wohingegen sich der Kindesvater de facto nicht wehren kann, da eine Vollstreckung des Besuchsrechts in aller Regel an der Verhältnismässigkeit scheitert oder die Beiständin könnte ein Wiedererwägungsgesuch beim Gericht stellen oder aber bei der Behörde beantragen, sie aus dem Mandat zu entlassen.

#### Fazit:

1. **Hat ein gerichtlich verfügtes Besuchsrecht des Vaters in jedem Falle von Beginn weg unbegleitet stattzufinden, auch wenn die Beiständin aufgrund der sich im konkreten Zeitpunkt des Besuchsrechtsvollzugs bietenden Ausgangslage (Kleinkind, lange Abwesenheit des Vaters, zudem neu aufgekommener Verdacht auf häusliche Gewalt und Drohungen, Vater soeben aus Polizeigewahrsam entlassen) aus Gründen des Kindeschutzes und des Kindeswohles Bedenken hat? Welche Handlungsmöglichkeiten hat sie in diesem Fall?**

Das Gericht ordnet den persönlichen Verkehr auf Dauer an; es finden sich in diesen Anordnungen deshalb in aller Regel keine Regeln über die Einstiegsphase. Soweit sich die Verhältnisse ändern (hier aufgrund von häuslicher Gewalt, Drohungen etc.), so dass der persönliche Verkehr angepasst werden muss, ist die Abänderung des persönlichen Verkehrs bei der zuständigen anordnenden Behörde zu beantragen.



**2. Hat ein gerichtlich verfügbares Besuchsrecht des Vaters in jedem Falle von Beginn weg unbegleitet stattzufinden, wenn die Beiständin aufgrund der vom Gericht vollends vorhergesehenen Schwierigkeiten (gänzlich unveränderte Verhältnisse) aus Gründen des Kindesschutzes und des Kindeswohles Bedenken hat? Welche Handlungsmöglichkeiten hat sie in diesem Fall?**

Soweit sich die Verhältnisse nicht verändert haben, ist dem Urteil des Gerichtes zu entsprechen. Die Beiständin muss Anhaltspunkte finden, welche eine veränderte Situation begründen, um die Abänderung erfolgreich beantragen zu können. Diese finden sich in der Regel oder sie können herbeigeführt werden. Andernfalls kann sie ein Wiedererwägungsgesuch bei der anordnenden Behörde stellen, das in der Tendenz – gerade bei hochkonfliktiven Situationen – eher nicht zum Erfolg führen wird oder sie kann der Vormundschaftsbehörde beantragen, dass diese sie aus dem Amt entlässt.

**3. Ist es zulässig und/oder üblich, Besuchsrechtstage, die vom Gericht ohne Begleitung festgelegt worden sind, auch ohne Zustimmung des Besuchsberechtigten zu Beginn in begleitetem Rahmen stattfinden zu lassen, sofern dies einzig im Hinblick auf den sukzessiven Aufbau der unbegleiteten Besuchstage hin geschieht?**

Soweit das Gericht das begleitete Besuchsrecht nicht (wie hier) explizit verneint hat, erscheint es gemäss Biderbost zulässig, dass die Beiständin den Ort der Besuchsrechtsausübung festlegen darf. Das begleitete Besuchsrecht ist m.E. als Kinderschutzmassnahme im Sinne der Art. 307 ff. ZGB zu betrachten (siehe auch BSK ZGB I-Schwenzer, Art. 273 N 25) und ist deshalb von der Behörde oder dem Gericht anzuordnen. Die Beiständin braucht rechtlich keine Zustimmung von der besuchsberechtigten Person im Rahmen ihrer Anordnungen, sofern die besuchsberechtigte Person nicht gemeinsame elterliche Sorge hat. Vorliegend wurde das begleitete Besuchsrecht explizit verneint, weshalb auch die Beiständin sich daran zu halten hat.

**4. Ändert eine Beiständin mit der in Ziffer 3 beschriebenen Vorgehensweise den Besuchsrechtsentscheid eines Gerichtes?**

Gemäss der heute herrschenden Praxis und Lehre ändert sie den Entscheid des Gerichtes und erst recht dort, wo das begleitete Besuchsrecht explizit verneint wurde.

**5. Wie beurteilen Sie die Vorgehensweise der Beiständin aus fachlich-methodischer Sicht?**

Die Überlegungen der Beiständin sind nachvollziehbar; inwiefern vorliegend ein begleitetes Besuchsrecht notwendig wäre, kann mangels weitere Informationen und Kenntnisse der Fallsituation nicht abschliessend beurteilt werden. Soweit es notwendig ist, sind Anhaltspunkte zu suchen, was sich seit der Anordnung durch das Gericht verändert hat (hier z.B. die Drohungen und die häusliche Gewalt) oder mit den Parteien einen einvernehmlichen Weg zu suchen, damit das Besuchsrecht kindeswohlgerecht umgesetzt werden kann. In solchen Fällen ist die Problematik ja in aller Regel diejenige, dass Gerichte zu wenig mit den Anforderungen der Praxis in Bezug auf den persönlichen Verkehr vertraut sind, sich zu stark auf die Ehegatten konzentrieren und damit zu wenig auf die Kinder und deren Bedürfnisse, was zur Folge haben kann, dass Beiständen/innen teilweise unmögliche oder kaum fachgerecht umsetzbare Aufträge erhalten.

VSAV  
ASTO  
ASTU



VEREINIGUNG SCHWEIZERISCHER AMTSVORMUNDINNEN UND AMTSVORMUNDE  
ASSOCIATION SUISSE DES TUTRICES ET TUTEURS OFFICIELS  
ASSOCIAZIONE SVIZZERA DELLE TUTRICI E DEI TUTORI UFFICIALI

Hochschule Luzern – Soziale Arbeit

Prof. (FH) Daniel Rosch, lic. iur. / dipl. Sozialarbeiter FH / MAS Nonprofit-Management

20. Dezember 2010